



INTERNATIONELLA  
HANDELSHÖGSKOLAN  
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

# Harmonisering i ljuset av mänskliga instinkter

Kandidatuppsats i affärsjuridik

Författare: Johanna Bratt

Handledare: Jakob Heidbrink

Framläggningsdatum 2012-05-14

Jönköping maj 2012

## Kandidatuppsats i affärsjuridik

Titel:	Harmonisering i ljuset av mänskliga instinkter
Författare:	Johanna Bratt
Handledare:	Jakob Heidbrink
Datum:	2012-05-21
Ämnesord	<b>Harmonisering, tvärvetenskap, lex loci damni, lex loci delicti, Rom II-förordningen</b>

---

### Sammanfattning

Det EU-rättsliga harmoniseringsarbetet utvecklas för varje år som går. Vidare är det av yttersta vikt att ständigt arbeta för att eftersträva en enhetlig tillämpning av den lagstiftning som harmoniseras. Dock visar studier från den kognitiva vetenskapen på hur människan instinktivt förhåller sig tämligen reserverad till förändring. Det påverkar i sin tur människan i sin roll som rättstillämpare. Det finns därför anledning att uppmärksamma dessa instinkter i förhoppning om att på så sätt finna lösningar som kan motverka den påverkan den får på beslut av rättstillämpare.

Genom att applicera en utvald teori från den kognitiva vetenskapen på ett domstolsavgörande diskuteras plausibla anledningar till domstolens resonemang. Fokus läggs på *varför* domstolen resonerar som den gör, snarare än de rättsliga verkningarna av hur den resonerar. Det leder till konstaterandet att det finns tydliga tecken på att domstolen påverkats av det tidigare svenska rättsläget. Uppmärksammandet kan sedan sättas i relation till syftet bakom harmoniseringsarbetet samt vikten av en enhetlig tillämpning av den harmoniserade lagstiftningen. Det finns då anledning att framhålla att människans instinktiva motvilja till förändring utgör ett hinder för en effektiv harmonisering och att det bör uppmärksammas för att i sin tur kunna motverkas.

## Bachelor's Thesis in Commercial and Tax law

Title: Harmonization in the light of human instincts  
Author: Johanna Bratt  
Tutor: Jakob Heidbrink  
Date: 2012-05-21  
Keywords: **Harmonization, interdisciplinary, lex loci damni, lex loci delicti, Rome II Regulation**

---

### **Abstract**

The harmonization of legislation within the EU is developing with each passing year. Furthermore, it is essential that the strive for a uniform application of the legislation harmonized constantly is maintained in the best way possible. However, studies in cognitive science show how humans instinctively remain fairly reserved to change. There is therefore reason to pay attention to that instinct, hoping thereby to find solutions that can counteract the affects that instinct may have on the decisions of legal practitioners.

By applying a selected theory from cognitive science on a courts ruling plausible reasons for the Court's reasoning are discussed. The focus is on why the Court argues the way it does, rather than the legal consequences of its reasoning. This leads to the finding that there are clear signs that the court was influenced by the former Swedish legal situation. This can be related to the purpose behind the harmonization and the importance of a uniform application of the harmonized legislation. There is reason to point out that man's instinctive aversion to change is an obstacle to effective harmonization. By bringing light to this, hopefully the effects of it can be reduced.

## Innehåll

<b>1</b>	<b>Inledning .....</b>	<b>1</b>
1.1	Bakgrund .....	1
1.2	Syfte och avgränsning .....	2
1.3	Metod och material .....	3
1.4	Disposition .....	5
<b>2</b>	<b>Kort översikt av den kognitiva vetenskapen .....</b>	<b>6</b>
2.1	Allmänt .....	6
2.2	Effekten av tidigare erfarenheter .....	6
2.3	The endowment effect .....	7
2.4	Tidigare erfarenheter i kombination med the endowment effect .....	9
<b>3</b>	<b>Ett IP-rättsligt exempel på fenomenet .....</b>	<b>11</b>
3.1	Bakgrund .....	11
3.2	Rom II-förordningen i Stockholms tingsrätt .....	13
3.3	Analys av Stockholms tingsrätts dom .....	14
<b>4</b>	<b>Analys och diskussion .....</b>	<b>16</b>
4.1	Applicering av den kognitiva psykologin på juridiken .....	16
4.2	Harmoniseringsarbetets osynliga ovän .....	19
4.2.1	Varför skapa ett harmoniserande lagstiftningsarbete? .....	19
4.2.2	Krävs tydligare riktlinjer från lagstiftarens sida? .....	21
<b>5</b>	<b>Slutsats .....</b>	<b>23</b>
	<b>Referenslista .....</b>	<b>25</b>

# I Inledning

## I.1 Bakgrund

Juridiken är en vetenskap utvecklad och skapad av oss människor för att vi ska kunna leva tillsammans i ett organiserat samhälle.<sup>1</sup> I takt med att samhället utvecklas och förändras krävs även att juridiken utvecklas. Tveklöst utgör detta utvecklingsarbete en väsentlig del av hela den juridiska verkstaden. Dock finns det ett särdrag hos oss människor som försvårar denna utveckling. Det får anses vara klarlagt inom den psykologiska skolan att människan av naturen är konservativ eller åtminstone kan uppleva det som besvärligt att gå ifrån gamla invanda rutiner.<sup>2</sup> På juridikens område är det en nödvändighet att effektivt kunna tillämpa en ny regel för att rättssystemet ska gå sin gilla gång. Att människan av naturliga skäl möter svårigheter när det kommer till förändring skapar således en krock som är anmärkningsvärd.

Ett konkret exempel på problematiken är det EU-rättsliga harmoniseringsarbetet. Lagstiftningsarbetet inom EU har till syfte att skapa enhetliga regler för medlemsstaterna. Dock innebär de allt som oftast att reglerna ändå tolkas olika av rättstillämparna i de olika medlemsstaterna och att tanken om en enhetlig tillämpning går förlorad. Här fyller systemet om förhandsavgöranden från EU-domstolen en viktig funktion.<sup>3</sup> Dock är det inte rimligt att tro att systemet med förhandsavgöranden eliminerar problemet då många avgöranden torde falla mellan stolarna. Det är rimligtvis inte ovanligt att rättstillämparna i medlemsstaterna, om än omedvetet, tolkar nya bestämmelser i ljuset av de gamla bestämmelserna. På så vis motsträvas den tilltänkta förändringen, vilket leder till att utvecklings- och harmoniseringsarbetet går trögt. Människan har skapat juridiken. Juridiken gör anspråk på att vara en rationell vetenskap. Men vad händer när människan inte är tillräckligt rationell för att tillämpa juridiken?

Genom att studera läran om människans beteendemönster, tankar och samverkan, de vill säga psykologin, torde vissa svar på hur även juridiken påverkas kunna ges. Vidare borde

---

<sup>1</sup> Se till exempel Dalhman, Christian, *Rätt och Rättfärdigande – En tematisk introduktion i allmän rättslära*, s. 18-19.

<sup>2</sup> Det är annars svårt att förklara varför de flesta teorier som (till exempel *the endowment effect* och *negative and positive transfer effects* som uppsatsen behandlar) finns kring människan och förändring söker svar i varför människan bitvis har svårt för förändring.

<sup>3</sup> Se artikel 267 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF).

psykologiska studier kunna ge vägledning för hur problem på bästa sätt kan undvikas vad gäller det juridiska utvecklingsarbetet.

## **1.2 Syfte och avgränsning**

I denna uppsats belyses hur mänskliga instinkter samt människans konservativa natur påverkar en effektiv utveckling på juridikens område. Uppsatsen är tvärvetenskaplig<sup>4</sup> och belyser med hjälp av kognitiva studier inom psykologin hur den mänskliga faktorn i mångt och mycket i praktiken är motvillig till utveckling vilket ofta resulterar i att nya bestämmelser tolkas i ljuset av de gamla bestämmelserna. Trots att frågeställningen kan tyckas bred och vidlyftig är det egentligen en så pass specificerad vinkling att den kritiska frågan blir tämligen avgränsad. Fokus ligger på förändringsarbetet inom juridiken och är inte menad att gå in på de materiella juridiska spörsmål som efterföljs då en bestämmelse tolkats på konservativt manér. Istället är tanken att belysa det konservativa beteendet hos människan och hur det i relation till juridiken skapar ett juridiskt problem. Harmoniseringen på EU-området diskuteras, däremot ges ingen redogörelse för utvecklingsarbetet av lagstiftningen inom EU som sådan. Således förutsätts att läsaren besitter de grundkunskaper som krävs för förståelse.

Vad gäller människans inställning till förändring finns det otaliga studier och teorier på den psykologiska arenan som säkerligen skulle kunna läggas till grund för en jämförelse. Då syftet med uppsatsen är att uppmärksamma hur studier inom psykologin kan ge vägledning inom juridiken, representerar det psykologiska material som presenteras nödvändigtvis inte eliten av dessa studier utan ska snarare betraktas som ett stickprov. Det material som presenteras har allenast en belysande uppgift för den senare appliceringen på juridiken. Uppsatsen riktar sig till kunniga på juridikens område och det är juridik som är uppsatsens huvudsakliga inriktning. Psykologin hjälper till att belysa ett specifikt juridiskt problem, nämligen problematiken i harmoniseringsarbetet.

---

<sup>4</sup> Vad som avses med en tvärvetenskaplig uppsats är inte helt okomplicerat. I Sverige används vanligtvis begreppet tvärvetenskap som en övergripande benämning för alla former av ämnesöverskridande forskning. Se Sandström, Ulf m.fl., *Tvärvetenskap - en analys*, Vetenskapsrådets rapportserie, s. 15. Det är även avsikten i denna uppsats.

### 1.3 Metod och material

Denna uppsats gör anspråk på att vara rättsvetenskaplig. Eftersom syftet med uppsatsen är att ta hjälp av vetenskap på ett annat fält än juridiken krävs att den metod som används är mer öppen för en friare argumentation och ett mer ifrågasättande perspektiv än vad en sedvanlig juridisk metod<sup>5</sup> ger utrymme för.<sup>6</sup> I enlighet med grundtanken bakom tvärvetenskapliga studier är inte det mest relevanta vad vetenskaperna i de olika avseendena säger var för sig, utan vad de vid en sammanslagning kan ge svar på tillsammans. Därmed inte sagt att en framgångsrik tvärvetenskaplig uppsats inte är avhängig en väl utförd grund.<sup>7</sup>

Omedelbart relevant material är knapphändigt och till följd av uppsatsens utformning vore det direkt felaktigt att påstå att en sedvanlig juridisk metod ligger till grund för uppsatsen. Rättsregler är inte föremål för fråga utan istället är tanken att belysa specifikt juridiska frågor i ljuset av en annan vetenskap. För att göra det används rättskällor tillsammans med andra källor i syfte att försöka eftersträva ett logiskt och överskådligt resonemang.

De delar som är tilltänkta att presentera ett rättsområde och gällande rätt<sup>8</sup> på det området används en deskriptiv metod.<sup>9</sup> Specifika rättsregler är dock inte föremål för behandling i mer än exemplifierande avsikt.

Vad gäller framställningen av den psykologiska delen bör de nödvändiga förbehållen för utredningen uppmärksammas. Utredningen i denna del kan inte bli annat än ytlig. En rent deskriptiv metod används i syfte att ge läsaren verktyget som sedan ger upphov till den juridiska diskussionen. Således används endast sekundärkällor på området, närmare bestämt

---

<sup>5</sup> Då det inte finns en entydig förklaring till vad en sedvanlig juridisk metod innebär är en förklarande kommentar nödvändig. I denna uppsats avses med en sedvanlig juridisk metod, det som andra även väljer att benämna som en rättsdogmatisk metod, att rättskällor följer ett viss hierarkisk ordning. Denna ordning ser vanligtvis ut som följer, (i) lag (ii) förarbete (iii) praxis och (iiii) doktrin. För vidare diskussion se exempelvis Bernitz, Ulf m.fl., *Att finna rätt, juristens källmaterial och arbetsmetoder*, s. 28-29.

<sup>6</sup> Sandgren Claes, *Hänvisningar i rättsvetenskapen*, 05-06 NR 1, Särtryck ur JT, s. 79-80. Sandgren nämner i det kortaste särdrag för tvärdiscipliner i hänvisningspraktiken.

<sup>7</sup> Se Sandström, Ulf m.fl., *Tvärvetenskap - en analys*, Vetenskapsrådets rapportserie, s. 8.

<sup>8</sup> Även vad som inbegrips med *gällande rätt* är omdiskuterat. Se exempelvis Strömholm, Stig, *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning. En lärobok i Allmän Rättslära* s. 25-27 eller 305-306. På s. 80 framhåller Strömholm att gällande rätt, för en verksam inom systemet, torde kunna beskrivas som "summan av de regler av olika slag och på olika plan som i stort sett styr kompetent juridisk yrkesutövning inom det ifrågavarande systemet".

<sup>9</sup> Se t.ex. Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 66-67. Sandgren framhåller att ett mått av deskription är oundgängligt eftersom material som ska analyseras till en början måste beskrivas.

litteratur.<sup>10</sup> Framställningen avspeglar min tolkning av författarnas teorier. Jag kan med andra ord inte försäkra att den nödvändigtvis är densamma som vad författarna velat förmedla.

Ett exempel på fenomenet ges inom internationell privat- och processrätt (IP-rätt). Att ett exempel från just IP-rätten presenteras är ett medvetet val eftersom IP-rätten numera till stor del består av harmoniserad lagstiftning. Uppsatsens analytiska avsnitt är i huvudsak vinklat mot en diskussion kring harmonisering. I förhoppning om att uppnå en positiv pedagogisk effekt presenteras ett problem som har en nära anknytning till denna vinkling.

Det finns anledning att uppmärksamma att stor vikt läggs vid ett specifikt underrättsavgörande. Rättsfallet är inte menat att visa på någon prejudicerande verkan och diskuteras därför inte på, vad som kan uppfattas som, sedvanligt manér.<sup>11</sup> Avgörandets funktion i uppsatsen är att ge ett tydligt exempel på det juridiska problem uppsatsen har till syfte att påvisa, det vill säga det juridiska problem mänskliga instinkter kan orsaka. Vid analysen av underrättsavgörandet används en logisk-grammatisk tolkning. Tillsammans med den används en teleologisk metod<sup>12</sup> för att påvisa oklarheter i den rättsliga bedömningen eftersom den i sin tur leder till diskussion kring det juridiska problemet.<sup>13</sup>

I analys- och diskussionskapitlet används en problemorienterad metod. Med en problemorienterad metod avses i förevarande fall att utgå från ett övergripande perspektiv där flera faktorer skapar ett samspel.<sup>14</sup> Det förefaller lämpligt med tanke på att detta tillvägagångssätt är signifikativt för just tvärvetenskapliga studier.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Med primärkällor åsyftas i förevarande fall utförande av experiment och dyligt.

<sup>11</sup> Med ett sedvanligt manér åsyftas i förevarande fall att rättsfall i en juridisk utredning vanligtvis har för avsikt att peka på en visst rättsligt resonemang. Se Strömholm, Stig, *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, En lärobok i Allmän Rättslära* s. 388. Vidare fyller som utgångspunkt underrättsavgöranden inte en funktion som prejudikat på samma sätt som avgöranden från högsta instans. Strömholm berör området i samma verk som ovan på s. 376.

<sup>12</sup> Strömholm, Stig, *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, En lärobok i Allmän Rättslära* s. 453-456. En teleologisk metod innebär att tolka en rättsregel i ljuset av syftet eller målsättningen med en rättsregel.

<sup>13</sup> Närmare bestämt vid en dissekering av tingsrättens domskäl i förhållande till kommissionens förslag till Rom II-förordningens utformning.

<sup>14</sup> Se Westberg, Peter, *avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, Ur Festskrift till Per Olof Bolding, s. 421-426. Westberg sätter den problemorienterade metoden i relation till en regelorienterad metod, där istället gällande rätt tolkas med stöd av rättskällor.

<sup>15</sup> Se Sandström, Ulf m.fl., *Tvärvetenskap - en analys*, Vetenskapsrådets rapportserie, s. 14. Här framhålls att begreppen tvärvetenskap och problemorientering ofta sammanfaller, men att det emellertid är nödvändig



Slutligen är en kommentar kring uppsatsens terminologi på sin plats. IP-rättens internationella karaktär medför att språkliga olikheter kan ställa till problem. Således används latinska uttryck och definitioner flitigt på just detta område. För att undvika missförstånd används åtminstone de vanligaste latinska termerna i uppsatsen. Utländska ord samt ord där en viss betoning är lämplig för framställningen kursiveras.

## **I.4 Disposition**

Inledningsvis ges en översiktlig förklaring av den kognitionsvetenskapliga teorin. Denna är inte på något vis menad att vara uttömmande. Förklaringen är endast tilltänkt att ge läsaren den information som är absolut nödvändig för att förstå problematiken uppsatsen har till syfte att uppmärksamma och diskutera. För att försöka påvisa uppsatsens grundtes presenteras ett exempel på IP-rättens område där diskussion kring huruvida människans konservatism försvårar förändring förs. Här ges först en bakgrund till det juridiska området som är föremål för diskussion. Inte heller här är bakgrunden menad att vara uttömmande. Bakgrunden följs av ett exempel på det presenterade området där just människans konservativa natur uppmärksammas. Avslutningsvis analyseras och diskuteras fakta och exemplet som lagts fram. Detta görs först genom att visa på hur den kognitiva vetenskapen kan appliceras på juridiken. Här kopplas exemplet från IP-rätten samman med de teorier som presenterats och en argumentativ förklaring ges. Vidare diskuteras sedan resultatet av analysen ur ett harmoniseringsperspektiv. Slutligen återkopplas uppsatsens resultat till syftet i en slutsats.

---

att vara noga med skillnaden. Min avsikt är härmed att tydliggöra att begreppen används med åtskilda syften denna uppsats.

## 2 Kort översikt av den kognitiva vetenskapen

### 2.1 Allmänt

De flesta psykologer är överens om att den kognitiva psykologins huvudsakliga kärna handlar om hur människan uppfattar, hanterar och processar miljön hon är i. De mest omskrivna områdena inom den kognitiva vetenskapen torde vara den inre processen rörande uppmärksamhet, uppfattning, inläring, minne, språk, problemlösning och framförallt tänkande. Vidare är den generella uppfattningen på området att ett av de främsta målen inom den kognitiva psykologin är att på ett så precist sätt som möjligt kartlägga de inre processerna som genomgås då människan utsätts för dessa situationer för att på så sätt sedan kunna applicera det på praktiska situationer. Genom att försöka identifiera processen och förstå den, skapas en möjlighet till att påverka den.<sup>16</sup>

### 2.2 Effekten av tidigare erfarenheter

Människan ställs dagligen inför olika problem. Med problem åsyftas i förvarande fall alltifrån att öppna en dörr till att lösa en ekvation. Människan har en förmåga att memorera lösningar på problem och slipper på så sätt genomföra samma lösningsprocess om och om igen. Det visar sig i så gott som alla olika situationer i livet. Allt eftersom människan samlar på sig erfarenhet ökar hennes förmåga att effektivt och snabbt lösa problem som uppstår. Denna effekt brukar inom psykologin benämnas som *a positive transfer effect*. Men det finns även situationer där tidigare erfarenhet kan innebära ett störande moment för problemlösningen och istället förhindra tankevägen som leder problemlösningen. Detta benämns som *a negative transfer effect*.<sup>17</sup>

Med andra ord visar teorin på att människan med hjälp av tidigare erfarenheter slipper att undersöka hur problemet ska lösas om det redan har lösts tidigare. Det får som sagt både positiva och negativa konsekvenser. Hade människan inte besittit förmågan att minnas hur ett problem löstes sist hade det tveklöst medfört stora svårigheter i livet. Men precis som påvisas under benämningen *a negative transfer effect* kan det innebära att problem som liknar varandra generaliseras och att en ny lösning kan vara svår att se om en annan lösning

---

<sup>16</sup> Se Eysenck, W Michael, *Principles of Cognitive Psychology*, s. 1 och 10.

<sup>17</sup> Eysenck, W Michael, *Principles of Cognitive Psychology*, s. 134-135.

använts tidigare. Det kan i sin tur innebära att en otillräcklig undersökning av det nya problemet görs och att en tidigare lösning istället formas om för att även passa det nya problemet.

### 2.3 The endowment effect

Begreppet *the endowment effect*<sup>18</sup> innebär i korta drag att människan tenderar att sätta ett högre värde på ett objekt hon äger jämfört med vad hon är villig att betala för ett likadant nytt objekt. För att illustrera grundprincipen ges i det närmaste ett exempel på *the endowment effect*. Exemplet handlar om vinflaskor.

”Prospect theory suggested that the willingness to buy or sell the bottle depends on the reference point- whether or not the professor owns the bottle now. If he owns it now, he considers the pain of giving up the bottle. If he does not own it, he considers the pleasure of getting the bottle. The value were unequal because of loss aversion: giving up a bottle of nice wine is more painful than getting an equally good bottle is pleasurable.”<sup>19</sup>

Som framgår av exemplet, talar forskare om begreppet *loss aversion*. Vid en rent språklig översättning betyder *loss aversion* på svenska ungefär *motvilja till förlust*, vilket även ger en tydlig beskrivning av vad begreppet faktiskt innebär. Det är just *loss aversion* som är den mänskliga instinkten. Vid förändring är enligt denna teori människans motvilja till att *förlora* något hon betraktar som sitt (eller åtminstone redan har i sin besittning) starkare än vad möjligheten till att *vinna* något hon inte har är.<sup>20</sup> Med andra ord är det lättare att avstå från en vinst än vad det är att uppleva en förlust.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Begreppet *the endowment effect* myntades på åttiotalet av Prof. Richard H. Thaler, Henrietta Johnson Louis Professor of Economics, Johnson School of Management, Cornell University, Ithaca, New York. Detta beteendemönster har därefter behandlats av Prof. H. Thaler tillsammans med bland andra Nobelprisivinnaren Daniel Kahneman, Professor Emeritus i psykologi vid Princeton University och Professor Emeritus i Public Affairs vid Woodrow Wilsons School of Public and International Affairs. Det finns flera forskare värda att nämna på området men då syftet med uppsatsen är att belysa ett juridiskt område ges av utrymmesskäl dessa forskare inom psykologin ingen närmare presentation.

<sup>19</sup> Kahneman, Daniel, *Thinking fast and slow*, 2011, s. 293.

<sup>20</sup> Daniel Kahneman; Jack L. Knetsch; Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, s. 199.

<sup>21</sup> Daniel Kahneman; Jack L. Knetsch; Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, s. 203.

*The endowment effect* visar sig tydligt i flera olika typiska livssituationer. Ett exempel är då någon ska byta arbete. Den nya arbetsplatsen bedöms då i förhållande till den gamla arbetsplatsen och blir i olika avseenden *bättre* eller *sämre* än den gamla. Då något känns *sämre* med den nya arbetsplatsen i jämförelse med det gamla, får det inte sällan övertaget över de saker som känns *bättre* med den nya arbetsplatsen. Det är då *loss aversion* som tar ut sin rätt. Ytterligare ett exempel är i väntan på ett nytt kontor. Innan tillkännagivandet av vem som fått vilket kontor är det oviktigt; valet mellan två olika kontor har ingen betydelse. Men dagen efter tillkännagivandet vill man kanske inte längre byta det kontoret man tilldelats.<sup>22</sup> Den potentiella vinsten värderas inte lika högt som en förlust av det som innehas.

Detta resonemang har applicerats på juridik, dock i ett mer materiellt avseende än vad denna uppsats har till syfte att framhålla. Forskare har påvisat exempel där avgöranden påverkas av *loss aversion*.<sup>23</sup> De flesta som är verksamma inom juridik torde vara benägna att hålla med om följande resonemang. Det finns en viss moralisk skillnad i huruvida en skadevällare som, till exempel orsakat skada genom kontraktsbrott, orsakat skada då denne försökt motverka en förlust kontra då denne försökt uppnå vinning. Att ett kontraktsbrott uppstår på grund av att den part som orsakar kontraktsbrottet försökt motverka en förlust betraktas förmodligen med blida ögon jämfört med om den skadevällande parten försökt att göra en vinst. Båda situationerna grundas ju i att parten som orsakat skadan vill skydda sina egna intressen. För den skadelidande parten är det ointressant *varför* kontraktsbrottet uppstår. Det är heller inget en domare kan ta ställning till; ett kontraktsbrott är ett kontraktsbrott.<sup>24</sup> Trots detta kan det ur ett moraliskt perspektiv verka mer försvarbart då den skadevällande parten försökt motverka en förlust.

För att tydliggöra poängen ges här ett exempel. Ponera att ett köpeavtal ingåtts mellan två parter och att säljaren har begått avtalsbrott genom att bryta avtalet. I den första situationen begår säljaren kontraktsbrott på grund av att ett mer fördelaktigt erbjudande kommit upp efter avtalets ingående. En ny köpare erbjuder dubbelt så mycket betalt. I den andra situationen begår säljaren istället kontraktsbrottet på grund av att en oväntad händelse skulle medföra att säljaren skulle lida stor förlust om avtalet fullföljdes med köparen.

---

<sup>22</sup> Kahneman, Daniel, *Thinking fast and slow*, 2011, s. 291-299.

<sup>23</sup> Daniel Kahneman; Jack L. Knetsch; Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, s. 199.

<sup>24</sup> Märk väl att jag i exemplet dock inte har beaktat möjliga skadeståndsbegränsningar med anledning av till exempel kontrollansvar, *force majeure* eller dylikt. Se till exempel 27 och 40 §§ köplagen.

Återigen, märk väl att det i juridiskt hänseende är utan betydelse varför kontraktsbrottet uppstått. Men i ett moraliskt hänseende gör det förmodligen för många en viss skillnad. Det torde vara mer förståeligt att säljaren vill undgå en förlust än vad det är att säljaren vill åstadkomma en större vinst. Kopplat till den förevarande diskussionen har vi ett tydligt exempel på *the endowment effect* och *loss aversion* framför oss.<sup>25</sup> Det är en mänsklig instinkt att betrakta risken för förlust som starkare än risken att missa en potentiell vinst. Det är lättare att avstå från en vinst än vad det är att uppleva en förlust.

## 2.4 Tidigare erfarenheter i kombination med the endowment effect

*Positive and negative transfer effects* är som sagt en teori kring hur människans förmåga till problemlösning påverkas av tidigare erfarenheter. Den kan i sin tur kopplas till teorin om *the endowment effect*. Det borde nämligen vara så att även *the endowment effect* påverkas av hur mycket tidigare erfarenhet någon har inför en förändring. Graden av *the endowment effect* kan med andra ord öka, eller effekten bli mer påtaglig om någon löst samma typ av problem många gånger tidigare.

När *the endowment effect* kan vara för handen står människan inför antingen en stundande förändring eller en genomförd förändring. Förändring innebär att människan ställs inför ett problem. Denna förändring kan utgöra ett helt nytt problem för människan, eller så har människan stött på problemet och löst det tidigare. Dock innebär som sagt *a negative transfer effect* att tidigare erfarenheter kan resultera i att ett invariant mönster förhindrar människans förmåga att ha ett neutralt förhållningssätt vid problemlösning.

*Positive and negative transfer effects* medför att människan inte lika grundligt undersöker problemet; det behövs inte när en möjlig lösning finns tillgänglig. Utan en grundlig utredning blir förmodligen risken att instinkten tar över problemlösningen större. *The endowment effect* torde förstärkas av detta såtillvida att det innebär ytterligare en anledning till varför människan är motvillig till förändring från någonting som upplevs fungera. Det finns nämligen en risk att den nya lösningen är sämre än den tidigare och att den därmed medför en förlust. Teorin om *the endowment effect* visar ju på att människan upplever det

---

<sup>25</sup> Resonemanget diskuteras kort i Daniel Kahneman; Jack L. Knetsch; Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, s. 204-205.

värre att uppleva en förlust än vad det är att gå miste om en potentiell vinst. Vidare resulterar det i att när människan ställs inför ett val mellan de båda, risken för förlust hellre undviks.

Sammanfattningsvis påverkar således tidigare erfarenhet graden av *the endowment effect*. Om någon har löst ett problem många gånger tidigare kan det leda till en mindre noggrann utredning. Det leder i sin tur till att instinkter kan få större utrymme att påverka problemlösningen. *The endowment effect* är en sådan instinkt och den talar om för människan att förlust måste undvikas.

## 3 Ett IP-rättsligt exempel på fenomenet

### 3.1 Bakgrund

På IP-rättens arena finns två närbesläktade rättsfigurer som avgör lagvalsfrågan då en gränsöverskridande utomobligatorisk tvist föreligger: *lex loci damni* och *lex loci delicti*. *Lex loci damni* ger att den skadevällande händelsens *uppkomst* är avgörande för vilket lands lag som ska tillämpas, oavsett i vilket land den skadevällande händelsen inträffade och oavsett i vilket eller vilka länder indirekta följder av händelsen uppkommer. Motsatsen till denna princip är *lex loci delicti*. Sistnämnda princip ger istället att skadans *inträffande* är avgörande för vilket lands lag som ska tillämpas.<sup>26</sup> Enligt artikel 4.1 i Rom II-förordningen<sup>27</sup> utgör *lex loci damni* huvudregeln vid utomobligatorisk skada. Vidare innehåller artikel 4 två undantag från huvudregeln. Dels då båda parter har sin vanliga vistelseort i samma land då skadan uppkommer (4.2) och dels om den skadegrandande handlingen har en uppenbart närmare anknytning till ett annat land (4.3).

Vid en första anblick kan skillnaden mellan *lex loci damni* och *lex loci delicti* tyckas verka marginell. För att tydliggöra det juridiska problemet som kan uppstå följer därför två exempel på situationer då skillnaden blir påtaglig. Det första exemplet är att en person avlossar ett skott då denne står på svensk mark. Kulan färdas över riksgränsen och träffar en person eller sak som befinner sig på norsk mark. Den skadegörande händelsen har då inträffat (*lex loci delicti*) i Sverige, men uppkommit (*lex loci damni*) i Norge. Således ska enligt artikel 4.1 i Rom II-förordningen norsk lag tillämpas på tvisten.<sup>28</sup> Det andra exemplet är troligtvis något vanligare förekommande. Pondera att en bilolycka *inträffar* (*lex loci delicti*) i Holland. Den skadelidande är bosatt i Sverige och återvänder kort efter olyckan hem. Först någon vecka senare yttrar sig en whiplashskada som har en uppenbar koppling till bilolyckan. Skadan har då *uppkommit* (*lex loci damni*) i Sverige och således ska enligt Rom II-förordningen tvisten bedömas med hjälp av den materiella lagen i Sverige.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Bogdan Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, s. 279.

<sup>27</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 8644/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II).

<sup>28</sup> Bogdan Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, s. 279.

<sup>29</sup> Gällande just trafikolyckor är det dock omstritt vad som får klassas som en skada som har direkt koppling till olyckan. Emellertid visar exemplet på den relevanta skillnaden i var skada kan *inträffa* och *uppkomma*. För diskussion se till exempel KOM(2003)427 slutlig s. 12.

Före Rom II-förordningens ikraftträdande utgjorde *lex loci delicti*-regeln huvudprincipen i svensk rätt. I ett rättsfall från 1969<sup>30</sup> framkommer detta tydligt. Två makar bosatta i Sverige råkade ut för en bilolycka i Nederländerna. Mannen ansågs vållande och hustrun väckte talan mot hans försäkringsbolag. Trots att makarna hade gemensamt hemvist i Sverige uttalade HD att lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits skulle tillämpas, det vill säga Nederländerna.<sup>31</sup>

Enligt förarbetena till Rom II-förordningen var medlemsstaternas nationella regler så olika utformade att det innebar ett stort problem för lagvalsförutsebarheten inom EU. I ingressen till densamma framhålls att det är önskvärt att genom en harmonisering av lagvalsreglerna göra det möjligt att med rimlig säkerhet kunna fastställa vilket lands lag som ska tillämpas på en given förpliktelse och på så vis bidra till förverkligandet av en europeisk union med rättvisa.<sup>32</sup> Vidare motiverar kommissionen förslaget med att parterna, istället för att behöva sätta sig in i olika lagstiftningar, endast ska behöva studera ett enda system av lagvalsregler vilket innebär att processkostnaderna sänks och förutsebarheten- och då även rättsäkerheten- ökas. I förslaget framhålls att tillämpning av undantag från huvudregeln ska begränsas till då det är uppenbart att anknytningen till det landets lag som huvudregeln ger endast är slumpmässig.<sup>33</sup> Undantaget i 4.3 bör enligt kommissionen tillämpas endast i undantagsfall eftersom tillämpningen av denna innebär att det är svårt att förutse lagvalet. Vidare uttrycks explicit att: ”för att framhålla att bestämmelsen verkligen är av undantagskaraktär krävs det enligt punkt 3 att förpliktelsen dessutom har en ”väsentligt närmare anknytning” till ett annat land”.<sup>34</sup>

Kommissionen diskuterar därefter det faktum att *lex loci delicti* i de flesta medlemsstaters nationella lagstiftning fungerar som huvudregel men att den kompletteras av undantag, till exempel om ett annat land har uppenbart närmare anknytning till skadan, och att det således ställs upp ett flertal alternativ för käranden vilket måste undvikas.<sup>35</sup> Att just *lex loci damni* är bäst lämpad som huvudregel motiverar kommissionen bland annat med att det i de

---

<sup>30</sup> NJA 1969 s. 163.

<sup>31</sup> Dock skulle rättsfallet sedan trafikskadelagen ändrades på senare år resulterat i ett annorlunda utfall.

<sup>32</sup> Se punkt 1 och 6 Rom II-förordningens ingress.

<sup>33</sup> KOM(2003)427 slutlig s. 11. Observera dock att artikel 4 i förslaget fortfarande omnämns som artikel 3.

<sup>34</sup> KOM(2003)427 slutlig s. 5-6, 11-12.

<sup>35</sup> KOM(2003)427 slutlig s. 11.



flesta fall resulterar i att lagen i det land där den skadelidande har sin vanliga vistelseort ska tillämpas, vilket är önskvärt.<sup>36</sup>

Förslaget godtogs och nuvarande huvudregel utgörs som sagt av principen om *lex loci damni*. Vidare utformades två undantag från huvudregeln, nämligen då båda parter har sin vanliga vistelseort i samma land då skadan uppkommer (4.2) och om den skadegrundande handlingen har en uppenbart närmare anknytning till ett annat land (4.3). I förordningens ingress presenteras en utförlig motivering till varför artikel 4 utformats på det sättet den har.<sup>37</sup> Lagstiftaren har med andra ord valt att på ett ytterst tydligt vis påvisa vikten av att regeln tillämpas korrekt av medlemsstaternas domstolar samt vad som anses utgöra en korrekt tolkning.

## 3.2 Rom II-förordningen i Stockholms tingsrätt

Som en inledande kommentar kan det nämnas att praxis vad gäller artikel 4 i Rom II-förordningen utan att överdriva är knapphändig. En okomplicerad anledning till detta kan vara den korta tid förordningen varit tillämplig.

I det närmaste följer en redogörelse för en dom från Stockholms tingsrätt från 2011.<sup>38</sup> Eftersom föremål för fråga i förevarande fall är lagvalsfrågan saknas anledning att i vidare utsträckning redogöra för den bakomliggande tvistens grunder i sak.

Lagvalsfråga avgjordes av tingsrätten på tvist mellan ett svenskt bolag och en syrisk bank om bankgarantier i projekt med statliga syriska bolag. Det rörde sig om ett utomobligatoriskt förhållande med tredjemansverkningar. Kärande var det svenska bolaget och svarande den syriska banken. Käranden yrkade att svensk lag, i förevarande fall *lex fori*, skulle tillämpas medan svaranden yrkade att syrisk lag skulle utgöra *lex causae*. Tingsrätten prövade frågan genom mellandom och fastslog att syrisk rätt skulle tillämpas.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> KOM(2003)427 slutlig s. 11.

<sup>37</sup> Punkt 14-18 i Rom II-förordningens ingress.

<sup>38</sup> Målnummer T 19551-09. Käranden har överklagat mellandomen och är under behandling i Svea hovrätt, där med målnummer 3412-11. Svea hovrätts dom förväntas ges någon gång under maj-juni 2012.

<sup>39</sup> Byström, Richard, *Syrisk rätt ska tillämpas på tvist om bankgarantier*, Infotorg Juridik.

I sina domskäl fastställer tingsrätten först att de skadegörande handlingarna inträffat i Syrien. Vidare återger tingsrätten lydelsen i artikel 4.1 Rom II-förordningen, det vill säga att lagen i det land där skadan uppkommit (*lex loci damni*) ska tillämpas, oavsett i vilket land den skadevällande händelsen inträffat (*lex loci delicti*) och oavsett i vilket eller vilka länder indirekta följder av händelsen uppkommit. Tingsrätten nämner sedan att det inte kan fastställas att skadan uppkommer i Sverige enbart på grund av att käranden är ett svenskt bolag. Därefter påpekar tingsrätten att samma artikel punkt 3 stadgar att om det av alla omständigheter i fallet framgår att den skadegrundande händelsen har en *uppenbart närmare anknytning* till ett annat land än det som anges i punkt 1, ska det landets lag tillämpas. *Var* skadan uppkommit (om inte i Sverige) utreder inte tingsrätten, utan istället diskuterar den huruvida de skadegrundande händelserna har en uppenbart närmare anknytning till Syrien. Här framhåller tingsrätten att garantierna haft till syfte att säkerställa de syriska, statliga bolagens beställningar av leveranser till projekt i Syrien i enlighet med avtal som ett annat bolag ingått med beställarna i Syrien och att de skadegörande handlingarna företagits i Syrien. Tingsrätten fastställer att de skadegrundande handlingarna därför har en uppenbart närmare anknytning till Syrien än till Sverige och med andra ord att undantaget i artikel 4.3 därför ska tillämpas istället för huvudregeln i artikel 4.1.

### **3.3 Analys av Stockholms tingsrätts dom**

Vad som är anmärkningsvärt i domen är att istället för att tillämpa huvudregeln i artikel 4.1 går tingsrätten över till att utreda huruvida undantaget i 4.3, det vill säga om det finns en uppenbart närmare anknytning till syrisk lag, bör ges företräde. En tämligen kort kommentar ges kring att det *inte enbart* på grund av att käranden är svensk kan anses att skadan uppkommit i Sverige, men huruvida huvudregeln är tillämplig eller var skadan överhuvudtaget uppkommit behandlas inte. Det hade möjligtvis varit godtagbart att utelämna frågan huruvida huvudregeln är tillämplig eller inte om det kunnat betraktas som fullständigt självklart att den inte varit tillämplig. Det är emellertid inte självklart i rättsfallet, utan snarare mer oklart än vanligt med tanke på att tingsrätten inte ens utreder var skadan får anses ha uppkommit. Det borde då finnas en ännu större anledning att klargöra hur situationen ska behandlas i rättslig mening. Vidare har kommissionen sänt tydliga signaler vad gäller artikelns utformning och att huvudregeln i första hand ska tillämpas. Det hade enligt mitt tycke varit intressant om tingsrätten åtminstone klargjort var den ansåg att

skadan uppkommit, även om huvudregeln till syvende og sidst inte kommit att avgöra lagvalsfrågan. Det framstår istället som att tingsrätten medvetet väljer att inte gå in på huvudregeln eftersom undantaget leder till en mindre komplicerad lösning. Den rättsliga utredningen blir på grund av det ofullständig, men ett intressantare spørsmål för den aktuella frågeställningen är *varför* tingsrätten resonerar på det sätt den gör i domskälen.

Detta kan sättas i relation till den tidigare förklaringen av skillnaden mellan *lex loci damni* och *lex loci delicti*. Som nämnt var, före Rom II-förordningens ikraftträdande, den rådande svenska ordningen att *lex loci delicti* avgjorde vilket lands lag som var tillämplig. I förevarande fall skulle det resultera i att syrisk lag utpekades som tillämplig. Men skulle tingsrätten följt huvudregeln i Rom II-förordningen och tillämpat *lex loci damni* hade det inneburit att, om det konstaterats att skadan uppkommit i Sverige, svensk lag utpekades som den tillämpliga lagen. Det finns anledning att framhålla det faktum att tingsrätten, utan att egentligen utreda huruvida huvudregeln är tillämplig trots att det var tämligen relevant, istället argumenterar för att undantaget ska tillämpas, och på så sätt uppnår samma resultat som om den svenska regeln som tillämpades före Rom II-förordningens ikraftträdande, *lex loci delicti*, hade avgjort frågan. Med andra ord är det inte orimligt att påstå att tingsrätten tolkat artikel 4 i Rom II-förordningen i ljuset av det tidigare svenska rättsläget. Tingsrätten kunde med hjälp av undantaget undvika den nya regeln och istället uppnå samma resultat som den tidigare eftersträvat och därmed kände igen.

I förarbeten till Rom II-förordningen framgår tydligt att *lex loci damni* ska vara en utgångspunkt vid lagvalsfrågan. Trots det och trots att lagstiftaren valt att ge stor plats för motiveringen av artikel 4 i Rom II-förordningens ingress, undvek tingsrätten att tillämpa huvudregeln utan att ge någon egentlig förklaring till varför. Att i en ingress framhålla vikten av att en bestämmelse ska tillämpas på ett visst sätt är en medveten repetition av syftet och grundtanken bakom regleringen. Det torde dessutom vara ett av de mer tydliga sätten från lagstiftarens sida att visa på en viss vilja i hur tillämpning av reglerna ska gå till. Det får därför anses som befogat att kräva att domstolen åtminstone uppmärksammat avsteget och gett en förklaring till varför huvudregeln inte tillämpades i det aktuella fallet.

## 4 Analys och diskussion

### 4.1 Applicering av den kognitiva psykologin på juridiken

Som beskrivits ovan kring den kognitiva psykologin är ett av målen att kartlägga de inre processerna hos människan. Genom att identifiera processerna och kartlägga dem, skapas en möjlighet att påverka dem. Detta kommer väl till pass då det är människan, med alla hennes instinkter, som tillämpar juridiken.

Vad gäller teorin om *positive and negative transfer effects* är den av intresse för juridiskt arbete då tidigare erfarenheter torde utgöra en särskild risk vid tillämpning av juridik. Det juridiska arbetet handlar i stor utsträckning om problemlösning och det handlar dessutom om att lösa snarlika problem om och om igen<sup>40</sup>. Att människan tenderar att ta hjälp av sina tidigare erfarenheter för att lösa problem innebär då en risk att för snabba slutsatser dras och att en otillräcklig utredning görs. Vidare påverkar i sin tur *positive and negative transfer effects* graden av *the endowment effect*.

Då *the endowment effect* främst satts i relation till ekonomi förs diskussionen i litteraturen kring ekonomiska värden. Dock kan det lika enkelt appliceras på andra typer av värden och kan då bli intressant för den juridiska diskussionen.

Hur kan då teorin om *the endowment effect* appliceras på juridik? Det har konstaterats att vi människor innehar en instinkt som innebär att vi upplever det lättare att avstå från en vinst än vad det är att uppleva en förlust. Då en regel som på det hela taget fungerar väl byts ut mot en ny regel torde psykologernas resonemang innebära att det finns ett inre motstånd hos människan att tillämpa en annan, om än lika väl, fungerande regel. I en sådan situation utsätts människan för ett val där en ny regel kan innebära en vinst i form av en bättre lämpad regel, men det kan även innebära att den upplevs fungera sämre än den tidigare regeln vilket kommer innebära en förlust. Trots att den nya regeln troligtvis är välmotiverad och genomarbetad och de flesta är överens om att det är den mest logiska lösningen, händer det att bestämmelser tolkas i ljuset av de gamla. Testerna som gjorts vid utformningen av *the endowment effect* visar på att människan är benägen att avstå från ett val där risken för en förlust är aktuell. Det kan förklara varför det inte sällan är ett tämligen långsamt fortskridande arbete att förnya och förändra lagstiftning. En mänsklig instinkt

---

<sup>40</sup> Detta med tanke på att till exempel lagregler har ett specifikt tillämpningsområde och tillämpas om och om igen på uppkomna tvister.

talat helt enkelt om för oss att det är riskfyllt att tillämpa en ny regel och att det därför bör undvikas i den mån det är möjligt.

Teorin om *the endowment effect* stämmer väl överens med vad som sker i det ovan beskrivna IP-rättsliga exemplet. Rom II-förordningen har skapats i harmoniseringssyfte. Förordningens ingress<sup>41</sup> och förarbete innehåller en grundlig motivering till varför artikel 4 är uppbyggd som den är och varför *lex loci damni* lämpar sig bäst som huvudregel. Trots detta frångår tingsrätten huvudregeln och uppnår istället med hjälp av undantaget ett resultat som stämmer överens med den gamla regeln i Sverige, *lex loci delicti*. Jämfört med det tidigare exemplet med vinflaskorna syns tydliga likheter med tingsrättens resonemang. Som bekant tycktes professorn värdera sina vinflaskor utifrån begreppet *loss aversion*. Flaskan han redan ägde värderade han högre än en ny likadan flaska, eftersom han ville ha mer betalt för den han redan ägde än vad han var villig att betala för den nya flaskan. "...Giving up a bottle of nice wine is more painful than getting an equally good bottle is pleasurable." Risken att förlora en väl fungerande regel känns värre än vad chansen att den nya regeln fungerar lika väl (eller bättre) känns bra. Således vill tingsrätten undvika att frångå det som finns och fungerar, det vill säga *lex loci delicti*. Huvudregeln behandlas istället som en parentes i resonemanget och ges inget utrymme vilket leder till en otillräcklig rättsutredning.

Huvudregeln borde utretts och enligt mitt förmenande strider dessutom tingsrättens resonemang mot Rom II-förordningens förarbete och ingress.<sup>42</sup> Kommissionen ger en grundlig motivering till varför *lex loci damni* lämpas bäst som huvudregel. Den framhåller att undantag från huvudregeln ska tillämpas endast då huvudregeln blir olämplig på grund av anknytningen till det land där skadan uppkom endast är slumpmässig.<sup>43</sup> Som alltid kan det naturligtvis diskuteras huruvida det är en korrekt bedömning av tingsrätten att finna en uppenbart *närmare* anknytning till Syrien och att syrisk lag således ska tillämpas. Dock måste framhållas att det i det presenterade fallet *finns* en klar anknytning till Sverige; käranden har till exempel sitt hemvist i Sverige. Enligt tingsrätten kan inte *enbart* det faktum läggas till grund för att skadan ska anses ha uppkommit i Sverige. Därefter är motiveringen till huvudregelns otillämplighet avslutad, trots att beslutet går stick i stäv med såväl förarbete

---

<sup>41</sup> Punkt 14-18 i Rom II-förordningens ingress.

<sup>42</sup> Se avsnitt 2.4.

<sup>43</sup> KOM(2003)427 slutlig s. 12.

som ingress. En betydligt utförligare motivering måste kunna krävas när lagstiftaren ger så tydliga riktlinjer för hur en bestämmelse ska tolkas. Kommissionen är noga med att påpeka undantagens olämplighet, framförallt vad gäller undantaget i 4.3. Kommissionen framhåller att detta undantag medför svårigheter att förutse lagvalet. Ergo, den medför svårigheter att upprätthålla grundtanken bakom Rom II-förordningens syfte. Hur tingsrätten i förevarande fall då anser det tillräckligt motiverat att gå ifrån huvudregeln och istället tillämpa undantaget i 4.3 är utan tvekan behäftat med vissa oklarheter.

Exemplet med *the endowment effect* utgör med tämligen stor säkerhet endast ett av många exempel på hur den mänskliga faktorn sätter käppar i hjulet för ett juridiskt arbete. Vidare utgör det IP-rättsliga exemplet endast ett av många exempel på hur just *the endowment effect* innebär ett problem vid rättstillämpningen. Mänskliga instinkter och beteenden uppmärksammas ständigt i den rättsvetenskapliga diskussionen. Regelverket är medvetet eller omedvetet urformat med beaktande av grundläggande mänskliga instinkter och moraliska värderingar., vilket är helt naturligt eftersom att det är vi människor som skapat regelverket. Men oftast är ljuset riktat mot människans förhållanden, regler och hur rättssamhället på bästa sätt bör utformas rent materiellt.<sup>44</sup> Inte lika ofta uppmärksammas ur samma perspektiv det faktum att det är människor som skapar, utvecklar och tillämpar juridiken. Med andra ord riktas inte ljuset mot rättstillämparen med samma perspektiv och insikt om människans sätt att vara och verka.

Genom att blanda in framförallt kognitiv vetenskap i juridiken i större utsträckning borde en positiv effekt kunna uppnås. I enlighet med grundtanken bakom den kognitiva vetenskapen är det genom att identifiera och försöka förstå den mänskliga tankeverksamheten som densamma kan påverkas. Satt i relation till den förevarande diskussionen kan det innebära att rättstillämparen med hjälp av kognitiva studier kan motverka att beslut påverkas av instinkter.

Hade tingsrätten i det IP-rättsliga exemplet blivit ombedda att reflektera över *the endowment effect* känns det inte orimligt att påstå att utfallet kunnat se annorlunda ut. Domstolens uppgift är att döma mål och skapa klarhet i oklara rättslägen.<sup>45</sup> Således kan det tyckas

---

<sup>44</sup> Se till exempel Kulin-Olsson Karin, *Juridikens fundament med grundläggande juridisk metodlära*, s. 47-53 samt Lundberg, Schuldt, Rother-Schirren, Lagerstedt, Calleman, Nordell, Persson, Radetzki, Zila, *Juridik, Civilrätt Straffrätt Processrätt*, s. 31.

<sup>45</sup> Se till exempel Dalhman, Christian, *Rätt och Rättfärdigande – En tematisk introduktion i allmän rättslära*, s. 32. om *non liquet*-principen.

självklart att domstolen ska kunna utfärda rättsligt korrekta domar utan påverkan av vare sig inre eller yttre faktorer. Typiska exempel på faktorer som undviks genom att de uppmärksammas är politiska och känslomässiga faktorer. En domare låter exempelvis inte sin politiska ståndpunkt eller huruvida hon tror att en svarande är skyldig eller inte spela in i ett avgörande, utan det ska avgöras endast på rättsliga grunder. Rättstillämpare är väl medvetna om det strider mot grundlag att låta sådana faktorer spela in och kan på så vis undvika att det händer. Det torde grundas i att domstolen består av människor. Vidare påverkas människor av instinkter. Genom att med hjälp av kognitiva studier uppmärksamma fler av dessa mänskliga instinkter kan de i preventivt syfte fungera som en slags varningsklocka, inte minst vid harmoniseringsarbetet. En relevant följdfråga blir härvidlag: bör lagstiftaren ännu tydligare redogöra för hur nya bestämmelser ska (och inte ska) tolkas och i så fall, hur kan det göras tydligare?

## **4.2 Harmoniseringsarbetets osynliga ovän**

### **4.2.1 Varför skapa ett harmoniserande lagstiftningsarbete?**

Det har i uppsatsen hittills diskuterats huruvida en mänsklig instinkt kan innebära ett juridiskt problem. Vid en konvergering av *the endowment effect* och det IP-rättsliga exemplet får det ändå anses, med relativt stor säkerhet, påvisat att så är fallet. Det är ett juridiskt problem att människan är konstruerad på ett sätt som gör att vi tydligt motarbetar förändring i vissa situationer, vilket torde innebära ett tämligen stort problem när det kommer till det EU-rättsliga harmoniseringsarbetet. Som visat är risken för att instinkten gör sig påmind stor då det rör sig om att gå ifrån något som redan fungerar. Det är lättare att avstå från en vinst än vad det är att uppleva en förlust. I många fall är det exakt vad som händer under harmoniseringsarbetet; de nationella reglerna fungerar, men byts ut för att göras enhetliga.

EU:s medlemsstater har olika historiska och ekonomiska bakgrunder samt kulturella och politiska skillnader. En naturlig följd av det är att medlemsstaternas nationella lagstiftning ser olika ut. Det medför att det EU-rättsliga harmoniseringsarbetet i stor utsträckning

innebär ett ständigt kompromissande från medlemsstaternas sida.<sup>46</sup> Historien har visat att medlemsstaterna inte sällan tolkat bestämmelserna olika. Därav har funktioner som förhandsavgöranden från EU-domstolen skapats.<sup>47</sup> Även om det försöker motarbetas med tydliga riktlinjer och förhandsavgöranden är det orimligt att tro att det ska kunna regleras fullt ut. En anledning till det är just att vi är människor. Vi drivs av instinkter och påverkas av faktorer som inte står med som en parentes i något förarbete eller ingress.

En av de mest fundamentala grundpelarna inom juridiken måste vara vikten av en enhetlig rättstillämpning.<sup>48</sup> Utan det tappar juridiken sin stadga och funktion. Strömholm skriver följande om rättstillämpning i allmänhet. ”Önskan om en enhetlighet kan sägas sammanfalla med kravet på likformighet, som är ett centralt element i det något vidsträcktare begreppet rättssäkerhet...”.<sup>49</sup> Precis som Strömholm framhåller är det nödvändigt med en enhetlig rättstillämpning för att kunna upprätthålla en god rättssäkerhet.

Harmoniseringsarbetet inom EU strävar efter att göra medlemsstaternas lagstiftning enhetlig på områden där det är av särskilt intresse för det pågående samarbetet. En högst relevant fråga är dock om enhetlighetsargumentet som sådant är ett argument *för* eller *emot* hela harmoniseringsarbetet. En ren gissning är att det i betydligt större utsträckning betraktas som ett argument *för* harmoniseringen.<sup>50</sup> Vad innebär då det faktum att människan instinktivt är motvillig att gå ifrån någonting som fungerar och ersätta det med något nytt för harmoniseringsarbetet?

Det borde innebära att harmoniseringsarbetet har en osynlig ovän: mänskliga instinkter. För att enhetliga regler ska uppfylla sitt syfte är det nödvändigt att reglerna även tolkas enhetligt. Med tanke på att EU:s medlemsstater präglas av olika bakgrunder är det svårt att undvika att regler tolkas i olika ljus. Mänskliga instinkter förstärker i sin tur den tendensen.

---

<sup>46</sup> Foster Nigel, *EU law directions*, s. 4. Foster tar upp diskussionen som en inledning för att förstå utformningen av EU.

<sup>47</sup> Artikel 267 i FEUF.

<sup>48</sup> Se till exempel Dalhman, Christian, *Rätt och Rättfärdigande – En tematisk introduktion i allmän rättslära*, s. 21-22. Dalhman diskuterar vad det är som gör att människor faktiskt följer ”gällande rätt” och vikten av en enhetlig rättstillämpning för rättssystemets trovärdighet.

<sup>49</sup> Strömholm, Stig, *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, En lärobok i Allmän Rättslära*, s. 388.

<sup>50</sup> Se till exempel den tidigare diskussionen kring förarbetet till artikel 4 i Rom II-förordningen där vikten av enhetliga regler kopplas till lagvalsförutsebarhet som i sin tur motiveras av behovet av rättssäkerhet, under avsnitt 3.1.



Det finns här anledning att framhålla en av huvudprinciperna för EU-rättens harmoniserade områden. De harmoniserade bestämmelserna ska *alltid* tolkas i ljuset av EU-rätten och därmed motsatsvis *aldrig* i ljuset av medlemsstaternas nationella lagstiftning eller traditioner.<sup>51</sup> Den krock som uppstår kan därför omvandla enhetlighetsargumentet till ett argument *mot* harmoniseringen. För att enhetlighet ska kunna framhävas som ett argument *för* rättssäkerhet bör det kunna visas att enhetligheten faktiskt uppnås. Hade regler tolkats och tillämpats lika efter att de gjorts enhetliga hade harmoniseringsarbetet knappast gått så trögt som det faktiskt gör. Av vad som framkommit i denna uppsats är det inte orimligt att påstå att mänskliga instinkter spelar en väsentlig roll i vad som i framtiden måste uppmärksammas för att enhetligheten ska förbättras.

#### 4.2.2 Krävs tydligare riktlinjer från lagstiftarens sida?

Med bakgrund av vad som framkommit i föregående avsnitt finns det anledning att ifrågasätta huruvida det bör göras tydligare från lagstiftaren hur harmoniserad lagstiftning ska tolkas. Den relevanta frågan torde härvidlag bli vad lagstiftaren gör i nuläget och vilka redskap som finns tillhands.

Det får anses vedertaget inom den juridiska världen att tolkningsriktlinjer vid rättstillämpning lämpligen inhämtas från förarbeten, praxis, ingresser eller övriga utlåtanden.<sup>52</sup> Det är med andra ord främst dessa redskap lagstiftaren har tillhands när det kommer till att påverka hur rättstillämparna ska tolka bestämmelser. Om lagstiftaren explicit uttrycker hur en bestämmelse inte bara ska utan även inte ska tolkas och tillämpas framstår det ur ett objektiva perspektiv som nästintill omöjligt att tolka en bestämmelse annorlunda.<sup>53</sup> Dock visar det IP-rättsliga exemplet tydligt att så inte är fallet. Trots att det i såväl förarbeten som ingress till Rom II-förordningen tydligt understryks varför *lex loci damni* ska utgöra huvudregel samt vikten av att undantagen tillämpas endast då det är direkt olämpligt att tillämpa huvudregeln gör tingsrätten en annan tolkning. I just det fallet får det till och med anses som övertydligt från lagstiftarens sida; det kan rimligtvis inte krävas en tydligare markering för hur artikel 4 ska tolkas. Vad är det som fattas från lagstiftarens sida?

---

<sup>51</sup> Det följer av principen om indirekt effekt. Se *Von Colson*-fallet.

<sup>52</sup> Se exempelvis Strömholm, Stig, *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, En lärobok i Allmän Rättslära*, s. 29.

<sup>53</sup> Förutsatt att tolkningsmöjligheter såsom *lex specialis* eller *ordre public*, etcetera inte är för handen.

Som påvisats i uppsatsen, finns det anledning att anta att mänskliga instinkter spelar en större roll än vad vi tror. Genom att ta tillvara den kunskapen och uppmärksamma den vid rättstillämpningen borde det inte vara omöjligt att problemet i viss utsträckning kan motarbetas. Lagstiftaren försöker som sagt leda rättstillämparens tolkning i till exempel förarbete och ingress. Här borde även en påminnelse av typiska mänskliga tendenser kunna vävas in av lagstiftaren för att undvika att dessa påverkar beslut. Kanske hade tingsrättens avgörande påverkats av ett uppmärksammande av människans motvilja till förändring. Kanske hade ett uppmärksammande av mänskliga instinkter bidragit till en mer rättssäker harmonisering.

## 5 Slutsats

Som en inledning till uppsatsens avslutande avsnitt förefaller det lämpligt att blicka tillbaka på uppsatsen syfte. Uppsatsen har till syfte att belysa hur mänskliga instinkter motverkar utvecklingsarbetet inom juridiken, om det alls gör det. Med hjälp av erkända studier inom kognitiv vetenskap påvisas att människan ställer sig motvillig till förändring. Teorin om *the endowment effect* har utformats efter tester som tydligt visar på att människan upplever det som värre att uppleva en förlust än vad det är att gå miste om en potentiell vinst. Denna teori förstärks i sin tur av *a negative transfer effect*, som innebär att tidigare erfarenheter vid problemlösning riskerar att medföra en mindre noggrann utredning.

Båda teorierna handlar om hur människan tenderar att hantera förändring. Juridik i sin tur handlar i många avseenden om förändring. Dessa fakta kan således appliceras på juridikens område. Förändring inom juridiken sker så fort en regel ändras eller byts ut mot en ny. Människan ställs då inför ett problem som antingen kan vara helt nytt eller där människan har tidigare erfarenheter. Risken härvidlag är att människan undviker att tillämpa den förändrade bestämmelsen på grund av instinkten som *the endowment effect* och *a negative transfer effect* påvisar. Då människan upplever att det föreligger en risk för förlust reagerar hon motvilligt. Denna reaktion upplevs ofta starkare än vad möjligheten till en potentiell vinst upplevs bra. Vid ett val som innebär en möjlighet till en potentiell vinst men också en risk för förlust, tenderar alltså människan att vilja undvika risken för förlust på bekostnad av den potentiella vinsten.

Artikel 4 i Rom II-förordningen reglerar lagval på gränsöverskridande tvister där utomobligatorisk skada är för handen. Huvudregeln följer principen om *lex loci damni*, det vill säga att lagen i det land där skadan uppkommit ska tillämpas. Före Rom II-förordningens ikraftträdande utgjorde principen om *lex loci delicti*, det vill säga att lagen i det land där skadan inträffat ska tillämpas, huvudregeln i svensk rätt. I ett avgörande från Stockholms tingsrätt undviker tingsrätten att avgöra en tvist med hjälp av huvudregeln, detta trots att såväl förarbeten som ingressen till Rom II-förordningen explicit framhåller vikten av att huvudregeln ska tillämpas i så stor utsträckning som möjligt. Istället tillämpar tingsrätten ett av undantagen till huvudregeln, vilket resulterar i att avgörandet medför samma utfall som den tidigare huvudregeln, *lex loci delicti*, hade medfört. Det är inte orimligt att påstå att domen är felaktig och att tingsrätten lever i villfarelse om rättsläget. För att kunna komma till bukt med problem är den relevanta frågan *varför* något sker. I

förevarande fall är således frågan varför tingsrätten gör på det viset. Går det att finna någon förklaring till tingsrättens bedömning i mänskliga instinkter?

Tingsrätten har, när den ställts inför en förändring, visat tydliga tendenser på motvillighet till att gå ifrån den regel som tidigare tillämpats. Kopplat till den kognitiva vetenskapen, visar tingsrätten tydliga tecken på att *the endowment effect* gjort sig påmind. Genom en direkt felaktig juridisk argumentation menar tingsrätten att huvudregeln inte är lämplig att avgöra lagvalet i det aktuella fallet. Detta trots att lagstiftaren tydligt påpekar att avsteg från huvudregeln inte bör ske mer än i undantagsfall och tillika motiverar varför. Tingsrätten kan med andra ord ha ställts inför en förändring som kan innebära en potentiell vinst i form av en lämpligt utformad regel i Rom II-förordningen (*lex loci damni*), men likaså inför en risk för förlust av den redan väl fungerade regeln (*lex loci delicti*). *The endowment effect* påvisar att det naturliga valet för människan i en sådan situation är att i största möjliga mån undvika förlust. En förklaring till tingsrättens handlande kan således finnas i mänskliga instinkter. Det konstaterandet leder i sin tur till vissa följdfrågor. Var torde detta juridiska problem i så fall vara mest påtagligt och hur kan det motverkas?

Harmonisering av lagstiftning innebär ofta att nationella regler som i sig fungerar väl ändras i syfte att göras enhetliga. Rättstillämparen har förmodligen ofta tidigare erfarenheter av hur ett problem lösts, till exempel hur en tvist avgjorts. Att människan här tydligt kan uppleva risken för förlust ter sig därför naturligt. EU:s medlemsstater tolkar ofta den harmoniserade lagstiftningen i olika ljus och harmoniseringsarbetet går trögt. På en analytisk nivå medför det i sig ytterligare frågeställningar kring harmonisering och rättssäkerhet. Enhetlighet får anses vara ett av de viktigaste argumenten för rättssäkerhet. Harmoniseringsarbetet utförs i syfte att göra lagstiftning enhetlig. Dock visar studier som *the endowment effect* att människan bitvis har svårt för förändring på grund av mänskliga instinkter. Det bidrar till att risken för olika tolkningar blir större och enhetligheten och därmed även rättssäkerheten påverkas negativt. Det innebär inte att förändringar kan uteslutas; det är en naturlig del i vår tillvaro. Däremot finns det anledning att ta tillvara kunskapen om människans instinkter och försöka påverka harmoniseringsarbetet i positiv riktning. Detta borde kunna åstadkommas genom att lagstiftaren tydliggör för rättstillämparen att mänskliga instinkter tenderar att påverka beslut. Precis som den kognitiva vetenskapen ämnar påvisa; genom att uppmärksamma den mänskliga instinkten och förstå den, skapas en möjlighet till att påverka den.

## Referenslista

### Författningar

Trafikskadelag (1975:1410)

Köplag (1990:931)

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF)

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II)

### Praxis

NJA 1969 s. 163

Stockholms tingsrätt, T 19551-09

Von Colson (14/83) [1984] ECR 1891

### Offentligt tryck

Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för utomobligatorisk förpliktelse (Rom II). (Framlagt av kommissionen) (KOM(2003)427 slutlig)

Sandström, Ulf, Friberg, Magnus, Hyenström, Per, Larsson, Kjell, Wadskog, Daniel, *Tvärvetenskap - en analys*, Vetenskapsrådets rapportserie, 10:2005, produktion: ORD&FORM AB, Uppsala 2005

## Doktrin

## Litteratur

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans-Heinrich, *Att finna rätt, juristens källmaterial och arbetsmetoder*, tionde upplagan, författarna och Norstedts Juridik AB, 2008

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat och processrätt*, sjätte upplagan, författaren och Norstedts Juridik AB, 2004

Dalhman, Christian, *Rätt och Rättfärdigande – En tematisk introduktion i allmän rättslära*, andra upplagan, Studentlitteratur, 2010

Eysenck, W Michael, *Principles of Cognitive Psychology*, Lawrence Erlbaum Associates Ltd, 1993

Foster, Nigel, *EU law directions*, Oxford University Press, Oxford, 2008

Kahneman, Daniel, *Thinking fast and slow*, The Penguin Group, Clays Ltd, St Ives plc, 2011

Strömholm, Stig, *Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, En lärobok i Allmän Rättslära*, femte upplagan, Stig Strömholm och Norstedts Juridik AB, 1996

Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, Ur Festskrift tillägnad Per Olof Bolding, Juristförlaget 1992

## Artiklar

Byström, Richard, *Syrisk rätt ska tillämpas på twist om bankgarantier*, publicerad 2011-04-8, Infotorg Juridik

Kahneman Daniel; Knetsch Jack L.; Thaler Richard, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1. (Winter, 1991)

Sandgren, Claes, *Hänvisningar i rättsvetenskapen*, 05-06 NR 1, Särtryck ur Juridisk Tidning, Juridisk Tidning vid Stockholms Universitet

