

RAPPORTER OCH TEXTER FRÅN JURIDISKA INSTITUTIONEN NR 5



I serien *Rapporter och texter* från juridiska institutionen vid Umeå universitet har tidigare utgivits:

1. Edström, Örjan, *Konkurrensklausuler – en kommentar till delar av utredningen Ds 2002:56 ”Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv”*, 2003.
2. Edström, Örjan, *The free Movement of Workers – the implementation of EC law in Sweden in 2000-2001*, 2003.
3. Granström, Görel, Lena Landström, Ruth Mannelqvist och Lotta Sundström, *Ett pilotprojekt om bemötande av brottsoffer riktat till åklagare*, 2008.
4. Mannelqvist, Ruth och Enarsson (red.), Therese, *Rätten, välfärden och marknaden. Rapport från 2008 års forskningsinternat*, 2008.

# Lagstiftning i teori och praktik

Rapport från 2009 års forskningsinternat

Görel Granström och Mattias Hjertstedt (red.)

Rapporter och texter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet,  
nr 5/2009.  
ISSN 1652-0718

Beställningar:  
Juridiska institutionen  
Umeå universitet  
SE-901 87 UMEÅ  
juridik@jus.umu.se  
www.jus.umu.se

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande från respektive författare är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

© 2009 Författarna

# Förord

Juridiska institutionen i Umeå anordnar en gång per år ett forskningsinternat i syfte att institutionens doktorander ska ges möjlighet att presentera och diskutera sina avhandlingsprojekt, samt att institutionens lärare och forskare ska ges möjlighet att diskutera aktuella rättsvetenskapliga frågor. 2009 års internat genomfördes under två dagar i mars och platsen var Hotell Forsen i Vindeln. Årets tema var *Lagstiftning* och inbjudna gäster var rådmannen vid Solna tingsrätt Marianne Tejning och professor Peter Wahlgren från Stockholms universitet.

Under forskningsinternatets två dagar hölls sammanlagt tio presentationer på så olika teman som lagstiftningens tillgänglighet, behovet av brottsofferundersökningar i nationell lagstiftning och användandet av latinska termer i EG-rätten. Internatets särskilt inbjudna gäster bidrog med föredrag angående både mer teoretiska perspektiv på lagstiftning och utifrån erfarenheten av praktiskt lagstiftningsarbete. Samtliga bidrag diskuterades och kommenterades livligt av internatets trettio deltagare.

Den här rapporten innehåller en kort introduktion av de olika presentationerna som gjordes under internatet samt åtta artiklar som deltagare vid internatet har författat utifrån det övergripande temat.

Ett stort tack riktas till samtliga medverkande vid 2009 års internat och särskilt till Mattias Hjertstedt och Patrik Södergren för deras insatser i den arbetsgrupp som föreslagit och utvecklat internatets tema.

Umeå i oktober 2009

Görel Granström



# Innehållsförteckning

Förord	5
Görel Granström och Mattias Hjertstedt: Tema lagstiftning – en presentation av forskningsinternatet	9
Mattias Derlén: Latinska termer i gemenskapsrätten: Vägen framåt eller återvändsgränd?	13
Therese Enarsson: Acknowledging victims. The implementation of victims' rights in national justice systems	33
Mattias Hjertstedt: Lagstiftning om tvångsmedel. Utformningen och tolkningen av regelverken kring editionsplikt, beslag och reell husrannsakan	45
Johan Lindholm: Från Bryssel till Bryssel. Samma lag, ny lagstiftare – nya perspektiv?	65
Ruth Mannelqvist: Legitimitet i lagstiftningen. Exemplet sjukförsäkringen	79
Markus Naarttijärvi: Human security and the cauldron of privacy	87
Peter Wahlgren: Hur tänker jurister? Om en oprövad forskningsansats	101
Karin Åström: The Importance of Human Rights for the Protection of Victims of Human Trafficking	107





## Tema lagstiftning – en presentation av 2009 års forskningsinternat

Temat för 2009 års forskningsinternat var *Lagstiftning*, ett tema som medvetet valts för att ge deltagarna möjlighet att utifrån sina egna forskningsprojekt och erfarenheter bidra med olika infallsvinklar och problematiseringar.

De två dagarna inleddes med ett föredrag av en av gästerna vid internatet, *Marianne Tejning*, rådman vid Solna tingsrätt, som utifrån sina erfarenheter som utredare diskuterade hur det praktiska lagstiftningsarbetet kan gå till. Hon berättade bland annat om sina uppdrag som särskild utredare i 2001 års diskrimineringsutredning och som huvudsekreterare i LAVAL-utredningen. Tejnings föredrag ledde också till intressanta diskussioner om juristens språkanvändning och vad man bör tänka på för att göra sig förstådd i såväl kontakten med kollegor som med det omgivande samhället.

Därefter problematiserade *Johan Lindholm* vad som händer om man köper en bil i en amerikansk delstat och den sedan går sönder i en annan delstat. Vilken delstats domstol har skyldighet att ta upp köparens krav på säljaren? Exemplet användes för att åskådliggöra de europeiska reglerna för domsrätt med syftet att utreda om det faktum att domsrättsreglerna numera återfinns i EU:s sekundärrätt innebär att de bör prövas mot federalistiska krav liknande de som förs fram av USA:s högsta domstol.

*Therese Enarsson* diskuterade därefter de fördelar som kan finnas, ur ett brottsofferperspektiv, av att lagstiftaren använder sig av kunskap från andra vetenskapliga discipliner i arbetet med rättsliga reformer. Detta exemplifierades genom hänvisningar till studier som visar att offers förtroende för rättsväsendet är beroende av det bemötande och den information som rättsväsendets olika aktörer förmår att förmedla och att en fungerande implementering av rättsliga reformer på området därför är av central betydelse för lagstiftningens legitimitet.

Internatets andra inbjudna gäst, *Peter Wahlgren*, professor i rättsinformatik vid Stockholms universitet, gav ett mer teoretiskt perspektiv på temat utifrån sin bok *Lagstiftning – problem, teknik, möjligheter*. Boken tar bland annat upp de klassiska frågorna om vad som utmärker en bra lag och vilka problem som lagstiftaren kan ställas inför. I sitt föredrag diskuterade Wahlgren frågor som betydelsen av att inte enbart arbeta reaktivt utan även proaktivt med lagstiftning samt vad den tekniska utvecklingen ställer för krav på dagens lagstiftare och på den rättsvetenskapliga forskningen.

Därefter presenterade *Mattias Hjertstedt* sju teser om vilka speciella hänsynstaganden som lagstiftare och rättstillämpare bör göra då det är fråga om lagreglering av tvångsmedel. Kravet på särskild hänsyn kopplades till det faktum att det genom tvångsmedel sker intrång i grundläggande rättigheter såsom den enskildes rätt till integritet. Bland annat påpekades att lagstiftningen bör vara tydligt utformad, vara i enlighet med Europakonventionen, samt att lagstiftningen bör ge utrymme för intresseavvägningar.

*Ulrika Sandén* diskuterade problemet med lagstiftningens tillgänglighet utifrån ett exempel från hälso- och sjukvårdslagstiftningens område, där hon kunde visa att definitioner av vissa centrala rättsliga begrepp, som saknas i lagtexten, inte heller alltid står att finna i lagens förarbeten. Hon åskådliggjorde detta genom att visa att när det gäller begreppet hälso- och sjukvårdspersonal måste man gå tillbaka ända till förarbeten från mitten av 1900-talet för att finna svar på vilka som kan definieras som sådan personal och därför omfattas av vissa skyldigheter som exempelvis tystnadsplikt.

Internatets andra dag inleddes med att *Markus Naartijärvi* problematiserade säkerhetsbegreppet utifrån diskussionen om ett paradigmskifte är på väg att äga rum, där begreppet *rikets säkerhet* byts ut mot det vidgade begreppet *human security* och där det sistnämnda innefattar ett ansvar för staten att skydda sina medborgare mot ett bredare spektrum av hot. Han menade att de lagstiftningsreformer som genomförts i Sverige på senare år, bland annat avseende hemliga tvångsmedel, talar för att en breddning av säkerhetsbegreppet har skett.

Därefter diskuterade *Ulf Vannebäck* tolkningen av egendomsskyddet som det är reglerat i regeringsformen. Frågan om hur grundlagsstadgandet ska tolkas har debatterats genom åren, och en av de centrala punkterna har varit om det är lagtextens ordalydelse eller lagstiftarens intentioner som de framkommer i förarbetena som bör väga tyngst. Vannebäck diskuterade också vilken betydelse olika tolkningar av stadgandet kan få för fastighetsrätten.

*Karin Åström* problematiserade internationella rättsakters värde när det handlar om att tillvarata traffickingoffers rättigheter. Hon exemplifierade med situationen i Sverige där offer för människohandel var osynliga i lagstiftningen fram till slutet av 1990-talet. Under 2000-talet infördes dock skydd i den svenska lagstiftningen som en följd av internationella överenskommelser. Frågan är dock om vägen via internationella rättsakter med stöd för vissa definierade grupper är den väg som

den svenska lagstiftaren bör ta. Fokus bör kanske hellre ligga på implementering av redan gällande instrument för mänskliga rättigheter.

*Mattias Derlén* knöt sedan ihop de två internatdagarna genom att i sitt bidrag komma tillbaka en av de frågor som Marianne Tejning väckte i sitt inledande föredrag, nämligen språkets betydelse. Problemet med att översätta rättsliga begrepp så att de tolkas och tillämpas på samma sätt i olika länder har uppmärksammats som ett hinder mot den rättsliga integrationen i Europa. Ett sätt att hantera detta problem är försöka hitta ett gemensamt språk, och Derlén exemplifierade detta genom den tendens som finns inom EG-rätten att återupptäcka, och till viss del försöka återintroducera, latinska termer som en sorts minsta gemensamma nämnare i den europeiska gemenskapen.

Flera av dessa bidrag återfinns som artiklar i de följande avsnitten i rapporten. Utöver dessa finns ett bidrag som inte presenterades under själva internatet. *Ruth Mannelqvist* diskuterar, med sjukförsäkringen som exempel, lagstiftningens legitimitet när genomgripande förändringar i tolkningen av vissa stadganden återfinns i lagens förarbeten, utan att lagen i sig har omformulerats.



# Latinska termer i gemenskapsrätten: Vägen framåt eller återvändsgränd?

*Redactores praesidentiae UE Finniae ab interreti omnibus legentibus Bonum  
Festum Nativitatis Domini exoptant!*

## Inledning – ”många röster tala”<sup>1</sup>

Julhälsningen ovan kommer från webbredaktionen för det finska EU-ordförandeskapet 2006.<sup>2</sup> Hemsidan för det finska ordförandeskapet tillhandahöll ett nyhetsbrev, som fanns tillgängligt inte endast på engelska, tyska och franska utan även på latin. Nyhetsbrevet på latin hade till och med fler prenumeranter än den franska motsvarigheten.<sup>3</sup> Webbredaktionen förklarade bruket av latin som “a way of paying tribute to European civilisation and it serves to remind people of European society’s roots, stretching back to ancient times”.<sup>4</sup>

Detta är endast ett av många exempel på ett förnyat intresse för det latinska språket. Nyfikenheten kan självklart böttna i ett intresse för historia eller språk i allmänhet. Det finns emellertid också praktiska skäl att rikta blicken mot Europas

<sup>1</sup> Citatet från Karin Boyes dikt med samma namn i *De sju dödssynderna och andra efterlämnade dikter*, Bonnier, Stockholm 1941.

<sup>2</sup> Hemsidan för det finska ordförandeskapet är i skrivande stund fortfarande tillgänglig; [http://www.eu2006.fi/en\\_GB/](http://www.eu2006.fi/en_GB/).

<sup>3</sup> Statistik tillgänglig på ovan nämnda hemsida.

<sup>4</sup> Se [http://www.eu2006.fi/the\\_presidency/en\\_GB/faq/](http://www.eu2006.fi/the_presidency/en_GB/faq/).

forna *lingua franca*. Efter de senaste utvidgningarna 2004 och 2007 stoltserar Europeiska Unionen numera med 27 medlemsstater och hela 23 officiella språk.<sup>5</sup> Flerspråkigheten omfattar inte endast själva fördragen<sup>6</sup> utan även sekundärrätten.<sup>7</sup> EU-medborgare har rätt att välja mellan dessa 23 språk när de kommunicerar med Unionen.<sup>8</sup> Om Unionen korresponderar med en medlemsstat, eller en medborgare i en medlemsstat, ska brevet avfattas på landets språk.<sup>9</sup> De 23 språken kan även användas som rättegångsspråk inför EG-domstolen.<sup>10</sup> Flerspråkigheten innebär naturligtvis en påtaglig ekonomisk och praktisk pålaga för Unionen. Under 2008 översatte exempelvis 1750 heltidsanställda medarbetare på Generaldirektoratet för översättning vid Europeiska kommissionen 1 805 689 sidor text.<sup>11</sup> Förslag att övergå till ett gemensamt arbetsspråk dyker upp med jämna mellanrum. Flera forskare har ställt sig bakom bruk av engelska och/eller franska, men även mer radikala förslag har förts fram.<sup>12</sup> Föreliggande artikel granskar ett av dessa förslag; att Unionen skulle återgå till sina historiska rötter och i större utsträckning kommunicera på latin.

<sup>5</sup> Bulgariska, danska, engelska, estniska, finska, franska, grekiska, iriska, italienska, lettiska, litauiska, maltesiska, nederländska, polska, portugisiska, rumänska, slovakiska, slovenska, spanska, svenska, tjeckiska, tyska och ungerska.

<sup>6</sup> Se artikel 314.2 EG-fördraget, artikel 225.2 EURATOM-fördraget samt artikel 53.2 EU-fördraget, med lydelse enligt artikel 18 i Akt om villkoren för Republiken Bulgariens och Rumäniens anslutning.

<sup>7</sup> Se artikel 1 i Rådets förordning (EEG) 1/58, artikel 1 i Rådets förordning (Euratom) 1/58 och artikel 1 samt bilaga i Rådets förordning (EG) 1791/2006. Iriska erkändes som officiellt språk den 1 januari 2007 genom Rådets förordning (EG) 920/2005. Under en övergångsperiod omfattande minst fem år är emellertid Unionen endast skyldig att publicera förordningar som antas gemensamt av Europaparlamentet och rådet på iriska, se artikel 2 i förordning 920/2005. För en diskussion om vilka organ som omfattas av förordning 1/58 se Dyrberg 1999, s. 152–153 och Schübel-Pfister 2004, s. 77–80, med delvis olika åsikter. För en utförligare introduktion till Unionens språkordning hänvisas till Derlén 2009, s. 3–7.

<sup>8</sup> Se även Rådets slutsatser den 13 juni 2005 om officiell användning av ytterligare språk inom rådet och eventuellt andra av Europeiska unionens institutioner och organ, EUT C 148, 18.6.2005 s. 1–2, där det framgår att kommunikation med Unionen kan ske på ytterligare språk om respektive medlemsstat ombesörjer översättning till och från medlemsstatens språk. Hittills har Storbritannien och Spanien ingått administrativa arrangemang med Unionen vilka möjliggör användandet av ytterligare språk förutom engelska och kastilianska, se Administrativt arrangemang mellan regeringen i Förenade kungariket Storbritannien och Nordirland och Europeiska unionens råd, EUT C 194, 31.7.2008, s. 7–8, Administrativt arrangemang mellan Konungariket Spanien och Europeiska unionens råd, EUT C 40, 17.2.2006, s. 2–3 samt Administrativ överenskommelse mellan Europeiska kommissionen och Konungariket Spanien, EUT C 73, 25.3.2006, s. 14–15.

<sup>9</sup> Artikel 2 och 3 i förordning 1/58 samt artikel 21 EG.

<sup>10</sup> Artikel 29 i domstolens rättegångsregler. Se även artikel 64 i domstolens stadga.

<sup>11</sup> *Translating for a Multilingual Community* 2009, s. 6. Det är notoriskt svårt att uppskatta flerspråkighetens kostnader. Michele Gazzola har, utifrån flera olika källor, uppskattat den totala årliga kostnaden för översättning och tolkning inom Unionen 2006–2007 till 1045 miljoner euro, motsvarande en procent av EU:s totala budget, se Gazzola 2006, s. 400. Vissa sätter sitt hopp till maskinell översättning, åtminstone som ett komplement till manuell översättning, som ett sätt att minska kostnader, se Huntington 1991, s. 345–346. Andra förhåller sig mer skeptiska till maskinell översättning, se Yates 2006.

<sup>12</sup> För en översikt se Derlén 2009, s. 352–356.

Artikeln är strukturerad på följande vis: Först ges en bakgrund till problematiken med rättslig översättning. Svårigheten (kanske till och med omöjligheten) att översätta juridisk text är i sig ett kraftfullt argument för att använda termer från ett gemensamt språk. Därefter diskuteras fördelar och nackdelar med att välja just latin som lagstiftningsspråk. Artikeln avslutas med ett förslag till inriktning på framtida forskning inom området.

## Juridisk översättning – varför är det så svårt?

Det får numera betecknas som självklart att olika specialspråk såsom juridiskt språk, medicinskt språk och naturvetenskapligt språk skiljer sig på ett antal sätt från vårt generella språk. Den delvis omstridda frågan är hur, mer specifikt, det juridiska språket utmärker sig. Det finns en tradition att fokusera på den juridiska terminologin. I sitt klassiska verk *The Language of the Law* konstaterar David Mellinkoff att det juridiska språket använder ålderdomliga eller främmande uttryck, vanliga ord med en särskild juridisk betydelse, ord som är naturligt flexibla med mera.<sup>13</sup> Ett annat sätt att beskriva det är att det juridiska språket är i hög grad tekniskt; det använder särskilda tekniska termer alternativt normala termer på ett specifikt, tekniskt sätt.<sup>14</sup> Man kan till och med hävda att det juridiska språket lider av ”a complete absence of colour and humanity”.<sup>15</sup>

Det är emellertid inte endast terminologin som utmärker (och komplicerar) det juridiska språket. Även själva meningsbyggnaden är svår att genomskåda för lekmannen. Frekvent bruk av passivformer, substantivering av verb, exceptionellt långa och informationstunga meningar, inskjutna bisatser, dubbla negationer, uppräknningar av flera ord med samma betydelse med mera kan göra en juridisk text oerhört svårläst.<sup>16</sup> Det juridiska språkets komplexitet är ett allvarligt problem

<sup>13</sup> Mellinkoff 1963, s. 11–23.

<sup>14</sup> Gibbons 1999, s. 158.

<sup>15</sup> Maley 1987, s. 25.

<sup>16</sup> Charrow, Crandall och Charrow 1982, s. 176–178 och Garzone 2000. Dessa författare utgår från juridisk engelska, men observationerna torde vara i huvudsak generellt tillämpliga. Juridisk engelska har givetvis vissa särdrag, exempelvis bruket av *Law French*. Som så många andra aspekter av det engelska rättssystemet kan detta kännetecken spåras till slaget vid Hastings 1066. Vilhelm Erövrarens seger medförde att franska blev maktens språk i England. Under en period författades engelsk lagstiftning huvudsakligen på franska men franskans inflytande minskade gradvis till förmån för engelska. Juristerna fortsatte emellertid att använda franska som juridiskt språk, så kallat *Law French*, långt efter det att språket förlorat sin dominerande ställning. Det är därför inte ägnat att förvåna att franskan haft ett enormt inflytande på det engelska juridiska språket. Många grundläggande engelska rättsbegrepp har franskt ursprung, exempelvis ”appeal”, ”attorney”, ”claim” och ”court”. Det finns även inslag av fransk ordföljd (adjektiv efter tillhörande substantiv) i vissa juridiska begrepp, exempelvis ”attorney general”. Det är även franskan som möjliggör konstruktioner med suffixet –ee, såsom ”employer/employee”. Dessa begrepp och konstruktioner är

vid översättning. Översättningsarbetet blir komplicerat och en översättare som inte också är utbildad jurist kan ha svårt att genomföra arbetet.<sup>17</sup>

Dessvärre är detta endast en aspekt av svårigheterna förknippade med juridisk översättning. Om allt som stod i vår väg var teknisk terminologi och komplicerad meningsbyggnad skulle juridisk översättning vara genomförbart, åtminstone för översättare med kunskaper i juridik.<sup>18</sup> Särskilt uppmuntrande är att många arkaiska inslag i det juridiska språket kan sägas vara på utgående till förmån för mer lättbegripliga termer.<sup>19</sup> Tyvärr finns det mer djupgående, teoretiska problem med juridisk översättning. Den grundläggande problematiken i sammanhanget ligger i avsaknaden av en internationell rättslig terminologi. Rätten kan inte skiljas från språket utan det juridiska språket konstituerar själva den rättsliga verkligheten. Mattila uttrycker det som att rätten är beroende av "the supernatural power of the Word".<sup>20</sup> Kjær påpekar att man kan se och tänka på en bergstopp utan att känna till ordet bergstopp. Det förhåller sig annorlunda med begreppet god tro, som helt enkelt inte existerar utan det juridiska språket.<sup>21</sup> Just beroendeförhållandet mellan rätten och språket skapar problem vid översättning. En internationell vetenskaplig terminologi är möjlig endast när samma objekt existerar i alla samhällen. Rättsliga begrepp hänvisar emellertid ofta till särskilda, nationella fenomen. Detta ligger i öppen dag vad gäller genuint unika koncept, det vill säga juridiska begrepp vilka helt saknar motstycke i andra system. Klassiska exempel från *common law* inkluderar *equity* och *trust*. Eftersom andra system saknar dessa fenomen betraktas de som oöversättbara. Även om ett fenomen i sig finns i båda rättssystemen kan det föreligga överlappning, så kallad terminologisk inkongruens. Detta synnerligen allvarliga problem drabbar många grundläggande juridiska begrepp. Exempelvis motsvarar det franska begreppet *décision* två begrepp enligt tysk rätt (*Entscheidung* och *Beschluß*) och hela tre begrepp enligt holländsk rätt (*Beschikking*, *Besluit* och *Beslissing*).<sup>22</sup> Begreppet kontrakt lider av samma problem. Traditionellt har man etablerat en skiljelinje mellan *civil law* och *common law*, där den förstnämnda kulturen betraktar kontrakt som en överenskommelse och den sistnämnda (åtminstone delvis) betonar reciprocitet i form av *consideration*. Det existerar emellertid också skillnader i synen på

dock idag så självklara inslag i det engelska juridiska språket att deras utländska rötter knappast längre kan kännas igen. Se Tiersma 2005, s. 10–12.

<sup>17</sup> Garzone 2000. För intressanta exempel på översättningsproblem se Ballansat-Aebi 2003. Hon diskuterar de problem som prepositioner vållar vid översättning från juridisk engelska till tyska. Ballansat-Aebi betonar prepositionernas roll för en korrekt översättning och ger exempel på mångtydiga engelska prepositioner såsom *for*, *in* och *on*.

<sup>18</sup> Det finns givetvis även praktiska problem vad gäller möjligheterna att uppnå juridiska översättningar av god kvalitet. Kahaner och Kennedy pekar bland annat på höga kostnader och en tendens att underskatta själva problemet, särskilt i enspråkiga miljöer, se Kahaner 2006 s. 81–82 och Kennedy 2000, s. 434–436.

<sup>19</sup> Tiersma 2005, s. 5–8. Se också Maley 1987, s. 46.

<sup>20</sup> Mattila 2006, s. 32.

<sup>21</sup> Kjær 1999, s. 9–10.

<sup>22</sup> Šarčević 1997, s. 231–233.



kontrakt som går på tvärs med den traditionella uppdelningen i *civil law* och *common law*. Äktenskap utgör ett kontrakt enligt fransk rätt, men inte i de tyska, italienska och engelska rättssystemen. En donation är ett kontrakt enligt tysk och italiensk rätt men inte enligt engelsk rätt.<sup>23</sup> Även synen på överprövning av högre instans varierar och skapar terminologiska problem. Geeroms beklagar att begreppen *cassation*, *revision* och *appeal* används synonymt i komparativa studier trots betydande skillnader mellan systemen bland annat vad gäller rätten att överpröva sakfrågor.<sup>24</sup> Ett speciellt fall av terminologisk inkongruens är falska vänner (*faux amis*), det vill säga ord som ser lika ut men har olika betydelser. Ett klassiskt (allmänt) exempel på detta översättningsproblem härstammar från första världskriget. År 1917 publicerades skrämmande berättelser i belgisk, engelsk och fransk press om tyska fabriker, vilka använde liken från stupade soldater till att producera glycerin, fett och svinfoder. Denna felaktiga uppgift hade sin grund i ett översättningsfel, närmare bestämt falska vänner. Det relevant tyska begreppet var *Kadaververwertungsanstalt*, vilket översatts med den engelska termen *Corpse exploitation*. Begreppet *corpse* användes som synonym till det engelska begreppet *cadaver*. Det grundläggande misstaget var att översätta tyskans *Kadaver* med engelskans *cadaver*. Även om orden må se lika ut omfattar det förra begreppet endast lik från djur medan det senare begreppet också inkluderar människolik.<sup>25</sup> De flesta exempel är givetvis mindre dramatiska. Som exempel på *faux amis* inom det rättsvetenskapliga området kan nämnas det polska begreppet *konkurs* och det tyska ordet *Konkurs*. Medan det senare närmast sammanfaller med den svenska betydelsen innebär det förra tävling.<sup>26</sup> Problemen att översätta rättsliga begrepp så att de tolkas och tillämpas på samma sätt i olika länder har av ett antal forskare ansetts som ett allvarligt hinder för rättslig integration i Europa.<sup>27</sup>

## Dags att släcka lampan och gå hem?

Frågan är då vad vi ska företa oss, givet dessa allvarliga svårigheter att översätta juridisk text. Det finns de som antyder att uppdraget är omöjligt, att någon översättning i reell bemärkelse inte går att åstadkomma. Pierre Legrand är en framträdande förespråkare för denna skola. Han framhåller i sin uppfattning att

<sup>23</sup> Pozzo 2003, s. 756–758.

<sup>24</sup> Geeroms 2002, s. 201.

<sup>25</sup> Hönig & Kußmaul 1982, s. 88.

<sup>26</sup> Krzemińska-Krzywda 2006, s. 2–3.

<sup>27</sup> Se bland annat Pozzo 2006, s. 3–19 och Kjær 1998, s. 4–14. Andra betonar behovet av att arbeta stegvis och först etablera en europeisk juridisk diskurs, se bland annat van Erp 2003. Engberg betonar att det inte är fråga om att alla i samhället måste uppnå en gemensam förståelse av reglerna i fråga, det är tillräckligt att en särskild grupp (juristerna) kan enas om vad som utgör en rimlig tolkning, se Engberg 2004, s. 1164–1166.

identiska ord inte betyder identisk förståelse i olika rättskulturer. En kultur fungerar, enligt Legrand, som en pågående tolkningsprocess, vilken inkorporerar nya begrepp i en existerande kulturell förförståelse och därmed gör dem begripliga. När förståelsen av ett ord växlar förändras ordets betydelse, och därmed också själva ordet. Legrands dystra sammanfattning är att ”meaning simply does not lend itself to transmigration”. Det enda sättet att verkligen förflytta ett ord är att flytta hela språket och hela den kulturella kontexten. I avsaknad av en sådan operation kommer begrepp alltid att assigneras en ny, lokal betydelse i en ny rättskultur.<sup>28</sup>

Givet alla svårigheter förknippade med juridisk översättning är det frestande att ge sig hän åt Legrand välargumenterade skepticism. Det är emellertid inte en produktiv inställning. Övertecknad vill gärna instämma med Rotman, som betecknar påståenden om oöversättbarhet som direkt skadliga i en juridisk kontext. Juridisk översättning kan hjälpa till att skapa ett universellt juridiskt språk, vilket i sin tur kan bistå arbetet med att lösa universella juridiska problem.<sup>29</sup> Rotman menar, får vi förstå, att det i detta läge – med detta viktiga uppdrag – inte är läge att släcka lampan och gå hem. Från ett praktiskt perspektiv kan vi också, i linje med bland annat Kjær, påpeka att juridisk översättning faktiskt sker varje dag, oavsett teoretiska invändningar om dess omöjlighet. Verkligheten vägrar, så att säga, envist att anpassa sig efter kartan. Detta kan sannolikt delvis förklaras med olika perspektiv. Teorin fokuserar på hur vi ska åstadkomma perfekt och absolut förståelse, medan praktisk översättning nöjer sig med mindre. Den ännu obesvarade frågan är dock hur lite vi kan nöja oss med, det vill säga hur imperfekt förståelsen får vara för att översättningen ska vara acceptabel.<sup>30</sup> Detta för oss osökt in på diskussionen hur vi egentligen ska åstadkomma juridisk översättning.

I allmänhet kan man säga att översättning kan ske utifrån två olika perspektiv. Antingen lägger vi betoningen på källspråket (source language – SL) eller på målspråket (target language – TL). Den förra inriktningen innebär att vi lägger betoningen på det främmande språket och använder metoder som att översätta ord för ord, endast anpassa den grammatiska konstruktionen eller liknande. Inriktning på målspråket medför en större frihet och fokus på förståelse i en ny kontext.<sup>31</sup> Juridisk översättning har länge dominerats av fokus på källspråket och stor, kanske till och med överdriven, respekt för texten på källspråket. Översättaren ska ”upptäcka” betydelsen i källspråket, inte skapa betydelse genom sin aktivitet.<sup>32</sup> Numera har emellertid teorier om juridisk översättning, liksom allmänna teorier om översättning, lagt allt mer vikt vid målspråket och att översättningen ska kunna stå på egna ben i den nya kontexten.<sup>33</sup> En inflytelserik, men omdebatterad,

<sup>28</sup> Legrand 2001, s. 1037–1039, citatet från s. 1038. Se också allmänt Legrand 2005.

<sup>29</sup> Rotman 1995, s. 190.

<sup>30</sup> Kjær 2008, s. 67–72.

<sup>31</sup> Se bland annat Newmark 1988, s. 45–48.

<sup>32</sup> Kasirer 2001, s. 331–333.

<sup>33</sup> Engberg 2002, s. 382–383. Se också Šarčević 2000. För en systematisk genomgång av den juridiska översättningens historiska utveckling se Šarčević 1997, kapitel 2.

översättningsteori inriktad på målspråket hävdar att syftet med en juridisk översättning är att finna en *funktionell ekvivalent* – det vill säga ett begrepp i målspråket som betecknar en institution eller ett koncept som utför samma funktion som begreppet i källspråket. Ett exempel skulle vara att översätta franskans *hypothèque* med engelskans *mortgage*.<sup>34</sup> Denna operation kan sägas utgöra en parallell till den funktionella metoden i komparativ rätt.<sup>35</sup> Teorin har entusiastiska anhängare, men det finns också de som förordar försiktighet. Weston tillhör de förstnämnda – han betraktar funktionell ekvivalens som den ideala översättningsmetoden.<sup>36</sup> Šarčević tillhör de sistnämnda – hon betonar att identifierandet av en funktionell ekvivalent endast är det första steget i översättningsprocessen. Det faktum att den funktionella ekvivalenten har samma funktion som begreppet i källspråket innebär inte automatiskt att den är acceptabel. Även om *mortgage* och *hypothèque* är funktionella ekvivalenter är det inte säkert att de är acceptabla översättningar av varandra. Šarčević hävdar att översättaren bör undersöka begreppens struktur/klassifikation, tillämpningsområde samt rättsliga effekt, för att kunna bedöma om översättningen är acceptabel. Struktur och klassifikation avser frågan om begreppen så att säga befinner sig på samma plats i respektive rättsliga systems struktur. Om möjligt bör man undvika att använda en funktionell ekvivalent som hör till ett annat rättsområde än SL-begreppet. Šarčević ger som exempel att *délit* och *unerlaubte Handlung* inte bör översättas med *tort*, eftersom dessa begrepp är så strukturellt olika att de skulle skapa felaktiga presumtioner för läsaren.<sup>37</sup> Tillämpningsområde avser det praktiska problemet huruvida begreppen kan användas för samma konkreta situationer. Om SL-begreppet har ett påtagligt vidare tillämpningsområde än TL-begreppet, eller vice versa, bör man söka efter andra översättningsalternativ. Slutligen bör begreppen ha samma rättsliga effekt i praktiken. Översättaren bör således sätta sig in i vilka olika situationer som kan uppstå och bedöma huruvida SL-begreppet och TL-begreppet medför samma rättsliga effekt.<sup>38</sup>

Givet ovan presenterade problem med det rättsliga språket ligger det i farans riktning att det i många fall kommer att vara svårt att finna en acceptabel

<sup>34</sup> Šarčević 1997, s. 235–236.

<sup>35</sup> Metoden definieras bland annat i den klassiska läroboken av Zweigert och Kötz: ”The basic methodological principle of all comparative law is that of *functionality*. From this basic principle stem all the other rules which determine the choice of laws to compare, the scope of the undertaking, the creation of a system of comparative law, and so on. Incomparables cannot usefully be compared, and in law the only things which are comparable are those which fulfil the same function”, Zweigert & Kötz 1998, s. 34. För en bra översikt över debatten kring den funktionella metodens värde inom den komparativa rättskunskapen se Michaels 2006.

<sup>36</sup> Weston 1991, s. 23. Se också Garzone 2000.

<sup>37</sup> Se angående detta problem även de Groot 2006, s. 425, som betonar vikten av att begreppen har samma ”systematic and structural embedding”.

<sup>38</sup> Šarčević 1997, s. 235–247. Šarčević tillägger (s. 247–249) att översättaren också bör ta hänsyn till hur domstolarna kommer att tolka och tillämpa det översatta begreppet.

funktionell ekvivalent. I en sådan situation finns huvudsakligen tre alternativ.<sup>39</sup> För det första kan man välja att behålla SL-begreppet. Detta omtalas ibland som *borrowing* – man lånar helt enkelt in originalbegreppet och någon egentlig översättning sker inte. Fördelen med denna teknik är att det blir uppenbart för alla att begreppet i fråga härrör från ett främmande rättssystem. Å andra sidan bör man inte överdriva denna teknik eftersom den tenderar att göra texten svårtillgänglig för målspråkets läsare.<sup>40</sup> För det andra kan man använda beskrivande omskrivning, det vill säga förklara SL-begreppets innebörd i neutrala ordalag.<sup>41</sup> Slutligen kan översättaren välja att använda en språklig ekvivalent, ett begrepp som återger SL-begreppets innehåll men inte utgör del av den juridiska terminologin i målspråket. Det finns olika sätt att skapa en språklig ekvivalent. Man kan utgå från målspråket genom att använda ett begrepp som återfinns i det ordinära språket eller i fackspråk. Naturligtvis bör man inte använda ett begrepp som faktiskt är del av den juridiska vokabulären i målspråket, eftersom detta skulle kunna ge upphov till förvirring. Man kan emellertid använda rättsliga begrepp som, med anledning av förändringar i rättssystemet, inte längre är del av rättsspråket i målstaten. Ett annat alternativ är att skapa helt nya begrepp. Slutligen kan man använda existerande rättsliga begrepp som varken härrör från källspråket eller målspråket utan från ett tredje, främmande rättssystem.<sup>42</sup> Den romerska rätten kan utgöra ett sådant främmande rättssystem och återstoden av denna artikel kommer att ägnas frågan huruvida det latinska juridiska språket kan vara Europas räddare i dess språkliga nöd.

## Latin – “you can’t keep a good dead language down”<sup>43</sup>

I denna prekära situation, med 23 officiella språk och påtagliga problem att åstadkomma acceptabla översättningar dem emellan, har det föreslagits att vi, än en gång i historien, ska blicka bakåt för att kunna gå framåt. Den romerska och kanoniska rättens betydelse som *ius commune* i det medeltida Europa och som vårt gemensamma, juridiska arv framhålls ofta i dagens diskussion om rättslig harmonisering.<sup>44</sup> Zimmermann lägger särskild vikt vid att man i den nuvarande diskussionen borde tala om ”återeuropeisering”, och inte ”europeisering”, av rättsvetenskapen. Det handlar kort sagt om att återvända till vårt ärorika förflutna. Enligt Zimmermann har *ius commune*-traditionen potential att agera som en förenande kraft i dagens Europa. Våra moderna rättssystem bär ännu spåren av

<sup>39</sup> Detta enligt de Groot 2006, s. 425.

<sup>40</sup> Šarčević 1997, s. 256–258 och de Groot 2006, s. 425–426.

<sup>41</sup> Šarčević 1997, s. 252–254 och de Groot 2006, s. 427.

<sup>42</sup> Šarčević 1997, s. 259–263 och de Groot 2006, s. 427–428.

<sup>43</sup> Citat från ledaren i the Guardian, måndagen den 30 oktober 2006, se guardian.co.uk.

<sup>44</sup> Se bland annat Koopmans 1992, s. 50–51, där han pekar på *ius commune* och betecknar nationella juridiska system som en historisk parentes. Ett annat exempel är Knütel, som ger otaliga exempel på hur den romerska rätten kan utgöra grunden för ny, gemensam rätt, se Knütel 1994.

den. De moderna kodifikationerna kunde inte totalt bryta med hundratals år av rättslig utveckling. Romerska rättsregler lever kvar, antingen direkt (i mer eller mindre modifierad form) eller indirekt, i det att nya regler har formulerats i opposition till tidigare gällande romersk rätt. Detta gäller även den engelska rätten. Zimmermann avfärdar myten att England förblev opåverkat av den romerska rätten. Kontinentaleuropeiska idéer vann inträde i England genom litteraturen, de kyrkliga domstolarna och den merkantila rätten.<sup>45</sup>

Det latinska språket är givetvis intimt förbundet med *ius commune*-traditionen. Latinet hade länge en framstående position som gemensamt rättsspråk. I dåvarande Östom ersattes latinet successivt av grekiska, men det fortsatte även där att spela en roll inom juridiken. I västra Europa var dess inflytande än mer markant, också efter Västroms fall. Några alternativa, nationella skriftspråk fanns helt enkelt inte, varför ny lagstiftning skedde på latin. När de tidigaste nationalspråken utvecklas uppstår en konkurrenssituation gentemot latinet. Det senare lyckas emellertid under lång tid hålla fast vid sin position som ledande kommunikationsmedel, alldeles särskilt inom det juridiska området. Frankrike kan tjäna som ett illustrativt exempel. I Frankrike, liksom i Europa i allmänhet, började nationalspråket vinna insteg i förvaltningen under 1100- och 1200-talen. Från kungligt håll uppmuntrades aktivt bruk av franska framför latin. Den kungliga domstolen, Parisparlamentet, etablerades i mitten på 1200-talet och höll redan från start förhandlingar på franska. Själva domsluten författades emellertid fortfarande på latin för att säkra allmän förståelse i riket. Med tiden vann franskan allt mer insteg på latinets bekostnad. Reformationen var en av de historiska omvälvningar som ytterligare försvagade latinets ställning. På 1500- och 1600-talet dominerade franska språket fullständigt i förvaltning och domstolsväsende, till och med i kyrkans domstolar. Universitetsvärlden visade sig dock särdeles motståndskraftig. I linje med övriga Europa fortsatte de franska juridiska fakulteterna att undervisa på latin. Ludvig XIV påbjöd undervisning i fransk rätt på 1600-talet men det skulle i praktiken dröja till 1700-talet innan universiteten undervisade i fransk rätt på franska. Ännu på 1800-talet författades juridiska dissertationer på latin.<sup>46</sup> Man bör hålla i minnet att latinet spelade en viktig roll också i England. Latinska ord övertogs redan under den anglosaxiska perioden men det var efter den normandiska invasionen som latinet intog en dominerande position. Under *common law* traditionens utveckling var rättsspråket latin. Det tidigare nämnda *Law French* övertog sedan latinets dominerande ställning mot slutet av 1200-talet, men ända in på 1700-talet författades många juridiska dokument på latin.<sup>47</sup>

Latinets roll är inte enbart historisk utan språket lever vidare i våra moderna rättssystem. Det mest uppenbara exemplet är givetvis den kanoniska rätten. Den

<sup>45</sup> Zimmermann 1994, s. 67–68 och 75–80.

<sup>46</sup> Mattila 2006, s. 128–131 och 187–189.

<sup>47</sup> Mattila 2006, s. 225–228.

katolska kyrkans rättordning – *Codex iuris canonici* – är numera tillgänglig på moderna språk, men alltså endast autentisk på latin.<sup>48</sup> Även utanför kyrkan ser vi spåren av det latinska språket i form av juridiska begrepp och principer. Mattila påpekar att detta är särskilt påtagligt för de nyare juridiska språken. Han använder finskan som exempel. Juridisk finska skapades egentligen i slutet av 1800-talet och i rättsvetenskapliga avhandlingar förtydligades ofta nya, finska begrepp genom att motsvarande latinska begrepp angavs inom parentes. Latinska begrepp och principer återfinns emellertid också i de äldre nationalspråken.<sup>49</sup>

Förespråkarna hävdar att latinet besitter ett flertal positiva egenskaper. Latinska juridiska termer sägs vara eleganta och bidra till att göra det rättsliga språket rikare och mer flexibelt.<sup>50</sup> Latinska juridiska maximer kan användas just av retoriska skäl, för att höja den stilmässiga nivån på texten och för att imponera på läsaren. Genom att använda dem demonstrerar användaren sin kompetens inför kollegor såväl som lekmän.<sup>51</sup> Det framhålls även att latinet har en stark koppling till den europeiska rättstraditionen, att det är ytterst koncist jämfört med moderna språk samt att det tillhandahåller en komplett juridisk terminologi. Bruk av latin kan också anses neutralt, i det att man inte ger förtur åt något nu levande språk såsom engelska.<sup>52</sup> Tack vare sin rytmik anses latinska juridiska maximer även vara särskilt enkla att memorera.<sup>53</sup>

Det juridiska latinet har fortfarande en stark position. Mattila demonstrerar exempelvis att den moderna finländska juridiska litteraturen använder latinska uttryck i stor utsträckning. Utifrån ett omfattande urval av såväl läroböcker som doktorsavhandlingar från 1990-talet identifierar han ca 600 latinska termer och fraser.<sup>54</sup> Ristikivi hävdar att situationen är jämförbar för Estland.<sup>55</sup> Bruket av latinska juridiska termer kan till och med sägas vara på frammarsch. Detta demonstreras exempelvis av McLeods undersökning av bruket av 15 vanliga latinska begrepp i amerikansk rättspraxis mellan åren 1900 och 1990. Han slår fast att begreppen används mer frekvent nu än vad som fallet innan 1950. Innan 1950 var bruket av begreppen på nedgång medan det efter 1950 ökade dramatiskt.<sup>56</sup> McLeod identifierar flera tänkbara förklaringar till det oväntade resultatet. Behovet av ett särskilt, tekniskt språk och avsaknad av engelska översättningar kan utgöra del av förklaringen. Även det amerikanska rättssystemets fokus på rättspraxis kan spela in, på så vis att jurister naturligt studerar äldre rättsfall och använder både

<sup>48</sup> Mattila 2006, s. 134–136. Andra specialsituationer inkluderar länder som San Marino och Sydafrika, där kontinuiteten inte brutits och *ius commune* (i Sydafrikas fall den holländska romerska rätten) fortfarande tillämpas, se vidare Zimmermann 1994, s. 73–74.

<sup>49</sup> Mattila 2006, s. 143.

<sup>50</sup> Gillies 2002, s. 15 och MacLeod 1997, s. 251.

<sup>51</sup> Mattila 2006, s. 136–142.

<sup>52</sup> Ristikivi 2005, s. 200–202.

<sup>53</sup> Mattila 2006, s. 137.

<sup>54</sup> Mattila 2000, s. 285–289.

<sup>55</sup> Ristikivi 2005, s. 201.

<sup>56</sup> McLeod 1997, s. 237–239.

rättsfallen och dess språk i nya mål. McLeod finner emellertid dessa förklaringar otillräckliga och går vidare till att diskutera också andra faktorer. Det påpekas att synen på historien kan spela in. Genom att använda latin anknyter man till den äldre, europeiska rättstraditionen. Förändringar i den juridiska utbildningen kan likaledes bidra till latinets fortlevnad. Undervisningen har harmoniserats och studenterna möter tidigt latinska juridiska maximer. Slutligen påpekar McLeod att latinet har ett påtagligt symbolvärde som bärare av en lång juridisk tradition och som gruppmarkör. Det gör juridiken mer svårtillgänglig och bidrar till dess mystik.<sup>57</sup>

## Vems latin?

Framställningen ovan skulle kunna leda oss att tro att latinska juridiska termer är lösningen på våra problem med juridisk översättning. Som vanligt är dock situationen mer komplicerad än så. Precis som den romerska rätten har de latinska juridiska termerna integrerats och utvecklats på olika sätt i olika länder och de riskerar därmed att utgöra *faux amis*. I litteraturen varnas ibland för att använda latinska termer vid översättning, just av denna orsak. Ibland diskuteras denna problematik utifrån ord med rötter i latinet. Begrepp i de moderna nationalspråken har, utifrån ett gemensamt latinskt begrepp, utvecklats i olika riktningar. Ett exempel på detta har antytts ovan – skillnaden i betydelse mellan det polska *konkurs* och det tyska *Konkurs*. Båda begreppen har sin grund i latinets *concurrentes*. Under historiens gång har emellertid det tyska och det polska begreppet utvecklats på olika sätt. Medan det polska begreppet har hållit sig relativt nära latinet har det tyska begreppet idag knappast något gemensamt med den ursprungliga betydelsen. Krzemińska-Krzywda hävdar att problem med falska vänner i den polsk-tyska juridiska terminologin oftast har sin grund i latinska begrepp med skilda utvecklingslinjer.<sup>58</sup> Även Burr och Gallas pekar på denna grundläggande problematik. De gör gällande att så kallade "Euro-Latinismen" är en typisk felkälla i samband med flerspråkig terminologi.<sup>59</sup>

Det är lätt att förstå att nationella begrepp med rötter i latinska termer ofta utvecklats på olika sätt. Samma problem drabbar emellertid även renodlade latinska juridiska begrepp. Šarčević pekar särskilt på att England inte omfattades av någon långtgående reception av romersk rätt och inte heller av kodifikationsrörelsen. Latinska begrepp, lånade från romersk och kanonisk rätt, används förvisso i England men har oftast en unik, engelsk betydelse. Šarčević använder distinktionen *in rem / in personam* samt begreppet *bona fides* som

<sup>57</sup> McLeod 1997, s. 248–250.

<sup>58</sup> Krzemińska-Krzywda 2006, s. 1–3.

<sup>59</sup> Burr och Gallas 2004, s. 231–232.

exempel på latinska termer som har en särskild, engelsk betydelse, påtagligt annorlunda jämfört med dess kontinentaleuropeiska motsvarigheter.<sup>60</sup> Även latinets förespråkare noterar skillnader i latinska juridiska termers betydelse mellan olika rättssystem. Ristikivi ser, i enlighet med Šarčević, en tydlig skillnad mellan *common law* och *civil law* traditionen i detta hänseende.<sup>61</sup> Existensen av en sådan skiljelinje har på senare tid bekräftats av en undersökning av juridiska ordböcker på tyska, engelska, polska, franska, spanska och italienska. Undersökningen demonstrerade att endast en fjärdedel av de tyska latinska begreppen återfanns i de engelska ordböckerna. Ordböckerna i de övriga *civil law* systemen i undersökningen hade tre gånger så många latinska juridiska begrepp gemensamt med de tyska ordböckerna som med de engelska. Identiska begrepp hade stundtals olika innebörd i olika rättssystem.<sup>62</sup>

Slutligen kan noteras att också påståendet att det juridiska latinet är på frammarsch kan ifrågasättas. Tiersma kommenterar McLeods ovan refererade undersökning och konstaterar att den måhända inte ger en helt korrekt bild av verkligheten, då den är begränsad till 15 vanliga begrepp och fraser.<sup>63</sup> Dessutom påpekar Tiersma att de begrepp och fraser som enligt McLeod ökar tydligt i användning antingen är icketekniska, det vill säga allmänspråkliga, såsom *inter alia*, eller har tydliga engelska motsvarigheter, såsom *ratio decidendi*. Således används latin inte huvudsakligen för att förmedla särskilda juridiska koncept utan för att imponera på läsaren.<sup>64</sup> Ristikivi hävdar, med hänvisning till bland annat Mattilas ovan refererade undersökning av den finländska juridiska litteraturen, att bruket av latinska juridiska termer ökat markant den senaste tiden.<sup>65</sup> Det är emellertid tveksamt i vilken grad Mattilas undersökning ger stöd åt Ristikivis påstående. Mattilas slutsats är att användningen av latin minskat klart mellan 1950 och 1990. Det totala antalet latinska juridiska begrepp på 1950-talet var 900, jämfört med endast 600 för 1990-talet, trots att underlaget för 1950-talet (läroböcker och avhandlingar) inte ens var hälften så omfattande som underlaget för 1990-talet.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Šarčević 1997, s. 263.

<sup>61</sup> Ristikivi 2005, s. 201.

<sup>62</sup> Mattila 2002, s. 748–753.

<sup>63</sup> McLeod undersöker frekvensen av *ab initio*, *expressio*, *inter alia*, *jus tertii*, *locus*, *malum in se*, *mutatis mutandis*, *noscitur a sociis*, *nunc pro tunc*, *obiter dictum*, *ratio decidendi*, *res gestae*, *sua sponte*, *sub silentio* och *vel non* i tre amerikanska domstolar (inklusive den federala Högsta domstolen) åren 1900-1990, McLeod 1997, s. 237–238.

<sup>64</sup> Tiersma 2005, s. 8–9. Det bör emellertid påpekas att McLeod medvetet valt begrepp som inte har en juridisk, teknisk betydelse. Eftersom begreppen i undersökningen inte har en sådan teknisk betydelse är domarna så att säga inte tvungna att använda dem. När de faktiskt ändå gör det antyder det att de finner begreppen användbara, McLeod 1997, s. 237.

<sup>65</sup> Ristikivi 2005, s. 201, not 12.

<sup>66</sup> Mattila 2000, s. 288–289.



## Ett förslag till en väg framåt

Man ska emellertid inte heller överdriva svårigheterna vid användandet av latinska juridiska termer. Så hävdar exempelvis de Groot att användandet av begreppet *rights in rem* i den engelska versionen av Bryssel förordningen<sup>67</sup> är ett utmärkt sätt att fånga det kontinentaleuropeiska begreppets innehåll i avsaknad av rimliga motsvarigheter i juridisk engelska.<sup>68</sup> Mattilas undersökning av juridiska ordböcker demonstrerar att en icke obetydlig del av det juridiska latinet är internationellt till sin karaktär.<sup>69</sup> Vad gäller internationell kommunikation är det givetvis särskilt allvarligt när samma begrepp har olika innebörd i olika rättsliga system. Här betonar emellertid Mattila att betydelsen oftast är identisk, eller åtminstone snarlik. Han identifierar endast nio begrepp som har olika betydelse i engelska jämfört med tyska ordböcker. En del av dessa är välkända och av begränsad praktisk teknisk betydelse, såsom att *jus commune* på tyska betecknar den medeltida gemensamma rätten medan begreppet på engelska representerar *common law*. Risken för liknande missförstånd föreligger, enligt undersökningen, i 5–10 procent av fallen. Det bör också betonas att Mattila i grunden är positiv till latinets möjligheter att fungera som internationell kommunikation. Han pekar på två huvudsakliga, tänkbara åtgärder för att eliminera existerande svårigheter. Ett första alternativ skulle vara att förbättra kunskaperna om latin i allmänhet. Givet att det, också i framtiden, får anses osannolikt att fler än ett fåtal jurister kommer att vara kunniga i latin, är alternativ två att ta fram en internationell ordbok för latinska juridiska termer. Ordboken skulle demonstrera hur latinska termer används i olika rättssystem och därmed underlätta bruket av dessa begrepp.<sup>70</sup>

Mattilas undersökning är ett viktigt steg framåt för forskningen om den internationella förståelsen av latinska juridiska termer. En studie av juridiska ordböcker är emellertid till viss del begränsad. Det faktum att ett begrepp inte är inkluderat i en juridisk ordbok eller att det anges tillhöra ett främmande rättssystem är inte alltid sista ordet i frågan. Ett exempel på detta är termen *negotiorum gestio*, som traditionellt sett inte anses existera i det engelska rättssystemet. Oxfords juridiska ordbok över det engelska språket tar inte ens upp begreppet och Black's betecknar det som hörande till "Roman & civil law".<sup>71</sup> Sheehan demonstrerar emellertid att *negotiorum gestio* existerar också i *common law*, om än med vissa skillnader jämfört med det kontinentaleuropeiska konceptet.<sup>72</sup> Det är just denna väg jag menar att vi bör slå in på. Begrepp och

<sup>67</sup> Rådets förordning (EG) nr 44/2001, artikel 22.

<sup>68</sup> de Groot 2006, s. 428.

<sup>69</sup> Även Krzemińska-Krzywda 2006, s. 9–10, konstaterar att falska vänner i tysk-polsk rättslig terminologi är ett marginellt fenomen och att de flesta ord med rötter i latinet tvärtom är äkta vänner.

<sup>70</sup> Mattila 2002, s. 738–741 och 748–755 samt Mattila 2006, s. 156–157.

<sup>71</sup> A Dictionary of Law, Oxford University Press samt Black's Law Dictionary.

<sup>72</sup> Sheehan 2006, s. 278–279.

termer är naturligtvis viktiga i sig men studier på begreppsnivå bör kompletteras av undersökningar på tillämpningsnivå. Lagstiftning tillämpas inte i ett vakuum utan i en given kontext. I min egen forskning har jag funnit otaliga exempel på att nationella domstolar kan vara mycket flexibla i umgänget med gemenskapsrätten.<sup>73</sup> Det finns anledning att anta att detta gäller också kontakten med latinska juridiska termer, kanske till och med sådana som normalt inte förknippas med det nationella rättsliga systemet. Åtskilliga av de latinska juridiska begrepp som ovan framhållits som problematiska återfinns redan i gemenskapsrätten. *Negotiorum gestio* används exempelvis i den engelska versionen av den så kallade Rom II-förordningen.<sup>74</sup> *In rem* återfinns i många engelska versioner av lagstiftningsakter från Unionen, trots Šarčevićs varningar.<sup>75</sup> Vi behöver systematiska studier av tillämpningen av dessa och andra latinska juridiska begrepp i de nationella domstolarna för att få djupare kunskap om eventuella tillämpningsproblem. Det är ännu för tidigt att räkna ut latinet som potentiell brygga i den europeiska juridiska dialogen.

<sup>73</sup> Derlén 2009.

<sup>74</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007, artikel 2.

<sup>75</sup> Se exempelvis artikel 9–10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG och artikel 19 i Rådets förordning (EG) nr 207/2009.

## Källförteckning

### Offentligt tryck

Rådets förordning (EEG) nr 1 om vilka språk som skall användas i Europeiska ekonomiska gemenskapen, EGT 17, 6.10.1958, s. 385–386

Rådets förordning (Euratom) nr 1 om vilka språk som skall användas i Europeiska atomenergigemenskapen, EGT 17, 6.10.1958, s. 401–402

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars 2001 om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag, EGT L 110, 20.4.2001, s. 28–39

Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, EGT L 12, 16.1.2001, s. 1–23

Rådets förordning (EG) nr 920/2005 av den 13 juni 2005 om ändring av förordning nr 1 av den 15 april 1958 om vilka språk som skall användas i Europeiska ekonomiska gemenskapen och förordning nr 1 av den 15 april 1958 om vilka språk som skall användas i Europeiska atomenergigemenskapen och om införande av tillfälliga bestämmelser om undantag från de förordningarna, EUT L 156, 18.6.2005, s. 3–4

Rådets slutsatser den 13 juni 2005 om officiell användning av ytterligare språk inom rådet och eventuellt andra av Europeiska unionens institutioner och organ, EUT C 148, 18.6.2005 s. 1–2

Akt om villkoren för Republiken Bulgariens och Rumäniens anslutning och om anpassning av de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen, EUT L 157, 21.6.2005 s. 203–220

Administrativt arrangemang mellan Konungariket Spanien och Europeiska unionens råd, EUT C 40, 17.2.2006, s. 2–3

Administrativ överenskommelse mellan Europeiska kommissionen och Konungariket Spanien, EUT C 73, 25.3.2006, s. 14–15

Rådets förordning (EG) nr 1791/2006 av den 20 november 2006 om anpassning av vissa förordningar och beslut när det gäller fri rörlighet för

varor, fri rörlighet för personer, bolagsrätt, konkurrenspolitik, jordbruk (även veterinär och fytosanitär lagstiftning), transportpolitik, beskattning, statistik, energi, miljö, samarbete i rättsliga och inrikes frågor, tullunion, yttre förbindelser, den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken och institutioner, med anledning av Bulgariens och Rumäniens anslutning, EUT L 363, 20.12.2006, s. 1–80

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II), EUT L 199, 31.7.2007, s. 40–49

Administrativt arrangemang mellan regeringen i Förenade kungariket Storbritannien och Nordirland och Europeiska unionens råd, EUT C 194, 31.7.2008, s. 7–8

Rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken (kodifierad version), EUT L 78, 24.3.2009, s. 1–42

## Litteratur

Ballansat-Aebi, Suzanne (2003), *Machmal steckt der Teufel im Detail: Präpositionen in englischen Rechtstexten*, *Hieronymus* 1, s. 59–66

Burr, Isolde & Gallas, Tito (2004), *Zur Textproduktion im Gemeinschaftsrecht*, i Müller, Friedrich & Burr, Isolde (red.), *Rechtssprache Europas – Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin

Charrow, Veda R, Crandall, Jo Ann och Charrow, Robert P (1982), *Characteristics and Functions of Legal Language*, i Kittredge, Richard & Lehrberger, Johan (red.) *Sublanguages - Studies of Language in Restricted Semantic Domains*, Walter de Gruyter, Berlin New York

de Groot, Gerard-René (2006), *Legal Translation*, i Smits, Jan M. (red.) *Elgar encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham

Derlén, Mattias (2009), *Multilingual Interpretation of European Union Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn

Dyrberg, Peter (1999), *Sprog og sprogregler i EU*, *EU-ret & Menneskeret* 4, s. 144–156

Engberg, Jan (2002), *Legal Meaning Assumptions – What are the Consequences for Legal Interpretation and Legal Translation?*, *International Journal for the Semiotics of Law* 15, s. 375–388

Engberg, Jan (2004), Statutory Texts as Instances of Language(s): Consequences and Limitations on Interpretation, *Brooklyn Journal of International Law* 29, 1135–1166

van Erp, Sjef (2003), Linguistic Diversity and a European Legal Discourse (Editorial), *Electronic Journal of Comparative Law* vol. 7.3

Garzone, Giuliana (2000), Legal Translation and Functionalist Approaches: a Contradiction in Terms?, i *La Traduction juridique. Histoire, theorie(s) et pratique, Actes*, Université de Genève, Ecole de Traduction et d'Interpretation / ASTTI, Bern & Genève

Gazzola, Michele (2006), Managing Multilingualism in the European Union: Language Policy Evaluation for the European Parliament, *Language Policy* 5, s. 393–417

Geeroms, Sofie M.F (2002), Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal should not be Translated, *American Journal of Comparative Law* 50, s. 201–228

Gibbons, John (1999), Language and the Law, *Annual Review of Applied Linguistics* 19, s. 156–173

Gillies, Paul S (2002), Latin in Vermont Law, *Vermont Bar Journal*, December, s. 15–18

Huntington, Robert (1991), European Unity and the Tower of Babel, *Boston University International Law Journal* 9, s. 321–346

Hönig, Hans G. & Kußmaul, Paul (1982), *Strategie der Übersetzung, Ein Lehr- und Arbeitsbuch*, Gunter Narr Verlag, Tübingen

Kahaner, Steven M (2006), Legal Translation Today: Toward a Healthier State of Reality, *International Law Practicum* 19, s. 80–83

Kasirer, Nicholas (2001), Francois Geny's Libre Recherche Scientifique as a Guide for Legal Translation, *Louisiana Law Review* 61, s. 331–352

Kennedy, Rose (2000), Much Ado About Nothing: Problems in the Legal Translation Industry, *Temple International and Comparative Law Journal* 14, s. 423–444

Kjær, Anne Lise (1998), Ret og sprog i EU: Mangfoldighed, sproforbistring – og grænser for integration?, *Retfærd* 83, s. 4–14

Kjær, Anne Lise (1999), *Recht und Sprache in der Europäischen Union*.

*Zur Rolle der Mehrsprachigkeit des EU-Rechts im Integrationsrechtlichen Prozess*, CORE Working Paper 3/1999

Kjær, Anne Lise (2008), The Every-Day Miracle of Legal Translation, *International Journal for the Semiotics of Law* 21, s. 67–72

Knütel, Rolf (1994), Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2, s. 244–276

Koopmans, Thijmen (1992), Towards a New “Ius Commune“, i de Witte, Bruno & Forder, Caroline (red.) *The common law of Europe and the future of legal education / Le droit commun de l’Europe et l’avenir de l’enseignement juridique*, Kluwer Law International, Deventer

Krzemińska-Krzywda, Joanna (2006), Falsche Freunde in der Rechtsterminologie Polnisch-Deutsch, *Deutsche Grammatik im europäischen Dialog, Beiträge zum Kongress Krakau 2006*, <http://krakau2006.anaman.de/>

Legrand, Pierre (2001), The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies beyond Pleasure, *Tulane Law Review*. 75, s. 1033–1051

Legrand, Pierre (2005), Issues in the Translatability of Law, i Bermann, Sandra & Wood, Michael (red.) *Nation, Language and the Ethics of Translation*, Princeton University Press, Princeton

Maley, Yon (1987), The Language of Legislation, *Language Society* 16, s. 25–48

Mattila, Heikki (2000), Latinet i den finländska juridiska litteraturen, *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 3, s. 269–322

Mattila, Heikki (2002), De Æqualitate Latinitatis Jurisperitorum – le latin juridique dans les grandes familles de droit contemporaines a la lumière des dictionnaires spécialisés, *Revue internationale de droit comparé* 3, s. 717–758

Mattila, Heikki (2006), *Comparative Legal Linguistics*, Ashgate, Aldershot

McLeod, Peter R (1997), Latin in Legal Writing: An Inquiry into the use of Latin in the Modern Legal World, *Boston College Law Review* 39, s. 235–251

Mellinkoff, David (1963), *The Language of the Law*, Little, Brown and Company, Boston

Michaels, Ralf (2006), The Functional Method of Comparative Law, i Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard (red.) *The Oxford Handbook*

*of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford

Newmark, Peter (1988), *A Textbook of Translation*, Prentice Hall, New York

Pozzo, Barbara (2003), Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology, *European Review of Private Law* 6, s. 754–767

Pozzo, Barbara (2006), Multilingualism, Legal Terminology and the Problems of Harmonising European Private Law, i Pozzo, Barbara & Jacometti, Valentina (red.) *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn

Ristikivi, Merike (2005), Latin: The Common Legal Language of Europe?, *Juridica International* X, s. 199–202

Rotman, Edgardo (1995), The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects, *Indiana International and Comparative Law Review* 6, s. 187–196

Šarčević, Susan (1997), *New Approach to Legal Translation*, Kluwer Law International, The Hague

Šarčević, Susan (2000), Legal Translation and Translation Theory: a Receiver-oriented Approach, i *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Actes, Université de Genève, Ecole de Traduction et d'Interpretation / ASTTI, Bern & Genève

Schübel-Pfister, Isabel (2004), *Sprache und Gemeinschaftsrecht – Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof*, Duncker & Humblot, Berlin

Sheehan, Duncan (2006), *Negotiorum gestio*: A Civilian Concept in the Common Law?, *International and Comparative Law Quarterly* 55, s. 253–279

Tiersma, Peter (2005), *Some Myths about Legal Language*, Loyola Law School Legal Studies Paper No. 2005-26

Weston, Martin (1991), *An English Reader's Guide to the French Legal System*, Berg, New York/Oxford

Yates, Sarah (2006), Scaling the Tower of Babel Fish: An Analysis of the Machine Translation of Legal Information, *Law Library Journal* 98, s. 481–500

Zimmermann, Reinhard (1994), Roman Law and European Legal Unity, i Hartkamp, A.S (red.) *Towards a European Civil Code*, M. Nijhoff, Dordrecht

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein (1998), *Introduction to Comparative Law*, tredje upplagan, Clarendon Press, Oxford

### **Annat material**

*A Dictionary of Law*, sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford 2006

*Black's Law Dictionary*, åttonde upplagan, Thomson, St Paul 2004

*Translating for a Multilingual Community* 2009, Generaldirektoratet för översättning



Therese Enarsson

## Acknowledging Victims. The Implementation of Victims' Rights in National Justice Systems

The UN Declaration on Victims<sup>76</sup> and the Draft UN Convention on victims<sup>77</sup> serve as the starting point for this paper. In these international instruments we can find a number of guidelines concerning rights for victims of crime, such as the right to a fair trial, access to various kinds of support, proper treatment by officials during the legal process and information about the proceedings of their case etc. In this paper I will focus on discussing the importance of national victimology research that is being conducted concerning the possibilities of implementing victims' rights. This will be done by using the right to fair and sensitive treatment and the right to information as examples of rights that need to be incorporated nationally. This is also the main focus of my doctoral thesis which concerns victims' rights in Sweden and how these rights are and can be implemented in national legislation.

<sup>76</sup> Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985.

<sup>77</sup> DRAFT UN Convention on Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power.

## Information and treatment of victims according to the UN Declaration of Victims

Two main focuses in the UN Declaration of Victims are the importance of giving victims information and of treating them with respect during the legal process. The Declaration on Victims clearly states that “[v]ictims should be treated with compassion and respect for their dignity” (Article 4). Victims should also be protected and their safety and privacy looked after throughout the legal process. People who have been victims of crimes should also receive the help they may need – for instance medical or psychological help – from the government, community and voluntary groups. The Declaration also states that various kinds of mechanisms should be established or, if necessary, improved so that victims can gain access to them on a national level. These help mechanisms should be of a judicial and administrative character and the victim should be informed about how to access them. Victims should also receive information about their role in the process, the progress of the proceedings and the dispositions of their cases. This is, according to the Declaration, especially important in cases involving serious crime and when the victim has requested this information.

To make sure that the criminal justice system can meet these requirements the Declaration states that all concerned personnel should receive education concerning victims needs and be given instructions and guidelines about how to provide the necessary and proper assistance to victims.

### **The Draft UN convention on victims**

The UN Declaration on Victims is now being reformed into a convention, highlighting similar issues. Although many issues are alike, the draft UN Convention develops some of them even further – such as the treatment of victims – saying that

States Parties shall ensure that all officials and other persons dealing with victims treat them with courtesy, compassion, cultural sensitivity, and respect for their rights and dignity (Article 3).

Furthermore the draft states that victims shall be assured of receiving information of various kinds, and they should be informed of this right when first coming into contact with the law enforcement or legal system. How and what information should be given to victims is stated quite specifically in the draft. General information should be given in the most appropriate way, oral or in written form, and more specific information should be given to the victim in person. The minimum information that victims have the right to receive during the legal process is laid down in Article 7 (1), and covers for example how to obtain and gain access to health and social services and other relevant assistance, where and

to what organisations they can turn to for support, how they can obtain protection and what is required for them to be entitled to compensation.

If victims specifically ask for information concerning, for example, the outcome of their complaint or the court's sentence the State Parties should make sure that they receive this. State Parties should also give victims, at least if they may be in danger, information about when the person prosecuted or sentenced for a crime against them is released (Article 7 (2)). Like the Declaration, the Draft Convention also points out the importance of the education and training of those working with victims. The draft develops this issue, and states that the aim of the education should be to lead to an improvement in methods and attitudes that will benefit victims in that they will be protected and dealt with efficiently and with sensitivity. More specifically the aim of this education is to avoid victims experiencing secondary victimization when in contact with the criminal justice system (Article 12 (5)).

## What victims need and want

Secondary victimisation is the emotional stress and suffering that victims can experience if they are met with disbelief, ignorance or other kinds of ignorant behaviour when in contact with the judicial system after a crime has been committed. Research has shown that the criminal justice system can prevent the occurrence of secondary victimisation if it helps victims during the legal process by showing them respect and understanding and providing them with information on matters that are important to them.<sup>78</sup>

The reactions of victims of crime vary, depending, for example, on the victim's personality, the crime that was committed against them and their social network. Some reactions, however, are more general among victims, such as feelings of low self-esteem, of not feeling safe or secure, fear, anxiety and difficulties understanding the information they have been given about the crime or the legal process.<sup>79</sup> These reactions may be aggravated and prolonged if the judicial system treats them badly.<sup>80</sup> Victims in 30 different, mainly developed countries,<sup>81</sup> when asked about their experience of law enforcement gave as reasons for their dissatisfaction that: the police "did not do enough"; lack of shown interest on the

<sup>78</sup> Goodey, 2005, p. 157.

<sup>79</sup> Bisson & Shepard, 1995, and Kesteren, Mayhew & Nieuwbeerta, 2000.

<sup>80</sup> Goodey, 2005.

<sup>81</sup> van Dijk, Kesteren, & Smit, 2007. The survey was conducted during the years 2004-2005, and contains data from 30 different countries - Australia, Austria, Belgium, Bulgaria, Canada, Denmark, England, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, Mexico, Netherlands, New Zealand, Northern Ireland, Norway, Poland, Portugal, Scotland, Spain, Sweden, Switzerland, USA.

part of the police; no offender had been caught and the police had not given the victim any information.<sup>82</sup> Thus, victimology research and victims surveys, i.e., victims themselves also point out the importance of informing them of their rights and of professionals treating them properly. This is consistent with the guidelines and with the aims of both the Declaration and the coming Convention, and this is of great importance and a prerequisite for achieving results that will actually benefit victims.

Nevertheless, there are other factors that come into play when seeing to that victims' rights, according to these international documents, are actually incorporated into national legislation in such a way that they can serve victims. One such factor is whether or not, on a judicial level, this can be fully implemented within the different national justice systems.

## Implementation

In this paper Sweden and the developments in victims' rights, and Swedish legislation in this area will serve as examples of the importance of looking into the real possibilities of the criminal justice system implementing victims' rights. To understand victims' rights in Sweden it is important to have some insight into how the legal system is constructed and the parts the various legal actors play in this system. An overview of the roles of the police, the prosecutors and the courts, concentrating on creating an understanding of how their different roles can affect victims' rights, is therefore necessary.<sup>83</sup>

### **The Swedish judicial system**

The police service in Sweden differs from police forces in many other countries since it is a national police force, with local police authorities in every county. The county police authority is responsible for local police work, meaning that victims who come into contact with the police usually do so in a local context. However, there are national laws and guidelines stating how the police shall work with victims, which are then interpreted, developed and hopefully implemented by the local police.<sup>84</sup> The police are responsible for maintaining public order and security,

<sup>82</sup> van Dijk, Kesteren & Smit, 2007, p. 117-118.

<sup>83</sup> For brief and general information on the Swedish judicial system, see The Swedish judicial system - a brief presentation, Ministry of justice, 2007, found at <http://www.sweden.gov.se/>.

<sup>84</sup> 1984:387 The Police Act [SFS 1984:387 Polislag], 1998:1558 The Police Ordinance [SFS 1998:1558 Polisförordning]. For national and local guidelines for the Polices' work with victims, see The National Police Board, A national action plan – Working with victims in the police force (2003) [Rikspolisstyrelsen, En nationell handlingsplan – Brottsofferarbetet inom polisen, 2003], and The National Police Board, Victims – Guidelines for the Police in supporting victims locally (2001), [Rikspolisstyrelsen, Brottsoffer- En handledning för Polisens del i lokalsamhällets brottsofferstödande arbete, 2001].

preventing crime and investigating crime.<sup>85</sup> According to Swedish legislation the main responsibility for victims in the legal process, especially concerning supplying them with essential information, also rests with the police.<sup>86</sup>

The Swedish Prosecutor Authority is responsible for national issues concerning prosecutors' assignments and sets up frameworks and guidelines for prosecutors work with, for instance, victims. There are also local prosecutors' offices around Sweden of which a large number are general public prosecution offices. The public prosecutors are central to the judicial system, as they lead the preliminary investigation and represent the state in court.<sup>87</sup> The prosecutor must make sure that the crime is thoroughly investigated, and that the investigation is conducted in a neutral and objective manner taking into consideration both evidence that favours the suspects or defendants and evidence that does not.<sup>88</sup> The prosecutors' responsibility to remain objective throughout the legal process is, therefore, an important part of maintaining legal security in Sweden.

The Swedish courts and judges are independent in relation to the Riksdag (the Swedish Parliament) and the proceedings are open for the public. This is also a way of maintaining legal security. Any restrictions to the principle of public access must be clearly stated in an act of law - one such restriction is that the proceedings may be closed to the public to protect the victim's identity or integrity.<sup>89</sup> It is also the judges' responsibility to see to it that everyone attending court is treated with respect, meaning for example that judges should intervene if victims are asked inappropriate or insulting questions.<sup>90</sup>

Thus, the actors in the Swedish legal system have differing responsibilities and roles in the legal process, but to some extent they all play an important part in making sure that victims' rights are considered throughout the criminal justice system, on both a national and regional level.

## **Implementation of victims' rights in Sweden**

Victims' rights in Sweden have steadily gained strength, especially over the last twenty years. Plaintiffs for example, in particular victims of very violent and/or

85 1984:387 The Police Act [SFS 1984:387 Polislag], section 1 and 2 [§§ 1,2]

86 1998:1558 The Police Ordinance [SFS 1998:1558 Polisförordning], section 6 [§ 6].

87 In less serious or less complicated cases the preliminary investigation is conducted by the police. 1942:740 The Swedish Code of Judicial Procedure [SFS 1942:740 Rättegångsbalk], Chapter 23, section 3, [Kap. 23 § 3].

88 1942:740 The Swedish Code of Judicial Procedure [SFS 1942:740 Rättegångsbalk], Chapter 23, section 4, [Kap. 23 § 4].

89 1942:740 The Swedish Code of Judicial Procedure [SFS 1942:740 Rättegångsbalk], Chapter 5, section 1 [Kap. 5 § 1].

90 1942:740 The Swedish Code of Judicial Procedure [SFS 1942:740 Rättegångsbalk], Chapter 5, section 9 [Kap. 5 § 9].

sexual crimes, have a right to their own representation in the legal process. This representative should ensure that the plaintiff's rights are considered, that they are given information about the process and that they are treated in an appropriate and respectful manner throughout the legal process.<sup>91</sup> Victims who attend court in Sweden are also allowed to bring someone, such as a friend or family member, for support.<sup>92</sup>

New legislation and the development of old legislation have taken place to allow the better observance of victims' rights. Furthermore, these rights can be seen in the law making process even if no new legislation ensues. Sweden is a civil law country, and our legislative history is of great importance when interpreting the law. Proposals for new legislation will often come in the form of a Government Bill, a Proposition, and before the Bill is presented to the Riksdag it is evaluated at the ministry relevant for that specific issue. The ministry then publishes the results of its analysis in a report (in the Government Report Series).<sup>93</sup> In both Propositions and reports in the Government Report Series apart from actual new proposals, expressions of the legislators view in certain matters, that may not necessarily aim at changing the law, can also be found. This is the case in many recent developments regarding victims' rights in Sweden. The emphasis on informing victims of their rights and treating them with sensitivity and respect during the legal process are examples of such developments. Although this has to some extent been expressed in legislative changes, in many cases it has been emphasized only through various propositions or reports.

During this time of development and focus of attention on victims in Sweden, the Swedish legislation has set up aims for the work of the judicial system (in this case meaning the police, prosecutors and courts) with victims. These aims are:

- To give victims continuous and suitable information about the process and specifically about their own case, and also to inform victims of their right to various kinds of help and support services.
- To show respect and understanding for the situation of the victims.
- To ensure coordination and collaboration in the approaches of the judicial system and in their treatment of victims.
- To give all personnel who come into contact with victims, from the policeman who files the report to the prosecutor in court, suitable education concerning victim behavior and needs.<sup>94</sup>

91 1988:609 The Injured Party Counsel Act [SFS 1988:09 Lag om målsägandebitråde].

92 1942:740 The Swedish Code of Judicial Procedure [SFS 1942:740 Rättegångsbalk], Chapter 20, section 15 [Kap. 20 § 15].

93 For information on the Swedish legal system, you can for example visit the website <http://www.sweden.gov.se/> or <http://www.loc.gov/law/help/sweden.php>.

94 The Government Report Series 1998:40, Victims. What has been done? What should be done? [Statens offentliga utredningar 1998:40, Brottsoffer. Vad har gjorts? Vad bör göras?], Proposition, Support for victims, 2000/01:79, [Proposition 2000/01:79, Stöd till brottsoffer].

The motivations behind these aims are based on the idea of a “win-win-situation” between the victim on one hand and the judicial system on the other, although, the main focus is on the victim and the benefits he or she would derive if these goals were met in the legal process. To achieve these goals the legislator emphasizes the importance of collaboration and coordination so that good working methods spread and are used throughout the different stages in the legal process, thus improving the quality throughout Sweden, leading in turn to a higher level of equivalence for victims in all parts of the country. This would not only help victims but also the legal system in general since coordination and collaboration could lead to a more efficient system where the legal actors, for example, do not work against each other.<sup>95</sup>

Like the UN Declaration on Victims and the Draft UN Convention on Victims the Swedish legislators also stress the importance of education, since this could give personnel within the judicial system the necessary knowledge about how and why victims should be treated a certain way, and why other kinds of treatment could have negative results for both the victims and the system itself. Understanding victims can, therefore, lead to a smoother process for the victim and a better judicial process, in the sense that the judicial system would be better able to assess testimonies. If victims feel safe and trusted when in contact with professionals after the committing of a crime it is also more likely that they will participate in the, often stressful, legal process, making this a question of legal security.<sup>96</sup>

However, victim surveys, both national and international studies, reveal that victims in Sweden are somewhat dissatisfied with how this is implemented in the legal process, showing that problems still occur when the legal actors are faced with these matters in practice.<sup>97</sup> This raises the question of whether it is in fact possible to incorporate victims’ rights into the Swedish legislation and whether the judicial systems can implement this legislation in their everyday work. If this is incompatible with other national legislation, it will never fully serve victims in the legal process. Other responsibilities and assignments need to be considered when examining the best way for victims’ rights to be incorporated into national legislation.

One example of a Swedish norm that may come into conflict with victims’ rights is the judicial system’s obligation to remain neutral and objective in the legal process. Prosecutors and the Swedish Prosecutor Authority, for example, have openly expressed concern about potential conflicts between being neutral and

95 Proposition, Support for victims, 2000/01:79, [Proposition 2000/01:79, Stöd till brottsoffer].

96 Proposition, Support for victims, 2000/01:79, [Proposition 2000/01:79, Stöd till brottsoffer].

97 Lindgren (2004), the Swedish National Council for Crime Prevention, National survey on safety, (2006 and 2007), [Brottsförebyggande rådet, Nationella trygghetsundersökningen 2006 and 2007], van Dijk, Kesteren, & Smit, 2007, p. 114-118.

still giving victims sufficient information and treating them in a way that is helpful to them.<sup>98</sup> This principal of objectivity can also be difficult for victims to understand, as they might think that the prosecutor is their representative, and are then surprised or disappointed when the prosecutor, for example, has to ask questions that are not in the victim's interest. In the last ten years an increase in demands from the legislator about how prosecutors should treat victims - such as greeting them in court, meeting them beforehand (if preferred and possible), and giving them general information - has brought to fore this question of objectivity versus good and sensitive treatment of victims.

Another example in Swedish legislation, that might lead to conflict with the goal of coordination and cooperation with regard to assignments, especially between the police and prosecutors, is the official secrets legislation. This could be a hindrance if it meant sharing certain, more specific, information about particular victims etcetera. However, the Draft Convention states that

States Parties shall ensure that personnel dealing with victims and witnesses make every effort to adopt an interdisciplinary and cooperative approach in aiding them. This approach may include protocols for the different stages of the justice process to encourage cooperation among bodies that provide services to victims and witnesses. (Article 12 (2))

How to relate to such issues needs, therefore, to be looked into and analysed, and hopefully the results will show if there is an actual conflict between these norms and if that is the case how to solve such a conflict on a judicial level.

## Conclusion

That potential conflicts are investigated and analyzed is of great importance for victims, the legal system and the legislators. For victims this research could show what real possibilities and rights victims in fact have, in terms of legal help, physical or mental help or economic aid and compensation. For the judicial system and its actors research into victims' rights is also important, since it is they who make sure that the rights and the legislation are incorporated into and followed throughout the entire legal process. For victims' rights to impact fully on the system the legal actors need to be able to implement them fully in their own routines and day-to-day work, without any conflicts with other national legislation, other norms or other assignments. Clarifying the meaning and importance of victims' rights so that the Criminal Justice System can understand and follow them is also a condition for their implementation.

98 The Prosecutor-General, Victims - The Prosecutor-Generals' guidelines and action plan for prosecutors work with victims of crime (2003), [Riksåklagaren, Brottsoffer – En redovisning av tre regeringsuppdrag (Riksåklagarens riktlinjer och handlingsplan för åklagarväsendets brottsoffrarbete), 2003].



Research on national legislation concerning victims is also significant for the legislators. Only when the real possibilities offered by this legislation, and there is an understanding of whether or not it can be fully incorporated into the national legal system, can the necessary legislative changes or developments be made.

International documents emerge from compromises between a wide variety of countries with vastly different cultures, financial situations and legal judicial systems. The effect of this may be that the documents become diluted and poorly adjusted to the State Parties and the legal systems within them. When countries do have potential conflicts between other national legislation and victims' rights, such as Sweden, it will be even more difficult to implement international documents that do not take national possibilities or problems into consideration. Article 12 (1) in the Draft Convention lays down that State Parties shall take the necessary measures, such as legislative changes, to ensure that implementation of the convention is possible. This article is perhaps a much needed reminder to national legislators; however, it will not in itself solve national problems concerning incorporating victims' rights.

Judicial solutions to *national* legislative conflicts, throughout the world, is in my opinion the most decisive factor for whether or not victims' rights, as expressed in international documents, will ever be fully incorporated. This in turn means that the results of victim surveys and victimology research – such as understanding the importance of treating victims with respect and giving them information about their case to ensure a smoother legal process and prevent secondary victimisation – is dependent on the possibilities for countries to implement victims' rights in national legislation. Thus if the possibilities of ways to incorporating victims' rights are slim or even impossible – due to clashes with other norms regarding the criminal justice systems responsibilities and assignments – there is little point in developing new international instrument or conducting victim surveys.

This shows the need for legal science to be combined with victimology, for a full understanding of the importance of victims' rights and how to best incorporate them in national judicial systems. Only judicial research on national implementation can analyze specific national problems and strengths. This is necessary to clarify if and how national legislation needs to be developed or changed. Only then can victims' rights achieve their full impact both nationally and internationally.

## References

Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985.

DRAFT UN Convention on Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power.

Bisson I. & Shepard P. (1995), and Kesteren, J.N.van, Mayhew, P. & Nieuwbeerta, P. (2000) Criminal Victimization in Seventeen Industrialised Countries: Key-findings from the 2000 international Crime Victims Survey. the Hague, Ministry of Justice, WODC. Onderzoek en beleid, nr. 187.

Dijk J. van, Kesteren, J.N.van & Smit, P. (2007) Criminal victimisation in international perspective - Key findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS, Boom Juridische uitgevers.

Goodey, Jo (2005) Victims and victimology - Research, Policy and Practice, Pearson Education.

Lindgren, Magnus, Victims in the legal process – the ideal victim and the authorities [Brottsoffer i rättsprocessen - om ideala brottsoffer och goda myndigheter], Jure förlag AB, 2004

The National Police Board (2003), A national action plan – Working with victims in the police force [Rikspolisstyrelsen, En nationell handlingsplan – Brottsofferarbetet inom polisen, 2003],

The National Police Board ((2001), Victims – Guidelines for the Police in supporting victims locally, [Rikspolisstyrelsen, Brottsoffer- En handledning för Polisens del i lokalsamhällets brottsofferstödande arbete, 2001].

The Prosecutor-General, Victims (2003), - The Prosecutor-Generals' guidelines and action plan for prosecutors work with victims of crime [Riksåklagaren, Brottsoffer – En redovisning av tre regeringsuppdrag (Riksåklagarens riktlinjer och handlingsplan för åklagarväsendets brottsofferarbete), 2003].

Ministry of justice (2001), The Swedish judicial system - a brief presentation.

The Swedish National Council for Crime Prevention (2006), National survey on safety, [Brottsförebyggande rådet, Nationella trygghetsundersökningen].

The Swedish National Council for Crime Prevention (2007), National survey on safety, [Brottsförebyggande rådet, Nationella trygghetsundersökningen].

## Swedish legislation and legal documents

1942:740 The Swedish Code of Judicial Procedure [SFS 1942:740 Rättegångsbalk],

1984:387 The Police Act [SFS 1984:387 Polislag]

1988:609 The Injured Party Counsel Act [SFS 1988:09 Lag om målsägandebiträde].

1998:1558 The Police Ordinance [SFS 1998:1558 Polisförordning].

The Government Report Series 1998:40, Victims. What has been done? What should be done? [Statens offentliga utredningar 1998:40, Brottsoffer. Vad har gjorts? Vad bör göras?]

Proposition, Support for victims, 2000/01:79, [Proposition 2000/01:79, Stöd till brottsoffer].

Government Offices of Sweden [Regeringskansliet]

<http://www.sweden.gov.se/>

Library of Congress

<http://www.loc.gov/law/help/sweden.php>.



# Lagstiftning om tvångsmedel. Utformning och tolkning av regelverken kring editionsplikt, beslag och reell husrannsakan

Lagstiftning om tvångsmedel är en typ av författning som blivit allt vanligare i lagstiftningssammanhang under de senaste åren.<sup>99</sup> Så har en mängd nya typer av tvångsmedel uppstått, t.ex. buggning och signalspaning.<sup>100</sup> Likaså har lagstiftaren utökat möjligheterna att använda redan befintliga tvångsmedel.<sup>101</sup>

Denna ökade betydelse av tvångsmedel gör det än viktigare att reflektera över de överväganden som är förenade med denna typ av författning. I de fall som tvångsmedel används sker ingrepp i grundläggande mänskliga rättigheter, vilket kan leda till stora olägenheter för den enskilde. Därvid är det viktigt att lagstiftaren begränsar möjligheterna till att använda tvångsmedel och noga reglerar förfarandet vid sådan användning. Likaså är det av vikt att rättstillämparen beaktar de starka rättssäkerhetskrav som gör sig gällande vid tolkning av de författningar som

<sup>99</sup> Beträffande denna utveckling se Lindberg 2007, s. 52–53, som på s. 52 menar att lagstiftaren under de senaste drygt tio åren "...gjort fler och väsentligt mer genomgripande ändringar i rättegångsbalkens tvångsmedelsregler än totalt under balkens första fyrtio år".

<sup>100</sup> Se lag (2007:978) om hemlig rumsavlyssning respektive lag (2008:717) om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet, den s.k. "FRA-lagen"; beträffande den sistnämnda lagen, se Klamberg 2009, s. 519–541.

<sup>101</sup> Se t.ex. de utökade möjligheterna till kroppsbesiktning genom tagande av salivprov i RB 28 kap. 12 a–12 b §§ som infördes genom SFS 2005:878 samt lag (2007:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott, som ger utökade befogenheter att besluta om hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning och hemlig kameraövervakning.

reglerar användningen av tvångsmedel. Samtidigt är det viktigt att reglerna inte blir alltför tandlösa, så att medborgarnas rättstrygghet blir eftersatt.

Frågor som ventilerats med anledning av denna utveckling är exempelvis vad enskilda tvångsmedel innebär, om regelverken är väl avvägda och om de utökade möjligheterna behövs mot bakgrund av den hotbild som föreligger.<sup>102</sup> Principiella diskussioner om vilka krav som bör ställas på lagstiftning om tvångsmedel är däremot sällsynta.<sup>103</sup>

Nedan diskuteras för det första vilka allmänna krav som bör ställas på utformning respektive tolkning av lagstiftning om tvångsmedel. Dessa krav vinner – som kommer att framgå av det följande – stöd i rättskällor som t.ex. Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR). För det andra analyseras i vilken utsträckning som den nuvarande lagstiftningen och de senaste årens rättstillämpning svarar mot dessa krav.

Framställningen omfattar tvångsmedlen beslag, reell husrannsakan och editionsplikt i rättegångsbalkens 27, 28 respektive 38 kap.<sup>104</sup> Dessa tvångsmedel har det gemensamt att de är öppna,<sup>105</sup> d.v.s. de sker inte i det fördolda som t.ex. hemlig teleavlyssning och hemlig teleövervakning. Tvångsmedlen ger också uteslutande möjlighet att komma åt historisk information, d.v.s. information som redan existerar.<sup>106</sup> Vidare kan de sägas vara traditionella typer av tvångsmedel, eftersom deras rötter går tillbaka till tiden före RB:s tillkomst.<sup>107</sup>

Värt att poängtera är att artikeln inte avser att behandla alla tänkbara krav som gör sig gällande vid utformning och tolkning av lagstiftning om tvångsmedel. Istället bör den betraktas som en exemplifiering, som kan utgöra utgångspunkt för en fortsatt diskussion.

Den följande framställningen är indelad i två huvudavdelningar. Den första avdelningen inrymmer dels en analys av vilka särskilda krav som gör sig gällande

<sup>102</sup> Se t.ex. den debatt som fördes i media med anledning av införandet av den s.k. FRA-lagen och de bidrag som finns representerade i *SvJT nr 1 2007* på temat *Brottsbekämpning, rättssäkerhet och integritet– internationell och nationell utveckling* och *SvJT nr 4 2009* på temat *Skyddet för den personliga integriteten*.

<sup>103</sup> Viss diskussion har dock förekommit även inom detta ämne, se t.ex. Eriksson 2007, s. 130–135, samt Abrahamsson 2008, s. 9–22, och Abrahamsson 2009, s. 421–434. En diskussion om hur lagstiftning i allmänhet bör utformas förs i Wahlgren 2008, s. 35–59.

<sup>104</sup> Med reell husrannsakan avses husrannsakan i syfte att eftersöka föremål som kan tas i beslag eller i förvar eller annars för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet, 27 kap. 1 §; se vidare t.ex. Lindberg 2009, s. 543–544. De tre nämnda tvångsmedlen utgör studieobjekt för artikelförfattarens tilltänkta doktorsavhandling, som i skrivande stund bär arbetstiteln *Tillgången till handlingar för brottsutredare: En jämförande studie av instituten editionsplikt, beslag och handlingsoffentlighet*.

<sup>105</sup> Denna term används t.ex. av Thelin 2009, s. 514.

<sup>106</sup> Jfr den åtskillnad som görs mellan realtidsuppgifter och historiska uppgifter i SOU 2009:1, t.ex. på s. 62.

<sup>107</sup> Beslag och reell husrannsakan reglerades tidigare i lag om vissa tvångsmedel i brottmål (SFS 1933:182). Lagfästa regler om editionsplikt infördes först i och med RB:s tillkomst, men i vart fall inom civilprocessen var en allmän editionsplikt erkänd redan tidigare, se t.ex. SOU 1926:33 s. 154–155, prop. 1931:80 s. 105–106 och Kallenberg 1896, s. 16.

beträffande utformning av lagstiftning om tvångsmedel, dels en undersökning av i vilken mån de tre nämnda regelverken svarar mot dessa krav. I den andra avdelningen analyseras dels vilka särskilda hänsynstaganden en rättstillämpare har att göra vid tolkning av dylik lagstiftning, dels i vilken grad sådana hänsynstaganden har gjorts beträffande regelverken kring editionsplikt, beslag och reell husrannsakan. Artikelns avslutas med en diskussion om vilka slutsatser som kan dras av undersökningen. Först följer emellertid en analys av hur begreppet tvångsmedel skall definieras.

## Tvångsmedelsbegreppet

I RB 23 kap. 16 § stipuleras att "[o]m användande av tvångsmedel under förundersökningen gälla vad i 24–28 kap. stadgas". Någon närmare definition av vad som avses med tvångsmedel återfinns emellertid inte i RB eller annan lagstiftning.<sup>108</sup> Inte heller har detta begrepp någon oomtvistad innebörd i praxis eller doktrin. En förhållandevis utvecklad definition av tvångsmedel som hänvisats till i doktrinen är emellertid den som lanserades av Polisrättsutredningen.<sup>109</sup> Enligt denna avses med tvångsmedel sådana direkta ingripanden mot person eller egendom som företas i myndighetsutövning och utgör intrång i någons rättssfär; vidare krävs det att dessa åtgärder syftar till att åstadkomma ett konkret resultat och medför synbara eller kännbara verkningar för den som åtgärden riktas mot.<sup>110</sup> Lindberg påpekar att det enligt denna definition inte krävs att åtgärden verkställs med tvång, varför även t.ex. hemlig teleavlyssning och hemlig teleövervakning kan inrymmas i ett sådant tvångsmedelsbegrepp.<sup>111</sup>

Ett närliggande begrepp med en snävare innebörd är *straffprocessuella* tvångsmedel. Olivecrona indelar tvångsmedlen i straffprocessuella, civilprocessuella och förvaltningsprocessuella, beroende på inom vilken processform de används.<sup>112</sup> Med straffprocessuella tvångsmedel avser Polisrättsutredningen sådana tvångsmedel som används i brottsutredande syfte eller för att genomföra en brottmålsrättegång.<sup>113</sup> Beredningen för rättsväsendets utveckling förbehåller detta begrepp för åtgärder som får användas i

<sup>108</sup> Begreppet tvångsmedel förekommer även i t.ex. offentlighets- och sekretesslag (2009:400) 18 kap. 1 § 1 st.

<sup>109</sup> SOU 1995:47 s. 137–143. Hänvisningar återfinns t.ex. i Helmius 2000, s. 25–26 och Lindberg 2009, s. 5.

<sup>110</sup> SOU 1995:47 s. 137–143.

<sup>111</sup> Lindberg 2009, s. 5–6.

<sup>112</sup> Olivecrona 1968, s. 214.

<sup>113</sup> SOU 1995:47 s. 138.

brottsutredande syfte under en förundersökning.<sup>114</sup> Bylund definierar straffprocessuella tvångsmedel som (1) andra åtgärder än straff eller sanktioner, (2) som har funktioner inom straffprocessen och (3) som innebär tvång mot person eller egendom.<sup>115</sup>

Fråga är huruvida de tre aktuella regelkomplexen är att kategorisera som tvångsmedel respektive straffprocessuella tvångsmedel. Att beslag och husrannsakan utgör ett tvångsmedel i allmän mening och ett straffprocessuellt tvångsmedel i specifik mening synes klart. Mer osäkert är om reglerna om editionsplikt är att beteckna som tvångsmedel. Olivecrona menar att vitesföreläggande av editionspliktig och utfående av editionsobjekt med hjälp av kronofogdemyndigheten sakligt sett är att beteckna som ett tvångsmedel i vidsträckt betydelse.<sup>116</sup> Polisrättsutredningen anser att editionsplikt endast utgör en indirekt form av tvångsmedel, eftersom det mer direkt verkande tvånget endast blir aktuellt om den editionspliktige inte medverkar.<sup>117</sup> Bylund konstaterar att tvång att förete editionsobjekt med hjälp av handräckning inte brukar benämnas som straffprocessuella tvångsmedel ”i egentlig mening”, och att detta förfarande har en underordnad betydelse i brottmål.<sup>118</sup> I rättspraxis kring editionsplikt varierar det vidare huruvida editionsplikt enligt domstolen är att beteckna som ett tvångsmedel.<sup>119</sup>

I denna artikel kommer Polisrättsutredningens definition av begreppen tvångsmedel respektive straffprocessuellt tvångsmedel att användas. Detta innebär sålunda att beslag och reell husrannsakan är att beteckna som straffprocessuella och direkta tvångsmedel, medan editionsplikt utgör ett indirekt tvångsmedel.

## Utformning av lagstiftning om tvångsmedel

I det följande avsnittet behandlas fyra särskilda krav som gör sig gällande vid utformning av lagstiftning om tvångsmedel. Dessa fyra krav är (1) förutsebarhet, (2) ändamålsstyrning, (3) fakultativitet och (4) förenlighet med EKMR.

<sup>114</sup> SOU 2003:74 s. 106. Se även den diskussion kring denna definition som återfinns i Bring & Diesen 2009, s. 285.

<sup>115</sup> Bylund i Ekelöf III, s. 37–45

<sup>116</sup> Olivecrona 1968, s. 215.

<sup>117</sup> SOU 1995:47 s. 142. Även Sjöholm 1973, s. 62–63 talar om direkta och indirekta tvångsmedel.

<sup>118</sup> Bylund i Ekelöf III s. 39.

<sup>119</sup> Jfr å ena sidan RH 1996:121, där hovrätten betecknar editionsplikt som ett tvångsmedel, och å andra sidan NJA 2003 s. 107, där HD på s. 112 förefaller anse att detta institut inte utgör ett tvångsmedel.



## Förutsebarhet

Att kunna förutse de rättsliga konsekvenserna av ett handlande brukar framhållas som en viktig aspekt av begreppet rättssäkerhet.<sup>120</sup> Kravet på förutsebarhet gör sig emellertid gällande i olika hög utsträckning inom olika områden. Delar av civilrätten är t.ex. oreglerad, vilket medfört att rättsläget ofta är oklart. Likaså finns det flera generalklausuler inom detta område, t.ex. avtalslagens 36 §, som ger rättstillämparen utrymme för skönsmässiga bedömningar.

Lagstiftning om tvångsmedel bör däremot utformas så att det är möjligt att förutse under vilka förutsättningar tvångsmedel kan aktualiseras. Detta krav följer även av flertalet av Europakonventionens artiklar, vars krav på lagstöd för ingrepp även innefattar krav på att den aktuella lagstiftningen skall vara så pass preciserad att den är förutsebar.<sup>121</sup>

Beträffande regelverken kring editionsplikt, beslag och reell husrannsakan kan sägas att de är utformade på ett sådant sätt att de inte ger utrymme för beslutsfattarens skön i någon större utsträckning. Inte heller återfinns någon generalklausul bland dessa regler, utan tvärtom anges noga under vilka förutsättningar som respektive tvångsåtgärd kan tillgripas. En annan sak är att rättstillämparen ges möjlighet att efter en intresseavvägning avstå från att använda ett tvångsmedel fastän de formella förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, se nedan.

Däremot kan det diskuteras i vilken mån dessa regler är begripliga, vilket också är en förutsättning för att lagstiftning skall präglas av förutsebarhet. Med begriplighet avses i den följande framställningen ”...vad läsaren förstår av det som lagstiftaren har velat uttrycka med lagen”.<sup>122</sup> Då en lagtext brister i begriplighet kan den antingen vara otydlig (svårbegriplig) eller oklar (obegriplig). Med otydlig lagstiftning avses en sådan lagtext som ger upphov till tolkningssvårigheter, men där den rätta innebörden framgår av rättskällorna. En oklar lagtext innebär däremot att den rätta betydelsen inte säkert går att fastställa.<sup>123</sup> I det följande skall nämnas några exempel på olika typer av otydligheter och oklarheter i det aktuella regelverket i RB:<sup>124</sup>

Vissa av otydligheterna består i att rekvisit för tvångsmedlen inte finns uttryckta i lagtexten. Exempelvis utgör en förutsättning för beslag att det aktuella beslagsobjektet är tillgängligt, något som inte framgår av beslagsbestämmelserna i

<sup>120</sup> Se t.ex. Beyer 1990–91, s. 393–394 och Wahlgren 2008 s. 41.

<sup>121</sup> Laga stöd krävs t.ex. för inskränkningar av de rättigheter som följer av de i detta sammanhang relevanta artiklarna 8 och 10 EKMR (rätt till respekt för privatliv) samt artikel 1 i första tilläggsprotokollet (skydd för äganderätt). Beträffande laglighetskravet i dessa artiklar se Danelius 2007, s. 305, 371–372, 469–470.

<sup>122</sup> Hellner 1990, s. 220.

<sup>123</sup> Jfr den definition av klara stadganden som återfinns i Ekelöf I, s. 81–82.

<sup>124</sup> Huruvida en lagtext i ett visst avseende är otydlig eller oklar utgör i många fall en flytande gräns.

RB 27 kap. 1–3 §§.<sup>125</sup> Likaså finns det i regeln om processuell editionsplikt i RB 38 kap. 2 § ingen erinran om att en rättegång måste ha initierats för att editionsföreläggande skall kunna meddelas.<sup>126</sup>

Lagstiftningen präglas också av en ålderdomlig hänvisningsteknik, vilket kan göra bestämmelserna svårbegripliga. Som exempel härpå kan nämnas att det enligt huvudregeln i RB 28 kap. 1 § 1 st. krävs skäligen misstanke för att företa reell husrannsakan, något som emellertid endast framgår indirekt vid en samläsning med specialregeln i RB 28 kap. 2 § 2 st.<sup>127</sup>

Vidare kan bestämmelserna inte heller sägas ha uppdaterats i takt med samhälls- och teknikutvecklingen.<sup>128</sup> Så utgår exempelvis både bestämmelserna om beslag och editionsplikt alltså från ett traditionellt skriftligt dokument då de tar sikte på handlingar, vilket kan leda till osäkerhet i rättsläget då det gäller andra former av media.<sup>129</sup> Till skillnad från vad som gäller för TF – där även upptagningar numera inryms i begreppet handling – har sålunda det handlingsbegrepp som återfinns i RB inte uppdaterats.<sup>130</sup>

## Ändamålsstyrning

Viktigt är att lagstiftning utformas i enlighet med de ändamål som ligger bakom den.<sup>131</sup> Utformningen av lagstiftningen om tvångsmedel bör emellertid i ännu högre grad vara styrd av ändamål, eftersom rättsföljden – att tvångsmedlet används – endast kan aktualiseras då det föreligger ett särskilt lovvärt syfte. Detta krav framgår av RF 2 kap. 12 § 2 st., som stadgar att en begränsning av de grundläggande fri- och rättigheter som anges i RF 2 kap. endast får göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Likaså anges i Europakonventionens artikel 8 att var och ens rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens endast får inskränkas av offentlig myndighet om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till

<sup>125</sup> Detta krav framgår dock indirekt av bestämmelsen i RB 27 kap. 5 § 1 st. om rättens möjlighet att besluta om beslag, se SOU 1995:47 s. 357. I den tidigare bestämmelsen i lag (1933:182) om vissa tvångsmedel i brottmål 1 § framgick emellertid att endast ”påträffade” föremål kunde tas i beslag.

<sup>126</sup> Beträffande detta krav se t.ex. RH 1993:162. I straffprocessen kan emellertid editionsföreläggande meddelas redan under förundersökningen enligt RB 23 kap. 14 § 2 st.

<sup>127</sup> Detta förhållande har kritiserats av JO i JO 1992/93 s. 143 på s. 161–162. Se även Polisrättsutredningens förslag på denna punkt i SOU 1995:47 s. 514.

<sup>128</sup> Beträffande editionsplikt se Hjertstedt 2008.

<sup>129</sup> I rättspraxis har emellertid begreppet handling ansetts kunna omfatta annat än traditionella skriftliga dokument, t.ex. har HD i NJA 1998 s. 829 slagit fast att editionsplikten även gör det möjligt att tvinga fram utskrifter av handlingar som enbart finns lagrade på data. Perhard 2007/08, s. 395–412, diskuterar några av de problem som den nuvarande lagstiftningen kan ge upphov till vad beträffande elektronisk edition i tvistemål och skiljeförfarande.

<sup>130</sup> Som handling enligt TF 2 kap. 3 § 1 st. räknas dels framställning i skrift eller bild, dels upptagning som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med tekniskt hjälpmedel.

<sup>131</sup> Se t.ex. Lindblom 1999, s. 624.

förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter. Några dylika begränsningar gäller inte för lagstiftning som inte utgör en inskränkning i grundläggande rättigheter.

Om man ser till de aktuella regelverken är de också utformade på detta ändamålsstyrda sätt.<sup>132</sup> Så anges i RB 27 kap. 1 § att endast föremål som skäligen kan antas ha betydelse för utredning om brott eller vara avhänt någon genom brott eller förverkat på grund av brott får tas i beslag. På liknande sätt föreskrivs i RB 28 kap. 1 § att reell husrannsakan får ske i syfte att söka efter föremål som kan tas i beslag eller i förvar eller annars för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet m.m. För vilket ändamål rätten kan besluta om editionsföreläggande framgår vidare indirekt av att det enligt RB 38 kap. 2 § krävs att den aktuella skriftliga handlingen har betydelse som bevis.

### **Fakultativitet**

All lagstiftning är uttryck för en avvägning mellan olika intressen.<sup>133</sup> Exempelvis uppfattas ofta lagstiftning om tvångsmedel i allmänhet som en avvägning mellan effektivitet och olika grundläggande rättigheter, t.ex. integritet.<sup>134</sup>

Ibland är det emellertid nödvändigt att även rättstillämparen ges utrymme att göra en intresseavvägning. Så är fallet med de generalklausuler, som endast brukar ge vissa allmänt hållna riktlinjer och överlämnar det mesta av avvägningsproblematiken åt rättstillämparen. Annorlunda förhåller det sig med fakultativa bestämmelser, för vilka lagstiftaren mycket väl nog kan ange rekvisiten för en rättsföljd men där rättstillämparen ges en möjlighet att efter en intresseavvägning avstå från den föreskrivna rättsföljden fastän förutsättningarna i övrigt är uppfyllda.<sup>135</sup> Bärande skäl talar för att sådan intresseavvägning på rättstillämpningsplanet bör ske.<sup>136</sup> Som redan påtalats gäller för tvångsmedel den s.k. proportionalitetsprincipen, och för att en sådan avvägning skall kunna ske måste

<sup>132</sup> Då det gäller straffprocessuella tvångsmedel konstateras detta också av departementschefen i prop. 1988/89:124 s. 26–27.

<sup>133</sup> Jfr även teorin om rättvisa som avvägning mellan olika hänsyn, som innebär att en lag betraktas som rättvis då den utgör en adekvat avvägning mellan relevanta värden, se Peczenik 2005, s. 263–264. Se även Peczenik 1995 s. 376.

<sup>134</sup> Se t.ex. prop. 1931:80 s. 112. Beträffande olika modeller för att företa avvägningar, se Beckman 2006, s. 6–19.

<sup>135</sup> Beträffande termen fakultativ bestämmelse se Ekelöf I, s. 52–53. Jfr även den diskussion om avvägningsrekvisit – som väl närmast avser sådana faktorer som enligt lagtexten skall tillmätas vikt vid fakultativa avvägningar – som förs av Heuman 2006/07, s. 837–843.

<sup>136</sup> Lars Welamson använder sig av begreppsparet intresseavvägning på lagstiftningsplanet respektive rättstillämpningsplanet, se Welamson 1962, s. 28–29.

regelverket vara fakultativt till sin natur.<sup>137</sup> Europadomstolen gör också bedömningen av huruvida begagnandet av ett tvångsmedel är förenligt med EKMR utifrån ett helhetsgrepp, enligt vilket en mängd faktorer beaktas;<sup>138</sup> att täcka in alla dessa faktorer som rekvisit kan bli svårt för lagstiftaren.

Då det gäller de tvångsmedel som här är av intresse kan konstateras att reglerna om beslag och husrannsakan genomgående är fakultativa.<sup>139</sup> Något annat vore inte heller möjligt med tanke på att proportionalitetsprincipen är lagfäst för dessa tvångsmedel.<sup>140</sup>

Beträffande editionsplikt är det mer omdiskuterat om reglerna ger något utrymme för intresseavvägning på rättstillämpningsplanet. Att ett sådant utrymme skulle finnas följer inte av ordalydelsen i RB 38 kap. 2 §, där förutsättningarna för processuell editionsplikt anges.<sup>141</sup> Likaså har bestämmelserna om editionsplikt förutsatts vara obligatoriska i såväl äldre doktrin som rättspraxis.<sup>142</sup> I NJA 1998 s. 829 uttalar däremot HD att "[a]v ordalydelsen i 38 kap. 2 § RB framgår inte att det vid tillämpning av lagrummet skall ske en avvägning mellan utsikterna till att vad editionssökanden önskar bevisa skall komma att tillmätas relevans och motpartens intresse av att inte nödgas lämna ut en efterfrågad handling, men i praxis synes detta slag av avvägning ha förekommit (jfr NJA 1977 s. 254)."<sup>143</sup> Denna dom har emellertid kritiserats av Lars Heuman, som anser att en dylik avvägning är en nyskapelse som saknar laga stöd.<sup>144</sup> Vidare menar Bengt Lindell att ett editionsyrkande måste beviljas ifall förutsättningarna för edition utan varje tvekan är uppfyllda.<sup>145</sup> Frågan är emellertid om inte denna intresseavvägning på rättstillämpningsplanet vinner stöd i lagtextens utformning. I 4 § sägs nämligen att domstolen "äge" utfärda editionsföreläggande om förutsättningarna för editionsplikt är uppfyllda, ett verb som signalerar att bestämmelsen är fakultativ.<sup>146</sup>

<sup>137</sup> Med proportionalitetsprincipen avses att ett ingrepp får ske endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse, se t.ex. 27 kap. 1 § 3 st.

<sup>138</sup> Flertalet av Europadomstolens artiklar innehåller krav på att ett ingrepp måste vara nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för att vara konventionsenliga, se t.ex. artikel 8 och 10.

<sup>139</sup> Detta signaleras av att dessa bestämmelser – RB 27 kap. 1 § samt 28 kap. 1 och 3 §§ är försedda med verbet "får", jfr Ekelöf I, s. 52.

<sup>140</sup> Beträffande dessa tvångsmedel är proportionalitetsprincipen lagfäst i RB 27 kap. 1 § 3 st. och 28 kap. 3 a §.

<sup>141</sup> Processuell editionsplikt förutsätter att den skriftliga handlingen har betydelse som skriftligt bevis i rättegång, detta till skillnad från materiell editionsplikt som gäller oberoende av process, se Ekelöf IV 1992, s. 216.

<sup>142</sup> Se Welamson 1950, s. 300 och NJA 1982 s. 650, där det i domskälen på s. 653 uttalas att "[v]ad bolaget åberopat som skäl för att motsätta sig en ändring av TR:ns beslut – nämligen hänsynen till resenärens integritet – innefattar inte påstående om förekomsten av något sådant särskilt förhållande som enligt 38 kap. 2 § RB kan medföra undantag från skyldighet att förete skriftlig handling som bevis."

<sup>143</sup> NJA 1998 s. 829 på s. 833.

<sup>144</sup> Heuman, 1999–2000, s. 155–158.

<sup>145</sup> Lindell 2003, s. 451.

<sup>146</sup> Jfr Ekelöf I, s. 52.

Detta skulle således innebära att den processuella editionsplikten i sig är absolut, men att domstolen har en möjlighet men inte en skyldighet att utfärda föreläggande ifall editionsplikt föreligger. I samband med att proportionalitetsprincipen kodifierades för vissa straffprocessuella tvångsmedel uttalas i förarbetena vidare att den icke lagfästa proportionalitetsprincip som tidigare ansetts gälla för alla tvångsmedel fortsätter tillämpas "...i fråga om förfaranden enligt RB i övrigt, t.ex. när det gäller tvångsmedel i tvistemålsprocessen...".<sup>147</sup> Gällande rätt får därför sägas innebära att även editionsplikten är ett fakultativt tvångsmedel.<sup>148</sup>

### **Förenlighet med EKMR**

Sedan 1995 utgör Europakonventionen en del av svensk rätt. I RF 2 kap. 23 § föreskrivs dessutom att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden p.g.a. denna konvention. Ett grundläggande krav för all form av lagstiftning är sålunda att den är förenlig med EKMR. Då det gäller lagstiftning om tvångsmedel blir emellertid detta krav särdeles viktigt med tanke på att ett tvångsmedel i sig själv utgör en kränkning av EKMR, en kränkning som endast är godtagbar under vissa förutsättningar.<sup>149</sup> Ett särskilt krav som gör sig gällande beträffande lagstiftning om tvångsmedel är således att de utformas i enlighet med Europakonventionens krav.

I vilken mån de aktuella reglerna om editionsplikt, beslag och reell husrannsakan är förenliga med EKMR är naturligtvis svårt att slå fast med säkerhet. Klart är emellertid att flera av de rekvisit som formulerats som förutsättningar för eller undantag från respektive tvångsmedel svarar mot sådana faktorer som Europadomstolen tillmätt betydelse för bedömningen av huruvida ett ingrepp är konventionsenligt. För husrannsakan hos skäligen misstänkt gäller exempelvis ett krav på att det finns anledning att anta att ett brott har begåtts på vilket fängelse kan följa,<sup>150</sup> vilket ligger i linje med Europadomstolens restriktivitet att tillåta dylika tvångsmedel vid lindriga brott.<sup>151</sup> Likaså gäller det strängare förutsättningar för att kunna tillgripa husrannsakan hos annan än

<sup>147</sup> Prop. 1988/89:124 s. 28; överväganden kring proportionalitetsprincipen behandlas i nämnda prop. på s. 26–29. Se även JO 1997/98 s. 165 på s. 170.

<sup>148</sup> Detta synes också vara Heumans åsikt i Ekelöf IV 2009, s. 269.

<sup>149</sup> Flertalet av konventionens artiklar innehåller krav på lagenlighet, att vissa legitima ändamål skall vara för handen och att ingreppen skall vara nödvändiga i ett demokratiskt samhälle. Dessa krav har berörts i de tre föregående avsnitten ovan, varför kravet på förenlighet med EKMR även kan ses som ett sammanfattande krav på lagstiftning om tvångsmedel.

<sup>150</sup> Se RB 28 kap. 1 § 1 st.

<sup>151</sup> Se t.ex. Europadomstolens dom Buck mot Tyskland den 28 april 2005, pp. 47, 52.

skäligen misstänkt,<sup>152</sup> vilket harmonierar med Europadomstolens princip att det skall vara svårare att tillgripa tvångsmedel mot tredje man än mot misstänkt.<sup>153</sup>

Klart är också att de aktuella regelverken inte bedömts vara oförenliga med Europakonventionen i något avgörande av Europadomstolen efter det att EKMR blev en del av svensk rätt. Vid en slagning i Europadomstolens databas framgår nämligen att Sverige efter den 1 januari 1995 fällts av Europadomstolen vid ett tjugotal tillfällen, men att ingen fällande dom tar sikte på dessa regelverk.<sup>154</sup> Av detta resultat går det emellertid inte motsatsvis att sluta sig till att den svenska regleringen skulle vara förenlig med Europakonventionen.

I det följande skall emellertid lyftas fram två exempel på fall då de nämnda regelverkens utformning skulle kunna tänkas medföra att tvångsmedelsanvändning hamnar i strid med Europakonventionen:

Det ena exemplet tar sikte på då reglernas utformning kan tänkas stå i strid med det krav på lagenlighet som krävs för att kränkningar av de rättigheter som skyddas av EKMR skall vara tillåtna. Som redan nämnts innebär krav på lagenlighet inte enbart att tvångsmedelsanvändning skall ske med stöd av lag, utan även att den aktuella regleringen skall vara så preciserad att den är förutsebar. I fallet *Sallinen et al mot Finland* ansåg exempelvis Europadomstolen att de finska reglerna kring beslag och husrannsakan inte var så klara att kravet på förutsebarhet var uppfyllt; bl.a. var det oklart hur de olika reglerna förhöll sig till varandra med avseende på advokatsekretessen.<sup>155</sup> Tänkbart är därför att vissa brister i den svenska regleringen i detta avseende kan tänkas stå i strid med Europakonventionens krav på lagenlighet.<sup>156</sup>

Det andra exemplet rör ett specifikt fall då frånvaron av regler skulle kunna tänkas få till följd att den praktiska användningen av tvångsmedel innebär konventionsbrott. I de fall som det är åklagare eller polis som fattar beslut om husrannsakan gäller nämligen inga formella krav på detta beslut, vilket exempelvis innebär att det kan vara såväl skriftligt som muntligt.<sup>157</sup> Därmed är det i större utsträckning den enskilde beslutsfattaren som avgör i vilken mån ett beslut om husrannsakan exempelvis innehåller en precisering av omfattningen av husrannsakan.<sup>158</sup> Graden av en sådan precisering – t.ex. med avseende på vilka utrymmen som får undersökas och vilka beslagsobjekt som skall eftersökas – är emellertid en faktor som Europadomstolen i flertalet avgöranden tillmätt betydelse för frågan huruvida en husrannsakan varit konventionsenlig.<sup>159</sup> I fallet *Roemen*

<sup>152</sup> Se RB 28 kap. 1 § 2 st.

<sup>153</sup> Se t.ex. Europadomstolens dom, *Buck mot Tyskland* den 28 april 2005, pp. 48, 52.

<sup>154</sup> Databasen benämns ”Hudoc”, se Europadomstolen (utg.), HUDOC, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, lydelse 2009-09-02.

<sup>155</sup> Europadomstolens dom *Sallinen et al mot Finland* den 27 september 2005, pp 80–94.

<sup>156</sup> Jfr med exemplifieringen i avsnittet om förutsebarhet ovan.

<sup>157</sup> Se Lindberg 2009 s. 568 och även JO 1975/76 s. 132 på s. 154.

<sup>158</sup> Jfr de krav som Lindberg 2009 s. 568–571 anser bör ställas på beslut om husrannsakan.

<sup>159</sup> Se t.ex. Europadomstolens domar *Niemietz mot Tyskland* den 16 december 1992, p. 37, och *Buck mot Tyskland* den 28 april 2005, p. 50.

och Schmit mot Luxemburg ansåg domstolen exempelvis att det faktum att beslutet om husrannsakan formulerats i relativt vida termer i förening med att husrannsakan skett på ett tidigt stadium och syftade till att efterforska en journalists källa utgjorde en kränkning av artikel 8.<sup>160</sup> Tänkbart är därför att ett alltför opreciserat beslut om husrannsakan som fattats av en svensk brottsutredare skulle kunna bedömas som en kränkning av EKMR, särskilt ifall starka integritetshänsyn gör sig gällande i det aktuella fallet.

## Tolkning av lagstiftning om tvångsmedel

Beträffande tolkning av lagstiftning om tvångsmedel kommer två metoder att diskuteras i det följande. Dessa är tolkning i enlighet med EKMR och tolkning till fördel till den som drabbats av tvångsmedlet.

### **Tolkning i enlighet med EKMR**

I det föregående avsnittet har det argumenterats för att lagstiftaren har att utforma regler om tvångsmedel på ett sådant sätt att de harmonierar med EKMR, eftersom denna konvention är en del av svensk rätt och användning av tvångsmedel i sig innebär ett intrång i de rättigheter som skyddas av denna konvention. På samma grunder måste även en rättstillämpare som har att besluta om tvångsmedel tolka de inhemska bestämmelserna mot bakgrund av denna konvention, så att dessa bestämmelser inte tillämpas på ett konventionsstridigt sätt.

I vilken mån rättstillämparna verkligen beaktar EKMR är naturligtvis svårt att mäta. Det förefaller emellertid som om det alltså är så att domare och JO – i vart fall i publicerad rättspraxis – sällan hänvisar till detta regelverk, vilket skulle kunna vara ett tecken på att EKMR spelar mindre roll i rättstillämparnas avgöranden.<sup>161</sup> Måhända har detta sin grund i att svenska rättstillämpare fortfarande inte är förtrodda med att arbeta med detta material, som är beskaffat på ett påtagligt annorlunda sätt än inhemska domar. Tänkbart är också att svenska rättstillämpare har svårt att applicera de ofta mycket allmänt hållna uttalandena från Europadomstolen på ett konkret fall.

Värt att poängtera är emellertid att avsaknad av hänvisning till EKMR med nödvändighet inte behöver innebära att denna konvention inte har beaktats i ett avgörande. Ett klagande i denna fråga skulle därför kräva en regelrätt empirisk undersökning.

<sup>160</sup> Europadomstolens dom Roemen och Schmit mot Luxemburg den 25 februari 2003, pp. 70–71.

<sup>161</sup> RH 1999:97 utgör ett av fåtaliga exempel på domskäl i publicerade avgöranden som innehåller hänvisning till Europadomstolens praxis. Ett närmare klarläggande av i vilken utsträckning olika rättstillämpare hänvisar till EKMR skulle kräva en mer omfattande och systematisk undersökning.

## Tolkning till förmån för den som drabbas av tvångsmedlet

Då det i övrigt gäller vilka principer som bör gälla för tolkning av lagstiftning om tvångsmedel kan konstateras att det finns ett antal olika sätt att tolka lagstiftning rent allmänt. Exempelvis finns det en del mer allmänna metoder att tolka lagtext som språklig, systematisk och teleologisk tolkning.<sup>162</sup> Likaså finns det vid lagtolkning mer tekniska grepp i form av extensiv och restriktiv tillämpning samt analogier och motsatsslut.<sup>163</sup>

Med tanke på att tvångsmedel utgör intrång i grundläggande mänskliga rättigheter förefaller en rimlig utgångspunkt för lagtolkningen vara att den – vid osäkerhet i rättsläget – skall ske till förmån för den som drabbas av tvångsmedlet.<sup>164</sup> Med andra ord skulle det för tolkning av lagstiftning om tvångsmedel gälla en slags motsvarighet till den s.k. minimiregeln, som används vid avtalstolkning.<sup>165</sup>

En sådan minimiregel vinner också stöd i uttalanden i rättspraxis från t.ex. HD och hovrätterna.<sup>166</sup> Flera exempel finns också på att såväl JK som HD företagit relativt långtgående tolkningsoperationer beträffande de aktuella lagreglerna om editionsplikt, beslag och reell husrannsakan, tolkningar som företagits till förmån för den som drabbas av tvångsmedlet. I det följande skall fyra sådana exempel nämnas:

Då det gäller editionsplikt föreligger enligt RB 39 kap. 5 § i stort sett samma skyldighet att förete synföremål som att förete skriftliga bevis, detta under förutsättning att synföremålen har betydelse som bevis i en pågående rättegång. Beträffande processuell editionsplikt för andra synföremål än skriftliga handlingar föreligger emellertid inte lika många undantag från editionsplikten som i fråga om skriftliga bevis.<sup>167</sup> Denna särreglering synes emellertid ha överspelats av rättspraxis. I NJA 1981 s. 791 och NJA 1992 s. 307 har nämligen HD slagit fast att de undantag som gäller för edition av skriftliga bevis även kan gälla analogivis för synföremål som inte utgör skriftliga handlingar (i bägge rättsfallen hade det yrkats på edition av inspelat filmmaterial).<sup>168</sup> Sålunda har HD i dessa fall begränsat utrymmet för editionsplikt i strid med den uttryckliga ordalydelsen av lagtexten, d.v.s. tolkningen har skett till förmån för den som drabbas av editionsplikten.

<sup>162</sup> Se vidare Evers 1987, s. 38–42 och Lehrberg 2006, s. 111–113, 115.

<sup>163</sup> Se vidare Lehrberg 2006, s. 116–120.

<sup>164</sup> Se t.ex. Holmberg 1987, s. 667, och Holmberg m.fl., 2006, s. 35.

<sup>165</sup> Minimiregeln är en tolkningsregel rörande avtal som innebär att tolkningen sker till fördel för den förpliktigade, se exempelvis Bernitz 2008, s. 93–94 och Ramberg 2007, s. 154.

<sup>166</sup> Se t.ex. NJA 1990 s. 537 och RH 1999:97.

<sup>167</sup> Detta framgår av 39 kap. 5 §, som hänvisar till bestämmelserna om processuell editionsplikt beträffande skriftliga bevis i 38 kap. Då det gäller synföremål begagnar Ekelöf begreppen exhibitionsplikt och exhibitionsföreläggande, se Ekelöf IV 2009, s. 278–280 och Ekelöf V, s. 128.

<sup>168</sup> Dessa ställningstaganden grundade HD på att den befintliga särregleringen ursprungligen motiverades av de olikheter som gällde mellan skriftliga handlingar och andra föremål, en skillnad som överspelats av den tekniska utvecklingen.



JK har även argumenterat för en liknande tolkningsoperation då det gäller reglerna om förbud mot beslag. Enligt RB 27 kap. 2 § 1 men. gäller nämligen att en skriftlig handling inte får tas i beslag om innehållet i denna handling kan antas vara sådant att läkare, advokat, eller annan som avses i RB 36 kap. 5 § inte får höras som vittne om detta innehåll; för att sådant förbud skall gälla måste handlingen dessutom innehas av advokaten (eller motsvarande) eller den till vars förmån tystnadsplikten gäller. I ett JK-ärende rörande beslag av videoband menar emellertid Riksåklagaren i ett yttrande – som JK ställer sig bakom i denna del – att det finns sakliga skäl att med skriftlig handling jämställa andra beslagsobjekt. Riksåklagaren grundar sitt resonemang på det nämnda rättsfallet NJA 1981 s. 791, där HD ju ansåg att samma undantag skulle gälla vare sig det rörde sig om skriftliga handlingar eller andra synföremål. Riksåklagaren anser att en sådan tolkning innebär att ”...utrymmet för straffprocessuellt tvång minskar och kommer därför inte i konflikt med grundläggande regler om lagtolkning inom straffrätten”.<sup>169</sup>

Ett liknande exempel erbjuder NJA 1977 s. 403, som rör beslag och reell husrannsakan hos advokater. Även detta fall tar sikte på tolkning av beslagsförbudet i RB 27 kap. 2 §, som genom en hänvisning till RB 36 kap. 5 § bl.a. gäller för handlingar som innehåller uppgifter som anförtrotts advokater. I fallet hade åklagare i egenskap av förundersökningsledare i brottmål av rätten begärt tillstånd till husrannsakan hos en advokat i syfte att beslagta originalet till en handling som förmodades vara förvarad hos advokaten. Handlingen utgjordes av ett kontrakt mellan en klient till advokaten och ytterligare en person, och detta kontrakt hade kopierats på advokatens kontor. Vidare hade den aktuella handlingen åberopats av advokatens klient i en rättegång, där kopian av handlingen hade företetts; vad kontraktet behandlade var sålunda redan känt. Misstanke hade emellertid framkommit om att den ena namnteckningen på denna handling var förfalskad, en misstanke som skulle kunna bringas klarhet i genom att ett beslag skulle möjliggöra en närmare undersökning av originalhandling. HD konstaterade att underskrift på en handling är att betrakta som utgörande en del av innehållet i handling i den mening som avses i RB 27 kap. 2 §. Då det enligt HD i detta fall vare sig rörde sig om en handling som en klient anförtrott advokaten eller uppgifter om denna handling som klienten lämnat i samband med överlämnandet, omöjliggjorde inte regeln om vittnesförbud i RB 36 kap. 5 § att den aktuella handlingen togs i beslag. HD menade emellertid att det av lydelsen av RB 27 kap. 2 § framgår att beslagsförbud inte enbart råder i de fall då det rör sig om skriftliga meddelanden mellan advokat och dennes klient utan även andra hos advokat förvarade skriftliga handlingar, handlingar som i likhet med detta fall hade tillkommit före advokatens kontakt med klienten eller i vart fall oberoende därav.

<sup>169</sup> JK 2001-05-17, diarienummer 2806-00-21.

Denna lydelse antog domstolen hade kommit att bli betydligt mer vidsträckt än vad som föranleddes av ändamålet att tillgodose behovet av sekretess i förhållandet mellan advokat och klient. Mot bakgrund av att 27 kap. 2 § är en bestämmelse som givits till skydd för enskild person mot tvångsingripande från det allmännas sida menade emellertid HD att det förelåg hinder mot att tillämpa stadgandet i strid med denna dess lydelse, varför domstolen fann att det förelåg beslagsförbud i förevarande fall och att någon husrannsakan därför ej heller kunde ske.<sup>170</sup> Här har HD sålunda tillagt det aktuella beslagsförbudet en vid innebörd i förhållande till bestämmelsens syfte, en innebörd som är till förmån för den som drabbas av beslaget.<sup>171</sup>

Slutligen skall nämnas rättsfallet NJA 2003 s. 107, som rör förutsättningarna för editionsplikt under förundersökning. Enligt RB 23 kap. 14 § 2 st. 2 men. gäller att en förundersökningsledare får framställa editionsyrkande redan under förundersökningen, oavsett om det finns någon skäligen misstänkt till det aktuella brottet. I rättsfallet NJA 2003 s. 107 har emellertid slagits fast att den aktuella regeln endast gäller efter det att det att förundersökningen kommit så långt att det finns någon skäligen misstänkt person.<sup>172</sup> HD har sålunda i detta fall genom att tolka regeln till förmån för den som drabbas av ett tvångsmedel begränsat den möjlighet att använda tvångsmedlet som följer av lagtexten.

## Avslutning

Som inledningsvis nämnades är syftet inte med denna artikel att behandla alla tänkbara krav som gör sig gällande vid utformning och tolkning av lagstiftning om tvångsmedel. Vidare omfattar genomgången endast tre former av alla de tvångsmedel som existerar inom den svenska rättsordningen. De slutsatser som kan dras av föregående undersökning får därför göras med en viss försiktighet.

En observation är emellertid att det förefaller som om lagstiftaren respektive rättstillämparen i varierande utsträckning svarar mot de i denna artikel uppställda kraven på tvångsmedelslagars utformning och tillämpning. De aktuella regelverken svarar väl mot kraven på att lagstiftning om tvångsmedel bör ha en fakultativ och icke skönsmässig utformning samt endast kunna tillgripas för vissa särskilt lovvärda syften. Däremot är denna lagstiftning i viss mån otydlig och oklar. Vad beträffar kraven på att utformning och tillämpning av tvångsmedelslagar skall ske i enlighet med EKMR samt att tolkning skall ske till

<sup>170</sup> Två av fem justitieråd ansåg emellertid att det inte förelåg något beslagsförbud i detta fall.

<sup>171</sup> Avgörandet har kritiserats av Shaughnessy 2001, s. 496–502, som ifrågasätter om det av lydelsen i RB 27 kap. 2 § verkligen framgår att en handling som tillkommit oberoende av advokatens kontakt med klienten verkligen omfattas av beslagsförbudet.

<sup>172</sup> Domstolen motiverade sitt ställningstagande med att editionsplikten bör ha samma omfattning som vittnesplikten i detta avseende.

förmån för den som drabbas av beslaget är det svårt att – inom ramen för denna begränsade undersökning – dra några mer långtgående slutsatser.

En annan iakttagelse är de skillnader som i viss mån gäller mellan de direkta tvångsmedlen beslag och reell husrannsakan å ena sidan och det indirekta tvångsmedlet editionsplikt å den andra, beträffande frågan hur rättsvetarna och rättstillämparna förhåller sig till dessa olika slag av tvångsmedel. Som framgått har det i viss doktrin och rättspraxis hävdats att reglerna om editionsplikt – till skillnad från bestämmelserna om straffprocessuella tvångsmedel – inte har någon fakultativ utformning. Likaså har vissa rättsvetare och domare ifrågasatt om editionsplikt över huvud taget skall räknas som ett tvångsmedel.

# Källförteckning

## Offentligt tryck

Prop. 1931:80. Proposition till 1931 års riksdag angående huvudgrunderna till en rättegångsreform.

Prop. 1988/89:124 om vissa tvångsmedelsfrågor.

SOU 1926:33. Processkommissionens år 1926 avgivna betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Del III: Rättegången i tvistemål.

SOU 1995:47. Tvångsmedel enligt 27 och 28 kap. RB samt polislagen. Slutbetänkande av Polisrättsutredningen.

SOU 2003:74. Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen. Delbetänkande av Beredningen för rättsväsendets utveckling.

SOU 2009:1. En mer rättssäker inhämtning av elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen. Delbetänkande av Polismetodutredningen.

## Rättspraxis

NJA 1977 s. 403.

NJA 1981 s. 791.

NJA 1982 s. 650.

NJA 1990 s. 537.

NJA 1992 s. 307.

NJA 1998 s. 829.

NJA 2003 s. 107.

RH 1993:162.

RH 1996:121.

RH 1999:97.

JO 1975/76 s. 132.

JO 1992/93 s. 143.

JO 1997/98 s. 165.

JK 2001-05-17, diarienummer 2806-00-21.

Europadomstolens dom Niemietz mot Tyskland den 16 december 1992.

Europadomstolens dom Roemen och Schmit mot Luxemburg den 25 februari 2003.

Europadomstolens dom Buck mot Tyskland den 28 april 2005.

Europadomstolens dom Sallinen et al mot Finland den 27 september 2005.

## **Litteratur**

Abrahamsson, Olle (2008), Kriminalitetsbekämpelse og integritet i Bryde Andersen, Mads (red.), Forhandlingerne ved det 38. Nordiske Juristmøde i København 21–23 august 2008, Bind I, Den danske Styrelse, Köpenhamn, s. 9–22.

Abrahamsson, Olle (2009), Integritetsskydd med eller utan sunt förnuft, SvJT 2009, s. 421–434.

Beckman, Ludvig (2006), Godtagbart i ett demokratiskt samhälle? De hemliga tvångsmedlen och rätten till personlig integritet, SvJT 2007, s. 6–19.

Bernitz, Ulf (2008), Standardavtalsrätt, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Beyer, Claes (1990–91), Rättssäkerhet – en formsak, JT 1990–91, s. 389–402.

Bring, Thomas & Diesen, Christian (2009), Förundersökning, 4:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Danelius, Hans (2007), Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 3:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002), Rättegång: Första häftet, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm. [cit. Ekelöf I]

Ekelöf, Per Olof m.fl. (2006), Rättegång: Tredje häftet, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm. [cit. Ekelöf III]

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992), Rättegång: Fjärde häftet, 6:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm. [cit. Ekelöf IV 1992]

Ekelöf, Per Olof m.fl. (2009), Rättegång: Fjärde häftet, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm. [cit. Ekelöf IV 2009]

Ekelöf, Per Olof, m.fl. (1998), Rättegång: Femte häftet, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm. [cit. Ekelöf V]

Eriksson, Anders (2007), Några ord om reformbehovet i den lagstiftning som berör tvångsmedel m.m., SvJT 2007, s. 130–135.

Europadomstolen (utg.), HUDOC, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, lydelse 2009-09-02.

Evers, Jan (1987), Tolkning av lag och rättsfall, Liber, Malmö.

Hellner, Jan (1990), Lagstiftning inom förmögenhetsrätten: Praktik, teori, teknik, Juristförlaget, Stockholm.

Helmius, Ingrid (2000), Polisens rättsliga befogenheter vid spaning, Iustus Förlag, Uppsala.

Heuman, Lars (1999–2000), Editions förelägganden avseende ADB-baserad information och proportionalitetsgrundsatsen, JT 1999–2000 s. 152–158.

Heuman, Lars (2006/07), Avvägningsrequisit och möjligheten för en domstol att avvisa en fastställsetalan när käranden kan föra fullgörelsetalan?, JT 2006/07, s. 837–853.

Hjertstedt, Mattias (2008), Editionsplikten i en förändrad värld: Den nya teknikens krav på en oförändrad lagstiftningsprodukt i Enarsson, Therese, & Mannelqvist, Ruth (red.), Rätten, välfärden och marknaden: Rapport från 2008 års forskningsinternat, Rapporter och texter från Juridiska institutionen, Umeå universitet, nr 4, Umeå, s. 57–66.

Holmberg, Erik (1987), På spaning efter rättigheterna, SvJT 1987, s. 653–676.

Holmberg, Erik, m.fl. (2006), Grundlagarna: Regeringsformen, Successionsordningen, Riksdagsordningen, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Kallenberg, Ernst (1896), Om förpliktelsen till edition: Öfverläggningsämne vid det åttonde nordiska juristmötet. Stockholm.

Klamberg, Mark (2009), FRA:s signalspaning ur ett rättsligt perspektiv, SvJT 2009, s. 519–541.

Lehrberg, Bert (2006), Praktisk juridisk metod, 5:e uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala.

Lindberg, Gunnel (2009), *Straffprocessuella tvångsmedel: När och hur får de användas?*, 2:a uppl., Thomson Reuters, Stockholm.

Lindberg, Gunnel (2007), *Straffprocessuella tvångsmedel – några utvecklingslinjer*, SvJT 2007, s. 50–58.

Lindblom, Per Henrik, *Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsstruktur och grundfunktion*, SvJT 1999, s. 617–655.

Lindell, Bengt (2003), *Civilprocessen*, 2:a uppl., Iustus Förlag, Uppsala.

Olivecrona, Karl (1968), *Rättegången i brottmål enligt RB*, 3:e uppl., Norstedts, Stockholm.

Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag, Stockholm.

Peczenik, Aleksander (2005), *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 249–272.

Perhard, Lars (2007/08), *Något om elektronisk edition i tvistemål och skiljeförfarande*, JT 2007/08, s. 395–412

Ramberg, Jan & Christina (2007), *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Shaughnessy, Patricia L. (2001), *The Attorney-Client Privilege: A Comparative Study of American, Swedish and EU Law*, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, Stockholm.

Sjöholm, Erik (1973), *När och hur får polisen ingripa? Polisrättens allmänna grunder*, Statens nämnd för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer, Stockholm.

Thelin, Krister (2009), *Ge den enskilde integritetsupprättelse*, SvJT 2009, s. 506–518.

Wahlgren, Peter (2008), *Lagstiftning: Problem, teknik, möjligheter*, Norstedts Juridik, Stockholm.

Welamson, Lars (1950), *Rättegångsbalken och sekretesslagstiftningen*, FT 1950, s. 289–316.

Welamson, Lars (1962), *Läkarsekretessen: En rättslig undersökning*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm.





## Från Bryssel till Bryssel. Samma lag, ny lagstiftare – nya perspektiv?

Lisa och Erik Olsson, två svenska medborgare bosatta i Umeå, köper av Bilbolaget AB i Umeå en Volvo som är tillverkad i Göteborg. När Lisa, Erik och deras två barn senare befinner sig på bilsemester i Portugal blir de påkörda bakifrån av en annan bil. Lisa och Eriks Volvo börjar brinna och Lisa och de två barnen blir allvarligt brända. Lisa och Erik stämmer Bilbolaget i *Lisboa Tribunal Judicial* och gör gällande att Bilbolaget p.g.a. produktansvar är skyldiga ersätta de uppkomna skadorna. Är Bilbolaget, som inte haft någon annan kontakt med Portugal, skyldig försvara sig inför rätta i Lissabon?<sup>173</sup>

Frågan kan enkelt besvaras genom tillämpning av internationella privaträttsliga regler och närmare bestämt reglerna om domsrätt, d.v.s. de regler som avgör om ett mål med kopplingar till flera rättsordningar kan anhängiggöras i viss domstol. Innan den 1 mars 2002 besvarades frågan utifrån portugisiska domsrättsregler som ursprungligen byggde på nationella lämplighetsöverväganden och sedermera på Portugals åtaganden genom Brysselkonventionen. Sedan 1 mars 2002 regleras frågan istället av EU:s Bryssel I-förordning<sup>174</sup> som är direkt tillämplig i samtliga medlemsstater.<sup>175</sup> Det materiella innehållet i Brysselkonventionen och i Bryssel I-förordningen är väsentligen detsamma: talan om utomobligatoriskt skadestånd, till

<sup>173</sup> Exemplet är omständigheterna i det amerikanska målet *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980) (hädanefter ”World-Wide Volkswagen”) anpassade till en europeisk kontext.

<sup>174</sup> Förordning nr 44/2001/EG om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

<sup>175</sup> Artikel 249.2 i EG-fördraget. Begreppet ”medlemsstat” innefattar dock i Bryssel I-förordningen inte Danmark, se vidare nedan.

vilket produktansvar räknas,<sup>176</sup> får prövas vid domstolen i den ort där skadan inträffade.<sup>177</sup> Sedan Brysselreglernas tillkomst har svaret alltså varit enkelt och tydligt: ja, Bilbolaget måste inställa sig i Lissabon.

Med detta svar skulle utredningen av frågan och denna artikel kunna sluta. Jag tycker dock att det är intressant att Brysselreglernas innehåll *inte* förändrats trots att de gått från att vara folkrättsliga till att vara EG-rättsliga. Detta har också skett under en tid då EU som organisation blivit mindre mellanstatlig och mer överstatlig. Det framstår för mig som rimligt att de intressen som ligger bakom regler om domsrätt inte nödvändigtvis är desamma när det är EU som ligger bakom som när det är den nationella lagstiftaren och att detta borde få konsekvenser för reglernas materiella innehåll. I denna artikel kommer jag att utifrån det nämnda exemplet närma mig frågan om det finns principiella skillnader mellan när en fråga regleras av en nationell lagstiftare med tillämpning av en internationell konvention och när samma fråga regleras av EU och, i så fall, om dessa skillnader är rättsligt relevanta. Syftet med artikeln är inte att fastställa gällande rätt – rättsläget är som nämnts tämligen klart – utan att påvisa alternativa sätt att resonera.

Min ingång i frågeställningen är, som ska utvecklas vidare nedan, att situationen i exemplet prövats av USA:s högsta domstol och att den då kom till den motsatta slutsatsen: konstitutionella och framförallt federalistiska hänsyn gör att delstatsdomstolen inte kan kräva att bilhandlaren ska försvara sig där. EU behöver förstås inte gå samma väg som USA men det är i mitt tycke intressant att diskutera hur den europeiska rätten skiljer sig från den amerikanska och om dessa skillnader är motiverade.

Efter en kortare genomgång av den historiska utvecklingen av de europeiska domsrättsreglerna presenteras hur situationen i exemplet analyserats i en amerikansk kontext. Min slutsats är att trots att rättssystemen löser situationen i exemplet på helt olika sätt tycks skillnaderna vara av mer institutionell än principiell natur.

## Domsrätt i Europa

Brysselreglerna kan möjligen uppfattas som en naturlig och nödvändig företeelse men är ett modernt och ganska radikalt avsteg från hur det historiskt sett ut. I detta avsnitt ska i korthet redovisas hur reglerna om domsrätt utvecklats i Europa samt vilka hänsyn som haft betydelse för existensen respektive avsaknaden av domsrätt.

<sup>176</sup> Magnus & Mankowski 2007, s. 189.

<sup>177</sup> Bryssel I-förordningen, artikel 5(3).

### Från Rom till Rom (via Savigny)

Inom det romerska riket existerade flera rättssystem och därmed uppstod behov av lagvalsregler. Huvudregeln tros ha varit att individen omfattades av dennes personliga lag, oftast lagen där denne var född. Under tretton- och fjortonhundratalet ersattes denna utgångspunkt med en om territorialitet. Bakom detta tankesätt ligger ett fokus på statens (då kungens eller feodalherrens) suveränitet och rätt att styra över sitt territorium och de subjekt som befinner sig där.<sup>178</sup> Avvägningen mellan dessa teorier som huvudsakligen fokuserar på medborgarskap respektive territorium har legat till grund för den internationella privaträttens utveckling. Detta kom till uttryck i den s.k. statutteorin enligt vilken man bör skilja mellan personalstatut som följer med personen oavsett var denne befinner sig och sakstatut som är tillämpliga på egendom inom territoriet.<sup>179</sup> Det ”moderna” förhållningssättet introducerades 1849 av Friedrich Carl von Savigny enligt vilken rättsliga situationer måste undersökas från fall till fall för att avgöra vilken rättsordning de har den naturligaste anknytning till. Denna tanke, att fokus bör ligga på att finna den rättsordning som har närmast anknytning till situationen, genomsyrar än idag den internationella privaträtten, om än på lite olika sätt i civil- och common law länder.<sup>180</sup>

Att framställningen här fokuserar på frågan om lagval istället för domsrätt (vilket trots allt är bidragets ämne) har en naturlig förklaring: i Sverige och i Kontinentaleuropa har man traditionellt haft en liberal inställning till domsrätt.<sup>181</sup> Utgångspunkten vad gäller domsrätten är liksom vad gäller lagvalet nationalstatens suveränitet; varje stat kan fritt tillåta eller förbjuda nationella domstolar att ta upp mål till prövning och på motsvarande sätt aldrig reglera vilka mål utländska domstolar kan pröva. Länder som tillhör denna tradition har varit tämligen generösa med att ge sina domstolar domsrätt. Det har dock även framförts argument, framförallt tre stycken, varför det kan vara lämpligt att en stat avstår från att utöva domsrätt. För det första påtalas sambandet mellan domsrätt och lagval. Vid en analys av om domsrätt bör föreligga är det lämpligt att överväga om domsrätt skulle innebära att domstolen ska tillämpa utländsk rätt och, i så fall, vilka förutsättningar som finns för en sådan tillämpning. Om en situation bör prövas enligt lagen i ett visst land eftersom situationen har närmast anknytning till det landet är det både logiskt och praktiskt att den prövas av domstolarna i denna stat.<sup>182</sup> För det andra kan det finnas skäl att avböja domsrätt med hänsyn till det

<sup>178</sup> Denna teori påminner starkt om USA:s högsta domstols dom i *Pennoyer v. Neff*, diskuterad vidare nedan.

<sup>179</sup> I praktiken var det dock mycket svårt göra denna distinktion vilket bl.a. medförde tillkomsten av en svårdefinierad, tredje kategori: blandade statut.

<sup>180</sup> Jfr. Cheshire & North 1992, s. 15–17; Bogdan 2004, s. 25–28.

<sup>181</sup> Jänträ-Jareborg 1997, s. 22.

<sup>182</sup> Bogdan 2004, s. 34–35; Jänträ-Jareborg 1997, s. 21–22.

allmänna intresset, främst att domstolslandet inte ska bekosta de resurser som krävs för att pröva en tvist om anknytningen mellan den underliggande situationen och domstolslandet är svag. För det tredje och avslutningsvis framförs även argument för att avböja domsrätt om det skulle innebära en alltför stor börda för en part att processa i forumet.<sup>183</sup>

### **Från Rom till Bryssel**

Av artikel 220 i fördraget om upprättandet av den Europeiska ekonomiska gemenskapen (1957)<sup>184</sup> framgick att "medlemsstaterna skall, i den utsträckning det är nödvändigt, inleda förhandlingar med varandra i syfte att till förmån för sina medborgare säkerställa ... förenkling av formaliteter för ömsesidigt erkännande och verkställighet av rättsliga avgöranden och skiljedomar."<sup>185</sup> Genom denna artikel skapades en anknytning mellan EG-rätten och den internationella privaträtten. Denna anknytning var dock inledningsvis mycket svag. För det första hade inte EEG kompetens att anta sekundärrättsliga akter på området varför harmoniserande lagstiftning var utesluten. Artikel 220 EEG innebar istället en skyldighet för medlemsstaterna att utanför gemenskapens institutionella ram inleda mellanstatliga förhandlingar. För det andra var medlemsstaternas skyldighet att samarbeta begränsad till frågor om erkännande och verkställighet, artikel 220 EEG saknade formellt betydelse vad gäller frågan om domsrätt.

Trots detta är resultatet av de förhandlingar som medlemsstaterna bedrev, den s.k. Brysselkonventionen (1968), ett dubbelt instrument, d.v.s. mellan medlemsstaterna reglerar den såväl domsrätt som erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. Brysselkonventionen är dock inte en gemenskapsrättslig rättsakt utan som namnet antyder en internationell konvention som EU:s medlemsstater var skyldiga att tillträda. Eftersom Brysselkonventionen är ett folkrättsligt instrument beror dess ställning i den nationella rätten på i vad mån den behöver och har införlivats och varje traktatsstat är skyldig att införliva dess innehåll i enlighet med principerna för den nationella rättsordningen.<sup>186</sup>

Brysselkonventionen har flera syften. I enlighet med artikel 220 EEG förenklar den erkännande och verkställighet av utländska domar vilket var ett naturligt och möjligen nödvändigt komplement till den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital för att uppnå den inre marknaden.<sup>187</sup> Brysselkonventionen hade också andra positiva konsekvenser, till stor del p.g.a. att den är ett dubbelt instrument. Jämfört med reglering på nationell nivå medför gemensam reglering av

<sup>183</sup> Pålsson 1989, s. 55–56.

<sup>184</sup> Det s.k. Romfördraget, hädanefter "EEG-fördraget".

<sup>185</sup> Artikel 220 EEG (numera artikel 293 EG).

<sup>186</sup> Vad gäller Sverige åstadkoms detta genom inkorporering genom lagen (1998:358) om Brysselkonventionen.

<sup>187</sup> Bogdan 2006, s. 33; Hatzidaki-Dahlström 2004, s. 16; Kotuby 2002, s. 162. Detta samband återspeglas i att man ibland hävdar att Brysselreglerna etablerade "fri rörlighet för domar".

domsrätt mindre risk för såväl kollision som avsaknad av behöriga domstolar. För att medlemsstaterna skulle acceptera ett förenklat förfarande vad gäller erkännande och verkställighet av varandras domar var det också nödvändigt att utesluta vissa s.k. *exorbitanta fora*, d.v.s. när domsrätt föreligger i ett land till vilken varken svaranden eller tvisten har en koppling.<sup>188</sup>

### **Från Bryssel till Bryssel**

I formell mening genomgick den europeiska domsrätten en radikal förändring den 1 mars 2002 då Bryssel I-förordningen ersatte Brysselkonventionen i alla medlemsstater utom Danmark.<sup>189</sup> Till skillnad från Brysselkonventionen, vilken som nämnts var en internationell överenskommelse mellan suveräna stater, är Bryssel I-förordningen en direkt tillämplig sekundärrättslig gemenskapsakt. Skillnaden där emellan är åtminstone formellt sett stor.

I samband med Maastrichtfördraget (1992) utvidgades medlemsstaternas rättsliga samarbete inom ramen för de nya "EU-pelarna" och genom Amsterdamfördraget (1997) flyttades frågor kring judiciellt samarbete på civilrättens område över till den mer mellanstatliga första pelaren, den s.k. "EG-pelaren". Numera framgår det av EG-fördraget att medlemsstaternas territorium utgör "ett område med frihet, säkerhet och rättvisa."<sup>190</sup> För att uppnå ett sådant område kan EU bl.a. anta sekundärrättsliga instrument, framförallt direktiv och förordningar, på den internationella privaträttens område.<sup>191</sup> Därigenom har EU fått viss sådan harmoniserande lagstiftningskompetens som den saknade under artikel 220 EEG. Dessa sekundärrättsliga instrument antas genom s.k. medbestämmandeförfarande enligt vilken det är tillräckligt med att en kvalificerad majoritet av medlemsstaterna i rådet stödjer förslaget.<sup>192</sup> Detta har beskrivits som en "federalisering" av den europeiska IP-rätten: mellanstatliga konventioner ersätts av överstatlig reglering som tolkas, och utvecklas, av en överstatlig domstol.<sup>193</sup> Bryssel I-förordningen är en av de första sekundärrättsliga instrument som antogs inom ramen för denna nya kompetens.

<sup>188</sup> Brysselkonventionen, artikel 3; Bryssel I-förordningen, artikel 3.2. För svensk del utpekas regeln om förmögenhetsforum i 10 kap 3 § 1 st rättegångsbalken.

<sup>189</sup> Bryssel I-förordningen, artikel 1.3.

<sup>190</sup> Artikel 61 EG.

<sup>191</sup> Artiklarna 61 (c) och 65 EG.

<sup>192</sup> Artikel 65 EG, med hänvisning till artikel 67 EG och, i sin tur, till artikel 251 EG. Vad som avses med kvalificerad majoritet framgår av artikel 205 EG.

<sup>193</sup> Kotuby 2002, s. 163.

## Från Rom till Bryssel: Vad har hänt?

Att reglerna bytt form från konvention till förordning har inneburit principiellt viktiga förändringar, t.ex. att reglerna styr samtliga medlemsstaters domstolars domsrätt även om enskilda medlemsstater motsätter sig detta och att den nationella lagstiftarens samarbete inte längre krävs för att implementera bestämmelserna. Innehållsmässigt innebar dock förändringen lite; det materiella innehållet i Brysselkonventionen och i Bryssel I-förordningen är väsentligen detsamma. Ofta är det dramatiska förändringar som fångar uppmärksamheten men i detta fall är det frånvaron av förändring som är intressant. Är det rimligt att en viss fråga materiellt regleras på exakt samma sätt oavsett om den regleras i en folkrättslig överenskommelse eller i en direkt tillämplig, EG-rättslig förordning? Eller innebär det faktum att domsrätt numera regleras i EG-rätten att nya intressen och hänsyn bör beaktas?

## Domsrätt i USA

Det är av naturliga skäl svårt att påvisa avsaknaden av något. Ett sätt att åstadkomma detta är dock att jämföra hur andra rättsordningar ser på samma sak och om de har något som vi saknar. Genom att ställa denna fråga anknyter denna artikel till äldre jämförelser av europeiska och amerikanska regler om domsrätt.<sup>194</sup> Det är inte givet att EU bör gå samma väg som USA. Efter en översiktlig genomgång av det amerikanska rättsläget är det dock möjligt att diskutera i vad mån den europeiska rätten skiljer sig och om dessa skillnader är motiverade.

Det finns få skrivna, federala regler om domsrätt i USA. Vilka domstolar som kan utöva ”personal jurisdiction”<sup>195</sup> över en enskild har istället reglerats i common law och återfinns därför i rättspraxis och kan variera från stat till stat. Liksom andra delar av common law bygger denna ursprungligen på den engelska traditionen som var nära sammankopplad med kungens/statens rätt att styra över dem som befann sig på territoriet (territorialitetsprincipen). Vad gäller talan i mål där rätten avser reglera en individ och inte en sak (*in personam*)<sup>196</sup> räckte det med att svaranden kunde delges en ”writ of summons” vilket enbart krävde att denne befann sig på engelskt territorium, om än helt flyktigt, och på motsvarande sätt kunde ingen som inte befann sig i England tvingas försvara sig där.<sup>197</sup>

Den amerikanska högsta domstolen slog 1877 fast i *Pennoyer* att territorialitetsprincipen var förenlig med den amerikanska konstitutionen och angrep frågan framförallt ur ett maktfördelningsperspektiv: ”every State possesses exclusive jurisdiction and sovereignty over persons and property within its

<sup>194</sup> Se t.ex. Borchers 1992; Fitzpatrick 1993; Halpern 1983; Juenger 1984; von Mehren 1981.

<sup>195</sup> Domsrätt över individen, vilket i en amerikansk kontext ska skiljas från domsrätt över saken, ”subject matter jurisdiction”.

<sup>196</sup> Alternativet, s.k. talan *in rem*, har över tid inskränkts och aktualiseras numera sällan.

<sup>197</sup> Cheshire m.fl. 2008, s. 353–354, 370.

jurisdiction [and] no state can exercise jurisdiction and authority over persons or property without its territory.”<sup>198</sup> Det visade sig dock svårt att tillämpa närvarorekvisitet på juridiska personer, domstolar tolkade varje aktivitet som en anställd eller en företrädare företog i en medlemsstat som ”närvaro”.

Detta var en indikation på hur otidsenligt närvarorekvisitet var och 1945 tog högsta domstolen i *International Shoe* avstånd från tidigare praxis. Detta var utslaget av domstolens tolkning av den rätt till ”due process” som återfinns i den amerikanska konstitutionens fjortonde tillägg. Enligt domen i *International Shoe* kan domsrätt enligt konstitutionen endast föreligga i en delstat om de aktiviteter som svaranden företagit där ”establish sufficient ties with the state of the forum to make it reasonable and just, according to our traditional conceptions of fair play and substantial justice”.<sup>199</sup>

Rättsläget tog ytterligare en vändning 1958 när USA:s högsta domstol ställdes inför den situation som beskrevs inledningsvis. *World-Wide Volkswagen* gällde två New York-bor, Harry och Kay Robinson, som köpt en Audi från Seaway Volkswagen, Inc., en återförsäljare i New York. Året efter köpet skulle familjen flytta från New York till Arizona men blev påkörda bakifrån när de passerade Oklahoma. Bilen började brinna och Kay och parets två barn ådrog sig brännskador varefter de väckte talan för produktionsfel mot bl.a. återförsäljaren Seaway i en domstol i Oklahoma. Seaway yrkade att den lokala domstolen skulle avvisa målet med hänvisning till att den saknade domsrätt över företaget men fick avslag, ett beslut som Seaway överklagade hela vägen till USA:s högsta domstol. Högsta domstolen konstaterade att målet aktualiserade två federala, konstitutionella intressen som man måste ta hänsyn till: att skydda individer från orimliga betungande processer och att förhindra delstater från att inkräkta på varandras suveränitet.<sup>200</sup>

Vad gäller den enskildes intresse konstaterade domstolen att bilen i och för sig är rörlig till sin natur och att det måste ha varit förutsebart för Seaway att bilen kunde komma att förflyttas till Oklahoma. ”Due process” kräver dock att den enskilde avsiktligen agerat på ett sådant sätt gentemot delstaten att denne accepterat risken att processa där, d.v.s. att en process i delstaten p.g.a. kontakten blivit en förutsebar möjlighet. En domstols domsrätt över en svarande kan inte enbart baseras på kändens agerande.<sup>201</sup> Enligt domstolen syftar konstitutionens krav på ”due process” inte endast till att skydda individen från mödosamma processer i avlägsna stater. Konstitutionen begränsar också delstaternas domsrätt för att förhindra att delstaterna utövar makt utanför sitt territorium på ett sätt som skulle vara oförenligt med deras status som parallella och likvärdiga suveräner i ett

<sup>198</sup> *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, s. 722–723 (1877).

<sup>199</sup> *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, s. 316 (1945).

<sup>200</sup> *World-Wide Volkswagen*, s. 291–292.

<sup>201</sup> *World-Wide Volkswagen*, s. 295–299.

federalt system.<sup>202</sup> Detta åstadkoms genom att övriga delstater inte behöver erkänna och verkställa domar som strider mot kravet på ”due process”.<sup>203</sup>

Med hänsyn till individens och andra delstaters intressen konstaterade USA:s högsta domstol att domstolen i Oklahoma inte kunde kräva att Seaway skulle inställa sig och försvara sig där. Högsta domstolens dom skulle dock inte sätta punkt för tvisten. Under årtionden prövades målet i materiellt hänseende av olika federala domstolar.<sup>204</sup>

## Jämförelse

Utgången i *World-Wide Volkswagen* var den motsatta mot hur motsvarande situation skulle bedömas i en europeisk kontext, men vad betyder det? Skillnaden kan vara tillfällig och ytlig, det är möjligt att europeisk och amerikansk policy skiljer sig åt vad gäller var domsrätt bör ligga i ett enskilt fall men att de underliggande principerna ändå är desamma. Det är dock även möjligt att rättssystemen skiljer sig åt på ett mer fundamentalt sätt. USA:s högsta domstol har i sin praxis framhållit att det finns två intressen som federal rätt skyddar och som utgör den yttersta gränsen för när en delstat kan utöva domsrätt: individens rätt till en rättvis rättegång och delstaternas parallella suveränitet. Skyddar även de europeiska domsrättsreglerna dessa värden?

Det finns få uttalanden i EG-rättsliga källor där man som i USA explicit uttrycker att domsrättsreglerna bör förstås utifrån de nämnda värdena. Det är dock möjligt att skillnaden mellan rättssystemen är primärt retorisk och att samma värden skyddas även om det inte uttryckligen framkommer. Den historiska utvecklingen i Europa, och i synnerhet EU:s utveckling från mellanstatlig till något mer federal, talar för att så skulle kunna vara fallet. Även om EU numera är något mer än en folkrättslig organisation i begreppets traditionella betydelse är det alltså känsligt att beskriva EG-rätten i federala termer.

Om man gräver lite under ytan kan man också konstatera att den europeiska domsrätten på många, fundamentala sätt liknar den amerikanska. De två rättssystemen följer i stort samma grundläggande utvecklingslinje. Den amerikanska och den europeiska utvecklingen är båda delar av en internationell rörelse från teorin om territorialsuveränitet till en teori om anknytning.<sup>205</sup> Den amerikanska högsta domstolens praxis överlappar också i många avseenden Brysselreglerna rent materiellt, t.ex. skulle många av de domsrättsgrunder som utesluts såsom exorbitanta i Brysselreglerna inte heller leva upp till amerikanska

<sup>202</sup> *World-Wide Volkswagen*, s. 292–294 (med hänvisning till *Hanson v. Denckla*, 457 U.S. 235 (1958)).

<sup>203</sup> *World-Wide Volkswagen*, s. 291 (med hänvisning till *Pennoyer*, 95 U.S. 714).

<sup>204</sup> Mina spår slutar 1993 och målet hade då ännu inte fått sin slutliga upplösning. Se Adams 1993, s. 1143–1152.

<sup>205</sup> Fitzpatrick 1993, s. 724.



krav på ”minimum contacts”.<sup>206</sup> En närmare undersökning av det gemenskapsrättsliga förhållandet mellan, å ena sidan, domsrätt och, å andra sidan, erkännande och verkställighet respektive processuell rättvisa visar att de principiella skillnaderna mellan rättssystemen i verkligheten kanske inte är så stora som det först kan tyckas.

### **Förhållandet mellan domsrätt och erkännande och verkställighet**

Kanske till synes tekniska regler om erkännande och verkställighet innehåller en viktig dimension: den reglerar förhållande mellan medlemsstaterna (vertikal federalism).<sup>207</sup> Detta kommer t.ex. till uttryck i att Brysselreglerna reglerar domsrätt trots att de avsnitt i EEG- respektive EG-fördraget som de bygger på endast tar sikte på frågor om erkännande och verkställighet. Alternativet, att endast reglera erkännande och verkställighet, var knappast realistiskt. Om Brysselreglerna endast reglerat erkännande och verkställighet och inte medlemsstaternas domsrätt vore det möjligt för medlemsstater att inkräkta på andra medlemsstaters maktutövning.<sup>208</sup> Om medlemsstat A dömer i ett mål som har närmare anknytning till medlemsstat B och medlemsstat B är skyldig erkänna och verkställa den domen blir resultatet att medlemsstat A genom sina domstolar tagit över rättsskipning i medlemsstat B. Genom att även harmonisera var domsrätt föreligger stödjer Brysselreglerna delstaternas parallella suveränitet och förhindrar att de gör intrång på varandra. Från ett teoretiskt perspektiv kan man säga att EU genom Bryssel I-förordningen har, om inte explicit så väl de facto, tagit på sig ett ansvar att definiera och upprätthålla vertikal federalism i denna bemärkelse.

Den historiska utvecklingen pekar dock delvis i en annan riktning. Om ett av syftena med Bryssel I-förordningen är att definiera och upprätthålla maktindelningen mellan medlemsstaterna kan rimligen detsamma sägas om Brysselkonventionen som materiellt är väsentligen identisk. Det var således medlemsstaterna som insåg behovet av reglering och formulerade de grundläggande villkoren på en mellanstatlig nivå. Detta står i skarp kontrast till den amerikanska utvecklingen där högsta domstolens ingripande var en reaktion på att delstaternas utövade exorbitant domsrätt på ett sätt som hotade federationen. Oavsett förklaring talar det gott för Europas del att medlemsstaterna inte bara är med på båten utan också rör den.

<sup>206</sup> Fitzpatrick 1993, s. 723–724; Juenger 1984, s. 1210–1211.

<sup>207</sup> Kan liknas med amerikanska delstaters skyldighet att mot varandra visa ”full faith and credit”, U.S. Constitution, Article IV, Section 1.

<sup>208</sup> Hay 1984, s. 1326.

## Förhållandet mellan domsrätt och processuell rättvisa

Den amerikanska rättsutvecklingen bygger närmast exklusivt på högsta domstolens tolkning av uttrycket ”due process” i fjortonde tillägget till USA:s konstitution. Även om de tillämpliga reglerna såtillvida är unikt amerikanska kan detsamma inte sägas om det underliggande värdet, processuell rättvisa. I detta hänseende är skillnaderna mellan USA och EU små; det finns flera möjligheter inom EG-rätten för att åsidosätta såväl nationella som EG-rättsliga regler i syfte att skydda individer från onödigt betungande processer.

Till dessa hör de gemenskapsrättsliga allmänna rättsprinciper vilka sedan länge är tillämpliga på Brysselreglerna.<sup>209</sup> EU:s fördrag saknar ett uttryckligt stadgande liknande den amerikanska ”due process clause” som ligger till grund för den amerikanska doktrinen om ”personal jurisdiction”.<sup>210</sup> Sedan domen i *Internationale Handelsgesellschaft* har EG-domstolen dock hållit fast vid att det är en allmän gemenskapsrättslig rättsprincip att respektera sådana grundläggande rättigheter som återfinns i medlemsstaternas gemensamma författningsmässiga traditioner.<sup>211</sup> Till dessa grundläggande rättigheter hör bl.a. processuella rättigheter. Att de gemenskapsrättsliga rättsprinciperna är tillämpliga på Brysselreglerna har stått klart under en längre tid.<sup>212</sup> Det är således möjligt att åsidosätta Brysselreglerna om de strider mot EU:s allmänna rättsprinciper vilka bl.a. inbegriper rätten till en rättvis rättegång.<sup>213</sup> Möjligen kan Bilbolaget åberopa detta till invändning mot att behöva inställa sig i Lissabon men mig veterligen har det inte prövats.

Det är också möjligt att Brysselreglerna som sådana är förenliga med EG-rättsliga normer av överordnad dignitet men att en strikt tillämpning av reglerna strider mot proportionalitetsprincipen<sup>214</sup> och att de därför inte bör tillämpas fullt ut. EG-domstolen tillämpar ett liknande resonemang t.ex. i *Baumbast* som rörde en tysk bosatt i England. England ville avvisa *Baumbast* med hänvisning till att han saknade sådan sjukförsäkring för akutsjukvård som krävdes enligt det direktiv som han stödde sin rätt till bosättning på.<sup>215</sup> EG-domstolen ansåg dock att en strikt tillämpning av kravet i direktivet i det enskilda fallet stred mot EG-rättens allmänna princip om proportionalitet.<sup>216</sup> Detta resonemang har ännu inte tillämpats på Brysselreglerna men man kan tänka sig att Bilbolaget kan hävda att en strikt tillämpning av Bryssel I-förordningen är oförenlig med proportionalitetskravet.

<sup>209</sup> Se t.ex. målen 9 och 10/77, *Bavaria Fluggesellschaft Schwabe & Co. KG och Germanair Bedarfsluftfahrt GmbH & Co. KG mot Eurocontrol*, REG 1997, s. 1517, para. 4.

<sup>210</sup> Hay 1984, s. 1325.

<sup>211</sup> Mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, REG 1970, s. 1125, sv. specialutgåva II, s. 503, para. 4.

<sup>212</sup> Se t.ex. *Bavaria Fluggesellschaft*, para. 4.

<sup>213</sup> Europakonventionen om mänskliga rättigheter, artikel 6.

<sup>214</sup> Principen kräver att en åtgärd är lämplig och inte går utöver vad som är nödvändig för att uppnå sitt syfte.

<sup>215</sup> Dir. 90/364/EEG.

<sup>216</sup> Mål C-413/99, *Baumbast och R*, REG 2002, s. I-7091.

## Vad hände med familjen Olssons Volvo?

Det framstår som att EG-rätten respekterar och skyddar de värden som ligger till grund för den amerikanska doktrinen om domsrätt, i vart fall implicit och potentiellt. Mot denna bakgrund är det svårt att se vilka intressen som kan förklara de europeiska domsrätsregler som reglerar den fiktiva situation som beskrevs inledningsvis. Det är märkligt att Bilbolaget enligt europeiska domsrätsregler förväntas försvara sig i Lissabon när en sådan lösning i USA skulle strida mot delstaternas parallella suveränitet och kränka den enskildes processuella rättigheter. I exemplet är Portugals intresse av att få slita tvisten mellan familjen Olsson och Bilbolaget obefintligt eller i vart fall försumbar i jämförelse med Sveriges. På samma sätt framstår det som uppenbart att den börda som det innebär för Bilbolaget att försvara sig i Portugal är stor, att Bilbolaget inte agerat på ett sådant sätt gentemot Portugal att de därigenom accepterat risken att bli indragen i en rättsprocess där och att familjen Olssons eventuella intresse av att få tvisten prövad i Portugal väger lätt i jämförelse.

Som diskuterats i denna artikel, beror denna skillnad mellan rättssystemen sannolikt inte på att vertikal federalism och processuell rättvisa saknar betydelse inom EG-rätten. En mer trovärdig förklaring är att dessa värden inte konsekvent uppmärksammas och skyddas eftersom de inte kommer till tydligt uttryck i rättskällorna. Detta beror, i sin tur, på att ingen europeisk institution tar ett övergripande ansvar för federalistiska principer på det sätt som USA:s högsta domstol har gjort. Det finns flera tänkbara förklaringar till detta. En bidragande orsak torde vara att trots att EU undan för undan utvecklats från mellanstatligt till något som alltmer liknar en federation är F-ordet alltjämt känsligt och det politiska klimatet utgör ett hinder mot en öppen och konstruktiv debatt. Förklaringen kan också ligga i att EG-rätten i stor utsträckning saknar skrivna konstitutionella principer och istället ”adopterar” allmänna principer från ”medlemsstaternas gemensamma författningsmässiga traditioner”.<sup>217</sup> Denna lösning fungerar på många områden väl men den är illa lämpad vad gäller de frågor som studeras här. Mot bakgrund av den kontinentaleuropeiska inställningen till frågor om domsrätt historiskt är det osannolikt att det hos medlemsstaterna skulle återfinnas en gemensam rättstradition motsvarande den i USA. Även i Tyskland, som är en federation, liknar de inhemska domsrätsreglerna i stort Brysselreglerna.<sup>218</sup>

## Källförteckning

Adams, Charles W. (1993), *World-Wide Volkswagen v. Woodson* – The

<sup>217</sup> *Internationale Handelsgesellschaft*, para. 4.

<sup>218</sup> Foster & Sule 2003, s. 127–128.

Rest of the Story, *Nebraska Law Review*, vol. 72, s. 1122.

Basedow, Jürgen (2000), The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, *Common Market Law Review*, vol. 37, s. 687.

Bogdan, Michael (2004), *Svensk internationell privat- och processrätt*, 6:e upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm.

Bogdan, Michael (2006), *Concise Introduction to EU Private International Law*, Europa Law Publishing, Groningen.

Borchers, Patrick J. (1992), Comparing Personal Jurisdiction in the US and the EC: Lessons for American Reform, *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, s. 121.

Fitzpatrick, John (1993), The Lugano Convention and Western European Integration: A Comparative Analysis of Jurisdiction and Judgments in Europe and the United States, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 8, s. 695.

Foster, Nigel & Sule, Satish (2003), *German Legal System and Laws*, 3:e uppl., Oxford University Press, Oxford.

Halpern, Joseph (1983), "Exorbitant Jurisdiction" and the Brussels Conventions: Toward a Theory of Restraint, *Yale Journal World Public Order*, vol. 249, s. 369.

Hatzidaki-Dahlström, Lea (2004), *EU:s internationella privat- och processrätt – Den femte friheten*, 2:a upplagan, Studentlitteratur, Lund.

Hay, Peter (1984), The Case for Federalizing Rules of Civil Jurisdiction in the European Community, *Michigan Law Review*, vol. 82, s. 1323.

Juenger, Friedrich (1984), Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison, *Michigan Law Review*, vol. 82, s. 1195.

Jänträ-Jareborg, Maarit (1997), *Svensk domstol och utländsk rätt – en internationellt privat- och processrättslig studie*, Iustus Förlag AB, Uppsala.

Kotuby, Charles T. (2002), Internal Developments and External Effects: The Federalization of Private International Law in the European Community and Its Consequences for Transnational Litigants, *Journal of Law and Commerce*, vol. 21, s. 157.

Magnus, Ulrich & Mankowski, Peter red. (2007), *Brussels I-Regulation*, Sellier European Law Publishers, München.

Mehren, Arthur T. von (1981), Recognition and Enforcement of Sister-State Judgments: Reflection on General Theory and Practice in the European Economic Community and the United States, *Columbia Law Review*, vol. 81, s. 1044.

Mehren, Arthur T. von (1983), Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated, *Boston University Law Review*, Vol. 63, s. 279.

North, P.M. & Fawcett, J.J. (1992), *Cheshire & North's Private International Law*, 12:e upplagan, Butterworths, Wiltshire.

Pålsson, Lennart (1989), *Svensk rättspraxis i internationell processrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm.

Pålsson, Lennart (2002), *Brysselkonventionen, Luganokonventionen och Bryssel I-förordningen*, Norstedts Juridik, Stockholm.



## Legitimitet i lagstiftning – exemplet sjukförsäkringen

I Sverige har det under senare år bedrivits ett intensivt arbete för att förhindra det som har beskrivits som en dramatisk ökning av sjukfrånvaron.<sup>219</sup> I budgetpropositionen för år 2003 underströk dåvarande regeringen att sjukförsäkringens övergripande målsättning var att den skulle medverka till en ökad hälsa i arbetslivet, samt att frånvaron från arbete på grund av sjukskrivning skulle halveras fram till år 2008. Lagstiftaren menade att ökningen av antalet sjukskrivna – inte minst långtidssjukskrivna – var ett hot mot välfärden i samhället, ur både ekonomiskt och mänskligt perspektiv.<sup>220</sup>

I den här artikeln diskuteras lagstiftningens legitimitet med sjukförsäkringen som exempel. Legitimitet beskrivs ofta som en av grundbultarna i rättssystemet. För att lagar ska följas och medborgarna lita på systemet måste reglerna uppkommit i tillbörlig ordning utifrån ett demokratiskt förhållningssätt.<sup>221</sup> Men vad händer med medborgarnas förtroende för systemet när bakomliggande normer och bärande principer i en lag eller inom ett rättsområde ändras, utan föregående lagändring som kan motivera förändringen eller motivering på annat sätt?<sup>222</sup>

Rätten eller rättssystemet legitimitet kan också diskuteras utifrån dess tillämpning, men eftersom temat för både forskningsinternatet år 2009 och denna

<sup>219</sup> Se bl.a. prop. 2000/01:96, prop. 2002/03:1 utgiftsområde 10, bet 2002/03:SFU1, SOU 2006:107, s. 71 ff.

<sup>220</sup> Prop. 2002/03:1 utgiftsområde 10, s. 8 f. och 26 ff.

<sup>221</sup> För fördjupande diskussioner omkring rättens legitimitet; se bl.a. Strömholm, 1995 och Peczenik, 1995. Angående legitimitetsfrågan inom socialrätten; se vidare Vahlne Westerhäll, 2007 och Vahlne Westerhäll m.fl., 2009.

<sup>222</sup> Mannelqvist, 2007.

rapport är lagstiftning berörs inte frågor omkring tillämpningen. Internatets tema och artikelns utgångspunkter har också medfört att endast förarbeten och (rättsvetenskaplig) forskning använts som rättskällor. Artikelns utgångspunkter är sjukförsäkringens rättsliga konstruktion och syften. Därefter diskuteras de förändringar inom försäkringen som skett under de senaste 15 åren, med införandet av nya bedömningsregler och målsättningar att sänka frånvaron från arbetslivet på grund av sjukdom och förhindra det som har kommit att benämnas som ”utanförskap”. Artikeln avslutas med en kortare diskussion omkring legitimiteten i regleringen av sjukförsäkringen.

## Exemplet sjukförsäkringen

Den allmänna och offentliga svenska sjukförsäkringen infördes under mitten av 1950-talet, eftersom det ansågs vara samhällets och statens uppgift att tillhandahålla en rättvis och solidarisk sjukförsäkring, med omfördelade inslag.<sup>223</sup> Försäkringen har alltsedan dess haft som mål att skydda individen från inkomstbortfall när han eller hon inte kan arbeta på grund av sjukdom. Generellt sett har den som helt eller delvis saknar arbetsförmåga på grund av sjukdom rätt till sjukpenning.<sup>224</sup> Således kräver lagstiftningen – och har så gjort sedan försäkringen infördes – ett orsakssamband mellan sjukdom och en nedsatt arbetsförmåga.<sup>225</sup>

Under 1990-talet ökade användningen av sjukförsäkringen, samtidigt som staten behövde göra besparingar i ett allmänt samhällsekonomiskt kännbart läge. Det aviserades därför ett besparingsprogram inom området för sjukförsäkring och förtidspension som bland annat innebar att den rättsliga bedömningen av arbetsförmåga i sjukförsäkringen skulle göras mer ”renodlad”. Genom införandet av en så kallad steg-för-steg-modell skulle i huvudsak endast medicinska orsaker ligga till grund för bedömningen av arbetsförmåga. Med klarare och mer detaljerade regler ansågs gränserna för vad som faktiskt ska ersättas från socialförsäkringen bli tydligare. Bedömningen av arbetsförmågan utgick därför från den försäkrades faktiska arbete eller annat arbete som arbetsgivaren kunde erbjuda. Därefter bedömdes den sjukes förmåga gentemot ”normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden”.<sup>226</sup>

Trots den införda steg-för-steg-modellen, som förutsattes leda till en minskning av kostnaderna i sjukförsäkringen, ökade antalet sjukskrivningsdagar. Detta kom bland annat att förklaras med att människor fått en större kännedom om

<sup>223</sup> Mannelqvist, 2003, s. 64 ff.

<sup>224</sup> 3 kap 7 § lagen (1962:381) om allmän försäkring (AFL).

<sup>225</sup> Detsamma gäller avseende sjukersättning (tidigare förtidspension) och aktivitetsersättning enligt 7 kap AFL.

<sup>226</sup> Prop. 1996/97:28, s. 8 ff och Mannelqvist, 2008.



försäkringen, att fusk och överutnyttjande, så kallad moral hazard<sup>227</sup>, tilltagit eller att läkarna dels hade begränsad kännedom om sambandet mellan hälsa och arbetsförmåga, dels att deras intyg sällan ifrågasattes. Det framfördes också att sjukskrivningar blivit ett mer accepterat sätt att hantera press och påfrestningar i människors liv vilket, tillsammans med en komplicerad och svårtolkad lagstiftning, medförde en ökad sjukskrivning. De ökade kostnaderna ansågs inte endast vara alltför höga utan befarades också vara ett hot mot försäkringens legitimitet och den svenska välfärden.<sup>228</sup>

### **Målet om en halvering av frånvaron från arbetslivet**

Den ökade frånvaron från arbetslivet på grund av sjukskrivning bidrog som framgått till att lagstiftaren uppsatte som mål att frånvaron skulle i förhållande till år 2002 vara halverad år 2008.<sup>229</sup> I budgetpropositionen för år 2003 underströks att det var viktigt att komma tillrätta med problemet sjukfrånvaro och därför lanserade den dåvarande regeringen ett program i elva punkter för att åstadkomma en ökad hälsa i arbetslivet. Genom bland annat en bättre arbetsmiljö, ett tydligare arbetsgivaransvar och en snabbare återgång till arbete efter sjukdom hoppades regeringen att den negativa utvecklingen av ohälsotalen ska vända. Det framhölls att

[f]ör den som drabbats av skada eller sjukdom är utgångspunkten att aktivitet alltid är bättre än passivitet och att åtgärder mer än idag måste sätta individen i centrum.<sup>230</sup>

Samtidigt medförde budgetbeslutet inte någon direkt lagändring avseende sjukförsäkringen. Istället underströk lagstiftaren att en fungerade socialförsäkringsadministration, med en effektiv och rättssäker handläggning, var väsentlig för att målsättningen kunde uppfyllas. Samma år, i december år 2002, framgick också av regeringens regleringsbeslut<sup>231</sup> till dåvarande Riksförsäkringsverket<sup>232</sup> att frånvaron från arbetslivet på grund av sjukskrivning

<sup>227</sup> I framför allt nationalekonomisk litteratur diskuteras begreppet moral hazard. Förmånens existens eller deras utformning anses kunna stimulera människor till att överutnyttja försäkringen, på ett oönskat sätt, se bl.a. Ds 1994:81, Ds 2002:49, Söderström m.fl. 2000, Söderström, 2001, Uddhammar, 1997 och RRV 1995:32.

<sup>228</sup> Se bl.a. SOU 2000:121, SOU 2002:62, prop. 2002/03:1, prop. 2002/03:89.

<sup>229</sup> Bet 2002/03:SFU1.

<sup>230</sup> Prop. 2002/03:1, utgiftsområde 10, s. 8.

<sup>231</sup> De regleringsbeslut som årligen fattas för att styra olika myndigheters verksamhet, där kortsiktiga prioriteringar kan anges, kallas regleringsbrev.

<sup>232</sup> Numera Försäkringskassan.

skulle, i förhållande till år 2002, halveras fram till år 2008, och att handläggningen av sjukförsäkringen skulle ses över.<sup>233</sup>

I mars 2003 kom så vissa lagändringar till stånd, som innebar ett ökat finansieringsansvar för arbetsgivare, en utökad möjlighet för Försäkringskassan att begära fördjupande läkarintyg samt att så kallade avstämningsmöten skulle ske.<sup>234</sup> Några reella förändringar avseende bedömningen av arbetsförmåga inom sjukförsäkringsregleringen gjordes inte, utan istället framhölls att redan gjorda lagändringar inom sjukskrivningssystemet – den införda steg-för-steg-modellen – var tillräckliga för att genom lag komma tillrätta med de ökade sjukskrivningarna. Istället pekades det på att det var tillämpningen av reglerna som inte skett på det sätt som lagstiftaren tänkt sig. Tillämpningen beskrevs som bristfällig och lagstiftaren anförde att istället för att skärpa lagen var

[e]n åtgärd [är] att göra ytterligare motivuttalanden i propositioner kopplade till smärre regeländringar för att försöka uppnå en större precision vid sjukskrivning.<sup>235</sup>

Den övergripande målsättningen, som diskuterats dels i olika lagmotiv, dels i regleringsbrevet från år 2002, uppgavs således vara en ökad hälsa i arbetslivet, medan det konkreta målet var att halvera sjukfrånvaron. I efterföljande regleringsbeslut låg målet om en halvering fast. För Försäkringskassans vidkommande var prioriteringen således under flera år att halvera sjukfallen, en prioritering som också var fastslagen av riksdagen.

### Vad hände sedan?

I mars 2008 konstaterade den nuvarande regeringen att inflödet till sjukförsäkringen minskat – allt sedan år 2002 – och orsakerna uppgavs vara flera; bland andra regeländringar, en ändrad arbetsmarknad och en förbättrad ”portvaktsfunktion” hos Försäkringskassan.<sup>236</sup> Samtidigt underströks att de som blir sjukskrivna kan bli det under lång tid och därmed riskera att hamna i ett permanent ”utanförskap”. Regeringen betonade att

[...] det är av största vikt att så många människor som möjligt kan försörja sig genom eget arbete, framför allt för deras eget välbefinnande, men även för att bibehålla välfärden.<sup>237</sup>

Det ansågs viktigt att sjukförsäkringen var mer förutsägbar och gav bättre drivkrafter för återgång till arbete. Med utgångspunkt i detta infördes den så kallade rehabiliteringskedjan 1 juli 2008. ”Rehabiliteringskedjan” motsvarar dock i huvudsak den tidigare steg-för-steg-modellen, men dessutom finns idag fasta

<sup>233</sup> Regleringsbrev för budgetåret 2003 avseende Riksförsäkringsverket, den 19 december 2002.

<sup>234</sup> Se vidare prop. 2002/03:89.

<sup>235</sup> Prop. 2002/03:89, s. 20.

<sup>236</sup> Prop. 2007/08:136, s. 35 f.

<sup>237</sup> Prop. 2007/08:136, s. 33.

tidpunkter och en utvidgad arbetsmarknad som utgångspunkt för bedömningen. Dessutom slopades en undantagsregel, vilken tidigare möjliggjorde att även andra aspekter som exempelvis ålder eller utbildning kunde beaktas i undantagsfall när arbetsförmågan bedömdes.<sup>238</sup>

I regleringsbrevet till Försäkringskassan betonades en delvis ny målsättning, där kassan skulle

... medverka till att arbetsförmågan hos enskilda tillvaratas så att förutsättningarna till försörjning via eget arbete ökar.<sup>239</sup>

Motivet att införa den så kallade rehabiliteringskedjan uppgavs vara att motverka en ofta långsam och passiviserande sjukskrivningsprocess. Regeringen underströk vikten av att sätta den enskildes arbetsförmåga i fokus och effektivisera sjukskrivningsprocessen med tidiga och aktiva åtgärder. Utgångspunkten att den sjuke har arbetsförmåga trots sjukdom underströks och den tidigare övergripande målsättningen om ökad hälsa i arbetslivet fanns inte längre kvar som målsättning i motiven.

Regeringen skriver dessutom i regleringsbeslutet till Försäkringskassan för år 2009 att rehabiliteringskedjan innebär en mer aktiv sjukskrivningsprocess och att det därför är viktigt att kassan stärker ”den försäkringsmässiga prövningen”.<sup>240</sup> Det här begreppet har tidigare inte lyfts upp i motiven och det torde innebära en strävan mot en civilrättslig bedömning, där den offentliga sjukförsäkringen liknas med en privat försäkring. Vid en försäkringsmässig prövning tas inte några andra hänsyn än dem som ”faktiskt avtalats om”, vilket utesluter andra rättsliga grundsatser eller etiska överväganden utifrån lagstiftningens övergripande motiv, något som bör göras i myndighetsutövning.

## Lagstiftningens legitimitet

Legitimitet och rättssäkerhet kan ses som förutsättningar för lagstiftning. Legitimiteten vilar på att reglerna baseras och motiveras utifrån demokratiska ställningstaganden, vilka vanligtvis framgår i de förarbeten som ligger till grund för lagstiftningen. Från ett mera övergripande rättsligt perspektiv finns tydliga förskjutningar över tid i motiven avseende sjukförsäkringen, förändringar som inte endast uppstått vid regeringsskiften eller när exempelvis rehabiliteringskedjan infördes. Förståelsen av och ansvaret för människors arbetsförmåga har förändrats från 1950-talet fram tills idag. Inledningsvis underströks i motiven samhällets ansvar för människors hälsa, och lagstiftaren framhöll att det inte var bra att

<sup>238</sup> Mannelqvist, 2008.

<sup>239</sup> Regleringsbrev för budgetåret 2008 avseende Försäkringskassan, den 20 december 2007.

<sup>240</sup> Regleringsbrev för budgetåret 2009 avseende Försäkringskassan, den 19 december 2008.

människor fortsatte att arbeta när det var sjuka, eftersom det kunde öka ohälsan i förlängningen. Ansvaret kom från och med 1980-talet att framför allt läggas på arbetsgivaren, eftersom denne ansågs kunna påverka både arbetsmiljö och människors rehabilitering tillbaka till arbetet. I dagsläget är det i huvudsak individen som har ansvar för att ta tillvara på sin arbetsförmåga och försörja sig själv trots sjukdom. Ansvar för att ta tillvara och upprätthålla arbetsförmågan har nästan uteslutande lagts på individen, istället för hos samhället.<sup>241</sup>

Även om en förutsättning för rättsliga förändringar också kan vara ändrade bakomliggande motiv eller syften med en viss reglering, är den springande punkten *att* dessa förändringar motiveras. Det räcker inte med att lagstiftaren redovisar sina motiv till förändringen, det bör också framgå om och varför tidigare syften och målsättningar inte längre gäller. Det här synliggör två intressanta aspekter på lagstiftningen legitimitet utifrån exemplet sjukförsäkringen. För det första; vad händer med legitimiteten för hela eller delar av rättssystemet, när tidigare målsättningar och syften förändras utan att ändringen i sig närmare motiveras av lagstiftaren? För det andra; hur mycket kan tillämpningen egentligen styras genom exempelvis regleringsbrev, där instruktionerna avviker från de regler eller principer som finns uttalade i förarbeten eller fastställda i lag?

<sup>241</sup> Mannelqvist, 2008 samt Järholm, Karlsson och Mannelqvist, 2009.

## Källförteckning

### Litteratur

- Järvholm, Bengt, Karlsson, Berndt och Mannelqvist, Ruth, Arbetsförmåga i sjukförsäkringen – så beskrivs begreppet i lagstiftningen. I Läkartidningen nr 17, 2009, s. 1178-1181.
- Mannelqvist, Ruth, Samband i socialförsäkringen. En rättsvetenskaplig studie av sambandet mellan förmåner och avgifter i socialförsäkringen. Iustus förlag, Uppsala 2003.
- Mannelqvist, Ruth, Ekonomi, jämställdhet och barnets bästa. Villkor och legitimitet i föräldraförsäkringen. I Vahlne Westerhäll, 2007, s. 107-27.
- Mannelqvist, Ruth, Arbetsförmåga i sjukförsäkringen – lagstiftarens motiv. I Förvaltningsrättslig tidskrift 2008, s. 509-533.
- Peczenik, Alexander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik, Stockholm 1995.
- Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts, Stockholm 1995.
- Söderström, Lars, Andersson, Fredrik, Edebalk, Per-Gunnar och Kruse, Agneta, Privatiseringens gränser. Perspektiv på välfärdspolitiken. Välfärdspolitiska rådets rapport 2000. SNS Förlag, Kristianstad 2000.
- Söderström, Lars, Fungerar socialförsäkringen? I Dagens socialförsäkring – ett system från gårdagens samhälle? Rapport från forskarseminariet i Umeå Januari 2001, s. 20-33. FKF 2001.
- Vahlne Westerhäll, Lotta (red), Legitimitetsfrågor inom socialrätten. Norstedts Juridik, Stockholm 2007.
- Vahlne Westerhäll, Lotta, Thorpenberg, Stefan och Jonasson, Magnus, Läkarintyget i sjukskrivningsprocessen. Styrning, legitimitet och bevisning. Santérus förlag, Stockholm 2009.

## Offentligt tryck

Betänkande 2002/03:SFU1 Anslag inom socialförsäkringsområdet (utgiftsområdena 10, 11 och 12).

Proposition 1996/97:28 Kriterier för rätt till ersättning i form av sjukpenning och förtidspension.

Proposition 2000/01:96 Sjukersättning och aktivitetsersättning istället för förtidspension.

Proposition 2002/03:1 Budgetproposition för 2003, Utgiftsområde 10.

Proposition 2002/03:89 Förändringar inom socialförsäkringen för ökad hälsa i arbetslivet.

Proposition 2007/08:136 En reformerad sjukskrivningsprocess för ökad återgång i arbete.

SOU 2000:121 Sjukfrånvaro och sjukskrivning fakta och förslag. Slutbetänkande från sjukförsäkringsutredningen.

SOU 2002:62 Kunskapsläge sjukförsäkringen. Delbetänkande från Utredningen om analys av hälsa och arbete.

SOU 2006:107 Fokus på åtgärder – En plan för effektiv rehabilitering i arbetslivet. Betänkande av Rehabiliteringsutredningen.

SOU 2008:66 Arbetsförmåga? En översikt av bedömningsmetoder i Sverige och andra länder. Delbetänkande av Arbetsförmågeutredningen.

Ds 1994:81 En social försäkring. ESO-rapport (Expertrådet för Studier i Offentlig ekonomi).

Ds 2002:49 Den svenska sjukan. ESO-rapport (Expertrådet för Studier i Offentlig ekonomi).

## Human Security and the Cauldron of Privacy

In this paper I will investigate the potential effect of the human security concept on privacy in Sweden. Human security as a concept was conceived as a way of strengthening the human rights of the individual by broadening the security concept to include factors affecting the security of the individual. The argument in this article however is that not only may human security as a concept contain conflicting interests, it may also potentially have an adverse effect on privacy when applied on a national level. This is a preliminary investigation into the subject and the conclusions offered here should be viewed as suggestions of a potential effect or a point of departure for further study, not as statements of fact. Although this is a paper concerned mainly with the Swedish context, I do believe some of the findings could be relevant in other legislative surroundings where the method used to balance privacy and security is similar.

The point of departure for this paper is that the concept of security is changing. For the sake of providing context I will point towards a few factors affecting the security concept before homing in on human security.

If you are to believe the introduction to many of the books written on the subject of national security in the last eight years, the attacks of September 11, 2001 changed the world we live in. Even if perhaps such statements can be considered somewhat exaggerated,<sup>242</sup> it shows the importance placed to these events and those following, for national security. Whatever way you look at it, that

<sup>242</sup> The view that 9/11 changed the world implies that the actions taken as a response to those attacks was unavoidable, the result of some political Rube Goldberg Machine set in motion by the hijackers, whereby politicians lacked free will or at least the freedom to consider alternative responses.

major act of international terrorism has indeed had the effect of broadening the focus of national security from concerning itself mainly with other states to looking at networks and individuals.<sup>243</sup>

Terrorism also shares a common feature with transnational organized crime, another threat said to be increasingly affecting security in our societies. As with terrorism, the individual perpetrator of an “organized” crime is not necessarily the instigator or organizer of the crime, but perhaps only a part of a greater network. Bringing one or more of such persons to justice may not affect the organization as a whole. The traditional repressive justice is not perceived as effective against such crimes. In the opening statements to the first European Union Forum on Organized Crime Prevention in 2001 the importance of preventive justice was highlighted in combating organized crime, a view championed by Sweden for many years.<sup>244</sup> Terrorism and organized crime has thus driven the need for more proactive measures to ensure the security of the state. Proactive and preventive security requires different methods than reactive and repressive justice. Asp describes a general trend of preventionism in Sweden and internationally, as visible in the criminalization of acts on the preparatory stage – driving a desire for more covert collection of information and allowing for coercive procedural measures to be used for crime prevention.<sup>245</sup>

The perceived need for closer surveillance of electronic communications, the movement of people and public spaces, has coincided with an increasing technological capacity to perform this surveillance. Filtering millions of e-mails, tracking the whereabouts of an individual through his cellular phone and sifting through thousands of faces on surveillance footage of a busy train station using facial recognition technology, was all impossible not long ago. These technological advances can be seen as both a response to a perceived need but also as a catalyst for creating such a need.<sup>246</sup>

My argument is that the human security concept when applied within a national legislative framework might interact with the current trend of preventionism and technological developments in order to further affect the balance between security and privacy.

<sup>243</sup> In Sweden this has been acknowledged in a number of legislative proposals, see for instance Prop. 2005/06:178, p. 31.

<sup>244</sup> Fortescue, 2001.

<sup>245</sup> Asp, 2007, p. 70-82.

<sup>246</sup> The argument that technological possibilities are the engine of a perceived need has been made by among other Lessig, 1999 and Wahlgren, 2008, who argues that law increasingly will be complemented by technological mechanisms enforcing certain rules proactively.



## Human security

Even though the ideological roots of human security can be seen through the work of the International Red Cross Committee, the first notable use of human security in a major policy document was in the 1994 United Nations Development Programme (UNDP) Human Development Report. The vision of human security presented by UNDP included seven dimensions; economic; food; health; environmental; personal; community and political security.<sup>247</sup> Krause has labeled this broad view on human security as “freedom from want”.<sup>248</sup> Parallel to this view exists a second more tightly focused vision concentrating on removing the use of, or threat of, force and violence from people’s everyday lives which Krause labels “freedom from fear”. This narrower view is championed by Canada, Norway, Japan and Switzerland, among others.<sup>249</sup> These two concepts exist simultaneously and offers somewhat different approaches to what constitutes human security and how the concept is used.

The human security concept in its broadest sense – promoting freedom from want – wants to label issues ranging from trade to biodiversity as security concerns.<sup>250</sup> Paris suggests that human security is “slippery by design”, in that there is a cultivated ambiguity about what it really means that makes human security an effective campaign slogan, while making the concept difficult to use as a guide for academics or policy-makers.<sup>251</sup> In asserting the security implications of a particular issue you can highlight its importance on an increasingly crowded political arena. Or as Buzan et. al. puts it:

‘Security’ is the move that takes politics beyond the established rules of the game and frames the issue either as a special kind of politics or as above politics. Securitization can thus be seen as a more extreme version of politicization.<sup>252</sup>

In using security in this way, it is however important to remember that security issues are dealt with using specific toolsets. Labeling an issue as a security threat may not only bring an increased perception of its importance, it also opens up the possibility for the security toolsets to be used in dealing with the issue. As has already been mentioned, these security toolsets are expanding in response to an increased focus on preventive and proactive security, as well as new technological possibilities.

In some instances, the possibility of using the security toolset is the intended consequence.<sup>253</sup> In other areas security argument can simply be a way to increase

<sup>247</sup> Krause, 2007, p. 2.

<sup>248</sup> Krause, 2007, p. 4.

<sup>249</sup> Krause, 2007, p. 4.

<sup>250</sup> See for instance Dodds and Pippard (ed.), 2005.

<sup>251</sup> Paris, 2001, p. 88.

<sup>252</sup> Buzan et al. 1997, p. 23.

the perceived importance of an issue. The more narrow interpretation of human security advocated by Norway, Canada and others – *freedom from fear* – was originally intended as a way to make sure that the security apparatus of the state was used not only as a resource for the protection of the state’s security, instead asserting the responsibility of the state to protect the security of its citizens.<sup>254</sup> In using the freedom from fear approach, attempting to widen the security concept to the broadest possible extent, you may also allow for the security apparatus to widen its sphere of interest. This may in the long run lead to a particular toolset of security measures to be used in new situations.<sup>255</sup>

In the following I will point towards a few examples from Sweden of where the use of security surveillance and other measures has been widened, and the way that the balance has been struck between privacy and security.

### **Balancing security and privacy in Sweden**

When discussing privacy it is necessary to define the term. The definition of privacy may differ between different countries and even in different legal contexts within a country. In the Swedish legal system the term *personal integrity* is used. This term is not a solid, well defined or universally consistent term even within the Swedish legal context. The approach by the legislator in Sweden has been that it is impossible to create a universal principle of what is protected and what is not when considering privacy, it has to be decided on a case by case basis.<sup>256</sup>

The constitution provides for protection for privacy in paragraph 3 and 6 of chapter 2 of *Regeringsformen* (The instrument of government). Paragraph 3 states that

Every citizen shall be protected, to the extent set out in more detail in law, against any violation of personal integrity resulting from the registration of personal information by means of automatic data processing.<sup>257</sup>

Paragraph 6 states

[Every citizen] shall likewise be protected against body searches, house searches and other such invasions of privacy, against examination of mail or other confidential correspondence, and against eavesdropping and the recording of

<sup>253</sup> Krause uses the “war on drugs” as an example, Krause, 2007, p. 4.

<sup>254</sup> Krause, 2007, p. 4.

<sup>255</sup> One example of this – albeit a stumbling one – is the IPRED directive as expressed in the Swedish legislation in article 53 c § of *The Copyright act*, (SFS 1960:729 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk) allowing holders of intellectual property rights to secure evidence regarding copyright infringements from internet service providers. This has traditionally been a task belonging to the police.

<sup>256</sup> Helmius, 2000, p. 105.

<sup>257</sup> 1974:152 *The instrument of government*, (SFS 1974:152 Regeringsformen).

telephone conversations or other confidential communications.<sup>258</sup>

Privacy is also protected through the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), which is integrated as Swedish law.<sup>259</sup> For the purpose of this article, the term *privacy* will refer to interests of the individual which are subject to protection by article 8 of the ECHR. Article 8 requires among other things that if a derogation from the protected right is made, the interests of the individual must be balanced against the interests of the society at large. It is this balancing act and its equivalents – as expressed in different Swedish statutes – that I will examine. Not in the interest of discerning whether the law fulfills the standard set up by the ECHR, but in order to speculate on how this balancing act is affected by changes in the concept of security.

## A few empirical samples

The balancing of privacy and security can be done in different phases of the legal process and by different actors. The first and primary balancing takes place when the legislator is deciding on whether or not to even enact a new law imposing on the privacy of individuals. Another way to balance is that the legislator allows for the authority applying the potentially privacy encroaching law to strike the balance – for example when the legislator gives law enforcement the possibility to use the coercive measure of searching premises but instructs the actors to use it wisely and subject to certain limitations and preconditions. A third way to allow for balancing is to give judges the task of deciding whether a situation warrants an encroachment of the privacy of a certain individual for example through the use of a certain procedural measure.

The first examples I provide are taken from the development and use of special procedural measures in Sweden. Most of the discussion is based on statements and arguments made by the legislator in the proposed legislation presented to parliament. This shows how the legislator reasoned when enacting the law, and also how the legislator suggests that courts and other actors balance privacy against efficiency and other interests.

<sup>258</sup> 1974:152 *The instrument of government*, (SFS 1974:152 Regeringsformen).

<sup>259</sup> Though the convention is integrated as a regular law and not in the constitution, the instrument of government chapter 2 paragraph. 23 states that "No act of law or other provision may be adopted which contravenes Sweden's undertakings under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms."

## Secret audio surveillance

For a long time, secret audio surveillance of a room or premise, was illegal in Sweden and could not legally be used even by the security services. After the enactment of *Lag om hemlig rumsavlyssning* (Secret audio surveillance act) in 2007 it is now allowed when investigating crimes with a minimum sentence of no less than four years, which includes murder, terrorist offenses, acts against national security etc. However the law also permits the use of secret audio surveillance when investigating certain criminal acts where the minimum sentence is shorter than four years if the estimated prison sentence for the crime exceeds four years.<sup>260</sup> The act also allows for surveillance when investigating these crimes in the preparation stage, however a preparatory investigation has to have been initiated by a prosecutor and the subject of surveillance must be reasonably suspected of the crime.

In the early preparatory works for the act, the legislator has stated that the use of secret audio surveillance could bring “such gains for the public that the interest of personal integrity should not hinder the use of the method”<sup>261</sup> This could according to Beckman suggest a use of what he describes as the *sophisticated balancing method*, where the benefits of a violation of privacy must be significant to outweigh the protected right to privacy.<sup>262</sup> In this primary phase of balancing, whether the law should be put in place, the legislator has thus acknowledged that the gains must be significant to enact a law that derogates from the right to privacy. However, when proceeding to the next phase, when the law is to be used (subject to approval by a court), the legislator states that secret audio surveillance should be allowed by the court when “the method is of major importance to the investigation and the reasons for the use of the method outweighs the intrusion or harm the method causes the suspect”.<sup>263</sup> Beckman argues that this is an example of the *simple balancing method*, where the benefits brought only has to be slightly larger than equal to the harm done. Beckman points specifically to the fact that the method only has to be of major importance to the “investigation”, it does not actually have to advance the investigation in any significant way.<sup>264</sup>

In the final proposed bill the legislator elaborates further on the need to consider other, less invasive methods such as tailing the suspect before using secret audio surveillance.

There does not have to be an absolute obstacle to produce information by different means. However the obstacle should be such that it cannot be reasonable to abstain

<sup>260</sup> 2007:978 The secret audio surveillance act, (SFS 2007:978 Lag om hemlig rumsavlyssning). These criminal acts include among others; trafficking, rape, statutory rape, possession of child pornography, severe obstruction of justice, and severe narcotics offences.

<sup>261</sup> SOU 1998:54, p. 14.

<sup>262</sup> Beckman, 2006, p. 8.

<sup>263</sup> SOU 1998:54, p. 14.

<sup>264</sup> Beckman, 2006, p. 8, see also Prop. 2005/06:178, p. 57 stating that the information gathered does not necessarily have to be presumed to lead to a conviction.

from using the method. If personal surveillance (tailing) or other methods can be used as an alternative, the method should still be allowed if the alternatives would require unreasonably extensive human resources or be associated with a significant risk of the ongoing investigation being revealed too soon. The starting point should be that as a first recourse try other methods.<sup>265</sup>

The balance struck by the legislator in the primary phase, where the public gains must be significant to motivate a law invading privacy to such an extent, has thus in the end of the second phase been reduced by the same legislator to allow for use of the method when significantly less encroaching methods are still available. The right to privacy could in the end hypothetically be weighed against the hassle of overtime compensation for law enforcement agencies.

### **Secret video surveillance**

The statute allowing law enforcement agencies to use secret video surveillance (by remotely operated cameras) was enacted in 1995. At the time there was no protection against covert video surveillance (performed by anyone, not just by law enforcement agencies) in the Swedish legislation. Such protection is still not in place today despite suggestions to that effect by official inquiries.<sup>266</sup> There was however a general law on stationary surveillance cameras in public places. Helmius points out that the primary reason that the law on secret video surveillance was enacted was so that exceptions for law enforcement could be made to the law on stationary surveillance cameras, not because the use of secret video surveillance was considered a violation of privacy. There was no discussion regarding the interests of the individual to counterbalance the interest of the public.<sup>267</sup> In the preparatory works the legislator notes that the Swedish constitution, while offering protection against eavesdropping, does not offer constitutional protection against optic surveillance.<sup>268</sup> Interestingly the ECHR is overlooked completely and is not mentioned in the preparatory works. The legislator acknowledges that video surveillance does constitute a violation of personal integrity and privacy, but states that the extent of the violation is hard to estimate.<sup>269</sup>

<sup>265</sup> Prop. 2005/06:178, p. 58, (My translation) In this extract the legislator quotes the preparatory works to the law on telephone tapping (prop. 1988/89:124 s. 44) stating that the same reasoning is valid in the case of secret audio surveillance.

<sup>266</sup> See for instance SOU 2008:3.

<sup>267</sup> Helmius, 2000, p. 270.

<sup>268</sup> Proposition 1995/96:85, p. 17.

<sup>269</sup> Proposition 1995/96:85, p. 21.

## Use of biological research databases for other purposes

The Swedish PKU biobank is a medical biobank containing biological samples from virtually every newborn child since the 1970's. The samples were originally used to scan newborns for Phenylketonuria, an autosomal recessive genetic disorder which if detected early can be treated. With the parents consent the samples were stored for research purposes. Despite the fact that the allowed use of the samples by law has been restricted to research,<sup>270</sup> the biobank samples has been used by law enforcement on a few occasions to compare against biological trace evidence, most notably in the search for the killer of Swedish foreign minister Anna Lindh in 2003.<sup>271</sup>

In the 2004 tsunami in the Indian Ocean over 500 Swedish citizens died. Two weeks after the disaster the Swedish parliament, without involvement from the government, quickly instated a temporary law permitting the use of the PKU biobank to identify the victims of the tsunami.<sup>272</sup> The Swedish law council – called in to review the proposed legislation – criticized the law for not having been properly prepared and questioned the proposal from a legal technical standpoint.<sup>273</sup> These opinions did not affect the bill and the law was implemented in what Axberger describes as a case where the protection of personal integrity took a back seat to the perceived need of politicians to show initiative after an initial passivity.<sup>274</sup>

In the motives for the short legislative proposal the question of personal integrity is not mentioned. Instead, the need to use all available resources and measures to aid in the identifying of the deceased is highlighted throughout the proposal. Interestingly, the parliamentary committee on social affairs which initiated the law noted that there was in fact no general public interest driving the need for the law and that the need for a quick identification was primarily an issue between the victims and their next of kin. The use of the biobank was instead motivated by stating that under the circumstances the need to assist the grieving process was so strong that there was no reason to believe that the people who's biological samples were stored would protest this extended use of the biobank.<sup>275</sup>

## Conclusions on the balance of privacy in Sweden

The examples provided illustrate that privacy is not always considered important when weighed against other interests, or sometimes not even considered at all.

<sup>270</sup> Lag (2002:297) om biobanker i hälso- och sjukvården m.m.

<sup>271</sup> Dagens Nyheter, PKU-registret har friat mordmisstänkta, 2003-11-27.

<sup>272</sup> Lag 2005:1 om ändring i lagen 2002:297 om biobanker i hälso- och sjukvården m.m.

<sup>273</sup> Lagrådets yttrande, 2005-01-07.

<sup>274</sup> Axberger, 2009. p. 480.

<sup>275</sup> Socialutskottets betänkande, 2004/05:SOU14.

This conclusion is supported by a recent report by an official committee surveying the need for increased privacy protection in Sweden.

The Committee's survey and analysis has shown that the legislature does not put sufficient emphasis on the privacy aspects when new legislation is drafted. Even generally speaking privacy protection is valued relatively low in the legislation. A contributing factor to this may be that the constitution has no legal provision for the right of citizens to protection of personal integrity that balances the other rights and freedoms that citizens are ensured.<sup>276</sup>

In the case of specific deficiencies, the committee found that one of the most striking was the fact that a government commission scrutinizing the security services and personal integrity in 2002 was highly critical of the the security police's use of coercive procedural measures (such as the use of wiretaps), yet their critical report still has not led to any new arrangements for transparency and control. Neither had any new laws concerning police databases been enacted despite statements by the government as early as 1990 that an overview of this area was needed with regards to the protection of personal integrity. The committee found that this passiveness from the side of the legislator was all the more remarkable when considering that during that time there have been comprehensive and vigorous legal reforms aimed to give police access to even more privacy-sensitive information.<sup>277</sup>

When privacy is considered, there are signs suggesting that the balance arguments made in prior legislation gets recycled in new legislative proposals without a critical consideration on whether those arguments are still valid, or appropriate in the first place. An example of this is the legislator preparing the law on secret audio surveillance citing privacy arguments from the preparatory works of the law on phone tapping.<sup>278</sup> The reason for this could be that balancing privacy is difficult, especially so in a legislative context like the Swedish one which is highly pragmatic and suspicious of inalienable rights.<sup>279</sup> Axberger suggests that the concept of personal integrity as represented in the Swedish legislation is not usable as a legal tool and that the difficulty in defining and demarcating the concept of privacy has been a major argument against a general protection for privacy in Swedish law.<sup>280</sup>

Whatever the reason it is clear that currently, privacy does not carry the weight in Sweden to survive when balanced against security or public and political interests.

<sup>276</sup> SOU 2008:3, p. 255. (My translation).

<sup>277</sup> SOU 2008:3, p. 193.

<sup>278</sup> Supra note 21.

<sup>279</sup> Axberger, 2009. p. 468.

<sup>280</sup> Ibid.

## **The potential effect of human security**

Into this cauldron of privacy it is now time to add human security. It is perhaps too soon to say whether the concept will have a major impact on actual public policy, at least in Sweden.<sup>281</sup> I will however make the argument that it probably will come to affect policy, if nothing else as a symptom or part of a general trend of securitization. Human security does offer a powerful conceptual advantage for interest groups in that it can frame a wide variety of issues in a – sometimes well deserved – security context. In an environment containing an overpowering security apparatus, or where state security is prioritized above the welfare of citizens, human security offers a way to include the individual human perspective into the national security framework.

One problem however, is that human security contains some contradictions. A list of security threats will within itself contain a natural hierarchy in that economical security matters little if you don't have physical security. For this reason the freedom from fear approach to human security seems more coherent than the freedom from want concept. Like Krause points out, labeling everything a security threat makes the concept lose its utility for policy-makers and analysts.<sup>282</sup>

If you look past these contradictions and consider the possibility of human security gaining traction within a national legislative context such as Sweden, what impact would it have? The focus of human security studies has traditionally taken place within the framework of international security studies. What effect could human security have when applied within a national framework? The examples provided suggest that when privacy is weighed against other interests' privacy concerns has a tendency to be put aside.

The tsunami disaster in the Indian Ocean is in a way a very telling example of how human security could affect public policy. The disaster highlighted two things, the way it caught politicians off guard, and the public and media outcry that followed their initial passivity. It is unlikely that the Swedish public at large had studied human security and used that as a rationale for their frustration with the government. Rather, the popular outcry that was the result of the government's failure to evacuate and care for Swedish citizens halfway around the world, is in my opinion a symptom of a growing notion that the state has a far-reaching responsibility to protect its citizens from threats and crisis even outside the state. In Sweden this outcry led to a rushed legislative response where privacy concerns apparently was so unimportant that they were not even considered. My argument is that human security – once mainstreamed into civil society and promoted by interest groups and international organizations – may have the same, albeit slower potential of creating new security interests to balance and conquer over privacy. As Paris puts it; “[human security] actors have in effect pursued a political strategy

<sup>281</sup> In Canada, Norway and Japan human security has affected foreign policy, see Krause, 2007.

<sup>282</sup> Krause, 2007, p. 5.



of ‘appropriating’ the term ‘security’, which conveys urgency, demands public attention, and commands governmental resources.”<sup>283</sup>

So is human security so different a concept from national security? Of course in some ways it is, it adds aspects to the security concept that traditionally has not been considered relevant in discussions on security. But looking at the impact on national security we can see that new security threats have shifted the notion of what constitutes national security. Terrorism and organized crime are now considered more potent threats to the stability of many states than invasions from neighboring countries. The desire to prevent both requires proactive policing, concentrating on preventing the crime, protecting citizens from threats. You could argue that national security in some states is meeting human security half-way by changing the focus of the security sector without ever consciously adopting the human security concept.

Security is, as Buzan puts it a way to lift an issue above and beyond politics. Unfortunately the modest examples given in this paper illustrates that the right to privacy is not above politics, but rather treated as simply one interest among others, or simply as a theoretical exercise standing in the way of desired reforms. If the balancing of privacy will continue to be made as it has been done in the past it is clear that when faced with new interests labeled as security concerns, privacy will suffer.

This further illustrates the contradictory interests that are built in to the human security concept. When security interests beneficial to the individual collide with human right interests, human security offers no guidance as to how to balance the two. Indeed it may inadvertently become the finger on the scales, shifting the balance towards security at the cost of the right to privacy.

<sup>283</sup> Paris 2001, p. 95.

## References

### Literature

Asp, Petter, Går det att se en internationell trend? – om preventionismen i den moderna straffrätten, *Svensk Juristtidning*, 2007, p. 70-82.

Axberger, Hans Gunnar, Integritetsskydd i perspektiv, *Svensk Juristtidning*, 2009. p. 468-480.

Beckman, Ludvig, Godtagbart i ett demokratiskt samhälle? De hemliga tvångsmedlen och rätten till personlig integritet, *Svensk Juristtidning*, 2006, p. 1-13.

Buzan, Barry; Wæver, Ole; de Wilde, Jaap, *Security – a New Framework for Analysis*, Lynne Rainer, Boulder, 1997.

Dodds, Felix and Pippard, Tim (ed.), *Human & Environmental Security – An Agenda for Change*, Earthscan, London, 2005.

Fortescue, Opening speech at the First Meeting of the EU Forum on Organised Crime Prevention, Brussels – 17/18 May 2001, available at: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/information\\_dossiers/forum\\_crimen/speeches/fortescue\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/forum_crimen/speeches/fortescue_en.htm)

Helmius, Ingrid, *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*, Iustus, Uppsala, 2000.

Krause, Keith, *Towards a Practical Human Security Agenda*, DCAF, Geneva, 2007.

Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999 (2 ed. published as *Code version 2*, Basic Books, New York, 2006).

Paris, Roland, Human Security: Paradigm Shift or Hot Air?, *International Security*, Vol. 26, No. 2 (autumn, 2001), The MIT Press, pp 87-102.

Wahlgren, Peter, *Lagstiftning*, Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

## **News**

Dagens Nyheter, PKU-registret har friat mordmisstänkta, 2003-11-27, available at: <http://www.dn.se/nyheter/sverige/pku-registret-har-friat-mordmisstankt-1.224150>, accessed 2009-06-22.

## **Official documents**

Proposition 1995/96:85 Hemlig kameraövervakning.

Proposition 2005/06:178 Hemlig rumsavlyssning.

SOU 1998:54, Hur offensiv IT-användning kan skapa tillväxt för mindre företag.

SOU 2008:3, Skyddet för den personliga integriteten - Bedömningar och förslag.

Socialutskottets betänkande, 2004/05:SOU14 – Användning av PKU-biobanken för identifiering av avlidna med anledning av naturkatastrofen i Sydostasien.

Lagrådets yttrande, Nytt ändamål för PKU-biobanken, 2005-01-07, available at <http://www.lagradet.se/yttranden/Nytt%20andamal%20for%20PKU-biobanken.pdf>

## **Legislation**

Lag 1960:729 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

1974:152 Regeringsformen.

Lag (2002:297) om biobanker i hälso- och sjukvården m.m.

Lag 2005:1 om ändring i lagen 2002:297 om biobanker i hälso- och sjukvården m.m.

Lag 2007:978 om hemlig rumsavlyssning.



## Hur tänker jurister? Om en oprövad forskningsansats

En spännande fråga är hur vi tänker. Frågan är också viktig, inte minst för jurister eftersom allt beslutsfattande och juridiskt resonemang är beroende av kognitiva processer.

Stor möda har ägnats åt att förstå tänkandet. Ett samlingsnamn för samtida ansträngningar är kognitionsvetenskap. Ämnet handlar om hur vi tar till oss och bearbetar information, om hur vi samverkar med omgivningen och om hur vi fattar beslut och löser problem. Studieobjekt är bland annat medvetande, minne, perception, uppmärksamhet och känslor. Ansatsen är tvärvetenskaplig. Kunskap och inspiration hämtas från filosofi, psykologi, psykiatri, neurovetenskap, datavetenskap, lingvistik och antropologi.

En del av det som avhandlas i kognitionsvetenskapen är känt för jurister. Direkta kopplingar finns i rättspsykologin och rättspsykiatrin. Bevisvärdering, vittnespsykologi och förhörsteknik är andra moment som bygger på förståelse av hur vi upplever och tolkar världen.

Kognitiva villkor reflekteras även i lagarna. Rättegångsbalken 17 kap 9 § anger att om det ”på grund av målets beskaffenhet [erfordras] rådrum må rätten besluta anstånd [med att besluta och avfatta dom]”. Förlagan är nära femhundra år gammal. I Olaus Petris domarregler stipuleras att ”[d]omaren skall icke vara för hastig till att döma ... ty en hastig dom är sällan god och rätt.” Bakom sådana regler ligger en intuitiv förståelse för att tankeförlopp är biologiska processer som tar viss tid att genomföra. Information måste bearbetas.

Om man studerar ämnet mer ingående är det ändå förvånande att kognitionsforskning tilldragit sig så ringa rättsteoretiskt intresse. Domarens beslut skall vara så förutsebara som möjligt och den processande advokaten skall

övertyga motparter och domstol, men existerar säker kunskap om hur man bäst åstadkommer detta? Finns det någon juridisk kognitionsforskning värd namnet?

Rättsvetenskapens företrädare kan tänkas besvara frågan med ett unisont ja. Det juridiska tänkandet har varit ett centralt studieobjekt under många hundra år. Redan de gamla grekerna...

Att frågor om rättsligt resonemang ägnats stor uppmärksamhet är klart. Rättsvetenskapen har avhandlat juridiskt beslutsfattande, rättslig argumentation och tolkningsprocesser in extenso. Saken är dock inte avgjord i och med detta. En närmare betraktelse visar att det finns stora skillnader mellan kognitionsvetenskap och rättsvetenskap. Perspektiv, förklaringsmodeller och metoder skiljer sig åt. Följaktligen går det att ifrågasätta om juristerna har tillgång till all den kunskap som finns samlad. Diskussionen kan under alla förhållanden fördjupas. Det finns minst tre skäl att studera kognitionsvetenskapen mer ingående.

En första iakttagelse är att traditionella rättsteoretiska analyser mest handlar om vilka komponenter som bör ingå i tankeprocessen. Rimligheten av att lita till värdeomdömen, principer, regler, rättvisa, rättigheter och skönmässiga bedömningar är centrala teman i de resonemang som format rättsteorins huvudfåra. Rättspositivism, begreppsjurisprudens och rättsrealism är benämningar som sammanfattar sådana diskussioner.

Den kunskap som kan utvinnas ur arbeten som utgår från juridikens natur är dock begränsad. Det är också tydligt att det saknas en gemensam grundsyn – åsikterna om juridikens väsen skiljer sig åt och frågorna om hur materialet bearbetas kognitivt berörs nästan inte alls. Rättsvetenskapens teorier om tolkning är jämförelsevis grovhuggna och opreciserade. Uttryckt på ett annat sätt handlar den etablerade rättsvetenskapen främst om vad juridiken är, eller bör vara, inte om hur jurister på ett kognitivt plan löser problem eller argumenterar. Analogin kan göras tydlig, om man skall lära sig simma är det inte tillräckligt att beskriva vattnet.

*En första hypotes* är således att kognitionsvetenskapen kan ge rättsvetenskapen impulser och inspirera till kompletterande ansatser. Eftersom studieobjekten är besläktade kan forskningen om minneskapacitet, beslutsfattande och anknytande aspekter öka förståelsen för rättsvetenskapens premisser. Det kan exempelvis handla om att ur nya perspektiv identifiera kognitiva egenskaper som kan utvecklas för att arbeta mer rationellt, eller om hur lingvistiska rön kan användas för att analysera det juridiska språkets olika former.

Ett annat motiv till att analysera kognitionsforskningen är att ämnet har en hög metodmedvetenhet och i stora delar en experimentell tradition. Rättsvetenskapen är i dessa avseenden särpräglad. Den centrala rättsdogmatiska metoden utgår från analys och systematisering av rättskällor. Alternativa ansatser förekommer men de är ofta disparata. Ackumulerad metodkunskap är sällsynt. Tydligt är också att rättsteoretiska arbeten nästan aldrig följs upp. Rättsvetenskapen använder sällan sociologiska metoder eller rapporterar resultat från kontrollerbara försök. Framställningar om rättslig argumentation baseras tvärtom ofta på analys av

domskäl och andra rättskällor. Angreppssättet kan kritiseras. Slutresultat i form av domar säger inte nödvändigtvis något om hur beslutsprocessen går till och de ger sällan idéer om hur mer rationella arbetsätt kan se ut.

*En andra hypotes* är följaktligen att studier av kognitionsvetenskap kan göra rättsvetenskapen mer metodmedveten och ge idéer om hur systematisk kunskap kan byggas upp. Kognitionsvetenskapen har tillgång till ett brett spektrum av metoder och resultaten kan ofta upprepas och kontrolleras. Rättsvetenskapens arbetsätt är, trots att studieobjekten är snarlika mer begränsade. I dagsläget innebär detta att juristernas möjligheter att vidareutveckla goda lösningar respektive utmönstra ineffektiva arbetsätt är kringskurna.

Ett ytterligare argument för att rättsvetenskapen bör ägna den kognitiva vetenskapen större intresse är att den senare gjort betydande framsteg. Ett exempel är det område som betecknas kunskapsrepresentation. Ämnet handlar om hur vi kan använda välformulerade symbolsystem för att representera en speciell domäns kunskap och diskurs. Tillgången till en sådan representation är betydelsefull, dels för att processen genom vilken representationen utvecklas i sig själv fördjupar kunskapen om det som behandlas, dels för att den kunskap som återspeglas i den färdiga representationen kan analyseras, prövas och vidareutvecklas mer rationellt än då den endast finns tillgänglig i fragmenterade och/eller opreciserade former. Kunskapsrepresentationers funktioner har sammanfattats på följande sätt:<sup>284</sup>

- A knowledge representation (KR) is most fundamentally a *surrogate*, a substitute for the thing itself, used to enable an entity to determine consequences by thinking rather than acting, i.e., by reasoning about the world rather than taking action in it.
- It is a *set of ontological commitments*, i.e., an answer to the question: In what terms should I think about the world?
- It is a *fragmentary theory of intelligent reasoning*, expressed in terms of three components: (i) the representation's fundamental conception of intelligent reasoning; (ii) the set of inferences the representation *sanctions*; and (iii) the set of inferences it *recommends*.
- It is a *medium for pragmatically efficient computation*, i.e., the computational environment in which thinking is accomplished. One contribution to this pragmatic efficiency is supplied by the guidance a representation provides for organizing information so as to facilitate making the recommended inferences.
- It is a *medium of human expression*, i.e., a language in which we say things about the world.

<sup>284</sup> Davis, R. Shrobe, H. & Szolovits, P. *What is a Knowledge Representation?* AI Magazine, 14(1):17-33, 1993.

För att illustrera kunskapsrepresentationers betydelse räcker det att peka på att avancerade dataprogram förutsätter en översättning av domänkunskap till symbolrepresentationer i flera steg. Exempelen är oräkneliga. Tillämpningar finns på alla områden, vilket visar att metoderna är generella, eller, åtminstone, att arbetssätten kan anpassas till skilda domäner. Inget talat heller mot att metoderna är överförbara till juridiska sammanhang. Utvecklingen av en teori för juridisk kunskapsrepresentation är därför ett intressant forskningsprojekt, och detta oavsett om syftet är att utveckla datorstöd eller inte. Fördjupad förståelse av juridiken är ett mål i sig. Illustrationer av hur ett sådant arbete kan genomföras kan hämtas från andra områden.

Utvecklingen av förståelsen för kunskapsrepresentationernas betydelse är inte det enda skälet till varför kognitionsvetenskapliga rön är intressanta för jurister. Andra resultat som med rimlig anpassning förefalla kunna bidra med överförbar kunskap är modeller för beslutsfattande, neurovetenskapliga rön och psykologiska förklaringar. De båda senare för att de kan klargöra villkoren för att utreda händelseförlopp i efterhand, en återkommande uppgift i domstolar. Ytterligare en parallell mellan rättsvetenskap och kognitionsvetenskap är att båda frekvent tangerar filosofiska frågor som handlar om samma saker. Ett förhållande som visar att de underliggande studieobjekten egentligen är desamma.

*En tredje hypotes* är därför att kognitionsvetenskapen redan nu kan tillföra rättsvetenskapen nyttig kunskap. Mycket talar för att området kan öka förståelsen av det rättsliga beslutsfattandet och den juridiska problemlösningens betingelser. En annan sak är att området inte kan förväntas leverera färdiga lösningar. Anpassning och vidareutveckling av såväl metoder som redovisade resultat måste ske. Detta är dock inget som bör avskräcka, parallellerna är många och möjligheterna till nya insikter betydande.

Sammanfattningsvis visar denna genomgång att det finns flera anledningar för jurister att observera den utveckling som sker inom kognitionsvetenskapen. Tre hypoteser har skisserats:

- Kognitionsvetenskapen kan tillföra juridiken nya perspektiv och ge idéer om hur gamla frågor kan studeras med kompletterande angreppssätt.
- Studier av hur kognitionsforskning bedrivs kan bidra till att det rättsvetenskapliga arbetet blir mer metodmedvetet.
- Resultat av kognitionsvetenskaplig forskning kan redan nu fördjupa kunskapen om juridikens förutsättningar och möjligheter.

Om hypoteserna är riktiga, eller om de ens kommer att prövas är naturligtvis osäkert, detta är dock forskningens förutsättningar. Slutsatsen är i alla fall entydig. Området är värt att uppmärksamma. Rättsvetenskapliga doktorandarbeten och postdok-projekt med kognitionsvetenskaplig inriktning kan uppmuntras.



## Referenser

Det finns många populärvetenskapliga böcker om kognitiv vetenskap.

Lättillgängliga arbeten som också ger hänvisningar till ytterligare litteratur är bland annat

Damasio, Antonio, R., *Descartes misstag*, Bokförlaget Natur och Kultur, Stockholm 1999.

Dennett, Daniel C., *Att förstå medvetandet*, Bokförlaget Natur och Kultur, Stockholm 1996.

Gärdenfors, Peter, *Hur homo blev sapiens: Om tänkandet evolution*, Bokförlaget Nya Doxa, Nora 2000.

Nørretranders, Tor, *Märk Världen: En bok om vetenskap och intuition*, Bonnier Alba, Stockholm 1993.

Klassiska verk är

Hofstadter, Douglas, R., *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid*, Penguin Books Middlesex, ... 1980.

Minsky, Marvin, *The Society of Mind*, Simon & Schuster, New York, 1988.

Rättsvetenskapliga eller kombinatoriska studier av juridik och kognitiv vetenskap är ännu få men texter som speglar flera av de ovan nämnda perspektiven har publicerats sedan 1980-talet, företrädesvis i samband med konferenser i olika delämnena. En omfattande studie (840 sidor) som också innehåller många referenser till tidigare arbeten är

Sartor, Giovanni, *Legal Reasoning: A Cognitive Approach to the Law*, Springer, Dordrecht, 2005.



# The Importance of Human Rights for the Protection of Victims of Human Trafficking

Trafficking in human beings is classified as a transnational organized crime in which victims are moved from poor environments to more affluent ones, with the profits flowing in the opposite direction, a pattern often repeated at the domestic, regional and global levels. Trafficking in human beings, as well as other organised crimes, has grown to alarming proportions, especially over the past decade. No country is immune, each can serve as a country of origin, transit or destination or all of the above. The growth of this phenomenon is linked to globalization, immigration policies and to the economic and social crises in certain areas. Despite the recent increase in penalties and sentences in many states, trafficking in human beings is still a relatively low-risk and highly profitable business. According to the ILO, the yearly turnover from human trafficking is estimated to be 32 billion US dollars – higher than comparable figures for arms and drugs trafficking.<sup>285</sup>

Trafficking in human beings operates like any other kind of trade, it depends on both supply and demands, which shows through simultaneous existence of a number of so-called push and pull factors. The push factors drive victims from their place of origin and the pull factors attract them to flee to another. Push factors include the increase in civil wars, environmental damage and natural disasters that all lead to a dysfunctional state and corruption. They also include unequal status among individuals, groups and societies manifested violence in families, disadvantaged minorities and deep class differences in societies and of course

<sup>285</sup> International Labour Organisation, 2005, p. 55.

poverty, unemployment, dysfunctional or expensive school systems and so on. Pull factors include growing economies, newly industrialised countries, low cost transportation, easy communication and demand for different types of labour.

Victims from poor environments are attracted by appealing job offers and the idea or promise of a better life. Traffickers use this desire and quickly lure the less fortunate, taking them into wealthier countries or regions either legally as tourists or illegally, smuggled over borders or with fake identity documents in order to exploit them. Then they are forced to engage in activities that are highly lucrative for the traffickers: work in illegal workshops, erotic shows, prostitution, begging etc. They are often threatened, beaten or raped to break their resistance or to deter them from denouncing the traffickers. Human trafficking does not need to be transnational since consumers move instead, i.e. as sex tourists. Victims are then moved from poorer parts of a country into the bigger cities.<sup>286</sup>

In this article I will discuss the importance of international engagements in the protection of victims, or potential victims, of human trafficking and the lack of sufficient implementation of international instruments in national law. In doing this, European and particularly Swedish experiences will be used even though examples will also be taken from other continents. The topic is, nevertheless, worldwide and relates to all countries. I will also discuss a possible need for additional international instruments or other ways of protecting the rights of victims of human trafficking.

## **A threat to states and the fear of individuals**

Human trafficking is a multi-dimensional threat: it deprives people of their human rights and freedoms; it constitutes a global health risk, and fuels the growth of organized crime.<sup>287</sup> Therefore, to combat trafficking in people, states will need to adopt a multi-dimensional approach.

Many scholars argue that human trafficking is frequently tied in with other forms of illicit trade, and is often undertaken by transnational organized crime groups alongside activities such as smuggling, money laundering, drug trafficking, trade in illegal weapons and document forgery. Many forms of trafficking, through encouraging corrupt practices and the use of fraudulent documentation, undermine border security and migration control regimes, the police, judiciary and public authorities. Such corruption in turn undermines democratic institutions and threatens overall economic development and stability.<sup>288</sup>

Illegal immigration is often described as a threat to national security. It is hard to differentiate trafficking in humans from e.g. smuggling of persons due to similarities in the actual criminal act. At the beginning of the trafficking process,

<sup>286</sup> Scarpa, 2008, pp. 17-40.

<sup>287</sup> United States Congress, 2004.

<sup>288</sup> Bastick and Grimm, 2007.

many victims voluntarily cooperate with their traffickers, travelling under their “protection”. At borders, it is difficult to identify both trafficked and smuggled people and it is difficult to differentiate between the two categories. If questioned, a trafficked person may well deny that she or he is under any threat out of fear for their own or their family’s safety. In addition, the person may be unaware of the exploitation intended for them. It is often only when victims reach their destination that their exploitation commences and they become identifiable as having been trafficked.<sup>289</sup> The confusion increases due to the fact that these two phenomena are often treated in connection with each other in international law and enforcements tools.

Criminals in organised groups are also known to commit secondary crimes, such as threatening witnesses and the personnel of state agencies. This leads to insecurity both for the state and for democracy and also gives rise to fear for the victims. Traffickers often use the threat of deportation to control their victims. If they are deported, trafficked persons may be at risk of further harm from their traffickers and, without support and reintegration assistance, are vulnerable to being re-trafficked. It is also possible that the forcible deportation of trafficked persons may expose them to violence, and in many cases to persecution, by their own families or communities, upon their return home.<sup>290</sup>

It is important to bear in mind that trafficking in human beings is not confined to the sex industry. It is becoming gender equal, covering a wide range of ages and nationalities through many different kinds of exploitation. Men, women and children are trafficked to work in sweatshops as bonded labour, illegal work in so-called “three D-jobs” – dirty, difficult and dangerous: labour that endangers a person’s life and that no one does from choice. Children are also often “sold” by unsuspecting parents who believe their children are going to be looked after, learn a trade or be educated. Such children become child slaves, sometimes for a few years while they work under inhuman conditions, for example as fishermen, and some never return.<sup>291</sup> This problem is associated with children in Africa as a result of the media attention directed towards that region, but it most certainly also exists elsewhere too.

## The Importance of International Engagements

The diverse nature of trafficking in human beings, its adaptability and dynamic and constantly changing in order to defeat efforts by law enforcement to prevent it, makes defeating it a difficult task and calls for international engagements. The

<sup>289</sup> Bastick and Grimm, 2007.

<sup>290</sup> Bastick and Grimm, 2007.

<sup>291</sup> International Labour Organisation, 2005, p. 46.

multi-faceted nature of trafficking in human beings requires political and operational coordination. The transnational nature of human trafficking requires transnational legal responses to combat it. Cooperation between countries of origin and countries of destination must be a part of any transnational legal response since apprehension of traffickers, investigation of cases of trafficking and prosecution of the traffickers sometimes require cooperation between countries of origin and countries of destination in matters including request for assistance, search, arrest, measures from securing assets, serving of judicial decisions, judgments and verdicts. The safety of the victims is one of the first priorities of the international community and is regulated in international law.<sup>292</sup>

## **Human Rights**

International conventional law has recognized trafficking in persons as a Human Rights violation. Trafficking in human beings as a modern form of slavery goes against a multiplicity of international instruments, most being various kinds of human rights. This section of the article exemplifies a few of those instruments, showing the verity of rights, legality of documents and groups of individuals applicable to the protection as victims of human trafficking.<sup>293</sup>

The right to protection for victims of human trafficking can be derived from the Universal Declaration of Human Rights that states: “Everyone has the right to life, liberty and security of person” (Article 3), “No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms” (Article 4) and “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (Article 5). These universal human rights are inherent, inalienable, universal and indivisible. They are also interdependent, which means that the realization of one right contributes to the realization of other rights and they can never be deprived by another right. Specific instruments to abolish slavery and rights for those enslaved can, however, be found much earlier than that.

The first international agreement to abolish slavery was the League of Nations Slavery Convention of 1926. The convention defined slavery as “the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised.” It declared slavery a “crime against humanity” and the slave trader an enemy of all humankind over whom any state could hold criminal jurisdiction. Today’s practice of trafficking in humans is, however, often referred to as modern slavery to distinguish it from traditional slavery.

The U.N. Supplemental Convention on the Abolition of Slavery in 1956 banned practices similar to slavery, including bondage, serfdom, the forcing or sale of a

<sup>292</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, Toolkit to Combat Trafficking in Persons, 2006, pp. 1 and 31.

<sup>293</sup> For further readings on the multiplicity of rights for the victims of human trafficking see for example Obokata, 2006.

woman into marriage, and the sale of children into labor. The U.N. 1949 Convention for the Suppression of Trafficking in Persons and the Exploitation of Others was the first international agreement to prohibit human trafficking. The Convention defined trafficking solely in terms of prostitution, which limited its applicability in the combating of other forms of human trafficking not linked to sexual exploitation. The 1956 Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery outlawed slavery practices including debt bondage, serfdom, bride price and exploitation of child labor.

The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women went on to call on states to suppress “all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women” explicitly prohibited “exploitation of prostitution of women” and “all forms of traffic in women” (Article 6). The 1989 Convention on the Rights of the Child mandated state parties to take all appropriate measures to prevent “the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form” (Article 35).

Human Rights are the birthright of all human beings and their protection and promotion is the first responsibility of governments. Altogether, rights claimed under international law make victims of human trafficking one of the most protected groups, in theory that is. Most Human Rights instruments of interest are of so-called soft law character, not judicially binding. The international community can take limited action on the basis of soft law instruments to rectify the failure of any given state. There are no sanctions that can be applied against those states that do not fully implement signed document or that fail to protect implemented rights. Though seldom binding on states Human Rights are, nevertheless, a fundamental source of inspiration for those willing to make their national laws conform to the principles they promote. It should also be remembered that if broadly implemented soft law principles could become international customary norms.

### **The Palermo Protocol**

International law began concentrating on modern forms of human trafficking in 2000, when the international community adopted the Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, the so-called Palermo Protocol. As of December 2003 the Palermo Protocol already had a total of 117 signatories but by August 2007 was ratified by only 114 states, despite being the most important international anti-trafficking instrument.<sup>294</sup> The Palermo Protocol

<sup>294</sup> For up to date information on ratifications and signatures see:  
[http://www.unodc.org/unodc/crime\\_cicp\\_signatures\\_trafficking.html](http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_signatures_trafficking.html).

included the first ever global definition of human trafficking behind which signatory states could unite. While most European countries have adopted anti-human trafficking legislation of some kind, not all countries have adopted the definition used in the Palermo Protocol or implemented legislation that is in line with it.<sup>295</sup>

Human trafficking, according to the Protocol, takes many different forms and the list of exploitations given is non-definitive, and also includes other kinds of exploitations. The Trafficking Protocol established the inclusion of provisions for immigration relief, social services, and compensation to victims, but these are optional rather than mandatory. The main purpose of this Protocol, together with the Convention, is to promote more effective cooperation in the prevention and combating of transnational organized crime and not to safeguard the rights of victims.

### **Lack of Sufficient Implementations**

The respect and protection of human rights can be guaranteed only through the availability of effective judicial remedies. International instruments on Human Rights do not function if they are not implemented in national law, making the national level the most important. However, enforcement of Human Rights norms and principles has generally been problematic.<sup>296</sup>

At the national level, States bear the primary responsibility to promote a Human Rights framework. But, many national legal frameworks are ill-equipped to deal with the current trends in human trafficking. Adequate legislation and tools are lacking. If comprehensive laws do exist they are not always enforced and victims may not be recognized as victims of crime but seen rather as co-criminals. The main response of the governments has been a criminal justice one, in that the primary emphasis is placed on suppression of trafficking through prosecution of traffickers and reduction of the flow of trafficked people.<sup>297</sup> Law enforcement and border control are heavily emphasized in efforts to fight human trafficking, reflecting the interest of states in preventing both trafficking and illegal immigration. Trafficked people are often arrested and deported for having violated migration or prostitution laws. The victims then do not get the treatment they are entitled to and are deprived of their lawful rights. Deportation is still the norm in most parts of the world, which does nothing to reduce the traffic and instead makes the victims of trafficking less likely to report their situation and even more dependent upon traffickers and pimps.<sup>298</sup>

<sup>295</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, 2009, p. 22.

<sup>296</sup> Obokata, 2006, p. 36.

<sup>297</sup> Obokata, 2006, pp. 35 and 174.

<sup>298</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, 2006, p. 57.



The lack of specific and/or adequate legislation on trafficking at the national level has been identified by the “Office of the High Commissioner for Human Rights” as one of the major obstacles in the fight against trafficking.<sup>299</sup> As a result, their limited law enforcement capabilities, coupled with a lack of judicial expertise and an international framework, make cooperation on an international level difficult. This lack of priority given to human trafficking both reflects and is reinforced by the absence in many countries of clear legislation addressing human trafficking. Even where appropriate legislation does exist, specific resources dedicated to investigating and prosecuting trafficking are, in many cases, either inadequate or not properly used.<sup>300</sup> Trafficking in humans is a relatively new crime in most countries which leaves the judiciary to work with new material without proper tools. Relatively few cases are successfully prosecuted resulting in a very small number of convictions. While law enforcement struggles to identify victims important evidence against traffickers is lost.<sup>301</sup>

Victims of human trafficking have, as shown above, wide-ranging and long established protection of both general and specific rights in the context of international instruments. These instruments, however, have not been given sufficient consideration in national implementations. An increasing crime rate, few convictions, failure to identify victims and the need for new international instruments implies that existing national legislation is not satisfactory.

## Is there a Need for Additional International Instruments?

International instruments are the sharpest tool available for combating transnational organised crime. International conventions against slavery, trafficking, and the rights of migrants and the rights of women are a significant source of publicity. Such conventions broadcast the abuses involved in human trafficking and draw attention to government neglect of its commitments. Human Rights has worked well to illuminate rights at an international level however there has been a failure enforced them to the extent needed.<sup>302</sup>

There are more than 300 treaties and agreements that incorporate prohibitions against slavery and human trafficking. The number of documents in the international arena safeguarding the rights of victims of human trafficking has reached a level where it is unmanageable. Some talk about “regulatory chaos” which means that international legislation is difficult to survey due to the contradictory multiplicity of legal documents. International instruments are

<sup>299</sup> Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, 2002, p. 8.

<sup>300</sup> Bastick and Grimm, 2007.

<sup>301</sup> For further statistic see for example United Nation Office on Drugs and Crime, 2006.

<sup>302</sup> Skrobaneck, Boonpakdee and Jantateero, 1997, p. 102.

frequently drafted and enacted because of the degree of change engendered by globalization. However, these conventions and other similar instruments provide little direct guidance as to how the respective norms should be made operative in the domestic sphere. This brings with it an obvious risk of inconsistencies in national legal systems and a risk that the laws might never be implemented.<sup>303</sup>

Effectiveness does not depend on the number of documents. It is an extensive procedure for declarations, conventions and optional protocols taken by international legislative bodies to reach national levels in various states and then it takes even longer to implement them. By that time, the drafting of new instrument may already have started. The international regulations concerning rights for the victims of human trafficking are already in place. There are not, however, sufficient tools to facilitate implementation of these regulations at the national level.

### **The new Victims of Crimes Convention**

The UN is now redrafting the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power into a Convention and a more legally binding instrument. The Declaration was adopted in 1985 by consensus by the General Assembly, a body that represents all the 192 member states to this international organization, and can be considered as a landmark soft law document stating the basic principles of justice for the victims of crime and abuse of power.

The 1985 UN Declaration seems, at least, to have laid the groundwork for the codification of several basic principles of justice for victims in new international criminal law treaties. What was no more than a great ideal twenty years ago has become, at the beginning of the 21st century, a legally binding norm for many countries worldwide for at least some categories of crime victims, including victims of human trafficking.<sup>304</sup> The Declaration has had an impact in national legislation despite not being legally binding, perhaps not always through the Declaration itself but by its incorporation into other documents. Some of these principles were for example incorporated in the Palermo Protocol.

The Declaration commands a prominent position in international law due to it being adopted by consensus. A new Convention for the victims of crimes will make the rights included legally binding on State Parties. It will, if I have understood correctly, go even further towards a holistic approach on the vulnerable situation for victims. It also means, however, that states need to sign yet another document to be parties. Considering the impact the Declarations has had, the Convention might not contribute to an increased implementation in regions where it is most needed. If states have not implemented the rights stated in the Declaration they are unlikely to sign up to the Convention.

<sup>303</sup> Bergling, 2006, p. 21.

<sup>304</sup> Van Dijk, 2005.

## Conclusions

Human trafficking is an international, organized, criminal phenomenon that has grave consequences for the safety and welfare of its victims. As trafficking in persons constitutes a grave violation of human rights, states should implement instruments that fund “comprehensive and compassionate” services for the victims of trafficking. These actions are necessary if victims are to be treated with the dignity and care that they deserve, but they are also helpful in establishing victim cooperation, which is essential for combating trafficking.

International instruments are the sharpest tool available for combating transnational organised crimes. But are they the best for enforcing individual rights and protecting victims? Human Rights have worked well illuminating rights on an international and national level, they have not, however, been enforced to the extent needed to safeguard victims. Due to the fact that Human Rights of interest are known as soft law of character with states themselves deciding whether or not to fully implement them leaves the victims at the mercy of the state’s good will. The greatest challenge in reducing human trafficking is mobilizing the necessary political will in all states. The UN, regional organizations like the EU and states in bilateral dialogue have a crucial role in this regard. They should maintain pressure for universal ratification and full implementation of the anti-trafficking instruments with emphasis on victim’s rights. The Convention on Organized Crime and the Palermo Protocol are not Human Rights instruments and in main parts not soft law in character. There is a section that lays down protection for the victims of human trafficking. And it is, however, written in a very general manner and does not force states to take any action.

It is the state’s own interest to implement laws on trafficking even if they are simultaneously protecting Human Rights. Apart from being a serious breach of fundamental Human Rights, trafficking may be a threat to the interest of the state through, for example, violations of immigration and labour legislation as well as a variety of criminal regulations. There is a perception that victims are primarily instruments of law enforcement rather than individuals who, in and of themselves, deserve protection and the restoration of their Human Rights. A criminal justice approach to the practice (immigration and crime control), which is the main response at the national level is not necessarily best equipped to seek effective suppression and prevention. A Human Rights framework makes the importance of adopting a holistic approach, and allows us to seek solutions accordingly. The impact the Palermo Protocol has had, compared with the efforts made to ensure Human Rights on the matter, indicates that it is the abolition of organized crime and the international security that states considers more important rather than the safety of victims.

I find the idea of protecting victims in regular international instruments very appealing. Instead of treating human security and Human Rights as a separate

matter it would then be included in state affairs. This could be done as in the Palermo Protocol, where rights are emphasized, but with a more legally binding status. Rights could even be incorporated together with guidelines for their implementation. I do not question the importance of Human Rights for the protection of the victims of human trafficking. I do, however, question the need for further international instruments rewriting already existing rights. Considering the outcome for the Human Rights for victims of human trafficking in earlier national legislation I am doubtful that the new Convention on crime victims will make any difference to them.

## References

Bastick, Megan and Grimm, Karin, Security Sector Responses to Trafficking in Human Beings, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) Policy Paper – №21, 2007.

Bergling, Per (2006), Rule of Law on the International agenda, Intersentia, Antwerpen-Oxford.

International Labour Organisation, A Global Alliance Against Forced Labour, 2005.

Obokata, Tom (2006), Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective –Towards a Holistic Approach, Koninklijke Brill NV, Leiden.

Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council, 2002.

Scarpa, Silvia (2008), Trafficking in Human Beings - Modern Slavery, Oxford University Press, Oxford.

Skrobanek, Siriporn, Boonpakdee, Nataya and Jantateero, Chutima (1997), The Traffic in Women: Human Realities of the International Sex Trade, Zed books, London- New York.

United Nations Office on Drugs and Crime, Trafficking in Persons: Global Patterns, 2006.

United Nations Office on Drugs and Crime, Toolkit to Combat Trafficking in Persons, 2006.

United Nation Office on Drugs and Crime, Global Report of Trafficking in Persons, 2009.

United States Congress, Trafficking in Person Report, 2004.

Van Dijk, J.J.M. van (2005), Benchmarking Legislation on Crime Victims: The UN Victims Declaration of 1985, In: Vetere, E, P. David (Eds) Victims of Crime and Abuse of Power: Festschrift in Honour of Irene Melup. United Nations, New York.