

### Etikens roll gentemot juridiken

Varmt tack för inbjudan till Rättsstatens vänner. Rubriken som jag blev tilldelad ger mig anledning att fundera över förhållandet mellan etiken och lagen. Dessa begrepp är ju två fenomen eller ordningar som både kan interagera och skapa friktionsytor som i ett gammalt äktenskap. Min egen disciplin är etiken och det är från den horisonten jag nu ska göra några betraktelser. Jag kallar det betraktelser eftersom juridiken för mig är något av ett äventyr på tunn is. Förvisso erbjuder inte heller etiken någon tillförlitlig mark under fötterna, men det är ett område som jag åtminstone är van att uppehålla mig i.

Jag ska berätta en historia för att vi ska försätta oss i det kuperade landskap som formas av etiken och juridiken. Jag lånar den av författaren Ian McEwan som 2015 kom med boken *Domaren (The Children Act)*. Huvudpersonen är Fiona Maye, hovrättsdomare och specialiserad på familjerättsfrågor. En av många stressiga dagar får hon ett ärende som är brådskande. En ung man, några månader under 18 år, har fått akut leukemi. Hans föräldrar är Jehovas Vittnen och är emot blodtransfusion, något som han behöver för att ha en chans att överleva. Nu vill läkarna att domstolen ska besluta om tvångsvård eftersom patienten inte är myndig. Domaren vill träffa den unge mannen innan hon fattar beslut. Här inleds en sammanflätad relation där hon involverar sin privatperson i lika hög grad som sin professionella roll. Som domare har hon ambitionen att vara mänsklig i sitt dömande och ta hänsyn till enskilda sammanhang, särskilt i moraliskt svåra situationer. Frågorna som McEwan väcker är om det är domarens engagemang och medkänsla som får henne att tolka lagen på ett för henne önskvärt sätt? Eller hade utfallet blivit detsamma om hon hade förhållit sig känslomässigt och moraliskt neutral?

McEwans berättelse väcker frågor både om dömandets och människans etik. Ska vi, i våra yrkesroller som exempelvis domare, tjänstemän, journalister eller präster, involvera vår privata moral i den professionella utövningen? Vad blir det för ett samhälle om vi inte gör det? Sensmoralen i McEwans berättelse är, utan att avslöja hur den slutar, att oavsett hur vi agerar för att uppnå de bästa konsekvenserna så finns det en mängd oförutsedda faktorer som vi inte kan eller vill väga in, men som påverkar historiens gång. Det oförutsedda gäller förstås både etiken och dömandet.

### Lagens status

Spontant kanske vi tänker att när etiken och lagen flätas samman så harmonierar dessa på ett önskvärt sätt. Men det är att göra saken alltför enkel. Skrapar vi lite på ytan så måste vi fråga oss: vilken etik och vilken lag är det vi talar om?

Ett första perspektiv jag vill nämna är *lagens status*. Av historien har vi lärt att vi med lagen kan utträta de mest avskyvärda handlingar, till och med iscensättandet av "den slutgiltiga lösningen". Gör det lagen oetisk? Inte nödvändigtvis. Majoriteten av en befolkning kan *uppfatta* en lag som etisk även om den kränker en eller ett fåtal individers mänskliga värdighet. Lagen kan alltså vara lag även om den är orättvis och till och med legitimerar ondskefulla handlingar. Om vi svarar ja eller nej på frågan om en oetisk lag kan vara ogiltig, beror på om vi betraktar lagen och etiken som naturrättslig eller "positivistisk". Detta är en klassisk diskussion inom rättsfilosofin som jag gärna påminner om i detta sammanhang. Jag tänker på L A Harts artikel från 1958: "Positivism and the Separation of Law and Morals" och Lon Fullers svar samma år: "Positivism and Fidelity to Law". Debatten mellan de båda utspelas mot bakgrund av en rättspositivistisk kontra en naturrättslig syn på lagen, en debatt som hade skakats om efter Nazi-Tysklands lagar och dömandet av personer efter krigsslutet. Många menade att det efter världskrigens fasor fanns skäl att återigen närma sig en naturrättslig syn på lagens förhållande till etiken, att det finns handlingar som går utanför lagen när den förbryter sig mot mänskligheten på ett grovt sätt, såsom folkmord.

Under samma tid utformades också en ny syn på mänskliga rättigheter uttryckt genom *Den universella deklarationen om mänskliga rättigheter* (UDHR), som skulle uppfattas som ett moraliskt imperativ för alla stater som anslöt sig – ett moraliskt imperativ utan någon internationell juridisk instans för prövning, åtminstone inte inledningsvis. Här kan inom parentes nämnas att mänskliga rättigheter och demokrati inte alltid är kompatibla. Det har bland annat att göra med att "demokratiska teorier frågar efter vem som bör härska och svaret är 'folket'. Teorier om mänskliga rättigheter frågar efter hur maktavare bör agera och svaret är att de bör respektera de mänskliga rättigheterna hos varje individ."<sup>1</sup> Detta är en av orsakerna till att mänskliga rättigheter inte alltid är kompatibla med lagar inom demokratier eller kan förminska till att endast handla om lagar. Rättigheter som moraliskt imperativ sträcker sig alltså utöver juridiken (fast även på denna punkt finns det olika meningar som avspeglar en juridisk eller en etisk syn på rättigheter). Mänskliga rättigheters status och funktion i relation till lagen är en stor fråga. De har en juridisk funktion när de implementeras av stater, men samtidigt är de mer än så. Ett argument som gör den moraliska funktionen synlig framförs av bland andra Michael Freeman: "Man manar till mänskliga rättigheter exakt när juridiska institutioner misslyckas med att erkänna och upprätthålla respekten för dem".<sup>2</sup>

För att återgå till Hart och Fuller. Harts ärende var att rädda "lagen som lag" även då den var "omoralisk", men ändå erkänna ett tolkningsutrymme i lagen eftersom den inte kan täcka alla innebörder av begrepp och handlingar. Detta penumbra, ytan mellan lag och etik, är det rum inom lagens kraft som relaterar till etiken utan att upphäva lagen som lag.<sup>3</sup> Hart ville uppmärksamma samtiden på farorna med att involvera moralen i lagen när lagen väl var beslutad, men samtidigt inte betrakta lagen som oemottaglig för kritik av moralisk art.<sup>4</sup>

Harts och Fullers debatt ägde rum under efterkrigstidens rättegångar mot tyska medborgare som hade deltagit i arbetet med "den slutgiltiga lösningen". Hart återberättar en av alla dessa rättegångar och frågar om lagar som införs i ett skede kan användas retroaktivt för att döma tyska medborgare. Detta är hans exempel: 1944 anmälde en tysk kvinna sin man till de tyska myndigheterna. Han hade uttalat sig kritiskt om Hitler, vilket var förbjudet enligt lag i Tredje riket. Mannen fängslades och dömdes till döden, men istället för att avrättas så skickades han till fronten. År 1949 blev kvinnan i sin tur åtalad i Västtyskland för att olagligt ha berövat en person hans frihet, enligt en lag från 1871 som hade varit giltig sedan dess. Hustrun väddade till rätten och hävdade att hennes agerande hade varit riktigt enligt Nazi-regimens rättsordning och att hon inte hade gjort något fel. Hon dömdes trots detta eftersom lagen, enligt domstolen, "var motsatsen till ett sunt samvete och känsla för rätt enligt alla anständiga mänskliga varelser". Hart konstaterar:

*The unqualified satisfaction with this result seems to me to be hysteria. Many of us might applaud the objective that of punishing a woman for an outrageously immoral act – but this was secured only by declaring a statute established since 1934 not to have the force of law, and at least the wisdom of this course must be doubted.*<sup>5</sup>

Ett problem för Hart är den övergripande frågan om rättstillämpning kan gälla retroaktivt. Just i detta exempel fanns det en lag från 1871, som hade tagits ur bruk enligt tysk lag och därför inte kunde tillämpas mot henne 1944. I den meningen var denna dom ett exempel på retroaktiv rättstillämpning. Den principiellt utmanande frågan som Hart lyfter är om man kan använda lagar för att döma folk i efterhand, för sådant som skedde när andra lagar gällde? Bör människans moral och samvete kunna förutse när lagar grovt kränker den mänskliga värdigheten och livet – och hur långt

---

<sup>1</sup> Freeman, Michael, s. 77.

<sup>2</sup> Freeman, s. 11.

<sup>3</sup> Hart, s. 607.

<sup>4</sup> Hart, s. 598.

<sup>5</sup> Hart, s. 618f.

ska det ansvaret i så fall sträcka sig rent juridiskt? Det var ju inte alla som lydde lagarna i Nazi-Tyskland, trots risk för sitt liv. Det fanns förbjudna motståndsrörelser som gavs rätt av historien, vilket lagförbrytarna inte kunde känna till före krigsslutet. Men handlingsutrymmet att bryta mot lagen fanns då liksom nu, med de konsekvenser det innebär.

### Lagens och etikens töjbarhet

Debatten som jag har berört ur Harts perspektiv ställer oss inför en rad svåra frågor när det gäller lagens status i förhållande till etiken. Bör frågan om hur lagen *är* separeras från frågan om hur lagen *borde* vara?<sup>6</sup> Kan en lag som inte uppfyller ett "moraliskt minimum" alls kallas lag i en giltig mening?<sup>7</sup>

Dessa frågor leder mig över till det andra perspektivet jag vill ta upp, nämligen det om lagens och etikens töjbarhet. Det utrymme som Hart kallar penumbra och den senare rättsfilosofen Richard Dworkin kallar dömande i "hard cases"<sup>8</sup>, där moralen bör vägas in i dömandet och där mänskliga rättigheter får bilda kompassriktning för den etiken.

Lagen och etiken är alltså töjbara på det tillämpade planet, vilket exempelvis har visats även idag i ett Europa där undantagstillstånd har förlängts tills vidare och därmed sätter vissa lagar och rättigheter tillfälligt ur funktion. Avvikelse från lagar och rättigheter (derogering), enligt artikel 15 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR), justeras i förhållande till säkerhet och det som i undantagen i de politiska rättigheterna benämns som "den allmänna ordningen, hälsa och moral". Töjbarheten är en egenskap i lagen och i dömandet som vi godkänner i samhällskontraktet inom vissa gränser. Den tillämpade etiken och moralen är också töjbar på liknande sätt. Tolkningar av rätt och fel, moraliskt och omoraliskt är därför inte tillförlitliga eftersom de tjänar syftet att upprätthålla en viss ordning eller att ideologiskt stödja ett visst sammanhang. Etiken förhåller ju sig till en politisk ordning i staten och är alltså inte pålitlig – inte om vi förväntar oss att etiken ska leverera "sanningar" om hur vi ska och bör leva. Med detta sagt vill jag samtidigt betona att lagens kraft och etikens funktion, var för sig och tillsammans, självklart är nödvändiga. Kanske alldeles särskilt i friktionsytorna mellan rättighetskonflikter och motsägelser inom lagen och dess praktik.

Som ni märker så finns det en glidning mellan, å ena sidan lagen och rättvisan<sup>9</sup>, å andra sidan etiken och visheten i aristotelisk mening (*eudamonia*) eller om ni så önskar etiken och sanningen i platonsk mening. Jag tänker inte uppehålla mig vid metafysiska tolkningar av lagen, även om sådana är väsentliga, utan i det här sammanhanget mest nämna den metafysiska dimensionen som en klangbotten till den diskussion som jag vill fortsätta om förhållandet mellan etiken och lagen.

För att gräva vidare i frågan om relationen mellan töjbarheten i lagen och etiken, det som ligger "utanför" den angivna kategoriseringen av begreppen, vänder jag mig till filosofen Jacques Derrida. "Rätten är inte rättvisan", konstaterar han i föreläsningen "Från rätt till rättvisa". Vad menar han? Dels talar han om lagen och lagens kraft som maktutövning vilket rymmer ett mått av våld, det vill säga en handling som är kollektivt underkastad ett accepterat eller icke accepterat ingripande i andras liv. Detta motiv finns också uttalat i olika former av samhällskontrakt, som exempelvis hos Hobbes, Locke och Rousseau. Dels är rättvisan, som vi anar och strävar efter, något oförklarligt och oerfaret. Ändå finns den där, oåtkomlig och mystisk. När Derrida inspireras till att tala om lagens kraft som mystisk så är det inte i en religiös eller andlig mening utan med hänvisning till Montaignes

---

<sup>6</sup> Hart, s. 595.

<sup>7</sup> Hart, s. 601.

<sup>8</sup> Dworkin, s. 81–130.

<sup>9</sup> Diskussionen om rättvisa i förhållande till lag och mänskliga rättigheter är stor. Vad jag syftar till här är rättvisa i förhållande till lagen i vid mening. Argumenten hade kunnat kompliceras genom att exempelvis föra in aspekter av globala rättvisefrågor eller principer för övergångsrättvisa, men det finns inte anledning till det just här för att få fram övergripande synpunkter angående relationen mellan lagen och rättvisan.

förståelse av lagen som ett språkligt universum som rymmer en komplexitet av tolkningar. "Rätten är inte rättvisan", säger alltså Derrida och fortsätter:

*Rätten är beräkningens element, och det är riktigt att beräkningen finns; men rättvisan är omöjlig att beräkna, den kräver att man räknar med det oberäkningsbara ... ögonblick där beslutet mellan det rättvisa och det orättvisa aldrig kan garanteras av en regel.<sup>10</sup>*

Kanske är det just detta som Ian McEwan lyckas fånga in i sin roman; den komplexa dimension av verkligheten som både lagen och etiken underkastas av nödvändighet, oberäkneligheten och oförutsägbarheten som det töjbara livsvillkoret för varje samhällsordning. Denna dimension är radikal och kolliderar med både lagen och etiken, eftersom dessa syftar till en systematisering och kategorisering av livet och samhället. Två viktiga principer i lagen är just förutsebarhet och jämlikhet, alltså tvärtemot de existentiella förhållanden som faktiskt råder. Kontrasten mellan den naturliga lagen och samhällskontraktets lagar är något som upplysningsfilosoferna brottas med. Rousseau inleder exempelvis sin bok *Om samhällsfördraget eller Statsrättens grunder* (1762) med: "Människan föds fri och överallt är hon i bojar".<sup>11</sup>

Denna dimension av lagens kraft, den som inte kan garanteras av en regel, kan också överföras till etikens område. Inte ens pliktetikern Immanuel Kant menade att en etisk handling är detsamma som att handla av plikt eller av respekt för lagen. Kants argument om den goda viljans etik innebär att vi handlar "i *enlighet* med plikten"<sup>12</sup>, vilket öppnar upp för en etik bortom lagens bokstav och tillämpning. I riktning mot det oberäkningsbara, men inom de kategorier av verkligheten som vi människor erfar. Pliktens överordnade princip är det kategoriska imperativet, vilken bland annat innebär att ingen person ska behandlas som ett medel för något annat utan är ett mål i sig själv. Argumentet är både en universell jämlikhetsprincip och en maning till undantag från exempelvis en lag i det fall lagen inte överensstämmer med plikten om det kategoriska imperativet. Människan är alltså underordnad den moraliska lagen samtidigt som hon i vissa fall kan vara överordnad<sup>13</sup> den juridiska lagen.

Jag menar att den oberäknliga dimensionen av etiken och lagen är nödvändig att förhålla sig till för att skapa ett tvivel som hindrar oss och samhället från att bli etikens eller lagens fundamentalister. Oberäkneligheten är ett förhållande och ett villkor som råder men som måste trotsas när lagen utövas och sätts i funktion. Annars skulle samhället i en demokratisk ordning kollapsa. Vi måste tro på rätten med rättvisan som vision. Lagar är ju ingenting i sig, om inte människor erkänner och tror på dem. Men lagar behöver också våld för att upprätthållas eftersom människans brist på erkännande och tilltro ibland behöver ersättas med ökad användning av våld från lagstiftaren/staten. Var gränsen går för det berättigade våldet, från både medborgare och stat, är en svår diskussion som jag inte kommer att gå in på här men som jag ändå vill nämna i sammanhanget.

Här berör vi spänningen mellan lagen såsom den är och såsom den borde vara. Tilltron till lagens kraft rymmer både *funktionen* och *visionen*. Tron på lagens kraft bör dock inte vara blind. Det är inte alltid etiskt försvarbart att följa lagen. Då och då måste samvetet vara överordnat lagen, åtminstone hos den enskilde. Det innebär inte att lagen är ogiltig eller att den enskilde bör kunna undantas från straff, men att det också finns en annan lag, en hjärtats och förnuftets lag, som är redo att ta det

---

<sup>10</sup> Derrida, s. 24.

<sup>11</sup> Rousseau, bok 1, kap. 1.

<sup>12</sup> Derrida, s. 25.

<sup>13</sup> Kant, *Om den eviga freden*, s. 57. Att människan i ett moraliskt perspektiv kan vara överordnad lagen innebär inte att Kant försvarar exempelvis revolution eller att med andra våldsmedel erövra makten. Den republika ordningen, som Kant försvarar, bygger på tre *a priori*-principer utifrån vilka Kant härleder sina argument om rättens ursprung: den baseras på samhällsmedlemmarnas frihet; att alla underordnas samma lagstiftning samt principen om rättslig jämlikhet.

straff det innebär att bryta mot lagen. Att tro på lagen i meningen vad den borde vara, öppnar alltså upp för en relation mellan lagens bokstav och den enskildes tvivel på lagens kraft. Det är en dynamik som måste hållas levande om lagen inte ska bli totalitär.

Här är det viktigt att också säga att motsatt relation kan gälla mellan lagen och den enskildes övertygelser, nämligen att lagen kan verka för att upprätthålla en mänsklig värdighet gentemot rasism, förtryck, orättvisor eller våld. Lagen kan vara etiskt uppfostrande och disciplinera de grupper som vill sätta rättvisan ur spel. Lagen kan som sådan även förebygga och förändra ett samhälles etik och sociala normer.

### Är lagen en etik?

Det är nu dags att avrunda en diskussion om etiken och juridiken som aldrig tycks ta slut. Vad har jag kommit fram till? Jag har inte landat i något entydigt svar och kanske finns det inget sådant heller. Är lagen en etik? Ja, jag skulle säga att lagen och tillämpningen av den är en etik som påbjuder, förbjuder och värnar vissa grundläggande värden såsom jämlikhet och opartiskhet i dömandet och i samhället i övrigt. Men som jag nämnde inledningsvis så kan lagen också vara oetisk, förtryckande och uppfattas som orättvis ur enskildas och grupperns perspektiv. Det kan vara en politisk ideologi eller en kulturell sedvänja som gör lagar försvarbara i en viss begränsad kontext men omoraliska och rättighetskränkande i en annan. Sådana spänningar kan förekomma inom länder och mellan länder. Likaså kan oskyldiga dömas och till och med berövas livet, även om sådana felbedömningar inte självklart kan beskrivas som rättsvidriga.

Etikens kanske mest viktiga funktion i förhållande till juridiken är att bidra till förändring av orättvisa lagar. Till och med till att då och då bryta mot lagen när övertygelsen är stark eller lagen är kränkande eller diskriminerande. Prövningen av en sådan position har sin mylla i det som Derrida kallar lagens kraft och den mystik som omger lagen och etiken, det vill säga det utrymme som är livsvillkoren i ett samhälle och hos de enskilda individerna. Det är svårt att veta om denna "sfär" utanför lagens och etikens kategorier bör ha ett inflytande eller inte över rättstillämpningen. Kanske inte, men var drar vi gränserna mellan lagens *bör* och *är*?

När Ian McEwans domare så småningom avslutar sitt ärende med den unge mannen så är hon inte alls klar över om hon handlade rätt. Hade något av det hon gjorde och hur hon dömde egentligen kunnat påverka historien såsom den utvecklade sig. Kan juridiken ha någon egentlig betydelse i en människas liv, där livsvalen *til syvende og sidst* ändå avgörs av den enskilde? Det kanske vi måste tro för att samhället och världen ska hänga ihop någorlunda, men dessa frågor hör möjligen till den sfär av lagens kraft som berör livets grundvillkor mer än samhällets domän.

I ett androidsamhälle, låt oss säga om tjugo år, där robotar har tagit över fler av arbetslivets funktioner; vore det då önskvärt att låta en robot ersätta en mänsklig domare? Vid fortkörning eller rattfylleri kanske det inte skulle spela någon större roll, men i mål som rymmer svåra etiska avvägningar? En välprogrammerad robot med designade logaritmer skulle inte låta sig påverkas av privatlivets omständigheter. Skulle det öka likheten inför lagen och göra dömandet mer rättvist? Eller finns det aspekter i det mänskliga av etisk karaktär som snarare är nödvändiga i dömandet och lagens kraft? Är det i så fall bra eller dåligt? Hur vi svarar på dessa frågor påverkar vår syn på lagen och etiken och det faktum att de hör samman.

Där avrundar jag mitt anförande. Som ni märker har det inte något egentligt slut, utan ställer fler frågor än de jag inledde med. Det är etikerns och filosofens plikt att göra saker och ting något mer komplicerade och som rättsstatens vänner är det möjligen till och med en njutning att ha möjlighet att komplicera tillvaron. Tack för er uppmärksamhet.

### Referenser

Derrida, Jaques, 2005. *Lagens kraft*. Stockholm/Stehag: Brutus Östlings Bokförlag Symposion

Dworkin, Ronald, 2008. *Taking Rights Seriously*. Dehli: Universal Law Publishing

Hart, H. L. A., 1958. "Positivism and the separation of law and morals". I *Harvard Law Review*, Vol 71, Number 4, pp. 593-629

Kant, Immanuel, [1796], 1996. *Om den eviga freden*. Stockholm: Tidens förlag. Översättning: Alf W. Johansson

Freeman, Michael, 2011. *Human Rights. An Interdisciplinary Approach*. Cambridge/Malden: Polity Press

McEwan, Ian, 2016. *Domaren*. Stockholm: Brombergs. Översättning: Niclas Hval

Rousseau, Jean-Jaques, [1762], 2009. *Om samhällsfördraget eller Statsrättens grunder*. Stockholm: Natur och Kultur. Översättning: Sven Åke Heed och Jan Stolpe