

MIKAEL MELLQVIST

# Om empatisk rättstillämpning\*

Rättstillämpning förutsätter att det finns en rättstillämpare. I vår iver att värja oss mot allt som kan ha med subjektivitet att göra sticker vi rättstillämpare emellertid ofta huvudet i sanden och förnekar, eller i vart fall förminskar, betydelsen av rättstillämparen. Ett betonande av, för att använda en retorisk term, rättstillämparens ethos skulle bidra till att rättstillämpning beskrevs på ett mer sanningsenligt sätt. Och det skulle också bana väg för t.ex. en mer empatiskt rättstillämpning, vilket i vissa fall kan vara en nödvändighet för att t.ex. en lagreglerings ändamål ska få genomslag. Kring detta kretsar funderingarna i denna artikel; funderingar som också åskådliggörs med ett konkret exempel.

## 1. ETT AVSTAMP

I de vanligaste läro- och handböckerna som behandlar juridiken på en allmän nivå beskrivs rättstillämpning i huvudsak enbart i logiska termer där ett rättsteoretiskt synsätt med en vidhängande rättskällesyn står i centrum. Man får också i större eller mindre utsträckning gå i närkamp med det svårhanterliga begreppet ”gällande rätt”. Beskrivningar och analyser av juridiska metoder av olika slag ägnas också ett inte obetydligt utrymme. Men först och främst förs tämligen ingående redogörelser för vilka rättskällor som finns, vad som karaktäriserar olika rättskällor, hur de förhåller sig till varandra och hur dessa kan användas vid rättstillämpning.<sup>1</sup>

Fenomenet *rättstillämpning* behandlas dock genomgående utan att *rättstillämparen* själv ägnas någon särskild uppmärksamhet. Signifikativt kan sägas vara att Stig Strömholm i sin grundläggande

\* Denna artikel är tidigare publicerad i SvJT 2013 s. 493 ff. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

<sup>1</sup> Se t.ex. Stig Strömholm, *Rätt. Rättskällor och rättstillämpning*, 5 uppl., Stockholm 1996, Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? — Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm 1995 och Jacob W F Sundberg, fr. EDDAN t. EKELÖF, 2 uppl., Stockholm 1990.

lärobok på området om cirka 500 sidor på endast två sidor behandlar ”Domarsociologin som komplement”, vilket skulle kunna ses som en liten – mycket liten – ansats till att involvera rättstillämparen i rättstillämpningen.<sup>2</sup>

Uppenbarligen innebär rättstillämpning i sin mest ortodoxa form att man ska tillämpa (använda) något som redan finns som ett ”objekt”. Och det som redan finns är gällande rätt. Domstolar skriver också ofta i sina domar att man ”finner” det ena eller det andra. Man har alltså letat och hittat något, dvs. rätt svar på ett på visst sätt formulerat juridiskt problem. Ett sådant synsätt bygger på föreställningen att gällande rätt är något som faktiskt existerar oberoende av oss människor – och därmed också är befriat från känslor, t.ex. empati. Med det synsättet utgör gällande rätt ett facit för alla förekommande juridiska frågor. Juristens uppgift är enbart att leta efter, och i bästa fall finna, denna facitlösning.<sup>3</sup> Det är bilden av juristen som en dator som här träder fram.<sup>4</sup> Att ett sådant synsätt förminskar juristen som människa och reducerar rättstillämpningsuppgiften till ren teknik är uppenbart. Det enda utrymme för individuell juridisk skicklighet inom ramen för detta synsätt är att olika rättstillämpare kan vara bättre eller sämre på att leta.

<sup>2</sup> Se Stig Strömholm, *Rätt, Rättskällor och rättstillämpning*, s. 407 f. Som ett exempel på ett något annorlunda förhållningssätt – även om det inte är direkt jämförbart – kan nämnas Christian Diesen, *Terapeutisk Juridik*, Stockholm 2010. Se recensioner rörande denna bok Mikael Mellqvist i SvJT 2012 s. 64 och Minna Gräns i JT 2012–13 s. 202.

<sup>3</sup> Att det inte är så enkelt framgår, tycker jag, av flera av uppsatserna i Robert Pålssons essäsamling *Hunden klockan tre och fjorton*, Uppsala 2005. Se angående denna essäsamling, Mikael Mellqvist i SvJT 2006 s. 298.

<sup>4</sup> Olof Stållvik har uttryckt det som att domaren med ett sådant synsätt är en *subsumtionsautomat*, se Olof Stållvik, *Domarrollen*, Uppsala 2009 s. 53.

Det beskrivna synsättet är alltså intimt förknippat med föreställningen att det finns en objektiv rättvisa.<sup>5</sup> Men alldeles bortsett från vad vi tycker är bra eller dåligt (rätt eller fel) är ett sådant synsätt av allt att döma för snävt och det speglar inte heller hur rättstillämpning de facto utövas. Gällande rätt existerar inte som något som oberoende av människan kan letas upp i något facit.

Föreställningen om existensen av en gällande rätt som är objektivt fastställbar kan ändå skänka oss den tryggheten att vi t.ex. tror oss inte vara beroende av mänskligt godtycke när vi vänder oss till en domstol; gällande rätt går ju att fastställa objektivt. Även om denna trygghet av allt att döma är falsk kan den kanske vara bättre än ingen trygghet alls. Om vi tillräckligt starkt *tror* att rättssystemet är objektivt spelar det kanske mindre roll att det *inte är* det.<sup>6</sup>

Det är knappast vedertaget att betrakta rättstillämparen själv som en rättskälla. Men för att ge en, som jag ser det, sannare och mänskligare bild av rättstillämpning bör rättstillämparen lyftas fram. Det är för övrigt antagligen rättstillämparen som är den kanske enskilt viktigaste komponenten för det slutliga resultatet av en rättstillämpning. I sin avhandling *Juss som retorikk* efterlyser Ande Somby ett behov

<sup>5</sup> Uppfriskande läsning angående detta är Maciej Zaremba, *Den automatiska domaren* i JT 1998–99 s. 269. I polemik med f.d. hovrättslagmannen Olle Ekstedt skriver Maciej Zaremba bl.a. att en extrem lagpositivism ”som går ut på att också *inom lagens ramar* minimera domarens humanistiska gärning, framstår för mig som en flykt från själva juridiken som humanvetenskap och in i en tämligen osjälvständig teknisk hantering av enklare beskaffenhet”. Även om rättspositivismen ingalunda är fri från värderingar och även om jag tror att Zaremba i den övergripande frågan är fel ute, väcker det citerade uttalandet frågor om t.ex. empati i rättstillämpningen. Maciej Zaremba har skrivit sin artikel i polemik mot bl.a. Olle Ekstedts artikel *Journalism och rätten* i JT 1997–98 s. 984. Angående övriga inlägg i den debatten se Alexander Peczenik, *Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken* i JT 1998–99 s. 462, Per E Samuelsson, *Kommentar till debatten mellan Olle Ekstedt och Maciej Zaremba* i JT 1998–99 s. 490, *Suzanne Wennberg, Zarembas bild av rättsväsendet – en kritisk kommentar* i JT 1998–99 s. 494 och Olle Ekstedt, *Debatten om rättskritiken* i JT 1998–99 s. 770.

<sup>6</sup> Rent kunskapsteoretiskt finns det inom rättstillämpningen och, kanske än mer, inom rättsvetenskapen ett synsätt starkt präglad av *episteme*, dvs. ett antihumant förhållningssätt med innebörd att det finns av människan oberoende absoluta sanningar. Mot detta kan man ställa det mer humanistiskt bejakande *doxologiska* synsättet som (mycket förenklat) hävdar att all kunskap är beroende av människan och hens insikter, åsikter, värderingar m.m. Se ang. detta, Mats Rosengren, *Doxologi – en essä om kunskap*, 2 uppl., Åstorp 2008 och densamme *För en dödlig som ni vet är största faran säkerhet – doxologiska essäer*, Åstorp 2006. Jfr också den kunskapsteoretiska diskussionen i Dag Victors avhandling *Rättssystem och vetenskap – Studier kring en analysmodell för ideologiska system*, Stockholm 1977. Se t.ex. s. 223 f. och vad som där sägs (mina kursiveringar) om att rättstillämpning *alltid* är en *mänsklig* produkt och att rättssystemet *skilt från människan* inte har någon innebörd samt slutligen att rättskällorna måste *personifieras*.

av en utvidgning av rättsteorin och den klassiska rättskällesynen med ett skarpt profilerat ethosmoment. Med andra ord kan gällande rätt, rättstillämpning och rättslig argumentation, enligt honom, inte förstås om man inte tar större hänsyn till rättstillämparen i olika skepnader och dennes personliga egenskaper och karaktär.<sup>7</sup>

Ur ett retoriskt perspektiv och med ett retoriskt uttrycksätt är de vanligaste beskrivningarna av rättstillämpning påfallande ethos- och pathosfattiga; logos breder oblygt ut sig.<sup>8</sup> För att uttrycka det mer vardagligt, men samtidigt aningen drastiskt, kan gängse beskrivningar av gällande rätt och rättstillämpning sägas lida brist på själ, hjärta, humanistisk närvaro och medmänskligt ansvarstagande. I någon mån hänger det säkert samman med det mindervärdighetskomplex humaniora (inklusive rättsvetenskapen) i sekler förefaller ha dragits med i förhållande till naturvetenskapen. I sin strävan att tillhöra det senare gänget, dvs. den ”riktiga” vetenskapen, har juridiken tagit avstånd från den mänskliga faktorn. Den mänskliga faktorn är ju opålitlig och godtycklig och därmed något som den objektiva rättvisan måste skyddas mot.

Men ethos är i sammanhanget inte något enkelt begrepp att hantera. Det är svårfångat och har flera skepnader och dimensioner.

<sup>7</sup> Ande Somy, *Juss som retorikk*, Tromsø 1999. Ande Sombys avhandling har avsett rätt blygsamma spår i den rättsvetenskapliga diskussionen. En förklaring kan vara att finna i just ethosbegreppet; En sames avhandling från Tromsø har helt enkelt inget högre ethosvärde. En ”helsvensk” avhandling från t.ex. Uppsala har, alldeles oavsett innehåll, större förutsättningar att få genomslag. Se ang. Ande Sombys avhandling också Mikael Mellqvist, *Myter och dygder inom juridiken – tio noveller om rättslig kommunikation i anledning av en avhandling* i SvJT 2004 s. 818 och Hanne Petersen i Retfaerd, nr 2 1999, s. 31 samt Per Henrik Lindblom, *Progressiv process*, Uppsala 2000, s. 275.

<sup>8</sup> Såväl inom den klassiska retoriken som inom nyretoriken framhålls hur man har tillgång till tre olika ”bevismedel” i övertygandeprocessen. Det är *logos*, dvs. den logiska strukturen och slutledningen, *ethos*, dvs. den karaktär och personlighet som förknippas med den som framför (det logiska) budskapet samt *pathos*, dvs. den miljö eller den atmosfär som budskapet framförs i och de känslor som knyts till det. Angående logos, ethos, pathos som övertygandeelementa inom retoriken kan som ett litet axplock hänvisas till Mikael Persson, *Retorik & Juridik – Teori och metod*, Uppsala 2007, s. 34 f., Kurt Johannesson, *Retorik eller konsten att övertyga*, Stockholm 1990, s. 18 f., Michael H Frost, *Introduction to Classical Legal Rhetoric*, Burlington 2005, s. 57 f., Jan Lindhardt, *Retorik*, 2 uppl., Åstorp 2005, s. 29 f. Jörgen Fafner, *Tanke og tale – Den retoriske tradition i Vesteuropa*, Köpenhamn 1992, Anders Sigrell, *Att övertyga mellan raderna*, Åstorp 2001, Marie Gelang, *Actiokapitalet – retorikens ickeverbala resurser*, Åstorp 2008 och Aristoteles, *Retoriken* (översatt m.m. av Johanna Akujärvi), Åstorp 2012. Sist, men inte minst, måste det hänvisas till nyretorikens ”bibel”, Chaim Perelman/L. Olbrechts- Tyteca, *The New Rhetoric – A Treatise on Argumentation*, Notre Dame, Indiana 1971 (franska originalet 1958) och också Chaim Perelman, *The Realm of Rhetoric*, Notre Dame, Indiana 1982.

Det är dock befogat att rent allmänt beakta vilka egenskaper, värderingar och vilken förmåga att känna t.ex. empati som rättstillämparen har. Jag menar att det är ofrånkomligt att tillämparen involverar sig själv i rättstillämpningen. Ett framlyftande av detta innebär inte på något sätt att man ger utrymme för subjektivt godtycke. Det är mer frågan om ett accepterande av att rättstillämpningsuppgiften bevisligen inte är renons på mänsklig aktivitet. Rättstillämpningens subjektiva element och rättstillämparens personliga förhållningssätt till rättstillämpningsuppgiften måste helt enkelt beaktas och lyftas fram för att beskrivningen av gällande rätt och rättstillämpning ska bli fullständig och korrekt. Och det innebär, som nämnts, att rättstillämparen som person rent faktiskt har stor betydelse för vilken lösning en rättstillämpningsuppgift får.

Ibland har det beskrivits som att det finns en skillnad mellan ett *legalistiskt* och ett *frirättsligt tänkesätt*.<sup>9</sup> Den legalistiske tillämparen använder, aningen hårdraget, enbart lagtexten strikt, inga andra källor, medan frirättstänkaren låter sig inspireras av prejudikat, förarbeten, sedvanor m.m. Det handlar i någon mån om de kvalitativa krav man ställer på en rättskälla. Av alla tänkbara *inspirationskällor* är det endast vissa som förtjänar epitetet *rättskälla*. Och jag håller med om att denna distinktion har sin plats. Införandet, eller snarare betonandet, av ethos som rättskälla är emellertid inget som berör skillnaden mellan ett legalistiskt och ett frirättsligt synsätt. Oavsett valet där emellan utgör rättstillämparens ethos de facto en rättskälla, oavsett om man vill att det ska vara så eller inte. Det gör det motiverat att också tydliggöra rättstillämparen och framhäva tillämparens funktion som rättskälla. Och att ett anammande av en dynamisk och humanistisk rättskällesyn skulle innebära att man hänger sig åt någon sorts "fritt" rättstänkande är ingen befogad koppling. Det handlar inte om att gå innanför eller utanför ramen. Det är inte rättspositivismen som här "angrips". Det handlar i stället om *hur man agerar inom ramen* och då hamnar givetvis rättstillämparen själv och hens ethos i fokus. Ett betonande av ethos som rättskäl-

<sup>9</sup> Se t.ex. Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm 1995, s. 44.

la är en nödvändig ingång till pathos, retorikens tredje argumentationselement. För att kunna korrekt och fullständigt redogöra för hur rättstillämpning *faktiskt* gestaltar sig och under vilka förutsättningar sådan utförs bör insikten om att retorikens element *logos*, *ethos* och *pathos* är en integrerad del av den juridiska argumentationen göras levande. En sådan breddning och fördjupning av synen på gällande rätt och rättstillämpning banar också väg för att rättsliga regleringar på ett mer effektivt kan få det genomslag som lagstiftaren avsett. Det är av allt att döma oförnuftigt att enbart lita till förnuftet i detta sammanhang.

Vid rättstillämpning kan det för att nå ända fram vara önskvärt, eller till och med nödvändigt, att rättstillämparen anammar t.ex. sin empatiska förmåga. Jag ska illustrera det med exempel där en tillämpning kan falla olika ut beroende på hur man "blandar och ger" när man botaniserar i de olika källor gällande rätt anvisar.

## 2. ETT EXEMPEL

I rättsfallet RH 2011:41 avslag hovrätten en ansökan om skuldsanering. Fallet handlar om en sjuklig man med en total skuldbörda om cirka 320 000 kr. Skulderna avsåg hemhjälp, hyra, el, tandvård, medicin och "konsumtion". Ungefär hälften av skulderna var mycket gamla (klart äldre än 10 år). Under de tre närmaste åren före ansökan som gavs in 2009 hade inte skulder om mer än cirka 13 000 kr uppkommit.

Mannen hade år 1995 beviljats skuldsanering avseende skulder som omfattades av 2009 års ansökan, men den skuldsanering som hade beviljats år 1995 hade upphävts redan samma år på grund av att mannen inte fullföljde de betalningar som ålåg honom enligt skuldsaneringsbeslutet. Anledning till det var enligt tingsrättens beslut i ärendet oväntat höga kostnader för hemhjälp och problem med betalningsrutinerna, vilket sammanföll med en rehabiliteringsperiod efter en hjärtoperation.

Om man stannar upp här och lyfter blicken framträder bilden av en man som har det eländigt på många sätt och vis. Han är sjuk och

han är fattig. Han är beroende av samhällets hjälp på flera sätt. Han har skulder som måste sägas vara för många av oss måttliga, men för honom övermäktiga. Men han har varken med egna eller lånade pengar vältrat sig i någon lyx eller något överflöd. Han har köpt medicin, gått till tandläkaren och använt hemtjänst för sina lånade pengar, han har inte levt i sus och dus. ”Rolighetskoefficienten” avseende de förbrukade pengarna måste därför sägas vara väldigt låg. Han är tveklöst kvalificerat insolvent, dvs. han kan inte på mycket lång tid löpande betala av de skulder han har. Men någon skuldsanering beviljas han inte.

Vad säger skuldsaneringslagen egentligen? Till att börja med innehåller lagen i 4 § ett allmänt skälighetsrekvisit. Förutom att man är kvalificerat insolvent ska det vid en totalbedömning vara skäligt att man beviljas skuldsanering. I den bedömningen inryms ett beaktande av en mängd olika omständigheter.<sup>10</sup> För att göra det enkelt är skälighetskriteriet inte minst till för att kunna sälla bort dem som har skuldsatt sig på ett ansvarslöst sätt och hanterat sin ekonomi utan hänsynstagande till sina fordringsägare. Mannen i rättsfallet tillhör typiskt sett inte den kategorin. Och samtliga instanser (KFM, tingsrätt och hovrätt) anser att det i och för sig är skäligt att bevilja mannen skuldsanering.

Men det blir ingen skuldsanering för honom år 2009. Och det avgörande skälet är att han hade beviljats skuldsanering en gång tidigare; redan år 1995. Syftet med det var att då rehabilitera mannen ekonomiskt och ge honom en något ljusare tillvaro. Det gick i stöpet; han klarade inte av att fullfölja den betalningsplan som var förenad med skuldsaneringsbeslutet. Med nyopererat hjärta tänkte han kanske på annat än att betala räkningar. Nu skriver vi 2009 och han är alltså kvalificerat insolvent och det är alltså skäligt att bevilja honom skuldsanering. Hans liv är alltså kantat av sjukdom och social utsatthet.

Men någon skuldsanering beviljas han inte. Och det är nu vi närmar oss kärnfrågan. I 6 § andra meningen skuldsaneringslagen

<sup>10</sup> Se Trygve Hellners/Mikael Mellqvist, *Skuldsaneringslagen – En kommentar till 2006 års lag*, 2 uppl., Stockholm 2011, s. 79 f.

föreskrivs nämligen att det krävs *synnerliga skäl* för att bevilja någon skuldsanering en *andra* gång. Enligt lagförarbetena ska det förekomma endast i sällsynta undantagsfall.<sup>11</sup> Hovrätten motiverade sitt avslag med att 1) 1995 års skuldsaneringsbeslut upphävdes samma år på grund av bristande betalning och 2) merparten av skulderna i 1995 års skuldsanering ingår även bland skulderna i 2009 års ansökan. I och med det finns det, enligt hovrätten, inte synnerliga skäl att på nytt bevilja mannen skuldsanering.

Har hovrätten tillämpat den aktuella bestämmelsen fel? Nej, det är knappast möjligt att påstå. Rekvisitet ”synnerliga skäl” är ett vedertaget uttryck för stor återhållsamhet – om man enbart håller sig till lagtextens ordalydelse. I förarbetena har det dessutom framhållits att det också är avsikten att det ska vara frågan om sällsynta undantagsfall för att någon ska kunna få förmånen av skuldsanering en andra gång. Hovrätten har tillämpat lagtexten och tagit hjälp av förarbetena och kommit till ett resultat som inte kan sägas på något sätt innebära att den har gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning. Däremot skulle jag vilja öppna för möjligheten att bredda och fördjupa rättstillämpningen i ett fall som detta. En sådan möjlighet bereder ett mer medvetet involverande av ethos. Det skulle i sin tur kunna innebära ett större utrymme för en mer empatisk rättstillämpning.

I det aktuella fallet har två rättskällor utnyttjats; lagtext och motivuttalanden. Det är alltså frågan om två källor som inspirerat hovrätten i dess rättstillämpning. Finns det någon ytterligare källa att hämta argument från? Är det någon ytterligare rättskälla man får använda, eller kanske t.o.m. ska använda? Här insmyger sig en känsla av att hovrätten kanske inte har gått till botten med frågan om skuldsanering ska beviljas mannen en andra gång.

Om vi börjar med lagtexten och rekvisitet ”synnerliga skäl” så är det inte mer än en *allmän* – men förvisso stark – anvisning om att vara återhållsam med att bevilja skuldsanering en andra gång. Denna generella anvisning behöver givetvis inte lägga hinder i vägen i det enskilda fallet för att uppfylla lagens ändamål, om det finns starka

<sup>11</sup> Se prop. 1993/94:123 s. 91.



skäl för det. Och det måste man nog säga att det i det aktuella fallet finns.

Skuldsaneringslagens övergripande ändamål är att rehabilitera överskuldsatta människor ekonomiskt. Det är det lagen är till för och det är tillämparens uppgift att se till att det ändamålet kan uppnås i det enskilda fallet. Det är i sammanhanget värt att observera att det enligt lagtextens ordalydelse ska finnas synnerliga skäl *för skuldsanering*. I det enskilda fallet ska alltså ekonomisk rehabilitering vara särskilt angelägen. Det är alltså *inte* frågan om att det uppställs något förhöjt skälighetskrav eller liknande. Är det särskilt angeläget att år 2009 bevilja en sjuklig, socialt utsatt och under ytterst knappa omständigheter levande människa ekonomisk rehabilitering? Är det särskilt angeläget att ge denna människa en något drägligare livssituation? Det är de frågorna man enligt lagen först och främst ska ställa sig. Kravet på synnerliga skäl för skuldsanering en ”andra gång” är underordnat detta.

Har jag ”skruvat till” tillämpningen av 6 § andra meningen skuldsaneringslagen? Nej, det vill jag inte tillstå. Jag har lyft ut lagen i verkligheten och tillämpat den på denna verklighet. Det är lagstiftarens avsikt att så ska ske. Och det syftet ska tillämparen anstränga sig för att fullfölja. Och för att uppnå detta måste rättstillämparen ha beredskap att anamma en vidsynt och fördomsfri rättskällesyn där utrymme ges för t.ex. en empatisk rättstillämpning.

### 3. EN KONKLUSION

För att tydliggöra och legitimera juridiken och rättstillämpningen bör alltså ethos som rättskälla lyftas fram.<sup>12</sup> En aspekt av ethos som jag rent konkret har berört i exemplet är rättstillämparens förhållningssätt till sin uppgift. Vid fullgörandet av denna uppgift bör man undvika att begränsa sig och sina förmågor och enbart lita till för-

<sup>12</sup> Från ett helt annat (mer förnuftsmässigt) perspektiv kan också hänvisas till John Rawls, *En teori om rättvisa*, Stockholm 1996, se t.ex. avsnitten ”Rättvisa som skälighet” s. 25 f. och ”Sinne för rättvisa” s. 423 f. (på engelska originalet utkom denna klassiker första gången 1971). Jag tror i och för sig inte att Rawls någon gång på drygt 500 sidor nämner ordet ”empati”. Men hans generellt övergripande *rättviseteori* (som jag tycker är en bättre benämning än *rättsteori*) förutsätter – som jag ser det – en väl utvecklad empatisk förmåga på individplanet.

nuftet.<sup>13</sup> Man bör använda hela sin kapacitet som människa. Man bör involvera sig själv, sina egenskaper och sina känslor.<sup>14</sup> En sådan utpräglat humanrehabiliterande lag som skuldsaneringslagen bör tillämpas med empati. Annars riskerar tillämpningen att bli enbart en själlös akademiskt och tekniskt betonad övning i begreppshantering. Och – vill jag påstå – det empatiska förhållningssättet är något av lagstiftaren förutsatt. Det finns implicit i hela skuldsaneringslagen.

Men, det finns ju borgenärer som drabbas här. Ska tillämparen inte känna empati med dessa? De får ju inte tillbaka de pengar de har lånat ut. Jovisst ska även borgenärernas intressen beaktas och visst ska tillämparens empatiska förmåga komma även dessa till del. Men här finns det i skuldsaneringslagen en avvägning inbyggd. Och denna avvägning innebär i den konkreta frågan att lagstiftaren har bestämt att fokus ska vara på bedömningen av om det är särskilt angeläget att rehabilitera *gäldenären* ekonomiskt när 6 § andra meningen skuldsaneringslagen tillämpas. Dessutom står det för borgenärerna inte särskilt mycket på spel här. Oavsett om mannen beviljas skuldsanering eller inte lär de inte få sina fordringar betalda. Borgenärernas intresse av att ärendet bedöms på ett visst sätt och får en viss bestämd utgång är därför mycket litet, kanske obefintligt. Avvägningen mellan gäldenärens behov av skuldsanering mot borgenärernas intressen att få behålla sina (värdelösa) fordringar borde rimligen inte kunna fall ut på något annat sätt än till gäldenärsbehovets fördel. Men det finns i sammanhanget ytterligare en komponent att beakta vid den slutliga avvägningen. Skuldsanering får nämligen inte beviljas om det skulle kunna uppfattas som stötande för det allmänna rättsmedvetandet och riskera att undergräva den

<sup>13</sup> Inspiration till ett sådant mer holistiskt tänkesätt kan man få t.ex. i neurologen Antonio R. Damasio, *Descartes misstag – Känsla, förnuft och den mänskliga hjärnan*, 2 uppl., Stockholm 2006 och det han skriver om att våra känslor har stort inflytande över våra rationella överväganden, se t.ex. s. 273 f. Vid en domarkurs för rätt många år sedan ställdes frågan om den svenske domaren dömde med hjärtat eller hjärnan. De flesta svarade ”med hjärnan”. Jag svarade ”med hela kroppen”. Och nu – kanske 15 år senare – tycker jag mig ha fått vissa belägg för att mitt svar kanske var betydligt mer insiktsfullt än vad jag förstod då.

<sup>14</sup> Angående frågan om samverkan mellan förnuft och känsla finns mycket intressant att fylla sina tankar med hos filosofen och ledamoten i Svenska akademien Hans Larsson, *Intuition*, nyutgåva 1997 (original 1892).

allmänna betalningsmoralen i samhället. Det är en svårfångad och svårtillämpad komponent. Men även med beaktande av denna komponent borde ett empatiskt förhållningssätt parat med ett betonande av skuldsaneringslagens ändamål rimligtvis ha underlättat rättstillämparens avvägning och gett ärendet en motsatt utgång.<sup>15</sup>

Det kan nu här på upploppet finnas all anledning att för tydlighetens skull återigen framhålla att även empatisk rättstillämpning måste *vara rättstillämpning*. I sin iver att vara empatisk får tillämparen inte hoppa över skaklarna och hitta på egna normer. Det är vid *tillämpningen av normen* som empati ska användas.

På ett allmänt plan är just tjusningen med att tillämpa juridik, tycker jag, att man *får* och *ska* använda alla sina förmågor och att man inte är hänvisad till att begränsa sig till att uppfylla ett inbillat krav på abstrakt logik. Det bör innebära att man lyfter näsan ur den dammiga lagboken och tittar ut över världen och *ser, lyssnar* och *känner med*, de människor som befolkar den, inte minst den del av befolkningen som berörs av ens rättstillämpning.

Det aktuella exemplet från hovrätten är alltså *inte* på något vis ett exempel på en *felaktig* rättstillämpning. Avgörandet är logiskt välmotiverat med hänvisning till etablerade rättskällor. Och jag kan utan vidare omsvep tillstå att jag själv under årens lopp i liknande fall stått bakom ett flertal beslut med samma utgång och med samma motivering. Men det jag vill peka på är att det här – och i andra fall – kan finnas alternativa tillämpningar som också håller sig inom ramen för givna normer och inte behöver vara felaktiga – utan tvärtom på ett bättre sätt bidrar till att ändamålet med en lagreglering slår igenom i praktiken. För att komma åt sådana alternativa rättstillämpningar kan det krävas att en vidgad (och faktiskt mer sanningsenlig) rättsskallesyn anammas. Ett ökat utrymme för ethos skulle t.ex. kunna bereda vägen för en mer empatisk rättstillämpning – när en sådan är befogad. Och ibland är en sådan rättstillämpning befogad. Eller hur?

<sup>15</sup> I ett snävt perspektiv av människors ekonomiska rehabilitering måste det sägas vara en mycket glädjande tilldragelse att regeringen har tillsatt två utredningar med uppgift att förbättra förutsättningarna för sådan rehabilitering; se *Skuldsanering för evighetsgäldenärer* (dir. 2012:30) och *En strategi för att motverka överskuldssättning* (dir. 2012:31). Problematiken med s.k. *överskuldssättning belyses väl i betänkandet Vägen tillbaka för överskuldssatta*, SOU 2008:82.