



UPPSALA
UNIVERSITET

Etik ur juridisk synvinkel och i juristutbildningen

Minna Gräns

Professor i allmän rättslära

Uppsala Universitet



Rättspositivistisk utgångspunkt: Moral # Rätt

- Den svenska rättsordningen är rättspositivistisk
- Rätten **skapas av människor**
- Moral kan **inte** utgöra **ett giltighetskriterium** för vad som är gällande rätt, utan avgörande är huruvida rätten härstammar från en lagstiftande auktoritet
- En **domare måste tillämpa gällande rätt**, även om hen skulle anse att rättens innehåll strider mot en etisk eller t.ex. en religiös norm
- **Rättsliga normer utgör skäl till handling**, dvs. de är ägnade att rättfärdiga och rationellt motivera hur juridiska problem ska, bör eller får lösas, generellt och i enskilda fall
- Också etiska normer utgör skäl till handling



Etikens betydelse i juridiken och juristutbildningen bestäms av rättskälleläran

- Jurister använder rättskälleläran för att **föreskriva, rättfärdiga, kritisera och beskriva** rättslig rationalitet, argumentation och beslutsfattande
- Rätt och rättstillämpning ses utifrån ett **internt perspektiv**: rätten är ett autonomt system och det finns **en för alla jurister gemensam och speciell juridisk metod**
- Rätten och rättskälleläran antas ha **en stark beteendestyrande** verkan på alla jurister
- En jurist som inte använder rätten i enlighet med den juridiska metoden, kan kritiseras och kritiken anses befogad av hen själv och andra jurister
- Det antas att det endast finns en **kvantitativ skillnad** mellan hur rättsvetare och rättstillämpare löser juridiska problem eller utreder gällande rätts innehåll



Etiska handlingsnormer enligt den svenska rättskälleläran

- Rättsreglernas innehåll kan mycket väl **överensstämma** med etiska handlingsnormer och det är också **önskvärt** (“positiverad moral/etik”) – grundrättigheter, nästan alla straffrättsliga regler, civilrättsliga regler såsom AvtL 36 §, ett stort antal okodifierade rättsprinciper etc.
- Ur rättens perspektiv betraktas sådana regler emellertid som **bindande rättsnormer, inte som etiska handlingsnormer**
- I övriga fall ingår etiska handlingsnormer i rättskällekategorin **sakskäl**
- **Sakskäl är inte en bindande rättskälla** = en domare begår inte ett tjänstefel om hen underlåter att beakta ett sådant skäl



Etiska handlingsnormer som sakskäl

- Sakskäl beaktas **på grund av sitt innehåll och är kontextbundna**, beroende på en individuell domares egna värderingar, kunskaper, attityder och preferenser
- Sakskäl har visat sig ha **relativt stor betydelse i rättspraxis**
- Detta har lett till ett relativt stort antal prejudikat, som inte kan förutses, rättfärdigas eller beskrivas med hjälp av den svenska rättskälleläran
- De är därför **mycket svårhanterbara inom rättsvetenskapen**
- Rättsvetenskapens ståndpunkt: användningen av sakskäl leder till **att rätten blir oförutsebar och beroende av den enskilde beslutsfattaren, vilket strider mot rättssäkerhetskravet**



Rättsvetenskapens kritik mot användning av etiska handlingsnormer

- Innebär en risk att domare **först gör ett eget, etiskt val** av hur ett rättsligt problem bör lösas och först därefter använder rättsliga tekniker för att rättfärdiga sitt val
- "Decision first, reasoning to follow" = fasadlegitimation
 - Det avgörande, etiska kriteriet skrivs inte ut i den offentliga motiveringen utan "göms" bakom sedvanlig juridisk argumentation
- **strider mot rättskälleläran och det rättsvetenskapliga synsättet på rättens och det rättsliga beslutsfattandets rationalitet**



Rättsvetenskapens kritik mot användning av etiska handlingsnormer som ett avgörande kriterium

- Alla etiska handlingsnormer **förutsätter** att **avvägningar** görs
- Rättsfilosofer har skapat **metoder** för att möjliggöra rationella sätt att göra sådana avvägningar (Dworkin, Peczenik, Alexy, Aarnio etc.)
- Sådana metoder är i regel **mycket komplexa och svårtillämpbara** i enskilda fall
 - Forskningen tyder på att de **inte används** i praxis
 - Domare själva anger att de använder varken några komplicerade avvägningsteorier, eller ens moralteorier
- **Det råder följaktligen stor osäkerhet kring hur domare gör avvägningar mellan olika ändamål, intressen och värden, eller hur de tänker då de beaktar etiska aspekter**



Minna Gräns: Decisio Juris (2013)

- Om rättskälleläran inte kan beskriva hur domare tänker, finns det något annat sätt att uppnå kunskap om vad som händer?
- Kan kognitionspsykologiska teorier om hur människor gör bedömningar och fattar beslut hjälpa oss att förstå rättsliga resonemang i praktiken?
- Om ja, vilken betydelse har det för rättsvetenskapens syn på rättsligt beslutsfattande och rättslig rationalitet?



Det är helt förståeligt att rättskälleläran brister som beskrivningsunderlag

- Rättskälleläran är endast en idealtyp för *the context of justification*
 - Rättskälleläran är först och främst en normativ teori om hur rättstillämparen bör bete sig då hen rättfärdigar sina slutsatser (rättfärdigandekontexten)
 - Teorin är endast indirekt kopplad till det beslutande subjektet, eftersom den vilar på det normativa antagandet om vad rättslig rationalitet är för någonting, på det objektiva och teoretiska planet
 - Verkligheten är inte organiserad på det sätt som teorin antar, särdrag ”försvinner”
- *Context of Discovery ?*
 - Hur domare tänker för att komma fram till sina slutsatser har ansetts mer eller mindre irrelevant utifrån det rättsvetenskapliga perspektivet
 - Det accepteras att tänkandet kan vara intuitivt, subjektivt, emotionellt etc., men det har inte ansetts relevant, eftersom avgörande är enbart hur slutsatserna motiveras i rättfärdigandekontexten
 - Men kognitionspsykologisk forskning visar på att de två olika kontexterna kan inte hållas isär på det sätt som förutsätts



UPPSALA
UNIVERSITET

Beslutsfattandet enligt kognitiva konsistensteorier (KT)

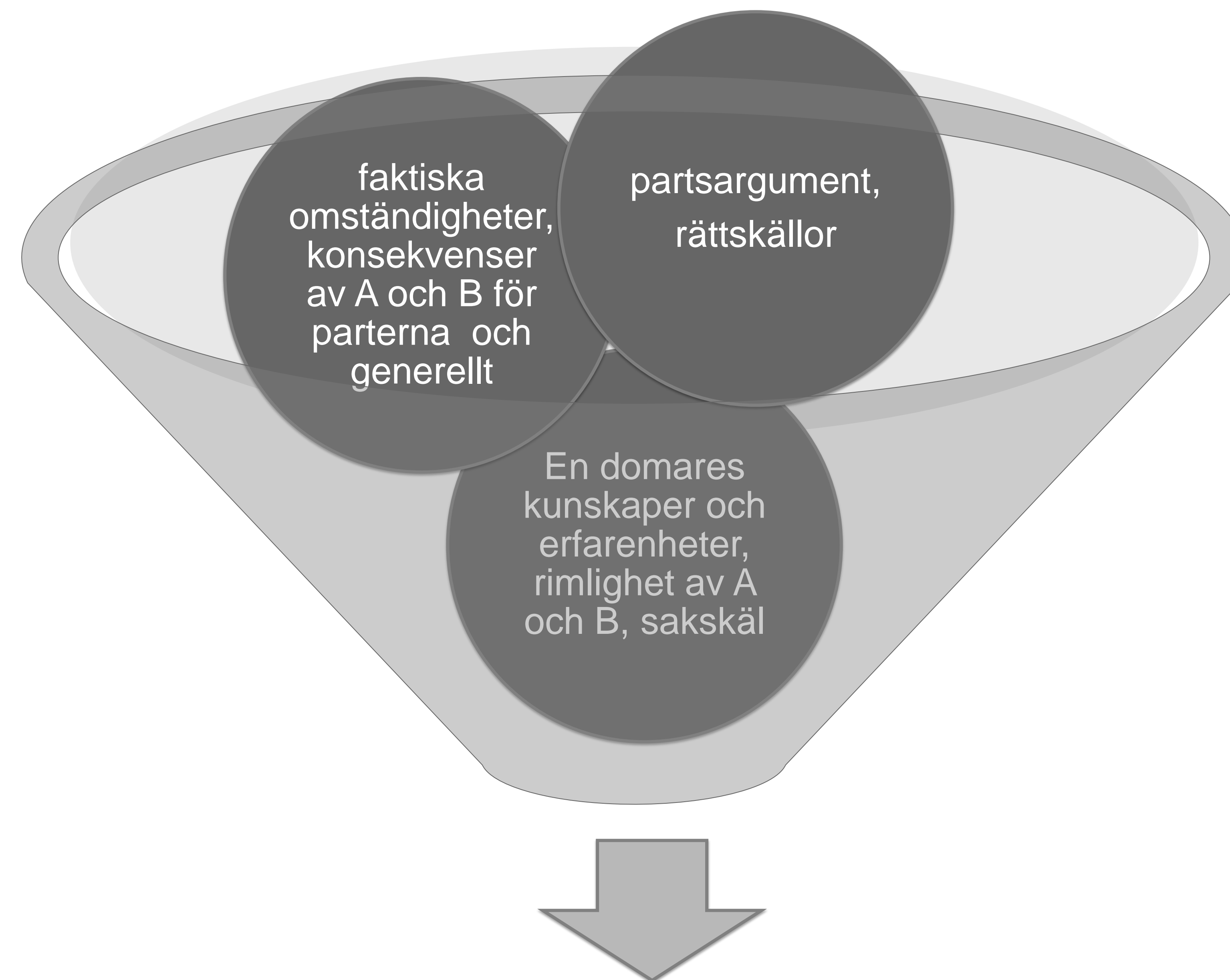


Enkel- och dubbelriktade processer

- Rättskälleläran utgår från att det rättsliga beslutsfattandet består av **enkelriktade**, dialektiska processer, under vilka alla **argument för och mot olika beslutsalternativ (A och B) analyseras** och **vägs** mot varandra på ett så **objektivt** sätt som möjligt
- Experiment visar på att beslutsfattandet minst lika ofta är dubbelriktat (Simon & Holyoak):
- Beslutsfattarens (B) **val av ett beslutsalternativ** sker mer eller mindre intuitivt och holistiskt, relativt **tidigt i beslutsprocessen**
- Detta val påverkar hur B bedömer argumenten för och mot de olika beslutsalternativen, dvs. den efterföljande analytiska processen är inte oberoende och förutsättningslös utan koherensdriven och konfirmatorisk



Domaren tar del av all relevant information och skapar sig en helhetsuppfattning om problemet och hur den bäst kan lösas



Ett alternativ framstår som
preliminärt bäst



Överensstämmer med vad domare själva säger

- Lindskog (advokat): "... svårt att frigöra sig från uppfattningen, att **HD redan vid domskrivningens början hade en bestämd uppfattning** om vilket slut som var eftersträvansvärt."
- Lindskog (justitieråd):" När ett juridiskt problem aktualiseras 'känner man' vad som bör vara en riktig lösning"... "domare mycket ofta, mer eller mindre omedvetet, har **intuitivt skapat sig en uppfattning om hur han skall döma på ett tämligen tidigt stadium av processen**".
- Gregow: **domare får en preliminär uppfattning** om hur frågan skall bedömas, t.ex. "vid läsning av ingivna skrifter före huvudförhandling eller av en underrättsdom i överklagat mål".
- Gregow: vanligt att domare gör **en snabbare och initial bedömning**, som visar sig bestå även i ljuset av den efterföljande analytiska processen



Vad är avgörande för valet av ett beslutsalternativ?

Beror både på beslutets svårighetsgrad och dess s.k. attraktionsvärde:

- Nivå 1, enkla, rutinmässiga beslut
- B fattar beslutet **rutinmässigt, inga prioritetsval mellan A och B**
- enkla subsumtionsbeslut, erfarenhet av likadana och liknande fall har lett till automatik, inga problem identifieras
- Många delbeslut inom ett mer komplext beslutsproblem är också ofta rutinmässiga
- Behöver inte alltid ha varit ett enkelt beslut, kan tidigare ha varit svårt, men lösts på ett tillfredsställande sätt i regel genom ett prejudikat



Vad är avgörande för valet av ett beslutsalternativ?

- Nivå 2, stereotypiska beslut
- B använder ett eller flera **kriterier**, men dessa är **förutbestämda, stereotypiska och statiska**, ingen bedömning av alternativens för- eller nackdelar görs
- Det största antalet rättsliga beslut tillhör denna nivå, kriterier anges i rättsnormer och andra rättskällor
- Det finns också en mängd av olika s.k. metaregler, som används för att lösa eventuella normkonflikter: *in dubio mitius*, *lex specialis*, *odia sunt restringenda*, straffrättsligt analogiförbud *in malam parten etc.*



Vad är avgörande för valet av ett beslutsalternativ?

- Nivå 3.
- **Komplicerade beslut, s.k. knepiga fall (hard cases)**
- Ändamåls-, intresse- eller värdekonflikt
- alla beslutsalternativ (normalt bara två) har både för- och nackdelar, inga klara kriterier för prioriteringar

- Nivå 4.
- **Helt nytt och öppet** beslutsproblem
- B måste själv skapa helt nya beslutsalternativ
- Skillnaden mellan nivå 3 och 4?
- På nivå 3 är beslutet alternativfokuserat, nivå 4 värderingsfokuserat



Vad är avgörande för valet av ett beslutsalternativ?

- Rättsvetenskapen har tidigare inte uppmärksammat, att på vilken nivå ett beslut tillhör, inte enbart beror på om det finns färdiga beslutskriterier eller inte utan även på beslutets attraktionsvärde, dvs. beslutets acceptabilitet i ljuset av beslutsfattarens uppfattning om dess rimlighet i ljuset av olika saksak
- Därför kan även s.k. klara fall ibland behandlas som knepiga fall



Vad är rimlighet?

- Zahle: Rimlighet är den viktigaste rättskällekategorin i rättspraxis. En rimlighetsbedömning är ofta **mycket likt en moralbedömning**.
- Gregow: Efter att på grund av en analys ha kommit fram till ett resultat, ställer sig domare frågan **om resultatet också är "allmänt sett rimligt"**, åtminstone i "mera besvärliga och tveksamma mål". Om ett resultat inte framstår som allmänt rimligt, "... är det något fel i det resonemang som lett fram till resultatet".
- Detta innebär att **rimlighet är det yttersta och viktigaste riktighetskriteriet i rättspraxis**
- **Men forskningen vet ganska lite om vad "rimlighet" egentligen innebär**
- **Det är också därför som det är mycket svårt att undervisa om**



Ett exempel: NJA 1997 s. 645

F och E skildes år 1965. De hade fyra barn, A, B, C och D, varav B stannade kvar hos modern E efter skilsmässan.

F dog i januari 1987, barnen delade arvet efter honom, genom ett muntligt avtal.

F:s faderskap till B hävdades och en annan man fastställdes som hennes far.

A, C och E väckte talan mot B och krävde att hon skulle betala tillbaka sin del av arvet. Åberopade att avtalet hade ingåtts med den felaktiga uppfattningen att B varit F:s barn (s.k. förutsättningsläran)

- TR och HovR: ett avtalsrättsligt giltighetsproblem som kan lösas genom att tillämpa förutsättningsläran



NJA 1997 s. 645

- **HD:** inte en avtalsrättslig fråga överhuvudtaget utan en arvsrättslig
- Ingen motivering för varför inte avtalsrätt
- B:s rätt att ärva grundas på faderskapspresumtionen. Hävandet av faderskap, efter det att F dött, har ingen som helst rättsverkan på B:s rätt att ärva honom.
- Motiveringen i HD:
- Faderskapspresumtionen
- har sitt **ursprung i romersk rätt**
- är **förankrad** i hur det brukar vara **i verkligheten**
- **förebygger** faderskapstvister
- **förstärker** familjeband

- Alla skäl ger stöd för det valda beslutsalternativet, inga skäl emot nämns



NJA 1997 s. 645

- HD betonar sedan **det andra tänkbara alternativets (TR och HovR) negativa konsekvenser med syftet att ytterligare framhäva det valda alternativets riktighet:**
- rättsosäkerhet
- en oförutsebar återbetalningsskyldighet
- mindre intresse av att klarlägga sitt biologiska ursprung



NJA 1997 s. 645

- Rättskälleläran: en enkelriktad och dialektisk process under vilken argument för och emot varje tänkbart beslutsalternativ analyseras och vägs mot varandra?
- Kognitionspsykologi: en dubbelriktad process med syfte att skapa det valda alternativets dominans i jämförelse med andra tänkbara alternativ
- Beslutet grundades på att det skulle varit orimligt gentemot B (och andra i hennes situation) att frånta henne arvet efter hennes far.



Hur ska rimlighetsaspekter hanteras i rättsvetenskapen?

- Mer multi- och tvärdisciplinär forskning
- Mer empirisk forskning
- Domstolar borde synliggöra rimlighetsargumentet tydligare
- Förutsätter att "rimlighet" accepteras som en rättskälla



UPPSALA
UNIVERSITET

TACK SÅ MYCKET !

minna.grans@jur.uu.se