

Forhandlingerne ved

**Det 37. nordiske  
Juristmøde**

i Reykjavík  
18.–20. august 2005

**Bind I**

Faglig redaktør  
professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen

Udgivet af Den islandske Styrelse

ISBN 9979-70-045-9 (bind 1)  
ISBN 9979-70-046-7 (bind 2)  
ISBN 9979-70-047-5 (hela verket)

PRENTSNID / OFFSETMYNDIR

## Forord

Dette bind indeholder det arbejdsgrundlag for det 37. nordiske Juristmøde, der er udarbejdet af referenter og andre indledere. Den islandske lokalstyrelse har besluttet at udgive dette første bind af forhandlingerne allerede inden mødet. Referaterne findes også på mødets hjemmeside: [www.congress.is/njm2005](http://www.congress.is/njm2005).

Det faglige program består i 1 plenarmøde, 1 fællesoplæg, 3 foredrag og 19 sektionsmøder med emner fra forskellige områder. Foredragerne indgår ikke i dette bind.

Faglig redaktør for dette bind er professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen.

Den islandske styrelse for de nordiske Juristmøder ønsker de nordiske jurister velkommen til det 37. nordiske Juristmøde.

Reykjavík, juni 2005

På den islandske styrelses vegna,

*Guðrún Erlendsdóttir*

## Indholdsfortegnelse

<i>Anders Agell, Peter Lødrup og Svend Danielsen</i> Nordisk lovharmonisering inden for familieretten – fællesoplæg .....	7
<i>Vesa Annola</i> Dynamisk avtal – förändringsmekanismer i bestående avtal .....	37
<i>Petter Asp</i> Ömsesidigt erkännande av europeiska domar och beslut i straffprocessen – erfarenheter och tillämpningsfrågor .....	55
<i>Mikael Aspelin – i samarbete med Suvanna Hakalehto-Wainio</i> Det offentligas ansvar för felaktig information .....	81
<i>Anne K. Bohinen</i> Vold mot kvinner som rettslig beskyttelsesproblem – før, under og etter prosessen .....	105
<i>Lars Boman</i> Skada på den biologiska mångfalden .....	121
<i>Børge Dahl</i> Har det nordiske lovsamarbejde udspillet sin rolle? .....	155
<i>Jesper Lau Hansen</i> Selvregulering i selskabs- og børsretten .....	175
<i>Knut H. Kallerud</i> Terrorbekjempelse og menneskerettigheter – hvordan sikres den enkeltes beskyttelse .....	191
<i>Göran Lambertz</i> Rättshaverister – problem eller utmaning? .....	207
<i>Kåre Lilleholt</i> Kor mykje skal bankane sitje att med? .....	223
<i>Jonas Malmberg</i> Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten .....	241

<i>Jakob R. Möller</i>	
Advokaters tavshedsret .....	257
<i>Jens Møller</i>	
Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten? .....	275
<i>Ilkka Rautio</i>	
Ekonomisk brottslighet och straffrättens allmänna läror – lönar sig brott? .....	299
<i>Allan Rosas</i>	
Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och internationell juridisk metod .....	317
<i>Guðmundur Sigurðsson</i>	
Ansvar for rekonstruktionsforanstaltninger efter sjøulykker og ved afvikling af offshorevirksomhed .....	347
<i>Tolle Stabell</i>	
Menneskerettigheter og grunnrettigheter – er lovgiverens råderom blitt for innsnevret? .....	365
<i>Kristina Ståhl</i>	
EU-samarbetets betydelse på den direkta beskattningens område – gemenskapens kontra medlemsstaternas intressen .....	383
<i>Ola Wiklund</i>	
Grundrättigheter som unionsrätt .....	397
<i>Henrik Zahle</i>	
Dommerens udtalelser om gældende ret uden for dommen .....	421
Korrekturrettelse til Beretningen over Forhandlingerne fra det 36. nordiske Juristmøde 15.–17. august 2002 i Helsinki .....	441

Anders Agell, Peter Lødrup og Svend Danielsen

Nordisk lovharmonisering inden  
for familieretten – fællesoplæg

## **Nordisk lovharmonisering inden for familieretten – fællesoplæg**

ved professor, jur.dr. *Anders Agell*, Sverige  
professor, dr.juris *Peter Lødrup*, Norge og  
adj.professor, dr.jur. *Svend Danielsen*, Danmark

### **I. Det nordiska familjerättsprojektet och betydelsen av rättsliga kulturskillnader inom Norden**

Av professor jur.dr. *Anders Agell*, Uppsala

#### **1. Allmänna utgångspunkter**

På de första juristmötena i skandinavismens tidevarv under 1800-talet utgjorde reformering av äktenskapsrätten ett viktigt diskussionsämne. Detta ledde vidare till nordisk lagsamarbete på 1910- och 20-talen och så gott som identiska regler om äktenskap i alla de nordiska länderna.

På uppdrag av det Nordiska Ministerrådet (justitieministerna) har det under åren 1999–2003 genomförts ett rättsvetenskapligt, rättsjämförande projekt för undersökning av möjligheterna att harmonisera – på äktenskapsrättens område snarare återharmonisera – den familje- och arvsrättsliga lagstiftningen i de fem nordiska länderna. I fråga om äktenskapsrätten och arvsrätten berördes resultaten av detta arbete översiktligt vid 2002 års nordiska juristmöte i Helsingfors.

Det är glädjande och naturligt att även några viktiga frågor inom den del av projektet, som angår barnrätten, nu kommer att uppmärksammas under 2005 års nordiska juristmöte. Som en bakgrund till en sådan diskussion av utvalda frågor bör det dock ges några allmänna synpunkter på hela familjerättsprojektet liksom på några särskilda erfarenheter därav.

## 2. En familjerättslig introduktion

Den nordiska äktenskapslagstiftningen före och efter 1920 hade förberetts genom intensivt sammanträdande under flera år mellan särskilt framstående jurister, vilka utsetts som delegerade från Danmark, Norge och Sverige. Resultatet blev moderna, framåtsyftande och rättssystematiskt väl genomarbetade lagar, som behöll sin styrka för en period av ungefär 50 år efter vilken nya sociala förändringar gjorde sig gällande. Inom andra delar av familjerätten, liksom inom arvsrätten, blev samarbetet aldrig lika ingående.

Rättsläget var dock i många hänseenden så likartat för de nordiska länderna att de nordiska konventionerna på 1930-talet om tillämplig lag med mera på ett naturligt sätt kunde bygga på tillämpningen av domicilprincipen (hemvistprincipen), när vissa familjerettsfrågor aktualiserades i ett annat nordiskt land än där de berörda personerna var medborgare. Också när det gäller förhållandet mellan föräldrar och barn har domicilprincipen fått stort utrymme i mellanhavanden, som berör flera nordiska länder. Den ursprungliga filosofin bakom lagvalsreglerna inom Norden var att rättsläget var så likartat över allt, att det inte spelade så stor roll vilka lagval som gjordes.

Denna nyssnämnda förutsättning föreligger inte numera. Inom hela familjerätten och arvsrätten har de olika ländernas regler glidit isär under de senaste 40 åren i takt med att sociala förändringar skapat behov av lagändringar. Numera tycks politiker i de nordiska länderna vilja ha ett avgörande inflytande över lagstiftningsprocessen inom familjerätten redan på ett tidigt stadium både när det gäller ändamålen och den lagtekniska utformningen. Arbetet i nationella kommittéer med starka politiska inslag ger mindre utrymme för det mödosamma arbetet att med utgångspunkt i gemensamma värderingar åstadkomma en nordisk, rättssystematisk och rationell genomarbetning av ett ofta invecklat nätverk av regler. Denna utveckling har knappast varit till fördel för lagstiftningens kvalitet, om man strävar efter vad jag vill kalla begrepps- och systemrationalitet i uppbyggnaden av ett regelssystem.<sup>1</sup>

Att den traditionella familjerätten och arvsrätten inte längre är så enhetlig som tidigare är ett förhållande, som lätt nog har kunnat förbises även av ledamöterna av våra parlamentariska församlingar och av folk i allmänhet.<sup>2</sup> I varje fall i Sverige har ett lagförslag till Riksdagen kunnat innehålla upplysningen att "nordiska överläggningar" har ägt rum. En sådan upplysning kan få en läsare att tro att nordisk enighet upprätthålls, medan så i själva verket inte alls behöver vara fallet.

<sup>1</sup> Jfr Svend Danielsen och Peter Lødrup, Det nordiska samarbetet på familjerettens område, *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 1988 s. 565–585.

<sup>2</sup> Jfr i sammanhanget min uppsats "Is there one system of family law in the Nordic countries", *European Journal of Law Reform*, 2001, p. 313–330.



En sak för sig är att helt nya lagstiftningsfrågor har skapats av sociala förändringar utan att något egentligt nordiskt samarbete alls kommit till stånd. Jag tänker särskilt på samboende utan äktenskap och på homosexuella parförhållanden. De nordiska reaktionsmönstren i lagstiftningen har blivit helt olika i dessa båda fall. Den *svenska s.k. sambolagen* från 1987 (i en ny version från 2003) har inte införts i något annat nordiskt land. Däremot blev den *danska lagen om registrerat partnerskap* en verklig fullträff, som utan direkt lagsamarbete införts över allt i Norden.

Det förra exemplet innebar ur nordisk synpunkt ett misslyckat försök av ett land att "gå före", det senare innebar däremot ett lyckat försök av samma slag. En sak för sig är att Sverige kan tänkas snart överge denna senare enighet om landet skulle utan nordiskt samarbete lagstifta om formella äktenskap för homosexuella äktenskap.

I dessa nya frågor har nationella, politiska önskemål fått styra på ett sätt som i hög grad försvårat eventuella önskemål om nordisk rättslikhet.<sup>3</sup>

### 3. Det nordiska familjerättsprojektet

Det nordiska familjerättsprojektet fick sitt uppdrag från det Nordiska Ministerrådet (med kansli i Köpenhamn) år 1998. Direktiven för arbetet inriktades på äktenskapsrätten, arvs- och testamentsrätten samt reglerna om föräldrar och barn där någorlunda likartad lagstiftning finns över allt. Uppdraget skulle avse

- att redovisa de viktigaste olikheterna i rättsreglernas utformning, tillämpning och syften
- att klargöra praktiska problem, bl.a. när personer flyttar inom Norden,
- att beskriva behovet av nordiskt lagsamarbete, och
- att skapa en bild av vilka frågor som med hänsyn till gällande rätt kan lämpa sig för nordiskt lagstiftningssamarbete på kort, meddellång och lång sikt.

Under arbetet i projektet kom vi efterhand att genomföra rättsjämförande undersökningar och analyser av harmoniseringsmöjligheterna, vilka blev mera ambitiösa än vad någon torde ha föreställt sig från början. Om inte annat har vi till-

<sup>3</sup> Även om man inte "skall gråta över spilld mjölk" kan det noteras, att det var de svenska direktiven år 1969 till de s.k. familjelagssakkunniga som får sägas ha blivit slutpunkten för det ditiills mera långtgående nordiska samarbetet. Sverige blev vid Nordiska Rådets sessioner 1971 och 1973 kritiserat för att man genom alltför målbestämda direktiv spräckt de strävanden, som alljämt hade anhängare i flera av den andra länderna, om ett bibehållen gemensamhet i äktenskapslagstiftningen. 1971 års debatt i Nordiska Rådet finns i sammandrag refererad i Svensk Juristtidning 1971 s. 385–394. För 1973 års debatt se handlingarna från Rådets 21:a session, 1:a samlingen, Stockholm 1973, särskilt s. 235–254. Jfr även Carl Lidbom i SvJT 1973 s. 273 ff med motinlägg av Mogens Koktvedgaard, Curt Olsson och Helge Seip samma tidskrift s. 398–405.

handahållit ett mycket omfattande, rättsjämförande underlag som gör det möjligt – om den politiska viljan funnits eller finns – att påbörja ett arbete för lagharmonisering inom olika delar av familjerätten utan något behov av ytterligare undersökningar av vilket rättsläge som för närvarande gäller i de olika länderna. Skulle undersökningarna bli så nyttiga som möjligt, var nog denna höga ambitionsnivå motiverad.

Som det politiska landskapet ser ut i våra dagar måste man kanske dock anta att varje land under intryck av nationella, politiska initiativ och lappanden på varje lands existerande regler kommer att gå vidare med särlösningar. Då kommer kanske det nordiska familjerättsprojektet om 20 år att bli förvandlat till "makulatur" för att citera ett klassiskt uttalande om betydelsen av ny, nationell lagstiftning. Projektet har sitt intresse för nordisk lagharmonisering främst medan det är s.k. "färskvara" för att uttala sig i merkantila termer. En annan sak är att undersökningarna och analyserna kanske kan vara nyttiga under ganska många år som underlag för rättsjämförande studier till hjälp för rättstillämpningen i varje land för sig.

Några ord om projektets totala organisation och resultat kan här vara på sin plats. Ministerrådets uppdrag lämnades 1998 till en grupp bestående av professor Anders Agell, Uppsala (administrativt ansvarig), professor Peter Lødrup, Oslo, och professor Linda Nielsen, Köpenhamn. Sedan Linda Nielsen år 2001 utnämns till rektor för Köpenhamns universitet tillkallades i hennes ställe professor Svend Danielsen, Köpenhamn, att ingå i projektet. Från och med februari 2001 medverkade professor Urpo Kangas, Helsingfors, som finländsk rättsvetenskapsman i alla delar av projektet. Från Island har hjälp erhållits från fall till fall på sätt som redovisats i de olika böckerna. Som nedan framgår kom också jur.dr Anna Singer, Uppsala, att delta i arbetet angående underhåll till barn.

Projektsammanträden har hållits i Köpenhamn, Oslo och Uppsala samt även några gånger "utomlands" vid sammanlagt 19 tillfällen och totalt över 55 sammanträdesdagar. Det totala projektanslaget om drygt 500.000 Dkr har använts enbart för resor, uppehåll (med traktamenten) och tryckning av böckerna.

Resultatet av projektet har dokumenterats genom fyra böcker på svenska, norska eller danska. Alla har på sitt språk haft samma undertitel, nämligen "En rättsjämförande studie av dansk, finsk, isländsk, norsk och svensk rätt med diskussion av reformbehov och harmoniseringsmöjligheter". Böckerna är utgivna av Nordiska Ministerrådet, Köpenhamn, och kan erhållas genom rådets nationella distributör i varje land. Böckerna är *Anders Agell*, Nordisk äktenskapsrätt, Nord 2003:2, 515 s., *Peter Lødrup*, Nordisk arverett, Nord 2003:3, 469 s., *Peter Lødrup, Anders Agell & Anna Singer*, Børnerett I, Farskap, morskap og underhåll till barn, Nord 2003:4, 482 s., *Svend Danielsen*, Børnerett II, Forældreaansvar, Nord 2003:14, 391 s. En sammanfattning av de två förstnämnda böckerna finns utgiven som Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna, Tema Nord 2002:538, 55 s.

#### 4. Værdet av nordisk rettslikhet

För oss som deltagit i projektet har det fördjupat förståelsen – eller problematiseringen – av rettsläget i vars och ens eget land, att vi genomfört ingående rättsjämförande analyser av alla de nordiska länderna på jämställd fot. Kanske har vi litet till mans, i varje fall Peter Lødrup och jag vilka deltagit på Ministerrådets uppdrag under *hela* projekttiden, kommit att se oss som nordiska rättsvetenskapsmän utan någon särskild trohetsplikt mot vars och ens eget, nationella system.

Lagstiftningen i varje land kan möjligtvis bli bättre ur rättsteknisk synpunkt, kanske också rättspolitiskt, om man tillvaratar sådana rättsjämförande erfarenheter. Onekligen finns det dock i vissa frågor bakomliggande skillnader i värderingar, t.ex. hur man skall avväga en efterlevande makes rättsställning mot andra arvingars i de mycket varierande familjekonstellationer som kan finnas i dag. Värderingskillnaderna är dock vanligen inte större än att de mest gäller vilka begrepp och vilken typ av regler som man skall använda för att nå resultat som de flesta bedömare kan godta. I sådana situationer krävs det avsevärd nationell öppenhet och kompromissvilja för att man skall kunna åstadkomma nordisk rettslikhet. Man måste, om det skall gå, se nordisk rettslikhet som ett egenvärde och hitta arbetsformer för att nå målet. Man måste också se sig själv mera som nordist än som dansk, islänning, finländare, norrman eller svensk.

Det krävs emellertid också avsevärda rättssystematiska kunskaper och analyser för att framgångsrikt kunna genomföra mera omfattande lagharmonisering av ett rättsområde som delvis måste bygga på ett samspel mellan olika regler. Redan svårigheterna att finna erforderlig kompetens kan visa sig praktiskt besvärande.

En grundläggande fråga är dock om det alls finns övertygande skäl för att eftersträva nordisk rettslikhet inom familje- och arvsrättens områden. Framförallt har det åberopats två skäl för värdet av nordisk lagharmonisering på just dessa rättsområden.

Det ena skälet gäller vanligheten av att människor flyttar mellan de nordiska länderna. Som ett modernt specialfall kan nämnas bosättningen på ömse sidor om Öresund, d.v.s. på Själland och i Skåne som förenas av den nya bron. Totalt bor omkring 250.000 människor i ett annat nordiskt land än det i vilket man är medborgare. Det är visserligen en liten del av hela befolkningarna, men inte obetydlig.

De praktiska nackdelarna av olika regler är större inom familjerätten än på de flesta andra områden av civilrätten, eftersom de familjerättsliga relationerna består över långa perioder. Ett köp av en vara sker bara en gång. Vid en rättsvist behövs det vanligtvis bara ett rättsligt avgörande enligt något lands regler; sedan är de rättsliga frågorna slutgiltigt besvarade. Vid en långvarig familjerelation kan det däremot vara något mera slumpartat, vilket lands rättsregler som skall tillämpas vid en viss tidpunkt. Det gäller inte bara med hänsyn till att två

inblandade personer kan komma från olika länder, utan också därför att människor kan flytta mellan länder på ett sätt som påverkar lagvalen. Eftersom familjerelationer är långvariga spelar slumpen en särskilt besvärande roll om en avgjord rättsfråga skall omprövas, och om då någon berörd person flyttat till ett annat land. Hur stora dessa praktiska nackdelar är kunde vi dock inte utreda inom projekt. Frågorna kan dock ställas för alla delar av familjerätten.

Det andra skälet som åberopats för nordisk lagharmonisering har varit hänsyn till den möjliga utvecklingen inom EU. Att det råder rättslikhet inom Norden kan visa sig särskilt betydelsefullt om utvecklingen skulle gå därhän att EU skaffade sig en kompetens, som inte finns i dag, att verkligen befatta sig med familjerättens materiella innehåll och inte bara med frågor om domstolars behörighet och verkställigheten av domar. Även utan en så långtgående samordning inom EU skulle en nordisk rättslikhet kanske kunna ha en viss europeisk betydelse. Den nordiska familjerätten har ofta uppfattats som ett enda, positivt begrepp, särskilt inom äktenskapsrätten. Det skulle kunna ha ett värde att våra länder bevarar en sådan gemensam ställning.

## 5. Rättskulturella och rättstekniska skillnader inom Norden

Jag vill tillåta mig några ord om sådana skillnader mellan våra länder i rättskultur och lagstiftningsteknik vilka framträtt under våra rättsjämförande undersökningar och diskussioner i familjerättsprojektet. Jag inriktar mig i första hand på äktenskapsrätten som jag skrivit om själv, men som nog också utgör den tydligaste illustrationen till vad jag vill säga.

Det är naturligt och välkänt att man allmänt sett kan skilja mellan en västnordisk tradition för *Danmark, Island och Norge* samt en östnordisk för *Sverige och Finland*. Med ledning av boken om nordisk äktenskapsrätt påstår jag följande.

Den *norska* egteskapsloven från 1991 kombinerar väl genomtänkta allmänna principer med en flexibilitet som medger rimliga resultat i de allra flesta situationer. Lagen innehåller också en del nyskapande bestämmelser vilkas närmare tekniska utformning dock kan diskuteras.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Jag tänker här särskilt på bestämmelser om samäganderätt för makar och om skevdelning (31 § 3 st. och 59 § egteskapsloven). I det förra hänseendet har lagstiftaren utan vidare till lag överfört en princip som Høyesterett använt i praxis för att nå rättvisa resultat i enskilda fall. En sådan transformering av rättspraxis till lag är kanske inte alltid någon idealisk modell, eftersom lagstiftaren kan stå helt fri i sitt regelskapande, samtidigt som en högsta domstol kan ha måst tillgripa en nödlösning inom ramen för då gällande lagbestämmelser.

En intressant och övertygande nyskapelse utgör 69 § 2 st. egteskapsloven om valet av tidpunkt för värdering av tillgångar och skulder vid bodelning.

Den *svenska* äktenskapsbalken av år 1987 är den systematiskt mest genomarbetade lagen. Den präglas enligt svensk tradition av en strävan efter klara och lättillämpliga bestämmelser. Denna strävan går emellertid för långt. Lagstiftningen är delvis för stelbent vilket medför brist på flexibilitet för varierande praktiska behov.<sup>5</sup>

Den svenska äktenskapsbalken, och för den delen också rättstillämpningen, är i grunden *principorienterad* medan den norska lagen på ett helt annat sätt är *konsekvensorienterad*. Lagstiftning behöver emellertid både målorientering och konsekvensorientering, både förutsebarhet och flexibilitet.

Den *danska* regleringen inom äktenskapsrätten, som i mycket är oförändrad sedan 1920-talet, skulle må väl av en omfattande översyn bl.a. i fråga om begrepp och terminologi. För ett så pass stort grepp torde det dock inte finnas något danskt intresse. Den danska utvecklingen, eller snarare bristen på utveckling, belyser både det politiska ointresset för att förändra vad som är gammalt och vant (t.ex. användningen av begreppen "fælleseie" och "fællesbo") trots att begrepp och terminologi kan vara missvisande med tanke på de faktiskt gällande reglerna. En god illustration av att den danske lagstiftaren varit inställd på att lappa på det befintliga systemet av sådana existerande begrepp (inklusive begreppet "oskiftat bo" efter en makes död) i stället för att göra någon mera djupgående omprövning av rättsliga begrepp och reglernas systematik, utgör nog den stort uppslagna "særejereformen" 1990.<sup>6</sup>

Lyckligtvis tycks det dock vara så att man i Danmark, med hjälp av det praktiskt förstånd som vi antar kännetecknar danskar och som på familjerättsens mänskliga område nog också präglar domstolarna, klarar sig hyggligt trots alltför gammaldags begreppsbyggnad och ointresse för lagstiftningens systematik. Alltjämt gäller för enskilda fall i långa stycken vad Olaus Petri uttalade i svenska domarregler för snart 500 år sedan, att en god domare är viktigare än en god lag.

I den *isländska* Ägteskabsloven av år 1993 kombineras danskinspirerad tradition, med idéer hämtade från 1991 års norska lov, allt omformat för isländskt bruk under anförandeskap av det nordiska samarbetets nestor på detta område, Armann Snævarr.

*Finland* har inom äktenskapsrätten utvisat en försiktig hållning med partiella lagreformer, präglade av en blandning av princip- och konsekvensorientering av reglerna, som till viss del, men inte mera, följt nya principer i den svenska äktenskapsbalken. Samtidigt finns det också olika exempel på att Finland gått

<sup>5</sup> Som viktiga exempel kan enligt min mening nämnas reglerna om jämkning vid bodelning såväl vid äktenskapsskillnad som vid dödsfall (12 kap. 1 och 2 §§ äktenskapsbalken) men även frågor om vederlag vid bodelning som inte fått någon tillfredsställande helhetslösningar.

<sup>6</sup> För en närmare belysning av "særejereformen" se Irene Nørgaard, *Formueordningen mellem ægtefæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990 – særligt om ægtefællers inbyrdes aftalemuligheder*, København 1990. Jfr Agell, *nordisk äktenskapsrätt* s. 181 f och s. 204.

före med egna intressanta lösningar, vilka i varje fall inte än så länge nått någon spridning till något annat nordiskt land. Jag tänker på utformningen av en efterlevande makes arvsrätt, men också på hur bestämmelserna om rättslig vårdnad (föräldraansvar) utvecklats i Finland under en ganska lång tid.

Med en ganska djärv generalisering tror jag att skillnader mellan våra länder kan ses som allmänna uttryck också för traditionella nationella olikheter i balansen mellan å ena sidan lagstiftarens önskemål att styra, och å andra sidan utrymmet för lösningar i den praktiska rättstillämpningen utan långtgående detaljstyrning av lagens bokstav och lagens förarbeten. Kanske har vi här en del att lära av varandra. Ett nordiskt samarbete och ett öppet sinne kan nog vara en utmärkt hjälp på vägen mot konstruktionen av rimliga och väl fungerande rättsregler inom familjerätten på basen av gemensamma grundvärderingar.

De olika ländernas justitieministrar har deklarerat ett mycket varierande intresse för att utnyttja resultaten av det nordiska familjerättsprojektet. Jag utgår från att det under sessionen på Reykjavik kommer att redovisas vilket konkret lagsamarbete som förbereds och som kan förväntas i praktiken. En intressant fråga vore enligt min mening om nutida nordiska jurister vågar ha någon mening i dessa allmänna frågor, som till slut måste få politiska svar.

## 6. Särskilt om barnrätten om underhåll till barn

Man kan fråga sig om sådana skillnader i nationell rättskultur som jag nyss skisserat, har haft eller kan ha betydelse också för besvarandet av de frågor inom barnrätten som Peter Lødrup och Svend Danielsen diskuterar i sina rapporter, d.v.s. "Endring av etableret farskap – er ensartade nordiska regler uoppnåelige? resp. "Ensartade nordiske regler om forældreansvar?"

Kanske kan strävanden efter principorientering och enkelhet i lagstiftningen ha medfört t.ex. en avvisande inställning i svensk rätt till att en man, som anser sig var barn till ett barn, aldrig själv kan väcka talan vid domstol för att få sitt faderskap fastställt, han måste gå via socialnämnden. Samma starka principorientering skulle också kunna ses som en förklaring till att en mor inte i Sverige, i motsats till på andra håll inom Norden, inte kan för egen del föra talan i ett mål om faderskap. Hela faderskapsfrågan ses då som ett rättsligt mellanhavande mellan barnet och fadern. Modern kan däremot i Sverige föra talan för barnets räkning.

Inom hela barnrätten möter naturligtvis också de frågor som jag redan berört, och som Peter Lødrup och Svend Danielsen kommer att särskilt belysa, d.v.s. vilka praktiska behov som finns av nordisk rättslikhet angående faderskapsfrågor, inklusive hävandet av rättsligt gällande faderskap, och om den rättsliga vårdnaden (föräldraansvaret) över barn

En annan del av barnrätten aktualiserar samma allmänna frågor, nämligen

om föräldrarnas underhållsansvar mot sina barn, men detta ämne måste lämnas utanför diskussionen på juristmötet. Ämnet har i det nordiska projektet behandlats av Anna Singer och mig själv.

I alla de nordiska länderna är föräldrarna skyldiga att underhålla sina barn med ledning av barnets behov och båda föräldrarnas samlade förmåga. Utgångspunkten kan låta enkel, men redan här möter den teoretiska komplikationen att barnets behov ökar med ledning av föräldrarnas förmåga, eftersom barnet har anspråk på att dela föräldrarnas ekonomiska standard.

Den som närmare studerar reglerna om underhållsskyldighet till barn i de nordiska länderna slås emellertid framförallt av att de likartade utgångspunkterna blivit omsatta i fullkomligt divergerande lösningar för hur underhållsbidrag till barn skall beräknas. En förklaring till dessa starka skillnader är ett annat förhållande, som visserligen också innebär en gemensam utgångspunkt för de nordiska länderna men som också medför ytterligare komplikationer. Jag tänker här på existensen sedan 1930-talet av s.k. bidragsförskott till barn, i Sverige och Finland numera kallat underhållsstöd. Förskottet var ursprungligen enbart ett förskott på underhållsbidrag, men har senare i lägre eller högre grad omformats till en socialförmån som kan överskjuta det underhållsbidrag som "egentligen" borde fastställas. Helheten, särskilt om man beaktar även andra socialförmåner, har blivit ett snår av skilda regler i de olika nordiska länderna. Här utgör också judiciella och administrativa frågor om samordning mellan underhållsbidrag och bidragsförskott (underhållsstöd) en extra komplikation för åstadkommande av ett både socialt rättvist och rättssystematiskt harmoniskt system.

Även de exekutionsrättsliga bestämmelserna om indrivning av underhållsbidrag komplicerar bilden. Därtill har på senare år kommit nya frågor om avdrag på fastställt underhållsbidrag på grund av den bidragspliktiges umgänge ("samvær") med barnet, eller om fastställande av bidrag när ett barn bor växelvis hos den ene eller den andra föräldern. Frågan om hänsyn till reskostnader för möjliggörande av umgänge är en annan ny fråga.

Sammanfattningsvis framstår frågorna om underhållsbidrag till barn som rättstekniskt mycket komplicerade. Med ledning av våra samlade erfarenheter och en del tankekraft skulle det kanske dock vara möjligt att åstadkomma ett bättre genomtänkt system för beräkning av underhållsbidrag och för samspelet med bidragsförskott (underhållsstöd) än det som för närvarande existerar någonstans i Norden. En och annan försöksballong har släppts upp i Anna Singers och min framställning. Samtidigt är dock långtgående förhoppningar om nordisk lagharmonisering antagligen särskilt orealistiska på tal om underhållsskyldighet mot barn på grund av sambandet med socialpolitiken, komplexiteten av frågorna och skilda nationella traditioner.

## **II. Endring av et etablert farskap – er ensartede nordiske regler uopnåelig?**

af professor, dr. jur. *Peter Lødrup*, Oslo

### **1. Problemstillingene**

Farskap etableres i nordisk rett på en av tre måter: Er moren gift, blir ektemannen uten videre å anse som barnets far, pater est-regelen ligger fast (selv om detaljene her er noe varierende). Er moren ugift, vil farskapet bli etablert ved at vedkommende mann erkjenner farskapet. Gjør han ikke det, vil farskapet bli avgjort av domstolene.

Det er hevet over tvil at mange rettslige fedre ikke er barnets biologiske far. Det gjelder uansett på hvilken av de tre nevnte måter farskapet rettslig sett er etablert på. Her har det imidlertid de siste ca. 15 år i alle de nordiske land skjedd den endring at hvor et farskap bestrides, vil DNA-analysen gi svaret. Vi kan derfor gå ut fra at etter at DNA-analysene ble alminnelig brukt i farskapsaker i tiden etter 1990, vil praktisk sett ingen mann som benekter et farskap bli uriktig dømt som far. Men fremtiden løser ikke fortidens problem: Før DNA-analysenes tid var det medisinske grunnlag for å bestemme eller utelukke et farskap i mange tilfelle ikke sikkert. Vi kan trygt legge til grunn at ikke så helt få av de tusenvis av farskapsdommer som ble avsagt tidligere, har lagt farskapet på en mann som ikke er den biologiske faren, eller frifunnet den mann som er den biologiske faren. Det kan nevnes at den norske Høyesterett i tiden 1950–1990 behandlet over hundre farskapsaker, og i tretten tilfelle ble farskap pålagt med 3 mot 2 stemmer.

Farskaps- og morskapsprosmålene inngikk også i det nordiske familierett-sprosjektet, og min fremstilling av dem er gitt i „Nordisk børmeret I“ s. 21–234. Boken utkom sommeren 2004, Nord 2003:4.<sup>7</sup> Arbeidet med den avdekket betydelige ulikheter i lovgivningen om endring av farskap i de nordiske land, og disse avspeiler forskjellige oppfatninger av hvilke hensyn reglene skal tjene. Den grunnleggende forskjell ligger i synet på hvor langt man skal gå i å verne et etablert farskap, eller om målsettingen bør være å få identitet mellom det rettslige og biologiske farskap. I Danmark, Island og Norge er reglene om farskap

---

<sup>7</sup> Den inneholder også en fremstilling av reglene om underhold til barn (s. 235–482), skrevet av Anders Agell og Anna Singer.



og endring av farskap nylig revidert,<sup>8</sup> mens lovgivningen i Finland<sup>9</sup> og Sverige<sup>10</sup> er fra 1970-tallet.

Mens ekteskapsretten har vært gjenstand for et nordisk samarbeid gjennom hele det forrige århundre, har ikke farskapsreglene vært tatt opp i det nordiske lovsamarbeid siden spredte forsøk på 1950-tallet. Den gjeldende nordiske lovgivningen har utviklet seg uten at det fra noe hold har vært fremsatt noe ønske om et lovsamarbeid over landegrensene. Da man forberedte den norske barneloven av 1981 så man det ikke som „noe vesentlig mål å fremme nordisk rettsenhet på bekostning av de løsninger som vi har ansett formålstjenlige ... Mot denne bakgrunn vil man i begrunnelsene for utvalgets lovforslag i liten grad finne henvisninger til de øvrige nordiske land.“<sup>11</sup> Selv om det ikke eksplisitt er sagt, preger den samme holdning også de danske forarbeider tyve år senere.<sup>12</sup>

Hensikten med denne rapporten er å trekke frem og vurdere de vesentlige ulikheter i den nordiske lovgivningen om endring av farskap, og reise spørsmålet om noen nordisk rettsenhet er ønskelig og realistisk. Som Svend Danielsen fremhever i sin rapport, er det en generell forutsetning for harmonisering at det er et felles verdigrunnlag for reglene. Og da ligger spørsmålet nær: Har vi i de fem nordiske land et slikt felles verdigrunnlag som kan gjøre det ønskelig og mulig med mer ensartede regler om endring av farskap? At forutsetningene for en harmonisering av reglene om *etablering* av farskap, står for meg som lite tvilsomt. Gjeldende lovgivning bærer bud om bred enighet om de grunnholdninger regelverket skal bygge på.

Men dette blir annerledes når vi stiller spørsmålet for reglene om *endring* av et bestående farskap. Mens Norge etter lovendringene i 1997 og 2003 har lagt seg på et praktisk sett unntaksfritt biologisk grunnsyn, har de øvrige nordiske land fremdeles både prosessuelle og materielle hindringer for at et rettslig, men biologisk uriktig, farskap kan bli opphevet, om enn i ulik grad. Betyr dette at vi i Norge står for et annet verdigrunnlag når vi setter det biologisk riktige farskap foran det etablerte?<sup>13</sup> Og hvis svaret er ja, blir utfordringen om det kan finnes en forklaring på at Norge her står alene.

Jeg finner innledningsvis grunn til å presisere at når vi taler om „barn“ i forbindelse med endring av et bestående farskap, så er alderen på „barnet“ sterkt varierende. Hvor endringssak blir aktuelt, vil nok flertallet være voksne.

<sup>8</sup> I Danmark trådte „Børneloven – lov nr. 460 af 7. juni 2001 – i kraft 1. juli 2002, Island fikk en ny barnelovgivning ved lov nr. 76 27. mars 2003, mens farskapsreglene i den norske barneloven av 8. april 1981 ble radikalt endret i 1997 og 2002 – de siste endringene trådte i kraft 1. april 2003.

<sup>9</sup> Lag om faderskap av 5. april 1976.

<sup>10</sup> Föräldrabalken 1–3 kap.

<sup>11</sup> NOU 1977: 35 s. 13.

<sup>12</sup> Bet. 1350/1997.

<sup>13</sup> Reglene om endring av farskap er fremstilt på s. 126 flg. i „Nordisk børneret I“.

For den generelle adgang til gjenopptakelse av en tidligere sak vi nå har i Norge, vil det ofte være tilfelle – i flere av de saker vi har hatt i Norge etter lovendringen, har „barnet“ vært både 50 og 60 år. Av de 211 saker som ble forelagt Rettsmedisinsk Institutt de første femten månedene etter lovendringene i Norge i 2003, var bare 46 barn født før 1990; hele 97 var født før 1980.

## 2. Om adgangen til endringssak – kort om gjeldende rett

Det alminnelige synet på adgangen til endringssak var lenge i alle de nordiske land at det hadde en egenverdi å skape ro om familieforholdene. Dette kom til syne i lovmotiver og i de lovmessige begrensninger som ble oppstillet for endringssak. Disse begrensninger var både frister for endringssak, strenge vilkår for endring hvor farskapet bygget på erkjennelse og en sterkt begrenset adgang til en gjenopptakelse av et farskap fastsatt ved dom – her kom det alminnelige vilkår for gjenopptakelse („resning“) til anvendelse. Men når dette er sagt, har det i alle land vært en klar utvikling i retning av et mer liberalt syn på endringsadgangen.

Følger farskapet av *pater est-regelen* eller *erkjennelse*, kan barnet, moren og faren etter islandsk<sup>14</sup> og norsk<sup>15</sup> rett uavhengig av frister gå til endringssak, og med forbehold for moren gjelder dette også etter svensk rett.<sup>16</sup> Sverige opphevet fristene allerede i 1976 med den begrunnelse at et barn ikke nå lenger kunne sies å ha noen vesentlig interesse i å beholde status som født i ekteskap. Det ble videre uttalt at det både var i barnets og vedkommende manns interesse at et riktig biologisk farskap ble etablert – også etter lang tid ble det ansett å være til barnets beste.<sup>17</sup> I Norge bortfalt fristene i 2002, og de ble i Island opphevet i 2003. I Finland gjelder fremdeles med enkelte unntak en frist for endringssak på fem år fra barnets fødsel.<sup>18</sup> Med mindre „særlige grunde“ er tilstede, kan ikke endringssak reises i Danmark lenger enn tre år etter barnets fødsel.<sup>19</sup> Blant de særlige grunde nevnes grunnen til at sak ikke er reist tidligere, om omstendighetene taler for endring, og at det må antas „at fornyet behandling af sagen ikke vil medføre væsentlige ulemper for barnet“.<sup>20</sup>

Rett til å begjæring endringssak i disse to tilfellene har som nevnt i alle land barnet og den farskapet hviler på. Men unntak for svensk rett, har også mo-

<sup>14</sup> § 21.

<sup>15</sup> § 6.

<sup>16</sup> FB 3 kap. 1 §, jfr. 5 §, som gir moren

<sup>17</sup> Se Saldeen, *Barn och föräldrar*, 4. uppl. 2001 s. 64 med henvisninger. Om begrunnelsen for å oppheve fristene i Norge i 2002, se Ot. prp. (2001–02) nr. 93 s. 7–8.

<sup>18</sup> §35 annet ledd.

<sup>19</sup> §§ 23 og 24.

<sup>20</sup> § 25.

ren søksmålsrett. At moren ikke har noen selvstendig søksmålsrett („talerätt“), ble begrunnet med at det var mannen som best kunne vurdere om det var grunnlag for å bestride at et barn hustruen har født ikke er hans.<sup>21</sup>

Det var lenge slik at en tredjemann som mente seg å være far til et barn som allerede hadde en far etter pater est-regelen og erkjennelse, ikke i noen av de nordiske land kunne gripe inn og få farskapet opphevet, for derfor å bane vei for selv å bli barnets rettslige far. Men i 1997 ble det i Norge åpnet adgang for ham til å reise slik sak.<sup>22</sup> Den er såvidt jeg vet ganske enestående ikke bare i Norden, men også i de land jeg kjenner til fra den vestlige verden.

Hvor farskapet er fastslått ved *rettskraftig dom*, var det lenge de ellers gjeldende regler i rettergangslovgivningen som kom til anvendelse på spørsmålet om gjenopptakelse („resning“) av en farskapssak.<sup>23</sup> Slik er det imidlertid ikke lenger i Danmark og Norge. I Danmark er reglene om „genoptagelse“ de samme uansett hvilket grunnlag farskapet bygger på, og som nevnt er det for statsamtet at gjenopptakelse skal begjæres, og det er statsamtet som avgjør om begjæringen skal tas til følge.<sup>24</sup>

I Norge ble reglene om gjenopptakelse i 2002 flyttet fra rettergangslovgivningens strenge regelverk til barneloven, hvor § 28a har denne ordlyd: „Ei rettskraftig avgjerd kan krevjast gjenoppteke utan omsyn til vilkåra i tvistemålslova §§ 405–408 dersom det ikkje låg føre ein DNA-analyse i saka“. Dette innebærer – og denne regelen har intet motstykke ellers i Norden – at en som har vært part i saken (dvs. barnet, moren og den som er idømt farskapet) har et krav på å få den gjenopptatt. Når en begjæring kommer inn til retten, skal den pålegge de berørte parter å avlegge blodprøve med henblikk på en DNA-analyse. Viser analysen at den eldre dom er gal, kan retten uten hovedforhandling frifinne vedkommende mann for farskapet.<sup>25</sup> Vi ser følgelig at veien frem mot en ny avgjørelse er uten skjønnsmomenter og uten frister, og at saksbehandlingen skjer raskt. Klarere kan ikke det prinsipielle standpunkt bli om at det rettslige farskapet og det biologiske farskapet skal ligge hos den samme mannen, selv om det innebærer en farskapsendring.

I Sverige må reglene i kap. 58 i rättegångsbalken suppleres med reglene i blodundersøkningslagen.<sup>26</sup> Hvor det etter dommen er kommet frem nye opplysninger som gir grunn til å tro at noen annen mann enn den som „har fastställt

<sup>21</sup> Se nærmere Singer, Föräldraskap i rättlig belysning, 2000 s. 168.

<sup>22</sup> Den norske barneloven § 6 lyder etter endringene i 1997 og 2002 i all enkelthet slik: „Barnet, kvar av foreldra og tredjemann som meiner han er far til eit barn som allerede har en far, kan alltid reise sak for domstolane om farskap etter ekteskap og vedgåing.“

<sup>23</sup> Se om enkelthetene „Nordisk børneret I“ s. 173–209.

<sup>24</sup> Se kap. 4. Denne avgjørelsen kan bringes inn for retten hvis parten begjærer det innen fire uker, § 24.

<sup>25</sup> § 24.

<sup>26</sup> Lag (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap. De gjeldende regler er fra 1983.

vara far har haft samlag med modern under den tid då barnet kan vara avlat“, kan det pålegges partene og den mulige faren å avlegge blodprøve. Bakgrunnen for kravet om nye omstendigheter, var ønsket om ikke „onödan“ å gripe forstyrrende inn i forholdet mellom barnet og den rettslige far.<sup>27</sup> Her ser vi den grunnleggende prinsipielle forskjell til den norske § 28a: Etter den norske regelen kreves det ingen nye omstendigheter – det var nettopp noe av poenget at man ved DNA-analysens hjelp kunne få bekreftet eller avkreftet om den mannen som var dømt som far, også var den biologiske faren. Hvor partene frivillig hadde gått med på en DNA-analyse, var veien til gjenopptakelse åpen i både Norge og Sverige hvor resultatet viste at dommen var gal. Men å tvinge partene til en DNA-analyse for derved å få et mulig grunnlag for gjenopptakelse var ikke mulig – i Norge ble dette i 1998<sup>28</sup> slått fast av Høyesterett i plenum med 9 mot 8 stemmer, og dette standpunkt har også Danmarks Højesteret inntatt.<sup>29</sup> Dette viser at nøkkelen til en endring ligger i DNA-analysen, og at det er å åpne veien for en slik analyse at Norge fikk regelen i § 28a som følgelig hviler på det syn mindretallet bygget på i plenumssaken fra 1998.

Selv om tittelen på denne rapporten er endring av farskap, er det imidlertid også grunn til å trekke frem muligheten for gjenopptakelse av en dom som har frifunnet en mann for farskap, selv om vedkommende mann bevislig hadde hatt samleie med moren i den kritiske tid. Det er gjerne barnet som etter at det er blitt voksent ønsker saken gjenopptatt for derved å fremtvinge en DNA-analyse, eller det kan være moren som har visst at frifinnelsen var uriktig, idet hun ikke har hadde hatt samleie med andre på denne tiden. Heller ikke her kunne en DNA-analyse fremtvinges uten partenes samtykke medmindre det forelå nye opplysninger.<sup>30</sup> Også her medførte for Norges del § 28a endringer.

Oppsummeringvis er det grunn til å trekke frem at det er på to punkter islandsk og norsk rett går lenger enn de tre andre land. Retten til endringssak krever ingen særskilt begrunnelse hvor farskapet bygger på pater est-regelen og erkjennelse, og sammen med Sverige har de det til felles at det ikke gjelder frister for adgangen til å reise sak. Hertil kommer det som særpreger norsk rett: Tredjemanns søksmålsadgang og rett til uten vilkår å få gjenopptatt en sak som er avgjort ved rettskraftig dom. Etter mitt syn er det i dag om disse to spørsmål det særlig kan være uenighet, selv om fristene og vilkårene ellers i særlig dansk, men også finsk rett, byr på forskjeller av praktisk betydning.

Hva har så skjedd i Norge etter 1. april 2003, da de nye reglene trådte i kraft? I tiden frem til 20. april 2004 analyserte Rettsmedisinsk Institutt DNA-

<sup>27</sup> Prop. 1982/83:8 s. 7.

<sup>28</sup> Rt. 1998 s. 219. Både flertallet og mindretallet gir sterke rettspolitiske begrunnelser for sitt syn. Mindretallets syn ble oppsummert i annenvoterendes votum hvor det bl.a. heter at „Farskap er ingen privatsak“.

<sup>29</sup> UfR 2003 s. 387H.

<sup>30</sup> Rt. 1999 s. 308, UfR 2003 s. 385.

prøver i 211 endringssaker oversendt fra tingrettene. Av disse gjaldt 40 saker gjenopptakelse av farskap fastsatt ved dom, og i 13 av disse ble resultatet at vedkommende mann ikke var faren. Hvor farskapet bygger på erkjennelse, var det i 34 tilfelle at han ikke var faren, mens farskapet ble bekreftet i 71 saker. Hvor farskapet bygget på pater est-regelen stadfestet analysen ektemannens farskap i 38 saker, mens han ble utelukket som far i 28 saker. Samlet sett ble følgelig farskapet bekreftet i 136 av sakene, mens det ble utelukket i 75.<sup>31</sup> Det kan tilflyes at Rettsmedisinsk Institutt hadde kunnskap om hvem som var saksøler i 129 av sakene. Moren var det i 4 saker, barnet i 12 saker, den juridiske far i 109 saker og tredjemann i 4 saker (her ble tredjemanns farskap bekreftet i to av sakene).

### 3. De grunnleggende problemstillingene, slik jeg ser dem

Den nordiske lovgivningen fra første del av det forrige århundre var i første rekke opptatt av å sikre barn født utenfor ekteskap en far, dels også å sikre barnets forsørgelse hvor farskap ikke kunne etableres, ved regler om bidragsplikt løstrevet fra farskapet. Dette er problemstillinger som ikke lenger står på dagsordenen, idet som nevnt DNA-analysen løser problemet. Det er som nevnt bred enighet om at etablering av farskap til barn som er født av ugift mor, skal tilstrebe å finne frem til den biologiske faren.<sup>32</sup> *Det er hvor det er tale om endring av et bestående farskap vi får kolliderende hensyn.* Hensynet til det biologisk korrekte farskap står mot hensynet til barnets behov for et stabilt familieliv. Beskyttelsen av det etablerte blir særlig trukket frem hvor det er aktuelt å endre ektemannens farskap – her måtte det biologisk korrekte vike for andre interesser. Men hensynet til stabilitet gjør seg også langt på vei gjeldende hvor farskapet fulgte av erkjennelse, særlig hvor foreldrene var samboere da barnet ble født.

Spørsmålet blir så hvor langt disse hensyn fortsatt er bærekraftige.

Ser vi først på de tilfelle hvor farskapet er *pålagt ved dom*, må det antas at det i flertallet av tilfelle ikke har eksistert noen sterke familiemessige eller sosiale bånd mellom faren og barnet. Det er ingen stabilitet å bryte opp. Vedkommende mann har ofte den overbevisning at dommen er gal, eller at den er tvilsom. Mannen kan ha stiftet familie, og eksistensen av barnet får alvorlige konsekvenser for denne når han faller fra. Er det noe berettiget hensyn i slike tilfelle å oppstille hindringer for at man ved DNA-analysen kan få disse sakene gjenopptatt og dermed klarhet i farskapsspørsmålet? Det var i rettspraksis tidligere en klar tendens til å legge vekt på morens forklaring hvor faktum ellers var

<sup>31</sup> Jfr. Smith og Lødrup, *Barn og foreldre*, 6. utg. 2004 s. 61.

<sup>32</sup> Eit av de få unntak er regelen i den danske lovens § 14 stk. 3.

uklart. I en sak som ble gjenopptatt etter den nye norske gjenopptakelsesbestem-  
melsen i barnelovens § 28a, viste DNA-analysen at dommen<sup>31</sup> var gal, og man-  
nen ble frifunnet for farskapet. At Høyesterett igjen møtte denne saken nesten 45  
år senere, var at mannen krevet seg tilkjent saksomkostninger fra moren. Han  
fikk medhold, idet Høyesterett la til grunn at moren hele tiden „må ha vært klar  
over at hun i det kritiske tidsrommet har hatt samleie med en annen mann“, noe  
hun hadde fortiet da farskapssaken ble pådømt 1960. At hensynet til barnet i sli-  
ke tilfeller skal gå foran mannens interesse – og hans families – i å konservere et  
en uriktig dom som bygget på tidligere tiders mangelfulle medisinske kunnskap,  
er det vanskelig å forstå. Sosiale hensyn kan ikke tilsi at „barnet“ har en veler-  
vervet rett til å beholde en mann som far som ikke er den biologisk korrekte far.

Til dette kan kanskje innvendes at en del menn som er pålagt farskapet ved  
dom, har avfunnet seg med dommen, og hatt kontakt med barnet såvel gjennom  
barndommen som etter at det var blitt voksent. Er forholdet godt, oppstår neppe  
noe problem, man begjærer ikke saken gjenopptatt. Men det kan lett tenkes at  
mannen ønsker klarhet om farskapet er i overensstemmelse med biologien, når  
en dom har gitt uttrykk for tvil, noe mange har gjort. Det kan gi forholdet til  
barnet en ny positiv dimensjon. Barnet vil jo normalt kjenne til at faren bestred  
farskapet, og at han „ble far“ ved domstolenes hjelp. Og det kan også lett tenkes  
at barnet – som nå forutsettes å være voksent – selv ønsker klarhet om farska-  
pet. Skal hensynet til moren og faren her hindre barnet i å få en slik visshet;  
moren og faren vil jo i slike tilfelle normalt ikke ha bodd sammen og ikke gitt  
barnet noe felles hjem.

Er farskapet etablert gjennom *erkjennelse*, kan motivet bak erkjennelsen  
variere, og forholdet mellom foreldrene være alt fra et samboerpar til en mer  
„tilfeldig“ forbindelse uten senere kontakt av betydning. Hvor partene har hatt  
et etablert samliv sammen med barnet, er vi over i de betraktninger som også  
har betydning for endring av ektemannens farskap. I de andre tilfellene, vil de  
betraktninger som er gjort gjeldende ovenfor være relevante.

Hvor farskapet følger av *pater est-regelen*, er barnet blitt født inn i en be-  
stående familie. Når alle frister og vilkår ellers i islandsk, norsk og svensk rett  
er opphevet, har man tatt konsekvensene av at passivitet ikke skal hindre parte-  
ne senere å gå til endringssak – allerede i dette ligger en aksept for at det biolo-  
giske farskapet skal prioriteres fremfor stabiliteten. I praksis kommer nok dette  
på spissen hvor hustruen erkjenner utroskap – eller dette blir kjent på annen må-  
te – og ekteskapet blir oppløst. At en utløpet frist da skal hindre endringssak,  
selv hvor barnet i lang tid har trodd at morens ektemann var faren, vil virke  
sterkt urimelig overfor den ektemann som vitterlig ikke er den biologiske faren.  
Med hvilken rett skal f.eks. barnet i et slikt tilfelle ha krav på arv etter en mann

---

<sup>31</sup> Rt. 1960 s. 1025, hvor farskapet ble pålagt med 3 mot 2 stemmer.

som ønsker å få opphevet et farskap som ikke er hans? Eller svekke mannens eventuelle nye families rettigheter når han faller fra?

Når det gjelder *tredjemanns stilling* bemerkes: Etter mitt syn var innføringen av tredjemanns rett til å bestride et pater est-farskap eller farskap etablert ved erkjennelse, det prinsipielt sett mest tvilsomme av de forslag som ble fremmet, og det var omstridt blant høringsinstitusjonene. Departementet hadde ikke selv i høringsnotatet gitt uttrykk for et bestemt syn, men bedt høringsinstansene om spesielt å uttale seg om det. Det var – naturlig nok – delte meninger om spørsmålet. Av de som uttalte seg positivt, var bl.a. en rekke fylkesmenn, Barneombudet, Kirkerådet, Norges Bondekvinnelag, Likestillingsombudet. Av de argumentene som ble anført, var at en slik søksmålsrett ville bidra til å oppfylle målsettingen om at et barn har rett til å kjenne sitt biologiske opphav, at usikkerhet om hvem som er faren kunne være uheldig for barnet, og at en søksmålsrett ville fremme likestillingshensyn innen den krets hvor barnets farskap var relevant.

Blant de som var negative til tanken om en søksmålsrett for tredjemann, kan nevnes Dommerforeningen, Den norske advokatforening, Den norske kirkes presteforening og Likestillingsrådet. Man tok avstand fra å skape uro om et etablert farskap; hensynet til familien tilsa en slik løsning og stabilitet omkring foreldreskapet ble ansett å være til barnets beste. Man fryktet sjikanøse søksmål, og hensynet til stabilitet måtte gå foran hensynet til det biologisk korrekte farskap. Vi kan altså konstatere at kirkelige organer var mer positive enn juristorganisasjonene til søksmålsretten.

Departementet tok utgangspunkt i at det er „bred enighet om at det er viktig for barnet at farskapet blir riktig fastsatt“, og viste til debatten om et adoptivbarns rett til kunnskap om sine biologiske foreldre. Foruten den følelsesmessige betydningen av å få farskapet korrekt fastsatt, fremholdt departementet at dette var viktig også i andre forhold, for eksempel i medisinsk sammenheng for å få avdekket arvelige sykdommer. I de tilfellene der ingen av de juridiske foreldrene ønsker å ta opp farskapsspørsmålet, mente departementet at det ville være en fordel for barnet at tredje person får mulighet til å ta opp saken slik at riktig farskap kan bli slått fast. Etter å ha avvist søksmål i sjikanehensikt som mothen-syn, oppsummerte departementet sitt syn slik:

„Etter en vurdering av høringsinstansenes uttalelser og argumenter har departementet kommet til at forslaget om søksmålskompetanse for den som påstår å være biologisk far bør fremmes. Det er da lagt avgjørende vekt på at det må anses å være til beste for barnet at det så tidlig som mulig får kjennskap til og kontakt med sin biologiske far, og at juridisk tilknytning i størst mulig grad blir brakt i samsvar med biologiske forhold. Videre vil forslaget representere en praktisk konsekvens av likestilling mellom foreldre i forhold til barnet. Endelig legges det vekt på at motforestillingene ikke lenger er så sterke fordi DNA-teknologien sikrer en riktig avgjørelse, samt at man unngår en opprivende rettsak.“<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Ot. prp. nr. 56 (1996–97) s. 28.

Begrunnelsen for søksmålsretten er således forholdsvis kortfattet. I Stortinget skapte forslaget ikke særlig debatt; det ble vedtatt mot fem stemmer.<sup>35</sup>

Motforestillingen mot en slik regel er i første rekke hensynet til barnet, som særlig hvis det er mindreårig, kan få et etablert sosialt farskap rykket opp. Ingen kan hindre den tredjemann som ønsker å bli godtatt som barnets far, å meddele dette til barnet, og det vil i seg selv skape problemer. At tredjemanns rett også kan bidra til en løsning som er til barnets beste, er Kroonsaken for menneskerettsdomstolen et eksempel på.<sup>36</sup> Den saken viser at begrensninger i retten til å endre et farskap som følger av pater est-regelen, kan stride mot EMK. Dette har også vært uttrykt slik: „But these restrictions may not be so severe that the presumption is upheld also when it is obvious that it does not correspond to the realities“.<sup>37</sup>

#### 4. De vesentlige ulikheter – temaer til ettertanke og diskusjon

Sett i fugleperspektiv har utviklingen gått i retning av at det er lettere å få endret et farskap, selv om reglene i de nordiske land inneholder betydelige ulikheter. Etter min mening er det særlig fem forhold som særlig bør trekkes frem:

- A. Bør det – som i Danmark og Finland – være frister for endringssak?
- B. Bør en tredjemann som mener seg å være far ha adgang til å gå til endringssak?
- C. Er den ubetingede rett til å få gjenopptatt en sak avgjort ved dom som norsk rett nå bygger på anbefalingsverdig?
- D. Bør det kreves nye opplysninger for at endringssak skal åpnes?  
At de norske reglene i barnelovens §§ 6 og 28a bryter med holdninger som bare for et tiår siden var fremtredende, kan neppe være tvilsomt. Å få identitet mellom det biologisk og rettslige farskap, var på 1990-tallet ingen målsetting for Norges Høyesterett. Jeg har allerede nevnt plenumsdommen fra 1998, og i to saker fra begynnelsen av det tiåret uttalte Høyesterett som begrunnelse for å nekte å dispensere fra den fristen som den gang gjaldt, at vilkårene for dispensasjon er strenge, og at det biologiske farskap bare var

<sup>35</sup> Odelstingstidende 1997 s. 906.

<sup>36</sup> Kroon mot Nederland (29/1993/424/503) hvor domstolen kom til at det var en krenkelse av EMK art. 8 at nederlandsk rett nektet morens samboer og senere ektefelle å få farskapet til det barnet hun fødte før hennes ekteskap var oppløst. Ektemannens oppholdssted hadde vært ukjent de siste årene. Partene levde i et stabilt familieliv og fikk senere ytterligere fire barn.

<sup>37</sup> Danelius, Reflections on some important judgments of the European Court of Human Rights regarding family life“, i Lødrup and Modvar (ed.) Family Life and Human Rights, Oslo 2004 s. 157.



ett av flere momenter som skulle vektlegges,<sup>38</sup> og kom til at dispensasjon ikke burde gis. Dette leder frem til et femte spørsmål:

- E. Bør adgangen til endringssak bero på et konkret skjønn, eller bør lovens vilkår være klart utformet?

## 5. Sluttbemerkninger

De holdningsendringer som ligger bak rettsutviklingen de senere år, kan nok bl.a. begrunnes i følgende forhold:

DNA-tekniikkens mulighet til praktisk sett uten tvil både å utpeke faren, og til å utelukke en mann som far. Dermed er det argument for frister som vi ser i tidligere forarbeider, at etter hvert som tiden går vil bevisene svekkes, ikke lenger relevant. Uten DNA-tekniikken ville utvilsomt de reformer som fant sted i Norge i 1997 og 2002, fremdeles tilhørt fremtiden. Hertil kommer at det – etter mitt syn – også var uklarhet omkring det medisinske grunnlag for å fastslå det biologiske farskap som lå til grunn for restriksjonene for endringssaker.

Familiestabiliteten er i dag betydelig mindre enn før. Et stort antall barn vokser opp med en annen far enn den rettslige far, noe som gjør skillet mellom den sosiale far og den rettslige far til en realitet i mange familier. Hertil kommer at det å være barn av en ugift mor, eller barn av en far som ikke er morens ekte-mann, ikke lenger utløser negative reaksjoner fra omgivelsene.

Det synes i dag å være erkjent at det er i barnets interesse i det overveiende antall tilfeller å få klarlagt hvem som er dets biologiske opphav. Bl.a. vurderes kunnskap om sine „røtter“ annerledes enn før; her er det tale om sterke følelses-messige behov, og den medisinske betydning av det biologiske farskapet er kommet mer i forgrunnen. Moren og den rettslige faren skal ikke ha adgang til å blokkere tredjemanns rett til å bli erkjent som far, dvs. hans mulighet til å etablere det biologiske farskap. Den internasjonale diskusjonen om barnets rettigheter med utgangspunkt både i EMK art. 8 og FNs barnekonvensjon art. 7 og 8, er her av betydning når det gjelder barn under 18 år. Island fikk som nevnt en ny barnelov i 2003, og i § 1 slås det fast at et barn har rett til å kjenne begge sine foreldre. Moren har plikt til å opplyse hvem som er barnets far, med mindre farskapet bygger på pater est-regelen. Jeg oppfatter dette som et krav om kunnskap om den biologiske far. Selv om de nevnte konvensjoner ikke skulle gå så langt som å hjemle krav på kunnskap om de biologiske foreldre hvor barnet allerede

---

<sup>38</sup> Rt. 1991 s. 182 og Rt. 1994 s. 1177. I begge saker fremsto det som sannsynlig at det bestående rettslige farskapet ikke stemte med det biologisk korrekte. I den siste saken ble det uttalt at restriksjonene i adgangen til å reise endringssak er „et ønske om å skape ro omkring farskapsspørsmålet.“

har en rettslig far og mor, har de gitt grobunn for en debatt om og argumentasjon for retten til å kjenne sitt opphav.

Saksbehandlingen kan – med DNA-analysen – gjøres meget enkel. Saken i seg selv blir derfor ingen belastning for partene.

Hvorvidt nordisk rettsenhet her er ønskelig, må bero på en vurdering av hvilke regler som fremstår som kvalitativt best. Noe praktisk behov for ensartede regler er det neppe.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Se nærmere „Nordisk børneret I“ s. 189–204.

### III. Ensartede nordiske regler om forældreansvar?

af adj. professor, dr. jur. *Svend Danielsen*

*Grundlaget* for drøftelsen er en af de bøger, Nordisk Ministerråd har udgivet som en del af det såkaldte nordiske familieretsprojekt: „*Nordisk Børneret II, Forældreansvar*“ med undertitlen „Et sammenlignende studie af dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk ret med drøftelser af harmoniseringsmuligheder og reformbehov“. Bogen udkom i foråret 2004. Bogens emne er med nordiske terminologier forældremyndighed, foreldreansvar eller vårdnad og samvær, samværsrett eller umgänge. (Nord 2003:14. Et sammendrag af bogen findes i Nordisk Børneret I s. 463–82. For Nordisk Ministerråd har jeg samtidig udarbejdet en anden bog med titlen: „Forældres pligter, børns rettigheder“ med undertitlen: „Et sammenlignende studie af engelsk, skotsk og australsk børnelovgivning samt canadiske overvejelser, med tanker om mulige inspirationer for nordiske reformer“, Nord 2004:2)

Blandt *emnerne*, der gennemgås i bogen, omtales i det følgende nogle, hvor der er ganske stor forskel på de nordiske lovgivningsmæssige løsninger, samtidig med at spørgsmålene er centrale for børnene og deres forældre, når de ikke bor sammen, og dermed for samfundet. Det er navnlig opbygningen og reguleringen af et fælles forældreansvar efter samlivssammenbrud, se under 3. Andre emner er, hvorledes ugifte fædre kan få del i ansvaret, se under 2, og om der skal kunne træffes særskilte afgørelser om, hos hvem børnene skal bo, herunder om, at de skal bo lige meget hos begge forældre, se under 4. Endelig drøftes børnenes rolle under forældrenes tvister, herunder deres adgang til at blive hørt og til i særlige tilfælde at få deres egen repræsentant, se under 6.

#### 1. Generelt om fællesnordiske regler

Som en indledning kan der være anledning til nogle mere generelle overvejelser om mulighederne for ensartede nordiske lovgivninger om forældreansvar og samvær. Min konklusion efter at have arbejdet med den danske lovgivning i mange år og de nordiske lovgivninger i mange måneder er, at dette børneretlige område på en gang er det mest nærliggende for en lovharmonisering og samtidig måske er et af de vanskeligste familieretlige emner at nå til enighed om.

En forudsætning for et samarbejde er, at der i flere eller alle lande er en politisk vilje til at igangsætte reformer, og det opfylder forældreansvarsområdet til fulde. Børns relationer til deres forældre har tiltrukket sig politikernes, offent-

lighedens og pressens opmærksomhed i de seneste tiår, og der har været *mange lovgivningsinitiativer*. Lovændringerne indledtes i begyndelsen af 1980-erne med den norske barnelov fra 1981 og den finske fra 1983. Den norske blev ændret ganske omfattende i 1997 og 2004. Den danske lov blev revideret betydeligt i 1985, og i 1995 gennemførtes en selvstændig lov om forældremyndighed og samvær. De svenske regler i föräldrabalken er ændret adskillige gange, således i 1973, 1976, 1983, 1991 og 1995 og ganske omfattende i 1998. Endelig er der i Island i 2003 gennemført en ny børnelov. Et svensk udvalg ventes at afslutte sit arbejde i foråret 2005, medens et nyt dansk er nedsat i foråret 2005. Den finske lov skiller sig ud fra de øvrige nordiske bl.a. ved sin kortfattede samt ved at være mere internationalt inspireret, og det må konstateres at den har været mere holdbar, idet der ikke i de tyve år, den har været i kraft, har været behov for at ændre den. (Om retsudviklingen i de nordiske lande se Nordisk Børneret II, s 46–53). Det *kniber* imidlertid med den *samtidighed* i reformarbejderne, som er en forudsætning for, at udvalgsmedlemmer eller ministerielle embedsmænd i forberedelsesfasen kan udveksle synspunkter og om muligt nå til enighed eller kompromisser. Erfaringerne har været, at når et lovgivningsarbejde er ved at være afsluttet i det ene land, går et andet i gang i et andet. Samtidig har der ikke på noget tidspunkt i nyere tid har været et nordisk samarbejde eller dyberegående udveksling af forslag og synspunkter trods de mange reformer.

En anden forudsætning for, at ensartede løsninger er realistiske, er, at der arbejdes med de *samme værdigrundlag*, og at reformerne bærer de samme generelle træk. Dette er i høj grad tilfældet. Bl.a. er alle lovene blevet mere børnecentrerede, og forældreskabets selvstændighed er understreget gennem en frigørelse fra skilsmisseretten. Forældrenes ligeværdige fællesskab er blevet styrket, hvad enten det tilstræbes ikke at diskriminere mod ugifte fædre og at stille mødre og fædre ens. Der udfoldes store bestræbelser på at forlige forældrene (Om generelle tendenser i de nordiske lovgivninger se Nordisk Børneret II s. 40–45).

Blandt *vanskelighederne* for harmonisering er, at den politiske *interesse* ofte angår *forskellige emner* i de enkelte lande. Som eksempler kan nævnes, at medens delt bosted og vekselvis boende har været meget fremme i den norske og svenske debat, har deleforældreordninger ikke været særligt drøftet i Danmark. Her har navnlig samvær og under hvilke betingelser, det skal afbrydes, været aktuelle temaer.

Det kan være vanskeligt at opnå ensartethed på væsentlige og principielle områder, hvor et udvalg, der til dels har været præget af politiske medlemmer, som det er sket, for få år siden eller ganske nylig med styrke har *forkastet* en *løsning*, som er valgt og synes at virke i andre nordiske lande, hvor regeringen har godkendt argumentationen mod sådanne regler eller har undladt at følge forslag, der er i overensstemmelse med anden nordisk ret, og hvor parlamentet har vedtaget loven med den afgivende løsning. Vedrørende visse spørgsmål har lov-

giverne i enkelte lande valgt at gå *enegang* i bevidsthed om, at nyordningen næppe ville vinde nordisk genklang (Nordisk Børneret II s. 54–56).

I bogen er der i de første *ti kapitler* efter gennemgangen af de fem landes materielle regler afsluttende afsnit om harmoniseringsmuligheder. Der er enkelte mere grundlæggende, betydningsfulde og principielle spørgsmål, navnlig om fælles forældreansvar, se nedenfor under pkt. 3, hvor der er valgt forskellige nordiske løsninger. På en række andre områder har den manglende ensartethed mere teknisk karakter. Mange bestemmelser er nye, men uden langtrækkende konsekvenser, og en del har antagelig ikke videregående politisk interesse. De har heller ikke indbyrdes sammenhæng, og der er ikke behov for særlige undersøgelser. Her skulle der være større mulighed for ensartede regler, hvis nordisk retsenhed tillægges vægt. Generelt er problemet, om harmoniseringshensynet vejer tungere af hensyn til det nordiske fællesskab end den anden løsning, man ellers ville være nået frem til. Et specielt spørgsmål er grundholdningen til lovenes udformning, herunder om de kun skal rumme retsregler, der kan håndhæves og sanktioneres, som opfattelsen hidtil har været i Danmark, eller om samfundet, som det ikke mindst er tilfældet i Norge, gennem lovbestemmelser af programmæssig karakter skal søge at tilkendegive god forældreskik og dermed prøve at påvirke holdningen hos forældrene og generelt (Nordisk Børneret II, s. 54–56).

Mine overvejelser går på, at det antagelig er for ambitiøst at have samme mål som familieretskommissionerne i begyndelsen af det forrige århundrede. Enslydende lovregler, som dengang blev resultatet inden for ægteskabslovgivningen, forekommer ikke længere muligt. Alligevel har det nordiske samarbejde stor værdi. Det forekommer helt selvfølgelig, at andre nordiske løsninger og erfaringerne med dem indgår i nationale reformovervejelser og gør indtryk. Drøftelser med kyndige på området fra de andre nordiske lande kan være en værdifuld inspiration. Et formål hermed bør være at opnå ensartethed så langt som muligt og at være sig bevidst, at ensartetheden går tabt, når der vælges andre løsninger. Derfor vil det være naturligt, hvis det, når et udvalgsarbejde går gang, i direktiverne nævnes, at gennemgange af anden nordisk lovgivning skal indgå i arbejdet, og at udvalg og andre, inddraget i lovforberedelse, overvejer muligheden for og nytten af drøftelser med kyndige fra de andre lande, også selv om der ikke er parallelle udvalg at samarbejde med. En koordinering og tilrettelæggelse af udveksling af notater m.v. og drøftelser, hvis samme emner er genstand for reformer i flere lande, er vigtig.

I det følgende drøftes nogle centrale enkeltområder med henblik på en drøftelse af, hvorfor der er valgt forskellige løsninger, hvor deres styrke er, og om der er mulighed for en vis konsensus.

## 2. Kort om ansvarets indehavere

*Gifte* forældre har fælles forældreansvar, og i alle lande, bortset fra i Island, bevarer de det automatisk efter en separation eller skilsmisse, i hvert fald indtil en af dem anmoder om at få det ophævet, se nedenfor under pkt. 3. Island indtager også en anden særstilling ved, at det er muligt at registrere samboforhold særskilt, hvilket kræver mere, end at parterne bor på samme adresse, og en sådan registrering bevirker, at manden automatisk er far, samt at der er fælles forældreansvar.

*Ugifte* mødre har efter loven eneansvaret for børnene. Det stigende antal børn, som fødes af ugifte forældre, og den omstændighed, at de fleste bor sammen, har ført til en styrkelse af de ugifte *fædres retsstilling*. Forudsætningen for, at de kan få del i ansvaret, er, at faderskabet er bekræftet eller fastslået ved dom. I alle lande kan forældrene i forbindelse med en faderskabsanerkendelse eller senere enes om fælles forældreansvar, hvilket i de fleste lande kun kræver en registrering af aftalen. I Danmark findes derudover en såkaldt omsorgs- og ansvarserklæring. Hvis forældrene underskriver en sådan i forbindelse med barnets fødsel, har den betydning både for faderskabet og for ansvaret. I Norge er der overvejelser om en tilsvarende samlivsbeholdning. I Sverige er det i en departementspromemoria fra 1999 foreslået, at ugifte forældre skal have gemensam vårdnad, når der er gået tre måneder efter, at faderskabet er fastsat gennem en bekræftelse, som socialnämnden har godkendt, såfremt ingen af dem forinden har anmeldt, at hun eller han modsætter sig det. Efter en sådan protest har moderen ansvaret alene. (Nordisk Børneret II s. 87–95)

## 3. Fælles forældreansvar efter samlivsbrud (Nordisk Børneret II s. 100–136)

Spørgsmålet om, hvorledes et *fælles forældreansvar* virker og udøves, hvis forældrene ikke bor sammen, er vigtigt og vanskeligt. I alle de nordiske lande kræves *enighed* om alle *væsentlige spørgsmål*, f.eks. om valg af skole og navn, indmeldelse i og udmeldelse af trossamfund, større medicinske indgreb og flytning udenlands. Kun i Norge er der en *lovmæssig afgrænsning*, nemlig af hvilke afgørelser af dagligdags karakter, den, der har barnet boende, kan træffe. Den manglende regulering i de andre lande har navnlig i Sverige givet anledning til diskussion og tvivl om, hvad der kræver enighed, f.eks. indmeldelse i forskole. Med udgangspunkt i ældre forarbejder antages det, at med gemensam vårdnad skal den, der har barnet boende, have den andens samtykke til flytning også inden for landets grænser. Der er imidlertid ikke sanktionsmuligheder, hvis der handles uden den fornødne enighed, udover, at den, der er uenig, kan forsøge at få den fælles forældremyndighed bragt til ophør, hvilket der i Danmark og Is-

land er krav på, men ikke i de andre lande. Det forudsætter, at vedkommende er villig til at overtage ansvaret alene og at have barnet boende.

I Finland, Norge og Sverige er det muligt under bevarelse af det fælles ansvar at få en afgørelse på en tvist om, hvor barnet skal bo, og i alle lande en afgørelse om samvær. I samværsafgørelser kan der opstilles vilkår, medens dette ikke er muligt ved bopælsafgørelser, bortset fra i *Finland*. Her er der hjemmel til at *opdele opgaverne* ved at give den ene af forældrene beføjelse til at træffe beslutninger på bestemte afgrænsede områder, såkaldt begrænset gemensam vårdnad. Dermed kan finske beslutninger skræddersys efter barnets behov med en hensigtsmæssig opgavefordeling. (Nordisk Børneret II s. 112–16).

Det er et vigtigt spørgsmål, om domstolene skal kunne *bestemme*, at det fælles forældreansvar skal *fortsætte* eller *iværksættes*, selv om forældrene ikke er *enige* herom. En sådan mulighed blev indført i Norge i 1981, i Finland i 1983 og i Sverige i 1998, medens domstolene ikke har en sådan adgang i Danmark og Island. I alle landene har der været indgående overvejelser om problemstillingen, og om hvad der kræves for at bringe fællesskabet til ophør. Den svenske højesteret har afsagt et par betydningsfulde domme, hvorefter det kræver særlige omstændigheder, som taler mod gemensam vårdnad, for at dette ikke bliver resultatet. Den ene kan være uegnet som vårdnadshaver, fordi vedkommende har begået vold mod barnet eller den anden af forældrene. Konflikten kan være så dyb og alvorlig, at det er umuligt at samarbejde om barnet til skade for det. Det har været svært for teorien at sammenfatte, hvad domstolene kræver af uenighed for at følge et ønske om ensam vårdnad. I Finland spørges, om den herskende opfattelse ikke undervurderer konflikters betydning for børnene (Nordisk Børneret II s. 119–28).

Gennemgangen af retsstillingen med hensyn til fælles forældreansvar, efter at forældrene er flyttet fra hinanden, rejser tre *grundlæggende* og principielle *harmoniseringsspørgsmål*. Det vigtigste er måske, om der skal være adgang til at afsige dom om et fælles ansvar mod den enes ønske. Det andet er, hvilken afgrænsning der skal være af, i hvilket omfang forældre skal være enige, herunder om flytning med barnet indenlands, og om der skal være en lovregulering i lighed med den norske. Det tredje er, om der skal være hjemmel til, at domstole eller andre myndigheder direkte eller indirekte skal kunne afgøre tvister om andet end bopæl og samvær (Nordisk Børneret II s. 128–29).

Min *konklusion* af analysen er, at der skønnes behov for en lovmæssig afklaring af, hvad der skal være enighed. I denne forbindelse må fastlægges, om bopælsforældre skal kunne flytte inden for landets grænser uden at skulle spørge den anden, og hvor langt samtykkekravet i givet fald skal udstrækkes. Der er også på andre områder behov for en gennemgang af, hvad der er væsentlige spørgsmål, som kræver enighed, og hvad den, der har barnet boende eller har barnet på samvær skal kunne afgøre alene (Nordisk Børneret II s. 130–33).

Spørgsmålet, om der skal være adgang til at afsige dom om et fælles foræl-

dreansvar, ikke begge forældre ønsker, er meget politisk af stor betydning for børnene og samfundsmæssigt. De løsninger, der er valgt i Finland, Norge og Sverige på den ene side og i Danmark og Island på den anden, er velargumenterede, men er udtryk for forskellige grundholdninger til udstrækningen af fællesskabet og til forventningerne om, hvad der kræves, for at det nødvendige samarbejde kan virke hensigtsmæssigt til gavn for børnene. Det forekommer mig naturligt at nægte at tage en påstand om fællesskab til følge også uden for de tilfælde, hvor der har været vold i familien. Der bør antagelig lægges vægt på konfliktniveauet, herunder om forældrenes uenighed skønnes at være mere end blot forbigående, hvilke områder den vedrører, og hvorledes konflikten indvirker på børnenes fysiske og psykiske forhold. Det er hensynet til dem, ikke den af forældrene, der i givet fald mister sin del af ansvaret, der er afgørende (Nordisk Børneret II s. 133–35)

Det forekommer mig nærliggende at antage, at prisen for en fællesnordisk ordning med et fællesskab, forældrene ikke er enige om, er, at der skal kunne træffes særskilte bopælsafgørelser, og at den finske ordning om adgang til at få en domstolsafgørelse om enkeltspørgsmål også uden for samværsområdet eller en lignende må indføres i de andre lande, selv om det kan medføre flere tvister. Det er et problem, om der skal være begrænsninger i, hvilke uenigheder der skal kunne indbringes for domstolene. (Nordisk Børneret II s. 135–36)

#### 4. Særligt om vekselvise bopæle

Et væsentligt spørgsmål, når forældre flytter fra hinanden, er, hos hvem af dem, børnene skal bo. Det bliver de fleste enige om. I Finland og Norge har det siden begyndelsen af 1980-erne været muligt at få en *særskilt dom* om, *hvor barnet* skal *bo* fast, uden at det har indflydelse på forældreansvaret, og i Sverige blev en tilsvarende adgang indført i 1998. Dermed bliver dette det centrale. I Danmark og Island foreligger en sådan mulighed ikke, idet forældre, som ikke kan blive enige, må få en afgørelse om forældremyndigheden. Den, der får ansvaret alene, skal dermed også have barnet boende.

På bopælsområdet er det vigtigste andet aktuelle spørgsmål det, der i Sverige kaldes *växelvis boende*, i Norge at barnet bor fast hos begge forældre og i Danmark deleordninger. Det indebærer oftest, at barnet bor en uge hos den ene af forældrene, den næste hos den anden, men der er også andre ordninger. I alle de nordiske lande kan forældrene aftale noget sådant, men skal det fungere i praksis skal en række forudsætninger være opfyldt. En anden mulighed er udvidet samvær, noget der er en udvikling i retning af i alle landene.

Kun i *Sverige* er det muligt at få en *dom* om *växelvis boende*, hvis forældrene ikke er enige herom. I Norge har der været omfattende drøftelser, om lovens



udgangspunkt skal være, at barnet skal bo lige meget hos begge forældrene. Resultatet blev i 1987 en bestemmelse om, at afgørelser i uenighedstilfælde om, at barnet skal bo fast hos begge forældre, ikke er mulige. Diskussionen fortsatte, men er foreløbig endt med, at regeringen i 2003 tilkendegav, at den ikke ønsker en sådan hovedregel. I Norge er denne mulighed udtrykkelig udelukket gennem en lovregel.

Ud fra *harmoniseringssynspunkter* kan spørges, om der i Island og Danmark bør indføres adgang til at få særskilte bopælsafgørelser, hvilket ikke er direkte afhængig af, om der tillige indføres hjemmel til at træffe afgørelser om såkaldt påtvungen fælles forældremyndighed. Det andet emne, om der skal være hjemmel til at træffe afgørelser om bopæl hos begge forældre, har sammenhæng med afgrænsningen over for udvidet samvær og hvilke krav, der stilles til medvirken også ved mere dagligdags beslutninger, hvis barnet bor hos begge en stor del af tiden.

## 5. Børns forældrekontakt

De nordiske samværs- og umgængesregler rummer ikke de store principielle og grundlæggende uligheder. Her skal kun omtales spørgsmålet, om der skal lovgives om anden kontakt end besøg. I *Danmark* og *Island* er der lovregler om *telefonsamtaler, brevveksling* og lignende. I *Finland* er der en indirekte hjemmel, medens spørgsmålet ikke er lovreguleret i Norge og Sverige.

## 6. Børns rolle under forældremyndighedstvister

Hvad der er bedst for barnet kommer i første række, når myndighederne skal tage stilling til deres fremtid. I finske, norske og svenske lovregler er der ganske stærke tilkendegivelser om, at et væsentligt hensyn ved afgørelserne er barnets vilje, og at der skal tillægges dets synspunkter vægt. Dermed er det nødvendigt, at dommerne skaffer sig viden om barnets ønsker, holdninger og vurderinger, afhængigt af dets alder og modenhed.

Forudsætningen for, at *børn* kan give udtryk for deres synspunkter, er, at de er tilstrækkeligt *informeret* om forældrenes konflikt og deres egen rolle og muligheder. Det må indgå som et vigtigt led i deres deltagelse.

I de danske, finske og islandske love er der specielle regler om *domstolenes* pligt til at *høre børnene*. I Norge skal dommernes opgave udledes at en mere generel regel om pligt til at inddrage børn i afgørelserne, og i Sverige skal den udledes af den materielle regel om, at der skal tages hensyn til barnets vilje. I den danske regel er udgangspunktet en aldersgrænse på 12 år, men med en sup-

plerende bestemmelse om at der skal være en samtale med mindre børn, hvis deres modenhed og sagens omstændigheder tilsiger det. I Norge er den generelle aldersgrænse i 2004 nedsat til 7 år. I de andre lande er det et modenhedskriterium.

Barnets ønsker og *synspunkter* kan navnlig søges *afklaret* på to måder. Den vigtigste ud fra en nordisk synsvinkel er, at barnets opfattelse kommer frem som et væsentligt element i *børnesagkyndige erklæringer* eller *vårdnadsutredninger*. Den, der udarbejder dem, bliver dermed også budbringer for barnet og må videregive deres *synspunkter*. I Finland og Sverige, hvor de sagkyndige undersøgelser foretages af kommunale socialforvaltninger, indhentes der erklæringer i så godt som alle tvistsager, som når så langt som til en hovedforhandling. I Danmark og Norge, hvor erklæringerne normalt udarbejdes af psykologer på konsulentbasis, indhentes de kun i en del sager. Den norske højesteret har fastslået, at der skal være særligt behov herfor. Da undersøgelserne også foretages af mindre børns forhold, bliver det op til undersøgeren at afgøre, om barnet har tilstrækkelig modenhed til, at der skal gengives noget i rapporten om dets holdning. I Danmark, Island og Norge er den anden realistiske mulighed, at *dommeren* tager en *samtale* med barnet, hvilket givet anledning til andre overvejelser om, hvordan samtalen skal gennemføres, hvorledes det afklares, om barnet har den fornødne modenhed til, at en samtale har nogen mening, samt om og hvorledes barnets opfattelse viderebringes.

En væsentlig styrkelse af *barnet* rolle under forældrenes tvister opnås, hvis der beskikkes en advokat eller en anden særlig *repræsentant* for det. I Norge er der i 2003 indført en adgang hertil i enkelte specielle sager. Rollen er at varetage barnets interesse i, at sagen bliver tilstrækkelig oplyst og behandles så hurtigt som muligt. Det er ikke opgaven at videreformidle barnets eventuelle ønsker, idet repræsentanten i givet fald må anmode dommeren eller en børnesagkyndig om at gennemføre en samtale. I en svensk departementspromemoria fra 2002 var det også et forslag om adgang til at udpege en repræsentant for barnet.

Vesa Annola

Dynamiskt avtal  
– förändringsmekanismer i bestående avtal

# **Dynamiskt avtal**

## **– förändringsmekanismer i bestående avtal**

Av jur.lic. ekon. dr. *Vesa Annola*, Finland

### **1. Inledning**

I det moderna samhället behövs allt oftare sådana avtal som inte regleras helt och hållet på grundval av parternas överenskommelse vid avtalslutet. Avtalsprestationens slutliga innehåll bestäms då efter avtalets uppkomst, möjligen först i prestationsskedet. Det finns ett behov av dynamik.

Med dynamiska avtal avses här avtal som parterna själva har medvetet gjort dynamiska. Avtalen kan dock variera mycket. Dynamik kan helt enkelt skapas genom att införa i avtalet en öppen term, vars innehåll kan variera i takt med tiden. Å andra sidan kan avtalets dynamik basera sig på en invecklad mekanism.

I det här föredraget skisseras ett möjligt sätt att hantera dynamiska avtal ur avtalsrättens synvinkel. Det här är ett försök att formulera de element som behövs för att stöda användningen av dynamiska avtal. Föremålet är alltså behandla sådana förändringsmöjligheter i relationen, som kan skapas med avtalsvillkor. Syfte är också att identifiera skillnader mellan dynamiska och traditionella avtal.

Dynamikens genomföring i avtalsrelationen förutsätter många etapper eller mekanismer. Man kan identifiera åtminstone tre mekanismer som anknyter sig till olika skeden i avtalets förändringsprocess. För det första (1) behöver man en mekanism som skapar dynamiken. Man behöver alltså klausuler som tillåter förändringen. För det andra (2) behövs en mekanism som man följer vid förändringsprocessens gång. Och slutligen (3) behöver man en mekanism som används för att definiera det nya avtalsinnehållet i förändringsskedet. Det är inte nödvändigt att explicit definiera alla tre mekanismer i avtalet. Om någon mekanism fattas, följs allmänna regler. I alla fall behövs varje tre etapper för att genomföra förändringsprocessen.

### **2. Dynamikens element**

#### **2.1. Behovet av dynamiken**

Behovet av dynamiken är inte likadant i olika avtalstyper<sup>1</sup>. Om man använder

---

<sup>1</sup> Se Runesson, Eric M. (1996): Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader, s. 344.

avtalet i synnerhet för att allokera risker, behovet av dynamiken är möjligen inte stort<sup>2</sup>. Också sådana avtal behövs. Om man i stället verkar tillsammans under avtalsrelationen, kan det vara naturligt att förutsätta samarbete eller samförstånd också vid tiden för förändrade omständigheter. Med sådana avtal är dynamik ett medel<sup>3</sup>.

Orsaken till avtalets dynamik varierar. Parterna kan vara tvungna att använda dynamiken för att nå ett avtal. Å andra sidan kan man fritt välja användningen av förändringsmöjligheten. Man kan identifiera åtminstone tre slags orsaker till användningen.

*Förhållande till omgivningen (a).* Behovet av dynamiken beror delvis på verksamhetsmiljöns inverkan på avtalsrelationen. Verksamhetsmiljön och dess förändringar kan inte förutses på det sättet att man alltid skulle vilja bestämma förbindelsernas innehåll redan före prestationsskedet. Då kan man inte skilja avtalet från dess omgivning. I stället använder man omgivningen för att skapa förutsebarhet i avtalsrelationen. Avtalet ska vara förutsebart i förhållande till omgivningen.

*Förhållande till samarbetspartner (b).* Delvis beror behovet av dynamiken på antalet samarbetspartnerna i affärslivet. Avtalen kan forma ett nätverk där avtalsparternas prestationer hör ihop på många olika sätt. Var och en i nätverket borde få rum att finna det bästa möjliga sättet att befrämja avtalets och nätverkets syfte. Om nätverket bedrivs i bolagsform kan behovet av flexibilitet enkelt tillgodoses. Om nätverket bedrivs i stället i kontraktsform, förutsätter flexibiliteten en avtalad mekanism. Så kan man utforma smidigheten som ett normalt läge också i avtalsnätverket. Då behöver man inte identifiera förändringen som en avvikelse från det ursprungliga avtalet.

*Förhållande till innehållet (c).* Avtalets innehåll kan i sig vara så komplicerat, att det skulle vara ytterst svårt att definiera alla relevanta omständigheter redan vid avtalsslutet. I stället för det kan man försöka bestämma metoder för att finna godtagbara lösningar då, när man möter oförutsedda händelser eller oförutsedda möjligheter. Den här orsaken har en anknytning till punkterna a och b. Med innehållet som en självständig orsak till dynamiken kan man betona det, att behovet av dynamiken kan härstamma också direkt från avtalsrelationen i sig.

---

<sup>2</sup> Samarbete i avtalsrelationen är dock inte ett antingen/eller –begrepp. Varje avtal har drag av riskallokering och drag av samarbete.

<sup>3</sup> Samarbete under avtalstiden genererar ny information. Med dynamiken som medel kan man försöka finna det bästa möjliga sättet att främja avtalsparternas intressen. Det bästa möjliga innehållet under avtalets lopp kan till och med vara bättre än vad man kunde ha anat vid avtalets uppkomst. I så fall är det inte fråga om allokering av typiska negativa risker, utan om optimering av avtalsinnehållet.

## 2.2. Från klassiska modellen till dynamiken

### *Den klassiska modellen*

I den klassiska avtalsmodellen använder avtalsparterna avtalet i första hand för att bygga egna, individuella normer som reglerar deras relation. Avtalet skiljer med andra ord avtalsrelationen från de andra relationerna som uppkommer på marknaden och som regleras på grund av andra eller allmänna normer. Det här kan ännu anses vara den viktigaste uppgiften som avtalsinstitutionen vanligen har: avtalsrelationen blir självständig.

Traditionell avtalsuppfattning kan skildras som statisk. I den klassiska, ideella, modellen försöker man bestämma avtalsparternas relation direkt och bara på grundval av avtalsnormerna. Då ser man förändringar i omgivningen som ett hot mot förutsebarheten i avtalsrelationen. Därför strävar man efter att förhindra omgivningens impulser till avtalsförpliktelserna. Centralt är att reagera på omgivningens förändringsrisker genom att lämna dem utanför avtalskontexten. Vardera parten bär risken för förändrade förhållanden. Omgivningen stängs ut-anför avtalskontexten vid avtalsslutet. Tiden påverkar inte avtalsinnehållet.

### *Glidning mot dynamik*

Statiskhet bildar ännu hörnstenarna i avtalsläran. Teorin om avtalets statiskhet håller dock på att försvagas. Momentet för avtalets uppkomst är inte mera en lika stark grund för obligationer som tidigare. Viktiga moment finns både före och efter avtalsslutet. Numera tar man alltmer hänsyn till *preliminary negotiations*. Tidpunkten för avtalsprestationen har också blivit viktigare. Avtalsrelationen kan leva och växa tillsammans med tiden. Som helhet kan man beskriva påverkningar som en glidning från statiskhet till dynamik.

I Norden har Avtalslagens 36 § (jämningsregel) ökat smidigheten i traditionella avtal även om ändrade förhållanden medför oskälighet bara undantagsvis. Jämningsregelns betydelse är större än dess formella innehåll. Regeln har påverkat både avtalets innehållsaspekt och tidsaspekt.<sup>4</sup> Jämningsregeln kan därför vara till hjälp, när man försöker systematisera användningen av avtalad förändring i dynamiska avtal.

### *Dynamiskt avtal*

Dynamiken anknyter verksamhetsmiljöns betydelse till avtalsrelationen. Det har modifierat den traditionella avtalsuppfattningen. Avtalsbegreppet gör det möj-

---

<sup>4</sup> Dessutom visar jämningsregeln, att man kan ta hänsyn till omständigheter som finns, när man gör prestationen. Tiden kan påverka förpliktelsernas innehåll. Den är i alla fall en av de viktigaste faktorer i skälighetsbedömningen. Skäl för jämkning föreligger oftast vid bestående avtal. Tiden har alltså betydelse.

ligt att skapa smidiga relationer. I dynamiska avtal nöjer man sig inte alltid med det. Därtill vill parterna ofta själv välja det, hur dynamiken påverkar avtalsinnehållet. Dynamik används som medel.

I dynamiska avtal använder man omgivningen för att skapa förutsedda eller godtagbara lösningar. Verksamhetsmiljön tillhör avtalskontexten. Man ser tidens lopp och förändringar i verksamhetsmiljön som en möjlighet för att optimera avtalsförpliktelserna. I dynamiska avtal är det centralt att kunna kontrollera och styra förändringar med avtalsvillkor.

### 2.3. Dynamik och förutsebarhet

Om parterna har skapat dynamiken i avtalet, finner man sällan förpliktelsernas slutliga innehåll direkt i de individuella klausulerna. Då behöver man extra material för att genomföra förändringen eller smidigheten. Ökad dynamik skapar ökad oförutsebarhet i avtalsrelationen. Det gäller i synnerhet förutsebarheten ur avtalstextens synvinkel.

Avtalsparterna har i alla fall förväntningar om avtalsrelationens innehåll. Parterna måste kunna lita på det, att anpassningen genomförs så, att väntan på förutsebarheten uppnås. Annars blir risken att använda dynamik för stor. Parterna har valt att inte bygga förväntningarna direkt på basen av avtalstexten och isoleringen från omgivningen. Förutsebarheten måste ha sin grund på annat håll.

Med ett dynamiskt avtal startar man en process, vars mål ännu kan vara odefinierat. I stället för att bygga förutsebarheten direkt på basen av själva avtalstexten, kan parterna styra den process som man måste genomföra för att realisera förändringen.

I förändringsprocessen behöver man också annat än själva avtalet. Anpassningen kan förutsätta användning av sådant material, vars innehåll och betydelse inte kan definieras på förhand. I doktrinen måste man också försöka definiera kriterier, hur det här yttre materialet filtreras till en del av avtalet på ett förutsebart sätt. Om dynamiken har sin grund i omgivningens utveckling, måste kriterierna anknytas till de förväntningar som omgivningen typiskt väcker i sådana avtalsrelationer.<sup>5</sup>

Om förändringsprocessen är förutsebar, borde den producera godtagbara resultat efter anpassningen. Slutligen kan det vara så, att ur verksamhetsmiljöns synvinkel har också innehållets förutsebarhet ökat.

---

<sup>5</sup> Motpartens typiska förväntningar är det relevanta när man definierar upplysningspliktens omfattning, se Hultmark, Christina (1993): Upplysningsplikt vid ingående av avtal, s. 17. Man kan använda motsvarande elementet också när man definierar kriterier för avtalets förändringsmaterial.

### 3. Mekanismer som skapar dynamik – dynamikfaktor

För att förändringsprocessen skall börja, måste man ha en faktor som fastställer, när anpassningen blir möjlig eller aktuell. Med faktorn menas här den omständighet som startar förändringen. Faktorn bestämmer inte nödvändigtvis förändringsprocessens gång eller kriterier för det kommande nya avtalsinnehållet.

Innehållet av traditionella avtal kan likväl förändras. Jämkning (AvtL 36 §) utgör en möjlighet. Vid jämkning behöver man också en faktor som bestämmer när operationen blir aktuell. Vid AvtL 36 § utgör konstateringen av oskäligheten den faktor, som startar anpassningen. Det skiljer sig från typiska fall vid dynamiska avtal. Med dynamiskt avtal försöker man inte bara undvika otrevliga omständigheter utan ofta också nå optimalt avtalsinnehåll ur avtalsparternas synvinkel. Man kan behöva förändringar i avtalsrelationen också i andra än i oskäligen fall.

Vid dynamiskt avtal kan faktorn bestämmas fritt. Det betyder att man kan skapa avtalsrelationen dynamiskt på många sätt. Man kan konstatera det uttryckligen i preambeln eller i de individuella klausulerna. Liksom andra förpliktelser i avtalsrätten kan också dynamiken komma fram tyst, implicit. Faktorn kan skapas t.ex. med hjälp av indexklausulerna. Då anknyter man faktorn direkt till omgivningens utveckling. Processen kan starta också genom att parten har fått rätt att be om förhandlingar om avtalsförändring. Man kan klassificera metoder t.ex. på följande sätt.

*Luckor.* Först kan man lämna luckor i avtalet. Luckan kan finnas redan vid avtalsslutet, men det kan uppkomma också senare i prestationsskedet. Begreppet lucka kan vara vidsträckt. Med lucka kan förstås också sådana nya möjligheter i relationen som man möter under avtalstiden och som kan rymmas in i avtalskontexten. Man kan naturligtvis också förbereda sig för fyllningen av luckorna på olika sätt.

*Öppna termer.* För det andra kan man innefatta öppna termer i avtalet.<sup>6</sup> Termernas form kan vara sådana att prestationens slutliga innehåll kan bestämmas först vid prestationsskedet. Även om man använder och tolkar samma klausul, kan den få olika verkningar på avtalsrelationen. Termens betydelse kan med andra ord variera i takt med tiden.

---

<sup>6</sup> Öppna termer brukar man använda när man definierar prestationens kvalitet eller pris. Avtalet kan t.ex. innehålla en klausul, som förutsätter "den bästa möjliga kvaliteten" eller marknadspris. Öppna termer kan också sikta mot godtagbarheten av det nya avtalsinnehållet. Förändringen måste t.ex. vara sådant, att "en förnuftig person skulle godkänna innehållet." Som öppet term kan anses också sådana förpliktelser som förutsätter parten att verka på ett bestämt sätt. Parten binder sig t.ex. till att utveckla och optimera produkten.



*Detaljreglering.* För det tredje kan man bygga sådana klausuler in i avtalet, vilka leder till det, att man kan bestämma prestationens innehåll direkt på grundval av klausulen. Då försöker man identifiera och reglera alla möjliga scenarier. Därmed förlorar man dock många aspekter av smidigheten<sup>7</sup>. Förändringsaspekten ligger då däri att man inte vet på förhand vilka klausuler som kommer att aktualisera eller på vilket sätt de kommer att aktualiseras<sup>8</sup>.

### *Dynamikfaktorns betydelse*

Alla nämnda metoder leder till det, att man inte slutligt kan bestämma de förpliktelser som uppkommer på grundval av avtalet redan vid avtalslutet. Man kan säga, att man lämnar förpliktelserna öppna för senare anpassning. Öppna termer måste tolkas. Luckorna måste fyllas. I dynamiskt avtal har parternas intention i alla fall varit densamma – att göra smidigheten möjlig. I båda fallen måste man kunna fastställa innehållet av en ny förpliktelse. Detta måste tas hänsyn till vid genomföringen av förändringen.

Avtalets dynamik har traditionellt sett varit synlig, när man har haft luckor i avtalet. Avtalets dynamik har inte förorsakat det här fenomenet. Avtalsrättens förändring borde därför inte förändra mekanismen, när avtalsrelationen är traditionell; statiskt avtal. I ett traditionellt avtal ser man luckan som ett fenomen som är utanför avtalet. Det är någonting som man inte har avtalat om. Avtalet kan sägas vara bristfälligt. Viljeförklaringen måste utfyllas i första hand med hjälp av lagregler.<sup>9</sup> Operationen heter i så fall utfyllning.

I ett dynamiskt avtal kan man se anpassningsmekanismens betydelse på ett annat sätt. Skillnaden kan kanske bäst skildras med hjälp av luckorna. Om man har strävat efter dynamiken, borde detta tas hänsyn till. Man kan anse luckan höra till den kontext där man måste finna materialet för att skapa de slutliga förpliktelserna. De omständigheterna där behovet för anpassningen aktualiseras behövs med andra ord inte ses vara utanför avtalet utan höra till avtalets kontext. T.ex. luckorna betyder inte nödvändigtvis det, att man inte har avtalat om de omständigheterna.<sup>10</sup> I stället kan man anse, att man har avtalat om luckorna och om det, att man ska finna materialet senare för att utfylla dem. Man kunde kanske säga, att luckorna i dynamiska avtal inte alls är luckor i traditionell betydelse.

Sättet att fastställa betydelsen av luckorna och öppna termerna närmar sig

<sup>7</sup> Se Grönfors (1995): Avtal och omförhandling, s. 85.

<sup>8</sup> Sådana villkor är typiska t.ex. i indexklausulerna.

<sup>9</sup> Se Lehrberg, Bert (2003): Avtalsolkning, s. 176–177. Hemmo har konstaterat, att i uppfyllningen är det helt fråga om normativ problematik, se Hemmo, Mika (1997): Sopimusoikeus II, s. 79.

<sup>10</sup> Betydelsen av luckans avsiktlighet kommer fram i UNIDROIT Principles Art. 2.1.14 "Contract with terms deliberately left open". Artikeln reglerar dock inte direkt tolkningsfrågan utan luckans betydelse till avtalets bundenhet.

varandra i dynamiska avtal. Man använder materialet i avtalskontexten på samma sätt. Avtalets uppgift i dynamiska avtal är att styra förändringsoperationen. Det betyder, att om termen är för öppen för att direkt fastställa förpliktelsens innehåll i avtalet, kan man använda annat material från avtalskontexten för att bestämma innehållet. Problemet är inte i första hand normativt. Luckans avsiktighet minskar skillnaden mellan tolkning och utfyllning. Om luckan är avsiktlig, kan den anses vara en del av avtalet. I så fall kan förändringsoperationen vara partsorienterad. Operationen heter i så fall tolkning.

Internationellt sett har benägenheten att utfylla eller anpassa avtalen ökat. Ökade möjligheter till anpassning kan ses knyta an till det nya synsättet på avtalet. Glidningen från statiskhet till dynamik är ett internationellt fenomen<sup>11</sup>. Det är naturligt, att för att kunna genomföra anpassning, behöver man material som man använder vid operationen. Materialets betydelse anknyter dynamikens medel till innehållsmekanismerna.

#### 4. Mekanismer som implementerar anpassningen

Avtalets anpassning förutsätter, att det finns en bindande mekanism som slutligen kan användas för att verkställa förändringen in i avtalet. Med den här mekanismen menas här mao. den process som måste genomgå för att kunna definiera det nya, förändrade avtalsinnehållet. I dynamiska avtal kan man fastställa olika mekanismer för förändringens genomföring<sup>12</sup>.

Mekanismer som man använder för att implementera förändringen kan klassificeras på olika sätt. Det är möjligt är göra huvudindelningen på grundval av, vem som genomför implementeringen – dvs. vem som fastställer det nya avtalsinnehållet. I så fall kan grupperna bli följande.

- (a) *Omförhandlingar – Förändring genom överenskommelse.* Om man inte har avtalat om en särskild mekanism, skall avtalsparterna genomföra förändringen – implementeringen – tillsammans. I så fall måste avtalsparterna vara eniga om det nya innehållet före det nya avtalsinnehållet träder i kraft. Mekanismen motsvarar det sätt som man vanligen utformar klausulerna vid uppkomsten av avtalet. Om parterna är oeniga och om parterna inte har avtalat annat, övergår implementeringen naturligtvis till domstolens handläggning.

I praktiken finns det mycket sofistikerade klausuler som reglerar förändringsprocessen. De kan t.ex. förutsätta gemensam kommunikation samt föl-

<sup>11</sup> Se också Nassar, Nagla (1995): Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions.

<sup>12</sup> I jämningsregeln har man definierat domstolsbehandling som mekanism.

jandet av en noggrann process och ett detaljerat förhandlingssätt. Allt detta hjälper till att parterna kan finna godtagbara lösningar i avtalsrelationen. Slutligen är det dock fråga om förändringen förutsätter enighet mellan parterna.

- (b) *Förändring genom en ensidig bestämmanderätt.* För det andra kan man avtala om det, att en av avtalsparterna själv genomför implementeringen. Normalt brukar man ge implementeringsrätt till en avtalspart i sådana fall, när det är fråga om förpliktelsens verkställighet. Sådana klausuler möter man i synnerhet i optionsavtal. Det är möjligt att den ena parten får rätt att fastställa också det nya innehållet. Fastställandet av det nya avtalsinnehållet kontrolleras i alla fall med jämningsregel.
- (c) *Tredje man som implementeringsmekanism.* För det tredje kan parterna avtala om det, att implementeringen genomförs av tredje man dvs. av någon utomstående person. Den förändringen som har utförts av tredje man är jämförlig med de avgöranden som har gjorts av avtalsparterna.
- (d) *Automatik som implementeringsmekanism.* För det fjärde kan avtalet utformas så, att förändringen i förpliktelserna uppkommer automatiskt på grund av avtalsvillkor utan att särskilt behöva implementera förändringen. Sådan effekt har ofta t.ex. indexklausulerna. Det behöver dock inte vara så med indexklausulerna. Det kan förutsättas att den ena avtalsparten själv måste vädja till förändringen för att göra den effektiv.

### *Implementeringsmekanismens betydelse*

I juridisk litteratur har man konstaterat att förändringsklausulen kan vara meningslös om man inte har definierat sanktioner för klausulen<sup>13</sup>. Med sanktionen kan man också förstå en mekanism som man ska använda för att implementera förändringen. Man förutsätter mao. att i avtalet finns en separat mekanism för att verkställa förändringen om parterna inte kan nå överenskommelse. Förändringen kan verkställas till exempel av någon utomstående eller genom skiljemannaförfarande.

Ett sådant tankesätt hänvisar till det att implementeringsmekanismen eller sanktionen i sig skulle öka bundenheten till fastställandet av förändringen. I principen borde sanktionerna dock inte ha någon direkt påverkan på själva förändringsklausulens betydelse. Det borde inte påverka förändringsplikten omfattning, om man har fastställt vem som ska eller hur man ska genomföra förändringen. Anpassningsklausulens juridiska betydelse måste i första hand bes-

---

<sup>13</sup> Sanktionernas betydelse betonar t.ex. Schmitthoff (1980), som konstaterar, att "A hardship clause without sanction is hardly worth the paper on which it is written.", se. *Journal of Business Law*, s. 88.

tämmas på grundval av den klausul, som ska fastställa innehållet. Om klausulen visar parternas vilja att bli bundna till förändringen, borde själva förändringsmekanismen vara utan betydelse. Om inte annan mekanism har definierats, skulle domstolen i sista hand fastställa det nya avtalsinnehållet.

Ur praktisk synvinkel kan läget se annorlunda ut. Implementeringsmekanismen eller sanktionen kan ha indirekt påverkan vid fastställandet av anpassningsklausulens betydelse. Det gäller i synnerhet omförhandlingsklausuler. Det är klart, att implementeringsmekanismen kan i praktiken förstärka förändringsklausulens betydelse. Om omförhandlingsklausulen är helt osanktionerad, kan det hända att dess rättsverkningar blir obetydliga. Man måste förhandla, men man behöver inte nödvändigtvis nå en överenskommelse om förändringen.<sup>14</sup> Om man i stället har ställt t.ex. någon utomstående tredje man som skall fastställa det nya avtalsinnehållet, kan betydelsen av samma klausul förändras helt och hållet. Tredje man kan fastställa ett nytt avtalsinnehåll som binder båda parterna. Innehållsmässigt är det dock fråga om samma klausul.

Om man har avtalat mycket noggrant om en implementering av en förändring är det ett klart tecken på det, att avtalsparternas avsikt är att förändringsklausulen också skall ha betydelse. Det visar parternas vilja att bli bundna till förändringen. Man borde i alla fall inte tolka dess betydelse så att förändringen skulle förutsätta en explicit implementeringsmekanism. Parterna kan vara bundna till förändringen även om de inte har inskrivit en särskild sanktion eller implementeringsmekanism i avtalet. Utgångspunkten borde också gälla för omförhandlingsklausulerna i dynamiska avtal.

Om en av avtalsparterna eller om någon utomstående tredje man fastställer förändringen, blir deras lösning en del av avtalsinnehållet. Det kan överklagas på samma sätt som själva avtalet. Vanligen betyder det, att man kan ingripa i avtalsinnehållet på grundval av skälighetskontrollen<sup>15</sup>. Oskälighetströskeln bör nog vanligen vara på låg nivå, om man inte har förutsatt enighet för att fastställa innehållet.<sup>16</sup> Lojalitetsplikten kan till exempel anses vara av särskild vikt om den ena av avtalsparterna har själv rätt att genomföra förändringen. I USA

---

<sup>14</sup> Se t.ex. Berger (2003): Renegotiation and adaptation of international investment contracts: The role of contract drafters and arbitrators. I: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, s. 1378: "This sort of clause (renegotiation clause) is only effective if it has been combined with an arbitration agreement, and in this way provides for a possible method of third party adjustment if the parties are unable to reach an agreement".

<sup>15</sup> Enligt Principles of European Contract Law (Article 6:106) förutsätter utfyllningens klanderbarhet, att villkoren har blivit "grossly unreasonable".

<sup>16</sup> När man övervägar förändringens skälighet, måste man till exempel ta hänsyn till det om utomstående tredje man är neutral eller om det kan finnas en intressemotsättning. Det kan också ha betydelse om man har tillbörligt beaktat parternas behov av rättskydd i förändringsprocessen.

har man utgått från det att man måste använda „best efforts” med fullgörelse av avtalet om man har fått ensamrätt i bestående avtalsrelation.<sup>17</sup> Partens plikt att ta hänsyn till motpartens ställning är alltså stark.

Vid dynamiska avtal kan man nog framställa, att oskälighetskontrollen inte är den enda metoden man kan använda för att ingripa i förändringens innehåll. Det borde gälla också situationer, när en av avtalsparterna eller en neutral tredje man har fastställt det nya innehållet. I dynamiska avtal anser man avtalsvillkoren vara som skyltar som styr förändringen. Avtalsvillkoren ritar gränser för förändringen. Parterna har redan vid avtalsslutet avtalat om förändringens möjliga innehåll. Därför måste parterna kunna ingripa i det nya innehållet på grundval av det att förändringen möjligen är utanför den ursprungliga avtalsrelationen. Parten kan mao. framställa, att det nya avtalsinnehållet inte överrensstämmer med avtalsvillkoren. Det betyder nödvändigtvis inte det att det nya avtalsinnehållet skulle vara oskäligt i sig. Det är bara någonting som parternas ursprungliga viljeförklaringar inte täcker. Sådan förändring kan inte vara bindande. Det betyder att parterna kan effektivt styra förändringen med avtalsvillkoren. De behöver inte nöja sig med skälighetskontrollen.

## 6. Mekanismer som bestämmer anpassningens innehåll

### *Indelningen*

Med innehållsmekanism menas här den mekanism som man använder för att finna det nya förändrade avtalsinnehållet. Man måste kunna bestämma det syfte, som man försöker nå i anpassningen. Vid dynamiskt avtal bestäms syftet antingen på grundval av den explicita avtalstexten eller annars på basen av avtalsrelationens ändamål. Förändringens mål är centralt, när man måste definiera materialet för det nya avtalsinnehållet. Med materialet avses här källor som man använder i förändringsprocessen för att skapa det nya avtalsinnehållet. Med materialet är det fråga om fakta, inte om regler.

Med jämningsregeln är förändringens syfte anknytt till jämningsfaktorn. De kan dock skiljas. Konstateringen av oskäligheten berättar inte direkt det nya skäliga innehållet. Det måste fastställas separat. Det är klart redan på grundval av domstolens behörighet. Domstolen har vittgående prövningsrätt vid fastställandet av det nya innehållet.<sup>18</sup> Syftet med jämkning är alltså det, att man måste fastställa skäligt avtalsinnehåll under de aktuella omständigheterna.

<sup>17</sup> UCC 2–306.

<sup>18</sup> Hagström, Viggo (1993): Urimelige avtalevilkår. I: Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.–20. august 1993, s. 388.

Innehållsmekanismer kan indelas i grupper på olika sätt. Här grupperas mekanismerna på grundval av varifrån man får materialet man använder i förändringen. Materialet finns i tre källor. Material kan fås från avtalsparternas individuella relation, från avtalskontext och från rättsnormer (lagar och allmänna rättsgrundsatser). Skillnaden mellan grupperna kan vara svag. Grupperingen visar i synnerhet den aspekt som man använder i sökandet av materialet. Det kan naturligtvis hända, att man måste använda material från varje grupp.

Materialet kan ge tre slags impulser för förändringen. Materialet kan för det första ge bara indirekt hjälp till anpassning. Det kan visa vägen till annat relevant material. För det andra kan materialet ge signaler om det optimala innehållet. Sådant material ger direkt stöd för förändringens innehåll. För det tredje kan materialet kontrollera gränserna för förändringen. Materialet kan bestå av regler som kontrollerar användningen av själva anpassningsmaterialet.

#### *Avtalsvillkor som skyltar till det rätta materialet*

Om man avsiktligt har skapat ett dynamiskt avtal, har man utgått i från det att man inte nödvändigtvis finner svar på alla frågor direkt i avtalet. I ett dynamiskt avtal har man avtalat om det att förpliktelser kan ha sin grund också i den kontext som omger själva avtalet. Avtalet och dess omgivning har då inte en klar gräns. Centralt är, att man måste kunna se kontexten som en del av avtalsmaterialet i dynamiska avtal. Det centrala problemet blir då det, hur man kan identifiera det relevanta materialet från verksamhetsmiljön. Hur kan man filtrera det rätta materialet från annat material? Vad är förhållandet mellan avtalstexten och omgivningen?

I dynamiska avtal ger avtalstexten inte alltid direkt svar på anpassningstillfällen. I så fall kan svaret vara bara indirekt. Avtalstextens betydelse kan då ses som styrande. I stället för att bestämma innehållet, styr klausulerna parterna till det rätta spåret för att finna materialet för förändringen. Avtalets innehåll kan naturligtvis användas också för att filtrera det relevanta materialet in i avtalet. Avtalstextens betydelse har då en förbindelse till användningen av jämkningsregeln. Båda elementen fungerar som direktiv för det nya avtalsinnehållet. De styr letandet av det nya innehållet utan att direkt bestämma det.

Enligt Grönfors ger anpassningen bättre möjligheter för att avtalet skall kunna genomföras.<sup>19</sup> Grönfors har betonat avtalets huvudsakliga ändamål i justeringen. Man kan vara ense med Grönfors. Med dynamiska avtal kan man ta hänsyn till det, att man inte behöver se ändamålets innehåll som skarpt definierad. Också avtalets ändamål kan vara av sådan natur att det bara visar vägen till målet utan att innefatta definierade bestämmelser om ändamålet. Ändamålet

---

<sup>19</sup> Se Grönfors (1995), s. 93.

kan fungera som kompass, som visar den rätta riktningen men som inte berättar, när man har kommit fram.

Strukturellt sett har avtalsvillkoren i dynamiska avtal en likadan uppgift som AvtL 36 § har i jämkningen. Det är inte möjligt att bestämma jämkningens definierade innehåll i lagtexten. Lagen anger bara linjer för bedömning.<sup>20</sup> Jämkningens förutsebarhet baserar sig därför inte på jämkningens definierade resultat. Förutsägbarheten kan i stället finnas i själva processen. Där finns en förbindelse till avtalad förändring.

I common law –länderna har man nuförtiden ett ökat förtroende för allmänna avtalsrättsliga standarder liksom “good faith”, “fair dealing” och “reasonableness”<sup>21</sup>. De här standarderna möjliggör estimeringen av materialets innehåll i verksamhetsmiljöer. Det har också skett t.ex. i USA. I Uniform Commercial Code ges domstolen vittgående rättigheter att uppfylla luckorna om parterna har varit villiga att förbinda sig.<sup>22</sup> I England har man betonat betydelsen av fyllning av luckorna genom att ge skiljemän rätt att göra anpassningar till avtalet<sup>23</sup>. Användbarheten av dynamiken har alltså en stark förbindelse till rättsregler och till doktrinen.

Man kan utveckla individuellt material också efter avtalets uppkomst. Avtalsrelationens innehåll definieras ofta genom parternas dagliga agerande. I synnerhet i dynamiska avtal kan det sägas vara vanligt, att avtalsförpliktelser utvecklas så småningom under avtalstiden. Avtalsparternas agerande i avtalsrelationen kan visa avtalets syfte på olika sätt. Å ena sidan kan det visa avtalets ursprungliga syfte. Å andra sidan kan det innehålla någonting extra och nytt om avtalsparternas intentioner. Parternas beteende kan därför sägas vara mera betydelsefull i dynamiska avtal än i andra avtal. Parternas beteende kan anpassa avtalsklausuler direkt, men det kan användas också för att filtrera relevant material från verksamhetsmiljön.

### *Marknader som källa för förändringsmaterialet*

Avtalsparternas intention kan vara det, att förpliktelsernas innehåll måste följa med i den takt som omgivningen utvecklas. Materialet för avtalets förändring kan då fås från avtalets yttre kontext – från avtalets verksamhetsmiljö. I så fall måste man delvis glömma avtalet i sig och fästa avseende vid omgivningen. Tidpunkt för avtalets uppfyllelse blir då central, när man bestämmer förplikt-

<sup>20</sup> Hagström (1993), s. 388.

<sup>21</sup> Se Berger (2003), s. 1378.

<sup>22</sup> U.C.C. § 2-204 (3).

<sup>23</sup> Se Berger, Peter (2003), s. 1376.

sernas innehåll. Förändringens slutresultat kan då utgående från avtalstextens synvinkel vara sådant att förändringens förutsebarhet minskar men godtagbarheten ökar.

*Kutymer.* Man kan använda materialet i verksamhetsmiljön när avtalsförpliktelserna fastställs. Alla förpliktelser i avtalsförhållandet har inte sin grund i avtalstexten. Marknaderna väcker typiska förväntningar som kan få skydd på grundval av lagen.<sup>24</sup> I dispositiva lagar brukar man uttrycka explicit, att kutymer kan även åsidosätta lagtexten. Vad kunde då vara skillnaden mellan traditionella och dynamiska avtal?

I traditionella avtal förutsätter kutymerens betydelse, att kutymer kan anses vara generell eller annars bindande. Kutymer används i avtalsrätten mycket liksom regler. Man förutsätter formella krav för att tillämpningen av kutymer skulle vara möjlig. Upprepanget måste förändra faktumet till en regel för att det skall kunna användas. I dynamiska avtal behöver upprepningen inte skapa regler för att kunna påverka anpassningen. Innehållet är det viktigaste.

*Möjlig bra kutymer.* Det kan vara, att det inte finns klara marknadssedvänjor som skulle ge material för förändringen<sup>25</sup>. I de dynamiska avtalen siktar man mot framtiden. Då man letar efter godtagbart material för anpassningen, behöver man inte bara se på det förflutna. Man kan utgående från avtalets synvinkel fundera, hurudant material är bäst för att nå syftet i avtalsrelationen eller för att överskrida målet. I så fall måste man kunna estimeras och använda också möjliga fungerande kutymer. Då måste man försöka identifiera de svaga impulser som kan bli starkare i framtiden. Vid sidan av formella kriterier kan man också använda innehållsmässiga kriterier för anpassningen av dynamiska avtal.

Som ett exempel på innehållsmässigt material kan nämnas uppförandekodexer på olika områden. Med uppförandekodexer försöker man ofta inte bara harmonisera handlingssätten utan också ställa standarder för praxis för att höja avtalsrelationernas kvalitet. Uppförandekodexer har en anknytning till bestämmelser om god sed. Inom många branscher har det utvecklats handlingssätt enligt vilka man bör följa god sed i olika transaktioner. Likadana bestämmelser har också explicit kodifierats i många lagar.

Alla de nämnda olika sätten att fastställa kodexer för uppförandet hänvisar åtminstone delvis till framtiden. Kodexen för uppförandet kan utvecklas och dess slutliga innehåll kan kanske bestämmas först vid avgörandet av den möjliga tvisten. Det rätta sättet att uppföra kan inte alltid bestämmas på förhand. Sådant material kan användas i anpassningen av dynamiska avtal.

*Standardavtal.* Kravet på kutymerens bundenhet i traditionella avtal visar, att i avtalsrätten har man varit försiktig att inte störa parternas privatautonomi med

<sup>24</sup> Se Hultmark (1993), s. 19, som granskar förpliktelserna ur upplysningspliktens synvinkel.

<sup>25</sup> Det gäller i synnerhet miljöer, där ny teknik ger upphov till nya beteenden, se Hultmark, Christina: Elektronisk handel och avtalsrätt, s. 24.



marknadens regler. Parterna måste få veta, hurdana klausuler kommer att bli en del av avtalet. Tankesätten kommer fram också i förhållande till standardavtal.

Traditionellt har man sett villkoren i standardavtal som hot mot motpartens ställning. Man har försökt förhindra de negativa effekterna genom att begränsa standardavtalens påverkan på avtalet. Man har använt t.ex. läran om överraskande eller särskilt stränga villkor. Deras betydelse måste betonas vid ingående av avtal, för att de skulle bli en del av avtalet<sup>26</sup>. Betoning kan anses betyda också det, att villkoret inte mera är ett normalt standardvillkor. Med betoning kan villkoret kanske anses bli individuellt. Man kunde konstatera det samma positivt genom att säga att om man inte betonar klausulens betydelse blir bara sådana villkor en del av avtalet, som är vanliga och godtagbara. De estimeras på grundval av marknadens godtagbara kutymer.

I dynamiska avtal letar man efter material, som man kunde använda i anpassningen. De standardavtalen som används i andra avtalsrelationer är en möjlighet. Grundregeln är, att man måste hänvisa till allmänna avtalsvillkor för att de skulle bli en del av avtalet. Utan hänvisning har man vanligen inte sett standardavtalen som medel som kan förmedla klausuler in i avtalsrelationen<sup>27</sup>. Det är inte uteslutet, att man skulle kunna använda standardavtalen som medel för att föra godtagbara sedvänjor in i avtalsrelationen. Om man har som utgångspunkt, att villkoren måste vara godtagbara, finns det inget hinder att i det dynamiska avtalet använda dem som material liksom handelsbruk. Med dynamiska avtal behöver man inte godkänna alla klausuler eller klausuler som sådana för att de skulle vara nyttiga. Avtalsrelationen styr användningen av villkor. De kan i alla fall bli modifierade när man för in dem i det nya avtalsinnehållet.

AvtL 36 § visar ett sätt att använda materialet i verksamhetsmiljön för att förändra avtalsförpliktelser. Ett tecken på materialets vid användbarhet är t.ex. det, att gott affärsskick nämndes inte i lagtexten för att inte begränsa domstolarnas prövningsrätt.<sup>28</sup> Erfarenheter med jämningsregel kan vara nyttiga, när man genomför förändringsprocessen i dynamiska avtal. Verksamhetsmiljön kan alltså ha inverkan på förpliktelserna.

### ***Rättsnormernas betydelse i förändringen***

Rättsnormernas betydelse kan ofta antas vara mindre i dynamiska avtal än i andra avtal. Det beror på det att i dynamiska avtal har man möjliggjort användningen av verksamhetsmiljöns material mera än i andra avtal. Normerna är dock inte alls utan betydelse i dynamiska avtal. Deras betydelse är annorlunda.

<sup>26</sup> Se t.ex. Wilhelmsson, Thomas (1995): *Vakiosopimus*.

<sup>27</sup> Se närmare t.ex. Wilhelmsson (1995), s. 68.

<sup>28</sup> Lehrberg, Bert (2004): *Avtalsrättens grundelement*, s. 192, 198.

Man behöver normer för att kontrollera materialets användning. Normerna kontrollerar förändringens godtagbarhet. Det är nog möjligt att man styr förändringar med avtalsvillkor så bra, att man inte behöver rättsnormerna. Avtalsnormer kan räcka till. Om avtalsnormernas styrförmåga är i stället bristfällig, kan rättsnormer bli viktiga.

Rättsnormer skapar i första hand inte innehållet i dynamiska avtal. Deras ställning påminner om betydelsen av dispositiva regler i typiska tolkningssituationer. De kan påverka valet mellan olika alternativ, som redan har stöd i avtalet.<sup>29</sup> Deras syfte är att kontrollera det material som man har kunnat samla med hjälp av avtalsklausuler. Som kontrollnormer kan användas dispositiva lagregler och avtalsrättens allmänna rättsgrundsatser. Till sådana hör t.ex. kravet på avtalets skälighet och kravet att följa god sed. Också kravet på parternas ömsesidiga lojalitet blir betydelsefullt.

## 7. Den stora linjen

Den dynamiska synvinkeln kan på ett naturligt sätt bildas på basen av den nya avtalsuppfattningen. Avtalet ses inte mera som allomfattande. Om avtalet inte mera innefattar hela avtalsrelationen, behöver man nytt material i förändringsprocessen. Man måste gå utanför själva avtalet. Dynamikens idé är här. I dynamiska avtal använder man den nya avtalsuppfattningen som medel.

Avtalstexten i dynamiska avtal är inte mera en direkt grund för varje förpliktelse i avtalsrelationen. Avtalets dynamik betonar förbindelser mellan avtalet och omgivningen. Avtalsklausulernas betydelse blir indirekt. Avtalstexten kan visa vägen till materialet i avtalskontext som man kan använda vid förverkligandet av dynamiken. Rättsnormerna behövs i synnerhet för att kontrollera förändringen.

Traditionellt sett medför dynamiken oförutsebarhet. Juridikens uppgift är därför att identifiera behovet av förbindelserna mellan avtalet och verksamhetsmiljön. Juridikens uppgift är att försöka skapa processen mellan avtalet och omgivningen så förutsebar som möjligt. Det kan förverkligas bara med hjälp av traditionella medel. Förutsebarheten kan förverkligas bara om man kan upprätthålla förbindelserna till juridikens tradition.

---

<sup>29</sup> Se Lehrberg (2003), s. 127 om betydelsen av dispositiva regler i tolkningen.

## 8. Några teser som grund för diskussionen

1. *Avtalsrelationen – Från slott till torg.* I statiska avtal använder parterna avtal som ett slott. Parterna vill skydda relationen från yttre påverkningar. Ett dynamiskt avtal är som ett torg. Avtalet skapar ett forum som möjliggör samarbete och letande av optimala lösningar i avtalsrelationen. Förpliktelsernas innehåll är ännu öppna vid ingående av avtalet. Avtalet öppnas till omgivningens dynamik.
2. *Avtalsklausulen – Från norm till filter.* I dynamiska avtal används avtalsklausulerna inte för att skapa förpliktelser utan för att styra filtreringen av avtalets yttre material in i avtalet. I avtalstexten är det inte fråga om fastställande av normer utan om det, att man skapar medel för att finna faktamaterial för det nya innehållet. Dynamik överför kärnan i förändringssituationerna från regler till fakta.
3. *Doktrinen.* Dynamiken i avtalet ökar oförutsebarheten. I doktrinen måste man utveckla metoder för att kunna behandla luckorna och tvetydigheterna på ett konsekvent sätt. Då behöver man knyta avtalet till omgivningen. Förutsebarheten kan ökas genom att öka förutsebarheten i interaktionen mellan avtalet och omgivningen.
4. *Juristen – Från tillskärare till sömmare.* Juristens roll i dynamiska avtal blir annorlunda. Traditionellt är juristens roll att dra klara skiljelinjer mellan parterna. I dynamiska avtal måste juristen kunna skapa förbindelser som ökar tilliten mellan parterna och förutsebarheten i förändringsprocessen. Det förutsätter ökad kunskap om avtalsrelationens materiella innehåll. Blott juridisk kunskap räcker inte.

Petter Asp

Ömsesidigt erkännande av europeiska  
domar och beslut i straffprocessen  
– erfarenheter och tillämpningsfrågor

# Ömsesidigt erkännande av europeiska domar och beslut i straffprocessen – erfarenheter och tillämpningsfrågor

Av professor *Petter Asp*, Sverige  
Uppsala universitet

## I. Inledning

1. Principen om ömsesidigt erkännande framstår alltmer som den grundbult kring vilken det straffrättsliga samarbetet inom den Europeiska unionen kretsar.<sup>1</sup> Allmänt sett kan principen sägas innebära att domar, beslut osv. från en medlemsstat skall erkännas och kunna verkställas i en annan medlemsstat och den har på relativt kort tid gått från att vara en futuristisk vision bland andra till att utgöra en etablerad och mer eller mindre självklar utgångspunkt för det straffrättsliga samarbetet.

2. Samtidigt som principen – genom att olika EU-instrument antas och genomförs på nationell nivå – börjar få betydelse i den praktiska rättstillämpningen råder det (åtminstone är det undertecknads uppfattning) brist på mer utförliga analyser av vad övergången från traditionellt rättsligt samarbete till erkännande egentligen betyder på olika områden. Akademiska texter som fokuserar på principen (denna text utgör knappast något undantag) handlar ofta om att se saker i stort (vilket går fort) och sällan om att göra grundläggande analyser och ta reda på fakta (vilket går sakta).<sup>2</sup> För egen del upplever jag t.ex. att relationen till “det existerande” är långt ifrån klarlagd. Det torde t.ex. – särskilt om man beaktar att ömsesidigt erkännande inom EU knappast kommer att innebära erkännande i sin renaste form – kunna sägas att det redan sedan tidigare existerar instrument som tangerar principen.<sup>3</sup> Vad innebär, och vad kan vi lära av, detta?

---

<sup>1</sup> Denna framställning bygger delvis på texten i Asp 2004. Jag vill framföra ett varmt tack till Ola Löfgren och Christoffer Wong som båda läst texten och lämnat värdefulla kommentarer. Ansvaret för eventuella brister vilar helt på mig.

<sup>2</sup> Henrikson 1995 s. 6. Måhända är jag här orättvis mot både andra och mig själv; kanske är det naturligt att analysen börjar på en övergripande nivå (och att mer konkreta och detaljriktade studier tar vid först senare).

<sup>3</sup> Utöver existerande instrument som rör verkställighet kan t.ex. hänvisas till det nordiska samarbetet inom vilket det redan på 1940-talet talades i termer av ömsesidigt erkännande. Jfr Asp 2001a för en framställning som (på ett kanske inte helt allvarligt sätt) sätter det nordiska samarbetet i relation till utvecklingen inom EU.

Det synes också råda betydande oenighet beträffande olika centrala frågeställningar, t.ex. när det gäller förhållandet mellan ömsesidigt erkännande och harmonisering. Är ömsesidigt erkännande (åtminstone delvis) att se som ett alternativ till harmonisering eller förutsätter ömsesidigt erkännande i själva verket en ganska långtgående harmonisering?

3. Syftet med detta referat är dels att placera principen i den kontext där den hör hemma, dels att lägga fram vissa grundläggande frågeställningar för diskussion. Till följd av att det i skrivande stund endast torde finnas praktiska erfarenheter grundade på rambeslutet om en europeisk arresteringsorder (med tillhörande genomförandelagstiftning) och med hänsyn till att också dessa erfarenheter är relativt begränsade har jag valt att i ganska stor utsträckning skjuta element som rör "erfarenheter och tillämpningsfrågor" i bakgrunden. Helt har de praktiska erfarenheterna emellertid inte förskjutits; jfr nedan i avsnitt VII.

4. Inledningsvis bör också sägas att frågan om ömsesidigt erkännande på flera sätt är kopplad till frågan om informationsutbyte.<sup>4</sup> Jag har emellertid, bl.a. för att hålla detta referat inom rimliga gränser, valt att inte gå in på dylika frågor.

## II. Lokalisering

1. För att fullt ut förstå vad principen om ömsesidigt erkännande innebär bör man känna till i vilken situation principen introducerades. Inledningsvis finns därför anledning att placera principen om ömsesidigt erkännande i relation till det straffrättsliga samarbete som bedrevs innan principen aktualiserades.

2. Väldigt förenklat kan man dela in samarbetet på det straffrättsliga området i tre delar (som kan sägas vara ömsesidigt beroende av varandra och i viss utsträckning överlappande). Dessa delar kan beskrivas enligt följande:

- a) Samarbete som syftar till harmonisering av materiella straffrättsliga bestämmelser (*området för materiell straffrätt*).
- b) Förenkling och förbättring av de straffprocessuella regler som är relevanta för det internationella samarbetet på det straffrättsliga området (*området för straffrättsligt samarbete*).

---

<sup>4</sup> Här kan det räcka att hänvisa till åtgärdsprogrammet för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande, EGT nr C 12, 15.1.2001, s. 10 (jfr de åtgärder som föreslås) samt till kommissionens white paper on exchange of information on convictions and the effect of such convictions in the European Union, COM(2005) 10 final.

- c) Operativt och institutionaliserat samarbete inom ramen för olika organisationer och nätverk såsom Europol, Eurojust och det Europeiska rättsliga nätverket (*området för operativt samarbete*).

Med utgångspunkt i denna uppdelning torde det stå klart att principen om ömsesidigt erkännande i första hand är av relevans för den del av samarbetet som faller under område b) straffrättsligt samarbete.

3. Detta område kan i sin tur delas in undergrupper av vilka de mest centrala är b(i) *utlämning/överlämnande*, b(ii) *internationell rättslig hjälp* samt b(iii) *internationellt samarbete rörande verkställighet av brottnålsdomar*.<sup>5</sup> Förenklad kan alltså sägas att det är på området för straffrättsligt samarbete som principen kommer in och "ersätter" vad som skulle kunna kallas traditionellt samarbete mellan suveräna och särskilda stater (ett samarbete som bygger på en *begäran* om hjälp från en ansökande stat och ett *beslut* om att avslå eller bevilja ansökan i en anmodad stat).<sup>6</sup>

### III. Ingående balans

1. Mot bakgrund av vad som sagts i föregående avsnitt – dvs. att principen kan sägas komma in och "ersätta" ett traditionellt samarbete mellan suveräna stater – finns skäl att något beröra den situation i vilken principen gjorde sitt in- steg i verkligheten. I detta avsnitt ges därför en mycket kort (någon skulle nog vilja säga brutalt förenklad) bild av den allmänna utvecklingen av EU-samarbe- tet på det straffrättsliga området.

2. Till att börja med kan konstateras att det före 1993 inte fanns någon tredje pelare och därmed heller inget straffrättsligt samarbete *inom* ramen för unionen. Däremot bedrevs visst samarbete inom ramen för the European Political Coope- ration. Av visst intresse är att åtminstone två av de instrument som antogs under denna tid kan sägas ha mer eller mindre direkta kopplingar till principen om ömsesidigt erkännande, nämligen konventionen av den 25 maj 1987 rörande s.k. "Double Jeopardy" och konventionen av den 13 november 1991 rörande verkställighet av utländska brottnålsdomar. I sammanhanget bör också nämnas att Schengen-konventionen har viss relevans i sammanhanget (jfr t.ex. nedan i avsnitt V.b.4).

<sup>5</sup> Jfr Peers 2004 s. 6 som talar om "six main elements: extradition, mutual assistance, transfer of prisoners, enforcement of sentences, transfer of proceedings and confiscation of proceeds of crime".

<sup>6</sup> Jfr här t.ex. Nilsson 2001 s. 155, Asp 2002 s. 47 och Peers 2004 s. 10.

3. Efter Maastrichtfördragets ikraftträdande (1993) har emellertid det straffrättsliga samarbetet utgjort en institutionaliserad del av samarbetet under den tredje pelaren och mot slutet av 1990-talet (från 1995 och framåt) tog samarbetet fart på allvar. Detta återspeglas framför allt däri att en lång rad instrument antogs av rådet.<sup>7</sup> Instrumenten berörde alla de tre inledningsvis nämnda områdena: området för materiell straffrätt (t.ex. den s.k. bedrägerikonventionen med protokoll),<sup>8</sup> området för straffrättsligt samarbete (t.ex. de båda utlämningskonventionerna från 1995 och 1996)<sup>9</sup> och det operativt inriktade samarbetet (t.ex. Europolkonventionen från 1995).<sup>10</sup> Arbetet kan sägas ha fått ytterligare fart efter Amsterdamfördragets ikraftträdande (år 1999).<sup>11</sup> I det följande ges en kort och förenklad översikt över de viktigaste instrumenten på området för straffrättsligt samarbete.

4. På området för *utlämning* antogs, som nämnts, två konventioner under åren 1995 och 1996 vilka syftade dels till att förenkla samarbetet i fall av samtycke till utlämning samt till att skapa ett decentraliserat förfarande (1995 års konvention), dels till att förbättra möjligheterna till utlämning genom förändring av utlämningsvillkoren (1996 års konvention).<sup>12</sup> Båda dessa konventioner kan idag betraktas som (mer eller mindre) överspelade till följd av rambeslutet om en europeisk arresteringsorder.<sup>13</sup>

5. På området för *internationell rättslig hjälp* finns en rad relevanta instrument av vilka de viktigaste kanske är 2000 års konvention om ömsesidig rättslig hjälp och 2001 års protokoll till konventionen (protokollet tar framför allt sikte på åtgärder rörande bankinformation m.m.).<sup>14</sup> Litet förenklat kan sägas att dessa instrument inneburit förändringar (förbättringar) på framför allt fyra områden.

För det första har man genom instrumenten infört – eller reglerat – möjligheten att begära rättslig hjälp med andra typer av åtgärder än de som varit tillgängliga tidigare. Till exempel innebär 2000 års konvention att rättslig hjälp skall lämnas när det gäller hemlig teleavlyssning eller teleövervakning.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Se för en någorlunda fullständig översikt över antagna instrument fram till år 2002, Asp 2002 s. 40 ff.

<sup>8</sup> Se EGT nr C 316, 27.11.1995, s. 48, EGT nr C 313, 23.10.1996, s. 1 och EGT nr C 221, 19.7.1997, s. 11.

<sup>9</sup> Se EGT nr C 78, 30.3.1995, s. 1 och EGT nr C 313, 23.10.1996, s. 11.

<sup>10</sup> Se EGT nr C 316, 27.11.1995, s. 1.

<sup>11</sup> Väsentligt med Amsterdamfördraget var bl.a. att rambesluten gjorde sin entré på arenan.

<sup>12</sup> Se ovan not 9.

<sup>13</sup> Se t.ex. Påle 2003 s. 378 ff.

<sup>14</sup> Se EGT nr C 197, 12.7.2000, s. 1 och EGT nr C 326, 21.11.2001, s. 1.

<sup>15</sup> Se t.ex. Thunberg Schunke 2004 s. 125 ff och Ds 2004:50 t.ex. s. 11 och 64.



För det andra har man strävat efter att reducera antalet vägransgrunder. Till exempel innebär protokollet till 2000 års konvention att vägransgrunden avseende politiska brott tas bort när det gäller rättslig hjälp medlemsstaterna emellan, (artikel 9). Det fördes också intensiva förhandlingar om att avskaffa kravet på dubbel straffbarhet, men här kunde medlemsstaterna inte ens enas om en regel som öppnade upp för reservationer.<sup>16</sup>

För det tredje har man genom instrumenten infört ett samarbete som bygger på principen om direktkontakt mellan de rättsliga myndigheterna i medlemsstaterna (se artikel 6 i 2000 års konvention). Detta ökar i och för sig inte möjligheterna att lämna rättslig hjälp, men det är en åtgärd som ökar möjligheterna att rättslig hjälp kommer att lämnas inom rimlig tid.<sup>17</sup> Erfarenheterna från det nordiska samarbetet – där direktkontakt tillåtits sedan länge – är att direktkontakter (kombinerat med en generell ambition att vara tillmötesgående) är centralt från effektivitetssynpunkt.<sup>18</sup>

För det fjärde innebär 2000 års konvention att ansökningar om rättslig hjälp i möjligaste mån skall verkställas med iakttagande av sådana formaliteter och förfaranden som anges av den ansökande staten (se artikel 4.1). Möjlighet att vägra att tillmötesgå dylika önskemål finns om det begärda förfarandet skulle strida mot den anmodade medlemsstatens grundläggande rättsprinciper (eller om det av själva konventionen följer att verkställighet skall ske enligt lagen i den anmodade staten).

6. På *verkställighetsområdet* var verksamheten mindre intensiv och det finns (bortsett från instrument som bygger på principen om ömsesidigt erkännande) endast ett instrument antaget i EU-relaterade sammanhang, nämligen den tidigare nämnda konventionen om verkställighet av utländska brottmålsdomar som år 1991 antogs inom ramen för det Europeiska politiska samarbetet.<sup>19</sup>

7. Härutöver bör – i linje med vad som ovan antytts – framhållas att det under den andra halvan av 1990-talet började hända saker också på området för materiell straffrätt. Man kunde se ett ökat tryck på medlemsstaterna vad gäller harmonisering osv. och detta är också en faktor som åtminstone i viss utsträckning torde ha påverkat utvecklingen.

<sup>16</sup> Detta framstod som något märkligt eftersom medlemsstaterna lyckats komma överens om en (visserligen begränsad) sådan regel gällande utlämning (som i ett individperspektiv framstår som mer ingripande). Se också Peers 2004 s. 17.

<sup>17</sup> I viss utsträckning torde direktkontakter också få till faktiskt resultat att hjälp lämnas som direktkontakterna förutom aldrig hade lämnats (t.ex. därför att man utan direktkontakter inte brytt sig om att reda ut vissa missförstånd, komplettesa vissa luckor osv.).

<sup>18</sup> Se t.ex. Asp 1998 s. 33 ff.

<sup>19</sup> Jfr t.ex. den inledande beskrivningen i åtgärdsprogrammet för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande, EGT nr C 12. 15.1.2001, s. 10.

#### IV. Inträde

1. Det torde inte vara helt fel att påstå att principen om ömsesidigt erkännande – som en princip relevant för det straffrättsliga samarbetet inom unionen – lanserades för första gången under det brittiska ordförandeskapet år 1998.<sup>20</sup> Såvitt jag förstått saker rätt var det Jack Straw som först tog upp principen över en lunch med sina kolleger i Bryssel, och alldeles oavsett vilken inställning man har till Straw i övrigt, måste man säga att han denna gång var väldigt framgångsrik. I slutsatserna från toppmötet i Cardiff sägs att rådet:

“recognises the need to enhance the ability of national legal systems to work closely together and asks the Council to identify the scope for greater mutual recognition of court decisions”.<sup>21</sup>

2. Men det var bara början på utvecklingen. Senare underströks principens betydelse i handlingsplanen för att på bästa sätt genomföra bestämmelserna i Amsterdamfördraget om upprättande av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa<sup>22</sup> och i slutsatserna från toppmötet i Tammerfors hade principen ytterligare befäst sin status. Nu uttalades att:

“the principle of mutual recognition should become the cornerstone of judicial co-operation in both civil and criminal matters and apply both to judgments and to other decisions of judicial authorities.”

Och vidare betonades att principen:

“should also apply to pre-trial orders, in particular to those which would enable competent authorities quickly to secure evidence and to seize assets which are easily movable”.<sup>23</sup>

Europeiska rådet gav också rådet och kommissionen i uppdrag att anta ett program gällande implementeringen av principen. Ett sådant program antogs i början av 2001<sup>24</sup> och i juni samma år inleddes förhandlingarna rörande de första in-

<sup>20</sup> Reservationsvis bör nämnas att förslagen i Corpus Juris (se Jareborg 1998 för en svensk översättning) innehöll element av ömsesidigt erkännande (se t.ex. artikel 24 rörande territoriell behörighet).

<sup>21</sup> Europeiska rådet i Cardiff den 15–16 juni 1998. Ordförandeskapets slutsatser, punkt 39 (150/1/98 REV 1).

<sup>22</sup> EGT nr C 19, 23.1.1999, s. 1 (se s. 13 punkt f).

<sup>23</sup> Europeiska rådet i Tammerfors den 15–16 oktober 1999, Ordförandeskapets slutsatser, punkterna 33–37 (200/1/99).

<sup>24</sup> EGT nr C 12, 15.1.2001, s. 10.

strumenten som bygger på principen: ett förslag till ett rambeslut om ömsesidigt erkännande av s.k. frysningsbeslut och ett rambeslut om ömsesidigt erkännande av bötesdomar.<sup>25</sup>

3. Några få månader senare inträffade som ni vet saker i New York och som en konsekvens av detta kom rambeslutet om en Europeisk arresteringsorder – som också bygger på principen om ömsesidigt erkännande – att på mycket kort tid läggas fram, förhandlas och antas.<sup>26</sup> Sedan dess har saker och ting normaliserats och förhandlingarna av nya instrument sker i mer vardagligt tempo och till dags dato har endast ett ytterligare instrument som bygger på principen antagits, nämligen det nyss omnämnda rambeslutet om frysning av egendom eller bevismaterial.<sup>27</sup>

4. Principen behåller emellertid alltjämt sitt grepp om EU-straffrättens utveckling. I förslaget till en konstitution för Europa har principen fått plats i portalparagraferna för det straffrättsliga samarbetet – se artikel III-257.3 och III-270 i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa<sup>28</sup> – och att utvecklingen inte kommer att stagnera framgår med tydlighet av (exempelvis) kommissionens grönbok om tillnärmning, ömsesidigt erkännande och verkställighet av straffrättsliga påföljder i Europeiska unionen.<sup>29</sup> Också i det s.k. Haagprogrammet för stärkt frihet, säkerhet och rättvisa i Europeiska unionen som antogs av rådet i november 2004 betonas principen om ömsesidigt erkännande.<sup>30</sup> För närvarande är följande förslag under förhandling i ett eller annat skede:

- rambeslutet om ömsesidigt erkännande av bötesbeslut,<sup>31</sup>
- rambeslutet om ömsesidigt erkännande av sende förverkandebeslut,<sup>32</sup>
- rambeslutet om *ne bis in idem*,<sup>33</sup>

<sup>25</sup> EGT nr C 75, 7.3.2001, s. 3 och EGT nr C 278, 2.10.2001, s. 4.

<sup>26</sup> EGT nr L 190, 18.7.2002, s. 1. Jfr t.ex. Alegre & Leaf 2004 s. 202 som talar om "the need for the EU to demonstrate its ability to combat cross-border crime in its [911] aftermath" och Peers s. 12 som talar om ett "window of opportunity".

<sup>27</sup> EUT nr L 196, 22.7.2003, s. 45

<sup>28</sup> EUT nr C 310, 16.12.2004, s.

<sup>29</sup> KOM(2004) 334 slutlig. Grönbok om tillnärmning, ömsesidigt erkännande och verkställighet av straffrättsliga påföljder i Europeiska unionen.

<sup>30</sup> Europeiska rådet i Bryssel den 4–5 november 2004. Ordförandeskapets slutsatser (Haagprogrammet utgör bilaga) (14292/1/04 REV 1), se särskilt Haagprogrammet avsnitt 3 (3.3.1).

<sup>31</sup> EGT nr C 278, 2.10.2001, s. 4. Instrumentet torde ha antagits när detta läses.

<sup>32</sup> EGT nr C 184, 2.8.2002, s. 8. F.n. föreligger en politisk överenskommelse om detta instrument.

<sup>33</sup> EUT nr C 100, 26.4.2003, s. 24. Förhandlingarna om rambeslutet ligger, såvitt känt, mer eller mindre på is sedan en ganska lång tid tillbaka.

- rambeslutet om ömsesidigt erkännande av beslut om diskvalifikation, <sup>34</sup>
- rambeslutet om ett europeiskt bevisupptagningsbeslut, <sup>35</sup> och
- (ett nyligen framlagt) rambeslut om en europeisk “enforcement order and the transfer of sentenced persons between Member States of the EU”. <sup>36</sup>

## V. Perspektiv

### a. Ömsesidigt erkännande som ett allmänt begrepp i EU-rätten

1. Ett första perspektiv som bör framhåvas när det gäller principen om ömsesidigt erkännande är att principen inte är någon nyhet i EU-rättsliga sammanhang. Tvärtom skulle kunna sägas att principen utgör en av de mest grundläggande principerna när det gäller utvecklingen av det europeiska integrationsprojektet och det är lätt att finna exempel från andra områden. <sup>37</sup> Sålunda kan den grundläggande principen att varor som lagligen har producerats och försålts i en medlemsstat också skall tillåtas i andra medlemsstater ses som ett uttryck för principen och i EG-rättsliga framställningar kan man se att det berömda rättsfallet *Cassis de Dijon* omtalas såsom det rättsfall i vilket EG-domstolen “introduces the important idea of mutual recognition”. <sup>38</sup>

Vidare kan man naturligtvis tala om ömsesidigt erkännande av universitets-examina eller andra beslut som har betydelse för en persons rätt att agera i en viss kapacitet, t.ex. såsom läkare, advokat etc.

2. Ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden – vare sig det är på det familjerättsliga området eller det straffrättsliga – är således bara en tillämpning av flera av principen. Som en gemensam nämnare ligger i botten emellertid att principen tillåter integration också i frånvaro av total harmonisering, dvs. principen bygger på att skillnader – åtminstone till viss del – skall accepteras.

3. Det perspektiv som här har målats upp inbjuder enligt min mening till en jämförelse mellan den nuvarande situationen när det gäller det straffrättsliga samarbetet inom EU och situationen gällande den fria rörligheten när arbetet med den inre marknaden tog fart får några decennier sedan. Man skulle kunna påstå att utvecklingen på det straffrättsliga området till viss del påminner om

<sup>34</sup> EGT nr C 223, 19.9.2002, s. 17. Reella förhandlingar kan knappast sägas ha påbörjats; skälet torde vara områdets svårighetsgrad.

<sup>35</sup> KOM(2003) 668 (01).

<sup>36</sup> Council of the European Union, 5597/05, COPEN 13.

<sup>37</sup> Se t.ex. Peers s. 8 f och 18 ff.

<sup>38</sup> Se t.ex. Weatherill & Beaumont, *EC Law*, 2 uppl. 1995, s. 495 och Peers 2004 s. 18 ff. Jfr även Gleß 2004 s. 354 ff. Rättsfallet har målnummer 120/78 (REG 1979 s. 649).

det sätt på vilket utvecklingen när det gäller den interna marknaden startade. Så fort man lämnar ytnivån uppenbarar sig naturligtvis stora skillnader,<sup>39</sup> men jag tror ändå att jämförelsen kan ge oss en aning om dynamiken i det samarbete som nu börjar att ta form.<sup>40</sup>

#### b. Ömsesidigt erkännande för olika syften

1. Ett andra perspektiv som bör uppmärksammas är att principens betydelse är beroende av för vilka syften en dom eller ett beslut erkänns. Så länge som en dom eller ett beslut har flera olika typer av rättsverkningar är det möjligt att erkänna domen eller beslutet för ett syfte men inte för ett annat.

2. Det mest rättframma sättet att förstå principen om ömsesidigt erkännande är att utgå ifrån att det hela handlar om erkännande i verkställighetssyfte: att erkänna en dom är att godta den som ett dokument som kan ligga till grund för verkställighet. Alldeles klart är väl att det är denna innebörd av principen som man *i första hand* har fokuserat på inom ramen för EU-samarbetet.<sup>41</sup> Båda de pilotprojekt som lanserades under 2001 – rambeslutet om frysning och rambeslutet om bötesstraff – handlade om denna aspekt av principen.

Det är emellertid lika klart att man kan erkänna en dom eller ett beslut också för andra syften.

3. Exempelvis kan man erkänna en utländsk brottmålsdom i syfte att beakta den vid eventuella framtida påföljdsbestämningssituationer rörande samma person. Å ena sidan kan den utländska domen användas för att göra nationella regler om återfallsskärpning tillämpliga, men den kan, å andra sidan, också beaktas på så vis att den ligger till grund för tillämpning av regler och principer om mängdrabatt vid flerfaldig brottslighet (som i regel leder till en lindrigare påföljd vid det andra tillfället). Kommissionen har här använt ett exempel som knappast kan sägas vara realistiskt (inte minst mot bakgrund av att det är svårt att föreställa sig att det är denna tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande som ligger bakom kommissionens intresse) men likväl kan vara värt att återge:

---

<sup>39</sup> Jfr t.ex. Peers 2004 s. 24 som framhåller att individens position inom området för fri rörlighet och inom området för straffrättsligt samarbete skiljer sig åt på ett mycket tydligt sätt.

<sup>40</sup> Muntligen har jag hört dylika synpunkter framföras både av högt uppsatta tjänstemän i det svenska justitiedepartementet och av företrädare för rådet.

<sup>41</sup> Jfr här prioriteringarna i åtgärdsprogrammet för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande, EGT nr C 12, 15.1.2001, s. 10.

“Hänsynstagande’ bör inte endast vara till gärningsmannens nackdel. I många länders strafflagar finns mekanismer som ser till att straffen inte helt enkelt läggs på varandra om den person som döms har begått flera brott. En professionell biltjuv som befinns ha stulit 15 bilar i en medlemsstat, och straffet för var och en av stölderna är tre års fängelse, skulle inte få ett 45-årigt fängelsestraff. Det förefaller som om de flesta eller alla medlemsstater har lagstiftning som innehåller mekanismer som kan leda till en hårdare dom än för någon som endast begått ett brott, men straffen läggs inte strikt på varandra.

Man kan föreställa sig att samma brott äger rum i 15 olika medlemsstater, inte alla i en och samma medlemsstat. Alla dessa medlemsstater kan då samtidigt men oberoende av varandra väcka åtal för ’sitt’ fall och i vart och ett av fallen komma fram till ett straff på tre år. Till och med i det nuvarande systemet skulle detta kunna leda till följande situation: När väl gärningsmannen avtjänat sitt straff i den medlemsstat där han först fängslades kan han utlämnas till en annan medlemsstat för att avtjäna sitt straff där. Därefter kan han utlämnas till en tredje medlemsstat, och så vidare. Det är endast flexibilitet i befintliga instrument för utlämning som gör det möjligt att undvika att fängelsestraffet faktiskt varar i 45 år. *Men i ett system med ömsesidigt erkännande skulle alla domarna vara tvungna att erkännas i alla andra medlemsstater, även den där gärningsmannen först fängslas. Det sammanlagda straff medlemsstaten skulle tvingas verkställa för biltjuvens räkning skulle i så fall bli 45 år.*

Det förefaller alltså nödvändigt att reflektera över en mekanism som kunde göra det möjligt att undvika sådana resultat som är oförenliga med ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. En möjlighet är samordning av åtalen, inte olikt vad som kan ske i den nationella lagstiftningen. Så snart en medlemsstat väcker ett åtal, kunde detta registreras i det europeiska kriminalregistret, och alla andra medlemsstater skulle vara medvetna om utvecklingen. De skulle då kunna avstå från behörighet över ’sina’ delar av fallet till förmån för en enda medlemsstat – som inte nödvändigtvis behöver vara den medlemsstat som först väckte åtal. För att medlemsstaterna skall kunna göra detta måste reglerna om behörighet ge möjlighet till en sådan överföring. I det avgörande den medlemsstat som sålunda blivit ensam ansvarig faller skulle hela saken kunna behandlas. Samma domstol skulle också kunna tillämpa mekanismer för att undvika att straffen strikt läggs på varandra.”<sup>42</sup>

Kommissionen sätter fingret på den ensidighet som kan uppkomma när man

---

<sup>42</sup> KOM(2000) 495 slutlig.

diskuterar principen om ömsesidigt erkännande, låt vara att den sedan krånglar till det onödigt för sig när den (det kursiverade partiet) själv bortser från den ena sidan av principens genomslag. Den enkla lösningen på problemet utifrån principen om ömsesidigt erkännande är naturligtvis att varje domstol är tvungen att, inte bara erkänna de utländska domarna för verkställighetssyfte utan också erkänna dem såtillvida att de läggs till grund för tillämpning av inhemska regler om delvis konsumtion för nyupptäckt (gammal) brottslighet.<sup>43</sup> Såvitt känt finns i dagsläget inga initiativ som tar sikte på denna sida av principen.

4. Vidare kan en brottmålsdom naturligtvis också erkännas som just en dom som sätter punkt, som sista ordet i en rättslig process, dvs. domen kan erkännas som grund för *res judicata* eller *ne bis in idem*. Detta skulle nog taget kunna ses som grundelementet i principen om ömsesidigt erkännande och är också det element i principen som man tvivelsutan kan finna exempel på också innan principen togs upp på EU:s agenda. Det finns åtskilliga regler i olika internationella instrument som berör *ne bis in idem*-frågor på ett internationellt plan, men instrumenten är i regel bara tillämpliga mellan ett fåtal stater eller i relation till vissa särskilda brott. För EU:s medlemsstater hör de regler som återfinns i artiklarna 54–58 den s.k. Schengenkonventionen till de viktigaste.

Som tidigare nämnts lades under det grekiska ordförandeskapet fram ett förslag till rambeslut som handlade om just denna sida av principen, men såvitt jag lyckats utröna har det varit svårt för medlemsstaterna att enas om något som går längre än existerande regler i Schengenkonventionen och förhandlingarna har således inte kunnat slutföras.

5. När det gäller frågor rörande bevisning kan man skilja mellan ömsesidigt erkännande av bevisupptagningsbeslut (vilket kan ses som ömsesidigt erkännande inriktat på verkställighet av beslut på förundersökningsstadiet) å den ena sidan och ömsesidigt godtagande av bevisning (vilket kan ses som ömsesidigt erkännande av varandras regler och beslut på ungefär samma sätt som inom ramen för den fria rörligheten för varor). Vad gäller den sistnämnda tillämpningen av principen kan noteras att det har ifrågasatts om man här inte har övergått till att tillämpa principen på "enheter" i förhållande till vilka det kan diskuteras om principen verkligen kan tillämpas på ett meningsfullt sätt. Det skulle sålunda kunna ifrågasättas om det är rimligt att tala om ömsesidigt erkännande av bevisning. Såtillvida att bevis som tillåts i ett land också skall tillåtas i ett annat land kan tanken naturligtvis tillämpas (åtminstone på ett ytligt plan). Problem uppstår emellertid eftersom bevis inte såsom domar och beslut kan sägas vara sär-

<sup>43</sup> Detta torde vara ett exempel på att erkännande i viss utsträckning förutsätter harmonisering (det kan t.ex. bli svårt att tillämpa regler om delvis konsumtion i förhållande till gärningar vilka överhuvudtaget inte är kriminaliserande i domstolsstaten).

skilda och färdiga produkter.<sup>44</sup> För det första utgör nationella regler som styr tillåtligheten av bevisning en del av en processuell helhet, där olika regler samspelar; ett enkelt överförande av "tillåten" bevisning riskerar därför att störa den inre balansen i systemet och leda till en "hybridprocess" med interna motsättningar.<sup>45</sup> För det andra kan naturligtvis sägas att bevis, om de skall ha betydelse, måste "användas" av domare – att godta viss bevisning som tillåten är naturligtvis skäligen meningslöst om domarna i en viss stat regelmässigt bortser från den – och om man ger sig in och söker styra hur denna användning skall gå till är det klart att man är inne på minerad mark.

### c. Grader av ömsesidigt erkännande

1. Ömsesidigt erkännande kan vidare diskuteras i ett perspektiv som tillåter att man talar om grader av erkännande. På ena änden av en tänkt skala kan man sålunda tänka sig en tillämpning av principen som innebär att varje medlemsstat automatiskt (utan vidare formaliteter eller prövningar) skall erkänna domar och beslut meddelade i övriga medlemsstater. På andra änden kan man tänka sig en tillämpning som innebär att en dom eller ett beslut skall erkännas först om vissa långtgående villkor är uppfyllda och efter en regelrätt prövning av myndigheterna i den erkännande staten. Och däremellan finns det förstås en hel rad av andra möjligheter.

2. När principen diskuteras inom EU är det klart att man inte talar om ett fullständigt formlost och villkorslöst erkännande, utan det är förutsatt att den verkställande staten skall ha vissa möjligheter att vägra. Det här perspektivet är viktigt eftersom det innebär att införandet av principen kanske inte nödvändigtvis innebär den revolution som vi ibland föreställer oss. Det behöver inte vara särskilt stor skillnad på ett traditionellt samarbete och ett samarbete byggt på principen om ömsesidigt erkännande om man ändå uppställer i stort sett samma villkor och formaliteter.

### d. Ömsesidigt erkännande och harmonisering

1. Till sist några ord om relationen mellan ömsesidigt erkännande och harmonisering. Åtminstone för vissa aktörer och stater har principen om ömsesidigt erkännande framstått som ett alternativ till harmonisering. Genom att erkänna varandras domar, trots olikheter i regelsystemen, skulle vi kunna undvika en långtgående harmonisering. Det man kan säga här är att detta perspektiv mer och mer framstår som orealistiskt.

<sup>44</sup> Gleß 2004 s. 364 ff samt Radtke 2005 avsnitt 2.2.d och 4.1.b.

<sup>45</sup> Jfr t.ex. Weigend 2004 s. 293, Nestler 2004 s. 345 f och Gleß 2004 s. 365



2. För det första implicerar ett sådant synsätt att harmonisering inte ses som ett mål i sig, utan enbart som ett medel för att åstadkomma effektivitet (t.ex. genom att undanröja hinder för samarbete). Och även om jag varmt välkomnar en försiktig och reflekterande hållning till harmonisering skulle jag nog vilja påstå att det åtminstone på högpolitisk nivå finns ett självständigt intresse för straffrättslig harmonisering, både som ett tecken på integration och som ett medel att visa handlingskraft.

3. För det andra förutsätter ett synsätt enligt vilket ömsesidigt erkännande utgör ett alternativ till harmonisering att vi faktiskt kan acceptera de skillnader som finns medlemsstaterna emellan och också det tror jag är en högst tvivelaktig förutsättning.

Erkännande utan harmonisering i sak innebär erkännande trots skillnader i sak och särskilt på ett område som straffrätten, med dess nära koppling till moral, kommer sådana skillnader att sticka i ögonen. Jag menar därför att det är realistiskt att räkna med att viljan till erkännande i viss utsträckning kommer att vara beroende av graden av harmonisering.

Vidare förutsätter naturligtvis erkännande också någon form av tillit till rättssystemen och processen i de andra medlemsstaterna och det framstår som klart att en sådan tillit existerar bara i viss begränsad utsträckning. Det här dilemmat kan man lösa på två sätt: antingen låtsas man att man har förtroende för varandra (och det har man väl också gjort i viss utsträckning), men i längden blir det sannolikt nödvändigt att istället skapa förutsättningar för ett sådant förtroende och det kan man göra genom harmonisering, minimiregler avseende processuella frågor osv.<sup>46</sup>

4. Slutligen är det naturligtvis också enklare rent praktiskt att erkänna domar om reglerna i medlemsstaterna inte avviker alltför mycket från varandra. Skillnader kan skapa problem också inom ramen för ett system som bygger på ömsesidigt erkännande. Ett överdrivet exempel är att det naturligtvis kan skapa problem att erkänna och verkställa en dom som innebär att en för den verkställande staten helt okänd påföljd har dömts ut.<sup>47</sup>

Sammanfattningsvis skulle man nog kunna säga att det är realistiskt att förvänta sig en dialektisk utveckling där erkännande och harmonisering ömsesidigt och successivt påverkar varandra.

---

<sup>46</sup> I detta perspektiv torde man t.ex. böra se kommissionens grönbok om rättssäkerhetsgarantier för misstänkta och tilltalade, KOM(2003) 75 slutlig, och förslaget till rambeslut rörande vissa rättssäkerhetsgarantier i brottmål, KOM(2004) 328 slutlig.

<sup>47</sup> Jfr även not 43 ovan.

## VI. Kritik (och försvar)

### a. Inledning

1. I detta avsnitt avser jag att redogöra för och diskutera den kritik som riktats mot principen om ömsesidigt erkännande. Det behöver inte sägas att jag inte kommer att vara heltäckande.

2. Jag har valt att måla upp några idealtypiska (kritiska) argumentationslinjer, vilket naturligtvis kan sägas var riskfyllt såtillvida att ingen av dem måhända existerar i renodlad form. Jag tror ändå att det är viktigt att söka renodla frågeställningarna och diskutera dem en och en.

### b. Kontrollargumentet

1. En första kritikpunkt kan sägas gälla det faktum att principen om ömsesidigt erkännande innebär att den erkännande staten skall vidta (för den enskilde ofta betungande åtgärder) samtidigt som det förutsätts att den prövning som får vidtas i den erkännande staten skall vara begränsad.

2. Problemet kan sägas gälla frågan om en stat som faktiskt utövar sitt tvångsmonopol (t.ex. genom arrestering och överlämnande) kan frånsäga sig ansvaret för att åtgärden är förenlig med t.ex. mänskliga rättigheter eller, mer allmänt, frånsäga sig ansvaret för att det finns skäl att vidta åtgärden.<sup>48</sup> Av Europadomstolens praxis framgår t.ex. att en anmodad stat i ett utlämningsärende, åtminstone under vissa förutsättningar, kan göra sig skyldig till konventionsbrott genom att utlämna.<sup>49</sup> Frågan kan naturligtvis också göras mer generell: är det på områden som berör den enskilde negativt *lämpligt* att tillskapa ett mycket stort avstånd mellan beslutsansvar och verkställighet. Finns det inte en risk för att den enskilde kommer att kunna hamna i Kafkaartade situationer där den som kan lyssna på argumentation å den enskildes sida inte får göra det (utan tvingas hänvisa denne till myndigheter i en annan stat, kanske 100-tals mil därifrån)?<sup>50</sup>

3. En mer försonande variation på samma tema är den kritik som går ut på att prövningen i den erkännande staten är avsedd att vara begränsad samtidigt som man (ännu) inte har försäkrat sig om en tillräcklig minimistandard (också i praktisk hantering) i den utfärdande staten.<sup>51</sup> Variationen betecknas som förso-

<sup>48</sup> Se t.ex. Peers 2004 s. 24 och Lahti 2004 s. 382.

<sup>49</sup> Se Soering mot Storbritannien, ECHR, Ser. A, No 161, 1989.

<sup>50</sup> Se t.ex. Asp 2004 avsnitt 3.5 och Elholm 2004 s. 202.

<sup>51</sup> Jfr t.ex. Alegre & Leaf 2004 sammanfattande på s. 215 ff.

nande eftersom kritiken tar sikte blott på den existerande situationen inom unionen och därför faller till marken om man genom harmoniseringsåtgärder skapar en godtagbar minimistandard.

4. Även om den kritik som diskuteras i detta avsnitt måste betecknas som i grunden befogad, kan det naturligtvis ifrågasättas hur långt den egentligen kan dras. Inom en stat torde t.ex. verkställande myndigheter sällan ha full prövningsrätt avseende de åtgärder som verkställs (vilket skapar ett visst avstånd mellan ansvaret för beslutet respektive verkställigheten). Och även om man naturligtvis kan säga att avståndet får en extra dimension när det hamnar en statsgräns mellan beslut och verkställighet så finns det liknande konstruktioner på ett internationellt plan redan idag. Exempelvis bör framhållas att ett element av erkännande – där det uppstår avstånd mellan ansvaret för beslutet och verkställigheten – finns i den sedan tidigare kända avtalskonstruktion som innebär att avtalslutande parter skall godta varandras brottmålsdomar och häktningsbeslut som grund för utlämning (se t.ex. för svensk rätts del 9 § tredje stycket lagen (1957:668) om utlämning för brott).<sup>52</sup> Ömsesidigt erkännande i betydelsen avstående från viss kontroll i den verkställande staten är alltså inte något alldeles nytt.

### c. Balansargumentet

1. En andra central kritikpunkt är att det kan hävdas att principen om ömsesidigt erkännande riskerar att leda till att de frihetssäkrande begränsningar som idag finns inbyggda i straffrättskipningen kan sänkas till en slags minsta gemensamma nämnare och att principen riskerar att leda till en straffrättskipningens maktillväxt. I ett "Alternativentwurf" till förslaget till konstitution för Europa (framlagt av ett antal, främst tyska, rättsvetenskapare) talas t.ex. om att:

"das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu einem hybridisierten Strafverfahren führt, in dem die Eingriffsmöglichkeiten der verschiedenen Ordnungen kombiniert werden können und damit letzten Endes eine radikal punitive Strafrechtspflege entsteht, die es in dieser Form in keinem einzigen Mitgliedstaat gibt."<sup>53</sup>

Enkelt uttryckt kan sägas att principen leder till att de mest repressiva straffrättsordningarna i varje avseende får fördelen av att deras system respekteras, vilket innebär att de ges möjlighet att exportera sitt innehåll över hela unionens

<sup>52</sup> Se artikel 12 i 1957 års utlämningskonvention.

<sup>53</sup> Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung s. 5.

område. Om detta sedan kombineras med ett stillastående tillstånd på den "andra sidan" (försvararsidan) kan det, och har det, hävdats att detta stör den balans som finns mellan statens maktbefogenheter och medborgarnas rättigheter.

2. Denna kritikpunkt kan göras gällande redan från den utgångspunkten att principen om ömsesidigt erkännande innebär att de mer repressiva, punitiva och ingreppsvänliga systemen kommer att kunna göras gällande mer effektivt över statsgränserna (tvångsmedelsbeslut från dessa stater kommer t.ex. att kunna verkställas utan hinder av krav på dubbel straffbarhet etc. eller utan att det strandar på andra skillnader mellan systemen).

3. Kritikpunkten kan emellertid också adderas till det förhållandet att principen om ömsesidigt erkännande har frikopplats från frågor om jurisdiktion. Ibland talas just om att det oacceptabla ligger däri att man har ett system som bygger på ömsesidigt erkännande *samtidigt* som varje stat i praktiken bestämmer själv över hur vidsträckt extraterritoriell jurisdiktion som skall utövas. Denna oro bottnar i att en sådan situation kan öppna för godtycke och manipulationer som ytterst kan beskrivas i termer av *forum shopping*.<sup>54</sup>

4. Detta argument kan naturligtvis i sig neutraliseras just genom att man på ett eller annat sätt reglerar frågor om jurisdiktion,<sup>55</sup> och detta visar kanske att risken för *forum shopping* inte egentligen är ett problem som rör principen om ömsesidigt erkännande utan ett problem som beror på förekomsten av positiva kompetenskonflikter (vilket i sin tur beror på att stater tar sig onödigt stor extraterritoriell jurisdiktion, ibland under åberopande av territorialitetsprincipen) men vilket accentueras om det internationella samarbetet blir någorlunda effektivt.<sup>56</sup>

Härutöver kan naturligtvis allmänt sett ifrågasättas hur realistiskt talet om s.k. forumshopping är. Normalt sett torde t.ex. frågor som rör intresset av lagföring, praktiska hänsyn till var bevisningen finns osv. innebära att lagföring på annan plats än den (eller de) "naturliga" inte ter sig särskilt lockande. Naturligtvis kan man tänka sig undantag. Särskilt om man tänker sig att principen om ömsesidigt erkännande kombineras med en äkta europeisk straffprocessuell kompetens, t.ex. i form av en europeisk åklagare skulle man kunna tänka sig att det uppkommer praktiska möjligheter att faktiskt utnyttja situationen. Vidare kan man tänka sig att den rättsliga situationen skulle kunna utnyttjas t.ex. om man i ett visst förfarande stöter på särskilda problem som kan kringgås om man får tillgång till viss (annan) typ av lagstiftning etc. I sammanhanget bör man

<sup>54</sup> Jfr t.ex. Fuchs 2004 s. 369 och Nestler 2004 s. 34.

<sup>55</sup> Se Buruma 2004 s. 430.

<sup>56</sup> Liknande Gleß 2004 s. 361.

vara uppmärksam på den roll som kan komma att spelas av regler om överförande av lagföring. Sammantaget är det emellertid svårt att tro att principen om ömsesidigt erkännande kommer att leda till något mer påtagligt taktiktänkande.

#### d. Bristande legitimation

1. Det har vidare – i anslutning till den europeiska arresteringsordern – påpekats att principen om ömsesidigt erkännande innebär att den enskilde på ett inte bara teoretiskt plan kan komma att underkastas straffrättsliga regler som denne inte haft en möjlighet att påverka genom utövande av demokratiska rättigheter. Medborgaren skulle därigenom berövas sin rätt att endast lagföras enligt bestämmelser vilka han eller hon aktivt kunnat påverka.<sup>57</sup>

2. Jag kan ansluta mig till tanken att straffrättsliga regler – för att vara legitima – bör beslutas genom aktivt deltagande av medborgarna i ett samhälle (vilket bl.a. innebär att det framstår som tvivelaktigt att ge positiv straffrättslig kompetens till en organisation med ett demokratiskt underskott), men det förefaller mycket långtgående att hävda att det skulle gå att upprätthålla ett krav på demokratisk medverkan från den enskilde för att legitimera utövande av straffrättslig jurisdiktion också i enskilda fall. Att tanken är långtgående återspeglas bl.a. – vilket har påpekats av bl.a. Gleß – däri att en av de mest grundläggande och (åtminstone vad gäller sitt kärnområde) minst ifrågasatta principerna inom den internationella straffrätten är *territorialitetsprincipen*.<sup>58</sup>

Det sagda gäller särskilt som principen om ömsesidigt erkännande i sig inte ger grund för utvidgad straffrättslig jurisdiktion utan "blott" innebär att en stat som utövar jurisdiktion kan göra detta med större effektivitet. Min slutsats kan därför inte bli annan än att argument som bygger på bristande legitimitet inte är särskilt starka i relation till principen om ömsesidigt erkännande.

## VI. Värdering

1. Ett av de största problemen med utvecklingen av den tredje pelaren när det gäller området för materiell straffrätt är att det blir alltmer tydligt att arbetet leder i en entydigt repressiv riktning. Om man skall uttrycka sig klart kan sägas att det inom unionen finns ambitioner att ständigt göra framsteg och inom området för materiell straffrätt anses "framsteg" mer eller mindre vara ekvivalent med ökad repression.

Detta blir särskilt tydligt om man beaktar proportionalitetsprincipen, som

<sup>57</sup> Se t.ex. Nestler 2004 s. 338 och Gleß 2004 s. 359.

<sup>58</sup> Se Gleß 2004 s. 360.

generellt sett intar en mycket stark ställning inom EU-rätten och som bl.a. innebär att man skall välja det minst ingripande medlet för att uppnå sina mål, i praktiken synes sakna varje betydelse på det kriminalpolitiska området. Nykriminalisering och ökad repression behöver inte motiveras; det kan snarare sägas råda en presumtion för att ett strängare ingripande alltid är befogat (vilket medför att argumentationsbördan ligger på de stater som menar att presumtionen är bruten). Dessa tendenser har jag diskuterat relativt utförligt tidigare och jag tänkte inte gå in i detaljer här.<sup>59</sup>

2. Om man utgår ifrån denna, kanske lätt pessimistiska, syn på utvecklingen på området för materiell straffrätt: hur ser då situationen ut på området för straffrättsligt samarbete? Enligt min uppfattning är riskerna med intensivt och "progressivt" (i betydelsen framstegsinriktat) samarbete inte lika stora inom området för straffrättsligt samarbete som inom området för materiell straffrätt och denna uppfattning kan återföras på följande faktorer.<sup>60</sup>

3. För det första kan noteras att startpunkten när det gäller området för straffrättsligt samarbete är en annan än när det gäller området för materiell straffrätt. Medan det knappast finns stöd för påståendet att det finns några egentliga luckor i den materiellt straffrättsliga regleringen i medlemsstaterna – när det gäller utsträckningen av det straffbara området är det mer näraliggande att tala om överkriminalisering än om motsatsen – är det få som skulle protestera mot påståendet att det internationellt straffprocessrättsliga samarbetet medlemsstaterna emellan kan och bör förbättras. Det jag vill framhålla är helt enkelt att reglerna på området för straffrättsligt samarbete tveklöst är mindre utvecklade och kompletta än de nationella straffrättsystemen i medlemsstaterna och det innebär naturligtvis att det, på detta område, är betydligt lättare att ta några steg framåt (utan att för den skulle gå för långt). Det är helt enkelt lättare att göra framsteg på ett mindre utvecklat område.

4. För det andra kan – även om detta kan sägas vara en annan sida av samma sak – sägas att argumenten för ett förbättrat samarbete är betydligt starkare än argumenten rörande "förbättrad" [läs: utökad; jfr ovan p. VI.1] repression. Den allmänna synpunkten att den fria rörligheten avseende personer bör åtföljas av fri rörlighet också på det rättsliga området är knappast helt substanslös – det är t.ex. uppenbart att det kan vara problematiskt om en person som begått brott kan fritt flytta över gränserna, samtidigt som de rättsvårdande myndigheterna måste hålla sig inom dessa (eller kan korsa dem bara till priset av en betydande byråkrati etc.). Utifrån tillgänglig kunskap är det betydligt mer tvivelaktigt hu-

<sup>59</sup> Se Asp 2001 s. 15 ff och Asp 2002 s. 61 ff.

<sup>60</sup> Jfr Elholm 2004 s. 200 f för nyanserade kommentarer som jag i allt väsentligt kan instämma i.

ruvida marginella utvidgningar av det kriminaliserade området eller straffskärpningar överhuvudtaget har någon betydelse för hur människors benägenhet att föröva vissa gärningar.

5. För det tredje står det på området för straffrättsligt samarbete klart från början att medlemsstaternas (och medborgarnas) intresse av en effektiv brottsbekämpning måste vägas och balanseras mot individens intressen och rättigheter. Skydd för den anklagade individen (jfr Europakonventionens begrepp "anklagelse för brott") är så att säga en integrerad del av det straffprocessrättsliga konceptet. På området för materiell straffrätt tänker man tyvärr sällan på det viset; det finns ingen equality of arms-princip och även om grundläggande fri- och rättigheter kan ha betydelse för frågor om kriminalisering finns det normalt sett inga tydliga gränser för hur långt man kan gå (på sätt som det finns inom ramen för straffprocessrätten). Det sagda kan uttryckas så att problemen med överkriminalisering eller kriminalisering av gärningar som inte borde kriminaliseras är betydligt mer filosofiska och mindre handfasta än sådana problem som gäller statens rätt att använda våld mot och frihetsberöva individen och detta gör området för materiell straffrätt till mer av ett högriskområde.

6. Det faktum att det finns vissa faktorer som, enligt min mening, gör utvecklingen på området för straffrättsligt samarbete mindre riskabelt än området för materiell straffrätt, innebär naturligtvis inte att allt är rosenrött. Det finns naturligtvis problem kopplade också till området för straffrättsligt samarbete.

7. De största problemen är enligt min uppfattning kopplade till själva "lagstiftningsprocessen" som sådan. Det faktum att instrumenten förhandlas i en påtagligt högpolitisk miljö kan i sig sägas skapa en risk för mindre välbalanserade lösningar. Förhandlingarna sker i en miljö där det är lätt att känna av politiska vindar och där det samtidigt står mycket politisk prestige på spel. Det torde t.ex. (understatement) inte ha varit så lätt för en medlemsstat som såg allvarliga problem med rambeslutet om en europeisk arresteringsorder att göra sin röst hörd under hösten 2001. Också under mindre extrema förhållanden är det emellertid tydligt att den högpolitiska miljön påverkar resultaten. När rådet möts står åtskilliga frågor på agendan och en kompromissvillig attityd från medlemsstaternas sida torde vara nödvändig för att resultat överhuvudtaget skall kunna uppnås. I en dylik miljö måste medlemsstaterna välja vilka saker som är värda att ta strid för; detta innebär i praktiken att man kan tvingas svälja en viss lösning som man egentligen inte alls är nöjd med därför att det finns andra och hetare ämnen på agendan. Sist och slutligen torde kunna sägas att den politiska miljön också tenderar att gynna en offensiv hållning i arbetet mot brott. Det torde generellt sett anses "sexigare" att vidta långtgående åtgärder mot brott än att för-

svara (påstådda) brottslingars rättigheter. Jag har nu talat om att den politiska miljön innebär risker från materiell kvalitetssynpunkt; här till kan naturligtvis läggas att lagstiftningsprocessen inte i heller är optimal från teknisk kvalitetssynpunkt.

8. Man kan anföra ytterligare problem och riskfaktorer, men jag tror att jag skall nöja mig här. Det skulle kunna invändas att de risker och problem jag talat om egentligen inte berör samarbetet inom EU mer specifikt utan kan sägas vara tillämpligt på internationellt straffrättsligt samarbete mer generellt. Den invändningen är naturligtvis i viss utsträckning riktig; samtidigt vill jag framhålla att det som är speciellt med samarbetet inom EU är (i) att samarbetet är institutjonaliserat, (ii) att det finns en påtaglig och generell ambition att göra framsteg samt (iii) att framsteg skall göras kontinuerligt. Att skapa straffrättsliga regler genom förhandlingar på internationell nivå är i normalfallet en undantagsföreteelse; inom EU sker en stor del av straffrättsutvecklingen numera på denna nivå.

## VII. Tillämpningsfrågor (exkurs)

1. I Sverige har allmänintresset för principen om ömsesidigt erkännande varit litet. När detta skrivs (i slutet av februari 2005) är lagen (2003:1156) om överlämnande från Sverige enligt en europeisk arresteringsorder den enda nationella lagstiftningen som hunnit träda ikraft och tillämpas. Samtal med praktiker utvisar att arresteringsordern i huvudsak fungerat väl (i vart fall i ett åklagarperspektiv), men att man i någon utsträckning kunnat se en tendens till tvekan när det gäller att fullt ut acceptera principens implikationer (en tendens att kräva mer underlag än vad som förutsätts enligt rambeslutet etc.). Dessa tendenser kan dock sannolikt förklaras av att vi ännu befinner oss i en inkörningsfas.

2. Allmänintresset har som sagt generellt sett varit svagt; ett undantag från detta utgör ett fall som gällde en grekisk arresteringsorder avseende en ung svensk man som misstänktes för ett dråp förövat på ön Kos år 2001. Fallet har uppmärksamrats i pressen under flera års tid och det har ifrågasatts varför Sverige skall vara tvunget att överlämna mannen till Grekland.

Rättsligt sett har fallet aktualiserat frågan huruvida lagen om en europeisk arresteringsorder kunde tillämpas i fallet trots att Grekland tidigare, innan rambeslutet genomfördes i Grekland, hade initierat ett utlämningsärende (mannen anhölls i avvaktan på en framställning om utlämning, tingsrätten hävde anhållandet och Grekland kom aldrig in med någon utlämningsbegäran). Enligt de svenska övergångsbestämmelserna skall de gamla reglerna också fortsättningsvis tillämpas framför de nya om en medlemsstat har inlett ett utlämningsförfarande och därefter anslutit sig till systemet med arresteringsordern. De svenska



domstolarna fann emellertid, med hänsyn till att det tidigare initierade ärendet hade avbrutits, att övergångsbestämmelsen inte var tillämplig och att lagen om en europeisk arresteringsorder skulle tillämpas istället.<sup>61</sup> Denna fråga som närmast rör val av tillämplig lag i en övergångssituation mellan två internationellt straffprocessrättsliga regelverk är naturligtvis inte direkt knuten till principen om ömsesidigt erkännande (även om man i liknande situationer skulle kunna komma in på frågan huruvida retroaktivitetsförbudet gäller i förhållande till (internationellt straff)processrättsliga regler av betungande karaktär).<sup>62</sup>

I beslutet togs också upp frågan huruvida det skulle strida mot Europakonventionen att överlämna mannen. Bl.a. påstods att mannen behandlats mycket illa av de grekiska myndigheterna (och utsatts för knytnävsslag och sparkar). I denna del anförde tingsrätten följande:

“Grekland är anslutet till Europakonventionen och har därmed – liksom Sverige – garanterat att var och en som befinner sig under dess jurisdiktion skall ha de fri- och rättigheter som följer av konventionen. Såsom det får förstås har [mannen] gjort gällande att den grekiska domstol som skall pröva hans mål, skulle vara partisk eller på annat sätt förvägra honom en rättvis rättegång. För att en sådan avslagsgrund skall bli tillämplig torde det krävas påtagliga omständigheter. Som ovan nämnts skall inte tingsrätten i sak pröva det grekiska häktningsbeslut som ligger till grund för arresteringsordern. Det har inte kommit fram något som ger anledning till farhågor om att den kommande rättegången i Grekland skulle genomföras på ett sätt som strider mot den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.”

I fallet gjordes också vissa bedömningar hänförliga till kravet på dubbel straffbarhet, men dessa lämnas därhän i detta sammanhang.

3. Mer intressant från principiell synpunkt är kanske att den tyska författningsdomstolen i november 2004 fattade ett beslut om att interimistiskt stoppa överlämnandet enligt en spansk arresteringsorder av en tysk-syrisk medborgare. I domstolens beslut uttalades bl.a. följande:

“Im Hauptsacheverfahren ist die Frage zu klären, ob die angegriffene Entscheidung und damit mittelbar das ihr zu Grunde liegende Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG – (BGBl 1993 I S. 1537) in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den

<sup>61</sup> Se Södra Roslags tingsrätts beslut av den 10 november 2004 i mål nr B 3177-04 samt Svea hovrätts beslut den 1 december 2004 i mål nr Ö 9128-04.

<sup>62</sup> Jfr t.ex. Frände 2004 s. 47.

Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 21 juli 2004 (BGBl I S. 1748) gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere die in Art. 16.2 GG gewährleisteten unverzichtbaren Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats verstößt.”

I artikel 16.2 i Grundgesetz, som nämns som särskild måttstock i citatet, stadgas att tyska medborgare inte får utlämnas; undantag görs dock för utlämning inom EU och till internationella domstolar förutsatt att detta föreskrivits i särskild ordning och att “rechtsstatliche Grundsätze” garanteras. I målet torde alltså frågan om huruvida arresteringsordern lever upp till detta krav att övervägas. Vidare torde – även om det inte kommer till direkt uttryck i citatet – Bundesverfassungsgerichts beslut också innebära att domstolen kommer att pröva frågan om det är förenligt med den tyska Grundgesetz att ge arresteringsordern retroaktiv verkan (vilket i målet har betydelse för frågan om kravet på dubbel straffbarhet: fråga var om brott upptagna på den s.k. listan i rambeslutet, nämligen deltagande i en kriminell organisation och terrorism).

4. Utöver vad som ovan nämnts går det säkerligen att finna att enstaka tillämpningsfrågor av detaljkaraktär har aktualiserats någon eller några gånger i den praktiska ärendehantering. Jag har emellertid inte sett det som befogat att söka upp och diskutera dylika frågor i detta sammanhang.

### VIII. Frågeställningar

1. I detta avsnitt avser jag blott att – i anslutning till frågeställningar som explicit eller implicit ligger i det ovan framförda – framföra vissa (kortfattade, bitvis kanske också onyanserade och provokativa) teser. Både frågeställningarna och teserna bör läsas med förstånd (i många fall torde man t.ex. kunna vidareutveckla och vinkla frågorna genom att lägga till förutsättningar, nyanser osv.).

2. Frågor och teser:

a) *Frågeställning:* Hur bör man allmänt se på relationen mellan området för straffrättsligt samarbete (samarbete) och området för materiell straffrätt (harmonisering). Vad är viktigt? Vad är riskfyllt? Vad vore bra?

*Tes:* Området för straffrättsligt samarbete är både viktigare och lättare att utveckla på ett förnuftigt sätt; just därför att området är praktiskt viktigare torde emellertid också snedsteg få ett tydligare genomslag.

b) *Frågeställning:* Hur bör man se på relationen mellan ömsesidigt erkännande och harmonisering? Är ömsesidigt erkännande ett alternativ till harmonisering eller förutsätter erkännande harmonisering? I så fall: i vilken utsträckning och på vilka områden är harmonisering centralt?

*Tes:* Ömsesidigt erkännande förutsätter i praktiken viss harmonisering; teoretiskt sett kan man tänka sig erkännande utan harmonisering, men det är besvärligt dels från förtroendesynpunkt, dels från rättssäkerhetssynpunkt. Om man är skeptisk till långtgående harmonisering finns skäl att granska detta beroendeförhållande mellan områdena.

- c) *Frågeställning:* Utgör risken för s.k. forumshopping reellt problem? Kan problemen överbryggas genom regleringar avseende jurisdiktion? Vilken betydelse har det om det inrättas t.ex. en Europeisk åklagare?

*Tes:* De teoretiska möjligheter som finns att "utnyttja" principen om ömsesidigt erkännande torde knappast utgöra ett praktiskt problem, så länge som det inte finns t.ex. åklagarfunktioner på EU-nivå. Huruvida Eurojust har någon betydelse i sammanhanget kan naturligtvis diskuteras.

- d) *Frågeställning:* Är det förhållandet att den mest repressiva och ingripande straff- och straffprocessrätten kan få genomslag i hela unionen problematiskt? Riskerar principen om ömsesidigt erkännande att rubba balansen i de nationella straffprocessrättsliga systemen?

*Tes:* Detta är en grundläggande och relevant synpunkt. För att besvara frågan måste emellertid närmare analyseras i vilken utsträckning ett samarbete byggt på principen om ömsesidigt erkännande egentligen skiljer sig från ett traditionellt samarbete. Någon revolution har knappast inträffat ännu; samtidigt bör man inte underskatta dynamiken i det samarbete som börjar ta form. Det är bättre att vara skeptisk i tid än att tvingas vara efterklok.

- e) *Frågeställning:* Är det problematiskt att prövningen i den verkställande staten är begränsad? I så fall: är det möjligt att förena principen om ömsesidigt erkännande med rimliga – tillräckliga – kontroller i den erkännande staten?

*Tes:* Detta är relevant kritikpunkt som kräver ytterligare analyser; det kan ifrågasättas om det är rimligt att en stat kan vidta tvångsåtgärder mot en enskild utan att ta ansvar för dem.

- f) *Frågeställning:* Vilken betydelse har mänskliga rättigheter i sammanhanget? Är mänskliga rättigheter verkliga lösningen på de problem vi kan identifiera?

*Tes:* Mänskliga rättigheter är visserligen centrala som en grundnivå, men de problem man kan sikta med EU-samarbetet – t.ex. onödiga repressionsökningar, mindre välbalanserade processuella lösningar osv. – finner långt ifrån alltid, kanske t.om. sällan, sin lösning genom att man återoppar grundläggande fri- och rättigheter. Litet provokativt skulle kunna sägas att det är tragiskt om samarbetet skall ligga på en sådan nivå att det handlar om att undvika konflikter med de miniminormer som t.ex. Europakonventionen och stadgan innehåller.

## Litteratur

- Alegre, Susie & Leaf, Marisa, "Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant." *European Law Journal* 2004 s. 2000–217.
- Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*. Utg. av Bernd Schünemann. Köln 2004.
- Asp, Petter, *Nordic Judicial Co-operation in Criminal Matters*. Uppsala 1998.
- Asp, Petter, "The Nordic 'System' form Mutual Recognition in Criminal Matters." *La reconnaissance mutuelle des d'ecisions judiciaires penales dans l'Union europeenne*. Utg. av Gilles de Kerchove & Anne Weyembergh. Bryssel 2001a, s. 223–226.
- Asp, Petter, "Harmonisation and Cooperation within the Third Pillar—Built in Risks. *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Volume Four 2001b, s. 15–23.
- Asp, Petter, *EU & straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*. Uppsala 2002.
- Asp, Petter, "Mutual Recognition and the Development of Criminal Law Cooperation within the EU." *Harmonization of Criminal Law in Europe*. Utg. av Erling Johannes Husabø & Asbjørn Strandbakken. Bergen 2004, kapitel III.
- Buruma, Ybo, "Radikale Toleranz." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004 s. 424–435.
- Elholm, Thomas, "Aktuel europæisk strafferetsudvikling – strafferetligt samarbejde." *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2004 s. 194–205.
- Frände, Dan, *Allmän straffrätt*. 3 uppl. Helsingfors 2004.
- Fuchs, Helmut, "Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004 s. 368–371.
- Gleß, Sabine, "Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004 s. 353–367.
- Henrikson, Alf, *Rim & reson*. Stockholm 1995.
- Jareborg, Nils, "Corpus juris. Ett förslag till straffrättsliga och straffprocessrättsliga bestämmelser till skydd för Europeiska unionens finansiella intressen." *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 1998 s. 255–270.
- Lahti, Raimo, "Harmonisering av den straffrättsliga lagstiftningen och konsekvenser för den nationella lagstiftningen. Materiella och rättskipningsrelaterade stötestenar." *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* 2004 s. 377–385.
- Nestler, Cornelius, "Europäisches Strafprozessrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004 s. 332–352.
- Nilsson, Hans G., "Mutual Trust and Mutual Recognition of our Differences. A Personal View." *La reconnaissance mutuelle des d'ecisions judiciaires penales dans l'Union europeenne*. Utg. av Gilles de Kerchove & Anne Weyembergh. Bryssel 2001, s. 155–159.
- Peers, Steve, "Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: has the Council got it Wrong?" *Common Market Law Review* 2004 s. 5–36.
- Påle, Karin, *Villkor för utlämning*. Uppsala 2003.
- Radtke, Henning, "The Proposal to establish a European Prosecutor." *Harmonization of Criminal Law in Europe*. Utg. av Erling Johannes Husabø & Asbjørn Strandbakken. Bergen 2004, kapitel VII.
- Thunberg Schunke, Malin, *Internationell rättslig hjälp i brottmål inom EU. Effektivitet v. rättssäkerhet*. Uppsala 2004.
- Weatherill, Stephen & Beaumont, Paul, *EC Law*, 2 uppl. London 1995.
- Weigend, Thomas, "Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004 s. 275–303.

Mikael Aspelin  
– i samarbete med Suvianna Hakalehto-Wainio

Det offentligas ansvar för felaktig information

## Det offentligas ansvar för felaktig information

Av bolagsjurist, fd. advokat *Mikael Aspelin*, Finland  
– i samarbete med Jur.lic. *Suvianna Hakalehto-Wainio*, Finland

*Livsmedelsverket (i Sverige) meddelade i april 2002 att bl.a. stekta, bakade och friterade potatis- och spannmålsprodukter kan innehålla höga halter av ämnet akrylamid som kan orsaka cancer. Detta ledde till att försäljningen av chips kraftigt minskade. Akrylamidens hälsovådlighet debatterades flitigt, nya undersökningar gjordes och långt senare i januari 2003 konstateras att akrylamid inte ökar cancerrisken och att den påträffas t.o.m. i bröstmjök. Hade myndigheterna givit felaktig information och borde chipsbolagen få ersättning för den skada nämnda information förorsakat?*

*Den enorma spridning information i allmänhet får i dagens informationsamhälle och den förmögenhetskada felaktig myndighetsinformation kan förorsaka en näringsidkare väckte undertecknandenas intresse för det offentligas ansvar och den skadelidandes möjligheter att erhålla ersättning för den skada denne lidit.*

*Undertecknande anser att tillämpningen av skadeståndsreglerna i vissa fall kan leda till ett otillräckligt och otidsenligt utfall för den skadelidande.*

*Mikael Aspelin, född 1954, juris kandidat, vicehäradshövding, chefsjurist, f.d. advokat 22 år verksam på advokatbyrå *Castrén & Snellman* i Helsingfors och sedan augusti 2001 verksam som jurist inom tryckfärgsindustrin numera på den multinationella tryckfärgskoncernen *Xsys Print Solutions*.*

*Suvianna Hakalehto-Wainio, född 1966, juris licentiat, doktorand, assistent i offentlig rätt, *Helsingfors universitet*.*

### 1. Inledning

#### 1.1 Teser

- a) Skadeståndsreglerna och -praxis borde erbjuda ett rättsskydd, som i dagens samhälle av en skadelidande näringsidkare och/eller individ skulle uppfattas som verkligt och effektivt.
- b) Myndigheterna borde p.g.a. av alla de särdrag som karakteriserar rättsförhållandet mellan myndigheten och den enskilde påläggas en accentuerad omsorgsplikt.

#### 1.2 Avgränsning av ämnet

Det offentligas/myndigheternas ansvar för felaktig information är ett intressant och mångsidigt ämne både ur förvaltnings- och skadeståndsrättslig synvinkel. I

det här referatet koncentrerar vi oss främst på att presentera och analysera de regler, som gäller i allmänhet då myndigheterna lämnar information i dess olika former samt granskar vad som gäller om en person lidit förmögenhetsskada p.g.a. felaktig myndighetsinformation.

Vi granskar inte de situationer där myndigheten helt underlåtit informera och ge råd, en fråga som aktualiserats bl.a. i samband med Asienkatastrofen.

Granskningen utgår från finsk och svensk rätt, där skadeståndslagstiftningen är likartad då det gäller myndighetens ansvar, dock med den skillnaden att i Finland har frågan huruvida förmögenhetsskadan vållats vid myndighetsutövning eller inte en avgörande betydelse. Dessutom finns den s.k. standardregeln ännu kvar i den finska skadeståndslagen 3 kap. 2:2 §:

“Ovan i 1 mom. avsett ansvar föreligger för samfundet dock endast om de krav blivit åsidosatta som med hänsyn till verksamhetens art och ändamål skäligen kan ställas på fullgörandet av åtgärden eller uppgiften.”

I Norge och Danmark bedöms dylika ansvarsfrågor utgående från ett principalansvar, vilket inte analyseras i detta referat.

Vi begränsar oss i huvudsak till att analysera en situation som motsvarar den som uppkom då Livsmedelsverket i Sverige gav ett pressmeddelande, i vilket verket offentliggjorde undersökningar som påstod att förekomsten av akrylamid är särskilt påtaglig i bl.a. potatischips och att akrylamid har konstaterats förorsaka cancer. Informationen visade sig senare vara felaktig eller åtminstone presenterades informationen på ett missvisande sätt. Följden var i alla fall att konsumenterna kraftigt minskade sin chipskonsumtion med påföljd att chipstillverkarnas intäkter minskade betydligt. Vilka möjligheter skulle de skadelidande potatischipstillverkarna ha att få den skada de lidit p.g.a. myndighets agerande ersatt?

I första avsnittet ser vi närmare på myndigheternas ersättningsansvar för den information den ger enskilda medborgare och allmänheten. Sedan granskar vi myndighetens roll som informationsdistributör ur förvaltningsrättsligt perspektiv, det speciella rättsförhållandet mellan myndigheten och den enskilde och slutligen de skadeståndsrättsliga aspekterna och bristerna i rättsskyddet med hänsyn till den skadelidande.

### **1.3 Myndighetens ersättningsansvar: skadeståndsrätt i den förvaltningsrättsliga verksamhetsmiljön**

Myndighetens ersättningsansvar är ett mångbottnat juridiskt fenomen, som förutom att vara en del av skadeståndsrätten placerar sig som en del av det förvaltningsrättsliga rättsskyddssystemet. Vid användningen av skadeståndsrättsliga verktyg i den förvaltningsrättsliga miljön stöter man på många utmaningar. Den

offentliga förvaltningens ersättningsansvar har karakteriserats som ett olösligt problem<sup>1</sup>. Vad är det som gör myndighetens ersättningsansvar till en komplicerad skadeståndsrättslig fråga? Svaret finner man i den offentliga förvaltningens karaktär och målsättningar samt särdragen i rättsförhållandet mellan den enskilda och förvaltningen.

Syftet med myndighetens verksamhet är att förverkliga de mål som ställts för myndigheten ifråga. På ett allmännare plan kallas det att förverkliga allmän fördel. I den moderna förvaltningsrätten likställs ofta allmän fördel med de effektivitets- och lönsamhetskrav som ställs på myndigheternas verksamhet. Allmän fördel innefattar också elementet rättvisa i förvaltningsverksamheten. Då man diskuterar det offentliga ersättningsansvar poängteras vanligtvis för allmänheten att förverkligandet av allmän fördel starkt kan äventyras om myndigheterna ständigt måste agera med risk för skadestånd. Karaktären av myndighetsutövningen anses därför kräva att skadeståndsansvaret begränsas samt att allmän fördel vägs mot den enskilda skadelidandes rättigheter.

Rättsförhållandet mellan förvaltningsmyndigheten och förvaltningskunden är speciellt. Typiskt för det förvaltningsrättsliga förhållandet är myndigheternas auktoritära ställning. Med auktoritet menas å ena sidan att myndigheten är sakkunnig på ett visst område och å andra sidan att medborgarna är beredda att följa myndighetens anvisningar. Då utgångspunkten är att den enskilde inte skall behöva ifrågasätta myndighetens sakkunskap har myndighetens auktoritetsställning en avgörande betydelse i förtroendet mellan parterna. I förhållandet mellan parterna är det alltid i någon mån fråga om maktutövning. Till en av grundpelarna i förvaltningsrätten hör därför att skydda den enskilde mot myndighetens maktutövning. När detta mål sammanjämkas med skadeståndsrättens centrala mål att få uppkomna skador ersatta, ter sig en särskild begränsning av den offentliga förvaltningens skadeståndsansvar problematisk.

Skadestånd är en del av det repressiva rättsskyddet i den offentliga förvaltningen. För att utgöra ett verkligt rättsskyddsmedel i förvaltningsrätten måste en skadeståndstalan utgöra ett effektivt medel för att skydda den enskildes rättsliga ställning. Av huvudmålsättningen med skadeståndsrätten följer att den skadelidande skall få den skada denne åsamkats ersatt ifall de skadeståndsrättsliga förutsättningarna uppfylls. Detta bör också gälla då skadan förorsakats av en myndighet. Skadeståndsansvaret kan också ha en speciell preventiv funktion i förvaltningsrätten då en försummelse av myndigheten att följa gällande lag kan leda till skadestånd.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Se Carol Harlow, *State Liability: Problem Without Solution*. 6 *National Journal of Constitutional Law* 1996 s. 67.

<sup>2</sup> Se Prop. 1997/1998:105. Det allmännas skadeståndsansvar s. 35 ff, där regeringen trodde att en utvidgning av ansvaret skulle ha en positiv inverkan genom förbättrade rutiner, höjd kvalitet och större varsamhet vid uppgiftslämnandet.



#### 1.4 Felaktig information och skadeståndsansvar

Vi talar om och lever i ett typiskt informationssamhälle. Medborgarna och företagen fattar sina beslut med stöd av den digra information som ständigt flödar in och är beroende av denna. Ofta förutsätter skötseln av diverse ärenden specialkunskap och kännedom om lagstiftningen. Information kan idag jämföras med en produkt som måste uppfylla vissa kvalitetskrav för att kunna godkännas av mottagaren.<sup>3</sup>

I privaträtten har traditionellt aktörernas frivilliga val poängterats. För att kunna träffa sitt val måste tillräcklig information om alternativen finnas tillgänglig. I avtalsrätten eftersträvas en utjämning av den eventuella kunskapsmässiga ojämlikheten mellan parterna med hänsyn till skälighet och det avtalsrättsliga samarbetet. I avtalsrätten avses med upplysningsplikt den starkare avtalspartens skyldighet att vid avtalsslutet och under avtalets gång lämna den svagare parten information gällande avtalet. Det är med andra ord fråga om att *skydda den svagare parten*.

I förvaltningsrätten är ett av de grundläggande värdena att den svagare skall åtnjuta ett särskilt skydd för att denne skall få ett tillräckligt rättskydd. Förhållandet mellan förvaltningsmyndigheten och den enskilde har samma drag som rättsförhållandet mellan näringsidkare och konsument. Klarast kommer detta fram i samband med de offentliga tjänster en myndighet erbjuder, vilka ofta innefattar råd och information. I förvaltningsrätten talar man om ett slags konsumentskydd ("administrative consumerism") Rätten att kräva skadestånd av myndigheten är en del av detta rättsskydd.

En starkare princip än informationsplikten i avtalsrätten är lojalitetsplikten. På grundval av lojalitetsplikten måste avtalsparten beakta motpartens skäliga förväntningar. Ifall part då avtalet förbereds lämnar felaktiga upplysningar beträffande sin avtalsprestation är det fråga om en upplysningsförsummelse. Upplysningsförsummelsen kan på detta sätt leda till skadeståndsskyldighet.

I rättsförhållandet mellan myndigheten och den enskilde finns också element som talar för att den enskildes tillit skyddas. En allmän förvaltningsrättslig princip är att förtroendet för myndigheterna och tjänstemännen åtnjuter skydd. Tillitsskyddet har redan länge haft en central plats i den europeiska förvaltningsrätten och räknas till en av de allmänna rättsprinciperna i den europeiska gemenskapen. Det är fråga om en grundprincip då det gäller den enskildes rättskydd: myndighetens åtgärder skall på grundval av rättssystemet skydda den enskildes rättmätiga förväntningar. Principen innefattar också att den enskilde

<sup>3</sup> Se Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsingfors 2001 s. 326–329.

<sup>4</sup> Se B.S. Markesinis, & J-B Auby & D. Coester-Waltjen & S.F. Deakin, *Tortious Liability of Statutory Bodies*. Hart Publishing 1999 s. 16. Se också Wilhelmsson s. 58–59.

skall kunna lita på att de förvaltningsrättsliga besluten är riktiga och bestående samt konsekvent följer myndighetens praxis. Tillitsskyddet tillsammans med proportionalitetsprincipen har i förvaltningsrätten betytt en lika stor innovation som jämningsrätten i civilrätten.<sup>5</sup> Ett beaktande av tillitsskyddet betyder i praktiken att man i beslutsfattandet skall beakta de motiverade och skyddsvärda förväntningarna.

I avtalsrätten har de uppgifter parterna lämnar avsevärd betydelse, och felaktiga eller bristfälliga uppgifter kan leda till skadeståndsskyldighet för den skada som förorsakas av detta. När det gäller ansvar för felaktig information i utomkontraktuella förhållanden har man i allmänhet förhållit sig restriktivt. Information har inte hört till de intressen som traditionellt skyddats i skadeståndsrätten. Tanken att ett vårdslöst distribuerande av information ("negligent words") vore en form av vållande har känts främmande med tanke på ett deliktansvar. Skadestånd som påföljd av felaktig information i utomkontraktuellt förhållande är tillsvidare en relativt outvecklad del av skadeståndsrätten<sup>6</sup>. Då informationen allt oftare har en betydelse för verksamhet utanför avtalsförhållanden, är det motiverat att i vissa rättsförhållanden även skydda mottagaren av informationen utanför ett avtalsförhållande. I rättsförhållandet mellan enskilda och myndigheterna ingår drag som motiverar ett skydd av förtroendet.

Fastän det inte existerar ett avtalsförhållande mellan parterna och parterna inte tidigare har haft med varandra att göra är ansvaret mera än ett rent deliktansvar. Det traditionella ensidiga förhållande som är typiskt för förvaltningsrättsliga förhållanden kan försvagas och närma sig de kännetecken som man finner i ett avtalsförhållande. Myndighetens roll innefattar förutom att beakta allmän fördel även att beakta den enskildes intressen. Även i det här hänseendet skiljer sig förvaltningsrätten från ett typiskt förhållande där deliktansvar kan uppstå. Den enskilde kan på basen av lagstiftning och förvaltningspraxis ställa förväntningar gällande sin förmögenhetsställning. Förhållandet mellan myndigheten och den enskilde kan klassificeras som ett rättsligt relevant specialförhållande, som kan tänkas utvidga myndighetens omsorgsplikt<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Se Olli Mäenpää, Recension av verket Soren Schonberg: *Legitimate Expectations in Administrative Law*. (Oxford University Press 2000.) *Lakimies* 2001 s. 953–956.

<sup>6</sup> Se Jan Kleineman, De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod. *Juridisk Tidskrift* 1991–92, s. 63–97. Se också Juha Häyhä, *Liability for Information in Private Law*. I Thomas Wilhelmsson & Samuli Hurri (red.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Ashgate Publishing 1999 s. 301–345.

<sup>7</sup> Se Kleineman s. 89. Se också Mika Hemmo, *Sopimus ja delikti*. Helsinki 1998 s. 12.

## 2. Utgångspunkter för myndigheternas skyldighet att lämna information

Den allt mer komplicerade förvaltningslagstiftningen gör det svårt för enskilda att veta sina rättigheter och skyldigheter. Ändå måste den enskilde som kund inom den offentliga förvaltningen göra val som kan innebära en risktagning. Den enskildes rättsskydd förutsätter tillräcklig information om de detaljer och risker som hänför sig till de olika alternativen.

Rådgivning och lämnande av information sker i olika former och för olika behov. Med att lämna information avses spridandet av information till en specifikt definierad grupp eller till allmänheten. En myndighet informerar t.ex. om ett projekt som anhängiggjorts eller om innehållet i ny lagstiftning. När information ges i ett enskilt fall är det frågan om att lämna upplysningar. Detta sker t.ex. då en enskild ber om uppgifter ur en offentlig myndighetshandling. Rådgivning får man ofta i samband med något konkret förvaltningsärende, och då ges mer detaljerad information gällande ärendet i fråga.

Enligt den finska lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (OffL) 20§ skall en myndighet informera om sin verksamhet och sina tjänster samt om de rättigheter och skyldigheter enskilda människor och sammanslutningar har i ärenden som anknyter till dess verksamhetsområde. Myndigheten skall främja öppenhet i sin verksamhet och i detta syfte vid behov sammanställa t.ex. handböcker, statistik och andra publikationer samt datamaterial gällande sina tjänster, beslutspraxis samt om samhällsförhållandena och samhällsutvecklingen inom sitt verksamhetsområde.

Vid sin informations- och rådgivningsverksamhet måste myndigheterna ta i betraktande att upplysningarna eller råden inte innehåller någon felaktig eller vilseledande information. Basen för informations- och rådgivningsverksamheten är att de uppgifter som ges är korrekta. De allmänna förvaltningsrättsliga principerna ställer krav på kommunikationen inom den offentliga förvaltningen. Den information den offentliga förvaltningen lämnar kan ha en central betydelse för näringsverksamhet. I OffL har därför även betonats likställd tillgång till information då det gäller upplysningar som påverkar marknaden: sådan information måste vara tillgänglig för alla vid samma tidpunkt. Principen om att tillit skyddas har samband med kravet på att upplysningarna skall vara korrekta. Kravet på objektivitet inom förvaltningsrätten innebär att olika synpunkter måste tas i beaktande, både allmänt och i enskilda fall. Ändamålsbundenhetens förverkligande inom kommunikation betyder att information inte får spridas på ett sätt som kan anses otillbörligt med beaktande av myndighetens uppgifter. Kommunikationen får inte användas i utpressningssyfte eller i något annat syfte som är främmande för myndighetens uppgift.

Avgörandet HD 1995:111 gällde ett meddelande som konsumentklagonämnden publicerat, i vilket namnet på en näringsidkare som låtit bli att följa dess rekommendation till avgörande nämndes. Högsta domstolen konstaterade att konsumentklagonämnden med publicerandet av meddelandet avsett att förbättra konsumenternas rättsskydd genom att ge information som anses viktig för dessa. Då nämndens beslut ändå inte är verkställbara har nämnden (som i egenskap av myndighet de facto utövar påtryckning på näringsidkarna för att de skall följa dess rekommendationer) främjat målsättningar som inte är godtagbara enligt lagen och förordningen om konsumentklagonämnden. Särskilt då man tar i beaktande att nämnden använt sig av medel vilka inte tillhör dess befogenheter, kan det anses att nämnden då den beslöt om publicerandet av näringsidkarens namn åsidosatt de krav som skäligen kan ställas på nämndens verksamhet med hänsyn till dess art och ändamål.

Serviceprincipen inom förvaltningsrätten innebär en skyldighet att ge råd till den som vänder sig till förvaltningen. Enligt den finska Förvaltningslagens 8 § skall myndigheterna inom ramen för sin behörighet och enligt behov avgiftsfritt ge sina kunder råd i anslutning till skötseln av ett förvaltningsärende samt svara på frågor och förfrågningar som gäller utträttandet av ärenden.

I Sveriges förvaltningslag (4 §) stadgas: "Varje myndighet skall lämna upplysningar, vägledning, råd och annan hjälp till enskilda i frågor som rör myndighetens verksamhetsområde. Hjälp skall lämnas i den utsträckning som är lämplig med hänsyn till frågans art, den enskildes behov av hjälp och myndighetens verksamhet."

### 3. Rådgivnings- och informationsverksamhetens natur

Tillhandahållandet av tjänster är nuförtiden en central del av den offentliga förvaltningens uppgifter. Myndigheternas rådgivning och informationstjänster kan ofta jämföras med produktion av tjänster. Verksamheten kan t.o.m. påminna om privat verksamhet till sin struktur och genom sin planmässighet. Rådgivnings- och informationsverksamheten kan å andra sidan ha ett fast samband med myndighetens beslutsfattande. Det kan också vara fråga om verksamhet, som inte faller inom den klassiska kategorin av myndighetsutövning. Är lämnandet av upplysningar myndighetsutövning eller är det egentlig förvaltningsverksamhet?

Inom finsk skadeståndsrätt påverkar svaret på den frågan både förutsättningarna för myndigheternas skadeståndsansvar och skadeståndsansvarets omfattning. Då det är frågan om myndighetsutövning, är tröskeln högre för ansvar p.g.a.

culpa. Förutsättningen är att de krav som skäligen kunde ställas med tanke på verksamhetens art och ändamål har åsidosatts. Enligt skadeståndslagens förarbeten innebär denna standardregel att skadeståndsskyldighet inte föds p.g.a. vilket fel som helst som anses vara ett avvikande från det fullständigt klanderfria förfarande som krävs av myndigheterna.<sup>8</sup>

Som ett förvaltningsrättsligt begrepp är myndighetsutövning ett formellt begrepp som innebär ingripande i den enskildes skyddade rättsställning. Myndighetsutövning är förvaltningsverksamhet som berör beviljandet av rättigheter, instiftandet av rättigheter och skyldigheter samt tvångsåtgärder.<sup>9</sup> Största delen av myndighetsutövningen är förvaltningsbeslutsfattande. Trots att utnyttjandet av makt är indirekt, bereder det möjlighet att ingripa ensidigt i den enskildes rättskydd t.ex. genom instiftandet av skyldigheter eller begränsningar. Informering och rådgivning faller inte problemfritt under begreppet myndighetsutövning. Samtidigt kan ändå konstateras att då förvaltningens verksamhetsmiljö samt regleringsobjekt genomgår förändringar, måste även begreppet myndighetsutövning bedömas ur nya synvinklar. Myndighetsutövning tar många olika former och sker på olika nivåer, och något enhetligt område för myndighetsutövning är svårt att utpeka. Inom skadeståndsrätten har myndighetsutövning fått ett något mer omfattande innehåll än inom förvaltningsrätten. I rättspraxis har även sådan förvaltningsverksamhet som inte direkt innebär beslutsfattande om enskildas fördel, rättigheter och skyldigheter ansetts vara myndighetsutövning.<sup>10</sup>

I sitt avgörande HD 1989:50 ansåg HD att myndighetens rådgivningsverksamhet var användning av offentlig makt. I fallet var det frågan om personer bosatta i Kanada, som ställt frågor om återflyttandet till Finland av en arbetskonsulent i statens tjänst. De upplysningar konsulenten givit var delvis felaktiga. Upplysningar hade givits skriftligt per brev och genom en särskild guidebok om bl.a. arbetstillstånd, barnens skolgång samt anskaffning av bostad. Upplysningarna gällde innehållet av tvingande stadganden och bestämmelser som tillämpas vid återflyttning och var således viktiga för kärandena. Upplysningarna hade påverkat kärandenas beslut att flytta tillbaka till Finland. HD ansåg upplysningarna vara bindande instruktioner om åter-

<sup>8</sup> Reg.prop. 187/1973. Regerings proposition till Riksdagen angående lagstiftning om skadestånd s. 17–18. Enligt Saxén "Culpakravet har här något nyanserats i en för den ansvarige förmånligare riktning". Se Hans Saxén, Skadeståndsrätt. Åbo 1975 s. 263

<sup>9</sup> Se Kaarlo Tuori, Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä. Oikeustiede-Jurisprudentia 1998 s. 317.

<sup>10</sup> T.ex. byggnadstillstånds offentliggörande (HD 1985 II 39), byggnadsinspektion (HD 1987:23), förvar av beslagtagna bil (HD 1994:121) och tillsynsverksamhet (HD 1996:96) har ansetts vara myndighetsutövning.

flyttning. Med hänsyn till upplysningarnas art och ändamål ansåg HD att konsulenten hade lämnat upplysningarna vid myndighetsutövning. Rådgivningen hade inte uppfyllt de krav som med tanke på upplysningarnas art och ändamål skäligen kan krävas.

HD fäste i fallet uppmärksamhet vid att lämnandet av upplysningar hade utgjort en *väsentlig del av arbetskraftkonsulentens tjänsteåligganden*. Den allmänna rådgivningsskyldigheten gäller dock nuförtiden all förvaltningsverksamhet, så det skulle innebära en omotiverad inskränkning av individens rättsskydd att begränsa det ansvar som följer av lämnandet av upplysningar till situationer då lämnandet av upplysningar utgjort en väsentlig del av den ifrågavarande myndighetens tjänsteåligganden. HD ansåg även som centralt att rådgivningen haft samband med *legalnormer*. Gällande detta kriterium kan påpekas att en kund kan t.ex. uppfatta rådgivning i hälsofrågor som i hög grad bindande instruktioner. Den tredje omständigheten HD uppmärksammade var den enskildes (kundens) eventuella *beroendeförhållande* till den rådgivande myndigheten i fråga.

Som kriterium för myndighetsutövning kan också användas kundens egna uppfattning – uppfattade kunden de upplysningar han erhållit som bindande instruktioner?<sup>11</sup> Om den enskilde uppfattat informationen som bindande har det varit frågan om myndighetsutövning. Det är myndigheternas auktoritet som är av betydelse här. På basis av detta kriterium ansåg HD att den del av konsumentklagonämndens verksamhet som består av rekommendationer och publicerandet av dem är myndighetsutövning.

I det ovannämnda fallet HD 1995:111 konstaterade HD att konsumentklagonämnden inte är en domstol och att dess avgöranden är icke-verkställbara. Däremot är nämnden ett organ vars uppgift är att lösa enskilda tvister genom att ge rekommendationer, vilka p.g.a. nämndens myndighetsställning och auktoritet i hög grad uppfattas som bindande. På basis av detta ansåg HD att det är frågan om myndighetsutövning då nämnden ger och publicerar rekommendationer.

Att definiera rådgivning och lämnande av information som myndighetsutövning kan ofta verka artificiellt. I Sverige är den offentliga förvaltningens ansvar för felaktig information inte längre bunden till verksamhetens natur. Bedömningen fokuseras i stället på hurvida sådana särskilda skäl föreligger som skulle tala för ett skadeståndsansvar. Målet för så väl den svenska som den finska lagstiftningen är en strävan till att begränsa myndighetens ansvar för felaktig information.

---

<sup>11</sup> Se Heikki Halila, Oikeustapauskommentti KKO 1999:32 ja KKO 1999:33. Lakimies 1999 s. 744.

## 4. Försumlighet vid lämnande av information

### 4.1 Myndighetens fel eller försummelse vid utlämnande av information

Myndigheten kan försumma sin skyldighet att lämna behörig information på många olika sätt. Myndigheten kan ge den enskilde *felaktig* information dvs. presentera osanna och oriktiga uppgifter beträffande t.ex. lagens innehåll eller den enskildes handlingsalternativ. Den information och de råd myndigheten delar ut kan även vara *bristfällig eller missvisande*.

Situationen kan vara den att myndigheten *försummar att informera* i ett läge där den enskilde är berättigad att få råd eller uppgifter. Den rådgivande myndigheten kan t.ex. ha försummat att upplysa om de risker som är förknippade med ärendet. Senare har en oväntad skada i ärendet uppstått. För att kunna garantera en behörig service inom förvaltningen förutsätts att myndigheten beroende på omständigheterna och kunden på eget initiativ lämnar information.

I fallet HD 2004:65 gällde det en fiskare som inte kunde utnyttja hela sin laxfiskekvot eftersom jord- och skogsbruksministeriet hade avbrutit laxfisket då den laxfiskekvot som EU beviljat Finland fyllts innan årets slut. Fiskaren var inte medveten om att fisket kunde avbrytas innan årsskiftet. Därför kom det för honom som en överraskning att han inte fick fiska till årets slut. Högsta domstolen måste ta ställning till i vilken utsträckning det offentliga samfundet har en informationsskyldighet att klargöra det rättsliga läget. HD:s majoritet ansåg att den enskilde är berättigad att kunna förlita sig på att ett förvaltningsbeslut som inverkar på en individs rättsläge inte innehåller sådana betydande villkor eller begränsningar, som inte framgår ur beslutet eller den information som ges i samband med detsamma. Staten blev dock inte skadeståndsskyldig eftersom högsta domstolen ansåg att fiskaren redan fått ersättning för den skada denne förorsakats.

### 4.2 Culpabedömning

Vållande kan allmänt beskrivas som underlåtelse att iaktta den aktsamhet som allmänt iakttas.<sup>12</sup> Någon försummar sin handlingsskyldighet och förorsakar genom detta en annan person skada. Omsorgskraven varierar från fall till fall beroende av omständigheterna och det aktuella rättsförhållandet. I culpabedömningen är jämförelseobjektet en nivå av handlande som motsvarar de aktsamhetskrav som ställs av lagstiftning, rättspraxis och den sedvänja som befästs inom verksamhetsområdet ifråga.

---

<sup>12</sup> Se t.ex. Jan Hellner & Svante Johansson, Skadeståndsrätt. Sjätte upplagan. Stockholm 2000 s. 125 och Mika Hemmo, Vahingonkorvausoikeuden oppikirja. Helsinki 2002 s. 20.

Med en normavvägd culpabedömning avses att den skadevållandes handlande jämförs med de handlingskrav normerna ställer. Förvaltningens verksamhet är vanligen reglerad i lag och underordnade regler och instruktioner från vilka man måste söka de kvalitetskrav som ställs på det aktuella handlandet. Myndighetens verksamhet innehåller ofta möjligheten och skyldigheten att nyttja sin prövningsrätt. Huruvida myndigheten har agerat sakligt inom ramen för sitt verksamhetsfält kan sålunda bli föremål för en prövning. Vid denna bedömning är man tvungen att beakta att de regler myndigheten tillämpar innehåller en omfattande prövningsrätt. Reglerna gällande myndighetens informations- och rådgivningsverksamhet är relativt allmänna. Myndigheten har t.ex. prövningsrätt ifråga om när det är nödvändigt att lämna råd och upplysningar, i vilken omfattning dessa lämnas och vad de skall innehålla. Förvaltningens allmänna principer styr och begränsar prövningsrätten.

Tjänstemannens skyldighet att sköta sitt uppdrag på ett behörigt sätt utformar den offentliga förvaltningens krav på omsorg. Kraven på god förvaltning lyfter också fram de kvalitetskrav som ingår i myndighetens verksamhetsroll. Någon slags "idealomsorg" måste bli utgångspunkten i omsorgsbedömningen. En aning tillspetsat kan man konstatera att de normer som reglerar den offentliga förvaltningen ger anledning att förvänta sig en omsorg, som i praktiken kan vara nästan omöjlig att uppnå. Vid beaktande av de krav som särdragen i ett förvaltningsförhållande ställer, kan man inte vid bedömningen av myndighetens omsorg ge t.ex. myndigheternas resursbrist alltför stor tyngd. En tjänstemans bristande sakkunskap inom sitt eget verksamhetsområde eller bristfälligheter i förvaltningsorganisationen får inte sänka de omsorgskrav som ställs på verksamheten. Utgångspunkten är att orsaken till försummelsen inte har betydelse för bedömningen av ersättningsskyldigheten.

Ifall det inte finns rättsregler som styr verksamheten eller dessa inte ger tillräckligt stöd för att kunna bedöma om informations- och rådgivningsverksamheten varit behörig måste man beakta den praxis som utformats hos myndigheten ifråga. Vid bedömningen av den offentliga förvaltningens verksamhet måste utgångspunkten vara att endast sådana vedertagna förfaranden som står i samklang med de förvaltningsrättsliga principerna kan utgöra en grund vid bedömningen av verksamhetens behörighet.

Ifall culpabedömningen inte är möjlig att göra med stöd av normer, talar man om en riskanalytisk culpabedömning. Då ställer man omsorgsnivån med att fästa uppmärksamheten vid typen av skada och skadans omfång, den skaderisk som är knuten till verksamheten, parternas möjlighet att förhindra skadan samt den skadevållandes möjlighet att förutse skadans uppkomst. Man väger de olika omständigheterna mot varandra och avgör om dessa krävde ett annat handlande än det som förekommit.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Se Hellner & Johansson s. 130–133.



Risken för personskada ökar de krav som ställs på verksamheten. Fastän de skador som förorsakas av felaktig information normalt är förmögenhetsskador kan det även förekomma fall då myndighetens vållande förorsakar personskador. T.ex. kan ett felaktigt råd eller information från en hälsovårdsmyndighet gällande brandsäkerhet leda till personskador. Ifall risken finns att den skada som kan uppkomma vid verksamheten är stor, kan aktsamhetskravet göras striktare. Den skada som kan uppkomma till följd av myndighetens handlande kan vara omfattande och ha en betydande inverkan på den skadelidandes förmögenhetsställning.

Den *skaderisk* som hänför sig till en verksamhet får nuförtiden en allt större betydelse i skadeståndsrätten. Ju större sannolikheten är att en skada uppkommer i samband med en viss verksamhet desto högre aktsamhetskrav är det skäl att ställa på den som idkar verksamheten. Även i den offentliga förvaltningen måste de risker som förenas med verksamheten kartläggas. Myndigheten skall ordna sin verksamhet så att skaderisken är möjligast låg. Då det gäller rådgivning är skaderisken t.ex. högre ju mer oskolad personalen är. Ifall rådgivnings- och informationsverksamheten gäller komplicerade och tolkningsbara ärenden är skaderisken större än vid rutinmässig information. Skaderisken är också större ju vidare man sprider den felaktiga informationen. Skaderisken kan också variera beroende på målgruppen för information.

Skaderisken vid lämnande av information har förutom ett nära samband till omsorgskravet också ett nära samband till myndighetens sakkunskap. Myndighetens auktoritet leder till kravet på en hög sakkunskap. Då myndighetens ställning baserar sig på rättsordningen kan det förväntas att myndigheten känner till lagens innehåll och agerar med sakkunskap inom sitt eget verksamhetsområde. Det här gör omsorgskravet hos myndigheten striktare vid lämnande av information och råd. Myndigheten kan inte undgå ansvar för att denne saknat kännedom om lagens innehåll. En tjänsteman skall undvika uttalanden vars riktighet och tillförlitlighet han är osäker på. Å andra sidan är en tjänsteman skyldig att besvara förfrågningar och kan inte vägra yttra sig med motiveringen att han saknar den nödvändiga sakkunskapen.

Till riskhanteringen hör även att *förutse en skada*. Ifall myndigheten har kunnat förutse den skada felaktig information kan vålla, är tröskeln för ersättningsansvar lägre än då det är fråga om en oförutsedd skada. Vidare bör det prövas om myndigheten hade en *möjlighet förhindra skadan* och vilka *kostnaderna* i så fall hade varit. Ju förmånligare skadan hade kunnat förhindras desto mer motiverat är ersättningsansvaret. Vid rådgivning kan man t.ex. försöka avvärja en skada genom att förvissa sig om att mottagaren av rådet förstått detsamma. Användningen av ett klart och enkelt språk förhindrar missförstånd. Genom att i efterskott rätta den felaktiga informationen kan skaderisken också minska.

### 4.3 De tillämpliga skadeståndsrättsliga reglerna

#### 4.3.1 De finska reglerna

Huvudregeln gällande statens och kommunens ansvar för förmögenhetsskada har varit att ansvar kan åläggas endast ifall skadan vållas genom brottslig handling eller om skadan vållas genom myndighetsutövning eller i det fall då synnerligen vägande skäl föreligger i enlighet med bestämmelsen i den finska skadeståndslagen 5 kap. 1 §. Den bestämmelse som i den finska skadeståndslagen i främsta rum äger tillämpning på det hypotetiska rättsfall som varit utgångspunkt för det här referatet är det senare nämnda alternativet dvs. skadeståndslagen 3 kap. 2 § som lyder:

“Offentligt samfund är skyldigt att ersätta skada, som förorsakats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Samma skadeståndsskyldighet åligger annat samfund, som på grund av lag, förordning eller bemyndigande i lag handhar offentlig uppgift.

Ovan i 1 mom. avsett ansvar föreligger för samfundet dock endast om de krav blivit åsidosatta som med hänsyn till verksamhetens art och ändamål skäligen kan ställas på fullgörandet av åtgärden eller uppgiften.”

Med fel och försummelse avses vållande i samma mening som uttrycket i övrigt används i skadeståndslagen. Dock påverkas bedömningen av att det är fråga om myndighetsutövning och att alla de regler och den praxis som gäller inom förvaltningen bör beaktas. Culpabedömningen skall göras objektivt och ansvaret omfattar både kumulerade (flere tjänstemän har begått mindre fel som tillsammans utmynnar i konstaterad försumlighet hos myndigheten) och anonyma fel (det går inte att avgöra vem hos myndigheten som varit oaktsam).

I finsk rättspraxis har man inte behövt ta ställning till en situation som motsvarar det hypotetiska fall vi presenterat där information getts till en större grupp på myndighetens eget initiativ. De fall som hänvisats till i rättspraxis har i allmänhet gällt information och råd till enskilda. Speciell genomslagskraft har den information som myndigheten ger till allmänheten på eget initiativ och i rollen som sakkunnig inom ett visst verksamhetsområde. Myndigheten borde vara speciellt aktsam då den avser lämna information som riktas till allmänheten i gemen och speciellt om informationen innehåller varningar för vissa livsmedel eller andra produkter som anses förorsaka sjukdom eller skada. Om myndigheten dessutom kallat till presskonferens eller allmänt informationstillfälle, dit nyhetsmedierna inbjudits, är det givet att informationen får stor och omedelbar vid spridning. Är den lämnade informationen felaktig eller så svårtolkad eller missvisande att nyhetsmedierna ytterligare förvanskar den, är risken att skada vållas uppenbar. Nyhetsmedierna ställer sig ofta okritiska till den informa-

tion de mottar och kan när det gäller myndighetsinformation anse sig kunna lita på att myndigheten med sin auktoritet och sakkunskap presenterat vederhäftig information.

Det enda rättsfall av betydelse där den skadelidande varit en större grupp och de skadelidande lidit en förmögenhetsskada var i det såkallade Wärtsilä Marine fallen HD 1999:32 och HD 1999:33 varav det ena refereras nedan:

“Sedan ett varvsbolag råkat i betalningssvårigheter hade bolagets ägare, finansierare och staten avtalat om bolagets finansiering för att trygga byggan- det av de beställda fartygen. Handels- och industriministeriet lämnade till offentligheten ut ett meddelande angående tillkomsten av ett finansierings- avtal. Dessutom anordnades i statsrådets lokaliteter ett informationstillfälle varvid handels- och industriministern och ministeriets kanslichef uttalade sig. I meddelandet och uttalandena meddelades att finansieringen av varvs- bolagets fartygsbeställningar och byggen var tryggad. Förlitande sig på det- ta hade varvets underleverantörer återupptagit sina leveranser. På grund av varvsbolagets konkurs blev leveranserna delvis obetalda. Staten ansågs gentemot underleverantörerna svara för den skada de lidit.”

Högsta domstolen ansåg att de utlåtanden som givits i offentligheten med fog kunde uppfattas som ett meddelande om att finansieringen av Wärtsilä Marines fortsatta verksamhet var tryggad. Då meddelandet gavs eller på goda grunder kunde ha uppfattats ha givits inom ramen för tjänsteutövning eller för utförandet av annat offentligt uppdrag, ansåg högsta domstolen viktigt att skydda tilltron till myndigheten, fastän det inte var fråga om myndighetsutövning. I de båda såkal- lade Wärtsilä Marine skadeståndfallen ansågs finska staten skadeståndskyldig.

Skadeståndsansvaret grundade sig på att mottagarna av informationen var berättigade att kunna förlita sig på informationen från statsmakten, som dom- stolen karaktäriserade som ett offentligt löfte. Informationstillfället arrangeras- des dessutom på ett högtidligt sätt med stor spridning i medierna och riktade sig inte bara till allmänheten utan man ville speciellt nå Wärtsilä Marines samar- betspartners både i hemlandet och i utlandet.

Vid bedömningen av fallet beaktades även följande fakta och omständighe- ter: ingen hierarkiskt högre instans eller myndighet hade kunnat uttala sig i ären- det, finansieringsavtalet var hemligt och sålunda kunde inte de skadelidande kontrollera informationens riktighet. Dessutom svarade statsmakten för infor- mationens formulering och hade kunnat formulera sig klarare gällande sitt an- svarstagande för Wärtsilä Marines skulder. Ministern och kanslichefen som ut- talade sig gjorde inga förbehåll gällande förverkligandet av finansieringsavtalet. Det blev också klart att underleverantörerna genom att återuppta leveranserna uppfattat att Wärtsilä Marines finansiering var tryggad av staten, vilken miss- uppfattning staten hade kunnat rätta till.

### 4.3.2 De svenska skadestandsreglerna

De svenska skadestandsreglerna innehåller ett motsvarande lagrum, som den finska men med annan formulering "Staten eller en kommun skall ersätta bl.a. ren förmögenhetsskada som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning" (Skadeståndslagen 1972:207 3 kap. 2 §). Standardregeln som hållits kvar i de finska bestämmelserna hade slopats i den svenska skadeståndslagen från början av 1990.<sup>14</sup>

Tolkningen av 3 kap. 2 § i den svenska skadeståndslagen ("SkL") var diffus beträffande frågan huruvida en felaktig upplysning lämnats vid myndighetsutövning eller inte. Speciellt upprördes näringslivet av fallet NJA 1987 s. 535:

"Konsumentverket lämnade, efter en egen undersökning ut missvisande uppgifter i ett pressmeddelande om egenskaperna av vissa lackskyddsmedel för bilar. Pressmeddelandet medförde bland annat att ett företag fick en markant minskad försäljning av sina produkter. Pressmeddelandet ansågs ej uppfylla rekvisitet vid myndighetsutövning och företagets talan om skadestånd ogillades."

HD i Sverige ansåg med andra ord att information i broschyrer och pressmeddelanden inte skall anses vara lämnad vid myndighetsutövning och hade ytterligare i ett annat fall (NJA 1999 s. 291) uttalat att "vid myndighetsutövning" skall tolkas snävt. För att få ändring infördes i SkL en ny bestämmelse som trädde i kraft den 1 januari 1999. I den nya 3 kap. 3 § i SkL stadgas: "Staten eller en kommun skall ersätta ren förmögenhetsskada som vållas av att en myndighet genom fel eller försummelse lämnar felaktiga upplysningar eller råd, om det med hänsyn till omständigheterna finns särskilda skäl."

På det här sättet ville man införa ett ansvar för oaktsam myndighetsinformation vad ren förmögenhetsskada gäller även utanför myndighetsutövning. I lagen hade man dock infört bestämmelsen att skadestånd inte utgår ifall inte "särskilda skäl" föreligger och i motiveringarna till lagen manades tillämparen av bestämmelsen till återhållsam tolkning av nämnda lagrum. Vid tolkningen skall särskilt beaktas upplysningarnas eller rådets art, deras samband med myndighetens verksamhetsområde och omständigheterna när de lämnades. Ändå är det inte fråga om att utvidga myndighetens informationsansvar utan ett försök att begränsa ansvaret för felaktig information. Bengtsson anser att "Den allmänna inställningen bakom reformen tycks vara att skadestånd vid oaktsam information skall utgå bara när det skulle anses närmast stötande om det allmänna gick fritt från ansvar"<sup>15</sup>. Det offentliga skadeståndsansvar gäller endast i det

<sup>14</sup> Se Prop. 1989/90:42. Det allmänna ansvar enligt skadeståndslagen.

<sup>15</sup> Se Bertil Bengtsson, Skadestånd för oriktig myndighetsinformation. I Festskrift till Fredrik Sterzel. Iustus Förlag 1999 s. 35–55.

fall ifall det varit fråga om *felaktig information*. Missvisande information är inte skadegrundande.

För att *särskilda skäl* skall föreligga skall det normalt finnas någon konkret omständighet som gör att det i det enskilda fallet finns särskild anledning att förlita sig på informations riktighet. När bedömningen av särskilda skäl görs skall hänsyn tas till samtliga relevanta omständigheter i fallet. Större anledning till skadeståndsansvar skall föreligga då konkret och preciserad information om innehåll i föreskrifter eller andra bestämmelser lämnas av myndighet än om informationen utgörs av mera allmänt hållna upplysningar.<sup>16</sup> En särskild anledning till skadeståndsansvar föreligger ifall den felaktiga informationen har stor genomslagskraft och är uttryck för makt- eller auktoritetsutövning. Informationen skall vara begränsad i den mening att den inte finns lättillgänglig annanstans. Ifall informationen är lätt att verifiera från andra källor, minskar risken för skadeståndsansvar. En skriftlig upplysning eller ett råd har en mer förtroendegivande effekt än en dito muntlig. Ett råd eller upplysning i brevform har för mottagaren mer karaktären av ett auktoritärt beslut.

*Informationsverksamhetens anknytning till myndighetens verksamhetsområde* har också avgörande betydelse. Då informationen lämnas inom myndighetens eget verksamhetsområde bör aktsamhetskravet ställas högre än då myndigheten uttalar sig i frågor utanför sitt område. Myndighetens auktoritetsställning och tillitsskyddet har dock betydelse vid bedömningen, och det kan inte heller krävas att den enskilde skall kunna känna till myndighetens behörighets- och kompetensområde. Vem hos myndigheten som lämnar informationen har också en betydelse. Ifall det är den ansvarige handläggaren av ärendet som ger informationen har den skadelidande större orsak att förlita sig på sig på informationens riktighet än ifall den ges av en person till vars ansvarsområde ärendet inte hör.

Karaktären av informationen har också betydelse då man bedömer ansvarsfrågan: Ansvar uppstår lättare ju mer konkret rådgivning eller information det är fråga om. Högre krav kan ställas då råd ges i ett enskilt fall till den som frågat efter det än då myndigheten informerar på ett mer allmänt plan en vidare krets eller lämnar information i t.ex. utbildningssyfte. Det kan också vara av betydelse hur viktigt rådet är å ena sidan ur den enskildes perspektiv och å andra sidan på ett mer allmänt plan. Ifall den agerande myndigheten varit medveten om betydelsen av det givna rådet för den enskilde accentueras aktsamhetskravet för myndigheten. Om informationen gäller t.ex. ändringar i lagstiftningen uppfylls rekvisitet för skadeståndsansvar lättare fastän informationen lämnats på ett allmänt plan och inte specifikt till en enskild förvaltningskund. Ifall den enskilde

<sup>16</sup> Se Hellner & Johansson s. 458. Se också Lena Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet. Uppsala 1989 s. 217.

är beroende av informationen eller rådet ifråga och detta har avgörande betydelse för den enskildes handlande är det skäl att ställa ansvarströskeln lägre.

En omständighet att beakta kan också vara de uppgifter den enskilde tidigare gett myndigheten. Om dessa är bristfälliga eller oriktiga kan man inte förutsätta att den information eller råd myndigheten lämnar är lika bra som då de underliggande uppgifterna varit riktiga.<sup>17</sup>

Syftet med bestämmelsen i 3 kap. 3 § Skl var att utöka det allmännas skadeståndsansvar för felaktig myndighetsinformation till att gälla även i situationer då handlingen inte har samband med myndighetsutövning.

Det offentligas skadeståndsansvar gäller endast i det fall det varit fråga om *felaktig information*.

Några rättsfall från Högsta Domstolen som gäller tillämpningen av 3 kap. 3 § i Skl finns inte till dags dato, endast rättsfall där 3 kap. 2 § gällande skadeståndsansvar vid myndighetsutövning har tillämpats. I Sverige har justitiekanslern viss beslutanderätt gällande skadeståndsanspråk mot staten. Justitiekanslern har sålunda inom ramen för statens såkallade frivilliga skadereglering haft möjlighet att tillämpa den nya bestämmelsen i Skl.

Livsmedelsverkets handlande och eventuella skadeståndsansvar har varit föremål för Justitiekanslerns prövning i fall som har likheter med det hypotetiska fall som gett upphov till det här referatet. Liknande karaktäristika till trots finns det en väsentlig skillnad, dvs. i nedannämnda fall var en namngiven och identifierad näringsidkare föremål för Livsmedelsverkets beslut och agerande, medan de skadelidande i akrylamidfallet inte var identifierade, varken som grupp eller enskilda.

I Justitiekanslerns beslut 2000-03-23 (Dnr. 1135-00-40) gällande Livsmedelsverkets handläggning av ärende och information angående kontroll av förekomst av cesium vid renslakt hävdade den skadelidande W Eliassons Partiaffär AB att då Livsmedelsverket efter sitt beslut hade inhämtat nya resultat från provtagning av finska renar för slakt borde ha omprövat sitt beslut och aktivt informerat partiaffären om de förändrade omständigheterna. Justitiekanslern fann att omprövningsskyldigheten endast gäller i sådana fall då det är lätt för myndigheten att konstatera att beslutet är oriktigt. Normalt anses myndigheten inte ha en skyldighet att göra någon mer ingående granskning av ett redan avgjort ärende. Fastän JK inte direkt uttalade sig i sin bedömning huruvida det varit fråga om myndighetsutövning eller inte visar texten i JKs redovisning att fallet endast prövades enligt Skl 3 kap. 2 §.

---

<sup>17</sup> Se Prop. 1997/98:105 s. 38, 62–63 och Bengtsson 1999 s. 48–49.

I Justitiekanslerns beslut 2002-03-26 (Dnr. 2956-01-40) gällde det Livsmedelsverkets handläggande av ett skadeståndsanspråk p.g.a. felaktigt beslut att kassera lammkött. I det aktuella fallet gjordes kassationsbeslutet, som sedermera konstaterades felaktigt, av länsveterinären som statens/Livsmedelsverkets representant. Detta fall är veterligen det enda där Justitiekanslern godtagit ett skadeståndsanspråk mot Livsmedelsverket. Det bör dock konstateras att det i det här fallet rörde sig om en enskild skadelidande och att Justitiekanslern bedömde att det var fråga om ren förmögenhetsskada vållad genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning varvid skadeståndet utgick med stöd av Skl 3kap. 2 §.

## 5. Hur skadeståndsrätten och det allmännas ansvar borde utvecklas

De ovan relaterade fallen visar att tröskeln för att erhålla skadestånd i fall av felaktig myndighetsinformation är hög. Ingen av de beskrivna fallen ger stöd för slutsatsen att den (de) skadelidande i vårt hypotetiska fall framgångsrikt skulle kunna driva en skadeståndsprocess mot Livsmedelsverket.

Ansvar för felaktig myndighetsinformation skall också omfatta de särskilt stora skador som kan uppkomma när informationen från en myndighet ges stor spridning via massmedia. I fall då myndigheten sammankallar till en presskonferens uppfattas informationen speciellt intressant och angelägen. Då myndigheten i en sådan situation måste vara medveten om att felaktig information kan få omfattande följder bör aktsamhetskravet för myndigheten vara mycket strikt. Det är givetvis klart att myndigheten inte skall bli ansvarig för information som massmedierna förvanskat. I många fall blir säkert frågorna om massmediernas roll och ansvar samt huruvida informationen varit felaktig eller missvisande de främsta föremålen i skadeståndsprocesser av detta slag.

Fastän man försökt begränsa ersättningsskyldigheten har culpaansvaret inom vissa verksamhetsformer gått mot en allt strängare omsorgsplikt. I Finland använder man termen *accentuerad omsorgsplikt*. En större omsorg än normalt har i rättspraxis krävts av den som hållit i skick allmänna farleder och utrymmen för allmänheten samt då man har yrkesmässigt erbjudit experttjänster till allmänheten. I dylika fall har omsorgsnivån ställts så högt att den i culpabedömningen överstiger den grad av aktsamhet som normalt krävs av verksamheten ifråga. Det är fråga om situationer där den skadelidande har haft skälig grund att förlita sig på att verksamheten är riskfri. Skadorna har varit en normal och sedvanlig följd av ifrågavarande samhällsnyttiga verksamhet.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Se Hemmo 2002 s. 26–27.

Den rådgivnings- och informationsverksamhet myndigheterna idkar kan delvis jämföras med sakkunnigtjänster. Dessutom kan strängare krav ställas gällande informationens riktighet p.g.a. det speciella rättsförhållande som råder mellan myndigheten och den enskilde. Lojalitetsskyddet i förvaltningen, myndighetens auktoritet, den enskildes beroendeförhållande och behovet att den svagare parten skyddas är omständigheter som förutsätter en hög grad av omsorgsfullhet då myndigheten utdelar information.<sup>19</sup>

Den offentliga förvaltningens ansvar för felaktig information kan sammanfattas i frågan vilken nivå av omsorg borde myndigheten iaktta i sin informations- och rådgivningsverksamhet och vilken nivå av omsorg har mottagaren av informationen skäl att förvänta sig. De speciella drag som råder mellan myndigheten och den enskilde framhäver de kvalitetskrav som ställs på den offentliga verksamheten. Den allmänna omsorgsplikt som hänför sig till tjänsteåtgärder, de normer som reglerar förvaltningen, kravet på myndighetens sakkunskap inom sitt verksamhetsområde och principen att skydda förvaltningskundens tillit bör beaktas då myndighetens informationsverksamhet bedöms.

Skyddet av den svagare och principen om lojalitetsskydd tillsammans med kompensationssträvan i skadeståndsrätten poängterar den enskildes rätt till kompensation då myndighetens felaktiga information har förorsakat skada. Det gäller i sista hand då man avgör ansvarsfrågan om huruvida tyngdpunkten skall ligga vid den enskildes rätt till ersättning eller det "allmännas intressen" vilka främst kan identifieras med den offentliga förvaltningens ekonomiska resurser. Valet kan sammanknipas med frågan om i förvaltningskulturen skall råda en myndighetscentrerad eller medborgarcentrerad rättsskyddsuppfattning. Det är också fråga om den tillit som medborgarna känner för myndigheternas verksamhet och den uppfattning om rättvisa som råder i samhället.

Det allmännas ansvar för felaktig information borde utvidgas. Allmänheten förlitar sig på att den information en myndighet, med sin auktoritet och sakkunskap inom sitt verksamhetsområde, är riktig. De här gäller i högsta grad när en enskild söker råd eller får information från en myndighet. Det här ansvaret borde utvidgas att även gälla då en myndighet på eget initiativ informerar allmänheten fastän den potentiella skadelidande i ett sådant fall vid informationstillfället ännu är anonymt.

En invändning mot ett större ansvar för det allmänna som anförs är att ett utvidgat ansvar kunde leda till att alla möjliga ogrundade anspråk riktas mot det allmänna och att det är svårt att i förvaltningsproceduren med säkerhet utröna vad som skett. Dyliga argument är svåra att godkänna. Vad som förekommit,

---

<sup>19</sup> Se Bertil Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*. Nordstedts Juridik 1996 s. 67. Se också Prop. 1997/98:105 s. 35.



kausalitetsfrågor och andra detaljer i ett skadeståndsärende är processuella och bör inte sammanblandas med grundförutsättningarna för att ett skadeståndsanspråk för felaktig information skall kunna väckas mot en myndighet.

Också det s.k. "floodgates"-argumentet har framförts som ett argument mot en allt för stor utvidgning av myndigheternas ansvar. Ett utvidgat skadeståndsansvar skulle hindra myndigheten från att verka effektivt då skadeståndsansvaret ständigt skulle måsta beaktas. Skadeståndskraven mot myndigheterna skulle kunna växa lavinartat i antal. Det här argumentet har inte fått något stöd av erfarenheterna i praktiken. Resultatet av att man utvidgade myndigheternas ansvar i Sverige har inte lett till nämnvärd ökning av skador det allmänna varit tvungen att ersätta, vilket tydligt visar att ansvaret inte utvidgats tillräckligt.

I samband med beredningen av den nya bestämmelsen i den svenska skadeståndslagen framfördes farhågor att den föreslagna bestämmelsen kommer att leda till en restriktiv inställning hos myndigheterna att lämna råd och upplysningar. Förvånande nog gav de åsikter som framfördes i remissvaren inget stöd för sådana farhågor. Snarare ansågs, att ett något utvidgat ansvar för felaktig information kan få positiv inverkan genom förbättrade rutiner och höjd kvalitet.<sup>20</sup>

Ur finsk rättspraxis skulle man endast kunna stöda sig på Wärtsilä Marine fallet som ovan redovisats för. I fallet Wärtsilä Marine liksom i vårt hypotetiska fall var det inte fråga om myndighetsutövning då det inte var fråga om ett beslut eller åtgärd som har rättsverkningar för den enskilde. Livsmedelsverket, som i sin roll som högsta myndighet med uppgift att ha tillsyn över livsmedelshanteringen hade gett publicitet åt forskarrön från Stockholms Universitet, som sedermera kunde hävdas vara felaktiga. Livsmedelsverket hade inte genom att ordna en presskonferens beslutat i ett enskilt ärende, ej heller uttalat sig på ett sätt som kunde anses bryta mot det allmänna tillitsskydd mottagarna av informationen borde få åtnjuta. Vårt exempelärende innehöll ej heller några andra starka skäl med stöd av vilka enligt finsk lag och rättspraxis skadestånd hade kunnat utdömas.

Vi har ej heller något liknande fall i svensk rättspraxis där 3 kap. 3 § skulle ha tillämpats. Det är också sannolikt att Livsmedelsverket med framgång kunnat hävda att informationen endast var missvisande inte felaktig. Ingen klar praxis har heller utvecklats gällande bedömningen vad som avses med särskilda skäl. Man kunde sannolikt från försvarets sida ha hävdat att Livsmedelsverket agerat med målsättningen att förhindra att medlemmarna i samhället utsätts i onödan för hälsorisker.

Det är säkert viktigt att värna om medborgarnas hälsa och försöka förhindra att dessa inte utsätts för produkter som kan vara farliga för deras hälsa, men då

---

<sup>20</sup> Prop. 1997/98:105 s. 36.

lämnande av information i hälso- och kostfrågor genast får stor uppmärksamhet och risken för omfattande skador hos producenten av livsmedlet som är föremålet för information är uppenbar, bör nivån på aktsamheten hos myndigheten vara mycket hög. Om myndigheten som i vårt exempel fall på eget initiativ sammankallar till en presskonferens och medverkar till publiceringen av ett pressmeddelande så måste den information som ges ut var absolut riktig och till den grad klar att den närvarande journalistkåren inte ens i misstag drar felaktiga slutsatser på basis av den lämnade informationen.

En näringsidkare kan inte i förvaltningsrätten till alla delar jämföras med en privatperson, men när det gäller omfattande ren förmögenhetsskada är den skadelidande i regel en näringsidkare. När det gäller riskfördelningen mellan det allmänna och en näringsidkare har den sistnämnda klart mindre resurser att bära skadan. Det torde dessutom vara nästan omöjligt att genom försäkring till en skälig kostnad skydda sig mot en dylik skada. Näringsidkaren är den svagare parten som borde skyddas. Myndighetens ekonomiska och kunskapsresurser är större och myndigheten har också en bättre möjlighet att förutse de skador som kan förorsakas i verksamheten och gardera sig mot dessa. Det är naturligare att lägga risken för skada som kan åsamkas i myndighetens verksamhet som en bieffekt av den allmänna verksamheten än att den enskilde skulle tvingas bära risken.

Rättsskyddet för en näringsidkare som blivit offer för myndigheternas felaktiga information borde stärkas i Norden. Detta kunde ske genom att ändra lagstiftning och rättspraxis så att kravet på sambandet med myndighetsutövning bortfaller, avstå från kravet på "särskilda skäl" och suddar ut den skarpa gränsen mellan felaktig och missvisande information.

Anne K. Bohinen

Vold mot kvinner som rettslig  
beskyttelsesproblem – før, under  
og etter prosessen

## **Vold mot kvinner som rettslig beskyttelsesproblem – før, under og etter prosessen**

Af advokat *Anne K. Bohinen*, Norge

*Det er økende interesse for hvilke konsekvenser voldskriminalitet har for offeret. Fokus er ikke lenger bare på gjerningsmannens rettigheter. Vold mot kvinner representerer et alvorlig samfunnsproblem. Begrepet vold omfatter så vel fysisk som psykisk vold. Voldsutøver er som regel en mann og offeret – definert som fornærmede – en kvinne.*

*I Norge har den lovbestemte ordningen med bistandsadvokat for fornærmede ved en straffbar handling nå eksistert i over 20 år. En skulle således tro at bistandsadvokatens rolle og fornærmedes stilling i straffesakene var godt etablert og avklart. Dette er ikke tilfellet. Tradisjon og holdninger gjør at det i realiteten ikke er praksis for å gi fornærmede og hennes advokat fulle deltagerrettigheter. Fornærmede usynliggjøres i prosessen og domstolene tar ikke offerets situasjon på alvor. Bistandsadvokaten blir ofte marginalisert av domstolene. Dermed vanskeliggjøres arbeidet advokaten skal utføre for fornærmede. Finland representerer et unntak der fornærmedes rettigheter er godt ivaretatt under hele rettsprosessen.*

*Barn rammes ofte direkte eller indirekte ved vold i nære relasjoner. I tilfeller der barna rammes er rettssystemet ikke i stand til å verne disse svakeste.*

### **I INNLEDNING**

Når man skal se på hvor godt et samfunn fungerer må man se hen til hvordan samfunnet tar seg av og behandler de svakeste blant oss, barn, mennesker i krise – herunder syke, eldre og kvinner. Gjennom mitt arbeid som bistandsadvokat ønsker jeg å formidle hva som oppleves som problemfylt for fornærmede og dennes advokat i møtet med rettsvesenet, uavhengig av om den enkelte fornærmede har fremmet erstatningskrav, eller oppnådd såkalte fulle partsrettigheter ved å slutte seg til straffesaksforfølgningen gjennom et erstatningskrav under prosessen. Fornærmede er i straffeprosessuell teori definert som „innehaver av en slik interesse som vedkommende straffebud tar sikte på å beskytte“ eller bæreren av det ved handlingen krenkede rettsgode.<sup>1</sup> Fornærmede er ikke automatisk skadelidt, men kan være det likedan som en skadelidt ikke nødvendigvis er fornærmet. Dette følger av straffeprosesslovens 3 første ledd, som i siste ledd definerer begrepet fornærmede. Mitt fokus er kvinnes møte med rettsvesenet

---

<sup>1</sup> Robberstad Bistandsadvokaten 2 Kap III punkt 1

og hvilke utfordringer som oppstår på de ulike trinn av saksbehandlingen, herunder før en sak anmeldes til politiet og etter at rettskraftig dom foreligger. Med rettsvesenet menes både politiet, påtalemyndigheten og domstolene.

Innledningsvis vil jeg se litt på generelle problemstillinger og historikken, før jeg tar for meg problemer som oppstår på det enkelte trinn i prosessen; før og i møtet med politiet, domstolene og etter at rettskraftig dom foreligger. Saker der fornærmede har et erstatningskrav i tilknytning til straffesaken kommer i en særstilling og behandles i punkt VII nedenfor. Ordningen med bistandsadvokat behandles i eget punkt VIII. Noen spesielle tiltak for å beskytte de fornærmede nevnes i IX. Barn bør vies større oppmerksomhet, se X. Til slutt kommer jeg i XI inn på opplæring av aktørene som møter offeret i rettssystemet.

## II FORNÆRMEDES PRIMÆRE BEHOV ER Å BLI TATT PÅ ALVOR

Det avgjørende for fornærmede er ikke hvilket straffebud som rammer handlingen den enkelte er utsatt for, men å bli tatt på alvor i situasjonen som offer. Det nytter ikke å ha regler som for eksempel gir fornærmede partsrettigheter dersom disse ikke følges i praksis.

Undersøkelser viser at de voldsutsatte kvinnene har et stort behov for støtte og informasjon under prosessen. Å bli tatt på alvor innebærer retten til ivaretagelse på det menneskelige plan på alle trinn i prosessen, beskyttelse mot nye overgrep og informasjon. Det viser seg imidlertid at mange er misfornøyde med den måten de blir møtt på i rettsvesenet. Møtet med rettsvesenet føles for mange som et nytt overgrep, en sekundær traumatisering.<sup>2</sup> Lovgiver har forsøkt å imøtekomme disse problemene ved å gi de fornærmede særskilte rettigheter. Hvilke rettigheter fornærmede har i møtet med rettsvesenet avhenger av blant annet voldens karakter, hvor grov den er samt hvilket straffebud som rammer det enkelte tilfellet. Dette gjelder blant annet retten til bistandsadvokat.

Disse rettighetene har nå eksistert i over 20 år. En skulle således tro at bistandsadvokatens – stilling i rettsprosessen var godt etablert og avklart. Dette er imidlertid ikke tilfellet. Straffeprosessloven har for eksempel en regel om at fornærmede selv kan fremme et erstatningskrav og dermed oppnå fulle partsrettigheter i prosessen,<sup>3</sup> uten at jeg kjenner til at noen i praksis har fått mulighet til å benytte disse rettighetene i sin helhet. Dersom rettsvesenet i praksis ikke evner å imøtekomme de fornærmedes behov og situasjon, øker risikoen for at tilliten til rettsvesenet minsker med de farer dette medfører. Det å konstatere at fornær-

<sup>2</sup> Anna Meyrowitsc „Den andra kränkningen Målsaganden og rettsprosessen, Examensarbete termin 9 vår 2004“

<sup>3</sup> Straffeprosesslovens § 428 jf § 404.

mede har partsrettigheter i prosessen blir lett misvisende. Uavhengig av hvilke begreper loven opererer med når fornærmede trer inn i straffeprosessen på ulikt vis, er det vesentlige for fornærmede hvilke reelle deltagerrettigheter og påvirkningsmuligheter hun har under prosessen. Disse rettighetene må nedfelles i klare og forutsigbare rettsregler, for å sikre en reell utøvelse av disse. Det må avklares i hvilken utstrekning fornærmede gis rettigheter og hva disse går ut på.

### III HISTORIKK – FORNÆRMEDES STILLING

I det gamle ættesamfunnet ble kriminalitet oppfattet som en konflikt mellom offer og gjerningsmann, samt mellom deres slekter. En forbrytelse ble sett på som en krenkelse av fornærmede og slekten og var dermed et privat anliggende. Fornærmedes behov for gjenopprettelse og hevn ble ivaretatt. Kirkens utbredelse i Europa, sammenholdt med inkvisitoriske prosessformen førte til at den private anklageren trådte i bakgrunnen. Ved kriminalloven av 1842 ble det innført offentlig påtale som hovedregel. Straffbare handlinger som tidligere ble oppfattet som et overgrep mot en enkeltperson, ble til krenkelse av offentliges interesser.

I et moderne samfunn er en straffesak i utgangspunktet et oppgjør mellom samfunnet og gjerningsmann. Fokus er rettsikkerhet, rettførdig rettergang for gjerningsmannen, upartiskhet og objektivitet. Det vil ikke svekke rettssikkerheten å gi fornærmede rett til kontradiksjon. Dersom fornærmede gis rett til å føre egne bevis og uttale seg, medfører dette at straffesaken blir bedre opplyst. Jeg kan vanskelig se at det er i strid med tiltaltes rettigheter at saken opplyses så godt som mulig.

Påtalemyndighet og politi skal være objektive under sin etterforskning og fram til prosedyren i straffesaken. Dette medfører en rett og plikt til å undersøke alle sider av saken, også å undersøke det som taler til gjerningsmannens fordel. Denne objektivitetsplikt gjelder også for domstolene som våker over sakens fulle opplysning og skal undersøke alle sider av saken<sup>4</sup>. I prosessen for domstolene kommer gjerne fornærmede inn som et svært forstyrrende element for forsvarer, dommere og i enkelte tilfeller aktor idet han frykter at aktivitet fra fornærmede „roter til“ straffesaken for ham. Det synes å råde en oppfatning blant dommere og påtalemyndighet at hovedfokus for fornærmede fortsatt er gjenopprettelse og hevn som i middelalderens domstoler. Begrepet „vikingjuss“ er noe jeg jevnlig møter i diskusjonen om økte deltagerrettigheter for fornærmede.

---

<sup>4</sup> Straffeprosesslovens § 294

## **IV VI BEFINNER OSS I EN BRYTNINGSFASE**

### **1. Fornærmede settes på sidelinjen**

Sett i historisk sammenheng synes det som vi beveger oss er i en brytningsfase mellom det gamle og nye system. Tiltaltes rettigheter er fremdeles langt bedre ivaretatt i rettsprosessen enn fornærmedes rettigheter. Fortsatt er det slik at fornærmede settes på sidelinjen og kan føle seg umyndigjort og marginalisert i forhold til det hun kanskje opplever som sitt livs sak. For fornærmede oppleves det ofte som sterkt urettferdig at gjerningsmannen har utstrakte rettigheter, mens hensynet til henne blir underordnet. Det er i strid med alminnelig rettsoppfatning at fornærmedes stilling fortsatt er svak. Utfordringen blir å få til en prosess der fornærmedes rettigheter blir tilfredsstillende ivaretatt samtidig som gjerningsmannens krav på en rettferdig rettergang og saksbehandlingsprosess ivaretas. Vi må arbeide mot å oppfylle visse mål, der ivaretagelse av menneskerettigheter, rett til kontradiksjon og deltagelse, samt verdighet overfor offeret står i fokus.

### **2. Sekundær traumatisering må unngås**

Mennesker som utsettes for kriminalitet må føle samfunnets støtte. I motsatt fall øker faren for sekundær traumatisering, med de farer som dette medfører. Fornærmede kan miste troen på rettssystemet og unngå å anmelde dersom det skjer nye overgrep. Foregår volden i det private rom av en ektefelle overfor sin hustru, rammes ofte barn. Samfunnet mister dermed muligheten til å hjelpe disse svakeste. Samfunnet har et eget behov for å forebygge kriminalitet.

Dersom fornærmede blir møtt med vennlighet, profesjonalitet og informasjon i rettsvesenet vil dette bidra til økt følelse av menneskelig verdighet.

## **V FORNÆRMEDES MØTE MED POLITI OG PÅTALEMYNDIGHET BLIR ALTFOR OFTE EN FRUSTRERENDE OPPLEVELSE**

### **1. Sakene henlegges eller „renner ut i sanden“**

Vold mot kvinner står i en særstilling i forhold til andre voldssaker. Gjerningsperson og fornærmede har ofte en nær følelsesmessig forbindelse, noe som gjør at mange ikke ønsker å anmelde eller trekker sin anmeldelse tilbake. I tillegg skjer volden som regel i det private rom – uten vitner til stede. Ofte står man uten andre bevis enn fornærmedes egen forklaring.

De fleste kvinnevoldssaker starter i rettssystemet etter en begjæring om offentlig påtale fra den fornærmede. Dersom overgrepet er en seksualforbrytelse eller volden er spesielt grov eller begått overfor en person voldsutøveren står i

en nær relasjon til er påtalen ubetinget offentlig. Anmeldelse i sakene skjer enten ved at kvinnen selv oppsøker politiet, eller at politiet skriver en anmeldelse etter for eksempel å ha fått melding om husbråk. Det hender at fornærmede som har vært i kontakt med politiet har trodd at de har anmeldt forholdet, men at det i ettertid forholder seg slik at forholdet faktisk ikke er anmeldt.

## **2. God ivaretagelse av fornærmede bør omfatte:**

### **2.1. Rett til bistandsadvokat**

Det er avgjørende for fornærmede at hun har en person med kompetanse innenfor strafferett til å rådføre seg med i denne fasen. Under punktet bistandsadvokat har jeg gitt en nærmere redegjørelse for advokatens oppdrag og arbeidsoppgaver i de ulike faser.

### **2.2. Politiets ansvar og forpliktelser**

Politiets ansvar og forpliktelser kan oppsummeres i tre underpunkter slik de er nevnt i NOU 2003:31 om retten til et liv uten vold kapittel 9, punkt 9.2.2:

1. *„Ivaretagelse av den voldsutsatte kvinnen.* Uavhengig av om en kvinne velger å anmelde eller å vitne i en eventuell straffesak, er det viktig at politiet møter kvinnen på en måte som skaper trygghet og tillit. Det er også politiets oppgave å sette kvinnen i kontakt med andre deler av hjelpeapparatet.
2. *Etterforskning.* Politiet skal gjennomføre en effektiv taktisk og teknisk etterforskning. I noen tilfeller vil en voldsutsatt kvinne velge å benytte seg av sin rett etter straffeprosesslovens § 122 til å nekte å avgi forklaring i en eventuell straffesak. Av denne grunn må etterforskningen gjøres så grundig at saken kan bringes inn for retten uten at kvinnen vitner.
3. *Forebygge vold.* Det er en sentral oppgave for politiet å hindre at voldsutsatte kvinner utsettes for ytterligere vold. En grundig vurdering av risiko i det konkrete tilfellet vil stå sentralt i dette arbeidet.“

### **2.3. Anmeldelsen**

Når en kvinne har bestemt seg for å anmelde et voldsovergrep opplever hun at det er hun som eier konflikten. Hun har forventninger til politi- og påtalemyndighet om at disse er hennes representant. Samtidig er hun traumatisert og sårbar, og det er viktig å møte fornærmede på en måte som minsker risikoen for sekundær traumatisering. Stikkord for denne fasen er informasjon, effektiv etterforskning og møte med påtaleansvarlig.



#### ***2.4. Informasjon til fornærmede og hennes bistandsadvokat***

I mitt møte med fornærmede i straffesakene oppleves gang på gang frustrasjonen over å ikke få direkte svar på de spørsmål fornærmede måtte ha i tilknytning til etterforskning. Fornærmede er ofte svært opptatt av når anmeldte får kunnskap om anmeldelsen slik at hun kan sikre seg mot mulige hevnaksjoner. Fornærmede opplever det også ofte som viktig å få vite hva særlig anmeldte har forklart. I enkelte tilfeller får bistandsadvokaten først etter gjentatte purringer overfor politiet oversendt sakens dokumenter. Fornærmede har innsynsrett i dokumentene så fremt det kan skje uten fare eller skade for etterforskningen.

Det er ikke uvanlig at bistandsadvokaten ikke får beskjed fra politiet om påtalemessige avgjørelser i saken. Det hender til og med at bistandsadvokaten ikke mottar informasjon om at det er tatt ut tiltale, og heller ikke mottar innkalling til hovedforhandling i saken! Dessverre skjer det ofte at slike feil oppstår. Slik kan ikke fornærmedes rettigheter ivaretas, og det er ikke mulig å gjøre en forsvarlig jobb som bistandsadvokat. Det må sikres rutiner som forhindrer slike feil.

#### ***2.5. Etterforskningen må effektiviseres og påtalereglene endres slik at det er ubetinget offentlig påtale i alle saker der kvinner rammes av vold***

Fokus for politiet i kvinnevoldssakene er ofte å få roet ned situasjonen, men det må være like viktig å sikre bevisene under etterforskningen. Siden volden gjerne utøves av en kjæreste eller ektefelle hender det ofte at fornærmede trekker anmeldelsen etter kort tid. Fornærmede ønsker ikke å vitne dersom det senere blir en straffesak. Resultatet blir at sakene henlegges og kvinnen overlatt til seg selv og voldsutøveren. Det må derfor utferdiges regler som sikrer gode rutiner for en rask og effektiv etterforskning.

Det er vanskelig for offeret å bearbeide traumer og komme videre i livet før saken er ferdig behandlet i rettsvesenet. Det er et stort rettsikkerhetsproblem at etterforskningen i de fleste saker tar for lang tid. Det skjer dessverre regelmessig feil under etterforskningen av sakene der jeg opptrer som bistandsadvokat. Bekreftelse på anmeldt forhold eller informasjon om saken sendes gjerningsmannen før han avhøres. Prøver som blir sendt til analyse forsvinner, sider av analyseresultat mangler i saksdokumentene mv. Likeledes er vurderingen av saken hos påtaleansvarlig jurist ved politiet et tidkrevende saksbehandlingsledd. Det tar dessuten ofte lang tid fra saken blir oversendt til statsadvokaten og fram til hovedforhandling blir berammet.

#### ***2.6. Fornærmede må sikres en rett til møte med påtalemyndigheten***

Fornærmede og bistandsadvokaten kan ofte ha en opplevelse av å bli satt på sidelinjen, å ikke være koblet inn i saken. Normalt møter ikke fornærmede etter-

forskningsleder eller påtaleansvarlig i saken, og kan således bare få informasjon via sin bistandsadvokat. Det synes å råde en oppfatning blant enkelte påtalejurister at det er i strid med objektivitetsprinsippet å ha et møte med fornærmede.

Fornærmede vil ofte ha behov for å ha en samtale med etterforskningsleder eller påtaleansvarlig som sitter „tett“ på etterforskningen og de påtalemessige avgjørelser. I de saker der tiltale blir tatt ut, bør fornærmede gis en rett til å møte påtaleansvarlig eller hovedetterforsker for å få svar på sine spørsmål.

Det vil normalt kunne være hensiktsmessig å gjennomføre et slikt møte forut for hovedforhandling, etter at tiltale er tatt ut. Normalt vil det antakelig bare være behov for et slikt møte i tilknytning til behandling i første instans. I enkelte tilfeller bør det imidlertid kunne vurderes også å gjennomføre et møte før behandling i senere instanser. Særlig vil fornærmede kunne tenkes å ha spørsmål i tilknytning til høyesterettsbehandling, der saken kan dreie seg om kompliserte juridiske problemstillinger, og der den straffbare handlingens klanderverdighet fra fornærmedes ståsted kan oppleves å være av underordnet betydning.

Jeg kan vanskelig se at det vil stride mot aktors objektivitetskrav å ha et møte med den fornærmede.

## **VI FORNÆRMEDE SETTES PÅ SIDELINJEN I MØTE MED DOMSTOLENE**

Til tross for at vi nå har hatt lovbestemte rettighetene for fornærmede i mer enn 20 år, fungerer ikke regelverket. Foruten holdninger i rettsvesenet skyldes dette at reglene byr på tolkningsproblemer. Bistandsadvokaten synes i enkelte tilfeller i første rekke å bli oppfattet som å være et forstyrrende element og rollen begrenses til spørsmålet om en enkel oppreisningserstatning.

### **1. Fornærmede må få delta under hele hovedforhandlingen**

I dag er det vanlig praksis at fornærmede først får være til stede under rettsaken fra hun avgir sin egen forklaring. Det er ikke noe selvfølge at hun får sitte ved siden av sin advokat etter at hun har avgitt vitneprov. Hun har heller ikke noe fast sitteplass i rettssalen. Dersom en av mine klienter ønsker sitteplass ved min side i salen, ringer jeg til dommeren før hovedforhandling og forsøker å få dette ordnet.

For fornærmede og hans/hennes bistandsadvokat er det selvsagt viktig å få med seg hele saksforløpet! Å være til stede er jo også helt sentralt for å kunne ta stilling til spørsmål om anke over frifinnelse, straffeutmåling eller erstatningsutmåling.

## 2. Fornærmede må få rett til å stille spørsmål og å føre bevis

Det synes å råde en oppfatning blant dommere om at straffekravet er fornærmede og bistandsadvokat uvedkommende. Det gis i dag sjelden anledning for bistandsadvokaten til å stille spørsmål til tiltalte og vitner vedrørende selve skyldspørsmålet, som jo også er en del av erstatningsspørsmålet, samt vedrørende straffeutmålingen. Ofte blir bistandsadvokaten „klubbet ned“ av dommeren når han/hun vil stille spørsmål til tiltalte eller vitner. Dette er ikke tilfredsstillende. Fornærmede har som oftest vanskelig for å forstå hvorfor hennes advokat ikke får komme til orde. Jeg mener at fornærmede ved bistandsadvokaten bør gis anledning til å føre bevis rundt skyldspørsmålet. Fornærmede er den personen som er nærmest til å vite når og hvordan den straffbare handlingen har funnet sted. Denne retten må komme som et supplement til aktors bevisførsel. Rammene for hvordan dette skal skje bør gis i form av klare prosessregler for fornærmede og dennes representant.

## 3. Vitnestøtte

Det er viktig at fornærmede som skal vitne i rettsapparatet blir møtt på en måte som gjør at hun føler seg ivaretatt og trygg. Hun må få slippe å møte tiltalte eller venner av ham i korridoren i tinghuset. Fornærmede trenger kanskje hjelp til å finne frem til rettssalen, samtidig som hun gjerne er redd og usikker for det som venter henne inne i rettssalen. Det er derfor viktig at det utvikles gode ordninger med vitnestøtte og at det etableres egne rom for spesielt utsatte vitner der de kan være i ventetiden før vitnemålet skal avgis.

## VII ERSTATNINGSKRAV BØR BEHANDLES I TILKNYTNING TIL STRAFFESAKEN

Erstatningskrav som springer ut av den straffbare handling kan kreves behandlet i forbindelse med behandling av straffesaken. Beskrivelsen av den skadevoldende handling følger som regel av tiltalebeslutningens ordlyd, men også handlinger som ikke er direkte nevnt i tiltalen kan kunne danne grunnlag for erstatningskrav så fremt handlingen står i direkte sammenheng med gjerningsbeskrivelsen i tiltalen.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Høyesterett har i dom avsagt i Rt 2003/1358 konkludert med at skader forårsaket av handlinger som finner sted forut for den straffbare handling vanskelig kan skilles fra skader som direkte følger av den straffbare handling, der disse handlingene danner grunnlag for den straffbare handling. Saken gjaldt erstatningskrav fra tre menn mot en psykolog som misbrakte den stilling han sto i til å skaffe seg seksuell omgang med dem.

Behandlingen av større erstatningskrav med tap som følge av invaliditet, tapt arbeidsfortjeneste eller forsørgertap, forutsetter en annen saksforberedelse enn straffesaken. Omfattende erstatningskrav kommer ofte bardus på dommerne og forsvarer, noe som lett fører til at bistandsadvokaten feies av banen under argumentasjonen om at fornærmedes inntreden vidløftiggjør og vanskeliggjør gjennomføring av straffesakene

Fornærmede må sikres retten til å få utredet erstatningsspørsmålet grundig før hovedforhandling. Dette gjelder spesielt retten til å få oppnevnt en sakkyndig på det offentlige kostnad til å utrede omfanget av fornærmedes skader.

På vegne fornærmede ber jeg i slike saker om at det i henhold til straffeprosesslovens § 138 fattes en beslutning om oppnevning av psykiatrisk sakkyndig for å vurdere omfanget av skadevirkninger påført de fornærmede etter de straffbare handlinger.

Påtalemyndigheten kan begjære oppnevnt sakkyndig dersom de fremmer et erstatningskrav på vegne av fornærmede, men dette er lite praktisk. Jeg har aldri opplevd at påtalemyndigheten på eget initiativ har begjært oppnevnt en sakkyndig for å utrede skader påført fornærmede ut fra en erstatningsrettslig synsvinkel. Aktor skal etter min mening få slippe å forholde seg til slike spørsmål og konsentrerer seg om straffekravet. Reglene om retten til å få oppnevnt sakkyndige bør klargjøres.

Fornærmede har anledning til å reise sivil erstatningssak dersom kravet ikke lar seg gjennomføre i straffesaken. Voldsofre har krav på fri sakførsel dersom man kan dokumentere at man ikke har hatt mulighet til å få behandlet kravet i forbindelse med straffesaken.

Det er av stor betydning for fornærmede å få behandlet erstatningskravet så raskt som mulig og få lagt saken bak seg. Det vil også være i tiltaltes interesse å bli ferdig med saken, og få alle sider av saken belyst under behandling av straffekravet. Rollefordelingen blant sakens profesjonelle aktører må selvsagt være helt klare slik at behandlingen av straffesaken først og fremst gjelder straffekravet. Erfaringen er at aktor ikke har innvendinger mot at fornærmede får belyst erstatningskravet fullt ut så lenge rollene og arbeidsformen er avklart på forhånd.

Behovet for å behandle erstatningskrav under en straffesak må også ses i sammenheng med den statlige voldsoffererstatningsordningen. Med hjemmel i voldsoffererstatningsloven kan det offentlige forskuttere erstatning for personskader ved straffbare handlinger opp til et beløp av 20 ganger folketrygdens grunnbeløp som reguleres hvert år. Beløpet er per 10.04.05 kr 1 175 560,-. Etter voldsoffererstatningslovens § 3 tredje ledd er det et vilkår for å få voldsoffererstatning at fornærmede har krevd at erstatningskravet medtas i straffesaken mot gjerningsmannen. I praksis utbetales voldsoffererstatning til fornærmede tilsvarende erstatningsbeløp som er idømt i straffesaken. Det er således av stor betydning for fornærmede å få fastsatt erstatning av domstolen.

Det gis i dag sjelden anledning til å stille spørsmål til tiltalte og vitner vedrørende selve den straffbare handling som er selve ansvarsgrunnlaget i erstatningsspørsmålet. Ved erstatningsutmålingen vil retten legge vekt på flere forhold, blant annet handlingens objektive grovhet og graden av gjerningsmannens skyld.

Domstolene kan på forskjellige måter forhindre at erstatningskravet blir behandlet sammen med straffesaken. Dette kan gjøres ved å vise til at behandlingen av kravet vil „medføre vesentlig ulempe for straffesaksbehandlingen“ dersom fornærmede fremmer kravet selv. Dersom påtalemyndigheten fremmer kravet på vegne av fornærmede kan ikke domstolen nekte kravet medtatt. Domstolen kan utsette behandlingen av de borgerlige rettskrav til etter pådømmelse straffesaken, eller gi dom for en del av kravet.<sup>6</sup>

Sterke prosessøkonomiske hensyn tilsier at fornærmede må få behandlet sitt erstatningskrav sammen med straffesaken. En slik fremgangsmåte går ikke på bekostning av tiltaltes rettigheter. I et erstatningskrav inngår vurdering av ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og sammenhengen mellom tapet og den skadegjørende handling. Erstatningsspørsmålet må også ses i sammenheng med den statlige voldsoffererstatningsordningen. Fornærmede må få adgang til selv å belyse alle sider av erstatningsspørsmålet.

## VIII ORDNINGEN MED BISTANDSADVOKAT

### 1. Retten til bistandsadvokat og bistandsadvokatens rolle

Ordningen med bistandsadvokat for fornærmede imøtekommer en del av de behov fornærmede har. Slik ordningen fungerer i dag er den ikke tilfredsstillende, verken for fornærmede eller for advokater. Bistandsadvokatens rolle er definert i straffeprosesslovens § 107 c til å „ivareta fornærmedes interesser i forbindelse med etterforskning og hovedforhandling i saken.“ Her ligger nøkkelen til bistandsadvokatens oppgaver, men bestemmelsen gir likevel liten veiledning. Nøkkelen til hvordan advokaten skal løse oppgaven ligger i selve advokatoppdraget og advokatrollen koblet opp mot fornærmedes behov og situasjon. Bistandsadvokaten skal derfor informere klienten om de enkelte deler av saksgangen i straffesaken og bistå med å fremme et erstatningskrav dersom fornærmede ønsker dette. Arbeidet må i tråd med vanlige prinsipper om salærberegning i rettsjelpssaker ikke være mer omfattende enn nødvendig.

<sup>6</sup> Se straffeprosesslovens §§ 428, første ledd annet punktum, 427, 431 og 432.

## 2. Personlige egenskaper

Det er fra flere hold påpekt at bistandsadvokaten skal inneha personlige egenskaper som gjør den enkelte skikket for oppraget. Det er en selvfølge at man i slike saker har empati og forståelse for fornærmedes situasjon, men man beveger seg lett ut på tynn is dersom man opptrer som hobbypsykolog og sjelesørger.

## 3. Samfunnets forventninger til hva en straffesak skal være legger press på bistandsadvokatens rolle

Fornærmede har gjerne for store forventninger til hvilke påvirkningsmuligheter bistandsadvokaten har. Oppfatningen av hva som er bistandsadvokatens oppgaver varierer ut fra dommerens personlighet og oppfatninger. Hvordan bistandsadvokaten skal arbeide beror i stor grad på dommeren. Det gjør arbeidssituasjonen for bistandsadvokaten lite forutsigbar og det blir vanskelig å forberede seg til oppgaven i den enkelte sak.

## 4. Bistandsadvokatens oppgaver må klargjøres i regelverket

Fornærmede kan på ethvert trinn i prosessen ha behov for å tilføre saken opplysninger. Under etterforskningen kan det være behov for å få avhørt flere vitner. Aktor kan ha glemt en viktig detalj i sin bevisførsel for retten, gjerningsbeskrivelsen i tiltalen er lite treffende ut fra den virkelighet fornærmede har opplevd mv. Det synes å herske en oppfatning spesielt fra dommerhold, om at selve ansvarsgrunnlaget for den straffbare handling er fornærmede og bistandsadvokat uvedkommende under hovedforhandling. Det er derfor særdeles viktig at bistandsadvokatens oppgaver avklares og klargjøres i lovverket. Behovet for endringer og klargjøring av regelverket må ses i lys av hva som er **den fornærmedes primære interesse** i den enkelte sak og vurdere dette opp mot advokatoppdraget.

Bistandsadvokaten kan komme inn før anmeldelse blir inngitt og det vil da gjennom konferanse med klient være naturlig å bistå ved vurdering av om forholdet bør anmeldes eller ikke. Sentralt her er å vurdere saken i forhold til beviskrav ved voldtekt og foreldelsesproblematikk. I andre saker danner man seg et bilde av klientens behov gjennom første gangs konferanse med klienten og arbeider videre i forhold til dette.

## 5. Under etterforskning

Under etterforskning av sakene bør bistandsadvokaten være et bindeledd mellom politi/påtalemyndighet og fornærmede, herunder ivareta retten til dokumentinnsyn på vegne av fornærmede, videre sjekke at påtalemessige avgjørelser er tatt av rett instans, og om tiltalen er korrekt utformet. Fornærmede har også

per i dag rett til å være bistått av bistandsadvokat i forbindelse med anmeldelse. Ved fremme av erstatningskrav må det vurderes hvordan disse skal presenteres i den videre saksgang. Videre må bistandsadvokaten informere klienten om påtalemessige avgjørelser og vurdere og utforme klage over henleggelse/påtalemessige avgjørelser.

## 6. Før hovedforhandling

Bistandsadvokaten må på linje med forsvareren sjekke tiltalen og bevisoppgaven. Bistandsadvokaten må vurdere om det skal føres egne bevis i tillegg til aktor. Videre må det sjekkes at det er satt av tilstrekkelig tid i retten, for behandling av for eksempel erstatningskravet.

Det hender fortsatt at fornærmede som vitne ringer bistandsadvokaten og forteller at hun skal i retten og vitne i saken der hun er fornærmet. Dersom bistandsadvokaten tilfeldigvis har ledig de dagene som er satt av til saken kan vi jo „henge med“. Verre er det dersom vi ikke finner tid for da er løpet ofte kjørt. Det sier seg selv at det skal mye til før retten omberammer en sak av hensyn til fornærmede og dennes representant. Retten er bundet av frister mv. Konsekvensene av at varslingsreglene overfor bistandsadvokaten ignoreres er få eller ingen og gjør arbeidssituasjonen til bistandsadvokaten uholdbar. Vi må derfor få et regelverk som sikrer at bistandsadvokaten og fornærmede blir varslet.

Bistandsadvokaten bør ta med seg fornærmede og vise henne rettssalen før hovedforhandling.

## 7. Under hovedforhandlingen

Bistandsadvokatens rettigheter må klargjøres under hovedforhandlingen. Retten til å stille spørsmål til tiltale og andre vitner enn fornærmede må klargjøres og lovfestes. Bistandsadvokaten har et klart behov for å kunne stille supplerende spørsmål til tiltalte og vitner som fornærmedes representant.

Bistandsadvokaten må gis muligheter til å få belyst det erstatningsrettslige skyldgrunnlaget i de tilfeller der fornærmede har et erstatningskrav. I disse tilfellene vil bistandsadvokaten ha et behov for å få formulert grunnlaget for erstatningskravet så presist som mulig, momenter av betydning kan være handlingens objektive grovhet, graden av skadevolders skyld samt hvor lenge handlingen har pågått. Handlingen kan som nevnt ha pågått utover den tid som er omhandlet i tiltalen

Fornærmede sitter ofte tettere på saken enn aktor som kan glemme viktige spørsmål. I dag løses dette ved at bistandsadvokaten sender lapper til aktor. På denne måten blir nok enkelte viktige spørsmål stilt, men de blir ofte haltende og behovet for å kunne stille oppfølgingsspørsmål blir ikke ivaretatt.

## 8. Høyesterett

I dag er retten til advokat når saken kommer til Høyesterett forbehold tiltalte.

Bistandsadvokaten og fornærmede blir ikke informert om ankene til Høyesterett. Bistandsadvokaten må settes i stand til å vurdere om en anke gjør det nødvendig å prosedere erstatningskravet. Ankes det for eksempel på feil lovanvendelse og tiltalte blir frifunnet som følge av dette, kan man risikere at resultatet medfører at erstatningskravet også bortfaller.

Fornærmede har i sakene som ender i Høyesterett også behov for å bli varslet ved bistandsadvokatene om innholdet i ankene og ta en gjennomgang av disse. Videre vil fornærmede ha et behov om informasjon om saksbehandlingen i vår øverste domstol. Det bør derfor i slike tilfeller være en lovfestet rett til bistandsadvokat, men bistandsadvokatens oppgaver kan da være mer begrenset.

## 9. Etter at behandlingen i rettsapparatet er ferdig

Politi og påtalemyndighet må ha rutiner for å sikre fornærmede mot nye overgrep og bidra til å forhindre at ny kriminalitet skjer. Ved rettskraftig dom kan dette være varsel om når gjerningsmannen skal inn til soning, informasjon om permisjoner og løslatelse. Har fornærmede og gjerningsmann barn sammen reises spørsmålet om samværsordninger og samværsrett mv. Fengselet må få lovbestemte rutiner med å varsle en fornærmet barnemor om når far kommer ut av fengselet eller hvordan han ser på samvær med fellesbarn under soningen. Fornærmede bør sikres en rett til bistandsadvokat i sammenheng med disse spørsmål.

Fornærmede kan trenge hjelp til å settes i forbindelse med hjelpeapparatet for øvrig og til å sende inn en søknad om voldsofferstatning.

# IX SPESEIELLE TILTAK FOR Å BESKYTTE FORNÆRMEDE

## 1. Besøksforbud og hemmelig adresse

Kvinner som utsattes for vold har i dag mulighet for å be om besøks- og kontaktforbud overfor gjerningsmannen. Det kan innvilges voldsalarm og adressen kan gjøres hemmelig. Disse tiltakene må gjøres lett tilgjengelige for kvinnene.

Politi og påtalemyndighet kan fatte vedtak om at gjerningsmannen forbys å kontakte fornærmede dersom det foreligger risiko for at han utsetter kvinnen for straffbare handlinger. Slike besøksforbud kan besluttes overfor voldelige familiefedre i eget hjem. Fornærmede kan få hemmelig adresse. Dette må det søkes om til folkeregisteret av fornærmede selv. Denne prosessen må gjøres lettere da folkeregisteret gjerne ber om en mer grundig redegjørelse, noe som fører til at denne muligheten ikke når frem til mer ressursfattige kvinner. Politiet burde gis myndighet til å beslutte hemmelig adresse og melde dette til folkeregisteret.



## X BARNAS SITUASJON TAS IKKE PÅ ALVOR

Dersom voldsutøver og fornærmede har barn sammen kan faren likevel gis samværsrett med barna samtidig som han har forbud mot å kontakte moren. Kvinnen kan ha hemmelig adresse. Risikoen for at barna utsettes for press og lojalitetskonflikt i slike situasjoner er svært stor. Det er vanskelig for et barn å holde mors adresse skjult for far. Det skal svært mye til før domstolene nekter en far samværsrett med barna til tross for at han har vært voldelig mot moren. Dersom barna ikke er direkte rammet argumenteres det med at det ikke foreligger risiko for at far slår barna. Et samvær mellom far og barn i tilfeller der det foreligger et besøksforbud gjør moren livredd og stresset. Dersom moren har den daglige omsorgen for barna svekkes omsorgsbasen og barna traumatiseres. Hvordan barna opplever dette og hvordan deres psykiske helse påvirkes synes å være et tema man i liten grad er opptatt av. Terskelen for å nekte faren samvær i slike situasjoner bør senkes betraktelig. Hovedregelen bør være at barna skal slippe å få møte voldsutøveren så lenge det er risiko for at han kan være voldelig mot moren.

Ved vold i nære relasjoner rammes barna selv om de ikke er direkte utsatt for volden.

Barna får rollen som lynavledere og meklere mellom foreldrene, og de påføres traume. Forskning som er utført på dette området i de siste årene viser at ubehandlet traume hos barn som følge av familievold kan føre til alvorlige adferds- og tilpasningsproblemer. Dersom samfunnet ikke er i stand til å avdekke vold mot barn og beskytte dem i situasjoner der mor utsettes for kriminelle handlinger, vil dette medføre betydelige omkostninger.

## XI AKTØRENE MÅ SKOLERES

Dersom rettssystemet skal utvikle seg og møte voldsutsatte kvinner og barn på en tilfredsstillende måte, er det nødvendig med kunnskap. Aktørene i rettssystemet bør gis opplæring i hvordan man møter og behandler den fornærmede. Dette gjelder ikke minst for bistandsadvokater. Vi må tilføres kunnskap om hvordan volden rammer barna og i fornærmedes primære behov. Politi, påtalemyndighet og domstoler må skoles i hvilke psykiske reaksjoner voldsutsatte kan ha og hvordan de best kan møtes i rettssystemet. Dersom det er barn i situasjonen må det gis opplæring i hvordan barnas situasjon kan kartlegges og ivaretas. Det må etableres fora for kunnskap og videreutvikling med formål beskytte de voldsrammede i rettssystemet.

Lars Boman

Skada på den biologiska mångfalden

## Skada på den biologiska mångfalden

Vad kan och bör ersättas och vad är försäkringsbart?

Av advokaten *Lars Boman*,

Advokatfirman *Morssing & Nycander AB*, Stockholm, Sverige

*Referatet skall ses i ljuset av EG-direktivet den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador. Vägen till direktivet har varit lång. Även om direktivet kan sägas innehålla ett antal brister och vara relativt begränsat, har den viktiga principen fastslagits att det föreligger ett ansvar för skada på naturen i sig och att det finns en bärare av rättigheterna, nämligen staten.*

*Implementeringen av direktivet skall nu ske i de nordiska länderna, i förekommande fall på grund av EES-avtalet. Direktivet är ett minimidirektiv.*

*Referatet inviterar till diskussion om hur implementeringen av direktivet skall ske inom Norden och referenten menar för sin del att det skall iaktas försiktighet när det gäller att utvidga direktivets regler utöver vad som där sägs och i andra avseenden än där det redan etablerats strängare regler i de nordiska länderna. Det betonas att implementeringen av direktivet bör ske i nordiskt samråd för att uppnå uniformitet.*

*Referatet innefattar ställningstaganden när det gäller försäkring och andra säkerhetslösningar till tryggnad av direktivets mål och anger ståndpunkter i ett antal delfrågor beträffande implementeringen av direktivet.*

### 1. Biologisk mångfald

Innan de juridiska frågor behandlas som uppkommer när det gäller skada på den biologiska mångfalden bör något nämnas om vad som egentligen avses med biologisk mångfald,<sup>1</sup> dvs det som är särskilt skyddsvärt enligt de numera interna-

---

<sup>1</sup> Det finns ett omfattande material som är både naturvetenskapligt, ekonomiskt och juridiskt uppdelat. Generellt kan iaktas att de olika utgångspunkterna inte alltid är förenliga och att spännvidden i diskussionen därför är mycket stor. I flera moderna verk finns dock sammanfattningar och komparativa studier som det inte finns utrymme att här närmare redogöra för. Hänvisning sker därför för enkelhetens skull endast till några verk och framför allt de litteraturförteckningar som förekommer där. (Se bl.a. Larsson, *The law of Environmental damage. Liability and Reparation*, 1999, s 70 ff och den omfattande käll- och litteraturförteckningen på s 618 ff.) Hänvisning kan också göras till de mycket användbara företeckningarna över konventioner och internetkällor hos Ebbesson, *Internationell Miljörätt*, 2000, och Darpö, *Eftertanke och förutseende – en rättsvetenskaplig studie om ansvar och skyldigheter kring förorenade områden*, 2001. Vidare kan hänvisning göras till Wetterstein, *Redarens Miljöskadeansvar*, 2004, som ur ett sjörättsligt perspektiv anger värdefulla referenser långt därutöver och med senaste uppdatering.

tionellt vedertagna principer som kommer att beröras här.<sup>2</sup> För de största skadorna på naturresurserna svarar sannolikt naturen själv genom olika former av det vi kallar naturkatastrofer. Det kan också ifrågasättas om all minskning av biologisk mångfald verkligen är av ondo. Om detta har debattens vågor stundtals gått höga. Jag kommer dock inte att redogörare närmare för den debatten eller ta någon egen ställning i saken.<sup>3</sup>

Även om innehållet kan te sig svåråtkomligt för en jurist är det värdefullt att ta del av några av de tankar och slutsatser som framförs i t.ex. de studier som nyss hänvisats till. Det är annars inte så lätt att förstå vad det egentligen är som skall anses utgöra skada på den biologiska mångfalden och vad som skall förebyggas och avhjälpas.

I Artikel 2 i 1992 års konvention om biologisk mångfald (se nedan) definieras "biologisk mångfald" som: "*Variationsrikedomen bland levande organismer av alla ursprung, inklusive från alla landbaserade, marina och andra akvatiska ekosystem och de ekologiska komplex i vilka dessa organismer ingår; detta innefattar mångfald inom arter, mellan arter och ekosystem*".

På uppdrag av den svenska regeringen har Naturvårdsverket lagt fram ett förslag till ett "*16:e Miljö kvalitetsmål för Biologisk Mångfald*" som redovisades till regeringen den 15 augusti 2003. Utredningen innehåller ett citat av Carl von Linné i skriften "Om undran inför naturen": "*Jag vet ej ens rätt, huruvida världen utan olägenhet skulle kunna äga bestånd, om till och med blott en enda djurart där komme att saknas*".

Det nya miljö kvalitetsmålet<sup>4</sup> för biologisk mångfald lyder:

*"Ett rikt växt- och djurliv. Alla arter som naturligt förekommer i Sverige skall kunna fortleva i långsiktigt livskraftiga bestånd med bibehållen genetisk variation. Den biologiska mångfalden bevaras genom att arternas livsmiljöer och ekosystemens funktioner och processer värnas. Naturen med dess växter, djur och övriga organismer är en väsentlig del av människans livsmiljö och en grund för vår hälsa och välfärd."*

<sup>2</sup> För en beskrivning av naturresurser och biologisk mångfald se Ebbesson s 162 ff och i avhandlingen angiven ytterligare litteratur. För en mer naturvetenskaplig presentation kan hänvisas till det sannolikt ledande verket på området: Wilson, *The diversity of life* (svensk utgåva 1995).

<sup>3</sup> Se även Wilsons senare bok, *The future of life*, 2002 (svensk översättning) som inleds med följande citat: "Till slut kommer vårt samhälle att definieras inte bara av vad vi skapar, utan också av vad vi vägrar att förstöra" (citat av John C. Sawhill, *The Nature Conservancy*). Beskrivningen av den biologiska mångfalden på s 33–42, där de tre nivåerna ekosystemen, arterna och generna i arvsmassan är närmare beskrivna, är tankeväckande.

<sup>4</sup> Syftet är att bidra till en målstruktur för att stärka arbetet med bevarande av biologisk mångfald. (Se [www.naturvardsverket.se](http://www.naturvardsverket.se))

Utöver det huvudsakliga målet formulerades nya delmål enligt följande: (1) *Regionala landskapsstrategier för biologisk mångfald*, (2) *Restaurering av biotoper*, (3) *Nationell vägledning för bevarande av geografisk och genetisk variation*, (4) *Skydd av hotade arter*, (5) *Främmande arter* och (6) *Förvaltning av viltstammar*.

Det poängterades särskilt att målen sannolikt kan nås bara genom förståelse hos samhällets medborgare. Det krävs därför en ökad informations- och folkbildningsverksamhet. Inte någonstans i de sammanhang som nu refererats till har frågan om skadestånd, ersättningsrätt eller försäkringsmöjligheter berörts. I utredningens sammanfattning sägs att det i Sverige framför allt är stora förändringar i markanvändning, övergödning av haven och på lång sikt klimatförändringar som hotar den biologiska mångfalden.

Som kommer att framgå nedan föreligger sedan april 2004 ett EG-direktiv som omfattar skada på biologisk mångfald. Benämningen är där annorlunda och uttrycks som skada på "*naturresurs*", vilket sedan är närmare definierat.

## 2. Internationell bakgrund

En FN-konferens i Stockholm 1972 blev det första internationella forum som etablerades med syfte att komma till rätta med de globala miljöproblemen. Framför allt var det den regionala miljöförstörelsen och det sura regnet över Nordeuropa som tilldrog sig intresse.

Konferensen fick först kritik av G7 länderna i FN, men 113 länder kom att delta och resultatet blev ett miljöprogram i FN:s regi, United Nations Environmental Program (UNEP). Efter ett fortsatt internationellt arbete framlades 1986 den s.k. Bruntlandrapporten "*Vår gemensamma framtid*" med fokus särskilt på de växande globala miljöhoten som ett resultat av fattigdom i de fattiga länderna och överkonsumtion i de industrialiserade länderna. Rapporten slog fast att världens miljöproblem inte kan lösas utan omfattande internationellt samarbete. Ett bärande begrepp präglades i den rapporten, nämligen "*hållbar utveckling*".<sup>5</sup>

Nödvändigheten av en hållbar utveckling finns också intagen i Amsterdamfördraget (Artikel 6).<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Definitionen var: "Detta är en utveckling som möter nuvarande generationers behov, utan att äventyra kommande generationers möjligheter att tillfredsställa sina behov."

<sup>6</sup> Se bl. a. Backer, Miljöskydd och ekonomiskt utnyttjande – principen om hållbar utveckling, Det Nordiska Juristmötet i Helsingfors 2002 och Bugge, Forurensningsansvaret, 1999 s 65–69.

1992 antogs vid en konferens i Rio de Janeiro en konvention om biologisk mångfald,<sup>7</sup> ett antal deklARATIONER, bl.a. om principerna för det fortsatta arbetet med miljö och utveckling, och det s.k. *Agenda 21* (ett handlingsprogram för nästa århundrade).<sup>8</sup>

På området föreligger också, utöver 1992 års konvention, ett antal mer specificerade konventioner, som även de innefattar frågor om skada på den biologiska mångfalden, t.ex. om havsförorening, oljeutsläpp, luftförorening, radioaktiva ämnen, valfångst, handel med utrotningshotade djur, våtmarker, Antarktis, osv.<sup>9</sup>

Vid en avstämning beslutad vid Riokonferensen, som ägde rum 1997 i FN:s Generalförsamlings regi, visade det sig att det var svårt att uppnå enighet kring en sammanfattande politisk deklARATION. Det fattades dock viktiga beslut om hur det fortsatta genomförandet av Agenda 21 skulle utformas. Det beslutades att världens länder skulle förebereda nationella strategier för hållbar utveckling.

Vid ett världstoppmöte i Johannesburg 2002 åtog sig länderna att till 2005 implementera sina nationella strategier.

År 2000 överlämnade den svenska regeringen Sveriges nationella strategi för hållbar utveckling till riksdagen.<sup>10</sup>

### 3. Nordisk rättslig bakgrund

Miljöskaderätten har utgångspunkt i ungefär samma skadeståndsrättsliga principer i de nordiska länderna, men har sedan utvecklats något olika. Här skall bara göras följande hänvisningar.

Sveriges miljöskadelag från 1986 har i stort sett oförändrad införts i miljöbalken (1998:808) tillsammans med ett stort antal andra miljörättsliga författ-

<sup>7</sup> The 1992 UN Convention on Biological Diversity.

<sup>8</sup> Om den historiska bakgrunden och utvecklingen på området finns en utförlig beskrivning hos Larsson a.a. del I: "Setting the scene. Environmental policy and law". I kapitlet ges också ett antal förslag på både ett nationellt och internationellt plan att implementera de idéer och principer om vilka det tycks finnas en viss enighet globalt. Hänvisning görs bl.a. till 1991 års Haagrekommendationer och till Kounzlik i "Enforcement of EU Environmental law"; Article 169 "The Ombudsman and the Parliament". Om utseende av en "Environmental Ombudsman" se nedan i samband med vissa kommentarer till en ny NOU om miljöansvar. Hänvisning görs också till OECD:s riktlinjer om "Environmental effectiveness". I kapitlets sammanfattning nämns att en internationell miljöregim är under utveckling baserad på ett antal principer, däribland "Polluter Pays principle", "Precautionary principle", "Substitution principle" och ett antal underprinciper. Vid den tidpunkten förelåg ännu inte EG:s Vitbok om miljöansvarsordning. Därför kommer det här referatet att något utförligare beröra framför allt det fortsatta arbetet med dessa frågor inom EU.

<sup>9</sup> Se t.ex. förteckningen över konventioner och internetkällor, Ebbesson, s 273.

<sup>10</sup> Sammanfattning av regeringens skrivelse om Nationell Strategi för Utveckling [www.miljo.regeringen.se](http://www.miljo.regeringen.se) Slutbetänkande från Nationalkommittén för Agenda 21 och Habitat (pdf).

ningar. Lagstiftning på området har skett i Norge 1989, Danmark 1994 och Finland 1996.<sup>11</sup> Nyligen (den 7 december 2004) framlades en norsk offentlig utredning med förslag till en naturmångfaldslag.<sup>12</sup>

#### 4. Svensk rättslig bakgrund

Den svenska miljöbalken (1998:808) anger i sin portalparagraf 1 kap. 1 § att bestämmelserna i balken syftar till att främja en hållbar utveckling och skall tillämpas bl.a. så att den biologiska mångfalden bevaras.<sup>13</sup>

Mellan de olika punkterna i 1 § 2 st finns knappast några klara gränser. 1 kap. 1 § utgör ett slags ramstadgande vilket innebär att preciseringen i andra stycket inte kan anses uttömmande.<sup>14</sup>

##### *Miljöbalkens skadestandsregler*

Miljöbalken innehåller skadestandsregler i 32 kap. Sammanfattningsvis ersätts enligt de reglerna personskada, sakskada och, under vissa omständigheter, ren förmögenhetsskada. Trots att balkens portalstadgande alltså innefattar skydd även för den biologiska mångfalden enligt punkt 3, faller sådan skada utanför miljöbalkens nuvarande ersättningssystem (även om en förvaltningsrättslig skyldighet att vidta förebyggande och återställande föreligger i vissa fall).

<sup>11</sup> Se Larsson s 315 och för en sammanfattande framställning Helen Wising, Skadestånd för ekologisk skada, examensarbete Handelshögskolan vid Göteborgs universitet 2001, Darpö, Eftertanke och förutseende, s 389 ff (Danmark) och s 230f (Norge och Finland), Sandvik, Miljöskadeansvar, 2002, Wetterstein, Redarens miljöskadeansvar, 2004 och Basse m.fl., Miljöerstatningsloven med kommentarer, 1995, samt översikt i bilaga 8 till NOU 2004:28 (se där även en internationellt anförda utanför Norden inklusive EU).

<sup>12</sup> NOU 2004:28, Lov om bevaring av naturen, landskap og biologisk mangfold (förslaget kommenteras kortfattat nedan såvitt avser avsnittet om "Tillsyn og sanktionsmidler").

<sup>13</sup> Miljöbalkens syfte och tillämpningsområde: 1 § Bestämmelserna i denna balk syftar till att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. En sådan utveckling bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människans rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl. Miljöbalken skall tillämpas så att 1) människors hälsa och miljön skyddas mot skador och olägenheter oavsett om dessa orsakas av föroreningar eller annan påverkan, 2) värdefulla natur- och kulturmiljöer skyddas och vårdas, 3) den biologiska mångfalden bevaras, 4) mark, vatten och fysisk miljö i övrigt används så att en från ekologisk, social, kulturell och samhällsekonomisk synpunkt långsiktigt god hushållning tryggas, och 5) återanvändning och återvinning liksom annan hushållning med material, råvaror och energi främjas så att ett kretslopp uppnås.

Emellertid har det i allmänhet konstaterats att ekologisk skadeståndsrätt baserad på ett klassiskt skadeståndstänkande misslyckats och att vägen istället bör tas över ett förvaltningsrättsligt ansvar. Sådana konstateranden har gjorts av ett flertal författare, bl.a. Larsson i a.a.

<sup>14</sup> Se Bengtsson m.fl. Miljöbalken, En kommentar (nedan "Kommentaren"), s 1:4.

Vid miljöbalkens tillkomst ansågs tiden ännu inte mogen, bl.a. i avvaktan på den internationella utvecklingen, att införa skadeståndsregler även för denna typ av skada, men i förarbetena och kommentaren diskuteras den framtida utvecklingen.<sup>15</sup>

Därefter har alltså en utveckling skett, särskilt inom ramen för Europasamarbetet. I ett senare avsnitt kommer att redogöras ytterligare för detta, vilket nog är en förutsättning för förståelsen av de speciella frågor som behandlas och de teser som uppställs inom ramen för det här referatet.

### *Skada på biologisk mångfald enligt svensk rätt*

Biologisk/ekologisk skada har i svensk rätt närmast betraktats som en form av ideell skada. Det har också på senare tid hävdats att ekologiska skador skall anses utgöra en särskild skadetyper fristående från sakskada, förmögenhetsskada eller det som annars benämns ideell skada.<sup>16</sup>

Enligt Marie-Louise Larsson kan (med viss förebild på annat håll) en möjlig uppdelning också vara att miljöskadeansvaret utvecklas i "tre generationer" den första avseende klassiska skador med stöd av MB 32 kap, den andra offentlighetsrättslig lagstiftning om ansvar för efterbehandling av förorenade områden, och den tredje kommande försäkringslösningar.<sup>17</sup>

### *Svensk rättspraxis på det ekologiska området*

Vid miljöbalkens tillkomst fanns i Sverige redan en viss rättsutveckling genom NJA 1995 s 249 (Järvfallet). Miljöbalksutredningen konstaterade att skada på den biologiska mångfalden i stort sett kunde ersättas med de av Högsta domstolen i det fallet uttalade principerna som förebild.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Se Kommentaren s 32:5 och 32:10 ff

<sup>16</sup> Se t.ex. Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga (SvJT 2003, s 330). Se också beträffande "rent ideell skada" Hellner, Skadeståndsrätten – en introduktion, Uppl 2, s 105 och Larsson, The law of environmental damage, s 491 ff angående olika typer av skador på naturresurserna där det görs en viss utvidgning av begreppet ren förmögenhetsskada och där skada på ekosystemet skall kunna anses som ett brott mot allmänhetens rättigheter, samt Bugge, Föroreningsansvaret, s 403.

Kanske vore det inte helt fel att istället utgå från att skadan är en sakskada. Det är ju fråga om skada på naturen. Att den inte kan mätas i pengar på traditionellt sätt (men kanske på annat sätt) eller att det är samhället i stort, representerat av staten, som är skadelidande, borde inte ha någon principiell betydelse. Skadan skulle kunna utgöra inte bara en ekologisk utan även en ekonomisk skada. Betraktade på detta sätt skulle sådana skador alltså kunna omfattas av redan gällande regler. Så har dock saken normalt inte uppfattats.

<sup>17</sup> Larsson, En doktorsavhandling och en miljöbalk, NFT 1997 s 265 ff.

<sup>18</sup> (SOU 1996:103 s 630 ff)



Ansvar hade konstruerats som om det avsett en "ekonomisk skada".<sup>19</sup> Det som emellertid får anses torde ha varit epokgörande i järvfallet är att staten kunde vara skadelidande och part i skadeståndsmålet. De rena miljöskadorna och ekologiska skadorna ansågs ha drabbat ett offentligt allmänt miljöintresse. Det har hävdats att HD genom sin dom i järvfallet kan ha infört en "ekologisk skadeståndsrätt".<sup>20</sup> Det är emellertid tveksamt om det kan dras en så långtgående slutsats av HD:s domskäl. Därmed är inte sagt att ekologiska skador, om man inte väljer att betrakta dem som saksador, inte skulle kunna utgöra ett särskilt begrepp inom skadeståndsrätten.<sup>21</sup> I propositionen uttalade regeringen att frågan om ersättning för skador på allmänna naturresurser borde utredas ytterligare. Detta leder snarast till slutsatsen att järvfallet inte utan vidare kunde utgöra en riktlinje när det gäller att fastställa miljövärden.<sup>22</sup>

## **5. Europaarbetet med att implementera de principer som fastlagts vid de ovan nämnda konferenserna och i konventionerna**

Det föreligger sedan april 2004 ett EG-direktiv om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskada. Direktivet skall implementeras av medlemsstaterna senast den 30 april 2007 och den fortsatta diskussionen i detta referat skulle kunna ta sin utgångspunkt direkt i direktivet. Det får dock anses viktigt för den rätta förståelsen av vad som skett och nu sker när det gäller skadeståndsrättsliga och försäkringsrättsliga frågor i samband med skada på biologisk mångfald att gå tillbaka i historien och betrakta de olika stegen i utvecklingen av den europeiska miljörätten fram till i dag. Det materialet utgör ju de egentliga förarbetena till direktivet. Särskilt är värt att notera den diskussion som förevarit om försäkring eller annan säkerhet för det rätta fullgörandet av det minimiansvar som direktivet nu föreskriver.

---

<sup>19</sup> Jfr också NJA 1993 s 753 angående skyddad fast formlämnning och fall refererat i FFR 1966 s 236 angående fridlyst häckande storlom (se om fallet Saxén, Skadeståndsrätt, s 88).

<sup>20</sup> Se Kleinerman, Ideell skada och förmögenhetsförlust – "nytt synsätt under framväxt" i JT 1995/96 s 102 ff.

<sup>21</sup> Se Sandvik, Miljöskadestånd – några utvecklingstrender i miljöskaderätten, JT 1996/97 s 402 och Larsson, a.a., s 409.

<sup>22</sup> Se Larsson, En doktorsavhandling och en miljöbalk, NFT 1997 s 272 (se också RF 1997: 61 och RH 2000:94 om olovlig jakt på älg och varg).

### ***EG:s Vitbok den 9 februari 2000 om Miljöansvar***

Inom EG har förelegat intresse och tagits ett flertal initiativ när det gäller att skapa en gemenskapsregim för ersättning vid miljöskada. Kommissionen lade fram en Grönbok i ämnet 1993. Därefter ägde en gemensam utfrågning rum tillsammans med Europaparlamentet. En parlamentsresolution med krav på ett EG-direktiv lades fram samma år. Ett yttrande från Ekonomiska och Sociala Kommittén 1994 föregick ett kommissionsbeslut i januari 1997 om utarbetandet om en vitbok.

Eftersom frågorna om skadestånd vid miljöskada i EU:s arbete kom att knytas i stor omfattning till frågan om *försäkringsmöjlighet* och då det inte utvecklats någon skadeståndsrätt eller försäkringsmarknad när det gäller den typ av miljöskada som utgörs av skada på den biologiska mångfalden, hade redan vissa underhandskontakter ägt rum med den europeiska försäkringsmarknaden.

En formell kommunikation med den europeiska försäkringsbranschen inleddes genom att *Comité Européen des Assurances (CEA)* inbjöds att lämna synpunkter i olika avseenden när det gäller miljöskada och möjligheterna till försäkring för sådan. CEA yttrade sig genom skriftliga inlägg till DG 11 om bl.a. "*Förutsättningar för försäkringsbarhet när det gäller miljöansvar*", "*Reservationer när det gäller karaktäristika för ekologisk skada*" och "*Särskilda synpunkter på EG:s Working Paper on Environmental Liability*").

I en *CEA Note* i juli 1998 angående "*Insurance Conditions for an Environmental Liability Regime*" uppställdes ett antal grundläggande förutsättningar för att försäkring av miljöskada skulle vara möjlig. Det betonades dock inledningsvis att europeiska försäkringsgivare var beredda att positivt ta ställning till initiativet att sträcka ut gränserna för försäkringsbarhet när det gäller miljöskaderisker.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> De villkor som uppställdes var sammanfattningsvis följande:

- En ansvarsregim får inte göras retroaktiv.
- Eftersom det inte finns några accepterade standarder för skada på naturresurser, är det mycket tveksamt om det går att skapa ett ansvar och en ansvarsförsäkringslösning för ekologiska skador.
- Regimen borde inrikta sig på att på annat sätt stimulera prevention.
- Den i miljöskadesammanhang erkända principen om "Polluter Pays" kan bara vara realistisk i skadestånds- och försäkringsärenden om det är helt klart hur mycket förorenaren skall betala och till vem. Det förslag som dittills skisserats av kommissionen hade inte gett någon klarhet i dessa avseenden.
- De förslag som dittills framlagts innehöll i princip strikt ansvar, men med ett flertal undantag och regler om orsakssamband, långa preskriptionstider m.m. som kunde leda till stor osäkerhet och som skulle göra det omöjligt att få täckning för sådana typer av skador på försäkringsmarknaden. De skulle helt enkelt inte vara försäkringsbara. Efter det att dessa villkor angivits av CEA har följt ytterligare diskussion som lett till en delvis förändrad inställning hos Kommissionen.

Efter ett omfattande förarbete inom EG framlades den 9 februari 2000 genom Generaldirektoratet för Miljö en *Vitbok om Ersättningsansvar för Miljöskador* (KOM (2000) 66, slutlig).

Sammanfattningsvis innefattade Vitboken<sup>24</sup> följande: Miljöansvar bör utkrävas av den som har orsakat miljöskador ("Polluter Pays principen"<sup>25</sup>). Denne skall betala kostnaden för att avhjälpa de skador han har orsakat. Ett sådant ansvarsinstrument är bara effektivt om det är möjligt att identifiera en eller flera förorenare, om skadan kan kvantifieras och om det går att visa att det finns ett orsakssamband. En sådan ordning skulle kunna utgöra en garanti för att miljön saneras och återställs, den skulle göra det möjligt att i större utsträckning integrera miljöfrågorna med andra politiska områden och förbättra den inre marknadens funktion.

Miljöansvarsordningen skulle, enligt Vitboken, också förstärka incitamenten för ett mer ansvarsfullt uppträdande från företagens sida och därmed ha en

---

<sup>24</sup> I förordet omnämndes incidenterna med miljöutsläpp från oljetankern ERIKA vid den franska kusten och dammgenombrottet i södra Spanien, som orsakade enorma skador på den omgivande miljön, bl.a. på fåglar av skyddade arter. (Då hade ännu inte oljeutsläppet från tankern PRESTIGE inträffat, som orsakade skador både i Spanien och Frankrike.) Det sades i förordet att dessa händelser väckte frågan om vem som skulle betala för att sanera förorenade områden och avhjälpa skadan: samhället, skattebetalarna eller förorenaren "om denne kan identifieras". Det angavs också i Vitboken att allmänheten är oroad över att genetiskt modifierade produkter kan påverka vår hälsa eller få negativa konsekvenser för miljön. Vidare skisserades en struktur för en framtida miljöansvarsordning på EG-nivå enligt huvudprincipen att det är förorenaren som skall betala. Den föreslagna ordningen skulle inte bara omfatta person- och sakskador och förorenade områden, utan också skador på naturen, särskilt sådana naturresurser som är viktiga för att bevara den biologiska mångfalden i gemenskapen, närmare bestämt områden och arter som skyddas inom ramen för det s.k. "Natura 2000-nätet". Det konstaterades att några sådana miljöansvarsordningar ännu inte fanns i EU:s medlemsstater.

<sup>25</sup> Principen är egentligen en marknads- och konkurrensprincip. De kostnader som en verksamhet förorsakar bör bäras av den som har nytta av verksamheten. Principen har fått ett stort inflytande i olika avseenden. Det kan nästan sägas att den kommit att omfattas av en sorts magi. När det gäller skada på biologisk mångfald är det väl inte särskilt märkligt att den som orsakar en skada får betala den på ett eller annat sätt. Om nu en skada på den biologiska mångfalden anses drabba hela samhället och om alla verksamhetsutövare i sina priskalkyler skall inväga ett ansvar för sådana miljöskador inklusive försäkringar eller andra säkerhetslösningar kan det ifrågasättas om inte principen så att säga urholkar sig själv. Slutligt kommer kostnaden ändå att stanna på samhället. Vid ett sådant betraktelsesätt blir principen mindre magisk, men dess värde kvarstår såvitt avser ansvaret som sådant. (Se om synpunkter på principen även Sandvik, Miljöskadeansvar s 34 ff och kapitel 4.)

förebyggande effekt. Miljöansvarsordningen borde inte ha retroaktiv verkan, men omfatta både miljöskador, dvs förorenade områden och skador på den biologiska mångfalden, och klassiska skador (hälso- och sakskador).<sup>26</sup>

Vitboken, som alltså omfattade även de s.k. klassiska skadorna, utsändes på remiss till medlemsstaterna. För Sveriges del ordnades en motsvarande nationell remissomgång. Av remissinstanserna reagerade bl.a. Svenska Naturskyddsföreningen mot att skador på den biologiska mångfalden endast definierades som "skador på Natura 2000-områden" och kritiserade att inte andra regler i fågel- eller habitatdirektiven som garanterar naturskydd omfattades av förslaget. Föreningen berörde också frågan om en *obligatorisk försäkring* som miljörelsen krävt, bl.a. nämndes frågan om ett ersättningstak, mot bakgrunden av önskemålet att erhålla försäkring. Bland remissinstanserna fanns även Försäkringsjuridiska Föreningen.<sup>27</sup>

På det internationella planet anförde CEA som särskild remissinstans att fokus främst låg på sådan miljö/natur som inte ägs av personer eller vanliga rätts-

---

<sup>26</sup> Den borde också ha ett begränsat tillämpningsområde som är kopplat till EG:s miljölagstiftning, vilket innebär att förorenade områden (liksom klassiska skador) bara borde omfattas om de förorsakas av en farlig eller potentiellt farlig verksamhet som redan är reglerad i EG-lagstiftningen. När det gäller det subjektiva rekvisitet för skadeståndsskyldighet borde det föreligga strikt ansvar för farlig verksamhet, men ett culpa-baserat ansvar för skador på den biologiska mångfalden som orsakas av icke-farlig verksamhet.

I Vitboken citerades och utvärderades också ett antal alternativa lösningar, bl.a. Gemenskapens tillträde till Europarådets Luganokonvention om miljöfarlig verksamhet (som inte fått tillräcklig anslutning), en särskild ordning som skulle omfatta bara gränsöverskridande skador, en rekommendation till vägledning för åtgärder i medlemsstaterna vid gränsöverskridande miljöskada och ett gemenskapsdirektiv och en områdesspecifik ordning med inriktning på bioteknik. Ett gemenskapsdirektiv angående miljöansvar ansågs dock lämpligast, eftersom det skulle ge en integrerande effekt inom gemenskapen. Avslutningsvis angavs i sammanfattningen att detaljerna i direktivet borde utformas i samråd med berörda parter.

<sup>27</sup> Föreningens yttrande nämns här, eftersom detta referat även är inriktat på vad som kan försäkras. (Referenten var huvudförfattare till remissyttrandet.) Sammanfattningsvis tillstyrkte föreningen att det inrättas en miljöansvarsordning för att förbättra tillämpningen av miljöprinciperna i EG-fördraget och genomförandet av EG:s miljölagstiftning och för att garantera att en skadad miljö återställs. Ansvaret borde bygga på principen om att förorenaren betalar. Även om en gemensamhetsordning slutligt skulle omfatta även klassiska skador borde arbetet fokuseras på att skapa regler inom det område som i allmänhet är oreglerat i nationell lagstiftning, nämligen ansvaret för skador på den biologiska mångfalden (ekologiska skador). Här angavs att en gemensamhetsordning bör ha formen av direktiv och inte omfatta endast gränsöverskridande skador. Föreningen hade ingen erinran mot att strikt ansvar införs för ekologiska skador. Detta borde inte urholkas genom många undantag. Jämningsregler borde kunna tillämpas inom ramen för ett direktiv. Ansvaret för ekologisk skada borde vara beloppsbegränsat, bl.a. för att underlätta möjligheten att skapa försäkringskydd. Frågan om en lindring av den skadelidandes bevisbörda för orsakssambandet i ekologisk skada borde inte besvaras innan ansvaret fått en mer precis utformning.

subjekt utan där naturresurserna ägs av stater eller möjligen kommuner, att det inte kan bli fråga om något retroaktivt ansvar när det gäller en eventuell koppling till försäkring, att ett strikt ansvar måste förses med ett antal undantag, och – vilket är en grundläggande förutsättning för all försäkring – att det måste föreligga ett klart påvisat samband mellan en miljöförstörande åtgärd och den uppkomna skadan.

CEA fann också att kanalisering av ansvaret till ett definierat rättssubjekt ligger i linje med ett antal redan existerande regimer, t.ex. produktansvar och ansvar för oljeskador. Skador på biologisk mångfald sades vara av en typ som egentligen inte går att försäkra, eftersom skadan inte kan kvantifieras. Detta är ett av grundrekvisiten för försäkring.

Slutsatsen blev enligt CEA att biologisk skada borde uteslutas från ansvarsregimen, i vart fall till dess det var möjligt att på något sätt kvantifiera sådana skador så att det kunde åstadkommas ett försäkringsskydd. Naturligt nog yttrade sig CEA särskilt över avsnittet om "Financial Security", dvs försäkrings- och andra lösningar för att säkerställa betalning från den ansvariges sida. Hänvisning gjordes visserligen till de ansvarsförsäkringspooler som upprättats i ett antal länder när det gäller olika typer av miljöskador, men CEA reagerade mot en viss optimism som uttalats i Vitboken om tillgängligheten på marknaden av försäkringsskydd för ekologiska skador och ansåg att, så länge de grundläggande förutsättningarna för försäkringsbarhet inte föreligger, något försäkringsskydd knappast skulle bli möjligt.

CEA ansåg vidare att regeln om ett culpabaserat ansvar för icke-farlig verksamhet knappast skulle förbättra möjligheterna att på sikt skapa ett ansvarsförsäkringsskydd för skada på biologisk mångfald. Dock ansågs det vara en fördel att Vitboken inte innehöll någon regel om obligatorisk ansvarsförsäkring och att lösningar lättare skulle komma till stånd om de kan uppnås på frivillig väg.

Under året efter Vitboken upprättades inom kommissionen ett "Working Paper" som innehöll betydande ändringar, delvis baserade på remissvaren. Arbetet inriktade sig nu mer på administrativa regler än civilrättsliga skadeståndsregler. Särskild vikt lades vid prevention och återställande.

Det gjordes också försök att bättre definiera vad som skulle utgöra sådan "betydande skada" ("*Significant Environmental Damage*" (SED)) på den biologiska mångfalden som skulle föranleda ansvar.

Ett förslag den 23 januari 2002 (Kom (2002) 17 Slutlig)<sup>28</sup> till direktiv om ansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador föranledde en ny remissomgång och förslaget vidareremitterades också nationellt.<sup>29</sup>

Direktivförslaget omfattade skada på mark, vatten och biologisk mångfald. De klassiska skadorna, som omfattats av Vitboken, hade nu utmönstrats. Det kan nämnas att *naturvårdsverket*, som i och för sig tillstyrkte förslaget, ansåg att detta behövde ändras eller förtydligas på ett stort antal punkter och att ett direktiv borde omfatta all verksamhet som kan ge upphov till miljöskador och inte endast de begränsade verksamheter som angivits i förslaget. Det anfördes också att verksamhetsutövare som omfattas av direktivet skall ha någon form av försäkring och ekonomisk garanti som tryggar att åtgärder kommer till stånd när så behövs. Bilaga II till förslaget angående förorenade områden borde bli föremål för omarbetning.

Vidare anförde naturvårdsverket att regler som lägger fast ett ansvar för att förebygga och avhjälpa skada på biologisk mångfald leder till ett omfattande ut-

---

<sup>28</sup> Remissvaren sammanställdes och finns delvis refererade i motiven till förslaget. Direktivförslaget innebar en kompromisslösning som visserligen stipulerade ett strikt ansvar för alla verksamheter som angavs i särskild bilaga och för skador på den biologiska mångfalden också av andra yrkesverksamheter än de som förtecknats i bilagan vid culpa, men det gjordes undantag, bl.a. för utsläpp eller verksamheter som inte ansågs skadliga vid den tidpunkt då de ägde rum enligt den då existerande vetenskapliga och tekniska kunskapsnivån (Artikel 9 d). I Artikel 16 uppmanades medlemsstaterna att "uppmuntra" en användning av försäkringsinstrument och andra instrument för ekonomisk säkerhet. Det uttalades att försäkringsmarknaden ännu inte är fullt utvecklad på det här området, varför det vore förhastat att införa en obligatorisk ansvarsförsäkring.

När förslaget sändes på remiss internt inom EG anförde bl.a. Utskottet för Ekonomi- och Valutafrågor i ett yttrande den 28 augusti 2002 att Kommissionen hade en otillräcklig strategi för försäkringskydd och att det i vart fall borde etableras ett försäkringsobligatorium inom fem år efter det att direktivet trätt i kraft. Det skulle ge marknaden tillräckligt med tid för att anpassa, utveckla och förbättra nya försäkringsprodukter.

CEA framhöll att det förslag till regim som introducerades fortfarande gjorde det mycket svårt att förutsäga om det skulle finnas möjlighet att utveckla försäkringslösningar på marknaden. CEA valde att i första hand ange vilka komponenter i förslaget som i vart fall måste behållas för att kunna ligga till grund för en fortsatt utveckling. Detta var huvudsakligen att det förstärkta offentligtgrättsliga inslaget, som bl.a. var en av nyheterna jämfört med Vitboken, skulle behållas, att förslagets undantag från ansvar var nödvändiga, att det inte skulle föreligga något solidariskt ansvar mellan flera ansvariga parter, att det inte skulle gälla retroaktivt ansvar för en försäkringslösning och att, när det gäller skador på den biologiska mångfalden, det är nödvändigt att premier kan beräknas utifrån något som går att förvandla till pengar och att rimliga försäkringsvillkor kan uppställas. Eftersom emellertid kunskaper och erfarenhet av den typen av skador ansågs nästintill obefintliga i Europa, kunde sådana skador för närvarande inte anses försäkringsbara, inte ens i ljuset av det inledda arbetet inom Kommissionen för att försöka klargöra dessa förhållanden. Försäkringsmarknaden ställde sig dock till förfogande för att delta i det fortsatta arbetet

<sup>29</sup> Såvitt avser Sverige föreligger en sammanställning av remissvaren i form av en promemoria upprättad i miljödepartementet (2002-09-23).

redningsarbete. Avgörande frågor som måste belysas var vilken eller vilka delar av den samlade biodiversiteten som skall omfattas, hur *skadan skall mätas/upp-skattas*, hur skada skall bäst förebyggas och avhjälpas, hur skada som *inte går att avhjälpa skall beräknas för kompensation*, vilket behovet är av eventuellt vedertagna och testade metoder för *monetär värdering av biologisk mångfald* (kursiverat här). Sådana frågor har i arbetet med att skapa ett direktiv sedan framstått som de avgörande.

*Svenska Naturskyddsföreningen* ansåg förslaget vara så svagt att regeringen borde avvisa det i den dåvarande formen. Förslaget innebar enligt föreningen att skadestånd bara kan utkrävas i sådana extrema fall där en miljöbrottslig verksamhet lett till en mycket allvarlig miljöskada. Föreningen ställde sig tveksam till om förslaget över huvud taget var fördragsenligt mot bakgrund av att det så flagrant stred mot principen om att förorenaren skall betala, försiktighetsprincipen, principen att förebyggande åtgärder skall vidtas och att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan (Artikel 174) och mot integrationsprincipen (Artikel 6). Föreningen ansåg vidare att vissa av Kommissionen föreslagna ansvarsfrihetsgrunder måste utmönstras och att detta vore helt avgörande för att det skulle kunna införas en lagstiftning på gemenskapsnivå.

Förslaget avstyrktes även av andra bl.a. av *Svenskt Näringsliv*<sup>30</sup> och av *Sveriges Advokatsamfund*,<sup>31</sup> båda på delvis motsatta grunder jämfört med de nyss nämnda. Det ansågs att direktivförslaget inte uppfyllde grundläggande krav på förutsägbarhet, rättsäkerhet och skydd mot retroaktivitet. Ett direktiv måste i stället utformas så att miljöansvaret är möjligt att kvantifiera och i förlängningen försäkra. Det vore dock inte möjligt att skapa ett rimligt avgränsat individuellt återställandeansvar för skador på den biologiska mångfalden. Lösningen på problemen med sådana skador skulle istället få sökas i det system med åtgärdsplaner och program som utvecklas inom ramen för bl.a. art- och habitatdirektiven samt fågeldirektivet. Särskilt anmärkningsvärt ansågs vara att direktivförslaget inte innehöll klara definitioner av begreppen *skada* och *värde*. Det var inte möjligt att med stöd i förslagets definitioner och regler avgöra när en skada skall anses föreligga och vilka åtgärder som kan krävas av den ansvarige verksamhetsutövaren. Dessa oklarheter kunde medföra problem att finna adekvata försäkringslösningar till rimliga kostnader. När det gäller förebyggande och avhjälpande åtgärder borde myndighets agerande vara *subsidiärt* i förhållande till verksamhetsutövarens.

De nationella remissvaren som inkom på förslaget föranledde inte någon ny remissomgång i form av ett samlat ställningstagande från respektive land genom remissvar till Kommissionen. Därför finns det inte något skriftligt material

---

<sup>30</sup> (Yttrande 2002-04-29)

<sup>31</sup> (Yttrande 2002-05-07)

när det gäller den fortsatta handläggningen. En sammanfattning av de synpunkter som lämnats genom remissvaren får antas ha framförts av medlemsländerna vid närvaro i Bryssel.

I en not den 26 mars 2003 till Kommissionen, med anledning av ett särskilt förslag till ny strategi, betonade emellertid CEA på nytt att skada för att vara ersättnings- och försäkringsbar måste kunna fastställas i pengar och att det, i vart fall än så länge, inte är möjligt att tillhandahålla försäkringsskydd när det gäller skada på den biologiska mångfalden, eftersom grundläggande förutsättningar saknas för försäkringsbarhet. Särskilt angavs att det för försäkringslösningar krävs ett riskvilligt kapital för både direktförsäkring och återförsäkring och att det på grund av dessa skadors osäkerhet i ett antal avseenden inte finns någon sådan kapacitet för närvarande. På nytt förklarade sig den europeiska försäkringsmarknaden beredd att samarbeta med kommissionen och medlemsstaterna vid eventuella försök att fastställa skadebelopp när det gäller skada på den biologiska mångfalden. I vart fall måste försäkringslösningar långsamt fasas in. Först måste dock ansvarsreglerna som sådana implementeras. Försäkringslösningarna borde utvecklas därefter.

### *Den miljörettsliga debatten*

Under 1990-talet har, förutom vad som framkommit i de remissvar som berörts, förts en relativt livlig debatt i frågan huruvida någorlunda enhetliga regler skulle kunna utformas internationellt inte bara för miljöansvaret i stort utan även för skada på den biologiska mångfalden.

Ett stort antal avhandlingar, studier, artiklar, examensarbeten, diskussionsunderlag, m.m. har producerats. Till några av dem har hänvisning skett i fotnoter tidigare i detta refererat.

En del av det materialet får antas ha påverkat arbetet i EU när det gäller att ta fram en miljöansvarsordning. Bland de senaste verken på området, utgivna efter det att EU utfärdat direktiv om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskada, kan särskilt framhållas Wetterstein, "Redarens miljöansvar", Åbo 2004. Som tidigare nämnts innehåller den studien väsentligt mer än frågor om redarens speciella miljöansvar.

Den miljörettsliga debatten när det gäller skada på biologisk mångfald kan nu sägas ha på ett sätt nått "vägs ände". De flesta framställningar går närmast ut på att det nästan inte är möjligt att skapa ett ersättningssystem som omfattar skada på biologisk mångfald, i vart fall inte om skadan skall mätas i pengar på ett individualiserande eller klassiskt sätt, dvs i enlighet med sedvanliga skadeståndsrättsliga mönster för personskada, sakskada och förmögenhetsskada.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Se Larsson, a.a. där avslutningskapitlets övertitel är "Mission Impossible".



Det är kännetecknande för de flesta framställningarna i ämnet att det alltid kan göras en mängd invändningar, oavsett vilken utgångsposition som tas. Så kontroversiellt är ämnet. En tendens som dock kan utläsas är att det finns ett behov av försäkrings- eller fondlösningar som komplement till en ansvarsordning. Vissa förebilder finns för sådana lösningar. De flesta som intresserat sig för frågan tycks också vara överens om att en ansvarsregim i första hand bör avse ett ansvar för *återställande* av miljön och en skyldighet att vidta *förebyggande åtgärder* vid akut fara. Några författare är öppna för *alternativa* återställandeformer.

Arbetet inom EU med en miljöansvarsordning har haft ungefär samma inriktning. I Vitboken utgicks, som nämnts, från ett ansvar även för klassiska skador, men denna inriktning frångicks senare. Genom de många invändningar som inkom vid remissomgångarna inriktade sig EU-arbetet i stället på att, i vart fall för närvarande, täcka en smalare sektor inom miljöområdet och föreslog den begränsningen att ett kommande direktiv skulle omfatta endast skador på den biologiska mångfalden inom Natura 2000-nätet. Detta ansågs dock av många vara för snävt.<sup>33</sup>

De frågor som framför allt varit kontroversiella under såväl EU-arbetet som i doktrinen har varit direktivets räckvidd, typen av ansvar (strikt eller culpa-ansvar), vem som skall anses vara ansvarig (vem är verksamhetsutövare?), orsaksamband och bevisbördan i det sammanhanget, ansvarsbegränsning, solidariskt ansvar, vad som är ersättningsgill skada, väsentlighetströsklar, vilka återställandeåtgärder som är rimliga, vilka säkerheter som skall kunna avkrävas en verksamhetsutövare och om det skall föreskrivas obligatoriska ansvarsförsäkringar eller om fondlösningar är att föredra. Kommissionen hade att slutligt ta ställning till detta inför ett kommande direktiv.<sup>34</sup>

### **2004 års EG-direktiv**

Med beaktande av kommissionsförslaget (EGTC 151 E, 25.6.2002) och ett yttrande av Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén (EGTC 241 7.10.2002) antog Europaparlamentet och Europeiska Unionens Råd ett direktiv den 10 mars 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskada. Direktivet trädde i kraft den 21 april 2004.

Direktivet innehåller en del förändringar jämfört med 2002 års direktivförslag men bygger alltså på Polluter Pays principen och principen om hållbar

<sup>33</sup> Härtill kommer att etableringen av Natura 2000-områden inte riktigt gått efter planerna, varför nätet ännu inte fått det omfång som förutsatts. Utvecklingen pågår dock alltså.

<sup>34</sup> Det finns ett antal kommentarer till förslaget också i litteraturen. Här kan hänvisas till den sammanfattande presentation som finns i Ingrid Hjortsbergs tidigare nämnda examensarbete och som innehåller ett kapitel om och ett antal sammanfattande synpunkter på direktivförslaget och hänvisar till ett antal rättskällor.

utveckling och innebär att verksamhetsutövare som orsakat miljöskada eller ett överhängande hot om sådan skada skall ha ett ekonomiskt ersättningsansvar.

Liksom tidigare förslag är direktivet präglad av preventiva idéer. Det är ett ramdirektiv, eller snarare ett minimidirektiv, som införlivar Direktivet 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar, Direktivet 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter och Direktivet 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område. Hänvisning sker till subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget och proportionalitetsprincipen i samma artikel.

I motivartiklarna anges bl.a. (Artikel 13) att alla typer av miljöskador inte går att avhjälpa genom en ordning med ersättningsansvar. För att en sådan ordning skall vara effektiv måste det finnas en eller flera identifierbara förorenare, skadan bör vara konkret och mätbar och orsakssamband kunna fastställas mellan skadan och den identifierade förorenaren. En ordning med ersättningsansvar är därför inte något lämpligt instrument för att hantera föroreningar av mer omfattande diffus karaktär, där det är omöjligt att hänföra de negativa miljöeffekterna till vissa enskilda aktörers handlingar eller underlåtenhet att handla.

Direktivet gäller uttryckligen inte de klassiska skadorna, dvs personskador, skada på privat egendom eller ekonomiska förluster, och påverkar inte någon rättighet avseende denna typ av skador. Det ges en definition av vad som avses med miljöskada, nämligen skador på skyddade arter och skyddade naturliga livsmiljöer, dvs alla skador som har negativa effekter när det gäller att uppnå eller bibehålla en gynnsam bevarandestatus för sådana livsmiljöer eller arter. Bedömningen av dessa effekter sker enligt kriterierna i Bilaga I. Med skyddade arter och skyddade naturliga livsmiljöer avses alltså de arter och livsmiljöer som anges i Direktiven 79/409/EEG och 92/43/EEG och dessas bilagor. De skyddade arterna och de skyddade livsmiljöerna samt vatten och mark definieras gemensamt som "naturrekurs".

Direktivet tillämpas på miljöskador som orsakas av någon av de yrkesverksamheter som förtecknas i Bilaga III och överhängande hot om att sådana skador uppkommer på grund av sådan verksamhet. Dessa verksamheter är sådana som klassificeras som miljöfarliga och för vilka gäller tillståndsplikt. Ansvar för sådana miljöskador är *strikt* för tillståndspliktig verksamhet (enligt Bilaga III till direktivet).

Miljöskador som orsakas av andra verksamheter än de som har tillståndsplikt omfattas av direktivet om verksamhetsutövaren har begått *fel eller försumelse*. Om det föreligger strängare gemenskapslagstiftning skall direktivet inte påverka sådan.

I Artikel 4 anges ett antal *undantag* från direktivets omfattning. Undantag från ansvar finnas även enligt Artikel 8 om så beslutas nationellt. En särskild kausalitetsregel föreligger med *omkastad bevisbörda*.

Direktivets huvudidé är att verksamhetsutövaren skall, vid överhängande hot om skada, själv vidta nödvändiga förebyggande åtgärder och, om miljöskada redan uppkommit, åtgärder för att begränsa eller förhindra ytterligare miljöskada. Den behöriga myndigheten får kräva ett antal angivna åtgärder av verksamhetsutövaren.

Verksamhetsutövaren skall *bära kostnaderna* för de förebyggande åtgärder och hjälpåtgärder som vidtas enligt direktivet.

Direktivet innehåller vidare en hänvisning till nationell rätt när det gäller kostnadsfördelning vid skada som vållats av flera parter samt preskriptionsregler, regler om behörig myndighet och talerätt i vissa avseenden (begäran om åtgärder) för andra berörda personer än staten.

Beträffande ekonomisk säkerhet anges i direktivet (Artikel 14) att medlemsstater skall vidta åtgärder för att främja lämpliga och ekonomiska finansiella aktörer att *utveckla instrument* och marknader för *ekonomisk säkerhet* inklusive finansiella mekanismer vid insolvens i syfte att verksamhetsutövaren skall kunna utnyttja finansiella garantier för att fullgöra sitt ansvar enligt detta direktiv.

Kommissionen skall före den 30 april 2010 lägga fram en rapport om direktivets effektivitet ifråga om faktiskt avhjälpande av miljöskador, om tillgänglighet till rimliga kostnader och villkor för *försäkring* och andra slag av ekonomisk säkerhet för de verksamheter som omfattas av Bilaga III. I rapporten kommer också frågor om infasningsperiod, maximibelopp för finansiella garantier och uteslutande av verksamhet med låg risk att bedömas. Därefter skall kommissionen efter en utvidgad konsekvensanalys, inbegripet en kostnads- och nyttoanalys, lämna förslag till ett system för harmoniserad obligatorisk ekonomisk säkerhet.

I artikel 15 åläggs medlemsstaterna att samarbeta vid gränsöverskridande miljöskador.

Om förhållandet till nationell rätt stadgas i artikel 16 att direktivet inte hindrar medlemsstaterna från att behålla eller införa strängare bestämmelser om förebyggande och avhjälpande av miljöskador, t.ex. att ytterligare verksamheter kan omfattas av kraven på förebyggande och avhjälpande åtgärder och att ytterligare ansvariga parter kan identifieras.

Medlemsstaterna skall sätta bestämmelserna i kraft genom implementering senast den 30 april 2007.

### **Svenskt implementeringsdirektiv**

Vid regeringssammanträde den 18 november 2004 gav den svenska regeringen i uppdrag till en särskild utredare att lämna förslag till hur EG-direktivet av den 21 april 2004 skall genomföras i svensk rätt. Utredaren skall lägga fram förslag till de författningsändringar som bedöms nödvändiga och andra åtgärder som direktivet ger anledning till. Därutöver skall utredaren analysera om en bestäm-

melse om ansvarsgenombrott bör införas på miljörettens område. Han skall också undersöka vilka krav som skall ställas och vilka former som bör accepteras när det gäller sådana säkerheter som kan krävas enligt 12 kap 3 §, 15 kap 34 § och 15 kap 3 § miljöbalken. Slutligen skall utredaren göra en översyn av reglerna om miljökade- och saneringsförsäkring i 33 kap miljöbalken.

Det kan förväntas att utredningsarbetet kommer att innebära en ny svensk remissomgång med berörda instanser. Några har fått en förfrågan om att delta i en expertgrupp i utredningen.

### *Något om NOU 2004:28*

Som nämnts ovan har i december 2004 framlagts en norsk offentlig utredning med ett förslag till en "Naturmangfoldlov". Även om det inte enligt instruktionerna för det här referatet skall göras någon komparativ utredning<sup>35</sup> berörs det norska förslaget något här, eftersom norsk lagstiftning torde komma att påverkas av EG-direktivet.

Utredningen utsändes på remiss den 31 januari 2005 med svarstid senast den 1 augusti 2005.<sup>36</sup> Förslaget innehåller i kapitel 23 regler om "Tilsyn og sanksjonsmidler". Myndigheterna spelar en central roll vid kontroll och handläggning. Århuskonventionen den 25 juni 1988 återspeglas i norsk rätt, men en utvidgning anses kunna bli möjlig.<sup>37</sup>

Utredningen sammanfattar kort EG:s miljöansvarsdirektiv. Miljöansvarsdirektivet faller in under EES-avtalet, men fågel- och habitatdirektiven rör frågor som hållits utanför avtalet. Arbete pågår med att införliva direktivet i avtalet, men det föreligger ännu inte något beslut. Mot ett återställandeansvar enligt direktivet görs ingen erinran. Det påpekas dock att det inte går att åtgärda skador vid t.ex. sprängning i fjäll eller utrotning av en art. Kostnaderna kan vara orimliga och åtgärderna svåra att utföra.

En regel om återställande och förebyggande av skador föreslås. När det inte är möjligt att vidta åtgärder eller när detta bedöms olämpligt skall det öppnas för en skälighetsvärdering. Om det skulle vara synnerligen orimligt med hänsyn till kostnader och åtgärdernas verkan skall skyldighet att vidta åtgärder inte föreligga. Om verksamheten inte står i strid med lagen, men medför skada på biologisk mångfald, skall verksamhetsutövaren bära risken även för detta men vidta rimliga åtgärder.

Hänvisning sker till viss norsk rättspraxis när det gäller gränslandet mellan

---

<sup>35</sup> Det kan i och för sig diskuteras vad som avses med detta när det gäller att implementera samma direktiv inom EUs medlemsstater.

<sup>36</sup> Vid tiden för det anförande vid det 37 Nordiska Juristmötet i Reykjavik den 17–19 augusti 2005, för vilket denna framställning kommer att ligga till grund, skall alltså remissvaren från de norska remissinstanserna ha inkommit och reaktionen på förslaget kan då bedömas.

<sup>37</sup> Jfr dock Rt.2003, s 1630, där Høyesterett begränsade möjligheten.

klassiska skador och skador på biologisk mångfald.<sup>38</sup> Det konstateras att regeln om ersättning i praxis spelat ganska liten roll för skada på biologisk mångfald och naturen i övrigt. Orsaken är just att det inte utges ersättning för den typen av skada om den inte kan mätas i pengar. Utredningen påpekar emellertid att av två ekologiska skador den allvarligaste kan vara den som inte medför någon ekonomiskt mätbar skada för någon.

Det föreslås en regel enligt vilken ersättningsansvar kan åläggas för skada på biologisk mångfald och naturresurser i övrigt även om det inte orsakas någon ekonomisk skada. För det ansvaret åläggs en *miljöersättning*. Förslaget bygger på § 95 i Svalbardmiljöloven (som torde vara unik hittills i sitt slag).

Den miljöersättning som skall utgå skall inbetalas till en fond som används bara för naturresursändamål benämnd "*Naturfond*".

Fonden skall ses som statens eller allmänhetens representant för naturvärdena. Enligt förslaget skall det ankomma på domstol att avgöra ersättningsfrågan fullt ut, dvs både grunden för att påföra ersättning och storleken på ersättningen. Det har övervägts om det också skulle kunna utgå en sanktionsavgift. Någon sådan föreslås inte med hänvisning till att det pågår arbete med en lag (NOU 2003:15) om nya generella bestämmelser i förvaltningsrätten om administrativa sanktioner.<sup>39</sup>

I utredningen diskuteras inrättandet av en institution som skulle på ett neutralt sätt tillvarata de allmänna miljöintressena, ett "miljöombud". En skiss på ett sådant arrangemang fogades som bilaga till utredningen, men det togs ännu inte något beslut i frågan.

## 6. "Skadestånd?" Vad kan och bör ersättas?

I EG-direktivet har den klassiska ersättningsformen vid skada utmönstrats. Inriktning sker i stället på åtgärder för avhjälpande och förebyggande av skada. Här uppdelas (se Bilaga II) åtgärderna i *primära*, *kompletterande* och *kompenserande* åtgärder. Även om det inom ramen för kompletterande och kompenserande hjälpåtgärder och med tillämpning av s.k. ekvivalensmetoder ges utrymme för skapande av alternativa naturresurser eller funktioner, inryms i skadebegreppet inte någon ekonomisk ersättning som direkt skall utges i pengar till staten som skadelidande i annat avseende än att det kan krävas ersättning för de kostnader för åtgärder som staten själv kan ha ådragit sig. Det är kostnaden för ett avhjälpande som utgör "skadeståndet" om man så vill. Man kan också se det som en form av förvaltningsrättslig förpliktelse.

<sup>38</sup> Bl.a. RG 1979 s 715 Frostrating. "Kanadagässen" (jaktloven), RT 1992 s 453 "sjuk lax", RT 1999 s 1517 reducerat fiske, (utsättning av pungräka som åt upp födan för viss fisk). I dessa fall utgick ersättning. Hänvisning gjordes även till det svenska järvfallet, NJA 1995 s 249.

<sup>39</sup> Några synpunkter på det norska förslaget kommer att ges längre fram i detta referat.

Vad som kan och bör ersättas har i princip besvarats av direktivet, i vart fall vad som minst skall ersättas (minimidirektiv). Detta begränsade "skadebegrepp" kan nog kritiseras. Det förefaller uppenbart att skador på den biologiska mångfalden inte alltid kan avhjälpas eller komplettering/kompensering ske på det sätt som tycks förutsättas i direktivet. Svårigheterna är här lika stora som när det gäller att försöka ange ett värde på en kvarstående skada. Bedömningen av vad som kan utgöra rimliga alternativa åtgärder blir under alla omständigheter starkt skönsmässig. Exempel på detta finns från USA, där det förekommit ett större antal tvister om skäligheten av begärda alternativåtgärder. Det är svårt att bedöma möjligheten till effektivt återställande och det kan ta avsevärd tid innan det kan fastställas vad som måste göras och om det till slut föreligger någon skada alls. Det kan också vara svårt att bestämma vad som är nödvändiga och skäliga kostnader för bevakning/kontroll av återhämtning efter insatta åtgärder. Detta är belyst i ett helt nyligen avgjort mål i första instans i Norge (Aust-Agder tingrett i en dom den 5 januari 2005 mellan Assuranceforeningen Gard m.fl. och Republic of China (Taiwan). Saken gällde ett krav på ersättning för bl.a skada på naturresurser vid en känslig kust inom nationalpark till följd av mt AMORGOS's grundstötning utanför den taiwanesiska kusten den 14 januari 2001 (negativ fastställesetalan och genkärsmål om fullgörelse.)<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Grundstötningen skedde inom Kenting Nationalpark söder om Taiwan. Fartyget var P & I försäkrat hos Gard. Vid grundstötningen uppstod ett stort oljeutsläpp som förorenade cirka 3 km strandlinje och påstods ha förorsakat bestående skador på korallrev. Kravet från Taiwan avsåg alltså en oljeskada under de för sådan skada gällande sjörättsliga reglerna. Kravet omfattade bl.a. att återställa skadade korallrev och utgifter för övervakning av skador. Kravet uppgick till ca USD 5,5 miljoner och därtill krävdes ersättning för återställande av fiskeresurser. Särskilt tilldrog sig korallkravet intresse och avsevärd utredning presenterades. Domstolen konstaterade att det krävdes ersättning för fysiska skador och fråga uppkom vilka koraller som funnits före olyckan, vilka som skadats och vilka åtgärder som det var nödvändigt och möjligt att genomföra. Bevakningskostnaderna omfattade både möjliga oljerelaterade skador och fysiska skador.

Gard gjord häremot ett antal invändningar. Rätten fann att det var den skadelidandes lag som skulle tillämpas och hänvisning gjordes därför till vissa artiklar i Taiwans Sea Pollution Prevention Act. När det gällde korallkravet ansåg rätten att det inte fanns tillräcklig utredning för att kunna bedöma hur området såg ut före grundstötningen. Det var därför osäkert hur stor utbredning av koraller det var i det området. Det ansågs inte finnas behov av att vidta åtgärder för att "stabilisera" området. Sådana skulle istället kunna leda till ny förstörelse av koraller.

Det fanns inte heller tillräcklig utredning för att kunna visa sviktande tillväxt. Tillväxten av koraller sker i form av larver som följer med havsströmmarna. Tillförseln av de larverna påverkades inte av grundstötningen. För det fall att det föreligger problem med tillväxten ansåg rätten att det var sannolikt att det berodde på andra omständigheter än grundstötningen, t.ex. sediment från land.

Vid en samlad bedömning fann rätten att det inte fanns något behov av att företa återställandeåtgärder i området. I stället torde området återhämta sig genom naturlig rekrytering av koraller och rätten beaktade att själva strandområdet inte varit i aktivt bruk.

Med den bedömningen fanns det inte heller grund för en fortsatt övervakning för vilken kostnader skulle betalas av rederiet och försäkringsbolaget. Det blev då inte heller nödvändigt att pröva hur en bestående skada på korallrevet skulle värderas.

Domen har överklagats.

EG-direktivet kan sägas vara smalt. *Begränsning* sker till fågel- och habitatdirektiven och till Natura 2000-nätet. Direktivet kommer säkert att bli föremål för kritik i enlighet med vad som framförts redan under remissomgångarna alltsedan Vitboken lades fram år 2000. Att direktivet trots allt blivit verklighet får dock anses som ett stort steg framåt. En viktig princip har fastslagits, nämligen att det föreligger ett ansvar för skada på naturen i sig och att det finns en bärare av de rättigheterna, nämligen staten som företrädare av medborgarna. Det kan knappast erinras mot att ansvaret, såsom det är utformat, är *strikt*. Därmed undviks tvister om bevisning och beviskrav när det gäller försumlighet och strikt ansvar med kanalisering till vissa utövare. Detta är en accepterad form i andra sammanhang, bl.a. i de internationella HNS och bunkerkonventionerna.

Direktivet omfattar både skador på naturresurser och skador på vatten och mark. Rekvisiten är dock delvis olika, vilket kan välla problem eftersom det inte alltid går att skilja på mark-, vatten- och naturresursskador. Alla dessa typer av skador kan uppkomma vid samma skadehändelse.<sup>41</sup>

Trots att direktivet har element som leder tanken till civilrättsligt skadeståndsansvar som "skada", "miljöansvar", "bära kostnaderna" osv. är det i övrigt snarast *förvaltningsrättsligt*.

Den här tvåsidigheten kan på ett sätt sägas vara olycklig. Samtidigt som det anses att det nu skapade ansvaret för skada på biologisk mångfald är en typ av ansvar som skiljer sig från sedvanligt skadeståndsansvar, har direktivet inte lyckats frigöra sig från ett klassiskt skadeståndstänkande. Det är möjligt att en sådan inriktning har föranletts av diskussionen om säkerheter/försäkring till trygghet av det ansvar som åläggs verksamhetsutövaren.<sup>42</sup>

En oklar punkt är alltså definitionen av "verksamhetsutövaren" och "yrkesverksamhet".<sup>43</sup>

Enligt referentens uppfattning borde det vara möjligt att redan vid tillståndsgivning noggrant definiera vem som skall anses vara verksamhetsutövare och att då, om så anses erforderligt, ålägga ett s.k. koncernansvar.

Frågan om identifikationen av verksamhetsutövaren hänger nära samman med frågor om ansvarsgenombrott.<sup>44</sup> När det gäller identifikation av annan utövare än den som är tillståndspliktig är problemet givetvis större. Om det föreligger godtagbara försäkringslösningar minskar problemet.

<sup>41</sup> Se dock Direktivets Bilaga II 1 sista st om när människors hälsa skall anses ha påverkats negativt.

<sup>42</sup> Se diskussionen i Darpö, a.a. s 326 ff och hänvisningen där till Uppsala universitets remissyttrande (Westerlund) där i stället förordades en anslutning till Luganokonventionen. En motsvarande genomgående diskussion om skillnaden mellan civilrättsligt och ett förvaltningsrättsligt ansvar finns hos Larsson, a.a.

<sup>43</sup> Se om detta definitionsproblem Darpö, s 337 ff.

<sup>44</sup> Den frågan berörs särskilt på annat håll i detta referat.

Den svenska miljöbalken saknar en definition av uttrycket "verksamhetsutövare". Viss praxis har möjligen utvecklats på området genom det tidigare förfarandet vid koncessionsnämnden.<sup>45</sup>

Frågan vem som i olika sammanhang som skall anses bedriva "yrkesverksamhet" är också tveksam och kommer säkert, i gränslandet mellan rörelse och olika former av hobby- eller fritidsverksamhet, att vålla bekymmer, särskilt när det gäller frågan om olovlig jakt på fridlysta djur.

Direktivet innehåller vidare ett antal *undantag* från ansvaret och möjlighet till nationella undantag. Undantag på grund av andra gällande konventioner är formellt nödvändiga, eftersom medlemsstaterna redan är bundna av dessa konventioner. Skillnader föreligger nu i förhållande till de konventionerna, bl.a. de sjörättsliga konventionerna, men de kan på sikt komma att minska.<sup>46</sup>

När det gäller de övriga undantag från *Polluter Pays* principen (den principen innebär ju en sorts kanalisering till verksamhetsutövaren) kan frågas varför det skulle finnas anledning att göra undantag för händelser eller skada i verksamhet bara för att den i och för sig är tillåten. En verksamhet kan mycket väl vara tillåten på det villkoret att den som bedriver verksamheten får svara för om den medför skada på den biologiska mångfalden. Enligt referentens uppfattning är det inte logiskt motiverat att ha kvar en möjlighet till sådant undantag. Det grundläggande ansvaret borde också innefatta effekten av nyvunna naturvetenskapliga kunskaper. En tillåtlig verksamhet innebär inte heller i andra sammanhang (t.ex. enligt 32 kap i den svenska miljöbalken) något undantag från skadeståndsansvar.<sup>47</sup> När det gäller *force majeure*-undantagen i Artikel 4.1a och b kan det ifrågasättas om inte dessa borde täckas redan av kausalitetsregeln i Artikel 8.3a.

Direktivet innehåller inte några regler om *ansvarsgenombrott*. Som framgått tidigare är emellertid definitionen av verksamhetsutövare tämligen vid. Detta kan på sätt och vis innebära en form av ansvarsgenombrott jämfört med vad som annars skulle gälla genom att även den som kontrollerar en yrkesverksamhet eller den som har avgörande ekonomiska befogenheter när det gäller en verksamhet (se Artikel 2.6) kan vara sådan person som enligt bolagsrättsliga regler inte skulle ha ansvar, men som träffas av sådant enligt den definitionen.

<sup>45</sup> Se bl.a. Kommentaren s 9:5 f. Se också den s.k. Sevesolagen som innehåller en definition av vem som skall anses vara verksamhetsutövare.

<sup>46</sup> Se om en strävan åt det hållet, bl.a. Wetterstein, s 493 ff, särskilt s 496.

<sup>47</sup> Se bl.a. den svenska Försäkringsjuridiska Föreningens remissvar beträffande Vitboken där det särskilt framhölls att undantagen borde vara så få som möjligt. Därmed avsågs att endast undantag baserade på annan konventionsbundenhet skulle förekomma. Inom andra områden, inte minst de sjörättsliga, har – ofta som en kompromiss – ett antal undantag intagits som motvikt till ett strikt ansvar. Om ansvaret är kanaliserat till visst subjekt bör dock inte det ansvaret urholkas genom en katalog av undantag. Det blir då inte mycket kvar av kanaliseringen.



Miljöbalken innehåller inte någon regel om ansvarsgenombrott. Det har ett flertal gånger diskuterats om det inte på miljörättens område skulle göras avsteg från grundläggande aktiebolagsrättsliga principer. Lagrådsremissen med förslag till ny svensk miljöbalk innehöll ett förslag som skiljer sig avsevärt från den definition av verksamhetsutövare som nu föreligger i direktivet. Lagrådet ansåg dock att lagreglering av ansvarsgenombrott inte borde ske innan pågående utredning inom aktiebolagsrättens område slutförts.

I aktiebolagskommitténs slutbetänkande om ny aktiebolagslag (SOU 2001:1) fanns ett förslag om ansvarsgenombrott på miljörättens område. Den föreslagna regeln var ganska långtgående och flertalet remissinstanser avstyrkte förslaget. Regeln fanns sedan inte med i förslaget till ny aktiebolagslag. Det hänvisades dock till att den skulle komma att återupptas i samband med införandet av ett kommande EG-direktiv. Frågan om ansvarsgenombrott kommer nu, i vart fall när det gäller svensk rätt, att slutligt få sitt svar.

Enligt referentens uppfattning kan frågan om ansvarsgenombrott inte ses isolerad. Förutom den vida definitionen av verksamhetsutövare enligt direktivet skall vägas in möjligheten att få säkerhet för uppfyllandet av det ansvar som direktivet föreskriver. Det motiv som särskilt åberopats för ansvarsgenombrott är att en verksamhetsutövare genom att bedriva farlig verksamhet i separata och kanske underkapitaliserade bolag i praktiken skulle kunna undandra sig ansvaret för skador. Syftet med försäkrings- eller andra säkerhetslösningar är just att trygga fullgörandet av det ansvar som föreskrivs. Behovet av en regel om ansvarsgenombrott minskar därför om fullgoda säkerhetslösningar kan knytas till ansvarssystemet. I vart fall såvitt gäller miljöfarlig verksamhet som är tillståndspliktig kommer i samband med tillståndsärendet såväl frågor om vem som skall anses vara verksamhetsutövare som säkerhetsfrågorna att kunna behandlas och omständigheterna läggas till grund för tillståndsbeslutet.<sup>48</sup>

Undantaget beträffande miljöskador orsakade av verksamhet inom ramen för totalförsvaret visar väl i och för sig på en av Polluter Pays principens svagheter. När staten behöver bedriva verksamhet som kan orsaka skada på biologisk mångfald uppkommer skadan för staten själv och något ansvar behöver alltså inte utkrävas. Det bör sägas att det finns ett stort antal verksamheter som bedrivs, med statens tillstånd, därför att de anses nödvändiga för samhället, t.ex. för energiförsörjningen. Man får samtidigt påminna sig att staten är en av de största förorenarna i ett antal egna verksamheter.

För andra yrkesverksamheter än de för vilka det föreligger tillståndsplikt enligt Bilaga III i direktivet gäller ett *culpa-ansvar*. Ett sådant ansvar är svårare att utkräva inte minst när det gäller skada på naturresurser. Även det ansvaret

---

<sup>48</sup> Se närmare om dessa frågor Asta Uptaitte, Ansvarsgenombrott på miljörättslig grund, Examensarbete VT 2003, Lunds universitet och den källförteckning som finns där.

avser emellertid skada bara inom *Natura 2000-nätet* och går, liksom för de i Bilaga III förtecknade yrkesverksamheterna, ut på att utövaren skall vidta åtgärder för återställande och förebyggande.

Det kan anläggas även ett antal andra synpunkter på direktivet, men det finns inte utrymme att närmare gå in på dem här. Lagtekniskt kan somligt också ifrågasättas, bl.a. kausalitetsregelns uppdelning.

Trots de brister som alltså allttjämt kan sägas föreligga i direktivet och trots att det saknas en modell för värdering av uppkomna skador i de fall då återställande eller kompletterande åtgärder inte är tillräckliga, kan direktivet som medlemsstaterna nu har att implementera ses som en viktig plattform för en fortsatt utveckling av ansvaret för skada på naturresurser. Direktivet är ett minimidirektiv och möjlighet finns alltså för medlemsstaterna att nationellt bygga ut ansvarssystemet. Sådan utbyggnad bör dock ske med stor försiktighet och syfta till enhetlighet.

För nordisk del torde flera av ansvarskomponenterna i direktivet redan vara etablerade, men skador på biologisk mångfald har nu, så att säga, fått en egen disciplin, även om ansvaret i princip inskränks till att avse åtgärder för återställande och förebyggande. Vid implementeringen bör det emellertid övervägas om inte ansvarsmodellen skall utvidgas till att också innehålla regler för värdering av kvarstående skada på den biologiska mångfalden när åtgärder för återställande eller alternativa åtgärder antingen visat sig otillräckliga eller bedömts orimliga av andra skäl, bl.a. ekonomiska.

### *Möjliga skadevärderingsmodeller för kvarstående skador*

EG-direktivet har redan, som framgått ovan, tagit ett steg bort från klassisk skadeståndsrätt. Visserligen skall verksamhetsutövaren ansvara för kostnaderna för återställande och förebyggande – även detta kan ju kallas skadestånd – men det är samtidigt fråga om ett förvaltningsrättsligt ansvar.

När det gäller kvarstående skador på den biologiska mångfalden har det sedan länge diskuterats vilka värderingsmodeller som skulle kunna användas. Förebilder finns i bl.a. USA under OPA 90 och i CERCLA. Andra modeller har skapats i Europa och i ett antal länder i övrigt. I Norden har ibland, konstruerade, enstaka lösningar tagits till, t.ex. genom avgörandet i det svenska järvfallet, NJA 1995 s 249,<sup>49</sup> medan det i vissa länder finns mer schablonmässiga tabeller för skada, framför allt när det gäller utrotningshotade djur (se t.ex. listan över förverkandebelopp när det gäller vissa fridlysta djur i Finland.<sup>50</sup> (Se även de hänvisningar till andra länder som görs i järvfallet.)

<sup>49</sup> Det har i Sverige efter järvfallet utdömts ersättning enligt ungefär samma modell i ett antal ytterligare fall vid olovlig jakt på andra fridlysta djur, bl.a. björn och varg.

<sup>50</sup> Miljöministeriets beslut (MB 1209 1995) med riktgivande tabell om fridlysta djurs och växtarters ekologiska värde uttryckt i pengar; se Wetterstein s 202 och genomgående hos Sandvik.

Emellertid kan det ifrågasättas om inte tanken helt borde frigöras från de klassiska skadeståndsrättsliga modellerna. Skada på den biologiska mångfalden bör kunna ses som en skada "*sui generis*" som inte behöver värderas på sedvanligt sätt. Det låter sig i många fall helt enkelt inte göra. Att uppställa schabloner för vissa typer av skada på den biologiska mångfalden skulle kanske i förstone finnas vara oskäligt och beloppen sakna anknytning till verkligheten. Att ett förvaltningsrättsligt ansvar, när återställande inte visar sig möjligt, emellertid kan behöva "transformeras" till pengar är en annan sak. Det kan då krävas en schablonisering, men den bör ske på ett samlat sätt och i samförstånd mellan de olika intressena. I den mån sådan ersättning i pengar skall utdömas av miljödomstolarna behövs såväl naturvetenskapliga som ekonomiska riktlinjer. Därmed är inte sagt att konstruktioner av komplicerat slag, motsvarande dem i USA som vållar stora bekymmer vid sin tillämpning, skall eftersträvas. På miljörättens område används redan en annan modell i CRAMRA.<sup>51</sup>

Det finns förebilder för skadeståndsschabloner inom andra områden, närmast inom personskaderätten. Lika lite som det går att fastställa vad en viss kvarstående biologisk mångfaldsskada kan vara värd, lika lite kan det egentligen fastställas vad en förlorad tumme eller en förlorad arm skall anses ha för värde. Detta är beroende av så många faktorer att prövning i det enskilda fallet knappast blir möjlig. Visserligen kan skada på biologisk mångfald ta sig uttryck i ett oändligt mycket större antal varianter än personskada, men i princip borde samma tankegångar kunna följas.

Det vore därför rimligt om det inom ramen för eller i anslutning till implementering av direktivet, med stor försiktighet, inleds arbete med att upprätta schabloner för ersättning av kvarstående skada på den biologiska mångfalden och att även ett sådant ansvar slutligen inflyter i respektive lands miljölagstiftning. Som kommer att nämnas i nästa avsnitt om försäkring och andra säkerhetslösningar underlättar en sådan schablonisering av skadan möjligheten till försäkring.

## 7. Ekonomisk säkerhet (försäkring)

Enligt direktivet skall medlemsstaterna framlägga rapport om villkor för försäkring och annat slag av ekonomisk säkerhet för de verksamheter som omfattas av Bilaga III.

Direktivet har begränsats till att avse säkerhet till tryggande av åtgärder av kostnaderna för att förebygga och avhjälpa miljöskador. I avsnittet ovan har diskuterats vad som bör gälla för skada som inte visat sig möjlig att återställa. En viss jämförelse har gjorts med schablonvärden för bl.a. invaliditet inom personskaderätten.

<sup>51</sup> 1988 Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resources Activities.

När direktivet förelägger medlemsstaterna att vidta åtgärder så att det utvecklas instrument och marknader för ekonomisk säkerhet, har nu i första hand verksamhetsutövarens ansvar för återställande för förebyggande åtgärder satts i fokus. För sådana åtgärder föreligger – utan tvekan – försäkringsmöjlighet under förutsättning att verksamhetsutövaren är identifierbar. Så är fallet med sådana verksamhetsutövare som har tillståndsplikt för sin verksamhet, dvs de utövare som omfattas av Bilaga III till direktivet. Olika delförsäkringslösningar föreligger redan i olika länder bl.a. i Sverige genom miljöskade- och saneringsförsäkring enligt 33 kap MB. De redan existerande försäkringslösningarna, som har till syfte att säkerställa åtgärder i fall då utövaren inte själv kan förmås vidta åtgärderna eller inte har tillräckliga ekonomiska resurser, kan utvidgas till att omfatta även sådana återställandeåtgärder när det gäller skada som avses i direktivet, dvs återställande av naturresurser, utan att det föreligger någon av de klassiska skadorna. En sådan försäkring – som därigenom också blir obligatorisk – kan utkrävas i samband med tillståndsprövningen.

Det ställer sig svårare att ordna en försäkringslösning för andra verksamhetsutövare än sådana som har tillståndsplikt. Dessa är ju inte identifierbara på förhand. Fråga uppkommer om en försäkring ändå skulle kunna ordnas för dem. Nästan alla verksamhetsutövare, i vart fall de som bedriver yrkesverksamhet (som nämnts ovan är definitionen av "yrkesverksamhet" oklar i direktivet och fråga uppkommer var gränsen skall anses vara i förhållande till personer som företar åtgärder utanför ramen av någon direkt yrkesverksamhet, t.ex. vid jakt på fridlysta djur) har någon form av *företagsförsäkring*. Den kan redan i dag omfatta vissa miljöåtgärder, men borde kunna omfatta även det utvidgade ansvar som stadgas i direktivet. En sådan lösning kan åstadkommas på frivillig väg genom att försäkringsbolagen inför ett utvidgat ansvarsmoment i företagsförsäkringen.

För det fall att även privatpersoner skall ha ett motsvarande ansvar (även de kan orsaka skada på naturresurser) borde motsvarande lösning kunna ske inom ramen för *hemförsäkringen*. Det behöver knappast befaras att en sådan utökning av försäkringsansvaret skulle innebära någon avsevärd premiehöjning.

Såvitt avser eventuellt utökat ansvar även för kvarstående skador på den biologiska mångfalden kan försäkring ske av schablonvärden sedan sådana väl etablerats. Ett arbete med att skapa schabloner bör i så fall ske i samråd med försäkringsbranschen.

Försäkringslösningar av nu nämnt slag torde förutsätta att försäkringsgivarens ansvar blir begränsat. Därmed är inte sagt att verksamhetsutövarens ansvar också skall vara begränsat. Försäkringslösningarna tillkommer endast som ett särskilt skydd för den skadelidande staten, dvs som en ekonomisk säkerhet för att återställande och förebyggande av ytterligare skada verkligen kommer till stånd och eventuellt, om det steget tas, för den schabloniserade ersättning som kan utgå för kvarstående skador på naturresurser.

### *Den svenska försäkringsmarknaden*

Även om de nationella försäkringsbolagen (i den mån de numera är sådana) låtit sig företrädas i det centrala arbetet med anledning av EG:s Vitbok och förslaget till direktiv har, förutom i samband med de sekundära remissomgångarna, gjorts motsvarande nationella undersökningar. Kontakter har även tagits mellan de nationella försäkringsmarknaderna och respektive regering i ett flertal länder

I Sverige har skett sådant utbyte, bl.a. vid möten mellan Sveriges Försäkringsförbund och Miljödepartementet under 2003 då försäkringsmöjligheterna ur ett svenskt perspektiv när det gäller skada på den biologiska mångfalden diskuterades. Försäkringsförbundet betonade att man måste skilja på miljöansvaret i sig och vad som är försäkringsbart. Därmed är inte sagt att det skulle vara helt omöjligt att försäkra skador på den biologiska mångfalden, men ett antal begränsningar anses nödvändiga (ungefär överensstämmande med vad som tidigare anförts av CEA). Det hänvisades också av naturliga skäl till att det alltid krävs återförsäkringskapacitet och att man därför måste följa den internationella återförsäkringsmarknaden. En intressant synpunkt från Försäkringsförbundets sida var att en spridning av en försäkring skulle vara lättare att uppnå om den utformades som en egendomsförsäkring och inte som en ansvarsförsäkring. Direktivförslaget bygger dock på Polluter Pays principen, vilket förutsätter att det är fråga om en ansvarsförsäkring. Om en lösning med egendomsförsäkring (gällande för tredje man) skulle komma ifråga skulle den sannolikt endast avse ett saneringsansvar och en starkt beloppsbegränsad, snarast schabloniserad, ersättning för kvarstående skada på den biologiska mångfalden.

### *Fonder eller andra säkerhetslösningar; kombinationer*

De förutsättningar som uppställts av CEA i samband med arbetet på EG-direktivet och diskussioner som förekommit i Sverige, bl.a. med Sveriges Försäkringsförbund, kvarstår som relevanta efter utfärdandet av direktivet. De synpunkterna torde ha föranlett att frågan om säkerhet/försäkringslösningar för närvarande skjutits på framtiden för fortsatt utredning och upprättande av förslag.

I den miljörättsliga debatten har det oftast diskuterats inte bara försäkringslösningar utan även fondlösningar,<sup>52</sup> men vanligast som alternativ till varandra. På vissa håll har fonder föredragits framför försäkringslösningar.<sup>53</sup>

Det kan dock finnas fog för en lösning som innebär en kombination, nämligen i första rummet en försäkringslösning men, i andra, när det saknas ett försäkringsskydd, när skyddet är otillräckligt eller när det visar sig omöjligt eller

<sup>52</sup> Se den diskussion som föregick reglerna i MB miljöskadeförsäkring. I SOU 1987:1 hade förslagit en fondlösning men sedan en försäkringslösning erbjudits på marknaden valdes det alternativet (Kommentaren s 33:2ff).

<sup>53</sup> Se Larsson. a.a., s 585 ff och Wetterstein, s 474 ff.

orimligt att vidta några åtgärder, en fondlösning som då är supplerande. Tillståndspliktiga verksamhetsutövare skulle betala ett bidrag till fonden, förutom den försäkringspremie de betalar för sin primärförsäkring. Alternativt kan en del av försäkringspremien föras över till fonden och förvaltas av denna.

Bidrag till fonden från andra verksamhetsutövare kan betalas endast via företagsförsäkringar.<sup>54</sup> För det fall att schablonbelopp kan utkrävas av verksamhetsutövare som vållat skada på den biologiska mångfalden kan sådan ersättning tillföras fonden och användas av fonden för återställande av miljön i andra avseenden.

Förebilder för en kombination av försäkrings- och fondlösningar finns på oljeskadeområdet genom P & I försäkringens grundläggande skydd och den internationella oljeskadefondens kompletterande skydd (IOPC). Erfarenheterna från IOPC<sup>55</sup> ger vid handen att, även om fondens kapacitet är mycket stor, den vid särskilda katastrofer kan visa sig otillräcklig. Mot den bakgrunden bör det övervägas (goda förutsättningar finns säkert om detta redan från början är inbyggt i systemet) om fonden i sin tur inte bör teckna en form av "excess of loss-försäkring (XL) på den internationella marknaden eller arrangera någon form av återförsäkringsskydd".<sup>56</sup>

En fördel med en fondlösning är att det kunde samlas kunskaper och erfarenhet hos fonden vid bedömning av återställandeåtgärder (jfr IOPC-fonden) och en fond skulle kunna vara neutral i förhållande till både verksamhetsutövare och den skadelidande (staten). Fonden skulle också kunna vara normgivare

<sup>54</sup> Se dock det norska lagförslaget där fonden tillförs medel genom en miljöersättning som utgår vid skada.

<sup>55</sup> Fonden grundar sig på 1992 års ändringsprotokoll till Fondkonventionen av 1971. Den är en mellanstatlig organisation etablerad av stater och ger ersättning för skada på grund av kutsläpp av oljelast från tankfartyg i stater som är organisationens medlemmar. Fonden administreras av ett sekretariat under ledning av en "director" (Måns Jakobsson). Den har sitt säte i London. Fonden utger bara ersättning som utgår enligt 1992 års ansvars- och fondkonventioner. Med "oljeskada" ("Pollution Damage") avses skada vid oljeutsläpp, men såvitt avser "impairment of the environment" kan ersättning utgå bara för åtgärder som faktiskt vidtagits för avhjälpande såvida det inte är fråga om förmögenhetsförlust på grund av sådan skada. Med skada avses också kostnader för rimliga förebyggande åtgärder ("preventive measures") under förutsättning att det förelåg en överhängande fara för skada.

I IOPC:s Claims Manual (november 2002) sägs särskilt att fonden inte ersätter skada på miljön som kan fastställas bara genom en abstrakt beräkning enligt teoretiska modeller. Fonden betalar heller inte skadestånd av vites- eller straffkaraktär ("damages of a punitive nature"). Inte heller undersökningar som vidtas för att läggas till grund för sådana beräkningar bekostas av fondmedel, medan däremot sådan oljeskada som är ersättningsgill kan inkludera motsvarande undersökningskostnader.

<sup>56</sup> En sådan lösning för IOPC har diskuterats men varit svår att uppnå vid tillfället. Behovet har dock uppkommit i ett läge där en stor katastrof nyligen ägt rum, vilket medfört att det krävts mycket höga premier. I ett mer utjämnat läge kan det antas att sådan försäkringskapacitet finns till en inte alltför hög kostnad.

och beslutsfattare när det gäller ett utvidgat ansvar jämfört med direktivet för kvarstående skador på den biologiska mångfalden. En fondlösning skulle kunna medföra att åtgärder vidtas snabbt och effektivt när det visar sig osäkert om verksamhetsutövaren själv kommer att vidta åtgärder.<sup>57</sup>

Idealiskt sett skulle ett fondarrangemang göras på övergripande europeisk nivå så att därigenom uppnås uniformitet, inte bara i säkerhetssystemet utan också i beslut och värderingar. Vidare skulle det då redan ha etablerats ett neutralt organ för sådana fall då skadan är gränsöverskridande. I princip är ju verksamhetsutövaren ansvarig även utanför sitt lands gränser. I det sammanhanget bör man påminna sig att staterna själva ofta är de potentiellt största förorenarna (det kan i det gränsöverskridande sammanhanget te sig olyckligt att EG-direktivet inte skall tillämpas på totalförsvarsverksamhet).<sup>58</sup>

När det gäller gränsöverskridande skador kan också påminnas om det omdiskuterade internationella problemet när det gäller eventuell skyldighet att i sina hamnar ta emot fartyg i sjönöd som utgör ett hot mot landets miljö (inom IMO och CMI behandlat under benämningen "Places of Refuge"). Dilemmat är att den miljöförstörelse som uppkommer om ett fartyg i nöd, t.ex. en oljetanker, inte ges möjlighet att söka nödhamn kan bli oerhört mycket större än om fartyget tillåts uppsöka hamnen. Det har då ansetts av stor betydelse att det tillskapas ett internationellt organ med möjlighet att fatta snabba beslut i sådana frågor. Frågan har dock varit mycket kontroversiell, eftersom den berör enskilda staters integritet och vilja att skydda sina egna hamnar och kuster.<sup>59</sup>

Även om det skulle etableras nationella fondlösningar, vilket förefaller mest sannolikt eftersom de kan ha att anpassas till redan delvis etablerade försäkringslösningar, bör samråd och utbyte av erfarenheter ske mellan dessa fonder på EU nivå.

Ånyo kan nämnas IOPC-fonden, som verkar över hela världen och vars

---

<sup>57</sup> När det gäller både "kompletterande" och "kompenserande" åtgärder, med direktivets terminologi, kan det istället vara så att det endast på "lång sikt" (ett uttryck som används i Direktivet) kan avgöras om det alls till slut uppkommer en skada eller om den som uppkommit består eller om naturresursen återhämtar sig. I den delen föreligger därför inte behov av snabbhet och effektivitet.

<sup>58</sup> En diskussion om en Europafond fanns redan i 1993 års Grönbok. Hänvisning gjordes till IOPC-fonden och Superfonden under CERCLA och vissa fond- och försäkringslösningar i Sverige. Frankrike och Holland nämndes också. Diskussionen fördes inte vidare vid direktivarbetet, men frågan aktualiserades på nytt när det gäller oljeskador sedan det visat sig att IOPC-fonden i samband med några stora oljeutsläpp varit otillräcklig i sin dåvarande kapacitet. Sedan kapaciteten dock ökats lades frågan på nytt åt sidan. Det har diskuterats om preventionen uttunnas i och med att försäkrings- och fondlösningar saknas. Enligt referentens uppfattning behöver detta knappast befaras. Som direktivet nu är utformat med ett återställande och förebyggande ansvar och allt vad det innebär för verksamhetsutövaren kommer preventionen sannolikt att upprätthållas.

<sup>59</sup> Se om detta Comité Maritime International. Yearbook 2003, s 314 ff och Louise Dalborg, Places of Refuge, Examensarbete, Uppsala universitet 2004.

praxis fått stor genomslagskraft vid skadereglering inom oljeskadeområdet. Andra fondförebilder föreligger, särskilt de olika lösningarna i USA som ägnats stor uppmärksamhet i litteraturen och i EU:s arbete med ett direktiv. Samtidigt som dessa lösningar och ett antal andra olika länders visat sig ha fördelar, har de också i många avseenden stora nackdelar. Det saknas utrymme att närmare gå in på dem här. Hänvisning görs till den litteratur som angivits ovan och som relativt utförligt beskriver dem. Gemensamt för många av dessa lösningar är att fonden finansieras genom avgifter på en viss vara, t.ex. olja eller motorbränsle. Motsvarande låter sig inte direkt göra när det gäller de verksamhetsutövare som omfattas av EG-direktivet. Däremot kan det fastställas en viss avgift baserad på andra motsvarande kriterier, t.ex. verksamhetens art, verksamhetsutövarens omsättning eller liknande. Detta måste givetvis övervägas och preciseras ytterligare. När det gäller t.ex. IOPC-fonden har kanalisering av det primära ansvaret skett till den som transporterar oljan, medan avgiften betalas av oljeimportörerna enligt ett visst system. När det gäller skada på den biologiska mångfalden kan någon annan kanalisering inte ske än just till verksamhetsutövaren själv, som därigenom får såväl en försäkringskostnad som en fondavgift. Slutligt får emellertid samhället självt bära huvuddelen av kostnaden för att säkerställa ett snabbt åtgärdande av en skada på den biologiska mångfalden, eftersom verksamhetsutövaren väger in den ökade kostnaden i sin prisbild.<sup>60</sup>

En fondlösning förutsätter att det byggs upp kapital i fonden. Så kan endast ske successivt och det kan behövas en interimslösning för det fall att fonden skulle behöva tas i anspråk på ett tidigt stadium för en större skada där den underliggande försäkringskapaciteten inte räcker till. Här bör övervägas om fonden själv skall försäkra sig genom XL- eller återförsäkringslösningar på lägre nivåer under detta inledningsskede eller om staten själv skall bära det överskjutandet ansvaret under den tiden.

#### *Några kommentarer till NOU 2004:2*

Den norska utredningens förslag har likheter med de tankar referenten här framfört. Som framgått innehåller utredningen också ett förslag till fondlösning. Den miljöersättning som skall utgå och som inte är knuten till någon visad ekonomisk förlust skall betalas till en särskild fond som bara får användas för åtgärder beträffande naturmångfalden. Miljöersättningen skall utgå utöver skyldigheten att återställa eller förebygga skada, såvitt får förstås, i de fall där åtgärderna inte leder fram. Man skulle i så fall kunna se miljöersättningen som en sorts schablon för värdesättning av sådan skada. Det förefaller dock som om det är domstolen som har att fastställa miljöersättningen och det kan då antas att förfä-

---

<sup>60</sup> Som tidigare nämnts kan Polluter Pays principen därigenom sägas inte bara vara naggad i kanten av undantag, utan även urholka sig själv.



randet kommer att ta tid och ersättningen bli mycket skönsmässig, i synnerhet om ersättningen skall utgå, som förslaget innebär, även om miljökadan är "obetydlig".

Enligt referentens uppfattning kan det ifrågasättas om det inte är att föredra att alla tillståndspliktiga i stället betalar till fonden och att de som inte betalar får utge en "avgift" som på något sätt är schabloniserad. Även den norska fonden behöver byggas upp successivt och om större skador uppkommer innan den är fullt utbyggd kan dess bidrag till återställandeåtgärder bli litet. Kanske kunde det övervägas om inte det norska fondsystemet därför borde kompletteras med en XL- eller återförsäkringslösning.

Förslaget lämnar öppet hur ersättnings- och fondlösningar skall förhålla sig till en verksamhetsutövers eget försäkringsskydd och vilka möjligheter som finns för att uppnå att ett återställande tryggas genom försäkringslösningar.

## 8. TESER

- EG-direktivet den 21 april 2004 innebär att skada på naturresurser blir ersättningsgill så tillvida att förorenaren skall betala för att förebygga och avhjälpa miljökador. Direktivet – som är ett minimidirektiv – är begränsat till arter och livsmiljöer inom *Natura 2000-nätet*. En viktig princip har fastslagits, nämligen att det föreligger ett ansvar för skada på naturen i sig och att det finns en bärare av rättigheten, staten som företrädare för medborgarna. Direktivet är snävt, men kan ses som en viktig plattform för en fortsatt utveckling av ansvaret för skada på naturresurser. En utvidgning bör ske med stor försiktighet för uppnående av enhetlighet och till undvikande av att regelsystemet blir svårt att tillämpa.
- Solidariskt ansvar bör inte åläggas verksamhetsutövare, eftersom ett sådant ansvar inte fyller någon egentlig funktion och är svårt att försäkra.
- En ytterligare precisering av vem som är verksamhetsutövare behöver ske, men en del av det problemet kan lösas genom bestämning i samband med tillståndsgivning för miljöfarlig verksamhet.
- Regler om ansvarsombrott bör inte införas. Motsvarande effekter uppnås genom en bestämning ad hoc för tillståndspliktig verksamhet av begreppet verksamhetsutövare och i andra fall med hjälp av försäkringslösningar.
- Det är möjligt att skapa särskilda försäkringslösningar för att trygga rätta fullgörandet av förebyggande och avhjälpande åtgärder, men ett försäkringsskydd för förebyggande och avhjälpande åtgärder får ha snävare ramar än direktivets. Försäkringsansvaret skall vara beloppsbegränsat.
- För icke tillståndspliktiga verksamheter kan arrangeras skydd genom företagsförsäkring som utvidgas att avse ansvar på naturresurser.

- Det är möjligt att försäkra även subsidiära (kompletterande och kompenserande) åtgärder under förutsättning att riktlinjer för fastställandet av rimliga sådana åtgärder kan ske i samråd med försäkringsbranschen.
- Sådana skador som inte kan avhjälpas och kvarstående skador efter det att kompletterande åtgärder inte är möjliga eller rimliga omfattas inte av direktivet, men försäkring är möjlig även beträffande sådana skador under förutsättning att de kan åsättas ett värde som kan försäkras. Det förutsätter att värdena kan schabloniseras.
- En subsidiär miljöskadefond bör upprättas. Den skall ha regressrätt mot verksamhetsutövaren.
- Det implementeringsarbete som nu skall ske före 2007 är av största betydelse, eftersom EG-direktivet är ett ram- och minimidirektiv. Implementeringen bör ske i nordiskt samråd och med nordisk uniformitet som mål. Ett snabbt och gemensamt genomförande av direktivet från nordisk sida kan utgöra förebild för andra medlemsstater, inte minst de nytillträdda.

Børge Dahl

Har det nordiske lovsamarbejde  
udspillet sin rolle?

## Har det nordiske lovsamarbejde udspillet sin rolle?

Af højesteretsdommer *Børge Dahl*, Danmark

*Der lægges op til en drøftelse af, hvilken fremtid der er – om nogen – for nordisk lovsamarbejde, der i sin klassiske form rettet mod enslydende nordiske love for længst synes at være afgået ved en stille død. Det er opfattelsen, at nordisk lovsamarbejde, som bedrives i overensstemmelse med tidens vilkår, vil være til nordisk nytte. Der er imidlertid brug for ny energi og ledelseskraft, nye målsætninger og veldefinerede opgaver.*

### **Tese 1**

*Nordisk lovsamarbejde er en del af det nordiske samarbejde, som på papiret stadig er en levende realitet, der ikke har udspillet sin rolle, men som løbende justerer sin rolle under hensyn bl.a. til globaliseringen, den teknologiske udvikling og udviklingen i vores omverden, ikke mindst EU.*

Nordisk Råd vedtog i 2002 “Ny Nordisk Dagsorden” med nye strategiske mål for Nordisk Ministerråd, hvorefter der fokuseres på 1) teknologisk udvikling, særligt spørgsmål vedrørende informationssamfundet, 2) velfærd (herunder “nordbors rättigheter och möjligheter att leva, arbeta och studera i ett annat nordisk land”), 3) det indre marked i Norden, 4) nabolande og regioner (“samarbetet inom EU och unionens utvidgning utgör ramen för det nordiska agerandet”) og 5) miljø og holdbar udvikling, jf. Nordisk årsredovisning 2001 (ANP 2002: 741).

Årsberetningen for 2003, “Ett öppnara Norden, Året som gick i Nordiska rådet och Nordiska ministerrådet, 2003” (ANP 2004:765), er ikke en mindebog for det for længst etablerede fællesnordiske arbejdsmarked med social tryghed, men en redegørelse for de aktuelle opgaver omfattende bl.a.

- “rivande av kvarstående gränshindar och minskad friktion för den fria rörligheten”,
- “fastholde og udbygge den nordiske indflydelse på det europæiske samarbejde”,
- “samarbejde 'europæisk' så langt som muligt i hvert enkelt spørgsmål”.

Det allerede eksisterende nordiske fællesskab medfører, at der er grænser for, hvilke storslåede landvindinger der er rum for. Fremskridt på det jævne som “minskat tullkrångel, gemensamma yrkesbevis, en ny nordisk socialkonvention och snabbare folkbokföringssystem” er vel ikke at foragte, men rigtignok heller ikke meget at berette om.

Af "Nordisk Ministerråd – Planer og budget 2005" (APN 2004:791) fremgår, at budgettet er på godt 800 mio. DKK og "skal understøtte arbejdet med at nå de politiske mål for det nordiske samarbejde, som regeringerne tillægger prioritet" (s. 12).

## Tese 2

*Nordisk lovsamarbejde har ingen ideologisk rolle at spille og forudsætter, at det kan bedrives, så det gør praktisk nytte som led i det nordiske samarbejde i øvrigt.*

Der er i Nordisk Ministerråds budget for 2005 til "Lovgivning på justitssektorens område" afsat 1,3 mio. DKK. Det er da også en ret udbredt opfattelse, at det nordiske lovsamarbejde har en strålende historie – bag sig. "Det er sørgelig å si det på et nordisk juristmøte, men inntrykket er vel desverre at det nordiske lovsamarbeidet snart bare er historie", var Viggo Hagstrøms bekymring for 3 år siden, jf. NJM 2002.II s. 47.

De nordiske Juristmøder var med til at lægge grunden for lovsamarbejdet og har siden 1872 virket for at holde gejsten ved lige. Fortællingen om det nordiske lovsamarbejde er snævert forbundet med fortællingen om De nordiske Juristmøder – i 1972 fortalt af Henrik Tamm i bogen "De nordiske Juristmøder 1872–1972" med undertitlen "Nordisk Retssamvirke gennem 100 år", jf. også Åke Malmström i artiklen "De nordiska Juristmötena 100 år" i TfR 1972 s. 387–407.

Ved 100 års-jubilæet i 1972 var første emne på dagsordenen "Den nordiske rättsenhetens problem i dag". Emnet blev indledt af Curt Olsson fra Finland, som afsluttede sit debatoplæg med ordene: "Den nordiska rätten kräver för sin existens, at vi tror på dess värde" (NJM 1972 s. 34). Korreferenten, W.E. von Eyben fra Danmark, var "overbevist om værdien heraf" (s. 45), men pegede på behovet for reform – ikke mindst på grund af udsigten til de europæiske fællesskaber – hvis det skulle undgås, "at det nordiske samarbejde indskrænker sig til velformede skåltaler" (s. 53). Der er (s. 47) en opregning af reformforslag "fremkommet i de senere år" omfattende bl.a. fællesnordisk lovforberedelse med "fælles betænkninger", "etablering af fællesinstitutioner som nordisk domstol", fælles juridisk litteratur og nomenklatur og en hel del mere – som i de forgangne 33 år heller ikke er blevet til så meget.

På den baggrund kan det synes naturligt at stille spørgsmålet, om ikke tiden er kommet, hvor det nordiske lovsamarbejdes mangel på fremtid må erkendes – også af De nordiske Juristmøder. Det kan anno 2005 være svært at få øje på den "Ønskets og Viljens drivende Kraft" båret af "Overbevisningen om at arbejde mod et ideelt Maal", den tro på "den nordiske Tankes Fremtid", som Bernt Hjejle (mangeårig formand for NJM's danske styrelse) i 1946 fremhævede som nødvendig for et levedygtigt nordisk retssamarbejde (s. 103 i bogen "Nordisk

Retsfællesskab", udgivet af Foreningen Norden, København). Det er ikke lige alt det der med det nordiske, som efter den daglige nyhedsformidling er af politisk interesse. Det er større fællesskabers udfordringer som EU's forfatnings-traktat og globalisering, der er i overskrifterne og til politisk debat – og kamp.

Modspørgsmålet er imidlertid: hvorfor skulle netop nordisk lovsamarbejde forudsætte bekendelse til en ideologi? Har det karakteristiske ved – nogen ville måske ligefrem sige styrken i – nordisk statsbyggeri og samarbejde ikke i stedet været, at vi pragmatisk med baggrund i ligheder og forskelle ved fælles beslutning er enedes om, hvad der er praktisk nyttigt, og så er gået efter dét?

Selv om indbydelsen til det første NJM i 1872 kan ses som en udløber af skandinavisme som politisk bevægelse i første halvdel af 1800-tallet, var tanken om en genoplivelse af Kalmarunionen allerede da uden folkelig forankring og politisk gennemslagskraft (se Henrik Tamm op.cit. s. 14, 17 og 207 f). Skandinavismen som en politisk idé om et samlet Norden var dødfødt, og de modne herrer, som stod bag initiativet i 1872, havde ikke gang i noget utopisk, men gik efter det, som kunne være til nytte i landenes samliv. Ønsket var (ifølge indbydelsen til mødet gengivet i Henrik Tamm op.cit. s. 24), at "Lovgivningen" – under hensyn til den "Tilnærmelse i kommerciel og industriel Henseende, som, foranlediget eller befordret ved de forbedrede Kommunikationsmidler, i den senere Tid har fundet Sted mellem de skandinaviske Folk" – "i de enkelte Lande maa blive saa ensartet, som med behørigt Hensyn til de nationale og stedlige Ejendommeligheder og de derved nødvendiggjorte Forskjelligheder lader sig gjøre". Der er ikke meget ideologisk fanfare i det budskab, som til gengæld omfatter den jordnære og rummelige forening om det praktisk opnåelige og nyttige, der er så karakteristisk for de nordiske demokratiers hele udvikling.

Det kan være udmærket med glæde at mindes det nordiske lovsamarbejdes resultater i dets første mange år i form af stort set enslydende aftalelove, købelove, gældsbrevslove og mange flere. Det er imidlertid også nødvendigt at erindre, at opgaven dengang i hovedsagen var en praktisk ukontroversiel fælles kodificering, som ikke skulle lave særligt om på noget og derfor let kunne få lov til at tjene det formål at være til fællesnordisk nytte ved at være så nogenlunde enslydende. Det må endvidere erkendes, at det almindelige i dag er, at hensynet til nordisk retsenhed må konkurrere med andre hensyn, som let får overtaget, når lovgivning sker til forandring af det bestående.

At blæse til "nordens samling" med "den fælles nordiske lovbog" i hånden og et ønske om, at "de nordiske folk nu kende deres besøgestid", således som Fr. Vinding Kruse gjorde det i 1948 med 1. udgave af "En nordisk lovbog" (se s. XIII i forordet, der ikke blev gentaget i 2. udgave 1962), tjener ikke noget praktisk formål, eftersom tanken nok lige fra NJM's opståen i anden halvdel af det 19. århundrede har været – og længe af "alle", jf. Henrik Tamm op.cit. s. 203, har været erkendt at være – en utopi. Lovbogen kunne for så vidt siges at være et produkt fra det 19. århundrede (jf. herved Alf Ross' kritik af Fr. Vinding

Kruses retslære i TfR 1945 s. 273 ff under den udsøgte overskrift "En retslære fra det 19. århundrede"). Hvis et forenet Norden skulle være målsætningen, er det klart, at "vi mislyckats ... kapitalt", jf. Jacob W.F. Sundbergs "reflexioner kring det nordiska samarbetet" i TfR 1970 s. 143–165.

Udviklingen siden 1972 har bekræftet gennemslagskraften af Carl Lidboms opfattelse, jf. NJM 1972 s. 53–59 og 68–69 og SvJT 1973 s. 273–278, at tiden var løbet fra nordisk lovsamarbejde med henblik på tilvejebringelse af enslydende love, men ikke fra nordisk lovsamarbejde "i obundna former och utan i förväg uppställda krav på harmonisering", som tværtimod er "ett nödvändigt inslag i vår gemensame strävan att på olika områden värna om nordiske intressen och stärka samhörigheten i Norden". Lovgivning er til for at løse problemer inden for alle de mange sagsområder, som det nordiske samarbejde angår, og det ene lands nyskabelse og forankringen heraf i dets retssystem viser sig ofte med tiden at finde vej til de øvrige landes retssystemer. "Med de gemensama värderingar vi har i mångt och mycket är det naturligt att i stort sett samma lösningar ofta passar oss alla."

I 1872 var det ret så praktisk, at deltagerne i NJM ikke blot var "fremtrædende jurister", men "for en stor dels vedkommende også indflydelsesrige politikere" (Henrik Tamm op.cit. s. 39). Der kunne derfor være en vis fornøft i på mødet at træffe beslutninger om, hvad lovsamarbejdet skulle gå ud på. De tider er imidlertid for længst forbi. NJM er et samlested for jurister – politikere har deres nordiske mødesteder i Nordisk Råd og Nordisk Ministerråd. Fra arbejdet dér ved vi, at politikerne ikke har drukket gravøl over det nordiske samarbejde. Det har alles tilslutning, men har det nogens særlige bevågenhed? Det er måske mere noget at hygge sig med end arbejde for.

Samarbejdet er forankret i Helsingforsaftalen af 23. marts 1962 (som senest ændret ved overenskomst af 29. september 1995), som indledes med en bestemmelse om, at landene "skall eftersträve att bevara och ytterligare utveckla samarbetet mellan länderna på det rättsliga, kulturella, sociala och ekonomiska området samt i fråga om samfärdseln och miljövården" og "rådgöra med varandra i frågor av gemensamt intresse som behandlas i europeiska och andra internationella organisationer och konferenser" (artikel 1). Ved udformningen af love og andre retsregler i et nordisk land skal medborgerne i de øvrige nordiske lande behandles lige med landets egne medborgere, medmindre opregnede betingelser for at gøre undtagelse er opfyldt (artikel 2). Om det retslige samarbejde er det særligt bestemt, at der skal tilstræbes "största möjliga överensstemmelse på privaträttens område" (artikel 4), "enhetliga bestämmelser om brott och brottspåföljder" (artikel 5) og "inbördas samordning" på andre områder, "där detta ter sig ändemålsenligt" (artikel 7).

Disse overordnede principper – som på bedste måde reflekterer, hvad der i 1962 havde været gang i i knap 100 år, og for så vidt altså er lige så meget en beskrivelse af fortiden som en vedtagelse for fremtiden – er stadig gældende,

men i dag udmøntet i den nævnte, knapt så ambitiøse, "Ny Nordisk Dagsorden" 2002 og det årlige budget samt de løbende handlingsplaner for de enkelte samarbejdsområder, senest om lovsamarbejdet "Program och principer för det nordiska lagstiftningssamarbetet (2002–2005), antaget av de nordiska justitieministerna den 25. juni 2002", hvori det bl.a. hedder:

### **I Indledning**

*Lagstiftningssamarbetet är ett verktyg för de nordiska länderna i arbetet med att främja den nordiska lagstiftningens grundläggande gemensamma principer i överensstämmelse med en nordisk värdegemenskap. Lagstiftningssamarbetet har vidare som mål att främja rättslig överensstämmelse vilket underlättar kontakterna mellan invånarna i de nordiska länderna. Man vill säkerställa att genomförandet inom Norden av EU/EES-rättsakter och andra internationella förpliktelser inom justitiesektorn sker på ett enhetligt sätt.*

### **II Grundläggande principer för det nordiska lagstiftningssamarbetet**

*Det nordiska lagstiftningssamarbetet ska befästa de demokratiska beslutsprocesserna i de nordiska länderna och främja rättssäkerheten för dem som bor och uppehåller sig i Norden. Genom ett samarbete om innehåll och utformning av lagstrukturen ska lagstiftningen göras mer lättillgänglig för invånarna. En gemenskap i fråga om historiska traditioner och värderingar underlättar arbetet med att främja rättslig överensstämmelse vilket kan stärka kommunikationen och sammanhållningen inom Norden. Samtidigt kan det finnas utrymme för avvikande lösningar där faktiska skillnader, olikheter i fråga om värdeuppfattningar eller behov av nya erfarenheter gör sig gällande.*

#### **1 Nordisk nytta**

*Den nordiska lagstiftningen ska betona principen om "nordisk nytta". Som utgångspunkt ska samarbetet därför endast omfatta områden där man kan uppnå ett nordiskt nyttovärde.*

*När man bedömer om en aktivitet uppfyller kravet på "nordisk nytta" lägger man vikt vid*

- att det gäller en verksamhet som annars skulle ske i nationell regi, inom vilken man genom gemensamma nordiska lösningar kan uppnå påvisbara positiva effekter för invånarna i de nordiska länderna*
- att det är en aktivitet som ger prov på och utvecklar nordisk samhörighet*
- att det är en verksamhet som ökar nordisk kompetens och konkurrensförmåga.*



*Kravet på "nordisk nytta" betyder inte nödvändigtvis att samarbetet ska resultera i rättslig överensstämmelse mellan de nordiska länderna. Klart fastlagda och utbyggda samarbetsrutiner kan i sig vara av "nordisk nytta". Lagstiftningssamarbetet består delvis av ett utbyte av kunskap och faktiska upplysningar, bl.a. om existerande lagstiftning och lagförslag i de nordiska länderna, till nytta för de övriga länderna som var för sig kan ha begränsade resurser till förfogande för lagstiftningsarbetet.*

## **2 Rättslig överensstämmelse**

*Målet om rättslig överensstämmelse syftar till att de nordiska länderna ska fortsätta arbeta för enhetlig lagstiftning.*

*Rättslig överensstämmelse betyder emellertid inte nödvändigtvis att reglerna ska vara identiska i detalj. Nordisk rättslig överensstämmelse innebär också att man uppnår en enhetlig struktur i lagstiftningen och en enighet kring de bärande principerna inom ett lagområde.*

*Omfånget, behovet och karaktären av det nordiska lagstiftningssamarbetet kan variera inom olika rättsområden. När det gäller civilrätten har det traditionellt i stor utsträckning varit möjligt att uppnå en långtgående nordisk rättslig överensstämmelse som hör fortsätta och utvecklas vidare. Det finns ett ökande behov av nordisk gemenskap inom straffrätt och inom upprätthållandet av lagar. På områden där man inte kan förvänta sig att uppnå rättslig överensstämmelse – t.ex. på grund av att moraluppfattningarna eller det institutionella ramverket skiljer sig åt – kan informations- och erfarenhetsutbytet vara ändamålsenligt.*

## **3 Konkretisering av syftet**

*I allt nordiskt lagstiftningssamarbete måste man göra klart vilket syfte som ska tillgodoses. Man bör i synnerhet utreda om syftet är problemlösning, bevarande och utveckling av nordisk rättslig överensstämmelse eller en mer generell samordning genom ett ömsesidigt informationsutbyte mellan de nordiska länderna.*

*Form för och deltagande i samarbetet ska organiseras på ett sådant sätt att de konkretiserade syftena tillgodoses på bästa möjliga sätt.*

## **III Nordiskt lagstiftningssamarbete och internationell rättsutveckling**

*Det nordiska lagstiftningssamarbetet får i dag ses i ljuset av internationell rättsutveckling. Genom EU/EES och de grundläggande principerna i den europeiska människorättskonventionen etableras ett regelverk som är omfattande gemensamt för stora delar av Europa. I ökande grad sker även en bredare internationell eller global regelutveckling på områden som tidigare varit förbehållna nationell lagstiftning.*

*Det nordiska lagstiftningsarbetet ska ge effektiva bidrag till regelutvecklingen inom EU/EES och andra internationella forum. Ett nordiskt samarbete under förarbetet till ett nytt internationellt regelverk ska bidra till att öka kvaliteten på nya regler. Nordisk rättslig överensstämmelse kan öka det inflytande nordiska rättsvärderingar har i Europa. Ett välfungerande rättsligt samarbete i Norden är en styrka för samarbetet i Europa. Det nordiska lagstiftningsarbetet ska säkerställa att nytt regelverk inom EU/EES och nya internationella förpliktelser som de nordiska länderna påtar sig inarbetas effektivt i dessa länders lagstiftning.*

Det ligger således klart, at der i hvert fald er et aktuelt program for at dyrke det nordiske lovsamarbejde, hvor der konkret er nordisk nytte at opnå derved, hvilket ikke mindst antages at være tilfældet i forarbejdet til og implementeringen af internationale regelværk, særligt EU/EES-regelværk. Efter "Danmarks formandsprogram for Nordisk Ministerråd 2005" (ANP 2004:763) s. 49 "er det formandskabets mål, at der udarbejdes et nyt samarbejdsprogram for det nordiske lovsamarbejde med udgangspunkt i "Nordisk nytte". I øvrigt omfatter formandskabets plan for 2005 bl.a.:

- øget erfaringsudveksling vedrørende de enkelte landes arbejde med reform af reglerne om offentlighed i forvaltningen,
- udbygget erfaringsudveksling om alternativ konfliktløsning,
- afholdelse af seminar om udviklingen i de nordiske lande vedrørende behandlingen af mistænkte krigsforbrydere,
- opnåelse af enighed om en model for nye udvidede regler om udlevering af personer til retsforfølgning mellem de nordiske lande.

Der er altså fra politisk hold ingen mangel på programmer og planer for det nordiske lovsamarbejde – og som Curt Olsson har udtrykt det i artiklen "Behövs nordiskt lagstiftningsarbete?" (s. 222 i Ulf Bernitz och Ola Wiklund (red.): Nordiskt lagstiftningsarbete i det nye Europa (Stockholm 1996): "även om man ställer sig skeptisk till mångt och mycket i deklamationer av sådant slag, skall man ända inte gå till en motsatt ytterlighet och hävde att det inte har något med sanning att göra".

### **Tese 3**

*Så længe der er rimelighed i at karakterisere de nordiske lande som tilhørende et særligt retsfællesskab – det nordiske – er nordisk retssamarbejde, herunder nordisk lovsamarbejde, til nordisk nytte.*

Vi er vokset op med at være en del af et nordisk retsfællesskab – karakteriseret ved, at vi har undgået "conceptualism and the construction of large-scale integrated theoretical systems ... thanks to the realism of the Scandinavian lawyers and their sound sense of what is useful and necessary in practice", jf. Konrad

Zweigert and Hein Kötz: *Introduction to Comparative Law* (2<sup>nd</sup> ed. Oxford 1987) s. 287. Uanset forskelle på den juridiske overflade i det aktuelle lovsamarbejde har vi en fælles juridisk kultur omfattende metoder, begreber og retsgrundsætninger, som bygger på en juridisk struktur i form af fælles værdier (hvilket er meget mere end kittet i EU, jf. K. Tuori i Eriksson & Hurri: *Dialectic of Law and Reality* (1999) s. 403 ff.). “Det nordiska rättsarvet” kan med Lars Björne, NJM 2002.II s. 521 ff, siges at bestå af “faktorer som medborgerlig frihet ..., sträng lagbundethet och öppenhet i regeringsvirksamhet och förvaltning och alles likhet inför lag oberoende av samhällsställning och ekonomi” og karakteriseres ved, at vi har “undvikit extrema rättsliga lösningar” og efter argumentering med inddragelse af “reella överväganden” fulgt “den gyllene medelvågen, i frasens bästa bemärkelse”. Nordisk retspragmatisme båret af reelle hensyn og afvejning vedkender vi os gerne, selv om den måske “heller vises frem enn defineras”, jf. Sverre Blandhol i TfR 2004 s. 366.

Vi har så meget til fælles, at vi altid har noget at lære af hinanden og ikke mindst vore forskelligheder i et samarbejde om noget nyt eller en samevaluering af noget gammelt. Det er i sidste ende politikerne, som er herre over, hvad der er størst mulig overensstemmelse på et lovområde, jf. artikel 4 i Helsingforsaftalen, men de er ikke herre over det underliggende kulturelle og strukturelle værdifællesskab, som i sig selv har godt af, at vi forholder os til hinanden på enhver tænkelig måde i udøvelsen af retlig virksomhed. Som Bernt Hjejle skrev i den nævnte bog om nordisk retsfællesskab s. 104: “Uanset hvilke Resultater vi vil naa i Arbejdet for nordisk Retsfællesskab, vil vi gennem Arbejdet derfor holde vore Retsregler og Følelsen af vor Retsordens Værdier levende og friske” og “styrke den fælles nordiske Retsbevidsthed, som de forgangne Aar [bogen er som nævnt fra 1946!] som aldrig før har vist os Værdien af”. Det er ikke nordisk retsfællesskabs undergang, at hensynet til nordisk retsenhed – selv om politikerne på det principielle plan gerne udtrykker stærk støtte dertil – i det daglige arbejde med et lovforslag let får mindre betydning for parlamentarikerne, jf. Severin Blomstrand i artiklen “Nordic Co-operation on Legislation in the Field of Private Law” i *Sc.St.L.* vol. 39 (2000) s. 59 ff. (s. 77). Også for det Nordiske lovsamarbejde gælder, at det er “det muliges kunst”, der skal bedrives, jf. Knut Robberstad NJM 1966 s. 56.

Det er uden videre klart, at den retsvidenskabelige forskning, lovarbejdet og praktisk retsarbejde i det enkelte nordiske land er overordentlig stærkt begunstiget af, at nordisk materiale uden videre kan inddrages. Og det ville være en mangel i national lovforberedelse, hvis der som det mindste ikke var en redegørelse for og sammenligning med forholdene i de andre nordiske lande.

Uden at gå ind i en retsvidenskabelig analyse af “Den nordiska rättsgemenskapen och rättskällalären” – se herom artiklen med denne overskrift af Thomas Wilhelmsson i TfR 1985 s. 181–197 – er det for en praktikers problemhåndtering

under anvendelse af f.eks. grundlæggende retsprincipper eller internationale regelsæts krav til den nationale ret af interesse, hvorledes problemet er håndteret i de andre nordiske lande. Uanset alle forskelle er fællesskabet landene imellem historisk, sprogligt, kulturelt, socialt og økonomisk samt hvad demokrati og velfærd angår så dybtgående og omfattende, at det i sig selv kan være et argument, hvorledes grundlæggende samfundsmæssige vurderinger er udmøntet på et konkret felt i et andet nordisk land. Hertil kommer, at det i nationale domstoles dialog med internationale domstole kan være af væsentlig betydning for bedømmelsen af f.eks. den rette afvejning efter menneskerettighedskonventionen og efterprøvelsen heraf, at domstolsafgørelsen i det ene nordiske land er på linje med tilsvarende afgørelser i de andre nordiske lande. Vi har fælles værdier, der er værd at stå vagt om, og vi skal ikke uden videre give efter for andres.

Mange andre eksempler på nordisk nytte af nordisk retssamarbejde kan nævnes – og nogle vil blive nævnt i det følgende.

#### **Tese 4**

*Selv i en globaliseret IT-verden, hvor alle kommer hinanden ved, er de nordiske lande tættere på hinanden end på andre, og der er stadig mange måder, hvorpå rets- og lovsamarbejdet kan udbygges – til nordisk nytte.*

Selv i vore dage, hvor alt kan hentes ned fra internettet, og alle via e-mail er i konstant forbindelse med hinanden, er de personlige relationer nordiske jurister imellem af central betydning for det nordiske retsfællesskab. Det er så glimrende at forholde sig til hele verden, men der er ingen grund til at gøre det på bekostning af godt nabofællesskab.

I universitetsverdenen og retsvidenskaben holdes det nordiske samliv i hævd med seminarer, gæsteforelæsninger, bedømmelsesarbejder osv. Vi bruger hinandens værker på tværs af grænser – som om de ikke eksisterede. Justitsministerierne embedsmænd får vist stadig set noget til hinanden, men måske mest i Bruxelles. Advokaterne danner formaliserede forretningsforbindelser over grænserne. Derimod må jeg – desværre – dele Curt Olssons beklagelse fra NJM 1972 s. 33 af, "att kontakterne mellem domarena i de nordiska länderna inte är mera omfattande än vad de är". Der er i dag endnu mere behov derfor, fordi nordiske domstoles bedømmelser nu er til prøvelse ved internationale domstole – en prøvelse, det som nævnt er godt at være nordisk rustet til.

I de senere år har Nordisk Embedsmandskomité for Lovgivningsspørgsmål arrangeret seminarer med deltagelse af teoretikere og praktikere og fastholdt det fremkomne af interesse for en videre kreds i publicerede rapporter – en samarbejdsform, der har været anvendt i en lang årrække på andre embedsmandskomitéområder, hvis nordiske dimension har nydt rigtig godt deraf. Her er et område, hvor der kan sættes meget mere massivt ind, og som der i øvrigt er brug for en bedre udbredelse af kendskabet til.

Blandt rapporterne kan nævnes:

- Nordisk seminar om offerets straffeprocessuelle stilling (TemaNord 2004:559),
- Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern (TemaNord 2004:509),
- Kampen mot brottslighet med nazistiske eller rasistiske förtecken (TemaNord 2003:506),
- Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten (ANP 2002:706).

Fra andre komitéområder, men med relevans for retsfællesskabet, kan f.eks. nævnes:

- Barrier på arbejdsmarkedet for kvinder med innvandrerbakgrunn (ANP 2004:706),
- Seminar om gruppesøksmål (TemaNord 2003:528).

Denne form for samarbejde er, når den er bedst, en rigtig tankestiller. Den seneste rapport, Lagstiftningspolitik (TemaNord 2005:516), er et strålende eksempel herpå. I forordet s. 7 introducerer Sten Palmgren, hvad der menes med lovgivningspolitik – hvilket er godt, fordi det ikke er alle jurister, som forstår sig lige godt på politologi – således: “Lagstiftningspolitik’ är ett begrepp som introducerats i Finland i strävandena att nå ett helhetsbetonat, planmässigt och samordnat betraktelsesätt på lagstiftningen. Med lagstiftningspolitik avses alltså något mer än enbart strävandena att nå en mer begriplig och överskådlig lagstiftning. Det är fråga om att få ett grepp om lagstiftningen som medel i ett målrationalt, politisk handlande.”

Kirsti Rissanen går i sit indlæg om “Lagstiftningspolitikens mål och medel” i dybden med hensyn til, hvad lovgivningspolitik indebærer, og skriver bl.a. (s. 14): “Själv är jag av den åsikten att det inte är tillräckligt att regeringen har en finans- och budgetpolitik, en EU-politik, en utbildningspolitik, en näringspolitik, en kulturpolitik, en socialpolitik, en sjuk- och hälsovårdspolitik, en kriminalpolitik osv. Regeringen behöver också en lagstiftningspolitik med syften, prioriteringar, möjligheter, metoder och en innebörd som regeringen och ministrarna fastställer och som medborgarna är medvetna om. Det vore dessutom bra att diskutera vilka slags inskränkningar, resurskrav och allmänna samhällsliga lagbundenheter som hänger samman med stiftandet, tillämpningen och effekterna av lagar.”

I rapportens sammenfatning er der et katalog over almene spørgsmål, som kunne behandles nordisk, omfattende bl.a.:

- “Det finns en risk för att de politiska målsättningarna är för kortsiktiga. Hur kan man åstadkomma mer bärkraftig lagstiftning?”
- Vilka frågor skall man betona i en allt mer internationaliserad värld med beaktande av de allt mindre tidsresurserna?

- Det finns många konkreta behov av samnordiska lösningar. Medborgarna har klart uttalade förväntningar på rättslikhet som inte alltid uppfylls i verkligheten. Rapporten om Nordbornas rättigheter visar att det finns obefogade gränshinder mellan de nordiska länderna. Hur kunde man utveckla en nordisk lagstiftningspolitik som bättre än för närvarande fokuserar på viktiga frågor och som syftar till innehållsmässiga lösningar i lagstiftningen?
- Erfarenhetsutbytet de nordiska länderna emellan bör vara kontinuerligt. Också sättet att organisera det nordiska samarbetet måste granskas kritiskt – i synnerhet när det gäller de politiska prioriteringarna. Ett fungerande politiskt samarbete och en politisk vilja är en förutsättning för att det nordiska samarbetet skall lyckas.
- I Helsingforsavtalet nämns inte särskilt samarbete inom förvaltnings- och statsförfattningsrättens områden. Det finns ett stort behov av erfarenhetsudbyte på dessa områden inte minst för att få kunskap om hur lagstiftningen fungerar i praktiken.”

Dette korte referat kan ikke yde rapporten anden form for retfærdighed end at skærpe den lystne nysgerrighed efter at blive klogere på de fundamentale spørgsmål, som rapporten lægger op til, og som det også i det nordiske lovsamarbejdes perspektiv er godt at få rejst.

På andre komitéområder har det i en længere årrække været helt sædvanligt at tage initiativ til nordiske projekter i form af en komparativ undersøgelse på et givet område – som grundlag for overvejelser om nationale og nordiske tiltag. Som eksempler på publikationer, der er kommet ud af et sådant nordisk initiativ, kan nævnes:

- Nordisk internationell konsumenträtt (Nord 1992:031) af Michael Bogdan,
- Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmål för privatpersoner (Nord 1997:010) af Frey Nybergh,
- Reklamens bindende virkning (TemaNord 2001:549) af Kai Krüger og Peter Møgelvang-Hansen,
- Nordiske patientrettigheder (TemaNord 2002:540) af Ulla Hybel,
- Mellommenns sivilretlige ansvar ved handel på Internettet (TemaNord 2004:512) af Ole-Andreas Rognstad.

Også denne samarbejdsform er på det seneste taget op af Embedsmandskomitéen for Lovgivningsspørgsmål – med et særdeles fornemt resultat i form af følgende bøger:

- Nordisk äktenskapsrätt (Nord 2003:002) af Anders Agell,
- Nordisk arverett (Nord 2003:003) af Peter Lødrup,

- Nordisk børneret – Del I (Nord 2003:004) og Del II (Nord 2003:014) af Svend Danielsen,
- Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna. Om möjligheterna och nyttan av lagharmonisering (TemaNord 2002:538). En sammenfattande rapport av Anders Agell och Peter Lødrup i samarbejde med Linda Nielsen, Urpo Kangas och Svend Danielsen.

Jeg skal ikke gå ind på spørgsmålet om nordisk lovharmonisering på dette område – det var på programmet i 2002 (se NJM 2002.I s. 39–85 og 2002:II s. 153–161) og er også på programmet i år, så vi alle kan høre om udsigterne af dem, der ved besked. Jeg vil derimod påpege, at dette arbejde er til nordisk nytte, også selv om det ikke skulle blive til så meget harmonisering, som vi har kendt til tidligere. Bøgerne er nemlig af stor betydning for fagområdernes fællesnordiske teoretiske udvikling og uomgængelig for praktikeres håndtering af problemer med tilknytning til flere af de nordiske lande. De er samtidig en overbevisende demonstration af, at der vil være god grund til over en bred bank at iværksætte tilsvarende projekter. Når lovgivning mest sker til forandring og uden at afvente, om de øvrige nordiske lande ønsker det samme, kunne det måske blive en fællesnordisk opgave efterfølgende at gennemføre en efterkontrol af lovgivningen i harmoniseringsøjemed, jf. Inge Lorange Backer NJM 2002:II s. 159.

### **Tese 5**

*Globalisering og europæisering overflødig gør ikke det nordiske rets- og lovsamarbejde, men stiller det over for nye udfordringer, som ikke bliver mindre af, at der politisk fokuseres på størrelser som globalisering og indre marked – nordisk samarbejde er ikke politisk prioriteret.*

Globalisering og europæisering stiller retlige krav til de enkelte lande – og dermed til det nordiske retsfællesskab. Betydningen heraf har været behandlet på flere juristmøder. Allerede i 1975 konstaterede Ole Due, at “netop fordi udviklingen uden for Norden spiller en stadig større rolle for de nordiske lande, har disses samvirke i internationale organisationer gennem de senere år indtaget en stadig større plads i det nordiske samarbejde også på det juridiske område”, NJM 1975, bilag 5, s. 5.

I artiklen “EF’s betydning for det nordiske lovsamarbejde” i TfR 1988 s. 524–540 var det Asbjørn Jensens vurdering, “at EF-retssamarbejdet i praksis ikke vil blive et større problem for det nordiske retssamarbejde” (s. 539). I 1993 gav Niilo Jääskinen udtryk for, at “EG-rätten” ikke ville indebære nogen dramatisk forandring af den nordiske retskultur, “fordi Norden är en värdegemenskap, inte en målgemenskap som EG”, som ikke har kastet sig over centrale retsområder, jf. NJM 1993:II s. 566 og 579.

Jääskinens opfattelse er ifølge Ulf Bernitz udtryk for en kraftig undervurdering af "EG-rättens betydelse, genomslagskraft och utvecklingspotential även inom sk. centrale rättsområden", jf. Ulf Bernitz' artikel "Nordiskt Lagstifningsarbete i det nye Europa – Utmaningen för Norden i ett unionsperspektiv" i Ulf Bernitz och Ola Wiklund (red.): Nordiskt Lagstifningssamarbete i det nya Europa (Stockholm 1996) s. 20.

Det af Bernitz nævnte udviklingspotentiale er ikke blevet mindre i årene der er gået. Forfatningstraktat og et europæisk charter om grundlæggende rettigheder har yderligere bestyrket hans udsagn: "EG-rätten saknar verkligen inte ideologiska ambitioner."

Et skarpt nordisk svar på sådanne europæiske ambitioner blev givet af Gustaf Petrén for 30 år siden, idet han ville møde den europæiske udfordring ved "snabbt sätta igång lagstifningsarbetet på det nordiska planet för att där nå enhetlighet så fort som möjligt", så Norden "genom att komma först och anvisa lösningar som är brukbara även europeiskt kan bli vägledande för europeiskt samarbete", NJM 1975 s. 192.

Embedsmandskomitéen for Lovgivningsspørgsmål afholdt i 2000 et seminar, hvorfra der foreligger en rapport: Utvecklingen av det nordiska lagstifningssamarbetet under inverkan av EU och ESS, TemaNord 2000:614. Af sammenfatningen fremgår, at det nordiske samarbejde lider under "bristen på tid och resurser". Der er en tendens til "att man i dag bare diskuterar frågor på EU:s dagsordning, det fremåtblickande arbetet och visionerna har försvunnit", og der "lämnas inte så mycket utrymme för övrigt nordiskt lagstifningssamarbete".

En sådan situationsbeskrivelse af det nordiske samarbejde på justitsområdet er – for den som ser en nordisk nytte i at tage vare på og videreudvikle vores fælles nordiske retskultur – en anledning til at glæde sig over alt det, som trods alt er i gang på andre områder. Samtidig synes det desværre at måtte erkendes, at det inden for justitssektoren ikke er en prioriteret opgave – måske slet ikke en opgave – at sørge for det nordiske retsfællesskabs fortsatte eksistens og udvikling, selv om det ifølge Helsingfors-aftalen særligt er dér ansvaret for retsfællesskabets opretholdelse er placeret.

I en artikel i Festskrift til Edward Andersson (Vammala 2003) s. 429–440 optrykt i TemaNord 2005:516 s. 117–127 – "Det bristfälliga nordiska lagstifningsarbetet och Helsingforsfördraget" – indleder Thomas Wilhelmsson med spørgsmålet: "Varför bryter de nordiska justitieministerierna mot lagen – kan något göras?" Pointen er, at der end ikke er tilstræbt størst mulig overensstemmelse på civilrettens område, og at det siden 1962 oven i købet er gået tilbage med overensstemmelsen, selv om "EG-rätten" ikke på nogen måde er til hinder for at tilstræbe størst mulig nordisk overensstemmelse på privatrettens område. Det er da også iøjnespringende, at ledestjerner som fællesnordisk købelov og forsikringsaftalelov fra forrige århundredes første halvdel er udslukte, uden at der i de senere år er kommet nye strålende eksempler til.



Men selv om nordisk retsenhed har været på tilbageslag, er det et spørgsmål, om det nordiske retsfællesskab er negativt påvirket deraf. Vi behøver ikke enslydende love til bekræftelse af fællesskabet, og forskellene mellem landene er i mangfoldige tilfælde sådanne, som kan rummes inden for det samme juridiske system og værdisæt, således at der – trods forskellene – er så meget til fælles, at de ikke-enslydende love bekræfter og måske ligefrem udbygger den fælles retskultur.

Krav udefra til indretning af retsordningen i Norden indbyder til nordisk samarbejde.

De nordiske lande har en fælles interesse i, at sådanne krav udformes i overensstemmelse med de værdier, vi er fælles om, jf. f.eks. Linda Nielsen i artiklen "Ret og etik" i Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen (København 2004) s. 497 om formulering af "en fælles nordisk tilgang til operationalisering af etiske principper i lovgivning om ny bioteknologi". En udredning af, hvad de værdier går ud på og taler for, inden kravene udefra er vedtaget, burde med fordel kunne ske i nordisk regi og under inddragelse af en videre kreds end justitsministeriernes embedsmænd, og en sådan udredning – som ikke behøver at trække noget i langdrag, fordi et nordisk seminar ofte vil være velegnet til afklaring – kunne være en naturlig del af den nordiske lovgivningsproces i en europæisk og globaliseret verden. Nordisk pragmatisme er bedst sikret gennemslagskraft, hvis den internationalt søges fremmet i nordisk samarbejde, jf. f.eks. Torgny Håstad og Leif Sevón, NJM 2002.II, s. 40 og 51.

Når udefra kommende krav skal implementeres, er det ikke let at forstå, hvorfor det så ikke konsekvent tilstræbes, at der anvendes samme implementeringsteknik, jf. Ulf Bernitz op. cit. s. 22. Også her ligger en opgave for fortsat nordisk lovgivningssamarbejde, jf. Kirsti Coward NJM 1993.I s. 174, som oven i købet kan tænkes løst billigere i fællesskab end hver for sig, jf. Thomas Wilhelmsson op.cit. s. 125 f. I en verden med international overvågning af, om vi efterlever de internationale regler, er det også en styrke, når spørgsmålet stilles, at kunne optræde i samlet flok, jf. Olle Abrahamson i TemaNord 2005:516 s. 74 med omtale af EF-domstolens dom af 7. maj 2002 i sag C-478/99. Sverige blev frifundet for Kommissionens påstand om ikke at have implementeret direktivet om urimelige aftalevilkår korrekt ved ikke at have taget bilaget til direktivet, jf. artikel 3, stk. 3, indeholdende en vejledende, ikke udtømmende liste med 17 vilkår, som kan anses for urimelige, med i selve loven, men kun i bemærkningerne til lovforslaget. Danmark og Finland havde intervenseret på Sveriges side til støtte for synspunktet, at lovforarbejderne ifølge en retstradition, som er fælles for de nordiske lande, er et vigtigt instrument for lovfortolkningen, og at det derfor var den bedste løsning at tage bilaget med i forarbejderne. De nordiske lande opnåede ved dommen "ett vackert och för det fortsatte nordiska lagstiftningssamarbetet löftesbringande exempel" på de fordele, der kan være forbundet med "gemensamt agerande".

Hvad i øvrigt retsudviklingen ved internationale domstole angår, er det et spørgsmål, om der kan være nytte i et nordisk beredskab, som sikrer intervention, når der er en nordisk interesse deri, jf. herved Peter Blume i en artikel om databeskyttelsesrettens harmonisering i UfR 2004 B s. 49.

### **Tese 6**

*Nordisk lovsamarbejde i klassisk forstand rettet mod nordisk retsenhed har for længst udspillet sin rolle. Hvad der er kommet i stedet, synes i for høj grad at være løfterige målsætninger og planer uden egentlig substans og opfølgning. Der er imidlertid fortsat nordisk nytte i et nordisk lovsamarbejde – indrettet i dette øjemed i overensstemmelse med tidens vilkår. Der er brug for nye målsætninger, pragmatisk fastlagte opgaver og ny energi.*

Om nordisk retsenhed skrev Stig Strömholm i TfR 1987 s. 37, at “den en gång uppnådda harmonien är en skatt som ständigt måste försvares, eller rentav återerövrats”. Det er ikke altid lige klart, hvad der er årsag til, at meget er gået tabt af den oprindelige harmoni – og sjældent klart, at der i ændringsprocessen var noget, som stod op til forsvar af retsenheden. At starte om igen på samme måde som før – gå på generobringstogt som man gik på togt for 100 år siden – synes ikke at være en mulighed, der byder sig til. Der er brug for nye tilgange, og en af disse kunne være et fællesnordisk lovvedligeholdelsesprojekt, hvor område for område med passende mellemrum blev gjort til genstand for komparativ undersøgelse og en for det enkelte område bredt sammensat fællesnordisk komité bud på harmonisering ud fra kriteriet nordisk nytte. Der kan være god grund til – med års mellemrum – at genoverveje trufne valg i et nordisk perspektiv.

For at nævne et eksempel: I 1980'erne blev der i forbindelse med tilslutningen til og implementeringen af CISG truffet en række valg – nogle i fællesskab af to eller flere af de nordiske lande, andre tværtimod – se kritisk over for nogle af disse Joseph Lookofsky: *Understanding the CISG in Scandinavia* (Sec.ed. København 2002) s. 51 f. og 184 f. og Jan Ramberg i artiklen “Samnordisk köprätt – finns den?” i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (København 2003) s. 835 ff. Det kan godt være, at der dengang var og fortsat er gode grunde til ikke at tilslutte sig konventionens del II om aftaleindgåelse, jf. CISG artikel 92, men ville det ikke være nyttigt – nu 20 år efter – at genoverveje det? Der var dengang en forventning om, hvordan en fællesnordisk købelov ville se ud, og dermed et grundlag for et nabostatsforbehold, jf. artikel 94, men den forventning blev ikke virkeliggjort, hvorfor en genovervejelse på dette punkt i endnu højere grad byder sig til. Efter 20 år er der rensat godt ud blandt dem, som traf valgene i sin tid, og der har været 20 år til at leve med ærgrelsen over skibbruddet for ensartede nordiske købelove. Hvem ved, hvad et eftersyn kunne føre til – det kunne jo også være skabelsen af et sikkert grundlag for at opretholde forbeholdet efter artikel 94. Det synes i virkeligheden ikke at kræve ret meget andet end

lidt lederskab og god vilje fra alle sider at skabe en i det væsentlige harmoniseret nordisk købelovgivning – hvilket for obligationsrettens begrebsdannelse, systemopbygning og problemanalyse er ganske væsentligt.

At der er nordisk nytte i at finde fællesnordisk fodslag i arbejdet med nye europæiske eller andre internationale regelsæt giver sig selv, og denne del af nordisk lovsamarbejde har også gammel hævd. Spørgsmålet er imidlertid, om samarbejdet ikke i for høj grad foregår om andres idéer og projekter – om det, som andre tager initiativ til. Ud fra et fællesnordisk værdisyn er det måske muligt at opliste, hvad vi gerne ser overladt til os selv, og hvad vi vil foretrække harmoniseret henholdsvis nordisk, europæisk og globalt. Det kunne da godt være, at der var noget vi havde behov for at få fremmet i en videre kreds. Og i hvert fald er det for pauvert, hvis den nordiske ambition i det internationale arbejde er at tilstræbe internationale resultater, som ikke nødvendiggør ændringer i det, som vi har og kender. Vi har jo ingenlunde patent på, hvad der sagligt set er det bedste, og international regulering, som kan rumme al hidtidig national, bringer ikke verden fremad.

Mens lovforberedelse nationalt er præget af en betydelig grad af åbenhed, gælder dette ikke lovforberedelse internationalt – og slet ikke nordisk samarbejde i den forbindelse. Om derfor behovet for internordisk koordinering i international sammenhæng vedrørende spørgsmål, som angår fællesnordisk lovgivning, bliver tilgodeset i praksis, unddrager sig bedømmelse, jf. Ulf Bernitz *op.cit.* s. 23. Det kunne være en opgave på mange områder – som ikke angår staters sikkerhed, men menneskers velbefindende – at søge den nordiske tilgang åbent belyst ved seminarer og andre foranstaltninger, som sikrer input fra andre end justitsministeriernes faste stok.

I relation til den internationale retsudvikling gennem konkrete afgørelser fra internationale domstole er ét spørgsmål, om vi overhovedet har et nordisk beredskab i relation til EF-domstolen. Et andet er, om det i længden er tilfredsstillende, at Den Europæiske Menneskeretsdomstol har mulighed for at træffe afgørelser om meget principielle spørgsmål af betydning for alle tilsluttede landes retsliv, uden at de alle er givet lejlighed til at ytre sig – og hvad denne situation og alternativer dertil set ud fra et nordisk perspektiv og samsyn giver anledning til overvejelse af. Der er over årene af begge domstole afsagt domme, som er blevet normerende for livet i Norden, selv om ingen af de nordiske lande var involveret eller havde intervenseret – og det på en måde, som går på tværs af, hvad et samnordisk syn ville føre til og – hvis det var blevet hørt – kunne have talt for. Et sådant tab af nordiske værdier er så meget desto beklageligere, som det kommer, uden at det nordiske værdisyn overhovedet er formuleret.

Implementering turde være en opgave, hvor hensynet til det nordiske burde kunne få gennemslagskraft, hvis ellers vi har et fællesnordisk syn på, hvad der er god lovteknik. Tilvejebringelse af et nordisk syn på valg af implementerings-

teknik – og åbenhed herom – er foranstaltninger, som kunne sætte liv i en proces, som tilsyneladende kun stumpvis er i funktion.

Måske er ny energi det allervigtigste. Justitsministerierne står bag de senere års programmer og planer – og deres opfølgning – og det er hurtigt overset, hvad der er kommet ud af det. De senere års tilløb til nye former for samarbejde er meget beskedne. Der foreligger ikke en årlig systematisk evaluering af, hvor godt eller skidt det står til med det nordiske retsfællesskab. EF-reglerne har en hel kommission og de europæiske menneskerettigheder en kommissær til at overvåge efterlevelsen – måske fortjener det nordiske retsfællesskab sin komité til løbende evaluering af det nordiske retsfællesskabs tilstand. Hvis imidlertid de nordiske landes justitsministres interesse i nordisk lovsamarbejde er på størrelse med den årlige ministerrådsbevilling til lovgivning på justitssektorens område på 1,3 mio. DKK, er spørgsmålet naturligvis, hvor længe der for et syns skyld holdes liv i selv snakken om nordisk lovsamarbejde.

Jesper Lau Hansen

Selvregulering i selskabs- og børsretten

# Selvregulering i selskabs- og børsretten

Af *Jesper Lau Hansen*, Danmark  
Professor i kapitalmarkedsret, dr.jur.,  
Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet.

Selvbeherskelse er en dyd, og som sådan har begrebet *selvregulering* en positiv klang. Det kan forklare den øgede brug af denne reguleringsform. I det følgende skal begrebet analyseres på selskabs- og børsrettens område, men begrebet er relevant også på andre områder, f.eks. konkurrence- og miljøret. Som ved andre retsvidenskabelige arbejder angribes problemet ved at spørge, hvad det er, konkret og abstrakt, og hvad det kan bruges til. Som oplæg til en debat under juristmødet præsenteres resultaterne som kursiverede teser til diskussion.

## 1. Regulering

Ved regulering søges adressatens adfærd styret. Styring af en anden persons adfærd må betragtes som et indgreb i adressatens integritet, fordi dennes frie valg af adfærd begrænses tilsvarende.

*Tese 1: Regulering er et indgreb i adressatens integritet.*

## 2. Selvregulering

Begrebet *selvregulering* betegner en regulering, der er vedtaget af adressaten selv. En sådan aktør kaldes her SRO (Self-Regulatory Organisation). Det udelukker ikke, at selvregulering også kan have andre adressater, f.eks. en dissenterende gruppe af aktører omfattet af en SRO, eller aktører, der står uden for SRO'en. At adressaterne, eller en del heraf, har vedtaget selvreguleringen, fratager den ikke sin karakter af indgreb i adressaternes integritet; deres handlings- og beslutningsfrihed er begrænset af selvreguleringen.

Det kan hævdes, at ethvert menneskes adfærd styres af sociale normer, til lærte eller medfødte. Disse normer er nødvendige for, at mennesket kan fungere i en social sammenhæng. Det vil dog være forkert at henregne disse til selvregulering. Begrebet kendetegner derimod et formaliseret regelsæt, normalt nedfældet skriftligt, hvis funktion – ud over at styre adfærd – er at oplyse omverdenen om, at adressaten er undergivet den pågældende styring. En beslutning om fremover at lade sin adfærd styre af visse normer, der ikke kommunikeres til omverdenen, vil normalt ikke opfattes som selvregulering.

*Tese 2: Selvregulering har som funktion at gøre omverdenen bekendt med, at adressaten er undergivet en sådan styring.*

### 3. Brug af selvregulering

#### 3.1. Børsretlig selvregulering

Selvregulering i denne forstand har traditionelt været tæt knyttet til børsretten, dvs. den juridiske disciplin om reguleringen af børser.

Et *marked* er et forum for informationsudveksling mellem handelsinteresserede parter.<sup>1</sup> Fordelen er koncentrationen af information og parter, hvilket bl.a. reducerer søgeomkostningerne og dermed letter omsætningen. Når søgeomkostningerne reduceres, har de handlende råd til at afholde udgifter til drift af markedet. Hvis markedet tillige indrettes med klare regler for handel, eventuelt suppleret med myndighed til judiciel afgørelse af tvister og til tvangsfuldbyrdelse, reduceres yderligere risikoen for de handlende og dermed deres omkostninger, hvilket kan motivere dem til at betale yderligere for driften af et sådant reguleret marked. Organisering af den fornødne myndighed nødvendiggjorde normalt deltagelse af en lokal magthaver, enten de handlende selv, som det f.eks. kendes fra Hansa-forbundet, eller en lokal fyrste. Fra historien ser vi således, at markedspladser normalt har været regulerede, f.eks. som købstæder med egen lov-bog, domstol og politi, hvilket de handlende har betalt for ved told eller andre afgifter.

En *børs* er oprindeligt et marked, hvor de omsatte varer ikke var til stede, men i stedet repræsenteret ved oplysning om deres kvalitet, hvilket forudsatte en vis generisk karakter.<sup>2</sup> Med tiden er brugen af markedspladser gået af brug, men børser anvendes fortsat.

Eksekveres der et større antal handler mellem mange handlende, opstår der som et afledt produkt en information om de indgåede priser, der afspejler de forsamlede handlendes bedste skøn. Dette kaldes markedets *priskonstaterende funktion*. Selvom udviklingen har overflødiggjort brugen af egentlige markedspladser, har denne funktion for børsters vedkommende fastholdt en offentlig interesse, fordi de handlede varers pris var af bredere samfundsmæssig interesse. Forløberer for de fleste fondsbørser, også i Norden, var således noteringen af opnåede handelskurser, der ofte var påbudt ved lov.

Den offentlige interesse var således knyttet primært til resultatet af børstens

<sup>1</sup> Om begreberne marked og børs, se J. Lau Hansen, *Fondsbørsen* (GreensJura 1999) s. 204 ff.

<sup>2</sup> Der sondres mellem vare- og fondsbørs. Kun sidstnævnte spiller en større rolle i Norden, og reference til børs er derfor til fondsbørs og andre lignende regulerede markeder for finansielle instrumenter. For en nutidig definition af reguleret marked, se art. 1(1)(14) i direktiv (2004/39/EF) om markeder for finansielle instrumenter.

virksomhed, men i mindre grad til virksomheden selv. Reguleringen af børsens virksomhed var i stedet fortrinsvis overladt til børsens selvregulering, og er først blevet genstand for lovgivning ganske sent, typisk fra midten af det 20. årh., dog med en stærkt stigende tendens ikke mindst fra europæisk side. Navnlig realiseringen af Kommissionens Finansielle Handlingsplan i perioden 2000–2005 har medført en omfattende europæisk lovgivning og deraf følgende national implementering.<sup>3</sup> Resultatet er på børsrettens område, at børsenes traditionelle selvregulering er blevet afløst af en mere detaljeret lovgivning, der kun giver plads til en begrænset selvregulering som supplement til lovgivning.

Denne udvikling kan ses i Norden.<sup>4</sup> En tilsvarende udvikling er også forekommet i UK, hvor selvregulering ellers var fremherskende. Et første skridt blev taget med *The Financial Services Act 1986*, der dog søgte at bevare selvregulering i betydeligt omfang. Men med *The Financial Services and Markets Act 2000* er selvregulering i betydelig grad trængt tilbage til at indtage en supplerende karakter som i det øvrige Europa, dog med en vis grad af selvregulering på området for virksomhedsovertagelser, der varetages af *The City Panel on Takeovers and Mergers*.

*Tese 3: Den regulering af adgang, notering og handel, som en børs ikke kan fungere uden, har tidligere været genstand for udstrakt selvregulering, men reguleres i dag fortrinsvis af lovgivning suppleret af selvregulering, og området for børsers selvregulering må forventes at blive stadig mere beskedet.*

### 3.2. Selskabsretlig selvregulering

Selvregulering på selskabsrettens område er også nært knyttet til børsretten. Der er ikke, som man måske skulle tro, tradition for at henregne de enkelte selskabers vedtægter til selvregulering, selvom de opfylder begrebet.<sup>5</sup> Selvregulering på selskabsrettens område drøftes normalt i relation til selskabsstyring (*corporate governance*), og denne debat angår som udgangspunkt kun de offentligt handlede selskaber.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> KOM(1999) 232, maj 1999.

<sup>4</sup> Som eksempel fra dansk ret kan peges på de børsretlige regler udarbejdet af Københavns Fondsbørs første gang 1979, der bl.a. regulerede insiderhandel, kursmanipulation og tilbudspligt. Alle tre områder er i dag regulerede af lovgivningen, og selvom de nuværende børsretlige regler fortsat har bestemmelser af relevans, spiller de ingen rolle i praksis og påberåbes ikke af Fondsbørsen, der i stedet anvender lovgivningens regler i sin tilsynsvirksomhed.

<sup>5</sup> Det i sig selv spændende emne om samspejlet mellem lovgivning, vedtægter og aktionæraftaler skal derfor ikke drøftes her.

<sup>6</sup> Debatten har dog siden medført en drøftelse af forholdene for statslige selskaber, bl.a. arbejdes der med dette hos OECD, og for ikke offentligt handlede selskaber (SMV, små og mellemstore virksomheder).



Denne børsretlige forankring skyldes, at medlemmerne af en børs kan reducere risikoen ved deres handel med værdipapirer ved at stille visse krav til de udstedende selskaber som enten kan forebygge misbrug fra ledelsens side og dermed risikoen for fremtidige tab på værdipapirerne eller oplyse om udstederens finansielle situation, hvilket forbedrer den aktuelle vurdering af dets værdipapirer.

Muligheden for at opstille sådanne krav afhæng af, hvor interesseret udstederen var i at få sine papirer optaget til handel. New York Stock Exchange var allerede i 1869 tilstrækkelig stærk til at ensrette sine noteringsvilkår som en standardkontrakt og kunne herefter kræve en række oplysninger fra udstederne, bl.a. finansielle oplysninger.<sup>7</sup> I perioden efter 2. verdenskrig søgte NYSE at forbedre investorenes tillid til udstederne ved at stille en række krav af selskabsretlig karakter, f.eks. om stemmerettigheder, fortegningsret og ledelsens uafhængighed. Samme ønske om at sikre investorerne på børsen genfindes som begrundelse for de seneste års lignende initiativer i Europa.

Selvom de mere karakteristiske problemer ved selskabsstyring, f.eks. risikoen ved adskillelse af investering og ledelse, allerede er drøftet prægnant i tidligere litteratur,<sup>8</sup> fremhæves Cadbury-rapporten fra 1992 som begyndelsen på den europæiske debat om selskabsstyring. Det bør bemærkes, at kommissoriet til Cadbury kom fra London Stock Exchange, og således afspejler den *børsretlige* selvregulering, der var fremherskende i britisk ret på det tidspunkt. Valget af selvregulering med børsen som SRO var således styret af de lokale historiske omstændigheder, hvor lovgivning blev anset for en fjernere liggende og af adressaterne uønsket mulighed.

I nordisk ret var selskabsretten traditionelt lovreguleret, herunder en række forhold angående selskabsstyring.<sup>9</sup> Overvejelser om regulering af selskabsstyring synes indtil slutningen af 1990'erne fortrinsvis at have angået lovgivning, som det var nordisk tradition.<sup>10</sup> Men herefter synes opfattelsen af den internationale debat om selskabsstyring som et emne for selvregulering at vinde indpas.

<sup>7</sup> Om børsretlig selvregulering i USA, se O. H. Dombalagian, *Demythologizing the stock exchange: Reconciling self-regulation and the national market system*, udkommer maj 2005 i *U. Richmond L. Rev.*

<sup>8</sup> Navnlig Adam Smith, *The Wealth of Nations* (1776), hvor han påpeger, at ledere, der arbejder med investorernes penge, ikke kan forventes at udvise samme omhu som investorerne selv. Iagttagelsen drøftes i dag som principal-agent teorien.

<sup>9</sup> Blandt de vigtigere lovfæstede regler om selskabsstyring i nordisk selskabsret er anerkendelsen af et strengt hierarkisk aktionærbaseret system med generalforsamlingen som øverste besluttende myndighed, dog med eksekutiv kompetence henlagt til ledelsen, der har personligt ansvar for driften; at ledelsesorganet er opdelt i to selvstændige organer, hvor daglig ledelse er underordnet bestyrelsen; og at daglig ledelses mulighed for sæde i bestyrelsen er begrænset. Se nærmere J. Lau Hansen, *Nordic Company Law* (DJØF Publishing 2003) kap. III.

<sup>10</sup> Se t.eks. den svenske SOU 1995:44 *Aktiebolagets organisation*, og det danske tværministerielle Debatoplæg om aktivt ejerskab (maj 1999).

*Tese 4: Når selvregulering af selskabsstyring (corporate governance) har været dominerende frem for almindelig lovgivning i de seneste år, skyldes det temaets oprindelse i britiske forhold, og dominansen skyldes mere tradition end omtanke.*

Siden 1992 har de fleste europæiske lande udviklet regelsamlinger baseret på selvregulering frem for at regulere ved lovgivning, hvilket også gælder Norden.<sup>11</sup> Blandt de seneste initiativer er følgende:

Danmark: *Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark. Anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark* (december 2001). Nørby-udvalget arbejdede efter kommissorium af 2001 fra den relevante minister.<sup>12</sup> Udvalget bestod af tre erhvervsledere. Anbefalingerne søges nu revideret af det såkaldte Nørby II-udvalg, der til dels består af de samme personer, men er nedsat på privat initiativ af Københavns Fondsbørs A/S.<sup>13</sup>

Norge: *Norsk anbefaling. Eierstyring og selskabsledelse (corporate governance)* (december 2004).<sup>14</sup> Anbefalingerne er udarbejdet af og efter initiativ fra en række interesseorganisationer, bl.a. Aksjonærforeningen, Eierforum og Oslo Børs.

Sverige: *Svensk kod for bolagsstyring. Betänkande av Kodgruppen* (december 2004).<sup>15</sup> Kodgruppen arbejdede efter kommissorium af 2002 fra den relevante minister.

De norske og svenske anbefalinger er udarbejdet efter princippet *comply or explain* (følg eller forklar), hvorefter adressaterne kan vælge enten at følge anbefalingerne eller forklare, hvorfor man har valgt at afvige. De danske anbefalinger adskiller sig herfra, for selvom Nørby-udvalget havde mandat fra ministeren, understregede udvalget meget klart, at deres anbefalinger alene repræsenterer udvalgsmedlemmernes personlige overbevisning. Udvalget anførte herom:

Inspireret af navnlig den internationale debat vil vi gerne fremlægge et sæt anbefalinger for, hvad vi betragter som god selskabsledelse i Danmark.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> For en god oversigt over disse nationale regelsamlinger, se European Corporate Governance Institute ([www.ecgi.org](http://www.ecgi.org)).

<sup>12</sup> De danske anbefalinger er tilgængelige på Nørby-udvalgets hjemmeside ([www.corporategovernance.dk](http://www.corporategovernance.dk)).

<sup>13</sup> Den danske revision er i skrivende stund endnu ikke afsluttet. For oplysninger herom, se note 12.

<sup>14</sup> De norske anbefalinger bygger på et udkast sendt i høring december 2003.

<sup>15</sup> Den svenske betænkning bygger på overvejelserne i SOU 2004:46 og de indkomne reaktioner.

<sup>16</sup> Den trykte version af rapporten s. 12.

Den personlige karakter af Nørby-udvalgets anbefalinger blev også understreget dels under udarbejdelsen, når udvalget rådspurgte sig med eksterne eksperter, dels ved præsentationen af de færdige anbefalinger. Kritiske indvendinger blev således afvist med, at udvalget ikke havde tilstræbt at opnå konsensus blandt de berørte adressater, men havde koncentreret sig om at gengive sin opfattelse.<sup>17</sup> Det blev således gjort klart, at adressaterne ikke skulle anvende *comply or explain*. Denne beslutning blev dog sløret af, at Københavns Fondsbørs A/S, der er Danmarks eneste fondsbørs, umiddelbart efter vedtagelsen af anbefalingerne pålagde udstedere af noterede aktier at „forholde“ sig til anbefalingerne.<sup>18</sup> Det må dog antages, at udstederne kan undlade dette uden at ifalde sanktioner fra Fondsbørsen. Fondsbørsen nedsatte senere på eget initiativ Nørby II-udvalget for at revurdere anbefalingerne på baggrund af kritikken, og det formodes, at revideringen vil anvende princippet om *comply or explain*.

Når stadig flere anbefalinger anvender dette princip, skyldes det formodentlig den internationale debat, herunder påvirkningen fra EU. Kommissionen har i sin handlingsplan på selskabsrettens område accepteret, at der ikke er behov for at udarbejde et samlet regelsæt om selskabsstyring modsvarende de nationale anbefalinger, og vil i stedet regulere visse forhold, der skønnes særligt vigtige.<sup>19</sup> Kun på området for ledelsens uafhængighed tilkendegiver Kommissionen at ville bruge princippet, og i sin henstilling herom benyttes dette som et ligeværdigt alternativ til lovgivning.<sup>20</sup> Når princippet om *comply or explain* alligevel er dominerende i de forskellige nationale anbefalinger om god selskabsstyring, skyldes det formodentlig, at LSE benyttede dette princip ved inkorporeringen af de forskellige anbefalinger om selskabsstyring, som nu er samlet i dens *Combined Code*. Påvirkningen af debatten fra britisk ret har formodentlig medført, at nationale udvalg på området har valgt samme form som de britiske forlæg.

*Tese 5: Når selvregulering af selskabsstyring (corporate governance) i de fleste nationale anbefalinger knyttes til princippet om comply or explain, skyldes det temaets oprindelse i britiske forhold, og valget skyldes mere tradition end omtanke.*

#### 4. Adressaterne

Selvregulering forudsætter, at adressaterne kan organiseres som en SRO. Ikke alle adressater behøver at indgå i SRO'en, men begrebet må forudsætte, at en

<sup>17</sup> En del af den danske debat, der blev affødt af Nørby-rapporten og den verserende revision, er samlet i J. V. Krenchel & S. Thomsen, *Corporate governance i Danmark* (DI, marts 2004).

<sup>18</sup> Se Københavns Fondsbørs A/S, *Regler for notering*, del II, afs. 3, kap. 5.

<sup>19</sup> KOM(2003) 284, 21.05.2003, s. 10 ff., der tillige redegør for tidligere undersøgelser på området.

<sup>20</sup> Henstillingen om uafhængige ledere er vedtaget 6. oktober 2004.

betydelig del af dem indgår. Børser er et eksempel på en sådan organisation, men SRO'er kan erfaringsmæssigt også være erhvervsorganisationer. Disse erhvervsorganisationer kan være lovpligtige, f.eks. et advokatsamfund, eller frivillige, f.eks. branche- eller interesseorganisationer. Organiseringen af særlige erhverv i foreninger kendes som lav<sup>21</sup> fra middelalderen og for Nordens vedkommende helt op til anden halvdel af det 19. årh., hvor lavsvæsenet ophørte og erstattedes af fri næringsret. Organiseringen som foreninger fortsatte dog herefter, f.eks. som branche- og fagforeninger, men nu fortrinsvis på frivilligt grundlag. De tidlige foreninger tjente en række forskellige formål af nytte for medlemmerne, bl.a. religiøse, sociale, forsikringsmæssige og erhvervsregulerende formål. I nutiden tjener de normalt et ganske snævert formål af interesse for medlemmerne.

Såfremt selvreguleringen skal bevare sin karakter, skal det altså være muligt at organisere en betydelig del af adressaterne for den påtænkte regulering i en SRO. Den pågældende SRO behøver ikke være oprettet til formålet, men en organisation oprettet til andre formål kan anvendes. Hvis adressaterne udgør for diffus en gruppe til at lade sig organisere i en SRO, eller af andre grunde ikke ønsker at lade sig organisere i noget større omfang, mister reguleringen sin karakter af selvregulering. I så fald bør regulering ved lovgivning overvejes som alternativ.<sup>22</sup>

*Tese 6: Selvregulering forudsætter en SRO, og det skal derfor være realistisk, at en betydelig del af adressaterne for den påtænkte regulering vil lade sig organisere som en sådan.*

## 5. Frivillighed

Regulering er et indgreb i adressatens integritet, jf. afs. 1 *supra*. Beslutningen om at regulere bør derfor ledsages af overvejelser om, hvor vigtig man anser indgrebet for at være. Hvis indgrebet ikke er vigtigt, bør reguleringen undlades. Hvis indgrebet er så vigtigt, at hensigten med reguleringen er at begrænse adressatens handlefrihed, bør reguleringen suppleres med sanktionering af manglende efterlevelse. Endelig står som mellemgruppe de forhold tilbage,

<sup>21</sup> Forløberen for lav var skrå og gilder.

<sup>22</sup> Som eksempel fra dansk ret kan nævnes flagningspligten for større aktionærer efter værdipapir-handelslovens § 29. Bestemmelsen angik oprindeligt kun selskaber, hvis værdipapirer var noteret på en fondsbørs. Men ved lov 283/2000 blev flagningspligten udvidet til autoriserede markedspladser, fordi disse ikke via aftalen med udstederne om optagelse af værdipapirer til handel kunne pålægge aktionærerne forpligtelser. Selvregulering var dog ikke udelukket, da udstederen kunne have forpligtet sine aktionærer via vedtægterne, men lovgiver fandt altså en lovændring nødvendig.

hvor indgrebet skønnes vigtigt nok til at berettige reguleringen, men ikke vigtigt nok til at afskære adressatens handlefrihed.

Det bør i denne sammenhæng bemærkes, at sanktionering er et ganske vidt begreb, og at ikke al regulering, der benævnes frivillig, faktisk er det, jf. tese 9 *infra*. Mens sanktionering behandles nedenfor, skal tilfælde af *frivillig* selvregulering drøftes her.

Hvor adressatens handlefrihed ikke ønskes begrænset, er det tvivlsomt, om der overhovedet foreligger *regulering* i betydningen styring. Der ses dog ingen logisk hindring for at lade begrebet også omfatte disse forhold. Tværtimod fremhæves frivillighed ofte i forbindelse med selvregulering, også i tilfælde hvor det er oplagt, at regelgiverne tilstræber styring af adressaterne. Denne frivillighed fremhæves endda i selvreguleringen af selskabsstyring, mest oplagt i den danske selvregulering, men også i den norske, hvor ordet *bør* udtrykkeligt foretrækkes, og i den svenske, der dog benytter ordet *skal*, men fremhæver, at efterlevelse ikke er pligtmæssig.<sup>23</sup> Fælles for alle tre er, at de omtales som anbefalinger, ikke befalinger. Styringen tager form af gode råd.

Mens der ikke er noget til hinder for at vælge en sådan form for selvregulering, er der grund til at advare imod et misbrug af begrebet frivillighed. Har man indset, at ens råd kun egner sig som anbefaling, ikke befaling, bør man stå ved det og erkende, at det anbefalede ikke udgør en bedre løsning end de alternativer, som adressaten måtte vælge. Man bør således afstå fra enten at kategorisere alternativerne som inferiøre eller skadelige, eller at fremhæve egne valg som særligt ansvarlige eller hensigtsmæssige. En regulering, der tilstræber at fremstå som frivillig i denne forstand, bør ikke kunne påberåbes som en ansvarlig og forpligtende norm, f.eks. i civile sager om erstatning. Erkendelsen heraf er vigtig, da rubriceringen af reguleringen som frivillig ellers kan forlede SRO'en til at undlade den ovennævnte præliminære overvejelse, om reguleringens enkelte dele er tilstrækkelige fornuftige og påkrævede.

En særlig gruppe af frivillig regulering udgør de tilfælde, hvor SRO'en nok ønsker at begrænse handlefriheden for nogle af adressaterne, men ikke mener sig i stand til at identificere disse. Det kan næppe afvises, at nogle af disse tilfælde skyldes en manglende omhu fra SRO'ens side ved gennemtænkningen af rationalet for sin regulering, men problemet kan forekomme også i andre tilfælde, f.eks. fordi adressaterne udviser store variationer i forhold til den ønskede regulering. Uanset hvad problemet med den manglende identifikation af de relevante adressater skyldes, må valget af frivillighed forpligte, og disse tilfælde bør derfor behandles på samme måde som de tilfælde, hvor frivilligheden skyldes en manglende tiltro til behovet for styring.

---

<sup>23</sup> Se afs. 3.2 *supra*.

*Tese 7: En selvregulering, der betegnes som frivillig, bør ikke kunne påberåbes som en forpligtende norm i anden sammenhæng, f.eks. i civile sager om erstatningsansvar.*

## 6. Sanktionering

### 6.1. Sanktionen

Sanktionering af selvregulering kan antage mange former. Dog kan den ikke omfatte straf i traditionel forstand (bøde og fængsel), fordi det forudsætter hjemmel i lov.<sup>24</sup> Andre sanktioner med et pønalt sigte kan dog tænkes.

Sanktionen kan have en direkte økonomisk karakter, f.eks. en afgift til SRO'en.<sup>25</sup> Andre mere indirekte former for økonomisk sanktionering kan være tab af renommé (offentlig påtale, *naming and shaming*). Hvor en brancheorganisation optræder som SRO, kan adgang til branchen rammes, f.eks. tab af en lovpligtig autorisation permanent eller inddragelse for en vis periode.

Den økonomiske sanktionering kan også være indirekte, derved at selvreguleringen tilsigter at fastslå en forpligtende ansvarlig adfærd, og hvor fravigelse derfor kan give anledning til erstatningsansvar ved civilt søgsmål. Erstatningsansvar kan forekomme enten som eneste sanktion eller som supplement til sanktionering fra SRO'en.

*Tese 8: Selvregulering kan sanktioneres med en række tiltag af økonomisk karakter, dog ikke med straffemidler.*

I relation til erstatningsansvar som sanktion bør det bemærkes, at det relevante spørgsmål er, om selvreguleringen på dette punkt tilstræber at fastslå den angivne norm som pligtmæssig. anbefalinger, der anvender princippet om *comply or explain*, synes ofte at forudsætte, at den anbefalede norm som udgangspunkt er bedre end alternativerne, men at hver adressat har mulighed for at argumentere imod dette udgangspunkt for eget vedkommende. Normalt ledsages sådanne anbefalinger af en argumentation, der begrundet anbefalingen. Herved får anbefalingerne karakter af normer, der som udgangspunkt skal følges, og hvor fravi-

<sup>24</sup> Sanktionering af børsretten, herunder ved administrative sanktioner, og de tilknyttede processuelle garantier blev drøftet på sidste juristmøde, se Förhandlingerna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors, Del I s. 267 og Del II s. 315.

<sup>25</sup> Denne adgang til afgift eller bod kan hjemles ved aftale. Det er interessant at se, at Københavns Fondsbørs A/S ønskede en lovhjemmel til at opkræve sådanne privatretlige afgifter, hvilket blev tilvejebragt i vhl. § 18 ved lov 414/1998 få år efter indførelsen af værdipapirhandelsloven ved Børsreform II. Det viser, at Fondsbørsen endnu ikke rigtig opfattede sig som en privat institution (SRO), men fortsat som den offentlige myndighed, som den var indtil reformen.

gelse kun er tilladt i enkelte konkrete tilfælde og da kun med fornøden begrundelse. For at få alternativet til at fremstå som ansvarligt, må adressaten altså imødegå selvregulerings argumentation og godtgøre ansvarligheden af sin afvigende adfærd. Sker dette ikke, vil alternativet fremstå som uansvarligt, hvilket kan give anledning til erstatningsansvar ved sager pådømt af domstolene. I givet fald kan de pågældende anbefalinger således ikke anses for reelt frivillige i betydningen fri for sanktioner ved ikke-overholdelse.

*Tese 9: Uanset tese 7 vil brug af princippet om comply or explain ofte skulle tolkes som et ønske om at udpege en forsvarlig standard, hvis overtrædelse som udgangspunkt må betragtes som uansvarlig og dermed kan være erstatningspådragende, medmindre afvigelsen konkret kan retfærdiggøres.*

Ved brug af princippet *comply or explain* bør det på denne baggrund stedse overvejes, om denne mulige indirekte sanktionering er acceptabel. Er dette ikke tilfældet, og ønskes der reelt frivillighed, kan som alternativ anvendes standarden *show'n tell* (vis og fortæl). Her undlades det at fremstille en given norm som den anbefalede, men der redegøres i stedet for, hvorfor der ønskes oplysning om det pågældende forhold, eventuelt suppleret med en redegørelse for forskellige muligheder kendt fra praksis. Ser man f.eks. på stemmeretsdifferentiering kan man altså enten vælge at anbefale stemmelige aktier og anvende *comply or explain*, hvorefter adressaten må vælge stemmelige aktier eller søge at retfærdiggøre en anden kapitalstruktur, eller man kan opfordre adressaten til at oplyse om fordelingen af stemmerettigheder og redegøre for kapitalstrukturen. I det førstnævnte tilfælde tilstræbes en styring, i det sidstnævnte ønskes blot oplysning.

Princippet om *show'n tell* bruges traditionelt ikke ved selskabsstyring, men kendes fra regnskabsretten, hvor der stilles krav om oplysning om konkrete forhold enten i de enkelte regnskabsposter eller i noterne. I regnskabsretten vil oplysningen normalt have karakter af en økonomisk størrelse, men under tiden suppleres oplysningsforpligtelsen med et om beskrivelse, typisk i noterne eller ledelsens beretning.<sup>26</sup>

## 6.2. Håndhævelse

En SRO har ikke adgang til de retsmidler, som politiet er tillagt ved lovgivning, f.eks. adgang til ransagning, afhøring og aflytning. Det begrænser dens mulighed for efterforskning. Til gengæld kan SRO'en have en sådan tilknytning til det miljø, hvor den manglende efterlevelse udspiller sig, at den har mulighed

---

<sup>26</sup> Eksempelvis stiller 2. selskabsdirektiv (77/91/EØF) art. 22 ved egne aktier sådanne krav om oplysning af både tal og begrundelse.

for at håndhæve selvreguleringen enten af egen drift som tilsyn eller efter anmeldelse fra aktører i miljøet.

En SRO består helt eller delvist af adressater for selvreguleringen. Det giver risiko for interessekonflikt, fordi adressater, hvis efterlevelse drages i tvivl, kan have tilknytning til de personer i SRO'en, der skal håndhæve selvreguleringen. Denne interessekonflikt må antages at forstærkes, desto flere adressater der overtræder selvreguleringen. Af denne grund må det antages, at håndhævelsen af selvregulering virker bedst i relation til få og atypiske overtrædelser (*bad apples*), hvorimod udbredte og systemiske overtrædelser ikke kan forventes håndhævet.

Ved indretning af selvregulering bør der tages hensyn til disse problemer. Selvreguleringen bør rettes mod adfærd, som de fleste adressater kan tilslutte sig, hvorimod en mere markant ændring af adfærd bør fastlægges ved lovgivning. Risikoen for manglende håndhævelse enten som følge af mangelfuld efterforskning eller interessekonflikt bør indebære, at normer, der skønnes at være af større samfundsmæssig betydning, bør reguleres ved lov og være under tilsyn af offentlige myndigheder med bedre efterforskningsmuligheder enten alene eller som supplement til selvreguleringen.

*Tese 10: En SRO har dårlige muligheder for at håndhæve selvregulering og kan undlade dette som følge af interessekonflikt, og adfærdsnormer, der enten ændrer eksisterende adfærd eller hvis overholdelse skønnes af særlig betydning, bør derfor reguleres ved lov og undergives offentligt tilsyn.*

## **7. Kompetencemisbrug**

Den organisering i en SRO, som selvregulering forudsætter, indebærer en risiko for kompetencemisbrug, dels ved selve regeludstedelsen og håndhævelsen, dels i relation til konkurrencen. Disse problemer gør sig især gældende for SRO'er, der regulerer en særlig branche. Selvom det er overlappende problemer, behandles de her adskilt.

### **7.1. Processuelle garantier**

Kompetencen til udstedelse af regler kan misbruges, således at reglerne enten tilgodeser egne interesser på bekostning af andre adressater, eller mere direkte sådan, at andre adressater stilles dårligere. Samme problem gør sig gældende ved håndhævelsen af reglerne, hvor problemet ikke er undladelsen af håndhævelse som drøftet i afs. 6.2 *supra*, men at nogle upopulære adressater udsættes for en særlig drakonisk håndhævelse eller ligefrem uretmæssigt sanktioneres uanset deres overholdelse af selvreguleringen.



Denne problemstilling indebærer, at hvert led af selvreguleringen må undergives processuelle garantier. Ikke blot må SRO'en give mulighed for medlemskab for alle selvreguleringens adressater på lige vilkår, dens regelkompetence må lægges i hænderne på adressater, der kan siges at repræsentere alle adressaterne, og regeludstedelsen må ske på en åben måde, der giver de berørte adressater et reelt medansvar for regelskabelsen. Kan dette ikke tilvejebringes, bør reguleringen overlades lovgiver, hvor disse vilkår er opfyldt forfatningsmæssigt.

Tilsvarende må SRO'ens håndhævelse og sanktionering ske på en måde, der opfylder visse processuelle mindstekrav, navnlig at sanktionering forudsætter en klar norm og en beskrivelse af, hvorfor normen anses for overtrådt, samt adgang til at svare på de rejste anklager. De, der afgør sanktioneringen, må være fri for interessekonflikter, hvilket ofte nødvendiggør, at de udgør et særskilt organ adskilt fra den øvrige SRO's administration. Kan dette ikke tilvejebringes, bør sanktioneringen overlades domstolene, hvor disse vilkår er opfyldt forfatningsmæssigt.

*Tese 11: En SRO må undergives visse fundamentale processuelle garantier ved sin regeludstedelse og eventuelle adgang til at sanktionere denne, og kan disse garantier ikke opfyldes, bør reguleringen ske ved lovgivning og sanktionering ved domstolene.*

## 7.2. Konkurrence

Hvis SRO'en selvregulerer et bestemt erhverv, er der risiko for, at selvreguleringen misbruges til at skade konkurrence. Dette kan skade enkelte aktører, der f.eks. nægtes adgang til markedet eller branchen, fordi selvreguleringen tager form af en barriere for adgang (*barrier to market entry*). Disse barrierer fremtræder ofte som beskyttelse af visse hensyn, f.eks. som krav om egenkapital, adgang til garantifonde eller som kvalifikationskrav. Her må det vurderes, hvorvidt beskyttelsen berettiger den svækkede konkurrence, hvilken vurdering selv sagt ikke kan overlades til SRO'en selv, men må foretages af konkurrencemyndighederne.

Det hjælper ikke disse aktører, at SRO'en måtte opfylde de nødvendige processuelle garantier i relation til adressaterne, jf. afs. 7.1 *supra*, fordi de aldrig opnår at blive adressater for selvreguleringen. Selv hvis de måtte være medlemmer af SRO'en, kan de stadig skades på denne måde, hvis de udgør et mindretal uden indflydelse på regelskabelsen.

Den konkurrenceskadelige virksomhed kan også udøves i relation til markedet i øvrigt, f.eks. til skade for forbrugerne eller andre erhvervsdrivende, hvilket meget vel kan tænkes at ske med accept fra alle adressaterne for selvreguleringen. At SRO'en nyder opbakning blandt adressaterne er således ingen garanti for, at selvreguleringen ikke skader konkurrencen.

*Tese 12: En SRO, der regulerer en bestemt branche, profession eller et marked, må konstant undergives kontrol af konkurrencemyndighederne for at forhindre, at selvreguleringen bruges til skade for konkurrencen.*

### 7.3. Myndighedsmisbrug

Det må forventes, at selvregulering vil blive brugt i større udstrækning fremover. Ganske vist er den traditionelle selvregulering på børsrettens område, nemlig børsens regulering af sine medlemmer, af noteringskrav og af handlen, reelt blevet næsten overflødiggjort af lovgivning fra EU, jf. afs. 3.1 *supra*. Men selvregulering må forventes at blive brugt i relation til aktører på de forskellige markeder, herunder i stigende grad på det finansielle marked.

Når selvregulering er et populært instrument til regulering af aktører skyldes det flere forhold, hvor der til supplement af de allerede drøftede fordele kan peges på ressourcer. Selvregulering er ganske simpelt en billig måde at regulere på. Reguleringen foretages af adressaterne selv, og det er derfor dem og ikke Staten, der afholder udgifterne til forberedelse, vedtagelse og implementering af reguleringen samt eventuelt også udgiften til kontrol og håndhævelse. Samtidig kan Staten opnå en ganske tæt styring af selvreguleringen. Styringen kan enten ske ved at kræve selvregulering godkendt af den relevante offentlige myndighed, eller ved den mere latente trussel om, at givne mål, der ikke tilgodeses i selvreguleringen, i stedet gennemføres ved lovgivning.

Det må derfor forventes, at staterne i de nordiske lande, der nok har indset deres begrænsede ressourcer, men ikke har tabt deres appetit på regulering, vil lade regulering ske ved selvregulering frem for lovgivning på alle de områder, hvor det kan lade sig gøre.

*Tese 13: Brugen af selvregulering må forventes at øges, fordi det er en – for Staten – billig måde at regulere på.*

Når regulering forskydes fra staten til en SRO, opstår der særlige problemer, som udspringer af forholdet mellem SRO'en og de relevante offentlige myndigheder.

Hvor myndigheden er stærk i forhold til SRO'en, kan myndigheden tvinge SRO'en til at udstede selvregulering, som myndigheden ikke selv har politisk mandat eller opbakning til.

*Tese 14: En stærk offentlig myndighed kan misbruge selvregulering til at forfølge formål, som myndigheden savner politisk mandat til.*

Hvor myndigheden er svag, kan SRO'en påvirke myndighedsudøvelsen ved lobbyvirksomhed, hvilket dels kan hindre gennemførelse af regulering, der ny-

der demokratisk opbakning, dels kan have konkurrenceskadelig effekt. I sidstnævnte tilfælde er problemet altså en forsømmelse af myndighedens pligt til at værne konkurrencen og ikke SRO'en, der er forsømmelig som drøftet i afs. 7.2 *supra*. En sådan forsømmelighed kan skyldes, at medarbejdere i myndigheden enten har arbejdet i SRO'en eller hos dennes medlemmer eller ønsker at komme til det. Det giver risiko for interessekonflikt mellem den enkelte embedsmand og den myndighed, som han er en del af. Risikoen for besnæring (*capture*) kan også opstå mere indirekte derved, at der mellem embedsmændene i myndigheden og repræsentanterne for SRO'en opstår et fagligt fællesskab, der forener deres interesser og dermed svækker myndighedens agtpågivenhed og vilje til konfrontation.

*Tese 15: En svag offentlig myndighed kan påvirkes af en stærk SRO sådan, at myndigheden forsømmer sine pligter.*

## 8. Sammenfatning

I dette referat om selvregulering i selskabs- og børsretten har jeg søgt at analysere forudsætninger, fordele og ulemper ved selvregulering for dermed at gøre det mere klart, hvor selvregulering kan anvendes og til hvad.

Det er min opfattelse, at selvregulering i den klassiske børsretlige forstand, nemlig børsens regulering af sine medlemmer og sin handel, er blevet yderst begrænset i de seneste år af egentlig lovgivning, der hovedsageligt udspringer af EU-ret. Børsernes adgang til selvregulering er på denne baggrund ganske beskeden og har næsten udelukkende karakter af supplement til og udfyldning af lovgivningen.

Derimod må det forventes, at selvregulering vil blive brugt meget i fremtiden til regulering af aktører på de forskellige markeder. Vi ser det allerede på området for selskabsstyring, hvor selvreguleringen fortrinsvist rettes mod offentligt handlede selskaber. Men også andre aktører, f.eks. aktørerne på det finansielle marked, må forventes at blive undergivet selvregulering, og hvis børsret derfor opfattes i sin moderne mere udvidede forstand som kapitalmarkedsret, er selvregulering ikke kun et fænomen af interesse for selskabsretten.

Som det er forsøgt vist, er der både fordele og ulemper ved selvregulering. Det er mit håb, at denne debat på nordisk niveau vil øge vores evner til at bruge dette instrument i den juridiske værktøjskasse.

**Knut H. Kallerud**

**Terrorbekjempelse og menneskerettigheter –  
hvordan sikres den enkeltes beskyttelse**

# **Terrorbekjempelse og menneskerettigheter – hvordan sikres den enkeltes beskyttelse**

Af førstestatsadvokat *Knut H. Kallerud*, Norge

## ***Tese 1***

***Det er ingen reell motsetning mellom vern av menneskerettighetene og terrorbekjempelse.***

Forutsatt at „menneskerettigheter“ forstås som de grunnleggende prinsipper rettsstaten bygger på – og ikke som oversofistikerte prosessuelle detaljrettigheter – er det ingen konflikt mellom bekjempelse av terror og vern av grunnrettighetene. Terrorbekjempelsen blir ikke mer effektiv ved å bryte grunnleggende menneskerettigheter, tvert om, jf. tese 2.

Tesen underbygges ved en gjennomgang av menneskerettighetenes grunnlag og utvikling og med eksempler fra norsk rettsliv.

## ***Tese 2***

***Effektiv terrorbekjempelse kan bare oppnås ved å ivareta grunnleggende menneskerettigheter og rettsstatsprinsipper. Svekker vi menneskerettsvernet, risikerer vi over tid å svekke vår evne til å bekjempe terror.***

Terror, som annen kriminalitet, kan over tid bare bekjempes av myndighetsorganer, og med kjente midler, som har et minstemål av tillit i befolkningen. Åpnes det for metoder og midler i strid med de grunnleggende rettsstatsprinsipper, eller misbrukes hjemlene, vil dette i et åpent demokratisk samfunn før eller siden føre til at den tjeneste som har terrorbekjempelse som sin oppgave blir skandalisert. En slik tjeneste vil ha redusert evne til å bekjempe terror.

I verste fall kan vi, nettopp på grunn av brudd på grunnleggende rettigheter, bli ute av stand til å forhindre terrorangrep.

I norsk rettsliv finnes eksempler som er egnet til å underbygge denne tesen og disse gjennomgås som illustrasjonsmateriale.

## ***Tese 3***

***Rettsstaten forutsetter demokrati, men demokrati er ingen garanti for rettsstaten. Fagjurister har derfor et særskilt ansvar for å slå alarm ved „rettsstatens yttergrense“.***

Befolkningen er i mange land i utgangspunktet villige til å akseptere meget

vidtgående tiltak for å vinne „krigen mot kriminalitet“, herunder „krigen“ mot terror. („Det rammer jo ikke meg, jeg har intet å skjule.“)

Først etter at overgrepene er et faktum, og grundig dokumentert, kan allmennheten forventes å reagere. Da er det for sent; vår evne til å bekjempe terror og annen alvorlig kriminalitet kan allerede være betydelig redusert. Derfor er det viktig at vi som fagpersoner sier fra når de grunnleggende prinsipper våre rettssamfunn bygger på trås for nær.

## 1 Innledning

*Tema for denne sesjonen er:*

**„Terrorbekjempelse og menneskerettigheter – hvordan sikres den enkeltes beskyttelse“**

Bak denne problemstillingen ligger formentlig en forutsetning om at det er vanskelig å sikre enkeltmennesker beskyttelse og samtidig bekjempe terror. Et slikt utgangspunkt er antakelig i tråd med en nokså utbredt oppfatning om at terrorbekjempelse med nødvendighet går på bekostning av vern av menneskerettighetene. Problemstillingen er høyst relevant. Amerikanernes fremferd i Guantanamo og Irak er gode eksempler. Også forslag til nasjonal lovgivning, i alle fall i Norge, er illustrerende, og jeg kommer tilbake til dette.

Men er det slik at vi nødvendigvis må velge; enten terrorbekjempelse eller menneskerettigheter? At jo mer vi setter inn på å forhindre terror, jo mindre rom er det for vern av menneskerettighetene og andre grunnleggende verdier?

Jeg mener at en forutsetning for å kunne svare på disse spørsmålene er å klargjøre hva som bør legges i honnørordet „menneskerettigheter“. Hva er de bærende ideer bak menneskerettighetene; hva er deres grunnlag?

Noen vil kanskje hevde at „konflikten“ mellom menneskerettigheter og terrorbekjempelse ligger i at vi har utviklet menneskerettighetene til en form for juridisk spissfinderi nokså langt fra deres opprinnelige og grunnleggende mening. Jeg tror ikke det. Selv om det kan reises kritikk både mot Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og enkelte nasjonale domstoler for å ha fjernet seg nokså langt fra menneskerettighetenes opprinnelige grunnlag, er det først når tiltak for å bekjempe terror støter an mot de grunnleggende verdier at det er fare på ferde. Jeg behandler dette nærmere under kapittel 2.

Min hovedtese er at det ikke er noen motsetning mellom de grunnleggende rettsverdier og terrorbekjempelse. Tvert om mener jeg at bekjempelse av terror på lengre sikt *må* ta hensyn til menneskerettighetene og andre grunnleggende rettsstatsprinsipper. Hvis ikke er det en alvorlig risiko for at vi mislykkes i hindre terrorisme. Jeg vil begrunne mitt syn nærmere i kapittel 3.

Det er liten tvil om at man i mange land, herunder i Norden, for tiden

opplever et sterkt press i retning av å gi politiet og påtalemyndigheten utvidede fullmakter i kriminalitetsbekjempelsen. I særdeleshet gjelder det bekjempelsen av terror. I Norge virker det som om dette har sterk støtte i befolkningen ut fra en tanke om at „dette rammer ikke meg, jeg har intet å skjule“, og at det foreligger en alvorlig trussel som må møtes. Det kan se ut til at store deler av befolkningen er villig til å gå svært langt, også utover det vi som fagpersoner oppfatter som grunnleggende prinsipper i en rettsstat. I en vurdering av hvordan vi jurister bør opptre, er det interessant å se noe nærmere bl.a. på det paradoks at selv om en virkelig rettsstat neppe kan tenkes uten demokrati, er ikke demokrati nødvendigvis en garanti for rettsstaten (kapittel 4).

## 2 Menneskerettighetene – grunnlag og utvikling

### 2.1 Innledning

„Menneskerettigheter“ er et honnørord mange bruker i ulike sammenhenger, men som få har et dyptgående og reflektert forhold til. Hva er menneskerettigheter? Hva er grunnlaget for dem og hvor kommer de fra?

Menneskerettigheter er enkelt sagt rettigheter vi alle har **fordi vi er mennesker**. I motsetning til nær sagt alle andre rettighetsposisjoner, behøver en ikke oppfylle noen vilkår for å gjøre seg fortjent til beskyttelse under menneskerettighetene. Det kreves ikke et bestemt statsborgerskap, en avtaleinngåelse, et kjøp eller salg eller noe annet som vi ellers er vant til at må til for at det skal oppstå rettigheter på enkeltmenneskers hånd.

Menneskerettighetene beskytter borgerne mot staten, ikke mot hverandre. Det er altså en misforståelse – i alle fall i et rettslig perspektiv – når det sies at „det er en menneskerett å ikke bli utsatt for vold“, „å få gå i fred på gata“ osv. Menneskerettsideen må så vel historisk som juridisk ses i et borger-stat-perspektiv; de er ikke normer som gjelder menneskene imellom. En annen sak er at staten kan bli holdt ansvarlig dersom den ikke evner å beskytte sine borgere mot overgrep.

### 2.2 Det naturrettslige utgangspunkt

Opprinnelig var rettighetene knyttet til naturen, eller naturretten. Det man „fant“ i naturen, måtte jo være plassert der av noen, og dermed var forbindelsen til det guddommelige knyttet. „Rights of man“ – som var begrepet som ble nytet før „human rights“ – var noe man fant, ikke noe man fant på. Det var tale om „Natural and inalienable rights of man“. Rettighetene var selvinnlysende. Den kjente engelske naturrettfilosof John Locke sa for eksempel at visse rettigheter „self-evidently belonged to man“.

Denne tankegangen har fått sitt kanskje mest kjente uttrykk i den amerikanske uavhengighetserklæringen av 4. juli 1776:

*„We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness.“*

Ikke bare er grunnsetningene selvvinnlysende – „self-evident“ – men rettighetene er også skjenket menneskene av deres skaper – „endowed by their creator“.

Lignende formuleringer kan gjenfinnes i den franske deklarasjon om borgernes rettigheter fra 26. august 1789.

Dette var meget radikalt, – særlig i forhold til kongehus som påberopte seg å styre etter direkte fullmakt fra Gud. Enhver – dvs. enhver **mann av en viss byrd** – hadde rettigheter uavhengig av hva herskeren måtte bestemme.

Selv om rettighetstankegang selvsagt var kjent fra tidligere, for eksempel fra Magna Carta (1215), er det nok først med opplysningstiden at man kan hevde at selve menneskerettsideen skapes. Den i sin tid revolusjonære ideen om at det enkelte menneske har rettigheter fordi det er menneske, er kanskje det viktigste ideologiske fundament for utviklingen av det moderne demokrati og rettssamfunn.

Naturretten har, etter mitt skjønn med rette, vært utsatt for sterk kritikk. Jeremy Bentham formulerte sin kritikk meget elegant:

*„Rights (rettigheter) is the child of law (retten); from real law come real rights; but from imaginary laws, from ‘law of nature’ come imaginary rights. ... Natural rights is simple nonsense; natural and imprescriptible (uavskrivelige) rights, rhetorical nonsense, nonsense upon stilts (stylter).“*

### 2.3 Grunnlaget for dagens menneskerettigheter – misbruk av rettighetene

Selv om menneskerettighetene har en naturrettlig opprinnelse, er det ikke i dag nødvendig å bygge dem på naturretten. Menneskerettighetene slik vi kjenner dem i moderne tid, er bygget på konvensjoner inngått mellom stater av politiske og fornuftsmessige årsaker og videreutviklet av organer som de samme stater har etablert, f.eks. menneskerettsdomstolen i Strasbourg. Menneskerettigheter, i alle fall de som kan håndheves av domstolene, er intet annet enn det statene har blitt enige om at skal anses som menneskerettigheter, det vil for oss i Norden i praksis stort sett si EMK med tilleggsprotokoller.

Trond Berg Eriksen, professor i idéhistorie ved UiO, fanget dette synspunktet godt i en artikkel i Mennesker og rettigheter i 2000 (side 227):



*„Blir man altfor sterkt overbevist om menneskerettighetenes verdi og ufeilbarlighet, overser man det forhold at det dreier seg om avtaletekster som krever praktiske og gjennomførbare tiltak snarere enn om trossetninger som fordrer en total indre tilslutning.“*

Det er en tendens, synes jeg, til å misbruke menneskerettighetene i den forstand at rettighetene brukes som brekkstang for å få den løsning man *selv* mener er det beste, ganske uavhengig av om ens standpunkt er i samsvar med de grunnleggende verdier menneskerettskonvensjonene er ment å beskytte. Tydeligst ses dette kanskje ved pressens hyllest av avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) som hindrer nasjonale domstoler fra å beskytte folks renommé og æresfølelse. Slike avgjørelser fremmer ytringsfrihet og demokrati, leser vi i avisene. Så lenge avisene uten konsekvenser kan skrive hva de vil, er menneskerettighetene basert på „felles kulturarv“, „alleuropeiske verdier“, „rettsstatsprinsipper“ og hva man ellers kan oppdrive av honnørord det er vanskelig å argumentere mot. Men når domstolen setter foten ned, som den for eksempel faktisk gjorde overfor tysk presses bruk av bilder av Caroline von Hannover fra Monaco, hører vi lite om dét.

Overraskende for noen viste det seg at også prinsesse Caroline hadde rett til privatliv:

*„... the Court considers that the publication of the photos and articles in question, of which the sole purpose was to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of the applicant's private life, cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public.“<sup>1</sup>*

Mitt poeng her er at menneskerettigheter *ikke* er synonymt med de til enhver tid „rette meninger“ – det som er „politically correct“ – men et spørsmål om anvendelse av et regelverk som har sin opprinnelse i tiden kort etter 2. verdenskrig, og som senere er bygget ut med bl.a. enkelte økonomiske rettigheter forankret i tradisjonelle verdier i vestlige kapitalistiske samfunn.

#### 2.4 Menneskerettighetenes utvikling de senere år

Etter mitt syn har Strasbourgdomstolen – særlig gjennom sin „dynamiske tolking“ og understrekning av at konvensjonen er „a living instrument“ – fjernet seg både fra konvensjonsteksten, og fra de grunnleggende ideene bak menneske-

---

<sup>1</sup> von Hannover v. Germany, Judgement 24 June 2004 para 65

rettighetene. Domstolens praksis, i alle fall overfor de veletablerte rettsstatene nord og vest i Europa, bærer preg av detaljoverprøving på områder hvor det kan være nokså tvilsomt om den løsning Menneskerettsdomstolen velger, er bedre enn avgjørelsen fra den nasjonale høyesterett. I tillegg kommer at i alle fall den norske Høyesterett på flere områder har ligget foran – eller kanskje mer treffende *på siden av* – Europadomstolen.

Mye kan sies om dette og om kvaliteten på EMDs avgjørelser, domstolens rolle som fjerdeinstans og om konsekvensene for respekten for det jeg vil kalle de virkelige menneskerettighetene. Det må jeg la ligge.

I vår sammenheng er det viktig at det bærer galt av sted dersom vi oppfatter menneskerettigheter som synonymt med det som til enhver tid uttales i Strasbourg, eller – enn verre – det våre nasjonale domstoler antesiperer at Europadomstolen kan komme til å mene. Om vi med et slikt utgangspunkt skulle komme til at en detalj i våre midler eller praksis i terrorbekjempelsen er i strid med „menneskerettighetene“, er etter mitt syn mest av akademisk interesse. Det er viktig nok, men virkelig fare på ferde er det etter min mening først dersom terrorbekjempelsen står i motstrid til det man kan kalle de grunnleggende verdier.

Jeg vil på denne bakgrunn i det følgende konsentrere meg om hvorvidt det er en motsetning mellom grunnleggende rettigheter – hva enten vi baserer dem på menneskerettsideen eller alminnelige rettsprinsipper – og effektiv terrorbekjempelse.

### **3 Terrorbekjempelse og menneskerettigheter – en motsetning?**

#### **3.1 Innledning**

Terrorisme er kriminalitet, om enn i større skala enn vanlig. Det gjelder uansett hvilken ideologi som danner grunnlag for den, og uavhengig av hva dens formål er.<sup>2</sup> Bekjempelse av terror i et demokratisk samfunn må være en form for *kriminalitetsbekjempelse*. Dette bør være første stopp i en analyse av forholdet mellom menneskerettigheter og terrorbekjempelse.

Vi hører og leser ikke sjelden om krig mot terror – „war on terrorism“ – i våre medier. Oftest er det en politiker som ønsker flere politimetoder eller strengere straffer som uttaler seg. Denne krigsretorikken er farlig, fordi den implisitt refererer til en situasjon – krigen – hvor helt andre midler er legitime enn i den alminnelige kriminalitetsbekjempelsen. I et slikt perspektiv er det krigens folkerett, ikke menneskerettskonvensjoner og alminnelige rettsstatsprinsipper, som

---

<sup>2</sup> Jeg holder her utenfor det mye diskuterte spørsmål om det er slik at den enes „terrorist“ er den anens „frihetskjemper“. Om en står overfor en form for „rettmessig frihetskamp“ eller terrorisme, faller utenfor rammen av dette innlegget.

setter begrensningene. Tankegangen leder lett til en betydelig svekkelse av vernet av menneskerettighetene, eller i alle fall at til at „målet helliger midlet“. Er vi i „krig“, må vi akseptere vidtgående tiltak. Enda mer forkastelig er selvsagt det amerikanske forsøk på å definere fangene i Guantanamo Bay bort både fra de alminnelige rettsikkerhetsgarantier i straffesaker og Genevekonvensjonene.

Den amerikanske høyesterettsdommer O'Connor uttrykte sin avvisning av denne tankegangen slik:

*„It is during our most challenging and uncertain moments that our Nation's commitment to due process is most severely tested; and it is in those times that we must preserve our commitment at home to principles for which we fight abroad.“<sup>3</sup>*

I vårt fredelige Norden har vi hittil ikke blitt satt på slike prøver. Det er like fullt grunn til å reflektere over situasjonen. Kan det tenkes at også våre kriminalitetsbekjempende myndigheter kan miste legitimitet som følge av altfor vide fullmakter, eller på grunn av misbruk av hjemlene? Det alvorlige i dette er at mister de som er satt til å beskytte oss mot terrorisme legitimitet ved at de blir skandalisert i offentligheten, *svekket* deres evne til å løse oppgaven.

Videre vil, tror jeg, altfor vage straffebestemmelser og for vide metodehjemler over tid føre til at befolkningen opplever å leve i en „politistat“. Det vil føre til en reaksjon, og kanskje til at politiet og påtalemyndigheten ikke bare fratas hjemler som går for langt. Det kan tenkes at mottrekket mot altfor vidtgående hjemler og misbruk blir at også metoder og straffebestemmelser som faktisk *er* nødvendige i kriminalitetsbekjempelsen forsvinner. Benjamin Franklin ga uttrykk for tanker i denne retning allerede i 1759:

*„They that can give up essential liberty to obtain a little temporary safety deserve neither.“*

Går vi på akkord med rettsstatens prinsipper – eller grunnleggende menneskerettigheter, som dypest sett er det samme – i vår iver etter å vise handlekraft mot terror, kan altså resultatet i realiteten bli det motsatte, nemlig *dårligere* bekjempelse av denne kriminaliteten.

Endelig er det etter mitt skjønn viktig å spørre om de nye muligheter som foreslås gitt politi og påtalemyndighet, ut mot „rettsstatens yttergrense“ slik førstestatsadvokaten i Oslo, Lasse Qvigstad, har uttrykt det, faktisk er effektive.

---

<sup>3</sup> Justice O'Connor. *Hamdi et al v Rumsfeld, Secretary of Defense et. al*

Jeg mener det er tvilsomt, i alle fall for så vidt gjelder noen forslag som har blitt fremsatt i Norge.

Jeg skal søke å underbygge mine tanker med noen eksempler fra min hjemlige arena. Vi har gjort noen erfaringer i Norge de siste tiår som jeg tror kan være av interesse for det nordiske fellesskap. Min hensikt er selvsagt ikke å invitere til debatt om detaljer i norsk lovgivning, men å illustrere noen generelle problemstillinger med eksempler fra norsk rettsliv hvor vi etter min mening har trådt feil, eller i alle fall vært nær ved å gjøre det. Det ville overraske meg om ikke problemstillingene som illustreres, er gjenkjennelige også for jurister i de øvrige nordiske land.

### 3.2 Noen eksempler fra norsk rettsliv

#### 3.2.1 Lund-kommisjonen – overvåkingen av venstresiden

Det norske Stortinget oppnevnte 1. februar 1994 en egen granskingskommisjon („Lund-kommisjonen“) for bl.a. å undersøke om det daværende norske overvåkingspolitiet (POT) hadde drevet ulovlig overvåking av norske borgere.<sup>4</sup>

Sterk forenklet kan det sies at det ble klarlagt at POT drev overvåking av personer på den politiske venstreside for intenst, men fremfor alt for lenge. Dette vakte naturlig nok oppsikt. Mange mente at POT for eksempel langt tidligere burde skjønt at retorikken til AKP (ml)<sup>5</sup> om „væpna revolusjon“ var nettopp det; ren retoriikk. At overvåkingspolitiet i tillegg satte i verk etterforskning av et av medlemmene i Lund-kommisjonen ved å forsøke å undersøke om det fantes opplysninger om ham i STASI-arkivene, forsterket kritikken mot POT vesentlig.<sup>6</sup> Jeg tror det er dekning for å hevde at tjenesten ble skandalisert i store deler av den norske befolkning. Riksadvokaten ga den gang – på forespørsel fra media – uttrykk for at tjenesten „ligger med brukket rygg“.

I Norge er det politiets sikkerhetstjeneste (nå PST, tidligere POT) som har primæransvaret for terrorbekjempelse. Heldigvis ble Norge ikke utsatt for terrorhandlinger i tiden etter at Lund-kommisjonen hadde avgitt sin rapport. Det er neppe tvil om at tjenestens evne til å forebygge og etterforske terrorhandlinger, var betydelig svekket i denne tiden. Hadde Norge på denne tiden blitt eksponert for terror, kunne situasjonen blitt meget alvorlig.

Den lærdom en i vår sammenheng kan trekke av dette er, etter min mening, denne:

<sup>4</sup> Kommisjonen ble ledet av høyesterettsdommer Ketil Lund. Rapporten er utgitt som dokument nr. 15 (1995–1996)

<sup>5</sup> Arbeidernes Kommunistparti (marxist-leninistene)

<sup>6</sup> Riksadvokatens gjennomgåelse av overvåkingstjenestens henvendelser til tyske myndigheter om opplysninger fra Stasi-arkivene, avgitt 29. april 1997.

Misbruker den myndighet som har ansvaret for terrorbekjempelse sine hjemler, eller opptrer den utenfor hjemlene, vil den i våre åpne samfunn før eller siden bli skandalisert og tilliten til tjenesten reduseres. Det vil i sin tur lede til ressurskrevende omorganiseringer og kanskje reduserte inngreps-hjemler. En tjeneste med „brukket rygg“ er ingen effektiv tjeneste. Svekket terrorbekjempelse kan lett bli resultatet.

Jeg tror den samme effekten kan oppstå dersom tjenesten gis for vide fullmak-ter, noe jeg straks kommer til.

### 3.2.2 Ny straffebestemmelse om terror

I desember 2001 sendte det norske Justisdepartementet på høring et forslag om nye „lovtiltak mot terrorisme“. Bakgrunnen for forslaget var bl.a. oppfølging av FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373. Resolusjonen ble vedtatt 28. september 2001, dvs. få uker etter terrorangrepet mot USA 11. september dette året.

Allerede 5. oktober samme år vedtok regjeringen en provisorisk anordning for å bringe norsk rett i samsvar med resolusjonen.<sup>7</sup>

I høringsforslaget fra desember 2001 foreslo departementet en ny bestem-melse i straffeloven § 147a som gikk svært langt i å kriminalisere handlinger i tilknytning til mulig terrorisme.

Et av forslagene gikk ut på å gjøre „planlegging og forberedelse“ av terro-risme straffbart. Det ville innebære at helt dagligdagse handlinger i prinsippet kunne rammes dersom det forelå „terrorforsett“. Eksempelvis ville den som kjøper en kniv eller øks med tanke på å begå en terrorhandling etter forslaget kunne straffes med inntil 6 års fengsel, men ikke den som kom på at han kunne bruke en kniv han hadde liggende fra før.

Dette forslaget, som ikke ble vedtatt, illustrerer etter mitt skjønn et par viktige poeng:

- En svært vid og løs avgrensning av straffeansvaret er i dårlig samsvar med det krav til presisjon som må kreves for å kunne holde noen straf-ferettslig ansvarlig i en rettsstat. Skulle bestemmelsen bli brukt i en si-tuasjon som nevnt over, ville ikke bare de anklagede, men trolig også store deler av den opplyste befolkning mene at de levde i en form for politistat og kreve endring av loven. Det ville svekke respekten for lov-givende myndigheter og for dem som er satt til å håndheve loven. Tillit til slike myndigheter er avgjørende for effektiv terrorbekjempelse på lang sikt.

<sup>7</sup> En provisorisk anordning er en mulighet den norske regjeringen etter grunnloven § 17 har til å gi midlertidige regler som i utgangspunktet hører under Stortinget som lovgiver.

- En bestemmelse som nevnt ovenfor, er helt uegnet som verktøy for å drive effektiv terrorbekjempelse. I den virkelige verden er det selvsagt vanligvis umulig å bevise „terrorforsett“ uten at det har gitt seg utslag i handlinger, eller mer håndfast planlegging. Dette er allerede straffbart. Men siden slike bestemmelser kan gi tilgang til ekstraordinære etterforskningsmetoder, kan de også føre til det mange vil oppfatte som misbruk av rettshåndhevende myndigheters makt. Det vil i sin tur lett lede til skandalisering og påfølgende svekket evne til å bekjempe terror.

### 3.2.3 Forslag om nye politimetoder

Mange land har endret sin lovgivning etter 11. september 2001 for å stå bedre rustet mot terrorangrep. Jeg har allerede nevnt at i Norge reagerte Justisdepartementet særdeles raskt og foreslo en meget vidtgående straffebestemmelse mot terror. Men også metodetilgangen har vært tema i mange stater. Storbritannia har for eksempel gått svært langt i å internere borgere som kan tenkes å ville utføre terrorangrep.

I Norge ble det såkalte „Politimetodeutvalget“ oppnevnt allerede 6. juli 2001 for å utrede og fremme forslag til regler om politiets bruk av metoder i forebyggende øyemed. De siste årenes terroraksjoner har gjort dette temaet mer aktuelt enn noensinne. Utvalget avga sin utredning 29. mars 2004.<sup>8</sup> Flertallet fremsatte meget vidtrekkende forslag til nye forebyggingsmetoder. Departementet la seg opp mot mindretallets linje<sup>9</sup> i sine forslag.<sup>10</sup>

Men også departementets forslag går etter mitt skjønn for langt og er egnet til å illustrere noen generelle poeng.

Etter forslaget skal politiets generelle avvergende virksomhet skje som ledd i etterforskningen, og under den vanlige kontroll av påtalemyndigheten og domstolene. Men Politiets sikkerhetstjeneste foreslås i tillegg gitt særlige fullmakter for å forebygge bl.a. terror. Etter utkastet til ny § 17d i politiloven kan retten gi PST tillatelse til å nytte en rekke tvangsmidler utenfor etterforskingssporet, bl.a. hemmelig ransaking, skjult fjernsynsovervåking av offentlig sted, bruk av skjult peileutstyr og hemmelig kommunikasjons- og romavlytting. Det er etter departementets forslag intet krav om at det er skjellig, eller god, grunn til å mistenke den som utsettes for tvangsmidlene for å forbedrede terrorvirksomhet. Det er nok at hensikten er „å undersøke om noen forbereder en handling“ som rammes

<sup>8</sup> NOU 2004: 6, „Mellom effektivitet og personvern“.

<sup>9</sup> Utvalget var delt i tre fraksjoner. Det er særlig dissensen fra førstestatsadvokat Kjerstin A. Kvan- de, Riksadvokatembetet som følges opp i departementets forslag.

<sup>10</sup> Ot. prp. nr. 60 (2004–2005), avgitt 18. mars 2005.

av straffebestemmelsen mot terror.<sup>11</sup> En slik formålsbestemt avgrensning er uten selvstendig verdi som begrensende element. Å etterforske og forebygge terrorhandlinger er jo nettopp et av hovedformålene for Politiets sikkerhetstjeneste. Hvilke *andre* formål kunne være aktuelle?

For å kunne nytte tvangsmidlene, må det imidlertid også „antas at inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne forebygge handlingen, at forebygging ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort og at inngrepet etter sakens art og forholdene ellers ikke fremstår som uforholdsmessig“ (utkast til politiloven § 17d annet ledd første punktum). Det er mulig at dette vilkåret vil føre til at domstolene innfortolker at det må foreligge en viss sannsynlighet for at noen faktisk forbereder en terrorhandling. Men denne lovgivningsteknikken fremstår som nokså bakvendt. Må man ikke *først* kreve et visst minstemål av sannsynlighet for at noen forbereder det man vil hindre (en „inngangsverdi“) for *dernest* å stille opp noen vilkår om hva som kan forventes å bli resultatet av avvergeinnsatsen?

Problemet med en slik bestemmelse er, slik jeg ser det, særlig at domstolskontrollen blir usikker. Ved å stille opp en begrensnings som i utgangspunktet alltid vil være oppfylt – at formålet er å undersøke om noen forbereder en terrorhandling – tvinges domstolen, om den vil foreta en reell kontroll, til å innfortolke et sannsynlighetskrav. Det er uheldig. Jo videre inngrepsadgangen er, jo viktigere er domstolskontrollen. Domstolene har i Norge blitt kritisert for ikke å føre god nok kontroll med bruken av tvangsmidler. Det lar jeg ligge i denne sammenheng. Det essensielle her er å peke på at man får ikke bedre domstolskontroll enn lovteksten gir anledning til. Det minste lovgiveren bør bidra med, er å sørge for å utforme lovtekster som er slik at domstolene får klare kriterier å prøve en begjæring mot.

Etter mitt skjønn tok justisministeren et viktig skritt i riktig retning da han 2. mai 2005 foreslo overfor Stortinget at lovteksten kunne strammes inn ved at tiltale bare kan settes i verk „dersom det er grunn til å undersøke om noen forbereder ...“ f.eks en terrorhandling. Ved dette introduseres krav om en viss sannsynlighet og forholdsmessighet. Muligheten for effektiv domstolskontroll øker betydelig ved en slik lovtekst.

Det hører med i det norske bildet at Politiets sikkerhetstjeneste – utenfor sin etterforskningsvirksomhet – ikke er underlagt påtalemyndigheten, men Justisdepartementet. Det er således en politisk myndighet – justisministeren – som er den øverste ansvarlige for virksomheten.

---

<sup>11</sup> Også en del andre bestemmelser kan gi grunnlag for å nytte slike midler, men disse er av mindre interesse i vår kontekst.

Også dette forslaget gir foranledning til noen generelle refleksjoner:

- På samme måte som ved forslaget til ny straffebestemmelse, er det en reell risiko for at tilgang til – og bruk av – vidtgående metoder på løst grunnlag vil føre til at tjenesten blir utsatt for kraftig, og berettiget, kritikk. Så vidt jeg kan forstå, ville Politiets sikkerhetstjeneste med hjemmel i forslaget i odelstingsproposisjonen til ny § 17d kunnet få rettens tillatelse til å drive overvåking av dem som ville ha „væpna revolusjon“; det er intet krav etter ordlyden i utkastet at det skal være noen reell risiko for at dette faktisk kan tenkes gjennomført.<sup>12</sup> Formålet med tvangsmidlene er jo bare å undersøke om det foreligger noen fare for terrorhandlinger. Iverksetter tjenesten for eksempel tiltak overfor et muslimsk miljø i Oslo, for å „undersøke om noen forbereder“ en terrorhandling uten konkrete holdepunkter for at det er tilfelle, er sjansen relativt stor for skandalisering og at tjenesten igjen blir „liggende med brukket rygg“. I en tid hvor faren for terrorangrep også mot våre land synes mer reell enn noen gang, er dette alvorlig. Presiserer Stortinget lovteksten slik at det minste må foreligge en grunn til å undersøke, reduseres risikoen for misbruk.
- Bruk av tvangsmidler overfor borgerne bør i en rettsstat bare finne sted hvor det er en rimelig indikasjon på at den som rammes virkelig utgjør en fare. Det mangler, eller er i alle fall ikke presist angitt, i det norske lovforslaget.
- Et „overskudd“ av metodehemler øker misbruksfaren. Er terskelen for å anvende „forebyggingsmetoder“ lavere enn for etterforskningsmetodene, slik som etter det norske forslaget, er det grunn til å vente at virksomheten styres inn mot forebygging. Det er også en risiko for at politiet vil fortsette å „forebygge“, for å få tilgang på metoder, også etter at vilkårene for å åpne etterforskning er til stede. I det norske systemet har dette også en annen dimensjon: Valg av metodehemler er hos oss også en form for „valg“ av overordnet myndighet. Etterforskning hører under påtalemyndigheten med riksadvokaten i spissen, forebygging foretatt av Politiets sikkerhetstjeneste hører som nevnt under Justisdepartementet og i siste instans justisministeren. Dette innebærer således at justisministeren er ansvarlig for en rent operativ politivirksomhet på et meget følsomt område.
- Gitt at terrortrusselen er reell – det tror jeg – må en på den ene side vokte seg for å være naiv, på den annen side unngå å gå grunnleggende

<sup>12</sup> Det kan imidlertid som nevnt tenkes at tilleggsvilkåret om at inngrepet må antas å ville gi opplysninger av vesentlig betydning for å forebygge handlingen ikke ville vært oppfylt.



verdier for nær. Det er interessant å merke seg at i land med lang tids erfaring med terrorbekjempelse – Storbritannia, Italia, Tyskland – synes problemene knyttet til vidtgående hjemler å bli tatt svært alvorlig, formentlig av bitter erfaring. Den samme tilbakeholdenhet ser ikke ut til å prege land med mer fersk erfaring med terrorisme.

Jeg understreker at mine nokså kritiske bemerkninger ikke er ment som noen kritikk av den sikkerhetstjenesten vi i dag har. Tvert om er mitt anliggende å advare mot forslag som, i beste mening, utvider inngrepsmulighetene i en slik grad at det kan komme til å slå tilbake på tjenesten. Det er vi ikke tjent med, særlig ikke i en tid hvor vi i høyeste grad har behov for en sikkerhetstjeneste som evner å yte reell beskyttelse.

## **4 Veien videre**

### **4.1 Folkevilje og rettsstat**

Jeg har allerede nevnt at det virker som om „folk flest“ er villige til å gå svært langt for å oppnå effektiv terrorbekjempelse. Det gjelder også mange justispolitikere (selv om motivet her i noen tilfeller kanskje er mindre høyverdig: å kapre billige stemmer). Hvis store grupper av befolkningen er villige til kritikkløst å åpne for straffebestemmelser og politimetoder, slik at vi kan vinne „terrorkrigen“, sperrer ikke de alminnelige demokratiske mekanismer for at vi gir viktige rettsprinsipper på båten. Rettsstaten kan altså neppe stole på at demokratiet vil sikre dens eksistens.

Hvis det er slik at store grupper og tunge krefter er villig til å ofre grunnleggende verdier på terrorbekjempelsens alter, har vi som faggruppe et særlig ansvar. Jeg tror vi nærmer oss en slik situasjon, i alle fall i Norge.

### **4.2 Fagjuristenes forpliktelse**

Etter mitt syn har vi – juristene – hva enten vi er dommere, advokater, påtalemyndighet eller arbeider i rettssamfunnet på annen måte, et ansvar for å si i fra hvis vi ser at vi nærmer oss „rettsstatens yttergrense“. Også dette er en måte å „fremme rett, og å hindre urett“, slik vi lovet da vi mottok vårt vitnemål etter avsluttede juridiske studier.

Jeg synes vi alle bør tenke gjennom hva vi fra vår plass kan gjøre. Kanskje er det på plass med en avisartikkel, kanskje skal vi si ja til det intervjuet vi helst ville avslå, slik vi pleier, selv om dette skulle innebære at vi forfejter synspunkter som ikke er „korrekte“ og at vi stemples som naive, utviklingsfjerne eller „soft on crime“. Det kan tenkes at det koster litt, også på det personlige plan, å bidra til å opprettholde rettsstaten.

Göran Lambertz

Rättshaverister – problem eller utmaning?

## Rättshaverister – problem eller utmaning?

Av justitiekanslern Göran Lambertz, Sverige

*Rättshaverister eller kverulanter. Så brukar vi kalla personer som har tappat allt förtroende för myndigheterna, som angriper systemet och dess företrädare med orimliga beskyllningar och som i all sin misstänksamhet har förlorat mycket av förankringen i verkligheten. De är ett problem både för sig själva och för oss i rättsväsendet och förvaltningen. Men de är också ett tecken på bakomliggande problem hos domstolar och myndigheter, såsom brådska, stress, dåligt engagemang och bristande kvalitet. Så påstås i alla fall i denna uppsats, som framför allt ställer frågan vilka insatser som kan göras för att missnöjda personer inte skall behöva utvecklas till rättshaverister. Att skapa ett sådant system är utmaningen. Men kan denna uppgift vara prioriterad för oss jurister? I vilken mån har vi anledning att i vår yrkesroll ta hänsyn till sådana fenomen som kränkningens mekanismer och det mänskliga behovet av upprättelse?*

### 1. Inledning

Jag börjar detta referat med en berättelse ur verkligheten.

En man med iranskt ursprung kom till Sverige år 1990. Vi kallar honom AR. Han arbetade under flera år som tolk och översättare vid sidan om studier på universitetet i Stockholm. Studierna gick ganska bra, men när han skrev en tiopoängsuppsats i statskunskap blev han osams med läraren. Denne vägrade godkänna uppsatsen, som enligt läraren i alltför hög grad plagierade en tidskriftsartikel av en statsvetenskaplig auktoritet. AR blev djupt kränkt och anklagade läraren för rasism. Under protest arbetade han om uppsatsen en del, men lärarens omdöme kvarstod och uppsatsen underkändes. AR försökte få beslutet ändrat genom att vända sig till fakultetens dekanus och universitetets rektor, men utan framgång. Hans klagomål till Högscoleverket lämnades utan åtgärd, liksom hans anmälan till polis och åklagare. Efter anmälan mot universitetet och Högscoleverket till Justitiekanslern beslöt denne att inte granska ärendet närmare. Justitieombudsmannen fick också en anmälan men hänvisade bara till Justitiekanslerns beslut. Under lång tid skrev sedan AR långa brev till framför allt Riksåklagaren och Justitiekanslern med allt häftigare anklagelser om sammansvärjningar, vänskapskorruption m.m. Även anklagelser om undanskaffande av allmänna handlingar, illvilligt bemötande, allvarliga språkbrister hos myndigheterna och mycket annat förekom.

Detta är alltså ett verkligt fall, som jag dock har friserat lite grand. Man får säga att AR utvecklades till en *rättshaverist* – på danska och norska en *kvær-*

*ulantkverulant*<sup>1</sup>. Den kränkning han ansåg sig utsatt för kom så småningom att överskugga allt annat i hans tillvaro. Hans anklagelser blev allt hätskare och alltmer orimliga. Han tycks till sist ha förlorat det mesta av sin verklighetsförankring.

Rättshaveristerna är en säregen grupp personer som väcker blandade reaktioner, allt från medlidande och skratt till uppgivenhet och undran. Mindre ofta beslutsamhet. Vi vet inte riktigt hur vi skall hantera dessa personer, hur mycket tid de skall få ta för oss och i vad mån vi helt enkelt kan ignorera dem när de är ovänliga eller ovettiga. Många av oss jurister är osäkra på om vi på något sätt borde känna ansvar för rättshaveristerna, eller om det är sjukvården, socialtjänsten eller kanske bara individerna själva som bör gripa sig an problemet. Vi bläddrar i våra lagböcker, men där finns sällan några svar.

Vilka är de egentligen, rättshaveristerna? Varför har de blivit som de blivit? Har vi jurister någon skuld till deras öde? Hur skall vi förhålla oss till dem? Representerar de ett problem som vi bör försöka lösa? Eller kanske rentav en intressant och viktig utmaning? Detta är några av de frågor som skall diskuteras i den här uppsatsen.

## 2. Varför skall vi intressera oss för rättshaverister?

Syftet med uppsatsen är att presentera rättshaveristerna och diskutera frågor om orsaker, ansvar, implikationer och möjliga insatser. Men varför är detta intressant på ett Nordiskt Juristmöte? Handlar det inte mer om beteendevetenskap än om juridik?

Jo, så är det nog. Särskilt mycket juridik finns inte i det här ämnet. *Men*: Rättshaveristerna finns där hela tiden, mitt i rättsväsendet, alldeles framför oss. De påverkar vår vardag, vår möjlighet att arbeta effektivt. Och de väcker en massa frågor, inte minst processrättsliga och förvaltningsrättsliga sådana. Ofta är frågorna oväntade och svårlösta. *Och*, kanske ännu viktigare: Mycket talar för att antalet rättshaverister i ett samhälle kan fungera som en måttstock på rättsväsendets och förvaltningens kvalitet från ett medborgarperspektiv, i varje fall på kvaliteten när det gäller bemötande. Detta är en hypotes, inte någon etablerad sanning. Men visst har man anledning att förmoda att ju fler rättshaverister vi har, desto större är problemen i systemet. Och om denna hypotes stämmer kan ingen gärna bestrida frågans betydelse.

För åtminstone den som har daglig kontakt med rättshaverister – som t.ex. många hos Justitie-, Folketings-, Alltings- och Stortingsombudsmännen, i justi-

---

<sup>1</sup> På svenska står "kverulant" helt enkelt för någon som ständigt klagar. I detta referat används dock uttrycket i samma betydelse som "rättshaverist" (se avsnitt 3 om den närmare innebörden).

tieministerierna och i åklagarväsendet – är det lätt att känna att dessa människor står för något sjukt och egendomligt, svårt att ta på allvar men samtidigt allvarligt. De är ofta människor som bOLLAS från den ena instansen till den andra med standardbrev, och som ingen tycks kunna hjälpa. Ofta är det vi jurister som drabbas av deras misstänksamhet och otålighet, ibland rentav hat, någon gång hot. Detta är också ett skäl för oss att intressera oss för dem.

Rimligen har också samhällets institutioner en skyldighet att i varje fall inte onödigtvis bidra till att människor utvecklas på det sätt som är fallet med kverulanterna.

En intressant fråga är om det finns något i samhällsutvecklingen som medverkar till att människor utvecklas till rättshaverister. En därmed sammanhängande fråga är förstas om de blir fler och fler, eller om antalet är ungefär konstant.

Det kan vara särskilt intressant att diskutera dessa frågor i ett nordiskt perspektiv. Finns det några viktiga skillnader mellan våra länder när det gäller problemets karaktär och omfattning? Kan vi lära oss något av varandra?

Det är givet att diskussionen här måste föras utifrån det perspektiv som vi jurister representerar. Det gäller såväl problembeskrivning som diagnos och behandling. Vi kan inte – annat än möjligen högst amatörmässigt – ta oss an frågorna utifrån psykologiska, sociologiska eller medicinska utgångspunkter. Det är naturligtvis en begränsning, men den bör inte avhålla oss från att avhandla ämnet.

Juristernas perspektiv på ämnet *skulle* kunna innebära en genomgång av relevanta rättegångsregler och regler för förvaltningen. Det kunde i och för sig vara intressant att se vilka regler som finns och hur de kan och skall användas. Jag väljer ändå att lyfta blicken och undvika reglerna. Det gör jag inte minst därför att diskussionen skall kunna föras på ett intressant sätt i den nordiska kretsen.

I referatet har jag i viss mån fokus på rättsväsendet. Med det menar jag här polisen, åklagarna och domstolarna samt de advokater som verkar där. Men jag försöker också inrymma förvaltningsmyndigheterna i diskussionen.

### 3. Vilka är de?

Vi som arbetar i rättsväsendet eller förvaltningen möter många människor som är uppretade och misstänksamma. Självfallet förtjänar inte alla dessa epitetet rättshaverist. Här reserverar jag detta begrepp för *personer som har tappat allt förtroende för rättsväsendet och/eller förvaltningen, som angriper systemet och dess företrädare med orimliga beskyllningar och som i sin misstänksamhet har förlorat mycket av sin verklighetsförankring.*

Många av kverulanterna är övertygade om att de personer inom rättsväsen-

det och förvaltningen som de har mött är korrumperade, eller i varje fall totalt ointresserade av rättvisa. Åtskilliga av dem ägnar stora delar av tiden åt att försöka bevisa för omgivningen att de har rätt och att myndigheter och tjänstemän bara försöker dölja sina fel. Men allteftersom orimligheterna blir uppenbara och de förskingrar den kärna av rätt och sanning som deras kamp ibland kan ha innehållit, blir det allt färre som lyssnar. Till sist är det ingen som orkar bry sig. Rättshaveristen känner sig alltmer missförstådd och avvisad. Myndigheterna blir en vägg som allt studsar tillbaka från. Kverulanten kämpar vidare, men hans överdrifter och beskyllningar blir alltmer besynnerliga. Ofta förser han myndigheterna med långa tätskrivna brev med krav på ekonomisk kompensation för kränkning och lidande med hisnande belopp. Somliga sitter hela dagarna och telefonerar eller skriver e-post till myndigheter. Kampen för upprättelse blir det enda viktiga. Det leder till såväl social som psykologisk utslagning.

Inte sällan handlar det, såvitt man kan se, om helt vanliga människor med ett från början ordinarie liv. Och inte sällan tyder deras skrivelser på att de inledningsvis kan ha råkat ut för någon större eller mindre oförrätt eller blivit nonchalant behandlade. Men oftare rör det sig om personer som helt enkelt inte kan acceptera att förlora en tvist eller få nej på en ansökan. De driver sin kamp även om det rättsligt sett inte har begåtts något fel alls, och även om de i varje fall inledningsvis har blivit helt korrekt bemötta.

Så gott som alla kverulanter känner sig djupt kränkta, med rätt eller orätt. Sannolikt är vi myndighetspersoner alltför okänsliga inför kränkningars inverkan på människors beteenden. Och det gäller kanske särskilt sådana kränkningar som är svåra att uppfatta för den som inte själv är berörd. De känns bara hos den som drabbas.

Man frågar sig varför vissa blir rättshaverister medan andra utan större problem kan lägga ett nederlag, en motgång eller en kränkning bakom sig. Mest beror det sannolikt på personliga egenskaper. Många av rättshaveristerna har utan tvekan en psykisk störning i botten, men inte alla. Även personer som tidigare har uppträtt normalt kan tappa greppet helt och hållet. Sannolikt finns det någon skörhet som gör att dessa personer saknar fallskärm när fallet kommer.

Rimligen har motgångens eller kränkningens art också betydelse. Den som får sin tillvaro raserad eller annars hamnar i en svår kris kan naturligtvis ha svårare att återgå till det normala än den som utsätts för en mindre motgång.

Om man bortser från krav på vetenskaplighet eller pregnans kan man beskriva bakgrunden till människors utveckling till rättshaverister genom en förklarad kategoriindelning enligt punkterna a – f nedan.

- a. De vanligaste rättshaveristerna är personer som har drabbats av en eller flera motgångar och som – ofta på grund av en psykisk störning eller en särskilt envis eller mycket skör läggning – har haft svårt att lägga det inträffade bakom sig. Vi kan kalla dessa för *motgångsfallen*.

- b. Relativt vanliga är också personer som i botten tycks ha en psykisk sjukdom eller allvarlig psykisk störning och vars beteende i hög grad präglas av detta (*sjukdomsfallen*).
- c. Inte ovanliga är vidare personer som vägrar erkänna egna misstag och fel och som projicerar sina olyckor på andra, gärna myndighetspersoner (*projiceringsfallen*). Dessa personer är ofta påtagligt aggressiva.
- d. Mindre vanliga är de personer som är uppenbart ensamma, som inte får stöd någonstans ifrån men som kämpar en envig tragisk kamp och förlöjligas eller ignoreras av omgivningen (*mobbningsfallen*).
- e. Ännu ovanligare som rättshaverister är personer som är helt friska men som drabbas av en osedvanligt svår personlig kris, exempelvis ett barns död till följd av misstänkt felbehandling i sjukvården (*krisfallen*).
- f. Slutligen finns det personer som framför allt tycks ha behov av något att fylla sin dag med och någon att prata med eller skriva till. En upplevd kränkning finns i botten, men upprättelsen tycks vara mindre viktig än den "samvaro" som klagoverksamheten erbjuder (*kontaktfallen*).

Det finns alltså många skilda bakgrunder och karaktärer. Vissa personer hör ganska tydligt till en kategori, medan andra passar i flera. Ytterligare några är svårkategoriserade. Jag vill åter betona att beskrivningen bygger på en högst osäker och ovetenskaplig genomgång.<sup>2</sup>

#### 4. Problem och utmaning

Det är ingen tvekan om att rättshaveristerna *utgör och skapar* problem. *Dels* tar de ofta en väldig massa tid för tjänstemännen i rättsväsendet och förvaltningen, tid som i regel känns bortkastad för dessa tjänstemän, *dels* skapar de obehag genom sina angrepp, ibland rädsla, *dels* representerar de ofta någon form av misslyckande för de myndigheter och personer som de har haft att göra med *och dels* har de fått sina egna liv mer eller mindre förstörda.

Mindre tydligt är i vilken mån rättshaveristerna också *representerar* problem, dvs. i vilken utsträckning de avspeglar andra och kanske större problem i samhället.

Den senare frågan hör ihop med en viktig och intressant *utmaning*. Det bör rimligen vara ett mål för rättsväsendet och förvaltningen att ordna verksamheten så att den inte bidrar till att någon blir kverulant i onödan. Ju färre personer som utvecklas till rättshaverister, desto bättre har vi sannolikt lyckats. Häri lig-

---

<sup>2</sup> "Metoden" var helt enkelt att jag tillsammans med mina medarbetare gick igenom de personer som myndigheten vid tillfället hade kontakt med och som vi bedömde borde karakteriseras som rättshaverister, ca 40 personer.

ger utmaningen. Vi bör ställa oss frågan vad som fordras av ett sådant system. Och vi bör fråga oss vad vi jurister i systemet kan göra för att åstadkomma det.

**Problem och utmaning.** Utmaningen kan alltså sägas ligga i att identifiera och ta sig an de problem som kverulanterna representerar, dvs. orsakerna. Att enbart ta sig an de problem som de utgör och skapar är en behandling av symptomen. Det är visserligen också viktigt men i grunden mindre intressant, och det låter jag i stort sett vara här. Jag nämner dock något om hur rättshaveristerna enligt min mening bör bemötas.

## 5. Orsak, skuld och ansvar

Vilka är orsakerna till att människor blir rättshaverister? Vems är skulden? Och vems är ansvaret för att ta sig an de problem som de skapar resp. representerar? Frågorna är komplexa, och de kan inte besvaras i ett juristperspektiv enbart. Men vårt perspektiv fordras för att frågorna över huvud taget skall kunna besvaras. Och vi har anledning att fråga oss i vad mån vi är en del av orsaken, och i vad mån vi bör känna ansvar för att problemen angrips.

Säkert skall *orsakerna* många gånger sökas i människorna själva, deras bakgrund, familjeförhållanden, händelser i livet osv. Vi jurister har inget med dessa orsaker att göra, och vi kan inte göra något åt dem.

Men sannolikt är också vi ibland en del av roten till problemen. Det gäller i varje fall i den mån vi ser oss som en del av det system av myndigheter och domstolar som den enskilde konfronteras med. Och en sak kan man nog säga ganska säkert: Den av oss som har makt i ett mål eller ett ärende med stor betydelse för en person och därvid behandlar personen klart felaktigt, t.ex. påtagligt nonchalant, den kan mycket väl vara en del av orsaken om personen blir bitter och kanske på sikt utvecklas till rättshaverist.

För att göra en lång historia kort när det gäller orsakerna *i den mån de berör oss jurister*: Mitt intryck är att många personer utvecklas till rättshaverister delvis som en följd av

- a att vår tid inte räcker till,
- b att vårt engagemang inte räcker till och/eller
- c att vi säger, skriver eller gör fel saker.

*Tiden räcker inte.* Vi har mycket att göra och pressas av den ena uppgiften viktigare än den andra. Vi har inte tillräckligt med tid att ha tålmod med en besvärlig och envis person, vi hinner inte förklara så noga. Vi har många andra ärenden som väntar, en halvtimme i telefon är en omöjlighet. Dagens tidsschema för domstolsförhandlingar kan saboteras helt av en besvärlig och envis person. Irritationen och stressen ligger nära när någon faller ur ramen och kräver mer tid än som finns.



*Engagemanget räcker inte.* När vi är unga kanske vi orkar och vill hjälpa den som behöver vår tid. Men när vi blir äldre blir de flesta av oss mindre beredda att låta våra "kunder" ta vår alltmer dyrbara tid i anspråk. Den som har problem får klara sig själv, det är inte vår sak.

*Vi säger, skriver eller gör fel saker.* Under en domstolsförhandling visar vi kanske alltför tydligt var våra sympatier ligger. Vi kanske snäser åt den som blir för envis, eller som ilsknar till. Vi kanske använder en onödigt okänslig formulering i ett beslut eller en dom. När en person ringer för att få en förklaring kanske vi svarar onödigt bryskt eller avfärdande. Efter att vi med gott tålamod har svarat samma sak flera gånger utan att personen förstått kanske vi säger något ovänligt som ger personen intrycket att han har att göra med en motståndare, någon som inte vill honom väl eller som i varje fall inte är särskilt intresserad av hans fall.

Har vi då anledning att känna *skuld* när vi har del i att en person utvecklas till rättshaverist? Oftast har vi väl inte kunskap om att vi har bidragit, och oftast är det väl för övrigt ingen som riktigt vet hur det gick till. Men antag att vi faktiskt har en del i den negativa utvecklingen till följd av vår bristande tid, vårt bristande engagemang eller vår otillräcklighet i övrigt. Även om det inte tjänar mycket till att tala om skuld kan vi väl konstatera att det är bättre om vi kan bidra till en positiv utveckling hos de personer som vi möter i vårt arbete än en negativ.

Att vi har för lite tid kan vi sällan göra något åt. Brådska, stress och knappa resurser är ett samhällsproblem, i varje fall i Sverige. Stressen och brådskan har ökat tydligt i såväl rättsväsendet som förvaltningen de senaste åren. Det är omöjligt för oss att ägna all den tid åt missnöjda personer som de nog skulle må väl av att få.

Bristande engagemang är en känsligare fråga. De flesta av oss får nog erkänna att vi inte känner någon större inlevelse i missnöjda parter, sökandes eller misstänkta fortsatta öden och äventyr. När vi har avslutat ett ärende vill vi helst slippa fortsatta kontakter med de inblandade. Vi har annat att göra. Detta är begripligt. Men det står klart att det större eller mindre engagemanget hänger väsentligen på oss själva, betydligt mer än som gäller för tidsbristen. Visserligen kan engagemanget fullt förklarligt växla till följd av stress och annat, men vi kan i princip inte skylla bristande engagemang på någon annan eller något annat än oss själva.

Detsamma gäller förmågan att säga, skriva och göra rätt saker. Vi är inte alla utrustade med den rätta psykologiska blicken. Vi utsätter nog ibland människor för små kränkningar utan att riktigt tänka på det. Vi är i och för sig mycket väl medvetna om ledstjärnor som opartiskhet, respekt och omsorg, men vi förmår inte alltid agera efter dem. Även på den här punkten får vi nog säga att det hänger väsentligen på oss själva. Vi kan inte skylla vår bristande skicklighet vad gäller ordval, agerande och psykologisk blick på någon annan.

Alltså: Att vi inte *hinner* bemöda oss om människorna är inte vårt fel. Men

att vi inte *orkar det* eller inte *förmår det på rätt sätt*, det får vi ta vårt ansvar för, även om också detta oftast har sina fullt rimliga förklaringar.

Det är väl närmast självklart att vi jurister i rättsväsende och förvaltning har ett *ansvar* för att tillståndet är så bra som möjligt. Vi har inte hela ansvaret, för vi är beroende exempelvis av vilka resurser vi tilldelas. Och eftersom vi har ett ansvar för mycket annat också kan vi inte beskyllas om vi inte gör allt som är möjligt för att undvika att människor utvecklas till rättshaverister. Men otvivelaktigt bör vi göra vad vi kan i den mån ett riktigt bemötande inte kräver mer av vår tid än ett oriktigt. Och kanske bör vi göra lite mer än så.

Inte alla har samma ansvar. Det är uppenbarligen särskilt viktigt att de som oftast kommer i kontakt med potentiella kverulanter handlar på ett riktigt sätt. Detsamma gäller de som på olika sätt kan påverka utbildningar, ge riktlinjer och på andra sätt styra beteenden och prioriteringar. Men alla har ett ansvar för sitt förhållningssätt och sina ambitioner.

## 6. Vad bör göras?

Hur skall vi ta oss an den utmaning som skisserades i avsnitt 4 ovan? Hur skall vi ordna verksamheten så att den inte bidrar till att någon blir kverulant i onödan? Vad kan vi jurister i systemet göra?

Vi bör skilja mellan å ena sidan åtgärder som syftar till det nu sagda – dvs. insatser för att ta oss an de bakomliggande problem som rättshaveristerna kan sägas spegla – och åtgärder som avser "behandling av symptomen", dvs. sådant som främst handlar om bemötandet av de personer som redan har blivit fullfjädrade rättshaverister. Jag vill på nytt understryka att mina rekommendationer i allt väsentligt avser personer som inte (ännu) har blivit rättshaverister. Symptombehandlingen berör jag bara helt kort.

Vi bör också skilja mellan å ena sidan det som kan göras medan en process hos myndigheter eller domstolar pågår och å andra sidan insatser efter att processen har avslutats.

### *Under processens gång*

Vi jurister kan naturligtvis inte göra något åt att människor på olika sätt har dåliga förutsättningar att klara en rättslig motgång. Det vi kan göra begränsar sig i allt väsentligt till vårt eget handlande. Där kan vi dock göra en hel del. Vi bör bemöda oss om att alltid hålla oss till vissa grundläggande regler för vårt professionella agerande. I det följande anger jag några regler för uppträdandet som enligt min mening bör iakttas. De är förvisso inte nya, men det kan finnas ett värde i ett diskutera en sådan "uppträdandekod" just i det perspektiv som gäller för den här uppsatsen.

- a. Vi bör ge oss tid att lyssna. Vi måste ha så mycket tålamod att människor får säga allt det som de rimligen bör få tid att säga. Ofta är det viktigt att låta personen berätta från sitt eget perspektiv, även om vi som jurister kan se att mycket av det som sägs är irrelevant. Varsamma försök till styrning mot det som är relevant är dock sällan fel.
- b. Vi måste alltid vara opartiska och uppträda opartiskt. Den som känner att han eller hon har beslutsfattaren emot sig har skäl att bli misstänksam.
- c. Vi får aldrig uppträda nonchalant eller överlägset. Vi bör inte heller vara alltför formella i kontakterna med enskilda.
- d. Vi måste visa respekt. Den som blir respektlöst behandlad blir kränkt. Kränkningar är ett underskattat sätt att få människor i obalans. Och många gånger kränker man utan att tänka på det.
- e. Vi måste försöka inge lugn, auktoritet och respekt, aldrig brusa upp och aldrig uppträda okontrollerat.

Men de krav som ställs på oss jurister under processen handlar inte bara om uppträdandet. Det handlar förstås också om prövningen *i sak* och vårt sätt att presentera avgörandet. Här gäller nog framför allt att vi måste visa omsorg om målet eller ärendet och den prövning som skall göras, dvs. vara samvetsgranna. Det är oftast fråga om en stor och viktig händelse för den som berörs. Den som förlorar har anledning till missnöje om beslutsfattaren tar alltför lätt på sin uppgift.

Viktigt är också hur avgörandet motiveras. Vi bör sträva efter att ge våra beslut och domar så begripliga skäl som möjligt. Motiveringen bör gå rakt på sak och aldrig gömma undan de egentliga skälen.

I vissa mål kan en aktiv förlikningsverksamhet i ett tidigt skede vara till stor nytta för att undvika att någon av parterna kommer ut ur processen missnöjd och bitter. Det är uppenbart att förlikningsdiskussioner inte alltid är möjliga. Det gäller t.ex., i varje fall i princip, i brottmål och de flesta förvaltningsärenden. Men lika uppenbart är att processen som sådan kan göra att en person blir argare och mer misstrogen än han var innan det hela började.

För att klara allt det nu sagda behöver vi bättre tid och resurser. En hel del kan visserligen göras inom ramen för vad vi redan har till vårt förfogande. Men man kan inte kräva ett perfekt agerande av den som har mycket annat att tänka på.

#### *När personen återkommer efter processens slut*

I många fall kan man säkerligen förhindra att en person utvecklas till rättshaverist genom skickligt utförd "eftervård". Personen måste kunna vända sig någonstans med sina frågor och sitt missnöje. För många räcker det inte med den so-

ciala omgivningen. Det fordras att någon med sakkunskap kan ta sig tid. Det kan vara någon på den berörda myndigheten eller domstolen, en advokat eller en myndighet som utövar tillsyn.

För det mesta finns det möjlighet att överklaga ett avgörande. Men utifrån det nu diskuterade perspektivet räcker det inte att den enskilde hänvisas att överklaga. Den som efter ett par år har kommit igenom alla instanser och förloerat har ofta i onödan cementerats i misstro och ilska.

Jag tror att det är mycket viktigt vilket bemötande missnöjda personer får när de beklagar sig. Vid kritik mot vårt eget agerande bör vi inte automatiskt inta en försvarsposition. I stället bör vi vara öppna, lyssna, behålla lugnet och svara på kritiken på ett så balanserat sätt som möjligt. Ibland kan ett brev med en hel eller halv ursäkt göra susen. Vi bör inte vara oförstående eller ointresserade. Och vi bör i rimlig mån anstränga oss att förklara hur reglerna fungerar. Att vissa befattningshavare inte bör gå in i en saktidiskussion med parter är en sak för sig.

Med detta sagt måste man konstatera att alla personer förvisso inte kan behandlas efter samma mall. En svårighet ligger onekligen i att vissa människor bara trasslar in sig och fastnar i missnöje om de får prata ostört, medan andra behöver just någon som lyssnar och inte stort mer.

Ibland bör vi bemöda oss att hjälpa den missnöjde att hitta något sätt att förlika sig med det som har hänt. Sådan närmast "kurativ" verksamhet lämpar sig dock inte överallt. Men exempelvis advokater och klagoinstanser – som ombudsmännen – kan ibland göra stor nytta genom att försöka styra in personen i rätt tankebanor. Detta är dock sällan eller aldrig möjligt beträffande personer som redan har utvecklats till rättshaverister.

Inte sällan kan det vara bra att framhålla att fel kan uppkomma i alla verksamheter och att detta måste accepteras som en del i ett icke-perfekt samhälle.

Det går naturligtvis inte att ägna timmar åt telefonsamtal med missnöjda personer. Men att man lyssnar vänligt och tålmodigt under några minuter och sedan försöker säga några väl avvägda ord kan ibland vara just det som behövs.

Inte heller detta gäller dock för personer som redan har utvecklats till rättshaverister. Även de förtjänar dock ett respektfullt bemötande och en del av tjänstemännens tid. Mer går sällan att göra. Och ibland är det enda rätta att lägga på luren. Hela tiden bör man dock ha i åtanke att man faktiskt talar med en person som i någon mening kan ha rätt. Och det kan vara bra att försöka skaffa sig förståelse för personer som verkar hopplösa genom att ibland minnas en händelse där man själv kände sig kränkt, eller genom att tänka sig in i en situation där man utan grund utsätts för beskyllningar. Vidare måste naturligtvis även den omöjligaste person alltid behandlas lagenligt.

De problem som personer vill diskutera är ofta komplexa och det tar lång tid att redogöra för allt. I regel är det bra för alla inblandade om man försiktigt uppmanar personen att komma till kärnfrågan så snabbt som möjligt. Man bör

vidare undvika att ge falska förhoppningar. Kan man konstatera att personens sak är hopplös bör man klargöra detta, om än vänligt.

Särskilt för domstolarna finns det naturligtvis problem när det gäller att i efterhand visa intresse och försöka förklara. Domaren bör sällan eller aldrig ge sig in i en diskussion i efterhand med parterna om sitt ställningstagande. Den som förklarar i efterhand måste vara någon annan, t.ex. advokaten.

Det är naturligtvis önskvärt att advokater vid behov ägnar tid åt att i efterhand förklara för sina missnöjda klienter varför det gick som det gjorde. Men då måste advokaten också ha rätt till ersättning för denna sin tid. I den mån det är staten som betalar arvodet måste staten ha förståelse för anspråk som avser "eftervård". Därmed är inte sagt att detta alltid är advokatens uppgift. Om advokaten t.ex. menar att utslaget är oacceptabelt kan man inte gärna begära att han eller hon skall solidarisera sig med det bara för att klienten inte skall bli bitter.

Ett alternativ är att det finns personer hos domstolar och myndigheter med tålmod och psykologisk blick som kan ta tid att lyssna och försöka förklara. Vi kan inte utgå från att det besked som lämnas i motiveringarna blir så klart och tydligt att människor förstår varför de förlorat. Om någon lugnt och sansat kan förklara detta kunde mycket vara vunnet för att hindra att dessa människor tror sig överkörda eller orättvist behandlade. I dag anser vi oss nog ofta inte ha särskilt mycket tid till sådant. Det är i och för sig begripligt. Men borde vi inte se till att vi ger rimlig tid åt sådan eftervård? Samhället och enskilda betalar ofta ett högt pris om besvikna och oförstående människor lämnas åt sig själva med sin frustration.

Sannolikt är antalet missnöjda särskilt många hos klagoinstanser som exempelvis Justitieombudsmännen, Folketingsombudsmannen, Alltingets ombudsman, Stortingsombudsmannen och Justitiekanslern. Telefonsamtal och andra kontakter med missnöjda personer tar ibland oproportionerligt mycket tid. Det gäller både de rena rättshaveristerna och personer som inte (i varje fall ännu) hamnat i denna sjuka. I princip samma regler för bemötandet gäller där som hos andra myndigheter och domstolar. Men kanske är det ännu viktigare att man hos klagoinstanserna har goda kunskaper och en professionell attityd i bemötandefrågor.

Många missnöjda personer vill "byta handläggare". De tycker att de inte möter någon förståelse hos den person som de talat med eller fått brev från. Det är en särskild fråga i vilken mån man skall använda resurserna för att tillgodose sådana önskemål. Det bör absolut inte ske regelmässigt. Men en viss generositet kan kanske ändå vara på sin plats. Ibland kan det vara läkande att höra en ny person säga ungefär samma sak fast i andra ordalag.

En annan fråga är om man borde överväga något slags medlingsverksamhet. Till skillnad från den förlikningsverksamhet tidigt under processen som nämnts ovan skulle sådan medling syfta till att få den enskilde att förstå t.ex. att han inte har blivit negativt särbehandlad och att myndigheten inte är "ond".

Tanken har framkastats att ombudsmännen skulle bedriva sådan medlingsverksamhet. Jag känner inte till i vad mån det möjligen sker redan i dag i våra länder, men hos Justitiekanslern i Sverige förekommer så gott som ingen sådan verksamhet.

Att agera som medlare känns kanske lite främmande för oss som arbetar med klagomål mot myndigheter och domstolar. Men jag vill absolut inte utesluta att det ibland skulle kunna ha ett värde. Idén kunde kanske i varje fall motivera en försöksverksamhet. Vi får komma ihåg att det handlar om personer som många gånger har fastnat i föreställningar som de har mycket svårt att ta sig ur och att nya sorters insatser ibland kan innehålla lösningen på sådana problem. Att märka är också att ombudsmän i stora delar av världen ägnar sig mer och mer åt medlingsverksamhet av olika slag. I flera franskspråkiga länder kallas ombudsmännen just för "médiateurs".

Det krävs resurser för att klara allt detta. Mycket kan göras inom de ramar som vi redan i dag förfogar över, men vi kan knappast leva upp till idealbilden.

### *Övrigt*

Det råder knappast något tvivel om att det behövs bättre utbildning om bemötandet av enskilda och om hur människor fungerar i kriser. I en sådan utbildning behöver beteendevetare engageras. Och ibland kan det kanske vara nyttigt att få lyssna på någon person som själv har ansett sig illa bemött av domstolar eller myndigheter. Kanske kan någon f.d. rättshaverist användas som resurs. Om det nu finns några f.d. rättshaverister.

## **7. Avslutning**

Ett referat till Nordiska Juristmötet skall innehålla några teser som lämpar sig för diskussion. Jag väljer här att hålla fram fyra, av vilka teserna 1–3 har ett tydligt samband med varandra.

- Tes 1:* Antalet rättshaverister i ett samhälle kan fungera som en måttstock på rättsväsendets och förvaltningens kvalitet från ett medborgarperspektiv.
- Tes 2:* Så gott som alla kverulanter känner sig djupt kränkta.
- Tes 3:* Somliga jurister i rättsväsendet och förvaltningen har del i den negativa utvecklingen för många rättshaverister. Det beror bl.a. på bristande engagemang och dålig psykologisk blick.
- Tes 4:* Den som har utvecklats till kverulant kan ytterst sällan "botas", i varje fall inte av oss jurister.

En intressant och viktig fråga som jag ställde tidigt i uppsatsen kan bilda utgångspunkt för ytterligare en tes. Har rättshaveristerna drabbats av samhällsutvecklingen i den meningen att det finns något i denna utveckling som medverkar till att människor utvecklas till rättshaverister?

Det ligger nära till hands att svara att vi inte kan veta. Det är svårt nog att avgöra vad som gör en enskild person till rättshaverist. Men man kan också svara vad man tycker sig ha skäl att anta. Och för min del tror jag samhällsutvecklingen spelar in, i varje fall om man ser brådska, stress och hårda krav som en del i denna utveckling. Att människor slås ut i ett samhälle med små marginaler är ingen hemlighet. Ett sådant samhälle får därför sannolikt också många rättshaverister (*Tes 5*).

I så fall borde kverulanternas antal ha ökat på senare år. Jag vet inte hur det är med den saken, men min känsla är onekligen att de har blivit fler. Det grundar jag dock mest på att jag numera stöter på många fler än jag har gjort tidigare. Och detta sammanhänger säkert med mitt nuvarande arbete. Justitiekanslern är i Sverige för många den instans som utgör ett slags "sista halmstrå". Och hos JK möter vi kontinuerligt ca 40 personer som kan betraktas som rättshaverister. Samtidigt är det minst ett hundratal som inte kan kallas kverulanter men som ändå är svåra att tala med och som tar mycket tid i anspråk.

Även för de andra nordiska länderna är det sannolikt svårt att säga något säkert om omfattningen och utvecklingen av problemet med rättshaverister. Men det skulle vara intressant att höra vid Juristmötet vilka bedömningar som görs.

Åt samhällsutvecklingen kan vi jurister göra ganska lite. Men vi kan hjälpa människor genom ett klokt förhållningssätt. En fråga är då ändå: Är detta en prioriterad uppgift för oss? Har vi inte nog med vårt rent juridiska ansvar? Det kan man nog ha delade meningar om, men för min del anser jag att uppgiften är en av de verkligt viktiga (*Tes 6*).

Huruvida bristande engagemang är ett tecken i tiden som bidrar till fler rättshaverister, det avstår jag från att uttala mig om. Hur som helst är engagemang i vår yrkesroll enligt min mening en viktig faktor för att människor som är på randen till ett sammanbrott skall kunna bli hjälpta. Denna ståndpunkt kan nog rymmas under *Tes 6*.

En fråga av ett delvis annat slag än de som hittills har diskuterats är denna: Kan rättshaveristerna berika rättssystemet bl.a. därigenom att de kan så tvivel om riktigheten i väletablerade uppfattningar? Som ett exempel kan nämnas en person som vägrar att acceptera culpanormen som grund för statens skadeståndsansvar och hävdar med en aldrig sinande envishet att det är skandal att han har fått bära en del av den ekonomiska risken för ett beskattningsbeslut som visserligen var försvarligt – och därför inte skadeståndsgrundande – men enligt slutinstansen rättsligt felaktigt. Ett annat exempel kan vara en person som anser sig oskyldigt dömd för en liten förseelse och fortsätter att kämpa för upprättelse

under decennier. Utan att vilja föra fram någon egen tes i denna del menar jag att frågan förtjänar diskussion.

Jag vill här också återkomma kort till det jag nämnde om att det kan vara bra att förbättra sin förståelse för rättshaverister genom att minnas egna erfarenheter. För egen del minns jag en handlares misstankar mot mig för snatteriför-sök när jag var sju, en överlägset nonchalant tjänsteman på en skattemyndighet när en granne behövde min hjälp och ett sammanträde där en berättigad invändning skrattades bort av den stora eniga majoriteten. Men jag har också haft en påfrestande erfarenhet under skrivandet av denna uppsats. Efter att ha blivit kontaktad av finska romer kom jag att förstå att en man ur deras folkgrupp sitter oskyldigt dömd för mord i Sverige; den verkliga gärningsmannen är brodern (som också erkände). Jag engagerade mig i fallet och ordnade bl.a. en advokat, som sökte resning. Högsta domstolen avslög ansökan. De tankar man får när man upplever att rättssystemet inte har förstått är nog ungefär det slags tankar som många kverulanter har. Med rätt eller orätt.

Låt mig avslutningsvis återkomma till den person som jag berättade om i början, AR. Han hör till de mer aggressiva, och i skrivande stund har han en period när han ofta ringer och skriker fram sina beskyllningar. Ibland närmar han sig hotelser. En människa som hade kunnat vara en resurs har i stället blivit en belastning. Man kan inte låta bli att ställa sig frågan om vi kunde ha gjort något för att hindra det som har skett. Fanns det ett vägskäl någonstans där han med lite hjälp hade kunnat hamna på rätt väg, men där vi myndigheter knuffade honom åt fel håll?



Kåre Lilleholt

Kor mykje skal bankane sitje att med?

# Kor mykje skal bankane sitje att med?

Om føretakspant i dei nordiske landa

av professor, dr.jur. *Kåre Lilleholt*, Norge

## 1. Emnet

Når ein skyldnar ikkje lenger kan gjera opp for seg, må verdiane fordelast mellom kreditorane. Det skjer stort sett gjennom ein konkurs. Den formelle hovudregelen er framleis at kreditorane skal dele likt, men vi veit at den praktiske hovudregelen er ein annan. Mesteparten av verdiane går til kreditorar som gjennom avtale har sikra seg ein dekningsrett framfor andre kreditorar. Spørsmålet om kor langt ein bør gå i å tillata slike avtala dekningsrettar, blir diskutert i mange land, og diskusjonen er dagsaktuell ikkje minst i Norden.

Avtala førerett til dekning går under ulike nemningar i dei nordiske landa. Så lenge det er tale om særleg dekningsrett i individualiserte lausøyreting, anten det er registrerbare skip og fly eller vanlege lausøyreting, er nemninga *pant* (islandsk *veð*) den vanlege i alle land, og ordet pant kan også vera fellesnordisk term for særleg dekningsrett i fast eigedom, enda ein her møter uttrykket inn-teikning (innteckning) for finsk og svensk rett. Når ein derimot kjem til avtala dekningsrett i grupper av formuesgode som tilhøyre eit føretak (ein næringsdrivande), er det ikkje lenger tale om pant i finsk og svensk rett, men om føretaksinntekning (förtetagsinnteckning), medan ein i dansk, islandsk og norsk rett nyttar panterettsterminologien også i desse tilfella. I Danmark er verksemdspant (virksomhedspant) lansert som ny nemning. For våre føremål skal vi nytte kunstordet *føretakspant* som stikkord – eit ord som ikkje er nytta i lovgevinga i noko land.

Det som særpregar dei førerettane til dekning som vi skal sjå nærare på, er dette:

- Føreretten til dekning byggjer på *avtale*,
- føreretten omfatar grupper av formuesgode slik gruppa er til kvar tid, såkalla *tingssamband* (tingsinnbegrep, heildarsafn muna); etter engelsk mønster blir ein slik dekningsrett i tingssamband ofte karakterisert som *flytande*,
- det er tale om formuesgode som tilhøyre eit *føretak* (ein næringsdrivande), og
- eigaren kan bli sitjande med formuesgodane; det er tale om ein *underpanterett* (islandsk *sjálfsvörsluveð*; i finsk og svensk rett gjerne omtala som *hypotekarisk* rett).

Temaet er som nemnt aktuelt i Norden. I Danmark vart det i mars 2005 lagt fram ei utgreiing med framlegg om innføring av verksemdspant. Dei svenske reglane om føretaksinnteikning har vore gjennom ei omfattande reform som vart sett ut i livet for fullt frå 1. januar 2005. I Noreg er ei ordning med legalpant for kostnader med konkursføreavinga sett i verk frå 1. juli 2005, og reglane om underpant i næringslausøyre vart reviderte så seint som i 2001.

Spørsmålet i overskrifta, om kor mykje bankane skal sitje att med, har sin bakgrunn i at det normalt er *långjevarar*, og ikkje til dømes vareleverandørar, som sikrar seg føretakspant, og långjevarane er oftast bankar og andre finansinstitusjonar. Formelt er det likevel ikkje noko i vegen for at andre kreditorar kan få føretakspant for sine krav.

Som juristar bør vi ikkje ha for høge ambisjonar med omsyn til å kunne seie kor mykje bankane *bør* sitje att med. Det er først og fremst eit politisk spørsmål. Heller ikkje har vi noko monopol på kunnskap om kva verknader den eine eller andre regelen vil føre med seg; tvert om vil nok mange økonomar meine at dei har betre føresetnader enn juristane for å meine noko om dét. Men juristane kan iallfall peike på samanhengar mellom reglar, og fortelje kva reglar det er realistisk å gjennomføre. Og juristane bør for sin eigen del skaffe seg innsikt også i dei politiske og økonomiske resonnementa.

I det følgjande skal det først gjevast eit oversyn over reglane om føretakspant i dei nordiske landa. Deretter skal nokre spørsmål takast opp i form av tesar som blir sette fram til nærare diskusjon. Tesane skal presenterast alt her:

1. Det synest vanskeleg å seie noko sikkert om korleis reglane om føretakspant bør utformast for å gje best mogleg utnytting av ressursane.
2. Dersom ein vil ta omsyn til kreditorar som ikkje kan påverke si eiga kredittgjeving i særleg grad, kan det gjerast også utan reduksjon av føretakspantet.
3. Utforminga av reglane om føretakspant har verknader for den kontroll- og oppryddingsfunksjonen som ein konkurs kan ha.
4. Reglane om føretakspant er til dels meir kompliserte enn det som er nødvendig for å oppnå dei ønskede effektane.
5. Dei nordiske landa vil i høgare grad enn tidlegare måtte ta omsyn til reglar om føretakspant i andre land.
6. Det er vanskeleg å hindre at andre rettslege konstruksjonar får same effekt som føretakspant, og dermed kan restriktive reglar bli lite effektive.

## 2. Føretakspant i Norden – eit oversyn

### 2.1 Finland<sup>1</sup>

Finland var først ute på nye vegar med ei omfattande reform i 1992 av ordninga med føretaksinnteikning. Det viktigaste nye var at føretaksinnteikninga berre skal gje førerrett til dekning i om lag halvparten av dei verdiane retten omfattar.

Etter finsk rett – og tilsvarende etter svensk rett – er ordninga at den næringsdrivande kan registrere ei føretaksinnteikning som ein abstrakt dekningsrett, utan tilknytning til noko bestemt krav. Beviset for denne dekningsretten, eit føretaksinnteikningsbrev, kan så overleverast til ein kreditor som sikring av hans krav.

Føretaksinnteikninga omfattar det aller meste av det skyldnaren eig, når ein ser bort frå fast eigedom, skip og fly. Det er slikt som maskiner, inventar og liknande driftstilhøyrslø, immaterialrettar, leigerettar, varelager, enkle krav og «värdepapper, värdeandelar och andra finansieringstillgångar».<sup>2</sup>

Kreditor med føretaksinnteikning må finne seg i å stå tilbake for panterett og retensjonsrett i lausøyre og dessutan for nokre prioriterte krav og har så rett til dekning av 50 prosent av verdien av det som står att. For den usikra delen av kravet konkurrerer kreditor med andre usikra kreditorar.

### 2.2 Sverige<sup>3</sup>

Dei svenske reglane om føretaksinnteikning vart endra i 2003, og den endelege iverksetjinga skjedde som nemnt frå 1. januar 2005. Eit sentralt element også her er at føretaksinnteikning berre gjev rett til dekning i ein del av verdiane som står att etter at nokre krav med førerrett er dekte. I Sverige får føretakspanthavaren 55 prosent.

Dei nye svenske reglane inneber ei forenkling ved at føretaksinnteikninga omfattar absolutt alt som tilhøyrer skyldnaren, også fast eigedom, skip og fly.

---

<sup>1</sup> Ein oversiktleg presentasjon av det finske systemet med innteikning og panterett i fast eigedom, innteikning i skip, fly m.m. og føretaksinnteikning finst i Johan Bärlund, Frey Nybergh, Katarina Petrell (red.): *Finlands civil- och handelsrätt* (Helsingfors 2000) s. 167–170 og 172–173. Dei finske reglane om førerrett til dekning (förmånsrätt) er omtala i SOU 1999: 1 s. 94–97. Ein rettsøkonomisk analyse som er basert på røynslene med den finske reforma frå 1992, finst som vedlegg 6 til SOU 1999:1 (Clas Bergström og Stefan Sundgren: *Förmånsrättens teori och empiri*). Dei sentrale lovene er Lag om den ordning i vilken borgenärer skall få betalning 30.12.1992/1578 og Företagsinnteckningslag 24.8.1984/634.

<sup>2</sup> Företagsinnteckningslag § 3.

<sup>3</sup> For ein presentasjon av dei svenske reglane om førerrettar til dekning og føretakshypotek før reforma i 2003 kan det visast til Torgny Håstad: *Sakrätt* (6. uppl. med supplement Stockholm 2000) kap. 12. Førearbeid til reforma er i første rekkje SOU 1999:1 (også med utførleg omtale av tildelbare gjeldande rett) og Regeringens proposition 2002/03:49. Dei sentrale lovene er Förmånsrättslag (1979:979) og Lag om företagsinnteckning (2003:528).

Føretaksinnteikninga er ei såkalla allmenn førerett. Men den reelle skilnaden samanlikna med den finske ordninga blir ikkje så stor, for vanlege panterettar i individuelle formuesgode – også fast eigedom, skip og fly – er framleis godtekne og går framfor føretaksinnteikninga.

### 2.3 Island

I dansk, islandsk og norsk rett er føretakspantet ein tradisjonell panterett som gjev dekning i den fulle verdien av dei aktiva som er omfatta. I alle tre landa kan flytande underpant i grupper av næringslausøyre avtalast, og panteretten får vern ved registrering. Gruppene må pantsetjast kvar for seg, og det varierer noko mellom dei tre landa kva grupper som er omfatta.

Etter islandsk rett<sup>4</sup> kan det stiftast flytande pant gruppevis i mesteparten av den lausøyren som tilhøyrrer ein næringsdrivande. Driftstilhøyrslø kan pantsetjast saman med fast eigedom. Utstyr i entreprenørverksemd, i landbruksverksemd og i fiskeriverksemd kan pantsetjast gruppevis, og panteretten får vern ved registrering i eit lausøyreregister. Varelager kan pantsetjast på same måten, og det kan også samla fakturakrav som den næringsdrivande har eller får. Av verdiar som ikkje blir omfatta av ein flytande panterett, kan nemnast bilar, verdipapir, innløyingspapir og kontante pengar.

### 2.4 Noreg<sup>5</sup>

Dei norske reglane svarar langt på veg til dei islandske. Det kan stiftast flytande underpant gruppevis i det meste av lausøyre som tilhøyrrer ein næringsdrivande. Etter lovendingar i 2001 kan driftstilhøyrslø – medrekna viktige immaterialrettar – pantsetjast uavhengig av den faste eigedommen. Dei andre gruppene er motorvogner, entreprenørmaskiner o.l., lausøyre i landbruksverksemd, lausøyre i fiskeriverksemd, varelager og enkle krav på vederlag for varer og tenester. Panteretten får vern ved registrering i eit lausøyreregister. Av dei aktiva som fell utanom, må først og fremst nemnast kontante pengar, verdipapir, innløyingspapir, (uregistrerte) aksjar og registrerte finansielle instrument.

Også for norsk rett er det tale om ein tradisjonell panterett som gjev rett til dekning i heile verdien av dei pantsette formuesgoda. Nytt frå 1. juli 2005 er

<sup>4</sup> Ei framstilling av islandsk panterett er Þorgeir Örlygsson; Veðréttur (Reykjavík 2002). Utviklinga for føretakspant er særleg omtala s. 173–226. Dei sentrale lovene er Lög om samningaveð (lov om avtalepant) 1997 nr. 75 og lög um gjaldprotaskipti m.fl. (lov om konkurs m.m.) 1991 nr. 21. Professor Viðar Mór Matthíasson har velviljug svara på spørsmål om islandsk rett.

<sup>5</sup> Den nyaste framstillinga av norsk panterett er Jens Edvin. A Skoghøy: Panterett (Oslo 2004). Ei ny utgåve av Sjur Brækhus: Pant og annen realsikkerhet (2. utgåve Oslo 1994) er venta våren 2005. Dei viktigaste lovene er lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant og lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.

som nemnt ein legalpanterett for kostnader med behandlinga av konkursbuet. Panthavarane må finne seg i at opp til fem prosent av verdien av dei pantsette aktiva går med til å dekkje slike kostnader. Det er likevel langt att det til det innhogget på meir enn 50 og 45 prosent som finske og svenske kreditorar med føretaksinntekning må finne seg i.

## 2.5 Danmark<sup>6</sup>

Dansk rett har heller inga generell ordning som kan samanliknast med finsk eller svensk føretaksinntekning. Driftstilhøyrsløse kan pantsetjast saman med fast eigedom, og liknande reglar gjeld der næringsverksemd blir driven frå leigde lokale. Bilar er ikkje omfatta av pantsetjinga, og det er ikkje reglar om underpantsetjing av varelager. Enkle pengekrav kan ikkje pantsetjast samla, men her kan ein oppnå mykje av det same ved ein tradisjonell faktoringavtale. Som for islandsk og norsk kan det ikkje stiftast flytande underpanterett i verdipapir m.m. eller kontante pengar. Lausøyre, medrekna ei rekkje immaterialrettar, kan underpantsetjast, og panteretten får vern ved tinglysning, men reglane opnar ikkje for pantsetjing av tingssamband.

I utgreiinga om verksemdspant som kom i mars 2005 (sjå note 6), blir det gjort framlegg om at dei fleste grupper av næringslausøyre kan underpantsetjast samla, likevel ikkje skip, fly og verdipapir og heller ikkje lausøyre – medrekna driftslausøyre – som er omfatta av pantsetjing av fast eigedom. Av enkle krav er det berre krav på vederlag for varer og tenester som er omfatta. Det blir også opna for pantsetjing av enkle krav på vederlag for varer og tenester åleine, men slik panterett kan ikkje kombinerast med verksemdspant, der desse krava altså er omfatta. Verksemdspant eller pant i enkle krav kan ikkje stiftast til fordel for nærstående av skyldnaren eller pantsetjaren. Pantsetjinga skal skje ved skadeslausbrev, noko som inneber at panteretten må lyde på ein bestemt kreditor, og at sikring av andre kreditorar under panteretten krev ny registrering. Ein kan også merke seg at pant i fast eigedom med driftstilhøyrsløse skal gå framfor verksemdspantet. Det høyrer òg med at krav på skattar og avgifter kan gå framfor verksemdspantet, og verksemdspanthavarane må finne seg i å hefte solidarisk for opp til kr 50 000 av kostnadene med konkursbuet.

## 2.6 Modellar

Oversynet viser at den nærare avgrensinga av føretakspanthavarens rett kan gjennomførast på fleire vis. Ein kan avgrense etter objekt for dekningsretten.

---

<sup>6</sup> Ei framstilling av dansk panterett er Thomas Rørdam og Vagn Carstensen: *Pant* (7. udgave København 2002). Ein utførleg omtale av reglane om føretakspant finst i *Betænkning om virksomhedspant* (2005). Dei viktigaste reglane finst i tinglysningsloven.

Utgangspunktet i alle dei nordiske landa har vore handpantregelen, som krev at pantsetjaren må gje frå seg tingen, og som dermed i praksis langt på veg hindrar pantsetjing av næringslausøyre. Så har ein opna for underpantsetjing av stendig nye grupper av lausøyre og dermed utvida området for den avtala dekningsretten.

Etter dei svenske reglane blir alle formuesgode omfatta av føretakspanteretten, og også etter finsk rett er så godt som all lausøyre omfatta. Her ligg avgrensinga av dekningsretten dels i reglane om krav som skal ha dekning framfor føretaksinnsteikninga, og dels i reglane om kor stor del av verdien dekningsretten kan gjerast gjeldande i. Eit varsamt lite steg på den same vegen har ein teke med dei nye norske reglane om legalpant for bukostnader og det danske framlegget om at føretakspanthavarar heftar for ein del av bukostnadene.

I kva land får bankane og andre føretakspanthavarar mest? Det er det ikkje lett å seie noko heilt sikkert om. Dei islandske og norske reglane synest nokså bankvenlege, i og med at dei ulike føretakspanterettane kan omfatte det aller meste av næringslausøyren, og dekningsretten omfattar så godt som heile verdien av formuesgoda. Dersom det danske framlegget til nye reglar går gjennom, blir situasjonen ein liknande der. Dei finske og svenske reglane inneber ei nokså sterk avgrensing av den avtala dekningsretten ved at berre omtrent halvparten av verdien er tilgjengeleg. Men her må ein ta omsyn til at føretakspanthavaren kan få meir glede av posisjonen som kreditor for det usikra restkravet – og restkrav blir det nok ofte også for danske, islandske og norske panthavarar. Føreretten for skattekrav er det berre Noreg som har halde fast på,<sup>7</sup> og føreretten for lønskrav er fjerna i Finland og redusert i Sverige. Det danske framlegget til nye reglar inneber på den andre sida ei styrking av stillinga for det offentlege ved at skatte- og avgiftskrav kan gå framfor føretakspantet.

Også andre reglar kan påverke dekninga under føretakspanteretten. Særleg kan det vera grunn til å nemne reglane om eigedomsatterhald (eiendomsforbehold, äganderättsförbehåll), eller salspant, som no er nemninga i islandsk og norsk rett. I alle dei nordiske landa har ein reglar som i utgangspunktet hindrar eigedomsatterhald eller salspant i varer som kjøparen har rett til å selje vidare før dei er betalte. Det inneber at vareleverandørar stort sett ikkje kan sikre sine kredittar på denne måten. I Danmark er det likevel ei opning for sikring av leverandørkreditt gjennom såkalla kredittkonsignasjon, der det skal skje ei avrekning av i høve til kreditor i takt med vidaresalet.<sup>8</sup> I Noreg vart forbodet mot salspant i varer for vidaresal gjort strengare i 1999. Tidlegare kunne det avtalast salspant i varer som skulle seljast vidare etter bearbeiding eller som tilhøyrse til eller del av ein hovudting. Nu omfattar forbodet alle varer som det er meininga at kjøparen skal selje vidare. Dette var reelt sett ei prioritering av va-

<sup>7</sup> Etter den danske konkurslov § 96 er det likevel førerett for krav på dekning av nokre avgifter.

<sup>8</sup> Sjå Anders Ørgaard: Sikkerhed i løsøre (4. udgave København 2003) s. 71–73.

relagerpantet, eller om ein vil, føretakspantet, framfor vareleverandørane. I andre europeiske land, først og fremst Tyskland, spelar eigedomsatterhald ei langt viktigare rolle.

### 3. Tese 1: Det synest vanskeleg å seie noko sikkert om korleis reglane bør utformast for å gje best mogleg utnytting av ressursane

Den første tesen til diskusjon er at det synest vanskeleg å seie noko sikkert om korleis reglane bør utformast for å gje best mogleg utnytting av ressursane.<sup>9</sup>

Kvar gong reformer av reglane om føretakspant blir vurderte, blir det hevda – særleg frå næringsorganisasjonar og finansinstitusjonar – at føretakspantet gjev tilgang på meir kreditt til ein rimelegare pris, og at dette er viktig særleg for små og mellomstore føretak. Tanken er at føretakspantet reduserer kredittytarens risiko, og at dette opnar for kreditt som elles ikkje ville bli gjeven, og at risikodelen av renta blir lågare. Argumenta har gjennomslagskraft; til dømes viste det seg umogleg å redusere omfanget av føretakspantet da spørsmålet vart drøfta i stor breidd i Noreg for nokre år sia; legalpantet for bukostnader var eit nokså varsamt inngrep i panthavarens rett, medan føretakspanthavarens rett altså vart styrkt i høve til vareleverandørane.<sup>10</sup>

Allereie ut frå vanleg juristfornuft kan ein reise den innvendinga at kreditt- risikoen blir eit nullsumspel så lenge det gjeld kreditorar som kan velje om dei vil yte kreditt, og som kan påverke prisen på kreditten: Lågare risiko for ein kreditor fører til høgare risiko for andre kreditorar. Kan banken gje lån til lågare rente på grunn av føretakspant, må vareleverandørane setje opp prisen for å dekkje ein høgare risiko. Men sjølv sagt kan prisen på kreditten gå ned ved at risikoen blir velta over på kreditorar som *ikkje* kan påverke vilkåra, som kreditorar for skadekrav eller krav på grunnlag av reklamasjonar i forbrukarforhold. Om dette siste er ønskjeleg eller ikkje, blir eit politisk spørsmål.

No er nok effektane meir kompliserte enn som så. For det første kan reglane om føretakspant påverke fordelinga av kreditttilgang og kredittkostnader på ulike grupper av føretak, sjølv om totalen er den same. For det andre kan skilnader mellom kreditorane med tanke på informasjonstilgang og risikovilje føre til at totaleffekten på tilgang og pris på kreditten blir positiv.

<sup>9</sup> Formuleringa her er prega av den økonomiske innfallsvinkelen, men spørsmålsstillinga er reelt den same i juridiske framstillingar. Ei inngåande rettspolitisk drøfting av spørsmåla kring realkreditt og personalkreditt finn ein hos Brækhus (sjå note 5 her) avsnitt 219. Eit oversyn over drøftinga i den rettsøkonomiske litteraturen er teke inn som vedlegg 7 til SOU 1999:1, Theodore Eisenberg: A Review of the Law and Economics Literature on Creditor Priority in Bankruptcy. Det kan vidare visast til diskusjonen i den danske utgreiinga som er nemnd i note 6 her.

<sup>10</sup> Sjå NOU 1993:16 (med nokre framlegg til innstrammingar), Ot.prp. nr. 26 (1998–99) og Ot.prp. nr. 23 (2003–2004); den sistnemnde om legalpanteretten.



Ei lang rekkje andre argument har vore framme som til sjuande og sist gjeld spørsmålet om den beste og mest effektive ressursutnyttinga i samfunnet totalt. Til dømes har ein spurt om vurderinga av lønsemda av føretaket blir for lettvinnt når långjevaren får ein trygg dekningsrett. Vidare kan det tenkjast at långjevaren ventar for lenge med å gripe inn overfor ei uheldig utvikling av føretaket dersom han veit at han i alle fall får dekning av føretakspantet. Ein har også diskutert om føretakspantet gjer det vanskelegare å få til ein rekonstruksjon av føretaket i tide.

Desse og andre spørsmål har vore grundig drøfta både av juristar og økonomar i samband med lovreformer dei seinare åra. Det synest vanskeleg å koma fram til sikre konklusjonar, og vi ser da også at ulike løysingar blir valde sjølv om ein stort sett har hatt det same teoretiske og empiriske materialet å byggje på. Historia viser vel òg at næringslivet greier seg i land med svært så ulike reglar om føretakspant, og det er ikkje lett å forklåre eventuelle skilnader i lønsemd og økonomisk vekst på grunnlag av desse reglane.

Dette er ikkje sagt for å desavuere dei rettsøkonomiske analysane. Tvert om er dei både nyttige og nødvendige. Poenget er at dei berre i avgrensa grad gjev sikkert grunnlag for praktiske handlingsval, og det var kanskje ikkje meininga heller. Ei noko audmjuk haldning på dette punktet kan vera nyttig å ta med seg også i den juridiske diskusjonen om føretakspant.

#### **4. Tese 2: Dersom ein vil ta omsyn til kreditorar som ikkje kan påverke si eiga kredittgjeving i særleg grad, kan det gjerast også utan reduksjon av føretakspantet**

Den andre tesen er at omsynet til kreditorar som berre i liten grad kan påverke si eiga kredittgjeving, kan ivaretakast også utan reduksjon av føretakspantet.

Det finst fleire grupper av kreditorar som ikkje kan velje om dei skal yte kreditt til skyldnaren i det heile, eller som i alle fall ikkje kan påverke kredittvilkåra i nemnande grad. Ei viktig gruppe er kreditorar som har krav på grunnlag av skadebotansvar utanom kontrakt. Det kan gjelde slikt som skadar på grunn av forureining, arbeidsulykker og farlege produkt og innretningar, men det kan òg vera tap som nokon er påført gjennom brot på konkurranselovgjeving, rekneskapslovgjeving og generell straffelovgjeving. Ei anna gruppe er dei som nok har gjort avtale med skyldnaren, men som ikkje har innsikt eller forhandlingsmakt til å påverke kredittvilkåra. Det kan vera arbeidstakarar som ikkje får utbetalt løn, eller det kan vera forbrukarar som har krav på grunnlag av kontraktsbrot. Ei tredje gruppe er kreditorar for skattar, avgifter og andre offentlegrettslege krav, der kreditor rett nok har det i si makt å påverke både kredittgjeving og kredittvilkår, men der det normalt ikkje blir tale om å regulere dekningsretten ved avtale.

Det er mogleg at det teoretisk kan hevdast at marknaden løyser også desse problema. Somme økonomar har gjerne som utgangspunkt at lovgjevaren bør gjera minst mogleg. Den praktiske innfallsvinkelen er likevel helst at iallfall nokre av desse kreditorane treng vern, anten fordi det er lønsamt for samfunnet å gje slikt vern, eller i det minste fordi det er i samsvar med utbreidde oppfatningar om kva som er rett og rimeleg.

Vi har alt vore inne på at det kanskje er dei ikkje-forhandlande kreditorane som får rekninga når andre kan tilby rimelegare kreditt på grunn av føretakspanant. Der er da også omsynet til dei ikkje-forhandlande kreditorar som gjerne blir trekt fram når ein vil redusere dei avtala dekningsrettane. Vi har sett at prioriteringa mellom føretakspanteretten og dei usikra kreditorane kan skje ved at det finst grupper av formuesgode som blir haldne utanom føretakspanteretten, eller ved at føretakspanteretten ikkje gjev dekning i heile verdien. Ei vidare prioritering mellom usikra krav kan skje gjennom ordninga med førerettar i konkurs (förmånsrett, prioriterte krav, konkursorden). Nokre av krava kan gjevast prioritet før både avtala dekningsrettar og alle andre krav, slik det no er i Finland, Sverige og til dels Noreg for kostnader med konkursen (og enda meir i Danmark etter framlegget til nye reglar). Det kan skje gjennom legalpant (som i Noreg) eller gjennom ei førerettsordninga (som i Finland og Sverige). Vidare kan ein ha prioritert dekning i det som er att etter at dei avtala dekningsrettane har fått sitt, slik det til dømes er med lønskav i fleire av dei nordiske landa.

Utvalde grupper av kreditorar kan sikrast også utan inngrep i føretakspanteretten, og på måtar som ikkje eller berre indirekte går ut over andre kreditorar – indirekte ved at kostnadene til sjuande og sist må berast av føretaka. Det kan gjelde reine overføringar frå det offentlege, som ei offentleg lønsgarantiordning. Men det kan òg vera forsikrings- eller fondsordningar. Til dømes er klientar av advokatar, eigedomsmeklarar, legar og nokre andre liberale yrke sikra gjennom obligatorisk ansvarsforsikring. Sikringsordningane for finansinstitusjonar kan nemnast, og trafikkforsikringa er også velkjend. Reglar om bankgaranti, forsikring e.l. som obligatorisk avtaleinnhald, slik ein finn det i nokre av reglane om forbrukarentreprisar,<sup>11</sup> er av same karakter, om enn mindre sikre.

Poenget i denne samanhengen er at omsynet til dei ikkje-forhandlande kreditorane kan ivaretakast gjennom generelle avgrensingar av dei avtala dekningsrettane, men at det også finst andre og meir målretta måtar å gjera det på.

---

<sup>11</sup> Sjå svensk lag om byggförsäkring (1993:320) og norsk lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. §§ 12, 13 og 47.

### 5. Tese 3: Utforminga av reglane om føretakspant har verknader for den kontroll- og oppryddingsfunksjonen som ein konkurs kan ha

Den tredje tesen er at utforminga av reglane om føretakspant har verknader for den kontroll- og oppryddingsfunksjonen som ein konkurs kan ha.

Er ein oppteken berre av den økonomiske effektiviteten, kan det sikkert hevdist at også dette er noko marknaden kan handtere betre enn lovgjevaren. Mange vil likevel meine det blir for enkelt å overlata alt til marknaden. For det første er ei ordna og lovregulert avvikling av insolvente føretak nødvendig for å ivareta interessene til dei nemnde ikkje-forhandlande kreditorane. I eit reint avtalebasert system ville dei ikkje få bli med på delinga. For det andre er det ofte gjennom ei konkursførehaving ein kan avdekkje økonomisk kriminalitet. Det er ikkje alltid at ei slik avdekking og ei etterfølgjande straffesak kan tilføre midlar til buet, og kreditorane kunne kanskje heller ønskje at midlane i konkursbuet vart brukte til å dekkje krav. Men ei gjennomgåing kan likevel vera ønskjeleg, både fordi det verkar støytande og i strid med utbreidde rettsoppfatningar at kriminaliteten ikkje får følgjer, og fordi ein kan håpe på at avdekking og straff kan styrkje respekten for reglane og ha ein preventiv effekt.

Midlar til konkursførehaving kan også skaffast på ulike måtar. Ein kan bruke offentlege midlar, anten rett frå statskassa eller gjennom fonds- eller forsikringsordningar som blir bygde opp etter vrakpantmodellen med tilskot frå alle føretak. Fleire ordningar vart vurderte før ein i Noreg valde å lovfeste ein legalpanterett på opp til fem prosent av verdien av alle pantsette formuesgode, også fast eigedom, skip og fly.<sup>12</sup> Etter svensk (og vel også finsk) rett har dekning av bukostnader førerett framfor føretaksinnteikninga. Vil ein derimot berre gje bukostnadene prioritet mellom dei usikra krava, slik ordninga var i Noreg før 1. juli 2005, er ein avhengig av at det blir midlar att etter at dei avtala dekningsrettane har fått sitt. Som nemnt går det danske framlegget til nye reglar ut på at føretakspanthavarane heftar solidarisk for ein del av bukostnadene.

Poenget her er at ei sikring av den kontroll- og oppryddingsfunksjonen konkursen kan ha, kan gjennomførast på fleire måtar, med eller utan innhogg i avtala dekningsrettar.

---

<sup>12</sup> Sjå særleg Ot.prp. nr. 23 (2003–2004).

#### **6. Tese 4: Reglane om føretakspant er til dels meir kompliserte og ugjennomsiktige enn det som er nødvendig for å oppnå dei ønskete verknadene**

Den fjerde tesen er at reglane om føretakspant til dels er meir kompliserte og ugjennomsiktige enn det som er nødvendig for å oppnå dei ønskete verknadene. Årsaka er helst å finne meir i tradisjonen enn i rasjonelle overveingar.

Generelt har det ein eigenverdi at reglar er enkle og gjennomsiktige. Unødig kompliserte reglar er berre til glede for advokatar og for aktørar som utnyttar eit overtak med omsyn til ressursar og informasjon. Ein plar òg seie at transaksjonskostnadene bør haldast nede. No kan ikkje alle reglar godt bli heilt enkle og gjennomsiktige, men komplikasjonane bør iallfall ha ei god grunngeving.

Dei norske reglane om føretakspant kan tene som døme på unødig vanskelege reglar. Her må panteretten avtalast og registrerast særskilt for fleire grupper av formuesgode. Bortsett frå at dette fører til ekstra kostnader, risikerer ein også at fleire panthavarar kan ha panterett på ulik prioritet i dei forskjellige gruppene av formuesgode, slik at det blir vanskeleg med ein samla realisasjon av verksemda. Ein mest mogleg samla realisasjon skulle vera noko av fordelten med føretakspantet.

Ein kan innvende til dette at oppdelinga gjer panteretten meir fleksibel: Føretaket kan nøye seg med pantsetje fakturakrav, varelager eller flåten av motorvogner dersom det er tilstrekkeleg til å oppnå kreditt. Men slik er det nok ikkje så ofte; långjevar vil gjerne prøve å sikre seg pant i mest mogleg. Fram til 2001 hadde ein den tilleggsvansken – som Island framleis har – at driftstilhøyrslen berre kunne pantsetjast saman med eigedomsrett eller leigerett til fast eigedom, og den panteretten fekk rettsvern ved tinglysing i grunnboka, medan pant i dei andre gruppene av formuesgode fekk vern ved tinglysing i Lausøyreregisteret. No kan driftstilhøyrslen pantsetjast særskilt, med tinglysing i Lausøyreregisteret. Men da er det heller ikkje lett å sjå kvifor ein skal dele opp i driftstilhøyrslen, «flåten» av motorvogner, landbrukslausøyre og fiskerilausøyre. Alt dette kunne godt kallast driftstilhøyrslen og pantsetjast samla. Gjekk ein eit steg vidare og tok med varelager og fakturakrav, ville ein nærme seg den finske ordninga. Da kunne ein nøye seg med ei einaste registrering i Lausøyreregisteret.

Den svenske ordninga er den mest reindyrka, i og med at føretakspanteretten omfattar alt den næringsdrivande eig. Ein kan kanskje seie at den svenske (og finske) ordninga er unødig komplisert på eit anna punkt, nemleg todelinga i registrering av føretaksinnteikning og deretter pantsetjing av føretaksinnteikningsbrevet; ein kunne nøye seg med ei registrering for kvar dekningsrett. På den andre sida er det ikkje lett å finne enkle og gjennomsiktige reglar for handteringa av abstrakte dekningsrettar og fastlegginga av kva krav som er sikra til kvar tid, og den austnordiske løysinga er nok vel så enkel og konsekvent som dei ordningane ein har i dei vestnordiske landa.

I og med at det svenske føretakspantet omfattar også fast eigedom, skip og fly, kan ein teoretisk tenkje seg at føretakspanteretten er den einaste avtala dekningsretten i eit føretak. Føretakspanthavaren kan gjennom avtale – negative pantsetjingsklausular – sikre seg at føretaket ikkje stiftar andre dekningsrettar, og da vil det liggje godt til rette for ein samla realisasjon av heile verksemda. Men det er grunn til å tru at det i praksis blir stifta særskilde dekningsrettar i individuelle formuesgode som også er omfatta av føretaksinnteikning, anten det gjeld innteikning i fast eigedom, handpant i lausøyre, pant i registrerte finansielle instrument eller eigedomsatterhald ved kjøp av driftsmiddel.

Det er neppe realistisk å tenkje seg eit altomfattande føretakspant kombinert med eit lovfesta forbod mot særskild pantsetjing av formuesgode som er omfatta av føretakspant. Særleg er finansieringa av fast eigedom og skip og fly ofte så avhengig av pant i formuesgodet at det ville by på vanskar dersom føretakspantet skulle hindre særskilde panterettar. Dessutan vil det, som vi skal sjå seinare, ikkje vera lett å hindre at avtalar som formelt går ut på noko anna enn pant, reelt sett gjev ein førerett til dekning.

I alle dei nordiske landa får dei avtala dekningsrettane som her er kalla føretakspant, rettsvern ved registrering. I Danmark og på Island må ein leite både i grunnbok og i personalregister for å få oversikt over føretakspantet, medan registreringa i dei andre landa altså er samla i eit personalregister. Registreringa fører til at avtalane kan etterprøvast – dei blir notoriske. Registreringa gjev også publisitet, og det kan vera viktig for andre som skal stifte rett i dei same formuesgoda, og for kredittutarar og investorar.

Spørsmålet er om ein kan gå eit stykke vidare og krevje registrering også for andre dekningsrettar i formuesgode som tilhøyre næringsdrivande. Det finst allereie reglar om registrering av eigedomsatterhald (salspant) og leasingavtalar for motorvogner.<sup>13</sup> Kunne ein ikkje også tenkje seg registrering av eigedomsatterhald og leasingavtalar for andre driftsmiddel? I så fall ville eigedomsatterhald berre vera aktuelt for meir verdifulle formuesgode som er nokolunde lette å identifisere. Det ville kanskje vera til å leva med at eigedomsatterhald ikkje kunne stiftast for kvar minste lommekalkulator eller kaffikanne? Ei slik ordning ville i alle fall gjera dei avtala dekningsrettane meir gjennomsluktige.

---

<sup>13</sup> Etter dansk rett skal eigedomsatterhald i motorvogn tinglysast (tinglysingsloven § 42 d) og etter norsk rett skal både salspant og (visse) leasingavtalar tinglysast for å ha vern (pantelova § 3–17 tredje ledd, jf. § 3–22. Det kan nemnast at the Law Commission i Storbritannia i sitt framlegg om regulering av «company security interest» har gjort framlegg om ei registreringsordning som også skal omfatte eigedomsatterhald og leasingavtalar, medrekna leigeavtalar for meir enn eitt år. (Consultation Paper No 176 (2004) s. 74–76).

## 7. Tese 5: Dei nordiske landa vil i høgare grad enn tidlegare måtte ta omsyn til reglar om føretakspant i andre land

Ein femte tese er at dei nordiske landa i høgare grad enn tidlegare vil måtte ta omsyn til reglar om føretakspant og andre liknande dekningsrettar i andre land. Grunnen til dette er dels at tilgangen på sikra kreditt blir oppfatta som eit konkurranseelement, dels eit ønske om å leggje til rette for kredittytting over landegrensene.

Reglane om panterett og liknande avtala dekningsrettar har tradisjonelt vore rekna som typisk nasjonale reglar, på line med andre reglar om rettार i bestemte formuesgode. Vi har da også sett at reglane varierer mykje til og med innafor Norden. Men i stigande grad blir det peikt på at kredittkostnadene er ein konkurransefaktor, på same måten som andre kostnader for føretaket, og at det derfor er viktig å ha like gode ordningar med føretakspant som andre land har.<sup>14</sup> Vi såg ein tilsvarande argumentasjon da direktivet om finansiell trygdgjeving<sup>15</sup> skulle innførast; finansinstitusjonane fekk større fordeler enn det som var strengt nødvendig etter direktivet, av omsyn til konkurransen.<sup>16</sup> Dette er typisk politiske avvegingar, og politikarane får nok her, på same måte som når det gjeld skattlegging, høyre at kapital er lett å flytte, og at investeringane gjerne skjer i det landet som gjev dei beste vilkåra.

Noka internasjonal harmonisering av panteretten av nemnande omfang har ein ikkje hatt, heller ikkje i EU, med nokre unntak som direktivet om finansiell trygdgjeving. Men behovet er der. Vi må gå ut frå at dei store ulikskapane på dette området er ei hindring for kredittytting over landegrensene. Ei harmonisering eller samordning synest også ønskjeleg for reglar om eigedomsatterhald, leasing og liknande konstruksjonar. Det er ei nokså usikker øving å operere med eigedomsatterhald over landegrensene i dag.

Reglane om avtala dekningsrettar er omfatta av det arbeidet som er i gang for å utvikle samlande prinsipp for europeisk privatrett, til dømes i Study Group on a European Civil Code, men det er ikkje godt å seie om ei framtidig harmonisering vil bygge på dette arbeidet eller på anna grunnlag.

<sup>14</sup> Konkurransargumentet har til dels vore sterkt framme i den danske debatten om verksemdspant.

<sup>15</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/47/EF af 6. juni 2002 om aftaler om finansiell sikkerhedsstillelse (Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet).

<sup>16</sup> Sjå til dømes argumentasjonen i den norske proposisjonen, Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) s. 30.

### 8. Tese 6: Det er vanskeleg å hindre at andre rettslege konstruksjonar får same effekt som pant, og dermed kan restriktive reglar bli lite effektive

Den sjette og siste tesen er at andre rettslege konstruksjonar kan ha same effekt som pant, og at det dermed kan vera vanskeleg å handheve restriktive reglar om føretakspant.<sup>17</sup>

Vi har sett at alle dei nordiske landa har restriksjonar av eitt eller anna slag på føretakspantet. Tradisjonelt har ein hatt grenser for kva formuesgode som kan omfattast, og den nye utviklinga inneber at ein set grenser for kor stor del av verdien den avtala dekningsretten skal omfatte. Ein kan rekne med at slike restriksjonar fører til auka bruk av andre metodar for å sikre kreditten. Det er eit spørsmål ein sjølvsagt også har vore merksam på i drøftinga av nye reglar.

Til ein viss grad kan andre panterettar vera eit alternativ til føretakspantet. Det er alt nemnt at pant i individuelle formuesgode stort er tillate ved sida av føretakspantet. Nokre av formuesgoda kan underpantsetjast, som fast eigedom, skip og fly. For andre formuesgode er ikkje skilnaden mellom underpant og handpant så viktig, til dømes når det gjeld pant i verdipapir, enkle pengekrav og registrerte finansielle instrument.

Ein kan innføre tilsvarande restriktive reglar for andre panterettsformer som for føretakspant. Eir stykke på veg har ein gjort det for norsk rett med reglane om legalpant for bukostnader; legalpanteretten omfattar alle formuesgode som det heftar pant på, og kan dermed redusere dekninga for alle panterettar.

Det er velkjent at avtalar som formelt ikkje er panterettar, kan ha same effekt som panterettar. Det klassiske dømet er eigedomsatterhaldet, som formelt er ein avtale om eigedomsrett, men som reelt er ein avtala dekningsrett. I islandsk og norsk rett har ein teke konsekvensen av dette og omtalar retten som salspant. Eigedomsatterhald eller salspant er tillate i driftsmiddel i alle dei nordiske landa og går framfor føretakspantet.

Eigedomsatterhaldet kan også illustrere at ein ikkje løyser alle problem berre ved å skjera gjennom og likestille retten med ein panterett. At leigerettar kan ha same verknad som eigedomsatterhald, har ein visst lenge. Uttrykket finansiell leasing blir nytta i mange land for avtalar som kan ha same funksjon som ein avtale om kreditt og sikring av kreditt, men uttrykket har ikkje noko fast og klårt avgrensa innhald. Den norske pantelova kan vise kva vanskar ein står overfor: Nokre leigeavtalar skal *reknast som* avtalar om salspant. Ei anna gruppe leigeavtalar skal *likestillast med* avtalar om salspant i nokre samanhengar, medan andre leigeavtalar igjen *ikkje skal reknast som* avtalar om pant i det hei-

---

<sup>17</sup> Claes Martinson framheva desse spørsmåla i ei førelesing (ikkje publisert) på Nordiske Formuere-dags i april 2004.

le. Det er avtalane som skal likestillast med avtalar om salspant i nokre samanhengar, som gjerne blir omtala som leasingavtalar. Men når ein kjem til legalpanteretten for bukostnader, har ein gjeve opp likestillinga: Legalpanteretten skal omfatte formuesgode som det heftar salspant på, og dermed også formuesgode som er leigde på vilkår som skal *reknast som kjøp* med salspant. Men leasingavtalane skal ikkje likestillast med pant. Leasa ting går dermed fri legalpanteretten for bukostnader, og det er sikkert like bra, for reglane om likestilling av leasing og salspant har alt vist seg å by på vanskelege grensedragingar.<sup>18</sup>

Ein løyser ikkje utan vidare problemet med å spørje kva føremål avtalen har, eller kva dei reelle effektane er. Når eit føretak til dømes leiger ein bil eller ei kopieringsmaskin, kan motivasjonen vera samansett: Kanskje vil ein ha det mest moderne utstyret til kvar tid og sleppe kostnader med kjøp og sal; kanskje vil ein overlata vedlikehald og reparasjonar til andre; kanskje er behovet for utstyret reint forbigåande – eller kanskje vil ein sleppe å låne pengar for å kjøpe utstyret.<sup>19</sup> Om ein ikkje vil forby leigeavtalar, eller iallfall nekte alle utleigarar av lausøyre rettsvern i leigarens konkursbu, vil ein alltid få grensetilfelle mellom leigeavtalar med finansieringsføremål og andre leigeavtalar. For leasing har ein alt i dag ei stor mengd av avtalevariantar.<sup>20</sup> Og same kva objektive kjennemerke ein stiller opp for den grensedraginga, vil det vera enkelt å tilpasse avtalane til desse kjennemerka. Restriktive reglar, til dømes om redusert dekningsrett, for eigedomsatterhald blir det dermed lett å koma rundt.

Restriktive reglar om eigedomsatterhald kan også møte andre slags mottiltak. Vi har nemnt at det i utgangspunktet er eit forbod mot eigedomsatterhald eller salspant i varer for vidaresal, men kor langt kan ein gå i å hindre variantar av såkalla kredittkonsignasjon? Kanskje vil ein nekte leverandøren vern dersom han har etablert eit eige lager inne i forhandlarens lager,<sup>21</sup> men kan ein nekte å godta leverandørens eigedomsrett til varer som er plasserte vegg i vegg med forhandlarens lager, og som forhandlaren kan plukke av mot kontant oppgjør? Dei praktiske effektane kan langt på veg bli dei same.

Noko tilsvarande kan ein finne når det gjeld fakturakrav som kredittunderlag. Rammeavtalar om sal av alle fakturakrav i eit føretak, såkalla faktoringavtalar, har vore vanlege gjennom lang tid og i mange lang. Dei nærare vilkåra kan variere, men den reelle effekten er oftast langt på veg den same som ein kreditt sikra med flytande pant i enkle krav. På same måte som ein ikkje gjerne

<sup>18</sup> Høgsterettsdommen i Rt. 2001.232 kan illustrere dette: ein avtale om såkalla restverdileasing av bil skulle ikkje likestillast med eigedomsatterhald i høve til rettsvernreglane.

<sup>19</sup> Sjå særleg Jan Fr. Haraldsen: Leasing med restverdi – salgspant eller utleie. Lov og Rett (Oslo) 2002.295–306, mellom anna med merknader til avgjerda som er nemnd i note 18 her.

<sup>20</sup> Sjå til dømes Michael Möller: Civilrätten vid finansiell leasing (Uppsala 1996) og Poul Gade: Finansiell leasing (København 1997).

<sup>21</sup> Ei slik ordning var ikkje godteken i den norske høgsterettsdommen i Rt. 1997.1438.



vil forby alle leigeavtalar, er det lite realistisk å forby all avhending av pengekrav, og dermed vil ein alltid få grensedragingsspørsmål dersom ein vil innføre restriksjonar på faktoringsselskapets rett til dei overførte krava.

Ved såkalla verdipapirisering kan eit føretak gjera uteståande krav likvide ved at krava blir isolerte i eit særskilt selskap som hentar inn pengar frå obligasjonsmarknaden. Vi har sett liknande transaksjonar i samband med finansiering av skipsbygg: Som ledd i ei låneordning har verftets krav mot bestillaren av skipet vore overført til eit særskilt selskap. Om ein i slike tilfelle er innafor eller utafør grensa for pant, er ikkje poenget, men eksempelet viser at ein i alle tilfelle kan få vanskar med grensedraginga.

På same måte kan ein finne eksempel på at varelager eller driftsmiddel blir overførte til eigne aksjeselskap, og aksjane i desse selskapa blir pantsette. Det kan hende at utskiljinga i eige selskap berre har til føremål opne for pantsetjing, men det kan også vera andre grunnar til utskiljinga. Igjen kan ein få vanskar med restriktive reglar; det ikkje realistisk å hindre all pantsetjing av aksjar.

Desse døma skulle vera tilstrekkelege til å vise at det ikkje vil vera lett å reversere den utviklinga ein har hatt i retning av meir omfattande avtala dekningsrettar. På den andre sida er det ikkje nødvendig å sleppe alt fritt. Ein kan rekne med at den nærare utforminga av reglane påverkar kredittgjevinga nokså mykje. Røynslene frå Finland er alt vurderte i lovgjevingsarbeidet i Sverige og Danmark, og snart vil vi også kunne sjå resultatane av dei nye reglane i Sverige. Det viktige er å ta inn over seg at reglane om føretakspant ikkje kan vurderast isolert, og at ein bør vera nøktern med tanke på kva ein kan oppnå med lovregulering.

Jonas Malmberg

Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten

# Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten

Av professor *Jonas Malmberg*, Sverige  
Arbetslivsinstitutet, Stockholm

## Sammanfattning

Bevisfrågor i diskrimineringstvister har tilldragit sig stort intresse. Det är ofta förenat med svårigheter för den som anser sig diskriminerad att ta fram utredning för att styrka att diskriminering förekommit. Detta beror normalt på att det är svaranden som har tillgång till de relevanta uppgifterna, t.ex. om vilka som är medsökande och deras meriter eller om de anställdas löner och kriterierna för lönesättning. Den centrala frågan är hur reglerna om bevisbörda och beviskrav i diskrimineringstvister skall utformas för att underlätta en effektiv tillämpning av reglerna.

I referatet hävdas att den kritik som riktas mot att det är svårt att "bevisa" diskriminering i själva verket till stor del inte handlar om bevisfrågor utan beror på outtalade skillnader i uppfattning om vad som utgör diskriminering i lagens mening. Vidare kritiseras den traditionella framställningen av den delade bevisbördan i diskrimineringstvister och en alternativ tolkning lanseras.

## 1. Inledning<sup>1</sup>

Under de senaste decennierna har diskriminering inom samhällsdebatten kommit att ersätta klass som central förklaringsram för sociala skillnader och orättvisor. Inom lagstiftningen märks detta genom att diskrimineringslagstiftningen successivt har dels skärpt, dels och utvidgats till att omfatta nya diskrimineringsgrunder och nya samhällsområden.

Rättsutvecklingen på området har i hög grad påverkats av de långt utvecklade regler om likabehandling och diskriminering som finns inom EU. Artikel 12.1 EG innehåller en allmän bestämmelse vilken förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet. Denna allmänna bestämmelse preciseras beträffande arbetstagare i artikel 39.2 EG. Även beträffande diskriminering på grund av kön finns en omfattande EG-reglering, främst artikel 141 EG om likalön samt lika-

---

<sup>1</sup> De synsätt som kommer till uttryck i referatet har tidigare utvecklats i J. Malmberg, Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten i Festskrift till Hans Stark (Jure 2001) s. 167 ff och Bevisning i diskrimineringstvister, JT 2001–02 s. 804 ff.

lönsdirektivet,<sup>2</sup> likabehandlingsdirektivet<sup>3</sup> och bevisbördedirektivet.<sup>4</sup> Genom Amsterdamfördraget tillfördes EU uttrycklig kompetens att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning (artikel 13 EG). Med stöd av denna bestämmelse antogs 2000 två direktiv: dels det allmänna likabehandlingsdirektivet (eller arbetslivsdirektivet),<sup>5</sup> dels direktivet mot etnisk diskriminering.<sup>6</sup> Det allmänna likabehandlingsdirektivet behandlar diskriminering på arbetsmarknaden på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Direktivet mot etnisk diskriminering är inte bara tillämpligt på arbetsmarknaden utan även på en rad andra samhällsområden, t.ex. vid utbildning. Begreppsbildningen och diskrimineringsförbudens utformning har i direktiven en likartad utformning.

Detta referat skall behandla bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten. Bevisfrågor i diskrimineringstvister har tilldragit sig stor uppmärksamhet. Det är ofta förenat med svårigheter för den som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering att ta fram utredning för att styrka att diskriminering förekommit. Detta beror normalt på att det t.ex. vid diskriminering av arbetssökande är arbetsgivar sidan som har tillgång till de relevanta uppgifterna om vilka som är medsökande och deras meriter. En central fråga har därför varit hur reglerna om bevisbörda och beviskrav i diskrimineringstvister skall utformas för att underlätta en effektiv tillämpning av reglerna.

Vid diskussionen om reglernas effektivitet finns det skäl att ställa frågan vad som avses med effektivitet. En typ av effektivitet är att individuella fall vilka verkligen täcks av de aktuella diskrimineringsförbuden också skall leda till "fällande domar". I den mån det är detta som avses har bevisfrågor en central betydelse. Ofta torde man dock när man talar om effektivitet avse att lagstiftningen skall bidra till att uppnå dess allmänna ändamål; att bekämpa diskriminering på grund av t.ex. etnisk tillhörighet.<sup>7</sup> När man diskuterar reglernas effektivitet utifrån detta perspektiv är bevisfrågor mindre framträdande. Istället träder frågan vad som avses med diskriminering i förgrunden, och uppfattningen av vad som innefattas i begreppet skiljer sig åt mellan olika diskurser.

<sup>2</sup> Rådets direktiv (75/117/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för lika arbete.

<sup>3</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/73/EG om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

<sup>4</sup> Rådets direktiv (97/80/EG) om bevisbördan vid mål om könsdiskriminering.

<sup>5</sup> Rådets direktiv (2000/78/EG) om inrättande av allmänna ramar för likabehandling i arbetslivet.

<sup>6</sup> Rådets direktiv (2000/43/EG) om genomförande av principen om likabehandling av enskilda personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

<sup>7</sup> Se artikel 1 i direktivet om etnisk diskriminering. Se även motsvarande bestämmelse i det allmänna likabehandlingsdirektivet samt likabehandlingsdirektivet.

I samhällsdebatten används uttrycket diskriminering normalt som beteckning för situationer där individer eller grupper på ett orättfärdigt sätt behandlas olika. Det råder dock stora åsiktsskillnader såväl om vilka situationer som skall anses utgöra diskriminering, som hur dessa skall förklaras och åtgärdas. Inom lagstiftningen har begreppet diskriminering en tydligare innebörd och funktion. Begreppet diskriminering utgör i lagtext en del av en reglering som förbjuder vissa typer av handlande och fungerar här – på samma sätt som t.ex. begreppet rättighet – som ett kopplingsbegrepp.<sup>\*</sup> Det utgör ett samlingsbegrepp för en grupp av kumulativa eller alternativa rättsfakta, till vilka en grupp rättsföljder är kopplade. Den svenska lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning erbjuder en tydlig illustration. Förbudet mot diskriminering i lagen framgår när man läser ett flertal bestämmelser tillsammans. Om en arbetstagare eller arbetsökande utsätts för direkt diskriminering, såsom begreppet definieras i 8 § eller indirekt diskriminering, såsom begreppet definieras i 9 § och detta sker i någon av de situationer som anges i 10 §, så föreligger diskriminering. Om diskriminering föreligger kan arbetstagersidan göra gällande de påföljder som anges i 14–20 §§.

Enligt min mening ligger en av svårigheterna i diskussionen om brister diskrimineringslagstiftningens effektivitet i att diskussionsdeltagarna – ofta utan att vara medvetna om det – lägger olika betydelse i begreppet diskriminering. Detta är något som i hög grad försvårar tankeutbytet på området. Det finns enligt min mening skäl att misstänka att mycket av den kritik som riktas mot det är svårt att "bevisa" diskriminering i själva verket handlar om att lagens diskrimineringsförbud inte täcker de förhållanden som i samhällsdebatten ses som diskriminering eller i vart fall att förbuden inte är ägnade att motverka diskriminering på det sätt som förväntas.

Mot denna bakgrund skall jag i avsnitt 2 ge en kort orientering om diskrimineringsförbudens uppbyggnad. Jag kommer där även försöka peka på olika punkter där diskussionsdeltagare med skilda bakgrunder kan ha olika förståelse av begreppet diskriminering.

I avsnitt 3 kommer därefter bevisreglerna att diskuteras.

En huvudpunkt i båda dessa avsnitt är att det sätt på vilket de nuvarande reglerna brukar beskrivas är onödigt komplicerat. För att lagstiftningen skall tillämpas i praktiken och därmed uppnå sina syften är det angeläget att utforma och beskriva regler och begrepp på ett sätt som gör reglerna mer överskådliga och begripliga.

---

<sup>\*</sup> Se t.ex. T. Eckhoff, JT 1992–93 s. 187 ff. och Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts 5 uppl. 1996, s. 278 ff.

För att i någon mån förenkla den fortsatta framställningen kommer likabehandlingsdirektivet i dess lydelse efter 2002 att tas som utgångspunkt för diskussionen. Argumentationen torde ha relevans även utanför detta område.

## 2. Diskrimineringsförbudens uppbyggnad

### 2.1 Direkt diskriminering

När man närmar sig bevisfrågor i diskrimineringsrätten finns det skäl att så långt möjligt skilja frågan om vilka sakomständigheter som skall föreligga för att det skall vara fråga om diskriminering i lagens mening (dvs. vad som utgör rättsfaktum i regeln), från frågan när förekomsten av dessa omständigheter skall anses bevisade i rättegång. Man bör därför göra klart för sig vad som utgör rättsfaktum i den aktuella regeln, dvs. vad som skall bevisas (bevistemat). Jag skall därför ge en kort översikt över rekvisiten i de nu gällande diskrimineringsförbuden.

I likabehandlingsdirektivet anges att direkt diskriminering anses föreligga "när en person på grund av könstillhörighet behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation" (artikel 2).

Definitionen kan sägas innefatta tre grundläggande förutsättningar för att direkt diskriminering skall föreligga: en arbetstagare eller arbetssökande missgynnas (behandlats mindre förmånligt), samt att missgynnandet har (direkt) samband med någon av diskrimineringsgrunderna (kön, etnisk härkomst etc.). De tre centrala rekvisiten i diskrimineringsförbuden är alltså *missgynnande*, *orsakssamband* och *diskrimineringsgrund*.<sup>9</sup>

#### *Missgynnande*

En första förutsättning för att en överträdelse av diskrimineringsförbuden skall föreligga är att en person har *missgynnats* i något avseende. Ett missgynnande sägs föreligga om en person försätts i ett sämre läge eller om en arbetstagare utsätts för en behandling som medför en faktisk skada eller förlust för denne. Det framhålls ofta att bedömningen av om det förekommit ett missgynnande förutsätter en jämförelse. Detta är i viss mening riktigt. Det måste dock understrykas att missgynnande inte med nödvändighet förutsätter en jämförelse med annan person. I många fall går det utmärkt att fastställa att en person har blivit missgynnad utan konkreta jämförelser med hur andra personer har behandlats. Så är

<sup>9</sup> Se t.ex. svenska AD 2003 nr 55, AD 2003 nr 58 och AD 2003 nr 73 samt Lerwall, L., Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt (Iustus 2001) och Malmberg, J., Något om diskrimineringsförbud i arbetsrätten i Festskrift till Hans Stark (Jure 2001) s. 167 ff.

t.ex. fallet om en arbetstagare sägs upp, omplaceras till sämre arbete eller om förmåner dras in. I dessa fall framgår att behandlingen är till nackdel för arbetstagaren genom en jämförelse med den situation som arbetstagaren själv befann sig i tidigare. I andra fall kan det vara svårt att betrakta en behandling som ett missgynnande utan en jämförelse med andra personer. Det torde t.ex. vara svårt att utan någon form av jämförelse med andra avgöra när en lön är så låg att det föreligger ett missgynnande.

#### *Diskrimineringsgrund och orsakssamband*

Vidare krävs ett visst orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden (t.ex. arbetstagarens kön). Vad som (direkt) omfattas av de olika diskrimineringsgrunderna skall inte beröras här. Istället skall kravet på *orsakssamband* uppmärksammas.

Man kan skilja mellan olika typer av orsakssamband (kausalitet). Den typ av orsakssamband som krävs enligt diskrimineringslagstiftningen (i vart fall i Sverige) kan beskrivas som agentorienterad. Det förutsätts att missgynnandet orsakats av någon viljemässig handling från den diskriminerandes (arbetsgivares) sida. Inom juridiken ses detta ofta som en mer eller mindre självklar utgångspunkt för att enskilda skall få åläggas sanktioner i form av t.ex. skadestånd. Kravet på orsakssamband innebär inte att domstolen behöver pröva vilka avsikter arbetsgivaren haft (vilka syften denne velat nå) med åtgärden. Det är tillräckligt att arbetsgivaren vid sitt handlande tagit hänsyn till arbetstagarens kön (diskrimineringsgrunden). Den svenska Arbetsdomstolen har uttryckt saken så att diskrimineringsgrunden (åtminstone delvis) skall ha varit styrande för arbetsgivarens handlande (AD 2003 nr 55) eller att arbetsgivaren (åtminstone delvis) motiverat åtgärden med skäl hänförliga till diskrimineringsgrunden (AD 2003 nr 58). Det avgörande är alltså vilka arbetsgivarens bevekelsegrunder varit för att vidta den ifrågasatta åtgärden eller – annorlunda uttryckt – dennes handlingsskäl.<sup>10</sup> I svensk rätt är det tillräckligt att diskrimineringsgrunden utgör en av flera samverkande faktorer som utlöst åtgärden. Diskrimineringsgrunden behöver inte vara det enda eller avgörande skälet till missgynnandet.

Även i samhällsdebatten torde diskrimineringsbegreppet innefatta ett krav på orsakssamband mellan missgynnande och diskrimineringsgrund. Ofta utgår man dock från en annan typ av kausalitet än den agentorienterade. Istället för att söka en orsakrelation mellan ett visst subjekts handlande (agenten, dvs. arbetsgivaren) och missgynnandet, söker man förstå orsakssambandet genom att klarlägga de faktorer, "lagar" eller regelbundenheter vilka leder till vissa effekter. Missgynnandet ses som relaterade till strukturella förhållanden i samhället eller

<sup>10</sup> Termen från N. Jareborg, Allmän kriminalrätt (Iustus 2001) s. 158 ff.

till det förhållningssätt som samhällets institutioner har till personer med t.ex. olika kön eller etniska tillhörighet. Kan man på aggregerad nivå belägga ett samband mellan diskrimineringsgrunden och missgynnanden (t.ex. att gravida ofta nekas anställning eller att kvinnor normalt har lägre lön än män trots att de utför likvärdigt arbete) föreligger ett relevant orsakssamband. När samma relation uppträder i individuella fall ses detta som en konkret tillämpning av dessa strukturella förhållanden. Och därmed är kravet på kausalitet uppfyllt.

För egen del tror jag att denna – normalt outtalade – skillnad i syn på kausalitetskravet som kommer till uttryck i rättsreglerna respektive i samhällsdebatten kan utgöra en viktig förklaring till uppfattningen att det är svårt att “bevisa att diskriminering förekommit”.

#### *Krav på jämförelseperson i likartad jämförbar position?*

Ovan har framhållits att de tre grundläggande rekvisiten är *missgynnande*, *orsakssamband* och *diskrimineringsgrund*. Som framgått ovan anger definitionen i direktivet uttryckligen att den som diskriminerats skall ha behandlats mindre förmånligt än “annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation”. Man kan fråga sig hur detta krav på jämförelse förhåller sig kravet på missgynnande och orsakssamband. Utgör detta krav på en jämförelse med en faktisk eller hypotetisk person i en jämförbar situation (ytterligare) en nödvändig förutsättning för att diskriminering skall föreligga?

Svaret är enligt min mening nej. Av definitionen framgår att jämförelsen skall kunna ske med inte bara en konkret annan person, utan (alternativt) med hur en hypotetisk person skulle ha behandlats. Den fråga som skall ställas är alltså om en arbetstagare med annat kön *skulle* ha behandlats annorlunda. Eftersom någon konkret jämförelse inte behöver genomföras är prövningen identisk med ett krav på orsakssamband mellan missgynnande och diskrimineringsgrund. Att fråga hur arbetsgivaren skulle ha behandlat en arbetstagare med annat kön är detsamma som att fråga om arbetstagaren skulle ha behandlats annorlunda om han tillhört ett annat kön eller – annorlunda uttryckt – om behandlingen orsakats av diskrimineringsgrunden könstillhörighet. Orsakssambandet finns redan beskrivet i definitionen (“på grund av kön”). Mot denna bakgrund är det enligt min mening missvisande att beskriva kravet på faktisk eller hypotetisk jämförelseperson som ett egentligt rekvisit i regeln.

Det sagda betyder naturligtvis inte att jämförelser med faktiska personer i jämförbara situationer saknar betydelse i diskrimineringstvister. Sådana jämförelser kan ha betydelse på två sätt. För det första kan jämförelser med faktiska jämförelser ha betydelse som bevisning (bevisfakta) för att det föreligger ett orsakssamband mellan diskrimineringsgrunden och missgynnandet. Om en kvinna har lägre lön än en man i en jämförbar situation brukar det presumeras att missgynnandet har samband med kön. Till detta återkommer jag nedan. För det andra utgör en sämre behandling av en arbetstagare än en faktisk jämförelseper-



son i en likartad situation en typ av situation där ett missgynnande föreligger. Som framhölls ovan kan en person bli missgynnad (utan att någon jämförelse görs med hur andra har behandlats), t.ex. om arbetstagaren sägs upp på grund av graviditet. Man kan därför uttrycka saken så att den faktiska åtskillnaden i behandling utgör ett konkret rättsfaktum i förhållande till rekvisitet (abstrakt rättsfaktum) i regeln (dvs. att "missgynna"). Uttrycket konkret rättsfaktum används som beteckning för de faktiska omständigheter på verklighetsplanet som jämförs med hur regeln har formulerats.<sup>11</sup>

## 2.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering föreligger enligt likabehandlingsdirektivet "när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga" (artikel 2).

Enligt min mening kan man även beträffande indirekt diskriminering säga att de tre centrala rekvisiten är *missgynnande*, *orsakssamband* och *diskrimineringsgrund*. Med detta synsätt ses indirekt diskriminering – i jämförelse med direkt diskriminering – som en utvidgning av diskrimineringsgrunden. Medan direkt diskriminering omfattar åtgärder som orsakats av att arbetsgivaren tagit hänsyn direkt till diskrimineringsgrunden (könstillhörighet), omfattar indirekt diskriminering åtgärder som orsakats av omständigheter som inte direkt hänför sig till diskrimineringsgrunden, men som typiskt sett leder till eller är ägnade att leda till diskriminerande effekter. Reglerna kan sägas förbjuda arbetsgivaren att vidta åtgärder till nackdel för arbetstagare såväl *på grund av* dennes kön (t.ex. vägra anställa kvinnor) som *på grund av* omständigheter som ger en könsskev effekt (t.ex. ge lägre lön till deltidsanställda).

Med ett sådant sätt att förklara skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering blir det t.ex. tydligt att bevisfrågorna vid de två typerna av diskriminering normalt är helt olikartade. Vid direkt diskriminering är den avgörande tvistefrågan oftast vad som orsakat arbetsgivarens negativa behandling av arbetstagaren (dvs. orsakssambandet). Vid indirekt diskriminering är däremot orsaken till arbetsgivarens handlande (dvs. orsakssambandet) ofta ostridig. Det kan t.ex. vara en kollektivavtalsbestämmelse som föreskriver att vissa förmåner inte skall utgå till deltidsanställda. De bevisvårigheter som uppkommer vid indirekt diskriminering rör därför istället normalt frågan om arbetsgivarens handlande leder till diskriminerande effekter (dvs. vad som omfattas av diskrimineringsgrunden).

<sup>11</sup> Se t.ex. Frändberg, Å., Om analog användning av rättsnormer (Norstedts 1973) s. 70 och Lindell, B., Sakfrågor och rättsfrågor (Iustus 1987) s. 27.

### 3. Bevisbörderegler i direktiv och lagar

#### 3.1 EG-direktiven

##### *Inledning*

För att inte bevisvårigheter skall hindra en effektiv tillämpning av likabehandlingsprincipen har EG-domstolen slagit fast att bevisbördan under vissa omständigheter skall läggas på arbetsgivarsidan.<sup>12</sup> Domstolens praxis har i denna del kodifierats genom det s.k. bevisbördedirektivet. Artikel 4.1 i direktivet har följande lydelse:

“Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer, som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig instans lägger fram fakta som ger anledning att anta det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.”

Motsvarande bestämmelse återfinns i direktivet mot etnisk diskriminering (artikel 8) och det allmänna likabehandlingsdirektivet (artikel 10.1).

Regeln brukar beskrivas så att bevisbördan är delad mellan parterna. Den som anser sig diskriminerad skall lägga fram fakta (omständigheter) som ger domstolen anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad. Om detta lyckas har arbetsgivaren att visa/styrka att hans handlande inte har något samband med diskrimineringsgrunden.<sup>13</sup>

##### *En delad bevisbörda för samma rättsfaktum?*

Ett problem med bevisbörderegeln, såsom den beskrivits ovan, är att denna tycks föreskriva en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum. En sådan uppdelning anses inte logiskt möjlig eller i vart fall inte förnuftig.<sup>14</sup> Låt mig för-

<sup>12</sup> Se t.ex. 109/88 Danfoss [1989] ECR 3199 punkt 16, C-127/92 Enderby [1993] ECR I-5535 punkt 13–14 och C-400/93 Royal Copenhagen REG 1995 s. I-1275 punkt 24.

<sup>13</sup> Se t.ex. Regeringens prop. 195/2004 s. 40 (Finland), Ot.prp. 2004–2005 nr 33 s. 125 (Norge) och prop. 1999/2000:143 s. 53 ff. (Sverige).

<sup>14</sup> Se t.ex. Bengt Lindell, *Civilprocessen* (Iustus 1998) s. 507 f. med hänvisningar.

I detta sammanhang kan framhållas att svenska AD för mål om föreningsrättskränkningar utvecklat en motsvarande regel om delad bevisbörda. Enligt denna har arbetstagsarsidan först ”att visa sannolika skäl för att en kränkning av föreningsrätten föreligger och att, om sådana skäl framlagts, arbetsgivarparten har att styrka, att för avskedandet förelåg skäligen orsak oberoende av föreningsrättsfrågan.” Se t.ex. AD 1937 nr 57, 1988 nr 58 och 1996 nr 67. För en ingående analys av det här beskrivna problemet, se Bylund, T., *Bevisbörda och beviserna* (Norstedts 1970) samt samma författare i *Arbetsrätten i utveckling* 42 ff. (Norstedts 1977) och SvJT 1980 s. 630 ff. Se även Källström, K., i Schmidt, *Facklig arbetsrätt* (Juristförlaget 1997) s. 118 f. och Sigeman, T., SvJT 1987 s. 614.

klara. Bevisvärdering brukar, åtminstone i Sverige, beskrivas som den intellektuella verksamhet vilken förekommer vid plädering och överläggning. Vid denna skall domstolen utifrån existensen av ett eller flera (bevis)fakta dra slutsatser om (sannolikheten för) existensen av ett annat faktum (bevistemat). Det slutliga bevistemat är alltid ett rättsfaktum.<sup>15</sup> Vid denna bevisvärdering tar domstolen hänsyn till bevisfakta som lagts fram såväl av käranden som av svaranden. Problemet kan illustreras med följande exempel.

Antag att en arbetstagare har omplacerats till ett smutsigt och dåligt betalt arbete. Arbetstagarsidan gör gällande att det finns ett orsakssamband mellan omplaceringen och arbetstagarens sexuella läggning (rättsfaktum). Arbetsgivarsidan förnekar att ett sådant samband föreligger. Som stöd för att ett orsakssamband föreligger arbetstagarsidan fram bevisning om att omplaceringen tillgreps strax efter att arbetstagaren i en tidningsartikel berättat att han var homosexuell (bevisfaktum a). Arbetsgivarsidan åberopar vittnesbevisning till styrkande av dels att man sakande kännedom om arbetstagarens sexuella läggning (bevisfaktum b), dels att omplaceringen företogs av organisatoriska skäl (bevisfaktum c).

Enligt traditionell uppfattning skall domstolen med beaktande av alla dessa tre bevisfakta bilda sig en uppfattning om sannolikheten för att ett relevant orsakssamband (rättsfaktum) föreligger. Om denna typ av bevisprövning tillämpas skall även av arbetsgivaren framförda bevisfakta (b och c) beaktas vid prövningen om arbetstagarsidan gjort det antagligt att diskriminering förelegat. Att för sådana fall tala om en delad bevisbörda är missvisande. Om såväl arbetstagarens som arbetsgivarens bevisfakta beaktas i ett sammanhang kan inte arbetstagarsidan först göra antagligt att ett orsakssamband föreligger, samtidigt som arbetsgivarsidan visar att något orsakssamband inte föreligger. Arbetstagarens och arbetsgivarens bevistemata (dvs. att orsakssamband förelegat respektive inte förelegat) är oförenliga i den meningen att båda inte kan vara sanna.

En sådan uppdelning kan tänkas fungera om bevisprövningen sker i två led på så sätt att domstolen värderar vardera parts bevisning för sig. Detta är möjligt om den bevisning som vardera part förebringat hänför sig till olika förlopp eller faktiska omständigheter (t.ex. bevisfaktum a och bevisfaktum c i exemplet ovan). Däremot lär en sådan uppdelning av bevisprövningen inte fungera om parternas bevisning hänför sig till samma faktiska omständigheter (t.ex. a och b i exemplet). Det är dock inte enkelt att i praktiken hålla isär dessa två fall.

Mot bakgrund härav är det olämpligt att införa en regel med en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum.

<sup>15</sup> Se t.ex. Ekelöf, P.-O., & Boman, R., Rättegång IV (Norstedts 6 uppl. 1992) s. 12.

*Krav på att införa bevispresumtioner*

Som framgått ovan är medlemsstaterna enligt diskrimineringsdirektiven skyldiga att införa bevislättnader för den som anser sig utsatt för diskriminering. Däremot kan direktiven knappast anses ålägga medlemsstaterna att införa en regel med delad bevisbörda för samma rättsfaktum. Tvärtom kan man med fog hävda att det är väl förenligt med dessa att införa bevispresumtioner (*præsumtionones juris*). En sådan presumtion utpekar ett visst faktum – en presumerande omständighet – vilken kastar om bevisbördan för existensen för ett *annat* faktum (rekvisitet i regeln). Presumtionen får motbevisas. Det är också möjligt att genom andra omständigheter visa existensen av rättsfaktum.

Direktivet skulle med denna tolkning ålägga medlemsstaterna att i nationell rätt utpeka de omständigheter vilka skall anses utgöra tillräckligt bevis (presumerande omständigheter) för att ett relevant orsakssamband (rättsfaktum) föreligger. En sådan tolkning av direktivet vinner visst stöd av punkt 13 i ingressen till bevisbördedirektivet:

“Bedömningen av fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering är en fråga för de nationella domstolarna eller någon annan behörig instans i enlighet med nationell rätt och/eller praxis” (kursiverat här).

En sådan tolkning är även förenlig med punkt 21 respektive 31 i ingressen till direktivet mot etnisk diskriminering och det allmänna likabehandlingsdirektivet. Där anges att reglerna om bevisbördan måste anpassas på så sätt att bevisbördan övergår till svaranden när det föreligger ett *prima facie*-fall av diskriminering.<sup>16</sup>

Ett sådant synsätt är förenligt med EG-domstolens praxis. Som exempel kan hänvisas till målet *Brunnhofer*.<sup>17</sup>

Målet rörde lönediskriminering. Enligt domstolen ankommer det på käranden att med alla tillåtna bevismedel visa att hon erhåller en lön som är lägre än den som arbetsgivaren betalar den jämförda manliga kollegan och att hon verkligen utför lika eller likvärdigt arbete som är jämförbart med det arbete som den sistnämnde utför, så att hon vid en första anblick synes vara utsatt för en diskriminering som inte kan förklaras på annat sätt än på grund av hennes kön (stycke 58). För det fall arbetstagersidan kan bevisa att arbetsgivaren betalar olika lön till en kvinnlig och en manlig arbetstagare samt att dessa utför jämförbart arbete, föreligger en situation som tyder på

<sup>16</sup> På tyska används uttrycket „ein glaubhafter Anschein”.

<sup>17</sup> Mål C-381/99 *Brunnhofer* REG 2001 s. I-4961.

diskriminering och då ankommer det på arbetsgivaren att visa att principen om lika lön inte har åsidosatts (stycke 60).<sup>18</sup>

Domen kan läsas som att just den konstaterade skillnaden i behandling mellan en manlig och en kvinnlig arbetstagare presumerar ett orsakssamband.<sup>19</sup>

Hittills har bevisbördereglerna diskuterats i förhållande till rekvisitet "orsakssamband". Man kan ställa frågan om bevisbörderegeln är tillämplig i förhållande även till övriga rättsfakta i diskrimineringsförbudet: missgynnande respektive diskrimineringsgrund. Det kan inledningsvis konstateras att bevisbördedirektivets lydelse inte är begränsad till just orsaksrekvisitet. I artikel 4 anges att för det fall käranden gör det antagligt att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, så skall det åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling. Lydelsen hänför sig således till hela rättsfaktumsidan i regeln, och inte till delar av den.

Betyder detta att medlemsstaterna är skyldiga att införa bevispresumtioner beträffande alla rättsfakta? EG-domstolen har förklarat att utgångspunkten är att det normalt ankommer på den person som åberopar vissa omständigheter till stöd för ett anspråk att bevisa att dessa är riktiga. Bevisbördan för att det föreligger diskriminering på grund av kön åvilar därför i princip den arbetstagare som anser sig vara utsatt för en sådan diskriminering. Däremot skall bevisbördan flyttas, om detta är nödvändigt för att inte frånta arbetstagare som är utsatta för en tydlig diskriminering varje effektivt medel för att upprätthålla efterlevnaden av principen om lika lön.<sup>20</sup> Ett sådan fall återfinns i *Danfoss*.<sup>21</sup>

Målet rörde lönediskriminering. Företaget tillämpade ett lönesystem med grundlön och individuella lönetillägg som helt saknade öppenhet. I detta fall ansåg domstolen att arbetsgivaren hade bevisbördan för att hans lönepolitik inte var diskriminerande i det fall en kvinnlig arbetstagare visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittslön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagare är lägre än de manliga arbetstagarnas genomsnittslön.

---

<sup>18</sup> En brasklapp. Målet avsåg tiden innan bevisbördedirektivet skulle ha varit genomfört och rörde därför inte tillämpningen av detta. Eftersom direktivet anses utgöra en kodifiering av EG-domstolens tidigare praxis, har jag utgått från att hittillsvarande praxis kan ge ledning vid tolkning av direktivets innebörd.

<sup>19</sup> Nu skall det tilläggas att EG-domstolen inte uppmärksammar problemet med en delad bevisbörda för samma rättsfaktum. I punkt 61 anger domstolen att ett sätt för arbetsgivaren att visa att brott mot principen om lika lön inte har åsidosatts är att visa att de verksamheter som verkligen utförs av de båda berörda arbetstagarna inte är jämförbara. Sannolikheten för existensen av denna omständighet ingår i "den presumerande omständigheten" och har redan prövats av domstolen.

<sup>20</sup> Se t.ex. mål C-127/92 Enderby [1993] ECR I-5535 punkt 13–14.

<sup>21</sup> Mål 109/88 Danfoss [1989] ECR 3199.

Av denna rättspraxis får anses följa att skyldigheten att vidta bevislätnader dels inte är begränsad till frågan om ett orsakssamband föreligger, utan även omfattar de andra rekvisiten i diskrimineringsförbudet, dels inte gäller generellt för alla frågor utan riktar sig mot situationer där de normala beviskraven skulle riskera att äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande.

### 3.2 Nationella regler om bevisbörda

I det föregående har gjorts gällande dels att regler om en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum är olämpliga, dels att bevisbörderegeln i EU-direktiven inte innefattar ett krav på att införa en sådan delad bevisbörda, utan att det är tillräckligt att medlemsstaterna inför de bevispresumtioner som behövs för att säkerställa diskrimineringsförbudets effektiva genomförande.

Det är också möjligt att uppfatta de nationella nordiska reglerna som förenliga med detta synsätt. I t.ex. den svenska lagen mot etnisk diskriminering anges t.ex. följande:

“Om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det arbetsgivaren som skall visa att diskriminering eller repressalier inte förekommit” (36 a §).

Likartade bestämmelser återfinns även i de andra nordiska länderna.<sup>22</sup> Bestämmelsen kan mycket väl läsas som att den ger domstolarna mandat att i rättspraxis utpeka vad som skall utgöra presumerande omständigheter (dvs. vilka “omständigheter som [skall ge] anledningar att anta” att diskriminering förekommit). Att lagstiftaren på detta sätt överlåter till domstolarna att etablera nödvändiga bevispresumtioner torde vara förenligt med direktiven. I den ovan citerade punkt 13 i ingressen till bevisbördedirektivet anges uttryckligen att det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma frågor om bevisning. Man kan därför mena att den nationella lagstiftaren får överlåta till de nationella domstolarna att bedöma frågor om hur bevisbördan skall placeras för att tillgodose kraven på direktivens effektiva genomförande. Detta särskilt som det åligger nationella domstolar att, så långt möjligt, tolka bestämmelser i nationell rätt i ljuset av de aktuella direktivens ordalydelse och syfte för att uppnå dess resultat (direktivkonform tolkning).

<sup>22</sup> Se § 16 a ligestillingsloven, § 6 likelønsloven och § 7 a diskriminationsloven (Danmark) samt § 16 ligestillingsloven, § 54 Arbejdsmiljøloven och 10 § diskrimineringsloven (Norge). En likartade bestämmelser förslås även i Finland, se regeringens prop. 195/2004 s. 54 (9 a § jämställdhetslagen).

Detta synsätt kan sägas ha visst stöd i svensk rättspraxis. Arbetsdomstolen har vid två tillfällen haft att bedöma frågan om det fanns skäl att införa bevislättnader beträffande andra fall än de som följde av de då gällande lagreglerna. I AD 2001 nr 61 var frågan vilket beviskrav som skulle uppställas för att ett anställningsavtal skulle ha ingåtts. I AD 2001 nr 76 gjorde JämO gällande att det var tillräckligt att käranden gör antagligt att arbetstagarna utför likvärdigt arbete. Domstolen fann i båda fallen att det krävs full bevisning i fråga om dessa sakförhållanden.

Mot detta kan knappast riktas någon kritik. Som redan framhållits innebär EG-domstolens praxis inte något krav på bevislättnader för alla frågor, utan endast för situationer där de normala beviskraven skulle riskera att äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande.

Att det i andra fall är befogat att i rättspraxis införa bevislättnader i form av bevispresumtioner är dock uppenbart. Så är för det första fallet när det föreligger en konkret särskiljande behandling, dvs. när en arbetstagare eller arbetssökande behandlas mindre förmånligt än en annan person med annat kön etc. i en jämförbar situation. I sådana fall är det självklart att ett orsakssamband skall presumeras. Ett annat tänkbart fall kan vara om en gravid eller föräldraledig arbetstagare missgynnas. I vilka andra situationer det kan vara befogat att uppställa bevispresumtioner får överlämnas till rättspraxis.

#### 4. Teser

##### *Tes 1.*

Diskrimineringsförbudens utformning är idag påtagligt komplicerad och svårtolkad. För att lagstiftningen skall tillämpas i praktiken och därmed uppnå sina syften är det angeläget att utforma regler och begrepp på ett sätt som gör reglerna mer överskådliga och begripliga. Det finns därför skäl att söka efter en mer konsistent utformning av såväl förutsättningarna för förbudens inträde (rekvisiten) som bevisreglerna.

##### *Tes 2.*

Den kritik som riktas mot att det är svårt att "bevisa" diskriminering handlar i själva verket till stor del inte om bevisfrågor utan beror på outtalade skillnader i uppfattning om vad som utgör diskriminering i lagens mening. I grund och botten rör frågan att lagens diskrimineringsförbud inte täcker de förhållanden som i samhällsdebatten ses som diskriminering eller i vart fall att förbuden inte är ägnade att motverka diskriminering på det sätt som förväntas. Det finns mot denna bakgrund skäl att förenkla och förtydliga utformningen av diskrimineringsförbuden. Bl.a. torde reglerna bli enklare, tydligare och lättare att tillämpa om kravet på jämförelseperson stryks ur lagtexten.

*Tes 3*

Den bevisbörderegeln som föreskrivs bl.a. i det s.k. bevisbördedirektivet brukar beskrivas så att bevisbördan är delad för ett och samma rättsfaktum. Det är olämpliga att utforma en bevisbörderegeln på detta vis. I referatet argumenteras för att det inte följer av EG-direktiven att bevisregeln måste ha denna utformning. Tvärtom kan direktiven förstås som att de tillåter medlemsstaterna att införa bevispresumtioner. Vidare är att märka att skyldigheten att vidta bevislättnader inte är begränsad till frågan om ett orsakssamband föreligger, utan även omfattar de andra rekvisiten i diskrimineringsförbudet. Å andra sidan kräver inte EG-direktiven att bevislättnader införs för alla frågor, utan att dessa riktar sig mot situationer där de normala beviskraven skulle riskera att äventyra diskrimineringsförbudets effektiva genomförande.



Jakob R. Möller

Advokaters tavshedsret

# Advokaters tavshedsret

Af højesteretsadvokat *Jakob R. Möller*, Island

## Indledning

I Christian VII's forordning fra 1793 står der „Enhver bør med fulkommen Tilid kunne betro dem sin Velfærd, sit Tarv og sine Hemmeligheder.“<sup>1</sup>

Advokaters tavshedspligt af hensyn til deres klienter og samfundet er således ikke nogen ny opfindelse. Man kan sige at advokaters tavshedsret og deres tavshedspligt er to sider, ikke modsatte men sideordnede sider af samme sag. Advokaters tavshedspligt har i de mellemliggende århundreder konkretiseret sig gennem retspræcedens, lovgivning og advokaternes etiske regler. Der findes en del behandlinger af *tavshedspligten*. Der findes imidlertid så vidt mig bekendt yderst få behandlinger i nordisk jura af advokaters tavshedsret. På grund af kraftige ændringer i samfundet i de seneste årtier, på godt og ondt, er advokaternes tavshedsret imidlertid blevet udsat for mere og mere pres.

Denne behandling er inddelt i to hovedafsnit:

- a) Advokaters tavshedsret og tavshedspligt og
- b) Nye trusler mod tavshedsretten.

## Advokaters tavshedsret og tavshedspligt

Advokater har over for deres klienter pligt til at overholde fuldstændig fortrolighed om hvad de bliver betroet og ikke må offentliggøres. Vedrørende dette kan man henvise til ovenstående forordning af Christian VII om at enhver bør kunne betro dem sin velfærd, sin tarv og sine hemmeligheder. Selv om tavshedspligten gælder forholdet til klienten, beror den ikke i sig selv på hans behov i snævrere forstand.

Advokaters tavshedspligt er formuleret i de forskellige advokatsamfunds etiske regelsæt og desuden enten i retspleje- og straffelovgivningen eller i særlige love om advokater. Advokater inden for EU og EØS har en organisation CCBE, Rådet for Advokatforeningerne i det Europæiske fællesskab. Organisationen der er stiftet i 1960, udarbejdede et etisk regelsæt i 1988 der gælder for advokaters internationale arbejde men per se ikke for advokaters arbejde for i de-

<sup>1</sup> Her citeret efter Axel H. Pedersen: Indledning til Advokatgemingen I. 1962, s. 17.

res hjemland for klienter med bopæl der for så vidt arbejdsopgaverne udelukkende vedrører forhold der behandles i hjemlandet. Den retlige regulering af advokaters tavshedspligt vedrørende klientforhold er ordnet forskelligt i Europa. I Frankrig blev advokaternes tavshedspligt lovfæstet allerede under Napoleon, i straffeloven lige efter 1800 som var en del af kejserens omfattende lovgivningsarbejde der stadig i vidt omfang er gældende lov i Frankrig og nogle andre lande. I lande som England, Skotland og Irland er reglerne udsprunget af retspraksis og sædvaneret, sædvanligvis således at advokater er fritaget for den almene lovlige pligt (*legal professional privilege*). Fælles for alle lande i EØS er at advokaters tavshedspligt i bred forstand er anført i loven på den ene eller den anden måde og at formålet overalt er det samme. Formålet med tavshedspligten er ikke at beskytte den enkelte advokat eller hans klienter men at beskytte enhver der har brug for råd og bistand fra en advokat til at opnå sin ret, og endvidere til at sikre en rimelig og retfærdig sagsbehandling. Dette kan ikke opnås uden at forholdet mellem advokat og klient er pålagt fortrolighed. Advokaternes rettigheder og pligter er således en vægtig del af beskyttelsen af den enkeltes rettigheder i et retssamfund. De eksisterer på grund af hensynet til almenvellet og er ikke skabt for advokater af hensyn til dem.

En nærmere betragtning viser at der er tydelig forskel mellem på den ene side advokaters pligt til loyalitet og fx revisorer. Det er ikke fordi den ene pligt er finere eller vigtigere end den anden, men fordi loyalitetspligten gælder forskellige interessenter. Advokatens pligt til loyalitet gælder hans klient, og formålet er at sikre retssamfundets fundament. Revisorens loyalitetspligt gælder almenvellet idet revisorer har pligt til at oplyse udenforstående parter der har interesser at varetage, om resultaterne af det selskabs regnskaber som de reviderer. Revisorenes forpligtelser gælder således fx aktionærer i et selskab eller almene investorer, ikke selskabets ledelse. Disse to professioners loyalitetsforpligtelser må derfor være forskellige, på grund af deres karakter.

Den mest omfattende tavshedspligt har altid påhvilet forsvarere i straffesager; der er den næsten total med de eneste undtagelser at advokater ikke på grund af tavshedspligten kan undlade at oplyse om planlagte forbrydelser som deres klienter har tænkt sig at begå, og de har pligt til at forhindre at en uskyldig bliver dømt. En advokat kan ikke lade som ingenting hvis hans klient har betroet ham at han har tænkt sig at begå en bestemt forbrydelse. Forsvareren har således pligt til at oplyse politiet om påtænkte forbrydelser.

Christian VII's forordning havde sin oprindelse i en sag hvor man mistænkte en mand for at have taget ågerrenter. Man forlangte at hans advokat (søkrigsprokurør) afgav vidnesbyrd om hvad klienten havde betroet ham, men det nægtede han. Ved underretten blev manden dømt til at afgive vidnesbyrd, men den domfældelse blev ikke stadfæstet ved Højesteret i 1793.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Opus citatum s. 82 f.

Selv om CCBEs etiske regler ikke gælder inden for enkelte advokatforbund vedrørende advokaters normale daglige praksis, har en mængde advokatforbund i vidt omfang i deres egne etiske regler taget udgangspunkt i forskellige bestemmelser i de etiske regler.

Angående pligten til fortrolighed står der i CCBEs etiske regler artikel 2.3.1:

### 2.3 Confidentiality

*2.3.1. It is of the essence of a lawyer's function that he should be told by his client things which the client would not tell to others, and that he should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer.*

Islands Advokatforenings etiske regler indeholder i § 17 bestemmelser om pligt til fortrolighed. Ved sidste revision af de etiske regler i år 2000, blev fortrolighedsbestemmelsen strammet, hvilket jeg nu vil omtale nærmere. Bestemmelsen lyder således i dansk oversættelse:

*§ 17. En advokat skal aldrig uden definitiv retskendelse der vedrører ham personlig, eller udtrykkeligt påbud i loven oplyse uvedkommende om akter og oplysninger som advokaten har fået i sin professionelle virksomhed om sin klient eller forhenværende klient.*

Det nye i bestemmelsen er begyndelsen hvor der står *uden definitiv retskendelse der vedrører ham personlig, eller udtrykkeligt påbud i loven*. Baggrunden for denne formulering var en dom i Hæstiréttur i 1996 i en civil sag angående faderskabet til et barn undfanget ved kunstig befrugtning hvor forældrene var uenige om hvorvidt manden havde vidst at konen ville lade foretage en kunstig befrugtning. Hæstirétturs dom i et kæremål der faldt forud for den materielle dom, gik ud på at en præst og en advokat der begge havde været begge parter fortrolige, havde hjemmel til at besvare visse spørgsmål angående begivenhederne der førte til den kunstige befrugtning, uden mandens samtykke. Retten skønnede at undtagelsesbestemmelsen i lov om civile sager angående en sagsparts væsentlige interesser berettigede at advokaten, og præsten, besvarede visse spørgsmål. Eftersom advokaten ikke var part i sagen, angik Hæstirétturs dom i sig selv ikke ham. Advokaten indbragte dog ikke spørgsmålet om han havde pligt til at besvare spørgsmålene, til prøvelse. Advokatforeningen var af den opfattelse at man i de etiske regler indsatte en udtrykkelig bestemmelse om at en advokat har pligt til at forsvare sin pligt til fortrolighed således som det nu anføres i de etiske regler § 17, stk. 1.

Den islandske advokatlov indeholder i § 22 en bestemmelse om at en advokat har tavshedspligt om alt hvad man betror ham i hans professionelle virksomhed. Der findes bestemmelser med indholdsmæssig samme virkning i den danske retsplejelov og straffeloven, og ligeledes i norsk lovgivning. Jeg går ud fra at der findes indholdsmæssigt tilsvarende bestemmelser i de øvrige nordiske landes lovgivning som i de fleste andre retssamfund.

Trods lovbestemmelser om advokaters tavshedspligt, er den som det allerede er fremgået, ikke undtagelsesfri. Islandske lov om retspleje i straffesager indeholder som de i de fleste andre retssamfund bestemmelser om at forsvareren ikke uden den anklagedes tilladelse har hjemmel til at besvare spørgsmål om forhold angående sagen som den anklagede har betroet ham efter at han har påtaget sig forsvaret af ham eller retstilsynet med ham. Herfra er der den undtagelse at dommeren med en kendelse kan pålægge advokaten at afgive vidnesbyrd hvis vidneforklaringen anses nødvendig for forsvaret af den anklagede. Ud fra advokaters synspunkt er denne regel særpræget eftersom den giver dommeren magt til at have bedre sans for hvad der kan tjene til forsvar af den anklagede, end hans forsvarer. Denne undtagelsesbestemmelse har ikke endnu været prøvet i islandsk retspraksis. I lov om behandling af civile sager er undtagelsesbestemmelsen betydelig mere omfattende og kan, som det ses af ovennævnte eksempel, være kraftigt i strid med loyalitetsforpligtelsen.

I denne sammenhæng kan man ikke drøfte advokaters tavshedspligt uden i hvert fald kort at omtale Danmarks Højesterets dom af 23. april 2002 i sagen **Advokatnævnet mod Jørgen Grønberg**:

Jørgen Grønbergs kollega i advokatfirmaet Plesner og Grønberg var advokat for en meget aktiv dansk finansmand, Kurt Thorsen. Den 6. januar 1999 erklærede Thorsen i et interview i den danske tvavis der ikke var danske penge involveret i nogle omfattende transaktioner som selskaber ledet af ham var i gang med. Thorsens erklæring var i direkte modstrid med hvad Grønbergs kollega var informeret om, nemlig at en meget stor dansk pensionsfond havde stillet kaution for lån i forbindelse med handelen men ikke ønskede at blive nævnt i den forbindelse.

Da det ikke lykkedes at få Thorsen til offentligt at oplyse om pensionsfondens deltagelse i forretningerne, afbrød advokatfirmaet sin kontakt med Thorsen og udsendte en erklæring om dette.

Lørdag den 16. januar henvendte Grønberg sig til formanden for børsens bestyrelse og informerede ham om at Thorsens erklæringer om at der ikke var danske penge involveret i forretningerne, var forkerte, at pensionsfonden stod som kautionist for Thorsens firmaers lån. Det danske Advokatråd anlagde sag mod Grønberg for det danske Advokatnævn for at have overtrådt god advokatskik ved at overtræde sin tavshedspligt. Det stod

uomstridt i sagen at Grønborg havde haft samme grad af tavshedspligt som sin kollega selv om Thorsen havde været klient hos denne og ikke hos Grønborg.

Advokatnævnets kendelse i begyndelsen af år 2000 gik ud på at Grønborgs mistanke om at en omfattende markedsmanipulation var baggrunden for at Thorsen nægtede at oplyse om pensionsfondens deltagelse, ikke kunne retfærdiggøre at Grønborg informerede bestyrelsesformanden for børsen om at pensionsfonden stod bag Thorsen. Grønborg hævdede at han ifølge den danske straffelov § 152 b ikke havde givet oplysninger uden hjemmel. Af hensyn til almenvellet havde det været magtpåliggende at komme til bunds i sagen, og han havde ikke haft anden mindre drastisk mulighed end at informere formanden for børsens bestyrelse om den.

I sin kendelse udtalte Advokatnævnet bl.a. at det i et retssamfund var vigtigt at en klient kan søge rådgivning hos en advokat og meddele advokaten oplysninger i tillid til at disse ikke videregives. Dette gjaldt også i tilfælde hvor advokaten på grundlag af klientens oplysninger skønnede at klientens adfærd indebar en lovovertrædelse. Uden for de tilfælde hvor advokaten havde modtaget de fortrolige oplysninger i sin egenskab af forsvarer i en straffesag eller i en borgerlig retssag, kunne tungtvejende samfundsmæssige grunde imidlertid undtagelsesvist berettige til videregivelse af fortrolige oplysninger, og i så tilfælde var der ikke tale om overtrædelse af straffelovens § 152 b. Eftersom der ikke forelå et så sikkert grundlag for at antage at Kurt Thorsen havde gjort sig skyldig i overtrædelse af værdipapirhandels- eller straffeloven, kunne det ikke berettige Grønborg til at videregive fortrolige oplysninger. En mistanke var ikke tilstrækkelig.

Grønborg appellerede sagen til Østre Landsret. Landsretten erklærede sig enig med Advokatnævnets synspunkter om den samfundsmæssige betydning af tavshedspligten, og ligeledes om at samfundsmæssige grunde kunne berettige at bryde tavshedspligten. Ved bedømmelsen af om det havde været berettiget at bryde tavshedspligten, måtte det tages i betragtning at der var tale om meget omfattende værdipapirtransaktioner og at der ved henvendelsen til bestyrelsesformanden, der selv var pålagt tavshedspligt, havde været stor sandsynlighed for at oplyse sagen. Landsretten gik således imod Advokatnævnets kendelse og anså at Grønborg havde handlet i berettiget varetagelse af almenvellets interesser.

Sagen blev appelleret til Højesteret, og der stadfæstede et flertal på fire dommere af syv Landsrettens dom, stort set med henvisning til dens præmisser. Man tilføjede dog at advokatfirmaet Plesner og Grønborg ikke havde bistået Thorsen i en retssag men i forretninger. Mindretallet erklærede sig enig med Advokatnævnets kendelse men ville ikke idømme Grønborg bøde på grund af formildende omstændigheder.

Dette er mig bekendt den eneste dom i Norden der direkte handler om brud på advokatens tavshedspligt. En læsning af dommen kaster lys over nogle forhold:

1. Grønborg var forpligtet af samme tavshedspligt som hans kollega selv om han personlig ikke havde haft med forholdet til klienten at gøre før det gik galt.
2. Grønborg brød sin tavshedspligt.
3. Advokatnævnet mente ikke at Grønborgs mistanke om Thorsens lovovertrædelse var tilstrækkelig funderet, og selv i så tilfælde mente flertallet, 11 af 12, ikke at det havde været tilstrækkeligt til at retfærdiggøre et brud på tavshedspligten, for værdipapirmarkedet havde fået en advarsel ved at aktier i vedkommende selskaber var sat på en særlig observationsliste.
4. Østre Landsret lagde vægt på at aktiehandelen var meget omfattende og at Grønborg havde henvendt sig til bestyrelsesformanden der selv var underlagt tavshedspligt og måtte antages at kunne få sagen oplyst. Af disse grunde var videregivelsen berettiget ud fra almeninteresser.
5. Højesteret fremhævede at advokatbistanden havde drejet sig om forretninger og ikke været led i en retssag, og at videregivelsen til bestyrelsen for børsen havde været en parallel til en meddelelse til myndighederne (fx Finanstilsynet), og at man måtte antage at børsen ville få sagen oplyst.

En administrerende direktør for pensionsfonden indrømmede den 20. januar at han havde forfalsket den anden administrerende direktørs underskrift på pensionsfondens kautioner. Sagen var således rent faktisk betydelig mere alvorlig end man kunne vide den 16. januar 1999. Grønborgs mistanke om endnu alvorligere lovovertrædelser end det først så ud til, viste sig således at være rigtig. Begrundelsen for brud på tavshedspligten kunne udelukkende være viden eller en særlig begrundet mistanke. Denne viden måtte også vedrøre muligheden for en omfattende overtrædelse af hensynet til almenvellet for at bruddet på tavshedspligten kunne retfærdiggøres. Det var Landsrettens og Højesterets skøn at aktiehandelen havde været så omfattende at det berettigede et brud på tavshedspligten. Det skøn skal jeg ikke anfægte. Jeg vil dog tillade mig at fremføre en alvorlig indsigelse mod det argument at videregivelsen til en vis grad, som Landsretten antyder, kunne retfærdiggøres ved at bestyrelsesformanden for børsen også havde tavshedspligt. Det er en yderst betænkelig argumentation der kan lede til virkeligt uføre. Højesterets bemærkning om at bistanden ikke havde været led i en retssag men havde drejet sig om forretninger, genspejler en gammel uenighed om hvad advokaters tavshedspligt vedrører. Den ældre holdning som Højesteret desværre tilsluttede sig, var at der er større behov for tavshedspligt omkring retssager end andre forhold. Klienternes behov for fortrolig rådgivning fra advokater har ændret sig, og en stærkt voksende del af advokaters virksomhed består i juridisk rådgivning om forretninger snarere end sagspro-

cedurer for retten. Samfundets behov for at advokater overholder deres tavshedspligt er ikke blevet mindre af at de virker uden for retssalene.

Sluttelig kan det anføres om denne dom at Grønborg ikke havde lovlig pligt til at informere Fondsbørsens bestyrelsesformand eller Finanstilsynet om sin viden og mistanke. Han kunne ikke på nogen måde blive straffet for ikke at gøre det. Han besluttede bevidst at bryde sin tavshedspligt fordi han anså det for sin pligt over for hvad han anså for almenvellet under de givne omstændigheder.

Et synspunkt der kan fremsættes, er at udfaldet på sagen burde have været at Grønborg havde brudt sin tavshedspligt, hvilket i sig selv ikke var berettiget, men at handlingen ud fra et nødretssynspunkt burde være straffri. Dette er egentlig en tilsvarende konklusion som Højesterets mindretal kom til. Det skal ikke være nogen hemmelighed at problemet som Grønborg var stillet over for, var stort, og man må påpege at det ikke er noget problem at overholde tavshedspligten når det har minimal betydning. Det bliver først vanskeligt når vigtige interesser på begge sider er i konflikt med hinanden.

Der findes en indbygget selvmodsigelse i lovbestemmelserne om advokaters tavshedspligt hvad enten det fx gælder den islandske advokatlov § 22 om at advokaten har tavshedspligt om alt der betros ham i professionen, eller den danske retsplejelov der forpligter advokater til at følge god advokatskik hvori et vigtigt element er at være diskret. Andre steder i lovgivningen gives der nemlig hjemmel til at forpligte advokater til at bryde den tavshedspligt der er pålagt dem ifølge loven. Sådanne tilladelser findes der som før sagt fx både i den islandske lov om behandling af civile sager og straffesager. Dette fremgår tydeligt af Grønborgs sag ovenfor.

Det er bemærkelsesværdigt at Axel H. Pedersen allerede i 1953 i bogen *Indledning til sagføreggeringen 1953*, s. 150, kunne opfordre til, at der i Danmark skulle ske en samlet revision af bestemmelserne om advokaters tavshedspligt der både omfattede deres tavshedspligt i forhold til klienterne generelt og mulige forpligtelser til at afgive vidneforklaring. Trods dette har man mig bekendt ikke foretaget nogen revision i Norden. Og det til trods for at advokaters tavshedspligt og tavshedsret udsættes for stadig flere angreb fra offentlige instanser.

Den islandske grundlov indeholder i § 70 en bestemmelse der svarer til Den Europæiske Menneskeretskonventions art. 6, om at alle har ret til i løbet af en rimelig tid at få en kendelse af en uafhængig og uvildig domstol om sine rettigheder og pligter eller om anklage for en strafbar adfærd.

Disse bestemmelser er retssamfundets grundsten. En retfærdig sagsbehandling for retten kan i almindelighed ikke være forenelig med at advokaten ikke har frihed til at nægte at oplyse om sin klients forhold selv om han indkaldes som vidne i en retssag, hvad enten det drejer sig om hans egen eller en andens klient. Begrænsningerne i advokatens tavshedsret eller hans tavshedspligt må derfor bero på et klart juridisk princip og opfylde krav om proportionalitet.



Endvidere må sådanne bestemmelser i øvrigt tolkes i overensstemmelse med krav der stilles til indskrænkninger af de vigtigste menneskerettigheder.

I betragtning af tavshedspligtens betydning for retssikkerheden ville det simpleste være overhovedet ikke at give nogen undtagelser fra den. Det står imidlertid klart at en så ubetinget holdning ikke har haft tilslutning i de nordiske lande, for i så tilfælde havde man ikke indført de fragmentariske bestemmelser der tillader undtagelserne. Denne holdning kunne så føre til at man ofrede andre hensyn.

Ved en afvejning af de forskellige hensyn må man tage selvstændigt hensyn til betydningen af tavshedspligten/tavshedsretten. Det er ikke nok blot at afveje sagens enkelte parter interesser og afsige kendelse til fordel for de snævrere interesser der måtte anses for at være vigtigst.

Referenten anser det for indlysende at lovbestemmelser der forpligter advokater til at bryde deres tavshedspligt, fx ved afgivelse af forklaring for retten om deres klienters forhold, let kan indebære en overtrædelse af grundlovens § 70 og Menneskeretskonventionens art. 6. Det er muligt at der kan opstå omstændigheder der trods alt berettiger at man pålægger advokater at bryde deres tavshedspligt og man derved fratager dem deres tavshedsret angående deres klienters forhold. Samfundsmæssige hensyn, først og fremmest i forbindelse med overhængende trusler mod almenvellet, kunne gøre det berettiget at tavshedspligten brydes selv om det var imod klientens interesser. En tilslutning til denne opfattelse ville medføre at man foretog en radikal revision af retsplejelovgivningens hjemler til at pålægge en advokat at afgive forklaring for retten om forhold han er blevet bekendt med i sin profession.

#### Teser:

1. Det er ikke berettiget, at en advokat bryder sin tavshedspligt af samfundsmæssige grunde i civile sager. Der kan alene gøres undtagelse fra denne regel, hvis det vil true almenvellet at oplysningerne ikke blev givet.
2. Det er ikke berettiget, at en advokat bryder sin tavshedspligt af samfundsmæssige grunde i civile sager på grund af en tredje parts vigtige interesser (barnet i den citerede islandske dom) uden at der er foretaget en selvstændig afvejning af de samfundsmæssige interesser der ligger til grund for tavshedspligten.
3. Man bør, for eksempel i etiske regler, opstille procedurer for advokater der oplyser om strafbare handlinger.
4. Brud på tavshedspligten er kun berettiget i straffesager eller mulige straffesager hvor en advokat har nærmest fuldstændig vished om at hans klient planlægger en strafbar lovovertrædelse.
5. Det kan ikke tjene som undskyldning for en advokat at han har brudt sin tavshedspligt ved at betro en anden som også har tavshedspligt, fortrolige oplysninger om en klient.

6. En advokat kan dog dele information med en kollega inden for samme firma for så vidt kollegaen helt sikkert er bundet af samme tavshedspligt.
7. Tavshedspligten i almindelig rådgivning bør sidestilles med tavshedspligten i domssager bortset fra forsvarere i straffesager.

### Advokaters tavshedsret

Det er almindelig kendt at man i de seneste år og årtier har fået voksende bekymringer over organiseret kriminalitet, hvidvaskning af penge og terroraktioner. Man kan sige at hvidvaskning af penge er en væsentlig del af international organiseret kriminalitet, og det udgør også en betydelig andel af finansieringen af terrororganisationer. Hvidvaskning af penge i sig selv undergraver verdens økonomiske system der for længst er blevet så integreret at næsten alle stater der er nået så langt at være aktive deltagere i internationalt samarbejde, er afhængige af det økonomiske system. Af den grund dannede de lande der tilhører OECD, en særlig arbejdsgruppe som skulle fremsætte forslag til aktioner mod hvidvaskning af penge, den såkaldte FATF-gruppe (*Financial Action Task Force against Money Laundering*). FATF-gruppens første henstillinger i 40 punkter blev vedtaget i 1990, og i kølvandet på dem har bl.a. EU udstedt direktiver som medlemslandene har pligt til at efterleve. Sådanne direktiver er også forpligtende for EFTA-landene i det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, og de er blevet implementeret fx i Island i den gældende lovgivning om indsatser for at forhindre hvidvaskning af penge.

Direktiv 2001/97/EF som stadig er hovedretskilden i EU angående foranstaltninger mod hvidvaskning af penge, indeholder bl.a. en bestemmelse om pligt for dem der er omfattet af direktivet, til at meddele det til myndighederne hvis de bliver opmærksomme på at det påtænkes at begå en økonomisk forbrydelse som er omfattet af direktivet. Endvidere har personer med bestalling, derunder advokater, ikke tilladelse til at oplyse klienten om at der er givet meddelelse til myndighederne. Direktivet indeholder hjemmel til at undtage visse erhverv, derunder advokater, fra pligten til at indberette klienters mistænkelige forretninger. Denne undtagelsesbestemmelse er ikke udnyttet i noget af de nordiske lande. Situationen er derfor den at advokater i alle de nordiske lande har pligt til at meddele det til politiet, i Danmark kan advokater meddele til Advokatsamfundet, hvis de bliver opmærksomme på at deres klienter muligvis har i sinde at begå en kriminel handling der er omfattet af lovbestemmelserne, og de har ikke tilladelse til at lade klienten vide om deres mistanke og anmeldelse til myndighederne.

I direktivet fastsættes det endvidere at EU-kommissionen inden tre år fra direktivets ikrafttræden skal revidere bl.a. bestemmelserne angående advokaters

stilling ifølge direktivet. Denne revision er ikke foretaget. I stedet har kommissionen offentliggjort et udkast til et nyt direktiv, og det udgør ikke nogen revision af bestemmelserne angående advokater.<sup>3</sup>

CCBE har kraftigt kritiseret advokaternes stilling ifølge direktivet og har desuden gjort opmærksom på at erhverv der kunne give juridisk bistand ved finanstransaktioner og ikke er under tilsyn, hverken fra en faglig organisation eller fra myndighederne, vil kunne unddrage sig deres forpligtelser ifølge direktivet.

Advokaternes stilling er derfor den at de hvis de får mistanke om at deres klienter muligvis påtænker ulovlige finanstransaktioner, har pligt til at anmelde det til myndighederne uden at lade klienten vide om det. Advokaterne har således ikke alene pligt til at bryde deres tavshedspligt, men også pligt til at anmelde klienters mulige transaktioner til politiet uden deres viden. Man bør være opmærksom på at der foreligger en anmeldelsespligt uden at det har vist sig om klienten fx følger advokatens råd og opgiver sit forehavende. Man har således totalt ignoreret det element i advokaters virksomhed der består i at rådgive klienter om at deres påtænkte transaktioner muligvis er ulovlige og råde dem til at opgive deres forehavender.

#### Teser:

1. De nordiske lande burde anvende undtagelsesbestemmelsen i hvidvaskningsdirektivet.
2. Hvis undtagelsesbestemmelsen ikke bruges, bør man vælge den danske løsning og give en advokat hjemmel til at vælge at indberette til Advokatsamfundet.
3. Den danske løsning fungerer kun i lande der har pligt til medlemskab i en advokatforening
4. Organiseret kriminalitet er ikke risiko nok til at fravige advokaters tavshedsret/-pligt, bortset fra helt specielle forhold som skal indbringes for en domstol for hjemmel.

Direktiver og love om bekæmpelse af hvidvaskning af penge via anmeldelsespligt for advokater og andre af mistænkelige planer eller transaktioner er ikke de første forholdsordrer advokater har fået fra myndighederne i de nordiske lande om at bryde tavshedspligten. I årene efter 1945 havde fx danske advokater pligt til at anmelde indeståender hos dem fra de af deres klienter der kunne være under mistanke for økonomisk samarbejde med den tyske besættelsesmagt. Dis-

---

<sup>3</sup> Udkastet til det 3. hvidvaskningsdirektiv blev udgivet i juni 2004. Det er endnu ikke klart hvad det bliver af.

se regler blev dog vist nok ikke effektueret på grund af protester fra det danske Advokatsamfund.<sup>4</sup>

Dette afsnit af behandlingen skulle handle om advokaters tavshedsret. Det viser sig imidlertid at her først og fremmest er behandlet advokaters pligt til at give myndighederne information om deres klienter. Det er stadig sådan at der ikke findes tydelige eksempler ude fra Europa på om de regler der her er skitseret, vil blive anvendt på advokater. Det er mig ikke bekendt at advokater har udsat reglerne for en prøvelse, og jeg kender heller ikke eksempler på at advokater er blevet anklaget for overtrædelse af reglerne.

CCBE og mange advokatororganisationer har protesteret mod forskellige forhold i hvidvaskningsdirektivet. Protesterne har været begrundet med at advokatens pligt til loyalitet over for sin klient er enormt vigtig i et retssamfund. Borgernes tillid til at en advokat ikke vil oplyse om deres private forhold er nødvendig for at de kan søge råd hos en advokat om deres planer, derunder om de er lovlige eller om de kan opnå deres mål ad andre veje der utvivlsomt er lovlige. Hvis borgerne ikke kan få rådgivning af den art i forvisning om at tavshedspligten ikke bliver brudt, nægter man dem den adgang til retssystemet der er sikret i de fleste europæiske landes konstitution.

Det skulle være unødvendigt at nævne at advokaters modstand mod anmeldelsespligt ikke bør og ikke må være noget skalkeskjul for advokater til selv at deltage i ulovlige transaktioner. Man kan i den forbindelse atter gentage at advokaters tavshedspligt og deres ret til ikke at udtale sig om deres klienters forhold ikke er kommet til af hensyn til advokaterne men af hensyn til samfundets samlede interesser.

I afsnittet om advokaters tavshedspligt omtales overfladisk advokaters pligt til at aflægge vidnesbyrd om deres klienters forhold, derunder viden om forhold som de har erfaret i deres arbejde for klienten. Som nævnt kan dette finde sted både i civile sager og straffesager. Disse regler er hidtil sandsynligvis blevet anvendt med måde. På grund af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og hvordan Menneskerettighedsdomstolen har tolket bestemmelserne i den, er det usandsynligt at det vil ændre sig, for ellers kunne et land anses for at overtræde både artikel 6 og 8 i konventionen.

Det er en kendt sag at advokater både har mere og mindre ytringsfrihed end andre borgere. Denne modsigelse beror på at advokater for retten har næsten fuldstændig ytringsfrihed når de varetager deres klienters interesser. I omtale af

---

<sup>4</sup> Fortroligheden imellem advokater og deres klienter står nu overfor endnu en trusel i „Draft Framework Decision on the Retention of Data (8958/04)“ gør det pligtigt for alle medlemsstaterne at „retain data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services ...“. Dette betyder bl.a. lagring af trafik- og lokaliseringsdata i mindst 12 måneder med oplysninger om fakta om klientens møder med sin advokat.

domstole og retssager uden for retten pålægges der advokaterne forpligtelser der ikke gælder for andre, om at være modererede og høflige i deres ordvalg.

Advokaters tavshedsret om, hvad de skal behandle fortroligt, er blevet stærkt svækket gennem de seneste år. De har nu ifølge Europaunionens direktiver og tilsvarende lovgivning fx i Island pligt til at anmelde til myndighederne forhold angående deres klienter. Denne situation havde været utænkelig for 20–30 år siden. Det kendes fra jura og filosofi at det kan være forsvarligt at ofre mindre interesser for større, og på hele områder er der udformet særlige retsregler om det, fx i søretten. I demokratiske samfund må det være den lovgivende magts opgave at skønne hvornår det er forsvarligt at ofre visse interesser til fordel for andre som anses for at være større. Bedømmelsen må dog tages til revision ved domstolene, bl.a. ud fra hvorvidt den lovgivende magt har overset en mere omfattende værdi i de interesser som han har anset for at være mindre. Det står ubestridt at retssamfundene nu udsættes for alvorlige farer af en forholdsvis ny art, og det er nødvendigt at den lovgivende magt reagerer på dem. Disse farer må dog ikke føre til at retssamfundene taber andre meget tungtvæjende interesser af syne. Man kan her minde om det gamle ordsprog om at vejen til helvede er brolagt med gode forsætter.

### Nye trusler mod tavshedsretten

Med Islands deltagelse i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde er der sket større ændringer i Islands økonomiske kontakt med omverdenen end ved nogen anden enkelt tidligere begivenhed, bortset fra Anden Verdenskrig. Island har vedtaget en konkurrencelov der hovedsagelig har EUs konkurrenceret som grundlag. Samtidig har pengemarkedet i Island ændret sig så gennemgribende at forholdene som de var før lovændringerne i anledning af EØS-aftalen, nu forekommer en at være mørk oldtid. Islandske forretningsmænd og pengemænd laver nu forretninger over hele verden, hvilket kun skete helt undtagelsesvis op til 1994.

Ved disse ændringer og andre i forbindelse med dem er der opstået nye tilsynsinstitutioner, fx Konkurrencetilsynet (*Samkeppnisstofnun*) og Finanstilsynet (*Fjármálaeftirlit*) der tidligere var et lille kontor i Nationalbanken. Ældre institutioner med en århundredgammel historie som Skatte- og Toldvæsenet, har fået nye opgaver der til dels er betydelig vanskeligere at have med at gøre end de traditionelle.

### Tilsynsinstitutionernes efterforskningsbeføjelser

I lovgivningen om konkurrenceforhold, finansvirksomheder, skatte- og toldop-

krævning gives der tilsynsinstanser omfattende beføjelser til at afkræve dem der måtte høre under disse tilsynsinstitutioner, oplysninger angående deres virksomhed, især hvis man har mistanke om at der er sket en overtrædelse af vedkommende lovbestemmelser eller påbud fra tilsynsinstitutionerne. Der kan imidlertid ligge et problem i hvordan tilsynsinstitutionerne administrerer deres efterforskningsbeføjelser.

Både konkurrencelovgivningen og lovgivningen om finansmarkedet i Island har i væsentlig omfang EU-ret som grundlag, meget tit via Danmark. Efterforskningsbeføjelserne er stort set de samme, men det afgørende er hvordan de bruges. Der er ingen tvivl om at diverse rådgivning angående konkurrenceret og finansmarkedsret er blevet en stadig mere omfattende del af advokatvirksomheden. Det ses ikke at der er nogen begrundelse for at der ikke gælder nøjagtig de samme synspunkter for nødvendigheden af at advokaters kunder på disse områder kan stole på at advokaterne behandler de oplysninger de har fået fra deres klienter, og de råd de selv har givet, fortroligt. Selv om tilsynsinstitutionerne formelt set ikke har politimyndighed, har de magtbeføjelser til at afkræve dem som vedkommende institution undersøger, og i visse tilfælde også andre, alle slags oplysninger om virksomheden. Under visse omstændigheder har tilsynsinstitutionerne desuden beføjelse til at opkræve dagbøder hvis et krav om information og akter ikke efterkommes.

Der skulle ikke være mindste tvivl om at det er de samme interesser, almenne og specifikke, der afgør at oplysninger som en klient giver sin advokat, og råd som en advokat giver sin klient, er fortrolige — uanset hvem det er der forlanger at få oplysningerne. I ovennævnte bestemmelser om beskyttelse mod hvidvaskning af penge pålægges der forskellige, deriblandt advokater, visse forpligtelser til at yde myndighederne oplysninger om deres klienters påtænkte eller allerede udførte transaktioner, og de anmeldelsespligtige må ikke fortælle deres kunde/klient om anmeldelsen. Lige så usympatiske disse bestemmelser er, så må man lade dem at de er klare. Ufornuftige men klare. Advokater kan ikke nægte at følge dem medmindre de tager chancen for at få dem kendt ugyldige ved retten, formentlig ud fra de præmisser at de er i modstrid med grundlæggende menneskerettigheder, nemlig Den Europæiske Menneskeretskonvention, art. 6 og 8 eller tilsvarende lovgivning i de enkelte lande.

Angående tilsynsinstitutionernes forskellige beføjelser er forholdene helt anderledes. De er ganske vist klare angående fx hvilke virksomheder der falder under lovgivningen om tilsynspligtig finansvirksomhed. Men de er langt fra klare angående hvilke oplysninger eller akter der falder ind under beføjelserne. I engelsk ret gælder i almindelighed at oplysninger der falder ind under kategorien „*legal professional privilege*“ ikke kan anvendes for retten. I Norden gælder der andre forhold som det ses af ovenstående.

Det kan ikke nægtes at der har været en tendens hos professioner med tavshedsret/tavshedspligt om deres kunders eller klienters forhold til at udvide den

ret eller pligt. Domstolene har så reageret ved at undersøge om oplysninger eller akter rent faktisk stammer fx fra advokaten og ikke er fx udefrakommende vejledninger. Dette er utvivlsomt nødvendigt for at advokaters tavshedsret/tavshedspligt ikke benyttes til at dække over rådgivning fra andre parter.

Hvis en advokat har ret til over for retten at nægte at oplyse om oplysninger som hans klient har givet ham og rådgivning som han har givet klienten, så siger det nærmest sig selv at advokaten har samme tavshedsret over for politi, skatte-, finans- og konkurrenceinstitutioner. Begrænsningen for denne tavshedsret skulle så udelukkende bero på direkte, klare lovbud. Almene retslige standarder var ikke tilstrækkelige.

I de seneste år har islandske tilsynsinstitutioner gjort rigtig mange forsøg på at afkræve advokater svar på hvilken rådgivning de har givet deres klienter, eller forsøgt at få andre oplysninger som advokaten har ret/pligt til at beskytte. Dette skyldes undertiden at klienten under forhør hos en tilsynsinstitution har forsvaret sig med at han har søgt advokatbistand inden han valgte en bestemt mulighed. Det er uden tvivl sket at en klient har sagt at advokaten havde sagt at det var helt i orden hvad enten det er korrekt eller ej.

Advokater har nægtet at give oplysningerne omtalt i forrige afsnit. Tilsynsinstitutionerne har dog ikke opgivet ævred. Efter at advokaten har nægtet at videregive oplysninger som hans klient har beroet ham, og råd som han har givet i den forbindelse, har tilsynsinstitutionerne henvendt sig til klienterne selv og krævet at få oplysningerne og hvilken rådgivning advokaten har givet. Selv om man på den måde ikke angriber advokatens tavshedsret/-pligt frontalt, så forsøger man desuagtet at gøre et alvorligt indhug i det fortrolige forhold der bør herske mellem klient og advokat. Det er sket at klienten har givet oplysninger om råd, selvfølgelig som regel fordi han har regnet med at det kunne gavne hans stilling.

Det er svært at forhindre dette medmindre tilsynsinstitutionerne udviser en mere forsigtig praksis eller ved at der sættes klarere regler om tilsynsinstitutionernes arbejdsmetoder. Det skal nævnes at der ikke i Island er indført en lovbestemmelse svarende til den danske straffelov § 152 b som var omstridt i Grønborgsagen. Advokater ville heller ikke være omfattet af de bestemmelser i straffeloven der minder mest om § 152 i den danske straffelov.

Det er tidligere nævnt at der ikke i Danmark er sat samlede regler om advokaters tavshedsret/tavshedspligt. Det samme er tilfældet i Island; der findes ingen samlede regler. Dette har bl.a. ført til at der er uoverensstemmelse mellem bestemmelserne om advokaters tavshedspligt på den ene side i advokatloven § 22 og på den anden side advokaters pligt til at afgive vidneforklaring for retten om sine klienters forhold, også dem der er blevet dem betroet af klienterne selv. Referenten mener at man bør undersøge om der er grund til indholdsmæssigt at indføre de strenge engelske retsplejeregler om „*Legal professional privilege*“, hvor det ikke er tilladt at fremlægge bevisligheder for retten der er fremskaffet

ved at bryde det fortrolige forhold mellem advokaten og hans klient selv om myndighederne har fået oplysningerne fra klienten. Hovedsagen er dog at reglerne bliver kohærente og samlede og ikke stritter ud til alle sider. Den lovgivende magt kunne så på demokratisk vis tage stilling til om det rent faktisk er nødvendigt at begrænse advokaternes tavshedsret så meget som man har gjort; om det kunne være at de virkelig større interesser ligger i at beskytte det fortrolige forhold mellem advokater og deres klienter selv om det i enkelte tilfælde kunne betyde at der slipper nogle skyldige fra politi- og tilsynsmyndighederne. I straffesager har retssamfund for længst taget den eksplicitte beslutning at det er bedre at ti skyldige går fri end at én uskyldig bliver dømt.

**Tese:**

Man bør stramme tilsynsinstitutionernes procedurer således at disse institutioner ikke kan kræve information om tavshedspligtig rådgivning fra advokaters klienter.

Sluttelig skal det gentages at det fortrolige forhold mellem advokat og klient, advokatens tavshedsret og -pligt er nogle af de vigtigste elementer i retssamfundet. Hvis man ikke omhyggeligt sørger for at advokaten ikke blot har pligt til men det er ham direkte forbudt at viderebringe de forhold hos klienten som han har betroet ham, er der fare for at borgernes adgang til retssystemet og rimelige udfald i retten eller hos myndighederne bliver en saga blot. Erfaringerne fra de seneste år har vist at det er tvivlsomt at stole på at myndighederne ved bedst. Det kan godt være at de ikke ser i almenvellets skov for deres egen institutions interesser træer.



Jens Møller

Forbud mod selvinkriminering  
i forvaltningsretten?

## Forbud mod selvinkriminering i forvaltningsretten?

Af direktør *Jens Møller*, Folketingets Ombudsmand, Danmark

*Selvinkrimineringsgrundsætningen har historisk set sine rødder i strafferetsplejen. Det er først inden for senere år, at den har fået betydning for forvaltningsretten. Dette skyldes især nogle domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD).*

*Sammenhængen mellem selvinkrimineringsprincippet og forvaltningsretten opstår, når forvaltningsmyndighederne i en sagsoplysning vedrørende administration af den almindelige lovgivning tilvejebringer eller søger at tilvejebringe oplysninger, der senere kan danne grundlag for og eventuelt indgå som beviser i en straffesag. Sagen bliver herved „todelt“. Myndigheden skal træffe forvaltningsretlige afgørelser, men der opstår eller kan opstå en parallel straffesag, enten samtidig eller efterfølgende. Forvaltningsretten er karakteriseret ved, at myndighederne har en række oplysningsmidler, således at borgeren har pligt til at meddele oplysninger ofte under strafansvar. Straffeprocessen og selvinkrimineringsprincippet er karakteriseret ved en ret til ikke at meddele oplysninger. Hvad er retsstillingen, når disse to „systemer“ „støder sammen“? Det er disse spørgsmål, som er dette indlægs tema.*

### **Jens Møller (f. 1950)**

*Jens Møller blev juridisk kandidat i 1976 fra Københavns Universitet. I perioden 1976–1987 var han ansat i Justitsministeriet, først som fuldmægtig, senere som kontorchef. Jens Møller har i perioden 1976–1998 været tilknyttet Københavns Universitet, fra 1982 som lektor i retspleje, samt været censor ved universiteterne i København og Århus. I 1987 blev Jens Møller udnævnt til afdelingschef hos Folketingets Ombudsmand, i 1990 til retschef samme sted, og i 2004 til Direktør. Han har været forfatter eller medforfatter til en række juridiske værker inden for proces, offentlig ret og erstatningsret, bl.a. *Kommenteret Retsplejelov*, *Juridisk Formularbog* og *Kommenteret Erstatningsansvarslov*. I de senere år har Jens Møller tillige været medlem af nogle formandshverv i lovforberedende udvalg og kommissioner. Det gælder Forskningsministeriets udvalg om elektronisk Statstidende, Justitsministeriets erstatningslovudvalg, Regeringens retssikkerhedskommission og Justitsministeriets Udvalg om Elektronisk Lovtidende.*

### **1. Selvinkriminering og forvaltningsret**

Selvinkrimineringsgrundsætningen indebærer, at en person, der er anklaget for et strafbart forhold, har ret til ikke at udtale sig om den påståede forbrydelse og

til ikke at blive tvunget til at medvirke til at opklare det påståede strafbare forhold.

Grundsætningen er beskyttet i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 6, der bl.a. er til hinder for, at administrative myndigheder anvender strafsanktionerede oplysningspligter over for en person, der er »anklaget« i konventionens forstand, med henblik på at få borgeren selv til at oplyse den påståede »forbrydelse«. Det gælder, hvad enten der er tale om afgivelse af forklaring eller om vedkommendes fremskaffelse af dokumenter mv.

Ved lov nr. 442 af 9. juni 2004 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter (retssikkerhedsloven) blev grundsætningen generelt lovfæstet i dansk ret (lovens § 10).

Selvinkrimineringsgrundsætningen har i en række tilfælde inden gennemførelsen af retssikkerhedsloven været behandlet af de danske domstole og var i et vist omfang allerede lovfæstet i dansk ret. I retsplejelovens regler om strafferechtsplejen er der således fastsat regler om, at en sigtet eller tiltalt ikke har pligt til at udtale sig om det eller de forhold, som sigtelsen eller tiltalen omfatter.

Hvad angår politiets afhøringer i forbindelse med efterforskning af strafbare forhold, fremgår det af retsplejelovens § 752, stk. 1, at en sigtet, inden vedkommende afhøres af politiet, udtrykkeligt skal gøres bekendt med sigtelsen og med, at vedkommende ikke har pligt til at udtale sig. Ved afhøringer i retten finder retsplejelovens § 752 tilsvarende anvendelse, jf. § 754. Under rettens behandling af en straffesag skal tiltalte spørges, om vedkommende er villig til at forklare nærmere om de forhold, som tiltalen angår, jf. retsplejelovens § 868 og § 928.

Endvidere fremgår det af retsplejelovens § 171 om vidnepligt, at pligt til at afgive forklaring som vidne i retten bl.a. ikke foreligger, hvis forklaringen antages at ville udsætte vidnet selv for straf eller tab af velfærd.

Uden for strafferetsplejen har der derimod ikke inden retssikkerhedsloven været fastsat generelle lovbestemmelser om forbudet mod selvinkriminering, men det kan i lovgivningen på de enkelte forvaltningsområder være lagt til grund, at administrative myndigheder må afstå fra at benytte oplysningspligter, hvis der på tidspunktet for benyttelsen er mistanke om strafbare forhold.

Selvinkrimineringsgrundsætningen har historisk set sine rødder i strafferechtsplejen. Det er først inden for senere år, at den har fået betydning for forvaltningsretten. Dette skyldes især nogle domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), se ndf. afsnit 2.

Sammenhængen mellem selvinkrimineringsprincippet og forvaltningsretten opstår, når forvaltningsmyndighederne i en sagsoplysning vedrørende administration af den almindelige lovgivning tilvejebringer eller søger at tilvejebringe oplysninger, der senere kan danne grundlag for og eventuelt indgå som beviser i en straffesag. Sagen bliver herved „todelt“. Myndigheden skal træffe forvaltningsretlige afgørelser, men der opstår eller kan opstå en parallel straffesag, en-

ten samtidig eller efterfølgende. Forvaltningsretten er karakteriseret ved, at myndighederne har en række oplysningsmidler, således at borgeren har pligt til at meddele oplysninger ofte under strafansvar. Straffeprocessen og selvinkrimineringsprincippet er karakteriseret ved en ret til ikke at meddele oplysninger. Hvad er retsstillingen, når disse to „systemer“ „støder sammen“? Det er disse spørgsmål, som er dette indlægs tema.

## **2. Generelt om artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og selvinkriminering**

### **2.1 Indledning**

Efter artikel 6, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har enhver bl.a. ret til en retfærdig rettergang, når der skal træffes afgørelse i en strid angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse.

Det følger ikke af ordlyden af artikel 6, at en person, der er anklaget for en forbrydelse, har ret til ikke at udtale sig om den påståede forbrydelse og til ikke at blive tvunget til at medvirke til at opklare den påståede forbrydelse.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har imidlertid udtalt (se bl.a. Saunders mod Storbritannien, dom af 17. december 1996, præmis 68), at selv om retten til ikke at udtale sig og til ikke at inkriminere sig selv ikke udtrykkeligt er nævnt i artikel 6, er disse rettigheder generelt anerkendte internationale standarder og udgør centrale elementer i retten til en retfærdig rettergang. Begrundelsen for disse rettigheder ligger bl.a. i, at de ved at beskytte den anklagede mod utilbørlig tvang fra myndighedernes side medvirker til at undgå retsfor nægtelse og til at sikre formålet med artikel 6. Retten til ikke at inkriminere sig selv forudsætter navnlig, at anklagemyndigheden skal bevise den anklagedes skyld uden at gøre brug af beviser, der er tilvejebragt ved forskellige former for tvang i strid med den anklagedes egen vilje. Herved er retten tæt knyttet til uskyldsformodningen, der er beskyttet af artikel 6, stk. 2.

Domstolen har i praksis præciseret (se bl.a. Saunders-dommen, præmis 69), at retten til ikke at inkriminere sig selv først og fremmest vedrører respekt for den anklagedes ønske om ikke at udtale sig. Det centrale er således respekt for den anklagedes vilje. Det følger heraf, at forbudet ikke kan udstrækkes til brug under en straffesag af materiale, der kan tilvejebringes fra den anklagede ved brug af tvangsforanstaltninger, men som så at sige eksisterer uafhængigt af den anklagedes vilje. Som eksempel herpå kan nævnes dokumenter, der er fremkommet i forbindelse med ransagning, udåndingsprøver, blodprøver, urinprøver, vævsprøver med henblik på DNA-analyser mv.

## 2.2 Straffesager i konventionens forstand

Forbudet mod selvinkriminering finder anvendelse i alle sager, der er straffesager i konventionens forstand (se bl.a. Funke mod Frankrig, dom af 25. februar 1993, præmis 41, Saunders-dommen, præmis 74, Heaney og McGuinness mod Irland, dom af 21. december 2000, præmis 58, Quinn mod Irland, dom af 21. december 2000, præmis 59).

Forbudet mod selvinkriminering og retten til ikke at udtale sig finder derfor klart anvendelse ved politiets og anklagemyndighedens behandling af straffesager, jf. Quinn-dommen og Heaney og McGuinness-dommen.

Det er ligeledes klart, at forbudet mod selvinkriminering og retten til ikke at udtale sig finder anvendelse i forbindelse med domstolenes behandling af straffesager, herunder bevisførelsen og bevisbedømmelsen, jf. Saunders-dommen, Condron mod Storbritannien, dom af 2. maj 2000, Averill mod Storbritannien, dom af 6. juni 2000, og John Murray mod Storbritannien, dom af 8. februar 1996. Dette gælder, selv om der er tale om anvendelse som bevis af forklaringer mv. afgivet af den anklagede på et tidspunkt, hvor artikel 6 ikke fandt anvendelse, jf. udtrykkeligt Saunders-dommen.

Derimod finder forbudet mod selvinkriminering ikke anvendelse, hvis der ikke er tale om straffesager i konventionens forstand. Som eksempel kan nævnes klagesag 38753/97, Vernon mod Storbritannien, afgørelse af 7. september 1999, hvor Domstolen fastslog, at forbudet mod selvinkriminering ikke fandt anvendelse, idet der var tale om en civil sag i konventionens forstand.

Som eksempel på sager, der ikke er straffesager i konventionens forstand, kan endvidere nævnes sager, hvor et organ har til opgave at undersøge, fastlægge og bedømme et faktisk hændelsesforløb uden at kunne træffe afgørelse vedrørende en anklage for en forbrydelse. Til illustration kan nævnes Saunders-dommen, hvor spørgsmålet om selvinkriminering ikke var relevant på det tidspunkt, hvor nogle inspektører under trussel om straf pålagde klager at afgive forklaring. Forbudet mod selvinkriminering var derimod relevant, da de således afgivne forklaringer efterfølgende blev anvendt som bevis under domsforhandlingen af en straffesag mod klager. I den retning kan endvidere nævnes klagesag 28972/95, Erik Ninn-Hansen mod Danmark, afgørelse af 18. maj 1999, hvor Domstolen fastslog, at artikel 6 ikke fandt anvendelse på en undersøgelsesrets virksomhed.

## 2.3 Særligt om begrebet »criminal charge«

Forbudet mod selvinkriminering finder anvendelse i tilfælde, hvor en person er »anklaget for en forbrydelse« (criminal charge). Efter Domstolens praksis falder visse former for sanktionsanvendelse ind under artikel 6, selv om de ikke efter national lovgivning henregnes til strafferetsplejen. Som eksempler kan

bl.a. nævnes visse disciplinære sanktioner samt pønalt begrundede skatteforhøjelser.

Ved afgrænsningen af, hvad der skal forstås ved »criminal charge«, har Domstolen navnlig lagt vægt på følgende:

Hvorvidt de bestemmelser, der udgør grundlaget for forfølgningen, i det pågældende nationale retssystem henregnes til strafferetten eller anses for at være af disciplinærretlig, forvaltningsretlig eller anden ikke-strafferetlig karakter.

Karakteren af den pågældende forseelse, navnlig om der er tale om overtrædelser af forskrifter, der påhviler bestemte persongrupper, eller overtrædelser af almene normer, der gælder for enhver.

Karakteren og intensiteten af den sanktion, der kan blive tale om at ikende. Den faktisk ikendte sanktion er således ikke i sig selv afgørende.

Domstolen har ofte tilkendegivet, at der lægges mest vægt på de to sidstnævnte kriterier. Der henvises til Peer Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, 2. udgave, 2003, side 318 ff, hvor praksis med hensyn til, hvilke sanktioner der er omfattet af artikel 6, er nærmere beskrevet.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har f.eks. fundet, at en adgang til som disciplinær sanktion at ikende henholdsvis 4 dages let og 2 dages streng arrest for overtrædelse af den militære disciplin ikke udgjorde en »criminal charge«, mens dette var tilfældet for forhold, der kunne medføre 3 eller 4 måneders tvungen tjeneste i en disciplinær enhed (jf. Engel m.fl. 8/6 1976). Endvidere kan nævnes sagen Brown 24/11 1998, som vedrørte en advokat, der af det engelske advokatnævn fik en bøde på 10.000 pund for at have givet misvisende oplysninger i forbindelse med en praksisoverdragelse. Domstolen fandt, at sagen ikke var »criminal«.

Fra dansk retspraksis kan nævnes U 2000.307 H, hvor Højesteret fandt, at pålæggelsen af en disciplinær sanktion eller frakendelse af rettigheder i medfør af retsplejelovens § 147 c som følge af tilsidesættelse af god advokatskik ikke kan antages at være en straf i konventionens forstand.

Endvidere kan nævnes U 1999.1015 H, der omhandlede en situation, hvor to personer var tiltalt for selskabstømning, og hvor en revisor blev indkaldt som vidne under straffesagen. Revisoren var i forbindelse med sagen af anklagemyndigheden blevet indklaget for Disciplinærnævnet for Statsautoriserede Revisorer. Revisoren fandtes efter retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1, at være fritaget for at afgive vidneforklaring under sagen mod de to tiltalte, da en forklaring efter de sanktioner, disciplinærsystemet kunne ikende, ville kunne udsætte revisoren for såvel straf som tab af velfærd.

Med hensyn til pønalt begrundede skatteforhøjelser har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i flere tilfælde fundet, at sådanne forhøjel-

ser er omfattet af begrebet »criminal charge« i konventionens artikel 6. Som eksempel kan nævnes Bendenoun 24/2 1994.

Er der ikke tale om typiske pønale sanktioner har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol været afvisende over for at anse artikel 6 for anvendelig. I Tre Traktörer AB 7/7 1989 blev det således afvist at anse en tilbagekaldelse af en alkoholbevilling for omfattet af artikel 6, idet der – selv om der var tale om en alvorlig sanktion, som havde sammenhæng med bevillingsindehaverens adfærd – ikke var tale om en pønalt sanktion.

Domstolen har efterhånden afsagt en række domme om indholdet og omfanget af forbudet mod selvinkriminering. Denne praksis, der vil blive omtalt nærmere i de følgende afsnit, vedrører i princippet to forskellige situationer eller to forskellige faser i behandlingen af straffesager: (1) opklaringsfasen og (2) afgørelsesfasen. Praksis fra Domstolen skal læses i lyset af denne sondring.

Domstolen har således skullet vurdere, om det var i strid med forbudet mod selvinkriminering, at en person, der er anklaget for en forbrydelse, på forskellige måder er blevet pålagt at medvirke til at opklare forbrydelsen (se f.eks. Funke-dommen, Heaney og McGuinness-dommen, Quinn-dommen, J.B. mod Schweiz, dom af 3. maj 2001).

Domstolen har endvidere skullet vurdere, om det var i strid med forbudet mod selvinkriminering, at oplysninger mv., som den anklagede har afgivet under forskellige former for tvang, anvendes som bevis i forbindelse med afgørelsen af straffesagen (se f.eks. Saunders-dommen, Coëme m.fl. mod Belgien, dom af 22. juni 2000), eller om det var i strid med konventionen at tillægge det bevismæssig betydning til skade for den anklagede, at den anklagede under sagens opklaring har nægtet at udtale sig (se f.eks. John Murray-dommen, Condron-dommen og Averill-dommen).

#### **2.4 Administrative myndigheder og (strafsanktionerede) oplysningspligter (praksis vedrørende opklaringsfasen)**

Forbudet mod selvinkriminering finder anvendelse ved politiets og anklagemyndighedens behandling af straffesager. Der kan imidlertid rejses spørgsmål om, hvorvidt forbudet mod selvinkriminering også sætter nogle grænser for **administrative myndigheders anvendelse af oplysningspligter** over for en person, der har eller kan have begået et strafbart forhold.

Når der er tale om perioden forud for indledningen af en egentlig straffesag, følger det af Domstolens praksis, at andre myndigheder end politi og anklagemyndigheden, f.eks. told- og skattemyndigheder, i almindelighed under trussel om straf eller anvendelse af andre tvangsforanstaltninger kan pålægge borgere at afgive oplysninger mv. om deres skatteforhold, adfærd og lignende uden at være omfattet af artikel 6, herunder forbudet mod selvinkriminering.

Til illustration kan nævnes klagesag 76574/01, Allen mod Storbritannien, afgørelse af 10. september 2002, hvor Domstolen udtalte, at pligten til at redegøre for indkomst og kapital i forbindelse med fastsættelsen af skat er et fællestræk ved de kontraherende staters skattesystemer, og at det ville være svært at forestille sig, at de kunne fungere effektivt uden.

Afgørelsen i Allen-sagen understreger, at anvendelse af en strafsanktioneret oplysningspligt ikke i sig selv er i strid med selvinkrimineringsforbudet. Domstolen lagde vægt på, at de oplysninger, som klager gav til myndighederne, ikke blev anvendt til at inkriminere klager for et strafbart forhold begået før det tidspunkt, hvor klager gav oplysningerne. Domstolen lagde ligeledes vægt på, at klager ikke var blevet tiltalt for ikke at have leveret oplysninger, der kunne inkriminere klager i en verserende eller en påtænkt straffesag. Afgørelsen understreger således, at strafsanktionerede oplysningspligter ikke må anvendes til at tvinge en person til at afgive forklaring mv. om en allerede begået forbrydelse, som den pågældende er anklaget for at have begået.

Administrative myndigheder, f.eks. told- og skattemyndigheder, kan handle i strid med forbudet mod selvinkriminering ved under trussel om straf eller ved anvendelse af andre tvangsforanstaltninger at pålægge borgere at give oplysninger mv., når borgeren må anses for anklaget for en forbrydelse i artikel 6's forstand. Domstolen har således i en række sager fastslået, at det var i strid med forbudet mod selvinkriminering, at personer, der var anklaget for en forbrydelse, under trussel om straf mv. blev tvunget til at medvirke til at oplyse sagen, jf. nedenfor.

I Funke-dommen skulle Domstolen tage stilling til, om det udgjorde en krænkelse, at klager var blevet straffet for ikke at have givet oplysninger til de franske toldmyndigheder.

I J.B.-dommen skulle Domstolen tage stilling til, om det udgjorde en krænkelse, at schweiziske skattemyndigheder under anvendelse af bøder forsøgte at tvinge klager til at fremlægge dokumenter, der kunne belyse klagers indtægter, når myndighederne både overvejede spørgsmål om skatteansættelse og om strafbar skatteunddragelse med hensyn til de pågældende indtægter.

Dommen er udtryk for, at skattemyndigheder, hvis der verserer en sag om strafbar skatteunddragelse, ikke under trussel om straf kan pålægge borgeren at tilvejebringe oplysninger af betydning for den påståede skatteunddragelse.

Dommen er derimod ikke udtryk for, at skattemyndigheder ikke kan pålægge borgere at fremkomme med oplysninger af betydning for en skatteansættelse, jf. ovenfor om Allen-sagen.



I forhold til forbudet mod selvinkriminering er karakteren af den myndighed, der forsøger at tvinge borgeren til at oplyse sagen, ikke blevet tillagt afgørende betydning i Domstolens praksis. I Funke-dommen var det franske toldmyndigheder, der behandlede sagen. I Heaney og McGuinness-dommen og Quinn-dommen var det irsk politi. I J.B.-dommen var det schweiziske skattemyndigheder. Også andre myndigheder end politi og anklagemyndighed kan derfor efter omstændighederne krænke forbudet mod selvinkriminering.

Domstolen ses heller ikke i sin praksis udtrykkeligt at have lagt vægt på, om den myndighed, der under trussel om straf mv. pålægger en person at afgive forklaring mv. vedrørende en anklage for en forbrydelse, også har kompetence til at indlede strafforfølgning, herunder at rejse tiltale. Der er således ikke klar støtte i Domstolens praksis for at lægge vægt på, om den administrative myndighed, der under trussel om straf mv. pålægger en person at afgive forklaring mv., har beføjelser, der rækker ud over den administrative fase, det vil sige om den administrative myndighed også er ansvarlig for strafforfølningen. En sådan retsopfattelse ville i øvrigt indebære en ikke uvæsentlig begrænsning i retten til ikke at udtale sig og til ikke at blive tvunget til at inkriminere sig selv.

I forhold til forbudet mod selvinkriminering er det afgørende, om borgeren er »anklaget« for en forbrydelse, og om borgeren er det på det tidspunkt, hvor vedkommende under anvendelse af eller trussel om straf mv. tvinges til at medvirke til at oplyse »anklagen«.

Begrebet »anklage« er et selvstændigt konventionsbegreb. Domstolen har i praksis defineret »anklage« som en officiel tilkendegivelse fra en dertil kompetent myndighed over for en person, der indeholder en beskyldning om, at den pågældende har begået et strafbart forhold. Dette svarer til en vurdering af, om den pågældendes situation er blevet påvirket mærkbart. Der kan bl.a. henvises til Serves mod Frankrig, dom af 20. oktober 1997, præmis 42.

Det er derimod ikke i sig selv afgørende, om den person, der pålægges at afgive forklaring eller tilvejebringe dokumenter mv., er sigtet eller tiltalt efter national ret. Hvis vedkommende må anses for »anklaget« for en forbrydelse i konventionens forstand, har vedkommende krav på konventionens beskyttelse (se udtrykkeligt Serves-dommen, præmis 42, Heaney og McGuinness-dommen, præmis 42, Quinn-dommen, præmis 42).

**Sammenfattende** følger det af det ovenfor anførte, at administrative myndigheder må afstå fra at udnytte oplysningspligter under trussel om straf eller anvendelse af andre tvangsforanstaltninger over for personer, der må anses for »anklaget« for en forbrydelse i konventionens forstand.

Over for sådanne personer må administrative myndigheder ikke anvende strafsanktionerede oplysningspligter mv. med henblik på at få borgeren selv til at oplyse den påståede forbrydelse. Det gælder, hvad enten der er tale om afgivelse af forklaring eller fremskaffelse af dokumenter mv.

Det er forbundet med en vis usikkerhed at afgøre, om en person er »ankla-

get« for en forbrydelse i konventionens forstand og dermed kan påberåbe sig forbudet mod selvinkriminering. Det vil ikke være afgørende, om borgeren er sigtet eller tiltalt efter dansk ret. Det afgørende er derimod, om der foreligger en »officiel tilkendegivelse fra en dertil kompetent myndighed« eller om borgerens situation er blevet »påvirket mærkbart«.

Praktiske hensyn taler for at lægge til grund, at administrative myndigheder i de omhandlede tilfælde må afstå fra at benytte strafsanktionerede oplysningspligter mv., hvis der på tidspunktet for benyttelsen er mistanke om, at borgeren har begået en strafbar handling. Ved kravet om mistanke må det være afgørende, om de administrative myndigheders mistanke er så stærk, at der efter dansk ret er grundlag for at rejse sigtelse.

Såfremt denne afgrænsning lægges til grund, betyder det, at administrative myndigheder kan anvende strafsanktionerede oplysningspligter mv. med henblik på at fremskaffe oplysninger eller dokumenter mv., når dette sker som led i en administrativ kontrol, og der ikke er nogen mistanke om, at borgeren har begået et strafbart forhold.

Omvendt må administrative myndigheder afstå fra at udnytte sådanne kontrolbeføjelser, hvis der er en mistanke om, at borgeren har begået et strafbart forhold. Dette må gælde, hvad enten det er den administrative myndighed selv, der behandler straffesagen, eller den administrative myndighed har overgivet eller skal overgive sagen til politiet med henblik på strafforfølgning.

Den ovenfor nævnte beskrivelse af forbudet mod selvinkriminering er ligeledes lagt til grund i dansk retspraksis.

Til illustration kan nævnes U 2002.2729 V, hvor landsretten skulle tage stilling til, om en person, der var tiltalt for overtrædelse af færdselslovens § 65, stk. 1, i medfør af den nævnte bestemmelse havde haft pligt til at oplyse, hvem der havde været fører af hans køretøj på det tidspunkt, hvor køretøjet og dets fører blev fotograferet i en fartkontrol.

Landsretten udtalte, at det efter det forelagte fotomateriale optaget ved den automatiske fartkontrol efter landsrettens opfattelse ikke kunne udelukkes, at tiltalte var fører af bilen på det pågældende tidspunkt. På baggrund af denne bevisvurdering fandt landsretten, at det ikke kunne fastslås, at tiltalte havde været forpligtet til at oplyse, hvem der var fører af bilen, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1. Tiltalte blev derfor frifundet for overtrædelse af færdselslovens § 65, stk. 1.

Endvidere kan der henvises til Højesterets afgørelser i U 2000.1201 H og U 2003.2341 H.

### 3. Lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter (retssikkerhedsloven)

Der er med lov nr. 442 af 9. juni 2004 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter gennemført en samlet lov, der regulerer en række spørgsmål om den offentlige forvaltnings behandling af sager, hvor der kan være adgang til at foretage tvangsindgreb uden for strafferetsplejen, eller hvor borgerne kan have pligt til at meddele oplysninger til forvaltningen.

Inden loven trådte i kraft den 1. januar 2005 havde reguleringen af de pågældende spørgsmål været begrænset til at omfatte de lovregler, der måtte være på det enkelte forvaltningsområde om f.eks. fremgangsmåden ved gennemførelse af tvangsindgreb uden for strafferetsplejen, samt de retningslinjer, der måtte kunne udledes af bl.a. almindelige forvaltningsretlige principper.

Loven bygger på betænkning nr. 1428/2003 afgivet af regeringens retssikkerhedskommission. Betænkningens forslag blev gennemført stort set uændret.

Retssikkerhedslovens § 10 lyder således:

„§ 10. Hvis der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen mv. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, medmindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse.

*Stk. 2.* I forhold til andre end den mistænkte gælder bestemmelser i lovgivningen mv. om pligt til at meddele oplysninger, i det omfang oplysningerne alene søges tilvejebragt til brug for behandlingen af andre spørgsmål end fastsættelse af straf.

*Stk. 3.* En myndighed skal vejlede den mistænkte om, at vedkommende ikke har pligt til at meddele oplysninger, som kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse. Hvis den mistænkte meddeler samtykke til at afgive oplysninger, finder reglerne i § 9, stk. 4, 2. og 3. pkt., tilsvarende anvendelse. „

*Stk. 4.* Den mistænkte kan meddele samtykke til anvendelse af en oplysningspligt over for andre med henblik på at tilvejebringe oplysninger til brug for en straffesag mod den mistænkte. Reglerne i § 9, stk. 4, 2. og 3. pkt., finder tilsvarende anvendelse.

Følgende hensyn ligger bag reglerne i § 10:

Der er ved reglerne taget højde for det almindelige forbud mod selvinkrimine-

ring, som navnlig er fastlagt i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis om artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Dette forbud indebærer, at en person, som i konventionens forstand er anklaget for et strafbart forhold, har ret til ikke at udtale sig om den påståede lovovertrædelse og til ikke at blive tvunget til at medvirke til at opklare det påståede strafbare forhold.

Der er ved regelsættets udformning endvidere lagt vægt på hensynet til at imødegå omgåelse af de regler, der gælder inden for strafferetsplejen.

Det vil således efter omstændighederne være en omgåelse af strafferetsplejens regler, såfremt en forvaltningsmyndighed, der ikke handler på grundlag af strafferetsplejens regler, gennemfører sagsbehandlingsskridt – f.eks. i form af kontrolbesøg eller indhentelse af oplysninger hos berørte personer – der fører til tilvejebringelse af oplysninger, som kan indgå i en aktuel straffesag. Hvis en person er mistænkt for et strafbart forhold, bør tvangsindgreb mv. med henblik på at efterforske og opklare det formodede strafbare forhold ske på grundlag af de straffeprocessuelle regler, som navnlig findes i retsplejeloven, og som netop er udtryk for bl.a. det særlige behov, der er for at sikre den enkeltes retssikkerhed i tilfælde, hvor vedkommende risikerer at blive straffet.

Der er ved udformningen af reglerne taget hensyn til, at der i forhold til borgere og virksomheder, som mistænkes for at have begået et strafbart forhold, fortsat som udgangspunkt vil bestå det samme behov for, at en forvaltningsmyndighed, som handler uden for strafferetsplejen, og som har til opgave at administrere og kontrollere lovgivningen på det pågældende område, kan udøve sin virksomhed.

En borger eller virksomhed, som er mistænkt for en strafbar lovovertrædelse, er derfor ikke »fredet« med den virkning, at en forvaltningsmyndighed, der har til opgave at administrere og kontrollere lovgivningen på det område, som den formodede lovovertrædelse vedrører, skulle være generelt afskåret fra at udføre kontrolopgaver mv. i forhold til vedkommende, så længe straffesagen ikke er afsluttet.

Bestemmelserne gælder, hvad enten myndigheden selv har adgang til at søge et eventuelt strafbart forhold afsluttet ved en administrativ bøde (bødeforelæg), eller myndigheden ikke har en sådan adgang og derfor i alle tilfælde vil være henvist til at lade en videre behandling af spørgsmål om fastsættelse af straf overgå til politiet.

### **Tese 1:**

*Man har i EMD og regelsættet i retssikkerhedsloven uden videre overført strafferetsplejens almindelige forbud mod selvinkriminering til forvaltningsretten. Det er klart, at forbudet er meget relevant, når hovedsagen er en straffesag. Det er staks mere problematisk, når princippet overføres til forvaltningsretten, hvor hovedsigtet er at sikre, at lovgivningen overholdes, og hvor eventuel straf er et*

*bispørgsmål. Endvidere er det kun en ubetydelig del af forvaltningssagerne, der fører til en straffesag. Der kan derfor efter min opfattelse rejses berettiget tvivl om det rimelige i denne generelle overførsel af grundsætningen. Jeg finder imidlertid der ikke, at der er andre realistiske muligheder hvis man generelt ønsker at opretholde et generelt retssikkerhedsniveau uafhængigt af overtrædelsens karakter.*

#### **4. Nogle vigtige spørgsmål med tilknytning til selvinkrimineringsgrundsætningen**

##### **4.1 Anvendelse af (strafsanktionerede) oplysningspligter i forhold til tredjemand**

Der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt forbudet mod selvinkriminering efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i øvrigt sætter nogle grænser for, i hvilket omfang administrative myndigheder, der behandler en sag vedrørende en borger, kan pålægge tredjemand at tilvejebringe oplysninger, når sådanne oplysninger er eller kan være belastende for borgeren (og ikke tredjemand selv), idet den pågældende risikerer strafforfølgning.

Forbudet mod selvinkriminering skal beskytte den anklagede mod utilbørlig tvang fra myndighedernes side. Myndighederne skal godtgøre anklagen uden at gøre brug af beviser tilvejebragt under anvendelse af forskellige former for tvang i strid med den anklagedes vilje. Forbudet tager sigte på at respektere den anklagedes ønske om ikke at udtale sig. Der kan bl.a. henvises til Saundersdommen, præmis 68 og 69. Den anklagede kan derfor uden tvivl påberåbe sig forbudet mod selvinkriminering.

Der findes ikke praksis, der fastslår, at forbudet mod selvinkriminering i artikel 6 også kan påberåbes af en person, der ikke ønsker at blive tvunget til at medvirke til opklaring af en straffesag mod en tredjeperson, f.eks. en ægtefælle eller en anden nærtstående. Der findes heller ikke praksis, der fastslår, at en person i en sådan situation i medfør af artikel 10 kan påberåbe en ret til negativ ytringsfrihed, det vil sige en ret til ikke at udtale sig.

Praksis om artikel 6 vedrører den situation, at den pågældende risikerer at inkriminere sig selv. Det samme gælder den tidligere Europæiske Menneskerettighedskommissions praksis vedrørende en negativ ret til ytringsfrihed i medfør af artikel 10 (se K. mod Østrig, dom af 2. juni 1993, Serie A nr. 255-B, hvor Kommissionens rapport af 13. oktober 1992 er medtaget som et bilag).

Da kernen i forbudet mod selvinkriminering og retten til ikke at udtale sig er respekt for den anklagedes vilje til ikke at inkriminere sig selv, kan

det derfor være nærliggende at antage, at konventionen som udgangspunkt ikke beskytter en person, der ikke ønsker at blive tvunget til at medvirke til opklaring af en straffesag mod en tredjemand.

Sammenfattende må det lægges til grund, at forbudet mod selvinkriminering i artikel 6 – eller retten til negativ ytringsfrihed i artikel 10 – som udgangspunkt ikke er til hinder for, at administrative myndigheder kan pålægge en person at tilvejebringe oplysninger, når sådanne oplysninger kan inkriminere tredjemand.

Dette er ligeledes lagt til grund i dansk retspraksis, også før retssikkerhedsloven.

Der kan i den forbindelse henvises til U 2003.1028 H, der omhandlede en situation, hvor det ved en radarmåling var konstateret, at en bil havde kørt for hurtigt. Af et billede, der blev taget under målingen, fremgik det, at det ikke var ejeren af køretøjet, som var fører. Ejeren blev herefter i medfør af færdselslovens § 65, stk. 1, pålagt at oplyse, hvem der som fører havde benyttet køretøjet. Højesteret udtalte bl.a., at det ikke er i strid med de hensyn og principper, der fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 og 10, i medfør af færdselslovens § 65, stk. 1, at pålægge en ejer af et køretøj at oplyse, hvem der som fører har benyttet køretøjet, selv om føreren kunne være en af ejerens nærmeste. Højesteret fandt endvidere ikke, at oplysningspligten efter færdselslovens § 65, stk. 1, måtte vige for retsplejelovens regler om vidnefritagelse, og ejeren af køretøjet blev idømt en bøde på 500 kr. for overtrædelse af færdselslovens § 65, stk. 1.

I retssikkerhedslovens § 10, stk. 2, er selvinkrimineringsgrundsætningen udvidet til også at omfatte tredjemand.

Bestemmelsen, der er indført for at undgå en omgåelse af strafferetsplejen, indebærer, at andre end den mistænkte kun har pligt til at meddele oplysninger i sagen, i det omfang oplysningerne alene søges tilvejebragt til brug for behandlingen af andre spørgsmål end fastsættelse af straf.

Bestemmelsen indebærer således, at en tredjemand kan pålægges at meddele oplysninger om andre forhold end den formodede lovovertrædelse.

Desuden indebærer bestemmelsen, at myndighederne fortsat vil kunne pålægge tredjemand at meddele oplysninger om det eller de forhold, hvor der foreligger en konkret mistanke om en lovovertrædelse, hvis oplysningerne alene søges tilvejebragt med henblik på andre spørgsmål end fastsættelse af straf.

Borgerens nærmeste og den pågældendes advokat er omfattet af § 10, stk. 2, og ikke § 10, stk. 1. Det samme gælder en virksomheds aktionærer.

**Tese 2:**

*Man har i retssikkerhedsloven udvidet forbudet mod selvinkriminering til tredjemand, selvom dette spørgsmål ikke er reguleret af EMRK. Hovedsigtet er at undgå omgørelser af strafferetsplejen. Denne udvidelse er meget problematisk, fordi hovedsigtet med forvaltningskontrollen ikke er straf, og kun en meget ubetydelig del af sagerne fører til en straffesag. Jeg kan imidlertid vanskeligt kunne se, hvordan man ellers skulle kunne adskille straffeprocessen fra forvaltningsprocessen.*

**4.2 Selvinkriminering og faresituationer**

Der blev over for retsudvalget under folketingsbehandlingen rejst spørgsmål om at begrænse § 10, stk. 1, således at den ikke skulle finde anvendelse i visse **faresituationer**. Se også betænkning 1039/1985 om tvangsindgreb uden for strafferetsplejeloven s. 153f., hvor et tilsvarende synspunkt blev nævnt. Justitsministeriet svarede (besvarelsen af spørgsmål 3 fra retsudvalget) bl.a. følgende:

„... foreslår, at der i lovforslaget indføres en undtagelse til selvinkrimineringsforbudet i § 10, stk. 1, således at forvaltningsmyndigheder kan anvende oplysningspligter over for en mistænkt person i tilfælde, hvor der kan opstå farelignende situationer, også selv om den mistænkte hermed vil kunne være forpligtet til at afgive oplysninger, som inkriminerer vedkommende selv. I den forbindelse nævnes bl.a. tilfælde, hvor der som led i forvaltningsmyndigheders opgavevaretagelse kan være spørgsmål om destruktion af sundhedsfarlige fødevarer eller standsning af en igangværende forurening. Hertil skal Justitsministeriet bemærke, at lovforslagets § 10, stk. 1 – som anført i pkt. 1.1 ovenfor – bl.a. bygger på det selvinkrimineringsforbud, der kan udledes af artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og på den retspraksis, der knytter sig til denne bestemmelse. I den forbindelse kan der bl.a. henvises til pkt. 4.1 i lovforslagets almindelige bemærkninger, hvor det i en gennemgang af selvinkrimineringsforbudet i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 bl.a. anføres, at det ikke er afklaret i konventionspraksis, om forbudet mod selvinkriminering i artikel 6 er til hinder for, at administrative myndigheder fortsætter behandlingen af en „civil“ sag, f.eks. med henblik på at meddele forbud eller påbud, og i forbindelse hermed anvender oplysningspligter under trussel om straf mv., selv om der er blevet indledt strafforfølgning i anledning af samme forhold, f.eks. for udøvelse af virksomhed uden overholdelse af relevant lovgivning. Imidlertid er det som anført i bemærkningerne nærliggende at antage, at den mistænkte i sådanne tilfælde kan påberåbe sig forbudet mod selvinkriminering i artikel 6, i det omfang oplysningerne vedrører det eller de forhold, der har givet anledning til strafforfølgning. På baggrund af den eksisterende rets-

praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol må det efter Justitsministeriets opfattelse give anledning til betydelig tvivl, om det ville være foreneligt med artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention at indføre en regel om, at forbudet mod selvinkriminering ikke skulle gælde, såfremt en oplysningspligt anvendes i forhold til en mistænkt person med henblik på at afværge faresituationer (dvs. med henblik på f.eks. at destruere sundhedsfarlige fødevarer eller standse en forurening).

**Tese 3:**

*Selvinkrimineringsgrundsætningen gælder også i faresituationer. Man kan rejse spørgsmålet, om det er rimeligt. Hvorfor skal hensynet til den enkelte gå forud for hensynet til samfundets berettigede varetagelse af afgørende hensyn til liv og sikkerhed. Jeg har forståelse for et sådant synspunkt, men finder alligevel at måtte afvise det ud fra et misbrugshensyn. Hvor skal grænsen i givet fald sættes og af hvem?*

**4.3 Selvinkriminering i forhold til juridiske personer og EU's konkurrenceregler**

Der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt en juridisk person kan påberåbe sig forbudet mod selvinkriminering, således at princippet også finder anvendelse i tilfælde, hvor en fysisk person pålægges at afgive forklaring om et selskabs forhold. Spørgsmålet er blevet rejst især i forhold til EU's konkurrenceregler.

Domstolens domme om retten til ikke at udtale sig og forbudet mod selvinkriminering har i alle tilfælde vedrørt fysiske personer, der var »anklaget« for en forbrydelse.

Det er derfor ikke afklaret i Domstolens praksis, om og i hvilket omfang juridiske personer kan påberåbe sig retten til ikke at udtale sig og forbudet mod selvinkriminering.

Det skal dog bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at juridiske personer i hvert fald i et vist omfang kan påberåbe sig artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, herunder retten til en rettergang inden en rimelig frist (se f.eks. *Comingersoll S.A. mod Portugal*, dom af 6. april 2002), retten til en adgang til en domstol (se f.eks. *Immobiliare Staffi mod Italien*, dom af 28. juli 1999) og uskyldsformodningen (se f.eks. *Vasterga Taxi Aktiebolag og Vulic mod Sverige*, dom af 23. juli 2002).

Det kan derfor ikke udelukkes, at Domstolen vil lægge til grund, at også juridiske personer kan påberåbe sig retten til ikke at udtale sig og forbudet mod selvinkriminering. Det kan tale for også i national lovgivning og praksis at antage, at juridiske personer kan påberåbe sig retten til ikke at udtale sig og forbudet mod selvinkriminering for derved at undgå et eventuelt brud på Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det kan tilføjes, at EF-domstolen ved



dom af 15. oktober 2002 i de forenede sager C-238/99P m.fl., Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. lader selvinkrimineringsforbudet i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 gælde i forhold til juridiske personer, jf. dommens præmis 279 ff.

Efter såvel dansk konkurrenceret, U 2003.1328 H, som efter EU-konkurrenceretten, se nedenfor om Orkem-sagen, gælder der utvivlsomt også for juridiske personer et forbud mod selvinkriminering i den form, at en virksomhed ikke har »pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for.«

Der kan henvises til sag C-374/87, Orkem, Saml. 1989, s. 3283, sag T-112/98, Manesmannröhren-Werke, Saml. 2001-II, s. 729 samt sag C-238/99P m.fl., Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Saml. 2002I, s. 8375.

Det fremgår således af EU-praksis, at en virksomhed ikke har en ubetinget ret til at nægte at udtale sig. Virksomheden har således pligt til at medvirke aktivt under en kontrolundersøgelse og fremlægge oplysninger, selv om oplysningerne vil kunne anvendes som bevis for, at virksomheden har handlet i strid med konkurrencereglerne.

Det må på den baggrund forudsættes, at forbudet mod selvinkriminering efter EU-retten ikke har samme udstrækning for juridiske personer som for fysiske personer.

Se også Jonas Christoffersen i „Europæisk retskultur – på dansk“ (2004) s. 269ff.

Det må antages, at EF-domstolen har en snævrere forståelse af selvinkrimineringsforbudet end det, der følger af EMRK. I tilfælde af en konflikt må det dog haves for øje, at alle medlemmerne af EU tillige er medlemmer af Europarådet og dermed skal respektere EMRK artikel 6 ved EU-regelfastsættelse. Medlemslandene risikerer således at kunne blive dømt for overtrædelse af EMRK, hvis EU-reglerne strider mod konventionen. Afgørelsen i U 2003.1328 H er meget konkret begrundet og kan ikke antages at have taget stilling til spørgsmålet. Se også Nina Holst-Christensen i Festskrift om menneskerettigheder (2004) s. 154 ff, især s. 160.

Retssikkerhedslovens § 10 omfatter både juridiske personer og gælder også for konkurrenceretten, men det forudsættes i lovens forarbejder, at EU-retten skal respekteres.

**Tese 4:**

*Når der gennemføres generelle regler om selvinkriminering, forekommer det mindre rimeligt, at der på et bestemt område – juridiske personer i konkurrencesager – tilsyneladende gælder andre regler på grund af en konflikt mellem EU's regler og EMRK. Hvem må vige for hvem? Da alle medlemmer af EU tillige er medlemmer af Europarådet, må EMRK efter min mening have forrang.*

#### **4.4 Kun selvinkriminering vedrørende oplysninger om de forhold, som mistanken vedrører**

Bestemmelsen i § 10, stk. 1, indebærer, at den mistænkte person i de nævnte tilfælde alene har pligt til at meddele oplysninger, i det omfang det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvejebragt, kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse. Om dette er tilfældet, må bero på en konkret vurdering i den enkelte sag. Kan det efter en sådan vurdering ikke udelukkes, at oplysningerne vil kunne have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse, kan oplysningspligten ikke anvendes.

Bestemmelsen er ikke til hinder for, at den mistænkte pålægges at give (faktuelle) oplysninger, som er uden betydning for bedømmelsen af, hvorvidt den pågældende har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf. Bestemmelsen vil således ikke være til hinder for at anvende en oplysningspligt til at kræve oplysninger om navn, adresse mv., jf. herved også retsplejelovens § 750, hvorefter enhver på forlangende er forpligtet til over for politiet at opgive navn, adresse og fødselsdato.

På en række områder har borgere og virksomheder pligt til løbende at indberette visse oplysninger til en myndighed. F.eks. kan en virksomhed have pligt til løbende at foretageangivelser; egenkontrolmålinger mv., der skal indgives til en myndighed. Så længe der ikke består en mistanke, finder § 10, stk. 1, slet ikke anvendelse. Opstår der derimod – f.eks. på baggrund af en indberetning – konkret mistanke om en strafsanktioneret lovovertrædelse, vil den pågældende oplysningspligt ikke af den grund bortfalde. Myndigheden vil således stadig kunne anvende oplysningspligten over for den mistænkte borger eller virksomhed, i det omfang det kan udelukkes, at de oplysninger, som den fortsatte løbende pligt til at foretage indberetning vedrører, vil have betydning for det eller de forhold, som den foreliggende mistanke omfatter.

I en række tilfælde vil en myndighed ud fra de foreliggende oplysninger have gjort op med, at der ikke er anledning til at forfølge spørgsmålet om fastsættelse af straf, selv om der foreligger en formodning eller antagelse om, at der vedkommende borger eller virksomhed har begået en overtrædelse af lovgivningen, der kan sanktioneres med straf. Det vil bl.a. kunne gælde, hvis overtrædelser er af mindre grov karakter. I sådanne tilfælde vil bestemmelsen ifølge forarbejderne ikke (længere) § 10, stk. 1, finde anvendelse. Måtte der i den pågæl-

dende sag efterfølgende på ny opstå spørgsmål om eventuelt at fastsætte straf – f.eks. hvis der senere fremkommer oplysninger, der viser, at en lovovertrædelse kan være af mere grov karakter – vil det imidlertid igen blive relevant at iagttage § 10, stk. 1, samt den beskyttelse, der følger af artikel 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

På en række forvaltningsområder er der interne retningslinjer for, hvornår overtrædelser af lovgivningen anmeldes til politiet. Ofte er det kun grovere overtrædelser, der søges strafbelagt. På nogle områder findes egentlige beløbsgrænser for hvornår unddragelser over for det offentlige politianmeldes. Se f.eks. § 9 i bekendtgørelse nr. 470 af 4. juni 2003 om sanktioner til medlemmer af en arbejdsløshedskasse. Hvis myndigheden inden for disse grænser tilkendegiver, at man ikke politianmelder, gælder § 10, stk. 1, ifølge forarbejderne ikke. I nogle tilfælde er myndigheden ikke selv rådig over strafsørgsmålet. For det første kan andre politianmelde den pågældende, f.eks. naboer i en miljø sag, og i så fald finder retsplejelovens §742 ff om politimæssig efterforskning og reglerne om påtale i §§718ff anvendelse. Hertil kommer, at påtalemyndigheden ikke er bundet af en forvaltningsmyndigheds tilkendegivelser om eventuel tiltale mm., der foreligger betinget offentlig påtale. Anklagemyndigheden kan således på eget initiativ indlede efterforskning og rejse tiltale i tilfælde, hvor myndigheden ikke selv har ønsket det. Hvis myndigheden i sådanne tilfælde har håndhævet oplysningspligten, er § 10, stk. 1, overtrådt, og der kan foreligge ulovligt tilvejebragt beviser.

#### **Tese 5:**

*Er det rimeligt reelt at tillægge særmyndigheder en adgang til at undlade eller opgive påtale på områder, der naturligt og retligt henhører under politi og anklagemyndighed blot for at undgå en selvinkrimineringsituation, der sjældent vil opstå? Jeg mener ikke, at der er afgørende betæneligheder, fordi politiet al ligevel sjældent vil indlede efterforskning uden anmeldelse fra myndigheden, men principielt bør en sådan ordning dog undgås.*

#### **4.5 Selvinkriminering inden for miljøretten**

Der blev over for retsudvalget bl.a. spørgsmål om hvorvidt lovforslagets § 10, stk. 1, om forbud mod selvinkriminering er i overensstemmelse med **miljømyndighedernes administrative praksis**. I den forbindelse omtaltes bl.a. jordforureningslovens § 40 og miljøbeskyttelseslovens § 72.

Jordforureningslovens § 40, stk. 1, indebærer, at miljømyndighederne kan påbyde en forurener at give de oplysninger, som har betydning for vurderingen af afhjælpende eller forebyggende foranstaltninger vedrørende en eventuel forurening. Tilsvarende indebærer miljøbeskyttelseslovens § 72, at

den, som er ansvarlig for en virksomhed, der kan give anledning til forurening, efter anmodning fra miljømyndighederne skal give alle oplysninger, herunder om økonomiske og regnskabsmæssige forhold, som har betydning for vurderingen af forureningen og for eventuelle afhjælpende eller forebyggende foranstaltninger. Begge bestemmelser omfatter forureningstilfælde, som efter omstændighederne kan medføre straf.

Der blev i § 10 ikke gjort undtagelse for miljørettens vedkommende.

I stedet er der efterfølgende blevet vedtaget, at der ved lov nr. 1373 af 20 december 2004 er gennemført en række ændringer i miljølovgivningen.

Se således f.eks. følgende regler i miljøbeskyttelsesloven.

**§ 70 a.** I tilfælde, hvor § 10 i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter finder anvendelse, kan tilsynsmyndigheden udføre nødvendige undersøgelser for den ansvarliges regning til belysning af forhold, som denne ellers er eller kunne være pålagt at afgive oplysninger om.

**§ 70 b.** I tilfælde, hvor § 10 i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter finder anvendelse, eller hvor det af håndhævelsesmæssige eller miljømæssige årsager i øvrigt skønnes nødvendigt, kan tilsynsmyndigheden for en afgrænset periode træffe beslutning om at udføre den kontrol, som en virksomhed ellers skulle udføre som egenkontrol, for virksomhedens regning. I afgørelsen om at overtage egenkontrollen kan myndigheden fastsætte de krav, der er nødvendige for myndighedens gennemførelse af kontrollen.

Se om baggrunden for reglerne i øvrigt L61 (Folketingsåret 2004–2005).

**Tese 6:**

*Når reglerne nu engang er gennemført på den måde, at de gælder generelt, kan man rejse det spørgsmål, om det er rimeligt at lave en alternativ betalingsordning over for borgere, der påberåber sig selvinkrimineringsbeskyttelsen. På den måde kan man indirekte tvinge dem til ikke at håndhæve deres lovbestemte rettigheder. Man kan også rejse spørgsmålet, om den vil være i strid med EMRK art 6 eller de hensyn, der ligger bag bestemmelsen. Efter min opfattelse er en sådan ordning uheldig.*

## 5. Litteraturoversigt mv.

### 5.1 Litteratur

Brøbech, Birgitte, Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen, Jurist- og økonomforbundets Forlag (2002) s. 163ff.

Bønning, Brancheregler og brancheprocess, Jurist- og økonomforbundets Forlag (2001) s. 199ff.

Christoffersen, J., (2000) Selvinkriminering – Menneskerettighedsdomstolens praksis i *Juristen*, s. 45.

Christoffersen, J., (2003) Forslag til lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter i *EU-ret & Menneskeret*, (no. 6), s. 272–300.

Christoffersen, J., Europæisk retskultur – på dansk, Thomson (2004) s. 249ff.

Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter, 2. udgave, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002 s. 122–212.

Dijk, Pieter van, og Hoof, G.J.H. van, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. udgave, Kluwer Law International, The Hague, 1998 s. 391–479.

Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2004)

Frowein, Jochen, og Peukert, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. udgave, Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1996 s. 152–320.

Harris, D.J., O'Boyle, M. & Warbrick, C., Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, 1995 s. 163–172.

Holdgaard Bukh, Marianne, Modafhøring af vidner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998 s. 65–324.

Jacobs & White, The European Convention on Human Rights, 3. udgave, Oxford University Press, 2002 s. 139–187.

Kjølbro, J.F. (1999) Om selvinkriminering og strafsanktionerede oplysningspligter i *EU-ret & Menneskeret*, vol. 6, s. 131–143.

Kjølbro, J.F. (2003) Om ulovlige beviser og menneskerettigheder i *EU-ret og Menneskeret*, s. 61–69.

Langsted, L.B. (1998) Selvinkriminering og oplysningspligter i *Nordisk Tidsskrift for Kriminalret*, s. 308–324.

Levy, L.W. (1968) *Origins of the Fifth Amendment – The Right Against Self-Incrimination*, (New York: Oxford University Press).

Lorenzen, P. (2003) Artikel 6 i *Den Europæiske Menneskeretskonvention*, P. Lorenzen, L.A. Rehof, T. Trier, N. Holst-Christensen og J. Vedsted-Hansen (Jurist- og Økonomforbundet).

Møller Sørensen, Annette, *Administrativ håndhævelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2003) s. 115ff.

Møse, Erik, *Menneskerettigheder*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 2002 s. 297–340.

Nielsen, Henrik Karl, og Rehof, Lars Adam, *International Arbejdsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998 s. 139–179.

Rytter, Jens Elo, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, Forlaget Thomson, Gad Jura, 2003.

Werlauff, Erik, *Fælleseuropæisk Procesret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000 s. 169–200.

## 5.2 Forarbejder til retssikkerhedsloven (L 96, Folketingsåret 2003–2004)

- Lovforslaget Folketingstidende 2003–2004, Tillæg A, side 3043, 3049, 3070–3078 og 3096–3099.
- Vejledningen til lovens pkt. 110–137 (vejledning nr. 9686 af 2004)
- Retssikkerhedskommissionens betænkning (1428/2003) side 65–94, 139–161, 172, 194–199.
- Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål 3, 5, 19, 26, 29, 36, 42, 47, 48, 51–52, 55–56, 60–61, 69 og 73 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende lovforslaget.
- Skatteministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 9 og 49–50 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende lovforslaget.
- Miljøministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 58 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende lovforslaget.
- Beskæftigelsesministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 71 og 72 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende lovforslaget.
- Fødevareministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 70 og 126 fra Folketingets Udvalg for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (alm. del – bilag 404 og 438).
- Folketingets Retsudvalgs betænkning af 27. maj 2004 over lovforslaget, side 4, 6 og 8–9.

Ilkka Rautio

Ekonomisk brottslighet och  
straffrättens allmänna läror – lönar sig brott?

## **Ekonomisk brottslighet och straffrättens allmänna läror – lönar sig brott?**

Av biträdande justitieombudsman *Ilkka Rautio*, Finland

*Rädslan för att den faktiska bestraffningströskeln vid ekonomiska brott kommer att stiga alltför högt är motiverad. Det är även uppenbart att ett ekonomiskt brott i ett enskilt fall kan bereda gärningsmannen avsevärd ekonomisk nytta.*

*Vad kan vi då ta oss till? Är det inte praxis som ger vid handen att det är exceptionellt svårt att styrka uppsåt på grund av de ekonomiska brotternas avvikande gärningsmiljö och de på förhand svårt värderbara förändringarna i den ekonomiska situationen som ofta anknyter till brotternas skuldbedömning? Är det därför inte kriminalpolitiskt nödvändigt att nöja sig med ett möjligast lågt uppsåtskrav och betona utredningsskyldigheten för den som verkar inom företagslivet, så att straffansvaret skulle kunna förverkligas också vid ekonomiska brott?*

*I föreliggande referat anses att problem inte borde lösas genom att göra avkall på "kvalitetskraven" i straffrättens allmänna del genom att vid ekonomiska brott tillåta och gynna sådana tolkningar angående uppsåt och villfarelse som inte skulle kunna accepteras vid andra brott på grund av att tolkningarna är alltför obestämda eller alltför oberäknliga att förutse. Utgångslägesvis skall man vid ekonomiska brott kunna iaktta lika strikta rättsskyddsgarantier som vid andra brott. Man skall inte via rättspraxis försöka finna en kriminalpolitiskt "lämplig" lösning med tanke på bekämpningen av ekonomiska brott genom att skapa något slags särskilt "uppsåt för ekonomiska brott".*

*Situationen måste lösas så långt som möjligt med lagstiftning. Rekvisiten om ekonomiska brott skall justeras så att det straffbara området framgår möjligast tydligt. Man borde hellre sänka skuldkravet från uppsåt till oaktsamhet eller grov oaktsamhet än att acceptera en uppsåtstolkning som "skräddarsytt" för de ekonomiska brotten och som är svår att bedöma på förhand. Man skall därtill enligt behov skapa tillräckliga legala förpliktelser som klart stakar ut gränserna för utredningsskyldigheten.*

*Man bör också förstå att förverkligandet av straffansvar vid ekonomiska brott inte är problematiskt enbart på grund av brister i lagstiftningen, utan problem existerar fortsättningsvis i polisens, åklagarnas och domstolarnas sakkunskap. Detta får inte lappas över genom att begränsa rättsskyddsförutsättningarna.*

*Ilkka Rautio är född 1950. Han avlade JK-examen 1974. Efter att ha fungerat som jurist vid järnvägsstyrelsen och efter att ha auskulterat övergick han 1978 till domarbanan genom att bl.a. fungera som fiskal vid Helsingfors hov-*



*rätt och underrättsdomare vid Helsingfors tingsrätt. År 1982 fungerade han som sekreterare för justitieministeriets arbetsgrupp som utredde bekämpandet av ekonomisk brottslighet och därefter fram till 1996 som beredare av strafflagen. Sedan 1996 har han arbetat vid riksdagens justitieombudsmans kansli först som referendarieråd och sedermera som kanslichef ända tills han år 2001 valdes till riksdagens biträdande justitieombudsman.*

### **Inledning**

I slutet av 1970-talet och i början av 1980-talet började man i de nordiska länderna bli medveten om problem som de ekonomiska brotten orsakat och man tog upp dem i den offentliga debatten. Debatten fick en kraftig impuls av de uppskattningar som i offentligheten gjordes angående de skador som ekonomiska brott orsakat samhället. Man bedömde att redan samhällets direkta skador utgjorde (oberoende av valuta) flera miljarders förluster och man förstod också att denna "nya" brottslighet allvarligt hotade konkurrensen samt arbetstagarnas och miljöns trygghet. I förhållande till skadorna hade alltför liten uppmärksamhet uppenbart fästs vid bekämpandet av den ekonomiska brottsligheten. Det verkade som om resultatet skulle ha varit en ringa risk för att bli fast för brott samt lindriga straff särskilt i förhållande till den omfattande skada som brotten förorsakade, något som man i bland tyckte uppfatta som en av brotten medförd stor nytta.

Det uppkom ett slags politisk panik att effektivt bekämpa den ekonomiska brottsligheten. Man började snabbt utveckla olika åtgärder i syfte att råda bot på den ekonomiska brottsligheten. Såväl i Sverige som i Finland strävade man särskilt till en början efter att finna lösningar på många olika sätt. Man utvecklade bokföringslagstiftningen och man fastställde nya krav på revision. Även myndigheternas möjligheter att avslöja ekonomiska brott förbättrades genom att såväl skattegranskningens som polisens resurser och kunskap utvidgades. Man utbildade åklagare som specialiserade sig på ekonomiska brott. I Sverige gjorde man till och med ett försök att införa särskilda domstolar för ekonomiska brott.

Det torde inte finnas skäl att misstänka att man med dessa åtgärder inte skulle ha kunnat minska antalet ekonomiska brott eller i varje fall dämpa brottslighetens tillväxt. Problemet var redan från början och är fortfarande i dag att det är mycket svårt att bedöma hur antalet ekonomiska brott utvecklas. Man kan endast göra uppskattningar om antalet ekonomiska brott och de ekonomiska och andra skador som brotten medför. Statistiken utvisar antalet uppdagade brott. Däremot berättar den oss inte i vilken mån ändringarna föranleds av fluktuationerna i näringslivet och i vilken mån ändringarna är ett resultat av att myndigheterna eventuellt lyckats eller misslyckats i bekämpandet av den ekonomiska brottsligheten.

När man bedömer betydelsen av ekonomiska brott och särskilt frågan om i vilken utsträckning ekonomiska brott lönar sig, är det därtill ett problem att det är enklare att uppskatta de ekonomiska (och andra) förluster som nämnda brott medför än att uppskatta den nytta som brotten bereder gärningsmannen. Det är ju typiskt för de ekonomiska brotten att de samhälleligt största ekonomiska förlusterna ofta är förknippade med massbrottslighet som lönar sig förhållandevis illa. Lindriga skattebrott är träffande exempel på sådana brott.

Det är således svårt att ge ett svar på den fråga jag ställt i rubriken redan av den anledningen att det ibland är svårt att uppskatta den personliga nytta som ekonomiska brott bereder. Det största problemet med tanke på frågan är givetvis följande: blir sådana ekonomiska brott, som borde bestraffas, obestraftade på den grund att domströskeln för brott är alltför hög med anledning av de krav som strafflagstiftningens allmänna del ställer? Att besvara den sistnämnda frågan är i själva verket i princip omöjligt emedan man som brott inte kan anse en gärning som enligt lag inte utgör ett brott. I praktiken kan man dock försöka sig på ett svar.

I syfte att finna svar kommer ja nedan först att gå igenom vad jag i denna presentation avser med ekonomiska brott. För det andra tar jag ur finländsk synvinkel upp straffbestämmelser angående centrala ekonomiska brott. För det tredje beskriver jag diskussionen i Finland om hur centrala bestämmelser och principer i strafflagens allmänna del utformats med tanke på vissa ekonomiska brott och jag behandlar riksdagens beslut i dessa tvistefrågor. Därefter försöker jag med hjälp av statistik utreda hur ofta gärningsmän förblir obestraftade i samband med ekonomiska brott. Jag har som avsikt att till slut försöka granska om straffbarhetsströskeln allmänt bedömt ligger alltför högt och om så är, vad vi skulle kunna göra åt saken.

Jag angriper frågan främst ur kriminalpolitisk synvinkel men jag måste givetvis samtidigt avväga hur de valda lösningarna fungerar i praktiken. Jag skall försöka göra mitt bästa i att inte blanda mig alltför mycket i de invecklade detaljerna i straffrättens allmänna del.

Jag har förankrat min presentation i den finska lagstiftningssituationen men jag antar att problemen är rätt lika åtminstone i de nordiska länderna, må vara att lösningarna i lagstiftningsväg i någon mån avviker från varandra.

### **Revideringen av bestämmelserna om ekonomiska brott i Finland**

Den finska strafflagens totalrevidering är i praktiken nära på slutförd. Strafflagens hela traditionella särskilda del har redan reviderats, likaså den allmänna delen. Endast vissa kapitel i den särskilda delen är fortfarande under arbete liksom också den gamla lagens formella upphävning. I samband med att den gam-

la lagen upphävs är det även nödvändigt att revidera bestämmelserna om ikraftträdandet och strafflagen måste eventuellt struktureras på nytt.

Samtliga bestämmelser om ekonomiska brott har redan reviderats. Med tanke på vårt tema är det enligt min åsikt av betydelse att man i Finland till en början reviderade den särskilda delen och först alldeles i slutskedet den allmänna delen (som trädde i kraft 1.1.2004). När straffbestämmelserna reviderades visste man således inte säkert hur de allmänna läroorna skulle komma att reglera brottets allmänna förutsättningar. Revideringen skedde dock inte helt i blindo. Utgångspunkten var att de allmänna förutsättningarna inte borde ändras radikalt. Även internationella exempel tydde på att "hela systemets grunder" inte i första taget helt kan omskrivas.

Bestämmelserna om ekonomiska brott har alltså reviderats utan kunskap om de slutliga lösningarna i den allmänna delen. Betydelsefullt särskilt beträffande bestämmelserna om ekonomiska brott är därtill att man vid revideringen av den finska strafflagen iakttog den så kallade centraliseringsprincipen. Målsättningen var att i strafflagen koncentrera alla sådana straffbestämmelser där fängelsestraff ingår i strafflatituden. Denna målsättning har i det närmaste förverkligats. För vår fråga har detta en betydelse emedan den finska strafflagen nu innefattar vissa sådana bestämmelser om ekonomiska brott som i de flesta andra motsvarande länders lagstiftningar intagits i ämnesområdets speciallagar. De bästa exemplen på sådana brott är värdepappersmarknadsbrott och miljöbrott. Jag konstaterar redan i detta skede att de på sätt och vis har "slitits loss" från den lagstiftningsomgivning där de nämnda brotten straffbestämmelser gör sig gällande.

I den finska diskussionen om ekonomiska brott har begreppet ekonomiska brott i allmänhet uppfattats tämligen omfattande. Med sådana brott avses vanligen brott som förövas i samband med ekonomisk verksamhet. Verksamheten i sig kan vara såväl laglig som olaglig. Detta är ett av den ekonomiska brottslighetens särdrag som har en inverkan på hur bestraffningströskeln utformas.

Med tanke på rubriken viktiga ekonomiska brott i den finska strafflagen är särskilt gäldenärsbrott (SL 39 kap.) som anknyter till konkurser, skattebrott och subventionsbrott (SL 29 kap.) samt vissa värdepappersmarknadsbrott (SL 51 kap.) liksom också bedrägeribrott som anknyter till den ekonomiska verksamheten. Utöver dessa brottstyper finns i den finska strafflagen många särskilda kapitler som innefattar brott som klart kan klassificeras som ekonomiska brott. Sådana är exempelvis kapitlen om näringsbrott (SL 30 kap.), om betalningsmedelsbrott (SL 37 kap.) samt om regleringsbrott och smuggling (SL 46 kap.) liksom även kapitlet om immaterialrättsbrott (SL 49 kap.), men de flesta rekvisiten (förutom eventuellt upphovsrättsbrott) i nämnda kapitler är inte "känsliga" ur den nu aktuella synvinkeln. Även exempelvis förfalskningsbrotten (SL 33 kap.) kan ta sig uttryck som ekonomiska brott men dessa brott är inte heller speciellt intressanta i detta sammanhang. I diskussionen i Finland har också arbetsbrot-

ten (SL 47 kap.) och miljöbrotten (SL 48 kap.) ofta setts som ekonomiska brott liksom även tjänstebrott (SL 40:1–4) som anknyter till korruption. Till ett ekonomiskt brott räknas utan tvivel även penningtvätt (SL 32:6–10) som dock inte är särskilt intressant i detta sammanhang.

I straffbestämmelserna i strafflagen har som utgångspunkt tagits att en förutsättning för straffbarheten är att brott skall begås uppsåtligen. Endast en uppsåtlig gärning skall bestraffas ifall inget annat uttryckligen är föreskrivet. Uppsåtskravet konstateras däremot inte uttryckligen i straffbestämmelserna.

I vissa bestämmelser om ekonomiska brott består skuldkravet av antingen enbart vållande eller också av vållande. Denna lösning har valts vid bokföringsbrott av oaktsamhet (SL 30:10), gäldenärssvek (SL 39:4), miljöbrotten (SL 48 kap.) samt vid missbruk av insiderinformation (SL 51:1) och informationsbrott som gäller värdepappersmarknaden (SL 51:5). Vanligen förutsätts grovt vållande "av grov oaktsamhet" men exempelvis vid miljöförstöring av oaktsamhet räcker det med annan än grov oaktsamhet. Vid samtliga nämnda brott bestämdes skuldkravet innan man visste på vilket sätt bestämmelsen om uppsåt, som (eventuellt) skulle intas i strafflagens allmänna del, skulle fastställa uppsåtströskeln.

### Revideringen av strafflagens allmänna del

Den förda diskussionen om ekonomiska brott har angående de allmänna förutsättningarna gällt framför allt frågor med anknytning till uppsåtet. Till diskussionen anknyter just ur de ekonomiska brotternas straffbarhetssynvinkel i viss mån villfarelsens inverkan på straffbarheten och utredningsskyldighetens utsträckning.

Min avsikt är inte att fördjupa mig i de allmänna lärorens "eviga" tvistefrågor. Jag presenterar dock i korthet diskussionen i Finland som migveterligen rätt långt avspeglar åtminstone den i Sverige uppkomna diskussionen om intagandet av bestämmelser om uppsåt i brottsbalken.

Jag koncentrerar mig på uppsåtet som (även) i Finland var föremål för en häftig debatt. Meningsskiljaktigheterna uppkom när man föreslog att i strafflagen skulle intas en bestämmelse som grundade sig på det s.k. sannolikhetsuppsåtet som skulle ha gällt samtliga element i rekvisiten, dvs. såväl omständigheter som följden. Förslaget kritiserades för att ett godtagande av ett dylikt uppsåtskrav skulle ha varit problematiskt vid bekämpandet av den ekonomiska brottsligheten, emedan det just vid denna brottslighet är svårt att styrka uppsåtet.

I Finland fördes i samband med revideringen av de allmänna lärorens en häftig debatt huruvida man i strafflagen skulle kunna övergå till en enhetlig uppsåtsdefinition. Finländarnas våghalsighet beskrivs av det faktum att man i

de andra nordiska länderna inte över huvud haft mod att reglera uppsåtet i lagen utan därtill hörande linjedragningar har lämnats som uppgift för rättspraxis.

I lagberedningsskedet vann den ståndpunkt enligt vilken man i den nya allmänna delen i strafflagen skulle inta en uttrycklig bestämmelse om uppsåt. I den tidigare lagen fanns inte en sådan bestämmelse ens i Finland. Uppsåtskravet hade utformats som ett resultat av rättspraxis och rättsvetenskaplig debatt, men någon enhetlig praxis som skulle ha tillämpats på samtliga brott hade inte etablerats.

Uppsåtslösningarna riktades i rättspraxis vanligen mot gärningsmannens inställning till gärningens följder. De flesta fallen gällde med andra ord det s.k. följduppsåtet. Omständighetsuppsåtet som angår gärningsomständigheterna behandlades inte i lika stor grad. Denna indelning inverkar även på huruvida det vid uppsåtsbedömningen betonas medvetna aspekter (kognitiva uppsåtsteorin) gällande gärningsomständigheterna eller som vid följduppsåtet, både volativa faktorer med anknytning till gärningsmannens vilja och medvetna omständigheter.

Utän att närmare gå in på detaljerna kan man konstatera att man i rättsvetenskapen i Finland traditionellt åtskiljer tre huvudsakliga inställningssätt till hur gärningsmannen förhållit sig till följderna av sin gärning: 1) ifall gärningsmannens syfte varit att åstadkomma en kriminaliserad avsikt, beskrivs hans uppsåt med den latinska termen *dolus determinatus* (exempelvis i Sverige används här termen *dolus directus*) 2) ifall gärningsmannen inte direkt haft som syfte att åstadkomma en nämnd följd, men accepterat att följden är ett säkert resultat av hans gärning, beskrivs uppsåtet i Finland med termen *dolus directus* (i Sverige *dolus indirectus*) och 3) den lägsta graden av uppsåt beskrivs med termen *dolus eventualis* som beskriver att gärningsmannen vid gärningstidpunkten ansett vissa följder med anknytning till gärningen som mer eller mindre möjliga, men han har inte direkt eftersträvat dessa eller uppfattat dem som oundvikliga. Denna lägsta grad av uppsåt, som samtidigt utgör gränsen till oaktsamheten, beskrevs traditionellt genom den s.k. positiva viljeteorin. Enligt denna teori var det avgörande med tanke på uppsåtet huruvida gärningsmannen accepterade uppkomsten av en straffbar följd.

Rättspraxis omfattade inte helt obestridd denna teori, låt vara att den tagits upp i rättslitteraturen. I rättspraxis ledde utvecklingen emellertid till att avgörandena inte grundades på bedömningen av gärningsmannens hypotetiska viljetillstånd utan på det hur sannolik gärningsmannen ansåg att den orsakade följden var vid gärningstidpunkten. Starkt förenklat kan man konstatera att uppsåtskravet vanligen hade i rättspraxis formulerats i ljuset av rättsfall gällande brott mot liv. Detta innebar att synpunkter angående följduppsåtet framhävdes. Vid bestämningen av följduppsåtet betonades å sin sida aspekter på grund av vilka man kunde bedöma hur väl gärningsmannen hade måst förstå följderna av sin gärning. Resultatet var att framför allt i "brott mot liv"-fall fastställdes uppsåts-

tets minimikrav till att gärningsmannen hade måst anse följderna av sin gärning högst sannolik. Man talade om sannolikhets uppsåt. Överväganden som beskrev gärningsmannens vilja lämnades åt sidan.

När lagen reviderades väcktes frågan om sannolikhets uppsåtet skulle duga som bedömningsgrund också för omständighets uppsåtet. I regeringens proposition föreslogs en sådan lösning, men den godtogs inte. Som ett avgörande problem sågs de svårigheter som en sådan lösning kunde ha betytt för utdömandet av straff för ekonomiska brott. Den ändring som slutligen gjordes i regeringens proposition motiverades i riksdagens lagutskotts betänkande på följande sätt:

“*Uppsåt*. Enligt den föreslagna paragrafen är en gärning uppsåtlig om det att brottsbeskrivningen förverkligas motsvarar vad gärningsmannen vid tidpunkten för gärningen har avsett eller ansett vara säkert eller övervägande sannolikt. Denna paragraf har väckt synnerligen mycket diskussion. Avvikande åsikter har framförts om hur den nedre gränsen för uppsåt skall definieras och hur å ena sidan följd uppsåt och å andra sidan omständighets uppsåt skall regleras.

Den föreslagna uppsåtsdefinitionen omfattar både följd uppsåt och omständighets uppsåt. Definitionen av omständighets uppsåt är inte lika svår att fastslå eller lika omtvistad som följd uppsåt, där formerna varierar enligt brottstyp. Den föreslagna bestämmelsen har ansetts särskilt misslyckad med avseende på omständighets uppsåt vid ekonomiska brott och det har ansetts att definitionen sänker uppsåtströskeln. Utskottet föreslår därför att i paragrafen endast föreskrivs om följd uppsåt. Frågan om omständighets uppsåt kommer att prövas i rättspraxis, varvid bestämmelsen om rekvisitsvillfarelse bör beaktas. Den nedre gränsen för följd uppsåt föreslås följa högsta domstolens vedertagna praxis och basera sig på hur sannolik påföljden varit enligt gärningsmannens bedömning. Gärningen är uppsåtlig då gärningsmannen ansett följderna vara mycket sannolik. Juristernas åsikter om hur den nedre gränsen för uppsåt skall fastställas varierar mycket. De många uppsåtsdefinitionerna kan på goda grunder kritiseras utan att enighet kan nås om hur den bästa definitionen skall utformas. Utskottet förenar sig om det som framförs i motiveringen (s. 87/II), att det inte har framförts några övertygande skäl till att utforma bestämmelsen på ett sätt som avviker från en på högsta domstolens prejudikat baserad vedertagen rättspraxis. Uppsåtsbestämmelser som avviker från denna praxis kunde ha följder som är svåra att förutse.”

### **Är det speciellt svårt att styrka uppsåt vid ekonomiska brott?**

Riksdagen kom alltså till att sannolikhets uppsåtet beträffande omständigheternas bedömning oskäligt starkt kan höja straffbarheten vid ekonomiska brott. Men varför är det så svårt att styrka uppsåt vid ekonomiska brott?

Det grundläggande problemet är att brottets verkställighetsåtgärd vid ekonomiska brott är utåtsett likadan som det behöriga förfarandet eller brottet förövas medelst medveten underlåtelse. Vid de traditionella brotten, t.ex. brotten mot liv och hälsa, skiljer sig själva gärningen vanligen tydligt från sedvanliga godtagbara handlingar. Vid misshandel och speciellt vid egendomsbrott vållar uppsåtsbedömningen sällan några större problem. Gärningarna avviker från den normala vardagen och redan spåren berättar vanligen en hel del. Även när det är svårt att på basis av beteendet bedöma gärningsmannens tankar och sinnesstämning kan av gärningssätten dras tämligen pålitliga slutsatser. Karakteristiskt är också att den finska strafflagens nuvarande uppsåtsbestämmelse uppkommit i samband med att man i "brott mot liv"-fall dryftat uppsåt att döda.

De ekonomiska brotten har även ofta ett objekt som avviker från andra brott. Exempelvis skattebrotten riktar sig mot staten och ofta uppdragas ett brott inte ens utan en särskild granskning. Vid gäldenärsbrott och värdepappersmarknadsbrott kan antalet målsägande å sin sida vara så stort att en enskild målsägandes intresse att kräva en brottsutredning inte alltid är så stort som vid de traditionella brotten. Följden uppkommer i varje fall ofta märkbart efter gärningstidpunkten. Även dessa aspekter begränsar möjligheterna att straffansvar aktualiseras vid ekonomiska brott.

Vid ekonomiska brott, särskilt omfattande ekonomiska brott, måste man kunna skilja åt det misstänkta brottet från ett stort antal mycket likartade icke-brottsliga rättshandlingar. Det är ofta fråga om huruvida ett visst förfarande med den kännedom som funnits i gärningsögonblicket varit företagsekonomiskt sedvanligt eller inte och huruvida förfarandet varit förknippat med syften som i strafflagen föreskrivits som förbjudna. Exempelvis vid oredlighet som gäldenär måste dryftas om syftet med en ny förbindelse är att utöka gärningsmannens ekonomiska nytta före en konkurs eller om syftet med en egendomsöverföring är att överföra egendom i skydd för borgenärerna. Man kan därtill vara tvungen att bedöma om en följd som i efterhand kan konstateras ha varit sådan som gärningsmannen åsyftat, eller har den berott på omständigheter som gärningsmannen inte kunnat förutse.

Vid revideringen av strafflagen gjordes brottsrekvisiten mer allmänna än tidigare. Avsikten var att rekvisiten inte skulle föråldras så snabbt med anledning av förändringar i verksamhetsformerna. Detta höjde på bestämmelsernas abstraktionsnivå, vilket å sin sida kan försvåra möjligheterna att förutse tolkningen av bestämmelserna. Tolkningen grundar sig dessutom på ifrågavarande områdes värderingar och begrepp (exempelvis företagsekonomiska begrepp och värdepappershandels begreppscomplex). När dessa begrepp därtill "frigjorts" från respektive lagstiftningssammanhang kan det finnas en risk för att det stöd som de fått från den tidigare lagstiftningssammanhållningen försvagas.

Det är också sant att i bestämmelserna om ekonomiska brott även förekommer andra än följelement. Sådana är exempelvis "en oriktig uppgift om någon

omständighet som påverkar bestämmandet av skatt” vid skattebedrägeri och “obestånd” vid oredlighet som gäldenär. Obeståndet utgör i den nämnda bestämmelsen visserligen också ett följelement “försätter sig på obestånd eller väsentligt förvärrar sitt obestånd”.

Att lägga nämnda element som grund för bedömningen av sannolikhetsuppsåt har i Finland kritiserats även av den orsaken att omfattande ekonomiska brott ofta prövas av domstolen först flera år efter att de straffbara gärningarna begåtts. Då är det över huvud mycket svårt att alls göra någon bedömning av gärningsmannens uppsåt.

Det finns således belägg för påståendet att det är särskilt svårt att bedöma uppsåtet vid ekonomiska brott.

### **Möjligheterna att sänka bevisröskeln vid ekonomiska brott**

I Finland har rätt nyligen publicerats en doktorsavhandling där skribenten bl.a. behandlar hur uppsåtskravet reds ut vid rättegångar som gäller ekonomiska brott (Pekka Koponen: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohtassa, Helsinki 2004 [Ekonomiska brott i straff- och straffprocessrättens kontaktpunkt]). Skribenten, som är statsåklagare och genom sitt arbete mycket väl känner till de praktiska problemen när ekonomiska brott åtalas, väljer att rekommendera att man går in för att använda viljeuppsåtet som ett sätt att närma sig saken vid de svåraste ekonomiska brotten. Han bedömer dock att största delen av tolkningssituationerna är så klara att “de utgångslägesvis entydigare kognitiva elementen” ger de bästa grunderna för en lösning. Han konstaterar därtill att gärningens sociala klandervärdhet och bedömningen av dess riskpotential till en del skulle kunna användas som en faktor vid gärningsmannens skuldbedömning.

Koponens teser om uppsåtsbedömningen vid ekonomiska brott torde kunna sammanfattas enligt följande:

1. bedömningen skall inte enbart göras på basis av sannolikhetsuppsåtet, utan betydelse skall även tillmätas det faktum att gärningsmannen förhåller sig instämmande eller kvalificerat likgiltigt
2. en viss objektivisering av bedömningen måste kunna accepteras (skribenten hänvisar till sådana brottsbeskrivningselement som uppgiftens “felaktighet” eller “viseledande natur”, överlåtelsens “godtagbara skäl” eller förpliktelsens “grundlöshet” och han anser att till denna del borde det väsentliga vara huruvida gärningsmannen känt till de omständigheter som ligger som grund för bedömningen och inte huruvida han uppfattat omständigheternas karaktär på det sätt som viljeuppsåtet förutsätter)



3. den utredningsskyldighet som förutsätts av gärningsmannen skall vid de olika ekonomiska brotten bedömas enligt brottstyp (skribenten konstaterar det så att ju mer individualiserad och betydelsefull information det är fråga om desto högre skall utredningsskyldigheten ställas, och han varnar speciellt för att sannolikhetsuppsåtet till väsentliga delar skulle trivialisera utredningsskyldighetens betydelse)
4. vid ekonomiska brott borde antalet kriminaliseringar som grundar sig på grov oaktsamhet utökas och
5. man skall nedsätta gränsen mellan rekvisitvillfarelse och förbudsvillfarelse (skribenten är i synnerhet rädd för att en omfattande tillämpning av rekvisitvillfarelse skulle leda till ett slutresultat som avviker från uppsåtsbedömningen).

Det är inte ändamålsenligt att här närmare gå igenom de ovan presenterade punkterna. Det torde räcka i detta skede att nämna att punkterna på ett ypperligt sätt visar hur svårt det ofta är att införskaffa bevisning vid ekonomiska brott. Ett socialt förkastligt beteende ser ut att, i varje fall ur åklagarens synvinkel, allför lätt förbli obestraftat.

En annan statsåklagare har i sin artikel (Ari-Pekka Koivisto: Tahallisuudesta talousrikoksissa, Helsinki 2004 [Om uppsåt vid ekonomiska brott]) analyserat vissa finska praktiska rättsfall ur uppsåtsteoriernas synvinkel och ansett att domstolsavgörandenas utgång i vissa fall de facto skulle kunna variera beroende på den valda uppsåtströskeln. Han konstaterar dock att i de fallen han närmare granskat hade förundersökningen och åtalet gjorts i så gott samarbete mellan polis och åklagare att domstolen inte ens behövde pröva uppsåtets lägsta grader, utan bevisningen räckte till även för striktare krav (detta är beklagligtvis inte alltid en självklarhet i Finland).

### **Lönar sig således ekonomisk brottslighet?**

Jag återvänder till frågan i rubriken. Jag har ovan presenterat olika grunder för antagandet att ekonomiska brott är exceptionellt svårbedömda vid förverkligandet av straffansvar. Jag granskar i det följande i korthet viss information om hur situationen i Finland utvecklats gällande ekonomiska brott.

När man studerar statistiken är det skäl att märka att antalet statistikförda ekonomiska brott varierar stort även beroende på hur effektivt myndigheterna lyckas avslöja och undersöka brott. Den verkliga ekonomiska brottsligheten torde däremot variera rätt långt på basis av näringslivets fluktuationer, hög- och lågkonjunkturer. Myndigheternas kamp i syfte att förebygga brottslighet är dock givetvis inte betydelselös.

Av diskussioner, som jag har haft med vissa åklagare som en längre tid ar-

betat med ekonomiska brott, har jag fått en sådan bild att myndigheternas förmåga att bekämpa och utreda ekonomiska brott ännu i början av 1980-talet var tämligen outvecklad. Att man blev medveten om prolemlen med ekonomiska brott och att man vidtog åtgärder i syfte att lösa prolemlen började dock rätt snabbt ha en inverkan. Först utvecklades polisens kunnande och därefter inleddes en effektiv utbildning av åklagare i ärenden som gällde ekonomiska brott. Domstolarna tycktes till en början komma aningen på efterkälken, men efter en tid lyckades man även förkovra domarnas yrkeskunnighet. Ännu för dryga tio år sedan förekom påståenden att åtal till och med förkastades på grund av bristande sakkunskap. Nu är situationen en annan. Misstankar om att åtal skulle förkastas på nämnt sätt framkastas inte längre ens i "konfidentiella diskussioner". Domarens uppgift är att förkasta åtal om tillräcklig bevisning inte läggs fram. Det är ju inte ens meningen att denna tröskel skulle sänkas alltför lågt.

Men om så är fallet frågar man sig om det existerar sådant allvarligt klandervärd beteende som "räddas av" förundersöknings- eller åtalströskeln på grund av alltför strikta straffbestämmelser i strafflagen eller bestämmelser i dess allmänna del. Denna fråga är svår att reda ut. Ur brottsstatistiken kan inget svar hittas. Med hjälp av rättspolitiska forskningsinstitutets årliga rapport kan man dock göra ett försök att uppskatta situationen. Antalet ekonomiska brott, exempelvis skattebrott och gäldenärsbrott har till och med i rätt stor grad varierat under de senaste tio åren. De statistikförda skattebrotten (som kommit till polisens kännedom) var flertaligast under åren 1996–1998. Särskilt skatteförseelserna (underlåtelse att betala skatter och betalningar med anknytning till affärsverksamheten, trots att företaget inte är insolvent) var flertaligast i början av 1990-talet, men antalet sjönk märkbart under de senaste åren. Man antar i rapporten att en orsak till detta var att man vid bekämpandet av skattebrotten inriktade resurserna medvetet på de allvarligaste gärningsformerna. Detta framgick även på så sätt att den relativa andelen grova skattebrott steg.

Vid bokföringsbrotten har utvecklingen varit förvånansvärt liknande. Det största antalet brott uppdagades i mitten av 1990-talet, men mot slutet av decenniet minskade antalet märkbart. Också här antas att orsaken var att kontrollen avsevärt minskade. Antalet gäldenärsbrott är idag endast hälften av antalet i början av 1990-talet. Så har dock skett även med antalet konkurser. I Finland förutsätter gäldenärsbrotten inte nödvändigtvis en konkurs, men uppdagandet av brott anknyter å andra sidan till konkursutredningar, dvs. till boutredarens iakttagelser. Det är emellertid intressant att antalet gäldenärsbrott steg i början av 1990-talet trots att antalet konkurser inte steg i samma skala. Forskningsinstitutet bedömde att detta berodde på att kontrollen då tillfälligt ökade.

Medelst statistik och tolkningar av den kan man således inte påvisa ändringar i lagstiftningen. Väsentliga lagändringar har visserligen trätt i kraft redan före nämnda variationer, men siffrorna och utredningarna påvisar i varje fall att variationerna i kontrollen och de ekonomiska konjunkturen spelar en avgörande roll.

Risken för att ett ekonomiskt brott uppdagas är i sig påtagligt liten. Enligt en undersökning som gjorts vid Polisyreshögskolan är företagen försiktiga i att ens anmäla ekonomiska brott som riktar sig mot företagen. Anmälningens procent uppskattades vara i medeltal 10 %, men anmälningensintresset varierar visserligen stort beroende på brottstyp. Brott som indikerar att ett företag skyddat sig illa mot brottslighet vill man av förståeliga skäl hindra att komma ut i offentligheten. Det är naturligtvis även så att man inte heller i själva företagen upptäcker en stor del av brotten. Ekonomiska brott som riktar sig mot företag uppdagas vanligen av en slump och i vissa internationella undersökningar uppskattas att till och med 90 % av brotten kan förbli ouppklarade. Ovan har redan varit tal om hur skattebrotten och de ekonomiska brotten, som kontrolleras på myndigheternas försorg, uppdagas på varierande sätt väsentligt beroende på undersökningsresurserna. De brott som myndigheterna konstaterat utreds å andra sidan säkerligen sakkunnigt.

Situationen tycks således starkt tyda på att risken för att bli fast för ekonomiska brott är rätt liten. Saken kan också utredas medelst enkäter om den s.k. gråa ekonomin. I Finland har sådana undersökningar eller rättare sagt utredningar (undersökningsmetoderna är ännu delvis under utveckling) gjorts exempelvis inom byggnads- och restaurangbranschen, vilka på basis av bl.a. polisens och skattemyndigheternas uppgifter kan anses vara aktuella med tanke på den gråa ekonomin. Inom restaurangbranschen ansåg ca 15 % av svaren att bokföringsbrotten var mycket eller tämligen allmänna. Enkätens trovärdighet försvagas dock av svarnas selektivitet och å andra sidan av att de flesta svarare baserade sin information på den "rådande allmänna uppfattningen inom branschen" och inte på de egna direkta erfarenheterna. Inom byggnadsbranschen berättade å sin sida ca 7 % av svaren att de erhållit "svart", dvs. skattefri lön.

Det torde inte råda något tvivel om att ovannämnd grå ekonomi förekommer i alla nordiska länder och att den förorsakar samhället omfattande skatteinkomstbortfall. I Finland uppskattas att den gråa ekonomin utgör nästan fem procent av bruttonationalprodukten. Detta är givetvis en stor andel.

Av den gråa ekonomins omfattning och marginala risk för uppdagande skall dock inte dras alltför drastiska slutsatser om hur lönande det är att begå ekonomiska brott. Det är för det första klart att den personliga nyttan trots allt är rätt liten för de flesta gärningsmän. De omfattande totala skadorna kan vilseleda en att tro att också nyttan skulle vara stor. Vid de brott som orsakar de största skadorna och vilka skulle kunna medföra den största nyttan är risken för att bli fast dessutom säkerligen avsevärt större än normalt. Man kan säga att en större nytta säkert ökar risken för att bli fast. Det finns dock inga starka grunder för att bedöma de ekonomiska brotten "lönsamhet" på basis av statistiken.

Jag har redan konstaterat att det ibland är svårt att bedöma vilken nytta ekonomiska brott bereder gärningsmannen. Med nuvarande mätare torde man i viss mån kunna uppskatta exempelvis den skatteinkomst som staten blivit utan och

de förluster som gäldenärsbrott orsakat andra företagare. Det är däremot mycket svårt att säga vilken brottsnyttan är exempelvis när en företagare som gått i konkurs döms för gäldenärsbrott med anledning av att han i samband med en ekonomisk kris utan fog ökat sina förpliktelser, men förlorar dock allting. Det är enklare att beräkna nyttan när egendom utan godtagbara skäl givits i gåva eller på annat sätt överlåtit. Vid skattebedrägeribrotten torde man vanligen kunna beräkna nyttan, men den personliga nyttan kan i varje fall antas vara rätt liten när man med det bedrägliga beteendet (desperat) strävat efter att fortsätta ett olönsamt företags verksamhet. Jag tvivlar dock inte på att man i och med ekonomiska brott också skaffar sig stora personliga fördelar.

Med tanke på rubriken borde man dessutom dryfta om straffbarhetströskeln är hög även (eller uttryckligen) vid sådana brott där det är möjligt att erhålla stor nytta. Det är emellertid uppenbart svårt att presentera en allmän beskrivning av om ett "lukrativ" ekonomiskt brott är av sådan typ att brottet lätt skulle bli ostraffat just på grund av krav som de allmänna läroerna ställer.

Jag vill i varje fall betona, att den ekonomiska brottsligheten och de olägenheter som den orsakar är ett allvarligt samhälligt problem. Trots att det inte finns att tillgå tillräcklig forskningsinformation om att ekonomisk brottslighet skulle vara på något sätt särskilt lönande för gärningsmannen, är det ett obestritt faktum att den ekonomiska brottsligheten medför exceptionellt stora och vittgående förluster. Det är därför all orsak att särskilt effektivt motverka den.

### Vad borde man göra?

I Finland har alltså problemen i samband med de ekonomiska brotten resulterat i en intressant lösning i strafflagens allmänna del. Bestämmelsen om uppsåt har på sätt och vis avgränsats att gälla andra än ekonomiska brott i och med att omständighetsuppsåtet lämnats utanför bestämmelsens tillämpningsområde. Detta ger i sig ingen anledning till någon särskild skam. En bestämmelse om uppsåt finns ju inte i de flesta strafflagarna, exempelvis inte i någon av de andra nordiska ländernas strafflagar.

Jag förhåller mig ändå aningen skeptisk till den nu i Finland valda lösningen. Det kan visserligen vara så att om man i den finska strafflagen till alla delar skulle ha övergått till att använda sannolikhetsuppsåtet, skulle straffbarhetströskeln vid ekonomiska brott ha stigit från det den tidigare varit. Det är å andra sidan egendomligt att göra en ovannämnd partiell lösning. Att på nämnt sätt ställa ekonomisk brottslighet i en olik ställning är i mitt tycke även problematiskt. En av uppsåtskravets uppgifter är väl att just fastställa straffbarhetens gränser på en acceptabel nivå med tanke på förverkligandet av rättsskyddet?

Jag anser att den i Finland valda lösningen väcker frågan om man försöker underlätta en viss hjälplöshet att utreda ekonomiska brott genom att göra avkall

på rättsskyddströsklarna. Ligger problemet i strafflagens allmänna del eller ligger problemet trots allt i en otillräcklig samhällelig satsning på bekämpandet av ekonomiska brott? Jag citerar här den statsåklagare (Ari-Pekka Koivisto) som jag redan tidigare citerat. Han konstaterar att en i gott samarbete gjord förundersökning och det därpå följande förverkligandet av straffansvar i huvudförhandlingen i brottmål inte som "garant" behöver någon definition av uppsåtets nedre gräns.

Det är skäl att komma ihåg att även ekonomiska brott kan begås av vanliga människor som också kan bli misstänkta för nämnda brott. Alla är inte förmögna myglare som har råd att anställa toppjurister att planera listiga knep i syfte att maximera vinsten. Många personer som misstänks för skatte- och konkursbrott är småföretagare som råkat i ekonomiska trångmål och de försöker in i det sista (eventuellt till och med alltför långt) klara situationen. De borde vara förtjänta av samma rättsskydd som andra för brott misstänkta. De borde i varje fall ha en möjlighet att bedöma sina gärningars acceptabilitet på basis av den skrivna lagen på ett så tillförlitligt sätt som möjligt.

Då jag i början godtog uppfattningen att ekonomiska brott skall effektivt bekämpas, är jag förmodligen förpliktad att presentera egna förslag till hur ekonomiska brott borde bekämpas. I det följande några tankar:

1. rekvisit angående ekonomiska brott skall vid behov ändras om de ser ut att ställa straffbarheten allför högt
2. ifall uppsåtströskeln ser ut att höja straffbarheten oskäligt, borde man överväga att kriminalisera den oaktsamma gärningsformen och inte sträva efter att sänka uppsåtströskeln
3. man borde i brottsrekvisiten eller även i respektive lagstiftning (t.ex. i konkurslagstiftningen och regleringen av värdepappershandeln) sträva efter att utredningsskyldigheten förblir tillräckligt omfattande, så att medveten okunnighet inte förhindrar straffbarhet
4. man skall utveckla givandet av information och erforderliga meddelanden vid beskattningen och konkurserna, så att det inte finns utrymme för fel på grund av oaktsamhet
5. myndigheternas och domstolarnas sakkunskap i att utreda och behandla ekonomiska brott skall utvecklas vidare: det förekommer fortsättningsvis påståenden om att mål som polis och åklagare utrett sakkunnigt förkastas av domstolen med bristfälliga motiveringar
6. myndigheternas förmåga att avslöja ekonomiska brott borde förbättras: åtminstone i Finland har utredandet av ekonomiska brott haft svårigheter helt enkelt på grund av resursbrist.

Jag hoppas att förteckningen visar att det är möjligt att göra ekonomisk brottslighet olönsam utan att ändra på reglerna i strafflagens allmänna del. Trots att åtal vid ekonomiska brott onekligen förkastas rätt ofta kan man inte dra någon

rätlinjig slutsats om att straffbarhetsgränsen vid nämnda brott skulle vara alltför hög, åtminstone inte på grund av att oskäligt höga krav skulle ställas i straffrättens allmänna del.

Min egen uppfattning är att man inte skall utveckla något särskilt uppsåt för de ekonomiska brotten. Även vid ekonomiska brott skall sedvanlig rättsskyddsnivå iaktas. Man kan polemiskt till och med fråga sig om det är korrekt att i myndighetsarbete spara och skjuta över risken på näringslivet. Eller beror de ekonomiska brotten eventuella lönsamhet de facto på brister i kunnandet (eller till och med i den politiska viljan)? Effektiveringen av indrivningen av brottsnyttan kan dessutom vid bekämpandet av uppdagade ekonomiska brott vara viktigare än att man tänjer på rättsskyddsgarantierna i syfte att få domar.

De ekonomiska brotten är ett stort samhälleligt problem, men inte heller dessa brott kan helt avväjas. Det är i företagslivet också acceptabelt att sträva efter produktivitet och det är därvid delvis förståeligt att man prövar sina gränser. Åtminstone vid skattebrott är motparten, staten (i Finland ansvarar staten för skatteuppbörden också för kommunernas och kyrkans del) så stark att man vid avvägningen mellan förverkligandet av straffansvar och dess uteblivande inte i oskäligt stor grad kan överföra ansvaret på den skattskyldiga som ändå oftast är försedd med mer begränsade verksamhetsresurser. Ifall man ställer extremt snäva krav på de ekonomiska aktörerna, kan kraven redan inverka menligt på den ekonomiska verksamheten. Man måste således ta i beaktande de ekonomiskpolitiska synpunkterna; "en totalbekämpning av den ekonomiska brottsligheten leder till att det ekonomiska livet helt stannar upp".

### Mitt referat kan sammanfattas i följande fem teser

1. Det finns inte tillräckliga grunder för påståendet att den ekonomiska brottsligheten skulle löna sig på grund av brister i strafflagstiftningen
2. Det finns inget behov i straffrätten av att omfatta ett slags "ekouppsåt" för att underlätta hithörande bevisproblem. Även på ekonomiska brott skall man tillämpa samma uppsåtläror som gäller för den övriga straffrätten.
3. Däremot finns det behov att utsträcka straffansvaret för ekonomiska missbruk till oaktsamma gärningsformer
4. I vissa situationer är det skäl att omformulera brottsbeskrivningarna för att undvika straffbarhetsluckor.
5. De problem som kunnat iaktas (åtminstone i Finland) beträffande straffansvarets förverkligande för ekobrott beror delvis på att myndigheterna saknar tillräcklig förmåga och kunskap att utreda denna form av brottslighet. Detta problem kan inte lösas genom sänkt domströskel utan genom att förbättra myndigheternas verksamhetsförutsättningar.

Allan Rosas

Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet  
mellan nordisk och internationell juridisk metod

# Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och internationell juridisk metod

Av jur.dr. Allan Rosas, Finland

*Allan Rosas (f. 1948) är juris kandidat (1969), juris licentiat (1971) och juris doktor (1977) från Åbo universitet (Turun yliopisto). Han verkade som biträdande professor i offentlig rätt vid Åbo universitet 1978–81, innehavare av den Armfeltiska professuren i statsrätt och folkrätt vid Åbo Akademi 1981–96, föreståndare för Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi 1985–95 och första prorektor för Åbo Akademi 1994–95. Han har varit medlem av ett antal finländska statliga rådgivande delegationer och kommittéer för lagberedning särskilt inom justitieministeriets, utrikesministeriets och undervisningsministeriets områden samt fungerat som sakkunnig vid dessa ministerier, inför riksdagens utskott och vid internationella organisationer, bl.a. FN, Unesco och Europarådet. Under perioden 1995–2001 var han juridisk chefsrådgivare vid europeiska kommissionens rättstjänst och verkade som sagda rättstjänsts biträdande generaldirektör 2001–2002. Från och med januari 2002 har han varit domare vid europeiska gemenskapernas domstol. Hans vetenskapliga publikationer faller närmast inom ramen för folkrätten, EU-rätten, statsförfattningsrätten och förvaltningsrätten.*

## 1. En tillbakablick

Låt oss inledningsvis gå 20 år tillbaka i tiden, dvs. till år 1985.

Danmark var medlem av de europeiska gemenskaperna (faellesskaben) men detta var före enhetsakten och Maastrichtsfördraget om Europeiska unionen. De andra nordiska länderna stod utanför.

Fyra nordiska länder var medlemmar av Europarådet och anslutna till dess människorättskonvention med kontrollsystem (härefter Europakonventionen) men konventionen var inte införlivad med nationell rätt. Kommissionens och domstolens för de mänskliga rättigheterna rättspraxis spelade ännu en rätt undanskymd roll i nordiskt rättsliv. Finland varken hörde till Europarådet eller var ansluten till Europakonventionen.

De nordiska länderna deltog naturligtvis i det internationella folkrättsliga samarbetet, särskilt inom FN:s ram, men detta samarbete var och är av utpräglat mellanstatlig karaktär. I den mån FN och världssamfundet i allmänhet kommit att inta en mera framträdande roll som normgivare eller rättstillämpare (inklusive de framsteg som uppnåtts beträffande bilägning av tvister i internationella

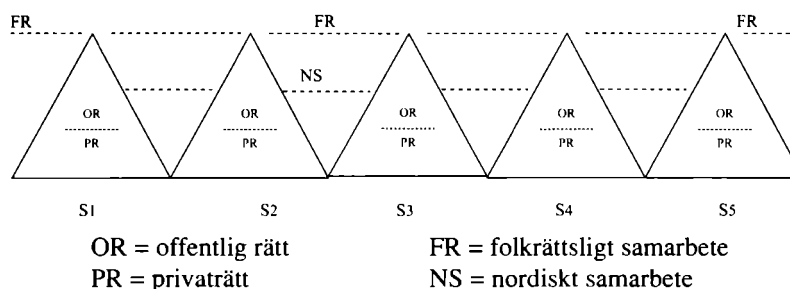


domstolar och domstolsliknande organ<sup>1</sup>), har detta skett först från och med 1990-talet.

Det nordiska samarbetet har varit rätt livligt, dels inom ramen för Nordiska rådet, Nordiska ministerrådet, andra nordiska institutioner och nordiska folkrättsliga konventioner, dels i form av lagstiftnings- och annat juridiskt och tjänstemannasamarbete av mera pragmatisk natur.<sup>2</sup> På 1980-talet uppfattades de nordiska länderna dock fortfarande som utpräglade nationalstater, bestående sig med var sitt nationella politiska system, inklusive ett enhetligt nationellt rättssystem. Visst påverkade de nordiska länderna varandra, mera inom privaträttens än inom den offentliga rättsens område, men man kan inte tala om en gemensam allmänordisk rättsordning.<sup>3</sup>

I den mån de enskilda ländernas rättsordningar utvecklades i nära samverkan med utvecklingen i andra nordiska eller utomnordiska länder eller inom internationella organisationer och konferenser (t.ex. fenomenet konventionsstyrd lagstiftning) begränsade sig utvecklingen till vissa rättsområden (t.ex. familjerätten och vissa delar av civilrätten på nordisk nivå eller sjö- och transporträtten och immaterialrätten även i ett vidare internationellt sammanhang).

Situationen kan i starkt förenklad form beskrivas med följande skiss,<sup>4</sup> i vilken S1 ... S5 betecknar de nordiska nationalstaterna:



<sup>1</sup> Se t.ex. Philippe Sands, Ruth Mackenzie and Yuval Shany, *Manual on International Courts and Tribunals*. London 1999: Butterworths; Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford 2003: Oxford University Press.

<sup>2</sup> En översikt över det nordiska institutionella och juridiska samarbetet har jag presenterat i Allan Rosas, 'PGOs and Nordic Co-operation', ingår i Christopher Hood and Gunnar Folke Schuppert (eds), *Delivering Public Services in Western Europe: Sharing Western European Experience of Para-Government Organization*. London 1988: SAGE Publications, ss. 224–234.

<sup>3</sup> Däremot kan man givetvis tala om en nordisk rättsgemenskap, se t.ex. Thomas Wilhelmsson, 'Den nordiska rättsgemenskapen och rättskällevärdet'. 98 *Tidsskrift för Rettsvetenskap* (1985), ss. 181–197; Pia Letto-Vanamo (red.), *Nordisk identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap*. Helsingfors 1998: KATTI 30, Institutet för internationell ekonomisk rätt vid Helsingfors universitet; Johan Boucht, 'De nordiska juristmötena och rättsgemenskapen i Norden', 80 *Defensor Legis* (1999), ss. 748–775.

<sup>4</sup> Allan Rosas, 'The Decline of Sovereignty: Legal Perspectives', ingår i Jyrki Iivonen (ed.), *The Future of the Nation State in Europe*. Aldershot 1993: Edward Elgar, ss. 130–158, s. 131.

Bilden av de nordiska nationalstaterna som i formellt och systematiskt hänseende "slutna" rättssystem underströks av den dualism som de upprätthållit i fråga om förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt, dvs. de folkrättsliga normerna blir gällande inomstatlig rätt endast om de införlivats med sistnämnda genom en nationell rättsakt. Visserligen kan Finland sägas ha tillämpat ett system med "de facto monism",<sup>5</sup> men i praktiken hörde det till undantagen att en finsk domstol tillämpade en (med inhemska rätt införlivad) internationell traktat; konventioner gällande skyddet av de mänskliga rättigheterna började figurera i finsk rättspraxis först mot slutet av 1980-talet.<sup>6</sup>

Internt har de nordiska länderna följt även en annan typ av dualism, nämligen den grundläggande distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt. Indelningen har varit mera framträdande i Finland och Sverige, till följd av uppdelningen i två skilda domstolssystem.

## 2. Vidgade vyer

Redan tio år senare, dvs. kring år 1995, befann sig de nordiska länderna i en väsentligt förändrad juridisk omgivning. Inte endast hade Finland äntligen tillträtt Europakonventionen (1990) och, som det finska systemet med "de facto monism" påbjöd, införlivat konventionen (såväl som 1961 års europeiska sociala stadga) med finsk rätt, men även Danmark (1992), Island (1994) och Sverige (1995) hade införlivat konventionen med sina nationella rättsordningar och Norge skulle komma att följa detta exempel några år senare (1999).<sup>7</sup>

Samma tidsperiod såg grundandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EES) och, kort därefter, den finska och svenska anslutningen till Europeiska unionen (EU). Särskilt EU-rätten innebär märkbara avsteg från traditionell nordisk dualism. Inte endast EU:s grundfördrag utan även sekundärrätten, dvs. förordningarna, de internationella fördragen ingångna av gemenskaperna och, i fall

<sup>5</sup> Uttrycket faller tillbaka på att samtliga folkrättsliga traktater, inklusive konventionerna för skydd av de mänskliga rättigheterna, införlivats med finsk rätt genom lag och/eller förordning, se t.ex. Heikki Karapuu and Allan Rosas, 'Economic, Social and Cultural Rights in Finland', ingår i Allan Rosas (ed.), *International Human Rights Norms in Domestic Law: Finnish and Polish Perspectives*. Helsinki 1990: Finnish Lawyers' Publishing Company, ss. 195–223, s. 201. Se även Kari Joutsamo, 'The Direct Effect of Treaty Provisions in Finnish Law', *52 Nordic Journal of International Law* (1983), ss. 34–44.

<sup>6</sup> Martin Scheinin, 'The Status of Human Rights Conventions in Finnish Law', ingår i Rosas, a.a., not 5 ovan, ss. 25–43, ss. 35–40.

<sup>7</sup> Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz (eds), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and Its Member States, 1950–2000*. Oxford 2001: Oxford University Press; artiklar om Danmark (Peter Germer, ss. 259–276, s. 263), Finland (Allan Rosas, ss. 289–312, s. 293), Island (Gudrun Gauksdóttir, ss. 399–422, s. 400), Norge (Erik Møse, ss. 625–655, s. 628) och Sverige (Ian Cameron, ss. 833–853, s. 838).

av bristande eller felaktig implementering, direktiven, är direkt tillämpliga och kan på vissa villkor ha direkt effekt i de nationella rättsordningarna och detta med företräde framom nationell rätt av inhemskt ursprung.<sup>8</sup> Visserligen har genomförandet av dessa principer sin nationella grund i stadganden på grundlags- och lagnivå,<sup>9</sup> men ett återtagande av dessa stadganden, om effekten vore att EU:s sekundärrätt underkastades den dualistiska principen, skulle innebära en konstitutionell kris mellan EU och medlemslandet i fråga.

EES-avtalet uppfattas ju ofta som mera mellanstatligt. Skillnaden mellan EU och EES är dock ytterst relativ. Förekomsten av EFTA:s övervakningsmyndighet och EFTA-domstolen, samt kravet på homogen rättstillämpning och -tolkning, gör att EES-avtalet kommer EU:s rättsordning nära. När EFTA-domstolen erkände den EG-rättsliga principen om statens skadeståndsansvar (Francovich-principen) uttalade domstolen, att EES-avtalet är ett *sui generis*-avtal som etablerar en särskild rättsordning och som går längre än ett normalt folkrättsligt avtal.<sup>10</sup> Principerna om företräde och direkt effekt har dock inte helt samma överstatliga genomslagskraft som inom EG-rätten,<sup>11</sup> och de substans-

<sup>8</sup> Ovensagda gäller fullt ut gemenskapsrätten (EU:s "första pelare"). Rambeslut och beslut fattade på basen av artikel 34 unionsfördraget (som ingår i unionsfördragets VI avdelning gällande polis-samarbete och straffrättsligt samarbete, den "tredje pelaren") skall enligt sagda bestämmelse "inte ha direkt effekt".

<sup>9</sup> Se t.ex. Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 4ème édition, Paris 2002: L.G.D.J., ss. 954 (Danmark), 972–973 (Finland), 1070–1073 (Sverige); Henrik Zahle, *EU og den danske grundlov*, København 1998: Christian Ejlers' Forlag; Ulf Bernitz, *Sverige och europarätten*, Stockholm 2002: Norstedts juridik, ss. 104–122; Allan Rosas, 'Finland's Accession to the European Union: Constitutional Aspects', 1 *European Public Law* (1995), ss. 166–170.

<sup>10</sup> Case E-9/97 Sveinbjörnsdóttir, 1998 EFTA Court Report, 95. Se även mål T-115/94, Opel Austria, REG 1997, s. II-39, där förstainstansrätten uttalade, att EES-avtalet "innebär en förstärkt integration med mera långtgående syften än ett enkelt frihandelsavtal" (p. 107). Se även den svenska högsta domstolens domar av den 26 november 2004 (mål nr T-2593-01 och T-2595-01 där majoriteten (3) anslöt sig till EFTA-domstolens uppfattning, enligt vilken EES-avtalet utgör självständig grund för statens ersättningskyldighet vid fall av överträdelse av avtalet medan minoriteten (2) tog avstånd från EFTA-domstolens uppfattning.

<sup>11</sup> Se protokoll 35 till EES-avtalet, som innehåller en skyldighet att "om det är nödvändigt" stifta en nationell författningsbestämmelse om EES-reglernas företräde i händelse av konflikter mellan "genomförda" EES-regler och andra författningsbestämmelser. För icke-genomförda EES-reglers del har EFTA-domstolen ansett, att direkt effekt av EG-rättslig karaktär inte föreligger, Case E-4/01 Karlsson, 2002 EFTA Court Report 240. Se även EG-domstolens yttrande 1/91 om upprättandet av EES, REG 1991, s. I-6079 (p. 27). Se Carl Baudenbacher, 'The EFTA Court: An Example of Judicialisation of International Economic Law', 28 *European Law Review* (2003), ss. 880–899, s. 893; idem, 'Facets of an EEA Constitutional Order', ingår i Ninon Colneric et al. (Hrsg.), *Une communauté de droit*, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Berlin 2003: Berliner Wissenschafts-Verlag, ss. 343–359, 345–351.

mässiga skillnader som trots allt föreligger mellan vissa EU- och EES-regler kan föranleda skillnader även i rättspraxis.<sup>12</sup>

När frågan om EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden diskuterades vid det 33. nordiska juristmötet i Köpenhamn (1993) anförde referenten, att EG-rätten inte kommer att dramatiskt förändra den nordiska rättskulturen, och att EG-rätten främst är<sup>13</sup>

“ett system för gemensam reglering av vissa rättsfrågor som anknyter sig till den ekonomiska verksamheten och som juridiskt sett huvudsakligen inte är så betydelsefulla samt ett system för praktiskt gränsöverskridande samarbete mellan myndigheterna”

EG betecknades av referenten som endast en målgemenskap “med vissa begränsade, främst ekonomiska målsättningar” till skillnad från Norden, som angavs utgöra en “värdegemenskap”.<sup>14</sup>

Åtminstone år 2005 känns denna karakterisering av EG-rätten främmande.<sup>15</sup> Man kan tillägga, att redan Maastrichtavtalet (1992) innehöll en uppsjö av ingredienser för en annan syn på EG/EU.

Härmed är alls inte sagt, att bilden av EU, och dess “systerregim” EES, skulle ha blivit entydig och ostridig. EU kan betecknas som en pluralistisk rättsordning. Debatten om statsförbund, förbundsstat, *sui generis* eller vad? är långtifrån avslutad.<sup>16</sup> Svårigheterna att gestalta EU underlättas sannerligen inte av, att unionen allt sedan 1986 års enhetsakt varit föremål för en kontinuerlig kons-

<sup>12</sup> Jfr t.ex. EFTA-domstolens dom i Case E-2/97 Maglite. 1997 EFTA Court Report, 127, med EG-domstolens dom i mål C-355/96, Silhouette, REG 1998, s. I-4799 (gällandes s.k. konsumtion av varumärkesrätt) och se Baudenbacher, a.a., not 11 ovan (European Law Review), ss. 889–890.

<sup>13</sup> Niilo Jääskinen, ‘EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden’, Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København, 18.–20. august 1993, Bind II, ss. 565–583, s. 567. Se även Forhandlingerna på Det 27. nordiske juristmøde i Reykjavík (1975), s. 175 ff.

<sup>14</sup> Jääskinen, a.a., not 13 ovan, ss. 568, 577.

<sup>15</sup> Se även Ulf Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 196–197, som anför att Jääskinen “förefaller ha kraftigt underskattat EG – rättens betydelse, genomslagskraft och utvecklingspotential även inom s.k. centrala rättsområden”.

<sup>16</sup> Se t.ex. Pär Hallström, ‘Är EU ett statsförbund?’, 1 Europarättslig tidskrift (1998), ss. 88–101; Johan Nergelius, ‘EU – statsförbund, förbundsstat eller das Ding an sich?’, 2 Europarättslig tidskrift (1999), ss. 344–353; Pär Hallström, ‘EU-varken förbundsstat eller das Ding an sich’, *ibid.*, ss. 705–708. Självt har jag i ett sammanhang karakteriserat EU som en “federativ sammanslutning” (eller “förening”), Allan Rosas, *The European Union as a Federative Association*, European Law Lecture 2003, Durham European Law Institute, University of Durham 2004. Om EU som en pluralistisk ordning se t.ex. Ruth Nielsen, ‘Nordic Sources of Law in a European Environment’, ingår i Ian Cameron and Alessandro Simoni (eds), *Dealing with Integration: Perspectives from Seminars on European Law 1995–1996*. Uppsala 1996: Iustus förlag, ss. 15–37, s. 34.

titutionell förändringsprocess, med Maastrichtfördraget (1992), Amsterdamfördraget (1997), Nicefördraget (2001) och nu senast det den 29 oktober 2004 i Rom undertecknade fördraget om upprättandet av en konstitution för Europa (konstitutionsfördraget).<sup>17</sup>

Personligen anser jag det berättigat att beteckna den i och för sig komplexa helhet som bildas av EU:s grundfördrag som en konstitutionell ordning, ja rentav en konstitution i ordets vida bemärkelse, även oberoende av det nya konstitutionsfördragets slutgiltiga öde.<sup>18</sup>

Denna konstitutionella ordning kan sägas bestå av vissa grundläggande 1) principer för rättskälleläran, såsom lagstiftnings- och fördragskompetensen, EU-rättens hierarkiska ordning,<sup>19</sup> företräde framför medlemsstaternas rätt, direkta tillämplighet och direkta effekt samt EG-rättens allmänna rättsgrundsatser; 2) värden, såsom frihet, demokrati, respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt rättsstatsprincipen; 3) principer rörande förhållandet mellan EU och medborgarna, såsom grundläggande rättigheter, unionsmedborgarskapet, målet att bevara och utveckla ett område med frihet, säkerhet och rättvisa samt grundreglerna om den inre marknaden och de grundläggande ekonomiska friheterna; 4) principer rörande förhållandet mellan EU och dess medlemsstater, såsom respekten för deras nationella identitet, principen om lojalt samarbete samt proportionalitets- och subsidiaritetsprinciperna samt 5) regler om kontroll och sanktioner, inklusive gemenskapernas och medlemsstaternas skadeståndsansvar, domstolskontroll (både gemenskapsdomstolarna och de nationella domstolarna) och ekonomiska sanktioner vid underlåtelse att följa EG-domstolens domar.

EG-rättens företräde framför nationell rätt är visserligen kantad med diverse förbehåll och villkor anmälda av några nationella domstolar eller politiska

<sup>17</sup> Den slutgiltiga undertecknade texten i Europeiska unionens officiella tidning, C 310, 16.12.2004, s. 1.

<sup>18</sup> EG-domstolen har betecknat grundfördragen som den "konstitutionella urkunden" för en rättslig gemenskap. mål 294/83, Les Verts, REG 1986. s. 1339 (p. 23); yttrande 1/91 om upprättandet av EES, REG 1991, s. I-6079 (p. 21). Se även Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin 2001: Duncker & Humblot; Christiaan Timmermans, 'The Constitutionalization of the European Union', 21 *Yearbook of European Law* (2001–2002), ss. 1–11; Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism in the European Union', 27 *European Law Review* (2002), ss. 511–529; Liisa Nieminen, *Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyyvä Eurooppa. With an English Abstract* ['The Europeanisation of Constitutional Law – The Constitutionalization of Europe']. Helsinki 2004: Suomalainen Lakimiesyhdistys; Koen Lenaerts and Piet van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*. Second edition. London 2005: Sweet & Maxwell.

<sup>19</sup> Grundfördragen, internationella avtal ingångna av EG, sekundärrätt antagen av parlamentet och/eller rådet, sekundärrätt antagen av kommissionen, beslut fattade inom ramen för den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken (avdelning V unionsfördraget) eller polis- och det straffrättsliga samarbetet (avdelning VI) osv.

instanser.<sup>20</sup> För Danmarks del har højesteret uttalat, att danska domstolar "må ... anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den ekstraordinaere situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetssafgivelsen ifølge tiltraedelsesloven".<sup>21</sup> I Sverige uppställer grundlagen som villkor för överlåtelse av beslutanderätt till EU att den "inte rör principerna för statskicket" och att "fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilken överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i [Europakonventionen].<sup>22</sup> De danska och svenska förbehållen torde ha ringa praktisk betydelse i daglig rättstillämpning.<sup>23</sup> I Finland har såvitt jag vet inga motsvarande reservationer gjorts; däremot kan man säga, att den nya finska grundlagen genom sina knapphändiga hänvisningar till EU-medlemskapet ger en missvisande bild av den finska konstitutionens innehåll.<sup>24</sup>

Betydelsen av EU:s konstitutionella ordning understryks givetvis av den expansion som skett och sker i fråga om EU:s kompetensområde. Den ekonomiska och monetära politiken med egen valuta, säkerhets- och försvarspolitiken

<sup>20</sup> Antonio Estella de Noriega, 'A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Court Case Law on European Integration', 5 *European Public Law* (1999), ss. 269–299; Uta Elbers och Nikolaus Urban, 'The Order of the German Constitutional Court of 7 June 2000 and the Kompetenz-Kompetenz in the European Judicial System', 7 *European Public Law* (2001), ss. 21–33; Takis Tridimas, 'Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure', 40 *Common Market Law Review* (2003), ss. 9–50, ss. 45–46; Allan Rosas, 'The Legal Sources of EU Fundamental Rights: A Systemic Overview', ingår i Colneric et al., a.a., not 11 ovan, ss. 87–102, ss. 88, 92. Enligt artikel 1-6 i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (not 17 ovan) skall konstitutionen och den rätt som antas av unionens institutioner genom utövande av de befogenheter den har tilldelats "ha företräde framför medlemsstaternas rätt". Se därom diskussionen i 7 *Europarättslig tidskrift* (2004), ss. 27–42 (inlägg av Mats Melin, Ulf Bernitz, Nils Wahl och Ulf Öberg).

<sup>21</sup> Dom af 6. april 1998 i sag I 361/1997, Hanne Norup Carlsen m.fl. mod statsminister Poul Nyrup Rasmussen, UfR 1998, 800. Se även Peter Biering, 'The Application of EU Law in Denmark', 37 *Common Market Law Review* (2000), ss. 925–969, ss. 928–932. Enligt den danska grundlagens § 20 kan överföring av beslutanderätt till EU ske endast "i nærmere bestemt omfang", se t.ex. Zahle, a.a., not 9 ovan, s. 17 ff.

<sup>22</sup> Regeringsformens 10 kap. 5 §.

<sup>23</sup> För Danmarks del se Biering, a.a., not 21 ovan, s. 931 ("the situation implied by the Supreme Court is so unlikely to occur in practice that the obligation of Danish courts to strike down Community law can hardly be expected ever to become of relevance") och gällande Sverige Göran Schäfer, 'Unionen och medlemsstaternas kompetens inom EU', Förhandlingarna vid det 34 nordiska juristmötet i Stockholm, 21–23 augusti 1996. Del i, ss. 137–165, ss. 159–165; Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 109–117. Bl.a. i mål 219-1997 (Regeringsrättens årsbok 1997 ref. 65, "Lassagård") tillerkände regeringsrätten EG-rätten företräde, Bernitz, ss. 125–127.

<sup>24</sup> Allan Rosas, 'Millainen perustuslaki Euroopan unionille?', ingår i Heidi Hautala m.fl., *Minun Eurooppani. Neljä visiota Euroopan unionin tulevaisuudesta*. Helsinki 2003: Tammi, ss. 109–139, s. 116.

“som skulle kunna leda till ett gemensamt försvar” (dvs. en veritabel militär försvarsallians)<sup>25</sup> och det tilltagande straff- och processrättsliga samarbetet<sup>26</sup> må här tjäna som exempel.

EU:s komplexitet understryks av att den konstitutionella ordningens geografiska gränser är diffusa. Danmark, Sverige och Storbritannien står utanför den gemensamma valutan. Irland, Storbritannien och särskilt Danmark har en specialställning i vissa frågor (närmast gällande upprättandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, inklusive invandringspolitiken och civilprocessrättsligt samarbete).<sup>27</sup> Landskapet Åland intar en särställning, medan vissa s.k. utomeuropeiska länder och territorier (inklusive Grönland) är associerade med EU utan att formellt tillhöra densamma.<sup>28</sup> Utöver EES-avtalet har EU slutit ett antal associerings- och andra samarbetsavtal med tredje land, av vilka de viktigaste är de som ingåtts med geografiskt närbelägna länder (en del av sistnämnda avtal utgör ett led i en kontinuerlig utvidgningsprocess).<sup>29</sup> I konstitutionsfördraget sammanfattas sistnämnda samarbete med begreppet “unionen och dess närmaste omvärld”.<sup>30</sup>

Unionen består med andra ord av ett antal geografiska cirklar av varierande integrationsgrad. Härtill kommer Europakonventionen och mera allmänt det

<sup>25</sup> Artiklarna 2 och 17 unionsfördraget och Allan Rosas, ‘Puolustuspolitiikka integraatiojunassa’, *Ulkopolitiikka* 3–4/2003, ss. 39–45. Enligt artikel I-41 konstitutionsfördraget “kommer” den gemensamma säkerhets- och försvarspolitikerna “att leda till ett gemensamt försvar, när Europeiska rådet med enhällighet har beslutat detta”. Det bör tilläggas, att vissa frågor i anknytning till det militära försvaret kan behandlas även inom ramen för gemenskapsrätten (“första pelaren”), se artiklarna 296–298 EG och Martin Trybus, ‘The Limits of European Community Competence for Defence’, 9 *European Foreign Affairs Review* (2004), ss. 189–217 (med referenser till relevant rättspraxis).

<sup>26</sup> Se t.ex. Tuomas Pyösti, ‘Det framtida europeiska rättsområdet och Norden’, ingår i Letto-Vanamo, a.a., not 3 ovan, ss. 139–156, s. 143–148; Raimo Lahti, ‘Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter?’, *Förhandlingarna vid det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors*, 15–17 augusti 2002, Del I, s. 431–444; idem, ‘Harmonization of Criminal Law and Its Relation to National Law, Problems of Substance and in the Administration of Justice’, *Report Presented at the Conference of Presidents of Supreme Courts and Attorneys General or Prosecutors General of the Member States of the European Union*, Helsinki, 26–28 May 2004. Se även inlägg i 7 *Europarättslig tidskrift* (2004), ss. 45–64 (Clemens Ladenburger, Linda Gröning och Asbjørn Strandbakken).

<sup>27</sup> Artikel 69 EG och protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning och protokollet om Danmarks ställning. Danmark står i dessa frågor utanför EU-regleringen, medan Irland och Storbritannien har en möjlighet att i enskilda fall meddela att de önskar delta i beslutet (“opt in”).

<sup>28</sup> Anslutningsfördragets protokoll nr 2 gäller Åland. För Grönlands del, se Femte delen (artiklarna 182–188) i EG-fördraget och fördragets bilaga II.

<sup>29</sup> Artiklarna 177, 181a, 300 och 310 EG. Se t.ex. Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*. Oxford 2004: Oxford University Press, ss. 101–119.

<sup>30</sup> Del I, avdelning VIII (artikel I-57) i konstitutionsfördraget.

konventionsverk som antagits inom Europarådets ram. Europakonventionen med sin domstol kan sägas spela en kvasi-konstitutionell roll.<sup>31</sup> Konventionen fungerar som central inspirationskälla för EG-domstolarna (och EFTA-domstolen) när det gäller att bestämma innehållet i de grundläggande rättigheter som utgör gemenskapsrättens (eller EES-rättens) allmänna rättsprinciper.<sup>32</sup> Även Europeiska sociala stadgan (1961) omnämns i unionsfördraget, EG-fördraget och 2000 års grundrättsstadga.<sup>33</sup> Vissa andra konventioner antagna inom Europarådet har influerat EG-rättens utveckling och några konventioner har, vid sidan av medlemsstaterna, även EG formellt tillträtt<sup>34</sup> (dock är EG som allmänt känt inte ännu part till Europakonventionen<sup>35</sup>).

Ur de nordiska ländernas synvinkel stannar dock inte rättens internationalisering vid EU:s och Europarådets regelverk. Många universella eller regionala konventioner eller beslut antagna inom ramen för FN och dess fackorgan, världshandelsorganisationen (WTO), OECD osv. innehåller normer som påverkar lagstiftning och rättstillämpning inom områden som arbetsförhållanden (ILO), sjöfart (IMO), immaterialrättigheter (WIPO och WTO), kapitalrörelser och investeringar (OECD) och miljöfrågor (ECE och OECD). Detta är inget nytt fenomen, men den internationella normeringen har tilltagit med åren och man kan ställa sig frågan, om inte rättens europeisering och internationalisering i allmänhet bidrar till att även dessa normer blir mera uppmärksammade i rätts-tillämpningen.

I detta sammanhang är det skäl att märka, att EG-rättens utveckling har medfört, att ämnesområdet för många universella och regionala folkrättsliga konventioner blivit eller håller på att bli föremål för reglering på EU-nivå. Detta kan i sin tur medföra spänningar och problem för skiljelinjen mellan EU:s och

<sup>31</sup> Lucius Wildhaber, 'Foreword' i Blackburn och Polakiewicz, a.a., note 7 ovan, s. xiv.

<sup>32</sup> Allan Rosas, 'Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts', ingår i Carl Baudenbacher, Per Tresselt och Thorgeir Örlygsson (eds), *The EFTA Court: Ten Years On*. Oxford 2005: Hart Publishing (i tryck).

<sup>33</sup> Fjärde punkten i ingressen till unionsfördraget, artikel 136 EG, grundrättsstadgans ingress. Grundrättsstadgan är publicerad i Europeiska unionens officiella tidning C 364, 18.12.2000, s. 1.

<sup>34</sup> Den 25 februari 2005 var EG part till nio av de närmare 200 konventioner och ändringar till konventioner som ingåtts inom ramen för Europarådet (konventionerna nr 26, 33, 39, 50, 84, 87, 104, 123 och 180), <http://conventions.coe.int>.

<sup>35</sup> Enligt artikel I-9, punkt 2, i konstitutionsfördraget "skall" unionen ansluta sig till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. En motsvarande bestämmelse har också intagits i Europakonventionens protokoll nr 14, som infört följande bestämmelse i konventionens 59 artikel: "The European Union may accede to this Convention".



medlemsstaternas nationella kompetens.<sup>36</sup> I den mån det folkrättsliga samarbetet kanaliseras till EU blir de traktater som ingås automatiskt del av både EG-rätten och medlemsstaternas rätt, med eventuell direkt effekt för enskilda traktatbestämmelser.<sup>37</sup>

En diskussion om betydelsen av rättens europeisering och internationalisering för nordisk rätt bör i mitt tycke beakta distinktionen mellan å ena sidan rättstillämpning och frågan om gällande rätt och å andra sidan rättsnormernas tolkning och frågan om tolkningslära. I det följande skall jag strukturera framställningen enligt denna distinktion, väl medveten om att någon skarp skiljelinje inte låter sig dras i detta avseende.

### 3. Frågan om gällande rätt

I en grundläggande undersökning om de internationella människorättsnormernas ställning i finsk rätt relateras i förordet en episod med en underrättsdomare, som ännu år 1989 förhöll sig skeptiskt till tillämpningen av en internationell konvention som införlivats med finsk rätt och som insisterade på att konventionen, för att äga någon relevans, borde ingå i "lagboken", d.v.s. den informella samling på viktigare författningar som utges av Finlands juristförbund.<sup>38</sup>

Tiderna har förändrats. Idag är det ingen ovanlighet att särskilt Europakonventionen tillämpas i de nationella domstolarna.<sup>39</sup> Även människorättskonven-

<sup>36</sup> I skrivande stund är vid EG-domstolen anhängigt t.ex. rådets begäran om yttrande 1/03, som gäller frågan om huruvida, till följd av förordningen om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (nr 44/2001 av den 22.12.2000), den förnyade Luganokonventionen av motsvarande innehåll bör ingås enbart av EG (exklusiv kompetens) eller om den kan parallellt tillträdas även av medlemsstaterna (s.k. blandkonvention). Nämnda förordning kan få konsekvenser även för EG:s respektive medlemsstaternas kompetens att ingå andra folkrättsliga konventioner. Henrik Ringbom, 'EU Regulation 44/2001 and Its Implications for the International Maritime Liability Conventions', 35 *Journal of Maritime Law & Commerce* (2004), ss. 1–33.

<sup>37</sup> Även sk. blandade avtal, som ingåtts av både EG och medlemsstaterna, kan i sin helhet eller till övervägande delar utgöra EG-rätt (till denna del kan medlemsstatens tillträde bli närapå juridiskt verkningslöst), se t.ex. mål C-239/03, kommissionen mot Frankrike, dom 7 oktober 2004 (punkterna 25–31). Domstolen uttalade här, att om ett blandat avtal gäller ett "område som i stor utsträckning omfattas av gemenskapslagstiftningen" finns det ett gemenskapsintresse av att såväl gemenskapen som medlemsstaterna iakttar de åtaganden som ingåtts och att detta konstaterande inte ändras av att den konkreta fråga som avsågs i kommissionens talan mot Frankrike "ännu inte gjorts till föremål för gemenskapslagstiftning".

<sup>38</sup> I själva verket ingick konventionen redan då i "lagboken", Martin Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. (Summary: Human Rights in Finnish Law). Helsinki 1991: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. VI.

<sup>39</sup> Se Blackburn och Polakiewitz, a.a., note 7 ovan, ss. 263–270 (Danmark), 300–303 (Finland), 407–417 (Island), 642–649 (Norge) och 843–845 (Sverige).

tioner som inte införlivats med inhemsk rätt kan stundtals dyka upp i domslut.<sup>40</sup> Tillämpningen av EU-rätten har blivit rutin, särskilt hos vissa typer av myndigheter och domstolar. Enligt en uppskattning har av de ca 3000 mål som avgörs årligen av den finska högsta förvaltningsdomstolen åtminstone flera hundra någon EU-rättslig anknytning.<sup>41</sup> Det bör å andra sidan noteras, att det överväldigande flertalet av mål som behandlas t.ex. i de allmänna underrätterna inte har någon specifik EU-rättslig anknytning utan gäller rutinärenden såsom brottmål och familjerättsliga mål, där EU-rätten normalt kan komma in i bilden på sin höjd om målet har en gränsöverskridande dimension.

EU-rätten är ju en brokig regelsamling, som på vissa, ofta tekniska områden, kan besitta en oerhörd detaljrikedom men som även består av vissa mycket allmänt formulerade principer av betydande räckvidd och som dessutom innehåller luckor eller bestämmelser (särskilt inom de sk. andra och tredje pelarna) av oklar eller svag juridisk status.

En finsk iakttagare har talat om EU-rättens effekt av "gubben i lådan", varmed avses att en rättstillämpare som öppnar sin nationella rättslåda kan möta en EU-gubbe som till allas förvåning studsar upp och jäckar invanda rättsföreställningar med ett EU-rättsligt perspektiv som ingen kunnat förutsäga.<sup>42</sup>

Jag finner liknelsen mindre väl vald, då den lätt kan uppfattas som ett försvar av en sluten nationell rättsordning med givna "lådor", som EU-rätten försöker göra narr av med försåtliga punktmässiga angrepp. Den innehåller dock ett korn av sanning i så måtto, att EU-rätten som ovan antytts är av varierande innehåll och kvalitet. T.ex. inom civilrätten innebär bristen på en allmän EU-rättslig kodifiering av avtalsrätten, skadeståndsrätten osv. att de strödda regler i detta avseende som kan återfinnas i EU:s sekundärrätt kan föranleda oförutsedda ingrepp i nationella regleringar.<sup>43</sup> Och de allmänt formulerade grundprinciperna rörande EU-medborgarskapet och de fyra ekonomiska friheterna i EG-fördraget har föranlett en rättspraxis rörande sociala förmåner, direkt beskatt-

---

<sup>40</sup> Utöver de fall där domstolarna hänvisade till Europakonventionen redan innan den införlivats med nationell rätt (se Cameron, a.a., not 7 ovan, s. 843), kan som exempel nämnas den svenska regeringsrättens dom i mål 4642-1989, Regeringsrättens årsbok 1991 ref. 41, i vilken den Europeiska sociala stadgan nämndes som stöd för principen om likabehandling av asylsökare i fråga om socialhjälp.

<sup>41</sup> HFD:s president, Pekka Hallberg, har angett att upptill 1/3 av de mål domstolen behandlar årligen kan ha någon (ibland dock en marginell) EG-rättslig anknytning, se t.ex. HFD:s årsberättelse 1999 (Högsta förvaltningsdomstolens publikationer 1/2000).

<sup>42</sup> Thomas Wilhelmsson, 'Vieteriukkoteoria EY-oikeudessa', Oikeustiede – Jurisprudentia 1997, ss. 357–374; idem, 'Europeiseringen av privaträtten: för ett fragmenterat utbyte av erfarenheter', 114 Tidsskrift for Rettsvitenskap (2001), ss. 1–32, ss. 9–10.

<sup>43</sup> Wilhelmsson, a.a., anför just detta som exempel på "gubben i lådan"-fenomenet.

ning av personer och företag m.m. som tagit mången iakttagare på säng<sup>44</sup>. Unionsmedborgarskapet har t.o.m. varit aktuellt i mål rörande bl.a. rättegångsspråk,<sup>45</sup> släktnamn<sup>46</sup> och utmätning<sup>47</sup>

Det är i detta sammanhang att märka, att EG-rätten, även då den inte anses besitta direkt effekt (t.ex. ett stadgande i ett direktiv som innebär för skyldighet för en individ), innehåller en skyldighet att tolka och tillämpa nationell rätt i överensstämmelse med EG-rätten (s.k. EG-konform tolkning).<sup>48</sup>

Det är givet att dylika utvecklingsdrag i EU-rätten ställer vissa krav på rättstillämparen såväl som på rättsvetenskapen och den juridiska undervisningen. På motsvarande sätt kan Europakonventionen och andra människorättskonventioner "dyka upp" i olika och delvis oväntade sammanhang. Det rör sig dock enligt min mening i första hand om ett kunskaps- och medvetenhetsproblem. Europeiseringen har lett till en breddning av rättskällematerien, och denna materie avviker delvis till sin natur från invanda föreställningar. För EU-rättens del kan förekomsten av ett flertal (idag 20–22) språkliga versioner och en EU-specifik lagstiftningsteknik nämnas som exempel på företeelser som kan rubba invanda cirklar och vålla tolkningsproblem.<sup>49</sup>

En annan skillnad av mera grundläggande systematisk karaktär är det faktum, att distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt spelar en mindre roll i EG-rätten än i traditionell nordisk, särskilt finsk och svensk rätt.<sup>50</sup> Det är också givet, att EU, som idag omfattar 25 medlemsstater, inte har en gemensam enhetlig rättskultur på samma sätt som t.ex. de nordiska länderna.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Se t.ex. Jesper Lett, 'EU- og EØS-rettens indvirkning på skatteområdet', Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo, 18.–20. august 1999, Del I, ss. 239–246; Stig von Bahr, 'Le législateur, la Cour de justice et l'harmonisation des impôts directs', ingår i Colneric et al., a.a., not 11 ovan, ss. 433–442; Kristine Kruma, EU Citizenship: Unresolved Issue. RGSL Working Papers No. 22. Riga 2004; Riga Graduate School of Law; Joakim Swedenborg, 'A Brief Note on Union Citizenship: From Homo Economicus to Citizen', 7 Europarättslig tidskrift (2004), ss. 609–617.

<sup>45</sup> Mål C-274-96, Bickel och Franz, REG 1998, s. 1-7637.

<sup>46</sup> Mål C-148/02, Garcia Avello, dom 2 oktober 2003.

<sup>47</sup> Mål C-224/02, Pusa, dom 29 april 2004.

<sup>48</sup> Se t.ex. Leif Sevón, 'Nordisk lagstiftning i integrationsperspektiv', 6 Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet (1994–95), ss. 668–681, ss. 673; målen C-397/01 – C-403/01, Pfeiffer, dom 5 oktober 2004.

<sup>49</sup> Se t.ex. Sevón, a.a., not 48 ovan, ss. 674–676.

<sup>50</sup> Emellertid opererar EG-rätten ofta med en distinktion mellan offentliga myndigheter och privata subjekt i nationell rätt när det gäller att bestämma t.ex. omfattningen av medlemsstatens ansvar, skyldigheten att implementera direktiv, att tillämpa reglerna om offentlig upphandling eller statligt stöd och möjligheten för medlemsstat att avvika från de fyra ekonomiska friheterna.

<sup>51</sup> Se t.ex. Wilhelmsson, a.a., not 42 ovan (2001), ss. 11–14; Sacha Prechal, 'Administration of Justice in the EU: Who Should Do What?', ingår i La Cour de justice des Communautés européennes 1952–2002: Bilan et perspectives. Bruxelles 2004; Bruylant, ss. 63–85, s. 71 ("there is still a relatively unfinished legal system and no mature legal culture").

Beträffande de allmänt hållna grundprinciperna och reglerna, t.ex. unionsmedborgarskapet, de fyra ekonomiska friheterna och de grundläggande rättigheterna såväl som Europakonventionens bestämmelser, har utvecklingen avvikit från en traditionell nordisk hållning till rättighetskatalogerna i de nordiska grundlagarna, vars normativa egenvikt har varit begränsad.<sup>52</sup> Särskilt i Finland har det konstitutionella skyddet av grundläggande rättigheter förstärkts i takt med anslutningen till först Europakonventionen och sedan EU, och har kommit att omfatta även ekonomiska och sociala rättigheter som individuella anspråk, något som åtminstone delvis måste skrivas på internationaliseringens och europeiseringens konto.<sup>53</sup>

EU-rätten har inneburit en starkare fokusering även på allmänna rättsprinciper, inklusive sådana som inte uttryckts explicit i skriven rätt utan som baserar sig på allmänna rättvise- och/eller komparativa överväganden.<sup>54</sup> Som exempel kan nämnas EU-rättens rättssäkerhetsprincip och skydd för berättigade förväntningar<sup>55</sup> och rätten till ett effektivt rättsmedel<sup>56</sup>.

Allmänna rättsprinciper är inte bundna till rummet, än mindre inlåsta i nationalstatens "rättslåda". De är, för att citera stadgan för den internationella domstolen, "allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser".<sup>57</sup> De kan naturligtvis ha en speciell relevans, eller en specifik innebörd, i ett mera begränsat område, vare sig i geografiska termer (såsom EU med sin "närmaste omvärld") eller i sakligt hänseende (t.ex. en *lex mercatoria*<sup>58</sup>) termer. Även då står de i en ständig växelverkan med sin omvärld, dvs. de utgör inte slutna system.

<sup>52</sup> För en översikt av de nordiska grundlagarnas rättighetskataloger se Allan Rosas, 'Grundlagskyddet av de mänskliga rättigheterna i Norden', *Menneskerettighetene i velferdssammenheng*, Fordrag fra XXII Nordiske Studentjuriststevne 1981. Jussens Venner 1982, ss. 339–357.

<sup>53</sup> Som Martin Scheinin påpekar, finns det säkert även mera inhemska förklaringsgrunder till utvecklingen i Finland, såsom det faktum att den skandinaviska realismen och den svenska socialdemokratiska rättsideologin vunnit mindre förfäste därstädes, 'Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland: A Rights-Based Variant of the Welfare State?', ingår i Martin Scheinin (ed.), *Welfare State and Constitutionalism: Nordic Perspectives*. Nord 2001: 5. Copenhagen 2001: Nordic Council of Ministers, ss. 245–285.

<sup>54</sup> Se t.ex. Finn Arnesen, *Introduksjon til rettskildelaeren i EF*. 3. utgave. Oslo 1995: Universitetsforlaget, ss. 104–107; Ola Wiklund, *EG-domstolens tolkningsutrymme*. Stockholm 1997: Juristförlaget, ss. 104–114; Bernitz, a.a., not 9 ovan., s. 181; Hannu Tolonen, *Oikeusläheoppi*. Helsinki 2003: WSOY, ss. 135–144.

<sup>55</sup> Se t.ex. Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 162–181.

<sup>56</sup> Allan Rosas, 'Oikeus kansalliseen oikeudenkäyntiin EU-oikeuden mukaan', ingår i *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004*. Helsinki 2004: Suomalainen Lakimiesyhdistys, ss. 361–373.

<sup>57</sup> Stadgans artikel 38. Dyliga rättsgrundsatser på universell nivå kan återfinnas i 1948 års allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, Allan Rosas, 'State Sovereignty and Human Rights: Towards a Global Constitutional Project', *43 Political Studies* (1995), ss. 61–78, s. 76–77.

<sup>58</sup> Se t.ex. Hannu Honka, 'Harmonization of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective', *11 Tulane European & Civil Law Forum* (1996), ss. 111–184, ss. 154–171

Inom EU-rätten kan EG-domstolen sägas hämta inspiration ur tre huvudsakliga källor för att "finna" en allmän rättsgrundsats: den EG-rättsliga primär- och sekundärrätten själv,<sup>59</sup> internationella instrument, särskilt Europakonventionen, och medlemsstaternas nationella rättsordningar. I sistnämnda hänseende talar unionsfördraget om "medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner" som inspirationskälla för de grundläggande rättigheterna (artikel 6, punkt 2 EU) och EG-fördraget om "de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar" i fråga om gemenskapens utomobligatoriska ansvar (artikel 288 EG).<sup>60</sup> Inom ramen för EG-rätten blir de allmänna rättsprinciperna även del av nationell rätt i de tre nordiska medlemsländerna och – åtminstone i tillämpliga delar – i EFTA-länderna.<sup>61</sup>

Ovansagda är förknippat med frågan om domstolars och domares benägenhet att låta sig inspireras av "främmande" rättspraxis, dvs. beslut av domstolar som inte formellt hör till samma rättssystem ("judicial dialogue"). Jag tänker här inte så mycket på den "dialog" som pågår mellan EG-domstolen och medlemsländernas domstolar, då den ju sker inom ramen för samma konstitutionella ordning (se närmare nedan).<sup>62</sup> Förhållandet mellan EFTA-domstolen och EES-ländernas domstolar avviker något men uppvisar i allt väsentligt likartade drag.<sup>63</sup> Även Europakonventionens domstol intar en särställning, då den ju finns till just för att tolka bestämmelser som nuförtiden är gällande nationell rätt även i de nordiska länderna.<sup>64</sup>

Beträffande formellt "främmande" domstolar – närmast nationella domstolar i andra länder – och deras rättspraxis är jag inte medveten om någon systematisk kartläggning av nordiska domstolars benägenhet att åberopa dylik (inklusive andra nordiska länders) rättspraxis. Mitt allmänna intryck är, att detta före-

<sup>59</sup> T.ex. proportionalitetsprincipen ingår (i fråga om gemenskapens egna åtgärder) i artikel 5 EG.

<sup>60</sup> Se närmare Kostas Tidimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 1999: Oxford University Press; Koen Lenaerts, 'Le droit comparé dans le travail du juge communautaire', 37 *Revue trimestrielle de droit européen* (2001), ss. 487–528; Lenaerts och Van Nuffel, a.a., not 18 ovan, s. 711 ff.

<sup>61</sup> Beträffande de allmänna rättsprincipernas ställning i EES-rätten se t.ex. Henrik Bull, 'The EEA Agreement and Norwegian Authorities', ingår i Fredrik Sejersted (red.), *Nordisk förvaltningsrett i møte med EF-retten*, Oslo 1996: Universitetsforlaget, ss. 53–60.

<sup>62</sup> Se artikel 234 EG och t.ex. Tridimas, a.a., not 20 ovan, ss. 9–50.

<sup>63</sup> EFTA-domstolen avger rådgivande yttranden, inte formellt bindande förhandsbesked.

<sup>64</sup> Frågan om Strasbourgdomstolens domars ställning i nationell rätt är dock inte entydig, se t.ex. Germer, a.a., not 7 ovan, s. 265, och den tyska författningsdomstolens dom av 14.10.2004, 2 BvR 1481/04.

kommer (och då särskilt på ett nordiskt plan) men att det ingalunda hör till dagsrutinen.<sup>65</sup>

Däremot kan man fastslå, att EG-domstolen i stigande utsträckning hänvisar till internationella och regionala domstolars domar. Åberopandet av förstainstansrättens och EFTA-domstolens rättspraxis ter sig mindre uppseendeväckande, då det ju rör sig om samma domstolssystem<sup>66</sup> respektive samma familj.<sup>67</sup> I och med att Europakonventionen av EG-domstolen getts särskild betydelse som vägledning när det gäller att bestämma innehållet i de grundläggande rättigheter som utgör EG-rättens allmänna rättsprinciper är det väl heller inte så märkligt att domstolen sedan medlet av 90-talet börjat åberopa domstolens för de mänskliga rättigheterna rättspraxis.<sup>68</sup> EG-domstolen har dock även hänvisat till Internationella domstolens i Haag domar,<sup>69</sup> WTO:s överprövningsorgans beslut<sup>70</sup> samt kommitténs för de mänskliga rättigheterna synpunkter.<sup>71</sup>

Dessa domstolar eller domstolsliknande organ utgör ett slags expertdomstolar för sina respektive områden. EG-domstolen har helt enkelt tillerkänt dem en viss auktoritativ ställning när det gäller att tolka de konventioner eller den sedvanerätt EG-domstolen själv förväntas tillämpa. På motsvarande sätt har Strasbourgdomstolen i ett flertal fall hänvisat till EG-domstolens rättspraxis när den ställts inför olika EG-rättsliga exempel eller problem.<sup>72</sup> Det är alltså inte så mycket fråga om ett sökande efter nya principer eller innovativa lösningar som återfinns i främmande rättssystem utan om en tillit till de domstolar som satts

<sup>65</sup> Hänvisningar till främmande rättspraxis kan ibland förekomma utan att precisera källan, se det finska avgörandet HD 1993:120, som hänvisar till rättspraxis i länder som påminner om Finland i rättskulturellt hänseende. Se även Allan Rosas och Catarina Krause (red.), *Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä*, Helsinki 1993: Lakimiesliiton Kustannus, ss. 41, 127–133. Som ett färskt exempel kan nämnas, att den svenska högsta domstolen i två domar av den 26 november 2004 (se not 10 ovan) hänvisade till norsk och isländsk rättspraxis som stöd för uppfattningen, att EFTA-domstolens avgöranden bör tillmätas en betydande vikt (även om de formellt är av rådgivande karaktär).

<sup>66</sup> Ett aktuellt exempel på hänvisning till en dom av förstainstansrätten utgörs av mål C-160/03, Spanien mot Eurojust, dom 15 mars 2004 (p. 35).

<sup>67</sup> Se t.ex. mål C-286/02, Bellio, dom 1 april 2004 (punkterna 43, 57). EFTA-domstolen hänvisar rutinmässigt till EG-domstolarnas rättspraxis.

<sup>68</sup> Den första domen torde ha varit mål C-13/94, P mot S, REG 1996, s. I-2143 (p. 16). Idag kan man redan tala om en väletablerad praxis, se Rosas, a.a., not 32 ovan.

<sup>69</sup> Mål C-162/96, Racke, REG 1998, s. I-3655 (p. 50); mål C-37/00, Weber, REG 2002, s. I-2013 (p. 34).

<sup>70</sup> En hänvisning till WTO:s rättspraxis skedde för första gången i mål C-245/02, Anheuser-Busch, dom den 16 november 2004 (punkterna 49 och 67).

<sup>71</sup> Kommittén grundar sig på 1966 års konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. I mål C-249/96, Grant, REG 1998, s. I-621 hänvisade domstolen till kommitténs uttalande utan att dock ansluta sig till kommitténs uppfattning (punkterna 46–47).

<sup>72</sup> Rosas, a.a., not 32 ovan.

att förvalta regimer som EU själv förbundit sig till (allmän folkrätt, WTO-regelverket osv.) eller som EG-domstolen använder som vägledning (Europakonventionen). Fenomenet understryker betydelsen av rättspraxis vid normtolkningen, något som ju ofta förknippas just med europarätten (se nedan), och i synnerhet då komparativ rättspraxis.

Det kan i detta sammanhang noteras, att EU och dess medlemsstater enligt EG-domstolens rättspraxis är skyldiga att inte endast tillämpa de (omkring 1000) internationella traktater EG ingått (och som, med företräde framför annan sekundärrätt,<sup>73</sup> kan ha direkt effekt i medlemsstaterna) utan även att iakttä allmän folkrätt (sedvanerätt). Domstolen har anser sig kompetent att kontrollera efterlevnaden av allmän folkrätt.<sup>74</sup>

Slutligen kan ett ord om betydelsen av "soft law" som rättskälla vara på sin plats. I fråga om EG-domstolens rättspraxis kan man särskilja åtminstone två olika typer av "soft law".

Å ena sidan är det fråga om rättsakter som i sig är juridiskt bindande men som inte formellt binder EG. Till denna kategori hör Europakonventionen och de andra människorättskonventioner som domstolen hänvisat till som vägledning för att bestämma innehållet i de grundläggande rättigheter som utgör EG-rättens allmänna rättsgrundsatser,<sup>75</sup> samt vissa allmänna folkrättsliga konventioner såsom 1969 års Wienkonvention (om traktaträtten) som långt anses uttrycka allmän sedvanerätt.<sup>76</sup>

Å andra sidan är det fråga om dokument av proklamationskaraktär som från första början inte avsetts ha juridiskt bindande verkan.<sup>77</sup> Den år 1989 av 11 medlemsstater antagna gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter kan nämnas som exempel.<sup>78</sup> Ett annat exempel utgörs av stadgan om de grundläggande rättigheterna som proklamerades av parlamentet, rå-

---

<sup>73</sup> Mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-3989 (p. 52); mål C-286/02, Bellio, dom 1 april 2004 (p. 33).

<sup>74</sup> Se t.ex. Allan Rosas, 'International Dispute Settlement: EU Practices and Procedures', 46 German Yearbook of International Law (2003), Berlin 2004: Duncker & Humblot, ss. 284-322, s. 286 (med hänvisningar till EG-domstolens rättspraxis).

<sup>75</sup> T.ex. 1961 års europeiska sociala stadga och 1966 års konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, Allan Rosas, 'The European Union and International Human Rights Instruments', ingår i Vincent Kronenberger (ed), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?* The Hague 2001: T.M.C. Asser Press, ss. 53-67, ss. 57-58 (med genomgång av EG-domstolens rättspraxis).

<sup>76</sup> Pieter Jan Kuijper, 'The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969', 25 *Legal Issues of European Integration* (1998), ss. 1-23.

<sup>77</sup> Sevón, aa., not 48 ovan, s. 674; Lenaerts and Van Nuffel, a.a., not 18 ovan, s. 785 ff.

<sup>78</sup> En hänvisning till gemenskapsstadgan har sedermera intagits i artikel 136 EG.

det och kommissionen i december 2000 och som börjat förekomma i förstainstansrättens domar och generaladvokaternas förslag till avgörande.<sup>79</sup>

#### 4. Normtolkning

Föregående framställning har betydelse inte endast för fastställandet av gällande rätt utan även för frågan om dess tolkning, då ju de "sekundära" rättskällor som berörts ovan (särskilt rättspraxis och "soft law") kan ses som centrala element i en rättskälle- och tolkningslära.

Det är vanligt att betona, att EU-rättens tolkningslära avviker från nordisk tolkningslära, särskilt när det gäller utnyttjandet av förarbeten (*travaux préparatoires*) som del av en historisk tolkning.<sup>80</sup> EG-rätten och EG-domstolen som dess uttolkare sägs då fästa ingen eller ringa uppmärksamhet vid förarbeten men däremot stor uppmärksamhet vid normens syfte (teleologisk tolkning), tidigare rättspraxis och en viss uppmärksamhet vid instrument av "soft law"-karaktär och kanske även den juridiska doktrinen (sistnämnda närmast via generaladvokaternas förslag till avgörande).

Det är riktigt att lagens förarbeten spelar en sekundär roll (och i fråga om primärrätten, nästan ingen roll alls) i EU-rätten. Skillnaderna mellan EU-rätt och traditionell nordisk rätt skall dock inte överdrivas. För det första visar färsk undersökningar, att förarbetena börjat få en något viktigare roll i EG-domstolens rättspraxis.<sup>81</sup> Sekundärrättens utveckling och dess förarbetens större tillgänglighet och bättre kvalitet har härvid säkert spelat en roll. För det andra är det skäl att minnas, att de nordiska ländernas inställning till förarbeten ingalunda har varit identisk. Den mest markanta skillnaden har rått mellan Finland och

<sup>79</sup> Rosas, a.a., not 32 ovan, med hänvisningar till förstainstansrättens och generaladvokaternas praxis. Däremot har EG-domstolen åtminstone hittills avstått från att hänvisa till stadgan. Den har sedermera intagits som Del II i konstitutionsfördraget av den 29 oktober 2004.

<sup>80</sup> Se t.ex. Ole Due, 'Understanding the Reasoning of the Court of Justice', och Leif Sevón, 'Experiencing the Court of Justice of the European Communities', ingår i Gil Carlos Rodríguez Iglesias et al. (éd), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*. Baden-Baden 1999: Nomos, ss. 73–85, s. 76, ss. 577–591, s. 580. För svensk rätts vidkommande Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 18, 29–37.

<sup>81</sup> Sfren Schønberg och Karin Frick, 'Finishing, Refining, Polishing: On the Use of Travaux Préparatoires as an Aid to the Interpretation of Community Legislation', 28 *European Law Review* (2003), ss. 149–171. Se även Ulf Öberg, 'Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten', 12 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* (2000–2001), ss. 492–507. Jfr Richard Plender, 'The Interpretation of Community Acts by Reference to the Intention of the Authors', 2 *Yearbook of European Law* (1982), ss. 57–105.



Sverige. I Finland har förarbetena traditionellt intagit en betydligt mera undanskydd plats<sup>82</sup> än i Sverige.<sup>83</sup>

Ytterligare är att märka, att EU:s sekundärrätt regelmässigt består av en rätt lång ingress, som uttrycker lagstiftningens bakgrund, syften, motiveringen för den rättsliga grunden osv. Ingressen spelar av naturliga skäl en större roll vid normtolkningen än lagens förarbeten.<sup>84</sup>

Det kan vara, att skillnaden är ännu större mellan Europakonventionen och nordisk, särskilt svensk, rätt när det gäller bruket av förarbeten som rättskälla. Vid tolkningen av Europakonventionen intar förarbetena en begränsad betydelse, vilket är naturligt redan på grund av det faktum att huvuddelen av konventionen förhandlades fram i slutet av 40-talet.<sup>85</sup>

Vad själva lagtexten beträffar, opererar EG-domstolen vanligen med följande treindelning 1) ordalydelsen; 2) sammanhanget och 3) ändamålen. Som ett typiskt exempel kan tjäna följande passus ur en rätt färsk dom, där även frågan om förhållandet mellan olika språkversioner behandlas:<sup>86</sup>

“För att kunna besvara den första frågan finns det anledning att först granska ordalydelsen i artikel 3.2 första strecksatsen i förordning nr 1251/70 och särskilt uttrycket under minst två år, som återfinns där. Domstolen noterar att parterna i målet vid den nationella domstolen vad gäller den bokstavliga tolkningen av denna bestämmelse drar slutsatser som står i motsatsförhållande till varandra.”

<sup>82</sup> Aulis Aarnio, 'Statutory Interpretation in Finland', ingår i D. Neil MacCormick och Robert S. Summers (eds), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot 1991: Dartmouth, ss. 123–170, ss. 135–136. Jfr Aleksander Peczenik och Gunnar Bergholz' inlägg i samma verk (ss. 311–358): "The role of [legislative preparatory materials] in Sweden is greater than in other legal systems" (s. 324).

<sup>83</sup> Skillnaderna mellan EU-rätten och den traditionella svenska fokuseringen på förarbeten och särskilt då regeringsproposition har betonats särskilt av Ulf Bernitz, 'Gemenskapsrätten och lagförarbetena', 12 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* (2001–2201), ss. 698–703 (delvis i polemik mot Öberg, se not 81 ovan). För Danmarks del se t.ex. W.E. von Eyben, *Juridisk grundbog*. Bind 1: *Retskilderne*. 5. udgave. København 1991: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 28 ff., och för Norges del Thorstein Eckhoff, *Rettskildelaere*. 5 utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001: Universitetsforlaget, s. 70 ff.

<sup>84</sup> Sevón, a.a., not 80 ovan, s. 580.

<sup>85</sup> Enligt Elisabeth Palm finns det "inte ... mycket tolkningshjälp att hämta från förarbetena till konventionen", 'Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna', 15 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* (2003–2004), ss. 739–749, s. 739. Se även F. Matscher, 'Methods of Interpretation of the Convention', ingår i R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold (eds), *The European system for the Protection of Human Rights*. Dordrecht 1993: Martinus Nijhoff, ss. 63–81, s. 66; Matti Pellonpää, *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Kolmas, uudistettu painos. Helsinki 2000: Lakimiesliiton Kustannus, ss. 188–189.

<sup>86</sup> Mål C-257/00, Givane. REG 2003, s. I-00345, (punkterna 34, 36–37, 38)

Efter en jämförelse mellan de olika språkversionerna, som skiljde sig från varandra, fortsatte domstolen:

“Såsom domstolen har fastställt ... skall alla språkversioner av principiella skäl tillmätas samma värde, som inte kan variera på grund av bland annat den andel av gemenskapsbefolkningen som talar språket i fråga.

Enligt fast rättspraxis skall de olika språkversionerna av en gemenskapsrättslig text tolkas enhetligt. För det fall de skiljer sig åt skall bestämmelsen i fråga tolkas i enlighet med den allmänna systematiken i och syftet med den lagstiftning som bestämmelser är en del av ...

Därefter konstaterade domstolen:

“Eftersom en bokstavlig tolkning av uttrycket under minst två år i artikel 3.2 första strecksatsen i förordning nr 1251/70 inte kan ge ett entydigt svar på frågan, skall begreppet därefter ses i sitt sammanhang och tolkas utifrån den ifrågavarande bestämmelsens anda och ändamål.”

Lagtexten utgör alltså utgångspunkten. Följande uttalande av en av generaladvokaterna återspeglar i mitt tycke rätt väl domstolens inställning: “Gemenskapsrättsliga bestämmelser som inte på något sätt är oklara, är tillräckliga i sig själva. ... En hänvisning till den gemenskapsrättsliga textens syfte görs ofta för att bekräfta den ifrågavarande bestämmelsens ordalydelse. Den är avsedd att styrka en bestämmelses innebörd som inte är helt klar och entydig utan som lämnar allmänt ett litet utrymme för tvivel.”<sup>87</sup>

Ju oklarare text, desto större skäl finns för att granska sammanhanget (systematisk tolkning) och lagens ändamål och syften (teleologisk tolkning). Som nämndes ovan, kan även förarbetena och “soft law” ibland tjäna som vägledning.

Dessa tolkningsmetoder är inte särskilt radikala. Inte heller är det överraskande, att både EG-domstolen och den europeiska människorättsdomstolen normalt ger de normer de är till för att tolka en autonom (europarättslig) innebörd.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Mål C-64/00, Schilling, generaladvokat Légers förslag till avgörande av den 27.9.2001. Se även generaladvokat Jacobs yttrande i mål C-292/00, Davidoff, av den 21 mars 2002 (p. 34) och i mål C-11/00, kommissionen mot europeiska centralbanken, av den 3 oktober 2002 (p. 52). Se även Leif Sevón, ‘Oikeuslähde, laintulkinta ja ratkaisun perustelemien EY-tuomioistuimessa’, föredrag vid Åbo universitet den 10 april 2003.

<sup>88</sup> Om principen om autonom tolkning av Europakonventionen se t.ex. Matscher, a.a., not 85 ovan, s.70; P. van Dijk and G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third edition. The Hague 1998: Kluwer, s. 77; Jukka Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*. Tampere 2003: Tampere University Press, s. 89 ff.

Men vad säga om EG-domstolens påstådda "aktivism", rättsskapande verksamhet och benägenhet att alltid inta integrationsvänliga tolkningar? Är inte de konstitutionella principer som domstolen uttalat (direkt effekt, företrädesprincipen, EG-domstolens monopol att granska sekundärrättens laglighet, grundläggande rättigheter, medlemsstaternas skadeståndsansvar enligt Francovich-principen osv.)<sup>89</sup> eller den färiska rättspraxis som tillämpar unionsmedborgarskapet och de fyra ekonomiska friheterna på skatte- och socialrättens områden<sup>90</sup> just ett uttryck för en sådan "aktivism"?

Här bör man i mitt tycke skilja mellan de konstitutionella principer som lancerats närmast under perioden 1960–1990 och nyare rättspraxis. I förstnämnda hänseende såg sig domstolen antagligen närapå tvungen att fylla i de luckor som gemenskapsfördragen otvivelaktigt innehöll. På grund av integrationsprojektets klart uttalade målsättningar, i förening med EG-fördragets långtgående bestämmelser om domstolens ställning och kompetens, var det naturligt att domstolen såg sig delvis som en författningsdomstol.<sup>91</sup> Och om domstolen *inte* tillerkänt EG-rätten företräde och direkt effekt, skulle EU överhuvudtaget existera idag?

Att EG-domstolen – och i många avseenden även den europeiska människorättsdomstolen – fäst stor vikt vid EG-rättens respektive Europakonventionens effektivitetskrav (*effet utile*) samt behovet av rättsskydd och skydd av grundläggande rättigheter/mänskliga rättigheter<sup>92</sup> ter sig kanske inte särskilt chockerande mot bakgrunden av ifrågavarande grundfördrags målsättningar såväl som senare utvecklingsdrag när det gäller individens rättsskydd och grundläggande rättigheter. Och medlemsstaterna som "*Herren der Verträge*"<sup>93</sup> kunde väl ha stämt utvecklingen om de så velat. I stället har de bekräftat och förstärkt

<sup>89</sup> Se t.ex. Wiklund, a.a., not 54 ovan, passim, som konkluderar att "genom ett extensivt utnyttjande av tolkningsutrymmet har EG-domstolens fördragstolkning lett till inskränkningar av medlemsstaternas processuella och konstitutionella autonomi" (s. 474).

<sup>90</sup> Se ovan, vid not 44.

<sup>91</sup> Se t.ex. Sevón, a.a., not 80 ovan, s. 579, som anför följande: "In the first place, it is for the Court. ...to interpret the treaties concluded between the Member States, that is to say the instruments which the Court itself refers to as having a constitutional character. In that respect, the Court's function has aspects akin to that of a constitutional court. It is in the nature of things that constitutional courts are as a rule confronted with questions which are not expressly dealt with in the constitution or easily deduced from it. It is also quite natural that in such cases the Court's interpretations are bound to contain an element of legal policy considerations. However, that does not mean that the Court of Justice ... can chose its solutions as freely as the Treaty authors."

<sup>92</sup> Om effektivitetskravet för EG-rättens del se t.ex. Wiklund, a.a., not 54 ovan, s. 361 ff. och Europakonventionens del t.ex. van Dijk and van Hoof, a.a., not 88 ovan, s. 74 ff., och Viljanen, a.a., not 88 ovan, s. 81 ff.

<sup>93</sup> Uttrycket återfinns i den tyska författningsdomstolens berömda Maastrichtdom av den 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, EuGRZ 1993, 429.

utvecklingen – för Europakonventionens del genom tilläggsprotokoll, för EU-rättens del genom en räkka fördragsändringar och nu senast det nya konstitutionsfördraget.

Det bör tilläggas att senast från och med 90-talet har EG-domstolens verksamhet allt mera inriktats på tolkning av den kraftigt expanderande sekundär-rätten. Den dagliga verksamheten ter sig till övervägande delar rutinmässig och odramatisk. Vad de mera omdiskuterade domarna kring medborgarskapet och de fyra ekonomiska friheterna beträffar, kan de enskilda lösningarna och tolkningarna naturligtvis diskuteras. Men vad som i mitt tycke är uppenbart är att domstolen svårligen kunde ha godkänt idén om att bestämmelserna t.ex. om medborgarskap i EU- och EG-fördraget<sup>94</sup> utgör programmatiska uttalanden som inte skall tas på allvar. Om de – som grundfördragen verkar utgå ifrån – utgör grundläggande regler, blir det en fråga om förhållandet mellan regel och undantag,<sup>95</sup> och mellan dessa regler och andra bestämmelser i EG-fördraget.<sup>96</sup> Dyliga gränsdragningar och avvägningar kan ju alltid vara vanskliga, oberoende av EU-rätten, men de kan inte undvikas.

Europadomstolens för de mänskliga rättigheterna normmaterial är naturligtvis av en ganska annorlunda natur, då det begränsar sig till en enda konvention med relativt allmänt formulerade rättigheter. Ordalydelsen blir nödvändigtvis av mindre betydelse och tidigare rättspraxis, som det ju redan kan finnas en uppsjö av beträffande en och samma bestämmelse, stiger fram som central förklaringsgrund. Dock kan rättspraxis utvecklas med tiden och domstolen har betonat inte endast effektivitetskravet utan även att Europakonventionen är ett levande instrument, vars tolkning kan vara dynamisk.<sup>97</sup>

Denna dynamik kan ha konsekvenser även för EG-domstolen, som explicit uttalat, att den bör ompröva en tidigare tolkning av en i Europakonventionen erkänd rättighet om Strasbourgdomstolen sedermera utvecklat en avvikande rättspraxis.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Ingressen (nionde stycket) och artikel 2 EU; artiklarna 17 – 22 EG. Se även artiklarna 12 (förbud mot diskriminering på grund av nationalitet) och 14 EG (inre marknaden som ett område "utan inre gränser").

<sup>95</sup> För medborgarskapets del, se t.ex. artikel 18, punkt 1, som stadgar att varje unionsmedborgare skall ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemstaternas territorier, "om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförandet av fördraget".

<sup>96</sup> Bl.a. artiklarna 56 och 58 punkt 1 a) och punkt 3 (kapitalrörelser), 94–95 (direkta skatter) och 137 (socialpolitik) EG.

<sup>97</sup> Palm, a.a., not 85 ovan, ss. 742–745. Se även van Dijk and van Hoof, a.a., not 88 ovan, ss. : Viljanen, a.a., not 88 ovan, ss. 92–95.

<sup>98</sup> Se särskilt mål C-94/00, Roquettes Frères, REG 2002, s. I-9011, och Rosas, a.a., not 32 ovan.

## 5. EU-rättens system med förhandsavgöranden

EG-domstolens roll av konstitutionell domstol faller långt tillbaka på systemet med förhandsavgöranden, reglerat i artikel 234 EG.<sup>99</sup> De nordiska ländernas nationella domstolar har naturligtvis brukat detta instrument, men i färre utsträckning än domstolarna i vissa andra medlemsstater. Totalsiffrorna för de tre nordiska ländernas del är för Danmark 104 (tiden 1974–2004), Finland 38 (1995–2004) och Sverige 50 (1995–2004). Antalet inbegärda rådgivande yttranden av EFTA-domstolen är för Islands del nio (1994–2004) och för Norges del 24.<sup>100</sup> Dessa siffror kan jämföras med Österrike, vars domstolar under samma period som det finska och svenska EU-medlemskapet varat inbegärt 261 förhandsbesked.

Kan dessa siffror tas som indikation på en mindre lyhördhet för EU-rättens krav i de nordiska-EU-länderna? Nej, inte i sig. De nordiska domstolarna kanske helt enkelt besitter en beredskap att själva avgöra frågor som gäller tillämpning snarare än tolkning av EU-rätten, eller där existerande rättspraxis härrörande från Luxemburgdomstolarna ger tillräcklig vägkost.<sup>101</sup> Det allmänna intrycket är, att de nationella domstolarnas tillämpning av EG-rätten i stor utsträckning baserar sig på inte endast den skrivna primär- och sekundärrätten utan även EG-rättens allmänna principer samt EG-domstolarnas rättspraxis.<sup>102</sup>

Frågan om huruvida de nationella domstolarna varit *för* återhållsamma i att begära förhandsavgöranden har dock väckt diskussion särskilt i Sverige.<sup>103</sup> Den torde för närvarande vara föremål för diskussioner mellan kommissionen och den svenska regeringen och kan inte närmare kommenteras här. För Danmarks och Finlands del har vissa iakttagare antagit, att behandlingens längd (ca två år i

<sup>99</sup> Se även artikel 68 EG och artikel 35 EU.

<sup>100</sup> Av de 24 norska målen har 21 lett till dom, då begäran återtagits i tre fall. Uppgifterna har fåtts på basen av en genomgång av EFTA-domstolens årsrapporter (Report of the EFTA Court).

<sup>101</sup> Beträffande skyldigheten för nationella domstolar att inhämta förhandsavgörande se framför allt domen i mål 283/81, Cilfit, REG 1982, s. 3415, svensk specialutgåva, volym 6, s. 513.

<sup>102</sup> Översikter över de nationella domstolarnas rättspraxis med stark EU-rättslig anknytning ingår i t.ex. Biering, a.a., not 21 ovan, ss. 933–951; Niilo Jääskinen, 'The Application of Community Law in Finland 1995–1998', 36 Common Market Law Review (1999), ss. 407–441, ss. 416–428; Ulf Bernitz, 'Sweden and the European Union: On Sweden's Implementation and Application of European Law', 38 Common Market Law Review (2001), ss. 903–934, ss. 922–928; idem, a.a., not 9 ovan, ss. 122–136 och Suvi Sankari, 'EU Law in Finland and Sweden: A Survey of the Preliminary References, National Jurisprudence and Legal Integration', 6 Europarättslig tidskrift (2003), ss. 508–534, ss. 528–532.

<sup>103</sup> Se Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 128–136 (med hänvisningar till andra inlägg i diskussionen). B. nämner bl.a. regeringsrättens dom i det sk. Barsebäck-målet (Regeringsrättens årsbok 1999, ref. 76) och anför mera allmänt, att „den benägenhet att söka undvika att hänskjuta en viktig europarättslig fråga till EG-domstolen, som man kan finna i Barsebäcksdomen, är som framgått inte någon isolerad företeelse“ (s. 135).

medeltal) kan ha utgjort en faktor som ibland avhållit nationella domstolar från att använda artikel 234.<sup>104</sup>

I detta sammanhang bör nämnas, att frågan om vilken instans som i ett svenskt system med prövningstillstånd (t.ex. från hovrätt till högsta domstolen) utgör den domstol "mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning" (artikel 234 tredje stycket EG) har prövats av EG-domstolen i fallet *Lyckeskog*.<sup>105</sup> Det var anmärkningsvärt, att i detta mål den danska regeringen intog en striktare hållning än de finska och svenska regeringarna. Enligt domslutet anförde Danmark, att "samtliga domstolar, vars avgöranden kan överklagas endast om prövningstillstånd meddelas, skall betraktas som domstolar av sådant slag som avses i artikel 234 tredje stycket EG".<sup>106</sup> EG-domstolen förenade sig med den svenska tolkningen, nämligen att åtminstone i det svenska systemet en nationell domstol inte omfattas av skyldigheten i artikel 234 tredje stycket "när dess avgöranden kan överklagas till den högsta domstolsinstansen på sådana villkor som tillämpas på den hänskjutande domstolens avgöranden" (hänskjutande domstol i målet var en hovrätt).

EG-domstolen uttalade särskilt, att i ett system sådant som det svenska det är den högsta domstolen som, om det uppkommer en fråga om tolkningen eller giltigheten av en gemenskapsrättslig regel, är skyldig att – "antingen när det prövar frågan huruvida prövningstillstånd skall meddelas eller vid ett senare tillfälle" – begära förhandsavgörande av EG-domstolen.<sup>107</sup> Systemet förutsätter då, att den EG-rättsliga problematiken blir tillräckligt prövad av domstolen i sista instans, i det fall rätten att begära förhandsavgörande inte utnyttjats av domstol i lägre instans.<sup>108</sup>

Slutligen vill jag framhålla, att på basen av den 3-åriga erfarenhet<sup>109</sup> jag har av EG-domstolen de beslut om införskaffande av förhandsavgörande som inkommer från de tre nordiska länderna är allmänt taget väl avfattade. De är i regel klara, innehåller tillräcklig information om målet och varför förhandsavgö-

<sup>104</sup> Biering, a.a., not 21 ovan, ss. 948–949; Jääskinen, a.a., not 102 ovan, s. 428.

<sup>105</sup> Mål C-99/00, REG 2002, s. I-4839. Se även Mattias Derlén, 'Nationella slutinstansers skyldighet att fråga EG-domstolen – CILFIT-doktrinen efter Lyckeskog', 7 Europarättslig tidskrift (2004), ss. 85–93.

<sup>106</sup> Punkt 11, jfr punkt 12 (svenska och finska regeringen).

<sup>107</sup> Punkt 18.

<sup>108</sup> Enligt artikel 234 andra stycket "får" vilken som helst domstol begära förhandsavgörande "om den anser att beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken". Denna princip gäller dock inte förhandsavgöranden enligt artikel 68 EG (se även artikel 35 EU).

<sup>109</sup> Från och med 17 januari 2002.

rande inbegärts och är av lämplig längd. Alla utom ett mål som de nordiska ländernas domstolar sänt till EG-domstolen har prövats av sistnämnda.<sup>110</sup>

EG-domstolen är i skrivande stund i färd med att revidera sina rådgivande anvisningar för begäran om förhandsavgörande.<sup>111</sup> Domstolen har även under år 2004 reviderat sin interna praxis på många punkter i akt och mening att förkorta behandlingstiden. Statistiken för år 2004 utvisar, att domstolen, mot 531 inkomna nya mål (av vilka 249 utgjorde begäran om förhandsavgörande), kunde avsluta 665 mål (av vilka 262 utgjorde förhandsbesked), och att det totala antalet anhängiga mål minskat från 974 (31.12.2003) till 840 (31.12.2004). Om trenden fortsätter, kan en kännbar förkortning av behandlingstiden vara ett realistiskt mål, vars förverkligande dock kan hotas av en eventuell anstormning av mål från de tio nya medlemsstaterna.<sup>112</sup>

## 6. Konklusioner

Ovansagda utvecklingsdrag kan enligt mitt förmenande sammanfattas i följande teser:

### 1. Internationaliseringen och europeiseringen har förändrat de nordiska ländernas konstitutioner.

Perioden 1985–2005 har sett en omvälvning av nordisk rätt och nordiskt rättsliv, med en kraftig internationalisering och europeisering av normmaterialet och dess tillämpning och tolkning. Den traditionella dualismen har uppluckrats och särskilt inom EU-rätten åtminstone delvis satts ur spel. Förändringen är enligt min uppfattning störst på det *paradigmatiska* planet. Särskilt för de tre EU-medlemmarnas del kan man säga att den *konstitutionella ordningen* ändrats, i och med den konstitutionalisering som skett av EU:s rättsordning. Förändringen har kanske varit mest dramatisk för Finlands del, då landet anslöt sig till Euro-

---

<sup>110</sup> I mål C-134/97, Victoria, REG 1998, s. 7023 ansåg EG-domstolen, att den svenska skatterättsnämnden inte utgjorde en domstol när den meddelade förhandsbesked. Se även debatten mellan Kenneth Bratthall, Leif Mutén och Jan-Mikael Bexhed i 2 Europarättslig tidskrift (1999), ss. 180–186, 189–191 och 339–343. Dessutom bör noteras, att i mål C-115/96 en finsk tullnämnd, vars ställning som domstol var tvivel underkastad, begärde ett förhandsbesked som den senare återtog (domstolens presidents beslut av den 24.9.1996). Samma rättsliga fråga blev kort därefter anhängiggjord av en länsrätt och ledde till dom i mål C-213/96, Outokumpu, REG 1998, s. I-1777.

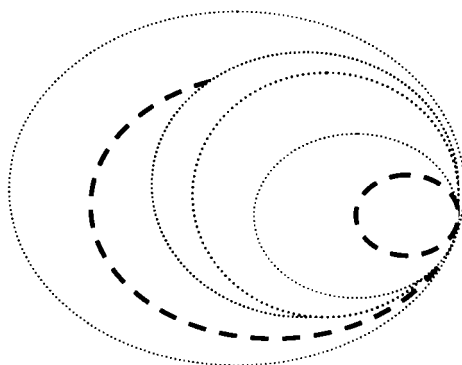
<sup>111</sup> Gällande "upplysningar angående begäran om förhandsavgörande från de nationella domstolarna" är uppgjorda år 1996.

<sup>112</sup> Någon dylik anstormning kan dock inte ännu förmärkas i början av år 2005. Hittills har endast två begäran om förhandsavgörande inregistrerats (båda från Ungern), mål C-302/04, Ynos Kft. och C-328/04, Vajnai Attila.

parådet först år 1989 men å andra sidan anammat EU utan reservationer, inklusive den gemensamma valutan och den gemensamma försvarspolitiken. Flertalet nationella tillämpnings- och tolkningsbeslut i nordiska domstolar och myndigheter fattas fortfarande utan någon eller nämnvärd europarättslig eller folkrättslig anknytning, men *dynamiken* i den rättsliga diskursen följer långt av europarättsliga och i viss mån folkrättsliga eller komparativa frågeställningar.

## 2. Den nya konstitutionella ordningen är pluralistisk och framhäver den lagskipande maktens roll

Den nya konstitutionella ordningen är dock olik grundlagen för en nationalstat. Det är en synnerligen *pluralistisk* och *öppen* ordning, både vertikalt och horisontellt. I vertikalt hänseende frapperas man av den obestämda och dynamiska fördelning av auktoritet som råder särskilt mellan EU och dess medlemsstater. Horisontellt råder pluralism när det gäller både den geografiska utsträckningen och intensiteten i integrationsutvecklingen (EU:s olika gemenskaps- och samarbetsformer, inskränkningarna i dessa, särregler för EU:s närområden, inklusive EES, Europarådets regelverk, osv.). Situationen kan beskrivas på följande sätt (där den innersta ringen är den nordiska statens "inhemska" rättsordning):



Rättsordningen är också *outvecklad* och i viss mån *fragmenterad*, vilket å andra sidan motverkas av förekomsten av en mängd *allmänna rättsprinciper* som finns uttryckta i EU-rätten såväl som i Europarådets regelverk, särskilt Europakonventionen. Åtminstone i juridisk mening finns det ingen sluten "europafästning" utan europarätten är i växelverkan med utvecklingen universellt och i andra regioner. Denna växelverkan kanaliseras i stigande utsträckning till samarbetet mellan EU – på EU-nivå – och tredje land, vilket torde öka de av EG ingångna internationella avtalens betydelse som rättskälla och ställer ökade krav även på EG-domstolarna. De nationella nordiska domstolarna torde ha en ökad beredskap att delta i en internationell "domardialog" (även om konkreta utslag



av detta ännu inte växer på träd). Dessa utvecklingsdrag har bidragit till en mera framträdande roll för *domstolar*, *domare* och *rättspraxis*, jämfört med traditionell lagstiftningsprocess i nationalstaten. En annan företeelse är att traditionella distinktioner, såsom den mellan internationell rätt och inomstatlig rätt, mellan offentlig rätt och privaträtt, och mellan juridiskt bindande och icke-bindande normer, relativiseras.

### 3. Utvecklingen har konsekvenser för tolkningsmetod, men förändringen är inte så dramatisk och påverkar inte alla nordiska länder på samma sätt

Förändringarna i den konstitutionella ordningen och det tillämpliga normmaterialet har naturligtvis haft konsekvenser även för *rättskälle- och tolkningsläran*, men förändringens vind har kanske ändå varit mindre kraftig än vad man ibland föreställt sig. Visst skiljer sig tillämpnings- och tolkningsrealiteterna för EU-rätten, och Europakonventionen, i vissa avseenden från traditionell nordisk rätt, men skillnaderna är inte dramatiska. EU- och EES-rätten är förstås mera svåröverskådlig och ibland svårfattlig, något som inte hjälps upp av de olika språkversionerna och den sällsamma blandningen av detaljer och generalia. Jag vågar ändå påstå att den är mindre utvecklad och fragmentarisk än för, säg, tjugo år sedan, och att förarbetena och slutprodukterna sakta men säkert stigit i kvalitet. De tolkningsmetoder som följs av EG-domstolarna, EFTA-domstolen och den europeiska människorättsdomstolen avviker i viss mån från vad som varit brukligt i de flesta nordiska länder, särskilt beträffande förarbetenas roll, men skillnaderna skall inte överdrivas. Det är sant att de europeiska domstolarna känt sig mindre bundna än nordiska nationella domstolar av "lagstiftarens vilja" i subjektiv mening men de har i stället fäst avseende vid lagens ändamål och syfte. Det är inte konstigt att de prioriterat *ratio legis* framom det som antecknats i en regeringsproposition. Kommissionens förslag har inte samma status som en regeringsproposition, och lagstiftningsprocessen i EU är mera mångfasetterad än i de nordiska nationella systemen, med normalt två lagstiftande "kammare" (parlamentet och rådet) som ofta i väsentlig grad ändrar på kommissionens förslag. Förarbetena till huvuddelen av Europakonventionen är av gammalt datum och rätt fragmentariska. Den dynamik och drag av rättsskapande som återfinns i de europeiska domstolarnas rättspraxis har kanske haft en störande inverkan på mången nordisk iakttagare, men i länder med en författningsdomstol eller en högsta domstol à la USA torde denna företeelse te sig mycket mindre chockerande. Å andra sidan har Luxemburgdomstolarnas roll i allt högre grad blivit att tillämpa och tolka lagstiftning snarare än att skapa konstitutionella grundprinciper, medan Strasbourgdomstolen redan skapat en rik rättspraxis som idag lämnar mindre utrymme för nyskapelser.

#### 4. Norden anpassar sig och deltar, men kanske inte tillräckligt

Den snabba förändringen till trots har nordiskt rättsliv allmänt taget anpassat sig rätt väl till EU- och EES-rättens, Europakonventionens och det övriga europeiska och internationella regelverkets krav. På många förvaltnings- och rättsområden tillämpar domare och tjänstemän europarätten och viss mån även de folkrättsliga konventionerna rutinemässigt och utan oöverstigliga svårigheter. Givetvis är normmaterialet ännu "främmande" för många, men känslan av främlingskap minskar gradvis av nya impulser, vunna erfarenheter och anmarschen av yngre generationer av jurister. Antalet förhandsavgöranden (eller inom EES, rådgivande yttranden) som nordiska domstolar begärt av EG-domstolen eller EFTA-domstolen är rätt begränsat. Detta kan tyda på en överdriven försiktighet eller återhållsamhet, men kan även ge uttryck för en god beredskap och ett gott självförtroende att tillämpa EU-rätten nationellt, utan att i tid och otid ty sig till någon av de tre Luxemburgdomstolarna. De beslut angående begäran om förhandsyttrande som fattats av nordiska domstolar har allmänt taget hållit god kvalitet. Förhoppningsvis kan EG-domstolen förkorta behandlingstiden för förhandsavgöranden, så att mekanismen skulle utgöra ett mindre allvarligt avbrott i den nationella processen. Det är på ett mera allmänt plan önskvärt, att nordiska domstolar, andra rättstillämpare och den juridiska doktrinen i allt stigande utsträckning aktivt deltar i den dialog som pågår mellan internationella, regionala och nationella domstolar och myndigheter och mellan folkrättslig, europarättslig och nationell juridisk doktrin. Nordiskt rättsliv har allt att vinna på ett dylikt deltagande, och allt att förlora på jakten efter en svunnen tid som inte längre finns.

Guðmundur Sigurðsson

Ansvar for rekonstruktionsforanstaltninger  
efter søulykker og ved afvikling  
af offshorevirksomhed

# Ansvar for rekonstruktionsforanstaltninger efter sjøulykker og ved afvikling af offshorevirksomhed

Af docent, dr.jur. *Guðmundur Sigurðsson*, Island

## Kort sammendrag

Tema omfatter både rene sjørettslige problemstillinger og avvikling av offshore installasjoner. I referatet redegjøres det for opprydningsansvar etter offshoreaktiviteter og de sjørettslige reglene for opprydning etter sjøulykker. Det diskuteres hvilke reelle hensyn ligger bak de forskjellige reglene og om det er god nok grunn til forskjellene? Til stutt blir det fremsatt temaer for diskusjon. Når det gjelder sjøretten finnes det i de nordiske landenes sjølover og internasjonale konvensjoner alminnelige regler om beløpsmessig begrensning av rederens og skipets ansvar for tap som oppstår ved sjøulykker. I referatet spørres det om hvilke ansvarsregler det skal gjelde for krav knyttet til oppryddingstiltak i nord? Skal den ansvarlige være berettiget til å begrense ansvaret? Finnes det fremdelser sterke nok grunner for å beholde globalbegrensningsregler innenfor sjøretten, særregler som savner sidestykke på andre rettsområder? Det konkluderes med at forslaget til den norske Sjølovskomiteen, NOU 2002:15 Ansvar for oppryddingstiltak etter sjøulykker, burde være en veiviser for alle de nordiske land.

## 1. Innledning

Tittelen fanger opp et omfattende tema, d.v.s. både rene sjørettslige problemstillinger og avvikling av offshore installasjoner. Tittelen omfatter ansvar for fjerning av plattformer og annet anlegg på kontinentalsokkelen etter at olje/gass utvinningen er slutt, men også vrakfjerning, opprydning etter oljesøl fra skip eller installasjoner. Problemstillingene vil dels berøre lokal lovgivning og dels vil en rekke internasjonale konvensjoner være relevante.

Selv om det kunne være interessant å diskutere emnet såpass bredt vil det i det følgende bli fokusert kun på noen få problemstillinger. Utgangspunktet vil være de regler som gjelder for opprydding innen for sjørettens område og i offshore sammenheng. Det vil i mindre grad bli fokusert på de problemer som oppstår ved forurensing, men heller oppryddingsomkostningene ved å bringe situasjonen tilbake til opprinnelig tilstand.

I det følgende blir det først redegjort for opprydningsansvar etter offshoreaktiviteter, deretter de sjørettslige reglene for opprydning etter sjøulykker. Hvilke

reelle hensyn ligger bak de forskjellige reglene? Er det god nok grunn til forskjellene? Til slutt blir det fremsatt temaer for diskusjon.

## 2. Ansvar ved avvikling av offshorevirksomhet

I nordsjøen, bla. på den norske kontinentalsokkelen, er det gjennom tidende investert betydelige beløp i infrastruktur. I dag har produksjonen fra flere felt kommet inn i den avsluttende fasen, og noen felt er allerede nedstengt.<sup>1</sup> Avslutning av petroleumsvirksomheten vil på et gitt tidspunkt bli aktuelt for alle innretninger. Da må myndighetene ta stilling til hvordan den enkelte innretning skal disponeres.

Myndighetene står imidlertid ikke fritt med hensyn til valg av disponeringsalternativer. De må både ta hensyn til nasjonal lovgivning, folkeretten og forskjellige reelle hensyn ved valg av disponeringsalternativer.

Folkeretten kan begrense valg av disponeringsalternativer.<sup>2</sup> Det sentrale folkerettslige regelverk når det gjelder avvikling av offshorevirksomhet er nedfelt i OSPAR-konvensjonen av 1992.<sup>3</sup> I 1998 vedtok OSPAR decision 98/3 Disposal of Disused Offshore Installations. Der fastsettes som hovedregel et forbud mot dumping og etterlatelse av utrangerte offshore installasjoner. Fra hovedregelen finnes imidlertid unntak. Her nevnes også havrettskonvensjonen<sup>4</sup> og tilhørende IMO-retningslinjer.<sup>5</sup>

Í Ot. prp. nr. 43 1995–96, s. 21. fremkommer bl.a. følgende:

Spørsmålet om disponering av innretninger er preget av usikkerhet. Dette gjelder både med hensyn til hva som er teknisk gjennomførbart, sikkerhetsmessig forsvarlig, miljømessige virkninger og kostnadene forbundet med de ulike disponeringsalternativene. Det er nødvendig med en grundig vurdering av flere faktorer før beslutningen om disponeringsløsning fattes. I lovforslaget legges det opp til at vedtak om disponering skal fattes etter en individuell behandling av hver enkelt innretning og på grunnlag av alle tilgjengelige og relevante opplysninger. Det skal foretas en bred samfunnsøkonomisk vurdering der kostnadene ved det aktuelle disponeringsalternativet ses i forhold til blant annet det sikkerhetsmessig forsvarlige, konsekvensene for miljøet, fiskeriene og andre brukere av havet.

<sup>1</sup> Se Ot. Prp. nr. 43 (1995–96), s. 20.

<sup>2</sup> Se Evenshaug (1999), s. 10 flg., Simonsen (2002), s. 2–4 og Ot. prp. nr. 92 (2002–03), kapittel 1.6.1.

<sup>3</sup> Convention for protection of marine environment of the North East Atlantic, av 22. september 1992

<sup>4</sup> United Nations Convention on the law of the sea, av 10. desember 1982.

<sup>5</sup> International Maritime Organisation "guidelines and standards for the removal of offshore installations and structures on the continental shelf and in the exclusive economic zone".

## 2.1 De reelle hensyn<sup>6</sup>

Når det skal bestemmes hvilke disponeringsalternativer som skal velges vil de reelle hensyn som gjør seg gjeldende kunne være av betydning.

Uansett hvilket disponeringsalternativ som velges vil det være omfattende av praktiske og tekniske problemer.

Disponering av innretninger etter endt bruk vil medføre betydelige kostnader uansett hvilken løsning som velges.

For Norges del finnes det de sentrale reglene for disponering i petroleum-sloven av 29. november 1997 nr. 2, kapittel 5, samt i petroleumsskatteloven av 13. juni 1975 nr. 35.

Valg av disponeringsløsninger har direkte økonomiske konsekvenser for staten. Staten som medeier i de fleste feltene på norsk sokkel gjennom statens direkte økonomiske engasjement (SDØE) må dekke sin andel av kostnadene forbundet med disponeringen. I tillegg må staten som skatteoppgrever dekke en vesentlig del av disponeringskostnader dersom vetaket går ut på fjerning av installasjoner.<sup>7</sup> Valg av disponeringsløsning har derfor også en økonomisk side som er betydelig for staten.

Miljømessige hensyn vil ha vesentlig tyngde for valg av disponeringsalternativer. Selv om miljømessige hensyn veier tungt betyr det ikke nødvendigvis at full fjerning er det mest miljømessige alternativet. Det finnes dem som mener at full fjerning kan medføre større miljøskade enn for eksempel dumping på stedet. Slik behøver miljømessige hensyn ikke nødvendigvis å tilsi full fjerning.

## 3. Ansvar for oppryddingstiltak etter sjøulykker

### 3.1 Innledning

En del sjøulykker de senere år har vist at det kan påløpe til dels betydelige utgifter i forbindelse med tiltak for å forebygge og begrense forurensning, samt å fjerne skip eller vrak og andre oppryddingstiltak.

Nordisk lovgivning om ansvar i sjøfartsforhold har tradisjonelt vært basert på regelverk fastsatt ved internasjonale konvensjoner. Dette gjelder også reglene om ansvarsbegrensning for sjørettslige krav.

<sup>6</sup> Se Selvig (1995) og Evenshaug (1999), s. 25 flg.

<sup>7</sup> Se Selvig (1995), s. 60–61, Evenshaug (1999), s. 26 og Simonsen (2002), s. 21–22

Den gjeldende internasjonale konvensjon om begrensning av ansvaret for sjørettslige krav ble vedtatt i 1976. Konvensjonen er senere endret, sist ved en protokoll vedtatt i 1996. Protokollen trådte i kraft den 13. mai 2004.<sup>8</sup>

I de nordiske landenes sjølov kapittel 9 finnes det generelle regler om begrensning av rederens ansvar for visse krav, bl.a. for oppryddingstiltak. Med oppryddingstiltak menes fjerning av skip, last og annet fra skipet, samt tiltak for å avverge eller begrense forurensningsskader iverksatt etter skaden i samsvar med andre lover en sjøloven.<sup>9</sup>

Etter 1996 endringsprotokollen skal 1976 konvensjonens artikkel 18 nr. 1 lyde<sup>10</sup>:

“enhvert stat kan ved undertegningen, ratifikasjonen, vedtagelsen, godkjenningen eller tiltrædelsen, eller på et hvilket som helst senere tidspunkt, forbeholde seg rett til: å utelukke anvendelsen av artikkel 2 paragraf 1 (d) og (e)...”

I artikkel 2 paragraf 1 (d) og (e) omhandles følgende krav:

(d) krav i anledning hevning, fjerning, ødeleggelse eller uskadeliggjørelse av et skip som er sunket, blitt vrak, strandet eller forlatt, innbefattet alt som er eller har vært om bord i slikt skip;

(e) krav i anledning av fjerning, ødeleggelse eller uskadeliggjørelse av skipets last.”

I et brev av 11. juli 2001 ga det Norske Justisdepartementet Sjølovkomiteen bl.a. i oppdrag å vurdere om Norge bør ta forbehold etter artikkel 18 nr. 1 som unntar krav som nevnt i artikkel 2 paragraf 1 (d) og (e) fra begrensning. Komiteen skulle også vurdere om de krav som ved et slikt forbehold blir unntatt fra 1976-begrensningskonvensjonens virkeområde, bør gjøres til gjenstand for nasjonale regler om beløpsbegrensning eller om ansvaret bør gjøres ubegrenset.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Det fremgår av protokollens artikkel 11 at den trer i kraft nitti dager etter den dato ti stater har gitt uttrykk for sin tilslutning til å bli bundet av den. I dag er det femten stater som har tilsluttet seg protokollen. Se <http://www.imo.org/home.asp> og betænkning nr. 1451/2004, s. 16.

<sup>9</sup> NOU 2002:15, s. 39

<sup>10</sup> Da 1976-konvensjonen ble gjennomført i dansk, finsk, norsk og svensk rett, ble det ikke tatt forbehold etter artikkel 18. Se NOU 1980:55, s. 13. Alle de nordiske land med unntak av Island ratifiserte 1976 konvensjonen. De er ikke lenger tilstuttet til 1957 konvensjonen om det begrensede rederansvar. Danmark sa opp 1976 konvensjonen den 25. mars 2003 med virkning fra 1. april 2005, se betænkning nr. 1451/2004, s. 16. Finland og Sverige har også sagt opp 1976 konvensjonen, se <http://www.imo.org/home.asp>. Selv om Island ikke har tilsluttet seg til 1976 konvensjonen, er fremdelses tilsluttet til 1957 konvensjonen, er 1976 konvensjonen stort sett innarbeidet i sjøloven nr. 34/1985.

<sup>11</sup> Se NOU 2002:15, s. 8.

I samsvar med Sjølovkomiteens tilråding ble det ved Kongelig resolusjon 24. mai 2002 besluttet at Norge skulle ta forbehold overfor konvensjonens art. 2 paragraf 1 (d) og (e). Komiteen anbefalte at krav om oppryddingstiltak bør gjøres til gjenstand for nasjonale regler om beløpsbegrensning.<sup>12</sup> Sjølovkomiteens forslag har til nå ikke ført til endring av den norske sjølov.

### 3.2 Nærmere om det internasjonale regelverket, nordisk rett

De typer av sjørettslige krav som er undergitt ansvarsbegrensning, er regnet opp i konvensjonen artikkel. 2 slik denne bestemmelsen lyder både i 1976-konvensjonen og 1996-protokollen. Ansvar for andre sjørettslige krav kan ikke kreves begrenset etter dette regelverket.

Som tidligere nevnt gir både 1976-konvensjonens og 1996-protokollens artikkel 18 stater som slutter seg til konvensjonene adgang til å ta forbehold når det gjelder anvendelsen av ansvarsbegrensning i forhold til krav som nevnt i konvensjonene artikkel 2 paragraf 1 (d) og (e), dvs. krav som nevnt i de danske og norske sjøloven § 172 første ledd nr. 4 og 5. Bakgrunnen for muligheten til å ta forbehold er at det har vært adskillig uenighet når det gjelder om ansvaret for disse typer av krav bør kunne begrenses. Enkelte land har ment at slike krav bør dekkes fullt ut, mens andre mener det ikke skal gjøre slikt unntak fra systemet for ansvarsbegrensning. Adgangen til å ta forbehold ble en mellomløsning som fikk bred tilslutning.<sup>13</sup>

Virkingen av forbehold som nevnt vil være at en konvensjonsstat selv vil ha adgang til å fastsette hvilke regler om ansvarets omfang som skal gjelde for de krav som er oppregnet i sjøloven § 172 første ledd nr. 4 og/eller 5. De kan f.eks. velge helt å unnta disse kravene fra lovfastsatt ansvarsbegrensning eller å fastsette særlig regler om og i hvilken utstrekning ansvaret for slike krav skal være begrenset.

Både 1976-konvensjonen og konvensjonen som endret ved 1996-protokollen inneholder i artikkel. 3 unntak for en del typer av krav som omfattes av oppregningen i artikkel. 2, bl.a. unntas krav i anledning av berging og kontrakter om fjernings- og oppryddingstiltak etter sjøulykker, og krav i anledning av oljesøl.

Endringsprotokollen 1996 fastsetter ansvarsgrenser som er høyere enn i 1976-konvensjonen.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Se NOU 2002:15, s. 38, 39–43 og 45–47.

<sup>13</sup> Se NOU 2002:15, s. 11.

<sup>14</sup> Danmark, Finland, Norge og Sverige har tilsluttet seg 1996 endringsprotokollen, men bare Norge har tatt forbehold etter artikkel 18. I NOU 2002.15 er det forslått detaljert regulering vedrørende opprydding bl.a. vesentlig høyere ansvar enn etter 1996 protokollen. I Finland, Danmark og Sverige så man ikke noen grunn til å ta forbehold etter artikkel 18 ved tilslutning av protokollen. Se Wetterstein (2004), s. 336. Det fremgår imidlertid av protokollen artikkel 18.1. at et slikt forbehold kan tas på en senere tidspunkt.



Reglene i 1996-konvensjonen er gjennomført i dansk, finsk, norsk og svensk. lovgivning ved bestemmelsene i sjøloven kapittel 9.<sup>15</sup>

I mai 1996 ble Den internasjonale konvensjon om ansvar og erstatning for skade i forbindelse med sjøtransport av farlige og skadelige stoffer (HNS-konvensjonen) vedtatt på en diplomatkonferanse i London. Konvensjonen omfatter både forurensningsskade og andre skader som er forårsaket av lastens farlige og skadelige egenskaper, som f.eks. brann og eksplosjon. Konvensjonen er bygget opp etter mønster av det internasjonale oljesølansvaret, 1992-ansvarskonvensjonen og 1992-fondskonvensjonen.<sup>16</sup> De land som slutter seg til HNS-konvensjonen, er i 1996-protokollen til konvensjonen om begrenning av ansvaret for sjørettslige krav artikkel 7 gitt adgang til å utelukke at krav som omfattes av HNS-konvensjonen blir omfattet av protokollen. Gjøres det, vil disse kravene falle utenfor det alminnelige begrenningssystemet, på samme måte som oljesølskadekrav etter oljesølskonvensjonene, jf de nordiske landenes sjølover<sup>17</sup>

I mars 2001 ble den internasjonale konvensjon om erstatningsansvar for bunkersoljesølskade, 2001, vedtatt på en diplomatkonferanse avholdt i regi av International Maritime Organisation (IMO). Bunkerskonvensjonen inneholder regler om objektivt ansvar for eier av skip i forbindelse med forurensningsskade ved oljeutslipp fra skipets bunkers. Definisjonen av forurensningsskade er den samme som i Den internasjonale konvensjon om erstatningsansvar for oljesølskade 1992. Konvensjonen omfatter bare oljesøl forårsaket av olje i drivstoff-tankene til skip som ikke er omfattet av 1992-ansvarskonvensjonen. Konvensjonen har ikke egne regler om ansvarsbegrensning, og vil ikke gripe inn i retten til å begrense ansvaret etter 1996-konvensjonen. Konvensjonen innfører tvungen forsikring for bunkersskader for skip større enn 1000 bruttotonn<sup>18</sup>

Europaparlamentet og Rådet vedtok 21. april 2004 et direktiv, 2004/35/EF, om ansvar for miljøskade. Etter direktivet skal operatører av nærmere angitt virksomhet pålegges plikt til å gjennomføre forebyggende og gjenopprettende tiltak når det er fare for eller har inntrådt miljøskade, og holdes økonomisk ansvarlig for slike tiltak. Direktivet gjelder ikke private erstatningskrav som følge av miljøskade, og vil heller ikke få anvendelse for skade som omfattes av bla.

<sup>15</sup> Se de danske og norske sjølovenes §§ 171 flg. og de finske og svenske sjølovenes §§ 1–11. Reglene i konvensjonen slik den var før endringene i 1996, finnes i danske og norske sjøloven §§ 183 flg..Se nærmere bilag nr. 1 om begrensningsrett i de enkelte konvensjoner.

<sup>16</sup> Se NOU 2004.21, s. 9 og 15.

<sup>17</sup> Se de nordiske sjølov: Danmark § 173, Finland 9. kapittel § 3, Island § 175, Norge § 173 og Sverige 9. kapittel § 3. Ingen av de nordiske land har ratifisert HNS-konvensjonen. Den norske Sjølovskomitee har foreslått at HNS-konvensjonen ratifiseres og gjennomføres i norsk rett, se NOU 2004:21, s. 20. Det har den danske sjølovskomitee for så vidt også gjort, se betænkning nr. 1451/2004.

<sup>18</sup> NOU 2002:15, s. 13 og betænkning nr. 1451/2004, s. 15.

1976-konvensjonen, 1996-protokollen, 1992-konvensjonen om oljesølskade, HNS-konvensjonen og bunkerskonvensjonen dersom konvensjonene er gjennomført i nasjonal rett, jf. direktivet art. 4 nr. 2 og 3 og vedlegg IV.<sup>19</sup>

For øvrig kan det nevnes at Legal Committee i IMO for tiden arbeider med en konvensjon om vrakfjerning.

### 3.3 Nærmere om de nordiske regler som gjelder om globalbegrensning for sjørettslige krav<sup>20</sup>

De personer som har rett til ansvarsbegrensning fremgår av de danske og norske sjølovene § 171. Foruten skipets reder og eier kan også dets befrakter og disponent, samt noen som disse personer hefter for, kreve ansvaret begrenset for krav som oppstår i forbindelse med driften av skipet. Om noen av disse personer kan holdes ansvarlig for tap eller skade som voldes i forbindelse med driften av skipet, må i det enkelte tilfelle avgjøres etter ellers gjeldende erstatningsregler.

Retten til ansvarsbegrensning gjelder bare de sjørettslige krav som er oppregnet i de danske og norske sjølovene § 172, og som ikke omfattes av noen av unntakene i § 173. Det fremgår av § 172 at retten til ansvarsbegrensning gjelder uansett selve grunnlaget for ansvaret. Ansvaret kan f.eks. bygge på regler om arbeidsgiveransvar, objektivt ansvar eller ansvar etter offentligrettslige pålegg.

Ansvarsgrensene fremgår av de danske og norske sjølov § 175 hvor det angis særskilte begrensningsbeløp for henholdsvis personskadepålegg (nr. 1 og 2) og øvrige krav undergitt begrensning (nr. 3). I denne sammenheng er det ansvarsgrensen etter § 175 nr. 3 som er av interesse. Ansvarsgrensen er 1 mill. SDR for alle skip inntil 2000 tonn, og øker deretter med skipets størrelse.<sup>21</sup>

Ansvarsgrensen gjelder summen av alle krav undergitt ansvarsbegrensning som oppstår ved en og samme hendelse. Begrensningsretten gjelder for redere og alle andre som har rett til ansvarsbegrensning for de krav det gjelder. Overstiger de samlede krav ansvarsgrensen, skal beløpet fordeles forholdsmessig etter størrelsen på kravene.

Den som selv har voldt et tap ved forsett eller grov uaktsomhet og med forståelse for at slikt tap sannsynligvis ville oppstå, kan likevel ikke kreve begrensning av dette ansvaret.

<sup>19</sup> Se NOU 2004:21, s. 15.

<sup>20</sup> Se NOU 2002:15, s. 14.

<sup>21</sup> Se Ot.prp. nr. 90 (1998–99), s. 64.

### 3.4 Krav som følge av oppryddingstiltak<sup>22</sup>

De krav som er undergitt globalansvarsbegrensning fremgår av de norske og danske sjølovers § 172 første ledd.<sup>23</sup>

§ 172 første ledd nr. 4 omfatter krav i anledning av hevning, fjerning, ødeleggelse eller uskadeliggjøring av et skip som er sunket, strandet, forlatt eller blitt vrak, samt alt som er eller har vært om bord i skipet.

I NOU 1980:55 side 17 kommenteres bestemmelsen slik:

Strandet omfatter alle former for grunnstøting. Skipet kan være både sunket, strandet og forlatt uten å måtte betegnes som vrak. »Blitt vrak» har på den annen side selvstendig betydning der ingen av de øvrige karakteristikk passer, men skipet like fullt er blitt vrak, for eksempel etter brann eller uvær.

Er skip ikke forsøkt berget innen rimelig tid etter ulykken, vil det vanligvis måtte betraktes som vrak. Krav mot rederen på erstatning av kostnadene ved fjernings- og oppryddingstiltak iverksatt etter at skipet er sunket, strandet, forlatt eller blitt vrak, vil være gjenstand for ansvarsbegrensning. Tiltakene kan gjelde skipet selv, dets last eller annet som er eller har vært om bord i skipet.

Har skipet vært utsatt for en annen ulykke enn nevnt i § 172 første ledd nr. 4, vil likevel krav i anledning fjerning, ødeleggelse eller uskadeliggjørelse av skipets last være undergitt ansvarsbegrensning, se § 172 første ledd nr. 5.

Bestemmelsen omfatter imidlertid også tilfelle hvor skipet selv ikke har vært utsatt for noen ulykke, men hvor skipets last viser seg å utgjøre en fare for skipet, de ombordværende eller omgivelsene.

Sjøloven § 172 første ledd nr. 4 og 5 omfatter bare krav fra tredjemenn, herunder offentlige myndigheter, som har pådratt seg utgifter ved fjernings- og oppryddingstiltak. Bestemmelsen i § 172 første ledd nr. 6 omfatter bare krav fra tredjemenn i anledning av andre typer tiltak for å avverge eller begrense skade og tap som ansvaret vil være begrenset for.

Kostnader som rederen har dersom rederen selv setter i verk fjernings- og oppryddingstiltak eller andre skadebegrensende tiltak som nevnt i sjøl. § 172 første ledd nr. 4 til 6, er således ikke undergitt ansvarsbegrensning. Slike kostnader må rederen i tilfelle selv dekke fullt ut.

### 3.5 Forholdet mellom ansvarsreglene og rederens kostnad ved egne oppryddingstiltak

De alminnelige regler om begrensning av ansvaret for sjørettslige krav gjelder

<sup>22</sup> Se NOU 2002:15, s. 14–15.

<sup>23</sup> Se også de finske og svenske sjølovenes kapittel 9 2 §.

bare for krav mot rederen og andre ansvarlige. Dette innebærer at en reder som etter en sjøulykke setter i verk oppryddingstiltak selv må stå for kostnadene uten noen rett til å kreve dekning ved fordelingen av ansvarsbeløpet

Forslag om at rederen skulle gis rett til refusjon i ansvarsbegrensningsfondet av egne utgifter ved tiltak for å avverge eller begrense tap som ansvaret er begrenset for, ble fremsatt på diplomatkonferansen i London i 1976, men fikk ikke nødvendig flertall. Begrunnelsen var at rederen har en plikt til å redusere virkningen av egne skadegjørende handlinger, og at det derfor ville være umoralsk om han fikk dekket utgiftene til slike tiltak i konkurranse med de skadelidtes krav<sup>24</sup>. Rederen må derfor selv dekke slike kostnader i tillegg til begrensingsbeløpet i de tilfelle hvor summen av krav i anledning av en sjøulykke overstiger ansvarsgrensen.

### 3.6 Bør krav i anledning sjøulykker undergis ansvarsbegrensning- historisk perspektiv- reelle hensyn

Spørsmålet er hvilke ansvarsregler det skal gjelde for krav knyttet til oppryddingstiltak etter sjøulykker i norden? Skal den ansvarlige ha rett til å begrense ansvaret. Finnes det fremdelser sterke nok grunner for å beholde globalbegrensingsregler innenfor sjøretten, særregler som savner sidestykke på andre rettsområder?

Redernes rett til ansvarsbegrensning har lenge vært til stede innen for sjøretten.<sup>25</sup> Opprinnelig bygget de nordiske sjølover på et system hvor rederen heftet med sjøformuen, skip og frakt, men ikke personlig. Hvis skip og last gikk tapt ble rederen fritatt for ansvar. Arbeidet med en revisjon av disse regler ble imidlertid tatt opp på internasjonalt nivå. Dette har ført til en rekke konvensjoner og protokoller om rederens begrensede ansvar. Det første skritt på vei var konvensjonen av 1924. Bare et fåtall av de ledende sjøfartsnasjoner tiltrådte eller ratifiserte denne konvensjonen. Konvensjonen av 1957 ble bedre mottatt. Med 1976-konvensjonen og 1996-protokollen, fikk vi de regler som ligger til grunn for de nordiske sjølovenes kapittel 9. Endringene i 1996-protokollen består først og fremst i en betydelig økning av beløpsgrensene for ansvaret (begrensingsbeløpene), og gjennomføring av 1996-protokollen i nordisk rett betydde derfor at skadelidtes erstatningsrettslige vern ble forbedret.<sup>26</sup>

Det har lenge vært delte meninger om det bør finnes globalbegrensingsrett for reder. Som argument for ansvarsbegrensningssystemet har bla. vært nevnt at

<sup>24</sup> NOU 1980:55, s. 18

<sup>25</sup> Se nærmere om begrensingsreglenes historiske bakgrunn: Ds Ju 1976: 12, s. 1–4, Wetterstein (1980), s. 18 flg., Blom (1985), s. 14 flg., Brækhus (1998), s. 283 og Bull og Falkanger (2004), s. 158–159

<sup>26</sup> Se Ds Ju 1976: 12, s. 4–6.

sjøfarten er risikopreget og ansvarsbegrensningsreglene fører til risikospredning. Det hevdes også at rederen skal beskyttes mot katastrofeansvar. Her har også de forsikringsmessige argumenter veiet tungt. Et ubegrenset ansvar kan gjøre det mer vanskelig å sikre forsvarlig forsikringsdekning.<sup>27</sup>

Utviklingen har vist at sjøulykker kan føre til forurensningsskader og utgifter ved tiltak for å forebygge og begrense forurensning som kan overstige begrensningsbeløpene som finnes i 1976 konvensjonen og 1996 protokollen. I disse tilfeller vil kostnader til tiltak for å fjerne og uskadeliggjøre skip og last, eller andre forebyggende tiltak, som overstiger rederiets ansvar, derfor ofte måtte dekkes av det offentlige.<sup>28</sup>

Både 1976-konvensjonen og 1996-protokollen gir stater adgang til å ta forbehold når det gjelder anvendelsen av ansvarsbegrensning i forhold til krav i anledning opprydding.

De land som velger å ta forbehold i forhold til 1976 konvensjonen eller 1996 protokollen artikkel 2 paragraf 1 (d) og (e), kan velge helt å unnta rett til ansvarsbegrensning for oppryddingskrav eller innføre en særskilt ansvarsgrense for slike krav. Velger man å sette særskilt ansvarsgrense kan den settes høyere eller lavere enn gjøres i konvensjonen og hele beløpet kan være reservert for dekkning av oppryddingskrav.

Sjøtrafikken i de nordiske land arter seg forskjellig. Svært mye av sjøtrafikken langs f.eks. Islands kyst består av skip som har forholdsvis beskjeden tonnasje. Om kostnadene ved oppryddingstiltakene blir dekket, beror under slike forhold praktisk sett på rederienes forsikringer.<sup>29</sup>

### 3.6.1 Forsikringsmulighet

De forsikringsvilkår som benyttes f.eks. av islandske skip som har forholdsvis beskjeden tonnasje, er stort sett knyttet til skipets kaskodekning. Det forutsettes også at ansvaret ved oppryddingstiltak er begrenset etter sjølovens § 177. Det er tvilsomt om det vil la seg gjøre å sikre forsvarlig forsikringsdekning for denne del av flåten uten at ansvaret er undergitt ansvarsbegrensning.<sup>30</sup>

I NOU 2002:15, s. 32–33, fremkommer bl.a. følgende:

Norsk kyst- og fisketonnasje, som ikke er inntegnet i en av P & I-klubbene, vil være forsikret på basis av Sjøforsikringsplanen av 1996, kap. 17. Forsikring av fartøyer

<sup>27</sup> Se Blom (1985), s. 25. Bull og Falkanger (2004), s. 158–159 og Wetterstein (2004), s. 254–255, 312–313 og 338–339.

<sup>28</sup> Se NOU 2002:15, s. 7.

<sup>29</sup> Se om forholdene i Norge NOU 2002:15, s. 28–29 og 37–38.

<sup>30</sup> Se NOU 2002:15, s. 38.

med mindre enn 15 meters lengde er imidlertid underlagt tvingende bestemmelser i lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (FAL) § 1–3.<sup>31</sup> For næringsfartøyer mindre enn 15 meter er det utarbeidet egne forsikringsvilkår tilpasset FALs tvingende bestemmelser, se CEFOR Form nr. 259. Sjøforsikringsplanens bestemmelser er basert på avtalefrihet og inneholder et komplett sett av regler som til dels avviker fra FALs tvingende bestemmelser.

I henhold til Sjøforsikringsplanen § 17–40 dekker assurandøren sikredes ansvar for fjerning av vrak såfremt slik fjerning er pålagt av myndighetene. Sjøtrygdgruppen Gjensidig Skadeforsikringsselskap, Gjensidige NOR og If har en total forsikringssum på NOK 55 millioner. Forsikringssummen dekker bl.a. de kravene som er undergitt begrensning etter sjøloven § 172 nr. 4 og 5, dvs. krav i anledning av hevning, fjerning, ødeleggelse eller uskadeliggjørelse av et skip som er sunket, strandet, forlatt eller blitt vrak, samt alt som er eller har vært om bord i skipet, og krav i anledning av fjerning, ødeleggelse eller uskadeliggjørelse av skipets last.

Skip som går i internasjonal fart, og som normalt har P&I-forsikring, finnes nesten ikke i den islandske flåten. Når det gjelder andre nordiske land fremkommer i NOU 2002:15 at P&I-forsikring prinsipielt sett vil dekke kostnadene ved oppryddingstiltak selv om ansvaret ikke er undergitt beløpsmessig begrensning. Det er imidlertid grunn til å tro at selv om P&I-premiene ikke direkte påvirkes av at skipet trafikkerer områder hvor ansvaret for slike krav er uten ansvarsbegrensning, vil en økning av ansvar over tid føre til høyere premier.<sup>32</sup>

### **3.6.2 Professor Peter Wetterstein argumenstasjon mot ansvarsbegrensingsrett**

Professor Peter Wetterstein Åbo Akademi University har lenge vært av den oppfatning at erstatningsansvaret for bla. oppryddingstiltak skal være ubegrenset. Han peker bl.a. på følgende:<sup>33</sup>

- Försäkringsmarknadens kapacitet utgör inte ett hinder för obegränsad ansvarlighet; detta på grund av globalbegränsningsreglernas ringa ekonomiska och praktiska *helhets*betydelse samt ansvarsförsäkringssystemets karaktär (se nedan avsnitt 8.2.1) och den internationella återförsäkringsmarknadens uppbyggnad och kapacitet. Försäkringskapaciteten är en fråga om betalning av (tillräkliga) premier.

<sup>31</sup> Ifølge den islandske forsikringsavtalelov nr. 30 /2004 er forsikring av skip underlagt tvingende bestemmelser. Loven trer i kraft 1. januar 2006.

<sup>32</sup> Se nærmere om forsikring Wetterstein (2001), s. 96–100, Røseg (2001), s. 134–135 og NOU 2002:15, s. 32–35.

<sup>33</sup> Se Wetterstein (2004), s. 312–313.

- Försäkringskostnadernas konkurrensmässiga betydelse har ofta överdrivits i den internationella diskussionen. Införandet av obegränsat ansvar skulle innebära högst en marginell ökning av redarnas ansvarsförsäkringskostnader, vilka utgör en mycket liten del av de totala driftskostnaderna. Försäkringskostnaderna duger inte som argument för ansvarsbegränsning.
- Ansvarsbegränsning är i konflikt med polluter pays-principen, som godtagits av både OECD och EU. Genom ansvarsbegränsning befrias den skadeorsakande verksamheten (här sjöfarten) från en del av kostnaden för de skador den orsakar. Den oersatte delen påförs de skadelidande (och samhället). Å andra sidan har jag också sagt att ett effektivt och välfungerande kompletterande ersättningssystem minskar betänkligheterna mot ansvarsbegränsning på "primärnivån" (jfr den internationella oljeersättningssystemet, nedan kap. 10). Frågan om ansvarsbegränsning bör bedömas utgående från hur väl *systemet* tryggar de skadelidandes rätt til ersättning.
- Följderna av obegränsad ansvarlighet skulle inte bli dramatiska. Försäkringsgivarerna skulle sannolikt sätta ett tak på sitt ansvar (vilket de gör idag...) som skulle vara beroende av försäkringsmarknadens kapacitet. Denna kapacitet är dynamisk och skulle fort anpassa sig till det nya läget, dvs. öka i takt med redarnas försäkringsbehov (jfr. ovan om försäkringskapaciteten).
- De konventionbaserade globalbegränsningsreglerna bromsar upp utvecklingen såväl beträffande försäkringsmarknadens kapacitet som inom skadeståndsrätten enligt min uppfattning. Genom att "helhetskakan" för ersättningar är fastställd och inflations- och andra justeringar är tungrodda, begränsas utrymmet för skadeståndsrättens utveckling. Särskilt gäller detta miljöskadeansvaret (jfr de i kap. 3 och 4 nämnda både nationella och internationella utvecklingsbehoven). Försäkringen i första hand P&I klubbarna) borde följa skadeståndsrättens utveckling, der får inte vara tvärtom.
- Ett obegränsat ansvar kunde både ha preventiva verkningar (jfr ovan avsnitt 4.2.4 om förlust av begränsningsrätten) och främja konkurrenspolitiska syften (internationellt finns ett flertall *olika* begränsningssystem).

#### 4. Temaer for diskusjon

##### A. Det skal forsatt være forskjellige ansvarsregler som gjelder for opprydding etter sjøulykker og etter offshoreaktiviteter.

##### **Det skal være ansvarsbegrensninger i sjøretten – mot ubegrenset ansvar og null-toleranse for opprydding etter offshoreaktiviteter.**

I begge tilfælde er der tale om opprydding, som ikke nødvendigvis beror på et culpøst forhold. I begge tilfælde formes erstatningsansvaret i lyset af miljøpolitiske overvejelser og det handler om kostnad som kan inkalkuleres i den økonomiske virksomhed, der giver anledning til omkostningerne. Det kan spørges om dette giver mening til å overveie fælles ordninger.

Kritikken i sjørettslig sammenheng har bla. vært at ansvarsbegrensingen burde bort. I offshore sammenheng har det vært stilt spørsmålsteget ved ressursbruken – kunne man ikke bruke de samme ressursene på en bedre måte for å verne miljøet?

Det er imidlertid den forskjell på de to tilfellene at i offshoresammenheng er det i stor grad snakk om bruk av offentlige midler – på grunn av oljeselskapenes skattebyrde. I sjørettslig sammenheng er det private penger og et forsikringsspørsmål som det gjelder.

## **B. Nærmere om ansvarsregler i sjøretten**

### ***B.1 Forslaget i NOU 2002:15 bør være veiviser for norden***

Den norske Sjølovskomiteen kom frem til det resultat at krav i anledning av oppryddingstiltak etter sjøulykker fremdeles skulle undergis ansvarsbegrensning.

Jeg kan stort sett slutte meg til den norske sjølovkomiteens forslag og mener at det burde være en veiviser for hvordan ansvarsreglene i de nordiske sjølov bør se ut.

Når det gjelder den ”pakkelsning” komiteen har kommet frem til for utforming av ansvarsbegrensningsbeløpene kan den diskuteres. Det blir spennende å høre hva deltagerene på det nordiske juristmøte mener om følgende løsninger.

#### ***B.1.1 Ansvarsgrensen og hvilke skip skal den gjelde for***

Hvilke ansvarsregler skal det gjelde for krav knyttet til oppryddingstiltak i norden? Den ansvarlige skal ha rett til å begrense ansvaret.

Det finnes fremdelser sterke nok grunnelser til å beholde globalbegrensningsregler innenfor sjøretten, særregler som savner sidestykke på andre rettsområder?

Ved valget mellom ubegrenset eller begrenset ansvar vil det være avgjørende hvilken løsning som i praksis må antas å legge forholdene til rette for gode ansvarsforsikringsordninger.

I teorien kan det argumenteres for at rederen skal bære ubegrenset ansvar, d.v.s. det er best i samsvar med ansvarsregler på andre områder. Det skal være den som forvolder skade som også skal bære kostnaden. Som støtte for omfattende ansvar kan nevnes de løsninger som er valgte i HNS-konvensjonen og den internasjonale konvensjon om erstatningsansvar for oljesølskade 1992, miljørettslige grunnprinsipper og alminnelige erstatningsrettslige regler.

Det er imidlertid forskjell mellom teori og virkelighet. Hvis hensikten med diskusjonen er å komme fram til et realistisk resultat d.v.s. et forslag som det er grunn til å tro at kan føre til endringer i norden, er et ubegrenset ansvar ekki den riktige veien å gå. Det kan teoretisk sett være den riktige veien, men praktisk



sett vil et slikt forslag ikke føre til noen endringer på gjeldende rett. Slik sett kan professors Peter Wettersteins argumentasjon, se kapittel 3.6.2 foran, være riktig teoretisk sett, men urealistisk praktisk sett.

Den norske Sjølovkomiteen foreslå en pakkelsning basert på følgende ansvarsgrenser:

- den særlige ansvarsgrensen for skip på inntil 1000 bruttotonn settes til 3 mill. SDR , dvs. ca. NOK 30 mill. (Ansvarsgrensen gjøres ikke gjeldende for skip på 300 tonn eller mindre),
- for hvert tonn av skipets bruttotonnasje i intervallet 1001 til 10 000 tonn økes ansvarsgrensen med 1000 SDR,
- for hvert tonn av skipets bruttotonnasje fra 10 001 tonn økes ansvarsgrensen med 500 SDR.

#### ***B.1.2 Rederens kosnader ved egne oppryddingstiltak***

Slik det fremgår i NOU 2002:15 vil en regel som gir rederen adgang til å kreve egne oppryddingskostnader dekket på lik linje med andre krav ved fordelingen av ansvarsbeløpet, gi et sikrere grunnlag for fastlegging av nivået på den særskilte ansvarsgrensen for krav i anledning av oppryddingstiltak og dermed også for de ansvarsforsikringsordninger som vil bli benyttet i praksis.

Jeg mener at Sjølovkomiteen har rett i at rederen bør gis rett til å kreve egne oppryddingskostnader dekket ved fordelingen av ansvarsbeløpet.

#### ***B.1.3 Særlige regler om handlemåte som hindrer ansvarsbegrensning***

Sjølovkomiteen mener at det er behov for en særlig regel som klargjør at rederen normalt har rett til å begrense sitt ansvar i forhold til offentlig myndighet for krav i anledning av oppryddingstiltak etter sjøulykker, og at dette også gjelder i tilfelle hvor rederen etter pålegg fra offentlig myndighet har hatt plikt til selv å sette i verk de tiltak det gjelder.

Igjen mener jeg at Sjølovkomiteen har rett.

**Bilag nr. 1.**

**Oppryddingstiltak, begrensingsrett**

Skipets tonnasje	1976- konvensjonen (SDR)	1996- konvensjonen (SDR)	Forslag i NOU 2002:15 (SDR)	HNS- konvensjonen (SDR)
500	167000	1000000	3000000	10000000
1000	250500	1000000	3000000	10000000
2000	417500	1000000	4000000	10000000
3000	584500	1400000	5000000	11500000
6000	1085500	2600000	8000000	16000000
10000	1753500	4200000	12000000	22000000
20000	3423500	8200000	17000000	37000000
30000	5093500	12200000	22000000	52000000
70000	11773500	24200000	42000000	89200000

**FORKORTELSER**

**A. Litteratur**

- Blom (1985), Birgitta Blom, *Sjölagens bestämmelser om rederansvar*, PA Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1985, ISBN 91-857162-X.
- Brækhus (1998), Sjur Brækhus, *Sjørett voldgift og lovvalg*, Artikler 1979–1998, *De nordiske sjølover. Et tilbakeblikk ved 100 års jubiléet*, Universitetsforlaget, Oslo 1998, ISBN 82-00-12737-0.
- Bull og Falkanger (2004), Hans Jacob Bull og Thor Falkanger, *Innføring i sjørett*, 6. utgave, Sjørettsfondet, Oslo 2004, ISBN 82-90260-46-6.
- Evenshaug (1999), Geir Evenshaug, *Avslutningsfasen i petroleumsvirksomheten*, Marius nr. 245., Sjørettsfondet, Oslo, 1999.
- Røsæg (2001), Erik Røsæg, *The Impact of Insurance Practices on Liability Conventions*, Marius 203, s. 115–138.
- Selvig (1995), Kirsten Ullbæk Selvig, *Praktiske sider ved disponering av innretninger*, Marius nr. 219, s. 55–71, Oslo, 1995.
- Simonsen (2002), Sandra Simonsen, *Folkerettslige rammer ved disponering av utrangerte offshore installasjoner, med særlig vekt på reguleringen under OSPAR-konvensjonen*, Marius nr. 290, Sjørettsfondet, Oslo, 2002.
- Wetterstein (1980), Peter Wetterstein, *Globalbegrensning av sjørettligt skadeståndsansvar*, Åbo Akademi, Åbo 1980, ISBN 951-648615-0.
- Wetterstein (2001), Peter Wetterstein, *The Principles of Limitation and Sharing Liability*, Marius 283, s. 93–114.

Wetterstein (2004), Peter Wetterstein, *Redarens miljöansvar*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 2004, ISBN 951-765-194-5

#### **B. Forarbeider**

- Betænkning nr. 1451/2004, *Betænkning afgivet af Sjølovudvalget angående ansvar for forurensningsskade forvoldt af bunkersolie og ansvar for skade opstået i forbindelse med sjøtransport af farlige og forurenende stoffer*
- Ds Ju 1976:12, *Utkast till internationell konvention om begränsning av sjö-rättsligt skadeståndsansvar*, Justitiedepartementet
- NOU1980:55, *Begrensning av rederansvaret. Passasjerbefordring.*
- NOU 2002:15, *Ansvar for oppryddingstiltak etter sjøulykker*
- NOU 2004:21, *Erstatningsansvar ved sjøtransport av farlig gods*
- Ot. prp. nr. 43 (1995–96), *Om lov om petroleumsvirksomhet*
- Ot. prp. nr. 90 (1998–99), *Om lov om endringer i lov 24 juni 1994 nr 39 om sjøfarten (sjøloven) og om samtykke til ratifikasjon av 1996-endringsprotokollen til Konvensjon om begrenning av ansvaret for sjørettslige krav 1976.*
- Pt. prp. nr. 92 (2002–03), *Om lov om endringer i petroleumsskatteloven mv.*

Tolle Stabell

Menneskerettigheter og grunnrettigheter  
– er lovgiverens råderom blitt for innsnevret?

# Menneskerettigheter og grunnrettigheter – er lovgiverens råderom blitt for innsnevret?

Af advokat *Tolle Stabell*  
advokat hos Regjeringsadvokaten, Norge

*Menneskerettighetene springer ut av meget få og generelt formulerte prinsipper. De praktiseres på nær sagt alle samfunnsområder, som begrensninger på myndighetsutøvelse, herunder lovgivning. De interessene som konvensjonen skal beskytte, må stadig avveies mot andre, legitime interesser. Slike avveininger, når de er generelle, er tradisjonelt lovgivningsoppgaver, som i dag i atskillig grad gjennom inkorporasjon av EMK er overført til domstoler. Potensialet for rettsavgjørelser som underkjenner verdipregede lovgivervalg er, tross EMDs brede praksis, stort.*

## 1 Innledning – Maktutredninger

Etter i flere årtier å ha vært lite påaktet, har virkningen av menneskerettighetene de siste årene blitt et hett debatttema. Debatten ble først intensivert i det juridiske miljø, men har (i alle fall i Norge) spredt seg til politiske og samfunnsvitenskapelige miljøer. Fra stort sett kun å utgjøre en avskjermet avdeling innen jusen, som med visse unntak (særlig bør nevnes straffeprosess) ikke hadde vesentlig betydning for det praktiske, politiske liv og for rettslivet, har menneskerettighetene i løpet av forbausende få år utviklet seg til å bli et rettsfelt av betydning for nær sagt ethvert samfunnsområde og med implikasjoner for mange andre rettsfelt. Overraskelsene har vært mange, etter hvert som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) stadig har utvidet anvendelsesområdet for Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og dens protokoller, bl.a. under utøvelse av en erklært dynamisk doktrine. Liknende trekk kan finnes på EU-rettens område,<sup>1</sup> selv om det er meget å si om forskjeller og likheter mellom disse to rettsområdene.

Menneskerettighetenes virkninger har inngått i en nokså parallell og stadig mer intens debatt om „rettsliggjøringen“ av samfunnene. Dette temaet – rettsliggjøring – er igjen en del av en enda bredere debatt om fordelingen av makten i samfunnet, og i særdeleshet hvordan demokratiet utvikler seg. Om disse spørs-

---

<sup>1</sup> For Norges del gjennom EØS-retten.

målene har det nylig i Danmark og i Norge vært gjennomført „maktutredninger“, under uavhengig forskningsledelse. Den danske utredningen resulterte blant meget annet i en publikasjon „Menneskerettigheter og magtfordeling – Domstolskontrol med politiske prioriteringer“.<sup>2</sup> Konklusjonene er atskillig mindre kritiske til utviklingen av menneskerettighetene og folkestyrets kår enn hva man finner i den norske utredningen. Sluttrapporten fra den norske makt- og demokratiutredningen forelå i NOU 2003:19.<sup>3</sup> Hovedkonklusjonen der – trukket ut fra langt videre premisser enn bare juss – er alarmerende:

*„Den mest sentrale endringen av maktforholdene i Norge er at demokratiet i grunnbetydningen folkestyre – et formelt beslutningssystem gjennom flertallsvalg og folkevalgte organer – er i tilbakegang. Folkestyret som regjeringsform er i forvitring snarere enn omforming.“ (kap 13.1)*

Utredningsgruppen<sup>4</sup> pekte på at inkorporering av menneskerettsregler og EU-regler leder til at internasjonale rettsinstanser har øverste tolkingsmyndighet for regler og prinsipper som stadig får bredere anvendelse. Gruppen uttalte under tittelen „Rettsorganene overtar politikken“:

*„Domstolene og andre rettslige organer øker sin beslutningskompetanse på bekostning av politikk og forvaltning. Rettsliggjøring innebærer at rettsorganene får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet, og at skillet mellom lovgivning og lovanvendelse blir visket ut. Det norske rettsvesenet er også preget av en omfattende internasjonalisering, der EUs regelverk og internasjonale konvensjoner gjøres bindende for norsk lov.“ (kap 6)*

Om (de forskjellige) domstolenes maktpolitiske stilling på bekostning av lovgiveren het det:

*„... Maktpolitisk betyr dette både at norske domstoler har styrket sin posisjon i forhold til politiske organer og at domsmakt flyttes fra nasjonale til internasjonale rettsinstanser. Dermed er lovgivningsmakten – Stortinget – svekket i to retninger. Dette er myndighetsforskyvninger som Stortinget selv aktivt har medvirket til.“ (pkt 6.3)*

---

<sup>2</sup> Ved Koch, Røberg, Schaumberg-Müller og Vested-Hansen; januar 2004; ISBN 87 7934 083-0

<sup>3</sup> Ved Østerud, Engelstad, Meyer, Selle og Skjeie; august 2003.

<sup>4</sup> To av medlemmene (de to kvinnene) stilte seg ikke bak de uttalelsene som her siteres.

Utredningen utfordret mange, særlig dem som tradisjonelt er varme og prinsipielle tilhengere av internasjonale konvensjoners gjennomslag i norsk rett, og kanskje i særlig grad på menneskerettsområdet. Regjeringen har fremlagt melding for Stortinget<sup>5</sup> som nok til en viss grad avdemper utredernes konklusjoner på dette punktet. Meldingen er prinsipielt lagt opp (også) når det gjelder forholdet mellom den lovgivende og den dømmende makt.

Temaet – om lovgiverens råderom er blitt for snevert – er et rettspolitisk spørsmål. Spørsmålet er i hvilken grad man bør ha rettsregler som legger begrensninger på flertallets myndighet til å binde mindretallet. De fleste forstår begrepet demokrati slik at det innbefatter regler som beskytter minoriteter, altså mot visse tiltak som flertallet kunne tenkes å vedta med grunnlag i demokrati-begrepetes kjerne: Flertallets rett til å bestemme.<sup>6</sup> Diskusjonen dreier seg ikke om man skal ha effektive regler som verner mindretallet, men hvilken *utstrekning* reglene skal ha.

Effektive begrensninger krever som kjent håndhevelse utøvet av organer hvis avgjørelser binder flertallet, dvs. domstoler. Menneskerettsområdet i Europa er unikt ved at et effektivt domstolssystem, som inkluderer en internasjonal domstol overordnet de nasjonale, har myndighet til å håndheve begrensningene – og dermed beskytte individenes rettigheter – med *bindende* virkning. Domstolene overprøver de valg som lovgivende organer på vegne av folkeflertallet har vedtatt. Menneskerettighetene, som skrevne regler, er i det vesentlige for lengst vedtatt. Men, som jeg allerede har antydnet, betyr det langt fra at reglene ikke endres. Lovgiverne i nasjonalstatene medvirker imidlertid i svært liten grad ved utviklingen av reglene. Ser man bort fra nye konvensjoner og protokoller på visse avgrensede områder, har domstolene overtatt oppgaven å utvikle reglene; en oppgave som et stykke på vei etter tradisjonell tenking ikke tilligger den dømmende makt.

Nedenfor vil jeg først (under pkt 2) i lys av EMK-reglenes egenart drøfte nærmere hensyn for og mot en fortsatt dynamisk og rettsutviklende linje fra EMDs side. En slik linje går per definisjon på bekostning av lovgivere og møter betenkeligheter for så vidt gjelder demokratiens kår. Under det andre hovedpunktet (pkt 3) diskuterer jeg spørsmålet om hvordan nasjonale domstoler bør tilnærme seg EMK-reglene.

---

<sup>5</sup> St. meld. nr 17 (2004–05)

<sup>6</sup> Den alminneligste definisjonen av demokrati er dermed sammensatt og rommer to elementer som står i motstrid til hverandre. Dette kan gjøre diskusjoner om demokrati og mindretallsvern vanskeligere å føre enn de burde være.

## 2 Det internasjonale planet – EMDs praksis

Det klassiske skillet mellom lovgivende og dømmende virksomheter er som kjent ikke et stringent skille i praksis. I alle rettssystemer har man i større eller mindre grad innslag av domstolsskapt rett. Likevel dreier det som om et idémessig viktig skille. Demokrati i betydningen folkestyre hviler på idéen om at lovgivning krever legitimt grunnlag, og at de som utøver denne står ansvarlig overfor folket. Dommere henter sin legitimitet fra annet enn parlamentariske valg, og de står ikke til ansvar for de valg de treffer. Selv om den gamle oppfatningen om at dommerne „kun finner retten, de skaper den ikke“ er forlatt, fordi enhver innser at dømmende virksomhet i en del sammenhenger også innebærer at regler skapes, er grunnregelen i de aller fleste tradisjonelle rettssystemer at det ikke er domstolenes oppgave å skape retten.

Menneskerettsreglene skiller seg nokså klart fra de tradisjonelle rettssystemene på dette punktet. Årsaken er særlig følgende velkjente trekk ved konvensjonen og EMDs håndhevelse av denne:

EMK rommer i utgangspunktet meget få materielle regler, hvorav de fleste best kan betegnes som prinsipper. De er både uskarpe i kantene og vage for så vidt gjelder det uttrykk de har fått i EMKs meget få bestemmelser. Riktignok finnes det med årene en meget rikholdig strasbourg-praksis. Innenfor slike områder vil EMDs virksomhet anta av en mer klassisk retts håndhevelse. Men antallet prinsipielle rettsspørsmål som vil kunne oppstå, er nærmest ubegrenset. I samtlige av Europarådets mange medlemsland finnes det atskillige rettslige og administrative særordninger som kan komme til prøvelse mot EMKs regler. Dessuten preges selvsagt en del av EMDs rettspraksis av det velkjente trekk, at dommer utformes konkret og at deres rekkevidde i senere saker ofte byr på tvil. Når EMD på mer fritt grunnlag må avgjøre en sak ut fra konvensjonen, har den i begrenset grad støtte i et tradisjonelt rettskildebilde, og treffer sine avgjørelser på et friere grunnlag. Dette innebærer at dommernes verdipreferanser får en mer sentral plass enn ellers.

EMD utøver i dag myndighet på nær sagt alle områder av samfunnslivet, ikke bare i spørsmål som politikere, mediene og folk flest oppfatter som menneskerettsspørsmål. EMD foretar avveininger av de interesser som er beskyttet gjennom EMK, mot interesser som ikke er det.<sup>7</sup> Dette selv om alle erkjenner at sistnevnte gruppe interesser er legitime og selvsagt også fortjener beskyttelse. Eksempler kan være naturverninteresser og hensynet til landenes sikkerhet. Slik sett likner de vurderinger som EMD foretar, ganske ofte de avveininger som lovgivere er satt til å foreta.

<sup>7</sup> Anvendelsen av EMK art 8 (vern av personlig liv og familieliv) innebærer normalt en avveining mot andre interesser i medhold av bestemmelsens annet ledd; proporsjonalitetsavveiningen. Et praktisk eksempel her er avveining mot statenes interesse i innvandringskontroll eller kriminalitets bekjempelse.



Det er uttalt doktrine fra EMDs side stadig å utvide konvensjonens anvendelsesområde. Den „dynamiske fortolkningsmetode“ som EMD bekjenner seg til, innebærer at domstolen utøver en rettspolitisk virksomhet i tilfeller der „beskyttelsen utvides“. Foruten at det fortløpende tas standpunkt til konvensjonens anvendelse på nye samfunnsfenomener som melder seg, forbeholder EMD seg å omgjøre sine tidligere prinsippstandpunkter, ja endog knesette nye traktatforpliktelse som ikke har noe håndfast grunnlag i EMK. Det er derfor ikke bare tale om en tilpasning av reglene til „present day society“, slik fenomenet ofte beskrives.

Den samlede virkningen for statene av disse fenomenene er en betydelig usikkerhet. Hva som var begrensningene for lovgiveren i går, gir intet sikkert svar for morgendagen. De nasjonale lovgivere må operere under *en betydelig rettsuvisshet*. Det samme gjelder nasjonale domstoler.

Det tradisjonelle skillet mellom lovgivning og dømmende virksomhet tjener som en beskyttelse for domstolene. Så lenge dommerne makter å treffe populære avgjørelser, i alle fall hos flertallet, kan det kanskje virke innbydende å opptre som lovgiver. Men når verdivalgene skal treffes på følsomme områder der uenigheten innen samfunnet er stor, blir byrden ved å måtte velge lett tung. Den som gir generelle normer, trenger legitimitet. Demokratihensynet har vekt i seg selv.

Etter mitt skjønn kan det også anføres at domstolene på grunn av behandlingsformen de følger, ofte er dårligere egnet enn lovgivende systemer til å beslutte lovgivende tiltak. Domstolene – herunder EMD – ser kun de partene som opptre i den enkelte sak og får seg kun presentert de synspunktene og bevisene som partene fremmer. Noen høring gjennomføres ikke. Når en pan-europeisk rettsnorm skal fastlegges, kan det være behov for belysning av samtlige medlemsstaters relevante rettsregler og sosiale forhold. Belysningen av slikt blir lett tilfeldig i en enkeltsak. Det må også være lov å peke på at sammensetningen av dommere i en enkeltsak EMD pådømmer, kan være nokså tilfeldig, gitt det store antall dommere. Domstolens fortvilede restansesituasjon gjør ikke situasjonen lettere og bidrar ikke til større tillit til kvaliteten av alle dens mange avgjørelser. For øvrig kan det av slike og andre grunner være oppfordring til varsomhet med vidtgående og generaliserte slutninger av innholdet av en enkelt dom.

I motsetning til nær sagt alle rettssystemer, er situasjonen på menneskerettighetsområdet at domstolen (EMD) ikke har noen andre „konstitusjonelle organer“ som kan balansere ut domstolens makt. Det finnes i praksis ingen lovgiver som kan korrigere normgrunnlaget, her konvensjonen. Det er ikke videre praktisk at statene vedtar noe tillegg til EMK eller en helt ny konvensjon, for eksempel i den hensikt dels å kodifisere, men dels korrigere, EMDs rettspraksis. I en situasjon der den er nokså enerådig, taler mye for en viss tilbakeholdenhet fra domstolens side i form av å overlate konkrete interesseavveininger til nasjonale organer, det være seg lovgivende eller dømmende. Hensynet til nasjonale

domstolers (høyesterettens) legitimitet, kunne peke i samme retning, i alle fall når vedkommende domstol har tilnærmet seg konvensjonsspørsmålet på korrekt måte. Vi har her fått Protokoll 14 (ennå ikke i kraft) som vil gi en viss avgrensning for så vidt gjelder saker av mindre betydning.<sup>8</sup> Men problemstillingen jeg her omtaler er videre enn den protokollen adresserer. De prinsipielle sakene vil nok i mindre omfang bli avvist etter nevnte bestemmelse.

Til illustrasjon har jeg først valgt en sak mot Island:

Saken *Ásmundsson mot Island* kan illustrere enkelte av de synspunktene jeg har omtalt.<sup>9</sup> Saken gjaldt statens frihet til ved lov å endre vilkårene for pensjonsordninger når alvorlig økonomisk ubalanse truet ordningens fortsatte eksistens. Kjartan Ásmundsson ble i 1978 etter ni år som fisker, ute av stand til å fortsette i sitt yrke fordi han ble rammet av en arbeidsulykke. Han ble tilstått full uførepensjon. Han var etter islandsk lov, slik den da lød, berettiget til å beholde pensjonen til tross for at han fikk seg arbeid på land. Pensjonen forfalt (etter en femårs overgangsperiode) som følge av en lovendring i 1992. Hans arbeidsevne skulle ikke lenger bedømmes kun ut fra hans mulighet for å utøve sitt gamle yrke (fisker), og ettersom han hadde i behold sin arbeidsførhet i annen jobb, mottok han fra 1997 av ikke pensjon.<sup>10</sup>

EMD ga Ásmundsson medhold i at lovendringen slik anvendt mot ham, innebar et brudd på Art 1 i Tilleggsprotokoll nr 1 til EMK – vern av eiendom. I tidligere avgjørelser hadde EMD etablert at under visse omstendigheter kan bidrag til trygdeordninger utgjøre eiendomsrett etter art 1, og denne rettigheten kan berøres av hvordan utdelinger fra ordningen skjer. Etter å ha gjentatt at art 1 ikke kan forstås slik at et medlem har krav på et bestemt beløp, uttalte EMD (avsnitt 39):

*“... An important consideration in the assessment under this provision is whether the applicant’s right to derive benefits from the social insurance scheme in question has been infringed in a manner resulting in the impairment of the essence of his pension rights....”*

<sup>8</sup> EMK art 35(3) tilføyes en ny bokstav b, hvoretter en sak kan avvises uansett om den måtte inneholde et konvensjonsbrudd, dersom „the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.“

<sup>9</sup> Kjartan Ásmundsson v Iceland, dom avsagt 12.10.2004, Application no 60669/00.

<sup>10</sup> Han ble fremdeles ansett 25% ufør i enhver jobb, men ordningen krevde at uførhetsgraden overskred 35%. Ásmundsson pekte også på at lønnen han oppebar på land var lavere enn den han ville ha mottatt som fisker.

EMD tok ikke stilling til om tiltaket hadde basis i lov, og uttalte deretter:

*“... It is the issue of proportionality which lies at the heart of the case under the Convention.*

*Accordingly, it will determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. In this connection, regard will be had to whether unjustified differential treatment occurred in the instant case.*

*Whereas the Government approached the case from a broad angle as raising issues of fundamental principles pertaining to the entire Icelandic pension system, the Court will confine its examination to the concrete circumstances of the applicant's case.”* (avsnitt 40)

Avgjørende for utfallet var altså forholdsmessigheten, hvilket angis som samfunnets generelle interesse veid mot hensynet til Ásmundsson. Men det fremgår samtidig av det siste jeg har sitert at en bred, samfunnsmessig avveining av de motstående hensyn ikke ble utført fullt ut av EMD. Forholdsmessigheten ble i stedet formulert som et spørsmål om han hadde vært utsatt for uberettiget forskjellsbehandling („unjustified differential treatment“):

*“Against this background, the Court finds that, as an individual, the applicant was made to bear an excessive and disproportionate burden which, even having regard to the wide margin of appreciation to be enjoyed by the State in the area of social legislation, cannot be justified by the legitimate community interests relied on by the authorities. It would have been otherwise had the applicant been obliged to endure a reasonable and commensurate reduction rather than the total deprivation of his entitlements...”* (avsnitt 45)

EMD fant altså at en (kraftig) reduksjon av trygden ville ha vært i orden, men ikke totalt bortfall. Det er ikke helt lett å se nøyaktig hva EMD her sammenlignet med. Vurderingen av trygdeordningens samlede stilling gikk så vidt forstås EMD ikke inn i. Denne ville vel nødvendigvis ha vært kompleks og måtte ha involvert vurdering av forskjellige grupper trygdede.

Saken illustrerer ellers et annet poeng, nemlig at konsekvensene av det konstaterte bruddet, ikke var klart. EMD tilsto klageren etter skjønn et beløp idet man tok hensyn til at klageren ville ha måttet godta en (kraftig) reduksjon av trygden (avsnitt 51).

Et ferskt og eklatant eksempel på endring av konvensjonsforpliktelsene gjennom dømmende virksomhet er *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*.<sup>11</sup>

EMD konkluderte med brudd på EMK art 34 (retten til individuell klage til EMD) utelukkende på det grunnlag at Tyrkia unnlot å etterkomme EMDs „indication“ etter Rule 39 i Rules of Court om å utsette utlevering av klagerne til Usbekistan inntil EMD hadde behandlet klagen. EMD fant ingen brudd på noen av realitetspunktene, men konkluderte så vidt ses helt generelt i avsnitt 128:

*... A failure by a Contracting State to comply with interim measures is to be regarded as preventing the Court from effectively examining the applicant's complaint and as hindering the effective exercise of his or her right and, accordingly, as a violation of Article 34 of the Convention.*

Derved fravek EMD (den forrige) domstolens prejudikat i *Cruz Varas and Others v. Sweden*<sup>12</sup> som angikk (den nedlagte) Kommisjonens anledning til å gi en „indication“. I *Čonka and Others v. Belgium*<sup>13</sup> stadfestet EMD *Cruz Varas*, direkte knyttet til EMDs egne „indications“ under (nye) Rule 39. EMD innførte etter mitt skjønn en ny konvensjonsforpliktelse som savnet grunnlag i EMK; en forpliktelse som bevisst ble utelatt både i 1950 og utelatt da konvensjonen ble endret i forbindelse med Protokoll 11 (dannelsen av ny domstol). *Mamatkulov* er ikke et eksempel på strasbourg-praksis som direkte tvinger frem lovendringer, ettersom nasjonale myndigheter i praksis allerede har hjemmel til å beslutte utsettelse av tiltaket. Men avgjørelsen legger sterke føringer på myndighetenes utøvelse av hjemlene.

Vender man blikket mot lovgiverens situasjon, er det selvsagte utgangspunktet – og i alle fall det ideelle siktemålet – når lov skal gis, å unngå kollisjon med menneskerettighetene. De nevnte grunntrekkene ved konvensjonssystemet og EMDs virksomhet, utgjør for lovgivere en vedvarende usikkerhet. Hvis man når lov gis, skal nå brukbar trygghet for at kollisjon med EMK ikke oppstår, kan man bli nødt til å legge inn en stor *sikkerhetsmargin*. Som nevnt nødvendiggjør svært mange avgjørelser tatt etter EMK en avveining mot legitime interesser som ikke er beskyttet av EMK. Disse interessene står i fare for systematisk å bli rammet dersom lovgiveren legger sterk vekt på å unngå kollisjon med EMK.

<sup>11</sup> *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, dom i storkammer avsagt 4. februar 2005, Applications nos. 46827/99 and 46951/99.

<sup>12</sup> Dom avsagt 20. mars 1991, Series A no. 201

<sup>13</sup> Decision av 13 mars 2001, no. 51564/99

Fenomenet gjør seg gjeldende også for nasjonale domstoler og forvaltninger, og betegnes gjerne som „overopppfyllelse“. Selvsagt er ikke all overopppfyllelse skadelig, men på atskillige områder kan dette lett bli tilfelle. Og den representerer altså et resultat som lovgiveren ikke ville ha valgt, hadde det ikke vært for frykten for å bryte konvensjonen.

Avgjørende for om lovgiveren legger inn en margin for å sikre mot brudd på EMK, og ikke minst størrelsen av en eventuell margin, blir i praksis hvor inefamerende et eventuelt tap i EMD fortoner seg. For lovgiveren, og kanskje særlig for parlamentene, er vel denne problemstillingen ennå ikke blitt så aksentuert i praksis, men den vil melde seg. For domstolene som får seg presentert konkrete saker med påstand om at EMK-regelen avgjør saken i den ene partens favør, vil slik frykt melde seg ofte. Etter mitt syn er tiden inne til å se på (potensiell) uenighet mellom nasjonale organer og EMD som en naturlig sak. I de fleste tilfellene vil det være saklig rom for forskjellige oppfatninger om konvensjonsreglens innhold og om hva som er beste løsning.

Enkelte har trukket vidtgående konklusjoner av kritikken mot hvordan EMK-reglene i dag praktiseres. Bryde Andersen<sup>14</sup> har reist en kritikk av menneskerettighetsmiljøene og bl.a. trukket konklusjonen at den loven som har gjort EMK til dansk rett, bør oppheves. EMD bedriver etter hans syn „europaharmonisert“ rettspolitikk, idet mange av de resultater domstolen kommer til, ikke er et resultat av anvendelse av fundamentale menneskerettigheter. Bare når vesentlige rettsprinsipper er krenket og det (på ny) er fare for grunnlaget for våre demokratier, bør EMK etter hans syn komme til anvendelse. Så får de stater som måtte være interessert, inngå „en særlig konvention om europæisk retspolitisk harmonisering“. Han plasserer seg dermed svært tydelig på den motsatte fløy av det som har vært vanlig blant dem som interesserer seg for og skriver om menneskerettigheter. Det vanlige i Norden har, inntil de få siste årene, vært en begeistret oppslutning om menneskerettighetene, og konvensjonens inkorporasjon i nasjonal rett – med forrang foran interne regler – slik at konvensjonsbestemmelsene er direkte anvendelige i domstolene. Hans brannfakkell har medført debatt i Danmark. Slik debatt er definitivt av det gode. Den bør ikke være forbeholdt juristene, langt mindre de tradisjonelle menneskerettingsmiljøene.<sup>15</sup>

Mellom disse ytterpunktene føres det en debatt om hvordan man nærmere bør praktisere EMK på nasjonalt plan. Det hersker nok en økende kritisk holdning til EMDs funksjon, herunder særlig dens dynamiske anvendelse av konvensjonen. Bekymringen er dels en svekkelse av folkestyret, som utgjør kjernen i demokratiet. En annen innvending er altså bredden av hva som etter hvert er

---

<sup>14</sup> Berlingske Tidende 13. mars 2005.

<sup>15</sup> Det er i denne sammenheng interessant å notere at de danske „maktutredere“ nemt under mitt pkt 1, alle er jurister, mens de norske alle tilhører andre faggrupper.

blitt et anliggende for EMDs kontroll. Men det har – i alle fall så langt – vært få røster som hever seg med forslag om reversering av inkorporasjonsloven, enn si oppsigelse av konvensjonen.

Til tross for de motstående hensyn, er det mitt syn at EMD i mindre grad enn hittil bør fortsette å utvikle EMK gjennom rettsskapende virksomhet. Det er heller grunn til i flere tilfeller å gi statene en større skjønnsmargin, særlig på områder som ikke kan sies å ligge innenfor kjerneområdet for menneskerettighetene. Også bortsett fra hensynet til EMD selv (jfr. de omfattende restansene), bør de nye reglene i Protokoll 14 anvendes slik at mindre alvorlige forhold ikke obligatorisk blir prøvet.

### 3 Nasjonale domstolars håndhevelse av EMK-regler

Menneskerettighetene kan altså ikke fungere etter sin hensikt uten håndheving på nasjonalt nivå. Det er de nasjonale domstoler (og ikke EMD) som tar de aller fleste avgjørelser etter EMK-reglene, jfr. også EMDs gjentatte uttalelser om at dens kontroll er subsidiær. Alle synes enige om at det primære ansvaret for å beskytte individenes rettigheter hviler og må hvile på nasjonale myndigheter, i siste instans de nasjonale domstoler.<sup>16</sup>

Med dette utgangspunktet har mange tatt det som selvsagt at nasjonale domstoler når enkelttvister skal løses, ikke bare skal anvende EMK, men i alle saker anvende konvensjonen slik EMD antas å ville ha gjort. Man bør jo unngå at det som foretas i det nasjonale rettssystemet, ender med at brudd på EMK senere blir konstatert hvis det klages til Strasbourg. Standpunktet virker umiddel-

<sup>16</sup> Forskjellige lovgivningsteknikker kan benyttes når konvensjonsregler skal gis virkning i det enkelte lands rettssystem. Ser man bort fra monistiske rettssystemer der traktater får automatisk effekt så snart de er folkerettslig bindende, foreligger følgende muligheter:

- (1) Ingen gjennomføringstiltak ved lov eller grunnlov: leder til at utformingen av det såkalte presumpsjonsprinsippet i vedkommende rettssystem avgjør hvilken virkning konvensjonsreglene eventuelt får,
- (2) Konvensjonen inkorporeres ved alminnelig lovvedtak, uten forrang,
- (3) Konvensjonen inkorporeres ved alminnelig lovvedtak, men med forrang fremfor annen lov,
- (4) Konvensjonen inkorporeres ved grunnlov.

Hvor stor betydning inkorporasjon av menneskerettsreglene i nasjonal lov har, avhenger av rettssystemets egenskaper. For norsk retts vedkommende er min personlige antakelse at inkorporasjonsloven, til syvende og sist, ikke har den største betydning. Så lenge man opererer med et sterkt presumpsjonsprinsipp, vil konvensjonsreglene oftest slå igjennom. Prinsippet innebærer at domstolene vil strekke seg (meget) langt ved tolkingen og anvendelsen av nasjonal rett for å unngå det antatte konvensjonsbruddet. Men når en klar nasjonal regel kolliderer med det man antar konvensjonen leder til, vil inkorporasjonsmetoden lett være avgjørende. Inkorporasjonen innebar uansett et tidsskille, formelt, men nok også reelt. Oppmerksomheten rundt de inkorporerte konvensjonene, særlig EMK, har økt ytterligere, og likeså oppmerksomheten rundt rettskildet bildet som knytter seg til konvensjonen.

bart fornuftig, men i praksis og ved nærmere undersøkelse viser det seg at det er vel verdt en diskusjon hvordan nasjonale domstoler bør forholde seg.

Først synes inkorporering i alle fall i praksis å innebære at EMK-regelen er inkorporert med det innhold den *til enhver tid* har. Nasjonale domstoler skal altså til tross for *lex posterior*-prinsippet, ta hensyn til ny konvensjonspraksis, uansett når den nasjonale regelen som skal prøves, er vedtatt.

I tilfeller der EMK-regelen er klar, har nasjonal dommer intet problem (så lenge regelen er inkorporert med forrang). Lovgiveren har instruert domstolen om å sette til side lovgiverens egen regel, til fordel for EMK-regelen. Men som kjent forekommer det ofte at reglers nærmere innhold er uklart, hvilket vel i nokså høy grad må sies å gjelde EMK-regler. Jeg tenker her på mer prinsipiell rettsforståelse.<sup>17</sup> Hvordan skal den nasjonale domstolen forholde seg når det på den ene side foreligger en klar regel fra lovgiveren, mens det på den annen side er *uklart* hva EMK-regelen er? Og, skal domstolen forsøke å *forutse* hvorvidt EMD kan tenkes å utvikle EMK-reglene videre, eller til og med å bryte med sine egne prejudikater?<sup>18</sup>

Hvordan de nasjonale domstolene forholder seg her, spiller i praksis atskil- lig rolle for lovgiverens situasjon, dvs for maktfordelingen mellom lovgiveren og de nasjonale domstolene, særlig de høyeste. Herunder påvirkes lovgiverens forhold til EMD.

Det første hensynet ved avveiningen er allerede angitt. Maksimal og mest effektiv beskyttelse av individets posisjon oppnås ved at nasjonale domstoler ikke legger noen begrensninger på sin vektlegging og eventuelle videreutvik- ling av konvensjonsregelen. At slik rettsanvendelse kan gå ut over kollektive in- teresser eller over andre individer enn klageren (som i barnevernssaker), er en annen sak. Doktrinen må på dette punktet ta hensyn til de mange og legitime in- teresser som ligger i den andre vektskålen når avveininger skal foretas.

Statene har ikke klagerett til Strasbourg, de er aldri „victim“ etter konven- sjonen. Det er i utgangspunktet nytteløst for lovgiveren å vedta reglen på nytt. Den vil jo på ny bli underkjent. Når nasjonale domstoler underkjenner et lov- givningstiltak, er lovgiveren i praksis låst til den forståelsen av EMK som dom- men bygger på. Så lenge konvensjonen er inkorporert ved lov (og ikke ved grunnlov),<sup>19</sup> har riktignok lovgiveren det i sin hånd bevisst å velge en løsning

<sup>17</sup> Dersom utfallet av en sak avhenger av en subsumsjon (for eksempel etter art 8(2)), vil konvensjo- nen som begrensning av en enkeltavgjørelse fortone seg sedvanlig, dog med forbehold for den skjønnsmargin som EMK-reglene overlater nasjonale myndigheter.

<sup>18</sup> Jonas Christoffersen uttaler i Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 22:3 (2004) s 357, bl.a. med henvisning til Christine Goodwin v UK (28957/95) avsnitt 74, at det også er nasjonale myn- digheters oppgave å utvikle menneskeretten.

<sup>19</sup> Norsk rett, og så vidt forstås dansk rett, jf. Menneskerettigheder og Magtfordeling s 225 (Vested- Hansen).

selv om denne skulle stride mot EMK, i den forstand at nasjonale domstoler da ikke vil underkjenne løsningen. I praksis skal det imidlertid svært meget til før lovgiveren går til et slikt skritt.<sup>20</sup> Traktatfortolkningen fra de nasjonale domstolene vil, fordi de er juridiske ekspertorganer, i praksis måtte godtas av lovgiveren, og det selv om man i realiteten står overfor en politisk preget og kanskje usikker avveining. Dermed vil saken være avgjort, i alle fall inntil det måtte bli demonstrert ved ny praksis fra EMD at nasjonale domstoler har lagt for sterke begrensninger på lovgiveren, dvs begrensninger som konvensjonen ikke dikterer. Man kan sette saken på spissen og spørre hvilken adgang lovgiveren skal ha til den øverste normsetteren; Strasbourg. Skal den ene part (klageren) ha tilgang til den øverste domstolen, mens den andre (staten) nektes det? Denne egenskapen ved konvensjonens klagesystem taler etter mitt syn for at nasjonale domstoler ofte bør la lovgiverens klare valg gå foran hvis konvensjonsregelen er uklar.

Utviklingen av EMK er det etter mitt syn naturlig først og fremst å overlate til EMD. Den erklærte dynamiske doktrinen leder til at det per definisjon er usikkert hva rettsutviklingen kan bli – eller ikke bli. Dersom domstolene i samtlige eller et flertall av medlemsland innen Europarådet skulle gi seg inn på en dynamisk linje i sin fortolkning av konvensjonens regler, ville man på et vis sette vognen foran hesten, i stedet for bak. Ja, man ville sette flere vogner foran den ene hesten.

For lovgiver så vel som nasjonale domstoler kan det oppleves som en belastning dersom et tiltak ender med karakteristikken „a violation of the Convention“. Medienes fremstilling forsterker bildet; det er jo alltid tale om „et menneskerettighetsbrudd“, uansett hva slags teknisk tema saken måtte gjelde. At svært mange av de spørsmål som avgjøres i Strasbourg er nokså trivielle, bl.a. som følge av at EMD har utvidet konvensjonens anvendelse så kraftig, har ikke alle fått med seg. Den politiske retorikken på menneskerettighetsområdet har også bidratt til en misoppfatning i retning av at alle brudd på EMD er grove og høyst beklagelige hendelser; de er „overgrep“. De motstående hensyn kan gjøre et utfall forståelig og etisk helt forsvarlig, selv om EMD senere kommer til et annet resultat. Bl.a. av denne grunn hører jeg til dem som mener at man på mange områder ikke bør legge inn nevneverdig margin for å unngå senere „å bli dømt i Strasbourg“. Mot de nordiske landene reises det relativt sett få saker, og av disse er det få klager som gjelder virkelig sentrale menneskerettigheter. Det

---

<sup>20</sup> I praksis kan det også være aktuelt at lovgiveren etter å ha vurdert konvensjonsmedholdeligheten konkluderer med at den valgte løsningen er i samsvar med EMK, men samtidig uttrykker at uansett hvordan det skulle ligge an, så skal loven gjelde. Slik synes prinsippet å være både etter norsk og dansk, jfr. for danske forhold „Menneskerettigheter og magtfordeling“ s 40 og 43.



burde derfor reelt sett ikke automatisk være grunnlag for så sterke reaksjoner som man til tider ser etter at EMD-dommer faller.<sup>21</sup>

Prinsipielt er det opp til nasjonal lovgiver, typisk når inkorporasjonsregler gis, å ta standpunkt til domstolenes rolle her. Jeg forstår det slik at det ved inkorporeringen av EMK i Danmark ble forutsatt at domstolene, selv om de hadde myndighet til å sette dansk lov til side som følge av nye tolkninger fra EMD, ikke skulle gi seg inn på selvstendige fortolkninger av EMK, dvs tillegge dens bestemmelser et innhold som ikke umiddelbart følger av dens ordlyd og heller ikke med høy grad av sikkerhet kan utledes av konvensjonsorganenes praksis.<sup>22</sup> Imidlertid finner man i senere rettsteori og utredninger en diskusjon av hvor meget man kan legge i nevnte forarbeider.<sup>23</sup>

I norsk praksis, forut for vedtakelsen av den generelle inkorporasjonsloven av 1999, var doktrinen at klar norsk lov gikk foran uklar konvensjonsjuss.<sup>24</sup> Selv om regjeringen i forslaget til inkorporasjonslov ga sin tilslutning til prinsippet,<sup>25</sup> åpnet justiskomiteéns innstilling for (en viss) oppmykning.<sup>26</sup> Det hersker i Norge uenighet om komitéuttalelsene gir grunnlag for, nokså generelt, å la usikre tolkninger av konvensjonen slå gjennom overfor, og kanskje helt sette til side, en klar lovbestemmelse.

Man kan si at den norske Høyesterett i forholdet til EMDs avgjørelser har lagt opp til et samspill eller en dialog.<sup>27</sup> Et godt eksempel på dette er regle-

<sup>21</sup> Prøvingen ved EMD finner normalt – men ikke alltid – sted etter at tiltaket hvis konvensjonsmedholdelighet er utfordret, er gjennomført. I slike situasjoner blir gjennomføringen av tiltaket et brudd; det blir (oftest) irreparabelt. Så lenge EMKs system ikke representerer noen forhåndskontroll, enn si noen ankeordning, må det imidlertid være slik. Her finnes en viss motsetning mellom på den ene side hvordan underordnede domstoler fungerer innen en stats rettssystem, og på den annen side hvordan nasjonale domstoler fungerer i sitt forhold til EMD.

<sup>22</sup> Se „Menneskerettigheter og magtfordeling“ kap 2, særlig s 25. Kilden inneholder dessuten på s. 200–02 en interessant omtale av situasjonen i Storbritannia etter vedtakelsen av Human Rights Act 1998.

<sup>23</sup> Se „Menneskerettigheter og magtfordeling“ s 38–43.

<sup>24</sup> Se Rt. 1994 s. 610, den såkalte „bølgepappkjennelsen“.

<sup>25</sup> Ot. prp. nr. 3 (1998–99) s. 41 og 69

<sup>26</sup> Innst. O. nr. 51 (1998–99) s. 6 sp. 1 der det bl.a. ble uttalt at inkorporeringen „skal påvirke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan.“ Et overordnet mål skulle være at norsk praksis „i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis“.

<sup>27</sup> Jf. også Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359. Herskende tolkingsprinsipp i Norge er nå, slik senest sammenfattet i plenumskjennelse av 24. juni 2005 (avsnitt 45), dette:

*„... ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.“*

ne om erstatning til fornærmede fra en tiltalt som blir frifunnet for straff.<sup>28</sup> Men det finnes også avgjørelser der Høyesterett har satt til side entydige og klare lovbestemmelser.<sup>29</sup>

På ett område kan det i ettertid reises spørsmål ved om man har „overopplytt“, dvs. pålagt lovgiveren en begrensning som ikke følger av konvensjonens regler. Avgjørelsene gjelder området dobbel strafforfølgning, EMK protokoll 7 art. 4 (P 7-4). Den norske Høyesterett har på kort tid fått en enestående bred praksis når det gjelder å vurdere ulike tilfelle av dobbelte sanksjonssystemer mot P 7-4. Bestemmelsens kjerne er åpenbart å unngå at en som er frifunnet for et straffbart forhold, blir tiltalt på ny, eller at en straffedømt blir tiltalt igjen for å få strengere straff for det samme forholdet. Forhøyd tilleggsskatt og straff, ilagt ved separate tiltak, ble i Rt. 2002 s. 557 underkjent som stridende mot P 7-4. Avgjørelsen er avsagt uten direkte forbehold i EMDs praksis, som ikke hadde hatt parallelle sanksjonssystemer oppe til prøving. Høyesteretts flertall bygde i stor utstrekning på jevnføring med andre dommer etter bestemmelsen, med andre saksforhold, og på generelle uttalelser fra EMD i disse dommene.<sup>30</sup>

Dommen innebar en vesentlig inngripen ved tilsidesettelse av et nøye avbalansert system etablert for å sikre oppfyllelsen av opplysningsplikten på skatterettens område, og dermed for korrekt fastsettelse av skatteplikten. Avgjørelsen syntes å måtte lede til en total omlegging av saksbehandlingsreglene (inklusive straffereglene) på et meget viktig og omfattende forvaltningsområde. Imidlertid har EMD senere i en sak mot Sverige<sup>31</sup> avvist som åpenbart ugrunnet en klage over krenkelse av P 7-4. *Rosenquist* gjaldt strafforfølgning for skatteunndragelse etter at skattyteren var ilagt 40% tilleggsskatt.<sup>32</sup> Det kan derfor spørres om

---

<sup>28</sup> Gjennom EMDs og Høyesteretts praksis er det nå avklart at krav om erstatning og oppreisning kan behandles og avgjøres i en straffesak hvor tiltalte blir frifunnet. Det tilgodeser hensynet til ofrene. Hensynet til den frifunne og uskyldspresumsjonen blir tilgodesett gjennom måten domstolen må ordlegge seg på når det avgjør erstatningskravet.

<sup>29</sup> Senest i fersk plenumskjennelse av 24. juni 2005 der bestemmelsen i strl § 195(3) om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, ble kjent stridende mot uskyldspresumsjonen i EMK art 6(2).

<sup>30</sup> Innlegg fra ekspedisjonssjef Backer, Justisdepartementets lovavdeling, Seminar ved Institutt for Menneskerettigheter, 12. mai 2005, „Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.“

<sup>31</sup> *Rosenquist* mot Sverige, Decision 14. september 2004, Application no. 60619/00.

<sup>32</sup> EMDs avgjørelse er begrunnet dels med at formålet med tilleggsskatt er et annet enn formålet med straff, dels med at tilleggsskatt i Sverige ilegges på objektivt grunnlag. Det er grunn til å spørre seg om ordningen med tilleggsskatt kan ha et helt annet formål i Norge enn i Sverige. Det er på det rene at adgangen til å legge 60 % tilleggsskatt i Norge er mer begrenset ved at det må foreligge forsett eller grov uaktsomhet. Det kan hevdes at dette bringer den norske ordningen nærmere en form for straff, men det er på den annen side paradoksalt at et begrensende vilkår skal bringe ordningen mer i strid med menneskerettsregelen.

den norske Høyesterett har lagt mer i P 7-4 i saker om tilleggsskatt enn det EMD gjør. Som Backer kan man undre hva som etter dette blir gjeldende rett i Norge.

På området dobbelt strafforfølging foreligger dessuten en avgjørelse i samband med tvangsplassering av barn etter barnevernloven.<sup>33</sup> Høyesterett grep der inn i et sosialpolitisk viktig spørsmål på en måte som ville bidratt til å avskjære muligheten for raske og nyanserte tiltak mot lovbrøteren. I neste omgang kom Høyesterett i stedet til at tvangsplassering etter barnevernloven ikke sperrer for senere strafforfølging fordi det ikke dreier seg om „samme forhold“.<sup>34</sup> Konsekvensen for lovgiveren inntreder dermed likevel ikke, men det må spørres om en noe kunstig argumentasjon måtte til for å oppnå dette.

#### 4 Avsluttende teser

- 1 *Den „dynamiske fortolkningsmetode“ som EMD bekjenner seg til, innebærer at domstolen utøver en rettspolitisk virksomhet i tilfeller der „beskyttelsen utvides“;*
- 2 *På grunn av behandlingsformen de følger, er domstolene ofte dårligere egnede enn lovgivende systemer til å beslutte lovgivende tiltak;*
- 3 *EMD bør i mindre grad enn hittil fortsette å utvikle EMK gjennom rettskappende virksomhet, og det er grunn til i flere tilfeller å gi statene en større skjønnsmargin, særlig på områder som ikke kan sies å ligge innenfor kjerneområdet for menneskerettighetene;*
- 4 *Prinsipielle avveininger, slike som på grunn av sitt verdipolitiske preg typisk foretas av lovgivere, bør ikke uten videre foretas av nasjonale domstoler i tilfeller der konvensjonsjussen er uklar.*
- 5 *Tiden inne til å se på (potensiell) uenighet mellom nasjonale organer og EMD som en naturlig sak. I de fleste tilfellene vil det være saklig rom for forskjellige oppfatninger om konvensjonsreglenes innhold og om hva som er beste løsning.*

---

<sup>33</sup> Rt. 2003 s. 1827

<sup>34</sup> Rt. 2004 s. 1368

Kristina Ståhl

EU-samarbetets betydelse på den direkta  
beskattningens område – gemenskapens  
kontra medlemsstaternas intressen

## **EU-samarbetets betydelse på den direkta beskattningens område – gemenskapens kontra medlemsstaternas intressen**

Av docenten *Kristina Ståhl*, Sverige

### **Sammanfattning**

Den huvudfråga som diskuteras i detta referat är vilka avvägningar som inom ramen för EU-samarbetet har skett mellan å ena sidan gemenskapsintresset att främja realiserandet av en inre marknad med fri rörlighet och å andra sidan medlemsstaternas intresse att skydda sina skattebaser. En uppfattning som framförs är att denna avvägning ser något olika ut när rättsutvecklingen styrs av rådet genom utfärdande av direktiv jämfört med när EG-domstolen dömer i mål angående nationella skattereglers förenlighet med EG-fördraget. En konsekvens av att rättsutvecklingen på detta område till mycket stor del kommit att styras av EG-domstolen är därmed att medlemsstaternas intresse av att skydda sina skattebaser sannolikt i större utsträckning har fått stå tillbaka jämfört med om gemensamma regler hade utarbetats direktivvägen.

Ju längre medlemsstaterna låter denna utveckling fortgå, desto svårare blir det vidare att senare återta initiativet och göra en annan avvägning än den som skett i EG-domstolens praxis. Fördraget är överordnat sekundärrätten och de uttorkningar av fördraget som EG-domstolen redan gjort måste respekteras av rådet när detta utfärdar nya direktiv. Fortfarande är dock många frågor när det gäller den närmare innebörden av fördragsbestämmelserna om fri rörlighet i relation till nationella inkomstskatteregler olösta i domstolens praxis och här har medlemsstaterna större möjligheter att påverka utvecklingen. Men då måste de agera innan domstolen lagt fast gränsen mellan det tillåtna och det förbjudna i sin praxis, för när denna gräns väl är satt kan den som sagt inte ändras genom sekundärlagstiftning.

### **Bakgrund**

Det är ett välkänt faktum att EU:s skatteharmoniseringsarbete har kommit längst på den indirekta beskattningens område. När det gäller den direkta beskattningen har framgångarna, i form av antagna direktiv etc., varit färre. I och för sig har det inte saknats ambitioner att åstadkomma en harmonisering även på detta område. Framför allt kommissionen har gång på gång argumenterat för

det nödvändiga i att harmonisera åtminstone delar av den direkta beskattningen. Under 1970- och 80-talen lades också många konkreta förslag till långtgående harmonisering av medlemsländernas inkomstskatter fram. Dessa förslag möttes dock av skepsis från medlemsstaternas sida och många av dem diskuterades aldrig ens i rådet.

Vändpunkten kom år 1990 då fusionsdirektivet<sup>1</sup> och moder/dotterbolagsdirektivet<sup>2</sup> antogs av rådet, mer än tjugo år efter att de ursprungliga förslagen lades fram. Samtidigt antogs även konventionen om skiljedom i internprissättningsstiver.<sup>3</sup> I samband med detta kunde man också se en förändring av kommissionens allmänna inställning till hur harmoniseringsarbetet på detta område skulle bedrivas.<sup>4</sup> Från att ha verkat för en tämligen systematisk och omfattande harmonisering av stora delar av den direkta beskattningen blev strategin nu i stället att söka genomdriva direktiv på vissa, mer begränsade, områden, där harmoniseringsåtgärder framstod som speciellt nödvändiga. Arbetet skulle därmed inriktas på skatteregler av särskild betydelse för internationella förhållanden och transaktioner, medan sådana skatteregler som framför allt rör rent inhemska förhållanden skulle lämnas utanför harmoniseringsarbetet.

Denna strategi har visat sig vara mer framgångsrik än den tidigare, mer ambitiösa, inriktningen på arbetet. År 1997 antog rådet en resolution innehållande en s.k. uppförandekod för företagsbeskattningen vilken syftar till att begränsa skadlig skattekonkurrens mellan medlemsstaterna.<sup>5</sup> Denna följdes sedan år 2003 upp med att sparandedirektivet<sup>6</sup> och ränte- och royaltydirektivet<sup>7</sup>, efter flera års förhandlingar, slutligen kunde antas. Kommissionen har deklarerat att den de närmaste åren kommer att fortsätta arbetet med att få till stånd riktade åtgärder på särskilt angelägna områden.<sup>8</sup> Prioriterade frågor är att uppnå en lösning på problemet med gränsöverskridande förlustutjämning i internationellt verksamma koncerner samt att finna former för en anpassning av dubbelbeskattningsavtalen till kraven på den inre marknaden. Kommissionen arbetar också med frågan om hur EG-domstolens allt rikligare praxis angående fördragsstridiga inkomstskatteregler (se närmare om denna nedan) skall hanteras på det nationella planet.

<sup>1</sup> Direktiv 90/434/EEG.

<sup>2</sup> Direktiv 90/435/EEG.

<sup>3</sup> Konvention 90/436/EEG.

<sup>4</sup> Se de allmänna harmoniseringsprogram lades fram under början av 1990-talet: SEC(90) 601 final, SEC(92) 1118 final och COM(93) 632 final.

<sup>5</sup> Resolution den 1 december 1997.

<sup>6</sup> Direktiv 2003/48/EG.

<sup>7</sup> Direktiv 2003/49/EG.

<sup>8</sup> Se KOM(2001) 582 slutlig och KOM(2003) 726 slutlig.

Kommissionen har emellertid de senaste åren också tydligt givit till känna att den anser att det på längre sikt inte är tillräckligt med den typ av riktade åtgärder som beskrivits ovan utan att en mer övergripande lösning är nödvändig.<sup>9</sup> Det långsiktiga arbetet är därför inriktat på att finna ett system för en konsoliderad bolagsskattebas för företag med verksamhet i flera EU-länder. De modeller som för närvarande övervägs inom kommissionen är dels s.k. Home State Taxation eller hemstatsbeskattning för mindre och medelstora företag, dels en gemensam, konsoliderad bolagsskattebas för storföretagen.<sup>10</sup> Huruvida kommissionen denna gång kommer att vara mer lyckosam när det gäller att få med sig medlemsstaterna i dessa mer ambitiösa projekt återstår dock att se.

Parallellt med det lagstiftande arbete som förekommit i kommissionen och i rådet har vidare en annan, och i praktiken mycket mer betydelsefull, utveckling ägt rum inom ramen för EG-domstolens dömande verksamhet. Gemenskapslagstiftarens relativa passivitet har nämligen fått som konsekvens att det i stället blivit EG-domstolen som i stor utsträckning kommit att styra rättsutvecklingen på detta område. Domstolen har i ett stort antal domar underkänt nationella inkomstskatteregler eftersom de ansetts strida mot EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och icke-diskriminering. Även centrala bestämmelser i skattelagstiftningen, vilka utformats helt i enlighet med hittills allmänt accepterade skatterättsliga principer, har därvid förkastats av domstolen. Dessa domar har inte alltid mottagits väl i medlemsstaterna. Många har anklagat domstolen för att den gått för långt och tolkat in mycket mer i fördraget än vad som går att utläsa ur fördragstexten. Man menar att domstolen genom sin praxis givit fördraget ett innehåll som medlemsstaterna aldrig någonsin avsåg när fördraget slöts. Jag anser själv att det ligger en del i denna kritik. Oavsett vad man tycker om domstolens praxis måste man dock som ett faktum acceptera att den mycket integrationsvänliga hållning som domstolen har också framöver kommer att påverka utvecklingen av praxis även på den direkta beskattningens område.

### **Avvägning mellan gemenskapsintresset och medlemsstaternas intressen när rådet lagstiftar**

I de direktiv rörande direkt beskattning som antagits finns flera exempel på att gemenskapslagstiftaren gjort avvägningar mellan gemenskapsintresset av att införa skatteregler som befrämjar realiserandet av den inre marknaden och medlemsstaternas intresse av att skydda sina skattebaser. Exempelvis föreskrivs i moder/dotterbolagsdirektivet att utdelningar från dotterbolag i ett medlemsland

<sup>9</sup> Se KOM(2001) 582 slutlig och KOM(2003) 726 slutlig.

<sup>10</sup> Se kommissionens s.k. Non-Papers från den 7 juli 2004 angående "Home State Taxation for small and medium-sized enterprises" respektive "A common consolidated EU corporate tax base".

till moderbolag i ett annat medlemsland skall kunna ske utan beskattning, d.v.s. direktivet innebär att medlemsstaternas möjlighet att beskatta begränsas. Enligt direktivet får medlemsstaterna dock vägra att tillämpa direktivets förmånliga bestämmelser i skatteflyktsituationer. Vidare tillåter direktivet att skattefriheten för mottagna utdelningar ersätts med ett avräkningssystem, d.v.s. ett system där utdelningarna beskattas men där avräkning medges för den skatt som utgått i dotterbolagslandet. Denna möjlighet kan t.ex. (vilket tidigare skedde i Sverige) utnyttjas när det gäller utdelningar från bolag i lågskatteländer. Direktivet ger således vissa möjligheter för medlemsländerna att skydda sina skattebaser även inom ramen för direktivets tillämpningsområde.

Även i fusionsdirektivet föreskrivs att vissa specificerade omstrukturerings- och transaktioner skall kunna ske utan att beskattning utlöses, d.v.s. också detta direktiv begränsar medlemsstaternas möjlighet att beskatta. Avsikten med direktivet är dock inte att medge en definitiv skattefrihet utan endast att, genom tillämpning av en kontinuitetsmetod, skjuta upp beskattningen till en senare tidpunkt. I direktivet finns vidare ett krav på att de tillgångar och skulder som omfattas av transaktionen måste knytas till ett fast driftställe i överlåtarlandet. Om bildningen får alltså inte leda till att ett medlemsland definitivt förlorar beskattningsunderlag. Även i fusionsdirektivet finns dessutom, liksom i moder/dotterbolagsdirektivet, en bestämmelse som möjliggör för medlemsstaterna att vägra direktivets förmåner i fall av skatteundandragande och skatteflykt. Också vissa av de ändringar i direktivet som nyligen har vidtagits<sup>11</sup> speglar på ett tydligt sätt önskemålet att åstadkomma en avvägning mellan å ena sidan att befrämja den inre marknaden genom att införa skatteregler som underlättar för det internationella företagandet och å andra sidan att skydda medlemsstaternas skattebaser. Genom ändringarna utvidgas direktivet till att omfatta ett stort antal nya bolagsformer. Samtidigt accepteras i direktivet att andra medlemsstater inte godkänner dessa bolagsformer som skattesubjekt utan i stället beskattar delägare i bolagen för de vinster som uppkommer vid de transaktioner som regleras i direktivet. Även om det därvid som huvudregel anges att delägarna då skall erhålla motsvarande skattefrihet införs också långtgående möjligheter för medlemsstaterna att införa undantag från denna huvudregel, och alltså i realiteten att beskatta den aktuella transaktionen.<sup>12</sup>

Också i de övriga direktiv angående direkt beskattning som antagits, och i de direktivförslag som lagts fram från kommissionen, finns liknande skyddsregler för medlemsstaterna. Det kan därmed sammanfattningsvis konstateras att EU inom ramen för det lagstiftande arbetet visat respekt för och omsorg om

<sup>11</sup> Medlemsstaterna träffade en politisk överenskommelse om att anta ändringarna vid rådets möte den 7 december 2004. Ändringarna bygger på kommissionens förslag i KOM(2003) 613 slutlig.

<sup>12</sup> Se närmare om de nya reglerna om s.k. transparenta bolag i Ståhl, K., Fusionsdirektivet, Iustus 2005 s. 205 ff.



medlemsstaternas skattebaser. Denna bild står i viss motsättning mot den rättsutveckling som samtidigt skett i EG-domstolen och som jag nu skall gå över till att behandla.

### **Avvägning mellan gemenskapsintresset och medlemsstaternas intressen när EG-domstolen dömer**

Som redan nämnts är det i stor utsträckning EG-domstolen som kommit att leda utvecklingen på den direkta beskattningens område, genom att pröva nationella inkomstskatteregler mot EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet. Domstolen har generellt i sin praxis givit dessa fördragsbestämmelser ett mycket vidsträckt tillämpningsområde. Domstolen underkänner inte endast regler som öppet diskriminerar medborgare och bolag från andra medlemsländer utan även mer dolda och indirekta hinder för den fria rörligheten är enligt domstolens praxis otillåtna. Detta gäller även när det är nationella skatteregler som prövas.

Domstolen har således t.ex. slagit fast att fördraget inte endast förbjuder skatteregler i verksamhetsstaten som innebär att utländska subjekt missgynnas i jämförelse med inhemska, utan att även skatteregler som hindrar investeringar och etableringar ut ur ett land kan vara otillåtna.<sup>13</sup> Vidare är det inte endast skatter som direkt träffar det subjekt som utnyttjat rätten till fri rörlighet som kan underkännas, utan även skatter som träffar andra subjekt med en eller annan koppling till detta subjekt kan komma i konflikt med fördraget. EG-domstolen har t.ex. i flera fall funnit att en beskattningsåtgärd riktad mot ett inhemskt dotterbolag har varit fördragsstridig eftersom den hindrat det utländska moderbolagets rätt till etablering.<sup>14</sup> Ett annat exempel är att en skatt som uttagits av en inhemsk säljare p.g.a. att köparen var utländsk, eller p.g.a. att det köpande bolaget hade en utländsk ägare, har ansetts otillåten eftersom den kränkt det utländska subjektets etableringsfrihet.<sup>15</sup>

Eftersom det i skattelagstiftningen är mycket vanligt att man gör skillnad mellan å ena sidan rent inhemska transaktioner och förhållanden och å andra sidan transaktioner och förhållanden som har koppling till utlandet finns potentiellt sett ett betydande antal skatteregler som kan anses hindrande för den fria rörligheten. Av domstolens praxis framgår dock också att inte alla regler som utgör hinder för den fria rörligheten automatiskt är fördragsstridiga. Redan av fördraget följer att nationella regler som hindrar den fria rörligheten kan godtas

<sup>13</sup> Se t.ex. mål C-264/96 ICI REG 1998 s. I-4695 och mål C-168/01 Bosal Holding REG 2003 s. I-9409.

<sup>14</sup> Se t.ex. förenade målen C-397/98 Metallgesellschaft REG 2001 s. I-1727 och mål C-324 Lankhorst REG 2002 s. I-11779.

<sup>15</sup> Se mål C-1/93 Halliburton [1994] ECR I-1137 och mål C-436/00 X och Y REG 2002 s. 10829.

om de är motiverade av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.<sup>16</sup> Det är emellertid mycket svårt att tänka sig inkomstskatteregler som skulle kunna motiveras med dessa hänsyn, och det har heller aldrig varit aktuellt för EG-domstolen att godta inkomstskatteregler på de grunderna. Viktigare är då de grunder för rättfärdigande som utvecklats i domstolens praxis. Parallellt med att domstolen på det ovan beskrivna sättet har givit fördragsreglerna en mycket vidsträckt tolkning har den nämligen också utvidgat möjligheterna för medlemsstaterna att försvara sina regler så att detta kan ske även på andra grunder än de i fördraget angivna.

För att en skatteregel som hindrar den fria rörligheten ändå skall kunna godtas kräver EG-domstolen att den är motiverad av ett tungt vägande allmänintresse. Regeln skall vidare var ägnad att uppnå det syfte som eftersträvas och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att syftet skall uppnås (d.v.s. det finns ett krav på proportionalitet mellan mål och medel). Domstolen har flera gånger slagit fast att en medlemsstats önskemål att skydda sin skattebas och att upprätthålla nivån på sina skatteintäkter (för att därmed säkra finansieringen av de offentliga välfärdssystemen etc.) inte är ett sådant tungt vägande allmänintresse som kan motivera skatteregler som hindrar den fria rörligheten.<sup>17</sup> Här är det således tydligt att domstolen vid avvägningen mellan gemenskapsintresset att upprätthålla en fri rörlighet och medlemsstaternas intresse att skydda sina skatteintäkter ser det förstnämnda intresset som helt överordnat. Däremot har domstolen i princip accepterat att önskemålet att motverka skatteflykt och att upprätthålla en effektiv skattekontroll är sådana tungt vägande allmänintressen som i och för sig kan anföras som rättfärdigandegrunder.<sup>18</sup> I praktiken har dock domstolens mycket höga krav på reglernas ändamålsenlighet och proportionalitet inneburit att den ännu så länge inte i något enda mål har funnit att en skatteregel kunnat godtas på dessa grunder.

De enda grunder som de facto har friat en i princip hindrande skatteregel är att regeln varit nödvändig för att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang<sup>19</sup> respektive att den legat i linje med den skattemässiga territorialitetsprincipen<sup>20</sup>. Särskilt när det gäller principen om skattesystemets inre sammanhang

<sup>16</sup> Se artiklarna 39, 46 och 55 i EG-fördraget.

<sup>17</sup> Se t.ex. mål C-264/96 ICI REG 1998 s. I-4695 och mål C-136/00 Danner REG 2002 s. I-8147.

<sup>18</sup> Se t.ex. mål C-250/95 Futura REG 1997 s. I-2471 och mål C-436/00 X och Y REG 2002 s. I-10829.

<sup>19</sup> Se mål C-204/90 Bachmann [1992] ECR I-249.

<sup>20</sup> Mål C-250/95 Futura REG 1997 s. I-2471. Av målet framgår i och för sig inte klart om domstolen använde territorialitetsprincipen som grund för rättfärdigande eller om den menade att eftersom skattereglerna var utformade i enlighet med denna princip det inte kunde anses föreligga någon negativ särbehandling överhuvudtaget (se p. 22 i EG-domstolens dom). I Bosal Holding behandlades (men avfärdades) territorialitetsprincipen dock klart som en rättfärdigandegrund, se mål C-168/01 Bosal Holding REG 2003 s. I-9409, p. 37–41 i EG-domstolens dom.

har domstolen dock i senare mål kraftigt beskurit tillämpningsområdet för denna rättfärdigandegrund och har t.ex. flera gånger framhållit att det inre sammanhanget måste föreligga inom ramen för beskattningen av ett och samma skatteobjekt.<sup>21</sup> Möjligheterna för en medlemsstat att få en skatteregel godtagen på denna grund måste därför anses vara mycket begränsade, särskilt när det gäller koncernbeskattningsregler etc. som involverar flera olika skattesubjekt. När det gäller territorialitetsprincipen har denna ännu endast aktualiserats i ett fåtal mål och det är därför relativt oklart vilken närmare innebörd EG-domstolen anser att den har och hur stora möjligheter den ger att rättfärdiga nationella skatteregler. Även här finns dock tendenser till att EG-domstolen i senare praxis har velat begränsa tillämpningsområdet för denna princip.<sup>22</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att EG-domstolen genom sin vida tolkning av vilka typer av skattehinder som omfattas av förbuden i fördragsbestämmelserna om fri rörlighet och sin restriktiva praxis angående möjligheterna att rättfärdiga sådana hinder regelmässigt har låtit avvägningen mellan gemenskapsintresset och medlemsstaternas intressen utfalla till de sistnämndas nackdel. Man bör här komma ihåg att detta åtminstone delvis är resultatet av ett rättspolitiskt val från domstolens sida. Fördragsbestämmelserna som sådana är mycket allmänt formulerade och den innebörd som domstolen i sin praxis givit dem är förstås inte den enda möjliga. Domstolens praxis på detta område ligger dock väl i linje med den allmänt mycket integrationsvänliga hållning som präglar domstolens verksamhet.

### **Hur kan medlemsstaterna påverka utvecklingen?**

Fördraget som det är skrivet idag och EG-domstolens praxis begränsar alltså utrymmet för att upprätthålla skatteregler som hindrar den fria rörligheten inom EU. EG-domstolen har genom sina domar redan framtvingat lagändringar på ett flertal områden och än har vi säkert inte sett slutet på denna utveckling. Flera regler som finns i medlemsstaternas skattesystem och som motiveras av önskemålet att skydda skattebasen (kontrollregler, CFC-regler, förlustutjämningsregler, försäkringsskatteregler etc. etc.) har effekter på den fria rörligheten. Som framgått finns en klar tendens att sådana regler underkänns. EG-domstolen kan dock därvid i princip endast konstatera att existerande skatteregler strider mot EG-rätten, men har ingen möjlighet att mer i detalj föreskiva vilka andra regler

<sup>21</sup> Se t.ex. mål C-35/98 Verkooyen REG 2000 s. I-4071, p. 57–58 i EG-domstolens dom och mål C-168/01 Bosal Holding REG 2003 s. I-9409, p. 30 i EG-domstolens dom.

<sup>22</sup> Se mål C-168/01 Bosal Holding REG 2003 s. I-9409, där EG-domstolen i p. 38 i domen särskilt framhöll att i Futura-målet tillämpades territorialitetsprincipen på beskattningen av en enskild skattskyldig som bedrev verksamhet i mer än en medlemsstat.

som skall sättas i deras ställe. Domstolens praxis leder således till ett slags negativ integration där regler tas bort utan att ersättas av andra.

I längden kan medlemsstaterna emellertid knappast fortsätta med att låta EG-domstolen styra utvecklingen utan måste återta initiativet genom att utfärda mer gemensam lagstiftning och därmed åstadkomma en positiv integration. De kan då själva lägga fast kriterierna för hur beskattningen skall vara utformad och blir inte som nu helt utlämnade till domstolens bedömningar. En viktig anledning till medlemsländernas ovilja att införa bindande inkomstskattelagstiftning på EU-nivå är utan tvivel den stora betydelse inkomstbeskattningen anses ha i den ekonomiska politiken. Medlemsländerna har helt enkelt önskat behålla så stor handlingsfrihet som möjligt och har inte velat binda sig vid en gemensam lagstiftning. Kravet på att beslut när det gäller skattefrågor måste fattas enhälligt försvårar givetvis också alla försök att komma vidare på detta område. Problemet har knappast blivit mindre efter utvidgningen när nu 25 länder måste enas om gemensamma åtgärder för att dessa skall kunna genomföras. Kommissionen har också flera gånger förespråkat en övergång till beslutsfattande med kvalificerad majoritet för åtminstone vissa skattefrågor.<sup>23</sup> I det Europeiska konventets förslag till ny konstitution för Europa fanns också en viss öppning för en övergång till beslutsfattande med kvalificerad majoritet i vissa undantagsfall, nämligen rörande frågor om administrativt samarbete och bekämpning av skattebedrägeri och skatteflykt.<sup>24</sup> Denna del av förslaget ändrades dock i det slutligen antagna fördraget om ny konstitution, varför vetorätten kvarstår oinskränkt även i den nya konstitutionen.<sup>25</sup>

Eftersom beskattningsmakten otvivelaktigt tillhör statssuveränitetens kärna är det kanske inte så konstigt att vissa medlemsstater håller så hårt på att vetorätten skall finnas kvar på detta område. Vidare ligger ju ansvaret för välfärds-samhället i EU kvar hos medlemsstaterna och den som svarar för utgiftssidan önskar naturligt nog att ha kontroll även över inkomstsidan. Dessutom föreligger inte politisk konsensus om EU:s färdriktning. Avskaffandet av vetorätten på beskattningens område kan onekligen sägas leda till en ökad federalism. Samtidigt är den nationella suveräniteten på inkomstskatteområdet för många frågor redan nu en chimär. Jag tror också att medvetenheten om vad som händer i EG-domstolen ökar hos medlemsstaternas regeringar och att den irritation som flera domar har väckt i medlemsstaterna kan komma att driva på harmoniseringsarbetet i framtiden.

Här måste man dock också komma ihåg att medlemsstaterna genom att utfärda sekundärlagstiftning knappast kan vrida utvecklingen tillbaka. Fördraget är överordnat sekundärrätten och de uttolkningar av fördraget som EG-domsto-

<sup>23</sup> Se t.ex. KOM(2000) 114 slutlig och KOM(2001) 260 slutlig.

<sup>24</sup> Se artiklarna III-62 och III-63 i Utkast till fördrag om upprättande av en konstitution för Europa.

<sup>25</sup> Se artiklarna III-171 och III-173 i Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa.

len redan gjort står ju fast. Rådet måste därför respektera domstolens praxis när nya direktiv skall utfärdas. Enda möjligheten för medlemsstaterna att få acceptans för direktiv som går emot redan gjorda uttolkningar av fördraget vore att ändra själva fördraget. Med hänsyn till att en fördragsrevision just har genomförts är detta inget realistiskt alternativ på kort sikt, men kan kanske aktualiseras längre fram om domstolens praxis blir alltför utmanande för medlemsstaterna. Medlemsstaterna har ju faktiskt redan en gång tidigare vidtagit ändringar i fördraget just som en reaktion mot EG-domstolens praxis, nämligen när de bestämmelser som numera finns i artikel 58 om möjligheten att rättfärdiga inskränkningar i den fria rörligheten för kapital infördes. Detta skedde genom Maastrichtfördraget år 1992 och allt talar för att syftet var att öka utrymmet för medlemsstaterna att försvara skatteregler som kunde anses hindrande för de fria kapitalrörelserna. Bestämmelserna är dock mycket oklart formulerade vilket öppnade möjlighet för EG-domstolen att i stället tolka dem som en kodifiering av praxis(!)<sup>26</sup> Det gäller således för medlemsstaterna att vara mycket tydliga om de vill åstadkomma en ändring i domstolens rådande praxis genom att ändra i fördraget.

Även utan en fördragsändring finns dock möjligheter för medlemsstaterna att påverka den framtida utvecklingen på områden där domstolen ännu inte tagit ställning. Fortfarande är många frågor när det gäller den närmare innebörden av fördragsbestämmelserna om fri rörlighet i relation till nationella inkomstskatteregler olösta i domstolens praxis. Sannolikheten för att EG-domstolen skulle acceptera en viss lösning, även om denna inte helt undanröjer alla hinder för den fria rörligheten, är betydligt större om lösningen kommer till uttryck i ett direktiv jämfört med om den utformas unilateralt i ett enskilt medlemslands skattelagstiftning. Av domstolens praxis framgår nämligen att gemenskapslagstiftaren (som förutsätts agera i gemenskapens intresse) har större handlingsutrymme än den nationella lagstiftaren (som antas sätta de nationella intressena främst) när det gäller att införa regler som kan verka hindrande för den fria rörligheten.<sup>27</sup> Om medlemsstaterna vill påverka utvecklingen i en riktning där större hänsyn tas till behovet av att skydda de nationella skattebaserna bör de därför samla sig till gemensam lagstiftning i rådet. Att fortsätta med den nuvarande "vänta och se"-attityden, och nöja sig med att försöka få gehör för sina argument om att olika inslag i den nationella lagstiftningen som kommer under domstolens prövning är motiverade och kan godtas trots att de har en hindrande effekt på den fria rörligheten, är knappast hållbart i längden.

<sup>26</sup> Se mål C-35/98 Verkooijen REG 2000 s. I-4071.

<sup>27</sup> Se vidare Weatherill, S. och Beaumont, P., *EU Law*, Penguin Books 1999 s. 555 f., Tridimas, T., *The general principles of EC law*, Oxford University Press 1999 s. 103 och 124 och Oliver, P., *Free movement of goods in the European Community*, 4 uppl., Sweet & Maxwell 2003 s. 62 ff., alla med vidarehänvisningar till rättsfall från EG-domstolen.

Ett aktuellt exempel kan få illustrera det nyss sagda. I EG-domstolen har anhängiggjorts ett mål angående om de brittiska reglerna för förlustutjämning är förenliga med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet.<sup>28</sup> Anledningen till att reglerna ifrågasätts är att förlustutjämning endast medges mellan brittiska koncernbolag, medan förluster i utländska koncernbolag inte får utnyttjas mot vinster som uppkommit i den brittiska delen av koncernen. Motsvarande inskränkning i möjligheten till förlustutjämning finns i de allra flesta medlemsländer och målet har redan innan det avgjorts väckt synnerligen stor uppmärksamhet bland skattefolk i hela Europa. Meningarna är delade när det gäller vilken utgång av målet som är den troligaste, men det är alls inte uteslutet att domstolen kommer att finna de prövade reglerna fördragsstridiga.<sup>29</sup> Antag nu att så faktiskt kommer att ske. Därmed är första steget taget till att skapa ett system för gränsöverskridande förlustutjämning inom EU. Men frågan är vem som skall bestämma hur ett sådant system närmare bestämt skall se ut?

Det domstolen kan göra i det nu aktuella målet är i princip endast att underkänna de brittiska reglerna i deras nuvarande utformning. Domstolen kan däremot som nämnts inte i detalj positivt föreskriva hur ett förlustutjämningsystem skall utformas för att vara förenligt med fördraget. Det är därför troligt att målet kommer att följas av nya mål från andra medlemsstater där dessa staters system ifrågasätts. Även medlemsstater som försöker anpassa sina system till domstolens dom kan få sina nya regler ifrågasatta, eftersom det inte är säkert att den nationella lagstiftarens uppfattning om hur domen skall tolkas kommer att delas av alla skattskyldiga (och deras ombud). I takt med att EG-domstolen avgör fler och fler mål angående denna fråga kommer rättsläget dock förstås att klarna och det kommer att bli någorlunda tydligt hur ett system måste vara utformat för att godtas.<sup>30</sup> Den som då har bestämt hur den närmare avvägningen skall ske mellan gemenskapsintresset av fri rörlighet och medlemsstaternas intresse att skydda sina skattebaser när det gäller möjliggörandet av gränsöverskridande förlustutjämning är dock EG-domstolen och inte gemenskapslagstiftaren.

Ett alternativ till en sådan utveckling är att rådet utfärdar ett direktiv med gemensamma regler för förlustutjämning över gränserna. Kommissionen lade redan år 1990 fram ett direktivförslag angående denna fråga men detta antogs inte av rådet och har nu dragits tillbaka.<sup>31</sup> Kommissionen har förutskickat att ett

<sup>28</sup> Mål C-446/03 Marks & Spencer.

<sup>29</sup> Svaret har vi kanske när detta läses om dom då har meddelats.

<sup>30</sup> En sådan utveckling har tidigare skett inom området för s.k. personliga avdrag etc., d.v.s. när det gäller skatteregler som syftar till att beakta den skattskyldigas personliga situation. EG-domstolen har i en stor mängd rättsfall prövat sådana skatteregler mot EG-fördraget vilket har lett till att det i praxis gradvis har utmejslats tämligen detaljerade kriterier för hur sådana regler skall vara utformade för att vara förenliga med fördraget.

<sup>31</sup> Se COM(90) 595 final.

nytt förslag skall arbetas fram,<sup>32</sup> men något sådant har i skrivande stund inte offentliggjorts. Enligt 1990 års förslag skulle medlemsstaterna förpliktas att medge moderbolag avdrag för förluster som uppkommit i dotterbolag i andra medlemsstater, men i förslaget fanns också vissa skyddsregler för medlemsstaterna. Om dotterbolaget senare visade vinst skulle dessa vinster räknas in i moderbolagets inkomst, upp till ett belopp motsvarande det tidigare medgivna förlustavdraget. Enligt förslaget skulle medlemsstaterna också ha rätt att föreskriva att ett belopp motsvarande förlustavdraget automatiskt skulle återföras till beskattning senast fem år efter förluståret, även om dotterbolaget inte uppvisat några vinster under denna period. Antag att medlemsstaterna faktiskt hade enats om att godta detta direktiv och att de anpassat sin interna lagstiftning till direktivet. Enligt min mening är det mindre sannolikt att EG-domstolen då skulle ha underkänt den beskrivna skyddsregeln om automatiskt återförande av förlusterna såsom stridande mot fördraget. En liknande skyddsregel som ensidigt utformats av en enskild medlemsstat löper däremot större risk att underkännas om inte motsvarande regel om återföring finns vid förlustutjämning mellan inhemska bolag.

Sammanfattningsvis är det således mycket som talar för att det finns större utrymme för att beakta medlemsstaternas intresse av att skydda sina skattebaser om ett system för gränsöverskridande förlustutjämning utformas lagstiftningsvägen jämfört med om det överlämnas till EG-domstolen att i praxis utveckla de närmare kriterierna för hur ett sådant system skall se ut. Ju längre gemenskapslagstiftaren fortsätter att vara passiv desto mer begränsas dock handlingsfriheten om man senare vill utfärda gemensamma regler, eftersom domstolen då redan kan ha förklarat att vissa typer av skyddsregler är fördragsstridiga. Avslutningsvis vill jag också (om detta inte skulle ha framgått tidigare) framhålla att jag anser det vara helt otillfredsställande att medlemsstaterna fortsätter att överlämna åt EG-domstolen att i princip ensam göra denna typ av avvägningar. Hur målsättningen att undanröja hinder för den fria rörligheten över gränserna skall balanseras mot de enskilda staternas berättigade önskemål att skydda sina skattebaser bör enligt min mening i första hand avgöras på politisk väg och inte i domstol.

### **Sammanfattning av de viktigare teser som presenteras i detta referat**

1. Avvägningen mellan å ena sidan gemenskapsintresset att främja realiserandet av en inre marknad med fri rörlighet och å andra sidan medlemsstaternas intresse att skydda sina skattebaser görs på ett något annat sätt när rådet

---

<sup>32</sup> Se KOM(2003) 726 slutlig.

utfärdat direktiv jämfört med när EG-domstolen dömer i mål angående nationella skattereglers förenlighet med EG-fördraget.

2. Det faktum att rättsutvecklingen på inkomstskatteområdet till mycket stor del kommit att styras av EG-domstolen har fått som konsekvens att medlemsstaternas intresse av att skydda sina skattebaser sannolikt i större utsträckning har fått stå tillbaka jämfört med om gemensamma regler hade utarbetats direktivvägen.
3. Ju längre medlemsstaterna låter denna utveckling fortgå, desto svårare blir det att senare återta initiativet och göra en annan avvägning än den som skett i EG-domstolens praxis.
4. Fortfarande finns möjligheter för medlemsstaterna att påverka utvecklingen i frågor där EG-domstolen ännu inte tagit ställning, men de måste då agera innan domstolen lagt fast gränsen mellan det tillåtna och det förbjudna i sin praxis.
5. Det är olyckligt om medlemsstaterna genom sin passivitet låter EG-domstolen fortsätta att leda utvecklingen. De avvägningar som måste göras mellan gemenskapsintresset och medlemsstaternas intressen bör i första hand komma till stånd genom politiskt beslutsfattande och inte som nu ske inom ramen för EG-domstolens dömande verksamhet (och därmed i stor utsträckning styras av de rättspolitiska ställningstaganden som ligger till grund för domstolens uttolkningar av fördragsbestämmelserna).



Ola Wiklund

Grundrättigheter som unionsrätt

# Grundrättigheter som unionsrätt

Av Ola Wiklund, Sverige

advokat och partner vid Wistrand advokatbyrå, juris doktor  
och docent i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet

## 1. Inledning

Detta referat syftar till att tjäna som utgångspunkt för en diskussion om skyddet för så kallade *grundrättigheter*<sup>1</sup> inom EU:s rättsordning. Grundrättigheterna härstammar från en mängd olika källor: nationella konstitutioner och rättighetskataloger, allmänna gemenskapsrättsliga rättsprinciper, unionens rättighetsstadga, artiklarna 6, 7 och 49 i EU-fördraget, artiklarna 13, 63, 136, 177 och 181a i EG-fördraget samt den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Till dessa källor kan bestämmelser i gemenskapens folkrättsliga fördrag och allmän folkrätt läggas. Strukturen är spretig och komplex. Källorna har olika konstitutionell och rättslig status, vissa anses formellt bindande andra inte.<sup>2</sup>

I detta referat fokuseras på de viktigaste rättskällorna: allmänna EG-rättsliga rättsprinciper, Europakonventionen och den i konstitutionsfördraget inkorporerade rättighetsstadgan. Det inleds med en översiktlig beskrivning av rättighetsskyddets framväxt. Här ges även en tentativ begreppsbestämning som i princip avgränsar användningen av grundrättighetsbegreppet till att avse ekonomiska rättigheter (närings- och äganderätt), politiska friheter samt grundläggande rättigheter som syftar till att trygga den enskildes rättssäkerhet. Begreppet får numer även anses innefatta religionsfrihet, yttrandefrihet, rätt till domstolsprövning, skydd för privatliv och familjeliv samt föreningsfrihet. Men kanske viktigast är de grundrättigheter som definierar EU-medborgarens rättigheter i förhållande till de gemensamma institutionernas förvaltning. Här avses offentlighetsprincipen, d v s rätten att ta del av handlingar och myndighetsdokument samt principer om god förvaltning.

Denna vaga definition används för detta referats syften men kan naturligtvis ifrågasättas, särskilt med tanke på den ymniga flora av grundrättigheter som introducerats genom konstitutionsfördragets rättighetsstadga. Definitionen gör att gränsdragningar till andra typer av grundläggande gemenskapsrättigheter blir oskarp. Enligt min mening kan det ifrågasättas om inte fördragsbestämmel-

<sup>1</sup> Ibland används även begreppet grundläggande fri- och rättigheter.

<sup>2</sup> Se Allan Rosas översikt i "The Legal Sources of EU Fundamental Rights: A Systemic Overview, i *Une communauté de droit*" – Festschrift für Gil Carlos Rodrigues Iglesias 2003, s 87–102.

ser om fri rörlighet etc skall kategoriseras tillsammans med näringsfrihet och äganderätt. Likaså ligger gemenskapsrättens så kallade rättsskyddsprincip väldigt nära rättssäkerhetsgarantier av typen rätt till rättvis rättegång och tillgång till rättsmedel. Rättsskyddsprincipen inkluderas därför eftersom den är viktig såväl som självständig princip som förutsättning för realiserandet av grundrättigheterna. Jag emotser emellertid en diskussion kring frågor om typologi och begreppsbestämningar.<sup>3</sup>

Referatet går heller inte på djupet med enskilda grundrättigheter. Detaljerade rättsdogmatiska studier av skyddsnivåer för olika grundrättigheter lämnas i princip utanför framställningen. Syftet är snarare att tydliggöra drivkrafterna bakom den rättsutveckling som lett fram till konstitutionsfördragets rättighetsstadga.

Referatet koncentrerar sig på den historiska utvecklingslinjen fram till rättighetsstadgan och avslutar med att resa frågan om skyddsnivåer och avvägningar i förhållande till de inskränkningar i fri- och rättighetsskyddet som är följden av det "War on Terror" som pågår i kölvattnet av terrorattackerna den 11 september 2001. Kan unionsrättens överstatliga grundrättighetssystem sätta en effektiv gränslinje på ett politiskt system som i orostider inte drar sig för att inskränka fri- och rättigheter? Hur förhåller sig ett överstatligt grundrättighetsskydd till den politiska demokratin och den konstitutionella maktbalansen i den liberala rättsstaten?

## **2. Framväxten av rättighetsskyddet inom unionen – från Stork till stadga**

### **2.1 Några inledande stapplande steg**

När de europeiska gemenskaperna grundades nämndes inte mänskliga rättigheter eller grundrättigheter uttryckligen i fördragen. Det fanns flera anledningar till detta. En var att gemenskapernas mål huvudsakligen aktualiserade ett ekonomiskt samarbete inriktat på handel. En annan var att det redan försiggick ett europeiskt samarbete som syftade till en europeisk konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna, Europakonventionen. Arbetet med Europakonventionen slutfördes 1950 och konventionen trädde i kraft 1953.

Frågan om införlivande av Europakonventionen i medlemsstaternas inhemska rättsordningar fick gradvis ökad aktualitet samtidigt som det i medlemsstaterna restes nationella krav på ett bättre fungerande rättsskydd för de

---

<sup>3</sup> För ett förslag till begreppsbestämning och typologi se Wiklund och Bengoetxea, *General Constitutional Principles of Community Law*, Bernitz och Nergelius red., *General Principles of Community Law* Kluwer 2000, s 119 ff.

mänskliga rättigheterna. Det var som ett svar på denna utveckling EG-domstolen efter hand började ta hänsyn till grundläggande rättigheter i sin praxis. Skyddet för grundrättigheterna i gemenskapsrätten har nästan uteslutande varit en produkt av rättspraxis, även om vissa bestämmelser i fördragen och sekundärätten tillkommit med tiden. Domstolens kreativitet har dock inte varit utan kritik.

I slutet av 1950-talet hade EG-domstolen i målet *Stork* att pröva om ett beslut under Kol- och Stålunionen kränkte en grundläggande rättighet i en av medlemsstaterna.<sup>4</sup> Domstolen ansåg att den saknade kompetens att ta ställning till frågan och gjorde inte någon närmare prövning.

Den konstitutionella utvecklingen som förde med sig att gemenskapsrättens ställning stärktes genom att fördragen började konstitutionaliseras aktualiserade naturligt frågan om hur medlemsstaterna och deras medborgare skulle acceptera framväxten av en gemenskapens "suveränitet", särskilt som gemenskapsrätten i princip saknade skydd för enskildas grundläggande rättigheter.

Domstolens första svar kom år 1969 när den uttalade att grundrättigheterna utgjorde en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som domstolen skall upprätthålla.<sup>5</sup> Målet får sägas ge uttryck för viss aktivism och kreativitet från domstolens sida. Domstolen lyckades framhålla gemenskapens suveränitet samtidigt som den uttalade att gemenskapsrätten delar de värderingar som kommer till uttryck i medlemsstaternas konstitutioner. Medlemsstaternas konstitutioner skulle dock inte vara bindande för domstolen utan domstolen hade endast att hämta inspiration från dessa.

Efter det att den italienska och tyska författningsdomstolen framfört kraftfull kritik genom att uttrycka att de föredrog de nationella rättighetskatalogerna uttalade EG-domstolen i *Nold*<sup>6</sup> att inspiration hämtades även från internationella grundläggande rättighetskonventioner. I målet lades grunden till den skydds nivå som grundrättigheterna skall tillerkänna enskilda.

Domstolen tog även ett steg vidare och granskade nationell lagstiftning. Även om domstolen i *Nold* hämtade inspiration från medlemsstaternas konstitutioner hade den inte för avsikt att hitta en minsta gemensamma nämnare. Det framgår klart av målet att innehållet i en grundrättighet inte behöver vara identiskt eller överensstämma med en rättighet i en medlemsstats konstitution.

## 2.2 Samspelet med Karlsruhe

Principen om gemenskapsrättens absoluta företräde framför nationell konstitutionell rätt innebar både ett irritationsmoment och en utmaning för medlemssta-

<sup>4</sup> Mål 1/58 *Stork* [1959] ECR 43.

<sup>5</sup> Mål 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419.

<sup>6</sup> Mål 4/73 *Nold* [1974] ECR 491.

ternas författningsdomstolar. Trots att de flesta av domstolarna såg sig nödgade att dra en lans för den nationella konstitutionella integriteten uppnåddes slutligen en konstitutionell maktbalans mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna.<sup>7</sup>

EG-domstolens samspel med den tyska författningsdomstolen kom att få särskild betydelse för framväxten av ett gemenskapsrättsligt skydd för grundrättigheter. I en serie avgöranden uttalade den tyska domstolen i skuggan av EG-domstolens domar i *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>8</sup> och *Simmenthal*<sup>9</sup> att grundrättigheterna inte var skyddade i tillräcklig grad eftersom gemenskapen saknade en rättighetskatalog. Den tyska författningsdomstolen ansåg inte att rättspraxis utgjorde ett tillräckligt skydd.

Några år in på 1980-talet föreföll det som tyska domstolar inte skulle tillämpa gemenskapens bestämmelser ifall dessa var oförenliga med grundläggande rättigheter i den tyska konstitutionen. En principiell kompromiss skulle emellertid snart komma att nås.

I *Solange I* slog den tyska författningsdomstolen fast att den hade kompetens att pröva EG-reglers förenlighet med den tyska grundlagen så länge rättighetsskyddet inom EG-rätten inte nådde en högre standard än det hade 1974.<sup>10</sup> Avgörandet innebar att EG-rättens principiella företräde över tysk rätt gällde så länge EG-rätten inte stred mot den tyska grundlagens grundrättigheter.

Den tyska författningsdomstolen fastslog i *Solange II* att den överföring av suveränitet till gemenskapen som följer av artikel 24 i den tyska grundlagen har sina begränsningar. Författningsdomstolen uttalade att artikel 24

“...does not confer a power to surrender by way of ceding sovereign rights to international institutions the identity of the prevailing constitutional order of the Federal republic by breaking into its basic framework, that is, into the structure that makes it up”.<sup>11</sup>

I *Solange II* förbehöll sig författningsdomstolen kompetensen att pröva gemenskapsrättens förenlighet med tyska Grundgesetz. Denna hållning kom att bekräftas i författningsdomstolens principiellt viktiga dom över EU-fördraget den 12 oktober 1993.<sup>12</sup> Författningsdomstolens uppgift var i detta fall att under-

<sup>7</sup> För en kritik av den tyska författningsdomstolens dom i Maastricht-målet se Joseph Weiler, *The State "über alles"*, *Festschrift für Everling* 1995 s 1651.

<sup>8</sup> Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

<sup>9</sup> Mål 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629.

<sup>10</sup> *BVerfGE* 37, s 271 ff.

<sup>11</sup> Domslut av den 22 oktober 1986, passagen finns översatt till engelska i 1987 CMLR [3] 225 s 257.

<sup>12</sup> *Bundesverfassungsgericht, Urteil des zweiten Senats vom 12 Oktober 1993, EuGRZ* s 429.

söka om den tyska grundlagen lade några hinder i vägen för en tysk ratificering av EU-fördraget.

De enskilda klagomål som den tyska författningsdomstolen hade att ta ställning till rörde förhållandet mellan EU-fördraget och den tyska demokratin. De klagande menade att den tyska demokratin, så som den är uttryckt i Grundgesetz, inte var förenlig med EU-fördraget. Författningsdomstolen tillbakavisade emellertid dessa påståenden. Domstolen framhöll den tyska demokratin överhöghet. De legitima företrädarna för det tyska folket är förbundsdagens för evigt fria och obundna ledamöter.<sup>13</sup> Härigenom fastslås den sk *evighetsgarantin*<sup>14</sup>, vilken innebär att grundlagen aldrig får revideras vad gäller reglerna om respekten för människovärdet<sup>15</sup> och reglerna som konstituerar Tyskland som en demokratisk och social förbundsstat.<sup>16</sup> I Grundgesetz artikel 23 regleras det tyska medlemskapet i den Europeiska unionen. I denna bestämmelse finns vad man kan kalla en spärregel som innebär att det tyska medlemskapet i EU är beroende av om evighetsgarantin träds för när. Fördragsändringar kan därmed inte ske om dessa inte ligger i linje med Grundgesetz krav på människovärde, demokrati, välfärdsstat och federal organisation.<sup>17</sup>

Domen innebar en principiell vapenvila i så motto att författningsdomstolen kom att erkänna ett gemenskapsrättsligt grundrättighetsskydd. Men domstolen förbehöll sig för säkerhets skulle den principiella rätten att från en tid till en annan kontrollera att det gemenskapsrättsliga grundrättighetsskyddet såväl som den primära gemenskapsrätten i allmänhet harmonierar med den tyska grundlagen. Domstolens initiala tvekan och sedan gradvisa accepterande bidrog på ett verksamt sätt till att grundrättigheternas ställning inom gemenskapsrätten kom att stärkas såväl politiskt som juridiskt.

### 2.3 Maastrichtfördraget och kodifieringen av rättspraxis

EG-fördraget innehöll vid tidpunkten för ratificeringen av Maastrichtfördraget inte någon särskild hänvisning till grundrättigheter, förutom omnämnandet av "skyddet för fred och frihet" i sista övervägandet i ingressen. EG-domstolen har emellertid upprätthållit skyddet av de grundläggande rättigheterna med hjälp av allmänna principer för gemenskapsrätten, genom att hänvisa till gemensamma konstitutionella traditioner och till internationella avtal, i synnerhet till Europakonventionen.

I den europeiska enhetsakten hänvisades i ingressen till skyddet av de grundläggande rättigheter som erkänns i medlemsstaternas konstitutioner och

<sup>13</sup> Grundgesetz artikel 38.

<sup>14</sup> Grundgesetz artikel 79.

<sup>15</sup> Grundgesetz artikel 1.

<sup>16</sup> Grundgesetz artikel 20.

<sup>17</sup> Grundgesetz artikel 23 (tillkommen genom ändring den 21 december 1992).

andra lagar, i Europakonventionen samt i den Europeiska sociala stadgan. I artikel F(2) i EU-fördraget föreskrevs emellertid nu att

“[u]nionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen ... och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.”

I Maastrichtfördraget hänvisades allmänt till respekten för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Ett flertal artiklar innehöll mer eller mindre uttryckliga referenser. I tredje pelaren förekom till och med en uttrycklig hänvisning till respekten för konventionen inom ramen för samarbetet i rättsliga och inrikes frågor. I politiska förklaringar från medlemsstater och gemenskapsinstitutioner hänvisades också till skyddet av de grundläggande rättigheterna.<sup>18</sup> I samband med ratificeringen av Maastrichtfördraget började begreppet grundrättighet som gemenskapsrätt ta fastare form.

Avstampet togs i EG-domstolens tidigt formulerade grundrättighetsbegrepp som avsåg beteckna de regler i ett rättssystem som har fundamental karaktär. Mest framträdande var enligt domstolen principer om mänskliga rättigheter.<sup>19</sup> Enligt EG-domstolens rättspraxis kom grundrättigheterna att utgöra en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vilkas iakttagande domstolen skall säkerställa. EG-domstolen hämtade inspiration från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de internationella dokument som rör skyddet av de mänskliga rättigheterna och som medlems-

<sup>18</sup> Här kan nämnas Europaparlamentets, rådets och kommissionens gemensamma förklaring av den 5 april 1977 (Fördragssamling 1995, s. 877), Gemensam förklaring mot rasism och främlingsfientlighet lämnad av europaparlamentet, rådet, medlemsstaternas representanter församlade i rådet och kommissionen den 11 juni 1986 (Fördragssamling 1995, s. 889), Resolution om bekämpningen av rasism och främlingsfientlighet lämnad av rådet och stats- och regeringschefer församlade i rådet den 29 maj 1990 (EGT nr C 157, s. 1), Resolution om de mänskliga rättigheterna, demokratin och utvecklingen antagen av rådet och medlemsstaternas representanter församlade i rådet den 28 november 1991 (Bulletin des Communautés européennes nr 11/91, punkt 2.3.1) och de krav angående genomförandet av denna resolution som antogs av rådet och medlemsstaterna den 18 november 1992. Likaså kan påminnas om de förklaringar som lämnats av Europeiska rådet vid olika tillfällen, såsom Förklaringen om den europeiska identiteten av den 14 december 1973 (Bulletin des Communautés européennes nr 12/73, punkt 2501), Förklaringen om demokrati av den 8 april 1978, Förklaringen om gemenskapens internationella roll av den 2 och den 3 december 1988 (Bulletin des Communautés européennes nr 12/88 punkt 1.1.10), Förklaringen om de mänskliga rättigheterna av den 29 juni 1991 (Bulletin des Communautés européennes nr 6/91, bilaga V) och Förklaringen om de mänskliga rättigheterna av den 11 december 1993 vid 45-års jubileet av den Allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna (Bulletin des Communautés européennes nr 12/93, punkt 1.4.12).

<sup>19</sup> Mål 26/69 Stauder [1969] ECR 419, mål 4/73 Nold [1974] ECR 491 och mål 36/75 Rutili [1975] ECR 1219.

staterna har medverkat eller anslutit sig till. EG-domstolen har i detta sammanhang angivit att Europakonventionen är av särskild betydelse.<sup>20</sup> Kort sagt var det EG-domstolens initiala ställningstagande i *Nold* som kom att kodifieras genom unionsfördraget i Maastricht 1992.

Grunden för de gemenskapsrättsliga fri- och rättighetsskyddet är alltså den som EG-domstolen formulerade i *Nold*. Detta trots att de tidiga fallen följts av en mängd avgöranden från Luxemburg.<sup>21</sup> Utifrån den ursprungliga grunden har EG-domstolen genom åren kommit att klargöra att t.ex. religionsfrihet, yttrandefrihet, rätt till domstolsprövning, skydd för privatliv och familjeliv samt föreningsfrihet omfattas av fri- och rättighetsskyddet.

Det är vidare värt att notera att EU-medborgarna hittills inte kunnat åberopa det skydd som Europakonventionen ger dem i förhållande till gemenskapens rättsakter inför Strasbourgdomstolen som klart uttalat att "Acts of the EC as such, can not be challenged before the Court because the EC is not a contracting party."<sup>22</sup>

Strasbourgdomstolens rättspraxis har emellertid fått avtryck i gemenskapsrätten. Ett av EG-domstolens viktigaste avgöranden är domstolens dom av den 17 december 1998 i målet *Baustahlgewebe mot kommissionen*.<sup>23</sup> Avgörandet visar att EG-domstolen har kommit att utveckla sin praxis till skydd för grundläggande fri- och rättigheter på ett sätt som både formellt och reellt innebär en utveckling av rättighetsskyddet. Det rör sig helt enkelt om en konsekvent tillämpning av Europakonventionens bestämmelser (om än analogvis) och rättspraxis på den maktutövning som sker i EG-domstolen. Artikel 6 i Europakonventionen om rätt till rättegång gäller även för processen i Luxemburgdomstolarna. EG-domstolens avgörande i *Baustahlgewebe* klargör att det gemenskapsrättsliga fri- och rättighetsskyddet inte är abstrakt och teoretiskt utan konkret och praktiskt.<sup>24</sup> Avgörandet innebär inte något stort språng i EG-domstolens rättskipning. Något verkligt normativt nytt kan inte inträffa förrän konstitutionsfördraget blir gällande rätt och Europeiska unionen ansluts till Europakonventionen.<sup>25</sup>

## 2.4 Vilka rättigheter? Vilken skyddsnivå?

I avsaknad av en rättighetskatalog har frågor väckts om vad som utgör en grundrättighet inom EG- och EU-rätten. Grundrättigheterna har utvecklats ge-

<sup>20</sup> Se mål C-260/89 ERT [1991] ECR I-2925 p 41.

<sup>21</sup> Av de senaste se exempelvis mål C-60/00 Carpenter [2002] ECR I-6279, mål C-94/00 Roquette Frères [2002] ECR I-9011, mål C-112/00 Schmidberger [2003] ECR I-5659 samt målen C-20/00 och C-64/00 Booker [2003] ECR I-07411.

<sup>22</sup> Europadomstolens dom av den 18 februari 1999 i målet *Matthews ./. Storbritannien*.

<sup>23</sup> Mål C-185/95 *Baustahlgewebe ./. kommissionen*, REG 1998, sid I-8417.

<sup>24</sup> Mats Melin, Så länge skutan kan gå – om Europeiska unionen på kryss mot ett konstitutionellt fri- och rättighetsskydd, i festskrift till Hans Ragnemalm, s 230.

<sup>25</sup> *Ibid.*



nom rättspraxis och det är inte helt klart vilka rättigheter som utgör grundrättigheter. Det vore en näst intill omöjlig uppgift att gå igenom den myriad av avgöranden och sedan auktoritativt ange vilka rättigheter som utgör grundrättigheter och vilken skyddsnivå dessa skall ges.

En grundläggande fråga är om EG-domstolen är tvungen att acceptera alla rättigheter som finns i en medlemsstats konstitution som grundläggande rättigheter, dvs om de rättigheter som finns i medlemsstaternas konstitution skall upphöjas till grundrättigheter. Domstolen har tagit ställning till denna fråga och besvarade denna i princip jakande i *IRCA*<sup>26</sup>. De rättigheter som har beaktats i gemenskapsrätten kan huvudsakligen delas in i tre större kategorier; ekonomiska rättigheter, civila och politiska friheter samt processuella rättssäkerhetsgarantier. På senare tid har även enskildas tillgång till allmänna handlingar och offentlighetsprincipen framhävts i såväl rättspraxis som lagstiftning. Till de rättigheter som inte upphöjts hör bland annat immigrations-, miljö och kulturella rättigheter. Inte heller har lingvistiska rättigheter slagit igenom ännu.

Hur domstolen prioriterat när den beslutat sig för att upphöja vissa rättigheter till grundrättigheter och inte andra är oklart. Prioriteringarna förklarar många gånger med rättigheternas historiska ursprung och karaktären av skyddet för mänskliga rättigheter i gemenskapens rättssystem.

Domstolens erkännande av en rättighet som en grundrättighet uttrycker inte heller något om den skyddsnivå som rättigheten åtnjuter. Av de avgöranden som finns framgår det klart att skillnad görs på sociala och ekonomiska rättigheter. Beträffande de sociala rättigheterna, som inte kvalificerats som grundrättigheter, är domstolen beredd att ta till mer långtgående åtgärder för att höja skyddsnivåerna för enskilda. EG-domstolens judiciella aktivism på området för likabehandling får anses vara banbrytande.<sup>27</sup>

När det gäller de ekonomiska rättigheterna intar domstolen en mer tillbakadragen position, som kan beskrivas som "förebyggande". Domstolen upprätthåller de ekonomiska rättigheter som myndigheter inte får göra intrång i, men rättigheterna får ofta ge vika för ett allmänt intresse. I detta läge sätter domstolen gränser för hur allmänna aktörer får agera och hur långt ett allmänt intresse kan inkräkta på enskildas ekonomiska grundrättigheter. Det är alltså en fin balansgång mellan de enskildas ekonomiska intressen och det allmännas intresse.

De så kallade ekonomiska rättigheterna är följaktligen inte absoluta utan kan begränsas med hänvisning till allmänintresset. Dessa rättigheter begränsas ofta under åberopande av den inre marknadens organisation. En förutsättning är att begränsningarna är proportionella och att dessa korresponderar med ett allmänt intresse som upprätthålls av gemenskapen.

<sup>26</sup> Mål 7/76 *IRCA* [1966] ECR 1213.

<sup>27</sup> Se Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press 2000; och Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, *Comparative Political Studies* 32, s 327 ff.

Domstolens avgörande i *the Bananas case*<sup>28</sup> visar att införandet av en gemensam organisation på marknaden kan påverka och inskränka enskildas ekonomiska intressen rejält utan att detta betraktas som ett brott mot rätten att bedriva näringsverksamhet eller att utöva ett yrke. Det bör noteras att domstolen hittills inte funnit att någon inskränkning har utgjort brott mot dessa grundrättigheter. I de fall domstolen har funnit att åtgärder har utgjort allvarliga hot mot grundrättigheterna har domstolen närmast omformulerat problemställningen så att det exempelvis varit fråga om överträdande av likabehandlingsprincipen.

En naturlig följdfråga till avgörandet i *IRCA* som erkänner ett brett spektrum av nationella rättigheter som grundrättigheter är vad som händer när en konflikt uppstår mellan två eller flera medlemsstaters grundrättigheter. Skall domstolen då söka efter den högsta skyddsnivån som anges i en nationell lagstiftning eller söka efter den minsta gemensamma nämnaren? Svaret på denna fråga är inget av dessa alternativ. Domstolen skall istället hitta den bästa lösningen för situationen, vilket framgår av domstolens avgörande i *Hauer*<sup>29</sup>.

När nationella myndigheter genomför gemenskapsrätt är de bundna av gemenskapens grundrättigheter. Skälet är att medlemsstaternas myndigheter i dessa fall handlar som agenter för gemenskapen. Ytterst ligger ansvaret för rättighetsskyddet på de nationella domstolarna som har att pröva nationella åtgärders förenlighet med grundrättigheterna. De nationella domstolarnas prövning av nationella myndigheters agerande i förhållande till gemenskapens grundrättigheter kan resultera i att domstolarna erhåller en kompetens som dessa inte har enligt den egna konstitutionen. Domstolarna kan bli tvungna att åsidosätta nationella genomförandeåtgärder på grund av att dessa inkräktar på grundrättigheterna. De nationella domstolarna skall i detta fall tillämpa den skyddsnivå som rättigheten tillförsäkras i gemenskapsrätten.

Det finns andra nationella åtgärder som kan komma under EG-domstolens prövning i fråga om åtgärdernas förenlighet med grundrättigheterna. Som exempel kan anges de åtgärder som en medlemsstat vidtar med anledning av bestämmelser i gemenskapsrätten som möjliggör inskränkningar i fördragsbestämmelser om fri rörlighet enligt exempelvis artikel 30 EG. I dessa fall har medlemsstaterna ofta givits ett visst handlingsutrymme.<sup>30</sup> Även om medlemsstaterna har handlingsutrymme, som kan sägas utgöra en del av medlemsstaternas eget kompetensområde, har EG-domstolen uttryckt att åtgärderna måste ta hänsyn till grundrättigheterna. Åtgärderna måste därför bland annat vara nödvändiga och proportionella. Det ankommer slutligen på de nationella domstolarna att avgöra om sådana nationella åtgärder inkräktar på någon grundrättighet.

<sup>28</sup> Mål C-280/93 *Germany v Council* [1994] ECR I-4973.

<sup>29</sup> Mål 44/79 *Hauer* [1979] ECR 3727.

<sup>30</sup> Se exempelvis mål C-275/92 *Schindler* REG 1994 s I-1039 och mål C-124/97 *Lärää* REG 1999 s I-6067.

## 2.5 Offentlighetsprincipen

Rätten att ta del av allmänna handlingar kom upp till diskussion under 1990-talet då kommissionen och många medlemsstater började propagera för transparens vid beslutsfattande i EG-institutionerna. Kampanjen ledde till att rådet och kommissionen antog en "Code of Conduct" angående allmänhetens rätt till handlingar förvarade hos EG-institutionerna. Rådets beslut om uppförandekodexen kom att prövas av EG-domstolen på grund av Hollands missnöje med beslutet. Domstolen konstaterade att rådet hade både rätt och en skyldighet att besluta härom när det inte fanns en allmän reglering om allmänhetens rätt att få tillgång till handlingar som förvaras hos gemenskapernas institutioner.

Uttalandet uppfattades som en efterlysning av en rättslig grund i fördragen och resultatet blev dels ett programstadgande i artikel 1 i Amsterdamfördraget, dels artikel 255 EG som ger unionsmedborgarna rätt att ta del av gemenskapsinstitutionernas handlingar. Genom införandet av artikel 255 EG har rätten att ta del av allmänna handlingar förlänats konstitutionell ställning. Kort efter införandet av fördragsbestämmelserna antog parlamentet och rådet förordning (nr 1049/2001) om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar. Förordningen har tillämpats sedan den 3 december 2001 och har inneburit en ökad öppenhet hos gemenskapsinstitutionerna. Bland annat finns möjligheter att direkt ta del av handlingar eller beställa handlingar över Internet. Enskildas rätt att ta del av allmänna handlingar och myndighetsdokument som finns hos gemenskapsinstitutionerna är alltså kodifierad på fördragsnivå, konkretiserad genom primärrätt och upphöjd till allmän rättsprincip av EG-domstolen.

Principen får anses ha kvalificerat sig som gemenskapsrättslig grundrättighet redan innan den kodifierats tillsammans med rätten till god förvaltning i artikel II-102 i konstitutionsfördraget. Det finns i sammanhanget skäl att nämna förslaget till rätten till god förvaltning. I den Europeiska koden för god förvaltnings- sed tillförsäkras unionsmedborgarna en klagorätt hos den Europeiska ombudsmannen i enlighet med artikel 195 EG och reglerna i ombudsmannens stadga.

## 2.6 Principer om effektivt rättsskydd

Det går i grundrättighetssammanhang inte att bortse från det rättsskyddssystem som EG-domstolen skapat i samspel med nationella domstolar. En särskilt viktig linje i EG-domstolens praxis rör enskildas tillgång till rättsmedel vid tillvaratagandet av EG-rättigheter. EG-domstolen har konsekvent kommit att understryka kraven på nationella domstolar att lojalt effektuera EG-rätten. Detta indikeras av en linje av mål som behandlar EG-rättens *effet utile*.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Se exempelvis mål C-213/89 Factortame ECR I-2433, och målen C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.

I målet *Brasserie du Pêcheur* fick inte ett nationellt villkor tillämpas om det

“...reser hinder för de nationella domstolarnas skyldighet att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter.”<sup>32</sup>

Följande exempel kan ges på rättsprinciper som inverkar på nationella domstolars processuella självständighet när EG-rätten aktualiseras i konkreta rättstvister:

- rätt till effektivt rättsskydd,<sup>33</sup>
- rätt till rättegång i opartisk domstol,<sup>34</sup>
- rättsmedlet måste vara proportionellt och adekvat,<sup>35</sup>
- förbud mot processuella bestämmelser som i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att erhålla ersättning för skada vållad av medlemsstaternas brott.<sup>36</sup>

De nationella processuella systemen måste i enlighet med avgörandena i *Rewe*<sup>37</sup> och *Comet*<sup>38</sup> leva upp till två minimikrav: principen om icke-diskriminering och effektivitet.

EG-domstolen har konsekvent erinrat om att det enligt fast rättspraxis åligger medlemsstaternas domstolar att med tillämpning av den samarbetsprincip, som anges i nuvarande artikel 10 EG, säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av EG-rättens direkta effekt. I avsaknad av EG-rättslig reglering på området skall det i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer för dem av gemenskapsrättens direkta effekt. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än de som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] I-1029 p 72.

<sup>33</sup> Mål 224/84 *Johnston* [1986] ECR 1451.

<sup>34</sup> Mål C-49/88 *Al-Jubail Fertilizer* [1991] ECR I-3187.

<sup>35</sup> Mål C-271/91 *Marshall II* [1993] ECR I-4367.

<sup>36</sup> Mål 199/82 *San Giorgio* [1983] ECR 3595; målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] I-1029.

<sup>37</sup> Mål 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1889.

<sup>38</sup> Mål 45/76 *Comet* [1968] ECR 453.

<sup>39</sup> Se mål 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989 p 5, mål 45/76 *Comet* [1976] ECR 2043 p 12; mål 68/79 *Just* [1980] ECR 501 p 25, mål 199/82 *San Giorgio* [1983] ECR 3595 p 14, mål 331/85, 376/85 och 378/85 *Bianco och Girard* [1988] ECR 1099 p 12, mål 104/86 *Commission v Italy* [1988] ECR 1799 p 7, mål 123/87 och 330/87 *Jeunehomme och EGI* [1988] ECR 4517 p 17, mål C-96/91 *Commission v Spain* [1992] ECR I-3789 p 12, och mål C-6/90 och C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357 p 43.

Detta rättsskyddssystem kan i sig kvalificeras som en gemenskaprättslig grundrättighet samtidigt som det kan utgöra en garant för nationella domstolars kontroll av att gemenskapsrättsliga grundrättigheter efterlevs. Enligt min mening kommer systemet även ha stor betydelse (om än indirekt) för effektuerande av grundrättigheter som saknar direkt effekt.

### **3. Konstitutionsfördraget**

#### **3.1 Några inledande konstitutionella frågor**

En mängd viktiga förändringar med relevans för unionens rättsordning och rättsväsende och därmed för skyddet av grundrättigheterna introduceras i konstitutionsfördraget. Konstitutionaliseringen av de grundläggande fördragen bekräftas, d v s att fördragen snarare har karaktär av överstatlig konstitution än mellanstatligt fördrag. Detta sker bland annat genom att principen om unionsrättens företräde kodifieras (artikel I-6).

Vidare utvidgas EU:s målsättningar (artikel I-3). Den viktiga lojalitetsförpliktelsen för medlemsstaterna, som för närvarande återfinns i artikel 10 EG accentueras (artikel I-5). Principen kopplas uttryckligen dels till principen om unionsrättens företräde, dels till unionens skyldighet att respektera medlemsstaternas nationella identitet. Genom införandet av en kompetenscatalog (artiklarna I-12, 13 och 14) och genom att domstolen ges behörighet att tolka dessa bestämmelser bekräftas att domstolen är den instans som slutgiltigt avgör kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna.

I konstitutionsfördragets protokoll om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitets-principerna föreslås en utvidgning av domstolskontrollen av subsidiaritetsprincipen. Nuvarande artikel 308 EG ersätts med en utvidgad flexibilitetsklausul i artikel I-18 i konstitutionsfördraget. Unionen erhåller vidare status som juridisk person enligt artikel I-6 i konstitutionsfördraget.

Dessa förändringar framhäver EG-domstolens roll som författningsdomstol och har såväl en viktig symbolisk som reell betydelse för skyddet av grundläggande fri- och rättigheter. Domstolen kan härmed även inta en aktivare roll genom att konkretisera de idag delvis otydliga principerna för kompetensfördelning. Trots att företrädesrätten formellt balanseras av nationella identitetshänsyn måste dess kodifiering sägas innebära en förstärkning av principen. De övriga förändringarna mot ökad integration får initialt anses ha större rättspolitisk betydelse än juridisk. Det kommer av att rättsprinciper om medlemsstaternas

ansvar för genomförandet av EG-rätten huvudsakligen utvecklats i rättspraxis av EG-domstolen genom principer om effektivt rättsskydd och tillgång till rättssmedel.<sup>40</sup>

## 3.2 Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

### 3.2.1 Anslutning till Europakonventionen

Gemenskapens anslutning till Europakonventionen har tidigare varit på agendan. EG-domstolen ansåg emellertid i sitt yttrande<sup>41</sup> att det inte fanns någon explicit eller implicit bestämmelse i fördraget som gav gemenskapen kompetens att sluta avtal på fri- och rättighetsområdet. Domstolen prövade även ifall möjligheten fanns under artikel 308 EG (dåvarande artikel 235 EG), men ansåg att denna artikel inte kunde användas för att ytterligare vidga gemenskapens kompetens. Slutsatsen var att en fördragsändring fordrades.

I konstitutionsfördraget ålägs unionen en förpliktelse att söka vinna anslutning till Europakonventionen (artikel I-9.2). Möjligheter har sålunda tillskapats så att EU nu kan ansluta sig till denna konvention.

Förändringen är betydelsefull och kommer att få långtgående konsekvenser eftersom EU inklusive EG-domstolen blir bunden av Europadomstolens avgöranden. Domstolsorganisationen blir emellertid nu ännu mer komplex då vi får ett system med nationella domstolar, gemenskapsdomstolar och Europadomstolen. Risk föreligger för att en process i mål om grundläggande rättigheter kommer att bli mer tungrodd och tidskrävande. Fördelen är att Europadomstolen som rättsskapande instans stärks vid tolkningen av Europakonventionen, vilket kan innebära en större rättssäkerhet för den enskilde.

## 3.3 Rättighetsstadgan

I efterdyningarna av 1980 och 1990-talets diskussioner om det fortsatta skyddet av grundrättigheterna kom en gemenskapsstadga att utarbetas. Syftet med utarbetandet av stadgan var framför allt att synliggöra de rättigheter som etablerats i EG-rätten genom att samla dessa i ett dokument. Några nya rättigheter skulle inte skapas.

---

<sup>40</sup> Mål 14/83, Von Colson och Kamann, [1984] ECR 1891. mål 222/84, Johnston, [1986] ECR 1651, mål C-106/89, Marleasing, [1990] ECR I-4135, mål C-271/91, Marshall, [1993] ECR I-4367, mål C-66/95, Sutton, [1997] ECR I-2165, mål C-180/95, Draehmpaehl, [1997] ECR I-2195, mål C-185/97, Coote, [1998] ECR I-5199, mål C-412/97, Ed Srl, [1999] ECR I-3845; mål C-228/98, Dounias [2000] ECR I-577, Mål C-213/89, Factortame, [1990] ECR I-2433, målen C-143/88 och C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, [1991] ECR I-415, mål C-465/93, Atlanta, [1995] ECR I-3761, mål 68/95, Port, [1996] ECR I-6065, mål C-334/95, Krüger, [1997] ECR I-4517.

<sup>41</sup> Yttrande 2/94, REG 1996 s. I-1759.

I stadgan bekräftas därför särskilt de rättigheter som har sin grund i medlemsstaternas konstitutioner och internationella konventioner, Europakonventionen, unionens och Europarådets sociala stadgor samt domstolarnas rättspraxis. Stadgan utgör en rättighetskatalog men dess struktur skiljer sig från andra rättighetskataloger. Rättigheterna delas upp i sju avdelningar och utgör alltså inte en klassisk modell med första och andra generationens rättigheter, d v s en uppdelning i å ena sidan medborgerliga och politiska rättigheter och å andra sidan ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Anledningen härtill har varit att man inte velat göra åtskillnad på de olika rättigheterna och att man önskade betona rättigheternas universalitet och odelbarhet.

Tanken var att stadgan skulle infogas i fördraget vid toppmötet i Nice år 2000, men så kom inte att ske eftersom enighet om stadgans rättsliga status inte kunde uppnås. Däremot antogs den som en högtidlig politisk deklaration. Dess rättsliga status stannade därför vid att enbart vara en förklaring.

Stadgan, som proklamerades vid Europeiska rådet i Nice år 2000, har införlivats i konstitutionsfördragets del II och genomgått vissa smärre ändringar sedan Nice. Den innehåller sju avdelningar. De sex första utgörs av olika rättighetsområden vilka benämns värdighet, friheter, jämlikhet, solidaritet, medborgarnas rättigheter och rättsskipning. Den sista avdelningen utgörs av allmänna bestämmelser om tolkning och tillämpning av stadgan. En viktig nyhet är införandet av avdelning VI – rättsskipning, vari det bland annat stadgas om rätten till effektivt rättsmedel.

Införandet av stadgan om de grundläggande rättigheterna i fördraget utgör en av de största förändringarna som introduceras genom konstitutionsfördraget. Införlivandet av stadgan i konstitutionen innebär att gemenskapsdomstolarna och de nationella domstolarna ges kompetens att tolka den. EG-domstolen kan förmodas ge stadgans bestämmelser ett mer konkret innehåll och troligtvis även ett mer långtgående skydd än det som enskilda tillförsäkras genom Europakonventionen.

En annan konsekvens av införlivandet är att EG-domstolens tolkningsutrymme kan komma att avgränsas något. Domstolen är i nuläget relativt fri att utveckla allmänna principer inom gemenskapsrätten. Det är dock inte uteslutet att EG-domstolen låter nya allmänna principer växa fram med stadgan som tolkningsbakgrund.

Vidare innebär införlivandet att stadgan får verkningar i medlemsstaterna. Även om det kommer till uttryck i konstitutionstexten att stadgan riktar sig till medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten så kan detta område eventuellt komma att bli något mer vidsträckt. Genom domstolens praxis har det visats att området för "rent interna situationer", d v s när det är fråga om enbart nationell rätt, har minskat. Detta medför att unionsrätten tränger längre och längre in i den nationella ordningen.

Stadgan innehåller både rättigheter och principer. Det är endast rättigheter-

na som kan få bindande effekt medan principerna, som ger uttryck för politiska målsättningar, aldrig kan bli bindande i egentlig mening. Vid avgörande av om en rättighet i slutändan skall få bindande verkan måste det analyseras i vilken utsträckning rättigheterna redan är bindande i egenskap av allmänna rättsprinciper utvecklade av EG-domstolen eller i form av bestämmelser i fördragen eller sekundärrätten.

Det har uttryckts viss oro för att makten kommer att bli förskjuten från medlemsstaterna till EU-institutionerna för det fall stadgan blir ett bindande dokument. Att EU genom stadgan skulle utvidga sin befogenhet har dock uttryckligen velat undvikas och det finns inte något som klart tyder att så kommer att ske. Det finns skäl att erinra om att trots att stadgan inte ansetts vara rättsligt bindande har den redan varit av betydelse för tolkningen av gemenskapsrätten. Den har fått ett visst genomslag i EG-domstolarnas praxis, främst har hänvisningar skett till den i förstainstansrätten.<sup>42</sup> Det har även förekommit att generaladvokater har åberopat stadgan i sina förslag till avgöranden.<sup>43</sup> Vidare har Europadomstolen hänvisat till stadgan.<sup>44</sup>

### 3.4 Slutsatser

Även om det är svårt att förutse rättsutvecklingen finns det skäl att anta att stadgan kommer få ställning som både en viktig tolkningskälla och sedermera som bindande rättskälla. En rimlig slutsats blir därmed att skyddet för grundläggande rättigheter stärks genom att Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna förs in i konstitutionsfördraget.

Genom att rättighetsstadgan nationaliseras grundrättigheterna i viss utsträckning. Trots att stadgans verkning beskärs av tolknings- och tillämpningsföreskrifter kommer unionens grundrättigheter sannolikt komma att leva sitt eget liv och leda fram till ett självständigt rättighetsskydd på unionsbasis. Samtidigt har de flesta av EU:s medlemsstater införlivat Europakonventionen i sina inhemska rättssystem. Parallellt med rättighetsstadgan och konventionen har de flesta stater vidare rättighetskataloger i sina konstitutioner. Inför denna "nationalisering" av

<sup>42</sup> Mål T-112/98 Mannesmannröhren-Werke ./ Kommissionen [2001] ECR II – 729, mål T-54/99 max.mobil Telekommunikation Service ./ Kommissionen [2002] ECR II-313 och mål T-177/01 Jégo-Quéré [2002] ECR II-2365.

<sup>43</sup> Se exempelvis mål C-340/99 TNT [2001] ECR I-2345, mål C-173/99 Broadcasting Entertainment, Cinematographic and Theatre Union ./ Secretary of State for Trade and Industry [2001] ECR I-4881 och C-122/99 P D ./ Rådet [2001] ECR I-4319, C-270/99 P Z ./ Europaparlamentet [2001] ECR I-9197, mål C-49/00 Kommission ./ Italien [2001] ECR I-8575 och mål C-377/98 Nederländerna ./ Europaparlamentet och rådet [2001] ECR I-7079.

<sup>44</sup> Application no. 28957/95, Goodwin ./ United Kingdom, dom av den 11 juli 2002.



grundrättighetsskyddet riskerar Europadomstolen i Strasbourg att marginaliseras. Vi kommer att få en rättighetspraxis i nationella domstolar som står på egna ben och utvecklas mer eller mindre självständigt. Vi ser redan tecken på hur den tyska författningsdomstolen i Karlsruhe devalverat rättspraxis från Strasbourg.

Hur går det då med Europakonventionen och Strasbourgdomstolens ställning? En framtida anslutning till Europakonventionen har förutsättningar att bli betydelsefull och kommer formellt sett vara viktig eftersom EG-domstolen blir bunden av Europadomstolens avgöranden. En viktig fördel är att Europadomstolen som rättsskapande instans stärks vid tolkningen av Europakonventionen. Men sammantaget innebär nog den nationalisering av tolkning och tillämpning av rättighetsstadgan som står för dörren tillsammans med konventionens ställning som nationell rätt en risk för marginalisering av Strasbourgdomstolen. Vad som står klart är att det nya läget reser intressanta frågeställningar om normhierarki, auktoritet och enhetlighet. Skall vi ha en auktoritativ högste uttolkare av ett "europeiskt rättighetsskydd"? Är det bättre för den enskilde att ha tillgång till olika system med delvis olika målorientering? Frågorna ligger öppna för en viktig rättsvetenskaplig diskussion.

#### **4. Grundrättigheterna efter den 11 september 2001 – några frågeställningar om avvägningen mellan säkerhet och frihet**

Det är i spänningsfältet mellan gemenskapsrätten och nationell konstitutionell rätt som grundrättighetsskyddet har sin grund. Om vi skall vara riktigt ärliga så kanske den beskrivna utvecklingen inte är så mycket att väsnas för. Grundrättighetsskyddet på den överstatliga nivån har kanske haft större symbolisk än materiell betydelse. Men det finns som sagt hopp om att konstitutionsfördragets rättighetsstadga kanske blir det viktiga genombrott som krävs för att unionens grundrättighetsskydd skall få en verkligt konstitutionell europeisk prägel.

Låt oss avslutningsvis sätta det europeiska grundrättighetsskyddet i ett aktuellt och globalt sammanhang. Det är kanske först då vi kan uppskatta dess verkliga betydelse. Det rådande världsläget måste betecknas som ett perfekt empiriskt scenario för en diskussion om avvägningen mellan skyddet för grundläggande fri- och rättigheter å ena sidan och säkerhet å andra sidan.

Kränkning av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter i den nationella säkerhetens namn är en "old story" i både USA och Europa. Kränkningar har inträffat gång på gång i krigs- och orostider från 1700-talet och framåt; över revolutioner, inbördeskrig och världskrig.

Det var inte många som år 1999 vid det uppslupna 50-årsfirandet av FN:s *The Universal Declaration of Human Rights* som kunde ana vad som väntade runt hörnet. År 2005 befinner vi oss i efterdyningarna av terrorattackerna den 11 september 2001 i USA, vansinnesdåden i Madrid, på Bali och i Irak. Vi lever

i en ny tid av skräck, nationell rädsla och osäkerhet skapade av terrorattacker och krig. Trots att det är nu vi medborgare behöver rättighetsskyddet som bäst är det dåliga tider för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter. Under återopande av slagordet "War on Terror" har president Bush fängslat amerikanska medborgare utan rättegång, internerat tusentals främlingar och övertalat kongressen att tillåta allt mer ingripande kränkningar av integritet och privatliv.

I Europa ser vi samma utveckling. I Storbritannien har statsmakten slagit till hårt mot misstänkta terrorister. I Sverige åsidosätts fri- och rättigheter vid utvisning av misstänkta terrorister. På lösa boliner tillät svensk säkerhetspolis amerikanska och egyptiska säkerhetsagenter utöva våld på svenskt territorium. Regeringen svär sig fri från ansvar.<sup>45</sup>

Inom EU stärks det straffrättsliga samarbetet i den nationella säkerhetens namn, samarbetet för terrorbekämpning vässas, samtidigt som medlemsstaterna effektiviserar tvångsmedel i sina nationella regimer i "kriget mot terrorismen". Denna anti-terror politik har även i Europa lett till kränkningar av grundläggande friheter i form av frysning av tillgångar, frihetsberövande utan rättegång, kränkning av privatliv och den personliga integriteten.

I dessa tider försöker europeiska politiker få acceptans för ett konstitutionsfördrag med en rättighetsstadga. Ett fördrag som formellt sett kan ses som en förstärkning av rättighetsskyddet. En grundfråga blir om detta formella skydd har några förutsättningar att kunna realiseras. Vad krävs för realiserandet av ett acceptabelt rättighetsskydd? Vid diskussionen av dessa frågor får vi inte bli absolutister, eller som Michael Ignatieff uttrycker det i boken *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*<sup>46</sup>:

"Rights are not always trumps....But neither is necessity. Even in times of real danger, political authorities have to prove the case that abridgements of rights are justified. Justifying them requires a government to submit them to the test of adversarial review by the legislature, the courts, and a free media."

Med utgångspunkt från Ignatieffs balanserade diskussion om säkerhet och frihet finns det skäl att fokusera på förutsättningarna för hur vi kan skapa ett ändamålsenligt grundrättighetsskydd inom ramen för EU:s juridiska och politiska system. En intressant fråga är om EU:s överstatliga "statsskick", som karaktäri-

<sup>45</sup> Tisdagen den 22 mars 2005 meddelade JO beslut i ärende dnr 2169-2004 med rubriken Avvisning till Egypten – en granskning av Säkerhetspolisens verkställighet av ett regeringsbeslut om avvisning av två egyptiska medborgare.

<sup>46</sup> Princeton University Press 2004.

serats av "judicialisation of politics" och "governing by judges"<sup>47</sup>, lämpar sig särskilt bra för utveckling av ett godtagbart rättighetsskydd?

Vi kan hitta ett svar genom att följa Ignatieff i spåren. En grundläggande fråga är varför liberala rättsstater och demokratier så kvickt kan kohandla bort frihet och mänskliga rättigheter? Historiskt sett kan vi se exempel på att politiska majoriteter bryr sig mindre om rättighetskränkningar som skadar minoriteter än de bryr sig om säkerhet. Detta förefaller gälla för både Europa och USA. Politiker och rädda medborgare identifierar sig helt enkelt inte med terrormiss-tänkta egyptier, somalier som fått sina tillgångar frysta i strid med alla rättssäkerhetsprinciper<sup>48</sup> eller med torterade Guantanamofångar.

Varför leder kränkningar av konstitutionella fri- och rättigheter till förhållandevis ljumma reaktioner? En förklaring kan vara att de sittande regeringarna kontrollerar och omtolkar fakta i syfte att skydda maktinnehavet samt motar bort obekväma frågor och uppgifter från medborgarna. Fakta förvrängs och undanhålls för att rättfärdiga rättighetskränkande åtgärder. Både i Europa och USA ser vi exempel på hur fakta förvanskas för att rättfärdiga handlingar som företas för att säkra maktinnehav och nationell säkerhet.

Politiker utgår från att den allmänna opinionen inte bryr sig om mänskliga rättigheter och grundläggande friheter eftersom man är så rädd för terrorism och krig. Det är förstäligt eftersom de tror som Mikael Ignatieff skriver att:

"The political cost of under reaction is always going to be higher than the cost of over reaction."<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Dessa tendenser är väl dokumenterade i såväl stats- som rättsvetenskaplig doktrin, se Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press 2000; Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, *Comparative Political Studies* 32, s 327 ff; Federico G Mancini, "The Making of a Constitution for Europe," in *The New European Community*, eds Robert O Keohane and Stanley Hoffmann (Boulder, CO: West View, 1991); Alec Stone Sweet and Thomas L Brunell, "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community," *American Political Science Review* 92 (1998): s 63–81; and Joseph H. H. Weiler, "The Transformation of Europe," *Yale Law Journal* 100 (1991): 2403–83; Anne-Marie Burley and Walter Mattli, "Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration," *International Organisation* 47 (1993): s 41–76; Jonathan E Levitsky, "The Europeanization of the British Style," *American Journal of Comparative Law* 42 (1994): s 347–80; Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, and Joseph H. H. Weiler. *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context* (Oxford, UK: Hart Press, 1998); Miguel Pojares Maduro, *We, the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution* (Oxford, UK: Hart, 1998).

<sup>48</sup> Se mål T-306/01 R, *Abdirisak Aden, Abdulaziz Ali, Ahmed Yusuf, Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen*, REG 2002, s. II-2387.

<sup>49</sup> Mikael Ignatieff, *The lesser evil: Political ethics in an age of terror*, Princeton University Press 2004.

Men har konstitutioner och rättighetsstadgor ingen betydelse i tider av terror och krig?

En viktig slutsats av den senare tidens rättighetskränkningar är att rättsregler och konstitutioner inte är tillräckliga för att hindra maktmissbruk och rättighetskränkningar. Skrivna regler och formaljuridiska restriktioner tenderar att förlora sin betydelse om inte känslan av ansvar för rättigheternas upprätthållande delas av politiker och ämbetsmän. Poängen med rättighetsjuridik och rättighetsetik är att dana karaktärer hos politiker och ämbetsmän som kan möta terrorism och skräckens verklighet utan att kapitulera för dess logik. Detta är ingen lätt uppgift. Terrorismen är skrämmande eftersom den vänder ut och in och upp och ner på vad vi anser vara de grundläggande instinkterna hos mänskligheten. Terrorismen firar död i stället för liv. Problemet är att vi inte kan lämna vår tro på mänskligheten. Gör vi det har terrorismen segrat. När terroristerna slår mot konstitutionella demokratier är en av deras avsikter att som Ignatieff skriver:

“...persuade electorates and leaders that the strength of these societies – public debate, mutual trust, open borders, and constitutional restraint on executive power – are weaknesses. When strengths are seen as weaknesses, it is easy to abandon them ... It simply means that those who have charge of democratic institutions need to do their jobs. We need judges who understand that national security is not carte blanche for the abrogation of individual rights, a free press that ferrets out the information that an executive may wish to alter or withhold ...”

Om politiska majoriteter inte går att luta sig mot kanske unionens urvattnade demokratiska struktur kan vara en möjlighet? Vi har offentlighetsprincip, tillgång till allmänna handlingar och en fri press. Vi har ett överstatligt system med starka konstitutionella drag inom vilket politiken juridifierats och juridiken politiserats. Men är det till domare och tjänstemän vi skall sätta vår tilltro i orostider? Det kanske är det “minst dåliga” för att använda Ignatieffs ord.

Ignatieff tillstår i sin bok att lagstiftning och rättsprinciper inte räcker till för att förhindra maktmissbruk. Det krävs någonting ytterligare. Reglerna fungerar inte utan att “the sense of responsibility is widely shared among public officials...Character is decisive.”

Det är det som är frågan. Har vi domare och tjänstemän med den karaktär och moraliska resning som krävs för att hålla emot när ändamålen påstås helga medlen? Jag är tveksam.

## 5. Sammanfattande teser

1. Rättighetsskyddets utveckling i EG-domstolens rättspraxis, kodifieringen i Maastrichtfördraget samt medlemsstaternas införlivande av Europakonventionen har inneburit en välkommen förstärkning av det europeiska rättighetsskyddet. Antagandet av konstitutionsfördraget och införandet av rättighetsstadgan kommer också att innebära en ytterligare förstärkning och utveckling av det europeiska rättighetsskyddet. Framförallt medför rättsutvecklingen en "nationalisering" av rättighetsskyddet genom att nationella domstolar ges huvudansvaret för tolkning och tillämpning av rättighetsregler med olika konstitutionell valör och rättslig status. Utvecklingen är positiv för den enskilde som genom att materiella grundrättigheter kopplas samman med det gemenskapsrättsliga rättsskyddssystemet inom vilket nationella domstolar har långtgående förpliktelser att tillförsäkra enskilda rättsmedel och effektiva procedurer för rättighetsskydd. EU-medborgarens förutsättning att få sitt rättighetsskydd förverkligat ökar genom nationaliseringen.
2. Nationaliseringen innebär även att i första hand Europadomstolen i Strasbourg får ett mer begränsat inflytande över utvecklingen av skyddet för grundrättigheter genom att allt färre rättssökande kommer att sluta i Strasbourg av processekonomiska skäl. Det är dyrt och tidskrävande att uttömma nationella rättsmedel. Antingen kommer nu rättighetstvister sluta i EG-domstolen eller i nationell slutinstans. Även EG-domstolen riskerar att tappa inflytande över utvecklingen av ett gemenskapsrättsligt rättighetsskydd eftersom tillgången till EG-domstolen delvis strypts genom uppställande av besvärliga sakprövningsförutsättningar i relation till det viktiga systemet med förhandsavgöranden i artikel 234 EG. Å andra sidan har utvidgningen av unionen inkluderat en mängd nya domstolar som kan finna systemet med förhandsavgöranden attraktivt. För egen del ser jag positivt på en ökad judiciell rättighetsaktivism i nationella domstolar. Framförallt kommer nationaliseringen leda till en nedbrytning av de processuella nationella hindren för ett effektivt rättighetsskydd. Nationaliseringen kommer att påskynda viktiga anpassningar av nationella regler om lagprövning (judicial review), skadeståndsregler och regler för interimistiskt rättsskydd.
3. Vi kan inte lita på att våra politiker och ämbetsmän upprätthåller ett godtagbart rättighetsskydd i orostider. Det kan då vara en fördel att lägga ett större ansvar för rättighetsskyddet på nationella domstolar i ett överstatligt system med diffusare relationer mellan den politiska demokratin och dömande makten. Den "juridifiering av politiken" och det relativa "domarstyre" som utvecklingen från europeisk gemenskap till union fört med sig är viktig i tider när politiker oftare låter ändamålen helga medlen i jakt på terrorister och säkerhet. Ett bättre rättighetsskydd kan emellertid endast realiserars om

vi kan lita på att våra domare vågar ta sitt ansvar och starkare betona grundrättigheter än säkerhet. Detta ställer höga krav på domarkårens rättighetsetik och konstitutionella integritet. Jag är tveksam till om vi i Norden har en domarkår som har dessa kvalitéer och är mogen att axla ett större konstitutionellt ansvar.

4. Ett effektivt judiciellt rättsskydd måste ackompanjeras av en förstärkning av offentlighetsprincipen och medborgarnas generella tillgång till handlingar och myndighetsdokument såväl på EU-nivån som på nationell nivå. Detta kräver en "federalisering" av offentlighetsprincipen. Principen skall inte endast binda unionens institutioner utan även ställa konstitutionella rättsliga krav på medlemsstaternas politiska institutioner och förvaltningar. I detta perspektiv är konstitutionsfördraget viktigt. Fördraget med sin rättighetsstadga innebär ett ytterligare steg i federal riktning genom bland annat en kodifiering av principen om unionsrättens företräde, en klarare kompetensfördelning mellan unionen och medlemsstaterna och en starkare betoning av EG-domstolen som författningsdomstol. En fullt utbyggd och effektiv offentlighetsprincip är det värn medborgaren behöver mot ett politiskt system som tenderar att förvanska och undanhålla fakta i syfte att rättfärdiga rättighetskränkande åtgärder.
5. Om unionen ansluter sig till Europakonventionen bör EG-domstolen och Europadomstolen gemensamt genomföra åtgärder i syfte få till stånd en enhetlig tolkning och tillämpning av dels konventionsrättigheterna, dels unionsrättigheter. Nuvarande system är ineffektiva, tidskrävande och otillgängliga. Om inte detta sker riskerar grundrättighetsskyddet att variera beroende på i vilken medlemsstat domstolsprocesser initieras.
6. Samtliga presenterade teser aktualiserar den ständigt aktuella grundfrågan: Hur förhåller sig ett utbyggt överstatligt grundrättighetsskydd till den politiska demokratin och den konstitutionella maktbalansen i den liberala rättsstaten? Min uppfattning är att ett större ansvar bör läggas på domstolar eftersom den politiska demokratin inte är att lita på i orostider. Grundrättigheter står för långt ner på den politiska agendan och det saknas i övrigt starka incitament för att politiska majoriteter skall göra godtagbara avvägningar mellan grundrättigheter och säkerhetshänsyn.

Henrik Zahle

Dommerens udtalelser om  
gældende ret uden for dommen

# Dommerens udtalelser om gældende ret uden for dommen

Af professor, dr. jur. *Henrik Zahle*, Københavns Universitet, Danmark

Resume: Indledende præsenteres en formodning for at en dommer kan udtrykke sig frit, også i udtalelser om gældende ret. Begrænsninger i denne frihed må kræve en særlig begrundelse. Herefter behandles en række forskellige tilfælde, først tilfælde hvor dommeren udtrykker sig uafhængigt af en konkret sag, dernæst om tilfælde hvor anledning til udtalelsen er en konkret sag. Grundsynspunktet er, at dommeren har frihed til at udtale sig, og der kun bør være så få begrænsninger heri som nødvendigt. Dette grundsynspunkt gennemdrøftes ved at drøfte en række specialsituationer og argumenter.

## I. Indledende overvejelser<sup>1</sup>

Emnet for det følgende er dommeres mundtlige eller skriftlige udtalelser om gældende ret uden for dommen. Det er således ikke domskoncipering der skal behandles, heller ikke dommeres udtalelser om (rets-)politiske emner, der ofte drøftes under overskriften „dommeres ytringsfrihed“.<sup>2</sup> Ved udtalelser om gældende ret forstår vi her udtalelser, der går ud på at fastlægge, hvad retten er på et bestemt område, herunder naturligvis også argumentationen for den fastlæggelse af retstilstanden, som dommeren går ind for. Emnets afgrænsning kræver ikke nogen indgående retsfilosofisk analyse af begrebet „gældende ret“, for det kan her tages i en pragmatisk betydning som betegnelse for, hvordan forfatteren (dommeren) mener at en sag om det pågældende emne bør afgøres og begrundes. Problemet i dette emne er, at det nok ikke betragtes som afklaret, om der bør antages at være grænser for dommeres udtalelser af denne art, og hvilke begrænsninger der i givet fald må antages.

Emnet angår udtalelser *uden for* dommen. En dommer udtaler sig undertiden *i* dommen om emner, der ikke udgør en bærende del af dommen og for så vidt falder uden for dommen. Med *obiter dicta* redegør dommeren for retlige

---

<sup>1</sup> Tak til justitieråd Torgny Håstad for henvisning til de svenske sager, der er nævnt i noterne 3, 4 og 28, og for nogle generelle synspunkter på emnet, og til byretsdommer Niels Viltoft for kommenter til et udkast.

<sup>2</sup> Herom senest Holger Kallehauge i Festskrift til Ole Espersen, København 2004, s. 183f. Se også Axel H. Petersen i Festskrift til Poul Andersen, København 1958, s. 342f, Torben Jensen i UfR 1992 B s. 131f og 1992 B s. 380f, og Niels Viltoft i UfR 1992 B s. 284f.



standpunkter, der ikke er nødvendige for at nå dommens resultat. Der kan være gode grunde til en sådan – tilsyneladende vidtløftig – fremstillingsform, f.eks. at angive den hovedregel, som er baggrunden for den undtagelsessituation der antages at foreligge i denne sag, eller at fastlægge et principielt grundlag for bedømmelsen af et bredere sagsområde. Sådanne præmisser kan senere være afgørende for fremtidige bedømmelser ikke blot i underordnede domstole, men også i den egne domstol, og hvis de ikke var det, ville de heller ikke tjene noget formål.<sup>3</sup> Udformningen af præmisser af denne art må drøftes som del af spørgsmålet om domskoncipering, og det skal derfor ikke tages op her. Det skal endvidere nævnes, at det forekommer, at en dommer i dommen udtaler sig om forhold, som ikke har betydning for sagens umiddelbare afgørelse, men som kan have betydning i anden sammenhæng eller for en offentlig opinion.<sup>4</sup> Sådanne passager kan som præmisser ikke i sig selv appelleres,<sup>5</sup> og at indskrive dem i en dom kræver derfor en særlig begrundelse, men heller ikke dette skal drøftes her, hvor emnet er udtalelser uden for dommen.

Min første indskydelse er (var), at dette egentlig slet ikke er noget problem, for en dommer kan da bare sige eller skrive, hvad han/hun ønsker at udtrykke. Der gælder med andre ord, antager jeg fra begyndelsen, ikke nogen særlig grænse for eller særlige krav til dommere, der udtaler sig om gældende ret. Denne forhåndsantagelse kan finde støtte i en erfaring fra den danske retsvidenskabs historie: Hvis en dansk jurist i dag skulle fremhæves som den mest betydningsfulde for udviklingen af den danske ret, kunne der nok med et kortere tidsperspektiv være flere bud på et svar, men med et længere perspektiv tror jeg, at de fleste ville tilslutte sig, at A.S. Ørsted, der levede 1778 til 1860, måtte være det bedste svar. Der er ikke mange emner inden for den klassiske private ret, strafferetten og procesretten, som Ørsted ikke har behandlet, og ofte behandlet i et omfang, der ikke overgås af senere systematiske fremstillinger. Denne (antagne) konsensus inddrager jeg i denne sammenhæng, fordi A.S. Ørsted var dommer i perioden 1801 til 1813, i tiden frem til 1810 assessor i Hof- og Stadsretten og 1810–13 højesteretsdommer. Efter 1813 er hans hverv administrative og politiske. I dommerperioden bidrog han ikke blot som udgiver eller redaktør, men også og især som forfatter af talrige artikler til tidsskrifter som *Juridisk Månedstidende* (fra 1802) og *Juridisk Arkiv* (1804–12), *Nyt Juridisk Arkiv* (fra

<sup>3</sup> F.eks. præmisserne i Thrane-dommen der skulle lægge grundlaget for bedømmelsen af en stor gruppe af selskabs-tømmersager, UfR 2000 365 H. Fra svensk praksis se f.eks. NJA 1992 s. 375 om letter intent, jf. NJA 1994 s. 204 og 1995 s. 586.

<sup>4</sup> Som eksempel skal henvises til det svenske "styckmordsmål". To læger var tiltalt for mord på en prostitueret kvinde, men blev frifundet af tingsretten, da det ikke var godtgjort at de havde myrdet hende. Retten udtalte dog yderligere, at det ikke kunne betvivles at de havde skåret den prostituerede i stykker. Dette forhold var imidlertid forældet, og lægerne blev helt frifundet. Se herom Christian Diesen i *Rättsfall att minnas*, Stockholm 1997, s. 297 f.

<sup>5</sup> Bernhard Gomard, *Civilprocessen*, København 2000, s. 605.

1812). Af bøger skrev han i denne periode en kommentar til den da dominerende systematiske fremstilling af dansk ret, nemlig bogen „Supplement til afdøde Generalauditør Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret“ (bd. 1–3, 1804–12) og en omfattende systematisk fremstilling om tyveri (1809).<sup>6</sup> Disse bidrag til fremstillingen af dansk ret er juridisk indgående, filosofisk velorienterede, komparativretligt præget af indgående viden om de store europæiske landes retsforhold og gennemsyret af indsigt i det praktiske livs forhold. Det har historisk set formodningen mod sig, at der skulle gælde almindelige eller omfattende begrænsninger for en forfattervirksomhed, der kan frembyde sådanne resultater.

En formodning for frihed – *presumptio libertatis* – kan finde støtte i mere principielle synspunkter. Foruden en – selvfølgelig – henvisning til den almindelige ytringsfrihed, der som nævnt selvsagt også må gælde for dommere, kan dommerens udtalelser positivt have en særlig interesse som følge af, at dommere jo netop dagligt og uafbrudt beskæftiger sig med gældende ret, og det formentlig i højere grad end deres kolleger i andre juridiske professioner som f.eks. advokater eller administratorer. Dommerne præsenteres for eller skaffer sig den juridiske viden, der skal til, for at afgøre den enkelte sag, og det er nærliggende, at der i denne proces opnås en viden om gældende ret, der ikke altid fuldt ud kommer til udtryk i de afsagte domme. Dommere har ikke blot indsigt, de har i kraft af deres arbejde med konkrete sager særlige forudsætninger for at sammenholde den mere generelle indsigt i retskilder og principper med de praktiske livsforhold, retten skal indlejres i, og de retspolitiske og menneskelige vurderinger, der må gøres i denne forbindelse. I konkrete sager sammenholdes overleverede principper med en teknologisk eller anden udvikling, og dommeren får i denne konfrontation øje på de behov, der kan være for at udvikle retten, tilpasse den til en nyere udvikling eller udvikle den til en beskyttende barriere for en truende udvikling.

At dommere har sådanne særlige forudsætninger, kan i hvert fald tilsyneladende finde en bekræftelse i, at der i den juridiske offentlighed er stor interesse for, hvad dommere kan sige om dette emne. Dommere taler med en særlig autoritet, og denne autoritet gør sig også gældende, når dommeren ytrer sig i et andet medie end i sine domme.

De her anførte synspunkter svarer til, hvad der i almindelighed anføres i forbindelse med offentlig og privat ansattes ytringsfrihed. I denne drøftelse sættes den ansattes menneskeretlige ytringsfrihed op over for de begrænsninger, som hensynet til ansættelsesstedet kan indebære. Tavshedspligt og loyalitets-hensyn kan – på grundlag af ansættelsesaftalen og ansættelsens karakter – udgøre begrundelse for visse begrænsninger. En dommer har f.eks. naturligvis

---

<sup>6</sup> Udvikling af Begrebet om Tyverie og denne Forbrydelses juridiske Følger, 1809.

tavshedspligt om de forhandlinger, der foregår i en kollegial domstol (flere dommere medvirker i samme sag), og også forhandlinger i plenarmøder (alle domstolens dommere deltager) i vedkommende domstol må naturligvis bevares som fortrolige. Men dette kan for en nøjere betragtning kun være et udgangspunkt; det kan ikke være udelukket, at en dommers udtalelser er påvirket af, hvad der er sket under sådanne drøftelser, og det kan i den konkrete sag ikke være udelukket, at en dommer der supplerer domspræmisserne, bygger sit supplement på, hvad dommerkollegiet har drøftet.

En dommers udtalelser om gældende ret kan fremstå i forskellige sammenhæng:

1. *Private udtalelser.* Dommerens udtalelser kan først og fremmest ses som denne dommers personlige synspunkter: Det der siges eller skrives, kan kun føres tilbage til den pågældende dommer som privatperson. Sådanne udtalelser kan betegnes private.
2. *Institutionelle udtalelser.* En anden mulighed er, at dommerens udtalelser skal opfattes som officielle, dvs. udgået fra dommeren som dommer i en bestemt domstol. Sådanne udtalelser har samme oprindelseskarakter som dommens bærende præmisser – også de stammer fra en dommer eller flere dommere, men dommerne udgør en myndighed eller institution. Sådanne udtalelser kan betegnes institutionelle.
3. *Intern debat.* Som en mellemform kan man se de udtalelser, som en dommer kommer med i forbindelse med drøftelsen af sagen i domstolen, f.eks. under votering eller rådslagning, i lunch-pauser eller ved drøftelser i øvrigt med kolleger inden for domstolen. Disse udtalelser er private, for så vidt som de kun kan henføres til den ytre dommer, men de er institutionelle, for så vidt som disse ytringer jo fremkommer fra dommeren som dommer. Hvis denne drøftelse er offentlig, bliver den anset som en del af den institutionelle udtalelse, der udgår i anledning af sagen, og det bliver en formssag, om den henregnes til dommen (og dermed falder uden for emnet her) eller adskilles fra dommen. En skriftlig votering, der er eller gøres offentlig som voteringen i Norges Høyesterett, har denne blandede karakter. I det følgende har jeg kun den *fortrolige* interne debat for øje.<sup>7</sup>

Dommeren repræsenterer – hvad enten han optræder som dommer eller som privat – den judicielle autoritet. Udtalelser om gældende ret, der som nævnt netop er en central funktion for en dommer, får en særlig status, når de udgår fra

---

<sup>7</sup> Inddelingen privat/institutionel/intern debat har jeg fra min fremstilling om ansattes ytringsfrihed i Dansk Forfatningsret, bd. 3, København 2003 s. 109f.

dommeren. Sådanne udtalelser aktualiserer magtfordelingen med domstole som en magt for sig, og hensynet til denne magtfordeling kan anføres som argument for, at dommerudtalelser om gældende ret forbeholdes den sagsbehandling, der sker ved domstolene.

I det følgende har jeg i første række systematiseret de forskellige tilfælde efter, om dommeren udtaler sig i forbindelse med behandling af en konkret sag eller uden direkte forbindelse til en konkret sag.

## II. Udtalelser i forbindelse med behandling af gældende ret i almindelighed

I dette afsnit ser jeg på tilfælde hvor dommeren har ytret sig om gældende ret uden sammenhæng med en konkret sag. Ytringen er produceret og publiceret uden at være foranlediget af eller have en konkret sag som sit emne.

### 1. Udtalelser om gældende ret skaber i almindelighed ikke inhabilitet, og en dommer kan frit udtale sig om gældende ret i almindelighed.

Den dommer, der i en bog, artikel eller på anden måde har udtalt sig om gældende ret på et område, der er aktuelt i en sag som dommeren nu skal tage stilling til, er i almindelighed ikke inhabil (jävig).<sup>\*</sup> Der er slet ikke nogen grund til at dommere skulle holde sig tilbage fra at ytre sig om gældende ret, hvad enten det er i videnskabelig, lovkommenterende, populariserende eller debatterende sammenhæng.

Dette principielle standpunkt har ikke mindst betydning for de dommere, der tidligere har arbejdet akademisk (og som måske også gerne vil fortsætte med at skrive retsvidenskabelig litteratur). Det stemmer dårligt med ønsket om en bredere rekruttering der åbner veje for universitetslærere, om disse som dommere skulle være afskåret fra at medvirke i sager inden for deres område eller fra at fortsætte at skrive om deres specialer.

Hvis man skulle argumentere for en begrænsning, måtte det vist nok ske ved at betone det videnskabelige engagements betydning. De dommere, der har henlevet den mere kreative del af deres liv på et universitet, kan have tilegnet sig en mere engageret, måske endda ensidig tilgang til retlige emner. De har ikke blot besluttet sig for, men også kunnet gøre en dyd af at bygge deres videnskabelige behandling af retlige emner på et bestemt „perspektiv“ eller en bestemt værdi, og dette vil præge deres videnskabelige produktion. Nogle hævder endda at det netop er en videnskabelig dyd at være selvstændig, at være original

---

<sup>\*</sup> Bernhard Gomard, anf. sted s. 160.

og finde nye veje, og den der har søgt at realisere dette, kan være nået frem til en position som har vundet vedkommende akademisk hæder men som måske forekommer praktikere noget ensidig. Der kan i den videnskabelige tradition gemme sig en vis ensidighed, i negative tilfælde måske også en individualistisk ærekærlighed, som sætter andre vilkår for det kollegiale samarbejde, end man finder blandt dommere, der ikke har denne universitære baggrund, og som regel er mere åbne for at vige, finde kompromis og bryde med noget, som videnskaben betragter som et klassisk princip.

Svaret på dette synspunkt er imidlertid, hvis man overhovedet vil godkende diagnosen, at det må bero dommerens selvbesindelse, og bekymringen kan ikke mødes med begrænsninger af dommerens litterære aktivitet (eller den litterært aktive dommers mulighed for at fungere som dommer). Det er værdifuldt, at dommerkollegiet rummer såvel repræsentation af den principsøgende som den pragmatisk konkretiserende, og repræsentationen af de to grundindstillinger følger ikke automatisk af den tidligere karrieres forløb.

En række skandinaviske dommere bekræfter ved deres videnskabelige aktivitet værdien af, at dommerhvervet kan varetages af personer, der også udtaler sig om gældende ret uden for dommene.<sup>9</sup> De følger vel den grundlæggende norm, at de gør brug af „en moderat udtryksform“ og kun undtagelsesvis indlader sig i en meningsudveksling med andre skribenter“,<sup>10</sup> men sådanne restriktive udtryk afspejler nok mere en personlig stil end en professionel nødvendighed, og i hvert fald er der nok en vis øget frihed til direkte tale, der gør sig gældende.

2. *En dommer, der er medlem af et lovforberedende udvalg, må være forsigtig med at underskrive tekster om gældende ret, der er mere påvirket af en reformpolitisk bias end af ønsket om en alsidig, videnskabelig nuancering.*

Dommere er ofte medlemmer af lovforberedende udvalg, og ofte vælges dommeren som formand for at sikre en neutral mødeledelse. Dommeren møder med praktisk erfaring og kan bidrage med autoritet til udvalgets standpunkter. Udvalgsbetænkninger (NOU, SOU osv.) indeholder ofte en fremstilling om gældende ret. Denne fremstilling viser i første række, hvad der er den aktuelle retstilstand, og dermed det udgangspunkt, som lovreformen har. Redegørelsen for gældende ret skal dermed fungere som baggrund for de forslag om ændring af gældende ret, som udvalget forventes at stille.

<sup>9</sup> Eksemplerne er jo velkendte og skal ikke repeteres her. A. S. Ørsted er allerede nævnt. Et udenlandsk eksempel kunne være Antonio Scalia, se f.eks. hans *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.

<sup>10</sup> Torben Jensen i *UfR* 1992 B s. 136.

Sådanne redegørelser for „gældende ret“ kan have en vis bias, *en reformpolitisk bias*. Når det enten politisk (af politikere eller centraladministration) eller i udvalget er besluttet at arbejde for en lovreform, skal argumenterne for reformens ønskelighed jo bringes i orden. Hertil kan høre en fortolkning af den gældende ret, der demonstrerer behovet for lovreform. Muligheden for eller måske uundgåeligheden af (retspolitisk set) negative fortolkninger betones stærkt. Gældende ret er simpelthen ikke tilfredsstillende. Hvis en sådan reformpolitisk bias tager magten, kan udvalgsbetænkningen komme til at fungere meget negativt i en senere praktisk situation. Bliver lovreformen f.eks. ikke gennemført, kan redegørelsen for gældende ret blive påberåbt i den senere retsanvendelse, og dens negative tendens slår tilbage som en bommerand: Dommerens medvirken i en reformpolitisk proces bliver nu i stedet grundlaget for en stabilisering af en ensidig og negativ udlægning af gældende ret.

Dommerens medvirken i disse sammenhæng er måske ikke så uproblematisk som det ofte antages. I hvert fald er der grund til at læse sådanne tekster med en levende forståelse af den kontekst, hvori de er blevet til, dvs. en praktisering af en „mistankens hermeneutik“.

Samme problem, men med modsat fortegn, aktualiseres, når forarbejder til lovgivning (hvori dommere kan have medvirket), påberåbes ved fortolkningen af den gældende lov. Her er lovreformen lykkedes, og ensidigheden følger her af, at forarbejdsteksten ofte har skullet udformes på en måde, så flere modsat stående interesser har kunnet enes om en formulering, og forarbejdet vil argumentere for at kompromisset er lykkedes. Men måske er det ikke lykkedes at give de modsatte hensigter et fælles udtryk, og ofte er det slet ikke muligt at harmonisere forskellighederne. Brud må opstå. Dommerens medvirken til en postuleret harmonisering kan være ubegrundet.

3. *Også ved fortolkning af EU-ret, internationale konventioner og grundlov må dommeren, der medvirker i lovreformudvalg, være forsigtig og vise respekt for den selvstændige juridiske bedømmelse, som udvikles i retsvidenskaben og sættes på prøve i en retssag.*

De nationale parlamenter arbejder ikke (længere) som „omnipotente“<sup>11</sup> institutioner, der kan næsten alt, men har en politisk vigtig, men med tiden temmelig indsnævret reguleringskompetence, der ikke er særlig klart afgrænset. Dette sætter også vanskelige vilkår for lovreformer og dermed for dommere, der medvirker i denne. Lovreformer må ske inden for grænser, der sættes af EU-retten, af internationale konventioner, herunder ikke mindst Den Europæiske Konven-

---

<sup>11</sup> Udtrykkets anvendelse på parlamenter findes i Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 2. udg., København 1965–66.

tion om Menneskerettigheder, og sidst (og mindst?) af nationale grundlove. Dette regelkompleks, som til dels er udformet med den fleksibilitet, der kendetegner retsprincipper, sætter rammerne for lovreform, og disse rammer må derfor klarlægges for at afgrænse *det politiske handlerum*. Disse rammer beror altså på fortolkning, og i nogle tilfælde er der ikke tvivl om fortolkningen, i andre er der – eller kan der blive skabt – stor tvivl. „Hvor sådanne fortolkninger finder udtryk i lovforberedende kommissionsbetænkninger, har den dommer, som har medvirket ved lovforberedelsen, engageret sig i et fortolkningsstandpunkt, der siden kan blive indbragt for domstolene.“<sup>12</sup>

Dommerens (deltagelse i den fælles) redegørelse for gældende ret udfolder sig under forhold, der ikke altid giver deltagerne et lige så alsidigt og dybt grundlag for en bedømmelse, som en godt forberedt retssag eller en videnskabelig undersøgelse kan give. Dommeren må derfor – som udvalgets øvrige medlemmer – være forsigtige med ikke at udtrykke sig mere kategorisk end der sagligt er grundlag for. Og den senere retsanvender, som søger vejledning i betænkningens redegørelse må også her læse med en vis mistænksomhed.

4. *Dommere der udtaler sig i interview eller anden direkte kommunikation med offentligheden må betone, at de udtaler sig på egne vegne.*

Nyvalgte retspræsidenter og nyudnævnte dommere bliver som andre udspurgt af medieme, hvilken linje deres arbejde i retten vil tage, hvordan de fortolker den pågående udvikling inden strafferetten, forholdet mellem national og international ret, menneskerettighedernes betydning, osv. Dommeres svar på sådanne spørgsmål bliver undertiden tillagt vidtgående betydning. De antages ofte at afspejle opfattelsen blandt alle eller i hvert fald flertallet af institutionens dommere, og kan dermed ses som retningslinjer for institutionens udvikling de kommende år. Dette er ofte overfortolkning. Den dommer, der alene går ud med et standpunkt, *kan* være den, der har mod til at sige det, som alle (dommere) tænker, men kan også være en ensom dommer, der har svært ved at slå igennem, og som derfor gør brug af andre medier.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Henrik Zahle, Om domstolenes forfatning, i Folketingets Festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum, København 1999, s. 332.

<sup>13</sup> Et eksempel på en overfortolkning er Hjalte Rasmussen, Folkestyre, Grundlov og Højesteret, København 1996, s. 44f, der fortolker et interview (fra 1996) af Højesterets daværende præsident som et udtryk for ”hele rettens – eller dens flertals – retspolitiske program for de næste 10–15 år”.

5. *Dommere kan i politiske tilkendegivelser udtrykke retlige standpunkter, men bør gøre det med betoning af udtalelsens private karakter.*

Dommere må som andre mennesker kunne gøre brug af deres politiske ytringsfrihed. De kunne i den kolde krigs periode protestere mod oprustning i Øst eller i Vest (eller begge dele), de kan protestere mod Danmarks deltagelse i krigen i Irak, eller kritisere lovgivning, der begrænser individuelle friheder af hensyn til terrorbekæmpelse. Sådanne politiske tilkendegivelser kan suppleres eller underbygges med udtalelser om gældende ret om f.eks. atomvåbens folkeretsmæssighed eller fortolkningen af Sikkerhedsrådets resolutioner forud for Irak-krigen eller Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for terrorismetænktets retssikkerhed. Udtalelser om gældende ret indgår her i en almindelig politisk sammenhæng, udtalelserne er private ytringer, de må tilvejebringes og formidles uden brug af domstolens resurser, og det må betones udtrykkeligt, at ytringerne er private.

### III. Udtalelser i forbindelse med behandling af konkrete sager

Herefter skal omtales forskellige typer af udtalelser om gældende ret, der fremkommer i forbindelse med en konkret sag. Det er jo i denne sammenhæng, at man først og fremmest finder dommerens udtalelser i dommen med fremstilling af sagen, af dens juridiske problemer og af dommerens præmisser for dens afgørelse.

Sagen kan være fremtidig, aktuel eller afsluttet.

6. *For at undgå inhabilitet bør en dommer ikke udtale sig om en konkret sag, der nærmer sig dommerens bord, men dommeren kan godt tale om de generelle retlige problemer, der skal tages stilling til i sagen.*

At en dommer tidligere har behandlet en sag, f.eks. som dommer i en tidligere instans, som advokat i sagen eller som administrator i den administrative enhed, der er indbragt for domstolene, gør dommeren inhabil (jävlig). En dommer der – uden at behandle sagen – udtaler sig om, hvordan sagen bør bedømmes, gør sig også inhabil. En dommer må derfor være forsigtig med at udtale sig om konkrete sager, som kan være undervejs til domstolene.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Holger Kallehauge, anf. sted s. 192, er mere kategorisk end teksten: "En dommer bør aldrig, hverken mundtligt eller skriftligt, kommentere sine egne afgørelser eller sager." Udsagnet modificeres dog, se nedenfor note 26.



Dommeren kan godt udtale sig om de problemer, som sagen kan give anledning til, f.eks. ved at redegøre for et principielt spørgsmål, som der kan være grund til at overveje i forbindelse med sagens afgørelse. Det kan være af offentlig interesse at kunne forberede sig på, hvad sagen angår, og en dommer må kunne redegøre for, hvad han/hun forventer, at en sag kan rumme af problemer. Udtalelser om dette kan også fremkomme i forbindelse med fastlæggelse af, hvor lang tid sagsbehandlingen vil vare, hvor lang tid der sættes af til mundtlig forhandling af sagen, hvor mange dommere der sættes til at afgøre sagen, osv.

En dommer bør naturligvis ikke under sagens gang kommentere en part på en måde, der indicerer dommerens opfattelse af sagen. „Vi kender jo Deres modpart“ var en dommer så uheldig at komme til at sige i en sag om ærekrænkelse, hvor den ærekrænkende fortsatte med sine ærekrænkende ytringer under sagens behandling.<sup>15</sup>

7. *En dommer bør ikke udtale sig om konkrete sager, før behandlingen af den konkrete sag er endeligt afsluttet (se dog pkt. 8 og 9 nedenfor).*

Den begrænsning, jeg anførte under pkt. 6, byggede på inhabilitet (jälv). Man kan rejse det spørgsmål, om ikke begrænsningen har en anden begrundelse og med denne begrundelse bør gøres bredere. En dommer skal ikke blot afholde sig fra at kommentere konkrete sager for at undgå inhabilitet, men også for at undgå at sætte andre dommere, der måtte få sagen til bedømmelse, i den situation, at de bliver konfronteret med den bedømmelse, en dommer er kommet med (uden at det sker ved en dom). En dommer bør ikke kompromittere det princip, at konkrete sager bedømmes ved domstolene, og en dommer bør derfor ikke udtrykke noget syn på en sag, før den er indbragt for domstolene. Bedømmelsen af en sag, der er indbragt for domstolene, er naturligvis en opgave for de dommere, sagen henføres til afgørelse hos, og ikke alle mulige andre dommere.<sup>16</sup> Til den styrkelse af domstolenes position som en tredje statsmagt, som er sket i de nordiske lande gennem de seneste ca. 25 år, hører at dommerne bidrager til, at dommer-bedømmelser af konkrete sager sker ved domstolene.

En dommer kan udtale sig om bedømmelsen af principielle sider af konkrete sager. En udtalelse om en konkret sag kan være en måde at udtrykke sig generelt. Det er ikke en konkret sag som tilfældigvis har vakt dommerens interesse, men det er en retstilstand af generel betydning, som dommere ikke bør være afskåret fra at udtrykke sig om. Det er ikke altid let at skelne mellem det konkrete og det generelle. Dommeren kan beskrive den generelle retstilstand, men

<sup>15</sup> Kritiseret af Den Særlige Klageret, UfR 1952 250.

<sup>16</sup> ”Når en retssag er endeligt afsluttet, er de hensyn, som taler for en begrænsning af ytringsfriheden, normalt ikke længere til stede”, Torben Jensen i UfR 1992 B s. 136.

denne kan undertiden kun beskrives ved at beskrive noget, der teknisk er individuelle retsforhold. Forholdet mellem regeringen og den nationale bank kan f.eks. opfattes som et konkret retsforhold eller som en almen myndighedsrelation – hvordan det beskrives, kan afhænge af sammenhængen, men det er utvivlsomt et emne, som en dommer kan udtale sig om. En dommer kan udtrykke sig om, hvordan han principielt mener, at straffniveauet for ægtefælledrab ligger, og at dette må lægges til grund i en kommende sag, men naturligvis med et udtalt eller underforstået forbehold for betydningen af sagens øvrige omstændigheder.

En dommer, der medvirker i en lovreform, kan få forelagt konkrete sager, der skal bedømmes efter gældende lov eller efter det lovforslag, som lovudvalget fremlægger. Også sådanne konkrete sager, der kun tjener til belysning af et generelt standpunkt må kunne bedømmes. Men det er ikke altid bedømmelsen vinder tilslutning, og dommere kan bidrage til, at lovforarbejder ikke udtaler sig for sikkert om emner, der først definitivt kan bedømmes, når de aktualiseres og konkretiseres i virkelige sager.<sup>17</sup>

8. *Den, der som advokat, administrativ ansat m.v. har udtalt sig om en konkret sag, kan også efter han/hun er blevet dommer, udtale sig.*

En advokat, der har anlagt en sag eller været forsvarer i en sag, og som i den anledning har udtalt sig til medierne om sagen eller på andre måder ytret sig om sagen, kan senere blive dommer og skulle da med den beskrevne tese (pkt. 7) være afskåret fra at gentage sine ytringer. Et mere varieret rekrutteringsmønster kan åbne for flere af sådanne tilfælde. Efter min opfattelse kan det i nogle sager være en god ide at lade det nye arbejde indebære, at man ikke længere ytrer sig om sagen. Men det kan også være helt legitimt, at advokaten fastholder sin opfattelse og står ved det, der tidligere er sagt. Dommerens troværdighed som person kan bero på, at han/hun kan vedstå sin tidligere opfattelse og ikke er tvunget til at gemme sig bag dommeranonymitet og meningsfravær.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Et interessant eksempel på at lovforarbejder udtalte sig kategorisk om et planspørgsmål vedrørende Stockholm, mens domstolene med Högsta Domstolen/Regeringsrätten anlagde en anden bedømmelse, der var uafhængig af forarbejderne, se RÅ 1997 ref. 18 og herom Jan-Mikael Bexhed i Rättsfall att minnas, Stockholm 1997, s. 451 f.

<sup>18</sup> Et eksempel er Per Walsøe, Thule Farvel. Tvangsflytningen i 1953, København 2003. Walsøe havde været advokat for en gruppe af grønlændere og havde i den egenskab forberedt en sag mod staten. Walsøe blev dommer i Højesteret, og en anden advokat anlagde sagen og førte den til Højesteret. Omtrent samtidig med, at sagen skulle behandles i Højesteret (hvor Walsøe selv sagt ikke var med blandt dommerne), udkom bogen, der indeholder klare gentagelser af den opfattelse Walsøe havde gjort gældende som advokat, og som til dels stadig udgjorde sagens grundlag og dermed kollegernes bedømmelsesopgave. Dommen findes i UfR 2004 382 H.

9. *Den dommer, der mægler i en sag, kan – men behøver ikke – udtale sin opfattelse af gældende ret og dens betydning i den konkrete sag.*

Den mæglende dommer kan opmuntre parterne til at forlige sig og undlade selv at komme udtalelser om gældende ret i almindelighed og dens betydning i den konkrete sag og derfor også undlade at komme med egne forligsforslag. Men disse begrænsninger er ikke tvingende, og en forhandling frem mod et forlig kan understøttes af at dommeren tilkendegiver, hvordan aktuelle retlige spørgsmål kan forventes bedømt. I dansk praksis går der vidt i retning af at dommere i såvel byret som landsret efter den mundtlige forhandling af sagen er afsluttet, kommer med en „tilkendegivelse“, hvori parterne oplyses om hvordan en dom må forventes at komme til at lyde. Tilkendegivelsen kan være skriftlig og vil da i almindelighed indeholde præmisser for resultatet, der svarer til de præmisser, en egentlig dom vil indeholde. Efter at have modtaget tilkendegivelsen tager parterne stilling til, om de vil forlige sagen på dette grundlag. Tilkendegivelsen kommer – hvis den vedtages som forlig – i realiteten til at fungere som en dom, som ikke kan appelleres. Den begrundede tilkendegivelse har de elementer, som findes i en doms præmisser (rettens begrundelse), og der er ikke tvivl om, at tilkendegivelsen kan udtale sig generelt og konkret om gældende ret som i en dom. Da det ikke er tilkendegivelserne som forligs- og afgørelsessystem, der skal drøftes, går jeg ikke nærmere ind på emnet.<sup>19</sup>

10. *I forbindelse med afsigelsen af en dom kan dommeren (retsformanden) komme med supplerende bemærkninger til dommen, hvorved denne forklares nærmere for parter eller offentlighed.*

Præmisserne for en dom skal indeholdes i dommen. Undertiden formuleres en dom i et teknisk sprog eller i en summarisk stil, der kan efterlade tilhørere til domsafsigelsen i tvivl om dens betydning. Ytres en sådan tvivl, er den primære lære vel den, at man skal udtrykke sig bedre i næste dom. Men i den konkrete situation forekommer det nærliggende, at dommeren giver en forklaring, så de usikre får en klar opfattelse af dommens begrundelse. Sådanne forklarende bemærkninger må holde sig til den helt neutrale fortolkning af dommen og være i overensstemmelse med, hvad der var tilslutning til – og tilslutning til at udtrykke – i dommerkollegiet.

---

<sup>19</sup> Herom især W.E. von Eyben, *Dommertilkendegivelser*, København 1987.

11. *Pressemeddelelser om afsagte domme bør indeholde en fuld gengivelse af dommens præmisser (dommens begrundelse). Er denne meget omfattende kan præmisserne refereres, og referatet må naturligvis have fuld dækning i dommen. Udgår referatet fra institutionen, bør det være godkendt af de medvirkende dommere.*

I stigende omfang udbygges domstolens medierelaterede virksomhed. Pressemeddelelser om afsagte domme har eller får større mediebetødning end den formelle afsigelse af dom i offentligt retsmøde, idet medieteksten uden hensyn til omfang og afstand kan spredes elektronisk. Offentliggørelse af den fulde tekst rejser ikke i denne forbindelse noget ytringsproblem, for dommerne siger da ikke mere, end de siger i dommen. Det er så snart dommen bearbejdes med henblik på at forkorte eller fremhæve det principielle eller i hvert fald mediemæssigt interessante (som kan være helt konkret), at der kan opstå problemer.<sup>20</sup> Der er ofte behov for at redegøre for baggrunden for sagen, den principielle usikkerhed som dommen tager stilling til, indholdet af retskilder der kun ufuldstændigt er gengivet i den citerede del af dommen, de spørgsmål, der står åbne efter dommen osv.

Udover en korrekt gengivelse af dommen kan pressemeddelelser tilrettelægges på flere måder – de kan i deres helhed udgå fra domstolen som sådan, og da må de medvirkende dommere have kontrol med dens indhold, eller den kan være opdelt, så dommen gengives (og indholdet er naturligvis dommernes ansvar), mens en supplerende forklaring udgår fra en angiven informationsmedarbejder. Det er da synligt for modtageren, at denne supplerende forklaring ikke udgår fra dommeren/dommerne, og de mediemæssige hensyn kan gives friere spil.

12. *Dommere kan skrive og tale om de sager, hvori de har medvirket, og kan i den forbindelse uddybe de præmisser, som dommen indeholder. Domscommentarer, der går udover dommens indhold, må anses som udtryk for dommerens egne og principielt private position.*

Dommere skriver undertiden artikler om de sager, hvori de har medvirket eller de omtaler dem i foredrag. I disse sammenhæng optræder dommeren på egen hånd. Det der skrives eller siges, må tilskrives den pågældende dommer som en personlig og dermed privat ytring. Dommerens opfattelse af sagen kan med tiden ændre sig, en dommer kan med tiden blive kritisk over for et standpunkt han/hun har indtaget tidligere, og dette kan dommeren ytre sig frit om.

<sup>20</sup> Det redaktionelle referat af domme der offentliggøres, skrives i Danmark af redaktørerne af domspublicationen. Ugeskrift for Retsvæsen. I Sverige godkendes referatet af de medvirkende justitieråd. Anders Knuttson i SvJT 1987 s. 287.

Den danske Højesteret har i en længere periode udviklet de oprindelige nordiske referater af afsagte højesteretsdomme til dybtgående analyser af den afgjorte sag. Disse „domskommentarer“ har været individuelle og dermed private, for så vidt de var skrevet af en enkelt dommer, men de har også haft en kollegial eller institutionel karakter, for så vidt som udkast til kommentaren i hvert fald i et vist omfang har været gennemset af de øvrige medvirkende dommere, og kommentarens udbygning af de – ofte lidt knappe – offentlige præmisser er derfor ofte blevet tilskrevet dommerkollegiet som helhed. Der er imidlertid flere eksempler på, at kommentaren åbenbart kun udtrykker forfatterens opfattelse, og tolkningen af kommentaren som en privat artikel er derfor nok den rette.<sup>21</sup> Domskommentarens hybride karakter gør den uhensigtsmæssig, og domskommentarer er faktisk – om end af andre grunde – ikke blevet skrevet i de seneste år.

*13. Hvor der under en offentlig debat gøres synspunkter gældende om en nylig afsagt dom, som bygger på misforståelse af dommen, kan dommeren tage til orde og gengive det relevante sted i den afsagte dom. En dommer kan under særlige omstændigheder, men ikke i almindelighed indgå i en egentlig debat om en dom, han/hun har afsagt.*

Den offentlige debat er tjent med ikke at bygge på misforståelser af domme, der debatteres, og hvor misforståelser spiller en rolle, bør dommeren kunne rette misforståelsen uden at inddrage sig på en egentlig debat. Dommerens udtalelser i sagen må begrænses til det, der allerede er sagt i den afsagte dom. Dommens tekst må yderligere kunne forklares nøjere, forudsat forklaringen ligger inden for det dommerkollegiet har ment at udtale i dommen.

Der kan opstå en skævhed i debatten, fordi domme, dommere og domstole<sup>22</sup> frit kan kritiseres, endda også af dommere. Men dommerne og domstolen svarer ikke igen. Dommeren og domstolen må sørge for at få sig udtrykt tilstrækkeligt i dommens præmisser. Særligt hvor en (særligt anset) administrativ myndighed, virksomhed eller organisation er blevet dømt (har tabt en sag), kan den dømte udførligt kritisere dommens præmisser som optakt til iværksættelse af en politisk proces, mens domstolen som udgangspunkt passivt må se til. I sådanne situationer, hvor domstolen kritiseres, men ikke svarer, er der behov for en „amicus curiae“, en rettens ven, i en mere ligefrem betydning af ordet end den gængse, nemlig en sagkyndig, der på egen hånd træder frem og udvikler et forsvar for domstolen, således at diskussionen får balance (hvis der er grundlag for et forsvar).

<sup>21</sup> Kommentaren blev i de senere år skrevet af førstvoterende, og den byggede da i høj grad på dens votering. Fremlæggelsen af denne bryder således lidt af den diskretion, der ellers bør omgive Højesterets votering. Om de danske kommentarers historie se Torben Jensen i UfR 1992 B s. 16f.

<sup>22</sup> Hertil Peter Blume, Kan Højesteret kritiseres? i UfR 2003 B s. 300.

Det er vist den almindelige opfattelse, at dommere bør afholde sig fra at deltage i en debat, hvor dommeren kommer til at kommentere – f.eks. forsvare – afgørelser, som han/hun har været med til træffe, eller som i hvert fald udgår fra den domstol, hvor dommeren arbejder. Denne almene udelukkelse bør måske optøs. Det kan ikke alene være oplysende og nødvendigt, at nogen fra domstolene giver svar på kritik, men det kan være den måde, der fra institutionens side må handles på. Også domstole er genstand for stadig samfundsmæssige vurdering, og det er ikke godt, at domstolene altid skal være afhængige af, at der er en universitetsprofessor eller en advokat, der som en „amicus curiae“ i den nævnte betydning giver svar på den kritik, der er rejst mod domstolen.

Et eksempel på kanten af, hvad der kan anbefales, foreligger i en ældre dansk sag. Baggrunden var en straffesag mod en kvinde (da pige), der i 1884 var blevet dømt for barnemord, men som i 1886 var blevet frifunden for barnemordet, begge domme ved Højesteret.<sup>23</sup> En artikel i et dagblad hævdede i 1913, at Højesteret flere gange havde dømt folk for forbrydelser, de aldrig havde begået. Nogle journalister henvendte sig til Højesterets præsident (justitiarius Niels Lassen) for at høre hans mening om dette angreb. Præsidenten udtalte – ifølge sine egne anførsler – til journalisterne, at der ikke kunne nævnes et eneste tilfælde, hvor Højesteret havde domfældt uskyldige. Han fremhævede i denne forbindelse, at der ikke af den anden af de to nævnte domme, hvor kvinden blev *frifundet* på grund af manglende bevis, kunne udledes, at hun ved den første dom som uskyldig var dømt for barnemord. I den sag om ærekrænkelse, som kvinden herefter anlagde mod præsidenten, anførte han nærmere herom, at „Frifindelsesdommen i ganske væsentlig Grad havde været bygget paa en Lægeerklæring, hvis Rigtighed senere var draget i Tvivl af Dr. med. K. Pontoppidan, og at det maatte staa som meget usikkert, om Frifindelsesdommen, hvis hans Erklæring var betimelig fremkommen, overhovedet vilde være bleven afsagt. I denne Henseende fremdrog [Præsidenten], at Mænd, paa hvis Omdømme og Kendskab til Sagen han lagde den største Vægt, til ham havde udtalt, at det næppe vilde være sket, og til denne Mening antager [Præsidenten], der ikke kan huske, hvilke Ord han brugte, at han i sine Udtalelser har sluttet sig, idet han rent teoretisk har drøftet Pigens Skyld og Uskyld.“

Gengivelsen af Præsidentens udtalelser er taget fra den dom, Kriminal- og Politiretten afsagde og hvorved Præsidenten blev frifundet for ærekrænkelse, idet Præsidenten efter det oplyste fandtes at „have tilstrækkelig Føje til at fremsætte disse Udtalelser“.<sup>24</sup>

Sagen illustrerer rigtigheden i, at det kan være – og længe har været – ønskeligt, at en dommer og specielt en domstols præsident kan give svar på kriti-

<sup>23</sup> UfR 1885 24 H og 1886 924 H.

<sup>24</sup> UfR 1914 863.

ske kommentarer, der rettes mod domstolen, når disse fremføres med et indhold eller i en sammenhæng, hvor tavshed kan skade tilliden til domstolen. Det er ikke noget godt signal at besvare kritik af den type, sagen indeholder, med et afvisende udsagn om, at domstolene ikke indgår i debatter om afsagte domme. At pointere forskellen mellem, at en tiltalt er frifunden på grund af manglende beviser, og at en tiltalt er uskyldig, er der ofte behov for. På den anden side illustrerer sagen, at sådanne udsagn skal formuleres med respekt for de involverede, og en dommer skal nok ikke inlde sig på offentlige overvejelser over, om en konkret straffesag, der blev afsluttet med frifindelse, kunne og ville have fået et andet udfald, hvis et bestemt bevis havde foreligget. Særligt må en højesteretspræsident formulere sine offentlige ytringer i bevidstheden om, at der ikke findes jordiske dommere, der med sikkerhed kan tiltros modet til at foretage en uhildet bedømmelse af deres retsmæssighed.

*14. Dommere, der skriver artikler, lærebøger eller håndbøger, kan i denne forbindelse omtale konkrete sager.*

Den dommer, der også virker som videnskabelig forfatter, må kunne (fortsætte med at) skrive sin videnskab som enhver anden videnskabelig forfatter. Forfatteren må have fri adgang til at referere, kommentere, uddybe, kritisere egne og andres domme. Dette gælder såvel overordnede instansers domme som underordnede domme.

Den dommer, der skriver om sin egen domstols domme, skriver om sig selv eller – værre endnu – om sine kolleger, og det kan vel lægge bånd på de udtryk, som en eventuel kritik formuleres i. Dette skyldes nok ikke bare hensynet til en god kollegial tone, men også en vis respekt for de vanskeligheder, som domsarbejdet er forbundet med. Fejltagelser er mere forståelige (om end ikke mindre fejlagtige) for den, der selv arbejder dag og nat med domskoncipering.

Den, der har deltaget i kollegialt domsarbejde, oplever jo jævnligt, at en opfattelse, som man selv er uenig i og derfor finder forkert, finder tilslutning hos andre, måske endda hos alle andre medvirkende. Det, der forekom mig at være en fejl, viser sig måske at være en ændret retning for retsudviklingen, som vil blive bekræftet af senere domme.<sup>25</sup>

En dommer kan som nævnt ytre sig direkte om afsagte domme, også om domme fra den egne domstol.<sup>26</sup> Hvor dommeren vil udtrykke sin afstandtagen,

<sup>25</sup> Dette aspekt er uddybet i mit essay Fejl, i Omsorg for retfærdighed. Essays om retlig praksis, København 2003.

<sup>26</sup> Mere restriktiv end teksten er Kallehauge, anf. sted s. 192, der (kun) vil tillade "efteromtale", hvis der er gået lang tid, og dommen tillige belyser et interessant juridisk problem, som ikke lige så godt kunne belyses af andre domme..

vil det ofte ske ved at omtale det, som egentlig anses som fejlagtigt, som noget „nyt“, idet det „ny“ eller „originale“ ikke hører til plusordene i den judicielle diskurs, modsat den videnskabelige.<sup>27</sup> Kritikken er da at dommen har afvejet fra det gængse og baseret sig på noget nyt.<sup>28</sup> Er dommen udgået fra en højesteret, kan den indlede en ny retstilstand. Men er retten fastlagt på grundlag af EU-retten, EMK eller anden international ret, er det den internationale ret der er målestokken for den nationale højesteret.<sup>29</sup>

Nydannelser ved den nationale ret må da i bedste fald ses som led i en kommunikation med den europæiske eller internationale ret.

*15. Dommere kan som medlemmer af voldgiftsretter og administrative nævn tage stilling til de forelagte sager og er i deres stillingtagen til præmisser og resultat ikke begrænset af det forhold, at de er dommere.*

Dommere kan i de skandinaviske lande fungere som voldgiftsdommere, og de kan være medlemmer af administrative nævn.<sup>30</sup> Man kan – i det omfang denne type af opgaver foreligger – rejse spørgsmålet, om dommeren i udførelsen af arbejdet kan være underlagt særlige begrænsninger eller vilkår med hensyn til at udtale sig om gældende ret. Kan det f.eks. forlanges, at dommeren ikke tager stilling til principielle spørgsmål i en voldgiftsret eller et nævn, før spørgsmålet er behandlet ved en almindelig domstol? Eller i hvert fald udtrykker sig med en særlig forsigtighed, som ikke behøver blive iagttaget af andre af rettens medlemmer? Er en voldgiftsdommer, der i sin hovedbeskæftigelse er dommer, i højere grad end f.eks. en voldgiftsdommer, der er hentet fra et universitet, bundet af almene hensyn? Har den forvaltningsretlige afgrænsning af lovlige hensyn eller lignende en særlig vægt for en dommer frem for andre nævnsmedlemmer? Alle disse spørgsmål må, så vidt jeg kan se, besvares benægtende.

---

<sup>27</sup> Dette er en grov forenkling. I virkeligheden er der megen tradition i videnskaben og stort behov for og anerkendelse af nydannelse i praksis. Heraf følger jo også, at det forhold, at noget er noget nyt – som nævnt i teksten – kan indebære, at det kommer til at slå igennem som det fremtidigt rigtige

<sup>28</sup> Som eksempel Torgny Håstad, Sakrätt. Supplement. 2004, s. 221f, om NJA 1998 s. 379 (”en ny tanke”).

<sup>29</sup> Jens Edvin Skoghøy, Konkurskarantene, EMK og Høyesterett, i Lov og Rett 2003 s. 449–50.

<sup>30</sup> Reglerne er lidt forskellige, og praksis er mere forskellig. se en oversigt i Domstolsudvalgets Betænkning 1319 1996 s. 365–68.



#### IV. Retskildernes rundgang

Når dommere udtaler sig om gældende ret uden for dommen, optræder dommeren som regel i en anden professionel sammenhæng. Det emne, som er drøftet, udgør således en del af det emne, som Per Henrik Lindblom rammende har betegnet „rättkällornes runngang“.<sup>31</sup> Vi så gerne, at dommere udtrykte sig i domme og kun i domme, mens administratorer holdt sig til administration og f.eks. ikke blandede sig i det politiske, mens endelige de universitære forskere blev ved det videnskabelige og ikke f.eks. deltog i lovforberedelse, administrative nævn og voldgift. „Rundgang“ skaber uorden i kategorierne, som ikke skal drøftes nærmere her.

Hovedsynspunktet for min drøftelse har været, at man må *fastholde dommerens frihed til at ytre sig, herunder udtale sig om gældende ret*, og at der i dette udgangspunkt kun må gøres så få og så begrænsede indskrænkninger som er nødvendige.

Dommeres og domstoles adgang til at udtale sig uden for domme må endvidere ses i lyset af en stadig mere intens politisk og retspolitisk debat, hvor *restriktioner for dommeres og domstoles ytringsmuligheder kan give en ensidig debat som grundlag for den retspolitiske stillingtagen*.

---

<sup>31</sup> Per Henrik Lindblom i TFR 2000 s. 401f og NTfK 1984 s. 268.

Ved en beklagelig fejl er der sket nogle fejl ved gengivelsen af advokat Olav Willadsens indlæg under det 36. nordiske Juristmøde 15–17. august 2002 i Helsinki:

Handel med egne aktier – börs- och aktierättsliga problem – s. 237

I referatet er sagen angivet med forkert navn. Selskabets navn er SEAS og ikke CEAS.

Dommene står i *UfR 1997 s. 1358 H* og *UfR 2002 s. 1412 H*.

Det organ, der godkendte købet var „Elprisudvalget“.

Kurs 430 svarer til ca. 70 mio. kr., eller ca. 1/40 af værdien af hovedsagligt de samme aktiver 5 år senere.

I vurderingssagen *UfR 2002 s. 1412 H* godkendte Højesteret, at de indløste SEAS-aktier skulle værdiansættes til deres reducerede værdi. Værdien var bl.a. reduceret, fordi SEAS' ledelse først havde overført 81% af SEAS' overskud (ikke aktier) til indløseren, andelsselskabet. Der skulle heller ikke tages hensyn til, at andelsselskabet ikke havde ineresse i en kommerciel drift.

På side 517 mangler Olav Willadsens indlæg under sessionsmødet om Brottsbekämpning och grundrättigheterna:

”Leif Sevón nævnte, at EU-retten ikke må diskrimineres. Det er rigtigt, men ofte ikke virkelighed. Præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen bliver alt for ofte undladt.”