

De lege

LAW AND SOCIETY

CONTRIBUTIONS BY
THE HONORARY DOCTORS

Editor: Mattias Dahlberg

JURIDISKA FAKULTETEN
I UPPSALA



De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2018

Redaktör
Mattias Dahlberg

Law and society

Contributions by the Honorary Doctors



© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2019
Upplaga 1:1
ISSN 1102-3317
ISBN 978-91-7737-025-3
Produktion: eddy.se ab, Visby 2019
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se
Printed by Dimograf, Poland 2019

Preface

This volume of *De lege* includes articles and speeches by many of the recent honorary doctors within the Faculty of Law, Uppsala University. The contributions cover a wide range of different topics. Included are several of the speeches given by the new honorary doctors to members of the Uppsala faculty the day before the Conferment ceremony. With a few exceptions, none of the contributions have previously been published, and if so, in a limited form. All of the contributing authors have a long-standing relationship with the Uppsala Law Faculty and take part in the different educational and research activities at Uppsala University.

I wish to thank all the contributing authors for their co-operation in making this volume possible. A special thank you to Professor Iain Cameron who assisted in some matters. The Emil Heijne Foundation for the support of legal research (“Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning”) has generously supported the printing.

Uppsala, 12 March 2019

Mattias Dahlberg
Dean and Editor

Content

INGE LORANGE BACKER

Norsk miljølovgivning gjennom 50 år – for et bedre miljø? 11

STIG VON BAHR

En kritisk betraktelse över skattetilläggens utveckling 23

CHRISTIAN VON BAR

Why do we need *Grundstücke* (land units), and what are they? 37
On the difficulties of divining a European concept of 'thing' in property law

MARTIN BORGEKE

”Nöd och smärtlindring” – ett nedslag i straffrättens allmänna del mot bakgrund av ett rättsfall från Högsta domstolen 63

WILLIAM E. BUTLER

Comparative law and socialist legal systems: Dilemmas of classification 75

ANDERS ERIKSSON

EU:s flygpassagerarförordning – en misslyckad del av vår lagstiftning? 105

MARKKU HELIN

Om rättsfakta i civilrätten 129

Content

ADRIENNE HÉRITIER	
Quo Vadis, Europa?	149
<i>Four paths and their plausibility</i>	
JOHAN HIRSCHFELDT	
Konstitutionella reformfrågor	163
– om reglerna om ändring av grundlag och annat	
MARTTI KOSKENNIEMI	
‘Leidige tröster’: Folk rätt som naturrätt i går och i dag	195
MICHAEL LANG	
The Application of the Multilateral Instrument (MLI) “Alongside Existing Tax Treaties”	213
JOHANNA NIEMI	
Challenges in Legal Argumentation: A Swedish-Finnish perspective	227
HANS G NILSSON	
The birth of the Stockholm Programme – a five year programme for Justice and Home Affairs of the European Union	249
PETER NOBEL	
Samerna, lagstiftaren och FN	267
PAUL OBERHAMMER	
Values in Civil Procedure	279
ESIN ÖRÜCÜ	
Infusion of the Diffused <i>The example of the Turkish legal System</i> – <i>Too much too early, too little too late?</i>	297
INGEMAR PERSSON	
Som ett brev på posten – eller vad menas med ”försändelsefrekvens”?	313

ANNE RAMBERG

The Rule of Law – a Luxury Paradigm in Decline? 331

OUTI SUVIRANTA

I gränlandet mellan den europeiska integrationen,
förvaltningsverksamheten och förvaltningsrättskipningen 349

NEIL WALKER

Law Unbounded? 359

CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT

Some Reflections of an Uppsala Alumna who became
a judge at the International Criminal Court 373

Notes on the contributing authors 383

Inge Lorange Backer

Norsk miljølovgivning gjennom 50 år – for et bedre miljø?*

1 Innledning

Går vi 50 år tilbake, var det bare ansatser til miljølovgivning og ingen samlet miljøvernadministrasjon i Norge. Vi hadde en naturvernlov som så vidt ga grunnlag for den første nasjonalparken i Rondane, og vannforurensning var regulert i vassdragsloven.¹ De svære vegetasjonsskadene i Årdal og Sunndal fra aluminiumfabrikkenes fluorutslipp hadde bragt frem et røykskaderåd med grannelova av 1961, og rådet hadde til oppgave å gi løyve og fastsette vilkår for luftforurensende industri.² Det ble ledet av Knut Blom, som da var høyesterettsdommer – dette var altså en tid da det var fullt akseptert å kombinere dommerembetet i Høyesterett med et fremtredende verv i offentlig forvaltning.³

Så kom naturvernåret 1970 med en ny naturvernlov og *Mardøla*-aksjonen mot utbyggingen av Nord-Europas høyeste vannfall.⁴ I miljøvern-

* Opprinnelig holdt som foredrag på et seminar ved Universitetet i Oslo på Verdens miljøverndag 5. juni 2018 der professor emeritus Hans Christian Bugges virke for miljørettsfaget og miljørettsforskningen i Norge gjennom flere tiår ble markert. Enkelte endringer er gjort med tanke på trykning i *de Lege* og fotnoter tilføyd.

¹ Lov 1. desember 1954 nr. 2 om naturvern, jf. kgl.res. 21. desember 1962 om naturfreda område, Rondane og lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene.

² Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova) §§ 19 og 21.

³ I dag ville dette ganske sikkert ikke bli akseptert, jf. om krav til godkjenning for slike sidegjøremål domstolloven 13. august 1915 nr. 5 § 121 c første ledd nr. 3.

⁴ Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern. Om utbyggingen av *Mardøla* og *Mardøla*-aksjonen se Inge Lorange Backer: «*Mardøla – før Alta*», i Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.): *Cand. mag., cand. med., cand. jur., cand. alt. Festskrift til Aslak Syse* (Oslo 2016) s. 17–36.

politikken var 1972 et vendepunkt med to milepeler: den FN-organiserte Stockholmkonferansen med sin deklarasjon og etableringen av verdens første miljøverndepartement i Norge. Det innledet en aktiv fase med miljøvernlovgivning.

2 Lovgivningen om forurensning

Bevisstheten om forurensningsproblemene økte sterkt. I 1975 sto «Forurensningsproblemer» på programmet for det 27. nordiske juristmøte i Reykjavik. Arbeidet med forurensningsloven startet for alvor kort tid etterpå. Det prinsipielle grunnlaget var stortingsmeldingen om forurensningspolitikken som ble lagt frem i 1975 av Gro Harlem Brundtland,⁵ for en stor del ført i pennen av Hans Christian Bugge. Det er et av flere eksempler på at arbeidet med en ny miljølov er forankret i en stortingsmelding. Den la opp til å gjennomføre forurensningspolitikken på tre lovgrunnlag: en samlet lov om forurensninger, en ny lov om produktkontroll, og en oppdatert lov om arealplanlegging.

Forurensningsloven foregrep – sammen med de tilsvarende svenske og danske lovene – ideen om en samlet forurensningskontroll, som på europeisk nivå først fikk gjennomslag med IPPC-direktivet i 1996.⁶ Til forskjell fra tidligere lovgivning sikret loven at forurensende utslipp fra en og samme kilde til forskjellige resipienter – vann, luft og jord – ble vurdert under ett. I tråd med stortingsmeldingen tok loven som utgangspunkt at ingen har rett til å forurense uten videre. Hensynet til miljøet ble altså satt øverst; andre hensyn fikk man vurdere opp mot miljøhensyn.

Forurensningsloven var mest en lov for industriforurensning og kommunale utslipp, dvs. utslipp av sanitært avløpsvann, men tok mål av seg til å dekke alle stasjonære forurensningskilder. Den la opp til konsesjonsbehandling av utslipp, men det var klart at det ikke kunne gjennomføres for både stort og smått, og at man mest mulig måtte få regulert utslipp fra tallrike kilder gjennom forskrifter uten noen enkeltsaksbehandling. Forskrifter ble vedtatt etter hvert for ulike utslippkilder og senere samlet

⁵ St.meld. nr. 44 (1975–76) Tiltak mot forurensninger.

⁶ Direktiv 96/61/EF om integrert forebygging og begrensning av forurensning. Om lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) og hvordan den kom til, se Hans Christian Bugge: «Forurensningsloven i et jubileumsår», i Hans Christian Bugge mfl.: *Lov, liv og lære. Inge Lorange Backer 70 år* (Oslo 2016) s. 126–140.

i forurensningsforskriften av 2004, et arbeid som i hovedsak ble gjort på direktoratsnivå.⁷

Det kan innvendes mot forurensningslovens tilnærming at den ikke nødvendigvis sikrer en samlet vurdering av tilstanden i det enkelte miljømedium. Loven ga riktig nok et lite, men viktig bidrag i denne retningen ved å fastsette at alle slags tiltak som forverrer virkningen av eksisterende forurensning, selv skal regnes som en forurensning⁸ – noe som i Norge har hatt stor betydning når det gjelder vannføringsreduksjoner ved kraftutbygging. Vanddirektivet representerer her et alternativ med sine krav til fysisk, kjemisk og biologisk kvalitet av vannforekomstene, uavhengig av påvirkningsfaktor. Med vanddirektivets overgripende betydning kan det forbaure at det er gjennomført i form av en forskrift på grunnlag av forskjellige hjemmelslover, og ikke som selvstendig lov.⁹

Mobile kilder gjorde loven lite med. Det var iallfall tre grunner til det. Konesjonssystemet var lite egnet, det var ikke noe tidligere lovgrunnlag å bygge på, og forurensningsmyndighetene hadde liten erfaring med å håndtere slike kilder. Dette kan også være en viktig grunn til at loven har spilt lite rolle for å motvirke støy, enda støyproblemene var satt på dagsordenen i en egen og hittil eneste stortingsmelding i 1976, også den i hovedsak forfattet av Hans Christian Bugge, og loven dekket støy på linje med andre utslipp.¹⁰

Forurensningsloven var med ett forbehold i hovedsak et departementsprodukt. Forbeholdet gjelder reglene om erstatning for forurensningsskader. De ble nitid forberedt av et eget utvalg, men har kommet til å spille en ubetydelig rolle i praksis.¹¹

Det var altså fremtidige utslipp fra ny og eksisterende virksomhet som loven primært rettet seg mot. Var miljøet allerede blitt forurenset, tenkte man å løse det ved å stanse nye tilførsler og la naturlige prosesser rense opp, slik man hadde gjort i Mjøsa i 1970-årene. «Gamle synder» i form

⁷ Se forskrift 1. juni 2004 nr. 931 om begrensning av forurensning (forurensningsforskriften).

⁸ Forurensningsloven § 6 annet ledd.

⁹ Direktiv 2000/60/EF om fastsettelse av rammer for fellesskapstiltak for vannpolitikk, gjennomført i Norge ved forskrift 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen.

¹⁰ St. meld. nr. 50 (1976–77) Tiltak mot støy. Forurensningsloven regner støy som forurensning, jf. definisjonen i § 6 første ledd nr. 2.

¹¹ Se NOU 1982:19 Erstatning for forurensningsskader, jf. også NOU 1977:11 Tiltak mot forurensning. Erstatningsreglene ble tatt inn forurensningsloven kapittel 8 i 1989.

av forurensningsdeponier var lite fremme. Det var vel en tro på eller håp om at det var mer et dansk og kanskje svensk problem enn et norsk. Industriforbundet, som departementet hadde nær kontakt med under utredningsarbeidet, så seg sikkert lite tjent med å bringe opp spørsmålene, og fra departementets side kunne man frykte at en inngående regulering ville styrke motstanden mot loven på en måte som kunne ramme den mer generelt.

Produktkontrollloven, ført i pennen av Hans Christian Bugge, kom allerede i 1976.¹² Den hadde et klart miljøvernformål som senere er utvidet til å dekke forbrukertjenester generelt. Jeg tror at en så omfattende fullmaktslov kunne ha hatt store problemer med å bli vedtatt om den var blitt foreslått på nær sagt et hvilket som helst senere tidspunkt. Etter EØS-avtalen har den først og fremst tjent som grunnlag for å gjennomføre en lang rekke EU-regler, blant annet på kjemikalieområdet.

3 Arealplanlegging

Det var nesten et dogme at forurensningsproblemer skulle forebygges gjennom god arealplanlegging. Med det skulle man få til en arealdisponering som minimerte ulempene fra de utslippene som det ikke var mulig å unngå, og legge til rette for fellestiltak mot forurensning, særlig kommunale avløpsnett.

Men arealplanlegging handler om mye mer enn forurensning, og en ny planleggingslov så dagens lys i 1981.¹³ Også her spilte Hans Christian Bugge en sentral rolle, nå som ekspedisjonssjef i Planavdelingen i Miljøverndepartementet. Loven hadde et generelt plankrav som utgangspunkt – at all utbygging skulle skje i medhold av plan. Loven nådde ikke å tre i kraft før stortingsvalget 1981 og ble en skyteskive for opposisjonen i valgkampen, i noen grad sammen med forurensningsloven og et lovforslag om Osloområdet som Stortinget aldri rakk å behandle. Da så regjeringen Willoch tiltrådte etter valget, brukte den ikke lang tid på å få opphevet planleggingsloven. Et nytt lovutvalg fant frem til den grovmaskede løsningen med en obligatorisk kommuneplan der arealdelen som utgangspunkt var bindende for hele kommunens område. Jeg ser dette som et columbi egg som forenet de stridende oppfatninger, og som har stått seg

¹² Lov 11. juni 1976 nr. 79 om kontroll med produkter og forbrukertjenester (produktkontrollloven).

¹³ Lov 5. juni 1981 nr. 49 om regional og lokal planlegging (planleggingsloven).

siden, også da Hans Christian Bugge selv utredet arealplanreglene i den plan- og bygningsloven som vi har nå.¹⁴

4 Vern og forvaltning av naturressurser

På vernesiden ble det mot slutten av 1970-tallet vedtatt en ny kulturminnelov. Naturvernloven 1970 styrket grunnlaget for å verne naturområder. Utenfor verneområdene hadde denne loven en ambisiøs bestemmelse for større arbeider og anlegg om plikt til å innhente uttalelse fra offentlig myndighet, foreta naturvitenskapelige undersøkelser og treffe avbøtende tiltak. Denne bestemmelsen aldri satt i kraft på grunn av administrative og økonomiske konsekvenser. Regjeringen Nordli – stadig med Gro Harlem Brundtland som miljøvernminister – gjorde da det grep å oppnevne et utvalg med stor politisk tyngde til å vurdere naturvernarbeidet. Utvalget ble ledet av stortingspresident Guttorm Hansen og hadde fra opposisjonen med en fremtidig finansminister, Rolf Presthus, og en fremtidig statsminister, Kjell Magne Bondevik. På grunnlag av utredningen utarbeidet departementet i ekspressfart en stortingsmelding som ble behandlet før valget i 1981.¹⁵ Denne fremgangsmåten legitimerte mye av naturvernarbeidet, særlig områdevernet, i årene fremover, selv om det var mye strid om retten til erstatning ved opprettelse av nye verneområder.

Det er nær sammenheng mellom lovgivningen om miljøvern og om naturressurser. Viltloven av 1981 og lakse- og innlandsfiskeloven av 1992 bygger på en økosystem- eller ressurstankegang der deres forgjengere i lovgivningen hadde for øye utnyttingsmåtene jakt og fiske.¹⁶ Dette var den lovmessige oppfølgingen av at det administrative ansvaret for vilt- og innlandsfiskeforvaltning ble overført fra Landbruksdepartementet da Miljøverndepartementet ble opprettet i 1972, og kan vel også ses i lys av at jakt og innlandsfiske var blitt mer friluftsliv enn næring. I andre lover om naturressurser er målet om næringsmessig utnytting er mer fremtredende og økosystemtenkningen svakere. Slik er det nok med skogbrukslova.¹⁷

¹⁴ Lov 27. juni 2008 nr. 71, jf. Planlovutvalgets utredninger NOU 2001:7 og NOU 2003:14. Den tidligere loven var lov 14. juni 1985 nr. 77, jf. NOU 2003:15.

¹⁵ NOU 1980:23 Naturvern i Norge og St. meld. nr. 68 (1980–81) Vern av norsk natur.

¹⁶ Lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (viltloven) og lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv. (lakse- og innlandsfiskeloven).

¹⁷ Nå lov 27. mai 2005 nr. 31 om skogbruk (skogbrukslova).

Vannressursene står i en særstilling. Etterkrigstidens største miljøkonflikter gjaldt kraftutbygging og vassdragsvern. Forsøk på å få et lovgrunnlag for vernet vassdrag i naturvernloven førte ikke frem. Men det kom i 2000 med vannressursloven, især når det gjaldt virkningene av vassdragsvernet.¹⁸ Vannressursloven stiller dessuten krav til minstevannføring og setter på dagsordenen kantvegetasjon, gjenåpning av vassdrag og permeable flater¹⁹ – viktige tiltak for å sikre biologisk mangfold og forebygge flom.

En alminnelig lov om naturvern og naturforvaltning lot vente på seg til naturmangfoldloven i 2009 introduserte en rekke nye tiltak, både generelt og særlig med sikte på bevaring og bærekraftig bruk av naturmiljøet utenfor særskilte verneområder.²⁰ Hovedmålet med loven er å stanse nedgangen i biologisk mangfold og følge opp biomangfoldkonvensjonen av 1992. Trass i at den regulerer flere kontroversielle temaer, ble loven enstemmig vedtatt. Men noe ble nok ofret for å få det til. Et lite omtalt eksempel er hjemmelen for miljøkvalitetsnormer – etter naturmangfoldloven er de bare veiledende, mens både forurensningsloven og vannressursloven gir hjemmel for bindende miljøkvalitetsnormer. Det har ført til at Norge ikke har hatt en helt korrekt gjennomføring av vanddirektivet, men nå har Stortinget nettopp vedtatt et lovforslag som retter opp akkurat det.²¹

Reglene om erstatning ved områdevern var fortsatt et kontroversielt område. Her fikk Biomangfoldlovutvalget et tilleggsmandat under regjeringen Bondevik II – med Børge Brende som miljøvernminister. Jeg var opptatt av at mye av statens utgifter til erstatning – opp mot 1/3 – gikk til advokater og sakkyndige, og mente at de heller burde kanaliseres til grunneierne. Lovforslaget tok sikte på det, og det tjener etter min mening de to advokatene som utvalget var forsterket med, til ære at de fullt ut sluttet seg til dette opplegget.²²

¹⁸ Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven), jf. kapittel 5 om vernet vassdrag.

¹⁹ Se særlig vannressursloven §§ 7, 11 og 14.

²⁰ Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

²¹ Jf. Prop. 93 L (2017–2018).

²² Jeg var leder av Biomangfoldlovutvalget som la frem NOU 2004:28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven), se om erstatningsspørsmålene kap. 18 (s. 392–431).

Vanskene med å regulere fremmede organismer ble antakelig undervurdert i første omgang og førte iallfall til flere lovendringer før reglene ble satt i kraft.²³ Rovviltpolitikken gikk i sitt eget spor, stort sett løsrevet fra lovforberedelsen. Der fikk den minst mulig oppmerksomhet – den kunne i verste fall ha truet hele lovprosjektet. Men en språklig modernisering og forenkling av nødrettsbestemmelsen uten tanke om noen realitetsendring fikk Høyesterett til å ofre en hønsehauk på legalitetsprinsippets alter som i mellomtiden hadde flammet opp.²⁴ Ordningen med utvalgte naturtyper skulle gi grunnlag for at kommunene fikk et aktivt forhold til truet biologisk mangfold, men det kan være usikkert om den har virket slik. Den nye alminnelige aktsomhetsplikten for å fremme miljøforsvarlig atferd ser foreløpig ikke ut til å hindre snauhogst av tomteområder, og den nye sanksjonen miljøerstatning har knapt vært tatt i bruk. Derimot blir det ofte vist til retningslinjene for offentlig myndighetsutøving som skal sikre bærekraftig bruk og bevaring i samsvar med lovens formål, men det er mer usikkert hvilken reell betydning de har hatt for avgjørelsene.²⁵

Havområdene er dekket av de fleste av de overordnede prinsippene i naturmangfoldloven, men stort sett ikke av de nærmere bestemmelsene i loven. Det henger iallfall sammen med to forhold da loven ble forberedt: For det første delelinjeforhandlingene med Russland, som var i ferd med å bli fullført, og for det annet holdningen til hvem som skal forvalte marine biologiske ressurser. Det siste fikk Fiskeridepartementet til å oppnevne et eget lovutredningsutvalg med havressurslova som resultat. Høsting av marine ressurser skjer derfor med grunnlag i denne loven, men den skal anvendes på grunnlag av prinsippene i naturmangfoldloven.²⁶

I tillegg til de mer alminnelige lovene har vi fått mer spesifikke lover som motorferdselloven,²⁷ genteknologiloven, miljøinformasjonsloven²⁸ og markaloven med klare miljøformål. Markaloven av 2009 oppfylte

²³ Se naturmangfoldloven kap. IV (§§ 28–32).

²⁴ Naturmangfoldloven § 17 annet ledd, jf. min kritikk av Rt. 2014 s. 238 i Inge Lorange Backer: «Hønsehauk i Høyesterett: Rt. 2014 s. 238», *Lov og Rett* 2014 s. 399–406.

²⁵ Se naturmangfoldloven kap. VI (utvalgte naturtyper), § 6 (generell aktsomhetsplikt), § 74 (miljøerstatning) og §§ 7 til 12 (prinsipper for offentlig beslutningstaking).

²⁶ Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av viltlevande marine ressurser (havressurslova).

²⁷ Lov 10. juni 1977 nr. 82 om motorferdsel i utmark og vassdrag (motorferdselloven).

²⁸ Lov 9. mai 2003 nr. 31 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven).

et mangeårig mål for miljøbevegelsen,²⁹ men er også et eksempel på at kompromisser under lovbehandlingen får konsekvenser – ved at den ikke regulerer skogbruk og dermed ikke hindret Dammyrdalsveien oppunder Vidvangshøgda.

5 Nye utfordringer: Genteknologi og klima

Genteknologiloven av 1993 er resultat av den første utvalgsutredningen om bioteknologi, som Miljøverndepartementet – ikke noen av næringsdepartementene – hadde ansvaret for.³⁰ Det forutseende initiativet ble tatt av Jan Abrahamsen, ekspedisjonssjef i Naturvernavdelingen i Miljøverndepartementet. Egentlig hadde utvalget ikke i mandat å legge frem et lovforslag, men når det etter hvert fikk en jurist til leder, endte utredningen opp med en ganske gjennomarbeidet lovskisse. Spørsmålene om bioteknologi var kontroversielle, og oppfølgingen med flere stortingsmeldinger ble styrt fra Statsministerens kontor. Lovreguleringen må ses i lys av EU-regler – men den norske loven går lenger i å legge vekt på miljø, bærekraft og etikk.³¹ Det var omstridt å regulere en ny teknologi særskilt, og det var kontroversielt å skulle legge vesentlig vekt på samfunnsmessig nytteverdi og bærekraftig utvikling for å gi en tillatelse til utsetting av genmodifiserte organismer. Disse kriteriene har vist seg vanskelige å anvende, og de har ikke hindret import og salg av genmodifiserte blå nelliker eller jordbær i januar. Nye genteknologier – typisk CRISPR – gir muligheter for begrensete og mer presise genmodifiseringer som det er sterke ønsker om å kunne utnytte, også for å få til en mer miljøvennlig produksjon f.eks. i oppdrettsnæringen. Bioteknologirådet har på den bakgrunn lansert et diskusjonsopplegg for en revisjon av loven.

Klima er den seneste store utfordringen hvor viljen til å treffe tiltak blir satt på prøve. Det har gitt klimakvoteloven og klimaloven – den siste som en illustrasjon på hvor vanskelig det kan være å sikre at stadig nye tiltak

²⁹ Lov 5. juni 2009 nr. 35 om naturområder i Oslo og nærliggende kommuner (markaloven), jf. foran under 3 om lovforslaget som Stortinget ikke rakk å behandle før valget i 1981. Det nevnte eksemplet på skogsveibygging gjelder et nokså uberørt, men lett tilgjengelig område i Oslo marka, der det i 1970-årene var miljødemonstrasjoner mot en annen veitrasé.

³⁰ Lov 2. april 1993 nr. 38 om framstilling og bruk av genmodifiserte organismer m.m. (genteknologiloven), jf. NOU 1990:1 Moderne bioteknologi. Utvalget ble ledet av undertegnede.

³¹ Se særlig genteknologiloven §§ 1 og 10.

blir satt i verk for å nå langsiktige mål.³² Men det har i liten grad nedfelt seg i lovverket hvordan lover på alle samfunnsområder skal tas i bruk for å løse klimaproblemene.

6 Er samlet blick på norsk miljølovgivning fra en deltaker i lovgivningsarbeidet

Med det nevnte forbeholdet for lovgivningen om klimaproblemene vil jeg likevel si at Norge har fått en miljølovgivning som på mange punkter er oppdatert og moderne. Frem til og med det første tiåret etter årtusenskiftet har man utvilsomt vært opptatt av å få i stand lovgivning som styrker grunnlaget for å ta miljøhensyn.

Det er imidlertid innvendinger mot vår miljølovgivning, ikke minst i det miljørettslige fagmiljøet.

En innvending er at den er utpreget fullmaktslovgivning. Det legger oppfølgingen i forvaltningens hånd, og det reelle innholdet avhenger av forvaltningens forskrifter og enkeltvedtak. Dette har gitt fleksibilitet i oppfølgingen. Bak lovvedtakene ligger en antakelse om at det vil være politisk vilje og et administrativt apparat til å anvende lovgivningen til å skjerpe miljøkravene og nå miljømålene stadig bedre. Det er tydelig for forurensningsloven og naturmangfoldloven. Men antakelsen blir problematisk hvis den politiske viljen til oppfølging endrer seg, det administrative apparatet bygges ned og fagadministrasjonen forventes lojalt å følge den politiske vilje uten å gi uttrykk utad for selvstendige faglige vurderinger.

Her er det EØS-avtalen noen ganger tvinger oss til å erstatte åpne fullmakter med mer presise regler. Vanndirektivet og vannforskriften er et godt eksempel.

En annen innvending er at miljølovgivningen er fragmentert, og ikke så koherent og konsistent som den bør være. Sverige har sin miljöbalk, og Danmark har overveid å samle sin miljølovgivning, som nok er mer oppsplittet enn den norske. Tanken om en samling er forresten ikke ny i Norge heller. Da naturvernloven ble vedtatt i 1970, mente stortingskomiteen at målet bør være «et samlet lovverk for feltet miljø-naturvern og forurensningsproblemer, herunder også en vurdering av bygningsloven i

³² Lov 17. desember 2004 nr. 99 om kvoteplikt og handel med kvoter for utslipp av klimagasser (klimakvoteloven) og lov 16. juni 2017 nr. 60 om klimamål (klimaloven).

forhold til dette».³³ Det er blitt med tanken nasjonalt, men på Svalbard er den gjennomført med svalbardmiljøloven.³⁴

7 Annen lovgivning i miljøperspektiv

Hva er imidlertid miljølovgivning? Hittil har jeg mest behandlet lovgivning som har hørt eller hører under det som nå er Klima- og miljødepartementet, eller som har miljøhensyn som et hovedformål. Den reelle miljøtilstanden er imidlertid avhengig av mye annen lovgivning som regulerer forvaltning og bruk av naturressurser og handlemåter som påvirker miljøet.

Hvordan privatpersoner opptrer seg imellom, kan ha mye å si – iallfall samlet, men også i det enkelte tilfellet. I hvilken grad får miljøhensyn påvirke privatrettslige regler? Det er eksempler på at de får virke inn, slik det er lovfestet i bustadoppføringslova, grannelova og servituttlova, men ikke i sameigelova, og rom for ved mangelsbedømmelsen etter forbrukerkjøpsloven, slik stovlethældommen viser.³⁵ I strafferetten er den såkalte generalklausulen mot miljøkriminalitet, opprinnelig fra 1993, en markør,³⁶ og kompetansemiljøet i ØKOKRIM en garantist for at miljøhensyn har sin plass i strafferettspleien. Men uansett dominerer den forvaltningsrettslige lovgivningen.

Integrering av miljøhensyn i alle beslutningsprosesser var grunntonen i Brundtland-kommisjonens innstilling og en ledetråd for norsk forvaltning videre. Konsekvensutredninger skal for større planer og prosjekter sikre det faktiske grunnlaget for dette. En lærdom av Alta-saken³⁷ var at gode konsekvensutredninger er en første forutsetning for å unngå at miljøkonflikter eskalerer. Forurensningsloven ble en brekkstang for å få

³³ Innst. O. XVII (1969–70) fra kommunalkomiteéen om lov om naturvern s. 3.

³⁴ Lov 15. juni 2001 nr. 79 om miljøvern på Svalbard (svalbardmiljøloven), jf. Inge Lorange Backer: «Svalbardmiljøloven – en liten norsk miljøbalk», i Ellen Margrethe Basse, Jonas Ebbesson og Gabriel Michanek (red.): *Fågelperspektiv på rättsordningen. Vänbok till Staffan Westerlund* (Uppsala 2002) s. 387–405.

³⁵ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova), lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom, lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige og lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven), jf. Rt. 2006 s. 179.

³⁶ Nå straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 § 240.

³⁷ Se Høyesteretts plenumsdom i Rt. 1982 s. 241, jf. Inge Lorange Backer: *Naturvern og naturinngrep. Forvaltningsrettslige styringsmidler* (Oslo 1986) kap. 25.

dem inn i lovverket, men den ble i realiteten avløst av generelle regler om konsekvensutredninger i plan- og bygningsloven.³⁸ Man kan bemerke at den norske versjonen ikke begrenser seg til miljøvirkninger, slik de internasjonale forbildene gjerne gjør, men fanger også opp andre samfunnsmessige virkninger som kan stå i konflikt med miljøhensyn.

Lovverket om konsekvensutredninger og regjeringens utredningsinstruks³⁹ sikrer ikke at miljøhensyn får gjennomslag i lovarbeidet. Næringslovgivningen blir normalt forberedt i vedkommende næringsdepartement som forvalter den aktuelle naturressursen. Vannressursloven bygger på et bredt sammensatt utvalg hvor miljøinteressene var med,⁴⁰ men skogbruksloven var en departementsintern prosess. Samferdselslovgivningen synes i praksis å gi få føringer for å bidra til å nå miljømålene.

Svaret på dette kunne være en samlet gjennomgåelse av lovgivningen med sikte på å få integrert miljømål og miljøhensyn. Regjeringen Jagland var inne på det i stortingsmeldingen Miljøvernpolitikk for bærekraftig utvikling,⁴¹ men forslaget ble aldri satt ut i livet.

8 Situasjonen anno 2018

I dag virker interessen for slike tanker mindre. I de siste fem årene er det satt i gang mange utredninger, men neppe noen med det formål å styrke miljølovgivningen i bred forstand. Fjellova av 1975 fastslår at grunn disponeringstiltak i statsallmenninger skal skje «under omsyn til prinsippa for naturvern»,⁴² mens mandatet for statsallmenningslovutvalget er opp-tatt av å legge til rette for bruk av allmenningene.⁴³

Det var meningen at miljøvernparagrafen i Grunnloven skulle virke som en rettesnor for lovgiverne da § 110 b ble vedtatt i 1992. Naturmangfoldloven er et eksempel som kan sies å følge opp det. Nå kan det bli like berettiget å spørre om § 112 – som er paragrafnummeret etter

³⁸ Se nå plan- og bygningsloven kapittel 14 og forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger.

³⁹ Instruks 19. februar 2016 om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen).

⁴⁰ NOU 1994:12 Lov om vassdrag og grunnvann.

⁴¹ St.meld. nr. 58 (1996–97) s. 25–26 (punkt 3.2).

⁴² Lov 6. juni 1975 nr. 31 om utnyttning av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane (fjellova) § 12.

⁴³ Mandatet er fastsatt ved kgl.res. 4. mars 2016. Utredningen er avgitt som NOU 2018:11 Ny fjellov.

grunnlovrevisjonen i 2014 – stiller rettslige krav og skranker for lovgivning.

Om det ikke har vært store lovtiltak, har det vært mange små. Det er vedtatt regler som skal gi bedre håndheving av regelverket om handel med truede arter og om fremmede organismer, men reglene om fremmede organismer er til gjengjeld blitt mindre strenge. Det er åpnet for mer motorferdsel i naturen, enten det gjelder snøscooterkjøring, catskiing eller bruk av vannscooter. Det er gjort forskjellige endringer i plan- og bygningsloven, som gjennomgående har til felles å gjøre det lettere å få til nye utbyggingstiltak. Noen av dem er motivert med ønsket om å fremme kommunalt selvstyre, men de kan i praksis gjøre det vanskeligere å få gjennomført nasjonale miljømål.

Slike endringer kan være en reaksjon på manglende lydhørhet for kryssende interesser når en fleksibel miljølovgivning skal praktiseres. Mest tyder de nok på en ny prioritering og avveining av miljøhensyn, eller på en oppfatning om at vi har nådd så langt i å realisere miljømål at det er tid for å legge større vekt på andre hensyn, først og fremst å ta naturen i bruk til økonomisk verdiskaping. Når det i politisk retorikk i Norge i dag snakkes om «bærekraftig utvikling», har det lite med økologi og miljø å gjøre. «Det grønne skiftet» skjer mest for å opprettholde og stimulere økonomien. Noen «omstilling» for å ivareta miljøhensyn er det sjelden snakk om. Når ansvaret for arealplanleggingen ble overført til Kommunal- og moderniseringsdepartementet, bar det bud om at arealplanlegging ikke lenger er et sentralt instrument i miljøpolitikken som da den lå under Miljøverndepartementet. Når forvaltningen av høstbare viltressurser nå er overført til Landbruksdepartementet, bryter man dem løs fra den sammenhengen i økosystemet som har vært ivaretatt i statsforvaltningen siden Miljøverndepartementet ble opprettet. Den utviklingen som frem til etter 2010 gjorde seg gjeldende for å styrke miljølovgivningen, synes nå å være brutt.

Stig von Bahr

En kritisk betraktelse över skattetilläggens utveckling

1 Inledning

I den här artikeln tänker jag rikta allvarlig kritik mot hur bestämmelserna om skattetillägg tillämpas av Skatteverket och domstolarna. Skattetilläggen infördes år 1971 med det vällovliga syftet att avlasta de allmänna domstolarna från ärenden om mindre allvarliga skattebrott. Den som "glömt" att redovisa en inkomst i sin självdeklaration eller yrkat avdrag för fiktiva utgifter skulle normalt slippa åtal. Ingripanden mot sådana beteenden skulle förenklas och ske inom ramen för det skatteadministrativa förfarandet. Avsiktliga skatteundandraganden som gällde avsevärda belopp skulle dock liksom tidigare prövas i allmän domstol.

Reglerna om skattetillägg infördes i dåvarande taxeringslagen (1956:623) och har därefter utretts och ändrats flera gånger. Den grundläggande strukturen finns dock kvar. Utgångspunkten är att skattetillägg ska påföras om den skattskyldige har lämnat en oriktig uppgift om sina skatteförhållanden. Skattetillägg ska emellertid inte tas ut om den skattskyldige på eget initiativ rättar den oriktiga uppgiften, s.k. frivillig rättelse. Ett ytterligare moment som funnits med ända från början är att den skattskyldige kan befrias från tillägg om sanktionen framstår som oskälig.

Min uppfattning är att skattetillägg kommit att utdömas i en omfattning som inte är förenligt med det ursprungliga syftet. Begreppet oriktig uppgift har utvidgats medan villkoren för frivillig rättelse och befrielse skärpts. Skattetillägg används inte bara mot klara felaktigheter utan också i situationer då uppgiftspliktens omfattning och den materiella frågan är svårbedömd.

I det följande kommer jag att först behandla begreppet oriktig uppgift (kap. 2). Därefter tar jag upp instituten frivillig rättelse (kap. 3) och befrielse från skattetillägg (kap. 4). Artikelnen avslutas med några sammanfattande synpunkter (kap. 5).

Som bekant är begreppet oriktig uppgift avgörande också för möjligheten till eftertaxering/efterbeskattning. Denna aspekt behandlas dock inte i artikeln.

2 Oriktig uppgift

2.1 Reglerna

Nu gällande bestämmelser om skattetillägg finns i skatteförfarandelagen (2011:1244, SFL). Av 49 kap. 4 § SFL framgår att skattetillägg ska tas ut om den skattskyldige lämnat en oriktig uppgift i sin självdeklaration. Enligt 49 kap. 5 § första stycket SFL ska en uppgift anses oriktig om det klart framgår att lämnad uppgift är felaktig eller att en uppgift som ska lämnas till ledning för beskattningen har utelämnats. Med oriktig uppgift likställs alltså utelämnande av upplysningar som den skattskyldige borde ha informerat om. Denna utvidgning av begreppet överensstämmer knappast med vanligt språkbruk – den som förtiger något har inte uppgett något osant – men behövs för att systemet ska fungera. Det kan också hävdas att ett undertecknande av deklarationen innefattar en försäkran om fullständigt uppgiftslämnande.

I 49 kap. 5 § andra stycket SFL föreskrivs att en uppgift inte anses oriktig om den tillsammans med övriga uppgifter som har lämnats eller godkänts utgör tillräckligt underlag för ett riktigt beslut eller om uppgiften uppenbart inte kan läggas till grund för ett beslut.

Det är givetvis lättare att avgöra om en lämnad uppgift är felaktig än om den skattskyldige brutit i sin uppgiftsplikt, dvs. utelämnat uppgifter som borde ha lämnats till ledning för beskattningen. Särskilt när det gäller flera av varandra beroende rättshandlingar på företagsskatte- eller kapitalskatteområdet kan det vara svårt för den skattskyldige att bedöma exakt vilken information som kan vara av betydelse. Enligt min mening är de krav som Skatteverket och domstolarna ställt på uppgiftspliktens omfattning alltför höga och det är detta som jag avser att belysa genom följande rättsfall.

2.2 Cypernmålet

Cypernmålet handlar om en underprisöverlåtelse av en fastighet från Salénhuset AB (Salénhuset) till ett svenskt handelsbolag som ägdes till 0,1 procent av Salénhuset och till 99,9 procent av ett cypriotiskt dotterbolag till Salénhuset. Andelarna i handelsbolaget såldes därefter externt för marknadspris varvid det förutsattes att kapitalvinsten skulle fördelas efter ägarandelar (99,9 procent till cypernbolaget och 0,1 procent till Salénhuset) trots att hela vinsten uppkommit genom underprisöverlåtelsen från Salénhuset. Vidare förutsattes att cypernbolagets kapitalvinst var skattefri.¹

Salénhuset ansökte om förhandsbesked och efter åtskilliga turer avgjorde HFD målet den 30 maj 2012.² HFD fastställde Skatterättsnämndens förhandsbesked enligt vilket lagen (1995:575) mot skatteflykt (skatteflyktslagen) var tillämplig och Salénhuset beskattades som om fastigheten överlätits till handelsbolaget för marknadsvärdet. Med hänvisning till HFD:s dom underkändes därefter många underprisöverlåtelser som fastighetsbolag genomfört enligt cypernmodellen.

HFD behövde inte ta ställning till frågan om skattetillägg eftersom målet gällde ett förhandsbesked. Helt klart är dock att flera bolag som tillämpat cypernmodellen utan att ange alla detaljer påförts skattetillägg. Att skatten höjts med stöd av skatteflyktslagen ansågs således inte utgöra något hinder mot skattetillägg. Ett exempel på detta är Kamrarrätten i Stockholms dom i det s.k. Slussenmålet.³

Enligt den lagstiftning som skulle tillämpas när Slussenmålet avgjordes ingick svenska handelsbolag bland de företagsformer som kunde vara förvärvare i en underprisöverlåtelse och de fanns inga bestämmelser som tog sikte på vilka som var delägare i handelsbolaget. Den skatteförmån som kunde uppkomma genom att ett utländskt koncernbolag sattes in som delägare i handelsbolaget hade inte uppmärksammas under lagstiftningsarbetet. Det rimliga i att läka detta lagstiftningsmisstag – ett misstag som snabbt rättades till – med stöd av skatteflyktslagen och i förekommande fall påföra skattetillägg kan diskuteras.

¹ En utförligare redogörelse finns i min artikel Ytterligare om Cypernmålet, Svensk Skattetidning 2014 s. 428 ff.

² HFD 2012 not. 30.

³ Dom den 30 september 2013, mål nr 2908-2910-10. Målet handlade om ett aktiebolag (Slussen) med anknytning till HSB i Malmö. Målet kommenteras också i kap. 3.

En tillämpning av skatteflyktslagen blir aktuell först om en beskattning enligt det ordinarie systemet, dvs. normalt inkomstskattelagen (1999:1229, IL), anses ge ett otillfredsställande resultat. Av detta följer att den skattskyldige lämnat tillräckliga uppgifter för en korrekt beskattning enligt IL. För att skattetillägg ska kunna tas ut krävs alltså att uppgiftsplikten anses omfatta även sådan information som kan motivera ett ingripande med stöd av skatteflyktslagen.

I rättsfallet RÅ 2010 ref. 51 fann HFD att en tillämpning av skatteflyktslagen inte hindrade att skattetillägg tas ut. Skattetilläggen var dock en perifer fråga i målet – i referatsrubriken sägs inget om skattetillägg – och HFD berörde exempelvis inte de uttalanden som gjorts i förarbetena till 1980 års skatteflyktslag om att skattetillägg bara undantagsvis kan komma i fråga när skatteflyktslagen ligger till grund för ett beslut om skatt.⁴ Såvitt gäller skattetillägg kan referatet inte betraktas som starkt.

Det finns en koppling mellan uppgiftspliktens omfattning och reglerna om befrielse från skattetillägg. Enligt 51 kap. 1 § SFL ska Skatteverket besluta om hel eller delvis befrielse från skattetillägg om det är oskäligt att ta ut tillägg med fullt belopp. Här ska beaktas bl.a. om skattetillägget berott på att den skattskyldige felbedömt en regel eller betydelsen av faktiska förhållanden. Det anses alltså oskäligt att ta ut skattetillägg vid ursäktliga missuppfattningar om den rätta tillämpningen av de materiella skattereglerna.

Jag återkommer till utrymmet för befrielse (kap. 4) men vill redan nu framhålla att det kan te sig främmande att hävda att den skattskyldige brustit i sin uppgiftsplikt när lämnade uppgifter legat till grund för den skattskyldiges inställning i skattefrågan och denna inställning haft goda skäl för sig.

För att återgå till Cypernmålet kan konstateras att det valda upplägget byggde på skattefriheten för det cypriotiska dotterbolaget. Om transaktionerna genomförts med två svenska aktiebolag som handelsbolagets ägare hade någon skatteförmån inte uppkommit. Det hade då varit uteslutet att ingripa med stöd av skatteflyktslagen.

Det kan därmed göras gällande – vilket också Slussenbolaget gjorde – att skattehöjningen och skattetillägget i realiteten baserades på att dotterbolaget var etablerat i en annan medlemsstat och att den ökade skattebördan därmed utgjorde en kränkning av den fria rörligheten. Salénhuset

⁴ Se närmare Anders Hultqvist, Skattetillägg vid tillämpning av skatteflyktslagen, Svensk Skattetidning 2010 s. 499 ff.

yrkade att HFD skulle inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Denna begäran avslogs dock med motiveringen att ”det inte framkommit någon unionsrättslig fråga som har betydelse för avgörandet av målet”. Denna märkliga uppfattning upprepades av underinstanserna när cypernmodellen sedermera prövades i andra mål.

Enligt min mening är det alltså en öppen fråga om avgörandena i målen om cypernmodellen är förenliga med unionsrätten. En viktig faktor i sammanhanget är sannolikt om det utländska företaget som gått in som delägare i handelsbolaget är ett företag med substantiell verksamhet eller om företaget närmast är av brevlådekaraktär. Att domstolarna trots uppenbar osäkerhet beträffande unionsrätten och med tillämpning av den alltid oförutsägbara skatteflyktslagen påförde skattetillägg i dessa mål inger hur som helst betänkligheter från rättssäkerhetssynpunkt.

2.3 Riskkapitalisterna

Många komplicerade materiella och processuella frågor kom upp i samband med taxeringen av de som varit s.k. nyckelpersoner i riskkapitalverksamhet⁵. Nyckelpersonerna bildade en fond för placering av andelar i portföljbolag och satsade via personliga ägarbolag omkring 2 procent av fondens kapital. De ägde också det utländska bolaget, en s.k. general partner (GP), som beslutade om fondens köp och försäljningar av portföljbolagen. Många nyckelpersoner var dessutom anställda/ägare i svenska aktiebolag som tillhandahöll rådgivningstjänster till GP.

I avtal med externa investerare (pensionsfonder, försäkringsbolag m.fl.), vilka svarade för omkring 98 procent av fondkapitalet, föreskrevs att fondens vinst upp till en viss nivå skulle fördelas i proportion till satsat kapital (2 resp. 98 procent) medan vinst över denna nivå skulle, till förmån för nyckelpersonerna, fördelas asymmetriskt, 20 procent till dessa och 80 procent till de externa investerarna. Det belopp som tillföll nyckelpersonerna genom den särskilda vinstdelningen, alltså 18 procent av övervinsten, brukar kallas carried interest (CI). Tvisterna mellan Skatteverket och nyckelpersonerna har varit fokuserade på om CI ska ses som ersättning för arbetsinsatser och därmed beskattas som inkomst av tjänst eller om CI utgör vanlig kapitalinkomst.

⁵ Här ges bara en förenklad beskrivning av denna verksamhet. Mer information finns t.ex. i mina artiklar *Kammarrätten och riskkapitalisterna*, *Skattenytt* 2017 s. 590 ff. och *HFD och riskkapitalisterna*, *Skattenytt* 2018 s. 630 ff.

I en första omgång hävdade Skatteverket att CI utgjorde en förmån för nyckelpersonerna i deras egenskap av anställda i de svenska rådgivningsbolagen. Enligt detta synsätt hade rådgivningsbolaget haft rätt till CI men styrt denna till nyckelpersonerna som lön. Skatteverkets talan underkändes dock helt av kammarrätten och HFD vägrade prövningstillstånd. Verket bytte då uppfattning och yrkade att CI som tillfallit nyckelpersonernas ägarbolag och därefter delats ut skulle beskattas enligt 3:12-systemet (numera 56 och 57 kap. IL). Utdelningen skulle därmed till stor del tas upp som inkomst av tjänst.

Nyckelpersonerna överklagade utan större framgång Skatteverkets beslut. HFD meddelade prövningstillstånd i en delfråga i ett mål (HFD 2018 ref. 31), en dom som jag strax återkommer till. Vad som nu är av intresse är att förvaltningsrätten ansåg att skattetillägg kunde utdömas när målen prövades i den första omgången och att kammarrätten påförde fulla tillägg i den andra omgången.

Fördelningen av fondens vinster – även den asymmetriska delen – var resultatet av kommersiella avtal mellan nyckelpersonerna och de externa investerarna. Såväl ordinarie vinst som CI betalades ut till ägarbolagen och nyckelpersonerna tog upp all utdelning från bolagen som inkomst av kapital. Det måste mot denna bakgrund betecknas som anmärkningsvärt att Skatteverket och förvaltningsrätten i den första omgången ansåg att nyckelpersonerna brustit i sin uppgiftsplikt genom att inte redovisa information som kunde leda till (den sedermera av kammarrätten underkända) slutsatsen att rådgivningsbolaget haft rätt till CI och styrt denna till nyckelpersonerna som lön. För att begreppet oriktig uppgift ska omfatta information som visar på möjligheten att bedöma händelseförloppet annorlunda måste rimligen krävas att det alternativa synsättet ligger nära till hands. Så var inte fallet. Enligt min mening fordrades åtskillig kreativ förmåga för att placera rådgivningsbolaget – ett bolag som inte satsat en krona i fonden – som egentlig mottagare av CI.

I andra omgången baserade kammarrätten skattetilläggen på att nyckelpersonerna inte i tillräcklig omfattning gjort Skatteverket uppmärksam på relationen mellan rådgivningsbolaget och GP samt på nyckelpersonernas roll som rådgivare till och indirekt ägare i GP. Kammarrätten hänvisade till HFD 2013 ref. 11 I. I detta mål ansågs en broders arbetsinsats via eget bolag i systemens fastighetsbolag kunna beaktas vid bedömningen av om brodern varit verksam i betydande omfattning i fastighetsbolaget (brodern var dessutom VD i detta).

Nyckelpersonernas ägarbolag var inte fastighetsbolag utan verksamheten bestod, genom GP, i köp och försäljning av portföljbolag. Ägarbolagen var därmed förvaltningsbolag och enligt praxis är andelarna i sådana bolag inte kvalificerade och detta även om ägarna är mycket engagerade i placeringsverksamheten. Än mindre kan eventuella arbetsinsatser inom ramen för en anställning i ett externt företag vara av betydelse. Som jag ser det gav HFD 2013 ref. 11 I föga stöd för kammarrättens uppfattning att andelarna i ägarbolagen var kvalificerade. Slutsatsen att utdelningen från ägarbolagen skulle beskattas enligt 3:12-reglerna kan därför starkt ifrågasättas. I än högre grad kan kritik riktas mot att kammarrätten funnit att nyckelpersonerna genom att inte lämna information om sina relationer till rådgivningsbolaget och GP brutit i sin uppgiftsplikt. Med tanke bl.a. på att saken gällde utdelning från förvaltningsbolag fanns goda skäl att förmoda att sådan information saknade betydelse.

Frågan huruvida arbetsinsatser inom ramen för en anställning i ett externt företag ska påverka bedömningen av om ägaren varit verksam i betydande omfattning i sitt fåmansbolag var som nämnts uppe i HFD 2018 ref. 31. Dessvärre gav HFD inte något egentligt svar på frågan. I domen uttalas bara att en person ”kan anses vara verksam i betydande omfattning i ett fåmansföretag även om denne är anställd i ett annat företag och inom ramen för denna anställning utför tjänster åt fåmansföretaget”. Av uttalandet framgår således inte i vilka situationer de externa arbetsinsatserna ska tillmätas betydelse. Jag vet inte om domen innebär ett nytt synsätt på arbetsinsatser i förvaltningsbolag eller vilken roll ägarförhållandena och den anställdes ställning i ett externt företag kan spela. Avgörandet gör det inte lättare för skattskyldiga och andra att bedöma uppgiftspliktens omfattning.

2.4 Fåmansbolagen

Före 1990 års skattereform förekom sällan utdelning från fåmansbolag. Bolagsskatten var hög och utdelningen lades på toppen av ägarens inkomster och kunde beskattas med långt över 80 procent. Vinsten i bolagen eliminerades därför genom löneuttag eller sparades till dess aktierna såldes. För att upprätthålla principen om dubbelbeskattning fanns det t.o.m. en praxis som begränsade förvaltningsbolags rätt till avdrag för lön till ägaren.

Genom skattereformen med sänkt bolagsskatt och en proportionell kapitalbeskattning på (normalt) 30 procent ändrades läget radikalt. Ett

nytt regelverk, det omtalade 3:12-systemet, infördes för att hindra att arbetsinkomster i fåmansbolag togs ut i form av lågbeskattad utdelning.

3:12-reglerna finns nu i 56 och 57 kap. IL och får anses innefatta en fullständig reglering av fåmansbolagets och ägarens skatteförhållanden. Det finns t.ex. ingen regel om att ägaren till ett aktiebolag måste ta ut viss del av bolagets vinst som lön. Hela vinsten kan stanna kvar i bolaget och eventuell beskattning som inkomst av tjänst får anstå till dess vinsten delas ut eller aktierna säljs.

HFD 2017 ref. 68 gällde frågan om mäklaren FP:s arbetsinkomst kunde hänföras till dennes aktiebolag trots att FP:s arbete utförts i ett kommanditbolag som ägdes av FP och aktiebolaget.⁶ Kommanditbolagets vinst uppgick till omkring 1 470 000 kr, varav delägarna fördelade 1 445 000 kr till aktiebolaget och resterande 25 000 kr till FP personligen (inkomst av näringsverksamhet). Kammarrätten underkände denna fördelning och höjde FP:s inkomst med 1 460 000 kr och sänkte aktiebolagets inkomst till 10 000 kr. FP påfördes fullt skattetillägg.

HFD begränsade prövningstillståndet till två frågor, nämligen om Skatteverket kunde ändra ett beslut om skattetillägg till nackdel för den skattskyldige (vilket Skatteverket antogs kunna) och om det fanns förutsättningar för befrielse från skattetillägg med tanke på att skatten i aktiebolaget blivit högre om delägarnas fördelning av kommanditbolagets vinst godtagits (enligt majoriteten förelåg inte skäl för befrielse).

Prövningstillstånd meddelades således inte i målets centrala del, dvs. huruvida laglig grund fanns för att avvika från den överenskomna fördelningen av kommanditbolagets vinst och, i så fall, huruvida FP lämnat oriktig uppgift genom att inte informera om hur vinsten fördelats.

Av referatet framgår inte på vilket sätt FP ansetts lämna oriktig uppgift. Det är dock troligt att FP i deklarationen bara redovisat sin del av kommanditbolagets vinst (25 000 kr) och inte sagt något om att den största delen (1 445 000 kr) tagits upp av aktiebolaget och att han därmed ansetts utelämna uppgifter som bort lämnas. Ett sådant resonemang är dock inte invändningsfritt. Den som arbetar i eget aktiebolag tar i självdeklarationen normalt bara upp lön och utdelning från bolaget. Någon skyldighet att ange hur stor del av bolagets vinst som inte betalats

⁶ Jag har kommenterat detta rättsfall i Ingridanden mot skatteflykt, med och utan lagstöd, Skattenytt 2018 s. 153 ff. Rättsfallet har också kommenterats av Teresa Simon-Almendal, Kan HFD bryta ny mark på oprövade områden? – analys av ett mål om befrielse från skattetillägg, Svensk Skattetidning 2018 s. 127 ff.

ut föreligger inte. Enligt min mening är det svårt att motivera en annan ordning enbart därför att arbetsinsatserna utförts i ett kommanditbolag i stället för direkt i aktiebolaget. Förmånen av uppskjuten personlig beskattning är densamma. Det är därför enligt min mening svårt att finna någon rättslig grund för höjningen av FP:s inkomst. HFD:s beslut att blunda för den materiella frågan och därtill förordna att FP skulle påföras skattetillägg med bortseende från den del av kommanditbolagets vinst som hänförs till aktiebolaget måste betecknas som obegripligt fiskalt.

2.5 Utländsk filials räntekostnader

HFD 2018 ref. 79 kan ses som ännu ett exempel på underinstansernas fartblindhet beträffande skattetillägg. Lyckligtvis kunde HFD till en del begränsa skadeverkningarna. Målet gällde ett nederländskt bolag som bedrev verksamhet i Sverige genom dels en filial, dels ett dotterbolag. Förvärvet av dotterbolaget hade finansierats genom koncerninterna lån. Såväl lånen som aktierna hade allokerats till filialen vilket godtagits av Skatterättsnämnden i ett förhandsbesked som avsåg taxeringsåren 2005–2007. Bolaget (filialen) yrkade avdrag för räntorna på lånen även efter det att giltighetstiden för förhandsbeskedet löpt ut.

I juli 2012 publicerade Skatteverket ett ställningstagande avseende allokering av andelar i dotterbolag till fast driftställe. Tidigare hade den allmänna uppfattningen varit att sådana andelar skulle allokeras till en filial eller annat fast driftställe såvida verksamheten i dotterbolaget och driftstället vara tillräckligt integrerade med varandra. Ställningstagandet innebar att ett ytterligare rekvisit skulle vara uppfyllt för att andelarna kunde allokeras, nämligen att det i normalfallet fanns personer i det fasta driftstället som hade mandat att bestämma om förvärv och avyttring av andelarna samt om hur förvärvet av dessa skulle finansieras.

Skatteverket ansåg att den aktuella filialen saknade personer med nyssnämnda mandat (significant people functions) och att filialen genom att inte tillhandahållit några upplysningar i detta hänseende lämnat oriktig uppgift. De utelämnade upplysningarna ansågs vidare ha medfört att bolaget felaktigt medgetts ränteavdrag. Skatteverket eftertaxerade filialen vid 2009–2012 års taxeringar och vägrade avdrag för räntorna. Ränteavdrag vägrades också vid det ordinarie förfarandet avseende beskattningsåren 2012 och 2013. Skattetillägg påfördes för samtliga år men halverades med hänsyn till att det handlade om höga belopp och gällde en svår skatterättslig fråga.

Bolaget (filialen) överklagade till förvaltningsrätten och kammarrätten men överklagandena avslogs. Beträffande skattetilläggen anförde kammarrätten att filialen inte lämnat tillräckliga uppgifter för att möjliggöra en bedömning av vilka funktioner som funnits i filialen med avseende på innehavet av andelarna i dotterbolaget eller av verksamheten i dotterbolaget och eventuell integration med verksamheten i dotterbolaget. Filialen fullföljde sin talan bara avseende taxeringsåren 2009–2012 (eftertaxeringarna).

HFD meddelade prövningstillstånd i frågan om det förelåg förutsättningar för eftertaxering och påförande av skattetillägg samt, om så var fallet, om det var uppenbart oskäligt med eftertaxering respektive oskäligt att ta ut skattetillägg med fullt belopp.

Efter ett utförligt resonemang uttalade HFD:s majoritet att det stod klart att det inte var avsaknaden av information om ”significant people functions” i filialen som ledde till de enligt Skatteverket felaktiga taxeringsbesluten och att det därför saknades grund för eftertaxering och skattetillägg. Minoriteten kom till samma resultat med motiveringen att informationsbristen inte innebar att filialen lämnat oriktig uppgift till ledning för de aktuella taxeringarna.

Jag delar absolut HFD:s uppfattning att filialen inte brustit i sin uppgiftsplikt. Man måste dock beklaga att HFD inte fick pröva den materiella frågan om avdragsrätten för räntorna.⁷ En filial ska ju enligt lagen (1992:160) om utländska filialer m.m. och bokföringslagen (1999:1078) ha egen bokföring som ska var skild från det utländska företagens bokföring. Jag utgår från att såväl innehavet av andelarna i dotterbolaget som lånet och räntorna fanns med i filialens bokföring. Detta väcker frågan om avdrag kan vägras för räntorna så länge filialens bokslut är förenlig med god redovisningssed eller om koppling här saknas mellan redovisningen och avdragsrätten. Enligt min mening bör redovisningen vara en naturlig utgångspunkt för allokeringen i denna typ av mål men frågan synes inte ha diskuterats i målet.⁸

⁷ I tre av de i denna artikel nämnda målen använde sig HFD av den år 2013 genom 36 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) införda möjligheten att begränsa ett prövningstillstånd till viss prejudikatfråga eller viss del av målet. Tillämpningen av denna begränsningsregel har enligt min mening varit olycklig i de tre målen. I riskkapitalmålet medförde prejudikatfrågans formulering att svaret blev så gott som intetsägande och i målen om FP:s skattetillägg och den nederländska filialen medförde begränsningen att HFD inte kunde/behövde ta ställning till viktiga materiella frågor.

⁸ Frågan om redovisningen har någon betydelse för vad som ska allokeras till en filial

3 Frivillig rättelse

I 49 kap. 10 § första stycket SFL föreskrivs att skattetillägg inte ska tas ut om den skattskyldige ”på eget initiativ har rättat den oriktiga uppgiften”. Felaktigheter i en självdeklaration kan rättas genom att kompletterande information ges in i sådan tid att den kan beaktas innan Skatteverket fattar sitt grundläggande beslut om beskattningen (ett besked om den slutliga skatten ska enligt 56 kap. 10 § SFL normalt skickas ut senast den 15 december efter beskattningsårets utgång). En oriktig uppgift kan också rättas vid senare tidpunkt, s.k. sen komplettering.

I denna artikel tar jag bara upp en aspekt rörande frivillig rättelse och det gäller om en sen komplettering måste vara förenad med ett yrkande om höjd skatt för att risken för skattetillägg ska falla bort. Ett aktiebolag kan exempelvis bli uppmärksammat på att utdelningar som inte tagits upp i deklarationen kanske inte är skattefria och lämnar därför efter mottagandet av beskedet om slutlig skatt närmare information om utdelningen. Som jag ser det finns det ingenting i reglernas utformning eller syfte som talar emot att en sådan komplettering behandlas som en frivillig rättelse och detta även om bolaget står fast vid sin uppfattning om skattefrihet. Skatteverket har emellertid sedan länge ansett att en sen komplettering utgör en frivillig rättelse – och därmed utesluter skattetillägg – bara om den skattskyldige samtidigt begär att skatten ska höjas. Det förefaller också som förvaltningsrätter och kammarrätter i allmänhet delar Skatteverkets åsikt på denna punkt.⁹

Slussenmålet (se ovan avsnitt 2.2) utgör ett exempel på underinstansernas restriktiva inställning till sena kompletteringar. Slussens ombud var osäker på om Cypernmodellen skulle godtas och informerade därför Skatteverket genom en sen komplettering om att bolaget använt sig av denna modell. Något yrkande om höjning av taxeringen gjordes inte men av informationen kunde bl.a. utläsas hur kapitalvinsten vid försäljningen av andelarna i handelsbolaget delats upp mellan svenska och utländska koncernbolag. Något år senare eftertaxerade Skatteverket Slussen

ligger förvisso vid sidan av ämnet för denna artikel men den intresserade kan läsa Margit Knutsson, Högsta förvaltningsdomstolen och redovisningen, Svensk Skattetidning 2018 s. 485 ff.

⁹ Se Ulrika Bengtsson, Komplettering till en deklaration – ett skydd mot efterbeskattning och skattetillägg?, Svensk Skattetidning 2014 s. 286 ff. och min artikel Kompletterande information som frivillig rättelse i antologin Rättsliga och ekonomiska reflektioner över internationell skatteplanering, Red. Yvette Lind, Iustus 2018, s. 60 ff.

för hela den kapitalvinst som uppkommit vid den externa försäljningen av handelsbolaget. Målet hamnade slutligen i kammarrätten som med hänvisning till HFD:s dom i Cypernmålet (HFD 2012 not. 30) underkände underprisöverlåtelsen och fastställde eftertaxeringen med stöd av skatteflyktslagen.

Slussen påfördes skattetillägg med omkring 66 milj. kr. Vad gällde Slussens komplettering anförde kammarrätten att den inte innehöll något yrkande om rättelse av taxeringen och inte heller tydliggjort att det kunde ha funnits skäl att ifrågasätta bolagets i deklarationen tidigare gjorda yrkanden. Kompletteringen var därför enligt kammarrätten inte att betrakta som frivillig rättelse och grund för att påföra skattetillägg ansågs föreligga.

Från fiskalt håll har uppgetts att kompletterande information, som i avsaknad på begäran om skattehöjning inte ses som en frivillig rättelse, kan ligga till grund för befrielse. Något ligger det väl i detta; det kan framstå som oskäligt att påföra skattetillägg när Skatteverket fått tillräcklig information för ett korrekt skattebeslut. I Slussenmålet räckte dock den kompletterande informationen till för befrielse trots att även tillämpningen av skatteflyktslagen och skattefrågans svårighetsgrad talade mot skattetillägg.

HFD har ännu inte tagit ställning till vad en sen komplettering ska innehålla för att räknas som en frivillig rättelse. Själv ser jag uppställande av ett krav på yrkande om skattehöjning som omotiverat fiskalt. Min förhoppning är att HFD snarast sätter stopp för underinstansernas nuvarande rättstillämpning.

4 Befrielse från skattetillägg

För en skattskyldig som brustit i sin uppgiftsplikt och inte uppfyllt villkoren för frivillig rättelse erbjuder bestämmelserna om befrielse en sista chans att slippa skattetillägg. Skatteverket ska enligt 51 kap. 1 § SFL besluta om hel eller delvis befrielse från skattetillägg om det är oskäligt att tillägg tas ut med fullt belopp. Vid skälighetsbedömningen ska särskilt beaktas bl.a. om den felaktighet eller passivitet som lett till tillägget kan antas ha berott på en felbedömning av en regel eller betydelsen av de faktiska förhållandena. Det anses med andra ord oskäligt att ta ut skattetillägg vid ursäktliga missuppfattningar om den rätta tillämpningen av de materiella skattereglerna.

Det finns ett samband mellan oriktig uppgift och befrielse på grund av att utgången i målet varit svårbedömd. Detta samband aktualiseras om skatten höjs med stöd av skatteflyktslagen. Som jag framhållit tidigare (avsnitt 2.2 är) kan det te sig väl fiskalt att ta ut skattetillägg från en skattskyldig som lämnat tillräckliga uppgifter för en korrekt beskattning enligt IL. Vilka ytterligare uppgifter som kan läggas till grund för tillämpning av skatteflyktslagen är inte lätt att på förhand veta. Att ta ut skatt med stöd av skatteflyktslagen ligger nära gränsen för vad som kan accepteras i ett rättssamhälle. Att därutöver påföra skattetillägg kan på goda grunder uppfattas som att gränsen överskridits.

HFD har förvisso funnit att en tillämpning av skatteflyktslagen inte hindrar påförande av skattetillägg (RÅ 2010 ref. 51). Fokus i det målet låg dock inte på uppgiftspliktens omfattning eller om skattefrågans svårighetsgrad motiverade befrielse utan på om Skatteverket hade rätt att höja skattetillägget genom ett nytt eget beslut om skatt. Jag uppfattar inte domen som ett starkt prejudikat för kombinationen skatteflyktslagen och skattetillägg.

Skattetillägg bör enligt min mening inte heller tas ut när en skattehöjning grundas på skatteflyktsresonemang vid sidan av skatteflyktslagen eller andra uttryckliga regler riktade mot skatteflykt. Ägarna till ett handelsbolag måste kanske finna sig i att överenskommen fördelning av bolagets vinst underkänns om fördelningen bedöms medföra en obehörig skatteförmån. Att med säkerhet förutse i vilka situationer en sådan avvikelse är förenlig med gällande rätt går inte. Med tanke på bedömningssvårigheterna borde befrielse generellt kunna medges i dessa fall.

I målen om riskkapitalisterna bytte Skatteverket åsikt om hur den särskilda vinstdelningen skulle hanteras vid beskattningen. Fortfarande är det ovisst hur begreppet ”verksam i betydande omfattning” ska tolkas exempelvis när ägaren tillhandahållit tjänster till sitt fåmansbolag genom anställning i ett externt företag i vilket denne saknar inflytande eller när det fåmansägda bolaget är ett förvaltningsbolag. Man kan tycka att målen utgör typexempel på fall då bedömningssvårigheter motiverar befrielse från skattetillägg. Som jag anför i annat sammanhang är det en gåta hur samtliga ledamöter i kammarrätten kunde uttala att målen inte rörde en svår skatterättslig fråga.¹⁰

¹⁰ Se i not 2 nämnd artikel om Kammarrätten och riskkapitalisterna.

5 Avslutande synpunkter

Som redovisats i kap. 2 fordras för att den skattskyldige ska anses ha brustit i sin uppgiftsplikt att det *klart framgår* att en uppgift som ska lämnas till ledning för beskattningen har utelämnats. Vidare gäller att skattetillägg inte ska påföras om den skattskyldige på eget initiativ rättar den felaktiga uppgiften (frivillig rättelse). Slutligen föreskrivs att den skattskyldige ska helt eller delvis befrias från skattetillägg om det är oskäligt att tillägg tas ut med fullt belopp.

Jag kan inte finna annat än att praxis i vart och ett av dessa tre led fått en fiskal slagsida som stämmer dåligt överens med regelsystemets utformning och syfte. Underinstansernas bedömning av uppgiftspliktens omfattning framstår särskilt i målet om den nederländska filialen som extrem. Slussenmålet belyser vidare oviljan att godta sen kompletterande information som en frivillig rättelse. Ett krav på att sådan information måste vara förenad med ett yrkande om skattehöjning saknar stöd i lagtexten och är dessutom ägnat att leda till onödigt krångel.¹¹

Ytterst få frågor verkar vara svåra nog för att motivera befrielse från skattetillägg. Målen om riskkapitalisterna tyder på att varken Skatteverkets ändring av talan eller det oklara rättsläget hindrar fulla tillägg. Att rutinmässigt påföra skattetillägg när ungefär lika starka skäl talat för de skattskyldigas som Skatteverkets uppfattning riskerar att minska förtroendet för rättsväsendet.

Vad kan göras för att få systemet med skattetillägg att fungera bättre? Två lösningarna synes möjliga. Den första är att HFD tydligt tar avstånd från nuvarande praxis och återför skattetilläggen till den uppgift de varit avsedda för. I ljuset av den fiskala bedömningen i HFD 2017 ref. 68 verkar dock utsikten för en sådan praxisändring inte särskilt stor. Den andra lösningen är att tillsätta en kommitté med uppdrag att – för första gången sedan införandet – genomföra en total översyn av systemet. En översyn tar visserligen lång tid men förefaller ändå vara den mest realistiska åtgärden för att systemet med skattetillägg framdeles ska uppfylla berättigade krav på rättssäkerhet och upprätthålla förtroendet för domstolarna.

¹¹ För att säkert undvika skattetillägg kan den skattskyldige i kompletteringen först yrka på höjning av skatten och sedan detta genomförts begära omprövning och sänkt skatt.

Christian von Bar

Why do we need *Grundstücke* (land units), and what are they?

On the difficulties of divining a European concept of 'thing' in property law*

1 Things

Mutual understanding of the law of 'property' or 'things' in Europe is an especially arduous undertaking. The problem starts with just isolating a suitable designation for the reference point for proprietary rights. Whilst it is not possible to develop the thesis here,¹ I would maintain that, as a first rough-and-ready categorisation for the purposes of pan-European stock-taking appraisal, one should distinguish between 'objects', 'objects of commerce', and 'things'. 'Objects' encompasses everything apart from 'persons' that is susceptible to the application of rules of private law, an 'object of commerce' is an 'object' that can be the subject matter of a sale or gift, and a 'thing' is anything that can be made the reference point for a right that enjoys protection against third parties and is thus 'absolute' (in the sense that it is not merely relative). The best approach is probably to distinguish between real and normative things. Real things exist independently of law; have an intrinsically formed and demarcated *corpus*; and, in consequence of this attribute, are capable of forming the subject matter of property rights. Normative things, in contrast, do not subsist as a matter of nature; they owe their existence and their capacity

* An earlier version of this article was published in *Juridica International* 2014 pp. 3–15; <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=15451>.

¹ Details and further supporting material in Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, vol. 1 (Munich 2015) and vol. 2 (Munich 2019).

to be the reference point of property rights solely to an exercise of legal imagination – legal norms, in other words. This is the case, for example, not merely with regard to claims and other rights to a performance and for shares in companies and partnerships but also even in relation to parcels of land, or *Grundstücke*. *Grundstücke* belong to that set of normative things that in most legal systems are capable both of being owned and of being the subject matter of other property rights; claims and shares, on the other hand, are normative things that are susceptible only to (mere) property rights, not to ownership as such.

2 Terminology

Normative things may be subdivided into things with a physical substratum and purely normative things. Both have hitherto lacked a uniform European terminology. With regard to things in the first group, the word ‘Grundstück’ (literally meaning ‘piece of land’), which is also invoked by Germany’s Bürgerliches Gesetzbuch, or BGB (albeit with a technical signification of its own), seems to all intents and purposes an appropriate label within the domain of German-language legal scholarship. The German language simply lacks a better word. In the end, some word has to be used, and ‘Grundstück’ is at least not a bad choice. Of course, each legal language must find its own expression for the *Grundstück* concept. That the common law (which is not alone in this) lacks a genuine linguistic equivalent for *Grundstück*² and that even the legal systems that invoke the word as a *terminus technicus* associate it with variant meanings³ is

² ‘Estate’ would be a suitable word, but it is no longer used to denote the subject matter of rights in land; rather, it refers to the rights themselves. ‘Grundstück’ may best be translated perhaps as ‘tenement’. The latter word has the advantage that, in contrast to ‘estate’, it at least describes a thing (what is held, not how long it is held). Nowadays, however, the concept is often (especially in Scotland) confined to application for flats. Furthermore, the term extends further than the notion of *Grundstück* we are invoking, because ‘tenement’ also encompasses some rights in land (as does the word ‘hereditaments’ and also another use of ‘Grundstücke’, within the meaning of German law: see § 96 of Germany’s Bürgerliches Gesetzbuch, or BGB).

³ Article 46 § 1 of the Polish civil code defines *Grundstücke* as ‘parts of the earth’s surface that are the object of special ownership’. § 27(a) of the Czech Cadastre Law (344/1992) defines a *Grundstück* (albeit expressly only for the purposes of the same legislation) as the ‘part of the earth’s surface that is partitioned off from the neighbouring parts by the boundary of a regional authority or by the boundary of an area of land registration’. A distinction is drawn between *Grundstücke* and parcels of land (plots). Only parcels of

simply something that has to be taken on board. For legal scholarship in the English language, no ready candidate presents itself, for terms such as 'land' and 'parcel [or plot] of land' already carry very different signification. Their inappropriateness emerges all the more clearly as we probe the ramifications of the *Grundstück* concept. A tentative suggestion – inspired by the official English-language translation of the Swedish Land Code (the *Jordabalk*, or JB)⁴ – might be 'land unit'.

land – areas or spaces that are described and recorded in the land register – may be transferred. A *Grundstück*, however, even if it only amounts to a portion of a plot, can also be leased and can be acquired by prescription (J. Spáčil, M. Spáčil. *Přehled judikatury ve věcech občanskoprávních vztahů k pozemkům*. Prague 2011, p. 85). Possession of part of a plot (a 'Grundstück' in the sense of this terminology) requires real and outwardly visible demarcation, but such demarcation is also sufficient (a *Grundstück* must merely make itself manifest, according to Supreme Court 23.1.2002, 22 Cdo 96/2000, Soubor civilních rozhodnutí Nejvyššího soudu C 987). The most neutral concept in Austrian law is that of 'land'. A tract of land becomes a *Grundstück* when it is registered with its own number as part of a cadastral municipality in the boundary cadastre or the land-tax cadastre (under § 7a of the Austrian Vermessungsgesetz, or VermG, and § 5(1) of the Austrian Allgemeines Grundbuchsanlegungsgesetz, AllgGAG). § 7a(1) of the VermG gives the following definition: 'A *Grundstück* is that part of a cadastral municipality that is designated as such with its own number in the boundary cadastre or the land-tax cadastre.' To some extent, the notion of a plot or parcel of land (*Parzelle* or *Grundparzelle*) is used as a synonym for the notion of a *Grundstück*. These cadastrals are the foundation of the land register; their data on the location and boundaries of *Grundstücke*, along with the mode of use of each *Grundstück*, are carried over to the land register (§ 2(2) sent. 1 of the Austrian Grundbuchumstellungsgesetz). As for Spanish law, TS 10.12.1960, RAJ 1960, No. 4095, on pp. 2664, 2666, once described a *finca* as 'a portion of the earth's surface that is enclosed by a polygonal line and is the object of ownership'. Portuguese law, in contrast, refers only to the ground (*solo*) and not the earth's surface (*superfície*). Under Article 204(2) of the Portuguese Código Civil (CC), the idea of an agricultural *Grundstück* corresponds to a bounded part of the ground and what we might call an urban *Grundstück* is a building connected to the ground.

⁴ The translation of Chapter 1, § 1 begins thus: 'Real property is land. This is divided into property units. A property unit is delimited either horizontally or both horizontally and vertically.' The term 'property unit', while avoiding the two-dimensionality flaw of terms such as 'parcel of land', has the weakness that 'property' as a word is overly inclusive. The official English translations of Sweden's land law and cadastral legislation are accessible via the Kungliga Tekniska högskolan (Swedish Royal Institute of Technology) Web site, at <http://www.kth.se/abe/inst/fob/avd/fastighetsvetenskap/publikationer/slcl>.

3 Entities of the landscape capable of being the subject matter of property rights

What, in substance, is at issue? The answer is that, in forming *Grundstücke* (or, more precisely, entities for which we use that nomenclature in the text that follows), legal systems create objects in the landscape that are capable of supporting property rights. A landscape or terrain, although readily perceptible to the senses and hence often (but rashly) labelled ‘corporeal’, is not in itself a thing. Things – that is to say, entities capable of being the reference point of property rights – come into being within a terrain only once it is parcelled out. It is only after subdivision into distinct plots of land in accordance with the rules of law created for that purpose⁵ that subsisting or potential⁶ entities capable of supporting property rights emerge – namely, *Grundstücke*.

⁵ This is stated imprecisely by M.I. Spyridakis. *Epitomo Nomikó Lexikó*. Athens and Komotini, Greece 2008, p. 9 (as soon as the various parts of Earth’s surface are demarcated and marked off from one another by natural or artificial markings, a *Grundstück* arises; however, that is the case only where a legal system does not actually require more than such action, and those times, if they ever existed, have long since passed). An interesting insight into earlier conditions might be furnished by Swedish legislation. It provides that the boundaries of a *Grundstück* (actually, *fastighet*), once they have been determined under the law (*lagligen bestämd*), follow the ground markings fixed in accordance with the law (*laga ordning*). If those markings can no longer be ascertained with certainty (*fastställa med säkerhet*), they are identified through the aid of cadastral plans (*förrättningskarta*), purchase documents, and possession and other criteria. If statutorily recognised ground markings are entirely absent, a *Grundstück* is determined with the aid of a plan (a *karta*) and documents (see Chapter 2, § 3 of the JB). If need be, one may also resort to border posts (*rå*) and mounds of stones (*rör*) and to other markings accepted in ancient times (Chapter 2, § 4 of the JB).

⁶ A ‘landscape’, therefore, is not even an ownerless thing. Even ownerless things must at least be ‘things’ – i.e., potential subject matter of property rights. Consequently, besides real things, only *Grundstücke* (or, according to the national terminology, immovables) and not ‘land’ can be ownerless. § 928 of the German BGB, for example, permits abandonment of a *Grundstück*. In consequence, it becomes ownerless until the state exercises its right of appropriation, as it is entitled to do, and this is registered in the land register. However, under Article 1345 of the Portuguese CC (which is based on the almost identically worded Article 827 of the Italian Civil Code), ‘immovable things [*coisas imóveis*] without a known owner are regarded as state property’. In Italy and Portugal, state ownership thus arises automatically, *ex lege*. Therefore, immovables are never ownerless; an act of appropriation is not required. The situation is the same in Spain. *Inmuebles* (or *bienes inmuebles*) likewise vest in the state if they have no other owner (under Art. 17 of the Law on the Property of the Public Administration, or ‘Ley del Patrimonio de las Administra-

4 The purpose of forming *Grundstücke*

To understand what *Grundstücke* are, one must first address the preliminary question of why one actually needs the legal concept of *Grundstück*. The answer varies from one field of law to another. There are large areas of law that require the notion of ‘movables’, but not that of *Grundstücke*, in order to reach their goals; as a rule, criminal law belongs to that category.⁷ Conversely, even though they are all concerned with *Grundstücke*, property law, on the one hand, and, for example, tax law, land-surveying law, planning law, and construction law on the other, need not read the concept in the same way and indeed do not do so.⁸ Not even the law of

ciones Públicas’, law 33/2003, of 3.11.2003; see also L. Díez-Picazo, A. Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Part 1: Derechos Reales en General, 8th edition. Madrid 2012, pp. 176–177).

⁷ In the German Criminal Code, the word ‘Grundstück’ appears only in § 106b (on disturbing the activity of a legislative body in its building ‘or the appurtenant *Grundstück*’). In some ancillary criminal legislation (e.g., in § 18(1), item 13 of the Waste Shipments Law, or ‘Gesetz zur Ausführung der Verordnung’, ‘(EG) No. 1013/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Verbringung von Abfällen und des Basler Übereinkommens vom 22. März 1989 über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung’), a person may be punished for denying a representative of the relevant authorities ‘entry to a *Grundstück* or living quarters, offices, or business premises’. § 287 of Germany’s Strafgesetzbuch (StGB) criminalises unlicensed lotteries of ‘immovable things’. All of these provisions obviously have nothing to do with protection of property rights; *Grundstücke* can be neither stolen (§ 242 of the German StGB) nor embezzled (§ 246 of the StGB). However, in Portugal and Spain, besides altering of boundary markers, the usurpation of property rights in immovables (the *usurpação de coisa imóvel* and the *usurpación de derecho real inmobiliario*, respectively) is a criminal offence (under Art. 215 of the Portuguese Código Penal (CP) and Article 245 of Spain’s Código Penal). The notion of the immovable found in Article 215 of the Portuguese CP corresponds to that of an immovable in Article 204 of the Portuguese CC (J.M. Damião da Cunha, in Jorge de Figueiredo Dias (ed.). *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial: Artigos 202.º a 307.º* (Vol. II). Coimbra, Portugal 1999, pp. 261–262, 270).

⁸ An example from German building regulations is to be found in § 4(1) of the Lower Saxony Bauordnung (BauO): ‘The building plot is the *Grundstück*, within the meaning of civil law, on which a building project is carried out or on which a structural work is located. The building plot may consist of several adjacent *Grundstücke* if and to the extent that a public-land charge ensures that all structural works on the *Grundstücke* would comply with the public building regulations if the *Grundstücke* were one *Grundstück*.’ An example from German tax law can be seen in § 70 of the Bewertungsgesetz, specifically § 70(1): ‘Every economic unit of patrimony in land constitutes a *Grundstück* within the meaning of this law. (3) A building that is constructed on another’s ground

obligations and the law of property necessarily operate at all times to the same end with the notion of *Grundstücke*; therefore, they also endow it with distinctly different content.⁹ It follows that one has to confine

[...] is a *Grundstück* within the meaning of this law even if it has become a component part of the ground.' In Portugal, there are at least four separate definitions of 'prédio' (referring to a *Grundstück*). Article 204(1)(a) of the Portuguese CC regards the rural and urban *Grundstücke* (*prédios rústicos e urbanos*) as immovable things (*coisas imóveis*). In translation, '[a] rural *Grundstück* is a delimited part of the soil and the existing constructions on it that are not economically independent, and an urban *Grundstück* is any building incorporated into the soil with the land that will serve as an amenity' (*ibid.*, Art. 204(2)). Article 1(2) of the regulation on the land cadastre (Regulamento do Cadastro Predial, DL 172/95, of 18.7.1995) defines the word 'prédio' as referring to 'a limited portion of the earth's surface, one that is juridically independent, including water, plantations, buildings, and constructions of every kind that are present on it or are attached to it with an enduring quality, as well as independent units within the regime of condominium-ownership'. However, under this provision, the idea of *Grundstück* within the meaning of the law on cadastres does not encompass those waters, plantations, buildings, and constructions listed at the end of Article 2, item 1 of the Code on Council Tax (DL 442-C/88, of 30.11.1988, (i.e., the 'Código da Contribuição Autárquica'), since superseded by the Property Tax Code (CIMI), or 'Código do Imposto Municipal sobre Imóveis', DL 287/2003, of 12.11.2003). Article 2 of the Portuguese CIMI, for its part, reads: 'For the purposes of this code, 'prédio' means every fraction of the territory, including waters, plantations, buildings, and constructions of every kind, that is incorporated into the fraction with an enduring quality or is set upon it, provided that these are part of the patrimony of a natural or legal person and under normal circumstances have an economic value, along with the waters, plantations, buildings, and constructions [...] on the terrain [*terreno*] that enjoy economic independence [...], even if they are situated on a fraction of the territory that is a component part of another patrimony [...]' The Land Register Code (or Código do Registo Predial), DL 224/84, of 6.7.1984, for its part, serves the purpose of publicising the legal relationships associated with the *Grundstücke* and providing for legal certainty in 'dealings' (*comércio jurídico imobiliário*) with them. Consequently, the notion of *Grundstück* in land-registration law does not draw on Article 204 of the Portuguese CC; it is based instead on the cadastre and tax law. *Grundstücke* and immovable are thus one and the same for the purposes of the law on land registration (Seabra Lopes. *Direito dos registos e do notariado*, 6th edition. Coimbra, Portugal 2011, pp. 322–324).

⁹ In German law, for example, the notion of 'tenant relationships related to a *Grundstück*' (in § 578 of the German BGB) encompasses the letting of part of the surface of a camping site (OLG Frankfurt, 20.6.1985, NJW-RR 1986, p. 108) and the letting of the outside wall of a house for the attachment of a vending machine (see O. Palandt. Introduction to § 535, para. 97. – W. Weidenkaff (ed.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, 71st edition. Munich 2012). The position is similar in Portugal. Portuguese law admittedly does not follow the German conceptual distinction between tenancies with fruits (*Pacht*) and tenancies without (*Miete*), but it does differentiate between renting (*contrato de locação*)

oneself to a property-law notion of *Grundstücke* and, as a first step, settle for the proposition that the formation of *Grundstücke* serves the purpose of setting up property rights for the usable parts of the planet. Without *Grundstücke*, that would be impossible: without them, there would be no entity susceptible to control; no-one would know which part of Earth is the subject matter of the relevant property right.

5 Products of imagination

Grundstücke for the purposes of property law are, accordingly, things in which, as in the landscape from which they are cut out in normative excision, a physical substratum inheres. The so-called law of immovables refers to this at numerous points. Indeed, a not inconsiderable number of the property rights that may be acquired in accordance with its rules would otherwise be quite inconceivable: rights of occupation and rights of way, to name but two, are cases in point. That does not mean, however, that *Grundstücke* owe their character as things to the materiality of the soil that forms part of them. The opposite is the case. Properly analysed, their element of earthy foundation does not even confer on them the quality of corporeality. Of course, one can stand in a field and get one's shoes dirty; in this sense, one may say there is a 'corporeal' thing when referring to the field. That, however, is not the sense of 'corporeality' that is determinative for the purposes of property law. The paramount task for this 'law of things' lies, rather, in constructing an 'entity' in the first place – that is, in constituting as a normative matter a spatial unit capable of supporting property rights.¹⁰ Real things derive from their corporeality a

immovable things (*arrendamento*) and renting movables (*aluguer*). *Arrendamento* encompasses all immovable in the sense of Article 204(2) of the Portuguese CC and, thereby, for example, urban and agricultural *Grundstücke* (Pires de Lima und Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Artigos 762-1250* (Vol. II), 4th edition. Coimbra, Portugal 2010, Note 2 to Article 1023, p. 344). The tenancy may be related to either the whole *Grundstück* or merely parts of it. In the case of urban *Grundstücke*, for example, outside walls and terraces may be leased for advertising purposes and windows may be leased to persons who wish to watch a festive procession (L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. III: *Contratos em especial*, 4th edition. Coimbra, Portugal 2006, pp. 308–309).

¹⁰ This is not the same as the phenomenon conceptualised in Austria by means of the notion of the 'corpus' of the *Grundstück* or land register. Under Austrian law, one or more *Grundstücke* may together be registered in the land register as a so-called *Grundbuchkörper* (land-register *corpus*), where they together constitute a *Grundbuchseinlage* (or land-register enclosure) (J.C.T. Rassi, *Grundbuchsrecht*, para. 5). It is even possible for

demarcation to other things; this determines their capacity to be the subject matter of property rights. The position is different for *Grundstücke*. They must firstly be fashioned by the legal system into a thing (into a *corpus*), and, moreover, this must be done from all sides – i.e., in the airspace, in the earth, and in the surface area. Their characteristics determined by the physics of nature are (as such) actually an obstacle to the quality of being a thing. This issue can be overcome only by the legal system. Consequently, *Grundstücke* owe their existence and their capacity to be the subject matter of property rights entirely to property law. *Grundstücke* are admittedly things with a physical substratum, but they are nonetheless normative things. They resemble the geometric figures that would arise if, by means of a computer program, three-dimensional gridlines were superimposed on the farthest-flung part of the earth. In the end, *Grundstücke* in the sense applied in property law are products of imagination. *Grundstücke* do not exist as a product of nature – that is to say, they are not separated from one another by corporeality. Their individualisation is a consequence of legal intervention. One could say that *Grundstücke* are needed everywhere, yet they are required only where people monopolise not merely the use of goods and rights but also the use of their living space on Earth by means of property law. Societies of hunter-gatherers do not have a concept of *Grundstücke*; planned economies need them only to a limited extent¹¹; and for the use or exploitation of the oceans

Grundstücke that they are not spatially connected with one another to be registered as a single land-register *corpus* (see §§ 5 and 34 of the AllgGAG). The Austrian concept of the land-register *corpus* is derived from that of the *corpus tabulare* and therefore is designed only to express the proposition that not just the surface of the ground but also the strata of earth under it, the airspace above it, and the component parts of the *Grundstück* (most especially the buildings) forming parts of the legal entity constitute the land-register enclosure (see J.C.T. Rassi, loc. cit.). On this basis, Heinrich Demelius (*Österreichisches Grundbuchsrecht: Entwicklung und Eigenart*, Vienna 1948, p. 17) has commented that ‘it is indeed not a surface but a *corpus*’. That is admittedly correct without qualification, but it does not latch on to the critical point; in reality, Demelius has put the cart before the horse. That is because spatiality does not invest *Grundstücke* with any corporeality in the sense of being marked off. Yet it is precisely on that point that they differentiate themselves from the so-called ‘movable’ things. In the case of *Grundstücke*, the corporeality has to be generated by a determination by the legal system.

¹¹ A striking example can be found in Article 142 of the Civil Code of Tajikistan. Under that provision, only buildings and installations fall under the label ‘immovable’. That is because the ground and soil are in the exclusive ownership of the state and are outwith private legal commerce (R. Knieper *et al.* *Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien*, Berlin 2010, p. 339).

and sea beds, the notion of constructing *Grundstücke* is unworkable in its very approach. That is because the formation of *Grundstücke* for the law of property serves the purpose of monopolising resources in the hands of private individuals or corporations. Such monopolisation is ruled out in those regions that belong, or should belong, to everyone.

Because *Grundstücke* are legal constructs, they can only be partitioned¹² and merged in accordance with legal rules. The partitioning of *Grundstücke* is an everyday occurrence; merger, in contrast, is not. Nevertheless, it remains correct that the number and size of *Grundstücke* may be increased and decreased. What cannot be increased is only the land itself that a *Grundstück* normatively requires for its formation. That makes interests in land a particularly coveted asset. That asset's monopolisation necessitates stable relations, and stable relations demand a large measure of legal certainty. Where something is very much coveted, moreover, it is unsurprising to find from a comparative-law perspective a variation in the breadth of normative regulation which is often quite appreciable. The law on the formation of *Grundstücke* and the law on the use of *Grundstücke* confirm this. The law on the formation of *Grundstücke* is concerned with striking the difficult balance between party autonomy, with aspirations for polymorphism in legal transactions, and the imperative of protecting third parties against excessive complexity; the focus in the law on the use of *Grundstücke* is on ordering optimally tiered entitlements in relation to land among as many individuals and legal persons governed by private law as possible.

¹² Depending on the composition of the surface of the landscape, however, the partitioning of *Grundstücke* may be restricted for purposes of ensuring reasonable husbandry. Under Article 1376(1) of the Portuguese CC, for instance, the area cultivatable in agriculture (arable land or *terrenos aptos para a cultura*) may not be reduced to below the minimum area prescribed for regional cultural unity. Moreover, under Article 1376(2) of the Portuguese CC, partitioning of rural *Grundstücke* is not allowed if one result is that a parcel would become an enclave – irrespective of whether it would exceed the minimum area prescribed for regional cultural unity. The legislator's intention in setting forth this rule (and in Art. 1552 of the Portuguese CC) was to preclude the creation of new servitudes (rights of way, or *servidão de passagem*), which it regarded as one of the problematic consequences of *Grundstücke* divided into small parts (P. de Lima, A. Varela. *Código Civil Anotado: Artigos 1251-1575* (Vol. III), 2nd edition. Coimbra, 1987, comment 5 on Art. 1376, p. 259). Under Article 1377 of the Portuguese CC, however, areas of the ground (*terrenos*) that serve a purpose other than agriculture or constitute parts of urban *Grundstücke* may be divided almost at will. The merger of rural *Grundstücke* belonging to the same proprietor is the subject of the rules in Article 1382 of the Portuguese CC.

6 Corporeality, space, and normativity

6.1 A fixed connection with the land

It is repeatedly asserted in discussion of *Grundstücke* that they are made up of areas, 'portions of the surface of the earth'. This is correct in so far as an object of commerce can be characterised as a *Grundstück* only if it is firmly connected to the ground, the *fonds de terre* (French civil code, Art. 518).¹³ It is incorrect, however, to regard a mere area of the ground as a *Grundstück*: nobody can step into a two-dimensional area, grow crops on it, or build on it; in terms of property law, one cannot do even the slightest thing with it.

Although its physical substratum – the ground – is, accordingly, insufficient in itself to form a *Grundstück*, it remains necessary as a requirement in the construction of *Grundstücke*. Without a fixed connection with the land, no object becomes a *Grundstück* capable of supporting property rights. The airspace above a house is not a fit object for separate ownership, even if (in cities) money is expended in vast amounts for permission to use it via encroachment with an overhanging high-rise building and the transactions may be labelled a 'sale'.¹⁴ The converse position, which section 3(e) of the Irish Land and Conveyancing Law Reform Act 2009 assumes with the proposition that different layers of

¹³ Irritatingly, however, it seems that in Europe there is not even consensus about this concept. Therefore, for example, in the Netherlands, *grond* (meaning 'ground') is defined in Article 3:3 of the Burgerlijk Wetboek (BW), which, in turn, invokes Article 5:20 of the BW (material describing in more detail what objects forming the subject matter of the right of ownership of the *grond* are encompassed). It includes the surface of the earth. The surface of the earth is, in its turn, understood as signifying the upper limit of ownership of immovables (see C. Asser [-F.H.J. Mijnsen *et al.* (eds). *Zakenrecht*, 15th edition. Deventer, The Netherlands 2008, p. 108, item 81) and is itself the subject matter of the right of ownership (T.M. *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Parlementaire stukken, Book V: Zakelijke rechten. Deventer, The Netherlands 1981, p. 120). If an edifice is placed on the ground and joined to it such that ownership of the edifice follows ownership of the ground, this will be regarded as a change in the surface of the *Grundstück* in accordance with the attributes of the edifice (F.H.J. Mijnsen *et al.*, *loc. cit.*).

¹⁴ The correct view is expressed in *Rolfe (Inspector of Taxes) v. Wimpey Waste Management Ltd* [1988] STC 329, 357 (Harman J, *obiter*: airspace separated from the ground below is not an 'item of property'). That, of course, does not preclude burdening a *Grundstück* with a property right for enjoyment of the airspace above the ground and registration of that right in the relevant register – e.g., as a servitude in the form of a special right of fly-over (W. Sohst. *Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch: Text und Kommentar*, 2nd edition. Berlin 2003, comment on Art. 350, p. 88, with references to Spanish case law).

air above a building may have different owners,¹⁵ does not convince me. A layer of air remains just a layer of air, though encapsulated in measurements of length, breadth, and height; it still does not form a *corpus*. The open volume for playgrounds and car parks under a modern stilt or pillar construction forms part of the co-ownership of all the flat-owners in the same manner as a dependent part of the *Grundstück*. For it to become a *Grundstück* in its own right and thus an independent thing, the open space would have to be enclosed. Equally, someone who has established a dwelling on a houseboat¹⁶ or the top deck of a double-decker bus cannot claim to have a *Grundstück* of their own. Neither boat nor bus has a fixed connection with the water over which the boat floats or the ground on which the bus stands.¹⁷

6.2 Space

A *Grundstück* captures a space.¹⁸ That space arises from the notional demarcation from other spaces. Property law, as a notional starting point, draws its horizontal boundaries (offset vertically upward and downward)

¹⁵ J.C.W. Wylie. *The Land and Conveyancing Law Reform Act 2009: Annotations and Commentary*. Dublin 2009, p. 39, para. 33, with notes 51 and 54.

¹⁶ HR 15.1.2010, NJB 2010 No. 189 (a houseboat remains a movable thing even if it cannot move away under its own steam and can be towed away from its moorage by no more than only a few metres because a nearby bridge is too low to accommodate it; the boat does not even become an immovable if it is firmly connected to the local water and electricity supply).

¹⁷ Quite what satisfies the requirement for a firm connection can, in turn, be problematic in any individual case. In general, however, one will tend to demand the criterion – as, for example, the Czech Constitutional Court has (6.5.2003, ÚS 483/01, *Sbírka nálezů a usnesení* 30 (2003) No. 60, p. 107) – that the object not be removable from the ground without becoming damaged and that its connection with the ground withstand the normal forces thrown at it by the elements. A similar position is taken with the formulation in Article 334(3) of the Spanish CC ('Immovable things are: [...] everything that is firmly connected to an immovable thing such that it cannot be separated from it without destroying the material or damaging the object').

¹⁸ In French academic writing, the point is rightly made that ownership of a *Grundstück* has as its subject matter a portion of the sovereign territory – namely, the ground – and the elements connected with it (J.-L. Bergel *et al.* *Les biens*. – J. Ghestin (ed.). *Traité de droit civil*, 2nd edition. Paris 2010, p. 188, para. 154). That ownership is not, however, confined to the ground. The delineation of the 'goods' need not occur merely in one plane. Rather, it presupposes a spatial representation of the three-dimensional volume that the *Grundstück* encapsulates. The parcel of the earth is only a horizontal cross-section

in parallel to the boundary lines that are projected by survey in two dimensions on the earth's surface. The latter often occurs by resort to a cadastre (if there is one) – i.e., an official description of the parcels of land. The vertical lines run upward and downward perpendicularly to the boundaries that delimit the land as a horizontal plane. Both lines – the horizontal and the vertical – serve to demarcate and define the *Grundstücke* – both in relation to other *Grundstücke* and as against spaces devoid of *Grundstücke*. Everything that the contours of the space delineate (not, we note, everything that is to be found within that space) is the *Grundstück*.

The image of the *Grundstück* as a cube (which would arise from a square ground plot) is, however, an illustrative simplification. That does not have anything to do with the curvature of the earth, which for the purposes of property law for the most part can in any case be disregarded, and nor has it anything to do with the fact that the formation of *Grundstücke* is not dependent on adherence to particular geometric figures; even in the two dimensions of the surface, *Grundstücke* need not possess straight boundary lines. Rather, the aspect of the distance of the upper and lower horizontal lines from the contours of the (notional) ground area is what cannot be expressed meaningfully for property-law purposes in numerical measurements. *Grundstücke* do not end anywhere within (for example) 200 metres above and 30 metres below the surface of the earth.¹⁹ Such a rule would not make sense for property law, because it

tion of that space (*ibid.*, p. 191, para. 156; similarly, R. Savatier. *La propriété de l'espace*. Dalloz 1965, I, p. 213: 'La surface ne peut servir qu'à porter et à soutenir un volume [...]; l'immeuble ayant découpé la surface sur laquelle repose sa propriété doit nécessairement achever la représentation de celle-ci, en découpant, dans l'espace, le volume qu'il assoit sur cette surface').

¹⁹ National rules on permitted heights for flying over a *Grundstück* do not alter this at all. They do not entail any universally valid statement as to the spatial volume of *Grundstücke*; rather, they address in this context merely an issue of detail. In Great Britain, for example, under the rules on air-traffic control (S.I. 1985/1714, reg. 5(1)(e)), an aircraft may not fly 'closer than 500 feet [approx. 153 metres] to any person, vessel, vehicle or structure'. Special rules provide for take-off and landing. See also *Bernstein of Leigh (Baron) v. Skyviews & General Ltd* [1978] QB 479, 487G, per Griffiths J (one cannot have the absurdity of a trespass committed every time a satellite passes over a suburban garden). Common law has, in fact, always recognised immunities for the benefit of operators of aircraft. They derive from instances having to do with the operation of hot air balloons (*Pickering v. Rudd* (1815) 4 Camp. 219, 220f, 171 ER 70, 71) and in modern law have a statutory basis in Section 76(1) of the Civil Aviation Act 1982.

would be too inflexible. The monopolisation of powers over an individual's living space must be shaped effectively, of course, so that investment in *Grundstücke* is worthwhile, but it must not exceed the degree of exclusive control that is tolerable for the commonwealth. That forces each legal system to make difficult evaluations of competing interests. Quite how far the subject matter of an immovable property right should extend vertically can be determined (in contrast to the horizontal limitation) only in consideration of the nature of the ground, the permitted modes of use, the location, and the interest of the community in also using the relevant space. In consequence, *Grundstücke* 'taper off' in height and depth. They may vary in their height and depth for different purposes and in a manner depending on their location and features.²⁰

6.3 Subject matter and right

This peculiarity of *Grundstücke* is put into words more easily and handled more practically if it is visualised not from the standpoint of the subject matter itself but from the perspective of the particular rights in *Grundstücken* that are allowed. Seen in that manner, the model works without exception. European legal systems continually change perspective so far as provisions determining *Grundstücke* are concerned. They substitute for the description of the subject matter *Grundstück* a restriction of the content of the property right permitted to subsist in respect of it. As a frame of reference they, for the most part, define the most extensive property right in a *Grundstück* – on the continent, civilian ownership. In doing so, they implicitly also give an affirmative answer to the question of whether the same concept of *Grundstück* is really fitting for all property rights; the efficacy of the so-called limited property rights too is specified according to its content and not according to the volume of the thing to which it refers. A mortgage has the same *Grundstück* for its subject matter as ownership or another property right does.²¹ Were the law to proceed

²⁰ One example among thousands is furnished by *Grundstücke* located in the Athenian suburb of Ymittos. In order to prevent critically adverse impact on the circulation of air into the city of Athens, residents of the suburb may only build houses with no more than two storeys. A *Grundstück* in Ymittos hereby encompasses a lesser space than does a *Grundstück* in another part of the city.

²¹ However, from the standpoint of some legal systems, the position is different if *Grundstücke* are 'merged'; in that case, an encumbrance burdening one of the original *Grundstücke* does not automatically extend to the new (larger) *Grundstück*. That legal outcome

otherwise and assign each property right and its specific configuration by the parties to its own *Grundstück*, the legal position would become dramatically complicated. Admittedly, possession assumes a special role. If to some extent the law on possession recognises possession of a part, it also recognises subject matter distinct from that over which ownership and other 'genuine' property rights subsist; consequently, acquisitive prescription of parts of another's *Grundstück* is made possible.²² However, this merely confirms that everywhere possession does not form a part of the law of rights. Since in England it is not *Grundstücke* that are registered but estates, some questions are posed there rather differently. Some property rights, such as rights of way and hunting rights, define their spa-

implies, however, that 'merger' of *Grundstücke* in such cases is a contradiction in terms. Conversely, if a *Grundstück* is partitioned, whether a burden remains for the new *Grundstücke* will depend on the nature of the encumbrance. § 1026 of the German BGB, for example, provides: 'If the burdened *Grundstück* is partitioned, then, where the exercise of the real servitude is confined to a defined part of the burdened *Grundstück*, those parts that lie outside the area of exercise are freed from the servitude.'

²² See for the common law *Zarb v. Parry* [2011] EWCA Civ 1306, [2012] 1 WLR 1240 and from the extensive body of Italian case law, for example, Cass. 27.2.2008, No. 5134, Riv. notariato 2008, p. 1069; Cass. 13.12.2005, No. 27413, Juris data DVD; Trib. Napoli 19.10.2005, Giur. Merito 2006, p. 1696; Cass. 24.5.2004, No. 9913, Juris data DVD; Cass. 11.6.1998, No. 5809, Mass. Giust. civ. 1998, p. 1287; Cass. 1.3.1995, No. 2332, Mass. Giust. civ. 1995, p. 480. The defence of *usucapio* (*eccezione di usucapione*) is typically raised in Italy in an action for adjustment of the boundary (*actio finium regundorum*); it requires complete and exclusive possession of part of the area (Cass. 24.5.2004, *loc. cit.*; Cass. 3.5.1993, No. 5115, Mass. Giust. civ. 1993, p. 800). German law recognises the possibility of partial possession of things in § 865 BGB. Any spatially delineated part of a thing can be the subject matter of partial possession, including, for example, a garden area or a parking space on another's *Grundstück* (MünchKomm [-Joost], *Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. VI, 5th edition. Munich 2009, § 865, para. 3). Whether by means of partial possession it is possible to acquire an integral part of another's thing prescriptively (as advocated by Soergel [-Marly], *Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. I, 13th edition. Stuttgart, Germany 2000, § 93, para. 25) is, however, disputed (J. von Staudinger [J. Jickeli, M. Stieper. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Berlin 2004, § 93, para. 32). Under Article 1045 of the Greek Civil Code, in contrast, it is unproblematic for a neighbour to acquire ownership of part of an adjacent *Grundstück* by means of extraordinary *usucapio*. This presupposes 20 years of proprietary possession without interruption (Areopag. 980/2007, Isokrates database). The part of the *Grundstück* in dispute must be fenced off (e.g., Appeal Court of Larissa 894/2006, Isokrates database; Areopag. 623/1999, Isokrates database) or determined with sufficient precision in some other manner. Where the nature of the ground rules out other possibilities, even continual exploration and monitoring of the land may suffice (Areopag. 1430/1992, Isokrates database; see also Areopag. 757/2008, NoB 56 [2008], p. 2450).

tial reference points themselves, so to speak. Their outer boundaries are determined by the same rules that fix the outer boundaries of an estate. In other words, they are not tied to one or more *Grundstücke*; instead, they constitute independent units themselves.

The change in descriptive level from entity to ownership thereof is, admittedly, merely a dictate of practicability, but in theory it is not dishonest just because the existence of a thing is inseparably bound up with its capacity to be or become the subject matter of a property right; the notion of a thing is co-determined by the content of the property right. Hence, one may say that a *Grundstück* ends where the owner's entitlement to use ends – and that is the point from which the owner has no more interest in user that is worthy of protection.

Because *Grundstücke* are conceived of as (normatively) demarcated spaces, minerals and other resources in the soil do not themselves constitute *Grundstücke* – even when, as seams of coal are, they are visibly set apart from other layers of earth. At best, they are immovables.

6.4 The formation of *Grundstücke* above and below the ground surface

Linguistically, the German word 'Grundstück' denotes *ein Stück des Grundes* – literally, 'a piece of ground'. A *Grundstück* is, accordingly, in the literal sense a surface, whereas a *Grundstück* in the legal sense is a space. To regard a *Grundstück* for the purposes of property law as a 'piece of ground' is to nurture a false conception of the 'corporeality' of *Grundstücke*. That point, together with the fact that nowhere today must 'ground' and 'building' necessarily be united in the same hands, makes it possible for space above and below the surface of the earth also to be regarded as *Grundstücke* for the purposes of property law, if the latter ascribes to them an independent capacity to be the subject matter of property rights. What is indispensable is merely the proposition that things designated as *Grundstück* must be firmly connected to the surface of the ground. All other aspects, in contrast, are merely a question of the effectiveness of juridical concepts. A spatial understanding of the concept of *Grundstück*, applied consistently, could appreciably lighten the load in the conceptual toolbox of property law.

Since all legal systems of Europe migrated (once more) towards the idea that at least certain parts of buildings – sometimes even entire buildings and other edifices constructed by humans – are to be regarded as

distinct entities in property law, they have in essence effected a separate formation of *Grundstücke* in the space lying above and below the surface of the ground. In this manner, flats and other artificial spaces have normatively been rendered independent things. An obvious step is to regard them as *Grundstücke* on the basis that, in accordance with the provisions of the relevant legislation (e.g., on opening of a separate land registry file), they are separated from the other flats in the same building. The same applies to whole houses, individual storeys, cellars, and even naturally occurring subterranean spaces. Wherever ownership of *Grundstücke* is divisible horizontally as well as vertically, one must also tackle the question of which entities arise on account of the horizontal division. In terms of property law, they can only be *Grundstücke* in their own right.

6.5 Formation of *Grundstücke* by partition of land

A *Grundstück* has to be individualised if it is to be able to discharge its function as a thing. The individualisation is effected by partition of the land in accordance with the rules of the law. In all systems, those rules invoke the geometric figure of the two-dimensional area. Information about its size in square metres is not in itself sufficient to identify that area.²³ What is needed instead is its contours and its fixation by points of reference²⁴; the fewer the demands a legal system makes regarding

²³ Tellingly, according to TS 12.5.2010, RAJ 2010 No. 3692, p. 10570, an action for vindication under Article 348 of the Spanish CC may only be raised once the thing in question is individualised – with the aid of, among other things, precise specification of the surface area by means of the four cardinal points, such that the lay of the thing is fixed. Accordingly, a site plan is required. It is not sufficient for the purposes of Article 348 CC to invoke a right of ownership of a ground area with a specified size in square metres. See also the Czech Supreme Court 23.1.2002, 22, Cdo 96/2000, Soubor civilních rozhodnutí Nejvyššího soudu C 987 (even for the purposes of acquisitive prescription, a *Grundstück* must at least ‘show’ itself) and OLG Frankfurt/Main 28.1.1985, MittRh-NotK 1985, pp. 43, 44 (one cannot ‘conceive of ownership of a *Grundstück* differently from ownership of a defined area of the ground’).

²⁴ For example, Areopag. 1170/2011, Isokrates database (contracts pertaining to *Grundstücke* must state the exact measurements of the *Grundstück*, the boundaries of the *Grundstück*, and the names of the neighbouring owners, and they must be notarised; furthermore, a topographical plan of the *Grundstück* is required, which depicts the *Grundstück* in the context of its neighbouring *Grundstücke* and the road layout and shows not merely the form of the *Grundstück* but also its exact location, direction, and area, and this plan must be notarised (a cadastre exists only for the Ionian Islands and the Dodecanese – that is to say, for the areas that were conquered by Napoleon and intermittently had their own

the form of a *Grundstück* and the more irregular its contours may be, the more such points of reference are needed. The area projected onto the planet by the contours and points of reference remains for its part a merely notional construct. That is hardly reflected in everyday speech, of course: in rural settings, people often speak of their ‘area’ when they mean their *Grundstück(e)*. In that case, spatial connotations reverberate in the word ‘area’. It also enjoys an echo in the law, because if one knows the contours and the position of a *Grundstück*, one can set about defining the space that said *Grundstück* fills. The circumstances in which *Grundstücke* arose in Europe do not appear to have been grasped in all their details; it remains a task of comparative legal historical research to shed light on the subject.²⁵ Two basic models come into question. It is conceivable that at the start there was an occupation of parcels of land by earlier inhabitants and immigrants – made manifest to all and sundry by some means or other and, at any rate, accepted later by the legal system. However, it seems more realistic to suppose that at the beginning of the aeon that has moulded our present-day law, land was allocated to its users under a hierarchical feudal system of grants with the nature of a franchise: a legal transaction as a matter of form but an act of sovereignty as a matter of substance. In England, the consequences of this model are still palpable to this day.²⁶ In the allocation of landed estates for the grantee’s own

civil codes; there, the parties can make do with a reference to the entry in the cadastre)) and J.L. Bergel *et al.* (see Note 18), p. 193, para. 157 (the separation of ownership of an immovable begins with the demarcation of the ground area by charting of the parting line with the adjacent *Grundstücke*). The English system works with a so-called title plan – that is, a contour based on the Ordinance Survey maps. Such a plan is required for the registration (Land Registration Rules 2003, SI 1417, r. 5(a)). An official illustration can be found at http://eservices.landregistry.gov.uk/www/wps/QDMPS-Portlet/resources/example_title_plan.pdf; for details, see the Land Registry’s Practice Guide 40 (22 June 2012) and its supplements (<http://www.landregistry.gov.uk/professional/guides/practice-guide-40>), particularly Supplement 5 (on title plans).

²⁵ Broadly to the same effect, P. Grossi. *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, Quaderni fiorentini XVII (1988), pp. 359, 394 ff. See also C. Castronovo, S. Mazzamuto. *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II: Proprietà obbligazioni contratti. Milan 2007, pp. 28–31.

²⁶ Traces of this can, of course, be identified in other legal systems. The Greek state, for example, has remained a sort of superior owner of the so-called *Vakúfia*. These are areas that were not in private ownership within the Ottoman Empire and that served religious purposes instead or belonged to the general public or community. Under the terms of the London Protocol of 3.2/22.1.1830, the newly created Greece accepted the usufructuary and administrative rights of the Muslim population in respect of these areas; the

use, the first step was completed towards the formation of *Grundstücke*. The smaller the sub-units became, the more precisely the course of the border had to be marked out. A *Grundstück* was identified in that allocated parcel of land as soon as the legal system furnished the private rights referable to it with *erga omnes* effects and permitted their transfer. Formation of *Grundstücke* and recognition of ownership of land went hand in hand: in allowing ownership of land, one created *Grundstücke*; in creating *Grundstücke*, one made ownership of land possible. In contrast, the formation of *Grundstücke* and the substance of ownership are not interwoven: the emergence of *Grundstücke* does not presuppose a notion of ownership that has a civilian character – that is, a concept in which the right of ownership is perpetual and indivisible. There is nothing in the internal logic of property law that compels one to deploy an identical right of ownership across all types of things; it is only necessary that each of those rights of ownership specify the subject matter of the right.

6.6 Changes in the *Grundstück's* make-up

Save for special restrictions on dealings, the formation of a *Grundstück* is bound up with the possibility of transfer and acquisition of ownership of it. *Grundstücke* are not, however, entities that are fixed for all eternity. Their aggregate number can be increased by partition and sometimes may even be reduced by merger. With *Grundstücke*, such processes are, of course, clearly more complicated than with real things. To achieve the same effect with real things, one need only break them up, take them apart, or assemble them in such a way that a new commodity comes into being. In each case, a merely physical occurrence suffices to bring about a new object capable of being owned. *Grundstücke*, in contrast, are normative things, and, therefore, their partition and merger too are normative processes. The mere planting of a hedge, digging of a ditch, or building of a wall do not make two *Grundstücke* out of one; nor does the removal of the hedge or wall or the filling in of the ditch make one *Grundstück* out of two – not even when they have the same owner.²⁷

state became their superior owner (among other items from the case law addressing this, see Areopag. 454/2011, NoB 59 (2011), p. 2177; Appeal Court of Larissa 384/2011, Isokrates database).

²⁷ Occasionally, of course, there is dispute as to whether, where two adjacent areas belong to the same owner, there is not already a single immovable. The Polish Supreme Court 30.10.2003, IV CK 114/2002, OSNC 2004/12/201, Biul.SN 2004/12/6 answered this

Why do we need Grundstücke (land units), and what are they?

The merger of *Grundstücke* is a comparatively rare occurrence. Typically, the underlying reason lies outside property law and also, accordingly, the mechanisms are often just as extraneous. The most frequently cited example is the merger of *Grundstücke* in the course of intervention by public authorities acting under statutory powers so as to effect a consolidation or re-parcelling of land. A more difficult question to answer is whether *Grundstücke* can also be merged through the exercise of a right of ownership subsisting in relation to them. That is because a ‘merger’ of *Grundstücke* effected at the initiative of their owners is unproblematic from a property-law point of view only if it is related to two hitherto completely unencumbered *Grundstücke* – in which case, from the isolated standpoint of the right of ownership, the merger is also meaningless. It is undertaken merely to simplify what has become a complicated set of entries in the land register or in order to satisfy the demands of planning law, which requires a specified minimum area of ground for the construction of a building. One may maintain, therefore, that the consolidation of two *Grundstücke* is always a process that is prompted by ‘externalities’; it always follows the internal logic of re-parcelling of land and never the logic of property law. Such a process can certainly cause appreciable difficulties for property law if, for the purposes of obtaining planning permission, *Grundstücke* have to be consolidated that are already burdened with rights of third parties. If a union of two *Grundstücke* is not precluded precisely because of that complication or at least made dependent on the agreement of the creditors about the priority of their rights in respect of the new *Grundstück* that is to emerge,²⁸ the law must

question in the negative. Neighbouring *Grundstücke* that are owned by the same person but have different registrations in the land registry remain different immovables for as long as they are not joined in a single land registration. The Polish Supreme Court 27.12.1994, III CZP 158/94, OSNC 1995/4/59 took the contrasting view that an immovable is an area that is owned by a holder of rights and that is enclosed externally by *Grundstücken* belonging to other holders of rights; the position with regard to the land registration is immaterial.

²⁸ Under Article 22(2) of the Polish Land Registration and Mortgages Act, land that is burdened with limited property rights can only be merged if the persons entitled to do so agree on the priority of these rights over the land that arises out of the merger. In the Czech Republic, almost every merger (and every partition) of *Grundstücke* requires the permission of the local planning authority. Permission must be applied for by all owners of the *Grundstücke* involved, under § 77 in conjunction with § 82(2) of the Planning Law, 183/2006, as quoted in the *Czech Law Gazette* – the result is a ‘planning decision’ (*územní rozhodnutí*). Only *Grundstücke* of the same kind can be merged; one cannot

itself decide what is to happen with the encumbrances burdening the original *Grundstücke*.

It is comparatively easy to interpret the partition of *Grundstücke* coherently in property-law terms. A partition of *Grundstücke* – if it is not the consequence of action by a public authority under public law (such as a compulsory acquisition) – results either from the fulfilment of a requirement in a norm of property law that provides for the acquisition by operation of law of parts of a *Grundstück* or from an exercise of the right of ownership of the *Grundstück* being partitioned that is dependent on the participation of others. The law on acquiring ownership by operation of law has the effect of creating new *Grundstücke* primarily by virtue of its rules on prescription. Moreover, many legal systems count their law on good-faith acquisition as within this domain. In some places at any rate, on the assumption that there is an appropriate system of land registration in place, those land-registration rules may also effect the creation of new *Grundstücke*.²⁹ Under German law, for example, public faith in the land

unite a garden with a field. Above all, § 4(7) of the Cadastre Regulation (26/2007 in the *Czech Law Gazette*) must be heeded: ‘It is not allowed to merge parcels or parts of parcels for which there are diverse statements of rights or diverse statements related to rights. Parcels and parts of parcels for which a real burden is registered, the extent of which is recorded in a geometric plan, constitute an exception.’

²⁹ In France, for example, the publicity of the register in cases associated with *Grundstücken* (*publicité foncière*) makes it possible to identify a *Grundstück*. That is because the register of immovables (*fichier immobilier*) established in 1955 facilitates the search for an existing *Grundstück* by means of various registers – namely, a personal register for every holder of a property right in an immovable, a register for every immovable, and a register of parcels (which encompasses multiple pools of owned parcels on the basis of the cadastre). In France, the publicity in cases related to *Grundstücke* has only a declaratory effect. It has no significance for the relationship between vendor and purchaser or for the question of transfer of ownership between them. The statements in the register serve merely to protect a third party who has acquired competing rights from the same transferor (L. Aynès, P. Crocq. *Les sûretés: La publicité foncière*, 5th edition. Paris 2011, p. 287, para. 634). This follows from Article 30(1) of Decree 55-22, of 4.1.1955, on the reform of publicity in matters related to *Grundstücke* (‘Décret n° 55-22 portant réforme de la publicité foncière’). *Inter vivos* dispositions of *Grundstücke* that are not registered are effective only against those third parties who acquire competing rights to the same *Grundstück* from the same transferor on the basis of transactions that require registration. Publicity has the function, moreover, of furnishing the administration with information about the relevant *Grundstück*. The legal position in Belgium conforms to the same model in all essential respects. Registration is not a requirement for the effectiveness of the transaction with regard to the relationship between the parties *inter se*. Registration in the register (*transcription*) is necessary only in order to confer effectiveness on the transaction

register (see § 892 of the German BGB) is related to not merely the property rights it records but also even the very existence of the *Grundstück* that is registered.³⁰

Continuity of pre-existing encumbrances poses a far less acute problem in relation to partition, as opposed to merger, of *Grundstücke*. That is because the universal principle is for encumbrances of the original *Grundstück* to continue in relation to the newly constituted *Grundstück(e)*.

7 The formation of *Grundstücke* and the character of the ground

The character of the surface of the earth that belongs to the *Grundstück* is, as a rule, irrelevant for the actual formation of the *Grundstück*. The subject matter may be either an urban space or a rural one; equally a *Grundstück* can consist of a building plot, arable land, meadowland, woodland, or waste land, and it may lie in the hills or on the plains. The surface of the ground is inconsistent with the capacity of its parts to be the subject matter of property rights only if the physical character is such as to cause the legislator to reserve land of the relevant type for state ownership or in some other way render it *extra commercium*. Statutory provisions that prohibit the partition of agricultural or forestry land into units below a

with regard to third parties (Art. 1 of the Law of 16 December 1851 on the Revision of the System of Hypothecs, or the *Loi sur la révision du régime hypothécaire*; for details, see M. Grégoire. *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*. Brussels 2006, p. 40, para. 125). Matters are exactly the same under Article 2644 of the Italian CC: ‘The legal transactions listed in the previous article are not effective against third parties who, on whatever legal basis, have acquired rights in respect of the immovable on the basis of a registration effected before the registration of those legal transactions. After registration [of those transactions], a [later] registration of rights acquired from the predecessor in title [of the party first registering] can have no effect as against the party first registering, even if the acquisition [by the party registering later] is referable to an earlier date’.

³⁰ BayObLG 6.2.1981, MittBayNot 1981 pp. 125, 126; BayObLG 11.5.1995, MittBayNot 1995, pp. 291, 293 (‘The public faith in the register also extends to the fact that the registered *Grundstück* legally exists as such’) and also OLG Frankfurt 28.1.1985, MittRhNotK 1985, pp. 43–44 (‘Since one cannot conceive of ownership of a *Grundstück* other than in relation to a defined area of the ground, the registration of the area of the *Grundstück* belongs to the part of the content of the register that maps to the public faith in the register’). For further details, see J. von Staudinger (-Gursky), *Bürgerliches Gesetzbuch*. 2008, § 892, para. 33.

set minimum size ultimately have the same effect. That is because such rules boil down to the rule that agricultural land and forestry land must be of at least the given minimum size if they are to qualify as the subject matter of property rights. In all other cases, however, the classification of *Grundstücke* according to the character of the surface of the ground is material only with respect to the type of property rights possible for use of that land.³¹ Where, additionally, special modes of acquisition fall

³¹ Article 204(1) of the Portuguese CC expressly includes as immovables, among other things, 'the agricultural and the urban' *Grundstücke* and, moreover, the 'waters' (and Art. 204(2) of the Portuguese CC elaborates on what is meant by an 'agricultural' or 'urban' *Grundstück*), but this terminology taken from Article 374 of the Portuguese CC of 1867 has been retained only for tenancy-law and tax-law purposes (Pires de Lima, *Das coisas*. – *BMJ* 91 (1959), pp. 207, 211; Pires de Lima, Antunes Varela. *Código Civil Anotado: Artigos 1.º-761.º* (Vol. 1), 4th edition. Coimbra, Portugal 1987, comment 3 on Art. 204, p. 196; on tax law, see also A. Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português*, Vol. I: Parte geral. Part 2: Coisas, 2nd edition. Coimbra, Portugal 2002, p. 127). To escape the difficulties in distinguishing between a *prédio rústico* and a *prédio urbano*, tax law has recently adopted the notion of the mixed *Grundstück* (*prédio misto*). In the private-law context, however, that too is of no importance (J.A.C. Vieira. *Direitos reais*. Coimbra, Portugal 2008, p. 160). In Italy, the position is no different, although there legislation distinguishes between agricultural (Art. 846 *ff* of the Italian CC) and urban (Art. 869 *ff* of the Italian CC) immovables. The reason for this distinction is entirely a public-law one. Whilst the Spanish Civil Code does not draw a distinction between *fincas rústicas* and *fincas urbanas*, the matter is addressed in case law and scholarly writing. It hinges on the locality where the *Grundstück* is situated and, moreover, on, among other things, the area's population density, the existence of surrounding development, and the current use (W. Sohst (see Note 14), comment on Art. 1523, pp. 263–264). Not all of the *Grundstücke* in the countryside are *fincas rústicas*, and not all *Grundstücke* in urban areas are *fincas urbanas* (R.M. Roca-Sastre *et al.* *Derecho hipotecario*, 9th edition, Vol. III. Barcelona 2008, pp. 203–210). The owners of neighbouring *Grundstücke* enjoy under Article 1523(1) of the Spanish CC a right of pre-emption in respect of a *finca rústica* that is no larger than a hectare and is actually used for agriculture (details can be found in the Law on the Modernisation of Agricultural Development (Law 19/1995, of 4.7.1995, 'Ley de Modernización de las Explotaciones Agrícolas'); see M. Eberl, B. Selbherr. *Immobilienrecht in Europa: Spanien*. – S. Frank, T. Wachter. *Handbuch Immobilienrecht in Europa*. Heidelberg, Germany 2004, pp. 1391, 1407). Finally, the Roman-law distinction between agricultural land (*praedia rustica*) and town land (*praedia urbana*) survives also in some of the provisions of the Greek Civil Code (e.g., in its articles 619, 620, 1024, 1029, 1162, and 1163). Town land is land that by custom or law is destined to be built or rebuilt upon, irrespective of whether or not it has already been built on (Areopag. 498/1953, NoB (A) 1953, p. 855; Areopag. 632/1967, NoB 16 [1968], p. 239; Areopag. 1793/2006, ArchN 2007, p. 582) and regardless also of the public-law planning on land use. Agricultural land serves the cultivation of fruits (Areopag. 534/1956, NoB 5 [1957],

to be considered, that is typically not a matter of property law but rather of public-law requirements to obtain consent. A more precise analysis is called for only for those spaces whose visible surface is partly or completely filled with water. In those cases, a distinction has to be drawn along several lines – in particular, according to whether the water is flowing or static and, furthermore (in either case), whether the water falls under a regime of public law or of private law. However, consideration of that aspect of matters cannot be developed further within the confines of this contribution.

8 *Grundstücke*, not immovables

There remains the question of the relationship between ‘*Grundstücke*’ and ‘immovables’ (‘immovable things’). Of course, one might take the view that all is entirely the same whichever word one uses to denote the parts of the planet Earth that are capable of being the subject matter of property rights – be they *Grundstücke*; immovables (or immovable things); or, to borrow from the title of Alfred Ross’s immortal article on legal realism, simply ‘tû-tû’.³² A fair number of jurists thus regard ‘*Grundstücke*’ (or, more precisely, the relevant national language’s word for a parcel of land) and ‘immovable’ to be one and the same.³³ That is true even for many in Germany, where the BGB takes pains to avoid the notion of an ‘immovable thing’ and refers only to ‘*Grundstücke*’. In recognising ‘movable things’, the BGB also implies its counterpart – the ‘immovable

p. 184; Areopag. 632/1967, *loc. cit.*; Areopag. 506/1965, NoB 14 [1966], p. 425). However, the distinction enjoys only limited significance in a purely property-law context – e.g., where the question is who the direct possessor of the *Grundstück* is. That is because the question of whether a person exercises normal control over the *Grundstück* depends on whether that person undertakes the actions corresponding with the nature of the land (C.L. Kousoulas. *Empragmato Dikaio*. Athens and Thessaloniki 2004, p. 138).

³² The article, originally written in Danish, has been published at least three times: in the *Festschrift for Henry Ussing* (Copenhagen, Denmark 1951), pp. 468–484; in *Scandinavian Studies in Law* 1957, pp. 138–153; and in *Harvard Law Review* 1956–57, pp. 812–825.

³³ This is the position under Article 18(1) of the Slovenian Property Code (*SPZ*) (on which see M. Tratnik. Das neue slowenische Sachenrecht. – *WGO Monatshefte für Ost-europäisches Recht* 45 (2003), pp. 94, 99); under § 119(2) of the old Czech Civil Code (of 1964) and § 498(1) of the new one (of 2014); and in numerous other countries, such as Sweden, where *fastighet* and *jord* are only rarely sharply distinguished (in *Svenska Akademiens Ordbok*, at <http://g3.spraakdata.gu.se/saob/>, however, ‘jord’ appears as a term denoting the object of ownership of land).

thing' – even though it uses the term 'Grundstücke'.³⁴ While that might be so, it does not resolve our difficulty. That difficulty, moreover, is not a mere consequence of the fact that other legal systems regard the *fonds de terre*, *tierras*, or whatever they may be called as only a subset of immovables (such that every plot of ground is an immovable but not every immovable is ground) while the common law manages to avoid both concepts and makes do with 'land'. In their essence, they all display the same weakness. They classify entities according to a criterion that is of relevance to property in, at best, secondary contexts; in other words, they tackle the secondary question before the main one. The first question, which alone is the focus of this contribution, is this: what exactly is the specific subject matter of an exclusive right of use of the ground? That question is not answered by the term 'land' or 'immovable' (referring to *immeuble* or *unbewegliche Sache*); someone who actually equates immovables and *Grundstücke* merely swaps words without advancing the substance of the matter one jot. This is because one might perhaps say that the surface of the ground, a house, a body of water, a farm animal³⁵, or a right over another's *Grundstück* is 'land' or an 'immovable' but not that they are *Grundstücke* in the sense that, in our view, matters.

The notion of an immovable thus extends appreciably further than does the notion of a *Grundstück*. There is an almost endless number of objects that, though not *Grundstücke*, are classified by national legal systems as immovables.³⁶ In using the term '*unbewegliche Sache*', '*immeuble*', or '*land*', the relevant national terminology does not encapsulate the proposition that these items are the potential subject matter of property rights effective against third parties. Astonishingly, there does not appear to have been a word created, to this day, for that attribute that is cut out for Europe. We believe that 'Grundstück' can fill that gap, as it conceptually grasps the object individualised by the legal systems in respect of which a person asserts a right when he or she claims to be the land-owner.

³⁴ For example, Staudinger (-Jickeli/Stieper), *Bürgerliches Gesetzbuch* (2004), preliminary comment on §§ 90–103, para. 37 ('Immovable things are *Grundstücke*, including their integral component parts').

³⁵ E.g., Article 524 of the French, Belgian, and Luxembourg civil codes. See also Article 334(6) of the Spanish CC (wherein facilities for breeding animals and beehives count as immovables if connected to a *finca*, though the animals themselves do not).

³⁶ A further example is furnished by Article 334(7) of the Spanish CC, where even the 'fertiliser that is destined to supply a landed estate' is immovable, provided that it is 'on the premises where it is to be applied'.

'Immovables' ('immovable things') is a general category no different from categories such as 'generic goods', 'fungibles', and 'consumable goods'. A legal system or a juridical dogmatic framework deploys them for purposes different from those for which we propose using the term 'Grundstück'. The notion of immovables as currently embodied in most of the legal systems that invoke it is concerned with certain issues consequent from the formation of *Grundstücke*, such as the modes of acquisition and the transfer of rights that must be registered, or with articulating the proposition that a person who has a right of use of another's *Grundstück* or a power of sale over it may also have resort to possessions of the debtor that serve husbandry of the land. Naturally, such rules have to be developed separately, not merely as between distinct types of property rights and, in a European context, moreover, from one legal system to another.³⁷ Furthermore, there may be a need to distinguish not between movables and immovables but, rather, between registered things and things not required to be registered (as Art. 3:10 of the Dutch Burgerlijk Wetboek does). More important, however, is that such rules always presuppose another – namely, that the relevant legal system permits and facilitates the excision of entities from the land that are capable of forming the subject matter of property rights. The 'movable'/'immovable' dichotomy therefore fails to hit the essential target.³⁸ A 'movable' is capable of being

³⁷ There is not merely no guarantee that the distinction between movable and immovable follows the same rules everywhere. It is also not guaranteed that they achieve the same purposes. The Spanish CC, for example, in its systematic structures attributes to the differentiation between movable and immovable things far less significance than the German and the Italian codes do (L. Díez-Picazo. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5th edition, Vol. III: Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión. Madrid 2008, pp. 203, 206). Moreover, unconsidered invocation of the definition of a *Grundstück* as an immovable may lead to irritations even within a single legal system. Díez-Picazo dryly observes (*ibid.*, p. 212) that it is not imperative that there be a requirement of judicial approval when a minor wishes to sell a dovecot and that a disposition of a dovecot by an adult be able to be effected only by means of notarised writing (*escritura pública*) merely because Article 334, item 6 of the Spanish CC treats a dovecot placed on a *Grundstück* as an immovable.

³⁸ That is evident in how one and the same thing can be at the same time both movable and immovable in some legal systems. That is the case not only in France but also, for instance, in Spain. TS 21.12.1990, RAJ 1990, No. 10359, p. 13270, for example, had to do with a dispute about the realisation in money of irrigation systems that had been sold but were on a *Grundstück* burdened with a hypothec. The court accepted that, by force of the agreement, the hypothec extended to the irrigation systems. On the one hand, they were movable goods under Article 111 of the Mortgage Act (Ley Hipotecaria, LH), but

owned not because the object is movable (running water and dockside rail-mounted gantry cranes³⁹ are movable) but, rather, because it is spatially separated from other objects and, therefore, as a real thing, capable of being exclusively assigned to a party. An 'immovable', in contrast, is not by nature a thing; it only becomes a thing when it assumes the form of a *Grundstück*. Categorising things as 'movables' rests on a fuzzy concept, though, for the most part, the repercussions are not especially disruptive. If, however, one contrasts 'movables' against 'immovables' and moulds the latter into its own legal category, the fuzziness snowballs into a serious conceptual problem.

at the same time also (as accessories) *inmuebles por destinación or pertenencias*. Given this background of a dual characterisation of such things, scholarly writing has been forced to distinguish between 'genuine' and 'improper' immovables and has noted that the Spanish CC, in contrast to the French civil code, does not state that all things are either movables or immovables; it only states that they are to be regarded as either movables or immovables (L. Díez-Picazo, *op cit.*, p. 210). However, this does not necessarily make matters appreciably clearer.

³⁹ According to Dutch and Belgian case law, however, these are also 'immovable' things (HR 24.12.2010, NJB 2011 No. 199; Cass. 14.2.2008, Pas. belge 2008 No. 110, p. 440).

Martin Borgeke

”Nöd och smärtlindring” – ett nedslag i straffrättens allmänna del mot bakgrund av ett rättsfall från Högsta domstolen¹

1 Bakgrund

A åtalades för att ha framställt och därefter innehaft drygt 80 gram växtmaterial och 125 gram ”preparat” som innehöll cannabis, som är narkotika, för missbruk. Han hade också olovligt använt preparat som innehöll cannabis.

Handlandet som sådant var klarlagt. Båda gärningarna utfördes med uppsåt.

Bakgrunden var att A för drygt 20 år sedan bröt nacken i en motorcykelolycka och sedan dess hade varit förlamad från bröstet och nedåt. Han led av kramper och svåra neuropatiska smärtor som uppstod i den skadade ryggmärgen. De preparat för smärtlindring som sjukvården hade tillhandahållit hade antingen haft dålig effekt eller medfört negativa biverkningar. Det var för att lindra sina besvär som A hade framställt, innehaft och använt cannabis. En mindre del av cannabisen, ca 6 gram, hade han köpt och alltså inte framställt själv.

A hade strävat efter att den av honom odlade cannabisen inte skulle ha beroendeframkallande egenskaper eller rusgivande effekter. Bl.a. hade han försökt att få fram cannabis med lägre halt av tetrahydrocannabinol (THC) än normalt och mer cannabidiol (CBD) än som är vanligt. CBD har inte någon rusgivande effekt. Det finns forskning som pekar i riktning

¹ Rättsfallets beteckning är NJA 2017 s. 872.

mot att CBD kan motverka vissa risker som är förknippade med bruk av cannabis, t.ex. risken för psykosjukdom och beroende. Det mesta av den av A odlade cannabisen hade också en ovanligt låg THC-halt.

A frikändes av tingsrätten men fälldes till ansvar av hovrätten, som dömde honom till villkorlig dom och dagsböter. I båda domstolarna fanns det skiljaktigheter.

Efter domen i hovrätten, men före HD:s avgörande av målet, hade A av Läkemedelsverket beviljats enskild licens avseende Bediol, som är ett cannabisbaserat läkemedel. Sådan licens kan beviljas när andra, godkända, läkemedel saknas för den aktuella indikationen.

2 Den framställda narkotikan var avsedd för missbruk

HD konstaterade i sin dom i ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 att den framställda narkotikan var avsedd för konsumtion som inte hade stöd i någon ordination av läkare. Därmed var den definitionsmässigt avsedd för missbruk. Enligt HD hade A därmed *gjort sig skyldig till* en sådan gärning som avses i narkotikastrafflagen. Med detta uttryck avsåg HD att A:s gärning stämde överens med den beskrivning av narkotikabrott som finns i 1 § narkotikastrafflagen; det rörde sig alltså om en straffbelagd gärning. Huruvida A hade gjort sig skyldig till brott återstod att bedöma.

Det kan här noteras att HD:s uttryckssätt kan leda till missförstånd. Det är först sedan domstolen har gått igenom alla de förutsättningar som gäller för straffansvar som det är möjligt att konstatera att någon har gjort sig skyldig till brott. Nu använder HD i och för sig inte termen *brott*, utan talar om sådan *gärning* som avses i 1 § narkotikastrafflagen. Men i uttrycket att någon har gjort sig *skyldig* ligger, att personen har ådragit sig skuld. Och det är den fråga som hela målet handlar om: Har A gjort sig skyldig till narkotikabrott, dvs. är alla de förutsättningar, som gäller för att hans handlande ska medföra straffansvar för honom, verkligen uppfyllda? Det som HD på detta tidiga stadium av prövningen borde ha sagt är att A:s gärningar är brottsbeskrivningsenliga, dvs. stämmer överens med föreskriften i 1 § narkotikastrafflagen. Huruvida han genom sitt handlande gjorde sig *skyldig* till något som innefattades i åtalet är långt ifrån klart redan här.

3 De övriga gärningarna i åtalet

A hade också innehaft och brukat cannabis. HD påminner om rättsfallet ”Det delvis förbrukade narkotikainnehavet” NJA 2017 s. 415 av vilket framgår, att den som har brukat narkotika, som tidigare har utgjort en del av ett eget innehav av narkotika, ska dömas endast för innehavet. Motsvarande princip ska gälla också då någon har framställt den narkotika som senare innehas och brukas. Den som både har framställt viss narkotika och sedan innehaft och brukat denna ska alltså i princip dömas för endast framställningen.

4 Var gärningen rättsenlig på grund av nöd?

Enligt HD var A:s intresse att vara fri från smärta sådant som kan föranleda en tillämpning av bestämmelsen om nöd. I nöd får man ju enligt 24 kap. 4 § BrB företa även annars straffbelagda handlingar när fara hotar bl.a. hälsa. Det som man gör i en nödsituation får dock, för att vara rättsenligt, inte vara *oförsvarligt*. Vid den bedömningen ska farans beskaffenhet, den skada som orsakas annan och omständigheterna i övrigt vägas in. I det här fallet gällde det väl närmast att pröva A:s lidande mot det något diffusa kriteriet ”omständigheterna i övrigt”. Någon skada för annan hade ju inte uppstått.

HD förklarar (i p. 14) att det följer av syftet med nödbestämmelsen att ansvarsfrihet i princip förutsätter att det är fråga om en på så sätt oförutsedd situation att lagstiftaren inte har haft möjlighet ta ställning till den. Man påpekar att detta innebär bl.a. att det i princip inte är försvarligt att, med åberopande av nöd, avvika från sådana intresseavvägningar som redan har gjorts i lagstiftningen. I denna del hänvisar HD till ”De förfalskade passen” NJA 1979 s. 335.

HD:s resonemang i denna del väcker två funderingar. Den ena är att det som enligt lagtexten ska bedömas inte är om en gärning som har utförts i en nödsituation är *försvarlig* utan i stället om den är *oförsvarlig*. Det kan kanske tyckas att detta är samma sak. Men lagstiftaren omformulerade vid en reform år 1994 nödbestämmelsen till att avse en ”oförsvarlighetsbedömning” i stället för en ”försvarlighetsbedömning” med intentionen att det därmed skulle öppnas för att domstolarna, som det uttalades i förarbetena, ”friar från ansvar i nödsituationer i något fler fall än för närvarande” (se prop. 1993/94:130 s. 36). Det är naturligtvis ingen stor

sak att HD har vänt på formuleringen, men när nu lagstiftaren har tagit upp saken kan det finnas skäl att påpeka hur det är tänkt.

Det är för övrigt en klassisk och väl beprövad domstolsteknik att i domskälen hänvisa till lagens exakta formulering. Då kan det inte uppstå någon oklarhet kring om domstolen har gjort sin prövning på det sätt som lagen föreskriver eller om rätten har provat målet utifrån någon annan uppfattning om innebörden i den norm som är aktuell. Och – vilket ju är viktigast – domstolen riskerar inte heller att hamna fel i sin bedömning.

Den andra funderingen är att nödbestämmelsen nog inte siktar bara på situationer som lagstiftaren inte har haft möjlighet att ta ställning till. Visserligen anger HD att det ”i princip” är så. Men det finns en mängd situationer som lagstiftaren *har* haft möjlighet att ta ställning till, men inte gjort det. Man har överlåtit till domstolarna att bedöma massor av situationer där olika straffbestämmelser i och för sig är tillämpliga, men som måste vara undantagna från området för vad som är otillåtet. Vi behöver bara tänka på hela det medicinska fältet och på alla de av lagstiftaren olösta situationer som förekommer inom det som brukar betecknas som ”lek och idrott”. Under samlingsbeteckningen *social adekvans* finns en stor mängd straffbelagda gärningar som inte är otillåtna eftersom de av olika skäl anses som rättsenliga. Dessa gärningar kan i vissa fall gränsa till nödsituationer, men kan också avse helt andra typer av fall. Att ta som utgångspunkt att lagstiftaren har gjort alla de intresseavvägningar som kan aktualiseras i nödsituationer eller nödliknande situationer kan knappast vara rätt, i vart fall framstår en sådan inställning som diskutabel.

HD:s slutsats blir att A:s gärning inte kan anses tillåten med stöd av nödbestämmelsen. Förklaringen är att lagstiftaren redan har gjort en avvägning mellan intresset av effektiv smärtlindring och intresset av kontroll av narkotika och också inrättat en ordning för kontrollerad distribution av narkotika för medicinskt bruk. Och då är en gärning som beskrivs i 1 § narkotikastrafflagen och som utförs i syfte att lindra smärta enligt HD ”försvarlig” bara i rena undantagsfall, t.ex. i en akut situation när omedelbar tillgång till sedvanlig sjukvård saknas.

Men vad betyder det att Läkemedelsverket beviljade A enskild licens avseende ett cannabisbaserat läkemedel innan HD avgjorde målet? Det finns inget som tyder på annat än att det redan när A företog de handlingar som åtalet avsåg fanns förutsättningar för honom att få en sådan enskild licens. Kan Läkemedelsverkets agerande uppfattas så, att verket ansåg att det rörde sig om en nödsituation som berättigade till ett avsteg

från vad som annars gäller i fråga om bruk av narkotika. En sådan slutsats ligger inte långt borta. Därmed skulle man kunna se det så att en statlig myndighet kom fram till att det rörde sig om ett nödläge där bruk av cannabis fick tolereras medan HD ansåg det motsatta.

Att nödbestämmelsen inte ledde till att A:s handlande blev tillåtet är dock en ståndpunkt som får accepteras. Det ligger också en hel del i att rättsenlighet med stöd av nödbestämmelsen i ett fall som detta nog bör kräva att situationen är av mera akut slag, t.ex. sådan att tillgång till sedvanlig sjukvård inom rimlig tid saknas.

5 Var gärningen rättsenlig på annan grund?

HD ansåg att A:s gärning inte heller på någon annan grund var tillåten. Det resonemang som HD för i p. 17 i domskälen går ut på att A:s gärningar aktualiserar en intressekonflikt som ”typiskt sett” är att hänföra till nödbestämmelsen och att det därför inte bör finnas något utrymme för att bedöma gärningen som ”ansvarsfri” med stöd av någon annan – skriven eller oskriven – undantagsregel.

Vad HD här mera precist menar med att gärningen inte är *ansvarsfri* är att gärningen inte är *rättsenlig*, dvs. tillåten med stöd av någon annan undantagsregel. Nödregeln är ju en objektiv ansvarsfrihetsgrund som, om den är tillämplig, medför att gärningen inte är otillåten. Det är en fördel om domstolarna i detta skede av bedömningen tar sikte på frågan om rättsstridighet, som handlar om gärningen som sådan, och inte talar om ansvarsfrihet, som är ett mera diffust och övergripande begrepp som många gånger leder tanken mera till de förutsättningar som gäller för personligt ansvar.²

En fråga är emellertid hur långt det är möjligt att generalisera HD:s ställningstagande i den här delen. Genom de olika straffbestämmelserna kriminaliseras en stor mängd handlingar. Det är dock uppenbart att allt som faller under någon straffbestämmelse inte kan vara otillåtet. Ett inte obetydligt antal gärningar som stämmer överens med det som anges i straffbestämmelserna måste undantas från det straffbelagda området. För de fall som är vanliga har det införts särskilda regler. Många av dessa finns i 24 kap. BrB, t.ex. nödvärnsfallen och nödsituationerna. Man kan säga att bestämmelserna om nöd, nödvärn, laga befogenhet etc. ska läsas

² Man brukar tala om objektiva respektive subjektiva ansvarsfrihetsgrunder. Så HD:s skrivsätt är begripligt, men ändå inte alldeles ”på kornet”.

in i alla straffbestämmelser som om de stod redan i beskrivningen av brotten som ett negativt objektivet rekvisit, dvs. som ett rekvisit som *inte* får vara uppfyllt för att handlandet ska utgöra brott.

Men regleringen av undantagsfallen är inte fullständig och det har aldrig varit lagstiftarens ambition att göra den fullständig. Att säga att alla de situationer som inte omfattas av de olika straffbestämmelserna, trots att de stämmer överens med beskrivningen av en straffbelagd gärning, är reglerade skulle låsa domstolarna på ett olyckligt sätt. Det finns alltså ett utrymme för ansvarsfrihet vid sidan av bestämmelserna i 24 kap. BrB om exempelvis nöd, som inte är lagreglerat. Här kan hänvisas till ”Manifestet” NJA 1985 s. 893. Där uttalade HD bl.a. följande.

Det torde emellertid förhålla sig så att domstolarna har befogenhet att även utan uttryckligen angivet stöd i lag förklara ett annars straffbart handlande straffritt, när den uppkomna situationen är atypisk och knappast förutsedd av lagstiftaren samt starka motskäl kan åberopas mot en kriminalisering.

HD framhåller i ”Manifestet” NJA 1985 s. 893 att fastän det står klart att domstolarna har en befogenhet att godta undantagssituationer, så måste de utnyttja denna befogenhet med största försiktighet. Lagstiftning om undantagsfallen har alltså ett klart företräde.

Som sammanfattande beteckning för detta oreglerade område av rättsenliga undantagsfall brukar man använda termen social adekvans. I rättsfallet ”Cross-checking” NJA 2018 s. 591 utvecklar HD läran om social adekvans. HD skriver (i p. 10) följande.

Att en gärning är socialadekvat kan sägas innebära att den är tillåten trots att detta inte låter sig förklaras med hänvisning till vedertagna tolkningsmetoder eller skrivna undantagsregler. Det rör sig om en grupp i lag oreglerade undantagsfall. Social adekvans är i den meningen snarare en beteckning på en slutsats – att en gärning är tillåten – än ett skäl för denna slutsats. De olika undantagsfallen har dock så mycket gemensamt att det finns anledning att tala om en lära om social adekvans. Gemensamt för dem är att det, på ett eller annat sätt, finns ett samhälleligt intresse av att gärningen ska vara tillåten.

Läran om social adekvans bygger alltså på allmänna överväganden om vad som från samhällelig synpunkt kan anses vara önskvärt eller tolerabelt. Vad som vid en prövning av domstol bestäms vara socialadekvat kan ligga långt ifrån t.ex. nödbestämmelsens tillämpningsområde. Men det

bör också kunna ligga ganska nära. Det kan gälla sådana situationer som lagstiftaren inte har tänkt på när nödbestämmelsen infördes eller när den senare (år 1994) omformulerades, men där det skulle framstå som orimligt att inränga det aktuella handlandet bland andra otillåtna gärningar. För övrigt är tillämpningsområdet för nödbestämmelsen något diffust i dess ytterområden. Vad som ”typiskt” sett är att hänföra till nödbestämmelsen kan därför vara föremål för diskussion.

Har lagstiftaren haft den aktuella situationen för ögonen, eller en liknande situation, och tagit ställning emot att den ska omfattas av t.ex. nödrätten så är ju läget klart. Och beträffande de fall som hamnar i kärnområdet för nödparagrafen ska frågan om rättsenlighet helt klart avgöras med stöd av regeln i 24 kap. 4 § BrB. Men finns det verkliga skäl att utesluta en tillämpning av reglerna för social adekvans när det gäller situationer som ligger något vid sidan av, men som i någon mening skulle kunna sägas ”typiskt sett” utgöra nöd? Kan man i linje med detta tänka sig att det finns ett område intill de olika objektiva ansvarsfrihetsgrundernas tillämpningsområde som så att säga är ”ingen mans land”, där verkan av närheten till exempelvis nödbestämmelsens tillämpningsområde omöjliggör resonemang om social adekvans? Från allmänna straffrättsliga utgångspunkter är det svårt att tro att det förhåller sig så. Och HD:s dom behöver heller inte tolkas på det viset. I ”Cross-checking” NJA 2018 s. 591 är det för övrigt så att de objektiva ansvarsfrihetsgrunderna samtycke och social adekvans samspelar vid bedömningen av vad som utgör tillåtet våldsutövande på en ishockeyrink. Det framstår inte som onaturligt att också social adekvans och nöd skulle kunna samverka vid bedömningen av om A:s handlande var tillåtet eller inte.

6 Var gärningsmannen helt eller delvis ursäktad?

Genom att A:s gärning stämde överens med en straffbestämmelse (1 § narkotikastrafflagen) – och någon grund för att den ändå var rättsenlig inte fanns – var det fråga om en otillåten gärning. Eftersom A hade erfordrerligt uppsåt var det allmänna skuldkravet uppfyllt. Vad som då återstod innan HD kunde konstatera att A hade gjort sig skyldig till narkotikabrott var frågan, om A:s gärning av någon anledning var helt eller delvis ursäktad.

HD konstaterar i denna del först att så som bestämmelsen om ansvarsfrihet i vissa fall av excess (24 kap. 6 § BrB) är utformad saknas det möjlighet att ta hänsyn till att A:s gärning kan framstå som i viss mening ursäktlig. Varför excessbestämmelsens utformning hindrar att den tillämpas utvecklar HD inte. Paragrafen lyder på följande vis.

Om någon i fall där 1–5 §§ detta kapitel eller 10 § polislagen (1984:387) är tillämplig har gjort mer än som är medgivet, ska han ändå vara fri från ansvar, om omständigheterna var sådana att han svårligen kunde besinna sig.

Regeln tar uppenbarligen sikte på fall där den som plötsligt råkat t.ex. i en nödsituation har svårt att bedöma vilket handlande som är godtagbart och alltså inte oförsvarligt i sammanhanget. A:s situation var inte sådan. Han hade gott om tid att överväga hur han skulle handla. Därmed framstår HD:s resonemang om att han inte kunde gå fri från ansvar med stöd av bestämmelsen i 24 kap. 6 § BrB som okontroversiell.

Härefter anger HD att A hade erkänt att han var medveten om att *gärningen var straffbelagd* enligt narkotikastrafflagen och uttalar, att bestämmelsen om straffrättsvillfarelse i 24 kap. 9 § BrB alltså inte aktualiseras. I denna del finns det anledning till en viss fördjupning.

Regeln om ansvarsfrihet i vissa fall av straffrättsvillfarelse finns alltså i 24 kap. 9 § BrB. Den mycket tydliga grundprincip som kommer till uttryck i bestämmelsen är att det inte spelar någon roll om den som begår en otillåten gärning kände till att det som han gjorde var straffbart eller inte.³ Han döms, oavsett sin eventuella brist på kunskap om straffrätts innehåll, för det brott som han har begått. Men helt utan undantag kan denna hårda linje mot lagöverträdare inte upprätthållas. Om det var uppenbart ursäktligt att den handlande var i villfarelse om gärningens tillåtlighet ska han inte fällas till ansvar.

Bestämmelsen i 24 kap. 9 § BrB talar alltså om *gärningens tillåtlighet*, medan HD anger som skäl för att det inte kan röra sig om en straffrättsvillfarelse att A var medveten om att *gärningen var straffbelagd*. Att gärningen var straffbelagd var ju helt uppenbart. Handlandet stämmer helt klart in på beskrivningen av narkotikabrott i 1 § narkotikastrafflagen. Men det som målet handlade om var ju inte detta, utan om gärningen, trots att den var straffbelagd, var rättsenlig och därmed tillåten. Frågan gällde alltså just gärningens tillåtlighet. Det får också antas att A var i vill-

³ Den latinska sentensen för denna rättsgrundsats är ”ignorantia iuris nocet” dvs. okunighet om rätten skadar.

farelse på den här punkten. Och med den officialprövningsprincip som gäller för brottmålsprocessen var det denna fråga som HD skulle svara på.

Vad HD borde ha prövat var alltså inte endast A:s kunskap om att handlandet täcktes av bestämmelsen om narkotikabrott i 1 § narkotikastrafflagen, utan också om A insåg att ingen undantagsregel gjorde handlandet tillåtet. Det är nämligen svårt att tänka sig att lagstiftaren år 1994 valde uttrycket ”gärningens tillåtlighet” av en ren slump. Formuleringen framstår i stället som väl genomtänkt. Villfarelse rörande undantagsfallens (de objektiva ansvarsfrihetsgrundernas) tillämpningsområden, t.ex. nödbestämmelsens, bör alltså också kunna leda till ansvarsfrihet, om villfarelsen var uppenbart ursäktlig.

Nu kan man kanske utgå från att HD hade svarat på samma sätt också om HD hade ställt den i sammanhanget rätta frågan. Någon ansvarsfrihet på grund av straffrättsvillfarelse fanns det antagligen inte fog för. A:s eventuella missuppfattning om gärningarnas tillåtlighet var sannolikt inte uppenbart ursäktlig. Men med en bedömning av detta slag skulle det återstå för HD att besvara frågan, om inte straffvärdet var lägre med stöd av föreskriften i 29 kap. 3 § första stycket 5 p. BrB på grund av den inte uppenbart ursäktliga straffrättsvillfarelsen. Denna lagregel avser den situationen att gärningen, utan att vara fri från ansvar, är sådan som avses i 24 kap. BrB. Med HD:s alltför begränsade prövning av straffrättsvillfarelsefrågan blev följdfrågan aldrig ställd. Och kanske förhöll det sig så att en straffvärdereduktion på grund av straffrättsvillfarelsen var befogad? För egen del skulle jag tro det, även om det i prop. 1993/94:130 uttalas, att utrymmet för att tillämpa 29 kap. 3 § första stycket 5 p. BrB vid straffrättsvillfarelse torde vara mindre än vid andra ansvarsfrihetsgrunder med hänsyn till den restriktivitet som gäller för ansvarsfrihet på grund av sådan villfarelse.

7 Gärningarna utgjorde ringa narkotikabrott

Av flera skäl kommer HD fram till att gärningen utgjorde ett ringa narkotikabrott, trots att mängden narkotika inte var helt obetydlig. Viktigast för denna bedömning var naturligtvis syftet med framställningen av cannabisen. Men också det förhållandet att det i princip hade varit uteslutet att narkotikan skulle komma i händerna på andra hade betydelse. Med det resonemang som hade lett HD hit var bedömningen befogad.

8 Straffvärdebedömningen

Vid bedömningen av straffvärdet beaktade HD bestämmelsen i 29 kap. 3 § första stycket 5 p. BrB. Vad HD tar hänsyn till är att A handlade i en nödsituation; den allvarliga smärtan var ett intrång i intresset ”hälsa”. A:s handlande var visserligen oförsvarligt, men straffvärdet var lägre än om det inte hade rört sig om en nödsituation. Hade gärningen varit att bedöma utan beaktande av nöd hade den normalt haft ett straffvärde på fängelsenivå. Men det hade den alltså inte i detta fall.

För straffvärdebedömningen har enligt HD också gärningens atypiska karaktär betydelse. Uttryckssättet är samma som i ”Manifestet” NJA 1985 s. 893. Något annat som tyder på att HD har varit inne på tankar kring social adekvans finns dock inte i HD:s domskäl. I stället dementerar HD att social adekvans ska tillmätas någon betydelse i sammanhanget genom skrivningen i p. 17: Eftersom A:s fall aktualiserar en intressekonflikt som typiskt sett är att hänföra till nödbestämmelsen bör det inte finnas utrymme för att bedöma gärningen som ansvarsfri med stöd av någon annan – oskriven – undantagsregel. Men då blir frågan, varför gärningens atypiska karaktär ska spela någon roll för bedömningen av straffvärdet, obesvarad.

9 Annat som påverkade straffmätningen

Som framgått beviljades A efter gärningarna enskild licens avseende det cannabisbaserade läkemedlet Bediol. Frågan var enligt HD då om detta förhållande skulle få någon betydelse straffrättsligt, och i så fall vilken.

HD konstaterar (i p. 27) att gärningens straffvärde inte kan påverkas av att en enskild licens har utfärdats efter gärningen. Att A har fått en sådan licens innebär enligt HD likväl ett visst erkännande av den intressekonflikt som han stått inför. Utfärdandet av licensen bygger nämligen på en värdering av de mot varandra stående intressena som åtminstone till någon del motsvarar den värdering som A själv gjorde. Enligt HD leder detta till att regeln i 29 kap. 5 § första stycket 9 p. BrB bör ges viss betydelse vid den slutliga straffmätningen.

Resultatet blev att påföljden bestämdes till 40 dagsböter.

Den av HD åberopade lagregeln i 29 kap. 5 § första stycket 9 p. BrB är ”öppen” i den meningen att den tillåter hänsynstagande till andra omständigheter än de som anges tidigare i uppräknningen av billighetsskäl i paragrafen. Det har uttalats i förarbetena (prop. 1987/88:120 s. 96) att

det ska röra sig om omständigheter som är hänförliga till gärningsmannens personliga situation eller som har inträffat efter brottet. De ska i princip vara likvärdiga med och lika tungt vägande som de omständigheter som nämns i de tidigare punkterna i 29 kap. 5 § första stycket. Den situation som gällde i detta mål nämns inte i förarbetena som ett fall som avses med regeln i p. 9⁴ i 29 kap. 5 § första stycket. Det hindrar emellertid inte att den kan tillämpas.

Vad man kan diskutera är emellertid om det är självklart att ett efterföljande beslut, i det här fallet att A fick enskild licens för ett cannabisbaserat läkemedel, ska påverka *straffmätningen* med stöd av 29 kap. 5 § BrB? HD har väl i och för sig rätt när man skriver att licensen innebär ett visst erkännande av den intressekonflikt som A har stått inför. Men sådana skäl, dvs. att det fanns en klar intressekonflikt, hör väl närmast samman med *straffvärdebedömningen*, dvs. bedömningen av A:s skuld. Själva nödbestämmelsen handlar ju för övrigt om hur man ska se på olika intressekonflikter och en tillämpning av regeln om nöd leder till att graden av rättsstridighet minskar och i vissa fall hamnar på noll; dvs. gärningen blir tillåten. Men då är vi tillbaka till frågan, om det verkligen var oförsvarligt att göra så som A gjorde. Att själva erkännandet av intressekonflikten, som HD anger, skulle ha någon betydelse som ett billighetsskäl är det inte alldeles lätt att se. I stället bör det väl ha betydelse för bedömningen av otillåtligheten av gärningarna.

10 Avslutande kommentarer

Situationen i ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 påminner i viss mån om hur det gick i rättsfallet ”Svartedalen” NJA 2000 s. 302. På ett för dem själva riskabelt sätt kedjade sig några fältbiologer fast vid skogsmaskiner, med vilka man skulle avverka i ett från naturskyddssynpunkt känsligt skogsområde. Personerna lyckades hindra avverkningsarbetet och dagen efter beslutade länsstyrelsen om ett interimistiskt naturreservat, vilket innebar avverkningsförbud. Skogen räddades alltså. Men fältbiologerna dömdes för egenmäktigt förfarande till bötesstraff. HD motiverade det bl.a. med att intresset av att hindra avverkning inom skogsområdet vid den aktuella tidpunkten ännu inte kunde anses ha varit skyddat av rättsordningen. Därmed var det inte någon nödsituation. En ledamot var

⁴ Tidigare p. 8.

skiljaktig och meddelade påföljdseftergift. (Se, förutom rättsfallet, Martin Borgeke, Egenmäktigt förfarande och nöd, i JT 2000–01 s. 409.)

HD har både i ”Svartedalen” NJA 2000 s. 302 och i det nu aktuella fallet med odling av cannabis i smärtlindringssyfte intagit en ganska sträng attityd i fråga om att bedöma gärningar som rättsenliga. Detta ligger, när det gäller oskrivna ansvarsfrihetsgrunder, i linje med vad HD uttalade i ”Manifestet” NJA 1985 s. 893. HD:s hållning ger också stadga åt straffrätten, som naturligtvis är av godo.

Men frågan är om det verkligen hade behövt bli fällande dom i de här båda målen. Kunde man inte tänka sig en något friare hållning till vilka ”atypiska” undantagsfall som kan godtas? I Svartedalsmålet var det inte svårt att inta ståndpunkten att de personer som hindrade avverkningen och därmed räddade det värdefulla skogspartiet borde ha blivit frikända. Det som de gjorde var ju inte så lite hjältemodigt. På motsvarande sätt är frågan om det verkligen var nödvändigt att fälla A till ansvar för brott. För egen del tror jag inte att förtroendet för rättssystemet skulle äventyras om A:s gärningar hade bedömts som rättsenliga, dvs. inte otillåtna. Hans situation med svåra smärtor bör ju ha varit närmast outhärdlig. Det är för övrigt inte alldeles enkelt att förstå varför ett beslut av Läkemedelverket om enskild licens ska ges så stor betydelse att användningen av smärtlindringsmetoden före beslutet var ett brott, men efter beslutet helt lagligt. Detta gäller även om det i ett fall som detta inte går att åberopa sig på de principer som 5 § BrP vilar på (jfr ”Viltfällan” NJA 2016 s. 649).

Självklart skulle följderna av en utgång av det här angivna slaget, dvs. ett frikännande, kunna vara aningen svåra att överblicka. Det kan vara förklaringen till att HD gick på den säkra linjen, vilket naturligtvis får respekteras. Men avgörandet visar att vad som är straffbart och vad som inte är det ibland kan vara föremål för diskussion. När jag begrundar HD:s resonemang i ”Nöd och smärtlindring” NJA 2017 s. 872 får jag i tankarna en tidigare presidents⁵ i Skånska hovrätten ord: ”Domstolens viktigaste uppgift är att frikänna – för det finns ingen annan som gör det!”

Kan man tänka sig att lagstiftaren, eller möjligen Läkemedelverket, mot bakgrund av rättsfallet tar något initiativ som mera generellt underlättar för personer som befinner sig i A:s svåra situation? Det kan ju vara en förhoppning nu när HD har klargjort rättsläget på detta sätt.

⁵ Uttalandet har tillskrivits Björn Kjellin, president i Hovrätten över Skåne och Blekinge under åren 1958–1977.

William E. Butler

Comparative law and socialist legal systems: Dilemmas of classification

1 Introduction

The first edition of the English translation of Konrad Zweigert (1911–1996) and Hein Kötz, brilliantly undertaken by the late Tony Weir (1936–2011), contained a substantial chapter on socialist legal systems. The dissolution of the former Soviet Union in December 1991 led to this chapter becoming merely a title, followed by an empty page; by the third English edition, the chapter had been eliminated – now a ghost in the world of comparative law. This was an unfortunate choice and fate. As those of us learned who were involved in the post-Soviet law reforms – still in process a quarter of a century later – Soviet law was real, deeply embedded in the Russian psyche, institutions, and rules, and did not “disappear” when the USSR was dismantled by its constituent members.

In the world of comparative law, the question was: what impact did the dissolution of the Soviet Union have upon the classifications of families of legal systems. Was there ever a “socialist” family of legal systems? If the answer were negative, the dissolution of the Soviet Union had no impact on the classifications of legal systems. If the answer were positive, that family had lost its guiding core and model – at least, formally – and had been followed or preceded by movements away from or outright rejection of the Soviet model in Central Europe and Mongolia. The family, if such there was, was at least materially reduced in number. The “core” had shifted eastward, to Asia – China, Vietnam, Laos, North Korea, with remnants in Cuba and Ethiopia. In numbers of jurisdictions the socialist family was now in single figures, but in population served represented a substantial percentage of the planet’s population.

The question of what makes a socialist legal system “socialist”¹ has a venerable history in twentieth century political philosophy, comparative law, socialist legal studies, and other elements of the social sciences. At one time the question perplexed a Bolshevik leadership that unexpectedly found itself ruling the former Russian Empire: demolition of the pre-existing legal order was one matter; whether to replace it with something else was another. Marxism-Leninism provided no blueprint for the role of law or legal system in a post-revolutionary society. That question became pertinent to “Asia” sooner than many anticipated: Central Asia, Mongolia, and then China (Chinese Soviet Republic, 1931–1934). What were the ruling authorities on these territories expected to abolish and/or introduce in order to commence the sequence of social change needed to achieve socialism and eventually communism?

More recently the question has acquired an elevated ideological cachet. In China it has been accepted for some time that China has a socialist legal system with “Chinese characteristics” – whatever precisely those may be. In October 2017 the XIX Congress of the Communist Party of the People’s Republic of China formally embodied that characterization in the Constitution, or Charter, of the Communist Party.

The question is therefore multi-dimensional. At one level it was and remains a prescriptive policy issue: what in the legal fabric comprises those elements that distinguish a socialist legal system from a non-socialist legal system and when and how should those elements be introduced? For those intent upon achieving a “socialist revolution”, what precise measures need to be introduced, and in what sequence, to achieve “socialism” – however defined – or “communism”. At another level this is an analytical category: in the domain of comparative law, for example, on the basis of what criteria do we distinguish a “socialist legal system” individually or as part of a “family” from all others? At yet another level, partly geopolitical, the question arises as to what is “Asia” for these purposes: Russia sees itself as a “Eurasian” power. There are conceptions of Asia that regard all territory from the Atlantic Ocean in the west or all territory eastward of the Polish frontier as Asia and much of what others classify as the “Near East”.²

¹ See the late Abraham Brumberg (1925–2008) in the USIA journal *Problems of Communism*. Among the contributors were Harold J. Berman (1918–2007), John N. Hazard (1906–1995), and Leon Lipson (1931–1996). See note 20 below.

² The “land of Eurasia” is seen in this light by geographers: “Eurasia, the largest of the

For the moment the tides of history have transformed the geographical locus of socialist legal systems from the former Soviet Union, Mongolia, and Central Europe to Asia and outlying continents (from an Asian perspective). Socialist legal systems proper now occupy an Asian heartland (China, Korean People's Democratic Republic, Vietnam, Laos),³ a Caribbean island (Cuba), and an African nation (Federal Democratic Republic of Ethiopia).⁴ Six countries in number only, but in population exceeding 1.7 billion persons and in territory occupying a substantial land mass. Some comparatists, moreover, would doubt whether the former Soviet republics have introduced sufficient change to necessarily be excluded from the socialist family of legal systems (raising in a different context the classification criteria), or to be classified as "transitional legal systems" from the socialist to another family as yet undetermined, or to have moved irrevocably into the Romano-Germanic family of legal systems. On this basis the status of the five Central Asian countries⁵ (Kazakhstan, Kyrgyzia, Tadjikistan, Turkmenistan, and Uzbekistan) and Mongolia is in question.

On a more general level it should be emphasized, in the present writer's view, that the purpose of classifying and grouping legal systems is not an end in itself, nor is it necessarily a description of fact. Rather, it is a kaleidoscope through which, from constantly differing angles of vision, it is instructive to view legal systems in their development and continuous

continents ... spans the globe from the tropics to the tundra (c.10–c.70° north)", and from the Atlantic to the Pacific. See Barry Cunliffe, *By Steppe, Desert, and Ocean: The Birth of Eurasia* (2015), pp. 4–5.

³ H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World* (5th ed.; 2014), p. 348. In his section entitled "Socialist Law in East Asia", Glenn took the position that "... the tradition of socialist law, in its Soviet or European variant, has gone into a state of suspended animation, surviving only in partial or attenuated form in currently communist-governed jurisdictions such as Cuba, North Korea or Vietnam" (pp. 347–348). Note the omission of China.

⁴ See S. G. Abebe, *The Last Post-Cold War Socialist Federation: Ethnicity, Ideology and Democracy in Ethiopia* (2014): Ethiopia is "... fundamentally a socialist federal system based on the Stalinist notion of 'the right to self-determination of nationalities' and Marxist-Leninist organizational principles of the state" (p. 2).

⁵ See A. Kh. Saidov, *Comparative Law*, transl. W. E. Butler (2000), p. 379: "The contemporary legal system of Uzbekistan is characterized above all by its affiliation to the Romano-Germanic family. The formalized, rather abstract legislative norm predominates there over other legal sources and there is a trend towards replacing them completely". On constitutional law in Central Asia, see Scott Newton, *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States: A Contextual Analysis* (2017).

interaction with one another. In the case of socialist legal systems, the emphasis upon characterization and classification has sometimes been an ideological fetish, which is hardly productive in an academic comparative legal context – although the dialogue itself can be instructive.

Nonetheless, although the classification of legal systems is not as trendy in comparative law these days in the West, in the post-Soviet Independent States classification remains an important issue. For some it is a measure of progress – the distance traveled from the Soviet legal model since 1991. For others, however, the very exercise of classification – whatever the result – is central to jurisprudence. Law is a science. Scientific phenomena need to be identified on the basis of their generic characteristics, their similarities and differences from one another noted and described, grouped into generic units or families or clusters, and the like based on these similarities and differences, and generalizations made or conclusions drawn. Law, just as any other science, is expected to behave accordingly, and the data accumulated is regarded as hard fact. Our legal colleagues in post-Soviet legal systems are nurtured in this tradition, and their comparative-legal mentality is shaped accordingly. For them, “families” of legal systems are not an analytical prism or a metaphorical kaleidoscope; they are a scientific conclusion based on the deployment of the comparative method.

2 On the Origin of Multiple Socialist Legal Systems

To play with the pawns on the board for the moment, at what point in time is it appropriate to speak of multiple legal systems in connection with the emergence of others besides the former Soviet Union and when, if at all, did some or all become “socialist”? The “revolution” that has served as the benchmark occurred in the former Russian Empire during October/November 1917 (depending upon what calendar is used), being ruled at the time by a Provisional Government – the monarchy having abdicated earlier that year. Within months the former Empire had fragmented into units associated historically with their own legal traditions and systems – some supplanted by Russian law and others coexisting within the Russian Empire and allowed to continue to operate side by side with Imperial Russian law. Therefore, multiple legal systems operated within the Russian Empire (customary law, canon law, khanate law,

local civil and administrative law (e.g., the Baltic provinces), Imperial law of general application, and others). Moreover, the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) itself did not come into being prior to 30 December 1922, when the Treaty of the Union was concluded. The Treaty of the Union initially engaged four soviet socialist republics, each with its own national legal system: Belorussian SSR, Russian Soviet Federated Socialist Republic (RSFSR), Transcaucasian Soviet Federated Socialist Republics (TSFSR), and the Ukrainian Soviet Socialist Republic. The TSFSR was short-lived and soon thereafter disintegrated into its three constituents: Armenian Soviet Socialist Republic, Azerbaidzhan Soviet Socialist Republic, and Georgian Soviet Socialist Republic.

Viewed, therefore, solely from the vantage point of international law and constitutional law, multiple socialist legal systems existed from the outset; several, after five years, “merged” into a supranational federation known as the USSR. Prior to 30 December 1922, it would have not been inappropriate to already speak of a “family of socialist legal systems”, or at least a “family of soviet legal systems”, who were, sharing a common ideology, bent upon distinguishing themselves from the rest of the world and proceeding collectively upon their chosen path of building a communist society. Whether other legal systems would join them was at the time an open but real question. There were episodic revolutions in Hungary, Germany, and China,⁶ and an enduring revolution where it was least anticipated – Mongolia.⁷ Each, however briefly, had to come to terms with legal change occasioned by their accession to power. And insofar as two or more national legal systems can be said to constitute a “family”, there is a strong argument that a “family” of socialist legal systems has existed from late 1917 onwards.

That argument in comparative law circles, at least, was deemed to be beyond doubt after the Second World War. The Central European countries were all viewed as being members of the family of socialist legal systems (German Democratic Republic, Poland, Romania, Czechoslovakia, Hungary, Romania, Bulgaria, Albania, Yugoslavia), together with what today are widely regarded as the residual socialist legal systems (China, North Korea, Vietnam, Laos, Cuba, and Ethiopia). The fact that some were designated a “people’s democracy” and others a “socialist republic” in their official names was for these purposes treated as a minor detail

⁶ W. E. Butler (ed.), *The Legal System of the Chinese Soviet Republic* (1983).

⁷ See W. E. Butler, *The Mongolian Legal System* (1982).

rather than a distinction of comparative legal significance. The period from roughly 1946 to 1991 was the apogee, numerically speaking, for the family of socialist legal systems.

The post-1991 period has raised new conundrums in this context. The Central European countries began to follow their own paths from the late 1980s. The German Democratic Republic reunited with the Federal Republic of Germany and has been reintegrated into the German legal system. Czechoslovakia divided into the Czech Republic and Slovakia, and both joined the European Union, thereby importing a massive corpus of European Union law. Bulgaria, Hungary, Poland, and Romania likewise were admitted to the European Union. Yugoslavia fragmented into constituent entities, all of which either joined or intend to become part of the European Union. Albania has pursued its own course amidst these changes, but with sufficient autonomy so that she is no longer regarded by most observers as a socialist legal system. In the Far East, the Mongolian People's Republic introduced political and economic reforms to a degree that suffices many observers to consider that country to be no longer a socialist legal system, although some would contest that generalization.

On the other hand, the dissolution of the USSR on or about 25 December 1991⁸ completed the process of enlarging the “family” of “transitional” or, some would say, still “socialist” legal systems. The Baltic republics (Estonia, Latvia, Lithuania) saw their independent statehood restored from 1989 onwards. The remaining twelve Soviet republics achieved uncontested independent statehood with the denunciation of the 1922 Treaty of the Union in December 1991; whether they remain part of the “family of socialist legal systems” or are to be regarded as part of a “family of transitional post-socialist legal systems” or something else remains the subject of lively consideration. If the concept of transitional post-socialist legal systems is pursued seriously, the implication is that a new family of legal systems exists side by side with the earlier models.

3 On the Arrival of Socialism: Legal Criteria

When and on the basis of what criteria the legal systems concerned were or are deemed to have reached the stage of “socialism” is a question that

⁸ For the relevant documents, see W. E. Butler, *Basic Documents of the Russian Legal System* (1993), pp. 3–11; Butler, *Russian Public Law* (3d ed.; 2013), pp. 1–3.

has bedeviled comparative lawyers, among others, from time to time. No legal system is regarded as having moved from the category of “bourgeois” to “socialist” in one jump or transition. Rather these systems are expected to have passed through intermediate stages, such as “people’s democracy”, or “proletarian dictatorship”, and the like. For the purposes of this article these intermediate stages are being, as a rule, enveloped into the designation “socialist”. It would be possible and not inappropriate to consider subdividing acknowledged socialist legal systems into “people’s democracies” and “socialist republics”, but for whatever reasons this approach has never commended itself to comparative lawyers. We have been content to lump together people’s democracies and socialist republics for classification purposes even though the ideological distinctions were recognized at the time.

The processes of “transition” and how to achieve the transition are challenging issues. Some have argued that transition “back” from a “socialist legal system” to being a “Romano-Germanic legal system” is a matter of reverse social engineering. Just as the movement from being a “bourgeois” legal system to becoming a “socialist legal system” is “merely” a matter of removing the bourgeois elites from power, nationalizing the instruments and means of production, introducing the leading role of the Communist Party or other political entity leading the revolution, repealing and replacing “socialist” legislation with “market economy legislation”, and the like, translating from a socialist legal system to a market-economy legal system simply means reversing the process.⁹ Although no one known to this writer has expressed the position in precisely this

⁹ See Glenn, note 2 above, p. 348: “If you are a western lawyer with no previous experience of Soviet or socialist law, there are no major conceptual problems in understanding it. Simply assume a hyper-inflated public law sector in the jurisdiction in which you presently function. Historical fields of private law such as contract, commercial law, civil responsibility or torts, property, bankruptcy or competition simply shrink away to relatively insignificant proportions, to be replaced by public law variants or replacements. State contracts ... largely displace private contracts; private commercial law and bankruptcy become essentially irrelevant; public compensation regime replace, almost totally, court-ordered compensation; land is made public or collectivized. There need not be repeal of existing private law; it simply finds little application. This public law regime relies intensely on formal law, which is even more visible than in non-socialist western law. It is formal law with a difference, however, since its application is entirely in the hands of the guardian of ‘socialist legality’, the communist party, which exercises its influence through an entire network of organizations, shadowing those of the state and the courts. Judicial decisions, of allegedly independent judges, are subject to party control and revision. The

way, the argument is reminiscent of a mechanical perception of legal transplants, pursuant to which legal change is achieved by substituting one “part” or “component” of a legal system with another. For those experienced with law reform in the post-Soviet legal systems, no approach could be more harmful.¹⁰

“Transition” is not necessarily, however, back to what existed previously. If that were the case, the appellation “transition” may be inappropriate; “restoration” or “reinstatement” may be what is desired. Part of the post-Soviet transition in the Baltic republics has been precisely a process of “restoration”, including the reintroduction into force of laws dating from the interwar period that were succeeded by Soviet legislation. The term “transition”, moreover, suggests movement from one place to another, or one phase to another, or from one destination to another. The “destination” of the movement away from the socialist legal model is, at least in the post-Soviet republics, undetermined. All acknowledge that the previous system was unsatisfactory; no one known to the present writer has defined where these legal systems wish to go or the criteria that determine whether and when arrival has transpired.

That in turn raises the issue of comparative law: what makes a socialist legal system “socialist”?

4 What Makes a Socialist Legal System “Socialist”?

So far as can be determined, this was not a question that arose, at least in comparative law circles, prior to the end of the Second World War. Whatever may have been said above about multiple socialist legal systems, this was not a perception pursued in comparative legal studies, where notions of “families” of legal systems, or equivalents thereto, did not single out those in which communist parties had come to power.

inherent western tendency to corruption, through the creation of large, instrumental bureaucracies, is exacerbated enormously”.

¹⁰ So far as I am aware, the most profound attempt to structure law reform priorities and to seek to determine precisely in what branches of law any such “reverse engineering” should commence was a Report undertaken for the European Communities. See *Shaping a Market-Economy Legal System: A Report of the EC/IS Joint Task Force on Law Reform in the Independent States* (Brussels, 1993).

Without ascribing primacy of place, among the works that popularized the notion of a family of socialist legal systems was a treatise by René David (1906–1990) on the major legal systems of the world.¹¹ In due course this led in general comparative studies to attempts to locate the “common core” of the socialist legal systems – what they shared in common, notwithstanding the differences amongst them. That shared commonality presumably differentiated them collectively from other families of legal systems.¹² In the domain of socialist legal systems, the common core approach was most extensively pursued by Hazard.¹³ Not all comparatists accepted that socialist legal systems constituted a distinct family separate from the Romano-Germanic legal family, at least in the realm of private law – notwithstanding strenuous Bolshevik efforts to establish the Soviet legal system as something unique among all existing and previous legal systems. Reviewing Hazard’s work, Albert Ehrenzweig (1906–1974) observed that if the Soviet legal system could validly be segregated as unique in the traditional realm of private law, he would be obliged “to abandon the philosophical pattern of two and one-half millennia and the comparative concern of a thousand years”. Although there might well be innovations in public law, he considered that the “essentially civilian structure” in the law of the family, property, succession, contract, and tort remained unchanged, and he perceived only minor changes in established European patterns of criminal law and procedure.¹⁴

¹¹ R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative* (1950). This was followed four years later by a two-volume work, the first volume by David, *Le droit soviétique* (1954) and the second a French translation of John N. Hazard (1909–1995), *Law and Social Change in the U.S.S.R.* (1953). These were drawn upon for David’s magisterial and still influential, especially in Central Europe and the former Soviet Union, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)* (1964); translated by J. E. C. Brierley, as *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* ([1968]; 2d ed., 1978; 3d ed., 1985), based initially on the second French edition. The French text is now in its eleventh edition (2002), as revised and updated by Camille Jauffret-Spinosi, who joined from the eighth edition (1982).

¹² Among the works that influenced the quest for a common core was Rudolf Berthold Schlesinger (1909–1996), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (1968).

¹³ Hazard, *Communists and Their Law: A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States* [1969].

¹⁴ See Ehrenzweig’s review of Hazard, *Communists and Their Law* (1969), in *California Law Review*, LVIII (1970), p. 1007.

Others suggested that the Soviet legal system was merely a variant of the European Romano-Germanic civil law system embellished with ideological encrustations.¹⁵ This view continues to be widely held in two versions. To some, Russia never left the Romano-Germanic family, having entered at some point in the past (usually seen as the tenth or the eighteenth century), whereas for others the disintegration of the former Soviet Union itself returned Russia to the Romano-Germanic family.¹⁶ Both positions minimize the Soviet legacy as unimportant, of little long-term consequence, or business as usual. Those who truly do know and understand Soviet law will have found the post-Soviet quarter century enormously challenging, for the efforts to “democratize” and to “marketize” the Soviet legal legacy have proved to be a formidable task that goes far beyond merely the rejection or replacement of “forms” or “mentality”, and the importation of legal transplants from market economies. The accumulated wisdom from this era is of considerable relevance for modernizing Asian socialist legal systems.

As for Soviet jurists themselves, they were quite adamant that the Soviet legal system was the core socialist legal system and that in its capacity as a socialist legal system, the Soviet legal system was demonstrably different from and superior to all pre-existing or other extant legal systems.

Many western comparatists found themselves somewhere in between these two polarized positions. They accepted that the Soviet legal system was different and not part (or no longer part) of the Romano-Germanic legal family, were disinclined to accept Soviet claims to superiority, but

¹⁵ F. H. Lawson (1897–1983), cited in the preface to J. N. Hazard, W. E. Butler, and P. B. Maggs, *The Soviet Legal System* (3d ed.; 1977), p. vi. This section of the present article draws upon my earlier reflections on the subject. See, in particular, W. E. Butler, *Russian Law and Legal Institutions* (2d ed.; 2018), pp. 1–26; Butler, “Ukraine on the Legal Map of the World”, in V. Ia. Tatsyi (ed.), *Ukrainian Legal Doctrine*, ed. O. V. Petryshyn; English version transl. & ed. W. E. Butler (2015), I, pp. 179–190.

¹⁶ See, for example, J. B. Quigley, Jr., *Soviet Legal Innovation and the Law of the Western World* (2007). A Ukrainian jurist wrote that with the collapse of the “socialist commonwealth of countries” of Central and Eastern Europe “... the ‘family of socialist law’ completely disappeared, which in the view of many western and Ukrainian comparatists comprised a specific block of national legal systems of countries rather proximate in geographical position and socio-economic and political orders, but heterogeneous according to national, cultural-historical, and ethno-legal indicia”. See M. I. Koziubra, “The Legal System of Ukraine: Quest for Identity”, in W. E. Butler and O. V. Kresin (eds.), *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (2015), p. 226. This observation was made without any regard to Asian socialist legal systems.

differed, often dramatically, in their perceptions as to what was different and, most importantly, why such differences existed. Perceptions of uniqueness in the classification of foreign legal systems depend partly upon developments within our own. Rene David was among those, for example, who in the early post-1945 era attributed significance in analyzing Soviet law to the differences in economic system between East and West and observed the replication of national economic planning in Central Europe and China and greater reliance upon the same in Mongolia. By the mid-1980s the enhanced role of the State and greater commitment to social welfare in Western economies and further recourse to decentralization and economic accountability in enterprise management in socialist economies had reduced a distinction initially seen as one of principle to one of degree.¹⁷ The policies of perestroika introduced under M. S. Gorbachev reduced and mutated the elements of distinction all the more. The accession of many of the post-Soviet and Central European jurisdictions to the Council of Europe and the accession of most socialist legal systems, former or present, Asian or European, to the World Trade Organization have entailed further legal accommodation to a common human rights and/or trade regime and introduced greater legal approximation in consequence.

“Transition” seems to be a constant in any discussion of socialist legal systems. Marxist-Leninists have taken the position that “socialism” is an intermediate and transitory status between imperialism as the highest stage of capitalism and the creation of a communist society. Post-Soviet comparatists, or at least a substantial cohort of them, consider that former socialist legal systems, if no longer socialist, fall into some transitional category as the move on to another status, whatever that may be. Some regard this status as a return to the Romano-Germanic family (assuming they were part of that family), although that is a novel status for the Central Asian, Caucasian, and Mongolian legal systems. Yet others, including the present writer, see “transitional” as a position in itself – a species of mixed legal tradition (rather than system) that incorporates substantial key elements of the socialist legal system with others which originate in the presocialist past of the legal system concerned or in adaptations of modern market-oriented mechanisms. The Zweigert/Kötz treatise on comparative law, which had treated socialist legal systems

¹⁷ Compare David (1950), note 9 above, with the Brierley translation (1985), note 7 above.

as a distinct family, was obliged in its third edition to omit the chapter completely – an enduring symbol of the lacuna left in comparative legal circles by the collapse of the former Soviet Union.¹⁸ In a sense this article and the Conference to which it is addressed ask whether Asian socialist legal systems might appropriately fill the gap left by the disintegration of the Soviet Union.

Before proceeding to the common core of socialist legal systems, if such there be, it is appropriate to observe that there have been at least three distinct dialogues about the nature and distinctiveness, or lack thereof, of Soviet/socialist legal experience. One addressed “Stalinism” and asked whether it was possible to isolate and identify what was distinctively “Stalinist” about Soviet law in comparison with the post-Stalinist period.¹⁹ A second dialogue asked what was distinctively “Soviet” about Soviet law, in essence a microcosm of the issue now being raised with respect to Asian socialist legal systems.²⁰ The third, alluded to above, inquired whether there was a common core that distinguished socialist legal systems as a family and differentiated them from other families of legal systems – chiefly the Anglo-American and Romano-Germanic families.²¹

The Russian science of comparative law – still greatly attracted by the concept of “families of legal systems”²² – remains divided as to whether Russian law (and presumably other CIS legal systems) is within or outside the Romano-Germanic legal family. Some comparatists consider

¹⁸ K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, transl. Tony Weir (3d ed.; 1998). Even in the second English edition (1992) the authors had cautioned: “Today, however, the very existence of a socialist legal family is seriously in question” (p. 297).

¹⁹ See D. D. Barry, G. Ginsburgs, and P. B. Maggs, *Soviet Law After Stalin* (1977–79). 3 vols. The specific legal component(s) in a “totalitarian” State and its legal system could not be satisfactorily isolated and identified. In particular, it has been difficult to identify uniquely totalitarian elements of law and legal systems which cannot be otherwise described (authoritarian, dictatorial, and so on). Although examples of “totalitarian” legal systems cited in the literature happen to be associated with a particular ideology, the presence or absence of an ideology does not appear to be decisive. The “seeds of totalitarianism” have been traced as far back to China in 210 to 258 bc. See V. I. Laftitsky, *Сравнительное правоведение в образах права* [Comparative Jurisprudence in the Images of Law] (2010–2011), II, p. 394.

²⁰ See H. J. Berman, “What Makes Socialist Law Socialist?”, *Problems of Communism*, XX, no. 5 (1971), pp. 24–30.

²¹ Hazard, note 13 above.

²² For recent examples, see V. E. Chirkin, *Основы сравнительного правоведения* [Foundations of Comparative Law] (2014); V. I. Vlasov, G. B. Vlasova, and S. V. Denisenko, *Сравнительное правоведение* [Comparative Law] (2014).

this to be so, others do not. Many see Russian law as falling within the category of “transitional” legal systems whose ultimate destination, for comparative law classification purposes, remains as undetermined as it is uncharted.²³ Some recognize that Russia and other CIS countries may become “hybrid” legal systems.²⁴ Glenn saw “force” as the overriding characteristic of Soviet law and gave but the most cursory attention to Russia at all.²⁵

Before proceeding further, a brief comment on terminology. The term “Soviet law” here is usually being used in multiple senses to refer to the law in force within the Union of Soviet Socialist Republics from 1917 to 1991 (and thereafter as it still may be in force in the post-Soviet States), including the years from 1917 to 1922 before the USSR was formally created. From approximately 1936 onwards the term “socialist law” emerged to act as a characterization of a level of societal development that the USSR and eventually some other countries achieved even though no country was ever named “socialist”, although that word was sometimes incorporated into the name of the country (e.g., Czechoslovak Socialist Republic; nonetheless, the law was still Czechoslovak law, and the extent to which that law was “socialist” was an attribute of content rather than a consequence of statehood). Similarly, the appellation “socialist legal system” is used without the country concerned necessarily having been regarded ideologically as achieving a fully-fledged “socialism” in the Marxist-Leninist meaning and constituting, for example, a “people’s democracy” or a “people’s democratic republic”).

Although comparatists share different views with regard to what the distinguishing indicia of a socialist legal system were/are, the following would figure in the discussion:²⁶

²³ See the Uzbek jurist, Saidov, note 5 above; Iu. A. Tikhomirov, Курс сравнительного правоведения [Cours of Comparative Law] (1996); M. N. Marchenko, Сравнительное правоведение [Comparative Law] (2001); id, Правовые системы мира [Legal Systems of the World] (2001).

²⁴ P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (3d ed., 2007), p. 193.

²⁵ Glenn, note 3 above; the second edition was collectively reviewed in *The Journal of Comparative Law*, I (2006), pp. 100–176 (Russia, reviewed by W. E. Butler, pp. 142–146). Russian, Ukrainian, and Kazakh law students have enjoyed access to several editions of David since 1967 in the Russian language, as well as to Zweigert and Kötz.

²⁶ These are abstracted and conflated from a number of works by, principally but not exclusively, Soviet and post-Soviet comparatists, but set out in my own formulations. All are legitimately the subject of discussion and would generate disagreements or reformulations in the hands of any general comparatist.

1. private ownership of the means of production leads to the exploitation of man by man and should be replaced by socialist, State, and social forms of ownership, usually achieved by the nationalization of private property and State predominance in the economy;
2. capitalist anarchy in production and distribution relations is replaced by State economic planning and centralized distribution; five-year and one-year economic plans are issued in the form of a law;
3. antagonistic class elements are eliminated or isolated through various means of legal discrimination (deprivation of some civil rights, class justice);
4. the laboring masses comprise the people and those who use hired labor for their personal enrichment do not fall within the concept of the “people”;
5. class struggle is the driving force of historical change, and class enemies may take the form of exploiters or enemies of the people;
6. members of the working proletariat are accorded certain advantages in comparison with the peasantry and intelligentsia, at least in principle;
7. the Communist Party or leading party under another name plays the role of vanguard in the State and enjoys a monopoly of political power;
8. social (that is, non-State) organizations must be under Party direction; religious organizations may be tolerated, but are not encouraged, and experience various levels of persecution;
9. Marxism-Leninism operates as the official State and Party ideology, in some countries complemented by the doctrinal writings of indigenous leaders;
10. drawing upon the experience of the Paris Commune in the early 1870s, the foundation of the State system is the “soviets”, or councils, which acted as agencies of State power (as distinct from agencies of State administration);
11. the separation of powers is recognized, but not the principle of checks-and-balances;
12. the principle of democratic centralism within the State system means that medium-level and local soviets are subordinate to superior soviets, and the principle of dual subordination means that executive committees of soviets are subordinate to their own soviet and to their superior executive committee;

13. courts at the lowest levels are elected directly by citizens and at the higher levels by the respective soviets. The principle that judges may not be removed is not recognized in socialist legal culture;
14. the exercise of rights and freedoms is subject to the cause of achieving socialism or communism and to the leading role of the Party;
15. the distinction between public and private law is not recognized;
16. unequal forms of ownership, discouragement of personal enrichment, cooperative marketing of goods; civil marriage; duty to rescue socialist property; greater emphasis given to crimes against the State and ideological crimes; discouragement or prohibition of strikes in labor relations; and many others are features of the socialist legal tradition.

These are regarded in combination as salient features of socialist legal systems as they existed in the twentieth century. Their precise configuration may differ from one socialist legal system to another. The question with respect to Asian socialist legal systems is whether they are present and to what extent; if present, are they reinforced, counter-balanced, overshadowed, or otherwise altered by local considerations and factors within each Asian socialist legal system. Nonetheless, taken together these are among the major criteria by which one might judge what makes an Asian socialist legal system socialist.

5 Competing Characterizations of Legal Systems in the Socialist Tradition

But the foregoing are not the only criteria for classifying legal systems into families. We turn to others, each of which insofar as applicable is capable of offering insight into the legal life and stature of the legal system concerned.

Socialist-Totalitarian Legal System. In the post-Soviet era some jurists have reclassified the Soviet legal system as a “totalitarian” system which was not truly “socialist” and which, in their view, belongs in a distinct family of legal systems. They regarded Russia as being within this family and

doubtless would consider Asian socialist legal systems to be of this type.²⁷ This classification has not been widely accepted in comparative law circles because it is, in effect, a classification based principally upon political characterizations of leaders (Stalin, Hitler, Pol Pot, and so on) rather than legal principles and institutions.²⁸

Socialist Legal Systems as Technocratic Legal Systems. The observation has been and is being made in comparative-law circles that the legal systems of western countries, including the former Soviet republics and the former Central European socialist legal systems, are becoming increasingly “technocratic”. For these purposes “technocracy” means that normative legal acts are being drafted more in the style of “technical documentation” than in the style of “legislation”. The excessive detail means the enactments lose any link with reality, reflecting, as Lafitsky expressed the position, “the illusions of their compilers”.²⁹ The more they are divorced from reality, the greater the reliance upon sentences and words that are meaningless.

In effect, a technocratic legal system moves away from setting out general principles of law in the texts of legislative acts and indulges in excessive legislative activity, “over-legislates”. Partly this trend results from the absence of a clear doctrine and principle determining the spheres of social life in which it is inappropriate for the State to intervene. Legal theorists devise concepts of the “perfect legal system” to which ideal legislation

²⁷ See, for example, S. S. Alekseev, Теория права [Theory of Law] (1993); Chirkin, note 22 above, pp. 315–330.

²⁸ The term originated in the Italian as “totalitario” and first appeared in its English language guise in the translation of Luigi Sturzo (187–1959), *Italy and Fascism*, transl. Barbara Barclay Carter (1926). As a political characterization it received considerable purchase in the philosophical analysis by Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (New York, 1951), originally published at London as Arendt, *The Burden of Our Time* (1951). I. A. Il'in, a leading émigré Russian legal philosopher, introduced the term in his work on the essence of legal consciousness when he completed his final emendations to that work ca. 1953. The term did not appear, presumably because it did not exist, in the 1919 proofs of this work. One may reasonably assume that Il'in became aware of the term as part of its cold war currency and, indeed, may have been among the first Russian jurists to include the term in his doctrinal oeuvre. See Iu. T. Lisitsa (ed.), И. А. Ильин. Сочинения в двух томах [I. A. Il'in. Works in Two Volumes] (Moscow, 1993), I, p. 107; Il'in, *On the Essence of Legal Consciousness*, ed. W. E. Butler and P. T. Grier (London, 2014).

²⁹ Ibid.

should correspond, but fail to indicate those domains of human existence which the State in the broadest sense of the word should refrain from regulating. In practice, legislation becomes increasingly fragmentary as it explodes in quantity and more easily reflects the interests of special groups.

The language and terminology of legislation is no longer comprehensible by the average citizen in a technocratic legal system. Judicial practice tends to follow legislative patterns, and as a result in a technocratic legal system the issues confronting the courts move away from the application of legal principles towards the application of technicalities of construction that defy sound reason.

Measured by the standard of “technocracy”, the Romano-Germanic, Common Law, and former socialist legal systems form a single family. One may conjecture about the extent to which elements of technocracy were accelerated by the introduction of national economic planning within the socialist legal tradition and continue to be reflected by the introduction of “administrative regulations” and similar normative legal acts in the post-Soviet legal systems. Technology itself doubtless furthers “technocracy” by reducing the costs of publication and dissemination of the texts of normative legal acts.

The Asian socialist legal systems may well regard themselves as falling within the technocratic category and for good reason. Nonetheless, many comparatists might suggest that the Asian socialist legal systems embody a different approach to the systematization and codification of legislation than European socialist legal systems had done. Asian legislation tends to be less specific and detailed than European counterparts,³⁰ and to this extent, less, arguably, technocratic.

Socialist Legal Systems as “Formalist”. Modern legal systems may be characterized not only by the volume of normative legal acts which they adopt, but by the way in which those acts are interpreted and applied. Comparative lawyers, legal practitioners, and socio-legal specialists have noted the extent to which post-Soviet legal systems have preserved, some would say reinforced, the “extreme formalism” as a characteristic Russian pattern of thinking about what law is and how it should be understood.

³⁰ Compare, for example, Russian constitutions of most any period and civil codes with Chinese counterparts. For that matter, Central Asian codifications have been, as a rule, less detailed than those of European socialist legal systems.

The origins of this phenomenon have yet to be fully explored. Whether it originated in Soviet legal experience or existed previously and merely found a congenial context in national economic planning remains to be explored, not least in comparative studies of legal systems whose historical experience differs.

Using Russia as an example, the formalist approach is embodied in Article 431 of the Civil Code of the Russian Federation, which instructs courts when interpreting contracts to use “the literal meaning of the words and expressions contained therein” by means, in the event of ambiguity, of comparing the contract provisions with other provisions and the sense of the contract as a whole. Only if that approach fails may the court take into account the purpose of the contract, including preceding negotiations, practices between the parties, customs of business turnover, and subsequent conduct of the parties. This formulation, it should be stressed, is a post-Soviet formulation, but one which departs but little from the earlier Soviet civil codes and is found in the civil codes of other post-Soviet Independent States.³¹

The plausibility and efficacy of a Planned Economy from a legal perspective depends upon the rationality of the planning “command system” of normative legal acts implementing the Plan and disciplining the discretion of actors within the system. There can be minimal scope, if any, for human volition, lest the symmetry of Plan relations be disturbed. A literal approach to the interpretation of contracts (and of legislation and treaties) is essential. Whether the “Russian characteristic” was created by the Soviet Planned Economy or originates in earlier Russian experience requires further investigation. Whatever, the answer, there is a mental set in the Russian legal system and among Russian professionals that finds reflection in the general population:

The manner in which law is interpreted is formalistic in the extreme; law in practice is expected to be equated with the letter of the law. In other words, the characteristic Russian vision of law does not allow space for interpre-

³¹ See W. E. Butler (ed. & transl.), *Civil Code of the Russian Federation* (2010), p. 146. In 2015 Article 431 was amended to provide that if the literal interpretation does not enable the content of the contract to be determined, the “true common will of the parties” is to be taken into account by eliciting all the respective circumstances. See Butler (ed. & transl.), *Civil Code of the Russian Federation* (2016), p. 246. Insofar as this formalism is a “Russian characteristic”, it is nonetheless present in all the post-Soviet civil codes, having been carried over from Soviet legal experience.

tations that would give prominence not so much to what the law actually says, as to what its makers intended to bring about, with an appreciation that any given legal principle or stipulation should be adjusted to fit the circumstances. However, in extreme formalism, the legal space of law is restricted to the law as it is written down. It is assumed that if the law is a good law, it must be applicable to any relevant circumstances just as it is written; when the time comes to implement the law there can be no legitimate requirement for flexibility or adjustment. It follows that there is very limited provision for a judge to exercise discretion and adapt the content of the law to specific circumstances of a particular situation, as judges do in many other jurisdictions.³²

In the language of socio-legal studies, this would appear to be an example of where the “law in the books” and the “law in action” coincide and the “law in the books” has an overriding impact on law in practice. Although Article 431 of the Russian Civil Code addresses contract interpretation, it has been generally understood to extend to all interpretation, including statutory interpretation, and is an integral element of legal education in all post-Soviet law faculties.

Socialist Legal Systems as Transitional. All modern legal systems experience legal change of greater or lesser moment, but few claim to be in “transition” from one developmental stage to another. As noted above, Russian legal doctrine during the Soviet era claimed to be constantly in transition towards the creation of a socialist and, ultimately, a communist society. Asian socialist legal systems presumably have not abandoned that ideological position, although it may have been sublimated to other considerations. In the post-Soviet period, Russian law has purported to be in transition while dismantling the legal norms and legacy of the Soviet era. In this sense, Russian law in the Soviet and post-Soviet periods has been avowedly “transitional” since 1917. The element of “transition” does not appear to be as salient in Asian socialist legal systems, although they

³² M. Kurkchivan and A. Kubal (eds.), *A Sociology of Justice in Russia* (2018), p. 268. In ca. 1999 a member of the United States Supreme Court and a senior appellate judge were sent to Russia in order to explain to Russian judges of all the court systems why and how in corporate cases it would be advisable for Russian courts to have regard to the interests of parties (for example, stockholders) who were not before the court but nonetheless might be affected by the outcome of litigation between the parties – an approach that would have required a modification of the principles set down in Article 431 of the Civil Code.

would, in principle, appear to fall within the framework of being transitional not in a movement away from socialism towards a market economy but in the direction of continuing to perfect socialism and move on to what they consider to be higher levels of societal development.

The question within comparative law is: “transition” from what to what, or from where to where? Modern Russia is plainly no longer part of the socialist family of legal systems. Some comparatists believe that Russia already has returned to, or always been a part of, the Romano-Germanic family of legal systems. Although Russia is a member of the Council of Europe and in the process of doing so received elements or standards of European human rights law into the Russian legal system, and likewise has modified its legislation to accommodate membership in the World Trade Organization, that “approximation” or “harmonization” of the legal systems is far from completed.³³

Russia has never officially declared an intention to become part of the Romano-Germanic family of legal systems in the non-EU sense of the word, and it remains unclear what the threshold criteria would be to qualify for classification in that family. Whatever the criteria may be, it is not simply a matter of “reversing”, or “repealing”, or “substituting” the legal changes from the Soviet era, as some comparatists have suggested.³⁴ With respect to Asian socialist legal systems, the same question would arise: is it possible, even conceivable, that economic and other reforms could proceed to such a stage that any one of the present Asian socialist legal systems could be regarded as falling within the Romano-Germanic legal family, or would they be expected to “transition” to something quite different from European legal models.

It is worth bearing in mind that for Asian socialist legal systems the advent of Marxism-Leninism and its legal accoutrements is a European import.

³³ Both the Council of Europe and the World Trade Organization are international organizations established by treaty and subject to the law of treaties. Within their respective parameters, however, both are developing a body of law applicable to the legal relations that arise under their respective treaties. To the extent that law is formulated, articulated, and enforced by Council of Europe and WTO institutions, it is not inappropriate within the framework of comparative legal analysis to refer to the constituents of those legal rules as members of the Council of Europe or WTO family.

³⁴ See Glenn, note 2 above, p. 348.

Socialist Legal Systems and the Romano-Germanic Family. Those comparatists who regard the Russian legal system as an integral part of the Romano-Germanic family of legal systems have emphasized the influence of continental European legal traditions, values, and rules upon the development of Russian law, the existence of Russia within continental historical experience and legal development, the numerous similarities of Russian approaches to law and legal institutions with those of continental Europe,³⁵ and an alleged impact of the Roman law tradition upon Russian legal developments, whether received via Byzantium or through western Europe.³⁶ For those comparatists who perceived the “socialist legal tradition” to be a development within the Romano-Germanic legal tradition, *a fortiori* Russia continues to be a part of that tradition. Many modern Russian and Ukrainian comparatists describe the Russian legal system as “gravitating” towards the Romano-Germanic family.³⁷

While some observe that “the legal system of Russia has no distinctions of principle” when compared with the legal systems of continental Europe, nonetheless the “Russian legal system has still not become fixed in comparison with the leading legal systems of the family of continental law”.³⁸ It is, in other words, a legal system still in transition from its socialist past to its undetermined future.

While it would be a bold comparatist who placed China, Laos, North Korea, or Vietnam within the Romano-Germanic family of legal systems, there are undeniably certain features of the Romano-Germanic legal family to be found in each of those legal systems, although one may argue

³⁵ Some jurists believe that the legal systems of Russia and Ukraine, as well as the other post-Soviet legal systems, belong to the Romano-Germanic system or continental legal family without any reservations. See L. A. Luts, *Сучасні правові системи світу* [Contemporary Legal Systems of the World] (Lviv, 2003), pp. 111, 114.

³⁶ But for an analysis of European private law experience that distinguishes between the Eastern and Western European approaches, see E. O. Kharitonov and O. I. Kharitonova, “Classification of European Systems of Private Law”, in W. E. Butler, O. V. Kresin, and Iu. S. Shemshuchenko (eds.), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (2011), pp. 255–275. On the reception of Roman law generally in Eastern Europe, including Russia and Ukraine, and studies of the Roman legal heritage, see E. O. Kharytonov and O. I. Kharytonova, “From Comprehension of the Reception of Roman Law to a General Theory of the Interaction of Legal Systems: Raising the Issue”, in Butler and Kresin, note 16 above, pp. 108–132.

³⁷ See *Порівняльне правознавство* [Comparative Jurisprudence] (Kharkiv, 2003), p. 46.

³⁸ See Vlasov, et al., note 22 above, pp. 220, 221.

whether their presence is to be attributed to their pre-socialist legal experience or to the Soviet influence on their early development.³⁹ China and Vietnam have assuredly adapted elements of Anglo-American legal experience too, and in general adapted themselves to global legal requirements laid down in the GATT and the treaty framework of the World Trade Organization.

Asian Socialist Legal Systems as “Mixed” Legal Systems. There is no such thing as, and perhaps never has been, a “pure” legal system. All legal systems are “mixed” systems; the mere fact that an individual legal system is, for the purposes of classification, thrown together with others suggests an analytical “mixture”, if nothing else. The term “mixed legal system” is used variously in doctrinal writings, sometimes to refer merely to legal systems combining elements of the “civil law” and “common law” traditions; sometimes to refer to a “third family” of legal systems having overlapping civil law and common law elements; sometimes to describe other combinations of legal traditions (religious, tribal, socialist, customary, civil, common, and so on). Although the subject of “mixed” legal systems has generated a substantial literature in recent times, Russia does not figure in these writings except for the most passing mention as a “transitional” legal system and Asian socialist legal systems would appear not yet to have been a component of this discourse.⁴⁰

The history of Russian law gives more than ample evidence of the multiple influences of other legal traditions throughout Russia, but not the classic juxtaposition of “civil law” and “common law” influences. If there is to be any serious trace of “common law” influence in Russia, this is a development of the period since 1991 and the outcome of individual law reform undertakings that deliberately drew upon Anglo-American legal

³⁹ See Jerome A. Cohen, “Introduction to Part V”, in John Gillespie and Albert H. Y. Chen, *Legal Reforms in China and Vietnam: A Comparison of Asian Communist Regimes* (2010), p. 271: “... the Soviet model ... continues to rule Vietnam’s legal system from the grave. Yet, although the subject has attracted too little attention, China’s experience in adapting the Soviet legal system to a Confucian/Buddhist tradition that had not been deeply affected by previous importation of Western law proved useful to Vietnam ... Vietnam’s largely unobtrusive borrowing from China’s experience is reminiscent of China’s more visible adoption, in the early decades of the twentieth century, of aspects of the Continental legal model via Japan ... as well as directly from Europe”.

⁴⁰ See Esin Örüçü, “What is a Mixed Legal System? Exclusion or Expansion?”, in Örüçü (ed.), *Mixed Legal Systems at New Frontiers* (2010), p. 77.

experience or upon “common law” elements of European legal institutions and rules. Under any definition of a “mixed legal system”, Russia would constitute one of the most complex (and interesting) examples.

The same would seem to apply to the Asian socialist legal systems. All have been exposed at some moment of their history to at least the importation of Soviet legal experience and Soviet legal models. Generations of jurists from each Asian socialist legal system were educated in the former Soviet Union. Each Asian socialist legal system was the recipient of substantial foreign assistance from the USSR that included legal assistance. At various times and to varying degrees, there were in essence “Soviet legal transplants” introduced into the Asian socialist legal systems, the full measure of which remains to be analyzed. In addition, each Asian socialist legal system contains elements of customary law or traditional law that operate side by side with modern legislation.

6 Eurasianism and Asian Socialist Legal Systems

What constitutes Asia, a question raised at the outset of the present article, and how Russia relates to what constitutes Asia, cannot be overlooked in a discussion of what makes Asian socialist legal systems socialist. After a quarter-century of introducing Western market-orientated legal reforms, for the moment at least Russia has decided not to pursue a closer association with European institutions and would appear to have resiled from any wish to become a member of the North Atlantic Treaty Organization or the European Union. There are strong indications that Russia will join or encourage efforts to disengage in some measure from the effects of decisions of the European Court for Human Rights. There has been simultaneously a revival of interest in two-related notions: Slavonic identity and Eurasianism.

Family of Slavonic Legal Systems. Russians are among the early Slavic peoples,⁴¹ although Belarus and Ukraine figure marginally in most discus-

⁴¹ S. Plokyh, *The Origins of the Slavic Nations: Premodern Identities in Russia, Ukraine, and Belarus* (2006).

sions, if at all,⁴² in comparative law circles with respect to the existence of a Slavonic family of legal systems. A “native, pure, and distinctive Slavic legal system” never came to pass, as Wigmore observed, yet he devoted nearly 80 pages of his treatise on the world’s legal systems to those inhabited principally by Slavs.⁴³ The category of “Slavonic law”, as a term, poses some of the same conundrums that “comparative law” does. There is no country called “Slavonia” and therefore no positive law which purports to govern all peoples of Slavonic ethnic affinity or origin.

Instead we are dealing with an ethnos whose rulers formed sundry entities and allegedly gave expression in their positive-law enactments to Slavonic mores, values, traditions, folkways, and the like. Slavonic law, insofar as expressed in norms, is customary law, or is a body of values reflected in particular formulations of positive State legislation in countries where the Slavonic population is predominant, or is a sub-stratum of natural law founded on the religious principles of Christian Orthodoxy. For some comparatists the concept of a family of Slavonic legal systems falls within a larger classification of the “legal community of the Christian tradition of law”, which includes Slavonic, Romano-Germanic, Common Law, Scandinavian, and Latin American legal families. Jurists of this persuasion emphasize the Christian writings that determine the “spiritual heart”, distinctive features, and, ultimately, the fates of the major legal systems of the world. The Christian roots of individual legal enactments are traced.⁴⁴

Comparative research on Slavonic legal systems originated in the nineteenth century within the Eastern European countries concerned and

⁴² A recent major multi-volume treatise on comparative law begins with the “legal systems of Eastern Europe” and, following introductory chapters on the history and subject-matter of comparative law, devotes chapters to the “national legal systems of the Slavonic world”: Russia, Poland, Czech Republic, Bulgaria, and Croatia. Ukraine and Belarus are not given separate treatment. See V. I. Lafitsky (ed.), *Сравнительное правоведение: национальные правовые системы* [Comparative Law: National Legal Systems] (Moscow, 2012), I, pp. 119–527.

⁴³ J. H. Wigmore, *Panorama of the World’s Legal Systems* (Library ed., 1936), pp. 733–808. Others who singled out “Slavonic law” as a basis for classifying families of legal systems included Adhémar Esmein (1848–1913) and Adolf F. Schnitzer (1889–1989). See A. F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* (2d ed.; 1963).

⁴⁴ See, for example, R. A. Papian, *Христианские корни современного права* [Christian Roots of Contemporary Law] (2002); И. А. Зиубанов, *Христианские основы уголовного кодекса Российской Федерации* [Christian Foundations of the Criminal Code of the Russian Federation] (2007).

eventually became known to western European comparatists.⁴⁵ The pioneer in this field was the Polish legal scholar, W. A. Maciejowski (1793–1883), who published a four volume history of Slavonic legislation between 1832 and 1835. The purpose of this work was to demonstrate that there existed in Europe, in addition to Roman and German law, legislation distinctive in its foundation and original in its development – Slavonic legislation.⁴⁶ The immediate German translation of this work made it accessible to an all-European audience.

Within the Russian Empire, Russian and Ukrainian jurists elaborated his approach. Among these was Nikolai Dmitrievich Ivanishev (1811–1874), who argued persuasively that Russian criminal legislation could only be understood against the background of Slavonic legislation generally. A national school of Slavonic law emerged which led to the conviction that medieval Russian law should be studied by means of comparing it with the law of other Slavonic peoples. M. F. Vladimirskii-Budanov (1838–1916), F. I. Leontovich (1833–1911), I. M. Sobestianskii (1856–1896), Baltazar Bogišić (1834–1908), F. V. Taranovskii (1875–1936), and others became active proponents and followers of the proposition that Slavonic law should be studied comparatively and distinguished from other legal traditions.⁴⁷

In his Ilchester Lectures at Cambridge University in 1900, Fedor Fedorovich Zigel (1845–1921), *professor ordinarius* at Warsaw University, suggested that Slavonic law was the law of an agricultural people and, insofar as the Slavic peoples lived according to their old customs and usages preserved only by tradition, was perhaps nearer to English and

⁴⁵ Among the western comparatists who drew attention to Slavonic law was R. M. Dareste de la Chavanne (1824–1911), who published several articles during the 1880s and collected these in *Études d'histoire de droit* (1889; 2d ed., 1908), later published in Russian as R. Dareste, *Исследования по истории права* [Studies on the History of Law] (reprint ed.; 2012). One modern comparatist believes that the reception of Byzantine legal forms and norms was facilitated the fact that "... in Byzantium itself they were drawn up under the influence of a Slavonic element". V. N. Siniukov, *Российская правовая система: Введение в общую теорию* [Russian Legal System: Introduction to General Theory] (2d ed.; 2010), p. 106.

⁴⁶ W. A. Maciejowski, *История славянских законодательств* [History of Slavonic Legislation] (Moscow, 1958), I, p. 3. A German translation was published at once. See Maciejowski, *Slavische Rechtsgesichte*, transl. from the Polish by F. J. Buss and M. Navrocki (Stuttgart, 1835–1839). 4 vols.

⁴⁷ See, generally, M. A. Damirli, "Comparative-Legal Science in Ukraine: Theoretical-Methodological Traditions", *Journal of Comparative Law*, VIII (2013), pp. 1–44.

American law than to the law of continental Europe. In his view the rules of Slavonic law were more independent of Roman and canon law than in Europe. The Slavs elaborated their legal rules themselves; the undoubted substantial influence of foreign ideas was confined to ideas and did not affect the legal rules themselves.⁴⁸

The fundamental approach developed by Russian, Ukrainian, and other comparatists during the nineteenth century is mostly shared by their modern colleagues who support the idea of a family of Slavonic law and legal systems. They believe that Slavonic law is where “Christian values find their fullest embodiment”.⁴⁹ The Slavs, they observe, are the largest and probably the most ancient ethnos in Europe, today comprising about one-third of the inhabitants there. They believe that Slavonic law is developing during recent decades at the greatest rate, increasingly exerting more influence on other Christian legal families.

Specific features of Slavonic law, including, in this view, Russian and Ukrainian law, are identified as a distinctive relationship among the State, the law, and the citizenry which emphasizes (notwithstanding historical experience to the contrary) the depersonalization of authority, a non-class and non-estate organization of society, and an unusually strong sense of collectiveness and community. Economic development, in this view, has proceeded on the basis of collective forms of economic management expressed in the peasant community, *artel*, agricultural cooperative, labor democracy, traditions of local self-government, and others. The individual has a special type of social status in which collectivist elements predominate in legal consciousness and a sharp line is not drawn between the individual (and individualism) and the social State.

⁴⁸ See F. Sigel, *Lectures on Slavonic Law* (London, 1902).

⁴⁹ Lafitskii, note 42 above, I, p. 200. But compare D. V. Lukianov, “Religious Legal Systems: Features and Classifications”, in Butler, Kresin, and Shemshuchenko, note 36 above, pp. 304–317. Legal systems in the Christian tradition are not singled out by Lukianov. Also see, with emphasis on the religious dimension, the dissertation by M. Iu. Riazanov, *Слов'янське право і слов'янська правова культура: загальнотеоретичний аспект* [Slavonic Law and Slavonic Legal Culture: Fundamental Theoretical Aspect] (Odessa, 2013): “... Slavic legal culture as a culture with general religious penetration in the form of Orthodoxy, the complex of religious and ethical factors that define a special (Slavic) outlook, a special world of spirituality – the Slav’s sense of justice and legal mentality; law is always synonymous with righteousness, truth, and justice”.

Eurasianism and Asian Socialist Legal Systems. At first glance, the notion of Slavonic legal systems would appear to preclude any interest or concern with respect to Asian legal systems, none of which are Slavonic in origin or nature. As it happens, however, doctrines of Eurasianism are indebted to many of the same intellectual forces that reinvigorated interest in Slavonic law. Since about 2011 there has emerged a pronounced Russian “pivot to the East”. Economic communities that existed as essentially “customs unions” were reorganized and endowed with broader functions under the guise of being “Eurasian” in membership and scope. Belarus, Kazakhstan, and Russia were joined by Kyrgyzia and Armenia, with other Central Asian members in prospect. This is a legal framework that the European Union regards as inconsistent with membership in or even close association with the European Union.

The notion of Eurasia was elaborated in the early 1920s by patriotic Russian émigrés who found themselves exiled from their home country and sought to find an alternative to Bolshevism that would secure for Russia a major role in the international community as a powerful State.⁵⁰ Two individuals closely associated with Eurasianism were Petr Nikolaevich Savitskii (1895–1968) and Prince Nikolai Trubetskoi (1890–1938),⁵¹ both devoted to their language, culture, and the Eastern Orthodox Church. The movement was and is not regarded as racial or ethnic, but rather as a vision of a “unique, economically self-sufficient continent dominated by Russia”⁵² – the continent for these purposes being roughly that of the Russian Empire prior to 1914; that is, encompassing the Central Asian States as an integral part thereof.⁵³ In its original version the doctrine is regarded as opposed to Eurocentrism, as anti-Western in substance, and as requiring Russia to formulate and

⁵⁰ See the essays in M. Bassin, S. Glebov, and M. Laruelle (eds.), *Between Europe and Asia: The Origins, Theories, and Legacies of Russian Eurasianism* (2015).

⁵¹ As part of a series of books entitled the “Eurasian Path”, founded in 2015, twenty-five collected papers of Trubetskoi were assembled without any introductory preface or annotations and on some occasions reprinted without any reference to the original source. See N. S. Trubetskoi, *Евразийство. Избранное* [Eurasianism: Selected Works] (2015).

⁵² See Lesley Chamberlain, “New Eurasians”, *Times Literary Supplement*, 15 September 2015, p. 14, col. 4.

⁵³ “The conception of Eurasianism was created in order to overcome the linguistic limitation of the conception of Slavic unity and to impart a more global character to it, for Eurasianism is based not on linguistic, but on continental, unity”. See Koziubra, note 16 above, p. 237.

elaborate a position in the world community that does not share the full foundations of western democracy and liberty.

The gravitation towards the East, if perpetuated, cannot fail to have implications for the legal development of the Asian socialist legal systems and their Central Asian siblings.

7 Asian Socialist Legal Systems with National Characteristics

For all of the undoubted influence of the Soviet legal model upon the legal systems of Central Asia, China, Laos, Mongolia, North Korea, and Vietnam, those legal systems were never clones of the Soviet legal system. Adaptations of greater or lesser moment were introduced from the outset. By the 1980s, China was describing itself as a “socialist legal system with Chinese characteristics”⁵⁴ – a euphemism that asserted and rationalized departures in legal structures and law reform which distinguished the Chinese (and other Asian legal systems) from the Soviet and Central European versions.⁵⁵

The rationales differed from one to another, but insofar as can be determined (and this deserves closer study) their differences lay in divergent national experiences, cultures, languages, social systems, traditions rather than in elements common to Asian socialist legal systems but distinct from European socialist legal systems. Mongolia for some time was touted as a potential model for third-world countries that had not experienced an industrial revolution. The Mongolian model was “transition to socialism while bypassing capitalism”; this, however, seems never to have been a principle that was espoused by the other Asian socialist legal systems, although possibly the Chinese Soviet Republic during the early 1930s flirted with the substance of the principle.

⁵⁴ See W. E. Butler, “China in the Family of Socialist Legal Systems”, *China Now*, no. 91 (July/August 1980), pp. 11–14; id, “The Chinese Soviet Republic in the Family of Socialist Legal Systems”, in Butler, note 6 above, pp. 1–6.

⁵⁵ Leaving us with the perplexing but challenging analytical perspective: is China, for example, a socialist legal system with Chinese characteristics, or a Chinese legal system with socialist characteristics?

8 Conclusions

Classifications of legal systems into “families” or other categories are an exercise in the application of the comparative method. Each classification offers insight into what are perceived to be meaningful distinctions and similarities within and between the groups identified. However, these distinctions and similarities are not fixed, not permanent; indeed, they appear to be experiencing constant change, sometimes rapidly, sometimes gradually. Nor are they physically tangible; they are not *res*, a thing, something one can hold or inspect, or subject to chemical or physical analysis. Depending therefore upon the nature and purpose of the categorization, a legal system or parts thereof may possess characteristics or indicia that fall into multiple categories of legal systems. No scientific canon precludes an analytical framework that illuminates the multi-facetedness of a system of law and its components. Legal systems may be reasonably regarded as “members” simultaneously of several families, depending upon the criteria for identifying one or the other.⁵⁶ Given the pace and nature of change, these are necessarily tentative or conditional classifications whose constituency may change or which may outlive their usefulness. The “validity” turns upon the quality of insight each offers into the domain of law, not upon a preordained function or purpose within.

The concept of legal families is merely an application of a broader comparative principle, that legal systems on this planet can be grouped into various categories that share distinct common features and that we find such categories instructive in better understanding the nature of law, legal institutions, legal processes, legal traditions, legal cultures – anything useful that we can learn about law. The Asian socialist legal systems are no exception. They deserve analysis in their own right, but they are not a static category. Doubtless they deserve consideration from various vantage points, each of which will be instructive in illuminating aspects of their place on the legal map of the world.

A residual issue remains from the past: whether Asian socialist legal systems can be plausibly compared with other legal systems or families within the traditional framework of comparative law. John Hazard doubted this in the 1960s:

⁵⁶ Indeed, some national legal systems constitute “mini-families”, being composed of multiple legal orders (Common Law, canon law, *lex mercatoria*, admiralty, civil law) which operate simultaneously within State boundaries. For some purposes these are labeled “mixed legal systems”, as noted above.

Traditional methods of comparing legal systems fail the analyst who seeks to establish the distinguishing features of the family of Marxian socialist legal systems. The methods of finding and applying law have been the criteria of comparatists for nearly three-quarters of a century. The Anglo-American and Romanist systems have usually been distinguished by differing concepts of sources of law and by contrasting attitudes of judges, clustered around the core concept of the role of the judicial decisions in the legal process ... Judges by these criteria the family of Marxian socialist legal systems offers no novelty. Its method is the method of the Romanist, although to a distinguished Islamic scholar skilled in the comparison of laws, there is also an element of holy writ technique in the Marxist system.

Because the family of Marxist systems offers no novelty in attitudes taken toward sources of law or in attitudes shown by judges toward these sources, it has lost the interest of some professors of law engaged in the comparison of legal families as such.⁵⁷

There is a certain ironic justice in the question addressed by this article. The Asian socialist legal systems have become the common core of the socialist legal family, whereas when as late as 1967 it was still the Soviet practice to name and rank those States that were within the socialist legal family and those without, China was not included on the list of countries "building socialism" at the time (nor was Albania).⁵⁸ Mongolia, North Korea, and Vietnam were included on the List.

It should be noted, at least in passing, that there is a counter-thesis implicit in the analysis above. Reduced to its simplest, it would suggest that perhaps rather than inquiring into socialist legal systems with, say, Chinese characteristics, one should instead be pursuing Chinese law with socialist characteristics. The kaleidoscope would permit both lines of inquiry to be undertaken simultaneously.

⁵⁷ Hazard, note 13 above, pp. 520–521. Harold J. Berman remarked in 1971: "It is becoming harder and harder to find any single characteristic that is common to the legal systems of the 14 countries generally called Communist". Berman, note 20 above, p. 26.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 520: "Neither the Chinese nor the Albanian Communists have been ranked as meeting the supreme requirements. The Moscow guardians of the socialist commonwealth have drawn a line semantically between the twelve that maintain among themselves 'eternal, indestructible friendship and cooperation,' and the Albanian and Chinese peoples, who are said to exist only in a state of 'friendship and cooperation' with the others. The Chinese would rank the same group in reverse order, placing Yugoslavia outside the family and the USSR in the position of a state on its way out".

Anders Eriksson

EU:s flygpassagerarförordning – en misslyckad del av vår lagstiftning?

1 Bakgrund

Flygpassagerares rättigheter regleras i svensk rätt av ett snårigt system av inhemsk lagstiftning i förening med internationella regleringar. I lagen (2010:510) om lufttransporter finns dels bestämmelser som anger att vissa EU-förordningar gäller i stället för svensk lag (se 3 § i lagen), dels bestämmelser som kompletterar dessa EU-förordningar (se 12–18 §§ i lagen). Men det finns också bestämmelser i den lagen som medför att vissa delar av internationella regleringar vid sidan av EU-rätten ska gälla som svensk lag. I första hand avses den s.k. Montrealkonventionen, dvs. konventionen den 28 maj 1999 om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter (se 4 § lagen om lufttransporter). I vissa fall ska i stället äldre svensk lagstiftning som bygger på den s.k. Warszawakonventionen (konventionen den 12 oktober 1929 rörande fastställande av gemensamma bestämmelser i fråga om internationell luftbefordran) tillämpas.¹

För flygresor inom Sverige tillämpas EU-förordningarna och Montrealkonventionen. Det gäller oavsett om det är ett svenskt lufttrafikföretag eller ett utländskt sådant som utför eller enligt avtal med resenären ska utföra transporten.² För flygresor mellan två länder inom EU gäller EU-

¹ Ett problem med det är att den konventionen ska gälla i olika lydelse för olika lufttransporter.

² Det finns dock vissa undantag såvitt gäller Montrealkonventionen, se 5 § andra stycket lagen om lufttransporter.

förordningarna och Montrealkonventionen. För andra fall får det undersökas från fall till fall vilka regler som gäller.³

En av de EU-förordningar som behandlar flygpasagerares rättigheter är Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91. I det följande använder jag uttrycket passagerarförordningen för att beteckna den förordningen.

I den här uppsatsen ska jag behandla några av de frågeställningar som passagerarförordningen ger upphov till.

2 För vilka flygtransporter gäller passagerarförordningen?

Passagerarförordningen ska tillämpas för passagerare som reser från en flygplats belägen inom en EU-medlemsstats territorium där EU-fördragets bestämmelser är tillämpliga. Den ska också tillämpas för passagerare som reser från en flygplats som ligger i en icke EU-stats territorium till en flygplats belägen i en EU-stats territorium där EU-fördragets bestämmelser är tillämpliga. I sistnämnda fall krävs dock också att det lufttrafikföretag som utför flygningen är ett EG-lufttrafikföretag (se artikel 3 punkt 1). Förordningen ska dock i sistnämnda fall inte tillämpas om passageraren fått förmåner eller kompensation samt assistans i det land från vilket flygningen avgick.⁴

En fråga som uppkommer är vad som gäller om en passagerare har en tur- och returbiljett för en flygning från en EU-stat till en icke EU-stat med ett lufttrafikföretag som inte är ett EG-lufttrafikföretag. Ska fram- och återresan då anses utgöra en och samma flygning eller ska de båda

³ Eftersom den här framställningen bara ska beröra en av EU-förordningarna går jag inte närmare in på vad som gäller i dessa andra fall. Den som vill skaffa sig en överblick över vad som gäller i de olika fallen hänvisas att läsa min bok *Flygpasagerares rättigheter*, utgiven 2013 på Karnov Group Sweden AB.

⁴ Allmänna reklamationsnämnden har i ett avgörande (ARN ärende 2006-0935) funnit att ett EG-lufttrafikföretag som nekat passagerare ombordstigning vid en flygning från en icke EU-stat till en EU-stat är skyldigt att betala ersättning till passagerarna när den ersättning som dessa fått på avreseorten varit avsevärt lägre än den som följer av bestämmelserna i flygpasagerarförordningen.

resorna anses utgöra två separata flygningar? Om det ska anses att det är fråga om två separata flygningar blir ju resultatet att framresan faller under passagerarförordningens bestämmelser medan återresan inte gör det. EU-domstolen har i en dom i mål C-173/07 funnit att de båda resorna ska bedömas var för sig. Det gäller enligt domstolen även om båda flygresorna omfattas av en och samma bokning.

Ett problem som uppstått är att avgöra om en flygning från en EU-stats territorium till en destination utanför EU med mellanlandning och flygplansbyte i en icke EU-stat ska omfattas av förordningens bestämmelser, då inställd flygning eller försening inte avser den första utan den andra delsträckan.

Allmänna reklamationsnämnden (ARN) har behandlat den frågan i ärende 2017-05137, som gällde en försenad flygning där förseningen uppstod på den andra delsträckan. Nämnden anförde att det var avgörande om flygningen på de båda sträckorna skulle uppfattas som en enda flygning eller två flygningar. Nämnden framhöll att någon definition av begreppet flygning inte fanns i passagerarförordningen och att det nog uppfattats som en brist eftersom EU-kommissionen i ett pågående arbete med att revidera förordningen föreslagit en regel med en sådan definition. Nämnden framhöll att det förslaget innebar att med flygning skulle avses ”en lufttransport mellan två flygplatser, varvid uppehåll under resan som görs av enbart tekniska eller operativa skäl inte ska beaktas”.

Nämnden noterade därefter att Svea hovrätt ansett att passagerarförordningen var tillämplig när en resenär rest från en flygplats i en EU-stat till en flygplats utanför EU med mellanlandning utanför EU, trots att den försening som drabbat resenären uppstått på den delsträcka som gick mellan de båda flygplatserna utanför EU (se Svea hovrätts dom den 7 mars 2017 i mål FT 7211-16).

Nämnden anförde därefter följande.

”EU-domstolen har slagit fast att eftersom det i förordningen inte finns någon definition av begreppet flygning ska det begreppet tolkas mot bakgrund av samtliga bestämmelser i förordningen och det eftersträvade syftet med förordningen.⁵ Av punkt 4 i preambeln till EU-förordningen framgår att syftet med förordningen är att stärka passagerarnas rättigheter och att se till att lufttrafikföretagen ska verka under lika villkor på en liberaliserad marknad. I domen uttalar domstolen vidare att med begreppet flygning i EU-förordningens mening ska förstås huvudsakligen en lufttransport som

⁵ EU-domstolens dom den 10 juli 2008 i mål C-173/07.

kan anses som en *enhet* och som utförs av ett lufttrafikföretag som bestämmer sin färdväg.

EU-domstolen har behandlat frågan om hur det avstånd ska mätas som avgör vilken storlek den kompensation som passagerare kan bli berättigade till ska ha. I domen konstateras att avståndet vid flygtransporter med mellanlandningar ska mätas från avreseorten till den slutliga destinationen och inte längs den väg via mellanlandningsorten som flygtransporten gått. Som skäl anför domstolen att det finns en likabehandlingsprincip som innebär att passagerare som avreser från avreseorten till slutdestinationen ska behandlas lika, oavsett vilken resväg de haft.⁶

Nämnden konstaterade sedan att passagerare som flyger mellan Sverige och en slutdestination utanför EU skulle komma att behandlas olika beroende på om mellanlandning sker utanför EU eller inte, om man skulle anse att varje deltransport på en sådan flygsträcka skulle vara en flygning för sig. Om förseningen i mellanlandningsfallet berodde på händelser på slutdestinationen, skulle de passagerare som flyger utan mellanlandning få kompensation enligt EU-förordningen (förutsatt att förutsättningarna för det i övrigt var uppfyllda) medan passagerare med mellanlandning inte skulle få någon kompensation. Ett sådant synsätt skulle enligt ARN innebära att likabehandlingsprincipen frångicks. Eftersom de flygbolag som flyger direkt till slutdestinationen i hög utsträckning är EG-lufttrafikföretag skulle det missgynna dessa i förhållande till lufttrafikföretag som är hemmahörande i stater på mellanlandningsorter. Det skulle enligt nämnden innebära att företagen inte kunde verka under lika villkor. Det talade enligt ARN för att hela transporten mellan den första avreseflygplatsen och slutdestinationen skulle anses utgöra en enda flygning, oavsett om det förekom någon mellanlandning eller inte. Det förutsatte dock att hela transporten från den första avreseorten till slutdestinationen utfördes av ett och samma lufttrafikföretag.

De förutsättningar för förordningens tillämplighet som nu angetts är emellertid inte ensamma tillräckliga. Det finns ytterligare förutsättningar som måste vara uppfyllda.

För det första krävs det att passageraren har en bekräftad platsreservation på den aktuella flygningen. Enligt artikel 2 punkt g i förordningen avses med platsreservation att ”passageraren har en biljett eller annat bevis som visar att platsreservationen har godkänts och registrerats av

⁶ EU-domstolens dom den 7 september 2017 i mål C-559/16.

lufttrafikföretaget eller researrangören”. Det citerade avsnittet i artikel 2 punkt g har ansetts oklart. Syftar relativbisatsen bara på ”annat bevis” eller också på ”biljett”? Frågan har prövats av Allmänna reklamationsnämnden i ärende 2010-6081. Nämnden fann, efter att ha studerat andra språkversioner av förordningen (särskilt den tyska), att relativbisatsen syftade på både ”biljett” och ”andra bevis”.

En ytterligare förutsättning för att förordningen ska tillämpas är att passageraren har checkat in till flygningen på föreskrivet sätt och vid den tidpunkt som lufttrafikföretaget, researrangören eller en auktoriserad resebyrå skriftligen angett i förväg.⁷ Har ingen tid angetts, ska incheckningen ha skett senast 45 minuter före angiven avgångstid.

Förordningen ska inte tillämpas på passagerare som reser gratis. Den ska inte heller tillämpas på passagerare som reser till ett reducerat biljettpris som inte är tillgängligt för allmänheten. Om biljetten erhållits genom ett av lufttrafikföretaget eller researrangören anordnat bonussystem eller annat kommersiellt program gäller dock förordningen (se artikel 3).

Det är inte bara resor med s.k. reguljärt flyg utan också resor med s.k. charterflyg som omfattas av förordningens bestämmelser.

3 Vad omfattar förordningen?

Enligt artikel 1 i förordningen ”fastställer” den minimirättigheter för flygpasagerare i tre fall, nämligen vid ”nekad ombordstigning mot deras vilja”, inställd flygning och försenad flygning. Man skulle därför kunna tro att förordningen reglerade bara sådana fall där någon av dessa situationer föreligger. Så är dock inte fallet. I artikel 10 finns bestämmelser som inte anknyter till något av dessa tre fall.⁸ Artikeln handlar i stället om ”uppträdning och nedgrädning”. Om det lufttrafikföretag som utför flygningen placerar passageraren i en högre klass i förhållande till biljettpriset, får lufttrafikföretaget enligt artikel 10 punkt 1 inte ta ut något pristillägg för det. Om lufttrafikföretaget i stället placerar passageraren i en lägre klass än vad passageraren betalt för, ska lufttrafikföretaget inom sju dagar ersätta passageraren med 30 procent av dennes biljettkostnader för alla flygningar på 1 500 km eller mindre. Är flygningen inom EU men längre än 1 500 km ska ersättningen vara 50 procent av biljett-

⁷ Det kravet gäller dock inte vid inställd flygning.

⁸ Man kan fråga sig varför det inte sägs något i artikel 1 om det som artikel 10 innehåller. Artikel 1 blir enligt min mening lite missledande.

kostnaden.⁹ Detsamma gäller alla andra flygningar på mellan 1 500 och 3 500 km.

Är flygningen 3 500 km eller längre ska ersättningen vara 75 procent av biljettkostnaden.

I Allmänna reklamationsnämndens ärende 2018-01980 prövades frågan om fyra resenärer som fått resa i en lägre klass än de betalt för var berättigade till ersättning enligt artikel 10. Flygningen utfördes av ett charterreseföretags egna flygbolag. Charterreseföretaget hävdade att passagerarförordningen inte var tillämplig eftersom det inte rörde sig om nekad ombordstigning, inställd flygning eller försenad flygning. Nämnden konstaterade dock att bestämmelserna i artikel 10 var tillämpliga och fann att resenärerna var berättigade till ersättning i den omfattning som följer av artikel 10.¹⁰

4 Vem bär ansvaret enligt förordningen?

Ansvaret enligt förordningen bärs av det lufttrafikföretag som utför eller avser att utföra flygningen. Det gäller inte bara vid reguljära flygresor utan också vid s.k. paketresor där ett charterreseflygbolag eller ett annat flygbolag utför eller avser att utföra flygningen (se förordningens preambel punkt 5). I Allmänna reklamationsnämndens ärende 2010-3531 hade resenären riktat sitt anspråk om kompensation enligt förordningens bestämmelser mot charterresearrangören. Nämnden fann att kravet bort riktas mot flygbolaget som utfört flygningen och avslag därför kravet mot researrangören.¹¹

Förordningen anger att med lufttrafikföretag som utför flygningen avses ett lufttrafikföretag som utför eller avser att utföra en flygning enligt ett avtal med en passagerare eller som ombud för en annan juridisk

⁹ Det finns undantag, se artikel 10 punkt 2.

¹⁰ Ansvaret enligt förordningen ska, som kommer att framgå av det följande, bäras av det lufttrafikföretag som utför eller avser att utföra flygningen. Ett problem i ärendet var att resenärerna inte vänt sig mot charterflygbolaget utan mot researrangören. Den sistnämnde gjorde dock ingen invändning i ärendet om det utan svarade i ärendet som om researrangören representerade även flygbolaget. Båda företagen ingick i samma koncern. Nämnden fann trots det att researrangören inte kunde åläggas något ansvar.

¹¹ I nämndens ärende 2010-5726 hade kravet riktats mot flygbolaget som dock invände att kravet bort riktas mot researrangören. Nämnden fann dock att det var flygbolaget som bar ansvaret och som skulle betala kompensationen.

eller fysisk person som har ett avtal med denna passagerare (se artikel 2 punkt b; jfr preambeln punkt 7).

Ett problem i detta sammanhang är att det inte alltid är det flygbolag som sålt biljetten som också utför eller avser att utföra flygningen. Många resenärer har nog upplevt att de köpt flygbiljetten av ett flygbolag men upptäckt när de fått biljetten att det på denna anges att flygningen utförs av ett annat flygbolag än det som ställt ut biljetten. Det kan också förekomma att ett flygbolag som tvingas ställa in en flygning med ett eget flygplan hyr in flygplan och besättning från ett annat flygbolag för att kunna genomföra flygningen. EU-domstolen har nyligen i en dom i mål C-532/17 slagit fast att det i en sådan situation inte är det inhyrda flygbolaget som ska anses vara det som utför eller avser att utföra flygningen. Det är i stället det inhyrande flygbolaget som ska vara det. I domen anför domstolen (se p. 20 i domen) att ”det är det lufttrafikföretag som inom ramen för sin passagerarflygverksamhet beslutar att genomföra en flygning – vilket innefattar att fastställa dess färdväg – och därigenom att skapa ett erbjudande om lufttransport riktat till berörda personer som ska anses utgöra det lufttrafikföretag som utför flygningen. Ett lufttrafikföretag som fattar ett sådant beslut åtar sig nämligen ansvaret för genomförandet av den aktuella flygningen, vilket bland annat innefattar att den eventuellt blir inställd eller kraftigt försenad vid ankomsten.”

Det är inte helt klart vilken räckvidd detta avgörande av EU-domstolen får. Om ett flygbolag säljer en biljett av vilken det framgår att flygningen ska utföras av ett annat flygbolag med vilket det biljettutställande flygbolaget har samarbete, borde enligt min uppfattning det flygbolag som faktiskt utför flygningen anses vara ansvarigt enligt förordningen vid t.ex. en inställd flygning. Mer tveksamt kan det bli vid s.k. codeshare om det av biljetten synes framgå att flygningen ska utföras av det biljettutställande flygbolaget men den i praktiken utförs av ett annat flygbolag som det biljettutställande bolaget samarbetar med. I det fallet anser jag att det biljettutställande bolaget bör få bära ansvaret.

Frågan är också hur man bör uppfatta ombokningsfallen? Om passageraren ombokas till ett annat flygbolag på sådant sätt att passageraren enligt fastställd tidtabell ska komma fram mindre än tre timmar efter den ursprungligen avsedda ankomsttiden till destinationen, men den flygning till vilken ombokning skett försenas så att passageraren kommer fram mer än tre timmar försenad, vilket flygbolag ska då anses ha utfört flygningen? I Allmänna reklamationsnämndens praxis har nog hittills an-

setts att det är det flygbolag till vars flygning passageraren ombokats som bär ansvaret i detta fall, se t.ex. nämndens beslut i ärende 2011-2145.

5 Passagerares rätt till ekonomisk kompensation

Enligt passagerarförordningen har en passagerare – utan att behöva påvisa någon ekonomisk skada – rätt till ekonomisk kompensation om en flygning ställs in. Kompensationens storlek är beroende av hur lång den inställda flygningen skulle varit. För flygningar på högst 1 500 kilometer är beloppet 250 euro. Den är 400 euro för alla flygningar inom gemenskapen på mer än 1 500 kilometer och för alla övriga flygningar på mellan 1 500 och 3 500 kilometer. Kompensationen blir 600 euro för alla övriga flygningar.¹²

Förordningstexten anger att *flygningens* längd ska vara avgörande för kompensationens storlek. Texten talar alltså om flygningens avstånd, inte om avståndet mellan avreseorten och den slutliga destinationsorten. Jag har tidigare påpekat att det enligt normal lagtolkning borde innebära att om avsikten varit att det aktuella flygplanet skulle flyga mellan Stockholm och Moskva med mellanlandning i Köpenhamn så borde förordningstexten innebära att avståndet mellan flygplatsen i Stockholm och flygplatsen i Köpenhamn lades samman med avståndet mellan flygplatsen i Köpenhamn och flygplatsen i Moskva.¹³ EU-domstolen har dock – enligt min mening helt i strid med förordningstexten – ansett att det avstånd som ska ligga till grund för kompensationens storlek ska vara avståndet mellan avreseorten och den slutliga destinationsorten, alltså i exemplet avståndet mellan flygplatsen i Stockholm och flygplatsen i Moskva (se EU-domstolens dom i mål C-559/16).

Avståndet ska beräknas enligt den s.k. storcirkelmetoden (s.k. ortodromisk linje). Det innebär i princip att avståndet ska beräknas efter den s.k. fågelvägen.

¹² Det finns vissa förutsättningar som om de är uppfyllda kan medföra en halvering av kompensationsbeloppen, se artikel 7 punkt 2. Det finns också vissa undantag som medför att rätten till kompensation kan falla bort om passageraren viss tid före den avsedda avgången underrättats om att flygningen är inställd, i vissa fall dock bara om passageraren erbjudits ombokning som uppfyller vissa förutsättningar. Se artikel 5!

¹³ Se Anders Eriksson, Flypassagerares rättigheter, 2013, s. 37.

Kompensation enligt de nu nämnda normerna ska också betalas av lufttrafikföretaget om det nekar en passagerare ombordstigning. Med nekad ombordstigning avses i passagerarförordningen vägran att transportera en passagerare på en flygning, trots att passageraren har infunnit sig för ombordstigning på föreskrivet sätt, dock inte i sådana fall då det funnits rimliga skäl att neka ombordstigning, t.ex. av hälso- eller säkerhetsskäl eller på grund av att passagerarens resehandlingar är ofullständiga (se artikel 2 punkt j). Det innebär t.ex. att det inte är frågan om nekad ombordstigning i förordningens mening, när vägran avser en passagerare som vid gaten inte kan visa upp giltigt visum för inresa i destinationslandet i sådana fall då sådant visum inte kan utfärdas vid ankomsten till destinationen.

I fall då det vid avsedd ombordstigning visar sig att det finns fler passagerare med bekräftad platsreservation på flygningen än vad det finns platser i flygplanet och därför några passagerare måste vägras ombordstigning kan det bero på t.ex. en medveten överbokning eller att lufttrafikföretaget av någon anledning tvingats byta ut det ursprungligen för flygningen avsedda flygplanet mot ett mindre. Vad orsaken är spelar emellertid ingen roll för frågan om kompensation.

Det förekommer att ett lufttrafikföretag vägrar ombordstigning med motiveringen att det inte finns någon plats ledig på flygplanet i den klass som passageraren hade biljett till. Om det t.ex. rör sig om en passagerare som har biljett i ekonomiklass, får dock lufttrafikföretaget inte neka denna passagerare ombordstigning om det finns lediga platser i första klass.

När det gäller nekad ombordstigning finns det en oklarhet i förordningen. Den rör frågan om förordningens bestämmelser är tillämpliga bara i fall där antalet passagerare överstiger antalet tillgängliga platser på flygplanet eller om förordningens bestämmelser också avser andra fall av nekad ombordstigning. I bestämmelserna i förordningen i artikel 4 sägs inte uttryckligen att de bara gäller det förstnämnda fallet. Man får ändå intrycket av den artikeln i förening med förordningens preambel punkt 9 att avsikten har varit att begränsa tillämpningen till det fallet. I artikel 4 anges de åtgärder som lufttrafikföretaget ska vidta i syfte att minska antalet passagerare på planet till det antal som ryms på detta. Punkt 9 i preambeln innehåller uttryck som har samma syfte. Jag har därför tidigare dragit slutsatsen att förordningens bestämmelser om nekad ombordstigning bara gäller det fallet när antalet passagerare med bekräftad platsreservation på flygningen är större än vad flygplanet rymmer.

Skulle däremot en passagerare nekas att stiga ombord av annan anledning, skulle då passagerarförordningen inte vara tillämplig.¹⁴ Det kan i detta sammanhang finnas anledning att också peka på bestämmelserna i artikel 2 punkt j. Som jag redan nämnt anges i den punkten att med nekad ombordstigning i förordningens mening inte avses fall då det finns rimliga skäl att neka ombordstigning, t.ex. av hälso- eller säkerhetsskäl. Sådana fall omfattas alltså inte av förordningens bestämmelser om bl.a. ekonomisk kompensation.

En märklig miss i passagerarförordningen är att den inte innehåller några bestämmelser om ekonomisk kompensation till passagerare vid försenad flygning. Om en flygning ställs in och passageraren bokas om till en annan flygning medför det ofta att passageraren kommer fram försenad till sitt resmål. I den situationen får passageraren ekonomisk kompensation enligt förordningen. Vanligare är emellertid att flygningen trots allt genomförs men försenas.

EU-domstolen har reparerat denna brist i förordningen. I en uppmärksammas dom i de förenade målen C-402/07 och C-432/07 har domstolen fastslagit att passagerare vid försening kan åberopa rätten till ekonomisk kompensation enligt de ovan redovisade beloppsreglerna, om passagerarna till följd av förseningen nått sin slutliga destinationsort tre timmar eller mer efter den ankomsttid som ursprungligen fastställdes av lufttrafikföretaget.

6 Undantag vid ombokning

Enligt artikel 5 punkt 1.c.iii i passagerarförordningen ska en passagerare vid inställd flygning ha rätt till ekonomisk kompensation enligt artikel 7 av det lufttrafikföretag som utför flygningen såvida inte passageraren efter underrättelsen om inställd flygning erbjuds ombokning så att passageraren kan avresa högst en timme före den tidtabellsenliga avgångstiden (för den inställda flygningen) och nå sin slutliga bestämmelseort senast två timmar efter den tidtabellsenliga ankomsttiden. Bestämmelsen har ansetts medföra en oklarhet i förhållande till bestämmelser i artikel 7 i förordningen. I sistnämnda artikel anges att vid hänvisning till den artikeln ska passagerare få ekonomisk kompensation med de förut nämnda beloppen 250 euro, 400 euro eller 600 euro beroende på flygningens längd. I

¹⁴ Se Anders Eriksson, *Flygpassagerares rättigheter*, 2013, s. 39. Där behandlas också frågan vilka regler som då i stället blir tillämpliga.

artikel 7 punkt 2 anges dock också att kompensationen kan sättas ned till 50 % i vissa fall. Det är bl.a. om passageraren erbjuds ombokning till den slutliga bestämmelseorten med en alternativ flygning i enlighet med artikel 8 och ankomsttiden för denna alternativa flygning inte överstiger den tidtabellsenliga ankomsttiden för den ursprungligen bokade flygningen med två timmar för alla flygningar på 1 500 kilometer eller mindre.¹⁵

ARN har i ärende 2018-02992 behandlat förhållandet mellan artikel 5 punkt 1.c.iii och artikel 7. I sitt beslut anger ARN att artikel 5 punkt 1.c.iii inte kan ”anses stadga annat än att ett flygbolag inte omedelbart behöver betala kompensation när en resenär ges ett erbjudande om ombokning i enlighet med artikel 5 punkt 1.c.iii. Enligt nämnden gäller att om resenären sedan faktiskt försenas i enlighet med artikel 7 punkt 2 ska resenären få kompensation, dock bara med halva beloppet. I ärendet hade en flygning ställts in och passageraren ombokats så att han avreste 15 minuter försenad och nådde sin slutdestination mindre än två timmar efter den inställda flygningens tidtabellsenliga ankomsttid till slutdestinationen. Eftersom flygningens längd understeg 1 500 kilometer fann nämnden att passageraren hade rätt till halv kompensation enligt artikel 7 (125 euro).

Enligt min mening är det tveksamt om nämnden kommit fram till rätt slutsats. Av artikel 5 framgår förutsättningarna för att artikel 7 ska vara tillämplig. Där anges att passagerare vid inställd flygning har rätt till kompensation enligt artikel 7 såvida inte passageraren erbjuds ombokning så att avresa kan ske högst en timme tidigare och ankomst till slutdestinationen sker senast två timmar senare än som skulle ske med den inställda flygningen. Om sådan ombokning sker ska enligt artikel 5 någon tillämpning av artikel 7 inte komma i fråga. Det framgår för övrigt också av de inledande orden i artikel 7. Där står det ”Vid hänvisning till denna artikel ska passageraren få kompensation ...”. När ombokningsundantaget i artikel 5 är tillämpligt sker det i artikel 5 ingen hänvisning till artikel 7. Enligt min mening är artikel 7 inte över huvud taget tillämplig i sådana fall då ombokningsundantaget i artikel 5 är uppfyllt. I ARN:s ärende 2018-02992 borde därför enligt min mening utgången ha blivit att nämnden avslagit passagerarens krav på att få kompensation enligt artikel 7.

¹⁵ I artikel 8 anges att passageraren vid inställd flygning ska ges rätt att välja mellan återbetalning av biljettpriset eller ombokning.

7 Undantaget avseende extraordinära omständigheter

Rätten till ekonomisk kompensation vid inställd eller försenad flygning kan undantagsvis falla bort. Enligt artikel 5 punkt 3 i passagerarförordningen ska nämligen lufttrafikföretaget inte vara skyldigt att betala ekonomisk kompensation till passagerare enligt artikel 7 vid inställd flygning, om lufttrafikföretaget kan bevisa att den inställda flygningen beror på extraordinära omständigheter som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits.¹⁶

Enligt förordningen gäller undantaget för extraordinära omständigheter bara vid inställd flygning men EU-domstolen har i den förut nämnda domen i de förenade målen C-402/07 och 432/07 slagit fast att undantaget också är tillämpligt vid försenad flygning.

Det kan först slås fast att det är lufttrafikföretaget som har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt. Det ska bevisa att det varit extraordinära omständigheter som gjort att flygningen ställts in eller försenats. Därutöver ska lufttrafikföretaget också bevisa att dessa extraordinära omständigheter inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits. För att kunna anses vara extraordinära krävs i princip att det rör sig om omständigheter som ligger utanför lufttrafikföretagets faktiska kontroll.

Att lufttrafikföretaget har bevisbördan innebär att det inte räcker med ett påstående om att omständigheterna som lett till att flygningen ställts in eller försenats varit extraordinära. Lufttrafikföretaget måste lägga fram *bevisning* som visar detta.

Att omständigheterna ska vara extraordinära får till följd att sådant som ingår i lufttrafikföretagets normala verksamhet i regel inte kan anses vara en extraordinär omständighet. Bristande underhåll, brist på reservdelar och personalbrist utgör därför normalt inte någon extraordinär omständighet. Sjukdom bland personalen utgör normalt inte heller det. Om en större sjukdomsepidemi oväntat skulle bryta ut bland personalen, skulle möjligen bedömningen kunna bli en annan.

¹⁶ Detta har ansetts vara en sträng bevisbörda som är avsevärt hårdare än vad som i allmänhet förekommer vid t.ex. force-majeure-händelser; se Svante O. Johansson, Svensk rättspraxis, Sjurätt och annan transporträtt 2006–2010, SvJT 2013 s. 905–936 (särskilt s. 924).

Strejker kan normalt betraktas som extraordinära omständigheter. Detsamma gäller om en flygplatsmyndighet stänger en flygplats, t.ex. på grund av ett bombhot eller ett tekniskt fel inom flygplatsen. Också när en flygplatsmyndighet eller annan luftfartsmyndighet beslutar om begränsningar i lufttrafiken på grund av t.ex. väderförhållanden eller brist på flygledare föreligger normalt en extraordinär omständighet.

EU-domstolen har i sin dom i mål C-549/97 lagt fast att det ingår i ett lufttrafikföretags normala verksamhet att lösa ett tekniskt problem som uppstått på grund av bristande underhåll av ett flygplan. Tekniska problem som upptäcks i samband med underhåll av flygplanen eller som annars beror på brister i detta underhåll kan enligt domstolen i sig inte utgöra extraordinära omständigheter. Domstolen underströk dock att tekniska problem skulle kunna utgöra extraordinära omständigheter, om de uppkommit till följd av händelser som faller utanför lufttrafikföretagets normala verksamhet och ligger utanför lufttrafikföretagets faktiska kontroll. Som exempel nämns att tillverkaren av flygplanet eller behörig myndighet uppger att den berörda flygplanstypen är behäftad med ett dolt fabriktionsfel som påverkar flygsäkerheten eller om flygplanet skadas genom terrorism eller sabotage. Enligt EU-domstolens nyssnämnda dom måste den som vill åberopa sådana extraordinära omständigheter bevisa att det är uppenbart att lufttrafikföretaget, även om alla tillgängliga resurser i form av personal, utrustning och ekonomiska insatser använts, inte skulle ha kunnat undvika att de extraordinära omständigheterna medförde att flygningen ställdes in eller försenades. Dock behöver företaget inte göra orimliga uppoffringar med hänsyn till företagets kapacitet vid den relevanta tidpunkten. Domstolen anförde också att den omständigheten att ett lufttrafikföretag följt alla lagstadgade minimikrav rörande underhåll av ett flygplan inte var i sig tillräckligt för att det skulle anses bevisat att lufttrafikföretaget vidtagit alla rimliga åtgärder.

EU-domstolen konstaterade i ett annat mål (C-294/10) att – eftersom lufttrafikföretaget är skyldigt att vidta alla rimliga åtgärder för att undvika de extraordinära omständigheterna – företaget vid planeringen av flygningen i rimlig utsträckning måste beakta risken för förseningar om extraordinära omständigheter skulle inträffa. För att undvika alla förseningar, även obetydliga sådana, som uppstår till följd av att extraordinära omständigheter inträffar, måste enligt domstolen ett förnuftigt lufttrafikföretag planera sina resurser på sådant sätt att det har en viss tidsreserv och för att om möjligt kunna genomföra flygningen när de extraordinära omständigheterna inte längre föreligger. Har ett lufttrafikföretag i en så-

dan situation inte någon tidsreserv har det enligt domstolen inte vidtagit alla de rimliga åtgärder som behövdes för att undvika de extraordinära omständigheterna.

I Allmänna reklamationsnämndens praxis finns ett stort antal fall som handlar om frågan huruvida lufttrafikföretaget ska undgå att betala ekonomisk kompensation enligt artikel 7 till passagerare därför att flygningen ställts in eller försenats till följd av extraordinära omständigheter som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits.

I några fall har bedömts att lufttrafikföretaget inte fullgjort sin bevis-skyldighet. Ett sådant fall är ARN:s ärende 2018-03621. I det ärendet krävde fem resenärer kompensation med 250 euro per person för att en flygning från Stockholm Skavsta till Paris ställts in. Lufttrafikföretaget invände att flygningen ställts in på grund av dåligt väder samt att de fem passagerarna valt att få återbetalning av biljettpriset och att de därför inte var berättigade till kompensation enligt artikel 7. Nämnden konstaterade att dåligt väder kan utgöra en extraordinär omständighet men att utredningen i ärendet inte gav stöd för att vädersituationen den aktuella dagen varit av sådan karaktär att det varit fråga om en extraordinär omständighet. Nämnden framhöll vidare att lufttrafikföretaget inte närmare redogjort för på vilket sätt väderförhållandena påverkat den aktuella flygningen eller sagt något om vad det gjort för att minimera följderna av det inträffade. Nämnden fann att lufttrafikföretaget inte kunde undgå att betala ekonomisk kompensation till passagerarna.

I ett annat fall (ARN:s ärende 2018-04154) krävde en resenär ekonomisk kompensation med 250 euro för att hans flygning från Göteborg till Stockholm försenats så mycket att han missat sitt anslutningsflyg till Sundsvall, vilket ledde till att han ankom till Sundsvall mer än tre timmar försenad. Båda flygningarna skulle utföras av ett och samma lufttrafikföretag. Detta invände att förseningen berott på att det flygplan som skulle användas för flygningen på den första delsträckan kommit in försenat till Göteborg på grund av begränsningar i avgångstider från Arlanda till följd av snöfall och vind. Nämnden noterade att lufttrafikföretaget inte hade närmare redogjort för hur vädret på Arlanda påverkat den tidigare flygningen. Nämnden fann därför att lufttrafikföretaget inte hade fullgjort sin bevis-skyldighet. Passageraren hade därför enligt nämnden rätt till ekonomisk kompensation enligt artikel 7 i passagerarförordningen.

I ytterligare ett fall (ARN ärende 2018-04652) begärde en resenär ekonomisk kompensation enligt artikel 7 med 250 euro på grund av att hans flygning från Arlanda till London ställts in. Lufttrafikföretaget invände att flygningen skulle utföras av ett dotterbolag som hade ett flygcertifikat som innehöll större begränsningar än vad moderbolaget hade vad gäller att landa i väder med dålig sikt. Vädret var vid tillfället sådant att dotterbolaget inte fick landningstillstånd. Nämnden påpekade att en extraordinär omständighet inte föreligger om det rör sig om sådant som ingår i verksamhetens drift och ansåg att dotterbolagets certifiering inte ska anses ligga utanför moderbolagets faktiska kontroll. Nämnden fann därför att lufttrafikföretaget inte hade bevisat att det inställda flyget berott på extraordinära omständigheter. Lufttrafikföretaget var därför enligt nämnden skyldigt att betala kompensation till resenären.

I ARN:s ärende 2009-1534 hade en flygning ställts in på grund av att flygplanet strax före start drabbades av ett blixtnedslag som orsakade ett tekniskt fel (skadad bult på nosställsluckan). Lufttrafikföretaget ansåg att felet inte kunde repareras i tid och att flygplanet därför av flygsäkerhetsskäl inte kunde användas. I ärendet var klarlagt att leveransen av ny bult fördröjdes och att därför en bult från ett annat flygplan i stället monterades. Tidsåtgången ledde enligt lufttrafikföretaget till att det var nödvändigt att ställa in flygningen. Nämnden ansåg att lufttrafikföretaget inte hade gett någon förklaring till varför den trasiga bulten inte hade kunnat ersättas tidigare än som skedde. I avsaknad av detta – utan att uttala sig om huruvida en trasig bult efter ett blixtnedslag i sig utgjorde en extraordinär omständighet – fann nämnden att lufttrafikföretaget inte hade förmått bevisa att det inte skulle ha kunnat undvika att flygningen ställdes in utan att företaget behövt göra orimliga uppoffringar med hänsyn till företagets kapacitet vid den relevanta tidpunkten. ARN fann alltså att resenärerna var berättigade till kompensation enligt artikel 7 i passagerarförordningen.

Annorlunda var situationen i ARN:s ärende 2010-6011. Genom den bevisning som lufttrafikföretaget presenterat i ärendet fann nämnden det styrkt att flygningen ställts in på grund av väderförhållandena och att beslut om att ställa in flygningen fattas av en myndighet. Eftersom lufttrafikföretaget därmed saknat möjlighet att påverka beslutet fick enligt nämnden den inställda flygningen anses orsakad av en sådan extraordinär omständighet som lufttrafikföretaget inte kunnat undvika även om alla rimliga åtgärder skulle ha vidtagits. Nämnden fann därför att lufttrafik-

företaget inte var skyldigt att betala kompensation enligt artikel 7 i passagerarförordningen.¹⁷

ARN har i ärende 2011-3077 prövat frågan om sjukdom i kombination med arbetsrättsliga stridsåtgärder utgör extraordinära omständigheter som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits. En flygning ställdes in därför att en pilot blivit sjuk. ARN anförde att det normalt inte utgör en extraordinär omständighet, utan i stället är en sådan omständighet som ett lufttrafikföretag i regel har anledning att räkna med kan inträffa och därför måste planera för. Enligt ARN har ett lufttrafikföretag en skyldighet att organisera sin verksamhet så att den kan bedrivas även om en pilot plötsligt blir sjuk inför en flygning. En sådan planering måste enligt ARN utgå från att piloter m.fl. ska ha utrymme för att utföra sina arbetsuppgifter på ordinarie arbetstid. Den omständigheten att det vid den aktuella tiden pågick en övertidsblockad saknade därför enligt ARN betydelse för bedömningen. ARN fann att den berörda resenären var berättigad till ekonomisk kompensation.¹⁸

I ARN:s ärende 2005-5325 ställdes en flygning in därför att flygplanet träffats av ett blixtnedslag under föregående flygning. ARN konstaterade att det innebar att passagerare inte fick transporteras med flygplanet innan en behörig mekaniker inspekterat det och godkänt det för fortsatt flygning. En sådan fanns inte på den berörda flygplatsen (Geneve) utan fick transporteras dit från Stockholm. Nämnden fann att blixtnedslaget utgjorde en extraordinär omständighet. Nämnden fann också att det inte kunde krävas att ett lufttrafikföretag hade inspektionsbehörig mekaniker stationerad i Geneve och kom till slutsatsen att det förelåg extraordinära omständigheter som inte hade kunnat undvikas även om alla *rimliga* åtgärder hade vidtagits.

I det nämnda fallet rörde det sig om en extraordinär omständighet som skett under en föregående flygning. Så som passagerarförordningens text i artikel 5 punkt 3 är utformad torde det generellt vara möjligt för lufttrafikföretag att åberopa en sådan omständighet som skäl för att befria lufttrafikföretaget från kompensationskyldighet.¹⁹

¹⁷ Ett liknande fall är ARN:s ärende 2011-3260.

¹⁸ Jfr ARN:s ärende 2011-3095 som gällde en flygning som ställdes in på grund av personalbrist beroende på oväntad sjukfrånvaro.

¹⁹ Jfr Anders Eriksson, Flygpasagerares rättigheter, 2013, s. 63 samt ARN:s avgörande i ärende 2013-03479.

Det bör observeras att undantaget för extraordinära omständigheter bara är tillämpligt vid inställd flygning och försenad flygning, inte vid nekad ombordstigning. I ARN:s ärende 2010-8592 hade ett lufttrafikföretag fått byta det för flygningen avsedda flygplanet mot ett mindre sådant. Alla passagerare som var inbokade på flygningen fick då inte plats i det nya flygplanet. En passagerare som nekats ombordstigning fick av lufttrafikföretaget avslag på sin begäran om ekonomisk kompensation med hänvisning till att flygplansbytet berott på extraordinära omständigheter. ARN konstaterade dock att det vid nekad ombordstigning saknar betydelse vad som orsakat flygplansbytet och att passageraren därför hade rätt till ekonomisk kompensation.²⁰

8 Passagerarens rätt till assistans m.m.

Vid nekad ombordstigning, inställd flygning och försenad flygning har passageraren rätt till viss assistans av lufttrafikföretaget (se artiklarna 4, 5 och 6 i passagerarförordningen). Det innebär bl.a. att passageraren vid nekad ombordstigning och inställd flygning ska erbjudas att välja mellan återbetalning av biljettpriset eller ombokning under likvärdiga transportvillkor (se artikel 8). Passageraren ska också erbjudas bl.a. måltider och förfriskningar i skälig proportion till väntetiden och vid behov hotellrum (se artikel 9).

EU-domstolen konstaterade i sin dom i mål C-83/10 att ett lufttrafikföretag som inte fullgör sina skyldigheter att bistå passagerarna vid t.ex. en inställd flygning blir skyldigt att betala ersättning till passagerarna för detta med stöd av artiklarna 8 och 9.

I ARN:s ärende 2017-12124 prövades den frågan. Saken gällde en ombokning. Nämnden konstaterade att ombokning under likvärdiga transportvillkor inte innebär att ett lufttrafikföretag kan vägra att omboka en passagerare till tillgängliga platser bara av den anledningen att dessa finns i en högre klass än vad passageraren betalt för. I det aktuella fallet hade lufttrafikföretaget vägrat att omboka passageraren till businessklass eftersom hennes biljett var i ekonomiklass. Nämnden konstaterade att lufttrafikföretaget därigenom brutit mot passagerarförordningens bestämmelser och var skyldigt att ersätta den skada som därigenom drabbat passageraren.²¹

²⁰ Jfr EU-domstolens dom i mål C-22/11.

²¹ Passageraren hade själv bokat ny biljett i businessklass och betalt för denna.

Även om ett lufttrafikföretag inte är skyldigt att betala ekonomisk kompensation till en passagerare vid inställd eller försenad flygning därför att undantaget för extraordinära omständigheter är tillämpligt, kvarstår lufttrafikföretagets skyldighet att ge passagerare assistans och service enligt artiklarna 8 och 9 i passagerarförordningen. EU-domstolen har i sin dom i mål C-12/11 bekräftat det. I målet hade lufttrafikföretaget hävdat att skyldigheten att erbjuda passagerare service enligt artikel 9 faller bort vid ”utomordentligt extraordinära omständigheter” men denna ståndpunkt underkändes av domstolen.²²

I ARN:s ärende 2005-2884 ställdes en flygning in på grund av en flygledarstrejk. Resenärerna erbjöds av lufttrafikföretaget ombokning till en flygning påföljande dag. Resenärerna krävde att lufttrafikföretaget skulle tillhandahålla hotellrum m.m. men nekades detta. De fick i stället ordna det själva och krävde ersättning av lufttrafikföretaget för bl.a. hotellkostnaden. Lufttrafikföretaget ansåg sig inte skyldigt att betala hotellkostnaden eftersom strejken låg utanför företagets kontroll. ARN fann dock att lufttrafikföretagets skyldighet att erbjuda bl.a. hotellrum kvarstår även om det varit extraordinära omständigheter som gjort att flygningen fått ställas in. Resenärerna var därför berättigade att få ersättning av lufttrafikföretaget för bl.a. hotellkostnaden.

Frågan är nu hur långt lufttrafikföretagets ombokningsskyldighet sträcker sig. Är lufttrafikföretaget bara skyldigt att söka efter ombokningsmöjligheter på sina egna flygningar eller omfattar ombokningsskyldigheten också att söka efter ombokningsmöjligheter hos andra lufttrafikföretag. Jag har ansett att den nuvarande utformningen av texten i artikel 8 i passagerarförordningen får anses ha den innebörden att ombokningsskyldigheten bara avser lufttrafikföretagets egna flygningar.²³

ARN har behandlat den frågan i ärende 2017-07902. Det gällde en inställd flygning. Passageraren bokades om till en flygning med lufttrafikföretaget påföljande dag. Även den flygningen blev inställd. Passageraren köpte då själv en biljett med ett annat flygbolag. Priset för den ursprungliga biljetten återbetalades till passageraren. Tvisten gällde att passageraren krävde ersättning av lufttrafikföretaget för prisskillnaden.

Nämnden konstaterade först att det är lufttrafikföretaget som ska bevisa att det lämnat passageraren assistans enligt artikel 8 i passagerarför-

²² Jfr även EU-domstolens avgöranden i mål C-294/10 och i de förenade målen C-581/10 och C-629/10.

²³ Se härom Anders Eriksson, *Flygpassagerares rättigheter*, 2013, s. 32 f.

EU:s flygpassagerarförordning – en misslyckad del av vår lagstiftning?

ordningen. Nämnden fann att lufttrafikföretaget inte bevisat att passageraren begärt återbetalning av biljettpriset och att den omständigheten att biljettpriset sedermera återbetalats till passageraren inte medförde att han förlorat sin rätt till ombokning. Lufttrafikföretaget hade därför varit skyldigt att omboka honom enligt artikel 8 i passagerarförordningen. Därefter noterade nämnden att lufttrafikföretaget bara gjort ett försök att omboka passageraren till en av sina egna flygningar och att det inte försökt omboka honom till flygningar med annat lufttrafikföretag.

Därefter anförde nämnden följande.

”I artikel 8.1 talas det bara om ombokning utan närmare precisering. Förordningens ordalydelse ger således inte något klart besked i fråga om omfattningen av flygbolagets skyldighet att boka om passagerare. Det ges inte heller något svar i förordningens preambel. EU-domstolen har inte prövat frågan och det finns inte någon refererad svensk domstolspraxis att falla tillbaka på. I EU-kommissionens vägledning till tolkningen av EU-förordningen förutsätts att ombokning kan ske med andra flygbolag, men det framgår inte uttryckligen att flygbolaget har en sådan skyldighet.”²⁴

Nämnden nämner sedan att olika uppfattningar om ombokningsskyldigheten har framförts i den rättsliga litteraturen. Nämnden anser att det med hänsyn till passagerarförordningens övergripande syfte att stärka passagerarnas rättigheter finns övervägande skäl för att anse att skyldigheten att omboka inte bara avser lufttrafikföretagets egna flygningar utan även andra lufttrafikföretags flygningar.

Tre av nämndens sju ledamöter var dock skiljaktiga och anförde följande.

”Som framgått av det som nämndens majoritet anför råder det olika uppfattningar om huruvida ombokningsskyldigheten i artikel 8.1 i EU-förordningen innefattar en skyldighet att omboka inte bara till lufttrafikföretagets egna flygningar utan även till andra lufttrafikföretags flygningar. Eftersom en skyldighet att omboka till andra lufttrafikföretags flygningar skulle kunna vara mycket ekonomiskt betungande för ett lufttrafikföretag, anser vi att en sådan skyldighet inte kan åläggas ett lufttrafikföretag utan att det uttryckligen framgår av lagtext (i detta fall EU-förordningen) eller av avgöranden i EU-domstolen eller svensk domstol. Som anføres i majoritetens beslut framgår det inte av lagtexten att skyldigheten att omboka avser även skyldighet att omboka till ett annat lufttrafikföretags flygningar. Inte heller

²⁴ Kommissionens tillkännagivande den 15 juni 2016, 2016/C 214/04, avsnitt 4.2.

finns det på denna punkt något avgörande av EU-domstolen eller svensk domstol. Vår utgångspunkt är därför att den skyldighet att omboka som anges i artikel 8.1 bara avser en skyldighet att omboka till lufttrafikföretagets egna flygningar.”²⁵

För egen del är jag fortfarande av den uppfattningen att ombokningsskyldigheten bara bör anses omfatta det egna lufttrafikföretagets flygningar. Om man betänker att skyldigheten skulle omfatta även andra lufttrafikföretags flygningar och det i det andra lufttrafikföretagets flygplan bara finns plats i första klass och huvuddelen av passagerarna har köpt biljetter i billigaste klass, skulle den inställda flygningen medföra orimliga kostnader för det lufttrafikföretag som skulle ha genomfört den flygningen. Att ålägga ett lufttrafikföretag en sådan ombokningsskyldighet utan uttryckligt stöd i lagen anser jag vara att gå för långt.

9 Avräkning

Artikel 12 punkt 1 i passagerarförordningen gäller möjligheten för en passagerare att få ersättning både enligt förordningen och enligt andra regelsystem, t.ex. internationella konventioner eller nationell rätt. Den punkten i artikeln är enligt min mening otydlig och svårtolkad. Den lyder:

”Tillämpningen av denna förordning påverkar inte en passagerares rätt till ytterligare kompensation. Kompensation som beviljas i enlighet med denna förordning får räknas av från sådan kompensation.”

Den lydelse som första meningen i punkten har klargör att den omständigheten att en passagerare får ekonomisk kompensation enligt passagerarförordningen inte utesluter att passageraren kan ha rätt till ytterligare kompensation enligt andra regelverk.

Det är i stället bestämmelsen om avräkning i punktens andra mening som leder till bekymmer. Där framgår att ”kompensation” som beviljas enligt passagerarförordningen ”får” räknas av mot ”sådan kompensation”, dvs. mot ”ytterligare kompensation”. Frågan är då om kompensationsbegreppet i artikel 12 punkt 1 bara avser kompensation av sådant

²⁵ Såväl majoriteten som de skiljaktiga kom dock fram till samma utgång i ärendet eftersom det ansågs att lufttrafikföretaget inte fullgjort sin skyldighet att omboka när även den andra flygningen ställdes in.

slag som avses i artikel 7 i passagerarförordningen eller om begreppet ”ytterligare kompensation” också innefattar skadestånd som erhålls med stöd av internationella konventioner eller nationell rätt.

I ARN:s ärende 2017-09834 uppstod en försening på åtta timmar vid en flygning som ingick i en paketresa. Tvisten gällde huruvida lufttrafikföretaget från den ekonomiska kompensationen enligt passagerarförordningen skulle få göra avdrag för den ersättning som passagerarna fått av paketresearrangören för att de gått miste om tid på resmålet. Nämnden anförde att den närmare innebörden av artikel 12 punkt 1 andra meningen är omdiskuterad. Det gäller enligt nämnden bl.a. frågan om vilket slags ekonomisk gottgörelse som kan avräknas mot ekonomisk kompensation enligt artikel 7 i passagerarförordningen. Nämnden framhöll att EU-domstolen inte har prövat den frågan och att olika uppfattningar har kommit till uttryck i nationell rättspraxis och i den juridiska litteraturen. Enligt nämnden är det dock klart att avsikten med bestämmelsen är att passagerarna inte ska överkompenseras och ”ersättas flera gånger för samma sak eller, med andra ord, på samma grund” Därefter påpekade nämnden i sitt avgörande att nämnden flera gånger tidigare kommit fram till att avräkning kan ske mot såväl ekonomisk kompensation enligt passagerarförordningen som annan ekonomisk gottgörelse – åt båda hållen alltså – samt att avräkning bara ska göras om lufttrafikföretaget kräver det. Nämnden framhöll vidare att den kommit fram till att ersättning för ekonomisk skada enligt ”Montrealkonventionen och andra sådana rättsakter”, t.ex. för förlorad inkomst eller för förbetalda arrangemang som inte har kunnat utnyttjas, inte ska avräknas mot kompensation enligt passagerarförordningen. Inte heller ska enligt ARN avräkning ske mot ersättning som ett lufttrafikföretag ska betala på grund av att det underlåtit att lämna passagerare assistans eller service enligt artiklarna 8 och 9 i passagerarförordningen.

I sitt beslut i ärendet framhöll nämnden att dess fasta praxis (se t.ex. nämndens avgörande den 29 december 2015 i ärende 2015-03046) innebär att endast skadestånd för tidsspillan får avräknas, eftersom anars grunden för ersättningen inte är densamma som i artikel 7 i passagerarförordningen. Det innebär enligt nämnden att prisavdrag inte ska avräknas mot kompensation enligt passagerarförordningen.

Därefter anförde nämnden följande.

”I sammanhanget kan nämnas att det i artikel 14.5 i det nya paketresedirektiv som antogs i november 2015 och som ska tillämpas från den 1 juli

2018 föreskrivs att ersättning enligt direktivet inte ska påverka resenärernas rättigheter enligt vissa EU-förordningar, bl.a. förordning 261/2004, och internationella avtal. Vidare sägs det i artikelns sista led att ersättning eller prissänkning enligt paketresedirektivet och ersättning och prissänkning enligt dessa förordningar och internationella avtal ska dras av från varandra för att undvika överkompensation. I regeringens proposition med förslag till ny paketreselag görs dock bedömningen att det inte bör införas någon ny reglering om avräkning med anledning av det sista ledet i artikel 14.5 då det är en allmän princip enligt svensk rätt att ersättning ska försätta den skadelidande i samma ekonomiska situation som om den omständighet som föranleder ersättning inte hade inträffat (prop. 2017/18:225 s. 85 f.). Propositionen behandlas för närvarande i riksdagen.

Nämnden vidhåller för sin del den uppfattning som kommit till uttryck i tidigare nämnt vägledande avgörande från december 2015. Som nämnden därvid framhållit utgör en s.k. dagsandel som en paketresearrangör lämnar med anledning av en försenad ankomst till resmålet normalt sett inte ett skadestånd utan ett prisavdrag. Ett prisavdrag är något annat än ett skadestånd och syftar till att återställa relationen mellan det pris köparen av paketresan betalat för produkten och den prestation paketresearrangören tillhandahållit (se Högsta domstolens dom den 17 april 2018 i mål T 2196-17 punkterna 23 och 24). Prisavdraget kan beräknas på flera olika sätt. Många gånger görs det i paketresesammanhang genom en återbetalning av priset som ungefär motsvarar förseningens längd. Det innebär dock inte i sig att prisavdraget är att betrakta som ersättning för tidsspillan på samma sätt som den standardiserade kompensation som utgår enligt EU-förordningen till följd av inställd eller försenad flygning.

I detta fall har paketresan varat under en vecka och kostat omkring 40 000 kr totalt för nio resenärer. Paketresearrangören har betalat en dagsandel om totalt 8516 kr. Annat har inte framkommit än att dagsandelen här är att betrakta som ett prisavdrag. Det innebär att det inte ska göras någon avräkning mot den kompensation som enligt EU-förordning 261/2004 flygbolaget är skyldigt att betala.”

Frågan är om nämndens praxis kan bestå framöver. Lagtexten i passagerarförordningen är otydlig och innebörden i de berörda delarna i paketresedirektivet är förvirrande, särskilt som den svenska lagstiftaren ansett att någon lagreglering av direktivets avräkningsbestämmelser inte behövs. Vid en jämförelse med den tyska språkversionen av passagerarförordningen blir tveksamheten förstärkt. Den tyska förordningstexten

ger ett klart intryck av att avsikten med avräkningsbestämmelsen varit att kompensation enligt förordningen ska kunna avräknas mot skadestånd.²⁶

En annan sak är att man kan ifrågasätta om en avräkning av ekonomisk kompensation enligt passagerarförordningen mot skadestånd enligt internationella konventioner eller nationell rätt sakligt sett framstår som en bra lösning. Det kan ju hända att en passagerare som inte drabbas av en ekonomisk skada till följd av inställt eller försenat flyg får full kompensation enligt passagerarförordningen samtidigt som en annan passagerare på samma flygning som drabbas av en ekonomisk skada (t.ex. inkomstförlust) får samma ersättningsbelopp eftersom skadan (inkomstförlusten) understiger kompensationsbeloppet enligt passagerarförordningen. Detta kan nog av många upplevas som orättvist. Jag tycker därför att den praxis som ARN kommit fram till sakligt sett framstår som bra.

10 Några avslutande synpunkter

I det föregående har jag tagit upp vissa frågor som rör tillämpningen av passagerarförordningen. Det finns emellertid många andra aspekter på innehållet i förordningen. Den som vill ha en mera utförlig redovisning av förordningens regelsystem hänvisas till andra framställningar.²⁷

Redan av det som jag berört i denna artikel framgår att det finns en mängd oklarheter i passagerarförordningens regler. Att en lagstiftning ibland kan behöva förtydligas genom rättspraxis är inget ovanligt. Det ligger i sakens natur att lagstiftaren inte kan förutse alla situationer som kan uppstå eller att det inte är möjligt att i generella regler innefatta alla olika fall som kan uppkomma. Att en lagstiftning innehåller en så stor mängd oklarheter som passagerarförordningen gör är emellertid ovanligt. Därtill kommer att inte ens huvudfall reglerats i lagtexten. Att frågan om ekonomisk kompensation vid försenad flygning inte behandlats alls i lagtexten utgör en anmärkningsvärd brist. Det kan inte ha krävt några mer omfattande överväganden för att inse att det var en klar lucka i lagstiftningen. Även några av de andra bristerna väcker viss förvåning. Det gäller t.ex. att ombokningsskyldighetens omfattning inte klargjorts i

²⁶ Om bakgrunden till den tyska förordningstexten, se Hans-Georg Bollweg, Luftverkehrsrechtliche Ausgleichsleistungen und reisevertragliche Gewährleistung, RRA, s. 10 ff.

²⁷ Se t.ex. Morten Kjelland, Flypassasjerers rettigheter ved forsinkelser og kansellering, 2013, och Anders Eriksson, Flypassagerares rättigheter, 2013.

lagtexten och att avräkningsregelns räckvidd är oklar och synes olika i de olika språkversionerna.

Den låga kvaliteten på passagerarförordningens lagtext har också nödvändiggjort att EU-domstolen fått gå in och ”korrigera” lagstiftarens arbete. Det gäller förstås frågan om ekonomisk kompensation för försenad flygning, men även i flera andra avseenden, t.ex. att lagtextens uttryck ”flygningens längd” inte skulle avse flygningens längd utan i stället avståndet fågelvägen mellan avreseortens flygplats och slutdestinationens flygplats även vid flygningar med mellanlandningar eller flygplansbyte på annan flygplats.

Att EU-domstolen och nationell rättspraxis har fått bedöma hur begreppet ”extraordinära omständigheter” i artikel 5 punkt 3 ska tillämpas framstår däremot inte som så märkligt. En regel av den karaktären som artikel 5 punkt 3 innehåller kräver tillämpningsöverväganden för de många olika situationer som den kan bli tillämplig på.

Det är sällan man ser en lagstiftningsprodukt som innehåller så stora och uppenbara kvalitetsbrister som passagerarförordningen gör. Ett arbete med att revidera förordningen har pågått inom EU i flera år. De ändringsförslag som har lagts fram av kommissionen och inom parlamentet är dock enligt min mening inte något som – om de genomförs – kommer att underlätta tillämpningen av förordningen, i vissa avseenden snarare tvärtom. Flera av de nuvarande bristerna i förordningen synes komma att bestå.

Därtill kommer att förordningens regler i vissa avseenden framstår som alltför generösa mot passagerarna. Kompensationsbeloppen är i en del fall enligt min mening alltför väl tilltagna. I vart fall vid kortare förseningar, t.ex. på mindre än sex timmar framstår det som orimligt med de höga kompensationsbelopp som ska tillämpas idag.

Enligt min mening finns det behov av en totalrenovering av passagerarförordningen!

Markku Helin

Om rättsfakta i civilrätten*

1 Rättsfakta och rättsföljder

En av den analytiska civilrättens stora uppfinningar under 1900-talets första hälft var en nytolkning av rättsordningens minsta beståndsdelar. Enligt tolkningen är grundenheterna i civilrätten inte rättigheter och skyldigheter utan rättsfakta och rättsföljder. Som följd av denna insikt förlorade rättigheter sin ställning som rättsvetenskapens grundcell nästan på samma sätt som atomerna i fysiken upphörde att vara den minsta enheten i materien. Enligt det nya tankesättet var rättigheterna delbara, och bakom rättigheterna kunde man finna rättsfakta och rättsföljder som i rättsregler stod i en viss relation till varandra.

Ändringen i tankesättet var av stor betydelse genom att den påverkade den civilrättsliga forskningen frågeställningar. I den tidigare forskningen som baserade sig på begreppsjurisprudensen stod rättigheter och deras egenskaper i centrum. En typisk frågeställning i juridiken gällde den valda rättighetens egenskaper och rättighetens förhållande till andra subjektiva rättigheter. Det nya tankesättet satte rättsfakta och rättsföljder i centrum, och slog igenom i Finland på 1940- och 1950-talen, och i övriga Norden något dessförinnan.¹ Därefter har fokusering på rättsfakta varit en hävdvunnen del av den rättsdogmatiska metoden. Knappast någon annan ändring som senare har ägt rum inom rättsdogmatiken kan i betydelse jämföras med dekonstruktionen av rättigheter.

* Artikeln baserar sig på men är inte identisk med min skrift ”Oikeustosittekoista siviilioikeudesta” i verket *Juhlajulkaisu Juhani Wirilander (Festskrift för professorn och justitierådet Juhani Wirilander)*, Helsinki, 2005. Jag tackar varmt professor (emerita) *Lena Sisula-Tulokas* som har språkgranskat artikeln.

¹ Om utvecklingen i Finland se *Helin* 1989 s. 142–151.

Som följd av denna ändring minskade betydelsen av rättigheter i den rättsvetenskapliga forskningen. Rättsvetenskapens fokus riktades istället mot rättsfakta och rättsföljder. Rättigheter ansågs endast vara tekniska termer som placerades mellan rättsfakta och rättsföljder i syfte att underlätta framställningen.² En annan teori var att en hänvisning till rättigheter endast var ett förenklat sätt att påstå att antingen rättsföljder eller rättsfakta existerar.³

Det nya sättet att förstå rättsordningens beskaffenhet betonade på ett markantare sätt än tidigare rättsordningens styrningsfunktion. Men hjälp av rättsordningen kan lagstiftaren påverka världens gång genom att ge en liten del av händelsernas förvirrande mångfaldighet rättsligt relevans.⁴ Genom att anknyta rättsföljder med en omsorgsfullt vald grupp av rättsfakta kan man motivera människor att uppfylla rättsliga rekvisit, eller tvärtom, att undvika uppfyllandet, och på så sätt styra människors beteende. Det var inte en slump att den rättsvetenskap som kallas analytisk också var målorienterad och instrumentell till sin natur.

2 Varför behövs det forskning kring rättsfakta?

Frågan om vilka slags rättsfakta som används i den civilrättsliga lagstiftningen, kan betraktas utifrån olika infallsvinklar. En infallsvinkel är författningsrättslig. Frågan gäller då förhållandet mellan lagstiftningsmakt och domsmakt. Ju vagare eller mer värdeladdad beskrivningen av rättsfakta i en regel är, desto mer makt har flyttats från lagstiftaren till domaren som tolkar de rättsliga rekvisitens innebörd. Ett sätt att svara på frågan om samhället är på väg mot en så kallad domarstat, är att fokusera på ändringar som har ägt rum i rättsreglernas rättsfakta. Nu, när all lagstiftning finns i elektroniska databaser, torde en sådan undersökning vara genomförbar även i praktiken.

En annan synvinkel gäller frågan om lagstiftningen lyckas förverkliga de ändamål som har ställts eller som *de lege ferenda* borde ställas på de ifrågavarande lagarna. Har man i rättsreglerna använt rättsfakta som medför att lagarna verkligen styr människornas beteende på ett önskat

² Se t.ex. *Ross* 1951 s. 472–478.

³ Se t.ex. *Ekelöf* 1945 s. 243–250, *Strahl* 1946 s. 204–210 och *Ekelöf* 1978 s. 13–15.

⁴ Uttrycket ”händelsernas förvirrande mångfald” har lånats av Makkonen. Han säger att genom relation rättsfakta/rättsföljder kommer det som är rättsligt fram ur fenomenens förvirrande mångfald. *Makkonen* 1965 s. 15, *Makkonen* 1981 s. 26.

sätt? Eller har man, som ofta i den tidiga familjerätten, försökt främja i och för sig förstäliga ändamål genom medel som inte leder till det önskade resultatet utan som i vissa fall orsakar människorna smärta och lidande?⁵ I en samtid som präglas av politisk korrekthet och en renässans för stora och innehållsmässigt obestämda värden som ofta – befogat eller obefogat – påstås vara mänskliga rättigheter, har frågan fått ny aktualitet.

Den tredje infallsvinkeln är *juridifieringen* av samhället. Ett sätt att undersöka på vilket sätt lagstiftningen sträcker sig till nya livsområden och fångar in beteenden som tidigare var juridiskt likgiltiga, är att följa utvecklingen och ändringarna av rättsfakta i rättsreglerna. Också här kan juridiska databaser komma till hjälp. Tack vare dem torde även kvantitativ forskning av fenomenen kunna genomföras och inte som tidigare bara en kvalitativ betraktelse med hjälp av valda exempel.

Man kan vidare betrakta rättsfakta ur en *ontologisk* synvinkel. Genom att undersöka de rättsfakta som används i rättsregler får vi veta, hurudan rättsvetenskaps värld är, alltså vilka slags entiteter som anses existera i rättsvetenskapen. Därigenom blir det möjligt att förstå på vilket sätt rättsvetarens värld avviker från exempelvis fysikerns eller biologens världsuppfattning.

Vilka företeelser som finns i världen och vilka slags entiteter den består av, hör till filosofins stora frågor. I svaren har man ofta använt naturvetenskaperna som inspirationskälla och därigenom försökt bestämma vad ”verkligheten” består av. På basis av detta har man bedömt andra vetenskapsgrenar, liksom rättsvetenskapen, utgående från, om de entiteter som anses utgöra forskningens objekt i vetenskapsgrenen är verkliga eller inte enligt den valda ontologin.

Den logiska positivismen och dess nära släkting den skandinaviska realismen är exempel på sådana forskningsinriktningar. Enligt *Axel Hägerströms* ontologi var endast fysiska och psykiska entiteter verkliga.⁶ Rättigheter och andra juridiska entiteter ansågs inte uppfylla dessa krav och därigenom blev frågan om juridikens vetenskaplighet ett problem som kom att sysselsätta rättsteoretiker under flera årtionden. I Finland var Hägerströms ontologiska antaganden ganska dåligt kända, men på basis av den logiska positivismen kunde man komma till samma resultat. Man kan nämna *Kaarle Makkonen* (1923–2000) som i likhet med sin lärare

⁵ Som exempel kan nämnas diskriminering av oäkta barn och restriktiva grunder för skilsmässa båda i syfte att stödja äktenskapsinstitutet.

⁶ *Marc-Wogau* 1972 s. 479–484.

Osvi Lahtinen (1912–1967) företrädde empirismen och den ontologiska nominalismen. Makkonen ansåg att alla rekvisit som finns i rättsreglerna kan och bör kunna återföras till sinnevärlden och iakttas empiriskt.⁷ Enligt honom är något annat alternativ otänkbart; rättsföljder kan endast knytas till empiriska fakta.⁸ Makkonen undersökte emellertid inte om hans uppfattning var genomförbar. Jag tror att en undersökning ganska omgående hade avslöjat svårigheter i sådan uppfattning.

Den fjärde synvinkeln på rättsfakta är *rättsdogmatisk*. Genom att undersöka rättsfakta i en norm får vi fram förutsättningarna för dess tillämpning. Den civilrättsliga forskningen är i stort forskning om rättsfakta. Rättsföljder i civilrätten är relativt få och enkla – den viktigaste är giltighet eller ogiltighet av en rättshandling. Rättsfakta är däremot ofta mycket invecklade, och det finns ett påtagligt behov av forskning om dem.

Trots att forskningen kring rättsfakta kan ge svar på flera intressanta frågor finns det numera utanför rättsdogmatiken ett ganska litet intresse för sådana undersökningar. Efter Makkonen har forskningen i allmän rättslära inte varit nämnvärt intresserad av tematiken.

Denna artikel gäller framförallt rättsfaktas ontologi. I mitt tycke är de rättsfakta som finns i civilrätten mångfacetterade ur ett ontologiskt perspektiv, och till skillnad från vad Makkonen ansåg, kan de inte alla reduceras till den empiriska sinnesvärlden. Jag kommer här att i korthet ta upp några skäl till grund för detta påstående. På grundval av ontologiska skillnader i rättsfakta ska jag här skissera en tentativ förteckning av olika slags rättsfakta i civilrätten. Till slut berör jag i korta ordalag frågan om rättsdogmatikens uppgifter, och påstår att uppgifterna är något olika beroende på vilka slags rättsfakta som undersöks.

3 Om tradition i forskning av rättsfakta

Forskning om rättsfakta på ett generellt plan har inte varit helt obefintlig i den nordiska rättsvetenskapen. En betydande gestalt inom området var *Vilhelm Lundstedt*. Hans kända teori om samhällsnytta försökte ge svar på många olika frågor.⁹ En del av hans teori kan kallas för teorin om rättsfakta. Lundstedt försökte utreda till vilket slags rättsfakta som rättsverkningar har knutits i gällande rätt och bedöma om man har lyckats

⁷ *Makkonen* 1965 s. 15–26, *Makkonen* 1981 s. 27–30.

⁸ *Makkonen* 1981 s. 29.

⁹ Om olika delar i Lundstedts teori om samhällsnytta se *Helin* 1988 s. 104–129.

i valet av rättsfakta så att lagstiftningens syfte – enligt Lundstedt ”sammällsnyttan” – på ett optimalt sätt blir förverkligat. Lundstedts huvudtes var att ontologiska fel som under århundraden hade betungat juridiken ledde till att rättsordningen inte var ett så gott instrument för att främja sammällsnyttan som det kunde vara. Det ontologiska felet ledde alltså till bristfällig styrningsförmåga. Enligt Lundstedt bestod felet däri att man knöt rättsföljder till sådana obefintligheter såsom rättigheter. Också sådana rekvisit som ”tro och heder”, ”rättstridighet”, ”billighet” och ”rättvisa” hade enligt Lundstedt lånats från metafysikens begreppslager och skulle skyndsamt återföras dit. I stället borde man använda rättsfakta, vilka är verkliga och fria från metafysikens dimma.¹⁰

De finländska rättsteoretiker som var intresserade av rättsfakta framställde inte liknande krav på förändring. De utgick snarare från att de rättsfakta som används i rättsreglerna redan som sådana uppfyller de krav som den nominalistiska spatiotemporala ontologin ställer på dem. Det är bara språket som är förvirrande och som skenbart tycks hänvisa till entiteter som inte finns i världen. Genom analys av språket kan man få problematiska entiteter att upplösas och istället få fram vad man verkligen menar när man talar om rättigheter eller om andra juridiska entiteter, fortsätter tankegången. Det gjordes vissa försök att bevisa detta. Lahtinen ville exempelvis påvisa att en ”juridisk person” endast är en gemensam beteckning (”Kennzeichnung”) för de individer som står bakom den juridiska personen.¹¹ Att förutsätta sådana entiteter i juridiken som till exempel öppet bolag var inte behövligt. *Aulis Aarnio* försökte på ett litet annorlunda sätt göra en motsvarande dekonstruktion av begreppet ”dödsbo”.¹²

Det är svårt att säga vilket inflytande som Lundstedts krav på förändring hade på den rättsvetenskapliga forskningen. Många ansåg att hans rättsvetenskapliga förhållningssätt var tillspetsat, odisciplinerat och extremt. Men Lundstedts program förverkligades delvis i den civilrättslig forskning som baserade sig på reella överväganden som metod. Genom att dra nytta av lagstiftningens luckor och rekvisitbeskrivningarnas vaghet i bestämmelserna försökte metodens anhängare med hjälp av reella argument precisera och komplettera rekvisit på ett sådant sätt att rätts-

¹⁰ Lundstedt utvecklade sina synpunkter i många olika skrifter. Se t.ex. *Lundstedt* 1930 s. 210 ff.

¹¹ Se *Lahtinen* 1949 s. 50–58.

¹² *Aarnio* 1968 s. 352–365.

följder som enligt lagen knyter sig till rekvisitet förverkligar ”det levande livets krav”. I Finland var *Erik af Hällströms* bok om avbetalningsköp det första högklassiga exemplet på en sådan forskningsinriktning.¹³ Han följdes senare av många andra forskare. Argumentation med ”reella argument” har från och med 1950-talet varit en huvudström inom den finska civilrättsliga forskningen.

Att ändra rättsfakta för att förbättra rättsreglernas styrningsförmåga har på sistone också varit ett mål för den rättsekonomiska forskningen. Men konkreta resultat har åtminstone hitintills varit relativt blygsamma i Finland. Såsom *Pekka Timonen* har framhållit, kan orsaken vara att det förändringstryck som i USA gav upphov till forskningsriktningen ”law and economics”, i Finland kunde tillgodoses med hjälp av den analytiska realismen och reella överväganden i rättsvetenskaplig argumentation. De reella argumenten kan enligt Timonen visserligen vara vagare och generellare än de argument som kan hämtas ur de ekonomiska vetenskaperna, men deras funktion i argumentationen är emellertid desamma.¹⁴

Det kan dock inte uteslutas att intresse för forskning om rättsfakta kommer att väckas till liv inom rättsekonomin och kanske också inom den så kallade lagstiftningsforskningen. Onödigt komplicerade rekvisit kan öka transaktionskostnader för parter i ett rättsförhållande och även i övrigt höja lagstiftningens prislapp. Diskussionen om detta har dock än så länge hållits på ett relativt allmänt plan.¹⁵

Jag återvänder nu till den historiska utvecklingen. Utöver Lundstedt måste en annan nordisk forskare nämnas som var intresserad av rättsfakta och vars tankar fortfarande har en viss relevans. Det är norrmannen *Ragnar Knoph* (1894–1938). Enligt honom kommer sådana rättsnormer som strikt binder domarna att få minskad betydelse och ersättas med relativt breda standarder som lämnar rum för domarens ”fria skön”. I rättsliga standarder använder lagstiftaren avsiktligt obestämda rekvisit för att ge rum för individuell prövning av det fall som domaren ska avgöra.¹⁶

Man kan se att Lundstedt och Knoph betraktade den pågående utvecklingen på ett relativt likartat sätt, men förhöll sig ändå olikartat till den. Lundstedt ansåg att de nya reglernas styrningsfunktion – liksom också de

¹³ *af Hällström* 1942 passim. Tecken på en sådan forskningsinriktning finns redan i författarens artiklar från 1930-talet.

¹⁴ *Timonen* 1997 s. 127–129.

¹⁵ Se om detta *Tala* 2016 s. 3–25 och *Määttä* 2011 s. 101–110.

¹⁶ *Knoph* 1936 s. 520 ff. och *Knoph* 1948 s. 2–10.

gamlas – var bristfällig därför att man i alltför ringa grad hade lyckats lösgöra sig från rättsvetenskapens metafysiska tradition, där rättigheter och andra obefintligheter var centrala rättsfakta. Knoph däremot såg positivt på utvecklingen. Han menade att standardernas frammarsch visserligen kan leda till försvagning av förutsebarheten, men genom att domaren får beakta fallets särskilda drag kan det samtidigt leda till ökad rättvisa.

Det levande livet är enligt Knoph fullt av nyanser och oklara gränser, medan de traditionella rättsreglerna är abstraherande och innehåller strikta gränser. Abstraherandet leder till missförhållanden som emellertid förmildras, när man tar standarder i bruk som till sin struktur står närmare det levande livet än de traditionella rättsreglerna. Därför är standarder enligt Knoph utvecklingsbara på ett helt annat sätt än de traditionella rättsreglerna. Vanliga rättsregler kan enligt Knoph jämföras med ”statiska” fotografier av rättslivet. Rekvirit som finns i standarder såsom ”uppenbart orimlig”, ”god tro” eller ”bonus pater familias” är däremot rättslivets fria fåglar, spontana skapelser av rättslivet självt. De är vitala och har förmågan att ändras i tiden. Denna flexibilitet leder till att det inte finns ett behov att sätta i gång lagstiftningsmaskineriet varje gång det sker förändringar i rättslivet.

Knophs tankar var inte helt okända i Finland. Men egentligen kom de betoningar som han företrädde till Finland genom en annan väg, när *Ronald Dworkins* dikotomi mellan regler och principer väckte intresse hos forskarna på 1980-talet och därefter. Knoph är ett slags föregångare också för tankegångar som betonar civilrättens materialisering, dess ökade iakttagande av välfärdsstatens värderingar och parternas sociala ställning.¹⁷

4 Mångfalden av rättsfakta

Vilka slags rättsfakta används numera i civilrätten? Att ge ett något så när uttömmande svar i en artikel – kanske även i en bok – är knappast möjligt. Vad *Makkonen* säger om den samhälleliga verklighetens förvirrande mångfald håller streck också när det är fråga om den rättsliga verkligheten och rekviriten i rättsnormerna. En orsak till detta är den ”juridifiering” som leder till att en allt större del av fenomen och händelser i den samhälleliga verkligheten blir rättsligt relevanta.

Trots svårigheterna kan forskning om vilket slags rättsfakta som används inom olika rättsområden vara viktig och förbättra rättssamfundets

¹⁷ Om denna utveckling se t.ex. *Wilhelmsson* 1988 *passim*.

självförståelse av rättsordningens beskaffenhet. I det följande försöker jag i korthet skissera en klassificering av de rättsfakta som påträffas i civilrätten. På samma sätt som *Carl von Linnés* taxonomi ger struktur åt mångfalden i växt- och djurriket kan en klassificering av rättsfakta skapa ordning i rättsreglers mångfaldiga rekvisit och lyfta fram vissa typiska drag för dem.

4.1 Civilrättsliga normer utan rättsfakta?

Finns det i civilrätten normer som saknar rekvisit? Sådana normer är utan tvivel mycket sällsynta men kanske ändå inte helt obefintliga. I exempelvis Finland och Sverige är det möjligt att få äktenskapsskillnad utan att visa att det föreligger någon grund för äktenskapsskillnad. Ingen utomprocessuell händelse eller gärning behövs utan allt som krävs är att man yrkar äktenskapsskillnad inför en behörig myndighet. Situationen avviker från exempelvis uppsägning av ett hyresförhållande. Uppsägningen är ju en utomprocessuell åtgärd och frågan om en giltig uppsägning har ägt rum gäller existensen av ett institutionellt faktum som ska bevisas i en rättegång. Något motsvarande behövs inte vid yrkande av äktenskapsskillnad.

Man kan emellertid fråga om rättsreglerna om äktenskapsskillnad egentligen är ett bra exempel på rättsnormer utan rekvisit. Parterna måste ju vara gifta för att få äktenskapsskillnad. Att vara gifta är ett institutionellt faktum som uppkommer när en kompetent vigselförrättare i en vigselceremoni förklarar de vigda vara äkta makar.

Trots det kan man inte utesluta att det kan finnas rättsnormer i civilrätten utan rekvisit. Det är ju tänkbart att människorna ges möjlighet att till exempel ändra sin könstillhörighet eller sitt namn utan att behöva åberopa någon grund för detta. Allt som då behövs är processuellt, nämligen processhabilitet och ett felfritt yrkande.

Ett annat exempel på normer där rättsfakta har en mycket liten betydelse är reglerna om vårdnad och umgängesrätt med barn. Ett avgörande beträffande vårdnaden om barnet, boende och umgänge kan ju inte baseras på vad som tidigare har hänt, utan på en prognos om vilket av de alternativ som står till buds, som är det bästa för barnets uppväxt och utveckling. Vad som har hänt i barnets och föräldrarnas liv är dock relevant vid bedömningen, men de är inte rättsfakta utan ett slags bevisfakta.¹⁸ En

¹⁸ Om distinktionen mellan rättsfakta och bevisfakta se t.ex. *Lindell* 1987 s. 26–35.

prognos om barnets bästa kan göras genom att beakta bland annat det som har hänt tidigare.

Föräldrar som tvistar om barnets vårdnad har ofta svårt att förstå att ett avgörande om vårdnad inte direkt kan baseras på den ena förälderns otillbörliga beteende, såsom manipulering av barnet, egenmäktigt omhändertagande, sabotandet av umgänge eller alierandet av barnet från sin andra förälder. En del föräldrar anser att detta återspeglar de barnrättsliga normernas svaghet. Några beskyller lagen för partiskhet eftersom den tycks se mellan fingrarna och tolerera ett otillbörligt förfarande. Detta tyder på att man är van vid tanken att rättsreglerna är uppbyggda på det sättet att rättsföljder anknyts till rättsfakta. Man anser det vara förvirrande att barnrätten inte i större utsträckning följer denna modell. Men om man vill upprätthålla barnets bästa som det viktigaste rättesnöret är lagens tolerans ändå oundviklig. Detta kan möjligen generaliseras: Om tanken bakom en reglering är att alltid komma fram till ett visst mål, kan rättsföljderna inte knytas till klart definierade och entydiga rättsfakta.

4.2 Händelser som rättsfakta

Många rättsföljder knyts i civilrätten till händelser som hör till den fysiska verkligheten och som kan iaktas empiriskt. Födelse och död är viktiga rättsfakta. Båda utgör rekvisit i många familje- och arvsrättsliga normer, kanske i flesta av dem. Tidens gång hör till rekvisitet i normerna om exempelvis förfallotid för en fordran, klandertid och preskribering för en gäld. Tidens lopp är också avgörande för ett barns rättigheter som ökar med barnets ålder, och detsamma gäller för övergångsregler beträffande valet mellan ny eller gammal lagstiftning.

Bland de mest centrala rättsfakta i förmynderskapsrätten är om en person har insjuknat på ett sådant sätt att hens beslutsförmåga har försvagats. Insjuknandet är ett fysiskt faktum, visserligen med den reservationen att det finns olika uppfattningar om i vilken mån sjukdomar är fysiska eller sociala företeelser. Men enligt lagen är själva insjuknandet i sig inte tillräckligt för att leda till förmynderskapsrättsliga åtgärder, utan det förutsätts dessutom att den insjuknades angelägenheter kräver att någon annan sköter dem. Behov av skötsel är varken ett fysiskt eller ett psykiskt faktum utan en slutsats av en kognitiv och delvis även värde-mässig bedömning av den ifrågavarande människans livssituation. Vid bedömningen bör man ta i beaktande ett flertal omständigheter såsom graden av oförmåga att fatta beslut, förmögenhetens storlek och art, risk

för missbruk om ingenting görs och de anhörigas möjligheter att ge stöd åt den insjukna.

Bland civilrättsliga normer finns många sådana där händelserna inte i sig uppfyller rekvisitet, utan vad som behövs ytterligare är en kognitiv eller delvis värdemässig bedömning av händelserna på grundval av sakens omständigheter. En skadehändelse kan ofta iaktas empiriskt. Men att någon har vållat skadan genom oaktsamhet kan inte konstateras rent empiriskt, utan förutsätter en bedömning av situationen i dess helhet. Frågan om en chaufför har varit grovt oaktsam kan inte besvaras genom att enbart skaffa bevis om chaufförens beteende, utan svaret förutsätter en bedömning där man utöver chaufförens beteende beaktar andra omständigheter såsom väderförhållanden, trafiktäthet, ljusförhållanden och väglag.

Som exempel på andra normer där ett beslut i frågan om rekvisitet är uppfyllt förutsätter en bedömning av omständigheterna, kan nämnas ”behov av underhåll” (48 § äktenskapslagen), ”lätsinne” (31 § avtalslagen) och ”grundad anledning att vägra betala förpliktelsen” (29 § lagen om borgen och tredjemanspant). Möjligen kan man påstå att psykofysiska händelser relativt sällan utgör rättsfakta och att det är vanligare att rättsfakta består av en huvudsakligen kognitiv bedömning av händelserna.

Det finns också händelser som utan att höra till den psykofysiska verkligheten utgör en del av rekvisiten i en rättsnorm. Konkurs är ett exempel på detta. Det finns många rättsfakta som ska vara för handen för att domaren ska kunna meddela beslut om konkurs. Men konkurs är inte identiskt med dessa fakta utan därutöver behövs ett konkursbeslut. Beslutet är en språkakt som konstituerar konkursen.

Den som ville försvara tanken att alla rättsfakta – även till exempel konkurs – kan reduceras till sådana som hör till den spatiotemporala sinnesvärlden, kunde kanske hävda att meddelandet av beslutet är något som kan iaktas empiriskt. Kanske det, men att vara domare är inte en naturlig och empiriskt iakttagbar egenskap utan beror bland annat på om utnämnnaren hade kompetens för utnämningen. Kompetens är inte heller en naturlig egenskap. På så sätt kan man fortsätta utan att ta avsteg från sådana juridiska entiteter som kan iaktas bara genom att tolka händelserna i ljuset av regler (konstitutiva regler) som ger händelserna deras juridiska valör.

De fakta som har konstituerats genom en språkakt kallas institutionella fakta. Sådana fakta existerar inte i den empiriska verkligheten utan de kan kännas igen endast om man känner den relevanta konstitutiva

regeln som gäller i rättssamfundet, och om man tolkar händelsernas förlopp genom denna regel.¹⁹

Rättsvetenskapens värld är rik med rekvisit där de relevanta händelserna utgörs av institutionella fakta. Att sådana fakta är för handen kan inte iakttas empiriskt utan endast genom att betrakta och tolka händelserna med hjälp av en konstitutiv regel. Exempelvis sådana händelser såsom ”upphörande av en fordran”, ”uppkomst av upphovsrätt” eller ”upplösning av äktenskap” är institutionella fakta.

Händelserna som producerar ett institutionellt faktum kan vara rent empiriska, men så behöver inte vara fallet. Exempelvis en domstols beslut som konstituerar upplösning av ett äktenskap är självt ett institutionellt faktum. I juridiken är det vanligt att nya institutionella fakta produceras med händelser eller (handlingar) som i sig själva är institutionella fakta. Så byggs den juridiska verkligheten från skikt till skikt på grundval av sinnesvärlden. Den psykofysiska verkligheten utgör sockeln för byggnaden men det som mest intresserar rättsvetenskapen är våningarna på sockeln.

4.3 Handlingar som rättsfakta

Bland civilrättsliga rättsfakta är handlingar antagligen viktigare än händelser. Ett civilrättsligt rättssubjekt anses vara aktivt och själv styra sitt liv eller sin verksamhet för att förverkliga de mål som hen själv ställt upp. Detta sker genom handlingar som är rättsligt relevanta.

Handlingar som är relevanta i civilrätten innebär ganska sällan fysisk ansträngning eller kroppsligt arbete. I detta hänseende skiljer sig civilrätten från straffrätten även om mängden av rekvisit som kan uppfyllas utan svett och smuts tycks öka också i straffrätten.

Man kan dock finna exempel på sådana civilrättsliga rekvisit som innehåller fysiskt arbete. Till så kallade ursprungliga fång räknas ockupering av en sak som icke ägs av någon och tillverkandet av en sak av material som tillhör annan. För att få äganderätt på detta sätt kan kräva hårt arbete. Att exempelvis jaga ett vilt djur och skjuta det för ockupering kan vara en hård fysisk prestation. Att skulptera en staty för att få äganderätt och upphovsrätt för den kan likaså vara arbetskrävande.

¹⁹ Detta baseras på tankar av språkfilosoferna J. L. Austin and J. R. Searle. Se t.ex. *Austin* 1961 s. 220–239 och *Searle* 1969 passim. Om mina försök att använda och utveckla deras tankar i rättsvetenskapliga sammanhang se t.ex. *Helin* 1978, *Helin* 1983 och *Helin* 1998 passim.

Men när det gäller ockupering av fast egendom – ett fenomen som numera hör till rättshistorien – har situationen varit en annan. Enligt *Päivi Paasto* som forskade i äganderättens och äganderättstänkandets historia, avvek filosofernas och juristernas uppfattningar om fång av fast egendom på ett markant sätt från varandra. Medan filosoferna ansåg att fångat förutsatte arbete för eller med hjälp av egendomen ansåg juristerna att det var tillräckligt för ockupering av fast egendom, att det företogs vad som närmast kan beskrivas som en rituell handling där man markerade landet som sitt.²⁰

Civilrätten uppskattar bekvämlighet. Den förutsätter aktivitet av sina subjekt, men undviker kroppsligt arbete. Detta är möjligt genom att de handlingar som konstituerar ett nytt rättsläge ofta är rituella till sin natur. Genom sådana handlingar skapas institutionella fakta som hör till rättsnormernas requisit. Exempel på sådana är låta sig vigas, att upprätta ett testamente och att ingå ett avtal. En betraktare inser vad som har hänt om hen känner till de konstitutiva regler som producerar vigseln, köpet, testamentet och så vidare, och dessutom tolkar händelserna (eller handlingarna) i ljuset av dem.

Institutionella fakta kan skapas rituellt genom ett visst beteende som enligt de relevanta konstitutiva reglerna producerar de behövliga fakta. Beteendet i fråga behöver inte vara fysiskt och tungt utan kan vara lätt och symboliskt. Handlingar med hjälp av vilka rättigheter skapas och ändras är ofta sådant slag. Ett lätt inomhusarbete med penna och papper eller en laptop är tillräckligt. Fysiska fakta som endast kan produceras med hjälp av kausallagen och genom att använda muskelkraft är inte särskilt användbara i civilrätten. Allt kan dock inte skapas rituellt, att exempelvis uppfylla ett entreprenadavtal kan kräva hårt fysiskt arbete.

Konstitutiva regler som ger ett rättssubjekts beteende dess juridiska innehåll har i rättsteorin ofta förbisetts eller ansetts vara något slags definitioner utan teoretiskt intresse. Exempelvis Makkonens välkända analys, där han indelar rättsnormer i tre kategorier som han sedan skarpsinnigt analyserar, känner inte alls konstitutiva regler.²¹ Jag tycker att detta är beklagligt. Konstitutiva regler har en central plats i civilrätten och i rättsordningen överhuvudtaget. Många – kanske de flesta – av de rättsfakta som används i civilrätten är institutionella fakta. När man i juridiken påstår att ett visst institutionellt faktum har uppkommit är tanken inte

²⁰ *Paasto* 2004 s. 40–72, 90–95 och 211–213.

²¹ *Makkonen* 1965 s. 27–51, *Makkonen* 1981 s. 38–66.

att rapportera om ändringar i den psykofysiska verkligheten. Exempelvis påståendet att någon har gått i borgen kan inte tolkas på det sättet att man på ett egendomligt sätt eller genom ett konstigt språkbruk försöker säga att något har hänt i den spatiotemporala verkligheten. Inte heller är påståendets funktion bara att uttrycka känslor eller påverka andras beteende, som Olivecrona menade.²² Påståendet om exempelvis förekomsten av ett borgensåtagande är snarare en slutledning som man kommer till genom att tillämpa den relevanta konstitutiva regeln på händelserna och handlingarna.

4.4 Värderingar som rättsfakta

Det finns även sådana rättsfakta som inte hör till de ovan nämnda kategorierna. Ragnar Knophs intresse för rättsfakta tändes när han började fundera på sådana rekvisit som ”stridande mot tro och heder” (t.ex. 33 § avtalslagen), ”god tro” (t.ex. 29 § avtalslagen), ”otillbörligt förfarande i äktenskapet” (t.ex. 94 § äktenskapslagen) och ”betalningssvårigheter som gäldenären har råkat i huvudsakligen utan egen skuld” (11 § räntelagen). Sådana normer förutsätter att tillämparen gör en värdemässig bedömning av situationen. Slutsatsen av en sådan bedömning utgör då det rättsfaktum som avgör på vilket sätt rättsregeln tillämpas. Stundom har lagstiftaren specificerat de händelser, gärningar och förhållanden som kan tas i beaktande vid bedömningen. Enligt 36 § avtalslagen ska vid prövning av en rättshandlings oskälighet beaktas rättshandlingens hela innehåll, parternas ställning, förhållandena då rättshandlingen företogs och därefter samt övriga omständigheter. Sådana bevisfakta styr i viss mån en rättstillämpares bedömning. Det är dock inte ovanligt att tillämparen ska göra bedömningen utan att lagstiftaren har gett närmare instruktioner. Enligt exempelvis § 33 avtalslagen ska tillämparen, utan att hans bedömning på något sätt har begränsats, bedöma om förhållandena är sådana att det skulle strida mot tro och heder om någon tillåts återropa rättshandlingen.

En annan grupp av normer där värderingar fungerar som rättsfakta är jämkningsnormerna. Med hjälp av dem syftar man att korrigera sådana följder som tillämpning av rättsnormen annars skulle leda till. Normen i fråga kan vara antingen en privatnorm såsom vid jämkning av avtal, eller en norm i lagen som vid jämkning av bodelningens slutresultat. Principen om *ordre public* i internationell privaträtt har samma struktur.

²² Se t.ex. Olivecrona 1960 s. 130–145.

Genom tillämpning av denna princip kan det resultat som har nåtts på grundval av en utländsk rättsnorm ändras, med följden att slutresultatet upphör att stå i strid med forumlandets grundläggande värderingar.

Jämkningsnormerna skiljer sig från den förstnämnda gruppen däri att de kommer in bilden först när den egentliga rättsnormen har tentativt tillämpats och följderna har bedömts vara orimliga. I jämkningsnormerna riktas värderingen alltså på slutresultatet av en tentativ tillämpning, medan i den förstnämnda gruppen av normer ett slutresultat inte kan nås utan värdering. I teorin är det möjligt att även ett sådant slutresultat som grundar sig på en värdemässig bedömning, ska kunna jämkas enligt en jämkningsnorm. Situationer där en sådan dubbel användning av värderingar behövs torde vara sällsynta men inte obefintliga. Enligt den finska äktenskapslagen kan den ena maken få vederlag i bodelningen, om den andra maken under äktenskapet har missbrukat sin rätt att råda över sin egendom. Begreppet ”missbruk” förutsätter en bedömning som inte är helt värderingsfri. Att en maka har givits vederlag hindrar dock inte makarna att ändå kräva jämkning av bodelningen. Jämkning kan trots vederlaget behövas då alla typer av orimlighet inte kan undanröjas genom vederlag.

När en domare tillämpar normer som hör till denna grupp är meningen naturligtvis inte att hen ska använda sina personliga värderingar. Tvärtom är avsikten att domaren tillämpar gemensamma samhälleliga värderingar och bedömningsgrunder. Knoph tycks mena att domaren på ett nästan empiriskt sätt kan skaffa sig vetskap om tillämpliga bedömningsgrunder genom att utreda på vilket sätt de som uppfyller måttstocken för exempelvis en ”bonus pater familias” eller ”en ärlig handelsman” beter sig. Helt på detta sätt går det dock inte till. Även en bedömning av vem som hör till gruppen ”bonus pater familias” eller ”en ärlig handelsman” förutsätter värdeomdömen.

Lagstiftaren har dock allt oftare använt sådana rättsfakta som förutsätter en värdemässig bedömning. Bakom detta måste finnas ett antagande enligt vilket det i samhället finns tillräckligt enhetliga bedömningsgrunder för att kunna avgöra om kraven på ”bonus pater familias” (eller en ”bona mater familias”) är uppfyllda, om ett visst avtalsvillkor i en viss situation är oskäligt eller om ett avtalspart har betett sig på ett sätt som förutsätts vid ”ärlig omsättning”. Tyder detta på att den söndervittring av gemensamma värden som påstås karakterisera vår postmoderna tid inte håller streck? Eller är det tvärtom så att lagstiftaren använder verktyg som hör till det förgångna med följden att lagstiftningens styrfunktion sinar ut?

5 En skissartad förteckning av rättsfakta

Om man på basis av det ovan sagda skisserar en katalog av rättsfakta som förekommer i civilrätten är resultatet i huvuddrag det följande:

1. inga rättsfakta (normer utan rekvisit)
2. rättsfakta som hänvisar till den fysiska eller mentala verkligheten
 - a) händelser
 - b) handlingar
3. rättsfakta som hänvisar till institutionella fakta
 - c) händelser
 - d) handlingar
4. rättsfakta som baserar sig på en kognitiv bedömning av andra fakta (som kan vara psykofysiska eller institutionella)
5. rättsfakta som baserar sig på en värdemässig bedömning av situationen (på grundval av eller utan angivna bevisfakta)
6. rättsfakta som baserar sig på en värdemässig helhetsbedömning av det resultat som skulle följa av tillämpningen av den relevanta rättsnormen (jämningsregler och ordre public-principen).

Avsikten med förteckningen är att få fram olika typer av rättsfakta som används vid formulering av rekvisit i rättsregler. Förteckningen gör inte anspråk på att vara uttömmande och det finns frågor som inte är behandlade. Jag har till exempel förbisett frågan om även sakförhållanden borde finnas i förteckningen eller om det räcker att händelser och handlingar som producerar sakförhållanden har beaktats.

Man ska inte förstå förteckningen så att ett rekvisit i en viss norm alltid kan placeras i en viss kategori i förteckningen. Tvärtom är rekvisit i civilrättsliga normer oftast mycket komplicerade och kan innehålla ett flertal rättsfakta som kan hänföras till olika kategorier. Att en tillämpning av ett komplicerat rekvisit normalt inte leder till övermäktiga svårigheter i praktiken ska processrätten tackas för. I dispositiva mål kan domaren ju begränsa sig till sådana fakta som har åberopats i målet och som är stridiga mellan parterna.

Rättsdogmatikers uppgifter avviker i viss mån från varandra beroende på i vilken kategori i förteckningen som ifrågavarande rättsfakta ska hänföras till. Om rekvisitet består av händelser eller handlingar som hör till den psykofysiska verkligheten, är forskarens normala uppgift att försöka minska den semantiska vagheten som finns i faktabeskrivningen, och att på detta sätt hjälpa rättstillämparen med tolkningsrekommendationer

som är exaktare än den ursprungliga beskrivningen. Om det däremot finns institutionella fakta i rekvisitet, är forskarens viktigaste uppgift att förtydliga och vidareutveckla den konstitutiva regel som producerar det ifrågakvarande faktumet, och samtidigt gör det möjligt att bevisa faktumets existens. Det är inte alltid nödvändigt att framställa nya tolkningar. Även en beskrivning av härskande tolkningar kan vara en värdefull forskningsprestation därför att tolkningarna på så sätt kan hållas i liv i rätts-samfundet. Jag tror att detta är en förklaring till varför betydelsen av handböcker och allmänna verk i rättsvetenskapen är mycket större än i naturvetenskaperna.

Hur dessa tolkningsoperationer ska göras beror på metoder som är etablerade i rättssamfundet. Problematiken kan inte behandlas nu. Jag vill dock betona att det inte endast är fråga om en lingvistisk operation, utan reglernas mål och tolkningens koherens med andra närliggande normer är viktig. I vissa fall är det också viktigt att försäkra sig att den tentativa tolkningen inte leder till klar motstridighet med de krav som följer av grundläggande fri- och rättigheter. De nämnda rättigheterna fungerar som korrektiv av ett tolkningsresultat på ett sätt som påminner om ordre public-principens funktion i den internationella privaträtten.

Om det i en rättsnorm har använts rättsfakta som baserar sig på en kognitiv bedömning av bevisfakta, kan forskaren utöver att analysera de problem som anknyter till den semantiska vagheten av rekvisitet, upprätta rekommendationer gällande tyngden av olika fakta som ska tas i beaktande vid bedömningen. I de fall där det behövs en värdemässig bedömning för att inse på vilket sätt en norm ska tillämpas, är det forskarens uppgift att delta i den process som syftar till att skapa och förstärka gemensamma värderingar i samhället, för att på detta sätt komma till en enhetligare tillämpning av normerna. Syftet med forskning kring jämningsnormerna kan också tolkas på detta sätt.²³

Forskningsmässigt finns det en viktig skillnad mellan rättsfakta som hör till kategorierna 1–4 å ena sidan, och rättsfakta som hör till kategorierna 5 och 6 å andra. Rättsfakta som hör till de förstnämnda kategorierna kan i princip preciseras så att de blir entydiga och inga tolknings-

²³ Denna beskrivning av en forskares uppgifter gäller den s.k. normalvetenskapen vars omedelbara syfte är att hjälpa rättstillämparna. Situationen är mer komplicerad, när det är fråga om en s.k. kritisk forskning vars syfte är att kritisera hävdvunna gemensamma åskådningar och omskaka den existerande samstämmigheten. Men även kritisk forskning syftar normalt till att framöver uppnå samstämmigheten på basis av en ny grundval.

svårigheter uppstår. Enligt rättsdogmatikens självförståelse är otydligheten i rekvisiten ett problem som i princip borde övervinnas, även om det i praktiken knappast är möjligt att uppnå detta mål ens tillfälligt. När det gäller kategorierna 5 och 6 är detta dock inte meningen. Om en standard, en princip eller en värdemässig bedömning skulle lösgöras från all oklarhet, så att tillämpningen blev entydig, skulle den förlora den elasticitet, utvecklingsbarhet och vitalitet som Knoph ansåg vara central för ”standarderna”. Då skulle en standard, eller för den delen en princip eller en värdemässig bedömning, inte längre vara rättslivets fria fågel utan ankdammens sorgliga skepnad med beskurna vingar.

Litteratur

- Aarnio* 1968 Aarnio, Aulis: Några tankar om oskiftat dödsbo som juridisk person I. JFT 1968 s. 342–365
- Austin* 1961 Austin, J. L.: Philosophical Papers (edited by J.O. Urmsen and G. J. Warnock). Oxford 1961
- Ekelöf* 1945 Ekelöf Per Olof: Juridisk slutledning och terminologi. TFR 1945 s. 213–272
- Ekelöf* 1978 Ekelöf, Per Olof: Från en forskares verkstad s. 11–21, i verket Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23–26 maj 1977. Symposia Universitatis Upsaliensis Annum Quingentesimum Celebrantis 6. Uppsala 1978 s. 11–21
- Helin* 1978 Helin, Markku: Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet – några anmärkningar, i verket Uppsalaskolan och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23–26 maj 1977. Symposia Universitatis Upsaliensis Annum Quingentesimum Celebrantis 6. Uppsala 1978 s. 71–81
- Helin* 1983 Helin, Markku: On the Semantics of Interpretative Sentences in Legal Dogmatics; i Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen, Oikeustiede-Jurisprudentia 1983; Helsinki 1983 s. 63–88
- Helin* 1988 Helin, Markku: Lainoppi ja metafysiikka (Rättsdogmatik och metafysik). Helsinki 1988

- Helin* 1989 Helin, Markku: On the Evolution of Argumentation in Finnish Private Law Research, 1920–1960. *Scandinavian Studies in Law* 1989 s. 138–166
- Helin* 1998 Helin, Markku: Kieli oikeustodellisuuden rakentajana (Språket som byggare av den rättsliga verkligheten). *Lakimies* 1998 s. 1027–1036
- Knoph* 1936 Knoph, Ragnar: Åndsretten. Oslo 1936
- Knoph* 1948 Knoph, Ragnar: Rettslige standarder. Oslo 1948
- Lahtinen* 1949 Lahtinen, Osvi: Till läran om juridiska personer. *TFR* 1949 s. 47–58
- Lindell* 1987 Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. Uppsala 1987
- Lundstedt* 1930 Lundstedt, Vilhelm: Obligationsbegreppet. Senare delen. Första häftet. Uppsala 1930
- Makkonen* 1965 Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Turku 1965
- Makkonen* 1981 Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia (Om problem i det juridiska beslutsfattandet). Helsinki 1981
- Marc-Wogau* 1972 Marc-Wogau, Konrad: Axel Hägerströms ontology, i verket Olson, Raymond E. – Paul, Anthony M (eds.) *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, Baltimore and London 1972 s. 479–490
- Määttä* 2011 Määttä Kalle: Sääntelytarkkuuden monet kasvot (Noggränhet vid regleringen, ett fenomen med många ansikten), i verket Jyrki Talan juhlakirja. Jyväskylä 2011 s. 101–110
- Olivecrona* 1960 Olivecrona, Karl: Rätt och dom. Lund 1960
- Paasto* 2004 Paasto, Päivi: Omistuksen juuret (Ägandebegreppets rötter). Jyväskylä 2004
- Ross* 1951 Ross, Alf: Tü-Tü i verket *Festschrift til professor dr. juris Henry Ussing* 5 maj 1951. København 1951 s. 468–484
- Searle* 1969 Searle, J. R.: *Speech Acts*. Cambridge 1969
- Strahl* 1946 Strahl, Ivar: Till frågan om rättighetsbegreppet. *TFR* 1946 s. 204–210

- Tala* 2016 Tala, Jyrki: Laki ei ole ilmaishyödyke – Sääntelyn kustannusten ja niiden hillitsemisen tarkastelua (Lagen är inte en kostnadsfri nyttighet – betraktelser om regleringens kostnader och om möjligheten att dämpa dem). *Lakimies* 2016 s. 3–25
- Timonen* 1997 Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkina-voima (Bestämmanderätten, priset och marknadskrafterna). Jyväskylä 1997
- Wilhelmsson* 1987 Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt. Helsinki 1987

Adrienne Héritier

Quo Vadis, Europa?

Four paths and their plausibility

1 Introduction

Due to important shocks such as the Eurozone crisis, the migration crisis and Brexit the European Union is faced with the challenge to reconsider its institutional architecture in order to better deal with such shocks. Should it follow the path of (i) an ever closer union or United States of Europe; of (ii) a two-tier or more differentiated union; (iii) continue to muddle through with incremental changes on a path of “covert integration; or (iv) engage on a path of disintegration or dissolution? In the following I will ask which of the four possible scenarios in the immediate and mid-term future of the European Union, are most likely to unfold.

In order to answer this question I will use strategic interaction analysis, as developed by Lake and Powell (1999). Strategic interaction analysis distinguishes between two elements of strategic interaction: actors and their environments. On the actor side, strategic choice analysis distinguishes between two attributes, First, actors are assumed to have preferences, defined simply as how they rank the possible outcomes defined by the environment (Lake and Powell 1999, 9). Actors’ basic preferences are desires that remain the same across a wide variety of situations. Actors’ situational preferences (Frieden 1999) consist of the ranking of preferred outcomes in more specific situations and depend upon the particular problem constellation and constellation of actors and their preferences over outcomes they negotiate with. The second attribute of an actor are its prior beliefs about the preferences of other actors. In particular, when actors are uncertain, these beliefs are crucial for the decision about which

strategy to choose, and, in consequence, for the outcome of interaction (Lake and Powell 1999:11).

The strategic environment is composed, first, of the actions which are available for the actors, They are summarized according to what could be the outcome of interactions of actors, or the outcome of how decisions and events can unfold (Lake and Powell 1999, 8, 9), i.e. striving for one of the possible outcomes mentioned above i) A European State; ii) a differentiated and flexible EU; iii) covert integration; (iv) disintegration and/or dissolution. Second the environment is composed of an information structure that defines what the actors can know for sure and what they have to infer from the behaviour of others. Institutional rules play an eminent role here. Keohane (1984) argued that one way in which institutions facilitate co-operation among states is by providing more information to state actors, especially, by providing better possibilities of monitoring each other's behaviour (Lake and Powell 1999, 9).

The analytic distinction of actors' attributes and the attributes of the environment implies the possibility of broad kinds of conceptual experiments (Lake and Powell 1999). The first conceptual experiment varies the properties of the actors, i.e. their preferences and beliefs, while it holds the environment in which they interact constant, and derives conclusions or hypotheses about the likely outcome of the interaction. The second conceptual experiment varies attributes of the environment while the actors' attributes are held constant, and derives conclusions or hypotheses about the likely outcome of the interaction. Using this analytic scheme I will ask: how plausible are the four different developments described above?

The four developments, an ever closer union, differentiation, covert integration, and disintegration/dissolution constitute different features of the explanandum. I will argue that the likeliness of the respective scenarios happening depends on the following factors. The relevant factors are (a) the most important actors', i.e. member states and European institutions and their preferences over outcomes, i.e. a specific path of development; (b) important macro factors of the environment, such as the financial and economic crisis or a high/low influx of refugees; and (c) the decision-making rules applied when deciding over outcomes such as unanimity, QMV and the use of referenda in member states and court rulings.

Using this analytic scheme, I will first ask: what is the likeliness that a federal state or United States of Europe will materialize in a short and mid-term period?

2 Path One: A European federal state or “an ever closer political union”

A political union defined as a federal state is characterized by a concentration of decision competences for all policies and budgetary issues with institutions at the supranational level. Even more, the competence to allocate competences, the “Kompetenz-Kompetenz” rests with supranational institutions. Member states would be left with implementing powers of the legislative decisions taken at the central level. A European federal state would have a federal parliament which elects a government accountable to the parliament. In a two chamber form, the second chamber consisting of representatives of member states, would also engage in legislation at the supranational level.

Using the analytic scheme described above, in view of actors’ preferences over outcomes and given specific macro conditions, as well as in view of the institutional rules relevant for the decision making process, what is the likeliness that a European state will come about in the near future?

Which are the main actors’, i.e. large member states’ and institutions’ preferences over the outcome of a political union which would mean moving from a federation of states to a federal state? The large member states’ governments’ preferences, with the exception of France under the Presidency of the Republic of Macron, i.e. Germany, Italy, Spain and Poland, for a political union at the cost of national sovereignty, are assumed to be against such a political union that would imply a substantial additional up-loading of national competences. France with its plan for a fiscal union and a European finance minister may come closest to a step in direction of a political union. However, in the outline of its view, the powers of a finance minister (of raising a European tax and at which level for a European budget) remains unspecified. But none of the other governments have proposed such a plan or supported Macron’s plan. The German government’s chancellor’s response has arrived hesitantly and offered some support for a very restricted form of fiscal union. In all member states, in view of the increasing weight of right and left-wing

anti-European and anti-immigration parties, mainstream parties see themselves under pressure from populist parties using voters' discontent and anti-elite sentiments to build their strengths, to adjust their agendas against an ever closer union (if ever they favoured one).¹ Thus, except for a few small member states such as Belgium and Luxemburg which tend to favour a closer union, there is very little support for a political union from most national governments. In view of particularly strong sovereignist tendencies in the Visegrad countries, the preferences clearly are very diverse. Moreover, the so-called Hanse 2.O, with the Netherlands, the Scandinavian member states and the Baltic states, exert pressure in the direction of repatriating competences or at least strengthening the subsidiarity principle.

In contrast, the supranational institutions, i.e. the Commission and the European Parliament, as to judge from the Four and Five Presidents Reports, as well as the Juncker proposal of 2017 for a transformation of the European Stability Mechanism into a European Monetary Fund under the Commission's direction, point to preferences for a political union, at least for the Eurozone countries. The European Parliament in its majority support these plans of the Commission which would constitute steps in the direction of parliamentary democracy in the EU in which the EP elects the (Commission) government. The European Council, by contrast, reflecting the member states' positions, is assumed to predominantly oppose a political union. In sum, actors' preferences over outcomes are very diverse.

Linking these preferences to the given macro conditions I argue that that the main conditions influencing actors' preferences over outcomes and therefore the decision-making outcome, are the handling of the Eurozone crisis and the refugee crisis, both ongoing processes. This is because both conflicts imply redistributive issues. In the course of the crises the unwillingness to redistribute financial capacity and refugees across the members of the Union emerged very quickly. Thus, the interventions to solve the Euro, the sovereign debt and banking crisis led to a cleavage between creditor and debtor states. Both crises have not reinforced

¹ In Finland the right wing populists are part of the governing coalition. In Denmark they supported the governing coalition for 10 years, as was the case in the Netherlands although over a shorter period; in Poland and Hungary they dominate the governments (Hutter, Grande and Kriesi 2016). In Sweden, the Sweden Democrats have gained considerable ground in the election of 2018.

solidarity among member states, quite the opposite, they led to a North-South divide in economic and financial governance as well as to a West-East divide as regards the willingness to accept refugees. Overall these distributive issues strengthened centrifugal tendencies and weakened the political will of member states to support a deeper political union.

Adding the factor, decision making rule, i.e. the fact that incisive decisions as regards a reform of the institutional architecture of the European Union and the Euro zone have to be taken under unanimity rule, it follows from this majority of actors disinclination to form a European federal state, that a comprehensive treaty change in favour of a deepening union is unlikely to happen.

What is more, even if governments had the same preferences for a political union, the institution of referenda to be held at the national level in several member states in case of a treaty reform introduces an element of uncertainty. In the light of populist anti-European public opinion in an increasing number of member states would render the adoption of such a treaty change highly unlikely. A further institutional restriction to be taken into account is the national institutional rule that national parliaments have to confirm a treaty change. Some national constitutional courts, such as the German Constitutional Court, request that the national parliament has to confirm an uploading of national competences to the European level.

In conclusion, given actors' diverse preferences over outcomes, the negative influence of redistributive crisis hanging over Europe with its centrifugal impact and the requirement to adopt a treaty change by unanimity and submit it national parliaments' confirmation and/or to referenda in some member states, render this first path of development unlikely.

3 Scenario Two: Differentiation/two speed Europe

Differentiation or two-speed/two-tier Europe is defined (i) as a differentiation as to individual member states participating in joint policy making in specific areas, i.e. being offered opt-ins and opt-outs; a second feature (ii) is the designed cooperation of some member states in joint policy making and joint institutions across various policy areas (core Europe),

while others locate themselves around this core participating only in a free trade area, or a common market area with specific freedoms.

As assumed under scenario one, it is assumed that *actors' preferences* about how to shape the institutional architecture of the European polity are diverse, ranging from a few small member states favouring a political union, over a sizable number of large and small member states favouring a more differentiated, two tier development path of development. The Commission and the Parliament are assumed to favour a deepening of a political union and to be skeptical vis-a-vis a differentiated Union whereas the European Council, given diverse preferences of member governments, are assumed to favour a differentiated or flexible integration course.

The *macro conditions*, as under scenario one, are assumed to be a persisting impact of the financial/Eurozone crisis and resulting economic recession in a few member states and the persisting refugee/migration crisis. Both, given the diverse preferences over outcomes tend to deepen the conflicts and increase the difficulties of finding common solutions to redistributive problems.

Since – as under scenario one – unanimity is required to adopt a treaty reform and such reforms would need to be corroborated by national parliaments or in national referenda, in the light of diverse preferences over outcomes, only incremental changes or a decision-making deadlock can be expected. As regards policy measures in which co-decision and qualified majority vote are required, nonetheless consensual decision-making is still very frequent. Hence, pressure to accommodate diverse interests more than ever lead to incremental changes and compromises in the form of opt outs and increased voluntary cooperation. Thus, in reaction to the Eurozone crisis, we did not experience a big leap towards a political union. Rather the Six Pack und Two Pack, the Fiscal Compact, the European Stability Mechanism, and Banking Union, Open Monetary Transactions, reflect a mixed picture of deepening cooperation or centralization on the one hand and a strengthening of intergovernmental governance on the other. While the Eurozone group strengthened its own power of crisis management, Germany and other Northern creditor states, resisted further centralization in the form of common bond issuance or other measures to mutualize sovereign debt (Barber 2016). By contrast, when Germany, and more recently, Italy, tried to lead in a redistributive solution of the refugee crisis, they failed. What emerged is the notion of “flexible solidarity”, where a solution of a redistributive

problem offers different options in which to contribute. Instead of taking in refugees some member states may contribute to border control capacity or provide financial resources to the refugee problem. Or, in the case of external trade the threatened rejection of the CETA agreement with Canada by Belgium gave rise to a proposed new solution that Belgium could be excluded from the parts of the agreement which go beyond common competences while keeping it as a member under common competences (Bubrowski 2016).

In conclusion, given actors' diverse preferences over the desirability of the four paths of development, the influence of redistributive crises with their centrifugal impact, and given the need to adopt a treaty change by unanimity and submit it to national parliaments' consent and to referenda in some member states, makes it more likely that compromises are found in small steps. These small steps result in differentiated integration, such as opt-out clauses, a re-definition of solidarity, voluntary cooperation in some areas, in short, a more flexible union with diverse degrees of association which are not irreversible (Schmid, 2016).

4 Scenario Three: Covert integration

Covert integration is defined as a deepening of integration in terms of uploading of policy making competences and a definition of more stringent common policy solutions which take place *outside* of the main formal democratic political decision making arenas, Council, European Council and European Parliament.

As under scenarios one and two, *actors preferences* as regards the future design on the European institutional architecture, a deepening, a differentiated integration or a disintegration of the EU are assumed to diverge.

Similarly, *the macro conditions*, pressure of the financial crisis and the resulting economic recession in some member states, as well the on-going refugee/migration crisis, are assumed to persist. Both, given the diverse preferences over outcomes tend to deepen the conflicts and increase the difficulties of finding common solutions to redistributive problems. However, as opposed to scenario two under which differentiated solutions of integration are chosen in a process of designed and negotiated treaty revisions and policy changes in the central political arenas, under scenario three, these macro conditions are expected to lead to a process of covert integration, i.e. incremental policy and institutional changes *invisible* to the wider public.

This hidden process of deepening integration is a consequence of the existing formal decision-making rules, i.e. unanimity or consensus rules. Decision-making under these conditions increases the likelihood of vague formulations. Even under QMV given diverse preferences and the prevalent consensus practice, decision outcomes often are compromises containing vague formulations. This in turn allows for a re-bargaining of the specifics of a policy or an institutional rule in the course of their implementation. If actors in favour of deepening integration prevail in renegotiations, covert integration takes place outside of the public attention of the open arenas (Héritier 1999; 2016). Another typical path of specification of vague framework decisions is through executive or judicial actors with preferences for deepening integration; further paths are formulating policy changes in highly technical details, or cutting big salient controversial issues into small, technical, low salience issues which are not in the eye of public attention; the use of soft modes of integration based on voluntariness and/or including private actors in public policy making is yet another one, using soft power like benchmarking with naming and shaming as a means of deepening policy integration; or the introduction of parallel options of regulation, European and national, may lead to a crowding out of national regulations by European regulations because private actors comply with European regulations to save transaction costs; moreover, a delegation of decisions to independent regulatory authorities acting outside the political arena² is another important mode of deepening integration outside of the political arenas. A further mode of invisible integration of EU policies happens through transversal policies, such as competition policy. State aids, for instance, under the control of the Commission has been a powerful instrument of making an inroad into national policy shaping competences. By conditioning the acceptance of state aid on soft Commission policy criteria, member states see themselves induced to follow these criteria (Blauberger...).

In the past decades, a considerable part of deepening European policy integration evolved through these multiple, covert paths. Covert integration 'through the back door', raises obvious problems of democratic legitimization of European policy making once citizens realize that the extent of integration has progressed without their being aware of it.

² Or what Bickerton et al. under their notion of New Intergovernmentalism call 'de novo bodies' (Bickerton et al. 2015).

In conclusion, given actors' diversity of preferences of outcomes of future shape of Union, and given demanding decision-making rules of unanimity or consensus, covert integration is a likely path to be chosen and in fact has been used frequently in the past decades. The status quo of policy making is changed invisibly and without explicit democratic confirmation in the central political arenas, a circumstance which may trigger an anti-European backlash (Hobolt and Tilley 2014).

5 Scenario Four: Disintegration/Dissolution

Features of disintegration are defined first as a repatriation of specific policy making competences to the national level or the opting out of member states of specific joint policy areas; second it may take the shape of the exit of individual member states of the Monetary Union or/and the European Union entirely, such as decided in the Brexit vote of June 2016. Thirdly, dissolution of the entire Union is a planned step of designed institutional change of abolishing the Union altogether.

Actors' preferences are assumed not to favour a dissolution of the union, the third option. This holds for all member states and for the Commission and the European Parliament. Preferences for the second option, i.e. referenda over an exit of the European Union, as in Britain, are unlikely to be launched in other member states. Nor have explicit governmental positions of member states been put forward calling for a referendum over an exit from the monetary union. With increasing pressure of anti-European radical parties, however, and their possible electoral victories, such referenda cannot be excluded. The preferences of member states as regards the first option, i.e. repatriation of competences, are diverse. With the strengthening of the Visegrad formation of Poland, Hungary, Czech Republic and Slovakia, as well the Hanse 2.0 formation of the Netherlands, the Baltic States and Scandinavian states such preferences have become more pronounced with respect to migration policy (Visegrad) and fiscal policy (Hanse 2.0).

The *macro conditions*, as under scenario one, two, and three are assumed to be a persistent impact of the financial/ Eurozone crisis and resulting economic recession in some member states and the on-going refugee/migration crisis. Both, given the diverse preferences over outcomes tend to deepen the conflicts and increase the difficulties of finding common solutions to redistributive problems.

The *decision making rule* to bring about a treaty change with the intention of abolishing of the Union requires member states' unanimous decision. Given diverse preferences, and the lack of unanimity, it is unlikely to materialize. Individual national referenda over an exit from the union as individual steps of disintegration are more easily organized. Incentives to resort to such referenda would depend on the relative gain a country would draw economically from an exit, on geopolitical factors, on the handling of distributional economic and migration issues, the contentedness with the own national policies and institutions (de Vries 2016), but also the specific trade deal negotiated with Britain in the next years.

6 Conclusion: “Fluctuat nec mergitur”

From the analysis of the political dynamics resulting from actors preferences, macro conditions and given institutional rules, it is concluded that of the four possible scenarios, the scenario two of differentiated integration, multi-tier Europe and scenario three of a continuing covert incremental integration, rather than the scenario one of a political union or scenario four disintegration/dissolution, are the most likely to happen. It appears plausible to expect that the EU will continue ‘to be tossed, but will not sink’ (*fluctuat nec mergitur*) and will continue to be a ‘half-way house between intergovernmental cooperation and supranational powers’ (Barber 2016). Yet, floating along and reacting incrementally in the face of important changes in the economic and social environment may not be enough, and in the case of scenario three, risky, since covert integration ‘through the back door’, raises obvious problems of democratic legitimation of European policy making. When citizens at one point realize that integration has considerably deepened through hidden channels, without their being aware of it, this may trigger a backlash, manifesting itself, for instance, in the negative outcome of national referenda on European issues.

Going beyond the analysis of what might plausibly happen, a normative view would also argue that piecemeal interventions as a reaction to multiple crises tend to reinforce executive and non-majoritarian actors because they incur less coordination costs as compared to legislative action and treaty revisions. It also means that overall considerations of ‘reinventing the union’ are not tackled.

Notwithstanding, more recently, proposals for institutional reforms have been put forward from various quarters. Some relate to the overall

structure of the EU, others to specific institutional elements of the Eurozone governance. The most far-reaching plan was proposed by Martin Schulz, the then leader of the Social Democratic Party for a “United States of Europe” end of 2017. It was met with deafening silence (Muenchau 2017). The outcome of this advance reflects the analysis made under scenario one: the failure of a plan to establish a federal state.

As regards Eurozone governance, far-reaching proposals were introduced by the French President, Emmanuel Macron, as well as the President of the Commission, Jean-Claude Juncker. While Macron aims at a reform of the Eurozone architecture, proposing a Eurozone budget, a eurozone finance minister and a Eurozone parliament, the Commission’s proposals in particular aim at bringing the intergovernmental elements of economic governance created during the financial crisis, in particular the ESM, an intergovernmental agreement, into the institutional framework of the EU (Muenchau 2017). It also provides for the introduction of a Single Minister of Finance, a Eurozone budget and supports the proposal of transforming the EMS into a European Monetary Fund³ (Khan, 2017), as originally proposed by Germany in December 2017. Supported by the EP, the Commission moreover proposes that the EMF, which would develop new financial capacity, be subject to the normal legislative procedure. It would be able to build up a fund to give short-term loans to countries in economic difficulties and serve as a backstop for the funds that the EU’s banking resolution authority uses in rescuing banks. According to the Commission, the EMF would be accountable to the EP. The latter would be able to hold hearings with the agency’s head and would receive full yearly reports from the EMF on its activities (Smith-Meyer 2018; Charlet 2018).

By contrast, the Council is seeking to set up the EMF without resorting to the legislative process, but to maintain intergovernmental control over the EMF, as is presently the case under the ESM (Charlet 2018). For this purpose it has set up an informal task force reporting to the Economic and Financial Committee⁴. During the height of the financial crisis it had established the “task force on coordinated action” (Smith-Meyer 2018) to facilitate cooperation among finance ministers. Subsequently it made preparing work for the ESM, which is run by Eurozone finance

³ The German proposal provides for restructuring requests to countries receiving funds from the EMF.

⁴ Created in 1999 to review the economic and financial situation of member states.

ministers. It is the Economic and Financial Committee's task force that the Council now charged to deal with the Commission's EMF proposal to transform the ESM into an EMF. It is unlikely that it will follow the recommendation to subject the EMF to be accountable to the EP (Smith-Meyer 2018). Eurozone heads of state will decide in March 2018 on the EMF initiative (Muenchau 2017). This attempt of the Council to circumvent the Commission proposal by using existing, largely unknown, bodies to bring an important change of economic governance about, reflects the scenario three of covert integration.

Closely linked to the described plans of how to reform financial and economic governance institutions in the Eurozone, there is another on-going important debate centering on whether to go for a full fiscal union or, more modestly, to complete the Banking Union by adding to the Single Supervision Mechanism and to the Single Resolution Mechanism a Eurozone-wide deposit insurance scheme. It appears that in the face of a stiff opposition primarily from Northern member states the plan of a fiscal union is unlikely to materialize and the steps are at present directed to a completion of the Banking Union. However, this process has at present run into a deadlock over the question of whether banks should first engage in risk reduction (Northern member states) before going for a risk-sharing mechanism as favoured by a France-led coalition of Southern member states (Brunsdén, Khan and Chazan 2018). Both fiscal union and the deposit insurance fund under Banking Union are redistributive questions, albeit of a different scale. It, therefore, does not surprise that a decision about a fiscal union has not been tackled in view of diverse member states interests and the need to decide by unanimity. The deposit insurance fund raises the redistributive questions, as well, but – given that the two first important components SSM and SRM already exist – may be introduced in a differentiated⁵ an incremental way or allow for some differentiation and flexibility. This would reflect scenario two.

Finally, an option of a transformed EU architecture has to be mentioned where the overall objective is to re-build the EU in the sense of *both* selective deeper integration and at the same time devolution or repatriation of competences. According to this view, where there is an urgent need of joint action, such as in foreign and security policy as well as

⁵ Such as by allowing for access to a deposit insurance fund under differentiated economic conditions.

migration and asylum policy competences should be pooled. By contrast, other tasks with no trans-border effects such as some areas in environmental law, health, consumer policy, as well as labour law could be repatriated (Papier 2016).⁶ The principle of an ever closer union would be reversed to a need for a compelling legitimation of further communitarization. Such a recomposition of the EU with a simultaneous partial devolution of competences and partial additional communitarization would allow consensus building based on a compensation mechanism.

References

- Barber, L., Britain after Brexit: Lionel Barber's lecture in Tokyo, *Financial Times*, 15.10.2016.
- Bickerton, C.J., Hodson, D. and U. Puetter, 2015. The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era, *Journal of Common Market Studies*, 53/4, 703–722.
- Brunsdén, J., M. Khan and G. Chazan 2018, Battle for banking union hangs over the Eurozone, *Financial Times* 14.12.2017.
- Bubrowski, H., EU Wege aus CETA Dilemma, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26.10.2016.
- Chassany, A.S., Emmanuel Macron keen to drive European Parliament reforms, *Financial Times*, 14.2.2018.
- De Vries, C., 2016, *Should I Stay or Should I Go? A Reference Point Theory of Public Opinion Towards European Integration*, Unpubl. Manuscript Bergen Stein Rokkan workshop, Sept. 2016.
- Héritier, A., 2014. Covert Integration of Core State Powers: Renegotiating Incomplete Contracts. P. Genschel and M. Jachtenfuchs, eds. *Beyond the Regulatory Polity?* Oxford University Press. 230–248.
- Héritier, A., 1999. *Policy Making and Diversity in Europe. Escaping Deadlock.* Cambridge University Press.
- Herszenkron, D.M., After Brexis...more solidarity, against Euroskeptic barrage. *Politico*. 16.9.2016.
- Hobolt, S. B. and J. Tilley, 2014. *Blaming Europe? Responsibility Without Accountability in the European Union*, Oxford University Press.

⁶ Such options were discussed at the Bratislava Summit emphasizing that policy delivery was the order of the day, focusing on the economy/employment, security, i.e. fighting terrorism; protecting outside borders, digitalization (Herszenkron, 2016).

- Hutter, S., Grande, E. and Kriesi, H.P., 2016. *Politicising Europe: Integration and Mass Politics*. Cambridge University Press.
- Khan, M., J. Bruntsden and A. Barker, 2018. "Juncker backs election process for Brussels top job", *Financial Times*, 14.2.2018.
- Khan, M., 2017. "Expectations over euro summit reform push downgraded", *Financial Times*, 15.12.2017.
- Muenchau, W., "Lack of Eurozone reform outranks Brexit as the EU's biggest threat", *Financial Times*, 17.12.2017.
- Papier, H.J., 2016. *Zerfaellt Europa (17)*. Europa zwischen Nationalstaatlichkeit und Einheit, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21.10.2016.
- Roedder, A., 2016. EU im Krisenmodus: Weniger it mehr Europa. *FAZ*, 29.10.2016.
- Schmid, T., 2016. Europa ist tot, es lebe Europa! Eine Weltmacht muss sich neu erfinden, Muenchen.
- Smith-Meyer, B., 2018. "Capitals' Power Grab for Eurozone enforcer". *Politico*, 13.2.2018.

Johan Hirschfeldt

Konstitutionella reformfrågor

– om reglerna om ändring av grundlag och annat

1 Inledning

Under valåret 2018 öppnades en diskussion om frågor kring demokratin självförsvaret. Man ska ha Abraham Lincolns berömda ord ”Demokratien är ingen självmordspakt” i tankarna inför den diskussionen. Så hur skyddas demokratin och vilken betydelse har därvid juridiken?

En utgångspunkt för mig som jurist med intresse för författningsfrågor är att man bör vara försiktig med grundlagsändringar. Man bör inte fästa alltför stor tilltro till att förstärkande förändringar av författningen är effektiva försvarsmedel i ett sådant dystert sammanhang. Det räcker alltså här inte med ett formellt och rättsligt betraktelsesätt på författningsfrågan och självförsvaret. Konstitutionella regler kan ändras, rundas eller helt enkelt negligeras. Högtidliga principer kan urvattnas. Ett formellt skydd kan visa sig otillräckligt. Det handlar i stället ytterst om motståndskraften i fråga om den politiska och den rättsliga kulturen i en demokrati och om människornas tillit till institutionerna och dem som arbetar där.

Men å andra sidan, väl utformade institutioner med goda ”checks and balances” är nödvändiga byggstenar för en demokratisk rättsstat med dess tre komponenter: demokrati, fri- och rättigheter och rättsstat. Folkstyret bygger på majoritetsprincipen, det erkänner rättigheter som ger ett skydd även för minoriteter och idealen förverkligas genom rättsordningen. Men bygget blir aldrig färdigt och spelet står öppet.

Så en aktiv och bred kunskapsspridning och diskussion om författningen och rättsordningen fyller här en nödvändig funktion.

Det nu sagda betyder att grundlagsändringar från tid till annan behöver övervägas och genomföras. Under åren 2004–2008 bedrevs ett över-

synsarbete i den parlamentariskt sammansatta Grundlagsutredningen där jag deltog. Detta arbete resulterade i 2010 års omfattande ändringar av regeringsformen.

Grundlagsändringar brukar bli föremål för noggranna förberedande diskussioner de politiska partierna emellan och regeringens kommitté-direktiverna förhandlas fram. Partierna drar sig för att alltför ofta sätta igång utredningsarbete på detta område. Men finns det, sett i ljuset av förra årets diskussion, redan nu efter knappt tio år återigen anledning att säga att det finns ett konstitutionellt reformbehov?

I denna artikel vill jag särskilt lyfta fram några mera rättsligt betonade frågor kring behovet av ytterligare diskussion eller en översyn på området. Jag argumenterar för en något ökad tröghet i förfarandet kring författningsändringar m.m. och för ett stärkande av vissa ”checks and balances” såvitt gäller lagstiftningsarbetet och domstolarnas konstitutionella ställning.

Sådana här tankar har förts fram också av andra så mina synpunkter är knappast originella. Några frågor har redan lett till att initiativ tagits, om andra finns förberedelser presenterade. Men jag ser ett värde i att nu, i början av en ny mandatperiod, ställa samman den här översikten om några tänkbara förändringar. Vissa fordrar ändringar i regeringsformen. Andra gör det inte men som har betydelsefull anknytning till den konstitutionella regleringen. Redovisningen går inte in i detaljer. Den avser, med några undantag, läget inte senare än slutet av år 2018.

2 Vilande grundlagsändringar

Först erinras här om två förändringar där vilande grundlagsförslag har antagits av riksdagen och ett andra bekräftande beslut fattas snart under hösten 2018 med ikraftträdande av ändringarna med ingången av år 2019.

Bestämmelserna om Riksrevisionen i kontrollmaktskapitlet i regeringsformen, 13 kap. blev föremål för översyn i 2017 års riksrevisionsutredning. Ett grundlagsförslag har antagits bl.a. om att antalet riksrevisorer inte läses i regeringsformen.¹

Bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen har sett över i Mediegrundlagskommittén. Kommitténs förslag

¹ 2017/18:KU15 och SFS 2018:1903.

har lett till mycket omfattande vilande ändringsförslag i de båda grundlagarna som nu genomförts.²

3 Utredningsarbete som inletts och pågår

3.1 Riksbanken

En parlamentarisk utredning, Riksbankskommittén, ser över ansvarsfördelningen mellan regeringen och Riksbanken beträffande valutapolitiken, penningpolitikens mål och medel och Riksbankens institutionella oberoende m.fl. frågor som kan innefatta grundlagsändringar.³

3.2 Public service

En ny parlamentarisk utredning för behandling av ett antal frågor på tryck- och yttrandefrihetens område har redan nu tillsatts, redan innan vissa beslutade ändringar på området trätt i kraft.⁴ I direktiven anger regeringen att detaljregleringen på området medför återkommande behov av justeringar. Med den tekniska utvecklingen följer nya medieformer som kan behöva inordnas i systemet. Av intresse här är att nämna uppgiften att utreda behovet av ändringar i grundlag för att stärka oberoendet hos public service. Den frågan finns idag inte reglerad i grundlag. Den stärkta finansieringsmodell som riksdagen antog under hösten 2018 kan visserligen bidra till att värna verksamhetens självständighet och oberoende.⁵ Men det ska nu övervägas om oberoendet bör stärkas genom en reglering i grundlag. Direktiven anger här yttrandefrihetsgrundlagen och regeringsformen som alternativ.

3.3 Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av grundlagsskyddade fri- och rättigheter

Principen om det allmännas skadeståndsansvar vid sidan av ansvaret för fel vid myndighetsutövning har under senare år vuxit fram i domstolspraxis. Denna praxis har till att börja med gällt skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen och har sedan befästs genom ändringar i

² Prop. 2017/18:49, 2017/18:KU16 och SFS 2018:1801.

³ Dir. 2016:114, 2017:57 och 100.

⁴ Dir. 2018: 51.

⁵ Prop. 2017/18:261 och 2018/19:KrU2.

skadeståndslagen. Denna utveckling i domstolspraxis har fortsatt såvitt gäller regeringsformens rättighetsreglering. Högsta domstolen har nämligen i några fall beslutat om rätt till skadestånd eller annan ersättning för överträdelse av några bestämmelser i 2 kap. regeringsformen. Det har gällt frågor avseende rätten till medborgarskap (2 kap. 7 §), rätten till rättvis rättegång (2 kap. 11 §) och egendomsskyddet (2 kap. 15 §). Det bör påpekas att detta gäller några punktvisa fall. Någon slutsats om förekomsten av någon generell rätt till ersättning på området kan inte dras av dessa rättsfall.

Det är mycket intressant att som en ny företeelse notera den aktiva roll som domstolarna tagit på sig genom att gå före lagstiftaren. Att det kunnat ske kan sammanhållas med att vi här rör oss på ett område, skadeståndsrätten, där lagstiftaren lämnat ett omfattande mandat till rätts-tillämpningen men det får också ses som ett tecken i tiden. Domstolarna har påverkats av det förrättsligande som europeiseringen av rätten sedan 1990-talet medfört.

Redan i lagstiftningsarbetet rörande skadestånd för överträdelse av Europakonventionen uppmärksammades frågan om hur man skulle se på motsvarande frågor såvitt gäller regeringsformens rättighetsreglering. Den saken lämnades dock då öppen. Sedan Högsta domstolens avgörande i det s.k. medborgarskapsfallet⁶ kommit har riksdagen tillkännagit sin önskan om en utredning. I anledning därav har regeringen beslutat om direktiv för en parlamentarisk utredning för att behandla frågan om ersättning vid överträdelse av 2 kap. regeringsformen. Uppdraget får sägas vara öppet utformat men innehåller avgränsningen att det inte omfattar att föreslå ändring av grundlag.⁷

4 Några särskilda konstitutionella frågor

4.1 Om ett återkommande betänkande av konstitutionsutskottet m.m.

Att läsa det återkommande betänkandet från konstitutionsutskottet med rubriken Författningsfrågor där motionerna på området behandlas ger en god överblick över de konstitutionella frågor som aktualiseras i riksdagen

⁶ NJA 2014 s. 323.

⁷ Dir. 2018:92.

och hur dessa tidigare behandlats i utskottet och hur de nu bedöms av de olika partiernas företrädare i utskottet.⁸

Här är notiser över några frågor som utskottet uppmärksammade våren 2018 och några andra saker som jag för egen del vill peka på. Jag följer regeringsformens kapitelindelning.

4.2 Om att säkerställa ledningen av utrikes- och säkerhetspolitiken

I anslutning till regeringens uppgift att styra riket (1 kap. 6 §) finns för att säkerställa regeringens ledning av utrikes- och säkerhetspolitiken ett stadgande i 10 kap. 13 § om en underrättelseskyldighet för statliga myndigheter, dvs. också domstolarna, inför regeringen (till utrikesministern; i praktiken UD) om uppkomna frågor av betydelse för förhållandet till en annan stat eller till en mellanfolklig organisation. Denna bestämmelse måste ses i ljuset också av regeln i 12 kap. 2 § som förbjuder bl.a. regeringen att bestämma över myndighetsbeslut i ett särskilt fall som gäller myndighetsutövning. Bestämmelsen om underrättelseskyldighet gäller alltså inte kommunerna. Tänk här på principen om det kommunala självstyret (1 kap. 1 och 7 §§ samt 14 kap.).

Det kan tänkas uppkomma spänningar och tillämpningsproblem i detta sammanhang. Detta belyses av ett par uppmärksammade fall om två kommuners tilltänkta försäljningar av hamnar till utländska intressen. Man kan fråga sig om en sådan här underrättelseskyldighet borde omfatta också kommunerna. Samma skyddsintressen kan dock tänkas också aktualiseras på den privata marknaden. Det hela gäller därmed generella förvärvsfrågor och kan ses som en totalförsvarsfråga som skulle kunna lösas utan förändringar i regeringsformen. Nu arbetar en utredning med frågan om förbättrat skydd för totalförsvarsverksamhet.⁹

4.3 Tre frågor på fri- och rättighetsområdet

Religionsfriheten i 2 kap. 1 § är en absolut rättighet som innebär en oin-skränkt rätt för den enskilde att utöva sin religion. Skyddssfären får dock med stöd av förarbetena bedömas som påtagligt begränsad och bestäm-

⁸ Senast 2017/18:KU36.

⁹ Dir. 2017:31 och Carl-Henrik Ehrenkrona, Myndigheterna och utrikes- och säkerhetspolitiken i Vänbok till Mats Melin, Iustus 2018.

melsen aktualiseras sällan i svensk rättspraxis. Samtidigt har vi i Europakonventionens art. 9 en religionsfrihet som också gäller rätten att utöva religionen men som liksom de andra opinionsfriheterna där är begränsningsbar. Från Europadomstolen kommer också löpande avgöranden om hur art. 9 ska förstås bl.a. i konflikt med andra rättigheter eller samhällsintressen. På sikt kan spänningsfältet mellan de två bestämmelserna väntas skapa problem.¹⁰

Föreningsfriheten är en rättighet som får begränsas endast i ytterst liten omfattning (2 kap. 20, 21 och 24 §§ andra stycket). I gällande lagstiftning finns inte något förbud mot rasistiska organisationer och grundlagsbestämmelserna (se 24 § andra stycket) gör det möjligt att införa ett sådant förbud. Frågan har länge diskuterats och verkar komma att åter aktualiseras under denna mandatperiod. Föreningsfriheten får också begränsas när det gäller sammanslutningar vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur. Så har skett genom straffbestämmelsen i brottsbalken mot olaga kårverksamhet. Kan lagstiftning mot deltagande m.m. i en terroristorganisation införas utan att alls komma i konflikt med föreningsfriheten eller fordras att detta görs endast inom ramen för de här begränsningsändamålen eller fordras grundlagsändring för att öppna denna möjlighet? Detta är aktuella frågor under regeringens beredning.¹¹

En annan sak gäller frågan om inrättande av *en institution för mänskliga rättigheter i Sverige* och om huvudmannaskapet för en sådan institution. Konstitutionsutskottet lät professor Hans-Gunnar Axberger utreda om det var lämpligt att placera en sådan institution under JO och fann, liksom sedan riksdagen, skäl som talade mot att en svensk institution för mänskliga rättigheter skulle placeras hos riksdagen. Därför uppmanades regeringen i ett tillkännagivande att utreda frågan om en nationell institution för mänskliga rättigheter i Sverige igen, med utgångspunkten att den inte ska placeras under riksdagen. Detta arbete nu genomförts inom Regeringskansliet och remissbehandling pågår av ett förslag att placera en myndighet med dessa uppgifter under regeringen men med en särskild självständig ställning.¹²

¹⁰ Victoria Enqvist har uppmärksammat saken i Religionsfrihetens rättsliga ramar, Iustus 2013.

¹¹ Se bl.a. Lagrådets yttrande den 20 mars 2019.

¹² 2017/18:KU6 och Ds 2019:4.

4.4 Frågor angående statschefen

Riksdagen har i ett tillkännagivande för regeringen uttalat att en parlamentarisk kommitté ska få se över bl.a. utformningen av riksdagens ekonomiska anslag till hovet, alltså organisationen runt kungen och det svenska kungahuset.¹³

4.5 Regeringsbildningsprocessen

Efter valet 2018 har den för svenska förhållanden utdragna processen för regeringsbildning uppmärksamats. För talmannens arbete med detta finns enligt 6 kap. 4–5 §§ ingen tidsgräns. Kan processen inte slutföras med en regeringsbildning blir det extra val och regeringsbildningsprocessen återupptas därefter. Ett genomfört extraval (3 kap. 11 §) förskjuter inte nästa ordinarie val. Det erfarenheter som nu gjorts kan bli viktiga när man överväger behovet av att ev. gå vidare med frågan om författningsändringar på nämnda punkter.¹⁴ I diskussionen har också förts fram att reglerna om regeringsbildning borde revideras genom att knytas till formerna för beslutsordningen för budgetpropositionen.¹⁵ Om det sistnämnda se avsnitt 4.7.

4.6 Lagrådet

Frågan om Lagrådets ställning och uppgifter i det konstitutionella systemet har också diskuterats inför valet 2018. Detta är en del av systemet för normprövning. Jag återkommer kort till det i avsnitt 5.6.

4.7 Rambeslutsprocessen

En del erfarenheter i riksdagen i samband med rambeslutsprocessen eller den enhetliga behandlingen av budgetpropositionen och möjligheten att därur bryta ut vissa frågor till särskild behandling låg bakom den s.k. Decemberöverenskommelsen. Flera regel- och tillämpningsproblem står fortfarande olösta. Sedan länge pågår utredningsarbete kring budgetpro-

¹³ 2017/18:KU28.

¹⁴ Mikael Sandström, ”Grundlagarna måste ändras för att underlätta regeringsbildning”, DN-Debatt 2019-02-28.

¹⁵ Martin Pettersson, ”Rösta om statsministern så som riksdagen röstar om budgeten”, DN-Debatt 2018-11-21.

cessen. I det arbetet föreligger svårigheter för riksdagspartierna att enas om balansen mellan å ena sidan en tydlig och väl avvägd regleringen i regeringsformen och riksdagsordningen och å andra sidan behovet av tillräckligt utrymme för parlamentarisk praxis på området. Ytterligare behandling av problemen kan förutses. Jag går inte närmare in på detta här utan hänvisar till bl.a. de tre avlämnande utredningsbetänkandena på området.¹⁶

4.8 Riksrevisionen, den kommunala revisionen och statsbidragen till kommunerna

Mycket stora delar av statsbudgeten består av transfereringar till kommunerna (här inkl. landstingen) i form av statsbidrag. Vad gäller i fråga om kontrollen av statsbidrag och hur dessa allmänna medel hanteras? Riksrevisionen har möjlighet till effektivitetsrevision. Kommunal verksamhet revideras genom kommunal revision. I 14 kap. med rubriken Kommunerna, finns bestämmelser om kommunernas uppgifter och självstyrelsen. Även de angelägenheter som kommunerna sköter enligt bestämmelser i lag utförs på självstyrelsens grund (14 kap. 2 §). I fråga om inskränkningar av den kommunala självstyrelsen, som ju fordrar lagstiftning (8 kap. 2 §) med delegationsmöjlighet till regeringen (8 kap. 3 §), ska en proportionalitetsprincip iakttas av lagstiftaren, riksdagen (14 kap. 3 §). Det ligger härmed i sakens natur att kontrollmakten, som ju innefattar Riksrevisionen, enligt regeringsformen ska utövas med ett hänsynstagande till den kommunala självstyrelsen och är mer inskränkt än i förhållande till regeringen och de statliga myndigheterna. Så gäller för övrigt även för JO genom att de former under vilka den kommunala självstyrelsen utövas ska beaktas vid tillsynen (3 § lagen med instruktion för riksdagens ombudsmän).

Riksrevisionens uppgifter är primärt begränsade till ”den verksamhet som bedrivs av staten” men kan med lagstöd gälla även ”annan verksamhet” (13 kap. 7 §). Kommunal revision regleras i ny utformning och exklusivt i 12 kap. kommunallagen. Emellertid har Riksrevisionen mandat att också granska ”hur de statsmedel används som tagits emot som stöd

¹⁶ En utvecklad budgetprocess – ökad tydlighet och struktur, SOU 2013:73, prop. 2013/14:173, 2013/14:KU46, En översyn av överskottsmålet, SOU 2016:67, samt En sammanhållen budgetprocess, SOU 2017:78. Se även Ramverket för finanspolitiken, skr. 2017/18:207 samt Fredrik Sterzel, Finansmakten i författningen, 2 u., 2018.

för en viss verksamhet, om redovisningsskyldighet för medlen föreligger gentemot staten eller särskilda föreskrifter eller villkor har meddelats om hur medlen får användas” (2 § 6 p. lagen om revision av statlig verksamhet m.m.). Det finns bestämmelser om Riksrevisionens granskningsområde även i hälso- och sjukvårdslagen och socialtjänstlagen som rör bidragsgivning till kommunerna. Med stöd av lagbestämmelser, regeringens förordningar och föreskrifter i regleringsbrev eller villkorsbeslut kan alltså en granskning, i form av s.k. effektivitetsrevision (till skillnad från årlig revision) ske av hur statliga anslag till kommunerna används.¹⁷

Finns det ett behov av ett utrymme för samverkan mellan Riksrevisionen och den kommunala revisionen och en förstärkning av den kommunala revisionen? Kan en sådan samverkan eller ett ökat kontrollmandat för Riksrevisionen vara förenligt med den kommunala självstyrelsen? Finns utrymme för sådana förstärkningar redan genom att styra mer med regleringsbrev och villkorsbeslut från regeringens sida eller fordras lagstiftning och hur ska den i så fall utformas?

Dessa frågor kan komma att få en viss belysning i en utredning som tillsatts av regeringen för att behandla offentlig-privat samverkan, styrning och kontroll mot bakgrund av de s.k. OPS-lösningarna inom landstingskommunal hälso- och sjukvård. Utredningen ska identifiera risker för att offentliga medel inklusive riktade statliga medel inte används effektivt och ändamålsenligt. I direktiven markeras att vid förslag om författningsändringar måste proportionalitetsprincipen beaktas vid inskränkningar i den kommunala självstyrelsen.¹⁸

Det förekommer motioner om att den kommunala revisionen bör grundlagregleras. Dessa behandlas utförligt i konstitutionsutskottets betänkande och har hittills avslagits.¹⁹ Jag ser ett behov av att de aspekter av den konstitutionella kontrollmakten som jag här nämnt blir mer uppmärksammade än hittills.

¹⁷ Se bl.a. Vilhelm Persson, Regleringsbrev ur rättslig synvinkel, Förvaltningsrättslig tidskrift 2011 s. 635 och Specialdestinerade statsbidrag till kommuner ur rättslig synvinkel, förvaltningsrättslig tidskrift 2012 s. 90.

¹⁸ Dir. 2018:9.

¹⁹ Se senast 2017/18:KU36 s. 110 ff.

4.9 Riksdagens ombudsmän (JO)

Konstitutionsutskottet beslutade före sommaruppehållet 2018 att redovisa sin uppfattning om att en bred översyn bör göras av JO och vilka frågeställningar som enligt utskottet bör övervägas i en sådan översyn. Arbetet med detta kan förväntas fortskrida. I sammanhanget pekades också på ett beslutat tillkännagivande till regeringen om ett modernare och tydligare tjänstemannaansvar genom ett utvidgat straffansvar för tjänstefel.²⁰

4.10 Civila kriser

I 15 kap. finns bestämmelser om krig och krigsfara. Några särskilda konstitutionella regler om civila kriser finns inte i regeringsformen. Utrymmet för konstitutionell nödrätt är omdiskuterat. Grundlagsutredningen diskuterade grundlagsperspektivet på civila kriser och nödsituationer men lade inte fram något författningsförslag. Utredningsbetänkandet lämnades samma år, år 2008, som finanskrisen slog till. Därefter har migrationskrisen hösten 2015, två stora skogbränder inträffat samt informationskrigföring och andra störningar av elektronisk infrastruktur uppmärksammas. Vissa utredningar har gjorts och organisatoriska åtgärder har genomförts för att säkra finansiell stabilitet. Nu prövas förslag på räddningstjänstens område och en utredning om totalförsvarsverksamhet arbetar. En helhetssyn inför framtida kriser av olika slag fordrar enligt min mening en god författningsberedskap i ett brett perspektiv. Detta kan inrymma även konstitutionella frågor.²¹

²⁰ Konstitutionsutskottets protokoll 2017/18:60 och 2017/18:KU37.

²¹ Det kan nämnas att det i Norge sedan 2018 pågår en översyn av behovet av ändringar i beredskapslagstiftningen för bl.a. sådana extraordinära situationer som naturkatastrofer, olyckor, pandemier och sammanbrott i infrastruktur, se Mandat for et lovutvalg til å utrede en sektorovergripende fullmaktsbestemmelse og hjemmel for suspension av enkeltpersoners rettigheter i beredskapslovgivningen.

5 En ny utredning om domstolarnas oberoende och rättskipningens självständighet m.m.

5.1 Bakgrund

Ändringarna av regeringsformen år 2010 innehöll vissa ändringar som gällde domstolarna och rättskipningen. Detta kan sägas bekräfta och stärka den dömande maktens konstitutionella ställning. Sammanfattningsvis innebar detta: ett eget kapitel, 11 kap., en öppning för nya regler om domarutnämningar, en skyddsregel om målens fördelning, en möjlighet till gemensamma satsar för Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen samt avskaffandet av det för lagprövning inskränkande uppenbarhetsrequisitet.

Vid en internationell jämförelse är dock domstolskapitlet i regeringsformen kortfattat. Man kan säga att viktiga principer där och genom underliggande lagstiftning ges endast ett tämligen indirekt skydd. Reglerna förutsätter att statsmakterna försvarar bl.a. den grundläggande principen om domstolarnas självständighet i rättskipningen. Bestämmelsen i 11 kap. 3 § om rättskipningens självständighet skyddar uttryckligen endast det egentliga beslutsfattandet i det enskilda målet. Behovet av en skyddad sfär går längre och gäller både externt och internt, både i förhållande till domstolen och till den enskilda domaren.

En särskild fråga gäller Domstolsverket. Ända sedan Domstolsverket tillkom på 1970-talet har dess ställning, uppgifter och ledningsfunktion periodvis varit föremål för diskussion och det särskilt inom domarkåren. Det har här funnits mer av principiell kritik och mindre av konkreta exempel i vardagen, även om frågor om domsskrivning, system- och blankettutformning och domares vidareutbildning i förhållandet mellan domstolarna och Domstolsverket ibland tagits upp.

Ett par förändringar har skett på området efter 2010.

En lag om utnämning av ordinarie domare har införts.²² Därigenom har det s.k. kallelseförfarandet helt avskaffats. Utnämning av alla domare förutsätter ansökan. För anställning som domare i de båda högsta domstolarna finns också en möjlighet till generell intresseanmälan. Förfarandet präglas av öppenhet och Domarnämndens sammansättning är lagreglerad. Domarnämnden är en myndighet under regeringen och har nio ledamöter, vara fem ska vara eller ha varit ordinarie domare. Två ledamöter

²² SFS 2010:1390.

ska vara jurister verksamma utanför domstolsväsendet och två ledamöter ska representera allmänheten. De två sistnämnda väljs av riksdagen, medan de övriga förordnas av regeringen efter ett nomineringsförfarande. De allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna föreslår domarrepresentanterna. Nämnden ska lämna regeringen motiverade personförslag om utnämning och om regeringen vill utnämna någon som inte föreslagets så måste nämnden få yttra sig över denna person.

I samband med en lagreglering av reglerna om ordförandeskapet i domstol vid kollegial handläggning har regler om fördelning av mål tagits upp. Frågan om fördelning av målen är av betydelse från självständighets-synpunkt både domstolsexternt och -internt. Den externa skyddsregeln togs 2010 in i regeringsformens 11 kap. 2 §: ”Ingen annan myndighet får heller bestämma hur dömande uppgifter ska fördelas mellan enskilda domare.” Till detta har nu på lagnivå lagts en regel om det interna skyddet. Där stadgas att målfördelning mellan enskilda domare ska vara baserad på objektiva kriterier som domstolen fastställt i förväg och den fördelningen får inte vara ägnad att påverka målens utgång. Det bör ses som en principiellt viktig markering att denna reglering nu förts in i lag.²³

5.2 En ny diskussion som ägt rum i ett internationellt perspektiv

Under de senaste åren har den konstitutionella regleringen på området åter kommit i blickfånget. Flera domare har gjort här debattinlägg och velat öppna för en ny prövning av dessa frågor. Jag stannar vid att hänvisa till några av dessa inlägg.²⁴

Den här diskussionen bör ses i ljuset av den försvagning av domstolarnas ställning som kunnat iaktas i flera EU-länder och som tydliggjort

²³ Prop. 2017/18:88 och 2017/18:JuU27.

²⁴ Anders Eka, Domstolarna i samhället, i Svea hovrätt 400 år, Norstedts Juridik 2014 s. 369, Fredrik Wersäll, Ökad domarmakt och makten över domstolarna, SvJT 2017 s. 1, Johan Hirschfeldt, En enda högsta domstol – ett första steg?, SvJT 2017 s. 257, Mats Melin och Stefan Lindskog, Domstolarnas oberoende behövs stärkas, SvJT 2017 s. 345, Barbro Thorblad och Martin Holmgren, Domstolsverket – från starten till våra dagar, SvJT 2018 s. 16 och Sven Johannisson, ENCJ:s arbete för domstolarnas oberoende, SvJT 2018 s. 212. Om den demokratiska rättsstaten, se Johan Hirschfeldt, Europarådet och skyddet för den demokratiska rättsstaten, i Hoten mot rättsstaten i Europa, Anders Mellbourn red., Premiss 2017 s. 122 ff. och densamme, Krisen för den demokratiska rättsstaten, SvJT 2018 s. 76.

hur centrala de här frågorna är för domstolarnas roll i det konstitutionella systemet och ytterst för den demokratiska rättsstaten.

De svenska domarnas inlägg har gjorts med beaktande av de principer som tas upp i de många internationella dokumenten om domstolars och domares oberoende. För svensk del är några frågor av särskild betydelse att diskutera. Jag presenterar här två av dessa.

Först domarutnämningarna.

Europarådets ministerkommittés rekommendation om domare, deras oberoende, effektivitet och ansvar från 2010 bör först nämnas.²⁵ Där finns ett avsnitt bland mycket annat om s.k. Councils for the Judiciary (p. 26–28), i den europeiska diskussionen nu ofta kallade High Judicial Councils. Dessa anges i rekommendationen som självständiga organ som etableras enligt lag eller på konstitutionell nivå och som ska skydda domstolars och domares oavhängighet. Mer än hälften av ledamöterna i sådana organ ska vara domare ”chosen by their peers” från alla nivåer av domstolarna. I anslutning härtill anger rekommendationerna hur ett sådant eller likande organ sammansatt med domare på nu angivet sätt ska bestämma om eller yttra sig inför domarutnämningar (p. 44–48).

Samma år, 2010, beslutades också Venedigkommissionens rapport om samma ämne.²⁶ Där behandlas också bl.a. frågan om High Judicial Councils och utnämning av domare (p. 28–32). Kommissionens uppfattning ligger nära rekommendationen men är inte bokstavstrogen. Kommissionen summerar i p. 32 sin inställning om domarutnämningar:

To sum up, it is the Venice Commission’s view that it is an appropriate method for guaranteeing for the independence of the judiciary that an independent judicial council have decisive influence on decisions on the appointment and career of judges. Owing to the richness of legal culture in Europe, which is precious and should be safeguarded, there is no single model which applies to all countries. While respecting this variety of legal systems, the Venice Commission recommends that states which have not yet done so consider the establishment of an independent judicial council or similar body. In all cases the council should have a pluralistic composition with a substantial part, if not the majority, of members being judges.

²⁵ Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to members states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

²⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Report on the independence of the judicial system Part I: The independence of judges (CDL-AD(210)004).

With the exception of ex-officio members these judges should be elected or appointed by their peers.

Sedan Domstolsverket.

Av Sven Johannissons anmärkta artikel (not 23) framgår att nätverket för EU:s medlemsländers domstolsadministration, ENCJ, uppställer kravet att dessa institutioner ska vara oberoende i förhållande till den verkställande makten och lagstiftaren eller annars styra sig själva. Medan bl.a. Danmark har ledamotsstatus, anses Finland, Norge och Sverige inte uppfylla kriterierna utan har endast observatörsstatus. Bakgrunden för svensk del är förstås att Domstolsverket är en förvaltningsmyndighet som lyder under regeringen. Det bör dock nämnas att det i förordningen med verkets instruktion i 1 § anges att verket i sitt arbete ska iakttä domstolarnas självständighet enligt regeringsformen. Här bör också noteras att det för närvarande både i Finland och Norge pågår reformarbete kring domstolsadministrationen.²⁷

5.3 Tillkännagivandet om en utredning om domstolarnas oberoende och rättskipningens självständighet

Det är mycket glädjande att den här diskussionen har lett till positiva resultat också på politisk nivå. Under våren 2018 blev frågor om domstolarnas oberoende och rättskipningens självständighet föremål för riksdagsbehandling där riksdagen avlät ett tillkännagivande till regeringen om behovet av en utredning på detta område och detta gjordes i ett beslut som togs enigt i kammaren med acklamation! Det handlar om en kompromiss som nåddes i konstitutionsutskottet.²⁸ En mycket kontroversiell fråga fördes därvid tills vidare åt sidan – den om införandet av en författningsdomstol. I avsnittet med utskottets ställningstagande anfördes bl.a.

Åtgärder för att begränsa de högsta domstolarnas och den centrala domstolsadministrationens oberoende har (emellertid) aktualiserats i delar av Europa under senare år. Ett oberoende domstolsväsende är ett av fundamenten i ett demokratiskt samhälle, och det är viktigt att allmänheten känner för-

²⁷ I Norge arbetar nu Domstolskommisjonen med uppgifter kring domstolarnas organisering, oavhängighet och struktur. Arbetet ska vara avslutat 2020. I Finland har reformarbetet resulterat i att ett nytt självständigt centralt ämbetsverk, Domstolsverket, har inrättats med start 2020.

²⁸ 2017/18:KU36.

troende för att domstolarna är oberoende och att det inte finns någon risk för exempelvis politisk påverkan. Regeringsformen innehåller bestämmelser som avser att säkerställa domstolarnas och de enskilda domarnas oberoende.

Domstolarnas och domarnas ställning i det konstitutionella systemet och domstolväsendets oberoende får anses fungera väl i dag i Sverige. Mot bakgrund av utvecklingen i delar av Europa kan det dock enligt utskottet finnas anledning att närmare överväga om det finns skäl att ytterligare stärka domstolarnas och domarnas oberoende långsiktigt. Frågor av intresse att utreda är bl.a. om det behövs ytterligare grundlagsreglering i någon eller några delar. I denna del vill utskottet lyfta fram antalet ledamöter i de högsta domstolarna och pensionsåldern för ett justitieråd. En annan fråga av intresse att utreda närmare är om Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen i vissa fall ska kunna sammanträda i särskild sammansättning. Andra frågor rör Domstolsverkets organisation, styrning och roll. I denna del skulle även alternativa organisationsformer kunna övervägas. En utredning om domstolarnas och domarnas oberoende bör enligt utskottet genomföras inom ramen för en parlamentarisk kommitté.

Nu avvaktas utredningsdirektiv för denna kommitté. Det kan noteras att utskottet särskilt tar upp tre saker men att tillkännagivandet öppnar för att även andra anslutande frågor kan tas med och att grundlagsförändringar kan aktualiseras i arbetet. Vi får avvakta direktiven.

5.4 Några kommentarer till de särskilt angivna frågorna

Frågan om antalet ledamöter i de högsta domstolarna och pensionsåldern för dessa togs upp i Lindskogs och Melins nämnda artikel. Internationella erfarenheter visar att en fast reglering av antalet ledamöter kan vara betydelsefullt för att skydda dessa båda domstolar och deras ledamöter – kollektivt och enskilt. Deras oberoende och trygghet är avgörande för att det ska kunna garanteras att den dömande verksamheten kan utövas oavhängigt. Det kan vara värdefullt att reglera antalet ledamöter med viss flexibilitet men inom en rätt stram ram. För antalet ledamöter bör fastställas en viss intervall. Det viktiga är att statsmakterna inte ska kunna manipulera domstolarna och deras verksamhet. Sådan manipulation skulle annars kunna ske på två sätt. Antingen genom att ”spä ut” (s.k. court packing) med ytterligare utnämningar eller genom vägran att vid vakanser utnämna nya domare för att skydda det rådande läget i domstolen beträffande den sittande domarmajoritetens förväntade uppfatt-

ningar. Det bör övervägas att reglera detta på konstitutionell nivå. Det samma gäller reglerna om dessa domares pensionsålder.

Frågan om pensionsålder kan visserligen i förstone te sig oskyldig. Men erfarenheterna från senare år i Ungern och Polen på denna punkt talar ett annat språk och har i båda fallen involverat EU-domstolen. Tankarna kan också gå till Norge under ockupationen, där Høyesteretts samtliga ledamöter år 1940 lade ned sina ämbeten i protest mot en förordning om sänkt pensionsålder som skulle kunna användas för att manipulera domstolens sammansättning av ockupationsmakten och dess anhängare.²⁹

Frågan om Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolen prövning av mål i särskild sammansättning har sin bakgrund i en bestämmelse i 11 kap. 1 § tredje stycket som infördes 2010 och som öppnade för en ordning där ledamöter i den ena domstolen tjänstgör i den andra. Efter lagstiftningsåtgärder kan en sådan tjänstgöring numera förekomma men dock endast under vissa begränsade förutsättningar. I min artikel om saken som nämnts i not 25 har jag skisserat en ordning som skulle gå längre. Lindskog och Melin har i sin nämnda artikel spunnit vidare på samma tanke. Här ska bara sägas att tanken är att införa en beslutsordning där de båda domstolarna skulle kunna avgöra vissa mål i gemensam sammansättning såsom bl.a. mål där konstitutionella frågor aktualiseras. Därmed skulle vi i praktiken sägas kunna få en författningsdomstol för s.k. konkret normkontroll i efterhand.³⁰ Förhoppningsvis kan den kommande utredningen slå in på denna väg. Däremot har frågan om att domstolarna skulle kunna ha i uppgift att utöva s.k. abstrakt normkontroll (dvs. lagpröva på vissa parters talan utan att något konkret fall föreligger utan att i stället en lags eller förordnings förenlighet med överordnad norm prövas i sig) som förts fram i motioner inte mött bifall i konstitutionsutskottet. Saken togs dock inför valet 2018 i Moderaternas program för en ny grundlagsutredning.³¹

Frågan om Domstolsverkets organisation, styrning och roll har ju också tagits upp i de nämnda artiklarna. Tillkännagivandet är allmänt hållet och vi får avvakta direktiven för att kunna närmare bedöma ramar och inriktning. Men det kan antas att man kommer att överväga om Domstolsverket ska vara en styrelsemyndighet i stället för nu endast ha

²⁹ Se Dag Mattsson, Anteckningar om auktoritetskommittén, SvJT 2013 s. 134 ff. med hänvisningar.

³⁰ Närmare om detta se SOU 2007:85.

³¹ Dokumentet En ny grundlagsutredning, Moderaterna 2018-06-20.

ett insynsråd och hur den styrelsen i så fall ska vara sammansatt. Viss ledning kan man här nog få från Domarnämndens sammansättning, se avsnitt 5.1. Så styrelsen skulle utses av regeringen och ha domarmajoritet och en minoritet hämtad utanför domarkåren. En utmaning är dock hur finna en ordning som blir fullt förenlig med den som förordas i de internationella dokumenten. En strävan i den riktningen känns angelägen. Annars kan stater som genomför försvagningar av domstolarnas och domarnas ställning och som möter kritik från svensk håll invända att vi själva först borde följa de internationella rekommendationerna bättre innan vi kritiserar andra. Detta är ett beaktansvärt argument även om det här bör påpekas att vi i Sverige har en egenartad ordning, i sig värd att försvara, med förbudet mot ministerstyre och förvaltningsmyndigheternas självständighet vid myndighetsutövning och lagtillämpning. Denna ordning begränsar hos oss den verkställande maktens funktion även i förhållande till den förvaltningsmyndighet som har ansvar för den yttre eller m.a.o. den centrala domstolsadministrationen.

Mot den här bakgrunden kanske man bör överväga alternativet att på lagnivå föra in en tydlig nomineringsordning med domarledamöter som inte bara är ex officio ledamöter (eller särskilt utpekade domarbefattningars innehavare) utan också domarledamöter som i vart fall nominerats av sina kollegor. Att finna en lämplig sådan nomineringsordning kan vara svårt. En lös tanke att möjligen överväga skulle kunna vara att i samband med de domardagar, som med vissa mellanrum genomförs för landets domare, låta de närvarande domarna utse en valberedning för bl.a. denna uppgift. Samma ordning skulle kunna övervägas för Domarnämnden. En viktig synpunkt i sammanhanget är att starka skäl talar för att domstolscheferna särskilt från de högre instanserna med deras goda överblick över förhållandena, regionala, personella och andra, vid domstolarna bör vara väl representerade i sammanhang som dessa.

I Sverige är det regeringen, och inte statschefen eller parlamentet, som fattar beslut om domarutnämningar och förordnanden av domare som ledamöter i Domstolsverket och Domarnämnden. Detta är för mig den naturliga ordningen, som bör bibehållas.

En fråga som säkert kommer utredas gäller frågan om domstolarnas självförvaltning kan ökas genom ett mer fristående domstolsverk. En sådan förändring är i det internationella perspektivet att föredra. Det gäller dock att samtidigt respektera att regering och riksdag har ett legitimt och viktigt ansvar gentemot medborgarna för att domstolarna fungerar effek-

tivt eller med andra ord att domstolarna använder anslagsmedlen väl och när uppsatta verksamhetsmål.

Så full självförvaltning är otänkbar. Att central domstolsadministration ska utföras av en förvaltningsmyndighet som lyder under regeringen är enligt min mening den klokaste inriktningen. Men det kan ifrågasättas om det för framtiden bör vara regeringen som ska utse Domstolsverkets chef. En tanke har väckts, efter mönster av den ordning som gäller för Arbetsgivarverket, att verkschefen i stället ska utses av styrelsen. Därmed följer nya frågor om styrning och ansvar som måste utredas. Men redan det framlagda förslaget till en nationell institution för mänskliga rättigheter i Sverige kan ge en del idéer om en sådan lösning för Domstolsverket skulle kunna utformas.³²

5.5 Andra domstolsfrågor som kan övervägas

Det skulle vara bra om dessa tre frågor får en lösning som genom ändringar i regeringsformen och lagar stärker domstolarnas oberoende och rättskipningens självständighet. Förhoppningsvis kommer utredningen att behandla även andra frågor än de tre direkt utpekade. I artiklarna som hänvisats till nämns flera sådana. Domarutnämningarna har jag redan tagit upp. Här vill jag bara hålla fram vikten av frågan om formerna för disciplinförfarandet och avskedande av domare. Lämpligheten av att ändra den svenska ordningen med behandling i Statens ansvarsnämnd – en förvaltningsmyndighet under regeringen som kan ses som en domstolsliknande nämnd – med ett krav på domaren att, ev. med fackligt stöd, behöva stämma den statliga arbetsgivaren inför Arbetsdomstolen eller tingsrätt för att få domstolsprövning av saken bör övervägas.

Men även med justeringar i ytterligare avseenden kommer de svenska förhållandena sannolikt inte bringas i fullständig samklang med alla riktlinjer som anges i de internationella dokumenten. Detta beror, som redan nämnts i avsnitt 5.4, på att det svenska konstitutionella systemet är internationellt sett avvikande på några punkter av betydelse här. Till detta kommer att också JOs och särskilt JKs kontroll av domstolarna sticker i ögonen på utländska betraktare även om man påpekar att denna tillsynsuppgift utövas med iakttagande av principen om domstolarnas självständighet och bestämmelserna i 11 kap. 3 §. För egen del anser jag att JOs roll i sammanhanget bör försvaras, medan JKs tillsynsroll bör tas

³² Ds 2019:4.

bort. JK bör dock ha kvar befogenheten att utföra skadereglering som idag även omfattar fel och överträdelser som förekommit i domstolarnas verksamhet. Den uppgiften kan naturligtvis innefatta också för sammanhanget nödvändiga kritiska uttalanden om den dömande verksamheten i en domstol.

Med denna skissartade redogörelse för några frågor som nu står inför utredning stannar jag här. När arbetet väl kommer igång bör inte minst förhållandena i våra nordiska grannländer uppmärksammas i utredningsarbetet. En del viktiga erfarenheter av motsvarande ordningar finns att hämta därifrån (se bl.a. not 28).

5.6 Normprövningen och Lagrådet

Också frågan om Lagrådets uppgifter kom att uppmärksammas inför valet. Kommenterades, bemöttes eller beaktades Lagrådets kritiska yttranden av regeringen och riksdagen? Hade det blivit vanligare att Lagrådets kritik negligerades? Hur skulle man se på Lagrådets yttranden med kritik mot bristande beredning av framlagda lagförslag? Högsta domstolen har i en dom om nya skärpande straffbestämmelser om grovt vapenbrott behandlat den senare frågan. Domstolen gjorde en lagprövning och fann med utförliga domskäl, bl.a. med hänvisning till 11 kap. 14 § andra stycket, att även om beredning varit bristfällig så nådde detta inte upp till det väsentlighetsrekvisit som anges i 11 kap. 14 § första stycket.³³ Under hösten har därefter ett nytt avstyrkande yttrande p.g.a. bristande beredning lämnats av Lagrådet där bristerna för mig framstår som allvarligare.³⁴ Det har följts av ett mycket uppmärksammat yttrande om ett förslag till ett särskilt straffansvar för deltagande i en terroristorganisation där Lagrådet funnit förslaget oförenligt med den grundlagsskyddade föreningsfriheten (se avsnitt 4.3).

Konstitutionsutskottet behandlade under våren 2018 motioner angående normprövning bl.a. genom Lagrådet men avslög dessa.³⁵ Frågan om Lagrådets ställning bör stärkas togs dock sedan upp i det nämnda programmet från Moderaterna. Tanken att Lagrådet skulle ha en ”vetorätt”

³³ Högsta domstolens dom den 28 september 2018 i mål B 2646-18.

³⁴ Lagrådets yttrande 2018-10-23 angående en remiss om vissa kirurgiska ingrepp i könsorganen och ändring av det kön som framgår av folkbokföringen.

³⁵ 2017/18:KU36.

avvisas dock där bestämt. I stället ska yttrandena vara rådgivande. Man fortsätter:

En möjlighet är att införa krav på förnyad lagrådsgranskning när ny lagstiftning avstyrkts av Lagrådet och regeringen återkommer med ett reviderat förslag: Särskilda majoritetsregler i riksdagen bör övervägas, när en lag behandlas vilken av Lagrådet angetts vara oförenligt med grundlagarna, Europakonventionens eller rättssäkerhetens krav.

Så det finns öppna frågor kring Lagrådet men inte något pågående eller förestående utredningsarbete om saken.

Jag känner för egen del viss sympati för någon sorts tröghetsregel utan vetoeffekt och som jag tar upp i avsnitt 6 anser jag att Lagrådet bör kunna ha att yttra sig över även ändringar i regeringsformen, den grundlag som idag är undantagen från prövning i Lagrådet. Dessa båda frågor menar jag bör utredas.

6 Formerna för ändring av grundlag

6.1 Inledning

Bestämmelserna om ändring av grundlag varierar mycket från land till land. Den svenska ordningen med enkel majoritet bland de röstande riksdagsledamöterna (= majoritetsregeln) även för grundlagsändring är vid en internationell jämförelse mycket ovanlig. Tillägget till vår ordning med kravet på mellanliggande val mellan två omröstningar är inte heller vanlig men förekommer i vissa länder. Däremot ställs ofta ett krav på två omröstningar.³⁶

Till regleringen i Sverige hör också en möjlighet till folkomröstning om ett vilande grundlagsförslag. Folkomröstningen fungerar här som en broms mot ändringar men är endast rådgivande om utfallet blir för ändring. Jag återkommer till detta. Här ska bara sägas att folkomröstningsinslag vid författningsändringar finns i vissa länder och då i varierande utformning.³⁷

Det är ett grundläggande gemensamt drag hos skrivna konstitutioner att de innehåller särskilda regler om hur de kan ändras. Nästan alltid är

³⁶ Se European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001.

³⁷ SOU 2007:94 s. 75 f.

sådana ändringsregler mer restriktiva än när det gäller ändring av vanlig lag. Typiskt sett fordras kvalificerad parlamentarisk majoritet, flera beslutssteg, särskilda tidsfrister eller kombinationer av sådana faktorer. Sedan finns förstås variationer när det gäller frågor som:

- Ska vissa särskilt kvalificerade portalparagrafer i grundlagen överhuvudtaget inte få ändras?
- Ska varje teknisk justering ses som en egentlig grundlagsändring?
- Måste formuleringen vara exakt densamma i både det första och det andra beslutet?
- Hur ska omröstningstemat formuleras vid en folkomröstning?

Sådant tas inte upp vidare här.

En generell och grundläggande fråga i allt arbete med att utforma en författning och ändringar av den gäller problemet att finna den rätta balansen mellan fasthet och föränderlighet. Detta påverkar naturligtvis också de formella villkoren kring grundlagsändringar.

Är formerna för grundlagsändring för rigida kan det skapa inläsnings-effekter där olämpliga procedurer blockerar nödvändig materiell förändring. Reformutrymmet begränsas då för mycket. Samtidigt är det viktigt att konstitutionen utformats tillräckligt stark och motståndskraftig för att söka skapa en stabil grund för en fortsatt demokratisk utveckling.

Procedurerna för grundlagsändring i europeiska konstitutioner varierar som sagt mycket. Vanligt är tidsfrister mellan två beslut på alltifrån en månad och uppåt, liksom krav på kvalificerad majoritet med varierande kvoter. Alla nordiska länder har, liksom några andra europeiska länder (bl.a. Benelux-länderna och Estland), en ordinarie procedur för grundlagsändring som fordrar mellanliggande parlamentsval.

Men skillnaderna mellan de nordiska länderna är likväl stora. Ena ytterligheten är Danmark där det också obligatoriskt krävs folkomröstning. Den andra ytterligheten är Sverige där grundlagsändring kan ske enligt den vanliga majoritetsregeln. Detta är, som sagt, internationellt sett mycket ovanligt. I svensk konstitutionell praxis är det dock så att det i praktiken har fordrats mycket breda majoriteter för grundlagsreformer i Sverige. Samtidigt är mindre grundlagsändringar mycket vanliga i vårt land.

I Finland gäller enligt grundlagen från år 2000 som huvudregel att ett förslag till grundlagsändring som får enkel majoritet ska vila till riksmötet efter följande riksdagsval. Därefter tas beslut om förslaget med 2/3 majoritet. Ett utrymme för ett snabbare förfarande finns dock undantagsvis.

Om 5/6 av de röstande i riksdagen anser att ett förslag är brådskande förklaras inte förslaget vilande utan kan direkt godkännas med 2/3 majoritet av de röstande. I sammanhanget bör nämnas att riksdagens grundlagsutskott granskar grundlagsförslag.

I sammanhanget bör också nämnas att det i Norge saknas möjlighet till extra val, vilket naturligtvis medför andra förutsättningar för regeringsbildningsprocessen än i Sverige.

Sådana här skillnader får betydelse för hur en grundlag används och tolkas, hur den fylls ut med underliggande lagstiftning och hur den konstitutionella debatten kommer att bedrivas.³⁸

6.2 Den svenska regleringen

I Sverige gäller alltså (8 kap. 14 §) att grundlagsändring fordrar två likalydande beslut med mellanliggande val (ordinarie val eller extraval). För besluten fordras som nämnts enkel majoritet. Vanligen gäller en frist om nio månader från förslagens väckande. Ett särskilt förfarande finns dock för brådskande förslag. Med 5/6 majoritet kan konstitutionsutskottet besluta om undantag från denna tidsfrist. Ett sådant beslut medför dock inte något undantag från kravet på mellanliggande val. Skälet för tidsfristen om nio månader är att man vill förebygga att otillräckligt övervägda beslut fattas. Man vill undvika att grundlagsändringar med stor principiell och praktisk räckvidd behandlas först kort före ett val och i stället öppna ett utrymme för en mer omfattande offentlig debatt. Regeln kan också säga vara ett uttryck för den svenska traditionen om grundlagsändringar i mycket brett samförstånd.

I anslutning till detta förfarande för grundlagsändring finns också en möjlighet till folkomröstning om ett vilande förslag som en minoritet av riksdagens ledamöter kan genomdriva och som ska genomföras i samband med det mellanliggande riksdagsvalet. Yrkandet ska framställas av minst 1/10 av ledamöterna och yrkandet måste bifallas av minst 1/3 av ledamöterna. Folkomröstningens utslag är definitivt endast om det går i negativ riktning (om de som röstat mot förslaget är fler än dem som röstat för förslaget och de som röstat mot till antalet är fler än hälften

³⁸ Se bl.a. Venedigkommissionens Report on Constitutional Amendment (CDL-AD(2010)001 och Fredrik Sejersted, Grunnlovens funksjon i de nordiske land, Tidsskrift for rettsvitenskap 127 s. 535–562 (2014).

av dem som har avgett godkända röster vid riksdagsvalet). I annat fall är folkomröstningen endast rådgivande (8 kap. 16 §).

I dessa regler uttrycks något grundläggande om det parlamentariska samförståndets betydelse i den formella beslutsprocessen: En minoritet om 1/3 ska ges inflytande och en majoritet om 5/6 kan vara bestämmande.

Det är i konstitutionsutskottet som grundlagsförslag bereds. Lagrådet har inte till uppgift att granska förslag till ändring av regeringsformen men granskningsområdet innefattar däremot tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen (8 kap. 21 §).

Det ser ut som en tanke att grundprincipen för den nu beskrivna svenska ordningen för grundlägsändring (två omröstningar med mellanliggande val) faktiskt kom till samma år som 1766 års tryckfrihetsförordning med offentlighetsprincipen som ett viktigt inslag, även om man då hade en föreställning om författningens orubblighet. Båda reformerna kan sättas in i en gemensam historisk kontext som kan sägas handla om vikten av ett utrymme för en allmän samhällelig debatt innan viktiga politiska beslut fattas.³⁹

6.3 Diskussion

Det finns anledning att först erinra om en viktig utgångspunkt som har kallats skandinavisk konstitutionell minimalism. Folkstyret befäster sig enligt Alf Ross inte självt med mindre det är så inrättat att det möjliggör beslut med enkel majoritet och att samma procedur begagnas oavsett innehåll. Sverker Gustavsson förklarar hur detta motiveras: ”Den underliggande idén är alltså att folkstyret bättre försvarar sig självt om så litet som möjligt av politiken beslutas med stöd av försvårande metod. Om det klart framgår att ansvaret ligger hos majoriteten, kan folkstyret effektivare improvisera och därigenom tillvinna sig respekt.”⁴⁰

Enligt detta perspektiv bör man, som jag inledningsvis också erinrade om, vara varsam med avsteg från folksuveränitetens enkla majoritetsregel.

³⁹ Johan Hirschfeldt, Konstitutionellt yttrandefrihetsskydd i Sverige, i *Fritt ord 250 år Tryckfrihet och offentlighet i Sverige och Finland – ett levande arv från 1766*, Riksdagen 2016 (nedladdningsbar bok).

⁴⁰ Sverker Gustavsson, *Akademisk, politisk och ekonomisk liberalism*, Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala handlingar, 24, 2014, s. 338 f.

I Sverige kommer detta också till tydligt uttryck i författningens princip om enkel majoritet även för grundlagsändringar.

Samtidigt, bör det sägas, anføres idag i den internationella diskussionen att demokratins majoritetsregel inte utgör ett tillräckligt skydd mot auktoritär populism eller m.a.o. ett skydd för de två andra elementen i den demokratiska rättsstaten: rättsstatens institutioner och fri- och rättigheter. Det behövs checks and balances samt ömsesidig tolerans och fördragsamhet.⁴¹

Det bör här understrykas att redan vår gällande författning faktiskt innehåller en hel del undantag från den enkla majoritetsregeln. Dessa är av olika slag: generella, temporära och alternativa. Ett annat undantag är att det ibland krävs att mer än hälften av antalet ledamöter i riksdagen stöder ett förslag (s.k. godkännandekvorum), medan den vanliga regeln är att det är mer än hälften av de röstande som fäller avgörandet (majoritetsprincipen, deltagarkvorum). Jag ser ett värde i att här samlat förteckna de regler i regeringsformen som utgör dessa skärpande undantag från majoritetsregeln, se *bilaga*. Dessa regler kan ses som tröghetsmekanismer som valts av särskilda skäl. Ytterligare sådana tröghetsregler finns i riksdagsordningen men de tas inte upp här. I bilagan ger jag dock också en översikt över omröstningsreglernas formalia.

Så jag vill föra den fortsatta diskussionen med förord för folksuveräniteten som bärande princip. Den bör inte frångås utan tungt bärande skäl. Som nämnts finns dock i gällande regeringsform en del exempel på att så ansetts böra ske.

I det följande tar jag inte upp folkomröstningsinstitutet och dess betydelse i fråga om författningsändringar. Orsaken är att jag inte vill rekommendera ökad användning av folkomröstningsinstitutet som en lämplig metod i sammanhanget. Gällande regler är här väl avvägda enligt min mening.

När frågan om formerna för ändring av grundlag övervägs måste man tänka också på eventuellt möjliga effekter för rättsordningen i stort. Vad kan hända om man har en regel om kvalificerad majoritet för att genomföra grundlagsändringar i olika situationer? Vilka kan konsekvenserna bli? Det får här räcka med en principiell och exemplifierande belysning.

En mycket stark majoritetsregering kan, även om författningens konstruktion inrymmer tröghetsmekanismer, ha möjlighet att själv driva

⁴¹ Se t.ex. Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, *How democracies die, What history reveals about our future*, Viking Penguin, 2018, s. 97 ff.

igenom mycket långgående författningsändringar. Ett exempel är Ungern som har en regel om att författningsändringar kan ske endast med 2/3 majoritet och där regeringen med en sådan majoritet valt att genomföra författningsändringar. Man har därvid vidgat det konstitutionella lagområdet genom att föra upp även "vanliga" rättsliga områden (som familje-, skatte- och socialförsäkringslagstiftning) på den konstitutionella nivån. Man har här tillämpat ett internationellt använt system med s.k. organiska lagar eller kardinallagar, som annars i olika länder används endast för vissa institutionellt viktiga frågor. Med denna metod har man försvårat "återställare".

Om författningsändringar drivs igenom mot en inte rent obetydlig oppositions vilja av en stark majoritet när tillfället står öppet efter en stor valframgång kan man tala om ett handlade enligt principen "the winner takes all". Detta handlande är inte inkluderande, inrymmer inte samråd, förhandling, fördragsamhet och kompromiss. Effekten kan bli en "konstitutionalisering" eller en förstelning av den vanliga rättsordningen. Man kan med Venedigkommissionens syn på saken här tala om att detta medför en *cementering* av rätten som gör att demokratin och dess principer går i baklås.⁴²

Vi kan också ha en annan situation med en rätt svag majoritetsregering som lever under ett system som innefattar en tröghetsmekanism för grundlagsändring. Regeringen har i parlamentet endast den enkla majoritet som räcker för vanliga lagstiftningsändringar men inte den kvalificerade majoritet som fordras för författningsändringar. I idealfallet leder det till breda parlamentariska uppgörelser om författningsändringar.

Men exemplet Polen visar här också på en annan metod. Omläggningen av politiken har där medfört en urholkning av rättsstatens principer utan författningsändringar. I stället har detta skett genom omfattande ändringar av vanlig lagstiftning. Detta har möjliggjort bl.a. en försvagning av författningsdomstolen och dess roll. Denna händelseutveckling måste förstås utifrån hur parlamentet och majoritetspartiet tolkar författningen. Man kan sägas utgå från en exkluderande eller helt överordnad folksuveränitetslära som begränsar makt- eller funktionsfördelningen. I ljuset av denna lära blir de författningsbestämmelser som är av betydelse för de checks and balances som ska skydda rättsstaten betraktade som

⁴² Johan Hirschfeldt, Europarådet och skyddet för den demokratiska rättsstaten, i *Hoten mot rättsstaten i Europa*, Anders Mellbourn red., Premiss 2017 s. 132 ff.

sekundära och kan omgestaltas genom omtolkning på vanlig lagnivå.⁴³ Problemen i Polen förstärks för övrigt dessutom genom att man i rättskipningen fortfarande alltför mycket lever kvar i ett ”rule by law”-tänkande (kännetecknande för de tidigare östblocksländerna och något annat än ”rule of law”). Det har beskrivits så att man i domstolarnas rättstillämpning sysslar med formalistisk bokstavstolkning av enstaka paragrafer där arbetsmetoden inte innefattar tolkning av kontexten och beaktande av konstitutionella och allmänna rättsprinciper inte tillämpas. Politikernas bidrag med förarbetsuttalanden är frånvarande i domstolarnas verksamhet. Det här gör att verksamheten inte får sin legitimitet stärkt och att därmed de politiska krafterna ges större spelutrymme utan att behöva ta ansvar för att lagstiftningen blir förutsebar.

Exemplet Polen visar hur politikerns och domares syn på hur författningen ska tolkas i lagstiftningsarbetet och i rättstillämpningen blir av avgörande betydelse. Både politisk kultur och rättslig kultur blir här betydelsefull. Inrymmer kulturen en atmosfär av stark konfrontation och bristande respekt för rule of law-principerna blir resultatet en försvagning eller urartning av den demokratiska rättsstaten.

Så har vi läget – numera vanligt i Sverige – med en minoritetsregering. En sådan regering har inte själv den enkla majoritet i riksdagen som i Sverige behövs för beslut om lagstiftning. För grundlagsändringar och vissa andra lagstiftningsbeslut blir det ännu mindre utrymme enligt de särskilda regler som nämnts.

I Sverige finns en väl etablerad parlamentarisk tradition och praxis som innebär att grundlagsändringar genomförs i breda politiska konstellationer. I parlamentariska författningsutredningar har de deltagande företrädarna för riksdagens partier förhandlat sig fram till konsensus som förankrats bakåt och sedan lagts till grund för riksdagsbeslut om grundlagsändringar.

På senare tid har dock i samhällsdebatten frågan väckts om det är tillräckligt att lita på en sådan informell ordning. Det har pekats på att en ny parlamentarisk majoritet (med enkel majoritet) kan driva igenom grundlagsändringar i ett snabbt förfarande med ett riksdagsbeslut följt av ett av majoritetsregeringen utlöst extraval (3 kap. 11 §) och därefter ett andra beslut. Den här tanken utgår från en ny ”taktisk” syn på institutet extra val. Extra val har förekommit ytterst sällan och har hittills mest setts som en säkerhetsventil för mycket besvärliga parlamentariska situationer.

⁴³ A.a. s. 138 ff.

Risken för en parlamentarisk situation präglad av taktiska agerande i fråga om en grundlagsändring ska verkligen inte överdrivas men debattinläggen illustrerar onekligen att det är lätt att ändra grundlag i Sverige även om det fordras två beslut med mellanliggande val och att man inte kan förlita sig på att långa valperioder ger utrymme för behövlig debatt.

Bör det bli svårare att ändra grundlag i Sverige? Om ja, hur kan de tröghetsfaktorer som är lämpliga utformas?

Min inställning är som antytts tidigare rätt försiktig.

Men det är lätt att se en lämplig första förändring: Grundlagsändring ska fordra två beslut med mellanliggande *ordinarie* val. Att extra val exkluderas kan i sak starkt motiveras med att mycket besvärliga parlamentariska situationer verkligen inte är ett lämpligt utgångsläge för grundlagsändring. I stället bör det förhålla sig precis tvärtom.

Vill man gå längre än så finns en bra förebild i Finland. Som huvudregel gäller där att ett förslag till grundlagsändring som får enkel majoritet ska vila till riksmötet efter följande riksdagsval. Därefter tas det andra beslutet om förslaget (med oförändrat sakinnehåll) med 2/3 majoritet. Tanken att den enkla majoritetsregeln styr förslagsrätten och därmed kräver mindre anslutning än det slutliga beslutet kan te sig tilltalande. Det bör dock sägas att någon enda regel om 2/3 majoritet, som i Finland, inte finns i vår regeringsform. Hos oss finns i stället flera regler som bygger på ett högre krav om 3/4 majoritet av de röstande och mer än hälften av de röstande. En regel om kvalificerad majoritet med 3/4 kan därmed sägas knyta bättre an till gällande svensk författningsrätt. Redan i dagens parlamentariska praktik måste i olika fall en sådan regel om 3/4 majoritet tillämpas. En sådan regel om kvalificerad majoritet vid andra läsningen av en författningsändring skulle kunna stärkas med tillägget av kravet på att också mer än hälften av riksdagens ledamöter ska stå bakom beslutet, en regel som redan idag finns i några bestämmelser i regeringsformen.

Men en reglering med dessa två inslag väcker onekligen nästa fråga: Skulle det då inte finnas ett ökat behov av att möta sådana nya tröghetsregler med en ordning som undantagsvis kan möjliggöra ett snabbare förfarande och som går längre än vår nuvarande regel om minskad tidsfrist för framläggande av förslag?

Också här erbjuder Finland ett exempel: Undantag från huvudregeln kan göras om 5/6 av de röstande i riksdagen anser att ett förslag är brådskande. Förslaget förklaras då inte vilande utan kan direkt godkännas med 2/3 majoritet. Regeln om 5/6 av de röstande som gräns för att öppna en spärr har viss likhet med den svenska regeln om 1/6 som kan

fördröja rättighetsbegränsande lagstiftning, men som sagt en 3/4-regel kan kännas naturligare i Sverige än en 2/3-regel.

En fråga som bör uppmärksammas i sammanhanget är följande. I Finlands riksdag finns det s.k. grundlagsutskottet. Det har likheter med konstitutionsutskottet i Sverige men i förfarandet hos grundlagsutskottet hörs både fast utsedda författningssakkunniga och vid behov även andra experter och detta även när det gäller förslag som rör innehållet i själva grundlagen. Detta kan jämföras med situationer där konstitutionsutskottet håller utfrågningar eller skickar remisser till Lagrådet. Lagrådet har dock enligt regeringsformens regel (8 kap. 21 §) inte till uppgift att yttra sig över förslag till ändringar av regeringsformen. Det kan ifrågasättas om inte en sådan möjlighet borde öppnas för att bygga in en ytterligare broms i ett sådant här tänkt ev. snabbspår. En ny regel om lagrådsgranskning även av förslag till ändringar av regeringsformen bör hur som helst övervägas även om beslutsreglerna inte ändras.

Så här skulle en tröghetsregel eller försvårande metod för grundlagsändring kunna utföras. Tekniken är inte det svåra. I stället gäller det att i Alf Ross anda stanna upp inför frågan: Om vi går ifrån den enkla majoritetsregeln leder det till att kompromisstraditionen i grundlagsfrågor med dess incitament till breda överenskommelser försvagas och partiernas sikten i stället ställs in mera direkt på att i konfrontation med andra partier nå över en viss kvalificerad röströskel? Det skulle kunna få olyckliga konsekvenser.

Jag stannar här med detta skissartade bidrag till diskussionen kring formerna för grundlagsändring.

7 Bör den semi-konstitutionella nivån användas för ytterligare konstitutionellt betydelsefull lagstiftning?

Under avsnitt 6.3 har jag tagit upp ett fall där ordningen med semi-konstitutionella lagar eller vad som där kallas kardinallagar eller organisatoriska lagar i Ungern har använts i en så utvidgad omfattning att det föranlett Venedigkommissionen till en allvarlig kritik. Användningen av denna mellannivå är alltså en mycket känslig metod. Det är också svårt att göra komparationer mellan ländernas bruk av sådan lagstiftning eftersom bedömningen av metoden är så nära knuten till olika länders

konstitutionella traditioner och till hur regler med mer eller mindre stark konstitutionell betydelse fördelas på olika områden mellan de tre nivåerna grundlag, semikonstitutionell lag och vanlig lag. Sverige får här sägas tillhöra en linje där regleringen på grundlagsnivå används på ett restriktivt sätt.

Metoden med semikonstitutionell lagstiftning kommer alltså till mycket begränsad användning i Sverige idag. Den omfattar tre fall 1) huvudbestämmelserna – men alltså inte tilläggsbestämmelserna – i riksdagsordningen, 2) lagen om trossamfund och 3) lagen om Svenska kyrkan som trossamfund. Dessa fall räknas upp och avgränsas genom en bestämmelse i regeringsformen (8 kap. 17 §) där det stadgas att sådana bestämmelserna ändras på samma sätt som regeringsformen eller enligt en i paragrafen angiven regel som medger snabbare ändring men som är trögare än när det gäller vanlig lagstiftning. Också den här regeln innebär att sådana lagar kan ändras genom ett beslut av 3/4 av de röstande som samtidigt är mer än hälften av riksdagens ledamöter.

Tanken på en ökad användning av denna semi-konstitutionella nivå togs upp till diskussion i reformarbetet inför 2010 års ändringar av regeringsformen.

I betänkandet (SOU 2008:125) En reformerad grundlag finns i ett övervägandeavsnitt om bl.a. regeringsformens struktur (s. 127 f.) bl.a. följande text:

En utgångspunkt är alltså att grundlagen ska ge upplysning om de centrala delarna i vårt statsskick. Den mer detaljerade regleringen av frågor om statsskicket sker sedan i riksdagsordningen, som intar en ställning mellan grundlag och vanlig lag. Medan riksdagsordningens tilläggsbestämmelser beslutas som vanlig lag gäller för riksdagsordningens huvudbestämmelser samma lagstiftningsförfarande som för grundlag. Det finns dock möjlighet att använda ett enklare förfarande, där det räcker med ett riksdagsbeslut men med en spärr mot ändring genom enkel majoritet. I vanlig lag, t.ex. i vallagen (2005:837) och lagen (2003:333) om Lagrådet, finns sedan ytterligare detaljregler som även de kan sägas vara av konstitutionell betydelse.

I Sverige används den beskrivna mellannivån inom normgivningssystemet, förutom för riksdagsordningen, i övrigt endast i frågan om föreskrifter för trossamfund och om grunderna för Svenska kyrkan. Härmed uppnås en garanti för att dessa bestämmelser inte utsätts för återkommande ändringar. Ett exempel på en konstitutionell ordning där denna mellannivå för ett ”trögare” normgivningsförfarande används i större utsträckning är Frankrike. I den franska normhierarkin finns som mellanform ett trettioal s.k.

lois organiques (ung. organisatoriska lagar), som preciserar konstitutionen genom att närmare ange hur den offentliga makten är organiserad.

Det skulle vara intressant att efter franskt mönster i Sverige närmare överväga tanken att ytterligare lagstiftning av betydelse för vårt konstitutionella system och dess procedurer skulle kunna föras till denna mellannivå inom normgivningssystemet. Vallagen och lagen om Lagrådet har nyss nämnts som exempel. Kommunallagen (1991:900) och lagen (1996:1059) om statsbudgeten är två andra exempel. Vi lägger dock inte fram några förslag i denna del men vill nämna saken.

Ämnet diskuterades inte vidare i den fortsatta beredningen inför 2010 års ändringar av regeringsformen.

Man skulle kunna tänka sig en metod med en strikt avgränsande uppräkningsmetod i regeringsformen av några få sådana lagar som är av särskild betydelse för statsskickets funktioner som inte ska kunna ändras som vanliga lagar utan med användning av de två alternativen som gäller för huvudbestämmelserna i riksdagsordningen. Man skulle därmed bygga in en ökad tröghet utan att begränsa möjligheterna till snabba beslut även på detta område om de inte framstår som känsliga eller särskilt kontroversiella. Det bör betonas att det här absolut inte skulle vara tänkt för materiell lagstiftning på olika rättsområden av betydelse för enskildas rättsförhållanden i sak. Restriktioner mot detta skulle uttryckligen behöva formuleras genom uppräkningsmetoden av de möjliga fallen i 8 kap. regeringsformen. Dessutom måste en nödvändig förutsättning vara att en ökad tröghet byggs in i reglerna om grundlagsändring.

Jag ser minst två lagar – eller delar därav – som skulle kunna sägas passa in under den här diskuterade kategorin semi-konstitutionella lagar. De är väl nog så viktiga att skydda med en tröghetsregel som lagstiftningen om Svenska kyrkan och andra trossamfund? Det är vallagen och budgetlagen.

Några andra lagar som skulle kunna vara värda att diskutera i sammanhanget, även om jag ännu inte bestämt vill förorda det här beskrivna steget, är:

- Lagen om Lagrådet
- Lagen om Sveriges riksbank
- Lagen med instruktion för riksdagens ombudsmän
- Lagen med revision av statlig verksamhet m.m.
- Lagen om Justitiekanslerns tillsyn
- Kommunallagen

Med ikraftträdandebestämmelser skulle en skärpt beslutsordning kunna införas beträffande framtida ändringar också i de i dag befintliga lagarna som skulle komma att omfattas.

Det kan slutligen erinras om att det i diskussionen om den framtida regleringen på tryck- och yttrandefrihetsområdet också diskuterats om den semikonstitutionella nivån skulle kunna användas för att till denna nivå lyfta ned vissa delar av detta omfattande och detaljerade regelverk, som ju idag materiellt sett ligger på grundlagsnivå.⁴⁴

8 Avslutning

De grundlagsfrågor som här diskuterats och reformbehovet måste ses också i ljuset av en ny parlamentarisk situation där regeringsbildningen blivit svår. Frågorna är känsliga och viktiga. Ändringar fordrar för att kunna genomföras en livlig och allsidig diskussion med respekt för vår tradition med bred parlamentarisk uppslutning i grundlagsfrågor. Denna artikel är mitt bidrag till en sådan diskussion.

Bilaga

Omröstningsreglerna och de särskilda skärpande undantagen

Vid omröstning i kammaren gäller enligt huvudregeln majoritetsprincipen, dvs. den mening som mer än hälften av de röstande enas om ”vinner”. Till de röstande räknas inte de som avstår från att rösta (prop. 1973:90 s. 260). I 11 kap. riksdagsordningen finns närmare bestämmelser om ärendenas avgörande i kammaren.

Ett ärende i kammaren avgörs genom ja- eller nejrop, så kallad acklamation, eller, om en ledamot begär det, genom omröstning. Enligt paragrafen kan undantag från majoritetsprincipen göras dels i regeringsformen, dels, när det gäller förfarandet i riksdagen, i huvudbestämmelse i riksdagsordningen. Omröstning ska i sådant fall alltid ske (11 kap. 8 § riksdagsordningen). Eftersom majoritetsprincipen inte ger någon ledning vid lika röstetal har det i bestämmelsen tagits in en hänvisning till riksdagsordningen för vad som gäller vid lika röstetal (se 11 kap. 11 och 12 §§ riksdagsordningen).

⁴⁴ Se diskussionen om detta i debattbetänkandet (SOU 2006:96) Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten?

I regeringsformen anges följande särskilda skärpande beslutsregler, dvs. undantag från principen om enkel majoritet (majoritetsregeln).

1. Antagande av förslag till rättighetsbegränsande lag även när yrkande föreligger att det ska vila (minst 5/6 av de röstande, se 2 kap. 22 §).
2. Medgivande av åtal m.m. mot den som utövar eller har utövat uppdrag som riksdagsledamot (minst 5/6 av de röstande, se 4 kap. 12 § första stycket).
3. Beslut om förkortad tidsfrist för framläggande av förslag om grundlagsändring (minst 5/6 av ledamöterna i konstitutionsutskottet, se 8 kap. 14 §).
4. Beslut om folkomröstning om vilande grundlagsförslag (minst 1/3 av ledamöterna, se 8 kap. 16 § första stycket).
5. Stiftande genom ett beslut av huvudbestämmelse i riksdagsordningen (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 8 kap. 17 § första stycket).
6. Stiftande av lag om trossamfund och om grunderna för Svenska kyrkan som trossamfund (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 8 kap. 17 § tredje stycket).
7. Överlåtelse genom ett beslut av beslutanderätt till Europeiska unionen (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 10 kap. 6 § andra stycket).
8. Överlåtelse genom ett beslut av beslutanderätt till mellanfolklig organisation för fredligt samarbete eller mellanfolklig domstol (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 10 kap. 7 § tredje stycket).
9. Överlåtelse genom ett beslut av rättskipnings- eller förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning till annan stat, mellanfolklig organisation eller till utländsk eller internationell inrättning eller samfällighet (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 10 kap. 8 § andra stycket).
10. Beslut om att framtida ändringar i en internationell överenskommelse ska gälla som svensk rätt (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 10 kap. 9 §).
11. Skiljande av riksrevisor från uppdraget (minst 3/4 av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter, se 13 kap. 8 § enligt SFS 2018:1903).
12. Medgivande att val får hållas under krig eller uppskjutas vid krigsfara (minst 3/4 av riksdagens ledamöter, se 15 kap. 11 § första stycket).

Martti Koskenniemi

‘Leidige tröster’: Folkrätt som natturrätt i går och i dag

1 Inledning

Ord är politik. När vokabulärer förändras kan sådant som tidigare inte kunde sägas nu uttalas av alla; det som verkade självklart i går kan inte mera uttryckas. Med nya vokabulärer uppstår nya auktoriteter. Då alla talar engelska känner de som talar det som modersmål sig berättigade att rätta alla andra. Vissa vokabulärer gäller en och samma aspekt av världen, men på specialiserade sätt. Etik och ekonomi till exempel: båda talar om det mänskliga livet, men ur olika perspektiv, med olika slutsatser. Därför måste deras jurisdiktion klart avgränsas: på sjukhus gäller etiska vokabulärer, i köpcentra de ekonomiska. Eller så får vi hoppas i alla fall. Social omvälvning medför ofta konflikter mellan vokabulärer. Gamla språkbruk börjar verka otillräckliga, så som gamla eliter. Det gäller också i juridiken: med nytt juridiskt idiom blir nya jurister auktoritativa.

Jag skulle vilja jämföra två perioder av internationell omvandling under vilka juridiska vokabulärer kolliderade. Det ena är slutet av 1600-talet, perioden efter trettioåriga kriget, det moderna statssystemets början. Det andra är det tidiga 2000-talet, också en efterkrigsperiod, eran efter det kalla kriget, när det moderna statssystemets och folkrättens gamla språk inte längre verkar kunna uttala viktiga intressen. Det som sammanbinder de två tidsavsnitten är kollisionens *form*: å ena sidan en anakronistisk vokabulär och en gammal elit som klamrar sig fast vid sina privilegier, å den andra komplexa teknologiska språk som tränger igenom det politiska livets yta för att ge uttryck till de dynamiska krafterna därunder. Den moderna folkrätten föddes ur försvaret av sekulariserad absolutism mot teologi och feodalism. I dag utmanas den politiska suveräniteten av de

nya idiomerna – ”globalisering” och ”transnationell styrning” (*global governance*). I båda tidsavsnitt verkar det ”gamla” konstgjort och fragmentariskt medan det ”nya” framstår som naturligt och universellt. Nu som då framställs förändring som en naturlig nödvändighet. Det var precis detta jämförelse av det politiska med det naturliga som gav Immanuel Kant anledning att anklaga grundarna av den moderna folkrätten – Grotius, Pufendorf och Vattel – för att vara ”leidige Tröster” (”förtretliga tröstare”). Denna anklagelse vill jag vända mot den internationella maktens nya vokabulärer.

Denna föreläsning är i tre delar. Jag ska börja med att beskriva den statsmaktens och folkrättens vokabulär som utvecklade sig i slutet av 1600-talet och början av 1700-talet, representerad av naturrättsfilosofen Samuel Pufendorf. I den andra delen kommer jag att beskriva vokabulären som används i *global governance* som på internationell nivå återger vad naturrätten hade frambringt på det nationella planet. I den tredje delen försöker jag påminna om varför Kant tyckte att fredens, säkerhetens och det effektiva styrelsesättets nya språk lämnade någonting osagt, nämligen det som han valde att kalla frihet.

2 Samuel Pufendorf: naturrätten som socialvetenskap

Krisen mot slutet av 1600-talet kändes intensivast i Tyskland. Kriget hade förintat upp till 50 procent av landsbygdsbefolkningen och omkring en tredjedel av städernas invånare. Det lokala kulturlivet var utplånat och dess ekonomiska grundval förstörd. Westfaliska freden befäste det tyskromerska rikets sönderfall. Den placerade de tre trosbekännelserna – lutheraner, kalvinister och katoliker – under särskilda territoriella regimer. Freden uppammade dogmatism, misstro och missuppfattning. Den skapade djup ångslan över tillvarons meningslöshet.

Skepticism var överallt. Klerikalt styre mötte motstånd från olika delar av renässanshumanismen: neostoicismen och tacitismen, machiavellismen och *raison d'état*, som framställde politiken som helt autonom från moral eller religion, med sina egna lagar, jämförbara med naturlagar. Framstegen inom naturvetenskaperna i början av 1600-talet – Galilei och Bacon, Newton litet senare – frambringade en helt ny syn på sanning och vidskepelse som kunde få intressanta tillämpningar i politiken och rätten.

Ur sådant material utvecklade Samuel Pufendorf, vid den tiden rådgivare till den svenska regeringen, år 1672 den första moderna regeringsvokabulären. Folk rätten var en viktig del av den. För den gamla aristoteliska skolan "rätten" deltog i det sökande efter det goda som bodde i tingens innersta väsen. Enligt Pufendorf uttryckte den sociala relationer mellan grupper som delar *olika* uppfattningar av det goda – alltså situationen i det post-westfaliska kejsardömet *par excellence*. Det nya juridiska språket talade om "civilsamhället" som styrdes av principer analoga med de som reglerade den fysiska världen. Denna syn på sociala relationer förenade Pufendorf med en framställning av den moderna staten – den westfaliska staten – som en moralisk person vars regent förväntades uppnå två saker: (a) *pax et tranquillitas* – fred och säkerhet – samt (b) *conservatio status*, att beskydda och stärka regeringen och att öka folkets välfärd. Både i nationell och i internationell rätt skulle detta uppnås genom härskarbefallningar vars bindande kraft härleddes från naturrätten. En sådan vokabulär framställde rätten varken som ett religiöst eller metafysiskt utan ett "socialt" fenomen. Dess infödda talare var varken teologer eller filosofer, utan jurister. Inte jurister i den ena eller den andra positivrättsliga uppfattningen, men specialister i *universell rätt*.

Denna vokabulär uttrycker ett intellektuellt, politiskt och professionellt projekt.

Det *intellektuella projektet* hade att göra med visshet och universalitet. Närvaron av skepticism, konfessionell antagonism och inbördeskrig i 1600-talets Europa gjorde det frestande att försöka använda naturvetenskapens språk för att tala om samhället med likadan visshet. Pufendorfs avsikt var att utveckla en särskild vetenskap som skulle fokusera på "socialitas", socialitet. Aristoteles och Grotius hade skrivit om socialiteten som en *medfödd* egenskap hos människan – kärlek – som kunde uppnås genom metafysisk reflektion. Men Pufendorf hade läst sin Hobbes och trodde inte på medfödd socialitet. Vilka regler som än existerade, var de skapade av människorna själva. Reglerna var ju inte godtyckliga av den orsaken utan uppkom genom tillämpning av förnuft på empiriska data. Det mest fundamentala faktumet om människan var hennes egenkärlek nära knuten till en stark självbevarelsedrift i ett tillstånd av beklämmande svaghet. För sådana varelser dikterade förnuftet en regel av yttersta vikt, nämligen socialitet:

"Människan framstår således som ett djur helt inriktat på sin egen överlevnad, blottat på egna resurser, oförmöget att klara sig utan hjälp från sina li-

kar men i högsta grad lämpat att befrämja ömsesidiga fördelar”. (Pufendorf, *Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten*, [1672/2001] Bok I, kap. 3, § 7)

Egenkärlek, svaghet och socialitet tillåter ett antal slutsatser – såsom nödvändigheten av att ha lagar och skatter för att säkra samhällslivet och att ha en suverän som genomdriver lagarna. Han sörjer för den fred som låter egenkärleken vända sig mot spontana sysselsättningar som produktivt arbete och handel.

Argumentet förklarade rättens universalitet. För Aristoteles hade det goda ingen universell form. Tvärtom, sunt moraliskt omdöme måste beakta särarten hos varje enskilt fall. Detta stämde överens med den skeptiska iakttagelsen av den stora mångfalden av mänskliga samhällen och mänskliga lagar. Det ifrågasatte möjligheten av normer som skulle röra hela mänskligheten. Pufendorfs sanningar var däremot universellt giltiga. Hur är detta möjligt? Genom tillflykt till den hypotes om naturtillståndet som sammanfattade det vi visste om människor överallt – nämligen att de motiverades av egenkärlek och svaghet men att de också kunde förstå behovet av socialitetens plikter. Det var ingenting specifikt med dessa drag: de hade samma universella kraft som geometrins lagar. Studiet av politiska stater genom idén om naturtillståndet gjorde juridiken till ett slags naturvetenskap.

Det *politiska projektet* var att finna en teknik för att upprätthålla samhällsfred på en varaktig grund. Naturrätten föreskrev – och här citerar jag Pufendorf – ”varje människa måste efter måttet av sin förmåga vårda och slå vakt om den mellanmänskliga samlevnaden” (Bok I, kap. 3, § 9). Men att konstatera detta var otillräckligt. Pufendorf kom från en lutheransk prästfamilj och visste att människorna var fulla av synd. Till och med när de accepterade socialitetsplikten, förstod de denna förpliktelse på olika sätt. Det behövdes en världslig härskare för att översätta det naturliga förnuftets påbud till positiva lagar som förpliktade alla.

Vad detta innebär för förhållandet mellan de universella reglerna och lokalt bindande positiv rätt är viktigt. Eftersom den positiva rätten uppkommer från suveränens befallning, kan den inte binda honom. Liberala jurister har uppfattat det här som skandalöst. Men Pufendorf anser inte alls att suveränen är *juridiskt* obunden. Han är i sin tur bunden av naturrätten. ”Folkets säkerhet är den högsta lagen”, skriver Pufendorf och börjar en lång diskussion om de lagar och straff som behövs för *pax et tranquillitas*. Fursten är till exempel förpliktad att hålla sina före-

gångares fördrag. Moderna jurister har inte varit imponerade. Eftersom naturrätten inte har någon straffpåföljd, är den inte *faktiskt* bindande. Men för Pufendorf kommer själva verkligheten till hjälp: härskaren som inte följer naturrätten kommer att ruinera sin egendom och sitt rike. Naturrättens bindande kraft sammanfaller med *raison d'état* enligt vilken man måste skilja mellan det korta och det långa perspektivet, lägga åsido sin nuvarande preferens i syfte att nå viktigare mål i framtiden. Här ligger *naturrättens sociala rationalitet*. Dess befallningar uttalas med vetenskaplig kunskap om vad som behövs för att bevara fred och säkerhet och att främja välfärd. Om den går förlorad är den sociala makten förlorad; sambandet mellan skydd och lydnad bryts. Suveränen ruineras som en rationell konsekvens av sitt misslyckande med att regera rätt.

Samma principer gäller på det internationella planet. Argumentet om egenkärlek och svaghet gav en trovärd bild av Europa som en uppsättning av egoistiska men suveräna stater, beroende av varandra, i vilkas intresse det låg att samarbeta, inte att slåss. I motsats till Grotius förkastade Pufendorf åsikten att furstar hade en allmän rätt att implementera naturrätten. Krig skulle inte föras mot Amerikas indianer på grund av deras påstådda kannibalism – endast om de faktiskt förorsakade skada för oss. Krig var inte straff utan försvar av vars säkerhet och egendom. Våra gärningar i krig måste vara förenliga med framtida fred och säkerhet. Folkrätten hade inte att göra med religiösa frågor eller samvetsfrågor. Som rätten i allmänhet, bestod den av kalkyler av för- och nackdelar, intäkter och kostnader.

Detta passar in på det *professionella projektet*. Att regera är en komplicerad uppgift: ”konsten att regera – skrev Pufendorf – är så svår att den kräver människans hela förmåga ...”. Därför borde härskare ”göra visa män och sådana som är väl bevandrade i mänskliga angelägenheter till sina vänner och hålla smickrare, oduglingar och alla som inte lärt sig någonting annat än dårskap på avstånd”. Naturrätten stiger nu fram som den auktoritativa vokabulären som höll igång den nya ordningen. Naturrättsexperten framträdde samtidigt med moderna regeringsmetoder från moderna universiteten – *raison d'état*, *Staatskunst*, jämförande övningar: *ius publicum universale*. Naturrätten uppstod som grundläggande för andra statsvetenskapliga discipliner, och som en oumbärlig metod för vetenskapligt regerande och det rätta fackspråket för en rådgivare till fursten: vetenskapligt sann och universellt bindande.

Pufendorf var ju själv anställd vid det svenska hovet varifrån han flyttade till Preussen och koncentrerade sitt senaste arbete på en undersök-

ning av vissa monarkers statsmannakonst. Under 1700-talet började naturrätten integreras alltmer med specialiserade statsvetenskapliga discipliner som kameralism och *Policeywissenschaft*. Den utvecklades till en sofistikerad regerandets teknologi som nådde sin höjdpunkt i de historiska och jämförande undersökningar vid universitetet i Göttingen, såsom till exempel Gottfried Achenwalls ”*Statistik*”, en metod för att samla information från alla stater för att förklara orsakerna till deras styrka eller svaghet och kunna utveckla vetenskapliga regeringsprinciper med hänsyn till varje stats reella intressen och politiska situation.

Pufendorfs vokabulär lät i sin rigorösa empirism som naturvetenskap – men skilde sig från denna genom sin moraliska prägel. Genom sin stränga rationalism påminde den också om filosofin, från vilken den skilde sig genom att den gjorde anspråk på att vara tillämplig i praktiska regeringssammanhang. Denna övergång till någonting ”mitt emellan” – som i Tyskland kallades ”eklektisk filosofi” – hade viktiga konsekvenser för folkkrätten. Den befäste den politiska suveräniteten och gav officiell status åt den antropomorfa metaforen; stater som ”moraliska enheter” bundna av det naturliga förnuftet. Detta var varken teologins sjunde himmel eller machiavellismens mörka förnuft. Det uttryckte en *social rättsskonception* som kunde användas till att förklara vilken nuvarande regim som helst som en reflektion av djupare mänskliga nödvändigheter.

3 Naturrättens dolda karriär

Jag har nu talat mycket om en avlägsen period och en litet känd person med ett roligt namn. Varför? Som jag blev lärd vid den juridiska fakulteten i Helsingfors på 1970-talet, är naturrätten död. Men när jag sedan specialiserade mig på folkkrätt vid finska utrikesministeriet och Förenta Nationerna, byggde varje doktrin, varje rättslig institution på antaganden som Pufendorf hade formulerat. Det var omöjligt att driva ut naturrätten; alternativet tycktes alltid vara en helt godtycklig voluntarism. Någon form av ”djupare” logik om samhällslivet behövdes.

Från och med slutet av 1800-talet har folkkrättsjuristerna ansett ”suveränitet” stå för statlig egoism, godtycke och absolutism. Motsatsen till suveränitet var bindande folkkrätt. Men var folkkrätten verkligen bindande? Det inflytelserikaste svaret på denna fråga gavs av den österrikiska statsrättsjuristen Georg Jellinek år 1880: Stater är bundna av fördrag på grund av sin egen vilja. Men detta betyder inte att de kan överge sina förpliktelser hur som helst. För denna vilja är inte fri. Den begränsas av

vad Jellinek efter Pufendorf och hela naturrättstraditionen kallade *Staatszweck* – statens ändamål, nämligen att sörja för folkets skydd och välfärd. Detta var möjligt endast genom samarbete med andra. Den internationella världens natur – *Natur der Lebensverhältnisse* – krävde att stater håller sitt ord.

Folkkrätten var alltså, som också jag lärde mig säga, ett ”socialt fenomen”, och det berodde enbart på hur man uppfattade ”social” om man slöt sig till optimisterna eller pessimisterna: altruism eller egoism? Grotius eller Hobbes? Detta var också Pufendorfs fråga. På 1950- och 1960-talen strävade jurister från de juridiska fakulteterna vid Yale och Columbia efter att skapa ett robust sociologiskt språk för att backa upp folkkrätten mot den i deras ögon anakronistiska formella diplomatin. På 1970- och 1980-talen utvecklades mänskliga rättigheter, miljöskydd och internationell handel till självständiga vokabulärer som uttryckte nya funktionella behov. Frågan om nya traktaters eller institutionernas ”bindande kraft” besvarades med sociologisk generalisering: ömsesidigt beroende eller upplyst egen nytta.

Men få var de jurister som undersökte vad det här betydde. Det var tillräckligt att arbeta med formella rättsregler: fördrag, rapporter, beslut och så vidare, och att förklara dem alla som produkter av någonting liknande ett samhällskontrakt mellan regenter – någonting mellan vetenskaplig hypotes och historiskt faktum. Ställda mot väggen påstod juristerna att det inte var deras uppgift att förklara hur detta fungerade utan sociologernas uppgift. Ändå skulle de hoppas att det var *dem* fursten skulle lyssna till, inte *de där människorna*.

4 Den nya naturrätten

Efter slutet på det kalla kriget – 1989 och allt det där – blev suveränitetens, diplomatins och politikens språk föremål för attack överallt. Alternativa vokabulärer växte upp som svampar ur jorden: handel och mänskliga rättigheter, miljö och säkerhet, kampen mot straffrihet och terrorism, integration, migration, religion, alla hade sina infödda talare, institutioner och politiska projekt. Suveräniteten hade förlorat sin övertygande kraft, åtminstone i västen och åtminstone tills alldeles nyss. Ta till exempel debatten om humanitär intervention. Suveräniteten skulle väl ändå inte hindra ingripande om tusentals liv stod på spel. Den var inget mantra eller tabu. Vi respekterar den i den mån den gör det möjligt för oss att uppnå värdefulla mål såsom *pax et tranquillitas*, lycka och säkerhet

för befolkningen. Om meningen med suveräniteten är att den ska sörja för allt detta, så kan den väl inte åberopas för att underminera det. Eller tänk på miljöproblemen. Under suveränitetens vokabulär ställs källstatens rätt att vidta ekonomiska och teknologiska åtgärder helt enkelt emot målstatens rätt till en ren miljö. Ingen lösning kommer att finnas. Det behövs en vokabulär *utanför suveräniteten*. Varifrån skulle den komma?

Den traditionella responsen var att stifta nya och bättre regler – avtal, resolutioner, deklarationer och så vidare. Men det finns ett allvarligt problem med regler – nämligen deras bristande flexibilitet, deras oförmåga att ta hänsyn till specifika omständigheter. Föreskrifter om humanitär intervention kommer alltid att godtyckligt skilja mellan de fall som överstiger interventionströskeln och fall som med minsta möjliga marginal inte når upp till den. Och de kommer samtidigt att auktorisera kränkningar just till den punkten, precis under interventionströskeln. En regel som skulle förhindra all förorening verkar säkert förnuftig om den tillämpas på en utvecklad stat med en konkurrenskraftig ekonomi, men totalt förfelad om den används till att hindra ett fattigt land att utveckla sådana billiga med ganska litet miljöskadliga teknologier som andra alltid använt.

Av dessa skäl har inget formellt eller konstitutionellt system uppstått på det internationella planet. Diplomatin har inte ersatts med legalism. I stället har den nya folkrätten transformerats till ändlöst flexibla kooperativa ramverk. En invecklad förvaltningsvokabulär uppkom, som talar varken om suveränitet eller regler utan om *mål, värden och intressen*. Sluta bekymra er över den rättsliga eller den institutionella formen! Räkna ut för- och nackdelar, intäkter och kostnader! Rationalisera, optimera, kalkylera. Allting blir förhandlingsbart och korrigerbart med tanke på att uppnå optimal resultat. Bomben tickar och tortyr kunde kanske rädda liv

Den nya vokabulären introduceras i sex etapper.

4.1 Från institutioner till ”regimer”

Det första steget består av att beskriva internationella normkomplex inte som formella institutioner, utan som ”regimer”, det vill säga direktiv, värden, och praxis inom specifika sakområden som är beroende på tillgängliga teknologier för kunskapsproduktion. Där den gamla vokabulären talade om formell kompetens, representation och ansvarsskyldighet är regimens språkbruk helt funktionellt. De är skrivna enligt det strategiska handlandets grammatik och den används för beslut från fall till fall. Juris-

terna inviteras att debattera ”regimplanering” – dvs. att skaffa kriterier för medlemskap och centralisering, med hänsyn till *flexibilitet* och *optimala resultat*. Regimteorins upphovsmän påpekade att meningen var att undvika att ”slira ner i formalism” (uttrycket är hans). Det här exemplifierades till exempel av det skandalösa sätt på vilket instrument sådana som Kellog-Briandfredspakten av år 1927 betraktades som ”lag” – uttalat av en av dessa experter – ”fastän de inte hade några beteendimplikationer” (Robert Keohane, ’The Analysis of International Regimes: Towards a European-American Research Programme’, in Volker Rittberger and Peter Mayer (eds) *Regime Theory and International Relations* [Oxford: Clarendon Press. 1993], 23–47, 27).

4.2 Från regler till ”reglering”

Det andra skedet raserar skillnaden mellan formella regler och informella direktiv. I regimer är ”legalisering” ett val av politisk linje som ibland dikteras av strategiska intressen, ibland inte. Den nya litteraturen är full av analyser av hårdare och mjukare regleringsmetoder. Eftersom målgrupperna antas bete sig som strategiska aktörer, måste direktiven bli lika strategiska: ibland käpp, ibland morot. Mjuk reglering alternerar med hård, privat tvång med offentligt.

Den akademiska forskningen kring reglering är helt instrumentell. Resultaten presenteras som variabler för att stärka den existerande regimen eller att skapa en ny. Som det nyligen stolt proklamerades i en undersökning av internationella institutioner: ”our approach also provides an appropriate formulation for prescribing policy and evaluating existing institutions” (Barbara Koremenos et al., ’The Rational Design of International Institutions’, 55 *International Organization* [2001], 767). Pufendorf – och hans furste – skulle ha varit stormförtjust.

4.3 Från regering till ”governance”

Det tredje skedet består i en övergång i vokabulär från formell ”regering” till informell ”governance”. Om ”regering” betecknar administration och maktfördelning med formell ansvarsskyldighet, så refererar ”governance” till faktiska kutymmer och är inriktad på maximerat produktionsvärde – i likhet med de företagsteknologier från vilka termen har utplockats. I stället för juridisk tvistlösning talar man om problemlösning – oftast genom assistans eller ”facilitering”, ibland genom underhandling eller adminis-

trativa åtgärder. Under denna vokabulär kan obegränsad internering, till exempel, äga rum genom administrativt dekret. Makten att upphäva lagen välsignar den slutliga segern av "governance" över regering.

4.4 Från ansvar till "iakttagande" eller "compliance"

Det fjärde skedet är att ge upp fixeringen på överträdelse och olaglighet, särskilt formell tvistlösning och domstolar. Som en avskräckande mekanism passar den juridiska ansvarigheten inte alls i ett internationellt sammanhang där rutinerna är få, situationerna otypiska och intressena stora. Att åberopa ansvar kan ofta vara kontraproduktivt. Det undergräver solidariteten i förhållande till regimens mål. I stället för "kontraktsbrott" talar nya miljövärdstraktater idag om "icke-iakttagande" (non-compliance). I stället för domstolar etablerar de mekanismer för rapportering, diskussion och assistans: informell påtryckning och subtil övertalning som socialt förankrade garantier för konformt beteende.

4.5 Från lag till "legitimitet"

Dessa föregående stadier pekar från normativa mot empiriska vokabulärer som inte kan skilja mellan tvång och rätt, eller *gunman* och *taxman* i HLA Harts språkbruk. Hur ska man dra den gränsen? Eller för att tänka som Pufendorf – hur ska man acceptera Hobbes men låta som Grotius? Med hjälp av "legitimitetens" vokabulär.

Begreppshistorien lär oss att de tidigaste exemplen på användning av "legitimitet" sammanfaller med "legalitet". Något var legitimt om det var lagligt. Men regimanalytikern vill veta någonting annat: varför eller när *skulle* lagen åtlydas? När västerländska experter deklarerade att interventionen i Kosovo 1999 kunde ha varit olaglig men var helt legitim, var deras syfte just att finna en normativ vokabulär som åsidosatte formell validitet. Detta var emellertid inte för att gå tillbaka till den tidigmoderna föreställningen om det politiskt "goda". Som den ledande legitimitetsteoretikern, Thomas M Franck säger, "legitimitet" är agnosticisms språkbruk.

"Legitimitet" är medelbart ord, retoriskt effektivt endast så länge som det inte kan bindas till formella regler eller moraliska principer. Under den weberska utsikten är legitimitet ett slags inställning till auktoritet och "en känsla av förpliktelse". Som sådan – som en psykologisk "känsla" – öppnar den sig för empiriskt studium. Statsvetaren beskriver bara den

”operativa process” genom vilken denna ”känsla” internaliserar en yttre standard. Som sådan är legitimiteten indifferent i förhållande till alla omständigheter: fruktan, begär, manipulation, vad som helst.

Legitimitet handlar inte om normativ substans. Meningen är ju att *undvika* sådan substans men att trots allt upprätthålla ett *sken* av substans. Den är därför lämpad för produktion inom kommunikationsindustrin, också den akademiska publikationsverksamheten. Hör hur Chayes och Chayes uttrycker det i sin allmänt använda bok om iakttagandet av internationella överenskommelser:

”The American people have not always understood that even when the United States has the military or economic power to act alone, the effectiveness of its actions might be undermined if it did not seek and achieve a degree of international consensus to give its actions legitimacy.” (Abram Chayes & Antonia Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* [Harvard University Press 1995], 41)

Målet är kontroll. Den normativa strukturen är på plats. Handling är besluten. Den enda återstående frågan är hur målet skall nås med minimal kostnad. Det är här *legitimiteten* behövs – för att garantera publikens sympati för det som måste ske.

4.6 Från jurister till experter på internationella relationer

Det sjätte och sista skedet är en förändring i fråga om vem som skall bli auktoritet. Under 1990-talet började jurister bli inbjudna att samarbeta med experter på internationella relationer – särskilt vid amerikanska universitet. Endast begränsat samarbete ägde dock rum, eftersom det förblev oklart hur mycket utrymme som skulle lämnas åt formella begrepp som ”suveränitet” och ”bindande kraft”. Eftersom regimexperterna påstår, att ”regeringarna förhandlar endast om regler som de har för avsikt att följa” blir rätten endast en bisak. Varför skulle någon bry sig?

I en bok publicerad 2005 hävdar Jack Goldsmith – känd som författaren av en promemoria om flyttning av fångar från Afghanistan till orter där kan torteras, numera professor vid Harvard och Eric Posner från Chicago – att den gamla uppfattningen att de flesta stater följer de flesta folkrättsliga reglerna, stämmer endast för att juristerna presenterar faktiskt beteende som regel (Jack Goldsmith & Erik Posner, *The Limits of International Law* [Oxford University Press 2005]). Detta ger emellertid

ingen förklaring på frågan *varför* stater beter sig som de gör. Om, som de hävdar, staternas beteende förorsakas av, och borde förklaras med hänvisning till ”ett sammanträffande mellan intresse och tvång”, blir det helt irrelevant att säga att det handlar om ”lag” eller ”bindande kraft”. Vokabulärerna gällande ”avtal”, ”bindande kraft” och ”formell tvistlösning” ersätts med samhällsvetenskapliga vokabulärer beträffande ”förklaring” av beteende och uppnående av ”iakttagande” (*compliance*). Låt mig citera ur Goldsmith och Posner: ”Det finns en mera sofistikerad folkrättslig litteratur inom det samhällsvetenskapliga delområde som behandlar internationella relationer”.

Folkrätt som ger uttryck för speciella intressen i funktionellt diversifierade regimer inom global governance och kontroll är en slags naturrätt, Naturtillståndet, som uppnås som en abstraktion av den positiva rätten, nu består av funktionella system: handel, mänskliga rättigheter, miljö, säkerhet, diplomati och så vidare. Eftersom det inte finns någon sanning utanför sådana vokabulär, kan de alla också inom sig återskapa den suveränitet som nationalstaten förlorad. Managerialismen blir absolutism, juristen en rådgivare till den funktionella maktinnehavaren genom den nya naturrättens språk: från institutioner till regimer, från regler till direktiv, ”governance” i stället för regering och ”compliance” i stället för ansvar. Den normativa optiken erhålls från en ”legitimitet” avpassad enligt internationella relationer – den högsta domstolen i en manageriell värld.

5 Kant och folkrätten i dag

Jag kommer nu i min slutliga del till Kants kritik av den moderna naturrätten.

Folkrättsjuristerna har alltid varit förvånade över att Kant i sin *Zum ewigen Frieden* (1795) avfärdar folkrättens fäder – Grotius, Pufendorf och Vattel – som ”*leidige Tröster*”, förtretliga tröstare. Varför skulle Kant vilja angripa deras försök att humanisera relationerna mellan nationer? Kant menade väl dock inte riktigt det han sade ...

Men jag tror att Kants kritik av den tidigmoderna naturrätten kan tillämpas i dagens akademisk debatt. För Kant, till skillnad från Pufendorf, är rätten ingen vokabulär för teknisk governance. Den är ett projekt, eller bättre, föremålet för ett projekt för att åstadkomma vad Kant – kanske litet dunkelt – kallade ”Reich der Zwecke”, **ändamålens rike**. Naturligtvis hade rätten en funktionell aspekt, liksom ekonomin och säkerhetsteknologin. Men i motsats till dessa är rätten inte *enbart, eller ens till*

övervägande del, instrumentell. I stället är den ett plan där vi genomför våra projekt och bedömer och kritiserar andras. Den är en plattform där vi, som Kant skulle säga, gör verklighet av vår frihet. För Pufendorf var den rättsliga relationen den mellan härskare och undersåte, för Kant är det den mellan medborgare.

Pufendorf skrev 1673 följande om ändamålet med staten och statens rätt:

”Det främsta ändamålet med stater är att människor genom ömsesidigt samarbete och bistånd kan vara trygga för de förluster och skador som de kan och brukar tillfoga varandra. För att erhålla detta av de människor med vilka vi lever i samma samhälle är det inte tillräckligt att vi ömsesidigt överenskommer att inte tillfoga varandra skador, eller ens att blotta viljan hos en överordnad kungörs för medborgarna; fruktan för straff är nödvändig, liksom beredskapen att verkställa det omedelbart. För att uppnå sitt ändamål bör straffet vara väl avvägt så att det tydligt kostar mera att bryta mot lagen än att lyda den; straffets stränghet måste väga mer än det nöje eller den fördel som vunnits eller förväntats genom brottet. För människor kan inte låta bli att välja det minst onda av två onda ting” (Bok II, kap. 7 § 3).

Allt i detta språkbruk var anstötligt för Kant: degraderingen av stater till mekanismer för att undvika ”förluster och skador”, idén att laglydnad är baserad på en uträkning av för- och nackdelar, intäkter och kostnader, och bilden av människorna som passiva slavar under sina njutningar. För Kant, erbjöd naturrätten säkerhet och välstånd till ett alltför högt pris: människans frihet. Detta, tror jag, gäller också för de nya vokabulärerna om governance och legitimitet.

Det nya språkbruket har uppstått från kritiken av folk rättens oförmåga att skapa säkerhet och lycka under globaliseringen. Det behövs ett nytt språk som kan översätta intresset för lycka och säkerhet i globalt effektiva handlingsprogram. Men om denna vokabulär är direkt inriktad på säkerhet och lycka, måste den vara långtifrån universell och hopplöst spekulativ. Har vi tillträde till andra människors fruktan och förhoppningar? Kanske är just några människors lycka orsaken till andras otrygghet? Eller tvärtom? Är humanitär intervention tillåten under FN-stadgan? Tja, ja och nej, skulle juristen svara. I stadgan talas det om både fred och mänskliga rättigheter. Utöver detta finns det enbart spekulering över vad som kunde vara en ändamålsenlig tillämpningsmetod. Nog kan den här frågan lösas. Men den kan inte avgöras genom själva vokabulärerna gällande fred och mänskliga rättigheter *utan att anta att vi redan gjort vårt val.*

Detsamma gäller för alla de nya vokabulärerna: handel och miljö, säkerhet och rättigheter, och så vidare. Om konflikterna i världen beskrivs som en krock mellan funktionella språk, kan dessa språk inte användas till att lösa dessa konflikter – det vill säga de kan inte användas så utan att man samtidigt bortser ifrån vad Kant ansåg beträffande frihet.

Liksom det sena 1600-talet präglas vår tid av oförenliga vokabulärer – handel och mänskliga rättigheter, teknologi och miljö, säkerhet och frihet, governance och diplomati. Den manageriella intuitionen skulle betona behovet av ”balansering”. Men vilka värden ska man då ”balansera”? Hur ska man mäta dem? Skulle framtida fördelar ha samma värde som nuvarande – och hur skulle det gå med de som inte är närvarande i balanseringsprocessen? Det här är inte rättssystemens utan sanningssystemens värld och språk. Var och en bestämmer enligt sin speciella logik, utan politiskt motstånd: den instrumentella kunskapens hybris. Vilket språk som till slut blir förhärskande är enbart en maktfråga: vilka experter lyckas klara det?

Mot detta ställer Kant vad han kallar **rättstillståndet**. Det är ett tillstånd av indeterminism. Som Kant betonar, preciserar regler aldrig villkoren för sin tillämpning. Det behövs omdöme. Det är just detta faktum som inte passar i naturrättsjuristernas värld. Det var ju *mot* omdöme och *för* sanning som naturrätten en gång skapades. Omdömet ersätts av fiktionen att tekniska eller empiriska vokabulärer skulle fungera utan omdöme – en fiktion som var nyttig för att behålla furstens öra. Och det var denna fiktion som kritiken av det rena förnuftet riktade sig emot: Kants angrepp mot den rationalistiska utopin å ena sidan (Leibniz-Wolffskolan) och den empiriska civilfilosofins apologi. För Kant gällde det att privilegiera det praktiska förnuftet gentemot det teoretiska, och omdöme gentemot instrumentell kalkylering. När sanningsvokabulärerna blir tysta, bedömer man endast särskilda fall.

Jag skulle vilja avsluta genom att säga några ord om vad detta kunde betyda.

I tillägget till *Zum ewigen Frieden* skiljer Kant mellan ”den politiska moralisten” och ”den moraliska politikern”. Den förre, skriver han, ”underordnar principerna syftet ” (Immanuel Kant, ’Perpetual Peace. A Philosophical Sketch’, i *Political Writings* [Cambridge University Press 1991], 118–121). Den politiska moralisten sköter funktionella system och talar det instrumentella idiomet. Men eftersom dessa idiom är öppna och i strid mot varandra, blir användningen av dem, i kantskt språkbruk, *Schwärmerei*. Val måste träffas, tolkning bör äga rum, omdöme måste

gälla. Användning av den tekniska vokabulären döljer detta. Politisk bedömning ser ut som en övning i teknisk färdighet. Resultatet blir att ingen tycks regera. **Men medan makten förblir, försvinner ansvaret.** Detta är "realismen" i vad Foucault kallade "gouvernementalité", maktutövning genom tekniska diskurser som verkar motiverade genom sin förmåga att skapa säkerhet och välfärd. Men i kantskt språkbruk är detta att sätta "... människan i samma klass som andra levande maskiner", och enligt honom, räcker det att man blir medveten om vad som händer "för att i sina egna ögon bli de eländigaste av alla jordiska varelser".

Kant ansåg att lagtroheten inte innebar trohet mot någon speciell politisk eller funktionell substans. Vad lag skulle mena bestäms genom lagtillämparens omdöme. I motsats till modern rättsteori, erbjöd Kant inte någon rättslig hermeneutik, ingen modellvokabulär för tolkning och juridisk beslut. I själva verket hade Kant litet att säga om tekniska jurister – utom att avfärda några av dem som "förtretliga tröstare". Däremot hade han mycket att säga om den "moraliska politikern" vars uppgift var att använda språket med respekt för idealet i "*Reich der Zwecke*", för att söka efter maximalt frihet.

Tolkning och bedömning är en del av det institutionella förfarandet att tillämpa lagen på ett visst sätt i stället för ett annat. Kant tänker på just detta när han skisserar tänkesättet hos den moraliska politikern som är medveten om att det rätta beslutet inte kan härledas ur det instrumentella förnuftet och som i sitt tolkningsarbete och sina beslut strävar till att handla som, vad Kant kallar, en "äkt republikan" med överblick av helheten. Vad kan det här betyda? Som bekant kompletteras Kants politiska teori av hans analys av den föreställningsförmåga som verkar i estetisk bedömning. Den estetiska bedömningen är varken inordnande under något rationellt eller helt subjektivt känslouttryck. Den utgör en inbjudan till åhörarna: är det här inte någonting som ni också skulle kunna acceptera? Att besluta som jurist och att tala om den gällande rätten är att göra anspråk på något som allmänt kan accepteras – skillnaden mellan att säga "detta är sant" eller "detta är bra" å ena sidan, och "detta är gällande rätt" å andra sidan, markerar avståndet mellan natur och frihet, en avgränsad identitet och universalitetens möjlighet eller horisont.

Men de juridiska vokabulärerna hör inte bara till jurister. De används i politiska strider och ger uttryck för politiska positioner. Folkkrätten syns i allt högre grad i slagord och politiska tal som något som inte utgör ytterligare en metod för global governance. Betrakta debatten om kriget i Irak, om tortyr eller om handel och miljön. Folkkrättsjuristerna förväntas

inte inlåta sig i tekniska hårklyverier. I stället används rätten för att lugna ängsliga själar, men även för att ge uttryck för frustration och vrede. Det moraliska patosets och religionens vokabulärer finner få åhörare. Institutionell politik innebär ofta partistyre. Därför, tror jag, har folkrätten plötsligt blivit nästan den enda offentliga vokabulären som är förbunden med en transcendent horisont, ett slags sekulär tro. När transnationella företag far hårt fram med miljön, mäktiga stater inleder krig eller globaliseringen rubbar samhällen hör jag ofta vädjanden till folkrätten. Det är konstigt och även något pinsamt att filosofer som Jürgen Habermas eller globaliseringskritiker som Joseph Stiglitz ständigt vädjar till folkrätten. Det gör de, antar jag, inte för att åberopa särskilda regler eller institutioner, utan som platsmarkering för godhetens och rättvisans samt solidaritetens och ansvarighetens språk. Det här är Kants kosmopolitiska projekt, korrekt förstått: inte ett slutmål eller ett partiprogram utan användandet av kritiskt förnuft för att bedöma förhållandena i dag enligt ett universalistiskt ideal – ett ideal som självt inte kan omformas till en institution eller en definitiv regel eller styrelseform utan att förstöras.

Ord är politik och vokabulärer är manifest. I slutet av 1600-talet förenade sig suveränitetens poesi med den sekulära statens grammatik. Resultatet blev ett nytt slags auktoritativt språk och en ny klass av kompetenta talare. Naturrättens språk besatt en verklighetseffekt emot vilken kärlekens och fromhetens gamla idiom framstod som nostalgiska eller cyniska. Kant läste den nya poesin utmärkt, men var inte så tilltalad av idén att verkligheten själv talade genom den. Han ville fira den kreativa rösten i stället för Pufendorfs sachsiska romans. Det var inte tillräckligt att låta *sann*. Man borde också låta *rätt*. Detta var naturligtvis ambitiösare och omöjligt att uttrycka direkt som ett institutionellt projekt. För att uttrycka sin kritik av samtidens politik och för att undvika att göra ett institutionellt förslag, skrev Kant *Zum ewigen Frieden* i form av en ironisk kommentar till en skylt utanför en holländsk värdshus. Titeln tvetydighet används för att markera att man skriver – som dagens teoretiker skulle säga – med överstrykning.

Det här är det bästa argumentet för folkrätten. Det talar varken om empiriska eller analytiska sanningar. Det antyder engagemang i arbetet i en omgivning av rivaliserande vokabulärer, med full kännedom om deras indeterminism och en känsla av ansvarighet för de beslut man fattar. Och den skapar en norm för universalitet och fred – en norm som alltid uppfattats som en brist i nutida institutioner men ändå omöjlig att reducera till ett projekt för institutionell reform. Kant var ingen poet, långt

däriifrån. Men jag skulle vilja sluta genom att citera ett härligt avsnitt i *Metaphysik der Sitten*.

”Frågan är alltså inte längre om evig fred är verklighet eller fiktion eller om vi inte bedrar oss i vår teoretiska bedömning när vi antar att den är verklig. Vi måste i stället handla som om den vore verklig, trots att den kanske inte är det; vi måste arbeta för att få till stånd evig fred och det slags författning som verkar bäst främja den... och också om det fullständiga förverkligandet av detta mål för alltid förblir bara en önskan, bedrar vi ändå inte oss själva genom att göra det till vår princip och att ständigt arbeta för detta. För detta är vår plikt, och att medge att den moraliska rätten inom oss är vilseledande skulle hos oss framkalla en avskyvärd önskan att hellre bli av med allt förnuft och betrakta oss som störtade av våra principer in i samma naturmekanism som alla andra djurarter” (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* [Cambridge University Press, 1996], 123).

Tack så mycket.¹

¹ En längre version av denna text har publicerats som ”Miserable Comforters. International Relations as a New Natural Law”, 15 *European Journal of International Relations* (2009), 395–422.

Michael Lang*

The Application of the Multilateral Instrument (MLI) “Alongside Existing Tax Treaties”

1 The multilateralisation of double taxation conventions

As a rule, double taxation conventions are bilateral treaties under international public law. Efforts were undertaken to multilateralise this field of law already at an early stage. Following World War I, a draft was presented for a convention between the successor states of the Austro-Hungarian Empire, but only Austria and Italy ratified it.¹ The EU – i.e. its predecessor – also undertook efforts in this direction as early as in the

* I sincerely thank Mrs. Christiane Zöhrer and Mr. Raphael Holzinger for their support in literature research, their critical remarks, and proofreading. A to a large extent similar version of this article had been published in the German language in a special edition of “Steuer & Wirtschaft International”, in honor of Prof. Claus Staringer at the occasion of his 50th birthday.

¹ For more detail, see *Lang*, The Concept of a Multilateral Tax Treaty in *Lang* (eds), *Multilateral Tax Treaties* (1997) 187 (187); see also treaty of 6 April 1922, Federal Law Gazette no. 1926/341; originally, this treaty was conceived as a multilateral treaty between the successor states of the Austro-Hungarian Empire (Italy, Yugoslavia, Austria, Poland, Romania, Czechoslovakia, and Hungary). After the conclusion of the treaty, however, the latter only entered into force between Austria and Italy (see Federal Law Gazette no.1926/341, at the end); see also *Warter*, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Doppelbesteuerungsabkommen, *Juridicum Law Review* 2014, 111 (124); *Kofler*, Übersicht: Die österreichischen Doppelbesteuerungsabkommen, *ÖStZ* 2014, 411 (414 FN 89).

1960s.² The Arbitration Convention, which exists as an international law treaty between the EU Member States, also constitutes a multilateral convention containing rules on the arm's length principle otherwise found in DTCs.³ Meanwhile, issues of mutual assistance in tax matters are not just bilateral, but are regulated in a multilateral treaty ratified by a large number of states.⁴ Finally, in some regions – such as for instance, in Scandinavia – tax conventions exist which are concluded between more than two contracting parties.⁵

Though the “Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting”⁶, which is still mostly referred to in literature as “Multilateral Instrument” or abbreviated as “MLI” due to a title used in an earlier draft, also constitutes a multilateral agreement, it does not fall within this category. This is because the MLI does not replace previously existing DTCs but merely alters their content.⁷ The bilateral international law treaties remain in place and must still be applied with the content given to them by the MLI. Prima facie, this creates the impression that the impact of the MLI – its multinational character aside – on a DTC covered by the MLI (“Covered Tax Agreement”) is not significantly different from that of the usual bi-

² 1968 preliminary draft of a European double taxation convention (multilateral agreement of the Member States of the European Communities for the avoidance of double taxation on income and on capital and on mutual assistance in the field of direct taxes), EC Doc. 11.414/XIV/68-D, printed in *Regul* (eds), *Steuern und Zölle im Gemeinsamen Markt VIII* (1969) V B/2; see also *Kofler in Aigner/Kofler/Tumpel* (eds), *DBA* (2016) Introduction, paragraph 11; *Kofler, Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (2007) 134 et seq.

³ EU Arbitration Convention (90/436/EEC, OJ L 225).

⁴ Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (1988).

⁵ In this regard, see also “Nordic Multilateral Double Taxation Convention with respect to Taxes on Income and Capital”; see also *Bravo*, *The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties*, *World Tax Journal* 2016, 279 (279 et seq.); more on this in *Helminen*, *The Nordic Multilateral Tax Treaty as a Model for a Multilateral EU Tax Treaty* (2014) 1 et seq.

⁶ *OECD*, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* (2016), available at <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (accessed on 5 September 2017).

⁷ In this regard, see the Preface to the MLI, which stipulates that the “Parties to this Convention (...) [recognize] the need for an effective mechanism to implement agreed changes in a synchronised and efficient manner across the network of existing agreements for the avoidance of double taxation on income without the need to bilaterally renegotiate each such agreement.”

lateral amending agreements or “protocols”; States who want to amend an existing DTC conclude an additional international law treaty with which they amend the previous DTC. This convention is then approved in the same manner by the responsible bodies under national law as the DTC itself was initially approved. Once the DTC amendments enter into force and the new provisions of the DTC become applicable, the amending agreement then loses its importance in practice: Legal practitioners subsequently base their assessments and decisions only on the amended DTC.⁸

Interestingly, though, the “Explanatory Statement” – the document in which the ad-hoc group that drafted the MLI explains its rules⁹ – emphasizes that the MLI and “amending protocols” differ significantly:¹⁰ “*The Convention operates to modify tax treaties between two or more Parties to the Convention. It will not function in the same way as an amending protocol to a single existing treaty, which would directly amend the text of the Covered Tax Agreement; instead, it will be applied alongside existing tax treaties, modifying their application in order to implement the BEPS measures.*” I would like to take these surprising statements in the Explanatory Statement as an opportunity to reflect more extensively on how the MLI affects the DTCs covered by it, and what relevance it retains after the amendment of the content of the DTC rules intended by it becomes effective.¹¹

2 The methodology of the MLI

The provisions of the MLI do not designate the number of the article and paragraph of the DTCs they are supposed to amend. Although most DTC rules are borrowed from the model conventions of the OECD and

⁸ See, for instance, Article I, II and III of the protocol of the DTC Austria-Switzerland, Federal Law Gazette III 27/2011.

⁹ OECD, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, available at <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (accessed on 5 September 2017).

¹⁰ See OECD, Explanatory Statement, paragraph 13.

¹¹ As regards the relationship between existing DTCs and the Multilateral Instrument, see, for instance, *Pistone/Govind*, The Relationship between Tax Treaties and the Multilateral Instrument in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer* (eds), The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects (2018), 111.

the UN, the numbering of the articles and the paragraphs in the individual DTCs often differs significantly from that of the OECD or UN Model Convention. Which DTCs are ultimately “Covered Tax Agreements” subject to the MLI, will only become evident after the individual contracting parties have notified their conventions accordingly.¹² Therefore, it was not possible at all for the authors of the MLI to address the individual DTC provisions with the respective article or paragraph numbers. Instead, the provisions of the MLI describe the content of the DTC provisions to which they refer.¹³ Only in those cases in which the contracting states notify specific rules of their DTC in accordance with the provisions of the MLI do they also have to designate them with the corresponding article and paragraph number of the respective DTC.¹⁴

The provisions of the MLI use a different terminology when they regulate the impact that the MLI rules have on the Covered Tax Agreements: The phrase “in place of” is often used therein. The Explanatory Statement describes what it means:¹⁵ “Where a provision of the Convention applies (...) ‘in place of’ an existing provision, the provision is intended to replace an existing provision if one exists (...)” The use of the word “replace”, which is not only used in the Explanatory Statement but also in the text of the MLI itself,¹⁶ leaves no doubt: In these cases, the provision contained in the MLI replaces the corresponding rule of the respective DTC. In any event, the rule of the MLI becomes part of the DTC.¹⁷ As a result, the text of the bilateral DTC also changes.

Occasionally, the rules of the MLI also contain the phrases “applies to” or “modifies”.¹⁸ The Explanatory Statement states the following in this regard:¹⁹ “Where a provision of the Convention ‘applies to’ or ‘modifies’ an

¹² See Article 2(1) MLI.

¹³ See *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 5; *Bravo*, The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties, *World Tax Journal* 2016, 279 (281).

¹⁴ As regards the specific functioning of notifications, see *Zöhrer*, Notifications According to the Multilateral Instrument and Consolidated Versions of Tax Treaties in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer* (eds), *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects* (2018), 191.

¹⁵ See *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 15.

¹⁶ See, for instance, Article 4(3)(e) MLI.

¹⁷ In this regard, see also *Pistone/Govind* in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer*, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*, 118 et seq.

¹⁸ More on this in *Pistone/Govind* in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer*, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*, 118 et seq.

¹⁹ See *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 15.

existing provision, the provision of the Convention is intended to change the application of an existing provision without replacing it, and therefore can only apply if there is an existing provision.” For good reason, it is doubtful whether this necessarily means that the text of the respective DTC will not change at all. Article 6(1) MLI can be used as an example. This provision provides DTCs with a preamble, which serves to set out their objective. The wording of this preamble is as follows:²⁰ “*Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions).*” The provision of Article 6(1) MLI, which contains the text of this preamble, begins as follows²¹: “*A Covered Tax Agreement shall be modified to include the following preamble text*”. This formulation definitely indicates that this text will become part of the DTC. The wording of Article 6(2) MLI confirms this interpretation: “*The text described in paragraph 1 shall be included in a Covered Tax Agreement in place of or in the absence of preamble language of the Covered Tax Agreement referring to an intent to eliminate double taxation, whether or not that language also refers to the intent not to create opportunities for non-taxation or reduced taxation.*” If that text is “included” in the DTC, it is in any event clear that it will become part of the DTC.

Another formulation used in the MLI is “in the absence of”:²² Some provisions are to also apply bilaterally, when the DTC does not contain a previous provision that these can replace or modify. Therefore, when a DTC, for instance, previously had neither a principal purpose test nor an LoB (limitation of benefits) provision,²³ there is no article in this DTC which could be replaced with the corresponding rule of the MLI. Nonetheless, the provision required by the MLI should be applicable in the bilateral relation. Evidently, the MLI cannot name a specific article of the respective DTC in which this provision will be inserted. This does not automatically imply, however, that the provision has not become part of the DTC: The fact that no provision can be inserted at a precisely defined position in the *text of the DTC* does not in any way mean that

²⁰ See Article 6(1) MLI.

²¹ Article 6(1) MLI.

²² See, for instance, Article 3(4), Article 4(1), Article 8(2), or Article 9(2) MLI.

²³ See Article 7 MLI; see also *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 88 et seq.

the *content of the DTC* was not amended. Therefore, the mere fact that the compatibility clauses of given provisions of the MLI do not explicitly refer to the number of the article and paragraph of the DTCs that ought to be amended, does not, however, prevent the rules of the MLI from becoming part of the DTC once the MLI enters into force with regard to the respective treaty. The text of a rule must never be regarded as identical with the *meaning* of a rule: In the course of interpretation, the text of a provision is merely the starting point for determining its *meaning*.²⁴ On the other hand, it is also important to bear in mind that the *application* of a rule must not be confused with the need to *consider the text* of that rule: While only the bilateral DTC has to be applied, it can be necessary to look at the text of the MLI rule, in order to determine the meaning of the rule, which, although did not become part of the text, became part of the content of the DTC. This is not unusual: In order to determine the content of a rule, quite often a lot of material has to be taken into account. The MLI provision which changed the content of the DTC is definitely part of the context of that DTC and therefore relevant for interpretation purposes.

3 The relevance of Article 30 MLI

In this context, the provision of Article 30 MLI is of major importance. It has the following heading: “Subsequent Modifications of Covered Tax Agreements”. It reads as follows: “*The provisions in this Convention are without prejudice to subsequent modifications to a Covered Tax Agreement which may be agreed between the Contracting Jurisdictions of the Covered Tax Agreement.*”

This rule confirms that the Parties to a DTC who amended their DTC as a result of the MLI still have it within their power to shape their bilateral treaty relations independently of the MLI. Therefore, they can amend their DTC at their discretion even after their accession to the MLI. Moreover, in their bilateral relations, they can rescind any amendments to the content of their DTC they previously introduced as a result of the MLI. In doing so, they can even fall short of the minimum stand-

²⁴ See Lang, Introduction² paragraph 64.

ards of the MLI.²⁵ They would not be violating any international law obligation as a result. They would, however, fail to meet the political targets set by the G20 and the OECD as part of the BEPS project.²⁶

Above all, however, the provision of Article 30 MLI makes it clear that all amendments to a DTC brought about by the MLI are first introduced in the bilateral convention itself.²⁷ It makes no difference whether or not the text of the bilateral DTC also changed as a result, because when the Parties to a DTC modify their bilateral convention, they will only be able to amend those rules that are part of the DTC. This contradicts the assumption that provisions only contained in the MLI are applicable in a bilateral relation without having been introduced into the DTC: Article 30 MLI does authorize the Parties to modify *the DTC*, but not to amend *the MLI* in their bilateral relation.

Such a constellation may also raise the question as to which impact a DTC amendment agreed between the two states *after* entry into force of the MLI for both states will subsequently have on the MLI. A differentiation will be necessary in this context. When, for instance, a DTC did not previously contain an express rule on the income of “entertainers” accrued in the hands of other entities and the two states now decide in an amendment agreement to add a second paragraph to the provision modelled on Article 17(1) OECD MC, this will have no impact whatsoever on provisions not related hereto. For instance, any amend-

²⁵ For greater depth on the minimum standard, see also *Langer*, The Relevance of the Minimum Standard in the OECD/BEPS Project in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer* (eds), The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects (2018), 89; Similarly, see *Blum*, Bull. Intl. Taxn. (2018), 135. However, see also *Bravo*, Future Changes of “Covered Tax Agreements” and of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer* (eds), The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects (2018), 237 (241 et seq.) where it is argued that although restrictions to subsequent modifications may not be explicitly mentioned in the wording of Article 30 MLI, such limitations can be derived from both the context and the object and purpose of the MLI. Under such an interpretation, which is not shared here, modifications to the MLI would only be permitted in so far as they do not interfere with the MLI’s primary and overarching objective of curtailing BEPS practices.

²⁶ Similarly, see *Bosman*, General Aspects of the Multilateral Instrument, 45 Intertax 10 (2017) 642 (657 et seq.).

²⁷ This view is also shared by *Blum*, claiming that “Article 30 of the MLI is necessarily based on the assumption that the MLI has a direct effect on the content of bilateral CTC.”; in this regard see *Blum*, Bull. Intl. Taxn. (2018), 133.

ments made by the MLI to a DTC provision modelled on Article 10(2)(a) OECD MC must therefore be assessed separately: If during accession to the MLI the one Contracting State – as opposed to the other – issues a reservation under Article 8(3)(a) MLI, the entry into force of the MLI for the two Parties will initially not mean that a retention period will be added to the provision modelled on Article 10(2)(a) OECD MC. A later withdrawal of the reservation under Article 28(9) MLI will cause the 365-day retention period to become relevant for the DTC provision corresponding to Article 10(2)(a) OECD MC. This will not be prevented by the fact that the two Contracting States bilaterally amended the rule on the taxation of entertainers prior to the withdrawal of the reservation.²⁸

The assessment becomes more difficult when an amendment agreement concluded after entry into force of the MLI also affects the convention provision modelled on Article 10(2)(a) OECD MC. The following example will illustrate this: Initially – as in the aforementioned case – the 365-day retention period was not inserted into the convention provision modelled on Article 10(2)(a) OECD MC upon the signing of the MLI by the two states because one of the Parties issued a reservation according to Article 8(3)(a) MLI. If a 183-day retention period is subsequently inserted into this convention provision by way of a bilateral amendment agreement, it is not a priori clear what the consequences will be if the corresponding Party now withdraws the previously issued reservation sometime after the entry into force of the amendment agreement according to Article 28(9) MLI. Will the result be that, in this previously bilaterally amended DTC too, the 365-day retention period will now replace the 183-day period, or will the 183-day period remain despite withdrawal of the reservation?

Lex posterior and lex specialis considerations are not of much help here: Although the withdrawal of the reservation may be regarded as the most recently issued international law act and thus have a “lex posterior” character, the previously introduced bilateral amendment is the more specific act. This is because the Contracting State that now withdraws the reservation is thus introducing a measure that has an effect on all its

²⁸ Regarding reservations and their impact, see *Walker*, Reservations to the Multilateral Instrument in *Lang/Pistonel/Schuch/Staringer* (eds), *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects* (2018), 165; *García Antón*, Untangling the Role of Reservations in the OECD Multilateral Instrument: The OECD Legal Hybrids, *Bulletin for International Taxation* 2017, 544 (545 et seq.).

DTCs covered by the MLI and not just on a single one. *Lex posterior* and *lex specialis* rules, however, are never more than just refutable assumptions.²⁹ Finally, the relation between two mutually contradicting rules can never be solved through seemingly mechanistic considerations, but only through interpretation.³⁰ Therefore, one must also in this case consider the objective and purpose, the context, and the intention of the Contracting Parties: If the two Parties concluding the amending agreement intended to permanently solve the issue of the retention period in their bilateral relation for the future – i.e. until another possible bilateral amendment – so as to establish legal certainty for investors and thus do not make it dependent on whether the other Party changes its convention policy again, the 183-day retention period will remain in place even in case of a later withdrawal of the reservation by one of the Contracting States. The withdrawal of the reservation will then not have an impact on this DTC. However, if the amending agreement was a compromise achieved on a bilateral level between the two states, one of which – i.e. the one that had originally issued the reservation – did not intend to introduce a retention period in the dividend rule at all while the other would have preferred to integrate a 365-day retention period in this convention as well, and if the withdrawal of the reservation indicates that both states are now pursuing the objective of introducing 365-day retention periods in their convention provisions modelled on Article 10(2)(a) OECD MC, much suggests that the withdrawal of the reservation will lead to a renewed amendment of the DTC just recently modified on a bilateral level. In this case, the 183-day retention period will be converted to a 365-day retention period also for the purposes of the meanwhile bilaterally amended DTC.

4 The meaning of Article 37 MLI

The provision of Article 37 MLI headlined “Withdrawal” is also revealing.³¹ It reads as follows:

²⁹ For more on the derogation rules, see *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982) 572 et seq.

³⁰ In this regard, see *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre* 573.

³¹ For more detail, see *Hörtenhuber*, *Consequences of a Withdrawal from or a Termination of the Multilateral Instrument in Lang/Pistone/Schuch/Staringer* (eds), *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects* (2018), 211.

“1. Any Party may, at any time, withdraw from this Convention by means of a notification addressed to the Depositary.

2. Withdrawal pursuant to paragraph 1 shall become effective on the date of receipt of the notification by the Depositary. In cases where this Convention has entered into force with respect to all Contracting Jurisdictions to a Covered Tax Agreement before the date on which a Party’s withdrawal becomes effective, that Covered Tax Agreement shall remain as modified by this Convention.”

When a state withdraws from the MLI in accordance with Article 37 MLI, the DTC amendments introduced as a result of the MLI remain in force. Therefore, the legal effects of the MLI cease to apply for this Contracting State, but the withdrawal from the MLI does not nullify the DTC amendments made up to that moment. This is understandable from a legal policy point of view, since every State Party to the MLI would otherwise have the power to change the content of its DTCs again with effect for its other respective Parties, and return to the status quo ante through a unilateral act not requiring their approval – e.g. a withdrawal in accordance with Article 37(1) MLI.³² The other states that still remain Parties to the MLI cannot be reasonably expected to accept this. Had the state now withdrawing from the MLI not acceded the MLI in the first place, the other states would probably have endeavoured to enforce some or all of the changes foreseen in the MLI in a different manner – for instance, through bilateral treaty negotiations, if necessary also under threat of terminating the DTC.

Therefore, the legal effects of the MLI no longer apply to the withdrawing state in the future. At the same time, the DTCs continue to be part of its legislation with the content they received as a result of the MLI. This means that even those amendments of the DTCs brought about by the MLI which did not modify the text of a specific article and paragraph of a DTC must have become part of the DTC. In any event, after the withdrawal has come into effect, there is no longer any possibility of applying the MLI “*alongside existing tax treaties*”.³³ This is because the MLI can no longer be applied by the state that withdrew from the MLI. The wording of Article 37 MLI does not suggest that, as a result of this provision, rules that could be found only in the MLI until the withdrawal will only

³² Similarly, *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 353; more on this in *Hörtenhuber in Lang/Pistone/Schuch/Staringer*, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties: Analysis and Effects*, 211.

³³ See, again, *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 13.

“migrate” into the DTCs of this state after the entry into effect of the withdrawal.³⁴ Therefore, one must assume that the changes of the DTC brought about by the MLI were included in this DTC itself from the very beginning – i.e. upon the entry into force of the MLI with regard to the respective DTC. If DTC amendments can in any event form part of a DTC after the withdrawal of an MLI State Party even in a “free-floating” manner – that is, without being “domiciled” in a specific article and paragraph of the DTC – it is not understandable why they should not have become part of the DTC in this manner already before the withdrawal. The MLI has thus upon its entry into force resulted in the modification of the content of the respective DTC and, in this respect, lost its significance for the respective DTC. From this perspective, one cannot possibly claim that the MLI ought to be applied “*alongside tax treaties*” – as suggested by the Explanatory Statement.³⁵ These effects of the MLI are by all means comparable with those of an amending protocol.³⁶

The effects of the MLI on a specific convention, however, do not end with its entry into force. Instead, the “Contracting Jurisdictions” of the MLI, for instance, have the possibility to withdraw initially issued reservations after the entry into force of the MLI.³⁷ As a result, the content of a DTC can change again later through a unilateral legal act based on the

³⁴ Even the Explanatory Statement on Article 37 MLI give no cause to doubt this interpretation; in this regard, see *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 351 et seq.

³⁵ While this view is shared by both *Blum*, it has also been argued in literature that the MLI and the Covered Tax Agreements continue to exist together. Regarding the former view, see, *Blum*, *Bull. Intl. Taxn.* (2018), 132 et seq. Regarding the latter view, see *Avery Jones*, *Treaty Interpretation in Global Tax Treaty Commentaries* (R. Vann eds., IBFD 2014), section 5.3.1., *Bosman*, *Intertax* (2017), 643; *Corwin/Eggert/Zuble*, *Practical Questions for Multinationals in an MLI World*, *Tax Executive* (2017); *Jirousek*, *SWI* 2017, 333; and *Herrington/Lowell*, *The Evolving World of Global Tax Planning: Part II*, *Intl. Transfer Pricing J.* 2 (2017) 87 (92).

³⁶ This is also acknowledged by the Explanatory Statement on Article 37 MLI, which explicitly states that “[t]his approach replicates the approach taken in amending protocols to bilateral tax treaties...”; in this regard see *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 353.

³⁷ In addition, it is possible to modify the MLI itself through amending protocols. Article 38 MLI governs the connection between such amending protocols and the MLI, and stipulates that “[t]his Convention may be supplemented by one or more protocols”; see also *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 356, which states the following: “Article 38 provides that the Convention may be supplemented with one or more protocols, that to become a party to a protocol, a State or jurisdiction must be a Party to the Convention, and that a Party to the Convention would not be bound by any protocol unless it becomes a party to the protocol in accordance with its provisions.”

MLI. To remain with the above example: If a state initially issued a reservation with respect to the retention period of the dividend rule modelled on Article 10(2)(a) OECD MC and later withdrew this reservation, the withdrawal of this reservation may lead to the retention period becoming relevant in the bilateral relation to those States Parties of the MLI who did not issue such a reservation or later withdrew it. As a result of this renewed amendment of the bilateral convention, however, the MLI has again lost its significance for this DTC provision. It is the respective DTC itself which must be applied before and after.

Upon entry into force of a withdrawal in accordance with Article 37 MLI, however, these effects also become obsolete for subsequent periods: Therefore, when a state belonging to the Contracting Jurisdictions of the MLI withdraws its reservation after the withdrawal of the other state from the MLI, this can no longer amend the DTC between the two states. Therefore, if the state issuing the withdrawal in accordance with Article 37 MLI never issued a reservation with regard to the retention period foreseen in the convention provision modelled on Article 10(2)(a) OECD MC, and the other state still remaining party to the MLI withdraws its reservation after the withdrawal of the first-mentioned state, the retention period can no longer be included in the DTC through the mere withdrawal of the reservation. This DTC then still does not foresee a retention period for the dividend provision modelled on Article 10(2)(a) OECD MC. If the two states are not willing to accept this, they must amend the DTC bilaterally. Vice versa, afterwards the withdrawing state no longer has the possibility of withdrawing a reservation once it was issued. If the state withdrawing from the MLI is the one that initially issued the reservation in respect of the retention period in the dividend rule, and if this state now changes its convention policy in that it now welcomes a retention period, it must amend all of its DTCs by way of bilateral negotiations.³⁸

5 Concluding summary

The above considerations demonstrate that the effects of the MLI on DTCs covered by it are not dramatically different than those of an amending protocol. There are, of course, differences pertaining to the multilateral nature of the MLI or to the fact that, for instance, reser-

³⁸ Similarly, see *Bosman*, Intertax (2017), 658.

vations can still be withdrawn after an amendment has been made to a DTC by the MLI and the content of the DTC can change once again as a result. Therefore, the effects of the MLI do not completely cease after it has entered into force with respect to a specific DTC and has thus amended the content of this DTC. It is too far a stretch, however, when the Explanatory Statement claims that the MLI is applied “*alongside existing tax treaties*”,³⁹ thus emphasizing a contradiction to amending protocols. It is, indeed, unusual that provisions can become part of a DTC without being attached to the text of a specific paragraph of an article of this DTC. The fact that DTC provisions can exist which have become part of the content of the DTC in a “free-floating” manner needs getting used to, and it makes it more difficult to quote such provisions. Nevertheless, these rules have also been included in the DTC.

³⁹ See, again, *OECD*, Explanatory Statement, paragraph 13.

Johanna Niemi

Challenges in Legal Argumentation: A Swedish-Finnish perspective

1 Personal introduction¹

The Swedish-Finnish author Marianne Alopaeus wrote a book titled *Drabbad av Sverige* (Taken by Sweden) in the 1970s. Had I not been an admirer of Sweden already before I read the book, it would have made me one. The solidarity of the Swedes with the oppressed people of the world made a big impression on a young person with a conscience. It still does. Solidarity, the emphasis on the principle of equality and the lively way of discussing any imaginable controversy are still the three features of the Swedish society that I awe and envy from the Finnish perspective.

During 2004–2007 I had a possibility to become more acquainted with the Swedish society and the Swedish legal system. While working in Sweden in 2004–2007 I continuously compared Sweden and Finland, both professionally and in everyday life. I am still a great admirer of Sweden even if my views have become a bit less uncritical. Accidentally, a contemporary novel about a Finn who admires Sweden, *Hallonbåtsflykten* (2007) by Miikka Nousiainen, was published about at the same time that I finished my work at Umeå University. The novel is a satire about an uncritical wish to become a Swede, which leads to absurd consequences.

¹ This article is based on my inaugural lecture as Doctor Honoris Causa at Uppsala University in 2010. Towards the end, the article proceeds towards to more recent developments. Parts of the article have been published in Niemi-Kiesiläinen Johanna, Comparing Finland and Sweden: The Structure of Legal Argument. In Jaakko Husa, Kimmo Nuotio & Heikki Pihlajamäki (eds), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*. Intersentia 2007, p. 89–108.

When you stay in another country for longer periods, you realize that prejudices and stereotypes do not come out of nowhere. But if you look closer you also realize that the reality is more complicated than you expected. For example, it is common knowledge that the Swedes are regularly *sjukskrivna*, that is, absent from their working places because of “illness”. This symptom is actually so well known in Sweden that the first day of absence because of illness is without pay, something that the Finnish labour unions would never accept. The Finnish problem is that employees come to work when sick. However, to conclude that the Swedes do not respect work is totally wrong. Working is for them the most cherished value. To be included in the Swedish society, one wants to work and pay taxes, like everyone else, as a migrant looking for work once expressed it. The wonderful parental leave system in Sweden is created to give women the chance to be included in the labour, not to care for the kids.

Seriously, I have learned tremendously from working in Sweden and with the Swedish scholars and the Swedish legal system. During the 2000s the Finnish government was preoccupied with an austerity program that led to the reduction in the number of district court from 60 to 27 in 2010 (now 20). At the same time, the Swedish legal community was shocked by a report that suggested that there are many innocent people in the Swedish prisons. Not a word about the costs of legal protection.² The Swedish judges calmly informed that “justice costs”.

The comparison of two closely related legal systems has been interesting, rewarding and often fun. I made a number of anecdotal observations, for example, that the Finnish laws tend to have many more paragraphs than the Swedish ones.³

But the comparative jurisprudence seems to have very little room comparisons between closely related legal systems. Do such comparisons have any general relevance? In this article I argue that comparing legal systems that are close to each other is important because it can reveal more about patterns of legal thinking than comparisons between countries that are far from each other.

In the first part of this article I reflect on comparative law with the view of comparing two legal systems that are closely related. Concluding that comparison of the legal argumentation in two closely related

² Axberger et al. 2006.

³ Niemi 2010.

legal systems may help to understand the reasoning in both of them and perhaps even generally, the second part of the article compares the patterns of legal argumentation and the use of sources of law in Swedish and Finnish jurisprudence. I shall argue that Swedish jurisprudence was until recently influenced by the inheritance of the Scandinavian realism whereas the Finnish legal thought is permeated by somewhat formalistic school of rational legal argumentation. Both are challenged by the quest for justice that all of us should strive for and young people in particular are interested in. In the end I discuss the fundamental rights, legal principles, social constructionist theory and discourse analytical approach as challenges to the traditions of legal thinking.

2 Comparison between similars

2.1 Legal families

In any comparison we use the concepts of similarity and difference. As Pierre Legrand argues, the recognition of difference is the basis of comparison.⁴ The comparative project includes a search for, the identification and analysis of differences and the evaluation of similarities and differences. Depending on the purpose of the comparison, emphasis is put on either similarities or differences.

A considerable part of comparative law has been preoccupied with the comparison and grouping of legal systems on a grand scale. Any introduction to comparative law would start with the presentation of the major legal families of the world. Such comparison puts emphasis on similarities between the countries in the same family.

There is no doubt about Sweden and Finland belonging to the same legal family, either to the broad family of Continental or written law countries (as opposed to Anglo-Saxon family) or to the Nordic legal family.

Either way, the legal family approach underlines the similarities between Finland and Sweden. The Nordic legal systems are based on statutory law. Traditionally the German law has influenced the content of laws. The Nordic legal systems have evolved in societies with democratic political traditions that have been characterized by a unique mix of individual rights and community.⁵ Law has been seen as a tool of social

⁴ Legrand 2003.

⁵ Berggren & Trägårdh 2006.

change, even social engineering, for achieving general welfare. Thus, the equality principle has been central in upholding the rights of persons. The welfare system is based on individual benefits, as opposed to family based ones. Basic benefits and services have been universal. At the same time individual rights may have needed to bend for the common good. Equality policy has yielded a strong emphasis on the equal rights between the sexes. At a more technical level, the Nordic law is often aimed at pragmatic solutions and grand codifications have been avoided.⁶

Even if distinctions among the Nordic legal systems are made, Sweden and Finland together are Eastern Scandinavian countries. One feature that distinguishes them from Denmark and Norway is the two-track court system, separating administrative courts from general courts. Clearly, the broad comparisons based on legal families do not give nor take anything in a Swedish Finnish comparison.

2.2 Functional comparison

Another theoretical approach in comparative law has paid attention to the functions of law. In legal practice, the law drafters regularly look at other legal systems for inspiration on how to regulate a new issue. As the functionalists have shown, a certain legal institution can serve different social functions in different legal systems. On the other side, a certain social function can be fulfilled by different legal institutions in different legal systems.⁷

In functionalist social theory, social institutions keep the society together, hinder them from falling apart in a chaos.⁸ For example, marriage as a legal institution is one of the fundamental guarantees of social and family cohesion all over the world. What has happened in the Nordic countries? People do not get married any more, at least not as much as many people think they should. Richard Posner, the famous American judge who writes books on law and economics, was extremely worried about the share of children born out of wedlock in Sweden.⁹ However, the Swedish society has not fallen into pieces, and actually the US society has much more problems with single mothers than Sweden or any other

⁶ Husa, Nuotio & Pihlajamäki 2007; Nousiainen & Niemi-Kiesiläinen 2001.

⁷ Zweigert & Kötz 1998.

⁸ Parsons 1968.

⁹ Posner 1992.

Nordic country. It seems that the decline of marriage has been exaggerated, but also other legal institutions have come to fulfil its cohesive function, such as the conformation of paternity, social responsibility for child care and so on.

Similar examples can be found in criminal justice system. It is not exceptional for non-Nordic persons to wonder how we can have such lenient criminal sanctions and how the prisons can be so homely. Yet, the level of crime is relatively low in these countries. Simply, the societal cohesive functions are performed by the free educational system, social services and accessible health care.

The functional approach does not yield much to comparison between Sweden and Finland. As the two countries have fairly similar social structures, most legal institutions have similar functions in each of the countries. This situation has been a fertile ground for legal transplants. Especially the Finnish law drafters have tended to look to Sweden in their search for legislative ideas.

In reality, much comparative work is guided by practical interest and capabilities. For example, in the beginning of the 1990, Denmark was the only European country that had a law on debt readjustment (consumer bankruptcy). Of course, any law drafter who could read Danish, studied it. Language guides much of comparison, and it is a pleasure to tell that all Finnish laws and Bills are available in Swedish and many of the laws also in English.¹⁰ This kind of technical comparison is important but it is focused on similarities and explains little about the differences.

3 The heritage of Scandinavian realism

3.1 Legal reasoning as a topic for comparison

In comparative law, the emphasis has shifted towards legal reasoning and legal thinking.¹¹ For example, a large comparative project mapped the doctrine on legal sources in ten European countries and the United States in the 1990s.¹² William Ewald argues that the aim of the comparative law should be “an understanding of conscious ideas at work in the legal sys-

¹⁰ See www.finlex.fi.

¹¹ Reitz 1998.

¹² McCormick & Summers 1991; McCormick & Summers 1997.

tem; that is, the principles, concepts, beliefs, and reasoning that underlie the foreign legal rules and institutions.”¹³

These kinds of issues are also behind my interest in comparison. Teaching and examining legal theses in the Swedish law faculties, I was struck by the focus on the purposes of law in the reasoning by young lawyers. They also seemed to have a strange uneasiness with the concepts of “content of law” (gällande rätt) or “interpretation of law”. Swedish law students introduced me to the concept of “rättsutredning”,¹⁴ a clarification of a legal point. Swedish doctoral students often discussed “fastställande av gällande rätt”, confirmation of the content of law, as a purpose of legal research. Finnish law students and legal scholars do not use such expressions. They would talk about “interpretation of law” as finding the correct interpretation of law and about systematization of law. They would mention the purpose of law but not as a primary concern. These kinds of observations have led me to ask: Do Swedish lawyers really think differently than Finnish ones? How differently do they argue? I have also been concerned about the eluding role of the legal principles in legal argumentation in both countries. Could we better understand the role of legal principles by looking at their role in these two countries?

The interest in legal argumentation in comparative law has as a natural starting point the distinction between common law and written law countries.¹⁵ While it is sometimes claimed that the systems are converging, Pierre Legrand argues that the differences in the *mentalité* are quite profound and culturally anchored. He also questions the need to overcome them.¹⁶ Avoiding a stance on the convergence thesis, it is easy to argue for the importance of understanding the mode of thinking in other legal systems. It is important for communication between lawyers representing another legal system but it may also benefit understanding of one’s own legal system. Perhaps the recognition of difference is sometimes easier when the object of comparison is closer.

¹³ Ewald 1998, at 705.

¹⁴ I would translate the concept as a “legal memo” meaning legal research (not academic) to clarify the content of law on a certain point of law.

¹⁵ For Pierre Legrand *mentalité* is the key concept in understanding the different reliance on facts in legal systems based on common law and on civil law. Legrand 1996, at 306–322. Basil Markesinis has analysed differences in attitudes in legal traditions and also between legal cultures that are close to each other. See e.g. Markesinis 2001.

¹⁶ Legrand 1996, at 321.

The above mentioned questions indicate that I am intrigued by the heritage of the Scandinavian realism in the Swedish jurisprudence. Therefore I will first discuss basic statements of the Scandinavian realism and relate them to some of my observations of the Swedish law and legal scholarship. I am especially interested about how young scholars understand their relationship to the normative force of law (“gällande rätt”) and the role of arguments that relate to the purposes of the law. My thesis is that functional arguments have a more pronounced role in Sweden than in Finland. For Finland, I will outline a different bend in legal theory. The influence of Scandinavian realism in Finland was less direct.¹⁷ In Finland, two theoretical schools have been important during the latter half of the 20th century, the analytic school of jurisprudence from the 1950s to the 1980s and the post-analytic school since the late 1980s.¹⁸ The post-analytic school puts increasing emphasis on legal principles but I make no hypothesis that the Finnish courts are more inclined to use legal principles in their argument than the Swedish ones.

3.2 The focus on the functions of law in Sweden

Scandinavian realism was a school of philosophy in the 1930s, based at Uppsala and Copenhagen. Some of its most famous representatives, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona and Alf Ross, were both philosophers and legal theorists.

Both Scandinavian realism and the analytic school of jurisprudence took distance from conceptual jurisprudence (*Begriffsjurisprudence*) and natural law. To draw conclusions from and make recommendations for the interpretation of the law on the basis of legal concepts, a habit attributed to the conceptual jurisprudence, was outspokenly condemned. The alternative was somewhat different in each of these schools. While Scandinavian realism discussed the purposes and functions of the law, the analytic school wanted to split the legal relationship into its smallest

¹⁷ Markku Helin has researched the relationship between the Scandinavian realism and the Finnish analytic legal theory in his nominal thesis in 1988. Helin 1988.

¹⁸ Analytic jurisprudence is the term used in Finnish for the dominant school of legal studies from the 1950s until the 1980s. The term is also used in other contexts, see Ross 1966 at 39. Scandinavian legal realism also has a close connection with analytic philosophy while underlining the importance of conceptual analysis and the “purification” of legal context.

components and seek guidance as to the interpretation of law from this analysis.

Scandinavian realism was critical of idealist and normative legal scholarship. Legal scholarship should have become scientific and realist, based on facts,¹⁹ which might be empirical facts or states of mind.²⁰ Legal scholarship could not jump into the world of normative statements and recommendations but it should make prognoses of the behaviour of the courts based simply on the facts.²¹ While this view, represented by Alf Ross, became the dominant understanding of Scandinavian realism in Finland, Vilhelm Lundstedt's more politically oriented version may have had more influence in Sweden. Lundstedt was a legal theorist, MP and social democrat. He did not have great problems with the normativity of legal scholarship²² and was interested in rationalism, social planning and social utility in law.²³

The idea of law as a tool of social change logically puts the purposes of the legislation in the foreground. But Scandinavian realism had a peculiar relationship to the purposes and the functions of law, ascribing a high but ambivalent status to the purpose of the legislator. The purpose of the legislation is not simply what the legislator states it to be or what the purpose of a certain reform is. The purpose of the law is always seen in a broader context of the legal system. Already Lundstedt emphasised that social utility and shared social values go hand in hand. The social goals of legislation should and could be realised in legal security and promotion and protection of credit and market exchange.²⁴ Thus, we have a twofold heritage of Scandinavian heritage that carries until this day; the uneasy relationship to the normativity of the scholarship and the emphasis on the functions of the law.

In the doctrines on sources of law functional arguments take two forms. First, the doctrine mentions the purposes of law as a legal source. Secondly, the anticipated effects of a certain decision may be regarded as an argument in legal reasoning.

¹⁹ Ross 1966, at 82.

²⁰ *Rättsmedvetandet*, that is, the consciousness of the law of either the public or of the judge was a central fact for the realists. See Hägerström 1916, at 204; Ross 1966, at 456; Lundstedt 1956, at 159, 201.

²¹ Hägerström 1916, at 83; Ross 1966, at 63, 79, 89.

²² Lundstedt 1956, at 215.

²³ Lundstedt 1956, at 134, 150.

²⁴ Lundstedt 1956, at 139. This applies especially in private law.

The purpose of is divided into two parts, the subjective and the objective. The subjective, the aims of the legislator, are all but denied.²⁵ They are unclear, insufficient, too general and probably outdated, and cannot be attributed to a certain person called “the legislator”.²⁶ This is an argument that I have always found difficult to understand, since both Swedish and Finnish *travaux préparatoires* tend to be detailed and rich in discussions on the purposes and correct interpretation of the law.

The objective functions of the law should inform those who apply the law. This line of thinking was brought to its extreme in P.O. Ekelöf’s teleological method of interpretation.²⁷ According to Ekelöf, the judge or legal scholar should establish the typical case of application and confirm how the law should be applied to it. This typical case would then guide the interpretation in more complicated cases or in cases, which do not obviously fall within the scope of the relevant legal rule. The purpose and function of the law should be decisive, in confirming the interpretation in the typical case. The functions or purposes, found through an analysis of the typical cases, are objective.²⁸ For example, the central function of the civil procedure, according to Ekelöf, is to promote a foreseeable and secure credit market.²⁹ This statement has provoked a lot of discussion among the procedural scholars in the Scandinavia;³⁰ it has been asked whether, when proof is insufficient, we should sacrifice some debtors on the altar of the credit market.

Even if many authors do not share Ekelöf’s doctrine, the purpose of the law, connected to the preparatory works, is central to the Swedish doctrine of legal sources. Indeed, many textbooks list the sources of law in this order: law, preparatory works and precedents,³¹ and include a

²⁵ For a philosophical critique of the “state will”, see Hägerström 1916, at 171–210.

²⁶ Ross 1966, at 166; Ekelöf 1951, at 28; Ekelöf 1956, at 8; Ekelöf & Boman 1990, at 80.

²⁷ In a recent dissertation Moa Bladini has analyzed how Ekelöf constructed objectivity in his scholarship. See Bladini 2013.

²⁸ Ekelöf & Boman 1990, at 69–82.

²⁹ Ekelöf & Boman 1990, at 12.

³⁰ A critique of Ekelöf’s theory is found in for example Peczenik 1995, at 367. The Swedish procedural law doctrine have recently been extensively analysed in Bladini 2013 and Björling 2017.

³¹ For example, the practical textbook the law students use, Bernitz et al. 2006, written by several professors of the University of Stockholm, lists the sources in this order. See also Strömholm 1996, at 292–298; and Bergholtz & Peczenik 1997, at 298.

lengthy discussion on the subjective and objective purposes of the law connected to the preparatory works.

In addition, Swedish theorists recognize another source of law that has a functional character, the real arguments (*reella överväganden*).³² These refer to the consequences of a decision by the court. If the consequences of a given interpretation are contradictory to the rational purpose of the law, the interpretation should not be condoned. For example Marie Tuula related her comparative analysis of insolvency law to the purposes of the law.³³ She defended her thesis that the institutions of the new Swedish reorganization law of 1994 did not correspond to its stated purpose.³⁴

The uneasy relationship to the normative argumentation is present in many doctoral theses in Sweden. For example, Patrik Södergren who defended his thesis on the division of jurisdiction between the administrative courts and general courts in 2009 stated that he utilizes the customary legal method, that is, he wants to state the law as it stands. Like many other young scholars, he was faced with the difficulty of making normative conclusions. Because it is difficult, he shielded away from giving recommendations on the interpretation of the law.³⁵

Claes Sandgren attributes, in his study on Swedish doctoral theses, the teleological method especially to researchers at the University of Uppsala but in my observations it has been more wide spread.³⁶

3.3 Analytic theory of legal argumentation in Finland

According to Markku Helin, Scandinavian realism had considerable influence in Finland. In the 1950s, Simo Zitting laid the foundations for the Finnish legal doctrine for the next thirty years. The analytic school of jurisprudence used the method of splitting the legal relationship, such as

Peczenik and Bergholtz discuss precedents before the preparatory works in their 1991 article (Peczenik & Bergholtz 1991, at 322–328). While the precedents are discussed one and a half page, the discussion on preparatory works takes four and a half. They emphasize that attention should be given to the rationally constructed ratio, not the views of individuals who participated in the legislative process (at 327–328). See also Peczenik 1995, at 215, for a detailed classification of legal sources.

³² Ross 1966 at 169, 466.

³³ Tuula 2001.

³⁴ Sandgren 2006, at 65.

³⁵ Södergren 2009.

³⁶ Tuula defended her thesis at Stockholm University and Södergren at Umeå University.

the transfer of ownership, into its smallest elements.³⁷ Legal conclusions should not be drawn from legal concepts but from a detailed analysis of the consecutive details of the relationship or transaction. This method is not the focus of this article. Instead, I will look at the doctrine of legal sources as it was presented by one of the most prominent representatives of the analytic school, Professor Aulis Aarnio in his 1989 textbook, which has been read by many students of law since its publication.³⁸ In several books Aarnio developed the analytic theory to its height.

In Aarnio's theory, the functions and purposes of law are related to two types of legal sources, which are differently located in the hierarchy of the sources. The two sources of law that are particularly interesting here, are, first, the purpose of the legislator and the *ratio legis* and, second, the teleological or real arguments. Aarnio classifies the legal sources into (1) strongly binding, (2) weakly binding and (3) accepted.³⁹ In this classification, the purpose of the legislator and the *ratio legis* are in the second group together with case law. Teleological arguments (real arguments) are in the third group after historical, comparative and doctrinal arguments, but before values.⁴⁰

In the group of binding sources we find law, systematic arguments⁴¹ and the custom of the land. The hierarchical position of systematic arguments and the custom of the land above the purpose of the legislator is interestingly in contrast with the Swedish theory and gives weight to my claim that the position of the functional arguments is weaker in the Finnish doctrine than in the Swedish. Aarnio's own reasoning for this placement was that law and the custom of the land were mentioned as sources of law in the Code of Procedure,⁴² but this was less convincing since the same paragraph also mentioned the purpose and the foundation of the law.⁴³

³⁷ Zitting 1957, at 13; Zitting 1971, at 2. Generally about the Finnish analytic legal theory see Aarnio 1983, at 20–30.

³⁸ Aarnio 1989. His work is also to a large extent available in English.

³⁹ The same classification was used by Peczenik & Bergholtz 1991.

⁴⁰ See Aarnio 1997, at 82.

⁴¹ For the central role of the legal system in interpretation, see Aarnio 1977, at 266–281.

⁴² Code of Procedure, Chapter 1 para 11 was repealed in 2016. Now Chapter 9 para 1.1 states: "En domare utövar dömande makt självständigt och är i denna verksamhet bunden enbart av lag."

⁴³ Aarnio 1989, at 220.

The purpose of the law can, according to Aarnio, be traced from the preparatory works only with trouble and uncertainty.⁴⁴ The objective purpose of the law or *ratio legis* is, according to him an unnecessary appendix in the theory of legal sources that can be traced to other legal sources.⁴⁵ The teleological argument, placed in the group of accepted but not binding legal sources, comprises weighing and evaluating the consequences of a given interpretation in practical life. The teleological argument, according to Aarnio, is equivalent to the Swedish real argument and an argument of last resort, followed however by values.⁴⁶ Interestingly, there is no place for legal principles in Aarnio's doctrine of legal sources.⁴⁷

3.4 Problems

The heritage of Scandinavian realism has been widely discussed. Looking from the perspective of a young scholar (and her supervisor) I want to point out some weaknesses of Scandinavian realism and analytical school of jurisprudence. Both limitations are connected to the lack of idealism. Young scholars are usually interested in justice. They are interested in questions about the legal rights, their implementation and realization in people's lives; the injustices that our legal systems create; about the sustainability of our planet and so on. They are interested in principles, structures, systems and discourses. They are interested in the big issues of justice and injustices; and that is how it should be: young people should be idealists.

Neither Scandinavian realism nor analytical jurisprudence give much to an idealist. With the prognosis of what the judges will do, the realist is bound with the conservative world view of the judges and left with no room for criticism. There is much to say in favour of the conservatism of the courts: one of their central functions is to guard the predictability of actions from the legal point of view. But one of a scholar's main functions is to be analytically critical and a doctrinal view that seriously impairs that function is constraining.

⁴⁴ Aarnio 1989, at 226–227.

⁴⁵ Aarnio 1989, at 229.

⁴⁶ Aarnio 1989, at 240–241.

⁴⁷ Principles are discussed elsewhere in the book (Aarnio 1989, at 81–82) but not in the context of legal sources. Legal principles get more attention in his later works, but are not discussed as legal sources: Aarnio 1997, at 174–186.

The analytical school has not restrained critical stand per se. It allows scholars to be critical if their detailed analysis leads to a critical conclusion. To be critical on a detailed point of interpretation of one section of a law, however, is seldom enough for a young scholar who is interested in broader issues of justice or how the justice system works. In addition, a young scholar is not always best equipped to find relevant problems of interpretation. These problems arise in legal practice which she does not necessarily know well enough.

4 Period of post

4.1 Post-analytic school in Finland

When Aarnio's text book was published, his student Juha Pöyhönen (later Karhu) had already published his thesis on contract law,⁴⁸ which, together with Tapio Lappi-Seppälä's thesis on criminal law,⁴⁹ introduced legal principles into Finnish legal theory. Their books were the beginning of a new era, which Kaarlo Tuori has called post-analytic.⁵⁰ The theory of legal principles relies on Robert Alexy's theory of legal argumentation⁵¹ and on Ronald Dworkin's theory of legal principles.⁵² Essential to the theory is the classification of legal norms into rules and principles and an interest in the modes of argument. While the rules can be either followed or not and the traditional logical rules of analogy and *e contrario* can be used in applying them, several principles can be applied in the same decision at the same time and their relative influence is determined by weighing them against each other. The rules are usually (but not always) found in the letter of the law, but the principles are often articulated by the courts or in legal scholarship. It is important, however, that the principles have institutional support; that is, they can be derived from the legal sources; the provisions of the law, jurisprudence, etc.

The post-analytic theory has been dominant in Finland since its introduction.⁵³ After joining the Council of Europe and the European Convention of Human Rights (ECHR) in 1990 and the reform of constitu-

⁴⁸ Pöyhönen 1988.

⁴⁹ Lappi-Seppälä 1987.

⁵⁰ Tuori 2002, 902.

⁵¹ Alexy 1983.

⁵² Dworkin 1977.

⁵³ Aarnio has also adopted it in his later work. See Aarnio 1997, at 174–185.

tional rights in 1995, several legal scholars have found the legal principles in constitutional and human rights. Juha Pöyhönen (Karhu) has even used constitutional rights to develop a theory of new system of law of property and obligations.⁵⁴ In my own field of procedural law, Jaakko Jonkka,⁵⁵ Tatu Leppänen⁵⁶ and Anna Nylund⁵⁷ developed the legal principles. Laura Ervo discussed the fairness of the trial in her thesis choosing both the human rights standards and Habermas' criteria of ideal communication as measures of fairness.⁵⁸

Finnish legal theory has proceeded to the philosophical and ethical direction. Several scholars have been inspired by the ethical considerations in the work of the judge, in particular. Based on the post-structural philosophy, the works of Panu Minkkinen, Samuli Hurri and Susanna Lindroos-Hovinheimo have discussed the confrontation between the judge and the Other. These works have focused on the philosophical foundations of legal thinking.

4.2 Law as a discourse and social construction

The Swedish scholars have made different attempts to solve the problems of legal realism, but we cannot observe same kind of euphoria of human rights as in Finland in the 1990s. This is natural since Sweden has been party to the ECHR from the beginning (1953) and the Convention and its case law have become part of the standard legal scholarship all along.

However, there has been a need to tackle the heritage of legal realism. One way of doing it has been to analyse the structures of laws and legal disciplines, often expressed as 'underlying' structures or principles. Many young scholars have been influenced by social constructionism and discourse analysis, either explicitly or implicitly. Feminist legal theory has had an influence in this regard since, influenced by feminist and gender theory, this approach to law has renewed itself as law and gender and adopted early on the view that gender is socially constructed.⁵⁹

The origins of social constructionism go back to the early 1960s and the linguistic turn in social and cultural sciences. Berger and Luckmann

⁵⁴ Pöyhönen 2000.

⁵⁵ Jonkka 1991.

⁵⁶ Leppänen 1998.

⁵⁷ Nylund 2006.

⁵⁸ Ervo 2005.

⁵⁹ Gunnarsson & Svensson 2009; Svensson et al. 2011.

theorized in 1966 that reality is constructed in everyday interpersonal interaction, social practices and discourses.⁶⁰ About at the same time John Searle paid attention to the power of legal actions to constitute new statuses, such as marriage.⁶¹ As Ian Hacking points out, there is a difference between Searle's approach and social constructionism: as Searle analyses the *construction of social reality*, social constructionism is interested in how *reality is socially constructed*.⁶² Searle's approach, like standard legal approach, sees the legal system as constructed by humans and in social processes, such as legislative process, case law and legal science. Social constructionism goes further and analyses how the legal discourses construe facts beyond the legal discourse. Gender is a prime example. Law constructs women and men in the institutions of heterosexual marriage, sex assignment and structures of organizing work and reproduction.

We find examples of structural analyses of legal discourses and their underlying principles⁶³ or discursive patterns.⁶⁴ Such analysis resembles Searle's approach in looking at how the social world of law is constructed. Discourse analysis offers methodological tools to an analysis of text as construing practices. Early work using discourse analysis appeared in law and gender analysing how legal discourses and practices construct the identity of the victim of crime.⁶⁵

Here I take up two path breaking theses in procedural law, a discipline that is usually associated with traditionalism and technicalities, renewing the disciplinary paradigm. Moa Bladini defended her thesis in 2013 in Lund, analysing the concept of objectivity in procedural law. Bladini's data included case law and jurisprudence, represented by the grand old man of Scandinavian procedural law, Professor P.O. Ekelöf. Using discourse and linguistic analysis Bladini analysed how "objectivity" was constructed in these texts. She found out that several discursive tactics were used to distance the authors from the facts and from the parties, to construct objectivity.⁶⁶

⁶⁰ Berger and Luckmann 1966.

⁶¹ Austin 1986; Searle 1969.

⁶² Hacking 1999, at 29.

⁶³ Ulväng 2005.

⁶⁴ Samuelsson 2008, at 179.

⁶⁵ Andersson 2004; Burman 2007.

⁶⁶ Bladini 2013.

The concept of objectivity may be problematic in a multicultural society⁶⁷ but it is unlikely that we could do without it in procedural law. However, it is important to recognize that everyone is speaking and writing from some position – not even a judge is without a position. To acknowledge this is the first step in reflecting upon the impact of one's position on the evaluation of facts and law.

Like Bladini, Eric Björling is interested in how the idea of law is reproduced in case law. Via detailed analysis of six Swedish Supreme Court cases he comes to the conclusion that the courts do not explicate every step in their argumentation that tends to culminate in a syllogistic operation.⁶⁸ The formulation of the premises of the syllogism tend to include implicit (or as Björling says, invisible) steps.⁶⁹ He then seeks another way of understanding what the courts do.

Björling uses narrative analysis, but not in an analysis of case plots. He sees the cases as narratives about law. Björling argues that the courts not only narrate about law, but they narrate law. Björling uses Gilles Deleuze's concept of rhizome⁷⁰ that denotes the continuities and small steps in processes of differentiation, as opposed to opposites. Deleuze shifts the gaze from the existence of a structure to the becoming; becoming an equal and becoming similar through repetition.

Edward Mussawir and Björling take the concept of becoming into the legal field, making a differentiation between the representation of law and the expression of law in the understanding of legal discourses in courts and jurisprudence.⁷¹ In the representation of law, the legal discourses are

⁶⁷ Sandra Harding opened the discussion of objectivity in science, claiming that the objectivity has been mostly that of dominant groups. Her improved version of objectivity means including the oppressed groups into the production of knowledge. Harding 1986. For a post-colonial perspective see Spivak 2010; Connell 2007.

⁶⁸ Earlier in Swedish legal theory Aleksander Peczenik has used the concept transformation to denote to such invisible non deductive steps in legal argumentation. Peczenik 1983, at 84.

⁶⁹ The invisible features that Björling identifies are 1) entymems, that is, invisible understandings and steps in the legal methodology and reasoning, 2) overdetermined legal subject positions, such as consumer, that have a decisive effect on the outcome of the case and 3) narrativedissonans, that is, miscommunication in which the parties speak their own narratives without confronting or even understanding the narrative of the other party.

Björling 2017.

⁷⁰ The concept rhizome has not won same popularity as the concept network; theoretically they are different, notwithstanding resemblance. Deleuze & Guattari 1988.

⁷¹ Mussawir 2011.

seen as a reflection and a representation of the law and the legal system that is out there. The norm system is separate from the cases and the jurisprudence in which a representation is given. When discourses and practices are seen as expression of law, they are part of the law, and there is no distinction between the spheres. Thus, the courts, the jurisprudence and other sources of law are seen as part of the process of law's becoming. As Pierre Legendre says "...even though the Law has no body, it speaks."⁷²

This way of understanding law is perhaps not so revolutionary, after all. The idea that judges are law makers is obviously present in the common law, and understanding law as an expression would bring the written law tradition closer to the common law and European law. Moreover, it would underline the role and responsibility of the judges and the legal scholars in the evolving of legal principles and rules.

5 Conclusion

This article has painted a broad picture of the developments in Finnish and Swedish legal research. As such, it certainly misses much of the richness of contemporary legal research. But what I hope to have shown is that the valuable inheritance of Scandinavian realism and analytical jurisprudence has in the new era turned into new approaches and theoretical bases of legal research. A shared pursuit in these new approaches, I think, is the aspiration to justice. While Scandinavian realism tried to avoid normative statements it also refrained from making statement on values. Analytic jurisprudence has given us a lot in improving the technical skills of analysing law but offered little in finding principles and analysing values.

The post-period has developed ways of analysis that take principles, legal structures, discourses and values seriously. In this article I have juxtaposed the Finnish and Swedish approaches in legal research to the point of exaggeration. I started this article by referring to Marianne Alopaeus and her and my admiration for the Swedish solidarity, equality and tradition of discussion. At least in the last mentioned respect, Finland has approached Sweden; the discussion climate has become free and Finland has even been appreciated as one of the countries with most respect for freedom of speech. As Finns and Swedes and as lawyers and researchers

⁷² Legendre 1998, at 121.

we still share a common heritage and, as I like to think, the pursuit for a better world.

Bibliography

- Aarnio, Aulis. 1977. *On Legal Reasoning*. Turku: University of Turku.
- Aarnio, Aulis. 1983. *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. Helsinki: Societas philosophica Fennica.
- Aarnio, Aulis. 1989. *Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja*. Porvoo: WSOY.
- Aarnio, Aulis. 1997. *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Ashgate.
- Alexy, Robert. 1983. *Theorie Der Juristischen Argumentation: Die Theorie Des Rationalen Diskurses Als Theorie Der Juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Andersson, Ulrika. 2004. *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*. Lund: Bokbox.
- Austin, John Langshaw. 1986. *How to Do Things with Words: The William James Lectures Delivered at Harvard University in 1955*. Oxford: Oxford University Press.
- Axberger, Hans-Gunnar, Feryal Mentès, Karin Palmgren Goohde & Jens Västberg. 2006. *Felaktigt dömda – Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt*. Justitiekanslern.
- Berger, Peter L. & Thomas Luckmann. 1966. *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Harmondsworth: Penguin.
- Berggren, Henrik & Lars Trägårdh. 2006. *Är svensken människa? Gemenskap och oberoende i det moderna Sverige*. Schildts.
- Bergholtz, Gunnar & Aleksander Peczenik. 1997. Precedents in Sweden. In Neil MacCormick & Robert Summers (eds). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth, 293–314.
- Bernitz, Ulf, Lars Heuman, Madeleine Leijonhufvud, Peter Seipel, Wiweka Warnling-Nerep & Hans-Heinrich Vogel. 2006. *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder*. 9th ed. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Björling, Eric. 2017. *Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen*. Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.

- Bladini, Moa. 2013. *I objektivitetens sken. En kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*. Göteborg: Makadam.
- Burman, Monica. 2007. *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor: om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Uppsala: Iustus.
- Connell, Raewyn. 2007. The Northern Theory of Globalisation. *Sociological Theory* 25(4), 368–85.
- Deleuze, Gilles & Félix Guattari. 1988. *A Thousand Plateaus: Capitalism and Schizophrenia*. London: Athlone.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Boston: Harvard University Press.
- Ekelöf, Per Olof. 1951. *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* Lund: Gleerup.
- Ekelöf, Per Olof. 1956. *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. Stockholm: Norstedts.
- Ekelöf, Per Olof & Robert Boman. 1990. *Rättegång I*. 7th ed. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Ervo, Laura. 2005. *Oikeudenmukainen oikeudenkäynti*. Helsinki: WSOY.
- Ewald, William. 1998. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide for “Rats”. *American Journal of Comparative Law* 46, 701–757.
- Gunnarsson, Åsa & Eva-Maria Svensson. 2009. *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur.
- Hacking, Ian. 1999. *The Social Construction of What?* Cambridge, Mass.: Harvard U.P.
- Hägerström, Axel. 1916. *Är gällande rätt uttryck av vilja?* Festskrift Vitalis Norström.
- Harding, Sandra G. 1986. *The Science Question in Feminism*. Cornell University Press.
- Helin, Markku. 1988. *Lainoppi ja metafysiikka: Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Husa, Jaakko, Kimmo Nuotio & Heikki Pihlajamäki. 2007. *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*. Cambridge: Intersentia.
- Jonkka, Jaakko. 1991. *Syytekyynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen tarvittavan näytön arvioinnista*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.

- Lappi-Seppälä, Tapio. 1987. *Rangaistuksen määräämisestä: 1. Teoria ja yleinen osa*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Legendre, Pierre. 1997. *Law and the unconscious. A Legendre reader*. New York: St Martins Press.
- Legrand, Pierre. 1996. Uniformity, Legal Traditions and Law's Limits. *Juridisk Tidskrift* 1996/97:2, 306–322.
- Legrand, Pierre. 2003. The same and the different. In Pierre Legrand & Roderick Murray (eds). *Comparative legal Studies: Traditions and Transitions*. New York: Cambridge University Press, 240–311.
- Leppänen, Tatu. 1998. *Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta: prosessioikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Lundstedt, Vilhelm. 1956. *Legal Thinking Revised. My Views on Law*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- MacCormick, Neil & Robert Summers (eds). 1991. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth.
- MacCormick, Neil & Robert Summers (eds). 1997. *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- Markesinis, Basil. 2001. Unity or Division: The Search for Similarities in Contemporary European Law. *Current Legal Problems* 54(1), 591–617.
- Mussawir, Edward. 2011. *Jurisdiction in Deleuze: The Expression and Representation of Law*. New York: Routledge.
- Niemi Johanna. 2010. Sverige och Finland – lika eller olika? *Retfærd: Nordisk juridisk tidskrift*, 95–104.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna. 2007. Comparing Finland and Sweden: The Structure of Legal Argument. In Jaakko Husa, Kimmo Nuotio & Heikki Pihlajamäki (eds), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*. Antwerp: Intersentia, 89–108.
- Nousiainen, Kevät & Johanna Niemi-Kiesiläinen. 2001. Introductory Remarks on Nordic Law and Gender Identities. In Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström, and Johanna Niemi-Kiesiläinen (eds). *Responsible Selves: Women in the Nordic Legal Culture*. Aldershot: Ashgate, 1–22.
- Nylund, Anna. 2006. *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Parsons, Talcott. 1967. *Sociological Theory and Modern Society*. New York: Free Press.
- Partanen, Anu. 2016. *The Nordic Theory of Everything: In Search of a Better Life*. New York: Harper.

- Peczenik, Aleksander. 1983. *The Basis of Legal Justification*. Lund: Info-tryck.
- Peczenik, Aleksander & Gunnar Bergholtz. 1991. Statutory Interpretation. In Neil MacCormick & Robert Summers (eds). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth, 311–358.
- Peczenik, Aleksander. 1995. *Vad är rätt? om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes.
- Posner, Richard A. 1992. *Sex and Reason*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Pöyhönen, Juha. 1988. *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovitelu*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Pöyhönen, Juha. 2000. *Uusi varallisuus oikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Reitz, John C. 1998. How to Do Comparative Law? *American Journal of Comparative Law* 46, no. 4, 617–636.
- Ross, Alf. 1966. *Ret og retferdighet. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Nyt nordisk forlag.
- Samuelsson, Joel. 2008. *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*. Uppsala: Iustus Förl.
- Sandgren, Claes. 2006. Hänvisningar i rättsvetenskapen. *Juridisk Tidskrift* 2005/06:1, 65–87.
- Searle, John R. 1969. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge U.P.
- Södergren, Patrik. 2009. *Vem dömer i gråzonen? domstolsprövning i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt*. Uppsala: Iustus.
- Spivak, Gayatri Chakravorty. 2010. *Can the Subaltern Speak? Reflections on the History of an Idea*. New York: Columbia University Press.
- Strömholm, Stig. 1996. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. 5. ed. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Svensson, Eva-Maria, Ulrika Andersson, Hege Brækhus, Monica Burman, Anne Hellum, Stine Jørgensen & Anu Pylkkänen. 2011. *På vei: kjønn og rett i Norden*. Göteborg: Makadam.
- Tuori, Kaarlo. 2002. Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. *Lakimies: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Aikakauskirja* 100, no. 6, 902–913.
- Tuula, Marie. 2001. *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar: en jämförande studie av svensk och amerikansk insolvensrätt*. 2. rev. ed. Stockholm: Norstedts Juridik.

Ulväng, Magnus. 2005. *Påföljds konkurrens: problem och principer*. Uppsala: Iustus.

Zitting, Simo. 1957. *Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta*. Porvoo: WSOY.

Zitting, Simo, Martti Rautiala & P. E. von Bonsdorff. 1971. *Lärobok i sakrätt: allmän del*. Helsingfors: Finlands juristförbunds förlag.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz. 1998. *Introduction to Comparative Law*. 3. rev. ed. Oxford University Press.

Hans G Nilsson*

The birth of the Stockholm Programme – a five year programme for Justice and Home Affairs of the European Union

1 Introduction

It is now nearly 10 years since the Stockholm Programme was born; time has now come to tell the inside story of how it was drafted, negotiated and adopted.

There are few policy areas of the European Union that have the types of programmes as the Stockholm Programme, adopted at the highest decision making level of the European Union, namely at the level of the Heads of State and Government. Yes, there are other types of “programmes”, Action Plans, Reports of “Wise Men” (or women), annual or 18 months programming, but nowhere in the large complex of the EU is there such an institutionalised 5-year programming as in the so-called Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ). It is nowadays institutionalised as the Lisbon Treaty in its Article 68 TFEU provides that:

”The European Council shall define the strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice.”

This article is a novelty in the Lisbon Treaty, although the practice of defining strategic guidelines by the European Council is not a new one.

Very often forgotten by scholars and policy makers (and rightly so) was the first attempt to draw up an “Action Plan” by the European Council in

* The opinions expressed in this article are personal and cannot be attributed to the Council of the European Union or any of its Member States.

the form of the so-called The Vienna Action Plan. There have been few “Action” Plans adopted that contain so little action as the Vienna Action Plan. I have still in my office an A-4 sheet where I have listed “Extracts from the Vienna “Action” Plan- a short guide to drafting within the Area of freedom, security and justice” where a frustrated official of the Council General Secretariat (myself) had listed 32 expressions that were used one or several times which showed that the 15 delegations at the time did not really want to have any action, but were content rather with status quo. The following are examples: “study”, “feasibility”, “consider”, “reflection should be started”, “identify”, “prepare”, “discuss”, “give attention to”, “explore”, take into account”, “where appropriate”, “promote”, “if necessary”, etc, etc. As a wordlist for drafting compromises where the tyranny of the unanimity rule reigned it was an excellent exercise, but as a document for creating real and significant action in the AFSJ it was useless.

It was probably because of the disappointment with the Vienna Action Plan that the Heads of State and Government (or their collaborators) decided to convene a special meeting in 1999 of the European Council that would solely deal with the AFSJ. This was only the second time that this happened in the history of the EU so it was truly a unique event. Contrary to the Vienna Action Plan, what was later to become the Tampere Programme (or more correctly the Tampere Milestones, a name which is nowhere used after the adoption) the Tampere Programme was not a Programme negotiated by the K4 Committee of the Council, but it was prepared by a small group of persons in the Finnish Presidency and the Council Secretariat. The Commission’s role was limited in the preparations as a new Commissioner, Antonio Vitorino, only took his seat a few weeks before the meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999.

The Director General at the Council, Charles Elsen, took a leading role in the coordination with the Finnish Presidency, and travelled for meetings with Prime Ministers and Ministers in capitals, while the current Counter-terrorism coordinator of the Council, then Director of Justice and Home Affairs in the so-called DG H of the Council Secretariat, Gilles de Kerchove, together with myself lead a small group of experts from some permanent representations in Brussels. The task of the small group was to come up with concrete ideas for what could come into the Tampere Programme. A ministerial preparatory meeting was held in Turku in September 1999.

One of those ideas was to make the principle of mutual recognition to become the “cornerstone” of judicial cooperation both in civil and in

criminal justice. That idea had already been put on the table by the UK Presidency during its tenure in the first half of 1998 and it had been confirmed by the Bristol European Council in June 1998, but no concrete result had been seen after, although some theoretical discussions were held in the framework of the MDG – the Multidisciplinary Group against organised crime that had been put in place in June 1997 after the Report of the High Level Group on organised crime that reported directly to the Amsterdam European Council.

Another idea in the Tampere conclusions was the setting up of a European Judicial Cooperation Unit, what was to become Eurojust. I had written about this idea in preparation of a special meeting of the K4 Committee already in October 1996¹, but the representatives of the Committee did not accept the idea. It was later to become: first a European Judicial Network through a so-called Joint Action on the basis of a Belgian initiative, negotiated in 1997 and finally adopted in 1998 and then Eurojust in the Tampere Programme after the German and French Justice Ministers supported the action. Eurojust is currently coordinating 2.306 cases, third states are involved in 300 cases and organising some 300 coordination meetings. It also supports about 150 Joint Investigation Teams yearly and provides grants to them via its budget.

Another main tenet of the Tampere conclusions was that it laid the grounds for a Common EU asylum and migration policy. In the longer term, Community rules should lead to a common asylum procedure and a uniform status for those who are granted asylum valid throughout the Union. In the current migratory situation of the Union, this seem like wishful thinking, although both the later The Hague Programme and the Stockholm Programme came back to these ideas.

The Tampere conclusions implemented the Amsterdam Treaty, agreed in June 1997 and entered into force on 1 November 1999. The later The Hague Programme was supposed to implement the so-called Giscard d'Estaing draft Constitution. As is well known the draft Constitution never entered into force as the French and the Dutch voted against it, most probably for internal political reasons. As a result some 40 %² of the Hague Programme was not possible to implement as there was no legal basis for doing so. The Stockholm Programme was drafted with the specific aim of implementing the Lisbon Treaty, that entered into force on 1

¹ See Council doc CK4 34.

² My own assessment.

December 2009, something which did not give the Swedish Presidency much time for drafting and negotiating the Stockholm Programme.

The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, was drafted by a small group of persons from the Dutch Presidency, under the stewardship of the Director General Mr Joris Demmink and Marjorie Bonn, Senior Political Advisor. Commission officials and Council General Secretariat officials, including myself, were regularly involved in, and substantially contributed to, the drafting process. Informal consultations were held at the level of the Article 36 Committee (CATS) and the Strategic Committee for Immigration, Frontiers and Asylum (SCIFA), but no transparent negotiation was held.

Several aspects were new in The Hague Programme: the extension of the mandate of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia towards a Human Rights Agency, the clear emphasis on implementation and evaluation and the promotion of the citizenship of the Union, including the right to free movement. Again, emphasis was put on the implementation of the Common European Asylum System. A novelty in police cooperation was the introduction of the so-called principle of availability, which later led to the adoption of “The Swedish Framework Decision” that dealt with exchange of information between law enforcement authorities.

2 The Stockholm Programme

It was not sure that the Stockholm Programme would ever see the light – it could have just as well been “The Prague Programme” as the Czech Presidency considered in the beginning whether it would not have the resources to carry out such a task. The Swedish Presidency, that took over the reins on 1 July 2009 had no such qualms. At some moment, around the end of the year 2008, the Czechs began to regret that they did not take on the task of drafting the Programme, but it was then already too late – preparation by the Swedes had already gone too far. Cooperation between the two Presidencies was however smooth and the Czech Presidency allowed a full round of discussions at the informal Ministerial meeting of Justice and Interior Ministers in Prague at the beginning of its Presidency. I attended that meeting on behalf of the General Secretariat as it was clear that my role would become another one, intimately linked with the drafting of the Stockholm Programme.

On 1 March 2009 I was seconded for the rest of the year to the Swedish Permanent Representation as Minister and Head of the Justice and Home Affairs Counsellors, a team of 16 Counsellors dealing with all aspects of Justice and Home Affairs. My Deputy was Åsa Webber, who, when I returned to my post at the Council General Secretariat, took over my coordinating role and later became the Swedish Ambassador in Coreper I, the part of the Council where Ambassadors deal with all issues relating to what used to be the Community Treaty (transport, social issues, environment, etc)³. As a special task, I was entrusted by the Swedish Justice Ministry, under the leadership of Beatrice Ask and Tobias Billström, to negotiate in Brussels the Stockholm Programme. I also dealt with some aspects of the implementation of the Lisbon Treaty, including the new working structure of the Council working groups that had to be adapted to the new Treaty reality.

It was decided that the two State Secretaries at the Ministry of Justice, the late Magnus Granér and Minna Ljunggren, would have the political responsibility for the file. A team was set up under the guidance by two Director General's, Lars Werkström and Ola Henriksson and that at the EU Coordination Unit Deputy Director Kristina Holmgren would be the lead person. I was going to be the central contact point in Brussels, together with the Swedish Ambassador Christian Danielsson, at present Director General in the Commission. The drafting and adoption of the Stockholm Programme was declared to be one of the 3 top priorities of the Swedish Presidency.

2.1 Procedure

As the previous programmes had been negotiated, at least partially, without the input of the Member States, the Swedish Presidency, in traditional openness, decided to make it the other way around, namely to have as much consultation as possible so that delegations would have “ownership” of the Programme. This was a risky approach for several reasons when the decision was taken in the beginning of 2009.

The Justice and Home Affairs is, although very close to the citizens, also a policy area where Member States in some areas are not in line with each other, as witnessed by the recent discussions on migration and

³ Thus not Foreign Affairs, JHA, Financial Affairs or horizontal issues, which are dealt with in Coreper II.

asylum in particular. But other areas are also controversial such as data protection, terrorism and family law and the Programme was going to be adopted by “consensus” at the level of the Heads of State and Government. It was also realised that it would take time to negotiate with all delegations, with the European Parliament, with interested (and powerful) NGO’s such as Amnesty International and Human Right’s Watch and with other stakeholders, such as Europol, Eurojust and the Human Rights Agency. Moreover, the Lisbon Treaty had not entered into force and there were several unknown factors: a referendum in Ireland, a Czech President who was not particularly keen on signing the ratification of the Lisbon Treaty, Constitutional Court procedures in Germany to name but a few. At the end of the day, the Lisbon Treaty entered into force on 1 December 2009, when there was only one month left of the Swedish Presidency. The European Council that adopted the Programme took place on 10 and 11 December 2009.

2.2 The consultations

How were the consultations with delegations going to be organised?

Many different ways were deployed, but most important was an open invitation to all delegations to come to the Ministry of Justice in Stockholm to express their priorities and also to submit papers on their proposals. This invitation was already sent out in the spring of 2009, during the Czech Presidency and it had been agreed with that Presidency that part of the informal meeting of the Ministers of Justice in Prague would also be devoted to the Stockholm Programme discussions. For the consultations in Stockholm, it was specified that those would be conducted under the auspices of the two State Secretaries in charge politically, thereby implying that the delegations in principle should have a similar (high) level. This was also to a great extent followed. For instance Germany was represented by the then State Secretary Altmaier. It was also noted that many Member States were either divided or not well coordinated, as Ministries of Justice and of Interior preferred to submit separate papers with sometimes conflicting messages on horizontal issues such as data protection or structures. This would become a headache for the Swedish Presidency, but also something that could be used in the quest for reaching consensus.

I participated in all the consultation meetings after having been formally seconded from the General Secretariat of the Council to the Swed-

ish Presidency and the Swedish Permanent Representation from 1 March 2009. All Member States sent high level delegations and the meetings proved highly successful and insightful. After having served 26 Presidencies from the side of the Secretariat, I was now involved in the Presidency from the inside, at a high level, with constant contacts at political level with the Institutions and with delegations in the Union. The consultations in Stockholm led to many useful contacts and an address book that I could use later in the very hands-on negotiations that were to take place later in the autumn.

The Commission also participated in all consultations in Stockholm as an observer, something which proved useful when the Presidency drafted the programme. Overall, the cooperation between the Commission and the Presidency was exemplary, from the level of the Vice-President Jacques Barrot and his cabinet to the people “on the ground”. I still have a vivid memory of the Vice-President at the Älvsjö Fair where we had in July 2009 an informal meeting of the Ministers totally devoted to the Stockholm Programme, when he came to the Swedish Delegation after the successful meeting and embraced us all and said (in English): “I love the Swedish Presidency!”. This Gallic spirit also transpired to his own services.

It was more difficult to cooperate with the European Parliament – not because of Institutional or other issues but simply because there had been a parliamentary election and the parliament had not yet had the time to get itself properly organised during the summer of 2009. However, the Chairman of the LIBE Committee Mr Lopes Aguilar managed to come to the informal Ministerial the day after his election and could make a statement, probably not so much on behalf of the Parliament but more on his own behalf. The cooperation intensified with the Parliament and its services, in particular with the LIBE Committee Secretariat and its dynamic Secretary Emilio di Capitani, but also with the civil law Committee (JURI) and with the Constitutional Law Committee. Furthermore Swedish Ministers attended, and spoke, at meetings of the COSAC Committee, which is an Interparliamentary Committee between the European Parliament and national parliaments and at specially organised seminars with European Parliamentarians.

One incident from the informal Ministerial in July 2009 in Stockholm is still troubling my mind: when Ministers and delegations reached the Stockholm City Hall for the first night reception and dinner in the beautiful City Hall and on its lawn, there were some demonstrators behind

the police fences that had the basic message; “Down with the Stockholm Programme!” I remember thinking “How can one be against something that does not even exist?” In fact, the first draft of the Stockholm Programme was only tabled by the Swedish Presidency some three months later, towards the end of September! Those persons that demonstrated had probably no clue about what they were demonstrating against. Certainly, the Swedish Presidency did not at that time not know much about its content either. This would be a matter of all consultations that took place during the very hectic 6 months to come.

Another major event in preparation of the Stockholm Programme was the Conference that I organised in Bruges together with Professor, later Rector, Jörg Monar of the College of Europe. Through his contacts with the City of Bruges and the Flemish Government the Presidency was able to borrow the Provincial House (Provinciaal Hof) situated at the Grand Place of Bruges. It is the former meeting place of the provincial government of West Flanders and amazingly beautiful, Neogothical building from about 1890 on the market place. The meeting room could seat about 400 persons but the Presidency had to say no to several dozens of persons who wanted to join the conference.

The conference was attended by Vice-President Barrot, the Ministers of the Presidency and by other Ministers, including the Luxembourg Minister of Justice. Before the Conference I organised a lunch with specially invited guests and during the conference a number of Commission and General Secretariat Directors and General Directors chaired segments of the conference. When I introduced from the Chair as a speaker the Swedish State Secretary for migration, I made the remark that we would have “a blonde Presidency”, something that was seen as sexist (mostly) by present Swedes but as humoristic by (most) other participants. Nowadays, I would not be able to make such a joke!

At the conference, the Luxembourg Minister laid down his vision on the creation of the Area of Freedom, Security and Justice which would take another 50 years in his opinion. In the light of what is happening at the time of writing, even this sombre vision could be seen to be optimistic.

As noted above, there were several unknown factors that would each of them be able to derail the plans for the Stockholm Programme. One could therefore wonder whether the Swedish Presidency would have a Plan B or a Plan C in case the Lisbon Treaty would not enter into force?

This was not the chosen option.

The draft Stockholm Programme, about 60 pages long, was submitted by the Presidency on 16 October 2009 and Coreper held a first exchange of views during its meetings on 21 and 22 October 2009. The draft that was examined at that time was probably the most coherent text of the Programme, as it had been drafted and agreed inside one single delegation – the Swedish Presidency. I had just come back from an exhausting mission together with the Ministers and the Commission where we had negotiated the so-called Washington Declaration, a cooperation instrument between the EU and the US Department of Justice where, at the end of the day, Eric Holder and Beatrice Ask instructed their closest collaborators to leave the negotiation room and try a last time to get an agreement on some sticky points relating to data protection. After some intense discussions, where both sides had to give in on some points, an agreement was found after the discussions had gone on for several months, since the beginning of the Swedish Presidency. We could then join the common dinner at the DoJ and return to Europe to begin the discussions of the Stockholm Programme.

Originally, the Presidency had thought that the Programme would only be discussed between the Ambassadors in Coreper. The thinking behind this was that the Ambassadors would not go so much into detail but would rather focus on the most important points. However, it turned out that that the instructions from the Prime Minister's offices were rather firm – the Presidency had to involve much more the Ministries of Interior and Justice. This could have become a recipe for disaster, as the Programme was supposed to be adopted on 10/11 December and only 5 weeks remained of negotiations before the draft Programme would have to be submitted to the meeting of the Justice and Home Affairs Ministers at the beginning of December with a view to submitting it to the General Affairs Council, which is always preparing European Councils, and to the European Council itself. Apart from all the substantive discussions that were necessary, there were also a number of logistical issues, such as translation into 23 languages, preparatory briefings etc. This looked like an insurmountable task. And still, there was no certainty on the entry into force of the Lisbon Treaty.

At the meeting of Coreper on 22 October, the Swedish Ambassador Christian Danielson decided, in agreement with his colleagues that a group of JHA Counsellors would be set up to examine the draft Stockholm Programme. I sat next to him at that meeting and he looked at me and smile when I was designated to lead the discussions. A poisoned

chalice indeed! This was the beginning of a process that would lead to the text of the draft to become about 20 pages longer and that would give 177 tasks to the Commission for initiatives in JHA and beyond.

Following that decision, I set up a scheme for negotiations that would minimise, to the extent possible, the input of national delegations and that would give some more input from senior persons in the permanent representations in Brussels. The main reason for this was the urgency of the negotiations but also that I knew that the more Brussels based I could keep the negotiations, the more chance I had to maintain some level of ambition and coherence. I was the Head of the JHA Counsellors and wanted, as much as possible, to negotiate with persons at the same level in the permanent representations.

The instrument for this was a provision in the Council's Rules of Procedure that permits the Presidency to limit the number of persons present in the negotiations. I decided that delegations, with the exception of the Commission and the Council Secretariat, could only be represented by one person at a time. They could change persons yes, but not be present with two or more persons at the same time. The reason behind this quite devious thinking was that it would only be the person that represented a Member State that would be responsible for reporting on the negotiations to his Capital and for abiding (or not) the instructions from the Capital.

This turned out to be a stroke of genius as already at the first meeting it became notable that those that had "impossible" instructions quickly abandoned them and sought instead to contribute to the text in a much more positive spirit. Delegations even developed a saying that "I fought like a lion for my instructions" when they knew that they would not be able to get through the proposals. Other delegations developed a tactic that consisted in saying that they had 6 pages of instructions but that they wanted only to make 3 points – but on the other hand they were important and should be taken seriously.

The first meeting of the JHA Counsellors was held on Friday 30 October at the Swedish Permanent Representation. During the meeting Chapters 1–3 were discussed until 23.00 hours from 10.00 in the morning (yes we had a short lunchbreak). I realised then that all other meeting days would be equally difficult and that we would be sitting in that room also other times until midnight. I was right.

We developed also a procedure on how to handle the negotiation internally. My Deputy Åsa Webber drafted during the meeting directly into

the document language that I had concluded at the table. If I hadn't made a specific conclusion, she made a note about the direction the text would go, or that the Presidency would reflect and come back with a proposal.

On the Saturday after the negotiation, we met in the morning at the Permanent Representation and worked on the text and sent it to Stockholm where it was received by the two Director's General, the two State Secretaries and the EU department. We then had a telephone conference with those persons on Monday morning, finalised the draft of the Chapter(s) and submitted it in the afternoon to Coreper in the form of a DS document, i.e. a "document de séance". The first document, DS 657/2009, set the model for the others: it contained a fully redrafted text of the Chapter(s) and a short cover note where important issues were raised that were supposed to be discussed/confirmed by the Ambassadors. In that document was raised issues relating to right of free movement, protection of personal data and privacy, the issue of having a common election day for European Parliament elections, a comprehensive system for a European Evidence Warrant, the European Public Prosecutor, a European training school for judges and a question on the feasibility to work on detention issues. As can be seen from this short summary, many sensitive and far reaching questions were raised and gave rise to interesting and very political discussions at Coreper.

In between meetings of the JHA Counsellors, I met as many as possible of them individually to try to seek compromises and find language that would be satisfying to all delegations. Such meetings were usually carried out in a Brasserie at Place Luxembourg or at the Restaurant Maison de Luxembourg that had quickly become a canteen for the Swedish Presidency. The restaurant can still be recommended for its high quality although its prices are not the same nowadays.

The Group of JHA Counsellors met two more Fridays and worked tirelessly until midnight both times. The last Friday, we opened a few bottles of Champagne and congratulated ourselves to a job well done. We knew at that point, in spite of very intense discussions, that we had made the bulk of the work and that the rest was up to Ambassadors and politicians. We had all "fought like lions" for our instructions.

At the meeting of the Justice and Home Affairs in early December there were still some adjustments made. I found myself negotiating a sensitive issue with the German Minister of Justice while the Council continued. The issue was solved when I asked the French Minister to at-

tend, and it became clear for the German Minister that the compromise that was on the table was the best one.

At the meeting of the European Council the text was in principle settled. One Prime Minister however complained about a translation issue into his own language, an issue which was quickly settled. The conclusions (doc SN400/09) of the European Council on 10/11 December contained a summary of the different chapters of the now 82-page Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens. In the conclusions, the European Council reaffirmed its determination to continue the development of the Area of freedom, security and justice, serving and protecting the EU citizens and those living in the area. One can note here that the Stockholm Programme was thus not limited to EU citizens but went wider. In its usual “eurolingua” the European Council considered that the priority for the coming years should be to focus on the interests and needs of the citizens and other persons for whom the EU has a responsibility. The challenge would be, it was noted to ensure respect for fundamental rights and freedoms and integrity while guaranteeing security in Europe. It was of paramount importance that law enforcement measures and measures to safeguard individual rights, the rule of law and international protection rules were coherent and mutually reinforcing. The Stockholm programme focused therefore on certain priorities set out below.

3 The substantive issues

3.1 Promoting a citizen’s Europe

The first chapter focused on the tools that were at the disposal of the Union and its Member States. This included building **mutual trust**, something which has now come to the forefront in the context in particular of case-law at the European Court of Justice on the European Arrest Warrant and on *ne bis in idem*.

The importance of **implementation** of already taken decisions was also stressed. This was a particularly weak feature of the AFSJ, something that the Lisbon Treaty finally came to grips with. The old third pillar instruments Framework Decisions and Decisions were binding on the Member States and on the entity which was the object of the Decision (e.g. Euro-just) but there was no mechanism for ensuring efficient implementation by the Member States in particular. After a 5-year transitional period,

that ended on 1 December 2014, the Commission finally got powers of submission of infringement procedures to the Court and the Court became competent to handle such cases. The Framework Decisions and Decisions however maintained their legal value, so they were not transformed into Directives and Regulations as some may have understood, they were simply the same as before. For instance, a Framework Decision cannot have direct effect unless it has been amended or replaced. It can however have an indirect effect (cf. the Pupino case).

In so far as **legislation** was concerned, the Programme enjoined the Commission to table proposals only after verification of the respect for the principles of proportionality and subsidiarity, and a thorough preparation, including prior impact assessments, also involving identifying needs and financial consequences and using member states' expertise. Protocol 2 to the treaties has also made impact assessments mandatory. This is probably one of the reasons why the member states have in principle ceased to take new initiatives, as it is in principle only the Commission that has the appropriate resources to make impact assessments.

The European Council also called for **increased coherence** between external and internal elements of the work in the AFSJ. This also applied for work with Union agencies and the Council should also exercise more political oversight over the agencies. As a result of this call for increased coherence, the Union agencies in the Area are increasingly cooperating, draft common reports and have joint meetings on common issues.

An issue which has been at the forefront ever since the EU began to cooperate in the AFSJ under the Maastricht Treaty has been the question of **evaluation**. The Lisbon Treaty provides in its article 70 that Member States, in cooperation with the Commission shall undertake an objective and impartial evaluation of the implementation of the policies in the AFSJ. In fact, several evaluation mechanisms exist in the AFSJ, such as the Schengen evaluation, which predates the Maastricht Treaty and the evaluation system on organised crime, set up following a recommendation by the High Level Group on organised crime, that was accepted in the Action Plan on organised crime, adopted by the European Council in June 1997. Eight rounds of evaluation have been carried out so far on this system, including on police cooperation, exchange of information and on the European Arrest Warrant.

Another important tool for fostering increased cooperation in the Area is **training**. The Programme mentions systematic European Training Schemes or exchange programmes. It is noted that member states have

the primary responsibility for training but that EU and international cooperation aspects should be part of national curricula. “Solutions at European level” could be sought with a view to strengthening European Training Schemes, the Programme notes. Behind this cryptic formula lies an internal discussion within the Swedish Presidency of whether a European School for Judges should be set up or not. The issue was resolved when the Minister herself deleted the proposal to that effect arguing that we need not promote the setting up of new institutions (but we do have a Police Academy in Budapest...). I for one remain convinced that there is a necessity to set up a judges Academy where judges from Europe could be trained in fundamental rights, case-law of the European and international courts and on general principles of Union law, something which I am convinced does not feature enough in national schools and at Universities.

This part of the programme also brought up the issue of the necessity of **communication** to citizens and practitioners the concrete results of the policies in the AFSJ and the necessity of having a **dialogue with civil society**. The very sensitive issue on **financing** was also examined. I can note here that when I started in the Council of the EU, we set up the first financing programme with a generous budget of about 2 Million Euro. Nowadays, the total budget for the so-called financial perspectives is more than 10 Billion Euros for the AFSJ!

In the following Chapters the Stockholm Programme detailed the work that should be undertaken and made specific proposals to the Commission on how to develop the Area within the next 5 years. Among the different headings, the following proposals could be mentioned:

3.2 Promoting citizenship and fundamental rights

- The Commission was invited to submit a proposal for the Union to access the European Convention on Human Rights, which was also done. Following several years of negotiation, the Commission asked the Court on the compatibility of the result with the Treaties. Unfortunately, the Court came to the conclusion that the result of the very difficult negotiations with the 47 Member States of the Council of Europe was incompatible with the Treaties in several respects. The discussions are therefore continuing. As this is a matter of unanimity with 47 Member States and their parliaments, the Council and the

The birth of the Stockholm Programme – a five year programme ...

European Parliament, it is not impossible that the accession may take at least another 10 years, if not more.

- Making full use of the expertise of the EU Agency for Fundamental Rights;
- Pursue the Union’s efforts to bring about the abolition of the death penalty;
- Guaranteeing the right to free movement and monitor the application of these rules to avoid abuse and fraud;
- Implementing the Framework Decision on racism and xenophobia;
- step up measures to protect the rights of the child, vulnerable groups and victims of crime.

Several proposals were also made to protect citizens’ rights in the information society.

3.3 A Europe of law and justice

- The European Council proposed a comprehensive system regarding pre-trial investigation measures in criminal law to replace the European Evidence Warrant which had turned out not to be working and too complicated. As a result of this recommendation, the European Investigation Order Directive was adopted some years later on the basis of the principle of mutual recognition, which had become the main cooperation principle, “the cornerstone” of the Tampere conclusions and a main tenet of the Lisbon Treaty (TFEU) in Articles 81 and 82 for cooperation between judicial authorities;
- Assess safeguards needed to accompany the abolition of *exequatur* in civil law;
- Developing networks, for instance the European Network of Councils for the Judiciary.

3.4 A Europe that protects

A Europe that protects has become a popular catch phrase nowadays. Everybody in the Brussels bubble believes that it is either President Macron or Jean-Claude Juncker that coined the phrase. In fact, the Swedish Presidency can, like many others, lay a claim to having laid down the phrase in the Stockholm Programme, albeit as a part of a wider concept. As part of this Chapter, the Internal Security Strategy, a corollary to

the External Security Strategy, was proposed and its main principles laid down. It was stressed that there was a link between information exchange and data protection and a proposal was made to set up what has now become EU-Lisa which manages large-scale IT systems in the Area. A proposal was also made to set up a system of collecting PNR – Passengers Names Records and to implement the ECRIS system – exchange of criminal records. A number of proposals were also made to combat serious and organised crime as well as terrorism.

3.5 Access to Europe in a globalised world

Under this heading proposals were made with a view to setting up an entry/exit system alongside a fast track registered traveller programme and making visa facilitation agreements with third countries. The importance of visa reciprocity was also underlined, although this has never been carried out against the USA, that still keeps 5 Member States on its visa list.

3.6 Europe of responsibility, solidarity and partnership in migration and asylum matters

This was one of the most difficult chapters to negotiate, for many reasons. As has been noticed during the refugee/migrant crisis in particular in 2015, the Member States are far away from each other when it comes to migration and – less so – asylum matters. This was also noticeable during the 2009 negotiations of the programme.

The objectives were focused on legal migration, the control of illegal immigration (including return to countries of origin), making border controls more effective and to construct a Europe of asylum. This is more or less what is still on the table 10 years later, although the differences between the Member States may be said to have become more accentuated.

For the first time in a Programme of the European Council the issue of integration was given an outstanding place, although it has to be admitted that integration is first and foremost a national policy where the EU at most may support the policy. It is therefore a matter of support and exchange of best practices rather than approximation of policies.

3.7 The role of Europe in a Globalised world – the external dimension

The importance of the external dimension of the EU's policy in the area of freedom, security and justice underlines the need for increased integration of these policies into the general policies of the European Union. The external dimension is essential to address the key challenges the Union faces and in providing greater opportunities for EU citizens to work and do business with countries across the world. The external dimension of Freedom, Security and Justice is crucial to the successful implementation of the objectives of this programme and should in particular be taken into account in, and be fully coherent with, all other aspects of EU foreign policy.

This sounds better than what it means in practice. The Union is a giant in its economic dimension but a dwarf still in its external relations policy. This is why President Juncker in his State of the Union speech in September 2018 called for the use of the so-called passerelle in 3 specific area of the external relations policy, and in particular on issues relating to human rights. The background to this is that the High Representative, representing the union before international for a, has not always been able to speak on behalf of the Union but instead on behalf herself, something which has been detrimental to the image of the Union, for instance in the Council of Human Rights in Geneva.

4 The follow-up

Like with previous Programmes, the Commission was called upon by the European Council to make a detailed Action Plan on the 177 proposals. However, contrary to previous Action Plans, the Commission proposed an Action Plan which was not in conformity entirely with the Stockholm Programme but which also contained its own ideas and which on some items, like on the setting up of the European Public Prosecutor's Office, went much further than the Stockholm Programme. This rendered some Member States furious (to the extent a Member State can become furious) and lead to an unusually non-diplomatic Council Resolution where certain aspects of the Commission's Action Plan were rejected. At least a mid-term review was carried out some years later where it was noted that implementation was well under way, at least in a number of fields.

The European Council adopted in 2014 a new, and considerably shorter 5 year plan. This plan was mainly negotiated at Coreper level with input from the Commission and the General Secretariat.

What lessons could be learned from an exercise like the one of the Stockholm Programme?

First, the fact that you have little time to negotiate something, being legislative or not, does not necessarily mean that the result becomes worse. The Stockholm Programme was negotiated *de facto* in the space of 6 weeks, if not less. However, the preparations had been extensive and carried out with seriousness by a devoted team who had substantial experience in negotiations, knowledge of how the EU-Institutions work and a considerable person chemistry. That their address books were full also helped considerably.

Second, when one has such a short time of negotiation, it is more likely than not that the end result will to some extent become a “Christmas Tree” of wishes of delegations, where not all ideas were unanimously shared by all delegations, but where no delegation wanted to oppose a particular idea. This, in turn, will have an effect on implementation.

Third, from a personal point of view, to have been, if not a father, but perhaps a Godfather of this type of document adopted at the highest level is a lifetime experience which I could recommend to do in your life – but only once, otherwise you would not survive for long.

Peter Nobel

Samerna, lagstiftaren och FN

1 Vilka är samerna?

De är Sveriges enda urfolk, förmodligen det enda i Europa.

Vad är ett urfolk? Definitionen i ILO konventionen 1989 (169) om infödda, stambefolkningar och urfolk, kan något förenklat skrivas så: Folk som betraktas som ursprungliga till följd av deras härkomst från folk, som bebodde ett geografiskt område före och vid tiden för erövringen, besittningstagandet eller exploaterandet från den nuvarande statens sida. Sverige har inte ratificerat denna konvention trots utfästelser att under vissa förutsättningar göra så alltsedan dess tillkomst.

En arbetsgrupp inom FN uppställde 1996 följande kriterier för urfolk, som lades till grund för den deklaration om urfolks rättigheter, som antogs av FN 2007 med anslutning även av Sverige:

”Först på plats vad gäller besittning och användning av ett specifikt område; -Frivilligt vidmakthållande av kulturell särart såsom: språk, samhällsorganisation, religion och andliga värderingar, näringar, regelverk och institutioner. -Självidentifikation men även erkännande från andra grupper eller statliga myndigheter sida. -Erfarenheter av förtryck, marginalisering, frånhändande av rättigheter, uteslutning eller diskriminering var sig dessa förhållanden består eller inte.”

Europarådet antog 1994 en Ramkonvention för skydd av nationella minoriteter, men utan definition av vilka det skall vara. Varje stat får bestämma det inom sitt territorium. För Sveriges del blev det i bokstavsordning: Finnar, judar, meänkieli, romer och samer. Det har inneburit vissa språkliga och kulturella rättigheter för dessa grupper.

Samerna uppfyller alla kriterier för urfolk. De stora framstegen inom arvsbiologisk forskning ger åtskillig kunskap om dem och deras tidiga

historia. Man vet att en anmoder befann sig för ca 18 000 år sedan i Pyrenéernas nordsluttning. Hennes och stamfrändernas avkomlingar måste sedan ha följt renar och andra djur norrut efter den smältande inlandsisen till dess avsmältningen för en tid avstannade i höjd med nuvarande dansk-tyska gränsen och Östersjöns sydkust. De böjde då av mot öster där de smälte samman med folkgrupper från Ural och Ladogas stränder. Sedan fortsatte vandringen norrut till Nordkalotten, där de undan för undan etablerade sig för ett par årtusenden sedan.¹ Jakt och fiske ska ha varit deras huvudnäringar. Hudar, rökt och torkad fisk och kött såldes på marknader vid Atlantens och Östersjöns kuster. En viktig produkt var rep av skinnet från valrossar och valar, vilket ger vid handen att de kanske jagat dessa djur likt inuiterna med harpun eller genom att driva in dem på grunt vatten och där döda dem. En fransk upptäcktsresande skriver på 1800-talet om ”havslappar, Lapons maritimes” i Nordnorge, som levde på torskfiske.²

Om renarna! De är det enda hjortdjur som helt anpassat sig till ett arktiskt klimat. De betar sommartid av fjällens lavar och när dessa på vintern täcks av snö och is vandrar renarna ner i skogsbältet där lavar och unga skott på barrträden tjänar som föda. Renarna, från början endast jaktbyte ska tidigt ha hållits av samerna som drag- och lastdjur samt för köttets och mjölkens skull. Uppgifterna om när samerna övergick till nomadiserande renskötsel i stor skala går isär. Troligen har det skett undan för undan för att vara helt etablerat på 1600-talet. Det har inte gällt alla samer. Andra har varit enbart jägare, fiskare, jordbrukare eller konsthantverkare.

Samerna och deras marknader omnämns i isländska sagor och Snorre Sturlassons Kungasagor, här kallade ”kvener”, vilken benämning levde kvar länge i Norge som en något nedsättande benämning på samma sätt som ordet ”lappar” varit det i Sverige och Finland.³ Olaus Magnus berättar i sin historia om de nordiska folken 1555 om samerna och deras seder och beskriver med beundran bl.a. hur de konstruerade och formade sina slädar – ackjor – lätta och med hudar av späda renar fästa undertill med håren bakåt för att ge bättre glid men motverka bakhalt. Samernas uppfinningar av ackjor och skidor – märk benämningen ”skridfinnar”

¹ Karin Bojs: Min europeiska familj de senaste 54 000 åren. Bonniers 2015.

² Paul de Chaillu: Un hiver en Laponie. Paris 1884.

³ Ordet ”quenar” förekommer i gamla källor som beteckning för dem, som förde samernas varor till marknaderna. I övrigt har jag ingen kunskap om det funnits eller finns ett folkslag kallat ”kvener”.

– finns också beskrivna långt tidigare.⁴ De var de enda som vintertid kunde färdas kors och tvärs i Norrlands inland. De varor de nu förde till marknadsplatserna vid Norges och Sveriges växande nordliga kustsamhällen bl.a. pärlor av flodmussla samt hudar av ekorre och vessla – gråverk och hermelin – var av renässanstidens furstar och adel högt eftertraktade. Gustav Vasa, uppmärksam på allt som kunde berika kungamakten tillsatte fogdar för att beskatta dessa inkomster. Under 1600-talet inledde finska och svenska nybyggare en omfattande kolonisation av Norrlands inland. Samtidigt bedrevs ett energiskt missionsarbete för att utrota samernas religion till förmån för den svenska statskyrkan. En same ska med sin trolltrumpa ha bränts på bål i laga ordning dömd därtill.⁵ Sommaren 1743 företog Linné sin berömda lappländska resa varefter han hemkommen lät sig avmålas i samisk dräkt. I sin berömda reseskildring, som dessvärre inte publicerades förrän i det seklets slut uttryckte han sympati och medkänsla med samerna i deras undanträngda och rättslösa situation och resultatlösa vädjanden till ”överheten”.

2 Samepolitiken i korthet 1880–1980

Den svenska staten försökte lösa konflikterna mellan nybyggarna och ”lapparna” med störst hänsyn till de förstnämnda främst genom olika gränsdragningar den ”odalgränsen”, som långt ifrån alltid respekterades. Under senare delen av 1800-talet och början av det följande århundradet präglades samepolitiken och lagstiftningen av den tidens rasism. Det belyses av begrepp som ”lappskolor” och ”lappfogdar”. I början av förra seklet förekom tvister med Norge sedan ”svenska” renar gått över gränsen till mark, som brukades av norska nybyggare. Detta löstes så av de svenska myndigheterna, att renar och deras ägare tvångsförflyttades under hot om avskjutning ända ner till Idre i Dalarna med åtföljande svårigheter och konflikter.

En invecklad och ofta reviderad lag om renskötsel 1886 gav dock samerna ensamrätt till renskötsel i landet, men ledde även till en uppdelning och splittring av samerna i renskötare och övriga. Renskötsel är nämligen förbehållen renägande samer och får endast bedrivas i samebyar av dess medlemmar. En sameby är inte någon by i vanlig bemärkelse utan kan liknas vid en ekonomisk förening, som för renskötsel förfogar över en

⁴ NE.

⁵ Trolldomsparagrafen togs bort ur lagboken 1779.

begränsad landremsa oftast i nordvästlig till sydöstlig riktning från norska gränsen och ner i skogsbältet. Några samebyar har annan begränsning. Förutom renskötsel följer rätten till jakt och fiske inom samebyns gränser. Samebyarna ca 50 till antalet kan upphöra, ombildas och förnyas. De renskötande samerna torde vara en mindre del, kanske en dryg tredjedel av Sveriges samer.

Förutom i Sverige finns samer i Norge, Finland och Ryssland på Kolahalvön. Någon exakt uppskattning av antalet kan inte göras eftersom så många samer övergivit eller tidvis överger samiskt levnadssätt och assimilerats i majoritetsbefolkningen och i någon mån etablerat sig i Kanada m.fl. länder. En händelse får belysa detta. Vid en internationell konferens i Gripsholm 1992 framträdde som kvällsunderhållning en same i traditionell samisk dräkt och framförde jojkar som han introducerade på engelska. Det var uppskattat. På fråga efteråt hur det kom sig att han talade så bra engelska svarade han: "Well, I'm working as a pilot in the British Airways". Så med reservation för att de verkliga antalen till följd av assimilationen är betydligt större uppskattas antalet samer i Norge till ca 35 000, i Sverige 17 000, i Finland 5 700 och på Kolahalvön i Ryssland 2 000.⁶

Sveriges samer har grundlagsfästa rättigheter: 1974 års RF 2 §, 6 st.: "Samiska folkets och etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv ska främjas"; 17 §, 2 st.: "Samernas rätt att bedriva renskötsel regleras i lag." Dessa grundlagsbestämmelser innehåller inga förpliktande handlingsdirektiv. För det krävs lagstiftning.

Det lagfästa systemet med samebyar har som nämnts lett till en splittning av Sverige samer i renägare och övriga. Enskilda samer, som ej fått medlemskap i en sameby och därmed uteslutits inte bara från renskötsel utan även från jakt och fiske har utan framgång drivit sina klagomål inför såväl svenska som internationella rättsinstanser. Vattenregleringarna har ställt fiskesamers bostäder under vatten utan ersättning. Samer har utsatts för rasistiska angrepp och deras barn för mobbning i skolan. Svårigheterna har varit av social, ekonomisk och kulturell natur. Samtidigt har samisk kultur – inte minst nyskapande sådan – och historia på senare tid alltmer uppmärksammas och uppskattats.

Renskötarna och samebyarna och den nedärvda samekulturen liksom jakt- och fiskerättigheter däremot har mött svårigheter och tagit skada

⁶ NE.

av det moderna samhällets anspråk på mark för gruvdrift, numera även vindkraft, vattenkraft, turism, fritidsfiske och jakt samt militära ändamål m.m. Gruvor, kraftverksdammar och skjutfält medför markförstöring för lång tid eller för alltid. I fråga om jakt och fiske är det ingrepp i viktiga binärningar. Vindkraftverk skrämmer bort renarna från stora områden. Renarna kanske tar vindkraftverkens vingar för örnar och går dem ej närmare än ca 4 km.

Trots flitigt lagstiftande om såväl rennäringen som andra frågor, t.ex. jakt och fiske har inga avgörande framsteg gjorts vad gäller en rimlig avvägning mellan rensköttande samers, d.v.s. ursprungsbefolkningens krav och det svenska majoritetssamhällets. Samerna är i absolut minoritet i varje kommun i landet. Deras intressen och rättigheter väger lätt mot näringslivets och Norrlandskommunernas.

1965 antog FN en viktig konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering. Den trädde i kraft 1969 med anslutning, ratificering, även av Sverige. Art. 1 definierar begreppet rasdiskriminering så här: "I denna konvention avser uttrycket "rasdiskriminering" varje skillnad, undantag, inskränkning, eller företräde på grund av ras, hudfärg, härstamning eller nationellt eller etniskt ursprung, som har till syfte eller verkan att omintetgöra eller inskränka erkännandet, åtnjutandet eller utövandet, på lika villkor av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på politiska, ekonomiska, sociala, kulturella eller andra områden av det offentliga livet."

Definitionen är uttömmande, alldeles särskilt formuleringen "syfte eller verkan". Det är såväl avsikten som resultatet som räknas vart och ett för sig. Det går alltså inte att efteråt invända, att det, som inträffat inte var avsett. Det är effekten, verkan som räknas – s.k. effektdelikt.

Konventionen föreskriver också inrättandet av en kommitté för avskaffandet av rasdiskriminering, bestående av 18 "moraliskt högtstående och erkänt opartiska personer" valda av FN:s generalförsamling: "The Committee for Eradication of Racial Discrimination", CERD. (Denna kommitté blev sedan en förebild för övriga FN-kommittéer på området mänskliga rättigheter.)

De stater som anslutit sig till konventionen, f.n. 179, har att regelbundet inkomma till CERD med en rapport om hur man efterlevt den. Sedan rapporten granskats diskuteras den och dess innehåll av CERD med en delegation från medlemsstatens regering varpå CERD avger ett omdöme med rekommendationer till staten ifråga. Sedan tiden kring millennieskiftet tar CERD även emot rapporter från frivilligorganisationer

och andra intressenter. Detta kan förmodas ha bidragit till sanningshalten i medlemsstaternas rapporter och göra diskussionerna kring dem mer meningsfulla. Alltsedan början är det framförallt på två områden, som Sverige kritiserats av denna FN kommitté: Det ena är bristen på respekt för samernas rättigheter, som avhandlas här. (Det andra gäller förbud mot rasistorganisationer.) Här kan tilläggas, att 1969 års Wienkonvention om traktaträtt, som Sverige givetvis också är anslutet till i artikel 26 föreskriver att staterna i god tro skall följa ingångna internationella traktater och utan att hänvisa till hinder i den inhemska lagstiftningen.

3 Utebliven lagstiftning och internationell kritik

Omkring 1980-talet började saker hända, men ledde de till något av betydelse?

Osäkerheten om renbetesrättens innebörd, när det gäller rätten till mark, sedvanerätt och urminnes hävd har lett till konflikter av skilda slag. I HD:s dom 1985 om rätten till de s.k. skattefällan i Jämtland ogillades ju samerna talan, men domen ansågs ändå i flera hänseenden som en framgång för deras sak eftersom rätten i och för sig till renskötsel, jakt och fiske erkändes som en grundlagsskyddad bruksrätt. HD:s dom uteslöt inte heller, att samer i norra Sverige under 1600-talet kunde ha betraktats som ägare.

1989 publicerades hela tre statliga utredningar med försök att fastställa och befordra samernas ställning och rättigheter. Efter dessa inrättades sametinget, vilket dock saknar makt; infördes en del förbättringar vad avser skolväsendet m.m. Däremot hade man inte kommit ur fläcken när det gällde samernas rättigheter som urfolk och rennäringen gentemot majoritetsfolket, näringslivets och de politiska majoriteternas i Norrland anspråk på mark och markförstöring liksom ingrepp i jakt och fiske till förmån för ortsbefolkning och turistnäring.

Ironiskt nog antogs exakt samma år 1989 av ILO den konvention om ursprungs- och stambefolkningar och deras rättigheter vars definition presenterats allra först i denna uppsats. Ironin ligger däri att en svensk regeringsdelegation med flit och engagemang deltog i utarbetandet av denna konvention och att den i allt väsentligt om den blev ratificerad av och gällande i Sverige skulle åstadkomma, vad Sveriges lagstiftare varken då eller ännu lyckats med, nämligen att tillgodose de rättvisa krav som

det samiska urfolket hittills och alltjämt förgäves ställt. Svaret från skiftande regeringar på frågan, om och i så fall när Sverige ska skriva på den här ILO-konventionen har ständigt varit detsamma, att visst ska man göra det, men först måste vissa gränsdragnings- och andra frågor utredas.” Utredningar har heller inte saknats. Man har brukat säga, att det gått en stor och två smärre utredningar per decennium.

Vad gäller riksdagsledamöterna i gemen har det sagts, att de har beröringsskräck vad gäller samefrågan. Inom regeringskansliet har samefrågan flyttats mellan olika departement. Under den s.k. alliansregeringen 2006–14 hamnade den och vilade hos jordbruksdepartementets ”Enhet för jakt, fiske och samefrågor”. ”Är det skottpengar på samer?”, undrade en samebys ordförande. Under nästa regering 2014–18 i samverkan mellan socialdemokrater och miljöpartister har samefrågan härbärgerats hos kulturdepartementet och hanterats med visst intresse där, men såvitt man kan se utan det inflytande hos regeringen i övrigt, som krävts för en genomgripande förändring av Sveriges förhållande till sitt ursprungsfolk.

2002 hade Hovrätten för Nedre Norrland avkunnat en dom i tvist om renbetesgränsen mellan ägarna till ca 600 smärre skogsfastigheter i Härjedalen och fem samebyar på svarandesidan, som gick samebyarna helt emot. De dömdes att betala 15 miljoner kronor i rättegångskostnader. HD hade vägrat prövningstillstånd. Domen väckte stort uppseende. Staten ingrep omsider och räddade samebyarna från den värsta ekonomiska katastrofen. Tingsrätten i Sveg och Hovrätten byggde sitt domslut på av kärandena åberopade kartor och dokument. Denna dom har sedan utsatt för kritik för att ha byggt på felaktiga, missvisande eller missuppfattade kartor och dokument. Kritiken har främst framförts av Lars Rumar, en person med övertygande erfarenhet och kompetens bl.a. 40 års erfarenhet av arkivarbete med kartografisk och annan dokumentation.⁷ Rumar citerar Mauritz Bäärnhielm: ”Historieförfalskning – att använda dagens juridiska etiketter på det förflutnas verklighet.” Såväl kartografisk och annan arkivforskning liksom arkeologiska framsteg har i allt större utsträckning givit stöd åt samiska anspråk på hävd och tidigare markanvändning och stärkt deras rättsliga anspråk liksom i målet Girjas sameby mot staten, som i skrivande ögonblick väntar på HD:s besked om eventuellt prövningstillstånd.

⁷ Lars Rumar: *Historien och Härjedalsdomen, En kritisk analys*. Centrum för samisk forskning, Umeå Universitet 2014.

En utredning 2006 om rätt till jakt och fiske för andra än samer ”Jakt och fiske i samverkan” hörde till det som väckte särskilt ont blod bland dessa.

Av alla statliga utredningar är den som utfördes av den s.k. gränsdragningskommissionen under ledning av dåvarande landshövdingen i Falun, Sven Heurgren och medverkan av bl.a. nyssnämnde Lars Rumar, ”Samernas sedvanerätt” av särskild betydelse.⁸ Med undantag för ett par små vita fläckar, varav en var nyssnämnda Girjas, gjorde kommissionen klart hur gränserna gått för renskötarnas markanvändning i förhållande till jordbrukare och skogsägare i hela landet. Kommissionen ansåg sitt uppdrag slutfört 2006 och rekommenderade Sveriges anslutning till ILO-konventionen.

Efter någon tid tillsattes en samnordisk kommitté, sammansatt av såväl regeringsanställda sakkunniga som representanter för de finska, norska och svenska sametingen. Dess arbete resulterade i ett förslag till en nordisk samekonvention, som om den antogs skulle kunna biträdas även av Ryssland och representanter för Kolahalvöns samer. Konventionsförslaget togs på det hela väl emot av samerepresentanter och nu uppstod en diskussion huruvida man skulle inrikta sina krafter på att detta konventionsutkast skulle antas och släppa kravet på en anslutning till ILO-konventionen.

I februari 2011 uppvaktades Riksdagens konstitutionsutskott, KU, i samefrågan av dåvarande ärkebiskopen Anders Wejryd samt författaren till denna uppsats. KU beslöt då att organisera ett seminarium den 9 juni samma år om förslaget till nordisk samekonvention och så skedde.⁹ I seminariet medverkade KU:s dåvarande ordförande Peter Eriksson (MP), ytterligare några ledamöter av KU och riksdag, prof. Carsten Smith, Oslo, som varit ordförande i den kommitté, som utarbetat förslaget till nordisk samekonvention, f.d. justitierådet, prof. Bertil Bengtsson, landets främste expert på samerätt, prof. Hugh Beach, ledande expert på samernas förhållanden samt nyssnämnda initiativtagare, dessutom experter och samerepresentanter från Finland, Norge och Sverige. Seminariet var i och för sig lyckat. Innan vi skildes åt försäkrade en KU ledamot, att nu skulle man inte glömma bort samesaken, men så synes ha skett omgående.

⁸ SOU 2006:14.

⁹ Rapport från Riksdagen 2011/12: RFR 4, KU.

Utkastet till nordisk samekonvention skulle nu före ratificering och ikraftträdande granskas och bearbetas i förhandlingar mellan representerer för regeringarna och sametingen. Det skulle vara klart 2017. Så är i skrivande stund ännu inte fallet. Granskningarna ligger under förhandlingssekretess, men rykten inte utan hög sannolikhetsgrad förmåler, att det är den svenska regeringen som sätter käppar i hjulet.

Ett belysande fall av konflikt mellan samisk renskötsel och majoritetsfolket, där samerna förlorar var den mellan Vapstens sameby m.fl. och G E Nordic AB om koncession för gruvdrift i ”Rönnbäcken K1 och 2” i Storumans kommun. Ärendet hade varit segdraget och föremål för omfattande publicitet. Samernas begäran om samråd blev dock inte tillmötesgått. Ett första regeringsbeslut att bevilja koncessionen hade upphävts av Högsta förvaltningsdomstolen med hänvisning till Miljöbalkens 3 kap. §§ 3–5 och 10 och hänsyn till vad rennärningen och en långsiktig hushållning med miljön krävde. Den 2 augusti 2013 beviljade regeringen ändå den begärda koncessionen med hänvisning till behovet av arbetstillfällen i kommunen och att gruvprojektet möjligen skulle kunna erbjuda ända upp till 1 000 sådana i upp till 15 år. – Och sedan?

Ändå hade dåvarande jordbruksministern med ansvar för samefrågorna den sommaren som gäst hos sametinget konstaterat samernas folk-rättsliga ställning som urfolk och rätt till självbestämmande samt utlovat dialog, ett löfte som alltså snart sveks.

Vid samma tid hade också CERD efter sin återkommande granskning av Sverige framhållit samernas rätt till föregående och informerat samtycke m.m. som återkommer i de upprepade rekommendationer, som redovisas i slutet av denna uppsats. Som ett ödets pekfinger gick också Northland Resources AB i konkurs efterlämnande stora dagbrott, rostande maskinpark och annan förstörelse av renbetesmark i Pajala. Mot det projektet hade riktats omfattande protester och demonstrationer på plats av samer och anhängare, som till slut stoppades av polis.

I Finland och Norge är samernas svårigheter inte lika stora. Båda länder har till skillnad från Sverige införlivat rasdiskrimineringskonventionen med inhemsk rätt. I Norge är renbetesområdena, Finnmarken, långt ifrån av samma utsträckning som i Sverige, där de täcker mark från Tre-riksröset till Dalarna, mer än halva landet. I Finland saknas i stort sett fjäll och samerna är färre.

En obehaglig företeelse, som under senare år låtit höra talas om sig i Norge och Sverige är s.k. munkavleavtal, ”gag-contracts”, innebärande att ett exploateringsföretag köper samiskt medgivande med ansenliga be-

lopp villkorade av absolut tystnad. Följaktligen vet man inte mycket om detta, men blotta rykten är ägnade att sprida misstro och osämja på mer än ett håll.

Var och en som i någon mån följt dessa frågor och lagstiftarens passivitet eller beröringsskräck måste någon gång ha förundrats över hur samerna visserligen protesterat men ändå underkastat sig dessa återkommande angrepp mot deras näring, kultur och levnadssätt. I en – mycket spännande – samisk roman läste jag om vad som skulle kunna hända om någon eller några av dem en dag förlorar tålamod och omdöme – sabotage.¹⁰

En rättsstatlig lösning i enlighet med internationell rätt är nödvändig i konflikten mellan majoritetssamhällets krav på utnyttjande av naturtillgångar, ekonomisk utveckling och arbetstillfällen å den ena sidan och det samiska urfolkets rätt till fortsatt existens å den andra.

4 Granskningen inför FN-kommittén i maj 2018 och reaktionerna på den

Sveriges senaste rapport till CERD inkom 11 januari 2017, diskuterades den 3–4 maj 2018 varpå CERD avgav sitt utlåtande den 6 juni samma år.¹¹

Rapporten är på 29 s. uppdelad i 161 §§, varav 9 ägnades samefrågan. Här omnämns rovdjurspolitiken, gruvlagstiftningen, något svävande om samråd enligt ”den svenska traditionen”, arbetet med en nordisk samekonvention, som enligt planerna ska ratificeras samt att regeringen fortsatt arbetar för att ratificera ILO-konventionen, men påpekas, att detta ytterst är en fråga för riksdagen.

När den svenska regeringens delegation anförd av en departementssekreterare från kulturdepartementet trädde in i CERD:s sammanträdes-sal i Genève den 14 maj 2018 väckte det ett visst uppseende, att den bestod av hela 15 personer. Normalt brukar antalet regeringsdelegerade vid dessa möten sällan överstiga 5, oftast färre. En ledamot av CERD uttalade också sin uppskattning av att den manstarka svenska delegationen var väl balanserad vad avser kön, men ansåg, att den borde bjudit även på etnisk variation och ha haft en representant för samerna.

¹⁰ L.W. Svonni: Överskrida gränser. Mediaprint, Uddevalla A/5 2005.

¹¹ CERD/C/SWE/CO/22-23 och där omnämnda dokument.

När CERD sedan avgav sitt utlåtande den 6 juni blev det tydligt, att man haft tillgång även till andra källor och upplysningar än dem som levererats av Sveriges regering.

Jag återger de avsnitt som rör samefrågan:

”Concluding observations on the combined twenty-second and twenty-third periodic reports of Sweden ---

Rights of the Sami indigenous people

16. The Committee is concerned about: (a) the insufficient legislation to fully guarantee the right to free, prior and informed consent, while natural resource extraction, industrial and development projects continue; (b) the insufficient legislation to protect the rights of the Sami people in their traditional lands; (c) some groups within the Sami people that are engaged in different activities being treated differently before the law; (d) continued reports of hate crimes and discrimination against Sami people; (e) reports that the predator policy of 2013 on limiting harm to reindeer is not consistently applied and that Sami reindeer herding communities are facing difficulties in obtaining compensation for damage caused by predators (art. 5 of the Convention).

17. The Committee recommends that the State party:

- a) Take measure to enshrine the right to free, prior and informed consent into law, in accordance with international standards;
- b) Draw up legislation to further protect the rights of Sami people in their traditional lands, take measure to combat hate crimes and discrimination against Sami people, and document, investigate and prosecute hate crimes against Sami people;
- c) Implement the predator policy of 2013, compensate reindeer herders fully for damage by predators and continue consultations on the 10 per cent compensation limit;
- d) Evaluate the implementation, outcome and effectiveness of policies designed to address the problems faced by the Sami.

Så långt CERD. ”Fritt, föregående och informerat samtycke” ska och kan givetvis inte förstås som krav på ensam beslutande- eller vetorätt, snarast ett slags samförstånd i ömsesidigt, i sammanhanget rimligt samtycke. Det säger sig självt, att det inte är någon lätt sak när det gäller förhållandet mellan majoritetssamhället och dess urbefolkning, men det bör inte vara något, som lagstiftaren hur länge som helst kan skjuta ifrån sig.

CERD:s hårda omdöme och precisa rekommendationer om svensk samepolitik väckte snabbare och större uppmärksamhet här i landet än

brukligt, när det gäller FNs kommittéer på de mänskliga rättigheternas område. Redan den 5 maj hade Svenska Dagbladet, *Näringsliv* en artikel under en stor bild av springande renar med rubriken: "FN: Gör samers rättigheter till en nationell prioritet." Den 19 juli på samma ställe väckte rubriken "JK i angrepp på regeringen om samerna – "Dubbelmoral" berättigad uppmärksamhet. Det var avgående JK Anna Skarhed, som utvecklade det bisarra i att ansvaret för samepolitiken vältrats över på domstolarna, som nödgades ta itu med det bit för bit, mål för mål. Nästa dag på samma ställe: "Mikael Damberg: Ingen vetorätt till samerna". Damberg var näringsminister. Det var mitt i valrörelsen och i senare följande intervjuer och artiklar blir det klart, att politikernas passivitet, vad gäller samernas rättigheter bottnar i farhågan att tappa röster.

Slutligen erfares, att Europarådets ministerkommitté – 47 utrikesministrar – den 12 september i en resolution för omedelbar åtgärd uppmanar Sverige, att "öka och formalisera möjligheter för samer att delta i meningsfulla och effektiva beslutsprocesser, som påverkar dem på lokal, regional och nationell nivå och tillgodose att samer kan behålla och utveckla sin kultur när beslut tas som påverkar deras traditionella landområden." Slutligen erfares, att Europarådet ska träffa ansvariga på regeringskansliet och samiska organisation idag den 13 november 2018.¹²

Den dagen råkar vara dagen, då denna uppsats avslutas, så den som lever får se, men anledning kvarstår att fundera över hur den svenska lagstiftaren fungerar, när rättsstatliga krav och internationell rätt ställs mot rädslan för att ta ställning och tappa röster och om det verkligen är så att flertalet väljare utan saknad skulle se samekultur och rennäring gå under.

¹² SvD *Näringsliv* 22 september 2018.

Paul Oberhammer

Values in Civil Procedure

I.

This contribution is based on the lecture I gave at the occasion of becoming a proud *doctor iuris honoris causa* of Uppsala University. To be true, it was rather a speech than an actual lecture and therefore, this paper is rather an essay than an academic research paper. It is, however, based on almost three decades of academic work in the field of civil procedure and reflects a few insights and convictions which I have developed over these years, which is also the reason why I will cite my own publications a number of times in the following.

This speech started with the obvious, that is, an expression of my gratitude towards Uppsala University and its Law Faculty, which I also want to repeat here in writing: The most obvious way of expressing gratitude is a simple “thank you”. If we knew each other well enough, this would suffice in order to express the thoughts and emotions which I have today. As this, however, is not the case, I would like to add a few words before addressing the subject of my lecture. *Georg Friedrich Wilhelm Hegel* said that people recognize each other as recognizing each other.¹ And indeed, I am very grateful for the recognition expressed in the honorary doctorate simply because of the excellent recognition of Uppsala University and its Law Faculty. The value of such a doctorate obviously depends upon the value of the institution from which it comes. Therefore, I have to thank you for a very valuable recognition, as Uppsala university is recognized as one of the leading places for teaching and research in the field of law at least all over Europe. In particular, Uppsala University is also known for its excellence in the field of civil procedure. *Per Olof Ekelöf* is of course fa-

¹ Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (Suhrkamp Verlag 1973) 147.

mous far beyond the Nordic countries – and today, Professors *Lindblom*, *Lindell* and *Andersson* are the Swedish proceduralists you know when you are interested in European development in this field. Over the past decade, I have also met a few of your doctoral candidates in this field, and all of them made an excellent impression. In particular, I was always amazed by what seems to be a specific combination of a very sound basis in legal theory, exact thinking, and realistic approaches to practical legal problems. I assume that all this is required to earn a doctorate in Uppsala. Therefore, I am very proud to share this honour. Thank you very much!

II.

Discussing “Values in Civil Procedure” requires some explanation. I am normally very reluctant to talk about values, mainly for two reasons: Some believe that creating general principles of all kinds of meta levels is the most dignified thing an academic lawyer can do. I do, however, rather believe that climbing meta levels of law is just a way out in case of emergency, that is, when you do not find clear answers on lower levels of argumentation, and I also believe that it is also a dangerous thing to do, simply because principles have an obvious tendency to get out of control.² Second, referring to “values” has had a clear ideological undertone at least where I come from for a long time – quite often, it simply stands for a certain kind of bigotry which I do not share.

Many jurisdictions already have a certain established list of procedural principles, and some states – such as France³ or Switzerland⁴ – even expressly provide for these principles in their codes of civil procedure. In addition, you can of course also derive fundamental principles of civil procedure from the case law of certain courts, for example from the case law of the European Court of Human Rights on Art 6 of the Convention⁵

² See, for a more detailed explanation of this methodological approach from my perspective Oberhammer, ‘Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland. Österreich und der Schweiz’ (2014) 214 AcP 155, 163 et seq.

³ See Art 1 et seq of the French Code de Procedure Civil.

⁴ See Art 52 et seq of the Swiss Zivilprozessordnung.

⁵ Cf. eg. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights* (C.H. Beck Hart Nomos Helbing Lichtenhahn Verlag 2014) Art 6 EMRK 100 et seq; Meyer-Ladewig/Harren-dorf/König, ‘Art 6 EMRK’ in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention* (4th ed, Nomos 2017) margin note 1 et seq; Schabas, *The European Convention on Human Rights* (OUP 2015) Art 6 EMRK 270 et seq.

or from the ECJ's decisions on European Civil Procedure.⁶ I am not trying to do something like this here, simply because it would, of course, go far beyond the scope of this lecture. Rather, I would like to address a few aspects which I personally believe should be discussed more often.

III.

Addressing values is obviously something people do when they grow old, and there is no use denying that this is exactly what I am into here. After all, I have been trying to explain the law to both students and practitioners for roughly 25 years now. It seems to me that the law is so complicated that not really understanding it (according to the standards which we academics think are appropriate) is not the exception, but rather the rule in daily practice. Or, to put it in a more positive perspective, the actual law happening in reality is not quite what we think it should be. Rather, there is a very broad variance of outcomes in reality. This is troubling, because foreseeability of legal consequences is the very core of the rule of law. We are not primarily good lawyers under the rule of law because we strive for a higher justice in every single case, but because we manage to achieve consistency – and obviously, we seem to fail in this respect rather often. Some say believing that “you can get it right” is simply an illusion. Such a relativistic, or some might say, realistic approach might be a convincing finding in legal theory, but it simply does not do the trick in practice. In practice, we need a notion of what is the right and what is the wrong interpretation in a certain situation, a notion on which we can agree even if it is only on the basis of mere rhetorics – which is not a bad thing after all, as long as it does the legal trick, which includes that you know what you can expect. All this is, of course, not at all new. I am, however, under the impression that both the growing complexity of the law and growing diversity of our societies have increased the problem significantly in the recent past. Lack of orientation seems to be more and more common in many senses. This is where values might play a role, because this fact cannot be changed by even more learning and training on technical details, by even tougher exams, longer textbooks, extended internships etc. All this can neither change the law nor the people, and we have to respect

⁶ Cf. eg. Pontier/Burg, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters according to the case law of the European Court of Justice* (T.M.C. Asser Press 2004).

both actual law and actual people. Some time ago, a colleague of mine said that his job as a law professor is basically the same as the job of his tennis instructor, because he teaches the technique of correctly applying the law. Out of a sudden, I heard myself answer that I do not believe that at all, and that giving a lecture for students is also about representing a certain attitude, a certain approach to being a good person as a lawyer and that this should not be separated from teaching law. So, to my own surprise, I finally started to address values.

One way to face the growing complexity of the law as an academic is to become more and more specialized, until we end up as nerdy clerks who know every single court decision in a very narrow field of law and nothing else. Such specialists, however, do very often already exist in practice, for example because the recent growth of law firms allowed such specialization. More importantly, by secluding ourselves in such tiny niches of expertise, we would fail our profession to teach law. In order to stay relevant in today's legal environment, I believe we have to find what one might call dialectical ways of both specializing in the details and to talk about the bigger picture. (This is also one reason why I do believe that subjects such as, for example, legal history or legal philosophy should not be underestimated in our academic curricula.)

IV.

One way of discussing overall policies in civil procedure is trying to identify the purpose of procedure.⁷ One might hope that, as soon as such a purpose is identified, you would have sound basis for making fundamental choices. A well-known example of such an approach is the classical discussion whether to follow a more “social” or a more “liberal” approach in civil procedure. I understand that this is a discussion which we know very well both in Sweden and in Austria. One could say that the courts and accordingly procedure are a common good of a society and that disputes among members of a society are an evil which needs to be taken care of by society⁸ – or you could say that a lawsuit between a seller and

⁷ See for the German discussion Brehm, 'Einleitung' in Stein/Jonas (eds), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen* (23rd ed, Mohr Siebeck 2014) margin note 5 et seq with many further references.

⁸ This is, of course, the well-known approach of Franz Klein, which influenced legal thinking far beyond Austria; see, eg, Böhm, 'Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96' in Hofmeister (ed), *Kodifikation als Mittel der Politik* (Böhlau 1986) 59 et seq;

a buyer of a car is about their money and their car and, accordingly, the dispute is their property. Such approaches might result in hugely different approaches in practice: A jurisdiction believing in the “social” aspect might provide that judges have to ask questions in order to establish the facts of the case; it might not easily respect that parties expressly or tacitly agree on the facts; it might not allow parties to agree on the way the proceedings shall be conducted or on the court where the case should be tried; it might even be inclined to perform a review even of settlements etc. Jurisdictions based on a “liberal” approach will decide such issues the opposite way.⁹

This is about the ideological scheme which was the basis of my training as a lawyer. What troubles me about these approaches is (inter alia), that they do not exclude each other: Of course, the judiciary is a public function; and of course, most of the cases relate to private matters. Therefore, the question which approach you prefer does not really depend on insights into the reality of civil procedure, but rather upon general political notions which do not really reflect what procedure is about. (It is telling that these notions became rather irrelevant in the discussion of the salient procedural discussions of the past decade such as, for example, the role of ADR or the issue of collective redress.)

This may be even more true for another classical fundamental issue: Generations of procedural lawyers have discussed whether civil procedure is about establishing “formal” or rather “material” truth.¹⁰ In this context, “formal truth” is a record of facts created by a certain interaction between the parties and the court within a procedure, while the “material” (or “substantive”) truth is, well, something more true, the “true truth” (under whatever concept of truth) so to say. On the one hand, it is hard to see

Oberhammer, ‘Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung’ in Kralik/Rechberger (eds), *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung* (Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XIII, Manz 1993) 31 et seq.

⁹ See, eg, Oberhammer, ‘Richterbild im Zivilprozeß: Zwischenbilanz eines Jahrzehnts der Reformen in Mitteleuropa’ in Oberhammer (ed), *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa* (Manz 2001) 131 et seq; Oberhammer, ‘Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien – Überlegungen à propos „Een nieuwe balans“ aus Sicht des deutschen Rechtskreises’ in Ingelse (ed), *Commentaren op fundamentele herbezinning* (Ars Aequi Libri 2004) 81 et seq.

¹⁰ See, eg, Uzelac, ‘Evidence and the Principle of Proportionality’ in van Rhee/Uzelac (eds), *Evidence in Contemporary Civil Procedure* (Intersentia 2015) 18 et seq.

how anybody can expect material rather than formal truth on the basis of a process where after the submission of a few documents and a hearing with some witnesses and maybe an expert, a judge makes up her mind about what is more convincing. If we really wanted to have results that are as accurate as possible in the sense of “material truth”, the first thing we should do is to establish a special “private law police force” which investigates every civil case just like a murder case. Obviously, no reasonable person would like to have such “private law police forces”. Accordingly, no reasonable person wants the actual “material truth” as a basis for civil judgments. On the other hand, the concept of a formal truth is also based on slightly absurd notions. Some argue that in a system based on this approach, parties will exercise their freedom by consensually making dispositions on the factual basis of the case. They will expressly or tacitly agree to leave out certain unpleasant facts or they will agree that something has happened. This is a rather unrealistic idea as well: In almost all cases, the parties compete to convince the judge that their narrative is the correct one, and they only agree on facts which are quite clear anyway. It is true that sometimes, both parties fail to address relevant facts. Most of the time, however, this simply happens because they misunderstood the facts or did not understand what is relevant rather than because they made joint deliberate choices.

Talking about purposes of civil procedure, some suggest that civil procedure does not have an independent purpose, but is only about the implementation of substantive law.¹¹ Accordingly, all relevant values can be derived from private law, while procedural law is only a technical tool to implement values expressed by substantive law. One will not be surprised that a proceduralist does not at all share this view. As a matter of fact, it is rather an expression of ignorance with respect to procedure, that is, with respect to the many political choices lawmakers and courts have to make also in this field of law. Let me put it in rather simple terms: A person having bought something is under an obligation to pay the purchase price both in the USA and in Sweden. The procedure to “implement” this obligation, however, differs strongly between these two jurisdictions. The reason for that is not that being under an obligation to pay the purchase price is something completely different under US and Swedish law. Obviously, it is a jurisdiction’s, a society’s approach to the resolution of

¹¹ See on the intricate relation between private and procedural law the seminal treatise by Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht* (Mohr Siebeck 1970).

disputes which makes the difference. It is, however, also true that you cannot reasonably discuss procedure without understanding substantive law. There are many issues where private law matters. As a matter of fact, quite often nobody really knows whether a certain provision is substantive or procedural in nature. Well-known examples relate to the field of evidence,¹² but you can argue about the characterisation of provisions as either substantive or procedural in many aspects, which is a well-known fact among international lawyers. The relation between procedural and substantive law is indeed a rather intricate issue. Many lawyers might think that there are two parallel, but distinct systems of law, one providing rules, and the other providing for their implementation, and that the latter somehow mirror or represent the former. However, as legal rules do have to contain a sanction, you may also say that there is only one set of rules containing orders and sanctions, and that the sanctions in civil law – such as the ones in criminal law – also contain all necessary court activities. So substantive law and its values obviously matter, but probably not in the sense that private law is the “superior order” providing for the fundamental values of what we call procedure. There is, however, also a completely different approach saying that civil procedure is public law and, accordingly, it should be governed by public law principles, whatever they may be. All in all, this approach has a tendency to result in solutions where form prevails over substance. It is of course true that court proceedings are a state activity and that they, therefore, have to comply with the constitution and human rights. This is not as trivial as it might seem – for example, there has been a strong sentiment of German lawyers against the case law of the Constitutional Court in civil law and civil procedure matters and the notion that there is an overall principle of due process at least in the past.¹³ In the past, many civil and procedural lawyers seem to have believed that civil law and civil procedure are based on ancient principles which are, therefore, somehow immune against constitutional or fundamental rights considerations, which they thought were merely “political” in nature. As already stated above, I am not going to discuss the impact of constitutions or the European Convention on Human Rights on civil procedure here. Some twenty years ago, I published

¹² See, eg, the excellent study of Coester-Waltjen, *Internationales Beweisrecht* (Gremer 1983).

¹³ See, as a blatant example, Lerche, ‘Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör”’ (1965) 78 ZJP 1 et seq.

a number of articles with the purpose of convincing Austrian courts that they are bound by the constitution and, in particular, the Convention on Human Rights. Believing that civil law or procedure is somehow above or outside the constitution is simply unconstitutional. I do, however, hope and believe that this is more or less generally accepted today. Apart from that, the fact that civil procedure can be described as a part of public law does not in itself contain a message on the underlying values (and probably anything else), and it does not even help a lot when it comes to the interpretation of procedural law.¹⁴

Accordingly, I conclude that candidates such as the overall purpose, the social function, the pursuit of the truth, the implementation of private law or the nature of civil procedure as public law are less interesting subjects for discussing “values in civil procedure” than many procedural lawyers (including myself) have thought in the past. As a matter of fact, these were about the “fundamental” notions of procedure which were discussed when I started my academic career in Austria. Of course, the aspects stated above are an extremely sketchy analysis in this respect, but discussing all this in more detail would arrive at the same result: None of this is wrong as such, but all in all, one should not expect much help from such concepts as starting points for today’s or tomorrow’s discussion of actual problems and developments.

V.

Both the idea that civil procedure is simply about implementing private law in trial and enforcement proceedings and that it is a matter of state authority over the individual have also been questioned from a different angle in recent times. As is generally known, the Alternative Dispute Resolution movement¹⁵ is based on rather different concepts. In essence, this approach relies on the assumption that entering into a settlement is the better way of resolving disputes than having the case tried until a final judgment. Some argue that this is simply economic common sense – having a settlement always saves time and cost and, accordingly, is more

¹⁴ See F Bydlinksi, *System und Prinzipien des Privatrechts* (Springer 1996) 85.

¹⁵ See with respect to the following the excellent critical analysis from the access to justice perspective (with which I fully agree) Lindblom, *Progressive Procedure* (Iustus 2017) 393 et seq. From a German perspective, see the excellent analysis of Stürner, ‘Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht’ (2014) 127 ZZZP 271, 310 et seq who identifies the ADR movement as a “manifestation of modern neoliberalism”.

efficient. This is of course true in many individual cases, but I doubt whether this insight should serve as a conceptual basis for civil procedure reform. There are two arguments against that: First, it might quite often be more attractive to win the case than to settle it, and you might be entitled to do so under substantive law. ADR people all over the world cannot stop telling the story of the two people having a dispute about an orange. After a while, a mediator shows up and finds out that one party only wants the fruit pulp in order to make juice while the other party only wants the orange peel in order to bake a cake, and so they end up in a win-win-situation and live happily ever after. The problem about this story is first that it assumes that people are stupid and do not know what they want, while some outsider having a degree in mediation will know better. Second, and more important, in real life both parties normally simply want the orange, and having only half of it is worse than having the whole orange from an economic perspective. Finally, one of them will very often simply be entitled to get the orange while the other one is not.

The second argument against an economy-based approach in favour of ADR is simply that proceedings may not only be about efficiency, but also about fairness or even justice. Not only trying a case until the final judgment, but also entering into a settlement or accepting some conciliation authority's preliminary decision takes place against a certain economic backdrop which might make this practice substantially unjust. Parties simply do not have identical bargaining powers, and the best ADR training in the world will not make the underlying economic inequalities between the parties disappear.

There has been a lot of legislative and other state activity on ADR in the past decades, providing for all kinds of institutions and proceedings in order to get rid of small cases without actual civil proceedings. One should not be naive about that: The reason why states and the EU are promoting such approaches is quite often simply to get rid of the case load without complying with due process because just any procedure might help. In this context, you should be aware that all this can also result in the creation of second-class proceedings for the poor, or as *Per Henrik Lidblom* put it, in an "opiate of the legal system" – and maybe it is not even that, but only a way of "alternative medicine" relying completely on a legal placebo effect.

I do not, however, believe that mere economic considerations are the actual and only basis for the ADR movement. Rather, it also seems to be based on the idea that resolving a dispute by an agreement between the

parties is the better way of dispute resolution in an ethical sense. (This might be only one of many cases where we gradually got used to the general trend of disguising moral choices as economic efficiency considerations.) There may be different reasons for such an approach: One might be of the opinion that it is good behaviour in a moral sense to end a dispute by agreement because a dispute is an evil thing and you are not complying with your society's moral standards when you drag on a conflict until it is decided by a superior court. This might be considered not to be peaceful, integrated behaviour, but rather some form of violence. Of course, at the end of the day, the law is all about preventing violence of some kind. However, having a dispute and bringing it before the courts is not violence, but rather competition, and political and economic competition are the basis for democracy and freedom. The same is true for competition before the courts. Rather, I tend to agree with another pro-ADR-argument: Managing to resolve your disputes without delegating them to the state is of course also a way to exercise your private autonomy, and therefore your freedom. In a way, the ADR movement is therefore also an emancipatory movement in the sense that people may reclaim their ownership of their private disputes from the state and get rid of an authority telling them what to do.

When it comes to private autonomy as an argument, one must of course always be critical whether this autonomy actually exists for all parties involved. This might be true for commercial arbitration in international business disputes: Big companies resolving their disputes in private arbitration are indeed in rather far-reaching possession of their conflicts and celebrate their individual freedom by not referring their disputes to a state authority. On the other end of the spectrum, consumers entering into a settlement before some mediation, conciliation, or ombudsman authority simply because they cannot afford court proceedings obviously do not celebrate their individual freedom by doing so. However, the ADR movement has been the fashionable approach in the past two decades in particular with respect to small claims proceedings. This took place to the detriment of another movement which was hip before that time, roughly in the seventies and eighties: the access to justice movement. Unfortunately, this movement has gone out of fashion to some degree – that is, claiming “access to justice” for everybody in the sense that everybody has access to the same kind of justice – and not just to second-class proceedings for the poor.

In Europe, we tend to look down on the American discussion on health care issues – how can a wealthy and civilized nation even think of not having a system where everybody is entitled to the best medical services by law? Isn't it cynical to say that everybody can get private insurance or simply pay for such services? In the field of procedure, however, many European states have exactly the same approach. At least this is true where I come from.¹⁶ Of course, everybody is entitled to legal aid already under Art. 6 of the ECHR. In Austria, however, the legal services you can obtain on the basis of legal aid are not the ones you would expect if you hire a lawyer on the market, simply because the lawyer appointed under the Austrian system of legal aid receives no actual compensation for his or her services – the state only makes contributions to the general pension fund of the Austrian bar. So there is no equal access to justice. Under such circumstances, it is cynical to tell people that ADR is better anyway. Only if everybody has a realistic chance to pursue their claims before the courts, it is fair to try to convince them that mediation or conciliation might be a better way out of the dispute.

However, even if you accept that reaching a settlement is better than obtaining a judgment, this does not really help when you try to identify other values governing civil procedure. If the parties do not enter into a settlement, the idea that settlements are great does not help you to find out what values really matter in civil procedure.

VI.

You may have noticed that at least some of the political approaches to civil procedure which I have discussed above were somehow outcome-oriented, saying that the outcome should be, for example, the true implementation of substantive law based on the material truth found out in a process controlled by the state which makes sure that the outcome is both the “true truth” and the correct application of the law, or that the outcome should always rather be a settlement than a judgement etc. Such outcome-oriented thought has a fundamental problem in the field of civil procedure. I have addressed the problem of identifying what is procedure and what is substance before. In this context, the German proceduralist *Ludwig Häsemeyer* once made an interesting attempt by saying

¹⁶ See in this context Oberhammer, 'Zugang zum Recht – aus zivilrechtlicher Sicht' in Österreichischer Juristentag (ed), *Zugang zum Recht* (Manz 2014) 24 et seq.

that procedural law is what applies under conditions of uncertainty while substantive law is what applies under conditions of certainty.¹⁷ I doubt whether you can really draw a line between procedure and substance on this basis. However, this reminds us of the fact that you have to make procedural choices in a situation where you do not know the outcome. Therefore, an outcome-oriented approach to procedural issues is always a flawed one to some extent, because when you talk about procedure, you always basically say: “I do not know the outcome, but my next step will be the following” – simply because if you already knew the outcome, you would either be at the end of the proceedings and would not need to proceed any further, or you would simply be biased because you would already know the outcome at the outset of the procedure or at least before everything is said and done.

This is not as theoretical as it may sound. Let me give you a practical example from a recent European discussion: Art 7 (2) of the Brussels Regulation provides for a venue for claims based on tort law at the place where the harmful event occurred. So if you claim damages on the basis of some harm done to you in Sweden by an Austrian resident, you have a choice whether you wish to do so at the respondent’s general place of jurisdiction in Austria or in Sweden where the harmful event occurred, and of course, you might be inclined to choose the Swedish courts. In some cases, however, the alleged wrongdoers – and not the alleged victim – commenced the proceedings with an action for negative declaratory relief, that is, they wanted a declaratory judgment that they were not liable for the damages, and they did so before the courts of their home country arguing that this was the place where the harmful event occurred. Some commentators argued that this should be impossible because it is contrary to the objective of said Art 7 (2) of the Brussels Regulation and against good faith that a wrongdoer can commence proceedings against the victim at the wrongdoer’s domicile based on a provision which is meant to protect the victim of a tort. Others took different, more subtle approaches in order to arrive at the same result. For example, it was argued that if you allege that no tort has occurred, there also is no place where “the harmful event occurred”; this, for example, was roughly the argument of the advocate general in the *Folien Fischer* case before the

¹⁷ Häsemeyer, ‘Prozessrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts – Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtssätze’ (1988) 188 AcP 140, 146 et seq.

ECJ.¹⁸ It was clear, however, in any event, that also such arguments were based on the feeling that there is something wrong with offering a procedural advantage to a wrongdoer.¹⁹ The ECJ, however, arrived at the correct conclusion that this approach is wrong.²⁰ It is indeed wrong for different reasons. One of them is that there is no status of a “tort victim” or of a “wrongdoer” independent of the outcome of the case when you have to make up your mind about jurisdiction at the outset of the proceedings. This is also one of the reasons why the objective of the venue under Art 7 (2) is not the protection of victims, but the efficiency of the proceedings.²¹ It is also incorrect to say that there is no actual place where the harmful event occurred in such a case. There can be such a place, or there can be no such place both in cases of payment claims for damages or where a party is seeking negative declaratory relief. All places and damages are only allegations when you have to make up your mind about this procedural issue in any event.

Thinking about the outcome or an outcome-oriented purpose is no good advice if you think about procedural issues in general. In procedure, the journey is the destination. Therefore, I suggest that we should not focus on the outcome, but rather on how we shall proceed when we think about fundamental values of civil procedure. Obviously, a proceduralist would have a lot of things to say on how to proceed. I would like to address just one very obvious aspect here: When I give a lecture on civil procedure for beginners, I normally spend the first five minutes asking the students what they think is so special about court proceedings. Hopefully, after a short while, one student will say that is the courts’ independence and impartiality. Court systems work because people believe that what happens in the proceedings is legitimate, and the first main reason why people think that all this is legitimate is independence and impartiality.²² (The second one, I believe, is respect for the right to be heard.)

¹⁸ Case C-133/11 *Folien Fischer* ECLI:EU:C:2012:664, Opinion of AG Jääskinen.

¹⁹ See in this context Domej, ‘Negative Feststellungsklagen im Deliktsgerichtsstand’ (2008) 6 IPRax 550 et seq.

²⁰ Case C-133/11 *Folien Fischer* ECLI:EU:C:2012:664.

²¹ See, eg, Case C-194/16 *Bolagsupplysningen and Ilsjan* ECLI:EU:C:2017:766; Case C-618/15 *Concurrence SARL* ECLI:EU:C:2016:976; Case C-12/15, *Universal Music International Holding* ECLI:EU:C:2016:449 and many others.

²² See, eg, Oberhammer, ‘What Kind of Judiciary for what Kind of Society?’ in van Rhee/Heirbaut/Storme (eds), *The French Code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad* (Kluwer 2008) 399 et seq.

If you look at this from what we might call a textbook perspective, independence and impartiality seem to be relatively simple concepts: Judges must not be involved in the case or with the parties, and they must not take orders, in particular not from the administration or from politicians. In reality, independence and impartiality are hard to achieve. In particular, impartiality means (inter alia) that you only make up your mind on what to believe after having taken evidence in the way provided for by the code of civil procedure. Of course, judges will always have preliminary impressions at earlier stages of the proceedings, but these impressions must always be subject to further revision, and they must not be the basis for procedural decisions on how to continue the fact-finding process. This may sound trivial, but it truly is not – let me give you three examples from the jurisdictions I am familiar with.

According to Swiss case law, judges are entitled to perform a so-called “anticipated evaluation of evidence” in some situations: As soon as they are convinced that an allegation is true, they do not need to take further evidence in case they are already convinced that their view will not be affected by such evidence anyway.²³ Swiss lawyers believe that this is an expression of the principle of the free evaluation of evidence – as soon as judges are convinced that they will not change their minds even if the last remaining witness says something which is contrary to what they believe is true, it is within their discretion not to examine this last remaining witness.

According to German law, a party cannot simply be examined just like a witness. Rather, the German code of civil procedure only provides for specific situations where this is possible, the most important one being that the judge has already developed a certain degree of conviction that the allegations of this party are true; then he or she may examine this party as a witness. (Legal historians will easily recognize the background of this.)²⁴ According to the original understanding of the German code of civil procedure, evidence which might be decisive can only be taken in case you succeeded in convincing the judge without that evidence; and it is tough luck if this is your only evidence. This has been the situation

²³ See for a critical discussion of this approach Oberhammer, ‘Antizipierte Beweiswürdigung: Verfahrensmangel als Prozessgrundsatz?’ in Forstmoser/Honsell/Wiegand (eds), *Festschrift für Hans-Peter Walter* (Stämpfli 2005) 507 et seq.

²⁴ Cf. Oberhammer, ‘Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts’ (2000) 113 ZJP 295 et seq.

in Germany until recently (and it still is the letter of the law today). In its decision in the case *Dombo Beheer*,²⁵ the European Court of Human Rights, however, decided that similar provisions of Dutch law resulted in a violation of Art. 6 of the Convention. After an intensive debate, German courts followed suit and developed ways to circumvent said provision.²⁶ If you look at this development as a whole, it is surprising how much thought and time was spent in order to find out that you simply should ask everybody who might know something instead of speculating in advance whether this person's testimony might be sufficiently convincing.

A striking example of what I want to talk about in this context emerged from a recent Austrian litigation: Investors had brought a collective lawsuit against a bank alleging that certain fraudulent activities of the respondent caused a loss of their investments. They wanted to prove these allegations by referring to a report by the Austrian national bank which criticized the bank for these activities; this report was commissioned by the Austrian financial markets regulatory agency in the course of administrative proceedings. The Viennese appellate court arrived at the conclusion that this "evidence" was inadmissible simply because it is required by law that courts take the evidence themselves and do not simply refer to such documents created in parallel administrative proceedings instead. The Austrian Supreme Court, however, was of a different opinion.²⁷ The Court held that it may be true that the code of civil procedure does not allow the court to take evidence by simply referring to such documents. However, the Supreme Court held that it follows from Art 6 of the European Convention of Human Rights that an exception must be made in this specific case, because it would have been very complicated for the claimants to prove the facts covered in the national bank report, and that it would therefore result in a denial of justice if they were not able to prove their claims by referring to the national bank report. Again, the problem here is that the court has already made up its mind before availing itself of the means of evidence provided for by procedural law. The court was under the impression that the claimants' allegations were

²⁵ *Dombo Beheer/Netherlands* (1993) Series A no 274.

²⁶ Berger, '§ 448 ZPO' in Stein/Jonas (eds), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen* (23rd ed, Mohr Siebeck 2015) margin note 22 et seq; Schreiber, '§ 448 ZPO' in Krüger/Rauscher (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO* (5th ed, Beck 2016), margin note 3a.

²⁷ Austrian Supreme Court 22 October 2015, 1 Ob 39/15i.

true and they actually had claims, and the court was so in advance, that is, before the actual taking of the evidence, and therefore, it found new ways outside the code of procedure in order to allow the claimants to also “prove” what the court thought they should get.

I believe it is easy to see the joint problems of all these situations: Judges already know before they ought to know. A couple of years ago, a Swiss judge proudly told me how expediently he handled his cases by saying “I only need to read the complaint for ten minutes and then I know”. “Knowing it all” is a common human vice; it is very common among lawyers and maybe it is the typical *déformation professionnelle* of judges. Advocates know that: A good action and any other good submission consists of two elements: First, a brief explanation why the other party is to blame for all kinds of reasons, and second (and apart from that), a factual and legal toolkit for the judges which helps them to hold the party that is to blame according to element no 1 legally liable. Behavioural economists tell us that the human brain thinks in two different modes, that is, “fast and slow”, to refer to the title of a well known book²⁸ – that means, based on fast intuition as a shortcut and based on slow analytic thought. Of course, the slow analytic approach is the one provided for by law and the other one, based on opaque notions of justice, is not. One way to fight this is of course a training of lawyers and a selection of judges both providing that proceedings are dealt with by fast legal thinkers who are able to “think slowly” very fast. Nevertheless, we also have to convince judges not simply to follow their gut feelings, but to go the extra mile in order to obtain an acceptable record of the facts and, in particular, a correct application of the law. This will only work if judges are culturally convinced that this is the way to do it (and of course, if we have enough judges).

In other words, this might be a value we should try to teach at our universities and to implement in our legal communities: You may call it curiosity; or respect for the individuality of each and every case and its parties; or doing away with prejudices; or simply respect for the rule of law and a certain humility with respect to one’s commonsense and moral convictions. As a matter of fact, it might be a mixture of all these virtues which is necessary in order to achieve real impartiality. I believe educating a generation of open-minded lawyers could be the starting point for all this.

²⁸ I.e. Kahneman, *Thinking Fast and Slow* (Farrar, Straus & Giroux 2011).

When I was a legal intern with a criminal court in Vienna, a judge asked me about my future plans. I told her that I was interested in private law and might, among other things, try to pursue an academic career. She said “then I guess you are one of these people who like to see things from different angles”; when I indeed agreed she said: “Well, I am not, and this is why I am a judge at this criminal court.” This is about what I wanted to address: We should really educate a generation of open-minded lawyers and, of course, we should become aware of how prejudiced we are in reality. Universities should therefore be places where people become aware that changing your mind is a fun thing to do.

VII.

Initially, I also wanted to address three additional issues here: The right to be heard as the *raison d'être* of the authority, legitimacy and binding effect of the judgment (rather than the state's authority); the values underlying policy choices in the field of jurisdiction, and the nationalism of courts (which is often underestimated, for example by many voicing criticism against investor-state arbitration or arbitration as such). Instead, I could only address one aspect – open-mindedness as a prerequisite for independence and impartiality – in some detail, although still in a rather sketchy fashion.

I am grateful that I could do so in front of fellow Europeans from another member state. Such a transnational conversation can help to avoid idiosyncratic approaches. Moreover, the present development of both European case law and legislation in the field of civil procedure urgently demand such a discussion, because we do not sufficiently manage to develop comprehensive, value-based concepts on a comparative basis. For example, the European law-makers answer to access to justice in small claims cases is a rather bureaucratic one, doing away with oral hearings as far as possible and relying on the power of uniform forms.²⁹ This might be the correct approach, but this was done without a proper discussion about our common understanding of the importance of oral hearings – a

²⁹ See Kern, 'Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen und die gemeineuropäischen Verfahrensgrundsätze' (2012) 8 JZ 389, 394 et seq; Hau, 'Zur Entwicklung des Internationalen Zivilverfahrensrechts in der Europäischen Union in den Jahren 2005 und 2006' (2007) 2 GPR 93, 96; Stürner, 'Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess' in Geimer/Schütze (eds), *Festschrift für Athanassios Kaissis* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2012) 1003 seq.

“day in court” might be more important than mere efficiency. The ECJ’s case law on procedure is based on a large number of “principles” which were never the subject of broader discussion, but were rather simply made up on the basis of superficial common sense considerations of the court. For example, the case law (beginning with *Gubisch/Palumbo*³⁰) on the broad *lis pendens* effects under the Brussels Regulation was solely developed on the basis of the principle of mutual trust and the objective of mutual recognition and enforcement, but did not at all take into account the intolerable effects of broad and long-lasting *lis pendens* effects on the parties’ access to justice. The infamous “torpedo action” is a direct consequence of this one-sided approach. In *Seagon/Deko Marty Belgium*,³¹ the ECJ invented a venue for actions of an insolvency receiver in the state where the insolvency proceedings were opened only on the basis of the argument that this is more practical for the insolvency receiver – surprisingly, the court completely failed to take into account that this also has effects on the legitimate jurisdictional interests of the respective respondents. Both decisions are cases where the principles and interests involved – one might say: the values – were not sufficiently taken into account by the court, and these are, unfortunately, not the only examples. – There is an obvious need for procedural thought and discussion in Europe today.

³⁰ Case C-144/86 *Gubisch Maschinenfabrik KG/Giulio Palumbo* ECLI:EU:C:1987:528. See for a record of the subsequent case law eg Rogerson, ‘II. *Lis Pendens* and Related Actions in Another Member State’ in Dickinson/Lein (eds), *The Brussels I Regulation Recast* (OUP 2015) margin note 11.19 et seq. In its decision C-116/02 *Gasser* ECLI:EU:C:2003:657 the ECJ still failed to understand the practical consequences of his one-sided approach in a case where both these problems and a straightforward solution was brought before the court by the appellate court of Innsbruck.

³¹ Case C-339/07 *Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV* ECLI:EU:C:2009:83. See for a critical analysis by the author: Oberhammer, ‘Europäisches Insolvenzrecht: EuGH *Seagon/Deko Marty Belgium* und die Folgen’ in Apathy/Bollenberger/Bydlinski/Iro/Karner/Karollus (eds), *Festschrift für Helmut Koziol* (Jan Sramek Verlag 2010) 1239 et seq.

Esin Örüçü

Infusion of the Diffused

The example of the Turkish legal System
– Too much too early, too little too late?

1 Introduction

Comparative law has been widely criticised for lacking in theory and for being Euro-centric, black-letter-law and private law oriented. The criticism comes mainly from legal theorists of various shades, international lawyers, sociologists of law, anthropologists of law and some comparatists who are interested in law and society and do not regard comparative law solely as a tool for the practice of law. There are also still those who see merit in the study of normative rules alone, alongside those who believe that law can only be studied in context to be meaningful. Research into culture, tradition, identity, distinctiveness, difference and legal pluralism compete with mainstream comparative black-letter-law research. Comparative law has indeed been at a crossroads for some time.

During this past two decades we have witnessed increasing interest in all forms of comparative law, international law and transnational law. The character, quality and quantity of work have increased and changed, but the basic problems have remained the same.

The continuing controversies of comparative law start with the name (comparative law / comparative legal studies) and continue with the subject (it does not exist / it is the most sophisticated branch of social science), the content (merely a method / the only approach to law), the methods (there is only one: either functionalism or contextualism / there are many on a sliding scale), and end in the issues discussed, theoretical and otherwise: legal families ('civil law + common law = the world' / mixed systems / extra-ordinary places); convergence / divergence (stress-

ing either similarities or differences); translate / do not translate; transplant (transposition / transplants are impossible); normative inquiries / cultural immersion; common core / better law; private law / public law; and finally, the place of metaphors (they are useful / they are misleading and an apology for lack of theory).

A critical overview moves us on to contemporary and burgeoning areas of, and new directions and new territories for, comparative law – such as the convergence/non-convergence debate, law in context (culture and economics), cultural distinctiveness and diversity, globalism versus localism, legal families and mixed systems, competition between legal systems, looking beyond the western world, the use of comparative law by judges, the role of comparative law in law reform activities and harmonisation, public law comparisons in both constitutional law and administrative law, a new common law in human rights, the ‘common core’ and the ‘better law’ approaches, and comparative law for international criminal justice. A number of other topics, some theoretical such as the post-modern critique of comparative law; theories about peoples’ practices and of different groups of actors of the law; and beyond legal rules, and some substantive topics such as alternative dispute resolution, e-commerce, environmental law, bio-ethics or food safety are also becoming prominent in comparative law research today.

Let us start by stating the obvious, comparative law or comparative legal studies, involve comparisons, that is: juxtaposing the unknown to the known. Comparisons in turn, confront us with four vital questions: How is comparison to be done? What is to be compared? Why do we carry out comparisons? And finally who compares?

Although we know that there is no consensus on methodologies to be used, the answer to the first question leads us into methodologies of comparative law.

The answer to the second question involved three levels of comparisons: macro-comparison, that is, comparing entire legal systems, mezzo-comparison, comparing areas of law, and micro-comparison, comparing specific rules of law. In this context comparative legal studies must resolve first the problems of classification of legal systems which is one of the important, but another controversial area of this subject.

The third question has a number of answers: as an academic, one generally undertakes comparisons to further knowledge, as a legal historian comparatist, to trace relationships between legal systems. Comparisons are also undertaken for pragmatic reasons, as a precursor to introduce

law reform, to undertake harmonisation and/or unification activities. It is in this context that we start considering comparative law as providing a pool of models and it is here that we talk of, what I call, trans-frontier mobility of law used as a generic term to cover a wide variety of instances, concepts and metaphors.

The answer to the final question will yield us academics – usually called comparatists – or by some, comparativists; legal experts dealing with development studies; the so-called regionalists, judges and finally legislators.

In the context of the third question, which on the whole looks at trans-frontier movements of the law, what comes to the fore is law being moved between legal systems either for purposes of domination, law reform or harmonisation activities. We could be facing modernization desires, harmonisation projects, circulation and penetration of global concepts. My preferred terminology for all such activities is the umbrella concept, trans-frontier mobility of law. However, more often, ‘transplants’ has been used as a generic term, as the umbrella concept. Alan Watson is the guru we should refer to for this metaphor and some others too.¹

2 Trans-frontier movements of law

It is a given that laws are moved from system to system, from legal culture to legal culture. Another important fact is that there is no need for comparisons to take place to achieve this movement, that is, in order to move a law one need not carry out an extensive comparative search: one model will do. Thus, comparison is not a *sine qua non* of legal transfers. Especially historically, this has been the case in colonial relationships. Again, although geographical proximity and shared language and culture are often presented as factors that impact transplants, these factors too are not a *sine qua non* of such, since laws have traveled long distances across regions and languages, although physical proximity and economic ties obviously aid the process.

Terminology such as transplant, imposition and reception are used in classical statements of legal movements. These have been supplemented by a colourful vocabulary highlighting nuances in individual instances of this mobility such as grafting, implantation, re-potting, cross-fertil-

¹ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974).

isation, imposed reception, solicited imposition, crypto-reception and inoculation.² We also talk of cross-pollination, engulfment, emulation, infiltration, diffusion, infusion, digestion, salad bowl, melting pot and transposition.³ New notions and bases for analysis are being developed such as collective colonisation, contaminants, legal irritants, layered-law, hyphenated-law and competition of legal systems. Images such as contamination, inoculation, irritation, diffusion, infusion, seepage, migration, circulation and infiltration are all appropriate in describing present day encounters. The terms reception, imposed reception and concerted parallel development depict the activities.

We see that there is a plethora of metaphors used to indicate what is happening when trans-frontier mobility takes place and how this is happening. The list seems to be endless, every researcher adding yet another metaphor to the list for the specific analysis that is being offered. We can even talk of a ‘charter of metaphors’.

Although there are those who refute the phenomenon of such movements, or at least their being meaningful and beyond creating a possible virtual reality, we have to admit the fact that this is a very fertile field of legal development and throughout history such movements have taken place very often and are taking place now in our day. The crucial question is not whether to borrow or not, but how to make the received fit the existing surroundings and work to achieve the desired result it was borrowed for: therefore implementation. One should obviously also differentiate between functionalist, universalist, technocratic, political or merely decorative borrowings in furthering one’s analysis in individual case studies.

3 Diffusion and Infusion

Since in the title of this contribution I use diffusion and infusion, I will now move into these metaphors. In fact, the diffusion theory is a glorified transplant theory put into social science terminology indicating the spread of ideas – a special type of communication (autopoiesis). Seemingly, the theory as such suffers from ‘an export bias’ as it looks at the innovator-exporter (diffuser), and therefore may lead to virtual conver-

² See, Watson ff53 at 30.

³ See, Esin Örüçü, ‘Law as Transposition’, (2002) 51 *International and Comparative Law Quarterly*, 205–236.

gence. It does not deal with 'infusion' that is, the importers' point of view, and therefore cannot measure genuine or actual convergence, which involves internalisation of the received and thus the 'fit'.

The word 'diffusion' comes from Latin '*diffundere*' meaning to spread out, and in science is a theory used in fluids and has been defined as the process in which small particles released, or produced, in one part of a fluid spread out to form an even distribution throughout the whole volume of the fluid, or to pour out a liquid with wide dispersion or spread. It is synonymous with spreading, propagation and dispersal. In scientific terms an example could be: a drop of ink added to a bucket of water will disperse and eventually colour all the water in the bucket, even if the water is not stirred. This need to be elaborated upon as it also corresponds to my understanding of 'infusion' to be further discussed below.

The theory, originally used in physics, chemistry and biology, has been translated into social sciences and used in anthropology, sociology, economics and finance. It has been given a relevant and rather broad meaning. William Twining for instance, believes that this theory rather than transplant theories should be taken up by comparatists to explain the phenomenon of how legal systems convergence.⁴ Twining advocates the use of social science sources.⁵ Though diffusionism seems to have gone out of fashion in anthropology, this is not the case in sociology. In this approach, the spread of ideas is pitched against the concept of innovation. Twining talks of cross-level diffusion, as diffusion also implies interaction or 'inter-legality' born out of a spreading in space.⁶ Diffusion can also be regarded as 'an informal spread', as a general and abstract term, embracing contagion, mimicry, social learning, organized dissemination' and other ways.

If diffusion is envisaged as circles or waves spreading, then I suggest it should be considered together with the 'wave theory'. The 'wave theory' or 'wave hypotheses', which shows how changes spread like waves and disperse over a wide area, was introduced in the 19th century by a Ger-

⁴ See William Twining, 'Diffusion of Law: A Global Perspective' (2004) 49 *Journal of Legal Pluralism* 1–45 and in (2006) 1:2 *The Journal of Comparative Law*, 237–260. Also William Twining, 'Social Science and Diffusion of Law' (2005) 32 *Journal of Law and Society*, 203–40. Twining refers to the 'diffusion of law' research carried out by Everett Rogers (See Everest M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (Free Press, 1995 [1963]).

⁵ Twining (2006), *ibid* 238–239.

⁶ *Ibid* 249.

man linguist, Johannes Schmidt in 1872.⁷ According to this hypothesis, different linguistic changes may spread like waves over a speech area and thus lead to convergence. A subsequent wave may also move to areas not covered by the earlier wave. Schmidt drew lines (isoglosses) on a map to separate places where there were language differences – one isogloss enclosing one area with a particular linguistic form (divergence). Successive waves create a network of isoglosses.⁸ Following various local divergences, the subsequent groupings would then have come about by the operation of the wave model. In this hypothesis, two or more closely related languages may each have features in common with their own neighbours that they do not share with each other.

It must be remembered however, that similarities do not always arise from genetic relationships, neither does resemblance necessarily indicate common origin. There can be ‘horizontal transfers’ between adjacent systems. ‘Horizontal transfer’ can also explain why a borrowed concept or institution does not always retain exactly its original meaning. Areas nearest or adjacent to the initial change will change first and may even give up their own peculiarities. Subsequent re-groupings may come about on the ‘wave model’. Thus convergence can occur between concepts or systems originally very different. The ‘knock-on-effect’, which can be regarded as the ‘ripples’ of the wave, can also be used to explain developments.⁹

It is important to note that contact leads to convergence and convergence to uniformity. Thus, similarities can develop through time, by the process of convergence through contact. Therefore, common parentage is not in issue, since the ancestors could have been quite dissimilar, but through continuing contact, mutual influence and borrowing, the languages become significantly closer to each other, though never becoming identical. Thus waves cause diffusion and dispersals, occurring spontaneously through contact.

If the term ‘language’ is replaced by ‘law’, one can see that this combined approach could also indicate a way forward for an understanding of how legal systems function, change and develop; converge or diverge, catering for our understanding of both.

⁷ Johannes Schmidt, *Die Verwandtschaftsverhältnisse der indogermanischen Sprachen* (Weimar, Böhlau, 1872).

⁸ Renfrew Colin Renfrew and KL Cooke (eds) *Transformations, Mathematical Approaches to Cultural Change* (New York, Academic Press, 1979) 105.

⁹ *Ibid* 111.

Contamination,¹⁰ derivation and diffusion are all variations on the theme of ‘trans-frontier mobility of law’, which shows that legal systems live in contact and interaction, and are interrelated. Systems may have common roots or may have heavily borrowed from each other or, through some historical accident, be derivatives from a parent system. However, when laws are moved and then ‘transposed’, that is, ‘tuned’ to create the ‘fit’, variations occur.¹¹

As diffusion should be considered in combination with the wave theory to show the spread, so should infusion be considered together with transposition to indicate the internalisation of the diffused.

As a scientific terminology, infusion is a steeping process, extracting chemical compounds or flavours from plant material in a solvent such as water, oil or alcohol by allowing the material to remain suspended in the solvent over time. More specifically, it is the process of pouring water over a substance, or steeping the substance in water, in order to impregnate the liquid with its properties or virtues. A herbal infusion is what comes to mind in ordinary life.

Diffusion in law then would be the spread of laws from points of dispersal in waves and when the waves reach the shores of other legal systems then infusion must take place to impregnate the recipient legal system or systems, become internalised and fit the new environment.

In law then, each legal institution or rule introduced from one legal system (diffuser) to another (the recipient), is diffused into the system of the recipient, the transposition occurring to suit the particular socio-legal culture and needs of the recipient upon infusion. If there is positive receptivity, significant adaptations can be made to fit the diffused into the pre-existing formal or informal legal order. The diffusion can, in addition, create new developments through infusion and the knock-on effect. Mathias Siems has suggested that sometimes the transplant may work

¹⁰ Olivier Moreteau has added to this concept further meanings, as he says that reception, migration, circulation and the like describe the visible, contamination refers to the less visible. See Olivier Moreteau, ‘The Intrusion to Contamination’ (2010) 3 *Journal of Civil Law Studies*, 9–15.

¹¹ See Örtücü, above note 3, 205. ‘The term “transposition” is more apt in instances of massive change based on competing models, in that here the pitch is changed. In musical transposition, each note takes the same relative place in the scale of the new key as in the old, the “transposition” being made to suit the particular instrument or the voice-range of the singer. So in law.’ Ibid, 207.

better here than in the original country. This he calls 'overfitting legal transplants'.¹²

Although originally the term 'legal transplant'¹³ has been the usual one applied to all these import and export activities, I believe that the term 'transposition', is more appropriate as it also involves 'tuning', that is the process of 'fit', the most important element for the workings of a legal system. Legal developments of our day are best seen as instances of transposition, successful infusions. The 'tuning' to take place after transposition by appropriate actors of the recipient is the key to success: the diffused must be infused. In fact, there may be a number of transpositions, since no single model has to be used by any one recipient. Old models may be abandoned with 'optimistic normativism' while new legal models are looked for.¹⁴ In such a case, a transplanted legal system not compatible with the culture in the receiving country, without the appropriate transposition and tuning, will create only a virtual reality.¹⁵ In answer to the question, 'how do legal ideas, institutions and structures find their way from one location to another?' it has been said that 'laws do not have wings'.¹⁶ This alone highlights the importance of those who move the law and help in its diffusion and infusion, and internalisation, that is, 'tuning'. Countries that adapt transplanted law can have more effective legality by further developing their formal sources and building effective legal systems with effective economic development. This receptivity

¹² MM Siems, 'The Curious Case of Overfitting Transplantations' in M Adams & D Heirbaut (eds) *The Method and Culture of Comparative Law*, 2014) 133–146.

¹³ Monateri claims that the term 'legal transplant' utilised by Watson for 'scholarly purposes' is today taken over by 'purposive practical lawyers' involved in projects of 'exporting their own legal systems'. See, PG Monateri 'The "Weak" Law: Contamination and Legal Cultures' in *Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law*, Bristol, 1988 (Milano, Guiffre editore, 1988) 83. Transplants have also been classified into four groups: direct-receptive, direct-unreceptive, indirect-receptive, indirect-unreceptive, the indication being that even 'transplant' from 'transplant', that is indirect transplant, rather than from 'origin', that is direct transplant, are possible.

¹⁴ See Gianmaria Ajani, 'La Circulation de Modèles Juridiques Dans le Droit Post-Socialiste', (1994) *R.I.D.C.* – 4, 1087–1105.

¹⁵ Jan M Smits 'Systems Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience', in Eward H Hondius (ed) *Nederlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, (Intersentia Rechtswetenschappen, 1998) at 55.

¹⁶ F. Schauer, 'The Politics and Incentives of Legal Transplantations', Law and Development Paper No. 2, CID Working Paper No. 44, April 2000, Center for International Development at Harvard University (2000), available at: <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm>.

can enhance the process by making significant adaptation in the foreign formal legal order to fit the pre-existing formal or informal legal orders. Additionally, the diffusion of innovation will create new developments through infusion and the knock-on-effect.

4 The Turkish case

I want to present as a supreme example of circles of diffusion, reaching the shores of legal system, and being infused into it: the Turkish case.¹⁷ This case is not the result of a people migrating from one land to another and taking their laws with them thus leading to a diffusion of laws. Neither is it a case of diffusion consequent to a colonial imposition, or a transfer of sovereignties between two colonial powers, since the Ottoman Empire and its heir, the Turkish Republic, were never colonies. This diffusion is the result of the will and efforts of domestic renovators, in the case of the French administrative law, starting with the elite of the Ottoman Empire, though under pressure, and the others, the elite of the Turkish Republic: the Civil Code, the Commercial Code and the Criminal Code were received between 1926–1930 into the legal system from Switzerland, Germany and Italy respectively, with more borrowings to follow, displacing all that was there before, Islamic law among others. The formation of the legal system relied entirely on reception and translation. Here we see four circles of diffusion, emanating from France, Switzerland, Germany and Italy, arriving in Turkey mainly in the form of Codes and infusing the Turkish legal system and society.¹⁸ The circles of diffusion did not reach Turkey in ripples or gradually, but flooded the legal system as major waves, foreign laws and doctrine being translated to allow the diffusion and ensuing infusion to take place. When discussing ‘legal transplants’, the Turkish experience was referred to as the most extreme example by Alan Watson and other comparative law scholars

¹⁷ See, Örücü, Esin, ‘Infusion of the Diffused: Four Circles of Diffusion Infusing the Legal System of Turkey’ in Sue Farran, James Gallen, Jennifer Hendry & Christa Rautenbach (eds) *The Diffusion of Law: The Movement of Law and Norms Around the World* (Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2015) Ch. 2 7–24.

¹⁸ As an aside, note that diffusion from these four legal systems have reached and are still reaching the shores of many other legal systems world-wide though impositions, imposed receptions and voluntary receptions.

such as Zweigert and Kotz, and Twining.¹⁹ Since the Turkish experience represents the passage of a legal system from one legal culture to another, historians and comparatists alike have hailed it as unique. Here, history was shifted. The switch in Turkey was to Roman law based legal systems and its legal system can be classified as belonging to the Germanic subgroup of civil law countries.²⁰

Viewed from the vantage point of the models, the Turkish experience is an excellent example of diffusion. Viewed from the internal point of view, it is an excellent example of voluntary receptions. In either case, it is an example of diffusion and infusion of the Turkish legal system and society by four foreign laws and the accompanying doctrine. We can also regard this experience as the confluence or meeting and overlapping of four circles or waves of diffusion in one locale: Turkey. Yet, the question in our title needs to be addressed: Too much too early, too little too late?

The Ottoman Empire was an Islamic state between 1299 and 1839, and a mixed legal system with considerable French influence from 1839 to the fall of the Empire in 1920. Following the collapse of the Ottoman Empire and the founding of the Republic in 1923, Turkey went through a process of total and global modernisation, westernisation, secularisation, democratisation and constitutionalism with efforts of reform resting solely on import from the major continental jurisdictions both as to form and content.

In the hope of joining the European Union and in order to fulfil the requirements of the European Union *acquis communautaire*, law reform is carried out in the same manner even today. In fact, the inroads made by *acquis communautaire* into the Turkish legal system can also be regarded, though at a stretch, as the fifth circle of diffusion. These current 'receptions' in Turkey vis-a-vis European Union law are examples of weak

¹⁹ See for example, Konrad Zweigert, and Heinrich Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3rd ed, trans. Tony Weir, Clarendon Press, 1998). As recently as 2000, Alan Watson cited the Turkish example to support his views. See Alan Watson *Legal Transplants and European Private Law*, Ius Commune Lectures on European Private Law: 2 (2000). So does William Twining consider this example in Twining (above note 4, 2005) at 223–228.

²⁰ Z. Derya Tarman, 'Turkey' in Jan.M Smits (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed (Edward Elgar: Cheltenham, 2012), 940–946 at 940. I have also analysed elsewhere the present legal system as a 'covert mix'. See, Esin Örüçü, 'Turkey's Synthetic Legal System and Her Indigenous Socio-culture(s) in a "Covert" Mix', in Esin Örüçü (ed) *Mixed Legal Systems at New Frontiers*, (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2010), 150–203.

'imposed receptions', the qualifier 'weak' being attached to this analysis since the element of choice is still there.²¹ Some other new waves, the result of globalisation, should also be mentioned here. A number of the new Turkish legislation have been modelled on the international treaties, UNCITRAL model laws or EU legislation, such as those on intellectual property, intellectual and artistic works, law for the protection of patent rights, law for the protection of trade marks, law on international arbitration, law on protection of competition, law on protection of consumers, law on access to information and the law on electronic communications.

A most important point is that, from its very inception, the Turkish legal system tried to transform the social, political, ideological, religious and economic systems it encountered. What instigated the legal evolution was a strong aspiration to become western and contemporary. Thus, Turkey became 'European by law'²² and the locale where different circles of diffusion met. By receiving, adapting and mixing laws from various foreign western sources with very different historical antecedents and melting them down in the Turkish legal pot, through 'imposed receptions', voluntary 'receptions', 'imitations', 'adaptations' and 'adjustments', an 'eclectic', 'synthetic' and 'hyphenated' legal system was created.²³ The extremely important factor to mention here is obviously the problem of successful infusion of the diffused laws, although the term 'successful' is ambiguous.

The various source-codes were selected from what were seen to be 'the best' in their field for various reasons. The choice was driven at times by the perceived 'prestige' of the model, and at other times by 'efficiency', sometimes by 'chance', or 'historical accident'. The civil law, the law of obligations and civil procedure were borrowed from Switzerland, commercial law, maritime law and criminal procedure from Germany, criminal law from Italy and administrative law from France; all translated, adapted and adjusted to interlock and solve the social and legal problems of Turkey. In the process, the reforms in the legal framework were accompanied and complemented by a series of social reform laws aimed at changing people; a most important feature of these far reaching radical

²¹ See Esin Örüçü 'Turkey Facing the European Union – Old and New Harmonies' (2000) 25 *European Law Review* 57.

²² The clause is borrowed from the title of Hernnfeld's book. See, Hans Hernnfeld, *European by Law* (Gütersloh, Bertelsmann Foundation, 1992).

²³ See for further analysis Esin Örüçü, 'A Synthetic and Hyphenated Legal Systems: The Turkish Experience' (2006) 1:2 *The Journal of Comparative Law*, 27–47.

reforms was that their intended impact was to be not just on the legal system, but also on the social system.²⁴

In the past century, laws of European origin, themselves the product of centuries long inter-receptions, diffusions, displacements and translocations, had their full impact on Turkey; not in ripples but in waves creating a tsunami both in legal and social terms. The four circles of diffusion blended when they reached Turkey and this blend gave Turkish law its civilian laic character: the Turkish legal system, this locale, became a delta. Diffusion was realised through translation; the Turkish elite and the translators enabled the spreading of the waves into the Turkish legal and social soil. Infusion was to follow with the work of German, Austrian and French émigré professors, their academic translators and, later on, the courts. Law developed after 1930 in Turkey is the continuation of the trend that started between 1926–1930.

In early 21st century, law in Turkey has been in transition. Developments such as the new 2002 Civil Code, the 2005 Criminal Code, 2005 Code of Criminal Procedure, 2007 Law on Private International Law and International Civil Procedure, 2011 Code of Civil Procedure, 2011 Code of Obligations and the 2011 Commercial Code, with the aim of further integration with Western Europe and the European Union, can be regarded as related to this steady line of development with further new waves of diffusion from western Europe spreading even further, enlarging the delta.

However, things are not always what they seem. Now looking at ‘too much too early, too little too late’ what can we say? The initial official programme was geared to eliminate any kind of personal choice regarded as undesirable by the formal legal system and a strong effort was made to achieve infusion. The major receptions took place while the legal system was in the process of evolving and incomplete. Thus no significant obstacles or barriers existed in the way of the incoming waves. The legal tradition was certainly ‘weak’ and open to foreign legal and cultural intrusion. The dissolved substances (law in this case) continue passing through the porous membranes (of the Turkish legal system) by osmosis. In fact, some

²⁴ The social reforms were introduced by the eight reform laws (*İnkilap Kanunları*), establishing: secular education and civil marriage, adopting the Latin alphabet and the international numerals, introducing the hat, closing the dervish convents, abolishing certain titles, and prohibiting the wearing of certain garments. These laws are still protected by the 1982 Constitution; their constitutionality cannot be challenged even today, nor can they be amended.

of the existing institutions of the Republic were themselves objects of earlier diffusion and infusion, such as French laws during the time of the Ottoman Empire. Nevertheless, as there was no direct social contact between the models and the recipient, the culture of the masses, though partially changed, remained on the whole unrelated to the models in spite of domestic efforts to change the people. Because of this factor, though there was no 'limited diffusion', the most important aspect of this extreme case of diffusion is the problem of infusion of the diffused and transposition. This is where the present problems lie.

We know that, 'borrowing and imitation is [...] of central importance to understanding the course of legal change', and 'the birth of a rule or institution is a rarer phenomenon than its imitation'.²⁵ Monateri goes even further and says that practically every system has grown from 'contaminations'.²⁶ Moreover the Turkish case does provide additional evidence that there is not much that is original in law. Yet, when viewed from a sociological and anthropological perspective, can we be so sure that the infusing of the diffused has taken place and that the diffusion was not 'too much too early' and therefore the societal result 'too little too late'? Recent developments in Turkey seem to point to both of these phenomena. Hence the necessity to re-assess the legal system in the spectrum of legal systems. The synthetic and eclectic civilian tradition has not only become a 'covert mix' but also a new hybrid, with Islam entering the scene even though mainly in the form of tradition as yet.

I have addressed the Turkish legal system as a 'covert mix' on many occasions. I would like to say a few words on the reason for this designation. Turkey's legal system definitely is not a mix of civil law and common law. Neither is Turkey a mixed jurisdiction in the classical sense, nor does she have an overt mixed legal system. After the collapse of the Ottoman Empire in 1920, we know that legal evolution in the Turkish Republic was instigated through a strong desire on the part of the ruling elite to become western and contemporary, and still today, law reforms are undertaken in order to fulfil the requirements of the European Union *acquis communautaire*, in the hope of joining it. Legal evolution has been

²⁵ Sacco says that 'between two totally different systems, an overall reception is easier than wide-ranging imitation of particular rules and institutions.' The Turkish case vindicates this view. See Roberto Sacco 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment ii of ii), (1991) 39 *American Journal of Comparative Law* 343 at 400, and 394, 397.

²⁶ Monateri, above note 13 at 107.

through a succession of imports from the civilian world rather than being home-grown, and has relied on major translation work. In fact, the legal system of the Turkish Republic has the appearance of belonging to the civilian tradition in toto, with the ingredients borrowed from Switzerland, Germany, Italy and France. Yet, although the Turkish legal system is not a mixed one in the orthodox sense, it is mixed in two other significant and different senses.

First, it is a synthetic and eclectic legal system, legislatively reconstructed, initially between 1926 and 1930, by receiving, adapting and mixing laws from various foreign western sources and melting them down in the Turkish pot to form the overlay, the civilian legal system. It is interesting to observe how this amalgam, with most of its parts hailed from Roman law – a source alien to the endogenous traditions – works.

Second, the legal system is a mix of these diverse laws with the lives of a people, the majority of whose values and demands reflect a different socio-culture related to one past element of the legal system, that of the Ottoman Empire – all its laws erased by the Turkish Republic – significantly different to the socio-cultures represented by the incoming laws. The Ottoman legal system was legally pluralistic, enveloped in Islamic law until 1839, thereafter, until its collapse, a legally pluralist mixed legal system with the added ingredient being borrowed from the French one. In its hay-day, the Ottoman Empire was an Islamic state with a minority Muslim population ruling a majority of non-Muslims.

It is this unique composite that makes it possible to consider the Turkish legal system ‘a covert mix’. It is also the mix in this sense that makes it worthwhile to look for the place of Islam and tradition in this laic civilian legal system. The seepage of Islam into the fabric of the legal system is in the process of creating this ‘novel hybrid’ today.²⁷ To trace the subtle developments here becomes worthwhile if one wants to understand the full picture.

²⁷ See Örücü, E, ‘How far can religion be accommodated in laic Turkish family law’ in Mair, J. & Örücü, E (eds) *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search* (CEFL/Intersentia, Antwerp, 2011). Also see for areas of interest to show this seepage, Örücü, ‘Turkey’s Synthetic Civilian Tradition in a “Covert” Mix with Islam as Tradition: A Novel Hybrid’ Ch 12 in Vernon Palmer, Mohamed Y Matter & Anna Koppel (eds) *Mixed Legal Systems: East and West*, (Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2015) 185–202.

5 A Closing Remark

I would like to make a wider point here. For me, contamination, diffusion and derivation are all variations on the theme of 'trans-frontier mobility of law',²⁸ which shows that legal systems live in contact and interaction, and are interrelated. Systems may have common roots or may have heavily borrowed from each other or, through some historical accident, be derivatives from a parent system. However, when laws are moved and then 'transposed', that is, 'tuned' to create the 'fit', variations occur. The diffused should be infused in order to have the desired impact.

In Europe today, in many areas of law, similar laws are being produced by legislatures, mostly fulfilling the requirements of the European Directives. Little new legislation is enacted that does not involve some comparative research, as there are very few, if any, unique areas left to the creative forces of a single state. For instance, we see similar developments in the areas of social security law, environmental law and environmental liability, anti-terrorist legislation, same-sex relationships, adoption and euthanasia. It must be remembered that supranational institutions play a significant role in encouraging the systematic migration of legal ideas (see for instance, the EU conditionality mechanism).

The warning is always the enabling of the infusion of the diffused and making sure that no diffusion is 'too much too early' or 'too little too late' for the health of both the social and the legal system.

²⁸ In some languages, such as the German, and for instance in Turkish by derivation, the general word used for these activities is reception (*rezeption*). However, for me reception is a specific instance of 'trans-frontier mobility of law', which involves the willingness on the part of the recipient to borrow (other forms being, imposition, imposed reception, imitation and the like). See generally for terminology, Watson, above n 1; E Özücü, 'A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law' in R. Jagtenberg, E. Özücü and A. de Roo (eds) *Transfrontier Mobility of Law* (The Hague, Kluwer International, 1995), 5.

Ingemar Persson

Som ett brev på posten – eller vad menas med ”försändelsefrekvens”?*

1 Inledning

Preskriptionslagen (1981:130) gäller enligt 1 § i fråga om preskription av fordringar, i den mån inte annat följer av vad som är särskilt föreskrivet. Enligt 2 § första stycket preskriberas en fordran tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan. Enligt 2 § andra stycket är preskriptionstiden tre år för fordran mot en konsument, om fordringen avser en vara, tjänst eller annan nyttighet som en näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet har tillhandahållit konsumenten för huvudsakligen enskilt bruk. Detsamma gäller fordran mot den som har gått i borgen för betalningen av en sådan fordran. Den treåriga preskriptionstiden gäller dock inte fordringar som grundas på löpande skuldebrev.¹

Föremålet för preskription är fordringar, och med fordringar avses i detta sammanhang förmögenhetsrättsliga fordringar. Sakrättsliga anspråk, dvs. sådana som avser äganderätt, panträtt, retentionsrätt, nytt-

* Artikelns tidigare publicering i *Festskrift till Torgny Håstad*, 2010. (Torgny var en av mina civilrättslärare på mitten av 1970-talet, vilket fick stor betydelse.) Sedan artikeln publicerades har Högsta domstolen i två avgöranden prövat om preskriptionsavbrott skett och därvid tagit ställning i frågor som behandlades i festskriftsartikeln. Det första fallet är NJA 2012 s. 172. Referatrubriken till rättsfallet lyder ”Preskriptionsavbrott. En borgenär har skickat ett flertal kravbrev till en gäldenär under dennes folkbokföringsadresser. Trots gäldenärens invändning att han inte har bött på adresserna och inte tagit del av kravbrevet har det ansetts att preskriptionen har avbrutits.” Det andra rättsfallet är NJA 2016 s. 332 med rubriken: ”Preskriptionsavbrott. Om borgenären har sänt två kravbrev till en adress där gäldenären har anledning att bevaka sin post, är detta normalt tillräckligt som bevis om att preskription har avbrutits.”

¹ Även om det bakomliggande rättsförhållandet avser en konsumentrelation.

janderätt m.m. preskriberas inte enligt preskriptionslagen.² Detsamma gäller anspråk som inte har obligationsrättslig grund, som t.ex. krav på underhåll och arvsrätt, men däremot preskriberas anspråk som grundas på sådana rättigheter.

Den allmänna preskriptionstiden är alltså tio eller tre år, beroende på fordringens karaktär. Att en konsumentfordran överläts innebär inte att fordringens grundläggande karaktär av konsumentfordran gentemot gäldenären ändras. En godtroende förvärvare av en fordran kan således inte gentemot en gäldenär hävda att han inte hade kännedom om att fordringen var en konsumentfordran och att fordringen därför skulle vara underkastad tioårspreskription.³

Enligt 2 § första stycket preskriberas fordringen, om inte ”preskriptionen avbryts”. Hur preskription avbryts regleras i 5 § preskriptionslagen. Det kan ske genom att 1. gäldenären utfäster betalning, erlägger ränta eller amortering eller erkänner fordringen på annat sätt gentemot borgenären, 2. gäldenären får ett skriftligt krav eller en skriftlig erinran om fordringen från borgenären eller 3. borgenären väcker talan mot gäldenären eller annars åberopar fordringen gentemot gäldenären vid domstol, hos Kronofogdemyndigheten eller i skiljeförfarande, konkursförfarande eller förhandling om offentligt ackord.⁴

Vad menas då enligt 5 § 2 med att preskription avbryts genom att gäldenären ”får” ett skriftligt krav eller en skriftlig erinran om fordringen? Högsta domstolen har i flera rättsfall från 1990-talet behandlat frågor om beviskrav avseende preskription. NJA 1996 s. 809 rörde just tillämpning av 5 § 2 preskriptionslagen, varefter domstolen året efter i NJA 1997 s. 734 behandlade en fråga om preskription, men inte preskrip-

² Se beträffande gränsdragningen, som inte är enkel eller oproblematis, Lindskog, Preskription, 2 uppl. 2002 s. 61 ff. och NJA 2003 s. 302.

³ Se 27 § skuldebrevslagen (1936:81). En annan och mer komplicerad sak är vad som gäller om en konsumentfordran mot förbudet i 17 § konsumentkreditlagen (1992:830) ändå föranlett upprättande av ett löpande skuldebrev.

⁴ Det finns ingen yttersta gräns då preskription inträder oavsett preskriptionsavbrott – svensk rätt saknar alltså regler om *absolut* eller *definitiv preskription* av civilrättsliga fordringar, till skillnad från vad som gäller för exempelvis det allmännas skattefordringar. Frågan om att införa regler om absolut eller definitiv preskription har övervägts, se SOU 2008:82 Vägen tillbaka för överskuldssatta (delbetänkande av 2007 års insolvensutredning), avsnitt 8.2.2. Utredaren ansåg dock att resultatet av ändringar i skuldsaneringslagen bör avvaktas innan det kan bli aktuellt att ytterligare överväga ett regelverk om absolut preskription. Motioner i ämnet har väckts i Riksdagen vid flera tillfällen, se mot. 2009/10:C276 med hänvisningar till tidigare behandling av frågan.

tion av fordran enligt preskriptionslagen utan preskription av rätt till försäkringsersättning enligt dåvarande 39 § konsumentförsäkringslagen (1980:38), som nu ersatts av 2005 års försäkringsavtalslag (2005:104), som i denna del, se 7 kap. 4 §, har oförändrad reglering. Därefter kom NJA 1998 s. 750 rörande frågan om verkan av att borgenären sänder en rekommenderad försändelse. Ungefär ett decennium senare gjorde Högsta domstolen i NJA 2007 s. 157 en viktig precisering av beviskravet för preskriptionsavbrott enligt 5 § 2 preskriptionslagen. Frågan är nu hur beviskravet för preskriptionsavbrott kan beskrivas efter dessa rättsfall.

2 Upptakt – NJA 1996 s. 809

Förhållandena i målet är enkla. T och L bedrev i början av 1980-talet en rörelse tillsammans. De tog upp varsitt lån och gick i borgen för varandras åtaganden. Banken krävde därefter T på betalning både för hans eget lån och för L:s lån på grund av borgensåtagandet. T infriade den 20 april 1982 i egenskap av borgensman för L dennes skuld till banken. T ansökte den 22 september 1993 om betalningsföreläggande mot L efter att kort tid dessförinnan, den 16 september 1993, ha sänt ett kravbrev. Dessförinnan hade T sänt ett krav den 19 augusti 1982. Fordringen var alltså preskriberad enligt 2 § preskriptionslagen, om inte preskriptionen hade avbrutits före den 19 augusti 1992, dvs. tio år efter det första kravbrevet. Det var ostridigt mellan parterna att L mottagit de nu nämnda kraven. Men T gjorde gällande att preskription avbrutits genom ett kravbrev sänt till L daterat den 10 oktober 1983, med följd att ansökan om betalningsföreläggande gjordes inom preskriptionstiden. L bestred att han fått del av detta kravbrev. Det kan här inflikas att T:s revisor, som vittnade i målet, uppgav att han för T:s räkning sände kravbrev med ett års mellanrum – T var mycket noga med detta – men att han inte hade några handlingar i behåll. Det enda kravbrev som kom att prövas i målet blev brevet av den 10 oktober 1983. Tingsrätten fann att T inte visat att L fått kravet sig *tillhanda*, varför käromålet ogillades på grund av preskription. Tingsrätten hänvisade i domskälen till att Lindskog anfört att avsändaren står risken

för felaktig postbefordran och att ett lämpligt sätt att förvissa sig om att kravet når gäldenären är att rekommendera försändelsen.⁵

I hovrätten förklarade L att han inte ifrågasatte att T sänt brevet till den adress som han bött på cirka fem månader tidigare och från vilken eftersändning fungerade utan anmärkning liksom även att brevet inte returnerats till T. I hovrätten hänvisade T till Mellqvist/Persson, Fordran och Skuld, 3 uppl. 1992 där det uttalas att det i ett fall som detta ”troligtvis är tillräckligt att borgenären kan visa att han sänt ett krav till gäldenären under dennes vanliga adress och att denna försändelse inte kommit tillbaka som obeställbar”. Hovrätten menade emellertid att borgenären står risken för felaktig postbefordran och att borgenären har bevisbördan för att kravet kommit gäldenären *tillhanda*. Hovrätten fann att det inte kunde uteslutas att brevet på grund av felaktig postbefordran inte kommit L tillhanda. Tingsrättens domslut fastställdes.

Högsta domstolen fastställde hovrättens domslut. Skälen är korta och kan återges in extenso:

”Frågan i HD är huruvida brevet d 10 okt 1983 från T till L avbrutit preskriptionen av den förres fordran på den senare.

Enligt 5 § 2 preskriptionslagen (1981:130) avbryts preskription genom att gäldenären får ett skriftligt krav eller en skriftlig erinran om fordringen från borgenären. Av bestämmelsen följer att det är borgenären som står risken för att ett brev med krav eller erinran inte når gäldenären och att preskription därmed inte avbryts (jfr prop. 1979/80:119 s. 64 f. och t.ex. Forsström, Preskription av fordringar s. 49). Det är vidare tydligt att det är borgenären som har att visa att preskriptionsavbrott skett.

I målet är ostridigt att T sänt brevet d 10 okt 1983 till L som lösbrev till en adress varifrån eftersändning begärts till en ny adress för denne och att brevet inte returnerats till avsändaren. L har uppgett att han inte mottagit brevet. Även om inget annat talar för att brevet förkommit under postbefordran eller av annan anledning inte nått honom, är det inte styrkt att han fått brevet.”

Förutsättningen för preskriptionsavbrott enligt 5 § 2 preskriptionslagen är alltså till att börja med att gäldenären *får* ett skriftligt krav (eller en erinran). Att Högsta domstolen med ”får ett krav” skulle ha menat något annat än att få kravet sig tillhanda framgår inte av domskälen. Det är

⁵ Lindskog, Preskription, 1 uppl. 1990 s. 279. Lindskog anger i sammanhanget också att det inte torde krävas att gäldenären ska ha tagit del av underrättelsen – gäldenären ska inte ha möjlighet att få till stånd preskription genom att ”stoppa ett strategiskt urval av olästa brev i makuleringsapparaten”.

tillräckligt att gäldenären får kravet och gäldenären behöver inte ta del av kravet, vilket är naturligt och stämmer väl systematiskt med vad som gäller generellt för rättshandlingar av påbudscharaktär. Adressaten för en uppsägning, hävning, reklamation eller ett krav ska inte kunna undgå verkningarna av rättshandlingen genom att underlåta att ta del av rättshandlingen. När rättshandlingen nått mottagaren på sådant sätt att han fått handlingen tillhanda ansvarar mottagaren själv för hanteringen av budskapet, dvs. mottagaren har själv att sätta sig i tillfälle att ta del av handlingen. Den som vitsordar att ett påbud mottagits eller kan bevisas ha mottagit ett sådant kan således inte invända att han underlåtit ta del av handlingen eller att handlingen låg ohanterad bland inkommen post eller liknande. I denna del uppfattades nog 1996 års avgörande som okomplicerat. Det övervägdes under förarbetena att införa en regel motsvarande 40 § första stycket avtalslagen (1915:218) och 61 § 1905 års köplag (82 § nya köplagen, 1990:931) om att meddelanden som lämnas för ändamålsenlig befordran t.ex. med post befordras på adressatens/mottagarens risk. Det ansågs emellertid att en sådan ordning skulle vara alltför generös mot borgenären, som i allmänhet har gott om tid att vidta en preskriptionsavbrytande åtgärd; det skulle från gäldenärens sida snarast te sig oskäligt om ett meddelande han inte alls fått kännedom om skulle medföra preskriptionsavbrott och då gäldenären i tron att preskription inträtt gjort sig av med kvitton och andra handlingar.⁶

Besvärligare är frågan om beviskravet för att mottagaren fått handlingen sig tillhanda. Högsta domstolens bedömning var sträng i 1996 års fall. Inget i målet talade för att det korrekt adresserade brevet försvunnit på vägen. I domskälen berördes inte om det hade någon betydelse att

⁶ Se prop. 1979/80:119 s. 64. När det gäller de grundläggande skälen för regleringen i avtalslagen och köplagen kan påpekas att reklamationskyldigheten är stadgad i mottagarens intresse, vilket är skälet till att befordran sker på mottagarens risk, se Grönfors, Avtalslagen, 3 uppl. 1995 s. 265 f. och Adlercreutz, Avtalsrätt I, 12 uppl. 2002 s. 60 och 130. Frågan om i vems intresse preskription sker synes inte ha påverkat ställningstagandet att låta meddelanden befordras på borgenärens risk.

L hade eftersändning av sin post.⁷ Hur skulle man bedöma ett fall där borgenären tar med sig ett eller par vittnen till gäldenärens brevlåda, visar kravbrevet för vittnena och därefter släpper kravet i gäldenärens brevlåda – preskriptionsavbrott? Javisst, kan man självfallet tycka och det även om gäldenären därefter å sin sida kan styrka att brevet försvann när någon familjemedlem kastat bort all post i tron att det var reklam. Mottagaren har fått försändelsen sig tillhanda och svarar för hanteringen efter denna tidpunkt. Men det går att konstruera besvärliga exempel där händelser kan sägas ligga utanför mottagarens kontroll.

Högsta domstolens beviskrav är som sagt strängt. Frekvensen helt ”borttappade” försändelser torde vara mycket låg. Någon eller några dagars försening av en försändelse är en sak, men att försändelser helt försvinner torde vara mycket sällsynt. Och i målet var det inte ifrågasatt att försändelsen avsänts rätt adresserad och att den inte kommit i retur – borta på vägen alltså!

Domskalens hänvisning till Forsström, Preskription av fordringar, ger ingen ytterligare ledning för bedömning av beviskravet. Forsströms kommentar innehåller inte så särskilt mycket mer än motiven och i den fråga som var uppe i målet står det inte något substantiellt utöver propositions-texten.⁸ Lindskog har senare instämt i att beviskravet i 1996 års dom är högt.⁹

I ett stort antal verkställighetsärenden hos Kronofogdemyndigheten invände gäldenärer efter 1996 års dom att kraven var preskriberade. Till grund för ansökan om verkställighet låg ofta äldre utslag i lagsökningsmål eller slutbevis efter betalningsföreläggande tillkomna före den nya summariska processen år 1991 eller utslag i mål om betalningsföreläggande efter år 1991. Ofta hade inkassoföretag i början av 1990-talet,

⁷ Lindskog, Preskription, 2 uppl. 2002 s. 643, konstaterar att HD i målet slog fast att för att ett kravbrev ska medföra preskriptionsavbrott måste borgenären styrka att gäldenären fått brevet, varpå Lindskog tillägger att målet ”aktualiserar frågan om det räcker att borgenären bevisligen avsänt ett kravbrev med post. Så synes i princip vara fallet förutsatt att ingen omständighet föreligger som kan medföra risk för problem med postgången. I det aktuella fallet var ostridigt att kravbrevet skickats men till en gammal adress. Oktat att eftersändning gällde från den gamla adressen till den gällande, fann HD inte styrkt att gäldenären fått brevet.” Nu tog praxis en annan vändning, varom mera strax.

⁸ Forsström anger själv i förordet att kommentaren (utgiven på Publica) bygger på förarbetena. Lindskogs uttalanden i första upplagan av Preskription berörs inte av Högsta domstolen.

⁹ Lindskog, Preskription, 2 uppl. 2002, s. 284.

dvs. efter den förra (eller förrförra?) finanskrisen, förvärvat stockar av äldre ”svårindrivna” fordringar, varpå krav rutinmässigt hade sänts till gäldenären varje år eller till och med flera gånger om året. När därefter verkställighet till slut begärdes fann Kronofogdemyndigheten, med hänvisning till 1996 års dom, att borgenären trots att ibland flera tiotals kravbrev sänts till gäldenärens angivna adress, inte kunde anses ha visat att preskription avbrutits, dvs. att borgenären inte kunde anses ha styrkt att gäldenären fått något krav, eller annorlunda uttryckt att kravet inte hade kommit gäldenären tillhanda. Ur ett postalt perspektiv framstod läget ibland som smått surrealistiskt. Trots utredning om att ett stort antal försändelser sänts under löpande preskriptionstid kunde borgenärens krav mötas av ett blankt påstående om att gäldenären inte mottagit något krav varpå verkställighet vägrades eftersom borgenären inte ansågs ha styrkt att gäldenären fått något krav under preskriptionstiden. Och Lindskogs rekommendation i första upplagan av Preskription att rekommendera försändelsen hjälper inte särskilt långt eftersom en gäldenär som inte löser ut försändelsen helt klart inte fått försändelsen sig tillhanda.¹⁰ Och gäldenären kan ju invända att han inte fått någon avi, dvs. risken för avin ligger på borgenären.

3 Mellanakt – NJA 1997 s. 734

I målet väckte en försäkringstagare talan mot ett försäkringsbolag rörande försäkringsersättning. Bolaget bestred talan under åberopande av preskription. Frågan blev då om tillämpning av 39 § andra stycket konsumentförsäkringslagen (1980:38), vars bestämmelser överförts med

¹⁰ Lindskog, Preskription, 1 uppl. s. 279 och NJA 1998 s. 750. Se beträffande verkan av rekommenderade försändelser bestämmelserna i 8 kap. 8 § och 12 kap. 8 § jordabalken varav följer att kontraktsevenlig uppsägning (inte avhysning på grund av kontraktsbrott) skett om hyresvärden postat uppsägningen genom rekommenderad försändelse och också lämnat uppsägningen i hyresgästens postlåda. Regleringen förutsätter alltså inte att hyresgästen kvitterar ut uppsägningen. Jag har inte funnit något refererat avgörande på frågan om hyresgäst kunnat hävda att han ”missat” avin om att hämta ut den rekommenderade försändelsen och att han heller inte sett till någon uppsägning som kommit i hans brevlåda. Såvitt jag förstår godtas uppgift (kvitto från posten) om avsändande av rekommenderad försändelse och en kopia av uppsägningen med ett besked att den lämnats hos hyresgästen.

oförändrat innehåll till 2005 års lag, se 7 kap. 4 § försäkringsavtalslagen (2005:104).¹¹

Enligt 39 § första stycket konsumentförsäkringslagen (och 7 kap. 4 § i 2005 års lag) förlorar den som vill kräva ut försäkringsersättning rätten till ersättning, om talan inte väcks mot försäkringsbolaget inom tre år från det att han fick kännedom om att fordringen kunde göras gällande. Enligt 39 § andra stycket har emellertid en försäkringstagare alltid sex månader på sig att väcka talan sedan försäkringsbolaget förklarat att bolaget tagit slutlig ställning till ersättningsfrågan. Bolagets förklaring – när den kommer försäkringstagaren tillhanda – kan alltså sägas starta preskriptionsklockan. Försäkringstagaren kan i detta läge mot bolagets preskriptionsinvändning i sin tur invända att han aldrig mottagit bolagets förklaring och att kravet mot försäkringsbolaget därmed inte är preskriberat. I detta läge blir det alltså fråga om tillämpning av en preskriptionsregel och om beviskravet för att preskription skett på grund av att försäkringstagaren fått bolagets förklaring tillhanda.

I målet uttalade hovrätten att bolaget ostridigt skickat brevet med förklaringen – som alltså startade sexmånadersfristen/preskriptionstiden för att väcka talan – till den adress som antecknats i skadeanmälan och som försäkringstagaren uppgett i samband med att han begärde förskott på ersättningen. Adressen avsåg försäkringstagarens genom brand totalförstörda bostad och vid tiden för avsändandet av förklaringen vistades försäkringstagaren dessutom på sjukhus. Hovrätten fann, liksom tingsrätten, att bolaget inte hade styrkt att L fått *kännedom* om bolagets beslut i ersättningsfrågan. Kravet var därmed inte preskriberat.

Efter att närmare ha redogjort för innehållet i 39 § konsumentförsäkringslagen fördjupar Högsta domstolen argumentationen:

”Bestämmelsen i 39 § 2 st har tillkommit i försäkringstagarens intresse. Avgivandet av förklaring utgör emellertid försäkringsbolagets möjlighet att avsluta ett försäkringsärende, i vilket ersättning inte skall utges. Själva förklaringen får därför anses bli avgiven i försäkringsbolagets intresse. Det ter sig då rimligt att försäkringsbolaget också får stå risken för att förklaringen

¹¹ Se prop. 2003/04:150 s. 449 ff. och 572 ff. Lagrådet, vari Torgny Håstad ingick, var kritiskt till utformningen av de föreslagna, nygamla, preskriptionsbestämmelserna, men godtog som ett provisorium utformningen med hänvisning till att översyn förutskickats, se prop. 2003/04:150 s. 1072. Bland dem som föredrog lagrådsremissen fanns f.d. justitierådet Bertil Bengtsson, som en gång haft Torgny Håstad som student, se härom Torgny Håstad i Festskrift till Bertil Bengtsson, s. 221 ff.

Som ett brev på posten – eller vad menas med ”försändelsefrekvens”?

inte når försäkringstagaren. Enbart det förhållandet att försäkringsbolaget avsänder förklaringen till angiven adress är följaktligen inte tillräckligt för att sexmånadersfristen skall börja löpa.”

Därefter går Högsta domstolen, med hänvisning till uttalanden av Nilsson och Strömbäck, Konsumentförsäkringslagen s. 180 ff. in på frågan om det krävs att försäkringstagaren verkligen fått kännedom om förklaringen, men menar att det skulle föra för långt; det måste anses tillräckligt att förklaringen kommit försäkringstagaren ”tillhanda, dvs. att den ankommit till försäkringstagaren på ett sådant sätt att denne normalt kan ta del av den”. Uttalandet är naturligt med tanke på att det gäller en rättshandling av påbudscharaktär. Frågan är dock vad som ligger i uttrycket ”normalt kan ta del av den”. Att försäkringstagaren kan välja att ta del av den? Att han är hemma och inte utomlands under tre månader, kanske med en granne som vidtalats att ta in posten? I det aktuella fallet fanns brevlådan vid det nedbrunna huset och försäkringstagaren befann sig på sjukhus. Kraven på försäkringstagaren i denna del var alltså mycket högt ställda – om förklaringen anländer till postlådan är saken klar! Högsta domstolen anger också att man ska bortse från fall då försändelsen inte kommer fram ”på grund av omständigheter som är hänförliga till adressaten”. Vad menas med detta? Om försäkringstagaren angett korrekt adress men bolaget skriver fel och brevet därför inte kommer fram? Det är inte hänförligt till adressaten. Att posten slarvar bort brevet? Samma sak! Att adressaten flyttat och inte anmält ändrad adress till försäkringsbolaget? Eller flyttat och inte begärt eftersändning? Detta bör rimligen ligga på adressaten.

Högsta domstolen uttalar att bevisbördan för att förklaringen kommit försäkringstagaren tillhanda ligger på försäkringsgivaren och att beviskravet som regel kan anses uppfyllt om förklaringen ”avsänts till försäkringstagaren under hans vanliga adress och försändelsen inte returnerats som

obeställbar”.¹² Därefter anges att den adress dit förklaringen sänts var den som försäkringstagaren uppgett i skadeanmälan och att försäkringstagaren hänvisat till adressen i ett krav på förskott samt till att förskott som skickats dit också lösts ut. Postlådan har alltså tömts och därmed har postadressen fungerat och försäkringstagaren var dessutom skriven på adressen till långt senare. Försäkringstagaren hade alltså fått förklaringen tillhanda trots att han inte kunde bo på adressen och trots sjukhusvistelsen!

Domen kunde möjligen förvåna med tanke på 1996 års avgörande, varvid kan noteras att 1997 års avgörande avsåg en konsumentrelation medan 1996 års fall rörde ett affärsmässigt förhållande. De båda avgörandena fick stor betydelse eftersom de behandlar ett slags ”vardagsrättshandlande” i det praktiska rättslivet. Konsekvenserna av domarna blev alltså att försäkringsbolag efter 1997 års dom – som utgångspunkt – kunde fortsätta sända förklaringar i lösbrev till den av försäkringstagaren uppgivna adressen för att starta en slutlig frist om sex månader inom vilken försäkringstagaren måste väcka talan. För att bryta preskription enligt preskriptionslagen medförde 1996 års fall att borgenärer fick svårt att bryta preskription genom kravbrev utan handfast bevisning om mottagande. Vid verkställighet stötte borgenärerna på patrull efter invändningar om att gäldenären inte mottagit något preskriptionsavbrytande krav. Dock finns det ej refererade fall från underrätt där man ogillar invändning om hinder mot verkställighet med hänvisning till att något av flera tiotalsbrev måste ha gått fram.¹³

¹² I tidigare upplagor av Mellqvist/Persson, *Fordran och Skuld* (t.o.m. 4:e uppl. 1996) stod angående kravet för preskriptionsavbrott att det troligtvis är tillräckligt att borgenären kan visa att ”han sänt ett krav till gäldenären under dennes vanliga adress och att denna försändelse inte returnerats som obeställbar”. Högsta domstolen hänvisade till NJA 1992 s. 303. I det fallet instämde hovrätten och Högsta domstolens i tingsrättens bedömning när det gällde frågan om försäkringstagaren fått kännedom om bolagets inställning – tingsrätten skrev ”brevet är ställt till (försäkringstagaren) och rätt adress är angiven”. Försäkringstagaren hade förhållandevis kort tid därefter vänt sig till advokat, vilket tydde på att försäkringstagaren genom brevet fått kännedom om att bolaget avböjt att utge ersättning (målet är refererat på annan fråga).

¹³ Den kan inflikas att Högsta domstolen dessutom ställt upp stränga krav för återupplivande av preskriberade fordringar i NJA 2002 s. 358. Kraven kan i subjektivt hänseende möjligen anses gå längre än vad som gäller vid ingående av avtal. Se även Jakob Heidbrink, *I gränsmarkerna mellan preskription och novation – återuppväckande av preskriberad fordran i konsumentförhållanden*, JT 2002–03, s. 140 f.

4 Delvis återtag – NJA 2007 s. 157

I NJA 2007 s. 157 tar Högsta domstolen här efter ett steg tillbaka. I målet hade (utöver noteringar om telefonsamtal med gäldenären) borgenären sänt 14 brev till gäldenärens folkbokföringsadress, varav fem brev sänts inom preskriptionstiden. Gäldenären anförde att han inte mottagit något av kraven. Varken tingsrätt eller hovrätt gick på borgenärens linje. Hovrätten – som i och för sig ansåg att det ”kan tyckas märkligt att inte något av [de 14 breven] skulle ha kommit gäldenären till handa” – noterar den bristande överensstämmelsen mellan 1996 och 1997 års fall, men menar att det är angeläget att tillämpa en enkel och entydig regel och uttalar att det är inte förenligt med HD:s ställningstaganden och inte heller lämpligt att anse att preskriptionsavbrott har skett när antalet avsända kravbrev överstiger ett visst antal.

Högsta domstolen godtar uttryckligen de uppgifter borgenären lämnat om kravbrev till gäldenärens adress, trots att borgenären endast åberopat kopior av åtta brev och i övrigt hänvisat till dataförda noteringar.¹⁴

Högsta domstolen uttalar därefter att frågan är i vad mån den omständigheten att ett brev bevisligen avsänts till mottagarens korrekta adress också ska godtas som bevis om att det nått adressaten. Denna fråga kan vara att bedöma på olika sätt beroende på syftet med och utformningen av den reglering som är föremål för prövning, vilket sker med hänvisning till NJA 1992 s. 303 och NJA 1997 s. 734 angående vissa meddelanden i försäkringsförhållanden och NJA 1998 s. 60 och NJA 2000 s. 75 angående återställande av försutten tid. Högsta domstolen uttalar därefter att kravet för att en gäldenär har mottagit ett brev med preskriptionsbrytande effekt har brukat ställas högt. Att det är utrett eller ostridigt att ett enskilt brev avsänts till gäldenären har normalt inte godtagits som tillräcklig bevisning, trots ”att avsändandet i sig är ett starkt belägg för att försändelsen också nått adressaten”. Därefter avgörs målet: ”När det som här är fråga om ett flertal försändelser får möjligheten att inte åtminstone någon nått gäldenären anses vara i det närmaste försumbar, om ingen

¹⁴ Målet refererades inte på just den frågan, se härom RH 2008:70 och RH 2008:57. I RH 2008:70 (Svea hovrätt) refererat ett avgörande på frågan om bevisvärdet av rekonstruerade utskrifter från ett inkassobolags datasystem och i RH 2008:57 (Hovrätten för Västra Sverige) godtogs rekonstruerade handlingar. Det har emellertid efter Högsta domstolens avgörande i NJA 2007 s. 157 förekommit flera hovrättsavgöranden i vilka domstolen inte godtagit i efterhand ”rekonstruerade” kravbrev eller uppgifter hämtade ur inkassojournaler.

särskild omständighet till stöd för detta föreligger (jfr prop. 1990/91:11 s. 19)". Någon sådan omständighet hade inte anförts i målet.

Preskriptionsavbrott hade således skett och utmätning fick därmed ske för borgenärens fordran. Man kan ställa frågan om från vilken tidpunkt en ny preskriptionstid löper – den frågan har ännu inte varit under Högsta domstolens prövning.

Att 2007 års avgörande innebar att beviskravet för preskriptionsavbrott var uppfyllt om fem kravbrev sänds korrekt adresserade utan retur inom preskriptionstiden är väl klart och att ett enstaka krav, dvs. ett enda brev, likaså torde vara otillräckligt, om inga andra hållpunkter förts in i målet. Men vad gäller däremellan? Två, tre eller fyra brev? Frågan saknar inte praktisk betydelse.

5 Utvecklingen därefter

Efter 2007 års dom inställer sig två frågor, nämligen dels frågan om antalet kravbrev ("försändelsefrekvens") för att bryta preskription, dels – och möjligen viktigare – frågan om den närmare innebörden av att gäldenären "får" ett krav, dvs. innebörden av "tillhanda".

I ett ej överklagat avgörande den 24 juni 2009 från Hovrätten över Skåne och Blekinge (ÖÅ 827-09) redogörs för omständigheterna – men knappast för de egentliga skälen – i 2007 års dom, varpå hovrätten finner att *tre* kravbrev inom preskriptionstiden är otillräckligt som bevisning för preskriptionsavbrott. Hovrätten uttalar att med "den praxis som utbildats på området måste det enligt hovrättens mening krävas att borgenären tillställt gäldenären fler än tre försändelser för att beviskravet ska var uppfyllt". Huruvida *fyra* försändelser var tillräckligt prövades av Svea hovrätt den 23 december 2009, varvid hovrätten fastställde tingsrättens beslut att fyra försändelser räckte (ÖÅ 5524-09; HD beslutade den 18 januari 2010 att inte bevilja prövningstillstånd). I målet hade borgenären sändt fyra försändelser till två olika adresser där gäldenären varit folkbokförd och det hade skett när gäldenären bott där tämligen lång tid. Visserligen invände gäldenären att han haft problem med posten, men utan att redovisa några närmare omständigheter till stöd för sitt påstående.

Är detta vägs ände rörande – den möjligen av vissa som knappologisk ansedda – frågan om ”försändelsefrekvens”?¹⁵ Fyra icke returnerade kravbrev till ”rätt adress” under preskriptionstiden avbryter preskriptionen. Och ny preskriptionstid bör rimligen löpa från det sista brevet – och i så fall från någon dag eller två från avsändandet.¹⁶ Nej – här finns det anledning att återvända till Högsta domstolens skäl i NJA 2007 s. 157. Helt klart är ju att 1996 års fall inte förlorat sin effekt på grund av 2007 års fall, dvs. ett enstaka brev är som utgångspunkt fortfarande inte tillräckligt som bevisning om preskriptionsavbrott. Och med ett enstaka brev bör språkligt rimligen förstås att ett (enda) kravbrev inte är tillräckligt. Det var väl vad Högsta domstolen uttalade i 1996 års fall – inget annat. Följderna av fallet blev emellertid häpnadsväckande. Inför blanka påståenden om att gäldenären inte mottagit något enda av tiotals kravbrev ogillades krav på verkställighet på grund av preskription.

Men domskälen i NJA 2007 s. 157 innehåller en hänvisning som kanske inte har tilldragit sig den uppmärksamhet som hänvisningen förtjänar, nämligen referensen till bestämmelserna i delgivningslagen (1970:428) om förenklad delgivning, se 3 a §, som infördes år 1991 genom prop. 1990/91:11. Möjligheten att använda förenklad delgivning har inneburit en radikal förenkling av delgivningsförfarandet i domstol. Förenklad delgivning sker genom att myndigheten sänder handlingen med post till den sökte under hans senast kända adress och minst en dag senare skickar ett meddelande om att handlingen har sänts. Delgivning har enligt 19 § tredje stycket delgivningslagen skett när två veckor förflutit från det att meddelandet skickades, om det inte med hänsyn till omständigheterna framstår som osannolikt att handlingen före tvåveckorsfristens utgång kommit fram till den söktes adress. Förfarandet förutsätter emellertid av rättssäkerhetsskäl att den sökte delges upplysning om att förenklad delgivning kan komma att användas vartill alltså kommer bruket av dubbla

¹⁵ Gäldenären anförde i det berörda fallet från Svea hovrätt att han ”bestridet att något brev kommit honom till handa. Antalet försändelser uppfyller inte de minimikrav Högsta domstolen ställer upp, dvs. drygt två försändelser per år” och att tre krav med preskriptionsbrytande innehåll inte uppfyller ”frekvenskravet” i NJA 2007 s. 157.

¹⁶ Om det blir strid ”på dagen” uppkommer möjligen problem med hänsyn till postgången. Men post går typiskt sett på en dag eller högst två eller tre. Antalet försändelser som blir mer försenade än så torde vara begränsat. Problemet ligger nog mer på avsändarsidan. ”Dataproducerade” handlingar dateras ofta flera dagar och mer innan de sänds. Det sker i den automatiserade världen regelmässigt beträffande fakturor, påminnelser och krav m.m.

försändelser. När det gäller bruket av dubbla försändelser uttalades i förarbetena att man då får ”dubbla chanser” för att posten återställer försändelser med inaktuell adress och det framhölls att även om adressen är rätt angiven finns en viss risk för fel i postens hantering, men att denna risk blir i det närmaste obefintlig om man har dubbla försändelser.¹⁷ Bestämmelserna om förenklad delgivning har alltså inneburit en stor förenkling av domstolarnas hantering av delgivningsfrågor. Från rättssäkerhetssynpunkt synes det inte ha framförts någon vägande kritik mot bestämmelserna om förenklad delgivning. Två brev räcker som utgångspunkt för formell delgivning enligt delgivningslagen, om mottagaren delgetts upplysning att förenklad delgivning kan komma att användas.

Med utgångspunkt i de bedömningar som gjordes när bestämmelserna om förenklad delgivning infördes kan det ifrågasättas om inte två icke returnerade brev korrekt adresserade till gäldenären bör utgöra tillräcklig bevisning för att gäldenären mottagit preskriptionsbrytande krav. Frågan ställdes i Karnovs kommentar till preskriptionslagen omedelbart efter Högsta domstolens dom (not 22). Göran Millqvist har därefter varit inne på samma linje.¹⁸ Man kan tillägga att gäldenären, som gynnas av att preskription inträder, står i ett fordringsförhållande till borgenären och därför bör vara medveten om att borgenären kan vilja avbryta preskriptionen – även om fordringen som sådan är tvistig.

Den andra frågan om innebörden av till handa rör ansvaret för adressering och ansvar för hanteringen av de försändelser som sänts till uppgiven adress och inte returnerats, dvs. vad som bör gälla om borgenären avsänt sådana kravbrev som i och för sig skulle uppfylla beviskravet enligt vad som anfördes i det föregående, men gäldenären har andra invändningar, t.ex. att han av något skäl inte bott eller vistats på den angivna adressen.

I 2, 3 och 7 §§ avtalslagen och i 5 § 1914 års kommissionslag¹⁹ förekommer det lagtekniska uttrycket *till handa* i samband med att lagen anger vid vilken tidpunkt rättsverkningarna av en rättshandling inträder. I lagtexten anges inte närmare vilken betydelse uttrycket ”till handa” har,

¹⁷ Se prop. 1990/91:11 s. 19 och 23, se nu prop. 2009/10:237 Ny delgivningslag, s. 131 ff. och 22–26 §§ i den nya delgivningslag som avses träda ikraft den 1 april 2011.

¹⁸ Förmögenhetsrätten i Högsta domstolen 2007 – Ny rättspraxis, Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok I 2008 s. 113 ff. under rubriken ”Högsta domstolen lättar på beviskravet för preskriptionsavbrott genom enkelt brev”.

¹⁹ Motsvarande bestämmelse finns nu i 3 § 2009 års kommissionslag (2009:865) men då med uttrycket ”får” istället för ”tillhanda” – någon saklig ändring är inte avsedd, se prop. 2008/09:88 s. 34 och 91 f.

men i avtalslagens förarbeten uttalas beträffande innebörden av att en rättshandling (viljeförklaring) kommer mottagaren (adressaten) tillhanda att ”som eljest, då fråga är om rättsverkningarna av en viljeförklaring gentemot den, till vilken densamma är riktad, måste det vara tillräckligt, att förklaringen framkommit till adressaten på sådant sätt, att denne är i tillfälle att omedelbart taga del av förklaringens innehåll” och vidare anförs att ”i allmänhet måste ett brev eller telegram anses komma adressaten till handa [i och med] att det avlämnas till honom eller nedlägges i hans brevlåda”.²⁰ Adressaten har därigenom beretts tillfälle ”att omedelbart taga del av innehållet i det meddelande varom är fråga”.²¹ Grönfors ansluter sig i sin kommentar till avtalslagen till det sagda och uttalar att ”mottagaren av meddelandet faktiskt skall ha satts i tillfälle att omedelbart ta del av meddelandets innehåll”.²² Adlercreutz anger att tolkningen av uttrycket till handa ”kan i detaljer variera allt efter situationen, men riktpunkten för tolkningen av termen är att accepten eller den viljeförklaring det i förekommande fall gäller skall ha framkommit till adressaten på sådant sätt, att denne är i tillfälle att omedelbart taga del av förklaringens innehåll” och att det inte krävs ”att adressaten i realiteten tagit del av den, blott [att] den finns tillgänglig för honom, antingen på brukligt sätt, t.ex. bland hans post, eller så att den ... mottagits av honom eller behörig representant”.²³ Adlercreutz preciserar beträffande rättshandlingars mottagande att avgivaren blir bunden av en rättshandling, så att den inte kan återkallas, när mottagaren får kännedom eller tager del av den (jfr 7 § avtalslagen), dock att som huvudregel för rättshandlingar med förpliktande eller eljest ogynnsamma verkningar (påbud) gäller att de får rättsverkan redan när de kommer adressaten tillhanda på sådant sätt att denne ”normalt är i tillfälle att ta del av rättshandlingen”. I modernare lagtext, som 31 § köplagen och artikel 21.2 den svenska översättningen av CISG, används istället uttrycket ”kommit fram”.²⁴

Vad som nu sagts rörande innebörden av uttrycket till handa kan sägas utgöra allmänt utfyllande rätt. Om annan lagstiftning knyter rätts-

²⁰ Se NJA II 1915 s. 166.

²¹ Almén och Eklund, *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 9 uppl. 1968, s. 17 f. Citatet är hämtat från kommentaren till 2 § om acceptfrist; vid kommentaren till andra bestämmelser där uttrycket ”tillhanda” förekommer hänvisas till kommentaren till 2 §.

²² Grönfors, *Avtalslagen*, 3 uppl. 1995 s. 71.

²³ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 12 uppl. 2002 s. 56.

²⁴ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 12 uppl. s. 128.

verkningarna av en rättshandling till att rättshandlingen kommer någon tillhanda eller att någon "får" en rättshandling och inga andra tolkningsanvisningar lämnats i t.ex. lagförarbeten, torde man i vart fall som en utgångspunkt kunna falla tillbaka på de nu redovisade uttalandena från den allmänna avtalsrättens kärnområde.

Att rättsverkningarna av de rättshandlingar som berörts i det föregående knyts till den tidpunkt då rättshandlingen kommer adressaten *tillhanda* är tämligen självklart. Adressaten ska inte kunna undgå rättsverkningarna genom att underlåta att ta del av rättshandlingen. I detta ligger även en ansvarsfördelning. Adressaten är bunden av rättshandlingens innehåll när han – objektivt sett – fått handlingen sig tillhanda. Rättsverkningarna inträder vid denna tidpunkt alldeles oavsett om adressaten rent faktiskt tagit del av handlingen eller inte. Ansvar för att ta del av innehållet ligger på mottagaren.

Skyldighet att anmäla adressändring framgår av 25 § folkbokföringslagen (1991:481) och denna skyldighet är straffsanktionerad enligt 43 §. Enligt 7 kap. 1 § 1 lagen (1994:1809) om totalförsvarspåbudsplikten är en totalförsvarspåbudsskyldig att se till att han eller hon inom rimlig tid kan nås av postförsändelser från Totalförsvarets pliktverk. Bestämmelser om skyldighet att anmäla korrekt adress finns även i rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen (1971:291). Lagstiftning på olika rättsområden har alltså som utgångspunkt att korrekt adress – dit post går fram – ska anmälas. Uppgifterna om folkbokföringsadress osv. är i princip offentliga.

Om man godtar att preskriptionsbrytande handlingar sänds till den av gäldenären uppgivna adressen och den dessutom är densamma som folkbokföringsadressen borde allt vara enkelt – om beviskravet för att handlingen kommit adressaten tillhanda är uppfyllt, dvs. anlänt till den angivna adressen, har preskriptionsavbrott skett. Borgenären bör inte bära risken för hur gäldenären väljer att "hantera posten". Endast om borgenären av något skäl har – eller borde ha – kännedom om andra förhållandena skulle man kunna lägga risken på borgenären. Om gäldenären först uppger en adress till borgenären och därefter anmäler ny folkbokföringsadress utan att särskilt anmäla detta till borgenären bör resultatet bli detsamma, dvs. om borgenären sänder krav till folkbokföringsadressen, bör borgenären kunna utgå från att det är en "fungerande adress". Denna situation är säkerligen vanligt förekommande. Men om borgenären sänder till den tidigare uppgivna adressen utan att handlingar kommer i retur och gäldenären visar sig ha flyttat och anmält adressänd-

ring till folkbokföringen blir läget mer komplicerat. Bör borgenären ha ansvaret för att alltid kontrollera folkbokföring mot uppgiven adress?

Hovrättspraxis ger en splittrad bild rörande denna situation. Göta hovrätt beslut den 6 april 2010 i mål nr ÖÄ 557-10 (överklagat men frågan om prövningstillstånd har ännu inte avgjorts i september 2010) tyder på att hovrätten ansåg att borgenären bar risken för att gäldenären inte bor eller vistas på folkbokföringsadressen. Men Göta hovrätt beslut den 19 februari 2008 i mål ÖÄ 2461-07 (ej prövningstillstånd i Högsta domstolen den 4 september 2008) betonade skyldigheten att anmäla adressändring och uttalar att det är rimligt att den sökte själv får stå risken för att han försummar att uppgge rätt adress. Hovrätten över Skåne och Blekinge fann däremot i ett ej överklagat beslut den 22 april 2008 i mål ÖÄ 2628-07 att förhållandena i fallet låg annorlunda till än i NJA 2007 s. 157 i det att gäldenären påstått att hon, under den tid elva kravbrev sänts till hennes folkbokföringsadress under åren 2003–2005, i själva verket varit bosatt på annan adress sedan år 1997. Vidare fann hovrätten att hon ”lämnat sådana uppgifter om de närmare omständigheterna kring sin bortovaro att påståendet därom inte kunde lämnas utan avseende” och att med ”hänsyn till vad hon uppgett om hur hennes levnadsförhållanden gestaltat sig under den aktuella tiden kan det inte hållas för säkert att breven, trots bortovaron, likväl har kommit henne till del” inom preskriptionstiden. De uppgifter rörande gäldenären som redovisas i beslutet är arbetslöshet, förhållandena i äktenskapet och egen sjukdom, men utan närmare precisering. Likartat synsätt redovisas i dom från Göta hovrätt den 9 april 2010 i T 224-10 där hovrätten godtar uppgift att gäldenären inte bott på folkbokföringsadressen. Hovrätten angav att gäldenären i 2007 års fall ostridigt var bosatt på den adress till vilken breven skickats men att gäldenären i nu aktuellt fall anfört att han inte bott på de folkbokföringsadresser dit borgenären skickat påminnelser och att det förhållandet att det är fråga om folkbokföringsadresser inte i sig medför att gäldenären ”ska anses ha bott på dessa adresser eller att han ska visa att så inte varit fallet”. Hovrätten fann därefter att borgenären – som sänt 20 påminnelser under en tioårsperiod till gäldenärens vid varje tidpunkt aktuella folkbokföringsadress – inte mot gäldenärens bestridande visat att påminnelserna kommit gäldenären tillhanda.

Som synes läggs i de två senare avgörandena risken för att gäldenären inte bor eller visats på folkbokföringsadressen på borgenären, som inte enligt vad som framgår av besluten haft annan information tillgänglig än

folkbokföringsadressen. Men påminnelserna har onekligen sänts till gäldenärens ”korrekta adress” såtillvida att de sänts till folkbokföringsadressen.

Men följer av NJA 2007 s. 157 verkligen att ”korrekt adress” ska vara detsamma som aktuell boendeadress? Högsta domstolen anför ju att gäldenären inte angett någon tänkbar förklaring till att samtliga kravbrev förkommit under postbefordran eller till att han av annat skäl inte fått dem. Kan domen grunda slutsatsen att gäldenärens påstående att han inte bott eller visats på sin folkbokföringsadress eller på den adress han uppgett till borgenären också i realiteten omöjliggör lösbrevpåminnelse?

Låt säga att det är utrett att gäldenären fått en preskriptionsavbrytande handling till sin brevlåda, men att han då befann sig på sjukhus varifrån han kom hem först efter det att preskription inträtt. I NJA 1997 s. 734 synes detta inte ha utgjort skäl för att anse att mottagaren inte fått handlingen från försäkringsbolaget sig tillhanda. Att försändelsen lades i en brevlåda där mottagaren inte längre hade sin faktiska bostad saknade också betydelse, eftersom brevlådan utgjort en fungerande postadress. Utgångspunkten bör möjligen vara den enkla att den gäldenär (eller försäkringstagare) som uppger sig ha en adress – med eller utan folkbokföring – också ansvar för att ”sortera sin post”, eller med andra ord också får anses ha ett mycket långtgående ansvar för att se till att posten sorteras, dvs. står risken för att handlingen inte läses. En annan sak är att man kan tänka sig fall där det blir utrett att handlingar ”kommit på avvägar” hos gäldenären på grund av händelser som gäldenären inte kan svara för, men detta utrymme bör vara synnerligen begränsat.²⁵

²⁵ Jfr RH 2010:19 (Svea hovrätt) där gäldenärens far, som ansåg sig ha orsakat sonens skuld (borgen för faderns skuld), under ed vittnade om att han medvetet undanhållit kravbrev för sonen, som under en lång följd av år bott och arbetat på annan ort (även utomlands) men hela tiden varit folkbokförd på föräldrarnas adress och på en fritidsbostad. Hovrätten anförde beträffande uppgifterna om att sonen (och en bror) under den tid kraven sändes vistats på annan adress än den folkbokförda inte var orimliga. Till detta lade hovrätten faderns uppgifter om undanhållande av handlingarna. Hur utgången skulle ha blivit utan faderns uppgifter framgår inte. Hovrätten behandlade inte frågan varför borgenären framför gäldenären skulle bära risken för hanteringen av försändelser som nått gäldenärens uppgivna adress. I tingsrättens beslut angavs att fadern ”inte vidarebefordrade” kravbrev till sonen. Frågan om det fanns instruktioner – uttryckliga eller underförstådda – beträffande posthantering och i så fall den rättsliga betydelsen av dem behandlades inte.

Anne Ramberg

The Rule of Law – a Luxury Paradigm in Decline?

1 Introduction

This paper is a redacted version of my lecture in connection with the conferment of my Juris Doctorate Honoris Causa at Uppsala University on 28 January 2016. The nature of my address is however not that of an academic lecture. My observations are more reflective of legal philosophy and legal politics.

The rule of law concept does not have a perfect Swedish translation. It remains English in common usage. And for a good reason. The ideas underlying the rule of law concept largely carry a heavy Anglo Saxon ancestry.

Let me briefly recall some aspects of the origins of the concept.

“To think free is big, to think right is bigger”.

This motto, as you know, is placed above the entrance of the Assembly Hall of this great university. It comes from Thomas Thorild, a controversial author and philosopher who lived in the 18th Century. He was also an aspiring doctor at law. His thesis dealt with Montesquieu’s work “*De l’esprit des lois*”. Thorild successfully defended his doctoral thesis in the presence of King Gustaf III and with no less than 14 opponents. In contradiction to Montesquieu, his position was that since laws can be tyrannical, freedom was above the laws.

This idea reflects a natural law perspective. It was formulated after the French revolution.

But, already some thousand years ago, philosophers and politicians had discussed the rule of law idea. Among them was Aristotle with his idea about justice.

But some hundred years before that, King Solomon, in the Book of Proverbs, advocates this:

“Speak up for those who cannot speak for themselves, for the rights of all who are destitute. Speak up and judge fairly; defend the rights of the poor and needy”.

And some two thousand years later, the great philosopher Spinoza said: “*Law is the mathematics of freedom*”.

In 2015, we celebrated the fact that a millennium had passed since the creation of the Magna Carta.

As will be recalled, articles 39 and 40 of that instrument provide in relevant part that:

“No free man shall be seized or imprisoned or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”.

“To no one will we sell, to no one deny or delay right of justice”.

These principles were formulated not because of democratic concerns, but because the Aristocracy of the day sought to reduce the political power of an omnipotent King. The result became a nucleus, on the basis of which subsequent jurists developed rule of law principles into a gradually more refined legal construct. A core principle was the idea of access to justice without royal involvement.

The former Master of the Rolls, the famous Lord Denning, referred to the Magna Carta as:

“the greatest constitutional document of all times – the foundation of the freedom of the individual against arbitrary authority of the despot”.

Further milestones in the development of the rule of law take us to 17th Century England. A philosophical expression of the rule of law concept came from a preacher and historian, Thomas Fuller. One of Fuller’s many wise and often quoted sayings was that

“Be you never so high, the law is above you!”

To modern ears, this may not sound very revolutionary. But during the reigns of the Stuart Kings, it was. Two landmark cases illustrate this.

The first is a case from 1607 in the days of King James I called *Prohibitions del Roy*. It arose from the notion that as Courts were seen as the “King’s Courts”, they came under the King’s right to overrule the courts, also in cases where the courts had been given jurisdiction. “Rex is Lex”, the King’s advocates argued. However, the Courts of the King’s Bench and Common Pleas disagreed.

A second landmark case is the *Trial of King Charles I* in 1649. Having permitted his mercenary troops to burn English villages, to pillage property and to commit torture of prisoners, the King was charged in Court for the Crime of Tyranny and other high crimes. The High Court of Justice found the King guilty. As we all know, he was subsequently executed. England, for some time, became a republic. The case formed another important step in the establishment of the rule of law in England. It established that the Sovereign was also under the law.

With the growth of the British Empire, the idea of the rule of law was gradually exported throughout the world. English trained lawyers in the newly liberalised United States adopted the rule of law ideas with great enthusiasm. The *Declaration of Independence* is an important expression of these ideas.

A major event after the horrors of the Second World War was of course the creation of the United Nations and the adoption of the *Universal Declaration of Human Rights*. The international community decided to establish universally applicable norms in order to prevent similar tragedies from occurring in the future. The UN Charter and other conventions were agreed upon. Through the UN, the concept of the rule of law was given a formulation content, which became largely accepted by most countries.

After the Second World War, we saw the Nuremberg Trials and some decades later, the Hague Trials concerning the atrocities of the Balkan War.

The US Supreme Court’s two decisions in *Brown v. Board of Education* in 1954 changed decades of jurisprudence, when it ruled that US state laws denying equal access to education based on race violated the equal protection clause in the 14th Amendment. The resignation of President

Richard Nixon in the face of the prospect of a Watergate impeachment trial is also illustrative.

So, on the basis of a gradual international development, the essential features of a rule of law regime can be formulated. It goes beyond the classical conflict between the ruler and his subjects. It also puts strict demands on other aspects of the administration of justice.

The British and US concepts of the rule of law idea find a parallel in the Germanic concept of the *Rechtsstaat*, or 'state-under-law', where the state as an organised entity is conceived to be limited by laws and by fundamental principles of legality, rather than being a purely political organisation empowered to dispense with law if interest of policy so demands.

There are interesting and important differences, as well as similarities, between the concepts of the *Rechtsstaat* and the rule of law. The rule of law concept is regarded to be less connected to the concept of the state. This is a strength for the rule of law concept as globalisation draws legal orders away from states.

The rule of law principles also apply to supranational law, emphasising the requirements of predictability and legal certainty. The rule of law can be seen as a set of qualitative requirements that ought to be present in all legal orders. It goes beyond the normal state power.

An excellent formulation of the rule of law concept was offered by the former Secretary General of the United Nations, Mr. Kofi Annan. He said:

“For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the state itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to: ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”.

The definition points out that the rule of law should be seen as encompassing a systematic protection of human rights guaranteed by law and conventions. And equally important, it requires that the application of the law must be fair.

The late English judge Lord Bingham formulated the rule of law concept along the same lines. He highlighted eight principles.

1. The state must abide by both domestic and international law.
2. People should only be punished for crimes set out by law.
3. Questions on the infringement of rights should be subject to the application of law, not discretion.
4. The law should be accessible, clear, precise and open to scrutiny.
5. All people should be treated equally.
6. There must be respect for human rights.
7. Courts must be accessible, affordable and cases should be heard without excessive delay.
8. Means must be provided for resolving, without prohibitive cost or inordinate delay, bona fide disputes which the parties themselves are unable to resolve.

As will be seen also from these formulations, the rule of law concept is not only seen as imposing formal rules on the legal systems. It also contains an essential substantive element in that it requires a link also to international human rights norms. This link is of fundamental importance.

2 The Rule of Law and Democracy

The rule of law relates to the protection of the individual citizen and organisation from the challenges of political power. The individual is in need of this protection whether or not the political power is a result of a democratic system. The fact that in a democratic system the political power stems from the people, it does not justify the conclusion that rule of law is *superfluous* in a democratic society.

History can tell. There are many examples, where, in varying degrees, states within their democratic legal systems, have set aside the moral principles protected by the rule of law. The legislative measures taken after the September 11 disaster illustrate the fact that the democratic systems, as we know them, do not guarantee the respect for rule of law and human rights.

The protection of rights must be achieved by rules, given the status of legally binding norms. The concept of the rule of law is inextricably tied to the belief that law has its own intrinsic value, a value which is greater than that of an instrument devised merely to achieve political goals. This is expressed in the Swedish *Instrument of Government* by two of its most fundamental provisions:

“All public power in Sweden proceeds from the people”.

“Public power is exercised under the law”.

The principles associated with the rule of law must satisfy the individual citizens' natural desire for security within society. Security in this context means that society is organised so that citizens and organisations are able to foresee the legal consequences of their actions. It is not enough for a state to protect property rights, administer justice efficiently and maintain stable laws!

The rule of law requires that a wide spectrum of values are protected. Experience has shown that for these values to be realised, laws must have a certain form and content and must be interpreted and applied according to certain generally accepted principles. Justice and fairness have to marry and walk hand in hand. This is what makes the difference between rule of law and rule by law.

As will be apparent, it is hardly possible for the rule of law concept to be given a simple, all-encompassing and permanent definition. The rule of law deals with, but is not limited to, the structure and administration of the legal system. It is evident that at many different societal levels, situations occur that call for the application of due process and rule of law. And time brings changes that make new demands. Nor is the rule of law concept absolute, in the sense that one country can be taken as a model satisfying all of the rule of law requirements. It is a matter of degree. The rule of law can exist to a lesser or greater extent and may be more fully implemented in some areas than in others.

But, the concept is not without content and must not be taken to mean just anything, which is good at law. The rule of law endorses legal protection as a means to achieve freedom and peace. The rule of law provides the core of a just society. It is inseparable from human rights, liberty and democracy. It enables individual citizens to enjoy the rights afforded to them by the democratic society. And the rule of law is not only a concern for the individual. Rather, it is there to protect all and to protect society at large.

3 Derogation and Proportionality Requirements

Whilst the rule of law concept is closely linked to human rights, the two are not the same. The rights to life, liberty, personal integrity and to freedoms of speech and assembly are some of the universal human rights, which the rule of law is required to guarantee. They must not be set aside, unless for specified and recognised reasons and only to a limited extent.

Hence, there are certain situations, e.g. in cases of extreme threats to a nation, which may permit the temporary setting aside of the human rights and freedoms guaranteed by the UN Declaration. Such derogation, however, must be made within the parameters explicitly permitted under the rule of law and must never be contrary to the purposes and principles of the UN. This, in my opinion, is where the conceptual difference between the human rights and the rule of law principles becomes apparent and comprehensible.

The *European Convention on Human Rights*, as do some other instruments of a similar character, gives also a possibility to derogate from certain human rights if it is “*necessary in a democratic society in the interest of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others*”.

So, when a state contemplates to derogate from the citizen’s protected rights, a true state of emergency must be at hand. The measure has to be carried out according to rule of law principles; consequently, clear derogation criteria have to be set and observed. The suspension has to be regularly reviewed, and it has to be limited in time. And, very importantly, if a state finds it necessary to enact a new law that infringes upon human rights, such measure must meet the criteria of proportionality. This means that the measure has to be necessary, efficient and proportionate in the strict sense.

So the question then becomes:

What is the current status of the rule of law paradigm? Is it subject to threats, and is it even attacked so as to be justly described as being in decline?

In answering that question, let me turn to some contemporary threats to the rule of law. As we are all constantly reminded, there are many serious challenges to our societies of today. These threats come from different sources and have disparate roots. Terrorism, the refugee and asylum

situation, climate change, economic challenges, technique development, money laundering, corruption and military aspirations are some examples of phenomena that form obvious challenges to society and to the legislator.

Conflicts of interests that are per se legitimate frequently pose rule of law problems.

Hence, society's interest in stability, law and order, and security of life and property often conflict with due process; moreover, the legal rights of the individual such as integrity and the freedoms of religion and expression frequently raise difficult balancing issues.

Such conflicts of interest are, in my view, today commonly resolved in favour of the interest of security and societal order, over the rule of law interests. It is apparent to me that derogation from certain human rights has often been expanded beyond permissible borders. Lack of proportionality is a recurring feature.

The rule makers have, to a large extent, gradually transformed themselves from rule of law-protectors to rule of law-attackers. This tendency begs the question: What are the principal mechanisms that trigger this problematic development and how do they affect the rule of law?

4 Morality

Morality is obviously a factor that affects the legislator and the rule of law. The concept of the rule of law is expressed in rules, which, from our common experience, have proved to be necessary in a civil and democratic society. This has a clear moral and ethical background. There are many different beliefs and traditions in the world. And there are different views on how such phenomena should be permitted to influence the law and its implementation. Is there a moral responsibility that goes beyond the requirements of the law?

In the European Union, member States are supposed to respect each other's judicial systems. There are, however, vast differences in legal tradition among the EU Member States. Some countries do not have developed traditions in important areas of the law. Some are not entirely used to an independent and non-corrupt judiciary. In matters like criminal legislation, an area that before the Lisbon Treaty was reserved for the national parliaments, this poses a number of problems. The troubling fact is that the rule of law and due process cannot be taken for granted, even in all EU member states. The recent developments in Poland and

Hungary are blunt reminders of a declining, or even conscious neglect, of interest in the rule of law principles. In a system such as the EU, there is an obvious risk that the weakest link becomes the common denominator.

The rule of law requires a judicial system which enjoys public confidence. As to post conflict and postcolonial states, often with developing economies combined with a strong local history and culture, there is of course a need to observe a fair degree of cultural sensitivity.

Nonetheless, there are limits as to how far cultural diversity should be respected in a rule of law context. Permissible limits have to be drawn, of course, so that a society's cultural notions are not allowed to violate fundamental principles of human rights and human dignity. Moral and religious panicking are dangerous powers.

The fundamental human rights as described in the UN Declaration, as evident in its title, are universal in nature. Universality is a fundamental feature of human rights. They are not just local business. The essential elements of the rule of law concept is nothing you can pick and choose from at your own discretion. It is not an *a la carte* menu. This concept of universality must be maintained, albeit some political leaders may conveniently advocate for the idea that human rights should be defined locally. This is particularly common in Asia. However, even in democratic societies built on the rule of law, there are vast cultural differences with regard to institution building and structure of the judicial system. However, these differences must all be compatible with fundamental basic norms.

5 Supranational Norms

In a globalised world, supranational norms become more and more important. This development reduces the legislative discretion of national states. International law has gained power at the expense of state law, by increasingly transferring normative power to transnational organisations such as the UN and the EU. By necessity, the national margin of appreciation has become more limited. In the Western hemisphere, the law has more and more taken the place of religion and morals as a unifying normative power. This is, of course, especially obvious in secular minded countries. The justice system and public order become the common denominator. The common principles of civilised nations gain more recognition and power. With its different cultural and religious traditions and consequently, also different views on what is good morality

and good ethics, it may however be challenging to maintain unified rule of law principles- even within the EU. And legislation originating from non-domestic sources is at risk of not being a mirror of the moral norms in the local society, but instead as foreign imperatives lacking moral and cultural support among large domestic groups of citizens. To overcome such divides, it is quite necessary to cope with cultural sensitivities to dispel the notion that important rule of law principles emanate from “foreign” sources. It would be foolish to suggest that this is an easy task.

6 Terrorism

In recent years, the terror threats have become a very real and recurring phenomena in most corners of the world. Peoples and their leaders are and feel threatened. Such threats naturally may instil deep fears and anxiety. Politicians rightly feel it to be their duty to, quickly and effectively, respond to such threats and deal with such fears. A problem then results from the fact that society’s legislative reaction may be influenced by fear, so as to render the counter measures more dramatic and far reaching than proportionality requires. A proper balance between efficient action and rule of law principles must be observed.

Due to real or perceived terrorist threats, a number of new laws have been introduced with a view to permit secret coercive measures. The Data Retention Directive in Europe and new tools for the police have gained acceptance not only by the legislator, but also by a frightened population. However, as correctly pointed out by the UN High Commissioner for Human Rights, Prince Zeid, when he recently received the Stockholm Human Rights Award 2015:

“Fear is a very bad advisor”.

Initiatives on extended surveillance were taken before September 11. But the terror attacks in New York became a catalyst to drastically increased surveillance, control and, unfortunately, to widespread abuses.

The “war on terror” poses several challenges to the rule of law: Laws that are passed may be disproportionate. They may be too harsh and too intrusive. And laws that were intended to prevent terrorism are subsequently used for an entirely different purpose. Too often, we have seen how new national and international legislation results in serious deroga-

tion from the rule of law, including fundamental human rights principles.

It is of course difficult to strike a proper balance between national security interests and the protection of civil liberties and human rights. The balancing act may be quite delicate. However, the legislator has, in large measure, adopted a strict risk prevention perspective. This is not surprising. But, good intentions in the fight against evil forces always require moderation and balancing against basic societal values. Let me dwell on some topical examples.

The Security Council Resolution on Terrorism following September 11 was adopted on 28 September. This meant a shift in international law. Up to that point, the formation of international law had been the responsibility of the General Assembly. A member state was not bound by a treaty unless it had acceded to it. After September 11, international law has become a task for the Security Council, whose resolutions are binding on all member states. Hence, a Security Council resolution is the supreme legal instrument binding on all UN member states. From a rule of law perspective, it can be questioned whether this is consistent with the ideas behind the UN charter, with regard to the balance of power within the UN and how international law should be prepared and adopted. A recent example of this type of international legislation is the Security Council Resolution on Foreign Terrorist Fighters from 2015.

7 Legislation

The US legislative measures adopted in the so-called “war on terror” included the use of torture for interrogation purposes, combined with an illegal detention and interrogation programme. Guantánamo and secret prisons around the world were established. The CIA has apprehended at least 3,000 people and transported them around the world. Some 100 individuals have been kidnapped on EU territory. These individuals have been transferred to secret CIA detention centres. Some of these centres were located in Europe. Several European countries tolerated illegal CIA activities including secret flights. So did Sweden. An example is the handing over, on Swedish soil, of two Egyptian asylum seekers to the CIA.

The US invasion of Iraq was an act against international law. The presidential drone programme leaves many unanswered legal questions. The US assassination programmes in Afghanistan, Yemen and Somalia place people on kill lists, permitting them to be assassinated on direct orders

by the US President. Such actions are not easily reconcilable with international law as we know it.

The US listing of suspected terrorists, often followed by corresponding UN and EU listings, is another example of due process being blatantly disregarded. Early in October 2001, US police authorities sent out lists of terrorist suspects and suspect terrorist financing to police authorities all over the world. The same type of lists were then passed by the US Government to the UN and the EU. Those lists were not scrutinised by the UN or the EU. In reality, they were just rubber stamped. Those lists were and are still, in fact, treated much like a papal encyclical as a fatwa. Sweden has also contributed its share to the setting of this troubling scene. We all remember how the Swedish citizens of Somali origin were treated.

The demands on the leading democracies must be high. This, however, must not shield the fact that many other nations, China and Russia included, are frequent and most serious transgressors of the rule of law.

The political decision process behind the inclusion of individuals in terrorist lists merits special attention. There is an obvious risk that political opposition groups, anti-globalisation movements and civil rights activists may often become included in very widely framed terrorist definitions. Surely, the ANC would have been classified as a terrorist organisation under the EU Frame Decision on Terrorism. It is telling that an explicit exception from the definition was made for the Resistance Movement in the Second World War. However, it is highly uncertain how more modern, but equally legitimate, groups may be treated. The risk that many will be misclassified as terrorists is only too apparent. Several other equally problematic classification issues are at hand.

The quality of terror legislation, both at international and national levels, has clearly not celebrated much triumph of late. A paradigm shift is about to take place.

New coercive measures, extended surveillance and intrusive wiretapping have been introduced. Under these rules, intrusive measures are permitted to be applied even where no crime has been committed or any suspect has been identified. The police is allowed to obtain communication data for intelligence purposes as a preventive measure. This is a new and troubling trend. Under the Swedish Code of Judicial Procedure, as in other procedural sets of rules, a prerequisite for coercive measures is that wiretapping must be linked to a specific individual and a concrete crime.

Under this new legislation, however, the permitted integrity invasion is no longer based on suspicion against a certain individual because of a

presumed link to a specific crime. Instead, it is based on a risk assessment of an individual's possible future involvement in a crime. This model raises several problems. One obvious problem is how to use data obtained by secret intelligence gathering methods, measured against the standard of proof required in court. There is an obvious temptation for society to resolve that dilemma by lowering the standard of proof required in criminal cases.

It is evident that if states introduce coercive actions against groups of citizens instead of individuals based on what is perceived to be hazardous behaviour, this can also be used against political opponents, religious groups or any other group of boisterous citizens. The risk of stigmatising Muslim groups in the fight against terrorism is a very concrete and topical dilemma. We should not forget the McCarthy period after the Second World War.

8 Integrity

Increased societal surveillance is a threat to integrity and privacy, in spite of considerable legal protection. Respecting personal integrity is a necessity for the individual to enjoy his or her democratic rights. Without protection of integrity and privacy, an open debate becomes more difficult or even impossible.

One effect of surveillance is that it infringes on the integrity of the individual. It also constitutes an infringement upon the values that integrity is supposed to protect. Personal integrity is a prerequisite for independent and critical thinking. It should be seen as a normative limit for the state's influence over the individual. Infringements of integrity can therefore not be effectively counterbalanced by control. Personal integrity is an individual expression of a societal interest and not an individual interest alone. The current undermining of the integrity protection is, in my view, disquieting.

9 Technique

In modern society, there is a risk that the technical imperative tends to become the norm. The legislator wants to do all that the current technique permits the legislator to do. The result is often a shift in application of the law as well as a shift in power. With open ended and imprecise laws, the legislator tends to lose its normative function in favour of the

Executive. Hence, the executive mandate is widened at the expense of the powers of the legislator. The scope of the infringement upon the individual rights can be gradually extended, without the need to change the legislation. This development can have serious rule of law implications.

10 Sanction Lists

Another phenomenon that has gained increasing popularity in the US, the UN and the EU in recent years is the use of sanction lists. Such lists are decided upon in the same way as the kill list and cause the same problems as the terrorist listings. It is apparent that the inclusion process, from the individual's perspective, raises serious concerns regarding the rule of law. The effects of being included on a sanction list may, similar to the terrorist listing, be quite dramatic for the individual. The remedies in cases of wrongful inclusion are very meagre and inefficient indeed. This is especially obvious with regard to the US listings, which are not confirmed by the EU. An example is the following.

Two days before Christmas Day in 2015, a very well respected Swedish lawyer (now a member of the Council of the Swedish Bar Association) was listed on a US sanction list with regard to Russia and Ukraine. His Russian clients were not much appreciated by the US due to perceived links with Mr. Putin. He was informed about being on the list through the media. As of today, he still has not received any information whatsoever from the US authorities. As a result of the listing, Swedish banks have forced him to leave all corporate board of directors, of which he was a member. Otherwise, the banks would not accept his clients as customers of the bank. There is no suggestion that the lawyer himself is guilty of any wrongdoing or unethical behaviour. The decision to list the lawyer carries no effective right of appeal. As a lawyer and a representative of the Swedish Bar, I find this deeply worrying. And this addresses the absence of a vital element of the rule of law.

11 Access to Justice

In order for the rule of law to be efficient, the citizens must have a realistic ability to have their cases heard. Without access to justice, the rule of law becomes merely a nice-to-have concept and ideal. For a right to be meaningful, there has to be a real possibility to seek official redress in case of violation. If the cost for appealing a decision is too high, the state's

decision cannot be effectively challenged. All persons should be assured access to the basic rights of citizenship, and lawyers have a particular duty to assist.

The UN Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted 25 years ago, emphasises that lawyers have a vital role to play in upholding the rule of law by informing the public about their rights and duties under the law and in protecting their fundamental freedoms.

It is therefore a major responsibility for each Bar Association and for the individual lawyer to assume the function of a watchdog on behalf of the citizens in order to supervise the government, parliament and other authorities in defence and promotion of the rule of law. Lawyers have a duty to draw the public's attention to threats to the established rule of law principles, whenever such threats emerge. We should ensure that human rights and the rule of law are always given its proper place in the mindset of the legislator. In order to fulfil this duty, lawyers must be guaranteed independence. And, without independent lawyers, there can be, in reality, no independent courts.

The legal profession today faces several threats from legislators, both at the national and the international level. It is noteworthy that currently in Norway, new legislation on lawyers is being drafted proposing that the Bar, when expressing views on judicial/political issues or commenting on new legislation, must express its arguments in a "balanced way".

And, looking at the wider picture, it is obvious that in far too many countries lawyers are prevented from performing their professional duties according to the Basic Principles. The crackdowns on lawyers in China and Turkey are obvious examples of violations of the Principles.

12 Asylum Legislation

The rule of law issues arising from the refugee crisis are numerous and prevalent in many countries. The building of fences and introduction of state of emergency legislation to prevent asylum seekers from obtaining shelter are occurrences noted by us all. These measures are fresh examples of how short human memory is and how thin the venerated surface of the rule of law concept can be. Already 500 years ago, the question of protection for the asylum seekers was a burning question in Europe.

In the "Book of Sir Thomas More", Shakespeare describes how More, the Lord Chancellor under Henry VIII, received the task in 1517 to address a hostile London mob. The mobsters demanded that the French

and Italian refugees, who had come to England seeking shelter, should be forced to leave the country. It was claimed that the refugees took jobs and money away from the English. The same argumentation took place a 100 years later, when Shakespeare wrote his play. At that time, it was the Huguenots who fled from religious persecution. More appealed in the “Book of Sir Thomas More” to the enraged crowd. He argued from a humanistic perspective:

Imagine that you see the wretched strangers,
Their babies at their backs and their poor luggage,
Plodding to the ports and coasts for transportation.
As but to banish you, whether would you go?
What country, by the nature of your error,
Should give you harbor? Go you to France or Flanders,
To any German province, to Spain or Portugal,
Nay, any where that not adheres to England,
Why, you must needs be strangers. Would you be pleased
To find a nation of such barbarous temper,
That, breaking out in hideous violence,
Would not afford you an abode on earth,
Whet their detested knives against your throats,
Spurn you like dogs, ... this is the strangers case;
And this your mountainish inhumanity.

It is difficult not to draw parallels to the situation of today. The mob of today has strengthened its positions in Sweden and in Europe. Today, the mob is in effect the rule maker.

In my view, the legislator stands to risk abandoning the fundamental principles and ideas underpinning, not only the asylum legislation, but also the human rights and in particular, the children’s perspective. The measures taken to prevent asylum seekers from exercising their rights can clearly be questioned from a rule of law and human rights perspective.

13 To conclude

Sweden, according to World Justice Index, is ranked third, after Denmark and Norway as one of the best countries in the world, when it comes to respecting the rule of law and human rights. We have independent institutions with people of high integrity, and we have little corrup-

tion. Bribery of judges is unheard of. We should be proud of this. Such a society takes a long time to build.

However, Sweden is not without fault. For instance, we are regularly criticised by the UN and the European Council for having suspects, especially young suspects, detained with restrictions for much too long. We are also criticised for our lack of protection of minority groups and for failure to prosecute hate crimes. There are other shortcomings too. Lack of access to justice for large groups in society is another serious problem. In some countries in Europe, the use of secret witnesses has been introduced. I am glad to note that we, in Sweden, are not quite there yet. But strong voices advocate for the introduction of such ideas. Some also propose tampering with evidential minimum requirements – under the motto that “The end justifies the means”.

I finally attempt to answer the question set out in the title of this paper. Is the rule of law a luxury paradigm in decline? As you will have noted, I do not think that the rule of law is a luxury at all. Luxuries are things that can be dispensed with, if so required. Such is not the case with the rule of law. Instead, it is a cornerstone on which civilised society rests. But is it in decline? My answer in 2016 was yes – and no.

When redacting this paper, originally written in 2016, it is all too apparent that since then the rule of law is in even more dire straits than was the case just two and a half years ago. Little progress has been made. On the contrary, in many countries such as China, Venezuela and Brazil, international norms have become negotiable, the rule of law is being manipulated, human dignity is debased, democracy is abused and justice is denied. In far too many countries, corruption and persecution are ignored, where perpetrators are virtually immune.

In the US, there is a growing trend towards discrimination. The troublesome incidents are plentiful under the current administration. An important step in this deplorable direction was taken by President Trump’s Executive order entitled *Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*. The religiously based criteria for admittance of refugees will always be arbitrary and discriminatory in nature. The termination of the *Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA)* programme is nothing but inhumane under any reasonable standard. Another example is the decision to ban transgender people from serving in the US military.

The US administration’s daily attacks on journalists and the free press are also deeply worrying. So is the lack of respect for the independence of the judiciary and the rule of law. The President’s remarks referring to

the US District Judge James Robert as a “so-called judge” and the President’s criticism of the US District Judge Gonzalo Curiel for his “Mexican heritage” are reminders of how thin the rule of law surface is, even in a great and powerful nation. In addition, the US has reduced the funding of UN humanitarian causes and announced its withdrawal from the Human Rights Council. The US has also decided to withdraw from the Paris Agreement. In my capacity as the incoming co-chair of the International Bar Association Human Rights Institute, I am proud to note that two letters to the US President have been sent highlighting the severe situation in the US from a rule of law and human rights perspective. This is particularly troubling when it occurs in the world’s largest democracy and, to all born in the aftermath of the Second World War, the historical bulwark against tyranny and oppression.

Adding to this deploring development, the UN Security Council, subjected to the veto rights of the great and the powerful, has utterly failed in its task to uphold peace and security. This seriously harms the credibility of the UN system and does not bode well for the future.

The rule of law is frequently threatened. Attacks come from different directions. Some rest on ignorance and lack of reflection. Others are malign in intent. However, they are both dangerous. I hope that the modern civilised society has reached a degree of sophistication where good forces are and will remain capable of standing their ground. But the struggle is perpetual, and we must all do a bit of soldiering to defend it. So, my answer at this point must be that overall, the rule of law is increasingly in decline.

Outi Suviranta

I gränslandet mellan den europeiska integrationen, förvaltningsverksamheten och förvaltningsrättskipningen*

I.

För drygt hundra år sedan inrättades en ny professur vid det Kejsrerliga Alexanders Universitetet, vilket sedermera blev Helsingfors universitet. Det var en professur i förvaltningsrätt. Till den nya tjänsten utnämndes K.J. Ståhlberg. Ämnet för hans installationsföreläsning år 1908 var, med hans egna ord, nya fenomen i gränslandet mellan förvaltningen och rättskipningen, nämligen ”förvaltningsrättslig rättskipning”.¹

Ståhlbergs ämne var på många sätt aktuellt. I det ryska Storfurstendömet Finland hade det förberetts ett utkast till en proposition om grundandet av en särskild Överförvaltningsdomstol. Ståhlberg, som inte bara var en rättslärare, utan också en politiker, hade själv varit med och förberett utkastet i egenskap av senator i Leo Mechelins senat, vilket med nutida begrepp kan sägas vara statsråd i Mechelins regering.

Ämnet för Ståhlbergs föreläsning var aktuellt inte bara i Finland. I olika europeiska länder hade det från och med 1860-talet grundats särskilda förvaltningsdomstolar för förvaltningsrättskipning. Tidigare hade

* Uppsatsen baserar sig på den föreläsning som skribenten höll vid juridiska fakulteten vid Uppsala universitet i samband med vinterpromotionen 2013. Samtidigt baserar den sig på hennes installationsföreläsning vid Helsingfors universitet som publicerats i tidskriften *Lakimies* 1/2009 *Euroopan integraation, hallinnon ja lainkäytön rajamailta* s. 130–136.

¹ K.J. Ståhlberg: *Hallinnon ja lainkäytön rajamailta*, *Lakimies* 1909 s. 17–26.

det varit antingen regenten eller förvaltningsmyndigheterna som hade tagit hand om dessa uppgifter. I dåtida Finland var det framför allt länsstyrelserna och ekonomiavdelningen i senaten (med nutida begrepp ”regeringen”) som var ansvariga för förvaltningsrättslig rättskipning. Helhetsbilden av den förvaltningsrättsliga rättskipningen var dock, med Ståhlbergs ord, oredig och outvecklad.

Den planerade Överförvaltningsdomstolen grundades emellertid inte under autonomitiden eller Finlands tid som del av det ryska kejsardömet. Den ryska regenten tog snart efter Ståhlbergs installation igen ett hårdare grepp av storfurstendömet. De politiska omständigheterna var överhuvudtaget inte ägnade för rättsliga reformer.

Tio år senare, år 1919, snart efter det att Finland år 1917 blivit självständigt, grundades det dock en domstol för förvaltningsrättslig rättskipning, det vill säga Högsta förvaltningsdomstolen. K.J. Ståhlberg, som åter igen hade varit aktiv i beredningen av reformen, blev domstolens förste president. Han hann dock bara utöva detta domarämbete i några månader innan han blev vald till den nya republikens förste president.

K.J. Ståhlberg konstaterade, som sagt, i sin installationsföreläsning som professor att helhetsbilden av den förvaltningsrättsliga rättskipningen var ”oredig och outvecklad”. I hundra år har i Finland den inhemska lagstiftningen på området utvecklats avsevärt. I dag är det förvaltningsdomstolar som huvudsakligen svarar för förvaltningsrättskipning. Regionala förvaltningsdomstolar är allmänna förvaltningsdomstolar i första instans och Högsta förvaltningsdomstolen i andra och sista instans. Domstolarnas sammansättning och kompetensfördelning dem emellan är reglerad genom lag, vilket också gäller rättsskyddsmedel i förvaltningsrättskipning och förfarandet i detsamma. ”Oredig och outvecklad” är inte adjektiv som beskriver dagens läge i förvaltningsrättskipning i Finland.

Från och med 1990-talet har dock den europeiska integrationen haft ett avgörande inflytande på gränslandet mellan förvaltningen och förvaltningsrättskipningen. Finland blev medlem i Europarådet så sent som år 1990 och blev först då bundet av Europakonventionen. Finland blev medlem i den Europeiska Unionen samtidigt med Sverige år 1995. Båda dessa steg har på många sätt inverkat på såväl den offentliga förvaltningen som på förvaltningsrättskipningen i Finland.

För det första har den struktur som gäller för regelverket inom förvaltning och rättskipning förändrats. Samtidigt har en stor del av regelverkets innehåll ett europeiskt – och inte inhemskt – ursprung. För det andra är det inte bara de inhemska myndigheterna och domstolarna som med

sina åtgärder och beslut kan inverka i medborgarnas rättsliga förhållanden. Vid sidan av Finlands myndigheter och domstolar har vi här även den Europeiska kommissionen och olika EU-byråer samt domstolarna i Luxemburg och Strasbourg som med sina åtgärder och beslut har ett påtagligt inflytande på den enskildas förvaltningsrättsliga position.

I Finland har vi under de senaste decennierna vid sidan av den europeiska integrationen också haft stora inhemska reformer. År 2000 fick vi en ny grundlag, Finlands grundlag, och redan fem år tidigare hade det i regeringsformen, den gamla grundlagen, införts ett nytt kapitel om de grundläggande fri- och rättigheterna. Allt detta har lett till det att normer på grundlagsnivå har avsevärt mer betydelse i förvaltningen och i domstolarna.

I Ståhlbergs installationsföreläsning och i den rättsliga verklighet som föreläsningen återspeglar kan man identifiera en intressant jämförelsepunkt i förhållande till dagens förvaltningsrättsliga forskning och dess rättsliga sammanhang. I det följande skall jag koncentrera mig på tre frågor. Först skall jag litet närmare redogöra för hur den europeiska integrationen har förändrat Ståhlbergs forskningsobjekt, dvs. det regelverk som tillämpas i förvaltningsverksamhet och i förvaltningsrättslig rättskipning i Finland. Efter det skall jag säga någonting om frågeställningar och metoder i förvaltningsrättslig forskning. Huvudfrågan är på vilket sätt man kan iaktta den europeiska integrationen i rättsvetenskapen. Min tredje fråga kopplar de tidigare iakttagelserna till rättsstaten eller till vissa normativa uppfattningar om den. Hur syns de i förvaltningsrättslig rättskipning och i förvaltningsrättslig forskning? Hur förändrar sig den rättsstatliga förvaltningsrätten i en övernationell omgivning?

II.

Den förvaltningsrättsliga rättskipningen har i dag i stort sett samma centrala funktioner och syfte som för drygt hundra år sedan. För det första skall den enskilda genom förvaltningsrättskipning erbjudas rättsskydd, det vill säga att deras rättigheter på den offentliga rättens område skall tryggas. För det andra skall med hjälp av förvaltningsrättslig rättskipning – åtminstone i viss mån – säkerställas, att regelverket upplevs och förverkligas också till den del som inte omfattar några rättigheter för de enskilda. Förenklat kan man säga att det i den förvaltningsrättsliga rättskipningen gäller att klarlägga och trygga att förvaltningsmyndigheter fattar rättsenliga beslut, eller med andra ord, att trygga förvaltningens lagenlighet.

Från Ståhlbergs dagar ändå till 1990-talet tillämpade Finlands förvaltningsmyndigheter Finlands inhemska regelverk och fattade beslut som inverkade på de enskildas rättsliga ställning i Finland. I förvaltningsrättskipningen prövade man sedan på grund av besvär om besluten var riktiga. Bestämmelser om förvaltningsmyndigheters och rättsskipningsmyndigheters uppgifter och behörighet, såväl som bestämmelser om rättsskyddsmedel och förfarandet, fanns i inhemsk lagstiftning.

I EU:s medlemsstat Finland tillämpar förvaltningsmyndigheter såväl inhemska normer som europeiska normer som gått in i varandra. Till exempel i jordbruksförvaltningen och i tullen fattas åtskilliga beslut direkt på grundval av europeiska förordningar. I miljöförvaltningen tillämpas ofta inhemska regler som har fått sitt innehåll från EU:s direktiv. Alla beslut som Finlands förvaltningsmyndigheter fattat, kan överklagas till Finlands organ för förvaltningsrättskipning, vilket idag i huvudregel sker till förvaltningsdomstolar. Dessa domstolar klarlägger om beslut är riktiga på grundval av det i Finland gällande regelverket, som består av såväl inhemska som europeiska normer. Om giltigheten eller tolkningen av EU:s normer förorsakar problem i en förvaltningsdomstol, kan den begära förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol i Luxemburg.

I förfarandet vid Finlands förvaltningsdomstolar tillämpas i regel inhemsk rätt även om besvär skulle gälla beslut som inhemska myndigheter gjort genom tillämpning av EU:s regler. I EU-rätten talar man här ofta om principen om medlemsstaternas processuella eller institutionella autonomi. I vissa ärendegrupper, som till exempel beträffande offentlig upphandling, finns det på EU-nivå utförliga bestämmelser om förfarandet på det medlemsstatliga planet. I några andra ärendegrupper innehåller EU:s förordningar eller direktiv vid sidan av de materiella bestämmelserna även några enstaka regler om förfarandet. När sådana regler finns, så har de företrädare framför inhemska reglerna. Därutöver är det möjligt att det ur EU-domstolens rättspraxis utan några specifika EU-regler om förfarandet, härleds EU-rättsliga krav på förfarandet eller rättsskyddssystemet i medlemsstaterna. Jag tänker på likvärdighets- och effektivitetsprinciperna och hur dessa principer konkretiserats av EU-domstolen.

Jag skall här ge några exempel. Det är möjligt att EU-rätten kräver att tillträde till domstolen, *access to court*, garanteras på det nationella planet även i sådana situationer när det inhemska systemet inte skulle garantera det. En näringsidkare bör kanske medges besvärsmätt över beslut som gäller hans eller hennes konkurrent. även om näringsidkaren i fråga enligt det inhemska regelverket inte skulle ha besvärsmätt. EU-rätten kan kräva

överklagbarhet av sådana beslut som enligt det inhemska regelverket inte skulle vara överklagbara därför att beslut i frågan skulle anses utgöra endast beredning. Det har också diskuterats både i Sverige och i Finland huruvida EU-rätten kräver *access to court* när myndigheterna är passiva och inte fattar beslut som de borde fatta, nyckelordet är här ”dröjsmålstan”.

Vid sidan av tilläggskrav på tillträde till domstolen härleds från det europeiska planet även krav som gäller ställning och sammansättning av de organ som är ansvariga för rättsskyddsfunktioner eller förvaltningsrättskipning på det nationella planet. Jag tänker här framför allt på krav som Europakonventionen – och sedermera även EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna – ställer. Vissa ärenden skall behandlas av organ, domstolar eller tribunaler som är ”oavhängiga och opartiska”. Kravet på ”rättvis rättegång” skall följas. Närmare innebörd av adjektiven och attributen ”oavhängig och opartisk” framkommer av Europadomstolens rättspraxis. Detsamma gäller kravet på en ”rättvis rättegång”. I Finland har i förvaltningsrättskipning till exempel kravet på hörandet av parten varit en traditionellt stark princip. Trots detta har praxis från Strasbourg förstärkt och modifierat denna princip i många punkter.

Hittills har jag med breda penseldrag skissat några huvudlinjer för den europeiska integrationens inverkan på förvaltningsrättskipningen när Finlands förvaltningsdomstolar prövar besvär över beslut som Finlands förvaltningsmyndigheter fattat. Eftersom decentralisering är huvudprincip när det gäller genomförande av EU:s politik och regelverk i EU:s medlemsstater, utgör det som redan skissats den mest betydande delen av den europeiska integrationens inverkan på det förvaltningsrättsliga rättsskyddssystemet i en medlemsstat. För att få en helhetsbild av förvaltningsrättskipningen i en medlemsstat måste man dock kartlägga även hur rättsskydd garanteras när kommissionen eller EU-byråer fattar förvaltningsbeslut som har inverkan på de enskilda – människor eller företag – i EU:s medlemsstat.

När kommissionen enligt centraliserad modell fattar förvaltningsbeslut vars adressat är i Finland, kan de enskilda i huvudregel inte vända sig till Finlands förvaltningsdomstolar för att få rättsskydd. Enligt ”avskiljningsprincipen” – jag är inte säker vad principen heter på svenska eller om den överhuvudtaget används i svensk litteratur – är det EU:s domstolar som ger rättsskydd i relation till EU:s organ, och medlemsstatens domstolar som ger rättsskydd i relation till medlemsstatens myndigheter och organ.

Den beskrivna huvudregeln blir svårtillämplig i fall där det inte bara är förvaltningsmyndigheter i en medlemsstat eller på EU-nivå som be-

handlar ett förvaltningsärende. Det krävs allt oftare samarbete mellan förvaltningsmyndigheter från olika medlemsstater, och mellan inhemska förvaltningsmyndigheter och kommissionen eller EU-byråer. Det kan vara fråga om utbetalning av ekonomiska bidrag ur EU:s medel eller tillträde till marknaden för vissa produkter. Då är det inte alltid lätt att säga på vilket sätt rättsskydd borde förverkligas. EU-domstolen har ändå fastställt att EU-rätten i alla fall kräver att det nationella rättsskyddssystemet och EU:s rättsskyddssystem tillsammans skall tillförsäkra rätten till ett effektivt domstolsskydd på ett omfattande sätt. EU-domstolen har vidare konstaterat, förenklat sagt, att såvitt EU:s rättsskyddssystem inte tillförsäkrar det effektiva rättsskyddet på ett omfattande sätt, åligger det medlemsstaterna att tillförsäkra att systemet som en helhet gör det. Här ställs starka krav på det medlemsstatliga rättsskyddssystemet.

III.

K.J. Ståhlberg konstaterade i sin föreläsning för drygt hundra år sedan att förvaltningsrätt i många länder var föremål för livlig forsknings- och läroverksamhet. I Frankrike hade förvaltningsrätten utvecklats till ett eget vetenskapsområde redan från och med början av 1800-talet. I Tyskland hade rättsområdets starkare utveckling börjat när det Tyska rikets enande kom till stånd under andra hälften av seklet. Till Finland kom den moderna förvaltningsrätten först – eller redan, beroende på perspektiv – kring sekelskiftet mellan 1800- och 1900-talet.

Jag tycker att det är intressant att se vad Ståhlberg behandlar när han tar upp gränslandet mellan förvaltningen och rättskipningen i Finland.

Ett centralt tema i Ståhlbergs föreläsning är framställandet av den tyska och den franska diskussionen som gällde förvaltningsrättslig rättskipning och den begreppsapparat som användes i juridiken i dessa länder. Ståhlberg prövar till vilken del och i vilken omfattning man bör eller kunde införliva dessa begrepp i Finlands förvaltningsrätt och på vilket sätt den i Finland gällande rätten kunde samtidigt utvecklas. Den rättsliga receptionen från det kontinentala Europa gällde framför allt de sätt på vilket man gjorde den förvaltningsrättsliga rättskipningen begreppslig. Samtidigt fungerade rättsvetenskapen som en kanal för att i Finlands gällande rätt omfatta delar av det normativa innehållet i de främmande rättssystemen.

Inhemska författningar eller inhemsk förvaltningspraxis eller rättspraxis hade ingen större betydelse i Ståhlbergs framställning. Under auto-

nomitiden hade utvecklingen av rättssystemet och lagstiftningen kommit efter utvecklingen i Västeuropa i övrigt.

Om man jämför situationen med hänsyn till forskningsmaterialet med den nutida, är skillnaden markant. I dag finns det vanligtvis såväl inhemsk som europeisk lagstiftning och rättspraxis. Problemet i forskningen är snarare det att det finns för mycket material som dessutom ökar hela tiden.

I forskningen av förvaltningsrättslig rättskipning syns den gemensamma europeiska rätten särskilt i analyser som gäller rättens ytnivå: vi analyserar europeiska bestämmelser och stadgor och rättspraxis som vidareutvecklar dessa. Vi försöker lägga ett enhetligt pussel som består såväl av dessa europeiska som av motsvarande inhemska pusselbitar. Vi överväger om den inhemska rätten är förenlig med den europeiska rätten och analyserar möjliga spänningar dem emellan.

Rättsvetenskapen har inte längre samma starka roll för gestaltandet av den gällande rättens innehåll som den hade före Finlands självständighet i slutet av autonomitiden. Inte minst lagstiftarens aktivitet har minskat rättsvetenskapens betydelse i denna fråga. Vid sidan av lagstiftningen är det de europeiska domstolarna i Luxemburg och Strasbourg som genom sin praxis har en viktig roll för att skapa och precisera den gällande rättens innehåll.

Den rättsvetenskapliga forskningen har enligt min mening en ny viktig uppgift i att försöka sammanföra den europeiska rättsliga ytan – författningar och rättspraxis – med ett mer traditionellt inhemskt sätt att tänka om rättsliga fenomen och göra dem begreppsliga. Det här är dock inte alltid möjligt utan vissa problem. Tänker man till exempel på det paneuropeiska kravet att den enskilda skall ha tillgång till domstolen när förvaltningen är passiv eller dröjer med beslutsfattandet. Finlands förvaltningsrättsliga rättsskyddssystem garanterar inte rätt till domstolsprövning i dylika fall. Ur allmän europeisk synpunkt har vi här en klar lakun eller ett tomrum. För forskningen är det intressant att försöka klargöra om denna skillnad på rättens yta återspeglar några djupare och mer principiella skillnader mellan vårt rättsliga tänkande och det kontinentala rättsliga tänkandet. Svårigheterna att förena rättens paneuropeiska yta med vårt inhemska rättssystem kan kräva att vi tar ett steg tillbaka och noggrannare granskar begreppsliga frågor och frågor som gäller de allmänna lärorna, vilka vi annars inte problematiserar utan tar för givna. Det är sedan möjligt att för att förstå det egna tänkandet måste man undersöka även den historiska utvecklingen av rätten.

IV.

Ett centralt tema i Ståhlbergs installationsföreläsning var rättsstaten, en stat som är ordnad genom lagen, och dess förhållande till förvaltningsrättslig rättskipning.

Legaliteten i förvaltningen var för Ståhlberg utgångspunkten för den rättsstatliga förvaltningen. Först i en stat som omfattar legalitetsprincipen är det möjligt att göra en skillnad emellan förvaltningsverksamhet och förvaltningsrättskipning, såväl funktionellt som organisatoriskt. Det ingick i Ståhlbergs praktiska rättsstatliga och rättspolitiska målsättningar att grunda en särskild Överförvaltningsdomstol i Finland och att på det viset organisatoriskt skilja på förvaltning och förvaltningsrättskipning i högsta instans. Som jag redan tidigare nämnde blev det dock ingenting av dessa idéer under de politiskt spända slutåren av autonomitiden.

I Finland har avskiljandet av förvaltningsverksamhet och förvaltningsrättskipning från varandra genom organisatoriska strukturer, varit ett långt och mångfacetterat händelseförlopp som egentligen fortfarande pågår. Jag tar här endast upp ett särdrag i detta händelseförlopp. Det gäller frågan om de oavhängiga och de opartiska domstolarnas roll i det förvaltningsrättsliga rättsskyddssystemet.

Både i Finland och i Sverige har det traditionella tänkandet och den gällande rätten i denna punkt avvikit från traditionen i de flesta andra europeiska länder. I våra båda länder har vi haft en stark tradition av myndighetsrättskipning. Det var länge överordnade myndigheter som även fungerade som rättskipningsorgan. I Sverige var regeringen i många ärendegrupper den sista instansen i förvaltningsrättskipning – eller kanske ansågs det inte vara fråga om rättskipning men förvaltningsverksamhet, när regeringen som sista instans fattade beslut om besvär i förvaltningsärenden? I Finland hade vi i princip Högsta förvaltningsdomstolen som sista instans. Vi hade dock många besvärstörbud, och på det sättet var det inte alltid möjligt för de enskilda att komma till domstolen med sina besvär.

I nordiska sammanhang – i Nordiska juristmöten och i den Nordiska Administrative Förbundets allmänna möten – hade särskilt norska rättslärda fäst uppmärksamhet vid rättsläget i Sverige och Finland redan på 1930- och på 1950-talet. Utgångspunkten för norrmän var just i rättsstatstänkandet. De norska rättslärda var klara om än diplomatiska i sin kritik. De menade att i en rättsstat är det oavhängiga domstolar – allmänna domstolar eller särskilda förvaltningsdomstolar – som bör över-

vaka legaliteten i förvaltningsverksamheten. Medborgarna bör få skydd för sina rättigheter också gentemot myndigheterna genom domstolarna.²

Det var huvudsakligen samma kritik som norrmän hade givit Finland och Sverige redan på 1930- och 1950-talet, som sedan på 1980-talet åter träffade Sverige på ett europeiskt plan då Europadomstolen meddelade fällande domar för Sverige, därför att det inte var möjligt att till domstol ta vissa förvaltningsärenden som avsåg den enskildes rättigheter eller skyldigheter. I Sverige och i Finland hade man av tradition inte ansett att detta vara ett principiellt problem.

Under de senaste 40 år har det rättsliga tänkandet förändrats i Finland och Sverige. Nu uppfattar man också i Finland rätten att få sitt förvaltningsärende behandlat av en oavhängig domstol som en hörnsten i rättsstaten. Samma krav ställs ju även av EU-rätten, ursprungligen på basis av Europakonventionen och den så kallade gemensamma konstitutionella traditionen hos medlemsstaterna, såsom denna tradition alltså tolkas genom Luxemburgdomstolen.

V.

Till följd av den europeiska integrationen kan man anse att det förvaltningsrättsliga rättsskyddssystemet i Finland i dag är en rätt mångsidig och komplicerad helhet. När de europeiska och de inhemska bestämmelserna går in i varandra, vävs också in i varandra generellare europeiska och inhemska föreställningar om den offentliga förvaltningen och om domstolarna. Det vävs också in olika uppfattningar om förvaltningens och förvaltningsrättskipningens uppgifter och roller i staten och i samhället samt om maktfördelningen dem emellan.

Kanske den största skillnaden mellan dagens läge och situationen i slutet av 1800-talet, under K.J. Ståhlbergs tid, är den att den nu integrerade överstatliga rätten ställer direkta normativa krav på den nationella rätten. De nationella rättssystemen och de överstatliga systemen har idag i Europa ett mycket starkt fundament i ett rättsstatligt tänkande som framhäver rättsskydd för de enskildas rättigheter. Samtidigt är det möjligt att grundprinciper med samma beteckning har delvis avvikande innehåll i EU-rätten, i rätten som gäller Europakonventionen och i olika nationella rättssystem. Tänker vi på fastställandet av innehållet av rätts-

² Se närmare Outi Suviranta: Rätten till domstolsprövning när förvaltningen är passiv, s. 375–376, Nordisk Administrativ Tidsskrift 2003, s. 370–383.

systemet, märker vi att bilden också här har fått nya drag. I Ståhlbergs tid, särskilt efter Finlands självständighet, blev den gällande rättens innehåll lätt det som en juristprofessor ansåg det vara. Det var på sätt och vis fråga om självförverkligande prognoser. Det var sannolikt att myndigheterna och domstolarna accepterade och genomförde en professors uppfattning. Idag är inte ens domarna i de högsta domstolarna i Finland eller i Sverige i ett sådant läge i vilket de auktoritativt kan säga vad innehållet av rätten i landet är, om saken har europarättsliga dimensioner.

Vad är då gemensamt för förvaltningsrättslig forskning idag och för hundra år sedan? Både då och nu var och är växelverkan och samspel med utländsk rättsvetenskap mycket viktigt och fruktbart. När man läser Ståhlberg, märker man genast att växelverkan med utländsk rätt var ryggrad i forskningen även om förvaltningsrättens forskningsobjekt var den inhemska gällande rätten. Ståhlberg var receptiv och antog centrala mellanuropeiska begrepp och principer som fundament för det i Finland nya rättsområdet, det vill säga förvaltningsrätten.

I dagens värld som förändrats och förändras genom integration kan vi själva ta del i den internationella diskussionen som gäller allmänna läror för en europeisk förvaltningsrätt. Vi kan också dra nytta av diskussioner som drivs i, och resultat som nås av, större rättsliga samfund och gemenskaper med ännu fler forskare än tidigare. Dessa resultat kan gälla till exempel frågeställningar för forskningen och hjälpmedel för analyser. På dessa kan vi bygga våra egna arbeten om den egna nationella förvaltningsrätten eller den övernationella förvaltningsrätten.

Det finns intressanta uppgifter såväl i forskning som i praxis i gränslandet mellan den europeiska integrationen, förvaltningsverksamheten och förvaltningsrättskipningen.

Neil Walker

Law Unbounded?*

1 Of Law and Boundaries¹

Historically, boundaries, and in modern history the particular boundaries associated with states have been vital framing devices for law. They have been so not just in the literal sense of encasing and enclosing legal authority – of delimiting legal jurisdiction. More broadly, they invite and enable a whole way of thinking about and of realizing law, one that involves a broad set of benefits and opportunities on the one hand and of limitations and dangers on the other. Today with the increasing globalization of trade, capital markets, human mobility, information systems, political structures and cultural forms and the development of forms of order that escape established patterns of public authority,² it is widely accepted that legal boundaries, though very far from irrelevant, are not what they once were. The aim of this discussion is to investigate some of the normative implications of this shift, with particular reference to the trans-boundary movement and reception of law.

Both the general idea of boundedness and a particular way of specifying boundaries figure large in the construction of law in the so-called Westphalian system of sovereign states of the fading age of high modernity. In the received and stylized version of the Westphalian model,

* This is a lightly revised and updated version of my inaugural lecture on receiving an honorary doctorate from the University of Uppsala in January 2011.

¹ For a fuller treatment of some of these themes, see Walker (2015). For an insightful philosophical meditation on the ‘bounded’ condition of law, see Lindahl (2013).

² According to Dieter Grimm, adopting similar language, these various developments involve the erosion of the two ‘constitutive borders’ (Grimm, 2010:12) of modern constitutional statehood; namely, those lying between the state territorial ‘inside’ and ‘outside’ and those lying between the realm of general public power and private entitlement.

constitutional law registers as the highest and encompassing law of the sovereign state, understood as a coincidence of people, territory and government arranged into a monopolistic authority system which stands distinct from and independent of other such coincidences of people, territory and government and their monopolistic authority systems. Considered globally, the various state constitutional sites established a pattern of mutually exclusive frameworks of original authority. International law – on this version at least, although there are more robust readings of its modern development – was very much a secondary order of law, parasitic upon state constitutional authority. It was little more than the law *between* sovereign states, and as such it both acknowledged these sovereign states as its presumptive authors and understood its threshold purpose to be the very preservation of the very system of sovereign states.

The idea of boundaries enters into this picture in various ways, and this has a number of implications for the overall character of law in the Westphalian system of states. Let us examine this step by step. First, one of the key defining characteristic of the legal-normative order of the modern state is that it refers to something discrete, singular and holistic, possessing an identity and integrity of its parts that distinguishes it from other legal systems; and, therefore, that it presupposes an idea of boundedness. That is to say, whatever it is that provides a discrete legal order with whatever coherence it has *qua* legal order must also incorporate a demarcating element, something that allows us to differentiate between what is internal and what is external to the legal order. Secondly, however, the two more particular defining characteristics of sovereign states – namely that, looking inwards, they possess an internally monopolistic character and that, looking outwards, they be independent of and so non-dependent upon other state normative orders – necessarily imply that the specification of the boundaries of these state normative orders, and so of their limits, can in the perspective of the state sovereigns only ultimately be an exercise in *self*-limitation. But thirdly, then, how can the possession of these twin characteristics by *each* sovereign order – monopoly and independence – be made consistent with the retention of these same characteristics by *all* sovereign orders? Do the pursuit of monopolistic authority and the refusal to defer to any external constraint by some sovereigns not undermine the capacity of other sovereigns to enjoy internally monopolistic and externally unconstrained authority?

It is in answer to that question – the old question of the possibility of anything properly and stably legally-normative arising and subsisting

between sovereigns – that the idea of territory becomes so important in fleshing out the notion of legal and political boundaries under the state system. The organizing principle of the territorialization of authority is one of spatial demarcation. Its suitability to the Westphalian system of sovereignty is a function of three factors. One, it has an unconditional and so absolute quality – jurisdiction is presumptively possessed over just whoever is physically in the territorial area without exception of person or subject-matter except what might be specified in themselves *sovereign*-consented rules of public or private international law. Two, the absolute character of the demarcation is consistent with an idea of mutual exclusivity and so mutual possibility; sovereignty, therefore, is not a zero-sum attribute but one that may be reciprocally accomplished. Three, such reciprocity is encouraged by the symmetry of the territorial condition – the conditions of sovereignty under the basic territorial principle are not just mutually possible but also identical for all parties.

2 The Territorial Principle and the Constitutional State

The territorial principle, in short, is vital in guaranteeing both the internal monopolistic dimension of state sovereignty and also the external dimension – the framework of mutual accommodation through which the variety of sovereign authorities can co-exist without the (sovereignty-denying) imposition of a higher global sovereign. Yet the territorial conception of boundaries has other significant effects upon the modern development of law within the state. To begin with, the quality of law that the territorial state nurtures is quite different from that associated with pre-territorial conceptions of rule. In pre-state forms, legal and political authority tended to be status-based and embedded within the existing hierarchy of social relations. Such status, whether derived from charisma, dynastic descent, divine endowment, or military or other virtue, and whether or not labeled ‘sovereign’, tended to be understood in a relational and multi-layered fashion, as involving a network of connections of loyalty and allegiance between social inferiors and superiors. By comparison, under the rubric of a territorial sovereignty involving a singular and abstract title to rule and a comprehensive scoping of persons and things within the territory, law becomes impersonal in its relations, clear and economical in the assumption and communication of its jurisdic-

tion, and standardized in its method of rule. In turn, these various factors have an ambivalent significance. They serve to increase the social power of law – rule *by* law, but also to encourage the kind of generalization of legal coverage of the state and society and formal equality and uniformity of treatment we associate with the rule *of* law.

In the second place, even though the state of territorial sovereignty predates the constitutional state founded on popular sovereignty, the former supplied some of the structural and cultural conditions that made the latter possible. Structurally, the internally monopolistic and externally non-dependent quality of the container of territorial sovereignty may initially serve the pattern of top-down absolutist rule. Yet in its refusal of limits other than *self*-limits it can equally serve the ideal of collective self-rule, with the acted-upon ‘multitude’ of the absolute state transformed into the self-acting ‘people’ of the constitutional state. What is more, at a deep cultural level, the development of law’s generalizing and standardizing qualities helps feed the core notions of individual freedom and equality, from which the high modern aspiration – and variable achievement – of the constitutional self-government of a single-status community emerges.

When the constitutional state does so emerge, this second incarnation of the territorial state has three key distinguishing features. First, there is originality of collective agency, referring to the idea of such constitutional self-government as the product of an irreducible *pouvoir constituant* or constituent power – a power that resides in ‘the people’ conceived of as a non-derivative and unencumbered source. Indeed, in the tradition of foundational, documentary constitutionalism, this original power is not simply a retrospective construction, a popular homologation of non-popular origins, but through the work of constituent assemblies, popular conventions or other constitution-making devices, may inform a process of active collective authorship. Secondly, there is the equiprimordiality and symbiosis of public and private autonomy, with political voice and civic freedom each the condition of the other and each equally crucial to the realization of the core underlying values of freedom and equality. Thirdly, there is primacy of political identity, referring to a deep aspect of political culture – to the idea that the governing political persona of the individual subject is that of citizenship of the state polity, and that such citizenship announces the general associative bond in terms of which particular interests and beliefs are articulated and negotiated and other commitments and loyalties are circumscribed. In other words, the constitutional state

contains and cultivates the three desiderata of popular self-authorization, a balance between public and private freedom, and the development of a governing form of legal and political identity *qua* citizen which provides both a key status of membership and the sense of affinity and commonality that helps make the polity an effective engine of power. In so configuring itself, the constitutional state, we should stress, is just as dependent on territorial boundaries as its predecessor. Territory is instrumental in defining and confining the people as subject, the citizenry as object, and the relevant sphere of public autonomy. (Walker, 2017)

So, to recap, the notion of boundaries is important under the Westphalian order in developing the idea of the sovereign state with monopolistic and exclusive authority, in nurturing the rudiments of the *Rechtsstaat* or Rule of Law, and in providing an amenable juridical environment for the movement from absolutism to constitutionalism, complete with popular sovereignty, a mix of private and public autonomy, and an idea of citizenship as an earnest of political agency and equality and a key part of the motivational glue of effective political community. In such a vision, boundaries, or at least the key legal boundaries, tend to be state-wide and so sparsely distributed within a territorially coded global ‘map’ of law; they tend to be relatively settled; they tend to be mutually exclusive and reinforcing; and the exclusivity of their location of the legal subject inside or outside a particular polity tends to be deeply consequential for that legal subject and her life-chances.

This raises a number of major normative challenges. First, just because they *are* so consequential, much turns on the precise specification of state boundaries. Yet this is a specification which is logically prior to any of the social and political cues – a constitutional expression of popular sovereignty, a sense of common citizenship, which might serve to justify its terms, even if these cues often reinforce the original specification once in place. There is something inevitably and irreducibly arbitrary, therefore, about the initial cut, an arbitrariness that is exacerbated by the self-reinforcing tendency. Secondly, in pluri-ethnic or pluri-national communities or communities otherwise divided in terms of the ingredients of active collective identity and affinity, the wider political community of the state may fail the common legitimation and motivation test and be vulnerable to fracture. Conversely, in the name of integration the political community of the wider state may be insufficiently accommodating of difference for minorities located within the boundaries.

Thirdly, and of more immediate relevance to the present discussion, there is a reverse problem for the outsiders. Just as it may be difficult to justify the structural tendency of the territorially-coded Westphalian system to treat all insiders equally, it is quite as difficult to justify the corresponding structural tendency both for the 'inside' or 'own' legal order to treat all outsiders (non-citizens) unequally to insiders, and, more broadly and even more profoundly, for our own legal order to treat its insiders in a manner that is non-equivalent to how all other legal orders treat all 'our' outsiders as 'their' insiders (Shachar, 2009). For, of course, if the legal rights and obligations of free and equal individuals flow from membership of a particular and bounded political community, there can be no guarantee of equivalence of legal treatment of equally free and equal individuals who happen to be citizens of other particular and bounded political communities. Here, we encounter perhaps the most vivid paradox of the modern legal global architecture and its treatment of boundaries. *The very background modern premise of the moral primacy of the free and equal individual, which premise justifies their collective agency through popular sovereignty with its strong self-determining particularity, also has universalist or cosmopolitan implications – a sense of being tied to the human condition itself rather than to some special status or situation in the order of things*³. *And these implications in turn suggest the kind of equivalence or commonality of treatment across boundaries which the prevalence of just that model of popular sovereignty is likely to frustrate.* Common treatment across sovereign boundaries is instead dependent upon the contingency of international legislation, again in the gift of state sovereigns and so effectively inter-particular law, and upon a modest range of claimed global standards under the category of *ius cogens*, general principles of international law, international customary law etc. But how can such a stark distinction between insiders and outsiders, with only limited exceptions for inter-particular law and a narrow band of shared global norms or standards, be justified?

³ This is evident in the very foundations of modern constitutionalism. In the settlement of the first French republic, the 'rights of (universal) man' precede the rights of Frenchmen. Similarly, the 'self-evident' equality of the independent Americans of the 1776 Declaration of Independence is reduced to the unstated minor premise of a syllogism whose major premise holds that that 'all men are created equal.'

3 Globalization and the Mutation of Legal Boundaries

If these are the vexed questions of the Westphalian order, today there is some shift in focus, and so in focal questions. Under conditions of globalization legal boundaries mutate. They become more frequent and more porous, are less often territorially coded, and less strongly so when they are. State legal orders are now joined in the global picture by new legal orders comprising subnational actors, regional supranational actors, global actors, functionally-specific transnational actors and private or hybrid private—public actors. These normative orders may be only incidentally territorially delimited, as in the case of functionally defined global communities such as World Trade Organisation or the hybrid public/private Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. Alternatively, even where territory remains significant as a boundary criterion, as it is in the regional multi-purpose legal orders such as the EU, it is neither the only such boundary criterion (e.g. under the EU's differentiated integration arrangement some member states are 'inside' for some purposes and 'outside' for others, as indicated by the development of selective membership domains such as the Schengen-zone and the Euro-zone), nor one that is unique to that legal order, but is instead shared with its member states. Territory, in these cases, stands as a necessary condition rather than a sufficient condition of the jurisdiction of a particular normative order, which is also defined and delimited in terms of purpose. Territory, then, becomes an outer and residual boundary rather than a singular and decisive boundary of the non-state legal order. And just because of the emergence of these new types of non-state order, states, too, become more like the newcomers in terms of relying on a mix of territorial and functional boundaries. They gradually lose the monopolistic territorial jurisdictional claim which was one of the hallmarks of Westphalian sovereignty, while retaining the independence or autonomy of authority in relation to external entities which was the other hallmark.

In a nutshell, the differences between the role of legal boundaries in the new globalizing order and in the Westphalian order of high modernity are quite stark. The key legal boundaries under the globalizing order tend to be no longer exclusively state-based, but are now both state-based and non-state-based. They tend to be no longer primarily territorial, but are now either both territorial and functional or primarily functional. They tend to be more densely distributed within the global map of law

and no longer mutually exclusive, but are now overlapping and interlocking. What is more, in their potential for locating the individual subject within a diversity of polities while the state remains the *primus inter pares* of legal and political communities, any particular such legal boundaries – even state boundaries – tend in some cases (especially in the uniquely strong supranational context of the EU) to be somewhat less profoundly consequential for that legal subject and his life-chances.

This changing significance of boundaries has clear implications for the shape of the three normative challenges set out above. First, in a context of multiple-polity membership and multiple boundaries, the co-ordinates of any particulate boundary may not always be so significant, albeit the specification of these co-ordinates in the absence of singular forms of political identity may be even more problematic than under the Westphalian system. (e.g. who are the ‘Europeans’ of the EU political community when no-one is primarily European – a puzzle which helps account for the frequency with which the EU has extended its boundaries and the potential for further enlargement) Secondly, where boundaries are multiple and layered, the problem of structural minorities within particular communities becomes amenable to partially external and so multi-level solutions rather than purely internal ones.

Thirdly, and most pertinent to us, the problem of common treatment across legal boundaries takes on a new significance. As noted, this is in part a question about the differential treatment of insiders and outsiders within the boundaries of a particular legal order, but it is also, more broadly, about comparability of legal treatment, and so transferability of legal ideas and doctrines across different orders. Partly this is an urgent practical question, and partly it is a deeper ethical question, again with important long-term practical consequences.

In the first place, the practical question. More frequent boundaries and more overlapping boundaries implies more boundary disputes involving judicial and other actors. Therefore, as the recent intensification of debate over constitutional pluralism has shown, there is a growing demand for trans-systemic and so non-hierarchically ordered principles (or pragmatics) to resolve issue arising between normative orders. (Walker, 2016) Then, the deeper ethical question. Where the claims of popular sovereignty and common citizenship no longer sound so comprehensively in their highly particular justification of the authority and content of a normative order, and where there are instead more and more overlapping and functionally limited orders and more and more overlapping mem-

berships of such overlapping orders, the sense of the inherent connectedness of peoples and their legal and political orders, always latent within the modernist vision of free and equal people, and so of the amenability of legal norms to migration across borders, becomes more palpable. In turn, this has cumulative and self-reinforcing effects on legal practice, as with the development of EU citizenship as a compulsory complement to member state citizenship, or the acceptance of state citizens as direct subjects of international human rights treaties, or the immediate jurisdiction of the International Criminal Court, or, more generally, the growing practice of recognition of foreign law or legal judgments or international law or legal judgments in national courts.

4 The Migration of Legal ideas: The Justificatory Burden

This gathering trend towards the trans-systemic connection of legal statuses and positions and the more intense migration of legal ideas, and so towards the increasing porosity of normative borders, increases the justificatory burden. That justification cannot simply be negative – that the high modern idea of collective self-determination of a particular, holistic political community has lost some of its traction due to powerful economic and cultural forces and needs to be accommodated as an inexorable fact of global political life. There must also be a positive justification for how we treat the new blurring of legal orders and interdependence of forums of authority – something beyond a mere recognition that we cannot avoid their closer interconnectedness. Such positive justifications of the trans-systemic reception of legal ideas can be *particular*, *universal* or *modular* in nature. Let us look at these three forms briefly in turn, with particular reference to where the justificatory burden is most palpable; namely the invocation of foreign or international law in national courts.

The *particular* refers to a justification which is couched entirely in terms of its utility to the receiving or borrowing system conceived of as a self-interested monad, without reference to any broader conception of an extra-systemic or trans-systemic source, resource or other ethical consideration. Such an approach need hardly detain us, since it simply avoids or ignores, and so begs the relevant question. Why borrow, why connect? If the outside legal system is just one part of the factual environment – a mere datum from which the inside system draws when making its own

self-interested calculations, then any link is merely contingent, the knot of connected legality just incidental. If we have nothing to learn from the other, and not even anything to gain from displaying consideration of the other beyond what is necessary to serve our immediate needs, then there is no need to mention the legal other as normatively relevant. But of course, this is not the case. There is a regular and growing practice of the conscious borrowing or transfer of legal ideas, and, at least implicitly, this invokes some connection between the trans-boundary giving and receiving of the norm which is thicker than the utility of the moment and of the particular transaction. As Waldron suggests in his discussion of the evolving idea of *ius gentium*, legal systems always take from other legal systems either on the basis that there is something to learn from the other order just in view of its being a species of the one 'law' genus, or because the other law is somehow authoritative or of special persuasive value to us, again in view of its being a species (all the more so if it is the same or a similar species) of the one 'law' genus. (Waldron, 2005)

Does that mean, then, that the epistemic or authoritative value must rest on some notion of a realm of *universal* normativity – of a set of moral norms that properly apply to all of us regardless of legal boundary constructions? After all, to recall our earlier discussion of the foundations of modern state-centred constitutionalism, is the deep tension or paradox of the modern legal and political imaginary not precisely about the competing claims of the universal and the particular from one and the same deep moral source of ideas of (both individual and collective) freedom and equality, so justifying a strong investment in universal norms to balance the particularity of the bounded sovereign state and its post-state analogues? And, supporting that conclusion, do we not see this tension played out in many contexts of discussion of law in the age of globalization, whether in the debate over unity versus fragmentation (i.e. a single general order versus multiple 'self-contained systems') in international law, or in the discussion about universality versus cultural particularity in human rights law, or in the debate over the self-evident content and status of crimes against humanity in international criminal law? Do we not best conceive of both the epistemic and the authoritative dimensions underpinning the mobility of constitutional ideas in terms of a contribution to some kind of universalism? In learning from each other when addressing our own problems, or in recognizing that there is something authoritative about the laws of others just in view of the weight of the argument that like cases should be treated alike across legal orders, each of which

places freedom and equality at its moral centre, are we not committing to some form of universalism? Granted, this may be what Michael Walzer would call an 'iterative' rather than a 'covering law' universalism, where we are both informed by previous provisional iterations of the universal norm in resolving our own context specific and culturally specific cases, and in turn feed these solutions back into the reiterated universal. (Walzer, 2007) Under such a model, the global is conceding something to the local, but does that not simply make it a more attractive model, one that recognizes and seeks to resolve the tension between the universal and the particular in its own terms? In this way, can the universal not fill the gap left by the inadequacy of the sovereign particular – an inadequacy, to recall, that has been aggravated under conditions of globalization?

The answer to these questions rather depends upon what we mean by universalism. It may be a context-specific universalism rather than a rigidly 'top-down' universalism we are referring to, but that is not the only spectrum along which we can differentiate between different degrees of universalism. We may, in addition, conceive of a range between a universalism of the whole and one of the parts. By a universalism of the whole, or a holistic universalism, I mean a universalism not just of individual legal concepts and precepts but of the entire joined-up model of the legal order. On this view, any particular legal order should not simply utilize the same general ingredients (albeit with some local seasoning), but, to pursue the cooking metaphor, should follow the same basic recipe. Or to switch metaphors, not just the individual body parts but the overall anatomy should conform to a particular template. To the extent, for example, that the universal reception and application across legal systems is advocated of a model of constitutional structure that places an overall type of legal norm categorically at the top of the normative hierarchy, such as classical first-generation individual rights provisions always trumping the democratic preference of the legislature, this would be of a system-shaping quality sufficient to occupy the holistic end of the spectrum. But trans-boundary migration at this level of intensity does not in practice take place, or where it does it tends to be viewed as a quasi-imperial imposition or attempt – a particular masquerading as universal: and in any case in principle it does seem to redress the balance too far, encroaching too much upon the remaining legitimate domain of the collective particular.

If, on the other hand, we contemplate a universalism of the parts, we seem to be on more promising ground in accounting for the legitimate scope of trans-boundary migration, and indeed for the burgeoning

practice of the trans-boundary migration of ideas and doctrines. Some writers have suggested models of legal mobility along these lines. Klaus Gunther, for example, has recently discussed the idea of a universal code of legality which transcends borders, and which, it follows, can provide the general context of shared meaning for the movement of legal ideas between systems. (Gunther, 2008) The idea of a code suggests something like a language, a general set of discursive and normative resources which can be drawn upon differently in different legal orders, from very broad categories of legal architecture such as ‘competence’ or ‘sanction’, to more operationally focused but still general concepts and principles, such as ‘fair procedure’, ‘proportionality/balancing’, ‘strict liability’ or the idea of special status relationship giving rise to special duties (in contract, tort, criminal liability etc).

The universal code is a suggestive idea. Yet it carries with it an obvious whiff of danger – a threat that it might collapse into the very opposite of holistic universalism. For rather than the ‘imperial’ imposition of a template, we may end up with a purely demand-led eclecticism, one that threatens again to beg the question of why we invoke the intelligence or authority of other law when the aim is exclusively to improve one’s own.

But that would be to miss the potential of a code. Rather than thinking of a purely demand-led eclectic borrowing from a general arsenal as the only alternative to holistic universalism, we can conceive of something in between these two extremes. This is where, to invoke a final metaphor, the idea of *modularity* enters the picture. A modular system, say, in education or – more vividly – in furniture design, is one where the parts exhibit a certain degree of standardization. If you like, they have certain universal features – whose (normative) properties can be adapted to a broad but finite range of environments or external purposes (both within the same house and in other houses), in so doing combining with other standard or universal parts, again in various but finite ways.⁴ Similarly in law. If we look at the transnational career of concepts such as proportionality, or subsidiarity, or fair procedures, what we see is neither a universal rolling out of the same idea in the same context nor a purely opportunistic and path-independent redeployment of an old idea for new purposes. Rather, we observe a series of incremental adaptations of standard forms to new purposes and new design scenarios which retain much of the nor-

⁴ For a rather different deployment of the furniture metaphor to connect legal systems, see Frankenberg (2010).

mative purpose of the old (e.g. the movement of proportionality between criminal law and administrative law; or the development of the idea of subsidiarity from one of the relative autonomy of associations *from* the state to the relative autonomy of levels *within* the state or *between* the state and other levels of polity; or the movement of a duty to give reasons from public authorities to private authorities also implicated in the provision of public goods), and do so in ways that can rely upon trans-systemic ‘fit’ with other basic and standard or universal elements of legal furniture (such as the justiciability of disputes, or the recognition of a legitimate core of executive discretion)

In this manner legal systems do connect, and, indeed, harbour an open-ended potential to connect. We do learn from the other, and can even indeed ascribe some authority to the other, by reference to the adaptability and new combination of standard forms which store and convey certain basic normative purposes. It is neither ‘top-down’ holistic universalism nor ‘bottom-up’ eclecticism, therefore, but something in between, in the inherent modularity of law, which allows legal systems to continually reconnect across borders. They make these connections in ways that simultaneously underline their unique individual design while demonstrating – and hopefully stressing and refining the best features of their deep family resemblance.

Bibliography

- D. Grimm (2010) ‘The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changing World’ in M. Loughlin & P. Dobner (eds) *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford: OUP).
- G. Frankenberg (2010) ‘Constitutional transfer: The IKEA theory revisited’ 8 *International Journal of Constitutional Law*, 563–579
- K. Günther (2008) ‘Legal pluralism or uniform concept of law? Globalisation as a problem of legal theory’ *NoFo – Journal of Extreme Legal Positivism* 5–21.
- H. Lindahl (2013) *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality* (Oxford: OUP).
- A. Shachar, (2009) *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality* (Harvard: Harvard University Press).
- J. Waldron, (2005) ‘Foreign Law and the Modern Ius Gentium’ 119 *Harvard Law Review* 129–147.
- N. Walker, (2015) *Intimations of Global Law* (Cambridge: CUP).

- N. Walker (2016) 'Constitutional Pluralism Revisited' 22 *European Law Journal* 333–355
- N. Walker, (2017) 'The Place of Territory in Citizenship' in A. Shachar, R. Baubock, I. Bloemraad and M. Vink (eds) *The Oxford Handbook of Citizenship* (Oxford: OUP) 553–575
- M. Walzer, (2007) 'Nation and Universe.' in M. Walzer, 'Thinking Politically; Essays in Political Theory, D. Miller (ed). (New Haven: Yale University Press) 183–218.

Christine van den Wyngaert

Some Reflections of an Uppsala Alumna who became a judge at the International Criminal Court*

More than 15 years have elapsed since I received my honorary doctorate at the University of Uppsala in 2001. In my field, international criminal law, the world has probably changed more than in any other legal discipline. Back in 2001, international criminal law was hardly taught in most faculties of law and academic writings were scarce. There had of course been the human rights movement and the creation of the human rights courts in Europe and Latin-America. Human rights offered a *shield* to individuals who were the victim of human rights violations by States, but stopped short of punishing the perpetrators of such violations. The advent of international criminal courts in the 1990ies marked the transition from the shield of human rights *protection* towards the *sword* of the criminal law: henceforth, there are international courts that can *punish* serious human rights violations.

At the time of my honorary doctorate, I was making my first steps in the world of the international judiciary, gradually leaving my academic comfort zone and morphing into an international judge. This had started in 2000, when I was appointed as an ad hoc judge at the International Court of Justice (ICJ) in The Hague, to serve in what became the famous Arrest Warrant Case, which was the first big case of the ICJ on a topic of

* This is a reworked version of the interview that I gave to the newly established International Criminal Court Bar Association (ICCBA) which was published in the September 2018 newsletter of this organization.

international criminal law¹. In the following years, I became a judge at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and thereafter at the International Criminal Court (ICC). Today, I am a judge at the newly created Kosovo Specialist Chambers (KSC).

Discussing the substance of my work over a period of 18 years would require me to write a book, which may be a project for another day. In this modest contribution, I want to offer some reflections on my experience as an international judge, with a special focus on my years at the ICC, which has just celebrated the 20th anniversary of the Rome Statute.

Between 2003 and 2009, I served as a judge at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). When I arrived at the tribunal in 2003, the ICTY was in full speed and the workload was heavy. I served on several trials, including five full trials, some contempt cases and a few sentencing cases. In retrospect, I am still amazed at the efficiency of the ICTY in those years. The ICTY was a court that was backed by the UN Security Council, which in part explains its success. In its 25 years of existence, it managed to process charges against 161 individuals and by the time of its closure, all the fugitives had been arrested and brought to justice. The ICTY has now closed down, and has been succeeded by a temporary mechanism that deals with the remaining appeals. This is because, like the other ad hoc tribunals, it was established for only one situation, with a jurisdiction that was limited in time and in space. By contrast, no time limit has been set for the ICC and its geographical reach is potentially universal.

In 2009, I was sworn in at the ICC, where I served for almost nine years. I was part of the “second generation” of ICC judges (the first generation had started in 2003). My years at the Court were fascinating years, ever since my arrival in 2009, until my very last day in June 2018 when we delivered the judgment in the appeal of Jean Pierre Bemba². When I

¹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, Dissenting opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, <https://www.icj-cij.org/en/case/121/judgments>.

² The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/05-01/08-3636-Red 08-06-2018. See also the Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański, ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018, the Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison and the Concurring Separate Opinion of Judge Eb-

arrived, the first trial had just begun (the Lubanga case³) and the second trial was about to start in Katanga, & Ngudjolo the case on which I was to serve as a trial judge. After my time in the Trial Division, I served in the Pre-Trial Division and finally in the Appeals Division. As such, I have, in different judicial capacities, served in almost all of the cases that have been before the court.

It was a real privilege to serve in these cases and to help shape the first jurisprudence of the ICC. Even with the benefit of the jurisprudence of the ad hoc tribunals, the ICC is still creating new jurisprudence, especially when it comes to interpreting the famous “constructive ambiguities” in the Statute, the issues that were hotly debated in Rome and that were left to the judges to interpret and apply.

Some issues were totally unforeseen and unprecedented even at the ad hoc tribunals, for example when three defence witnesses in the Katanga case suddenly confronted us with a request to apply for asylum in The Netherlands. They also requested the Chamber to liberate them on Dutch territory after their testimony, which was problematic under the agreement between the ICC and the host state, the Netherlands. These witnesses were “detained witnesses” who had been transmitted to the Court by the DRC to allow them to testify, meaning that they should return to the DRC after their testimony. How were we to resolve the conflict between the Court’s duty to return the witnesses to the DRC under art.93(7) of the Statute with a potential violation of their human rights under art.21(3)?⁴

As a judge, I often felt what Patricia Wald, a former judge at the ICTY, has called the incredible loneliness of the international judge⁵. Being an international judge is indeed a huge responsibility. What is paramount for a judge is to uphold one’s oath of office in all decisions one makes.

oe-Osuji ICC-01/05-01/08-3636-Anx2 and 3, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3636-Red>.

³ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Judgment of 14 March 2012, <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>.

⁴ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the application for the interim release of detained Witnesses DRCD02-P-0236, DRC-D02-P-0228 and DRC-D02-P-0350 ICC-01/04-01/07-3405-tENG, 1 October 2013, with a dissenting opinion of Judge Van den Wyngaert, ICC-01/04-01/07-3405-Anx 02-10-2013 1/14 NM T.

⁵ Patricia Wald, Reflections on judging, at home and abroad, *Journal of Constitutional Law*, September 2004, p. 248.

From that perspective, the difference with national judges is perhaps not so great. However, at the ICC, judges deal with new law, new jurisprudence and colleagues with very different professional backgrounds. At times, judges have a different judicial philosophy and overall approach to the law and how it should be interpreted and applied, unlike national judges who share a single, common legal tradition. For me, with my background as an academic, the feeling of loneliness was even greater: as an academic, I was used to sharing and debating thoughts with colleagues from all over the world, as a judge, I was restrained by the secrecy of deliberations and the fact that any discussion a judge can have on a concrete case remains within the boundaries of the deliberation process.

Nevertheless, working at the Court was a great experience: it was a sheer privilege to interact with judges who, in their respective countries, had reached the highest professional levels, and to be assisted by highly qualified and committed senior and junior staff members. More generally speaking, it was a wonderful to be part of an international environment with dedicated professionals from all over the world. It was great to work with people who are driven by the common idealism of building an effective international criminal justice system to face the “abominable atrocities” of our times to which the Preamble of the Statute refers.

In July 2018, the ICC celebrated its 20th anniversary. The creation of the Court back in 1998 was a giant leap forward in the history of international criminal justice. In retrospect, the mere creation of the court was even more spectacular than we realized at the time, and it is highly questionable whether the same political willingness would still exist among States today. Indeed, in an era of diminishing support for multilateralism, it is quite unlikely that a global institution such as the ICC would see the light of day.

The ICC Statute did more than creating a Court, it created a “system”, in which both States and the Court share the responsibility to fight the “abdominal atrocities” to which the Preamble refers. As prosecutor Bensouda has said, the Court is part of a global governance system without there being a global government. This has bestowed responsibilities on the ICC, which the *ad hoc* tribunals did not have. Much of the jurisprudence that the Court has delivered deals with matters that the *ad hoc* tribunals did not need to address, including admissibility challenges, decisions authorizing the Prosecutor to start a new investigation, decisions about immunities, decisions about jurisdiction, such as the recent deci-

sion of the Pre-Trial Chamber concerning the crimes committed against the Rohingya, etc.⁶

The Court, by its mere existence, has greatly contributed to the culture of accountability including the general acceptance of the idea that major crimes should not go unpunished. The relatively low number of convictions entered by the Court so far should not be regarded as a failure. There were indeed some decisions not to confirm the charges, there were indeed some acquittals. However, as judge Goldstone has said, the quality of a court will not be measured by the number of its convictions but by the fairness of its proceedings⁷.

There is therefore much to be proud of and to celebrate on the occasion of the 20th anniversary of the Court in the year 2018. At the same time, I believe that the moment has come to do a reality check, to make an assessment of what the court can achieve in practice and to re-calibrate where necessary. Only then will the Court be able to manage expectations.

The field in which expectations need to be urgently managed is that of the participation of victims in proceedings before the ICC. The victims' participation regime was the biggest innovation in the Rome Statute, and it was loaded with immense expectations. However, the Statute remained quite vague on its practical meaning, and much was left to the judges to decide. It was one of those "constructive ambiguities" where states could not agree (the devil being in the details) and judges were expected to sort things out in their decisions

It took a long time before the Court really did: the first trials with victims effectively participating only started in 2009, and it took until 2017 before the first decision on reparations came out at first instance⁸. Meanwhile, the Registry and non-governmental organisations tried to inform potential victims as best as they could. However, in the process, expectations were created upon which it could not deliver. This is where,

⁶ Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-37 06-09-2018 1/50 RH PT.

⁷ Mark S. Ellis, *The Evolution of Defense Counsel Appearing Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 37 *New ENG. L. Rev.* 949, 949 (2003) (quoting Richard J. Goldstone, *Address before The Supreme Court of the United States, 1996 CEELI Leadership Award Dinner* (Oct. 2, 1996)).

⁸ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute*, ICC-01/04-01/07-3728-tENG, 24 March 2017, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-01/07-3728-tENG>.

I believe, much went wrong and hopes of victims were inflated much beyond what the Court would ultimately be able to do in practice.

I remember my surprise, arriving at the ICC in 2009, just weeks before the start of the Katanga trial to which I had been assigned, about the fact that there were no general rules on reparations set out by the Plenary. I had expected that the Judges, under article 75 of the Statute, would have laid down these principles long before the start of the first trials. However, the then Plenary of judges decided that this should be done on a case-by-case basis. This meant that, in the upcoming Katanga case to which I had been assigned, we had to start organizing the participation regime from scratch, without a clue about how to connect this to an eventual reparations regime, in case of a conviction. I find it highly regrettable that the first judges left this topic, which concerned such a crucial innovation in the Statute, to be dealt with casuistically rather than as a matter of principle. Meanwhile, different stakeholders of the court had formed different expectations about how to go about the victims' participation/reparations regime and many feel disappointed by the work of the court, often for different reasons.

I understand the disappointment of many, but this is in part because of the inflated expectations that were created. The ICC is first and foremost a criminal court, not a human rights court, or a truth commission. The basic function of a criminal court is to decide about guilt or innocence of persons who have been accused of atrocity crimes and this on the basis of a standard of proof test, which is much higher than the test used at Human Rights Courts. This means that, in case of an acquittal, there shall be no reparations, however much individuals may have suffered from the crimes that were committed. As Anthony Carmona, President of the Republic of Trinidad and Tobago, stated in his address at the Inaugural Ceremony for the Opening of the Judicial Year in 2018, "there is no such thing as an endemic right to a guilty verdict. The endemic right lies in a just verdict"⁹. It is important that the ICC achieves the basic task it was entrusted with in the first place, to deliver trials by bringing good evidence; reparations are intrinsically linked to this.

⁹ His Excellency Judge Anthony Thomas Aquinas Carmona, president of the Republic of Trinidad and Tobago, Address at the International Criminal Court's Inaugural Ceremony for the Opening of the Judicial Year 2018, 18 January 2018 in the International Criminal Court, p. 12.

The ICC must manage expectations of victims. “Doing justice to victims” varies with the institutional framework in which justice is delivered. We should stop using slogans which may be appropriate for a human rights court or a truth commission (for example “the right to justice” and the “right to truth”), but not for a criminal court. Chambers have at times put the cart before the horse, by allowing many more victims to participate than could be sustained by the charges against the individual standing trial. It is therefore not surprising that victims become disenchanted with the Court.

Maybe the time has come to do some soul searching about the immense resources that, before any victim has seen a penny, are actually spent on the victim-related proceedings at the Court. Immense resources are spent on the individual treatment of applications for participation and/or reparations which can go into the thousands, and are therefore much more resource-intensive than in any of the national systems on which the ICC regime was inspired. Maybe there are ways to spend these resources in a manner that is more directly beneficial to the victims. From that perspective, it may be worthwhile to consider reinforcing the assistance mandate of the Trust Fund for Victims.

My hesitations on the victims’ participation regime before the Court also mean that I would not recommend it as a model for national jurisdictions. Compared to the many national systems that provide well functioning systems of victims participation, such as Belgium, France, Italy and Germany, I consider the ICC system as a procedural overreach that, until the Court has had the opportunity to mend the many issues that still remain to be resolved, should not stand as a model.

In retrospect, working at the ICTY was much easier than at the ICC. The procedures were less complex: the confirmation process was much simpler because it was done in a non-adversarial manner by a trial judge who often would join the panel of judges that would hear the case and hence be better prepared than a trial judge who sees the case on the day of the start of the trial. There was no Pre-trial Chamber, only Trial Chambers composed of three judges, meaning that we would need only three, not six judges for each trial. Proceedings were slow, but faster than at the ICC. In my nearly six years at the ICTY, I took part in five complete trials, two sentencing judgments and two contempts. At the ICC, my trial (Katanga) lasted more than four years (not including the time that my fellow judges of the pre-trial chamber had already worked on the

same case)¹⁰. All my colleagues at the ICC regret the slowness of the proceedings, and as judge Tarfusser in his interview with the International Criminal Court Bar Association (ICCBA) has said, this potentially casts some doubt about the overall fairness of the proceedings¹¹. There is much that the judges can do, and that they have been doing in the more recent trials, but the problem remains with the complicated procedural structure of the Court, which is laid down in the Statute and which cannot be changed without going through a cumbersome amendment tunnel.

There were no complementarity-related proceedings, as the ICTY took precedence over national proceedings. The ICTY had only one “situation”, the former Yugoslavia, in contrast to the wide geographical reach of the ICC. This made things easier for the prosecutor. When comparing the “performance” of the ICC to that of the ad hocs, it is often forgotten that the ad hocs had only one situation to manage, whereas the Court has many. The work of the court is therefore immensely more labour-intensive than at the ad hocs, especially for the prosecution who have to bring evidence in a great variety of situations.

As the ICTY was not “many courts in one”, expectations were not as high as at the ICC. Victims were called as witnesses, but were not participants in the proceedings. I never had the feeling, expressed by some, that victims at the ICTY were “instrumentalised witnesses”. On the contrary, comparing my trials at the ICTY with those at the ICC, I have the feeling that the ICTY did a better job at “empowering” the victims than the ICC.

The future challenges for the ICC are great. First and foremost, the Court should, while celebrating its 20th anniversary, look at itself in the mirror, perform a reality check and re-calibrate expectations of its many stakeholders accordingly.

The work of the ICC prosecutor is immensely more difficult than that of prosecutors at the ad hoc tribunals because she has the potential to investigate an almost indeterminate number of situations. However, the potential for growth and the resources of the Court are not unlimited and the Court can only take on as many situations as it can manage. And within each situation, it is important that investigations/prosecutions are not one-sided, focusing on one of the parties to the conflict only, which

¹⁰ Judgment of 6 March 2014 (ICC-01/04-01/07-3436-tENG 20-04-2015) with minority opinion by Judge Van den Wyngaert (ICC-01/04-01/07-3436-AnxI 07-03-2014)

¹¹ ICCBA Newsletter, Issue nr. 1, March 2018.

means that additional investigations and potentially prosecutions may be required in situations that are already before the Court (e.g. in the Ivory Coast situation). Maybe we have reached a point where “less can be more” in terms of the situations we can handle.

The Court, despite being “many courts in one” (with different stakeholders having different, oftentimes conflicting expectations of the Court), is first and foremost a *criminal* court, which means that the Prosecutor must provide evidence that suffices both in quality and quantity to sustain convictions beyond a reasonable doubt. Only then can convictions be entered and reparations awarded to the victims.

The ICC needs to remain focused on the general culture of accountability. However, this is not the sole responsibility of the court, but also, and perhaps even more importantly, of the international community, in the first place the member states and to some extent also the Security Council. States need to take their responsibilities seriously and do their part. States Parties should embrace complementarity and extra-territorial jurisdiction. They should share the burden with the ICC. Ultimately, the Court is only a piece in the puzzle of international criminal justice, an important piece but only a piece. As the late Antonio Cassese stated about the ICTY, which is also relevant to the ICC, it remains a “giant without arms and legs” – it needs artificial limbs to walk and work. These artificial limbs are the state authorities.

I agree with prof. Ernst Hirsch Balin who writes in a recent issue of the ICL Review that any further loss of momentum in international criminal justice would represent a dramatic setback in the development of the international rule of law, but also that meanwhile, we should not lose sight of our idealism: “it is only when idealism sharpens our view on reality that progress can be achieved”¹².

I have been appointed as a judge at the Kosovo Specialist Chambers (KSC), a body of 18 judges who were not elected, but appointed by an appointing authority. It is not an international court strictly speaking, but a court that has been integrated in the Kosovar judicial system, comprising a pretrial chamber, a trial chamber, an appeal chamber, a supreme court chamber and a chamber of the Constitutional Court. The Court

¹² Hirsch Ernst Balin, “The Value of International Criminal Justice: How Much International Criminal Justice Can the World Afford”, *International Criminal Law Review* 2018, p. 9.

will apply both Kosovar law and international law, including customary international law. The challenges are great, both politically and judicially.

I have high hopes for this new Court. Having sat in one of the Kosovo-cases at the ICTY, the case of Fatmir Limaj¹³, I have some acquaintance with the region, which I hope will contribute to my work in the KSC. I look forward to share the experience of my years at the ICTY and the ICC with my new colleagues and to learn from their experience in national and international courts.

In addition, I am now an emeritus professor at the University of Antwerp, and I will be very happy to reconnect with the students whom I missed so dearly during my years as a full time judge. I also plan to spend more time in Stellenbosch, in my capacity of a honorary professor at the Law Faculty and maybe my steps will bring me back one day to the University of Uppsala, who generously awarded me my first doctorate honoris causa in 2001.

¹³ ICTY, Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu, Case No. IT-03-66-T, Judgment of 30 November 2005, <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf>.

Notes on the contributing authors

Inge Lorange Backer. Jur. dr h.c. 2006 (Uppsala). Professor Emeritus, University of Oslo; former Professor of Law, Department of Public and International Law, University of Oslo (1987–1994 and 2008–2016); former Director General, Legislation Department, Norwegian Ministry of Justice (1995–2008). Main research fields: environmental law, administrative law, civil procedure and legislative studies.

Stig von Bahr. Jur. dr h.c. 2001 (Uppsala). Former Judge with the Court of Justice of the European Union and the Swedish Supreme Administrative Court.

Christian von Bar. Jur. dr h.c. 2007 (Uppsala). Professor of Law and Managing Director of the European Legal Studies Institute, University of Osnabrück. His fields of interest are non-contractual obligations, property and private international law. He has chaired several pan-European research groups.

Martin Borgeke. Jur. dr h.c. 2009 (Uppsala). Former Justice with the Swedish Supreme Court; previously, Head of a division with the Court of Appeal. Martin Borgeke has written several books and essays in various criminal matters.

William E Butler. Jur. dr h.c. 2018 (Uppsala). John Edward Fowler Distinguished Professor of Law, Dickinson Law, Pennsylvania State University; Foreign Member, National Academy of Sciences, Ukraine and National Academy of Legal Sciences, Ukraine.

Anders Eriksson. Jur. dr h.c. 2005 (Uppsala). Former Director General of the Legal, Financial and Administrative Services Agency; previously, Director General of the Swedish Security Police, Under-Secretary for legal affairs in the Ministry of Justice, and Senior Judge with the Court of Appeal.

Markku Helin. Jur. dr h.c. 2017 (Uppsala). Professor Emeritus of Private Law at the University of Turku. He has published a number of books, journal articles and edited book chapters on family law, private international family law and general jurisprudence.

Adrienne Héritier. Jur. dr h.c. 2017 (Uppsala). Professor Emerita of Political Science at the Social and Political Science Department; part-time Professor at the Robert Schuman Centre, European University Institute, Florence. Her research focuses on the change of institutional rules, regulation, new modes of governance and policy-making in the EU, most recently in a project on financial market regulation in Europe funded by the Swedish Research Council.

Johan Hirschfeldt. Jur. dr h.c. 2000 (Uppsala). Under-Secretary for Legal Affairs, Cabinet Office (1986–1992); Chancellor of Justice (1992–1996); President, Svea Court of Appeal (1996–2007); Member of the Committee on constitutional reform in Sweden (2004–2008) and Substitute member of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) (2009–ongoing).

Martti Koskenniemi. Jur. dr h.c. 2008 (Uppsala). Professor of International Law, University of Helsinki; Director of the Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights; previously, member of the International Law Commission (UN), (2002–2006), and he has held visiting professorships at a great number of universities across the world. He is currently working on a history of international legal thought from the late medieval period to the 19th century.

Michael Lang. Jur. dr h.c. 2010 (Uppsala). Professor of Tax Law; Director of the Institute for Austrian and International Tax Law, Vienna University of Economics and Business; Scientific Director of the LL.M. Programme in International Tax Law and spokesman of the Doctoral

Programme in International Business Taxation (DIBT) with the same university.

Johanna Niemi. Jur. dr h.c. 2010 (Uppsala). Minna Canth Academy Professor of Procedural Law, University of Turku; previously, Professor at the Universities of Umeå and Helsinki and visiting Professor at Lund University, Sweden; Member of the Scientific Committee of the EU Fundamental Rights Agency (2013–2018) and Academy of Finland Research Council for Culture and Society (2016–2018). Her research interests include criminal procedure, consumer insolvency, human rights and the construction of gender in legal discourses.

Hans G Nilsson. Jur. dr h.c. 2012 (Uppsala). Honorary Professor of the College of Europe, Bruges; and has worked for more than 30 years on issues relating to Justice and Home Affairs at the Council of Europe in Strasbourg and the Council of the European Union in Brussels.

Peter Nobel. Jur. dr h.c. 1985 (Uppsala). Law practice (1963–1985); Works on asylum- and immigration law in Sweden and Africa; Mission for Amnesty International in the Middle East (1975), Board of The European Commission of Human Rights, Brussels (1980–2000), Sweden's first Ombudsman against Ethnic Discrimination (1986), Secretary General of the Swedish Red Cross (1991), by the Swedish government appointed legal advisor to survivors and families after the shipwreck of M/S Estonia (1994), Member of the UN Committee against racial discrimination (1998–2002).

Paul Oberhammer. Jur.dr h.c. 2016 (Uppsala). Professor of Civil Procedure, Vienna University. His academic focus is on civil procedure, international civil procedure, arbitration, insolvency, private and business law under Austrian, Swiss, German, Liechtenstein, and European law as well as from a comparative and historical perspective.

Esin Örüçü. Jur. dr h.c. 2009 (Uppsala). Professor Emerita of Comparative Law, University of Glasgow; Professor Emerita of Comparative Law, Erasmus University Rotterdam; Honorary Research Fellow, University of Glasgow. Titular Member of the International Academy of Comparative law.

Ingemar Persson. Jur. dr h.c. 2014 (Uppsala). Justice of the Supreme Court, (since 2010); Lecturer in Private Law, Faculty of Law, Uppsala University (late 1980s).

Anne Ramberg. Jur. dr h.c. 2016 (Uppsala). Secretary General of the Swedish Bar Association; Co-Chair of the International Bar Association Human Rights Institute; Lawyer with special focus on rule of law and human rights issues.

Outi Suviranta. Jur. dr h.c. 2013 (Uppsala). Justice with the Supreme Administrative Court, Finland; previously, Professor of Administrative Law, University of Helsinki.

Neil Walker. Jur. dr h.c. 2011 (Uppsala). Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations, University of Edinburgh (since 2008); previously, Professor of European Law, European University Institute, Florence.

Christine Baroness Van den Wyngaert. Ju. dr h.c. 2001 (Uppsala), 2010 (Brussels), 2013 (Case Western Reserve (Cleveland Ohio), 2013 (Maastricht) and 2018 (Stellenbosch). Judge at the Kosovo Specialist Chambers, Judge at the International Criminal Court (2009–2018), Judge at the International Tribunal for the Former Yugoslavia (2003–2009) and ad hoc judge at the International Court of Justice (2000–2002). Professor of Law, University of Antwerp (1985–2017). Honorary professor at the Law Faculty of the University in Stellenbosch, South Africa.