

## Indledning

Retfaerd har haft den nye flotta layouten redan i två år, men det här är det första finska numret med en pärmbild av också en finsk konstnär. Laura Horellis bild är ett exemplar av ett bredare projekt »Trading Places« som hon har anordnat med konstnären Ann Kaneko i California. (Läs mera om Laura Horellis konstnärskap på s. 82). Huvudtemat i deras projekt är ändring eller omflyttning. Att flytta betyder alltid mera än bara att byta sin bopplats. Genom att packa upp våra egendomar, måste vi reflektera över vårt liv. Våra omgivningarna präglar oss och tvärtom: vi påverkar allt omkring oss. Ändringen är inte alltid synlig, men desto mera är det viktigt att undersöka det sociala och politiska spel som omger oss.

Horellis teman om ändring och »trading« d.v.s. utbyte, sammankopplar också detta nummer av Retfaerd. Vi börjar med rättens djupare mening som Iiro Liukkonen analyserar ur den derridaska synvinkeln och i synnerhet med avseende på straffprocessen. Liukkonen ber oss med öppet sinne sätta oss in i de(n) andras ställning för att visa förståelse. Dekonstruktionen är en inställning som kan öka förståelse och leda till en fördomsfri granskning och till rättvisa.

Kimmo Nuotio sysslar också med straffrätten, men hans utgångspunkt är kulturell mångfald. Antalet fall där olika kulturella värden kolliderar ökar stadigt, men (straff)rättens möjligheter att släta ut motsättningar är mycket få. Nuotio tar Jyllands Posten och karikatyrer av profeten Mohammed som exempel, men det finns flera. Det här är ett ämne som vi måste diskutera fast det inte finns några bestämda lösningar.

Pernille Boye Koch har också ett mycket aktuellt och kulturellt tema: hon analyserar kritiskt Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheter för sitt dom i Leyla Sahin v Turkey. Leyla Sahin är en turkisk medicinstuderande som av religiös plikt måste använda huvudduk. Enligt Boye Kochs analys finns det flera inkonsekvenser i domstolens argumentering. Boye Koch tar också upp domslutets konsekvenser i en nordiskt kontext.

Den fjärde artikeln handlar om rättsekonomin ur juridisk synvinkel. Juha Tolonen introducerar rättsekonomis klassiker och deras argumentering, men vill också synliggöra vissa hypoteser som har blivit självfallenheter. Eftersom rättsekonomin har åsidosatt, åtminstone i Finland, den sociala civilrätten med välfärdstänkandet, är det särskilt viktigt att förstå rättsekonomis utgångspunkter och hypoteser.

Den sista uppsatsen är introduktionen till den finska spetsenheten i forskningen av europeisk rätt och politisk gemenskap som har inlett sin verksamhet 1.1.2008. I

texten presenteras både allmänna teman och olika forskningsgrupper med respektiva ledare. Spetsenheten vill välkomna alla kommentarer och andra kontakter. Den finska redaktionen och spetsenheten har gemensamma planer att samarbeta för ett Europa-temanummer i 2009.

*Detta nummer har sammanställts av den finska redaktionen.*

# Överraskande gåvor – derridaska anteckningar till meningen med straffprocessen

(Surprise Gifts – Derridan Notes to the Aims  
of Criminal Proceedings)

AV IIRO LIUKKONEN

Summary: In Derrida's thought, law is intrinsically suspect of falling short of justice. Justice, however, may be grasped in deconstruction of law which happens precisely over this very apory. The initial doubt that justice were not done through law serves as *la différance* that helps to discern what justice might be all about, beyond law.

The article endeavours to apply to criminal proceedings the view Derrida gives, especially in *Specters of Marx*, of justice as the promise of a gift out of what one does not have herself either. Indeed, situations may be discerned where each of the various actors in the courtroom awakens another actor up to assuming an attitude or taking a stand the initiating actor does not herself hold. In so doing, they contribute to some of the ends criminal justice pursues being reached. Whilst keeping strictly into their duty of neutrality, the court and the prosecution may, simply by conducting the proceedings appropriately, inspire confidence in the criminal defendant who, in consequence, may feel prepared to assume her guilt and responsibility for the offence. A face-to-face encounter in court with the injured party may positively enhance the defendant's willingness and commitment to redress and restitution towards the victim who, so far, has been deprived of compassion and compensation from the offender. Finally, the accused person stands in court as a reminder to the judiciary of their responsibility for the lawfulness and rightness, material and procedural, of the action and measures to be taken regarding her, even if she had not yet taken her responsibilities for her offencous dealings.

There seems thus to be space and possibility for deconstructive insights, in the minds of the various stakeholders, into what the criminal proceedings are about i. a., namely assuming responsibility and redressing harm, as is stressed in much of the work within the restorative justice movement. But as always in the context of deconstruction, it is not for sure these insights are reached. The achievements rather remain scarce, which all the same does not diminish the value of any of these positive results actually scored.

Keywords: hermeneutics, deconstruction, *Jacques Derrida*, functions of criminal procedure (hermeneutik, dekonstruktion, *Jacques Derrida*, straffprocessens funktioner)

## 1 Inledning: dekonstruktionen som rätt

Det är dekonstruktionen som det går att likställa rätten med heter det i ett välkänt yttrande av *Jacques Derrida*.<sup>1</sup> Han menar, som vanligt, flera saker med ett och samma uttryck. Mot bakgrunden av essän där yttrandet ingår handlar det främst om att det utöver eller bortom den lag och rätt som gäller i samhället skall beaktas och eftersträvas rätt i en djupare mening, motsvarande de förväntningar som inblandade och även utomstående har på rättvisan. Han har nämligen just innan angett att rättsordningens lag och rätt sällan samtidigt tillgodoser rättvisan som rättens egentliga innebörd och syftemål. För att upptäcka innehållet i den rättvisa som rättsgemenskapen, i första hand de inblandade, förväntar sig, är det nyttigt att på rättsordningens nivå dekonstruera, montera ned lag och rätt för att se vad de grundar sig på och vad de är ute efter. I denna nedmontering och ombyggnad skulle rättens djupare mening som står rättvisan nära bli synlig.

Men satsen kan med fog uppfattas även skilt för sig och då läsas så som det står: dekonstruktionen är faktiskt rätten, dvs all slags dekonstruktion är ägnad att medföra rätt. I och med dekonstruktionen förenas förutsättningarna för att rätten förverkligas. Det är den typ av läsning – som litteraturforskare ofta gör – av Derrida som betonar att dekonstruktionen skapar ökad förståelse genom att man börjar se på saken ur en ny vinkel. I ett någorlunda samma syfte försöker jag i det följande se huruvida vi medelst dekonstruktionen kan få fram förståelse av (en del av) vad man är ute efter i brottmålsrättegången, kasta ljus över mångfalden av de varierande målsättningarna som tillskrivs straffprocessen.

1 *Force de loi* s 944/945: »La déconstruction est la justice«, »Deconstruction is justice«. Som känt, återger artikeln(s) första del) ett föredrag Derrida år 1989 gav på kollokviet om rätt och dekonstruktion som, anordnat av en av galjonsfigurerna inom den amerikanska *Critical Legal Studies*-rörelsen, prof. *Drucilla Cornell*, hölls i Benjamin N. Cardozo School of Law vid Yeshiva University i New York. Han uttryckte sig på engelska efter föregående översättning från sitt franska manus. Texten publicerades i *Cardozo Law Review* året därpå på bägge språken. I hänvisningarna refereras således med jämna nummer till den franska resp med udda till engelska utgåvan. – I det följande begränsar jag mig till att grunda min framställning direkt på Derridas egna texter, utan att gå in på att redogöra för de (blandade) åsikter som hos andra forskare uppstått som reaktion på hans tänkande. På denna punkt hänvisas läsaren, för att endast nämna publikationer av inhemska forskare, till artiklarna av *Ari Hirvonen* (*Promising Justice: Derrida with Jewish Jurisprudence, Law and Critique* 2001 s 159-183) och *Jari Kauppinen* (*Law Without Place: Topology and Decision. Questions of Line and Literature, Law and Critique* 1999 s 225-248). – I denna tidskrift har dekonstruktionen på ett allmänt plan nyligen berörts bl a av *Toomas Kotkas* (*Den rättshistoriska forskningens etik, Retfærd* 2006 s 3-15). – Jag riktar ett varmt tack till professor *Dan Frände* för att han har vänligen läst och kommenterat manuset samt granskat språket i det.

Låt oss börja med att i all korthet återkalla i minnet vad dekonstruktionen i första hand handlar om. Om termen säger Derrida själv att han tog upp den för att återge tyskans *Abbau* som *Heidegger* använt för att peka på att man genom att montera ned tankesammansättningar får fram grundläggande kunskap om grunderna för dessa föreställningar.<sup>2</sup> Följaktligen kan vi tänka oss att det i dekonstruktionen gäller att lösa upp helheter eller sammansättningar, varvid dessa och deras byggdelar blir lättare att förstå sig på. Förfarandet tjänar således hermeneutiska målsättningar. Av Derrida lär vi också att verksamheten som bär detta namn och som nu bedrivits i drygt fyrtio år på diverse fält och med varierande syften, varken var avsedd att bli någon stadfast metod eller ta formen av en kritik. Den utgör inte ens en åtgärd eller operation av bestämd typ. Snarast kunde dekonstruktionen sägas innebära något av en inställning som uppstår av sig själv hos en uppmärksam iakttagare inför en företeelse som på grund av sin komplexitet eller sina interna motsägelser påkallar att bli föremål för en fördomsfri granskning.<sup>3</sup> Styrkan hos dekonstruktionen ligger troligen till en viss del just i det att den inte låter sig fångas i fasta begrepp, utformas till en skola. Med Derridas egna, till synes paradoxala ord är dekonstruktionen egentligen inte något, medan det samtidigt är allting som dekonstruktionen inte är.<sup>4</sup> På ett annat ställe där han sammanfattar sitt tänkande anger han att det i dekonstruktionen är fråga om att tänka på ursprunget till och begränsningarna av frågan »vad«. Dekonstruktionen är faktiskt en förfrågan avseende allt som redan är mer än en förfrågan.<sup>5</sup>

Dekonstruktionen kunde således anses som ett redskap för att arbeta fram förståelse. Om vi i dekonstruktionen tar steget över på andra sidan av vanemässiga frågeställningarna och konventionella svar på dem får vi möjlighet till nya insikter. Där, på andra sidan ridån, betraktar vi bakifrån företeelser och begrepp som vi trots vi redan känner till, och måste, vid närmare eftertanke, ofta upptäcka att så dock inte är fallet utan dessa behöver, om då inte helt tänkas om, åtminstone granskas noggrannare. Det är som när vi står bakom teaterscenen och där kan se det som publiken inte kan se, dvs vilket oäkta material som kulisserna är gjorda av och med vilka underliga manicker de styrs och upprätthålls. Det som från salongen verkar helt stämma kan på nära håll och medan man själv står på scenen visa sig vara en kuliss av djärvaste slag med ett helt snedvridet sanningsvärde.

2 *Lettre à un ami japonais* s 388, *L'oreille de Heidegger* s 368, *Qu'est-ce que la déconstruction*.

3 *Lettre à un ami japonais* s 390-392.

4 A s 392: »Ce que la déconstruction n'est pas? mais tout! Qu'est-ce que la déconstruction? mais rien!«

5 *Qu'est-ce que la déconstruction*: »C'est ça, la différence de la déconstruction. Elle est en effet une interrogation sur tout ce qui est plus qu'une interrogation.«

## 2 Aporin (ut)gör skillnad

Till dekonstruktionens egenart hör att den inte kan tvingas fram. Den bara sker av sig själv om omständigheterna är gynnsamma.<sup>6</sup> Eller så märker man ingenting. Allt förblir som tidigare och av dekonstruktionen blir inget. Man märker alltså inte ens att möjligheter hade funnits för att betrakta saken dekonstruktivt. Det är det fina med filosofin i fråga: den tränger sig inte på.

För att dekonstruktionen skall komma igång är det vanligen nyttigt att först ta avstånd från det vi intresserar oss för att förstå. Detta avstånd kallar Derrida för skillnad (*différance*) och det är medelst den dekonstruktionen först fungerar på riktigt.<sup>7</sup> Meningen med att studieobjekten så ställs på avstånd förstås kanske bättre om man beaktar att det delvis var som ett genmäle till strukturalismen som ännu på 1960-talet dröjde kvar i diverse discipliner, främst språkvetenskapen, som Derrida utformade sin filosofi.<sup>8</sup> Strukturalismen studerade praktiska företeelser och härledde ur dem systeminterna regelbundenheter som återspeglar vissa strukturer vars minsta byggsatser det gällde att fastställa i naturvetenskaplig induktiv anda. Derrida ansåg att tillvägagångssättet inte lämpade sig för filosofin som sökte efter förståelse av saker och företeelser i deras rätta sammanhang och förutsatte därför att dessa betraktades på avstånd som fristående helheter. Som hjälpmedel introducerade han skillnaden, markören för avståndet mellan företeelsen och framställningen av den.<sup>9</sup> Skillnader kan det finnas av varierande slag, allt efter det sammanhang där dekonstruktionen är tänkt att ske. Den bäst kända formen av skillnaden hos Derrida är väl skriften (*écriture*) som han säger ger ett bra underlag för dekonstruktion och därigenom ofta en mera trogen och i alla fall mångsidigare bild av verkligheten än t ex vad en direkt upplevelse på ort och ställe ger.<sup>10</sup>

6 *Grammatologie* s 39.

7 *Grammatologie* s 101. – Då Derrida översatts till svenska har *la différence* återgivits faktiskt med »*différance*« (t ex *Marx spöken* s 66 ff), kursiverad förutom »a« i korpusstil för att markera säregenheten hos termen som även på franska är ett påhitt av filosofen och vari ersättandet av e med a som i presensparticipen »*différant*« av verben *différer* (»skilja«) tyder på att vi har att göra med det som skiljer (sig) åt, en skillnad i en sådan vidgad och aktiv(erande) mening alltså. Se *Différance* s 8 och *Grammatologie* s 97: »[L]a différence diffère«, skillnaden skiljer (sig) åt, min övers. I den meningen, som i gatunamnet Erottaja – Skillnaden i Helsingfors, tycker jag »skillnad« passa bra som översättning.

8 *Lettre à un ami japonais* s 389, *Du droit à la philosophie* s 447, *Qu'est-ce que la déconstruction*. För ett konkret exempel på kritik riktad mot stukturalistisk språkvetenskap såsom ett logocentriskt förehavande se *Grammatologie* s 64 och 88-90.

9 *Grammatologie* s 92: »La différence est donc la formation de la forme« (Det är alltså skillnaden som ger formen eller låter den ta form, min övers).

10 Se t ex *Grammatologie* s 104 och 227.

Något generaliserat och med återanvändande av teatermetaforen kunde vi säga att skillnaden är det steg eller språng vi tar upp på scenen för att komma i tankeprocessernas rampljus och i dess sken se på världen ur en ny vinkel. Samtidigt tar vi avstånd från hur vi tidigare handlat och sett på saker. Vi sitter inte mera i salongen som åskådare utan inleder ett nytt handlingsmönster, vi iklär oss en roll som aktör i den pjäs som utspelas på scenen och som heter dekonstruktion. Spelande denna vår roll får vi även möjlighet att verka på innehållet i vad den kvarsittande publiken ser på och framkalla nya reaktioner hos denna vår publik. Men samtidigt står vi öppna för deras blickar och kritik.

Derrida anför att en betydande del av hans filosofi har med diverse erfarenheter av det omöjliga att göra.<sup>11</sup> Vi kan fortsätta med att hävda att själva drivkraften i hans filosofi och det centrala föremålet för den är motstridigheter som det till synes inte går att lösa. På grekiska nämnde man dessa aporier, »ovägar«. Om och om tar han upp till granskning sådana aporetiska förhållanden där det till en början förefaller att det som man väntar på inte blir av. Och det som man väntar på kan faktiskt mycket väl även utebli. Men, och detta är viktigt, mot alla odds kan lika väl det motsatta ske. Förväntningen kan trots gå i uppfyllelse. Rätten, åtminstone så vitt rättvisan önskas komma till uttryck i den, faller ofta in i denna kategori av aporier.

Aporin kan man även tänkas ha användning av som den skillnad som hjälper dekonstruktionen med att komma igång. Vad skulle nämligen uppmärksamma oss bättre på en företeelse än påståendet att den knappast ens kan finnas till? Vi har redan fäst oss vid att dekonstruktionen inte kan tvingas fram. Den löper av sig själv om så blir lägligt. Till denna spontanitet kan även sägas höra att dekonstruktionen självmant väljer ut en passande typ av skillnad medelst vilken dekonstruktionen just i det fallet kan ske. Vi tror att den dekonstruktion som utmynnar i urskiljandet av

11 *Apories* s 35 och 36, med uppräknande av alla hans inlägg kring temat. Dekonstruktionen sker enligt honom gynnsammast just i anknytning till dessa situationer som skenbart saknar utväg. Så t ex *Spectres de Marx* s 65: »[P]artout où il y a de la déconstruction, il s'agirait de lier une affirmation [...], s'il y en a, à l'expérience de l'impossible, qui ne peut être qu'une expérience radicale du *peut-être*« (kursiv i originaltext, i sv övers s 71: »[Ö]verallt där det handlar om dekonstruktion, skulle det handla om att koppla ett *påstående* [...], om det finns något, till erfarenheten av det omöjliga, som bara kan vara en radikal erfarenhet av ett *kanske*«) och *Psyché* s 27: »L'intérêt de la déconstruction, de sa force et de son désir si elle en a, c'est une certaine expérience de l'impossible«. – Det är troligen mot bakgrunden av denna sin intresseinriktning som han, säkert felaktigt, stämplats som postmodernist, något som han för övrigt själv häftigt protesterat mot (*Marx & Sons* s 229). Postmodernismens centrala budskap lydde att det inte mera gick att komma med enhetliga förklaringar till tillvarons problematik, ty »de stora berättelsernas tid var över«. Att kalla Derrida för postmodernist gör honom synnerligen orätt eftersom han aldrig någonsin förnekat traditionens bärkraft utan, tvärtom, byggt all sin filosofi på samtal med övriga, klassiska och moderna filosofer.

rätten i rättsförhållandena mycket lämpligt väljer aporin som sin egen skillnad.<sup>12</sup> Rätten har betydande aporetiska inslag och gestaltas således lämpligen just mot bakgrunden av dessa sina aporier. Lyckas vi analysera och eventuellt bortförklara det aporetiska kan det tänkas att vi blir sittande med den rena och reducerade rätten.

### 3 Rättens aporier

Folk inför rätta befinner sig faktiskt vanligen i en aporetisk situation. Den som kommer till rätten är nästan alltid i avsaknad av rätt. Den som känner sig (inne)ha och åtnjuta rätt är däremot troligen sams med sig själv och sina medmänniskor. Ingen hunger efter rätt gnager i hennes inre. Såvitt hon kommit i åtnjutande av sina rättigheter på ett moraliskt försvarbart sätt torde hon inte heller ha något på sitt samvete. Det är inte för dessa lyckligt lottade människor som rätten, rättsskyddsmaskineriet och domstolarna finns till utan för dem som upplevt orättvisa och fått utstå kränkningar. Och för dem som påstås ha gjort orätt, beskylls för brott. Så befinner sig alla de människor som rättsväsendet har att göra med i ett slags bristsituation. De har inte rätt men ville bli delaktiga i den. Eller så önskar rätt(sgemenskapen) av dem att de medger sin skuld och försonar sig med samhället.

Rätten i sin fullbordade form (*justice*) överträffar lag och rätt (*loi, droit*), är alltså enligt Derrida menad att innebära bra mer än dessa. Visst är det bra med lag och rätt men dessa förblir oftast bara teknik, mekanistiska tillämpningar utan djupare hänsyn till de inblandades situation.<sup>13</sup> Den verkliga rätten däremot vinner tillämpning i enstaka, måhända säregna fall, tar alltid vara på den andras singularitet eller säregenhet, söker förståelse för hennes situation och försöker komma med lösningar som är anpassade till detta hennes läge. För att kunna komma tillrätta med detta slag av fullt utvecklad rätt skall dess tjänare såsom domare och annan lagskippningspersonal, parternas ombud och biträden börja med att lyssna på dess kallelse: försöka få reda på varifrån kravet på rätt(visa) kommer och vad det vill av oss.<sup>14</sup> Men dessa är svåra, svåruppnåeliga saker.

Svårigheterna inser man egentligen först när man tar uppgiften på fullt allvar, dvs när man som domare eller motpart på riktigt försöker sätta sig in i den andras situation och låter sina egna tankar vika undan för att ge plats för den andras uppfattningar att ta form. Formen kan vara hotfull i o m att den inte genast går att

12 Till stöd för uppfattningen kan åberopas Derridas egen framställning i samma riktning i *Préjugés* (s 120 och 126) om lagens oåtkomlighet som den skillnad över vilken lagen egentligen gestaltas.

13 *Force de loi* s 946/947.

14 A a s 954/955.

tränga tillbaka utan fordrar att bli närmare granskad, vilket kan leda till att det är ens egna tidigare föreställningar som måste avvisas samtidigt som grunderna för den andras uppfattningar godkänns. Lyckligtvis nog sker även så lagom ofta i rätten. Och därmed blir det bevisat att rätt(sväs)en(det) behövs: allt kan inte förbli för alla såsom det framstod från början. Synen måste – för en del inblandade till en del – ändras.

Och vad är det ovan beskrivna händelseförloppet annat än ett exempel på en apori? När rättegången eller avtalsförhandlingen inleddes tyckte kanske ingen att slutet skulle bli som det blev. Den som var av den vinnande åsikten vågade kanske inte tro på sin sak medan de övriga helt hade uteslutit denna utgång som omöjlig. Och ändå blev det så, trots att det till en början såg ut som – en apori.

Tyvärre får inte alla fall en lika lycklig utgång. Rätten kan också förbli en apori. Även om rätten skipas riskerar resultatet att bli en besvikelse. Innehållsmässigt är det nästan hopplöst svårt att nå upp till domar, andra avgöranden, avtal o dyl överenskommelser som klanderfritt beaktade och tillvaratog rättvisekravet så att samtliga vederbörande och därutöver även rättsgemenskapen i övrigt fullt ut kunde acceptera resultatet. Oftast har åtminstone någon något att invända och kan även framföra goda skäl till stöd för sin kritik. Dessa sprickor i rättviselaidelet kommer egentligen i dagen just som en följd av dekonstruktion. Dekonstruerar man ett domstolsavgörande eller en privat rättshandling så att man tänker tillbaka på vad man kunnat komma med för att avveckla dess bindande kraft inser man att domen eller handlingen inte till slut kanske ändå är helt vattentät. Och således förverkligas inte heller den fullkomliga rättvisan. Även förfarandet kan brista i rättvisa. Alla de otaliga fällande domarna från Strasbourg under artikel 6 i människorättighetskonventionen är sorgsna exempel på att rätten allt för ofta havererar på förfarandet. Och visst utgör dessa varseblivna fall endast den synliga toppen av ett till största delen undanskymt isberg av otillbörliga tillvägagångssätt i rättegångar.

Sedan finns det fall (även grövre) där man skäligen kan anföra att allt, dvs rätten, dess skipningsakt och säkert också rättvisan blivit borta. Man kommer alltså inte alls till sina rättigheter. Orätt råder. Men även i dessa bedrövliga omständigheter är det tillåtet att drömma om rätten. Såsom i diktaturen drömmer man om demokrati. Eller i ett hatfyllt familjehelvetete om kärlek. Alla tre, rätten, demokratin och kärleken har därutöver en tendens att förädlas, ja t o m idealiseras i sin frånvaro. Kanske är det just dessa fall av utebliven rätt på allmänt eller enskilt plan, vi närmast tänker på när Derrida sätter likhetstecken mellan demokratin och rätten och hävdar att båda kännetecknas av att de ständigt är på kommande, inte ännu här.<sup>15</sup> Alltsomallt anser Derrida t o m att det är typiskt för lag och rätt att de misslyckas i sin uppgift

15 *Force de loi* s 970/969, *L'autre cap* s 76, *Spectres de Marx* s 111, i sv övers s 108 och 109.

att skapa rättvisa i människornas liv. Lagen bara finns någonstans i bakgrunden men inte där var den förväntas bli tillämpad.<sup>16</sup>

Men vi har redan sett att det i rätten även finns den sorts aporier vi inledningsvis redan behandlat: de oväntade men desto lyckligare erfarenheter att rättvisa faktiskt hade sin gång, även om man inte (mera) vågade tro på saken. Det som möjligen inträffar mot alla odds, förverkligar aporin samt i o m detta dekonstruerar, avvecklar den spänning som lett till aporin, är obetingat något okalkylerbart, något som inte kunde ha tagits hänsyn till som ett momentum som kommer att slå in.<sup>17</sup>

#### 4 Gåvan man ger av det man inte har

Lag och rätt är enligt Derrida blotta element i en kalkyl. Som beräkneliga brister de i det transcendentala, det att rättvisan mot förväntan sker, vilket, såsom vi just sett, även hör hemma i rätten. Nöjer sig alla inblandade med att beräkna sina och motpartens chanser genom att oupphörligen avväga vikten av de framförda argumenten blir utgången mycket troligen en besvikelse. Man får känslan av att det alltid hade kunnat gå ännu bättre, åtminstone kunde ersättningen för rättegångskostnaderna ha varit högre även om man vann huvudsaken. Slutar man däremot med att kalkylera öppnar sig möjligheten att rättvisan, sin egen apori till trots, kan ha sin gång. Rätt och lag dekonstrueras måhända slutligen ut till denna rättvisa.<sup>18</sup>

Vad innebär det då att som inblandad i en rättsstrid sluta beräkna? Vad behövs det möjligen ytterligare för att ett tillspetsat rättsförhållande i dekonstruktionen kunde upplösa sig i upplevelser av rättvisa? Derrida svarar med ett argument som i sin fördomsfrihet slår en med häpnad: rätten (som rättvisa) skall tänkas, bortom lag och rätt, beräkning och utbyte, som en gåva man ger av det som man inte heller själv har och som därför, paradoxalt, inte kan annat än tillfalla den andra, motparten.<sup>19</sup>

För att få klart för oss vad Derrida menar måste vi ta hänsyn till vad vi ovan nämnt om rätten som en dekonstruktivistisk omständighet och om förutsättningarna för denna dekonstruktion. Dekonstruktionen sker nämligen av sig själv om den

16 *Préjugés* s 122 och 123.

17 *Force de loi* s 970/971. Se även *La démocratie ajournée* s 121: »Simplement l'incalculable, s'il y en a, ne se présente jamais, il n'est pas, il n'est jamais le thème de quelque objectivation scientifique ou philosophique« (kursiv i originaltext).

18 *Force de loi* s 946/947. Se även vid not 1 ovan.

19 *Spectres de Marx* s 55, i sv övers s 62. Så även *Force de loi* s 964/965 och *L'oreille de Heidegger* s 388. Samma beskaffenhet, dvs man ger (av) det man inte själv har och utan att vänta på vederlag, kännetecknar för Derrida även en del andra sympatetiska förhållanden såsom vänskap, gästfrihet och förlåtelse.

alls sker och dekonstruktionen fungerar medelst en skillnad såsom en aporetisk situation vari vi faktiskt ofta befinner oss då vi står inför (eller i avsaknad av) rätt. Lag och rätt riskerar att bryta samman i o m att man räknar med dem medan sann rätt som medför rättvisa är okalkylerbar. Och slutligen, så som han ytterligare framför, är ansvarskänslan också något oberäkneligt – och aporetiskt för den skull.<sup>20</sup> Det okalkylerbara, det som det inte går att räkna med är nämligen nära besläktat med apori i o m att man med bådadera har skäl att utgå från att de troligen inte blir av.

När det ovan sagda något utvecklas kan vi komma med slutsatsen att då vi i en rättsstrid med öppet sinne sätter oss in i de(n) andras ställning väcks vi måhända till att känna ansvar för vårt uppförande gentemot henne och börjar visa förståelse för hennes yrkanden och börjar ge efter för henne eller ha hennes bästa i åtanke på något sätt. När detta låter som ett önsketänkande och knappast troligt i det riktiga och hårda livet gäller det att minnas att detta precis är tecknet på att dekonstruktionen här haft sin gång: i o m dekonstruktionen kan just det som till en början förefaller omöjligt bli en realitet, aporierna förverkligas.<sup>21</sup>

## 5 Möjligheter till utbyte av gåvor i brottmålsrättegången?

Straffprocessen har det egendomliga draget att knappast någon av de inblandade deltar av egen vilja. Målsäganden hade helst inte alls velat bli offer för brott och då helt sluppit processen. Svaranden kanske anser sig oskyldig, eller åtminstone är missnöjd med att ha åkt fast och till följd därav fått iklä sig rollen som tilltalad. Även de som å tjänstens vägnar driver fram processen, dvs åklagaren och de som övervakar att förfarandet fortgår som stadgat, dvs domaren, kanske föredrog att den åtalade gärningen reddes ut på annat sätt, genom erkännande av svaranden, varvid ingen (fullständig) rättegång då hade behövts. Utgångsläget verkar alltså inte vara särskilt gynnsamt för ömsesidig förståelse och altruistiskt skänkande av något som man heller inte själv har.

Vi har sett att det även i övriga sammanhang inte alls är någon självklarhet att rätten sker överhuvudtaget. Med beaktande av den låga graden av engagemang parterna vanligen visar i straffprocessen förefaller utgångsläget desto mer aporetiskt: stora spontana upplevelser av entusiastisk rättvisa går det tydligen inte i någon

20 *L'autre cap* s 43, 47 och 71. I *Apories* (s 37) hävdar han t o m att det egentligen bara är den föregående aporin som leder fram till beslut och ansvarstagande.

21 Derrida uttrycker detta så att den yttersta aporin (att upphävas) faktiskt är tvivlet på möjligheten för aporin att gå i uppfyllelse (*Apories* s 137).

större utsträckning att vänta i brottmålsrättegångar. Men i dekonstruktionens anda vågar vi kanske ändå hoppas att dessa i mindre skala inte är helt uteslutna och tar oss därför an uppgiften att leta fram vad de eventuellt kunde bestå av.

Bortsett från de utomstående bevispersonerna, vittnen, som inte har egen del i saken, är det vanligen tre eller fyra personkretsar som är verksamma inom straffprocessen. Som part finns det en tilltalad svarande och som hennes motpart åklagaren, eller då inte allmän utan bara privat talan förs, målsäganden som framför straffyrkandet. Om svaranden åtalas för ett brott som kränkt någons enskilda intressen blir innehavaren av dessa rättsgoda, målsäganden, part hon också. Ansvar för processledningen och, med beaktande av officialprincipen som efterlevs i brottmål, för att svaranden tillräknas det brott hennes gärning i enlighet med åtalet har bevisats uppfylla samt för att hon ådöms ett rättvist straff åvilas domstolen som är den fjärde aktören i processen.

Vad kunde det vara som för dessa aktörers del möjligen utgör den gåva de kunde, om det nu blev så, ge fastän de inte själva sitter inne med den från förut?

Det är svaranden som är protagonisten i straffprocessen som initieras och genomförs precis för att bestämma huruvida hon är skyldig till brott och, om så är fallet, för att förverkliga hennes straffansvar i praktiken<sup>22</sup> genom att påföra henne en lagstadgad påföljd – om det inte under förutsättningar som likaså föreskrivs i lag bestäms om domseftergift. Men innan vi granskar vad det är hon kunde skänka åt de övriga inblandade är det skäl att först utreda vad man främst är ute efter i straffprocessen och detta sker lämpligen genom att först fästa uppmärksamhet på vad de andra aktörerna kan bidra med.

I en modern process som bygger på oskyldighetspresumptionen och människornas jämlikhet är det absolut inte meningen att åklagaren, för att inte tala om domstolen, pressar på för att skapa skuld känslor hos svaranden. Men inte desto mindre stämmer det att det är en av de inblandade som i brottmålsrättegången måhända bär skuld eller åtminstone misstänks för brott, dvs svaranden, medan ingen annan av aktörerna bär denna last. Endast en annan part, målsäganden, finner sig i sin tur

22 Detta säger *Frände* (s 8) vara det *omedelbara* målet med straffprocessen. Utöver och vid sidan om kan brottmålsrättegången visst betjäna även ett flertal övriga syftemål. Gemensamt kan samtliga dessa funktioner sägas ha, i *Ekelöfs* (s 75 och 82) och *Lindbloms* (s 412) ord, att bidra till den materiella rättens genomslagskraft i samhället. Så kan straffprocessen karakteriseras som polyfunktionell (a a s 418 och 419). De olika funktionerna till vilka det räknas även parternas möjlighet att bli delaktiga i beslutstagandet angående dem själva och försoningen gärningspersonen och offret emellan, kan enligt Lindblom troligen bäst skönjas i en vad han kallar för »dekonstruktivistisk fragmentisering« där syftet med förfarandet granskas skilt i varje konsekutivt skede av straffprocessen och i samband med varje fråga som behöver lösas – och i de olika personförhållandena likaså, kunde vi tillägga. – För en syn på de sammankopplade och kumulativa funktionerna hos straffprocessen, med fokus på parternas deltagande i rättegången, se även mitt inlägg i ett annat sammanhang (*Liukkonen* s 172-177).

kränkt av det misstänkta brottet. Åt henne kan lagskipningspersonalen, som varken själv är eller får känna sig personligen kränkt av gärningen, ge gåvan att inse hennes situation och, inom ramen för sin neutralitetsplikt, känna medlidande med henne. Känslan skall givetvis även doseras försiktigt för att inte otillbörligen påverka deras inställning till svaranden.<sup>23</sup> De får självfallet inte i gengäld börja hysa hat eller förakt mot henne.

Det som domstolen och åklagaren eventuellt hade att ge svaranden i present av det de inte själva är i besittning av kunde varsamt formulerat sägas vara att bidra till att hon, såtillvida hon verkligen är skyldig, vaknar till insikt om att hon har felat, brutit mot lag och sin nästa och att ett sådant beteende inte är acceptabelt. Men det kan inte nog framhåvas att det är mycket känsliga saker vi har med att göra här och att faran för missförstånd och -bruk är stor. Domstolen eller åklagaren får väl aldrig förfara på ett sätt som svaranden kunde uppfatta som förebråelse på moralis(tis)ka grunder eller tecken på personlig antipati. Ingen moral utöver lagens bestämmelser råder det längre enighet om i samhället.<sup>24</sup> Och det är självklart inte svarandens person utan hennes gärning som domstolen har i uppgift att (be)döma. Det enda som domstolen har lov att ogilla är åtalet. Värdeomdömen ingår visst i domar, men de måste grunda sig på en lagstadgad måttstock såsom grovhetsbedömningen av brott enligt rekvisitetet såsom det står föreskrivet i straffbestämmelsen.

Målsättningen att svaranden skall inse sin skuld brukar vara och mycket gärna även får förbli en apori. Långt ifrån alla de svaranden som är skyldiga till brott kan ens förväntas börja inse denna sin skuld. I de flesta fall är det inte alls på sin plats att på något sätt antyda behovet av skuld känslor hos svaranden.

Men, som om för att bekräfta att dekonstruktionen äger rum och aporin går i uppfyllelse, någon gång inträffar det dock – alla med domstolserfarenhet känner till det – att just p g a att ha måst stå till svars inför rätta övertygas svaranden om att det verkligen var fel vad hon ställt till med. Hon mognar till att ta ansvar för sin handling. Om domstolen och åklagaren faktiskt kan ta till några konkreta åtgärder för att hjälpa till här utan att deras neutralitet samtidigt tar skada i svarandens ögon är en omstridd fråga. Beslutar de att ingripa gäller det i alla fall att förfara med största diskretion. Bäst vore kanske om ingen uttrycklig strävan efter ansvarskänsla hos svaranden alls kunde skönjas i domarens eller åklagarens verksamhet utan, i

23 *Lindblom* (s 417) har anfört att domstolens förpliktelse att hålla sig till oskyldighetspresumptionen och ta vara på försvarets förfarandemässiga rättigheter kan undergräva målsägandens tillit till domstolens opartiskhet. Han anser det som domarens dilemma att, utan att försumma sina skyldigheter gentemot svaranden, ge akt på målsägandens grundade förväntningar på rättsskydd. För min del tror jag faktiskt att kraven från båda håll går att tillfredsställa samtidigt, även om man inte är något av en Herkules-domare, och att förståelse och sympati kan och får man visa för målsäganden, såvitt man inte ger svaranden anledning att misstänka att man redan har fastslagit hennes skuld.

24 Så *Ekelöf* (s 76 ff), trogen till sin ungdoms hägerströmska värdenihilistiska hållningar.

dekonstruktionens anda, saken bara skedde av sig själv. Som ett tyst led i processen börjar svaranden grubbla över sin eventuella skuld och kommer kanske fram till beslutet att vilja försonas och gottgöra det hon brutit. Det som domstolsledamöterna och åklagaren högst kunde bidra till vore troligen att sköta om att det i rättegången råder en stämning präglad av saklighet, tillit och vuxen förståelse – vilket inte är det samma som att gå och godkänna svarandens handling.

Målsäganden är absolut inte själv ansvarig för att det kom till brott. Men av svaranden önskar hon att denna tog ansvar för sin handling som kränkt henne. Även samhället har samma intresse av att svaranden tar sitt ansvar och rättar sig. Det är denna ansvarskänsla, en känsla hon alltså ingalunda behöver känna själv, som målsäganden faktiskt kan framkalla hos svaranden när de möts i rättegången.<sup>25</sup> Att gå målsäganden till mötes, lyssna på hennes historia och inse hennes situation bidrar till att svaranden, bortsett från de allra mest förhårdade, börjar känna behov av att rätta sig, ersätta målsägandens lidanden och försonas med henne.<sup>26</sup> Lyckas detta möte och svaranden vill försona sig med målsäganden så är det dekonstruktionens verk som renast. Målsäganden har ju hittills inte fått något annat än lidande och förödmjukelse av svaranden, och nu skulle hon alltså precis få av svaranden det hon själv var i avsaknad av: förståelse, medlidande och återställande av vad som söndrats genom brottet. I enlighet med vad Derrida anför om att rätten som upplevelse av den yttersta annanheten inte går att framställa,<sup>27</sup> ej heller kallas eller tvingas fram, kunde vi tillägga, torde det vara fördelaktigt med sikte på att rätten skedde, att målsäganden härvid förhåller sig tillbakadraget och således lämnar utrymme för svaranden att självmant inse betydelsen av sin gärning för offret. Tänker vi derridaskt kunde vi även uppfatta svarandens vaknande till denna insikt om den andras

25 I *Apories* (s 37) handlar det om motsvarande situationer av att framkalla ansvarskänsla hos någon. Derrida anför i detta sammanhang att ansvarskänsla egentligen endast kan uppstå av ett inre tvång som inte är skyldigt någon något, som inte kvitterar någon skuld.

26 Det är målsättningar som för övrigt starkt har betonats inom *restorative justice* -rörelsen. Se närmare t ex *Duff* s 50 och *Hudson* s 177: »Restorative justice has at its core the bringing together of victims and offenders« samt hänvisningarna i noterna 33-37 i *Liukkonen* (s 174). – Det gäller dock att anmärka att för dekonstruktionens ändamål, för att det aporetiska, den tämligen osannolika insikten om den andras situation skulle uppstå och att man till följd därav ville skänka henne något som man inte ens själv insett att man har, nämligen förståelse för henne, det är absolut inte fördelaktigt att parternas sammankomst forceras, att de känner sig pressade att försonas. Då är tillmötesgåendet av den andra inte mera spontant och således ej heller något bra underlag alls för att rätten – dekonstruktivistiskt – skulle ske, av sig själv.

27 *Force de loi* s 970/971. Han avslutar tanken med att det är precis denna egenskap hos rätten som samtidigt är dess stora styrka, »la chance de l'événement« »qui en tant qu'événement, excède le calcul, les règles, les programmes, les anticipations, etc« (möjligheten av att den [rätten] blir verklighet vilket som händelse går utöver beräkningarna, reglerna, planerna, förväntningarna o dyl, min övers). Se även *Marx & Soms* s 249.

situation i termer av en attitydförändring: man ställer sig, om inte i den andras kläder, i ett nytt förhållande till sig själv, tar avstånd från ens tidigare jag, börjar visa vad Derrida kallar *différence à soi*.<sup>28</sup> (Som biprodukt men inte som ett eftertraktat mål med rättegången kan målsäganden även börja känna att hon är beredd att förlåta gärningspersonen, av varierande och ofta irrationella skäl såsom kärlek, tillgivenhet, hopp om upprättelse.)<sup>29</sup>

Slutligen kan vi fråga efter det svaranden i sin tur kunde framkalla hos de övriga aktörerna, något som hon själv inte hade innan processen inleddes. Vi har redan sett att med lycklig utgång väcks svaranden eventuellt till insikt om sin skuld och viljan uppstår hos henne att gottgöra brottsoffrets lidande. Hon tar alltså ansvar för sitt agerande, ansvaret som hon tidigare kanske rent av nekat.

Och det är faktiskt ansvars känsla svaranden har möjlighet att öka likaså hos de övriga aktörerna, redan innan hon själv tagit sitt ansvar. Misstanke om brott är bland de allvarligaste saker som finns i samhället. Så är brottmål inget att leka med, något som brottet falsk angivelse klart visar. Svaranden i brottmål framstår, med sin blotta till- och närvaro, som en uppmaning till lagskipningspersonalen att ta saken på allvar, handlägga målet på ett gediget sätt både innehållsmässigt och vad rättvisan hos förfarandet beträffar. Svaranden som kanske själv inte (än) tagit ansvar för sin handling uppmärksammar således domstolen och åklagaren på att handlägga hennes sak på ett sakenligt sätt och med beaktande av lagens bestämmelser och kravet på rättvisa.

## 6 Avslutning: att bereda sig på att möta den andra

Vi har fått se att det, ganska oväntat, händer att rätten sker, lagen i sin tillämpning och tilldelning dekonstrueras ut till rättvisa. De inblandade börjar visa förståelse gentemot varandra och går varandras förväntningar på rättvisa till mötes. Inte alltid, inte ens ofta, men ibland får vi bevittna detta, även i uppsättningen för en brottmålsrättegång. Parterna – och domstolen – tar faktiskt hänsyn till de andra inblandades situation, har en oförutsebar, okalkylerbar känsla och respekt för den andras annanhet. Att detta händer är ett klart bevis på att den derridaska analysen av rättens upp- eller tillkomst har bärkraft. Det är inte förgäves man tillmäter straffprocessen även det målet att de inblandade förenas i förståelse och försoning. Såsom Derrida säger, i en annan bland de beskrivningar han har haft vänligheten att ge oss av dekonstruktionen, att det i dekonstruktionen handlar just om det att

28 Se om denna rörelse *Force de loi* s 954/955, *L'autre cap* s 16, 74 och 75, *Apories* s 28, *Marx & Soms* s 249.

29 Då förlåtelse inte har med rätt att göra utan är en dårskap som hör hemma hos det omöjliga såsom en (annat slags) apori (*Le siècle et le pardon* s 4-6) sätter vi satsen inom parentes.

man förbereder sig på den andras ankomst,<sup>30</sup> är mottaglig för vad hon eventuellt önskar av en, såsom uppmärksamhet och förståelse.

## Litteratur

- Derrida, Jacques*: Apories. Mourir – s'attendre aux « limites de la vérité » [1992], Paris, Galilée 1996.
- Derrida, Jacques*: L'autre cap [1990], i L'autre cap suivi de La démocratie ajournée, Paris, Minuit 1991, s 11-101.
- Derrida, Jacques*: La démocratie ajournée [1989], i L'autre cap suivi de La démocratie ajournée, Paris, Minuit 1991, s 103-124.
- Derrida, Jacques*: La différance [1968], i Marges de la philosophie, Paris, Minuit (1972) 1979, s 1-29.
- Derrida, Jacques*: Du droit à la philosophie, Paris, Galilée 1990.
- Derrida, Jacques*: Force de loi: le »Fondement mystique de l'autorité« / Force of law: The »Mystical Foundation of Authority« [1989], Cardozo Law Review 1990 s 920-1045. *Eng övers* av Mary Quaintance.
- Derrida, Jacques*: De la grammatologie [1967], Paris, Minuit 1985.
- Derrida, Jacques*: Lettre à un ami japonais [1985], i Psyché. Invention de l'autre, Paris, Galilée 1987, s 387-393.
- Derrida, Jacques*: Marx & Sons, i Ghostly Demarcations. A Symposium on Jacques Derrida's *Specters of Marx*, ed. by Michael Sprinkler, London – New York, Verso 1999, s 213-269.
- Derrida, Jacques*: L'oreille de Heidegger. Philopolémologie (*Geschlecht IV*) [1989], i Politiques de l'amitié suivi de L'oreille de Heidegger, Paris, Galilée 1994, s 341-419.
- Derrida, Jacques*: Préjugés. Devant la loi, i La faculté de juger, Paris, Minuit 1985, s 87-139.
- Derrida, Jacques*: Psyché. Invention de l'autre [1984], i Psyché. Invention de l'autre, Paris, Galilée 1987, s 11-61.
- Derrida, Jacques*: Qu'est-ce que la déconstruction?, intervju i juni 1992, utkommen i Le Monde 12.10.2004, s III.
- Derrida, Jacques*: Le siècle et le pardon, intervju i Le Monde des débats, december 1999.
- Derrida, Jacques*: Spectres de Marx. L'État de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale, Paris, Galilée 1993. *Sv övers* Marx spöken. Skuldstaten, sorgearbetet och Den nya internationalen, av Jonas (J) Magnusson, Göteborg, Daidalos 2003.
- Duff, Antony*: Restoration and Retribution, i Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms, ed. by Andrew von Hirsch a o, Oxford – Portland, Hart Publishing 2003, s 43-59.
- Ekelöf, Per Olof*: Om rätt och moral, i Process och exekution. Vänbok till Robert Boman, red Per Henrik Lindblom, Uppsala, Iustus Förlag 1990, s 71-83.
- Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt I, Helsingfors, Forum iuris 1999.

30. *Psyché* s 53: »Se préparer à cette venue de l'autre, c'est ce qu'on peut appeler la déconstruction«.

*Hudson, Barbara:* Victims and Offenders, i Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms, ed. by Andrew von Hirsch a o, Oxford – Portland, Hart Publishing 2003, s 177-194.

*Lindblom, Per Henrik:* Straffprocessens samhällsfunktioner, i Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s 411-421.

*Liukkonen, Iiro:* Syftet med parternas närvaro vid brottmålsrättegången, JFT 2007 s 167-187.

### **Författarprofil**

Skribenten är äldre justitiesekreterare i finska högsta domstolen och bereder en doktorsavhandling vid Helsingfors universitet om utevarohandläggningar och skriftlig process i brottmål

# Criminal Law and Cultural Sensitivity

AV KIMMO NUOTIO

## Criminal Law and Cultural Diversity

Should theorizing about modern criminal law pay more attention to the fact of cultural diversity? The claim here is that it should. Criminal law with its emphasis on formal values such as legality and legal certainty faces problems when encountering social issues and social questions that relate to cultural conflicts and different perceptions of substantial principles of justice and morality. In terms of political thinking, these issues have been discussed as the tensions between liberalist and communitarian view points.

The current article looks at the discussions on multiculturalism and tries to see, how the theory and practice of criminal law should take notice of such developments.

Keywords: Cultural Diversity, Culture, Criminal Law, Criminalization, Identity, Multiculturalism, Rechtsstaat, Recognition

## 1 The Challenge of Multiculturalism

The fact of multiculturalism challenges the liberalist presuppositions of modern law, especially liberal individualism, forcing us to recognize the importance of cultures and communities for our ethical and moral thinking in a sense which is relevant for the law as well. Issues of criminal law provide a very helpful forum for reflections about cultural issues. In the Nordic countries, these issues have not been discussed much.<sup>1</sup> I would also claim that multiculturalism pushes thinking on criminal justice issues towards political theory, because it makes it much more important than before to theorize about the premises of the authority of law.

In this paper I will try to show both that the issue of multiculturalism is relevant for today's theorizing about criminal law and penal liability as well as that such theorizing on criminal law issues is also helpful in understanding more generally the challenges that multiculturalism poses to thinking about modern law.

1 See, however, Lernestedt, Claes, »Universalism Abroad and at Home. Something on Cultural Defenses and Cultural Evidence in Criminal Law«, in Nuotio, Kimmo (Ed.), *Festschrift in Honour of Raimo Labi*. Helsinki 2007, pp. 235-263.

As a very fine-tuned and in many respects strongly value-based and value-oriented field of law, criminal law provides a good context for such reflections. Due to the flexibility of criminal law, cultural issues may be taken into account in various ways, should this turn out to be necessary. Criminal law is also a cultural phenomenon itself, representing the values of the community. Western criminal justice is surely individualistic in many ways, as it aims at allocating blame and responsibility to individuals for their wrongful actions. At the same time, it is the part of law through which the political community largely defines itself by deciding about issues of right and wrong. Criminal law is marked by an ethical we-perspective. In a broader view, this means that the community forming the polity defines itself by adopting a certain culture of control, that of criminal justice. Such a culture consists broadly of legal and ideological principles on crime and punishment. This culture also consists of principles of legislative ethics (last resort), views on how the threat of punishment is meant to work, defence rights, etc. Criminal justice is not just a matter of legal norms; instead, it is the sum of norms, institutions and practices.<sup>2</sup>

## 2 Taylor vs. Habermas

The analysis by Charles Taylor presents a good starting-point for our study.<sup>3</sup> He sees belonging to a community as relevant for all human individuals. We are all cultural persons, and the whole idea of being a free and independent person is a result of the development of moral ideas in moral communities through historical periods of time in a search for the common good. This he has already considered in his famous »Sources of the Self« from 1989.

According to Taylor, traditional communities are important sources of identity, a fact which straight-forward liberalism fails to see. Cultures, communities and identities are intertwined. Since liberalism, left alone, is not able to deal with issues related to the definition of common goals of community life, a politics of difference that takes such facts into account is needed as a supplement to the basic liberalist principles. Such principles do not automatically lead to the recognition of the various interests and identities of cultural groups and communities. A politics of recognition is needed because liberalism has treated members of many oppressed groups badly. It has not been able to correct past injustices; it merely promises more of the same. A modern communitarian approach along Taylor's lines sees the interconnection of the identity of individual persons with the identity of their respective communities.

2 Cf. my article »The Ethics of Criminal Justice«, to be published in *Festschrift X* in March 2008.

3 Taylor, Charles, The Politics of Recognition, A. Gutmann (Ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton, Princeton University Press, 1994, 25-73.

The significance of this tie requires adaptation and scrutiny, and a change in the framework of morals and politics. A politics of recognition requires a substantial conception of equality and the introduction of positively discriminatory practices.

Taylor himself favours a modified liberalism in which cultural values are recognized and uniform rights sometimes leave room for cultural considerations.<sup>4</sup> The matters of diversity are, accordingly, not something that we can exhaustively phrase in terms of rights. Multiculturalism requires sensitivity to cultural differences far beyond that.

However, Taylor also seems to sympathize with a type of liberalism, because cultural considerations should not lead to the abandonment of the essence of liberalism.<sup>5</sup> Issues of the good life have to be raised in the debates on political life, but public-policy considerations of good life should not override the fundamental rights of individuals. Seen in this light, cultural defences, for instance, could be allowed in criminal law if this can be done without compromising the core values of liberalism. Taylor's text also opens up to a more radical reading, according to which multiculturalism requires a special sensitiveness and openness in cultural issues, something which is foreign to liberalist views in general, and which perhaps cannot be reconciled with them.

Jürgen Habermas, for his part, brings to the table his comprehensive reconstruction of a modern constitutional rule of *Rechtsstaat* in order to show that such a state is able to deal politically with ethical issues of collective goals and ways of life («good life») legitimately.<sup>6</sup> This is explained by resorting to a political legitimation of law that must be procedural in character. In a constitutional democracy, the law belongs to the people. The political and the legal communities express their values and ethical views in political and legal debates. The legal system is thus not blind to such issues. This »becoming ethical« does not mean imposing something external on the community as long as the democratic principles are part of the constitution. Habermas means that the exercise of public autonomy by the citizens needs to be taken into account. Different world views will inevitably clash with each other in the various procedures of democratic rule in a *Rechtsstaat*. Accordingly, cultural conflicts will be part of political conflicts that have to be addressed as such.

Habermas regards the system of rights as a product of such political struggles and conflicts, and not something pre-existing. The difference between Taylor and Habermas is that Taylor sees cultural conflicts as sometimes unresolved under the

4 *Ibid.*, at p. 59-61.

5 In fact, it is essential for Bhikhu Parekh, for instance, to stress the fact that liberal values can be embedded in various kinds of cultural settings. See Parekh, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*. Second edition. Palgrave 2006, p. 369.

6 Habermas, »Struggles for Recognition«, in A. Gutmann (Ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton, Princeton University Press, 1994, 107-148.

liberalist scheme, whereas Habermas relies more on the ability of the legal and political system to deal with all types of value-based conflict. As Taylor says, »Liberalism is not a possible meeting ground for all cultures...«<sup>7</sup> Habermas, in turn, believes that every group in a state needs to be assimilated in the sense that loyalty to specific forms of exercise of public reason must be required. Constitutional principles need to be shared, but nothing more. People need not share actual life-worlds. Commitment to the law follows from the people's civic role.

Habermas would probably criticize radical cultural critiques of modern law as seeking to dissolve the structures of law.<sup>8</sup> The modern positive law has been turned into a medium, a sort of collectively agreed programme that develops according to the political decisions taken. In a modern context, cultural diversity causes extra pressure on political and legal systems, but it does actually render modern law even more important than before, as the substantial disagreements cannot be handled otherwise. Dissolution is not an available option. We could, if we follow Habermas, say that what we need are open communicative political processes in order to decide bindingly how much culture matters in law.

The debate between Taylor and Habermas is important for us, because it might indeed be the case that multiculturalism even challenges our conception of the modern political and legal community and its underlying principles. The point made by Habermas that liberalism allows for cultural considerations to be included into political and legal processes is also important. Group rights are one way to develop this line of thinking as in a sense they denote disconnecting rights from individuals. The particular system of rights develops as the liberal rule of law state develops towards a welfare state, and even further.<sup>9</sup> It is hard to imagine a step backwards however.

We certainly need to make sense of what multiculturalism means when seen specifically from a legal perspective. There is no conceptual necessity for a multicultural society to have a multicultural law. In Rawlsian thinking, for instance, even groups with radically different cultures could and should reach a reasonable overlapping consensus on living together under shared political institutions.<sup>10</sup> These institutions are then used as procedures to decide the extent to which culture matters. Although cultural differences do not automatically trigger conflicts that challenge formalistic legal principles and the virtues of formalism, in practice they naturally do so. If we look at the present political debates, this certainly is the case. At a deeper level, the difference lies in the conception of individual and group identity:

7 *Ibid.*, at p. 62.

8 Habermas, *Struggles*, at p. 124.

9 Habermas has of course developed his ideas in his *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992.

10 Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press 1993.

Taylor's view accentuates the significance of cultural features for individuals, as well as raises the question of justice at the level of group phenomena.

The pressure, that the political institutions of a society have to face, increases as the societies become more and more multicultural. A lot of conceptual and theoretical work becomes necessary as well. We should work out the different meanings of community; the traditional, the legal, the political, etc.<sup>11</sup> Which communities are the relevant ones that should have a role to play? Theorizing about group-level phenomena would quite obviously also need to be related to the design of institutions, which is especially important in criminal procedural arrangements. As an example we could mention representational problems of lay participation in criminal courts.

We should also work more with the issue of how criminal justice should handle topics in which the presupposed failure of the legal system and the community to recognize the rights and interests of particular groups has cast doubts on the legitimacy of the law itself. Criminal justice should always preserve its legitimacy, even when reacting to past injustices. In periods of transition, criminal justice has often had a role to play that also stresses the political context of criminal justice.<sup>12</sup> The discussion of criminal justice reactions to such macro-criminality has some obvious similarities with that of the multiculturalism issue.

Taylor's view propagates fuller recognition of various identities as they are, and thus the politics of recognition. In order to defend such a view, one would have to know how this recognition should occur. One needs to know how to measure recognition. It might also be the case that a politics of recognition needs to be balanced against something else. Paul Ricoeur points out the significance of various experiences that we have of a peaceful mutual recognition of each other in practices such as trade and giving gifts. It is probably relevant that social life entails many such practices that will have the advantage of smoothing out the negative effects of practices that count as discriminatory and dismissive.<sup>13</sup> Mutual recognition is then a sort of reciprocity which is much more than just exchange: it means recognizing each other as people.<sup>14</sup>

11 See, e.g., Duff, R.A., *Punishment, Communication, and Community*. Oxford University Press, Oxford 2001, p. 42ff.

12 Cf. Günther, Klaus, »The Criminal Law of »Guilt« as a Subject of a Politics of Remembrance in Democracies«, in E. Christodoulidis, S. Veitch (eds.), *Lethe's Law. Justice, Law and Ethics in Reconciliation*. Hart Publishing, Oxford 2001, 3 – 15.

13 See Ricoeur, Paul, *The Course of Recognition*. Harvard University Press, Cambridge 2005, p. 219ff.

14 The legal principle of mutual recognition of decisions and judgments in the EU law is of course not reciprocal, but mutual, referring back to the community of the law reaching beyond the limits of Member States' legal systems.

I would also stress the fact that the recognition aspects are especially important if we wish to reconstruct the legitimate law normatively. Legitimate criminal justice as law requires the backup of a recognition structure, which needs to begin from recognition of each other as individuals, as citizens, and as having some rights. All this needs to be institutionalized into the legal structures of the democratic constitutional state. I would say that the law as an effective means of coordination depends on the existence of such a primordial recognition structure, and it is this which creates the context in which the criminal justice of the polity in question needs to be designed. I would not be willing to reduce the law's authority to the function of coordination only.<sup>15</sup>

So far I have not positioned myself in this debate. It seems clear to me that a Taylorian approach is too romantic and cannot be fully followed under conditions of modern law. However, it raises important issues that need to be addressed. The problem with the Habermasian approach, in turn, is that it is very formalistic in its proceduralism. What we would need is a thicker conception, a somehow substantial conception on public reason in a similar vein that we need in criminal law thinking more than just formal principles.<sup>16</sup> This point I cannot, however, develop further here, because it would need a much more detailed scrutiny and argument. I refer to the briefer task that I have set for myself in this paper.

### 3 Criminal Law, Criminal Justice

I think it is correct to say that cultural issues have not traditionally been regarded as relevant to criminal law and criminal justice. One of the reasons is, surely, that the traditional philosophical presuppositions concerning the structures and elements of penal liability are »modern« products that build on rationalistic criteria. The concept of personhood, for instance, is not much connected with things such as what people in general are like in legal analysis, what their beliefs are, etc. The law has rather operated with formal ideas. This is especially true with categories of penal liability. If you are below an age limit, you are not held criminally responsible; if you are a juvenile, you'll get a reduced sentence; and if you're adult, you'll get the normal sentence. The legal system orders people in formal categories, and treats

15 See the discussion from a coordination perspective in Besson, Samantha, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*. Hart Publishing, Oxford 2005, Part Two.

16 See, e.g., Kandil, Ferial, »Economic Efficiency and Social Justice: A Prudential Approach for Public Actions«, in Joerges, Chr. et al (Eds.), *The Economy as a Polity. The Political Constitution of Contemporary Capitalism*. UCL Press 2005, p. 207ff.

them accordingly.<sup>17</sup> Such abstract systems are fair as such, but might be unfair in individual cases. Certain adults might be less capable of rational behaviour than some juveniles.

One way to approach the issue of cultural sensitivity of criminal justice would be to ask whether in fact modern law fails to recognize something very important; namely, that culture determines or influences people's actions which could render such laws both inefficient and unjust. Ethnic and religious minorities, for instance, may sometimes be regarded as local communities that are closer to pre-modern law and pre-modern communities than a state-law paradigm dares to see. A better option could then be to leave the law to such communities themselves, letting them handle the conflicts internally. From a radical cultural and communitarian perspective, modern law might be simply wrong.

This observation could have significance if we think about practices such as victim-offender mediation, or other practices that are not directly instances of legal application. Once again we face the challenge of legal pluralism. The problem is, of course, that modern law finds it hard to establish closed regimes that would not need to share the normal commitments to *ordre public*.

Since states have gained the monopoly of violence, criminal law is, however, mainly state law. As such, criminal law is not a very effective and dynamic instrument for the transformation of society. Instead, it has a defensive nature, intended to preserve values and rights. Criminal law is in any case able to express values and interests, which makes it interesting from a cultural point of view. Criminal law resembles constitutional law in this ability to express the basic values of the society. In contrast to constitutional law, criminal law is more clearly a particular order as it defines the limits of rights. Criminal law is a product of constitutional processes, but it is not itself situated at this level.

Criminal law is value-laden, but in a liberal western society it does not seriously impose »internal values« to the communities that are bound by it. It requires conformity, but nothing more. Some practices may be challenged and prohibited, but it does not generally demand that we internalize certain motives and reasons for action. The legal community is much weaker than cultural communities typically are. The question of criminal laws' relationship with social values has of course close connections with issues of criminal law moralism, such as whether criminal justice can be seen as a means of enforcing morality. The cultural view could easily mean falling back to moralist positions.

17 Cf. my »On Becoming a Responsible Person'. *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol 2, Nr 2, 2005, 513 – 520.

## 4 Criminalisation

Too little work has been done on the principles of criminalisation generally, and specifically on the principles of criminalisation in a multicultural setting. This is an interesting level on which multiculturalism brings in new types of issues. We could, perhaps, basically agree on some general principles, such as the harm principle, but in culturally sensitive issues the harm to be prevented is often immaterial rather than material in nature and the potential harm as well as the potential burdens of criminalization are perhaps not evenly distributed in the community.<sup>18</sup>

We have usually considered that the issue of humiliation and the degrading aspects of penal justice deal with matters of penal sanctions only. We are not used to the idea that some *criminalisations* could have effects that are in a negative sense relevant for those, whose interests are involved. The ordinary way of looking at this is that committing a crime means showing disrespect for other people's interests, and what is and what should be defined as a crime is not a topic worth being discussed.

What I have in mind is again the possibility that already a criminalization may have problematic effects, something similar to the humiliating effects of certain penal sanctions, on the lives of people. We are speaking of a phenomenon which resembles the problem of enforcing morality through criminal justice, but which is actually a mirror image of it; a censure of traditional morality by means of an interventionist criminalization. The question that one should address is, whether a criminalisation may be unfair and problematic, because this censure of traditional morality entails aspects that criminal justice should not touch upon. Borrowing the term used by Andrew von Hirsch and Uma Narayan, we could talk about an *acceptable penal content*.<sup>19</sup> Is there anything in penal norms that is not acceptable to some, for cultural reasons? Are there restrictions to the way that criminal justice should infringe on sensitive cultural issues? Should repressive law leave such areas for other, perhaps smoother and more flexible kinds of law? It may indeed be the case that this option should be considered when there is fundamental insecurity about the underlying evaluations.<sup>20</sup>

Criminalisations may differ in various respects. One traditional conceptual distinction has been drawn between offences *mala in se* and offences *mala prohibita*.

18 Jonathan Schonsheck has discussed the hidden »racism« of a drugs crime regulation. Schonsheck, Johathan, *On Criminalization: An Essay in the Philosophy of the Criminal Law*. Kluwer, Dordrecht 1994, 294ff.

19 von Hirsch, Andrew, *Censure and Sanctions*. Clarendon Press, Oxford 1993, at p. 84.

20 Cf. the useful analysis in Ivison, Duncan, »Justifying Punishment in Intercultural Contexts«, in M. Matravers (ed.), *Punishment and Political Theory*. Hart Publishing, Oxford 1999, 88–107.

Offences that are wrong in themselves are usually violations of both someone else's rights and a shared moral conviction. *Mala prohibita*, in turn, entails regulatory offences that are wrong simply because they have been included in the law-books. It is clear that these two groups of criminalisations (I am not claiming that such a clear-cut categorization is always possible) present different problems for multicultural societies. As far as the first group is concerned, the problem is that we might have several views on what the fundamental moral rules are, and these might clash even with the rights-based view that individual rights enjoy a special position as protected legal interests. The whole basis of the justification of criminal law which in some sense enforces a common morality needs to be rethought. When no consensus concerning substantial values can be reached, criminal law becomes more political. As an institution it needs to stand alone, without a strong consensus backing it up. This might entail that issues of criminal law become more political than before, because they might seem more open to different legislative option.

We should not, however, accept such a relativist argument unquestioningly. It might turn out that the core area of criminal law, that of core criminalisations, represents some deeper values that could not and should not be relativized so easily. This could be part of the constitutionality of the *Rechtsstaat*, which always recognizes a set of fundamental rights as limiting the use of legislative authority.

The other part, criminalisations *mala prohibita*, is problematic because it is so openly interventionist. The interventionist welfare state with its safety regulations and programs readily clashes with culture-based norms and require adaptation on the part of cultural groups. The obligation to wear a safety helmet instead of a turban is an example of this. Such an obligation is based on the idea that a safety helmet provides safety in the case of a crash and as this sort of paternalistic safety measure has been generally accepted, the legislature has produced a rule making this a general obligation. The issue of a cultural objection to such a general rule had probably not been raised at all when the justification for introducing such a rule was discussed.

Many of these issues could be discussed from the point of view of fundamental rights. If doubts arise, such discussions could basically be raised during the legislative procedure. After the legislative measures have been taken, the constitutional provisions on fundamental rights could play a role in fixing the general norms in the courts as well. There might be legal grounds for cultural exemptions from general rules.

Turning back to Taylor and Habermas on multiculturalism and law, we have to admit that multiculturalism poses serious challenges for a liberal criminal law. The problem is that although cultural issues such as particular minority rights could emerge during the legislative process, it is not quite obvious how much they could and should be taken into account at that stage. It is far from clear how far excep-

tions from the general legal obligations could be included in the texts of laws, without sacrificing the basic virtues of legislation.

The laws are expected to be general, and exceptions to legal obligations should be made on principled grounds and be based on fair criteria. They should be granted to other similar groups as well. If the sacramental use of the peyote drug is allowed for Native Americans, other groups might wish to enjoy a similar advantage. It might turn out that the real reason behind granting this exemption is not the preservation of and respect for Indian culture and tradition, but something more familiar: the religious rights of each people.

It might also be difficult to address the question of exceptions to general rules at the level of legislation. For obvious reasons, we do not prefer to write down exemption clauses in the legal provisions themselves. We might use the technique of dealing with the issue as a matter of the will of the legislator, and include guidelines and examples for the judiciary in the *travaux préparatoires*, but then we face the problem of democratic legitimacy since such documents do not share the same status as the legislation itself. The possibility of making use of this passage is of course dependent on the particular design of the legal system. I would, however, claim that there are serious defects in this type of effort. The voices of the cultural minorities are surely often too weak to allow for a full account of this aspect during the legislative stage. In this sense, it would be a weakness if cultural considerations had to fight their way through the ordinary political processes without any support in the pre-existing legal system.

The second way of handling the problem could be to try to anchor the cultural adaptations of law in the human rights and fundamental rights law. Cultural considerations that can be backed up with genuine legal arguments probably have a much better prospect of having an impact on the politics of the general rules to be adopted. Referring back to the peyote example: in order to make up the design of the law on drugs, relevant knowledge of the culturally conditioned ways of using drugs is important.

The second instance in which the question of cultural adaptations of general legal rules could arise is the ordinary context of legal proceedings. The defendants of a criminal case might challenge the charges by referring to generally accepted long-term custom, cultural rights, or something similar, and oppose the application of a penal norm to the action in question. Non-applicability would normally mean creating an exemption from the general rule. The application of a rule would thus be contested on the grounds that the consequences of blindly following the rule in question would be detrimental to valuable interests that either can or cannot be backed up by ordinary legal arguments.

The main issue is, in my understanding, the nature of the general legal rules and the exceptions to them. The courts certainly do not often have to take a stand on the constitutionality of a specific law, and can restrict themselves to a particular

application. This gives room for the emergence of a broad set of techniques of legal argument. Even after non-application in a given case, the law maintains its validity. Legal decision-making knows of many lines of argument about how this can be done, but for systematic reasons, the exceptions to the rules need to be systematic and based on reasons. Like cases have to be treated alike.

Challenges on cultural grounds in criminal cases could have a multifaceted nature. They could be supported by internally legal grounds, such as minority rights and human and fundamental rights. At the same time, they could be of a political and moral nature, exposing the political and moral conflict below the calm surface of the law.

One might even come to think that there is a link between generally discriminatory practices and the effort to introduce cultural defences, which could do practically the same job as civil rights, correcting past injustices and addressing equality concerns. This sense of inequality, of discrimination, could explain the legal fight because if the ordinary liberalist and retributive penal practices result in such a state of affairs, is it not a general problem of how the criminal justice system encounters ethnic and cultural minorities that are often also marginalized otherwise? On this reading, the matter is actually highly political, the cultural defence being needed in order to respond to certain oppressive features of the modern formalist culture of criminal justice. Without such a general context of social justice, the argument for the cultural defence seems much weaker to me. The introduction of cultural defences could reflect the acknowledgement that criminal justice has treated minority groups badly and still does, and these injustices need to be corrected by introducing a balancing principle along the lines of a sort of reverse discrimination, now in this case internal to the criminal justice system. This line of thinking would certainly call for criticism because of the problems with formal equality before the law.

The topic of cultural adaptation of criminal justice through the courts is a difficult one. The Taylor/Habermas debate does not really deal with this in depth. What is obvious is that the generality of laws necessitates that the courts have to actively continue the work of reconstructing the legal system as a system of rights. This task, which we might speak about as upholding the »integrity of law«, presupposes many techniques judges use to try to resolve hard legal cases. Judicial review of the cases necessarily lets the judges decide. As judges are not political but (at least ideally) legal actors, they might not recognize all the political and moral conflicts which form part of the setting. The courts could be turned into policy-makers on issues in which they are not fully prepared to take such a role.

Bringing in cultural sensitivity could challenge the legal way of thinking very profoundly. It might challenge the rationality of law in general. It might also challenge the nature of rights, because the fundamental rights or human rights could prove underdeveloped as they apply to cultural issues. We might observe lacunae in

human rights in issues that are constitutive for traditional communities such as customs.

We might also note that the tension between culture and tradition and the normative requirements of the law is somehow reproduced in the field of human rights. Human rights are, just as criminal laws are, normatively critical, being means of censorship in relation to tradition and existing culture. I believe that no positive law can permanently resolve the underlying problems, because the cultural criticism, the cultural challenge to criminal justice presents a proposal for a reversed censorship, which is based on the view that criminal laws should not inflict on cultural issues. This is a battle between two perspectives, two sources of criticism.

We started our observations by noting that the cultural issues could be important because the community might be defined by its culture, and the identity of the members of the community could thus be culturally conditioned in the sense that requires the accommodation of criminal justice. In some sense we could say that what really clashes is the actual culture and the normative legal culture. If the normative legal culture is based on the assumption that law represents, as the Kantians would say, a sphere distinguished from tradition, a realm that assures freedom for the individuals, it may face a difficulty in accommodating itself to the cultural challenge. For culture to become relevant for law would require that the cultural conflict be brought into the realm of law, as a conflict or tension within the legal culture.

One problem that we also must consider is that, even taking cultural context into account in criminal law might itself become a denunciatory practice, a denial of recognition. This view indicates that culture is like nature in that it influences and even determines the actions of the individual, thus limiting individual responsibility on factual grounds. Culture would then be regarded as a kind of force that actually diminishes responsibility for one's actions in declaring it traditional and customary instead of highlighting its individuality. It is therefore crucially important to think carefully about how and why culture matters. It might be that both culture and law have the potential to work towards non-recognition or misrecognition. Culture itself is not innocent in this respect.

The criminal liability of individuals requires freedom, not having been forced by external factors to act in a certain way. The mentally ill, for instance, lack freedom, because they cannot set their own preferences or express themselves fully in their actions because of their illness. If we constructed culture as a kind of external determinant of action, we would lessen the responsibility of individuals for their actions. If culture is like tradition, recognizing the importance of culture could mean abandoning many of the underlying presuppositions of legal and moral personhood. The public autonomy of the individuals that Habermas speaks about requires a mutual recognition structure which is based on abstract normative principles. In this sense tradition cannot be a source, or at least the sole source, of the concept of a

citizen or of a legal person. In modern law and its post-conventional morality, this structure is formalistic since everyone is recognized as having rights that are freed from any particular social status structure. Every person is regarded as free to set his or her political preferences, and needs to be taken as such a person.

Laws of traditional communities build on much weaker presuppositions of legal personhood. I feel that this is one field of research that should now be taken up very seriously: the problems of law in a multicultural society that includes many types of groups, including such that base their view of legal subjectivity on non-universalistic viewpoints. The work of Axel Honneth especially could be valuable here.<sup>21</sup> This is of course an extensive research task, but it would be important for criminal justice matters as well.

The idea is that in a way, modern positive law has transformed its underlying moral principles. At the same time as the positive law has become positive and statutory, it has developed to grant people new types of rights: the political rights to participate and the social welfare rights in addition to the freedom rights. These are all constitutional rights now limiting the possibility of a return to the pre-modern conception. It is difficult to imagine how we could step backwards in our legal development. Following this line of thinking we should say that a return will only be possible by deliberately taking political decisions and abolishing the definitional structures of modern law. The legitimacy of a legal system is dependent on us first recognizing each other as right-holders at a pre-legal stage.

The strange thing that could happen and that in fact seems to happen is that people who have been »educated« to become modern persons – productive, politically active, conscious of their rights – might still, as fully deliberative persons, wish to abandon all this and live according to some very traditional model. This paradox can be understood as part of the concept of a deliberative person. Such a person takes responsibility for her choice.

It might sometimes happen that some defenders of cultural rights would like to oppose some other types of right. Going to school, for instance, is an obligation based on the view that people need education in order to be fully able to enjoy their rights in their adult life. Some traditional communities might not see the usefulness of such an idea, and might wish to leave their children home.

We could, more generally, expect to see clashes over rights at every level (freedom rights, political rights, welfare rights), and we could also presume that at least some cultural conflicts will arise in the context in which defenders of a tradition are enforcing a traditional morality that clashes with the rights of the individual. There are incidents of honour offences concerning forced marriages in which the father or brothers have violently forced an unwilling bride to marry or even killed her when

21 Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1992, esp. 174 ff.

she has insisted on marrying someone of her own choice. Is it not rather contradictory if a person who herself fully enjoys all the rights and protection granted to her in a modern society strives to defend a cultural practice that is not compatible with such rights? We live in an iron cage, prisoners of our legal framework which has developed over many centuries.

## 5 Rejected identities

Cultural conflicts often have to do with the fact that different meanings are associated with actions and events by their various participants. The key question is then whether we must guarantee that the legal imputations always respect such cultural sensitivities. Are we generally entitled to have our own personal world-view respected by the courts when they decide cases in which we are involved? Would other solutions mean that some aspects that are constitutive of our identity will be publicly rejected?

The conflict may often be between the two expressions: that of the action itself, and that of its legal interpretation. Criminal law aims at replacing the meaning and evaluation of the act given by the actor himself or herself, or the community, by a legal assessment of it. This might turn into a conflict of interpretation. Criminal law is a sort of institutionalized denial, taking standpoints and presenting them over the heads of the individuals in question as it communicates and allocates blame.

Criminal law and criminal justice both recognize and consciously refuse to recognize at the same time. They recognize wrongs, they label actions as wrongful, and they deny the worth of wrongful actions. They do not necessarily recognize the interpretation of the perpetrator of his or her act as binding in the last instance. But at the same time criminal law and criminal justice recognize the convicted person as responsible for her actions, as a rational member of the legal community. The legal responsibility and legal liability structures resemble issues of moral responsibility and liability in an important sense. Responsibility and liability for crimes cannot rest on mere moral blameworthiness. What I would like to stress is that the political person, the citizen, needs to be involved in the picture. The duty to respect the law rests on the civic role of a person as a member of a political community. The modern positive law needs to be understood from this perspective, because it cannot guarantee its legitimacy otherwise. The two concepts of person, that of citizen and that of a legal person, need to be brought into contact with each other.<sup>22</sup>

22 See Günther, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 2005.

Actions may be wrong, not persons. The legal imputation should never, however, appear as fully accidental and surprising. Legal imputation requires a sociological back-up. People need to understand what has happened and why the legal system intervened. The criminal law provisions defining various offences are deemed to refer to actions in an understandable way, all of which takes place under the fundamental challenge of legitimacy and justice.

Criminal laws do not speak directly about identities, as this field of law limits itself to issues concerning actions. But certain actions that are prohibited as criminally wrong might be relevant for the identity of particular persons. Issues related to sexual crimes produce quite strong images of sexual manners and sexual identities. Such issues are being dealt with in modern criminal justice by a more fine-tuned approach than before. The protected interest is sexual autonomy, not public morals.

I have chosen this perspective of recognition of the connections between criminal justice and its cultural significance and meaning. We may loosely connect this with the philosophical discussion concerning different aspects of recognition,<sup>23</sup> which has an active and a passive side. We actively give recognition to persons, but we also strive to get recognition from others as persons. Practices and structures of mutual recognition are of particular importance in a multicultural society. The law plays an important role as a structure normatively defining interpersonal relations in various ways. It has ramifications for social practices and various kinds of interpersonal relationships. Without some kind of mutual legal and factual recognition of one another as persons, ordered and peaceful life would certainly not be possible. We should strive for an understanding of what the consequences of such an understanding are to the general thinking on criminal justice in a multicultural context.

The legal system's formality might prove to be a myth. Of course the justice that criminal justice may deliver is always formal in some sense. Predictability and legal certainty are of high value. Like cases should be treated alike. From this point of view, cultural aspects could be fully excluded from criminal justice as irrelevant. But again, justice also requires that we recognize relevant differences. We should treat different cases differently. This is the point that paves the way for cultural differences in the design of legal institutions.

Charles Taylor has made this point very clearly. In a multicultural society, the recognition struggles involve both of these aspects. People wish both to be recognized as equals and as different. Criminal justice should be able to do both as well. Failing to recognize important differences could turn the legal system itself into a problem. Formalism could institutionalize discriminatory practices. This tension between formalism (universality) and concreteness is probably a fundamental one, if

23 See, e.g., Ricoeur, Paul, *The Course of Recognition*. Harvard UP, Cambridge 2005.

we think about the legal status and legal strategies of those who are different on cultural grounds.

A person whose beliefs are strange to us might be measured with false yardsticks if we do not take this fact into account. A person with irrational beliefs might even be regarded as insane and lacking the capacity to be a responsible person. This possibility of complete denial is surely an extreme example of not recognizing someone as a person. We should become aware that our concept of a person is filled with rationalistic presumptions. It is the law's internal rationality that we are imposing on people and that could, at least in some regards, be the most fundamental problem here. As people's world-views are sometimes not rational, as they believe in gods and witches, their reasons for action are not always rational either.

The effort of making people responsible for their doings is vulnerable in many ways, even without specific regard to multicultural issues. We might end up labeling people instead of actions as bad and ill-intentioned. We might at the same time destroy conditions relevant for mutual recognition in legal and factual terms. It has been one of the achievements of modern criminal justice theory to restrict penal liability to acts and omissions only. And yet, as things are, even prohibitions of a general nature might have consequences in regard to the constitutive aspects of mutual understanding and recognition.

The multicultural setting renders it more difficult than ever to agree on the substance of prohibitions. Conflicts of interpretation might also emerge. Unless the various related conflicts can be resolved, unpleasant consequences might follow. We might get tired of searching for common rules and resort to some darker legacies of criminal justice. We might no longer seek for mutual understanding, but label some actors as dangerous, as irresponsible, and treat them accordingly. If communication across the borders of various small communities no longer works, the political and legal communities can become endangered. People would no longer see each other as having rights and as taking responsibilities, but rather as enemies and as sources of evil. Issues such as fundamentalism and international terrorism pose such extreme challenges to criminal justice thinking. I would like to defend the view that legitimate authority in criminal justice requires the adoption of an internal community perspective, a we-perspective that does not allow for fundamental divides. Recognition as a (political) person with a status and with rights has a great variety of restrictive consequences as to the possibility of construing the criminal law order.

Criminal law has expressive functions as it communicates blame as well as many other things to the community. Criminal law has to do with actions and omissions, and actions and omissions generally are ways of authentically expressing ourselves. They are central to our identity. The issue should thus be raised: should criminalizations be allowed to be contested on the ground that culturally legitimate prescriptions require the opposite? Could a criminalization violate cultural rights and be harmful to cultural identities? How should we analyse such a situation legally?

Such conflicts are probably not very common, but are not entirely unknown either. If we do not allow for the production of kosher meat at all, this would hit the Jewish community hard. Still, the production of kosher meat or halal meat might require the acceptance of treating animals badly, if no technical solutions are available.<sup>24</sup> Typically the non-regard for cultural rights could mean a kind of discrimination, seen from another angle. However, cultural groups could often claim to have certain group rights that justify such practices. Such group rights should then have to find their ways into criminal law doctrines. Most of these conflicts are not new, but rather long-standing debates. Criminal laws have often just silently been adapted to avoid such difficult issues of principle by burying them below the surface. Criminal law is much more flexible than it might seem at first sight.

From the point of view of an individual who faces the question of whether to follow the law or the »inner voice«, the inner obligation, the situation would of course be problematic if no correction is possible by means of legal interpretation. The dilemma would be that of Antigone. The legislatures necessarily have to aim at balanced solutions, trying to respect traditions as long as possible, but assessing their worth normatively. The same principle could also be useful as a guideline in deciding cases.

We should, I suggest, distinguish between acts committed *for* cultural reasons and acts committed *in order to* defend a culture. The former may include many types of actions that are traditional, and the actor needs almost by definition to be someone who belongs to the culture. In many cases a criminalization actually aims at changing cultural patterns of behaviour. This may be painful, but here criminal laws openly and deliberately clash with tradition.

Acting in defence of cultural values is a broader issue, and we might become sensitive to claims presented by others even though we are not directly involved and even though we do not personally share the same values. The issue might attract our attention as a matter of principle, for instance. The latter case may include actions that are traditional, and not particularly deliberated, but which are now being defended on cultural grounds. We might even consider cases in which such claims may be backed up by rights arguments. Cultural rights could also be defended by others than those directly involved in the practices.

In an open society, consciously breaching the law is of course always an option. I would, at any rate, not say that breaching the law for cultural reasons generally equates with civil disobedience, despite obvious similarities. Civil disobedience could usually be termed political action which has expressive functions, since it represents a public denial of the legitimacy of some valid legal rule. Culturally motivated deviance may of course also be politically motivated as well, but need not be.

24 In fact the Finnish legislation on protection of animals expressly notices some practices of religious slaughter. See § 33 Animal Protection Act.

The idea that criminal justice has a connection with the concept of citizenship is important here. I would say that notions of modern criminal justice thinking almost necessarily need to operate with some concept of a deliberative person. Holding a person responsible and liable for crimes rests on the idea that all people have the capacity to deliberate on the nature of the act in question. The same goes for citizenship. The citizen also needs to be regarded as a deliberative person capable of forming political views and participating in the public life of the community. This deliberativeness entails some sort of supposed ability to critically assess traditions and cultures as well. In that sense, I believe that we should not protect cultures and tradition merely because they exist, but because they have survived a kind of internal reform and critique. We should not take culturally committed persons as having a reduced capacity for deliberation and critique. On my account, the person concept serves as a basis for constant review and criticism, and a source of dynamics in the »evolution« of cultures.

## 6 Beyond cultural diversity

Criminal law is rough law, repressive law. Criminal investigations and criminal proceedings are far removed from anthropological field research in which sensitive researchers try to approach and understand foreign cultures. Charles Taylor formulates the very sympathetic ethical requirement that we should understand the presence of many differing cultures and actually presume that there might be something valuable for us in each and every one of them. Learning from them changes our personal horizons. Preserving cultures sounds attractive in times when many traditional cultures are dying out.

All this is somehow very correct and fine, at least for anyone who has had an interest in hermeneutic thinking. The problem that I have here is that it is really a demanding requirement to say that the criminal justice system should adapt to such high ethical yardsticks and be able to respond to each and every person appropriately to the circumstances. I have already referred to the necessity of building the legitimacy of criminal justice on its political legitimacy, and here the concept of a citizen is central. What is then the relationship between the generalized concept of a person as a citizen and the fact of cultural diversity? Do they mutually exclude each other? Is the only thinkable ethics the ethics of difference?

It is far from clear that what we have at the bottom line of such an ethical requirement of recognizing diversity is diversity itself. Beyond cultural diversity we might perhaps find true humanity, the uniting feature, the respectable person, and make sure that our hard criminal law does not bring harm to the vulnerable core of humanity present in every human being. If we follow this line of thinking, we would again reduce the significance of the fact of cultural diversity. It might be hu-

manism that directs our attention towards issues of cultural sensitivity in the first place. Cosmopolitanism as a citizen concept referring to the membership of humanity would reflect such an aspiration. I will not build on such strong membership views in this article, but limit myself to the state context.<sup>25</sup>

Criminal justice as a practice of denial and recognition is deeply tied to the general legal scheme in which people have rights and legitimate expectations that their primary interests are respected. The law's double exercise in denying and recognizing simultaneously builds on the premises of mutual legal recognition; otherwise we would not be included in a web of mutual legal obligations. It is in this context of (normatively) pre-existing recognition structures that the struggles over recognition of new aspects, new interests and new rights need to take place.

We have many examples of crimes reported that are precisely at the focal point of a cultural conflict. We might even have to think of other ways of ensuring that such facts are being noted during the investigations and proceedings. This is also a matter of recognition and identification. We should become aware of such contexts. In terms of legal theory, we could say that sensitiveness, a context-bound and context-sensitive application of law, requires the use of soft hermeneutic tools. In this respect the lessons of cultural sensitivity could reach far beyond merely general cultural issues, to the routines of ordinary legal adjudication. We should include topics such as pardon and amnesty in our discussions. We should discuss the role of anthropological knowledge in criminal proceedings.

## 7 Regulating cultural conflicts

Cultural conflicts deepen easily. These days the Western liberalist countries are increasingly involved in ideological struggles on a global scale. The Islamic world has become very sensitive to Western criticisms. When the *Gyllands Posten* published some caricatures of the Prophet Mohamed, this led to a massive uproar in the Islamic countries. The Western media replied that this was a question of freedom of speech unrelated to cultural or ideological matters. What is typical of such disputes is that also the communities split into traditional and progressive parts as the debate continues. There might be Islamic groups defending the freedom of speech, and there might be non-Islamic groups supporting the more radical Islamic views.

Could this have been a case of blasphemy? And what should the law on blasphemy be like nowadays in order to capture the phenomenon correctly? I think such a

25 Interestingly enough, the current discussions concerning the protection of human dignity by means of criminal law render it likely that such a deep value-orientation may in fact easily lead to a new kind of moralism.

case would allow for a useful study of how to regulate things in a multicultural society that can entail fundamentalist communities.

In the Finnish Penal Code the relevant provision reads as follows:

Chapter 17 Section 10. A person who

(1) publicly blasphemes against God or, for the purpose of offending, publicly defames or desecrates what is otherwise held to be sacred by a church or religious community, as referred to in the Act on the Freedom of Religion, or

...

shall be sentenced for a *breach of the sanctity of religion* to a fine or to imprisonment for at most six months.

The provision which requires a punishable intent, covers defaming of what is otherwise being held as sacred by a religious community in addition to blasphemy against Christian God. The existence of such a provision makes it clear that certain institutionally shared beliefs are protected by the law. The freedom of the press to publish caricatures on religious matters is not unrestricted. In Islamic culture, or in some parts of it, sacred personages should not be pictured at all. This makes the Islamic religious communities feel hurt by public expressions that connect their holy figures with terrorism. The Danish case did not lead to prosecution.<sup>26</sup>

The Finnish law of 1889 was based on the idea that blasphemy was directed primarily against the religious feelings of a community, not against God himself, although this was not quite clear. Today, the provisions protect feelings, a sort of religious peace. The provisions are not quite explicit about whether »God« could mean »Allah« or his prophet as well, or whether it only means the Christian God.<sup>27</sup>

The current provision prioritizes the protection of the belief in the Christian God, because such blasphemous acts need not be carried out with the purpose of offending. This additional requirement has been set for the protection of the sacred objects of other churches and religious communities against defaming. In any case, by taking this route a certain respect for other cultures and the feelings of sanctity cherished in them will also be safeguarded. The dominant religious beliefs are prioritized, but in effect this prioritization is relatively weak and of a context-sensitive nature. In fact, in the law reform of 1998, the special mention of God was about to be abolished, but the general assembly of the Parliament brought it back at the last stage of decision-making.

I am not saying that we should specifically try to define such problems as criminal, quite the contrary. But we might have to look at our penal provisions in a new context of massive cultural conflict. The Finnish or Danish prosecutors and judges

26 Greve, Vagn, *Bånd på band och mund – strafforfølgning eller ytringsfrihed?* København 2008, p. 82-83.

27 Gov. Bill 6/1997, at p. 127ff.

probably need to study the Islamic tradition closely in order to understand whether a particular expression really hurts the shared beliefs of that community.

The Finnish provision makes it clear that such cultural conflicts might be phrased in terms of the protection of the beliefs of certain defined communities. We need a very context-sensitive interpretation of blasphemy rules. In applying this law, we will also necessarily be redefining what actions are justified on the basis of the freedom of expression.

I do not think that it would be useful to describe the problems that we face in encountering such issues (in cases that are so far only hypothetical) as being rooted in our presumptions of assimilation, or the like.<sup>28</sup> The law is designed to be neutral and open to various instantiations of the aspects of sacredness, and thus calls for close scrutiny. This does not mean that it would be easy for an ordinary (secular) court to understand fully all such features in their diversity and totality.

We might also speculate whether we should try to »understand« the reaction of the radical people who were incensed about the Mohammed pictures if they started to demonstrate violently, burn cars, etc., or simply regard their actions as ordinary crimes. I am not sure. Issues of criminal justifications deal with social conflicts, and cultural conflicts would certainly add another dimension, which is relevant if it brings legally relevant aspects to the surface. In order to find them, we would have to go through the whole set of issues of our doctrine of penal liability.

## 8 »Social adequacy« as a label for tacitly accepted cultural practices?

Finnish and Swedish legal doctrine recognizes an unwritten ground for exemption from liability, namely the »social adequacy« of the act in question. Cross-checking in ice hockey constitutes an assault, but it is not punishable because such behaviour has been socially accepted. This sort of exemption from liability could be seen as based on normative cultural grounds. In our culture, sport counts as valid, and if adults wish to fight following such ceremonial forms, why should it not be allowed?

Serving wine to those underage in a religious ceremony could fall under this exemption as well. Some cultural defences could be construed in a similar fashion. The notion of social acceptance is an open one, and does not require the acceptance of each and every person. It is a matter of institutional acceptance. The Germans could speak of »the normative force of the factual«. This legal institution of social acceptance might fit cultural issues quite well. It is an expression of customary law

28 Dundes Renteln, Alison, *The Cultural Defense*. Oxford, Oxford University Press 2003, at p. 6.

of some kind, which Nils Jareborg has called a »security valve« that is needed to get rid of cases that just do not belong to the domain of criminal justice for whatsoever reason.<sup>29</sup>

In fact I believe that this unwritten principle could gain importance as we discuss culturally motivated practices from the point of view of the dominant culture in terms of criminal justice. Jeremy Waldron has raised important questions of equality before the law that must also be solved when operating with doctrines that draw on cultural and social realities.<sup>30</sup> We would certainly not be willing to compromise the whole system by making cultural exceptions to the rules, but in individual instances this may be acceptable. Social adequacy is an important idea because it basically ascribes importance to customs and practices that are already there. There is a sense of legal pluralism in this that might often go unnoticed.

Social adequacy also means of course that the legislator recognizes certain limits to what it can do. Some living practices should not be touched upon. Should this be done, however, for important reasons, such interventionism would need to be backed up with good reason. Sport, for instance, can be regulated and prohibited. For example, professional boxing is not allowed in Sweden.

Studying social adequacy is therefore also important because the reasons why we recognize certain practices as worth preserving differ. Sometimes the reason is plain harmlessness, sometimes respect for tradition, sometimes respect for the autonomy of some aspect of life that already has internal rules (sport, medical ethics, the ethics of the media, etc.). However, the appreciation of a practice always needs the support of normative principles.

What are being called the general doctrines of penal liability in continental Europe, the general definitional elements of a crime, are legal norms and principles of a general nature. It is not quite clear what the exact relationship between such doctrines and rights is. Murder and willful killing are wrongs, but many types of factors may influence the legal evaluation of even *prima facie* wrongful acts. Do I as a victim, or as a potential victim, or simply as a member of the polity, have the right to demand that no new doctrines be developed to mitigate the liability of the perpetrator of a wrongful deed?

I am not quite sure what to say about it. Criminal justice is rights-oriented in many ways, but it is not quite directly so. If an act has been committed in self-defence and is therefore regarded as justified, the rule must apply to others in a similar

29 Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala, Iustus Förlag 2001, at p. 291. Jareborg places circumcision of boys under this concept: the Supreme Court of Sweden had also followed this line of argument. This is one of the very few occasions on which a cultural argument has been openly raised and even accepted in the Nordic judicature and doctrine.

30 Waldron, Jeremy, »One Law for All? The logic of cultural accommodation'. 59 *Washington & Lee Law Review*, 2002, p. 3.

situation as well. Such a defence expresses a rule. But still, the protection of even absolute liberalist rights-based values such as life by means of criminal law could leave some room for discretionary elements of doctrine. Flexibility increases as we move towards sentencing principles. If some aspect of the act is relevant from the point of view of the definition of its penal value,<sup>31</sup> then it should be taken into account.

Continental criminal law distinguishes between justification and excuse much more clearly than common law does. This has been regarded as indicating different views concerning the law itself. Anglo-American legal thinking builds on reasonableness, whereas Continental legal thinking builds on »*richtiges Recht*«, the law as Right.<sup>32</sup> Justification renders the act justified, whereas an excuse only renders it understandable. Introducing cultural grounds for justification would have an effect on the way the system of rights functions in criminal law. It would be easier to introduce such grounds as excuses only. However, this solution would also mean that the cultural aspects could significantly influence what we expect of people.

The Finnish law recognizes one legal institute that may be relevant here, namely necessity in terms of conflict of interest. Cultural context could mean that individual actors run into severe conflicts of obligation if the customary law that the group considers valid requires something other than what the Penal Code requires. But here as well, it is far from self-evident that all conflicts of interest are relevant. There are many interests that could be regarded as valuable by some, but that still do not enjoy general respect. Some kind of a test of the rationality of the obligation would need to be part of the assessment.

## 9 Cultural sentencing?

Another level of decision-making at which cultural settings could be of importance, is sentencing. Cultural grounds could operate as mitigating or aggravating factors in sentencing. In fact, following a recent legal amendment, the Finnish Penal Code (Ch. 6 Sect. 5) now recognizes a racist motive as an aggravating factor in sentencing.<sup>33</sup> This reflects the view that national and ethnic groups are in need of protection against hostile actions by others. But in Finnish law this is not symmetrical. If a member of such a group attacks outsiders for related reasons, this has not been regarded as relevant.

31 This concept has been used in the doctrine of the Nordic countries as a sort of guarantee that punishment should never go beyond proportionality.

32 George P. Fletcher, »The Right and the Reasonable'. 98 *Harv. Law Rev* 949 (1985).

33 See, generally, Finnish Gov. Bill 44/2002, at p. 192 – 193.

Recognition of racist motives as legally relevant does not mean recognizing them as worthy of support; quite the contrary. They are recognized because of their dangerousness and blameworthiness. They are recognized in terms of their consequences for the rights of certain protected minorities.

The introduction of hate crime laws in the 1980s and 1990s in the US has been called identity politics.<sup>34</sup> The idea gained political support because the message of such policies was easy to understand. It was a politics of recognition that turned into symbolic criminal-policy action. The other line of identity politics, bringing in a cultural defence, is not likely to be backed up by such political enthusiasm. Recognizing by taking the cultural identity of the perpetrator into account has an abolitionist sense as it mitigates liability. It is not so tempting politically, because this sort of symbolical action could be regarded by many as replacing normative blaming and attribution of responsibility by a mere understanding.

## 10 Positive general prevention?

One general issue which could become a problem as the idea of a single culture breaks down is that of general prevention. The so-called positive general prevention theory emphasizes the internalizing of moral messages on the part of the members of society.<sup>35</sup> We are all participating in communications concerning right and wrong on the various symbolic aspects of penal liability. This idea rests on the assumption that we all have the ability to develop our moral and ethical ideas in this environment as members of society. What follows is that we are law-abiding not only for the reason that this is better for us, that we do not want to risk getting caught and being punished, but that we are also law-abiding for the sake of sharing most of the morals that criminal justice wants us to share. The fact that we are not killing each other is thus not merely a matter of successful deterrence, but of our own choice, our own concerns. We are thinking rationally, we see the common rules from an abstract perspective; we do not appropriate rights that others cannot have either, and so on.

The theory of positive general prevention seems to require that the community of people is able to share a substantial understanding and that they see the main rationale behind the rules and standards that have been applied. They can thus see the value of defending the validity of commonly agreed rules. In a multicultural society,

34 Jacobs, James A. – Potter, Kimberly, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*. New York, Oxford UP 1998, Ch. 5.

35 See the discussions in Schönemann, Bernd – von Hirsch, Andrew – Jareborg, Nils (Eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analyse im deutsch-englischen Dialog. Uppsala-Symposium 1996*. Heidelberg, C.F. Müller Verlag 1998.

these communications might break down into smaller circles that read the messages sent by the criminal justice system very differently. This might exacerbate the conflicts of interpretation between groups and cultural communities when sensitive cases are being handled. Such an effect might diminish the legitimacy of legal decisions, especially in circles that for whatever reason do not accept moral and legal values that the legal system incorporates and expresses. The symbolic functioning of the criminal justice system is not always a success story. The story might well end in a crisis of the perceived legitimacy of the actions of the authorities.<sup>36</sup>

A theory of positive general prevention might also be problematic because if we think that cultural customary law is of equal importance to state law, then we might conclude that the criminal justice system is indeed a hegemonic order, and that the general prevention effect is the clearest example of how the legal system tries to override its competitors.

We should not, however, accept such a criticism without further consideration. It is not at all self-evident that we should have to resort to relativist thinking as soon as we have realized that the society entails communities that possess strong views about right and wrong themselves. We could say that the hegemony that reigns in law is not the mainstream cultural thinking, but something else, namely, the artificial culture of law. The values that the legal system expresses are internal to law, and legal. It is the value-hegemony of the legal system that is at stake, and whether this hegemony is legitimate or not is something for political philosophy to scrutinize. Every polity probably needs to be able to decide legitimately on issues that are morally sensitive, and the culture-based values do not present any further difficulty. Of course we need to be able to convince everybody of their duty to obey the law, and we can even allow for protests for political reasons.

We should also note that the traditional communities with strong specific cultural values of their own need a back-up if they wish to represent themselves as legitimate in their use of power. The environment of such strong elements of culture has changed, and this makes every community open to at least internal criticism. There must be a possibility of cultural development even within the confines of traditional cultures.

36 Garland, David, in his *Punishment and Modern Society* (Clarendon Press, Oxford 1989), at p. 252, stated: »... penalty communicates meaning not just about crime and punishment but also about power, authority, legitimacy, normality, morality, personhood, social relations, and a host of other tangential matters. Penal signs and symbols are one part of an authoritative, institutional discourse which seeks to organize our moral and political understanding and to educate our sentiments and sensibilities.«

## 11 Modern contexts

Not all criminal law has to do with cultural conflict. Modern criminal justice deals with economic crimes, environmental crimes, and the like. These are crimes that often occur in systematic, organizational contexts. Companies breach the law, and companies as well as individual perpetrators may be punished. Determining the individual liabilities may require that we study the cultural conditions of the company. Safety at work depends on a safety culture that the legislative framework and administrative control seek to cultivate. A culture of good safety at work, and a good atmosphere may be even more important than the threat of a criminal sanction as such. Theorizing about multiculturalism does not usually focus on such cultural pressures and factors. It may be of importance to point out that many communities and many belongings are not really problematic from the point of view of criminal justice. They could, however, be made more visible if we looked closely at such practices.

We might also say that the rationalistic presuppositions that the law builds on presumably fit well in the strongly systematic context. Economic actors are rational, they maximize their profit, and a bigger company that would think quite differently would probably not live very long. This does not preclude companies and economies that are very differently organized from existing.

Not even truly international law is devoid of cultural aspects. Quite the contrary, the core area of international criminal law has specifically ethical contents. It mirrors the ethics of mankind. The system of international criminal law wishes to define certain crimes as crimes against mankind, and it does not accept compromises in regard to these definitions. The law on defenses, justifications and excuses is very strictly construed, as we see in the provisions of the Rome Treaty establishing the International Criminal Court.

Cultural excuses do not count, at least expressly, when we are talking about genocide or crimes against humanity. They probably should, if we think about the contexts in which genocide takes place these days. The system of international criminal law and criminal justice builds to a great extent on the domestic legal systems and domestic actors. The ICC has been called on to be a global projection of the neo-liberal minimal state.<sup>37</sup>

The system of international criminal law is a very »European product«. Its development has been significantly triggered by events in European political history. International criminal law is very liberalistic in its approach. Neither states nor indi-

37 Mégret, Frédéric, »Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual Project«, in *Finnish Yearbook of International Law*. Volume XII, 2001. Martinus: Leiden 2003, p. 193 – 247 (208).

viduals have to consider each other in other respects, but certain crimes must be avoided. Only a very limited consensus lies behind it.

International criminal law reads phenomena such as terrorism as crimes directed against collective security interests. The law on terrorism excludes political justifications and cultural defences. Terrorism is not being understood by this system as symbolic action that challenges the legitimacy of foreign or domestic powers. The law on terrorism is part of law's formal program.

# Religiøse symboler i skolerne

## – et kritisk perspektiv på Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i *Leyla Sahin v Turkey*

AF PERNILLE BOYE KOCH, LEKTOR, CAND. JUR., PH.D., JURIDISK INSTITUT,  
SYDDANSK UNIVERSITET

This article claims that The European Court of Human Rights in the case of *Leyla Sahin v Turkey* introduces a problematic and deviant mode of interpreting the European Convention on Human Rights. The Court approved that a Turkish medical student was expelled from her studies because she insisted to wear the Islamic headscarf at the University premises. By analysing the judgement in the light of traditional human rights principles it is demonstrated that the interpretation of the court is restricting the safeguards of the convention on a very weak basis. The right to freedom of religion is consequently eroded, at any rate when it comes to religious manifestations connected with Islam. Besides, the remarkable patronizing attitude includes the risk of biasing in favour of Christianity – a situation which fundamentally contradicts the spirit of the Convention. Finally the article touches on the relevance of the judgement in a Nordic context.

Keywords: religionsfrihed, religiøse symboler i skolerne, tørklæder, den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, sekularisme, Tyrkiet

## 1 Indledning

Det retlige perspektiv på spørgsmålet om religion i skolerne er stadig mere omdiskuteret. Særligt brugen af hovedtørklæder har været et praktisk relevant og kontroversielt tema. I den forbindelse var afgørelsen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen *Leyla Sahin v Turkey* (*Leyla Sahin v Turkey*, storkammerdom af 10/11 2005, Appl. no. 44774/98) en vigtig milepæl.

I dommen fastslår Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at Tyrkiet ikke har handlet i modstrid med EMRK ved at håndhæve et forbud mod hovedtørklæder på universiteterne. I den konkrete sag var en kvindelig tyrkisk medicinstuderende blevet afvist fra forelæsninger og eksaminer – og dermed afskåret fra at fuldføre sin lægeuddannelse – fordi hun insisterede på at bære hovedtørklæde. Dommen vakte ved afsigelsen berettiget opsigt i hele Europa, og den blev straks ledsaget af forskellige udsagn om dommens præcedensvirkning for resten af de europæiske lande (Anthony, 2005, s. 59-60), heriblandt de nordiske.

De umiddelbare kommentarer hæftede sig primært ved de praktiske konsekvenser af domstolens stillingtagen til spørgsmålet om hovedtørklæder i uddannelsessystemet og religion i skolerne generelt. Nu, hvor krudtrøgen fra den kontroversielle afgørelse er ved at have lagt sig, kan der imidlertid være grund til at gå dommens juridiske aspekter nærmere efter i sømmene. Efter min opfattelse repræsenterer Leyla Sahin-dommen nemlig en væsentlig og problematisk afvigelse fra traditionelle principper for fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Man kan i forlængelse heraf stille spørgsmålet, om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol efterhånden har udviklet en religionsfjendtlig praksis, som – i hvert fald for visse religioners vedkommende – har elimineret betydningen af beskyttelsen i EMRK art. 9.

## 2 Religionsfrihed i EMRK

Religionsfriheden er for en umiddelbar betragtning en ganske central og godt beskyttet rettighed i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.<sup>1</sup> For eksempel kan fremhæves, at beskyttelsen i EMRK art. 9, stk. 1 af en persons indre overbevisning – heriblandt den religiøse – er absolut, dvs. den kan ikke være til genstand for begrænsninger (van Dijk 2006, s. 752; Jacobs – White 2006, s. 308).

Man kan også henvise til principielle udtalelser fra konventionsorganerne vedrørende religionsfrihedens betydning, som for eksempel:

»Freedom of thought, conscience and religion, as enshrined by Article 9 of the Convention, represents one of the foundations of a »democratic society« within the meaning of the Convention. In its religious dimension, it is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.«

(fx *Leyla Sahin v. Turkey*, storkammerafgørelsen, afsnit 104)

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i tråd hermed fastlagt en relativ bred definition på, hvornår der er tale om en beskyttelsesværdig indre overbevisning. Som ovennævnte citat antyder, er ikke blot traditionelle religiøst prægede

1 Bestemmelsen lyder som følger: »1. *Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.* 2. *Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health and morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*«

livsanskuelser omfattet, men også mere filosofisk eller politisk prægede som f. eks. pacifisme og ateisme, ligesom en række nyreligiøse bevægelser som f. eks. Scientology og Divine Light (Harris 1995, s. 356 ff; Evans 2001, s. 51 ff; Jacobs – White 2006, s. 303. Samt afgørelserne *X and Church of Scientology v Sweden*, 1979; *Omkaranda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*, 1981).

Dette gælder imidlertid kun retten til selve det at have en bestemt livsopfattelse (*to hold an opinion*), dvs. friheden til at vælge og fravælge religion. Denne indre religiøse overbevisning – ofte betegnet som *forum internum* (Javier Martinez-Torron 2003, s. 3 ff og kritisk Evans 2001, s. 72 ff) – vil imidlertid ofte få et konkret udtryk i form af en religiøs handlemåde eller praksis. Denne ret til religionsudøvelse – også betegnet som *forum externum* – er blevet defineret relativt snævert og har dermed været genstand for en noget mere restriktiv fortolkning af konventionsmyndighederne end tilfældet var med hensyn til kredsen af omfattede religioner eller trosopfattelser. Man har således ikke uden videre accepteret individets egen opfattelse af, at en given adfærd var udtryk for en religions- eller trosudøvelse.<sup>2</sup>

Resultatet for så vidt angår religiøs praksis bliver på denne baggrund, at megen religiøst motiveret adfærd slet ikke anses for beskyttet af EMRK art. 9, fordi den ikke anses for religionsudøvelse (*X v. the Federal Republic of Germany*, 1981; *Pretty v. the United Kingdom*, 2002; *Karaduman v. Turkey*, 1993). Man når på denne vis ikke til vurderingen af, hvorvidt der legitimt kan foretages indgreb over for den konkrete adfærd, jf. EMRK art. 9, stk. 2. Den inkluderende fortolkning, EMD har anlagt vedrørende definitionen på en tro eller religion, bliver der således i vid udstrækning kompenseret for, når man når til manifestationsvurderingen (Evans 2001, s. 132).<sup>3</sup>

Hvis den pågældende adfærd af EMD betragtes som religionsudøvelse er næste skridt at vurdere, hvorvidt staten legitimt kan gøre indgreb heri, jf. EMRK art. 9, stk. 2. Denne vurdering vedrører to hovedbetingelser.<sup>4</sup> For det første skal indgrebet varetage et legitimt formål, dvs. for artikel 9's vedkommende hensynet til enten den offentlige tryghed, den offentlige orden, sundheden, sædeligheden eller hensynet til

- 2 Den centrale afgørelse i den forbindelse er *Arrowsmith v. the United Kingdom* (1979). Her blev en pacifistisk kvinde sigtet for at have uddelt nogle løbesedler ved en kaserne, som skulle overtale soldater til ikke at acceptere tjenstlige pligter i Nordirland. Kvinden fik afvist sagen fra behandling ved Den Europæiske Menneskerettighedskommission; ikke fordi pacifisme ikke ansås for omfattet af religionsfrihedsbestemmelsen, men fordi man ikke betragtede hendes handlinger som udtryk for en manifestation af pacifisme. Kommissionen begrundede ikke vurderingen nærmere, men fremkom med den – i efterfølgende domme – ofte citerede passus om, at »article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief«.
- 3 Denne konsekvens kan imidlertid antages for at være et bevidst formål med bestemmelsen (Adhar – Leigh 2005, s. 125).
- 4 Det bemærkes, at kravet om et hjemmelsgrundlag i national ret ikke i denne sammenhæng betragtes som en hovedbetingelse.

andres rettigheder og friheder. Selv om der formelt set er færre legitime hensyn end ved art. 8, 10 og 11, har konventionsorganerne traditionelt anlagt en vid fortolkning af særligt hensynet til den offentlige orden. Problemet for de kontraherende stater vil derfor snarere være den anden hovedbetingelse, også kaldet »nødvendighedstesten«, altså kravet om, at indgrebet er nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. EMRK art. 9, stk. 2.

Dette krav er også udtrykkeligt traktatfæstet i EMRK's andre tilsvarende rettigheder og betragtes som et generelt proportionalitetsprincip. Nødvendighedstesten er imidlertid snævert forbundet med doktrinen om *margin of appreciation* (van Dijk 2006, s. 340 ff). Uden at der på dette sted skal redegøres for grundsætningen i detaljer kan det anføres, at EMD i sin pådømmelse af konkrete sager ofte overlader staterne en vis skønsmargin med hensyn til vurderingen af, om det konkrete indgreb var nødvendigt under de konkrete omstændigheder.

Denne skønsmargin kan efter omstændighederne indskrænkes, hvis der er tale om et indgreb i fundamentale demokratiske rettigheder, eller hvis indgrebet er meget intensivt i den forstand, at det kan siges at gribe ind i rettighedens kerne. Modsvarende kan staternes skønsmargin udvides, hvis sagen vedrører statens generelle økonomiske eller sociale politik, eller hvis den relevante rettighed overlader myndighederne et vidt skøn i deres retsanvendelse. Særlig relevant for den nærværende sag er endvidere erkendelsen af, at EMD har været tilbøjelig til at overlade staterne en vid skønsmargin i sager vedrørende den offentlige moral, hvor der ikke kan siges at herske en fælleseuropæisk konsensus om retsopfattelsen (Rytter 2006, s. 110 ff).

Den enkeltes beskyttelse i medfør af EMRK artikel 9 om religionsfrihed er på denne baggrund ikke så omfattende, som EMD's principudtalelser kan give indtryk af. Og under alle omstændigheder er det nærmere beskyttelsesniveau usikkert, idet retspraksis om bestemmelsen fra EMD fortsat er af relativt begrænset omfang.

### 3 Særlig relevant retspraksis

Tre tidligere sager er særligt relevante for vurderingen af Leyla Sahins adgang til at bære hovedtørklæde på universitetet. Det er sagerne *Karaduman v. Turkey* (1993), *Dablab v. Switzerland* (2001) og *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* (2003). I Karaduman-sagen havde en kvindelig tyrkisk studerende klaget over, at universitetet nægtede at udstede hende et bevis for gennemført bacheloruddannelse, fordi hun havde vedlagt et identifikationsfoto, hvor hun var afbilledet iført hovedtørklæde. Den Europæiske menneskerettighedskommission afviste sagen og erklærede påstanden om overtrædelse af EMRK art. 9 som værende åbenbart grundløs (*manifestly ill-founded*), idet man slet ikke mener, at der var tale om et indgreb i hendes religionsfrihed.

I Dahlab-sagen var der tale om en lærer, der et stykke tid efter sin fastansættelse i en schweizisk grundskole konverterer til islam og begynder at bære hovedtørklæde på sit arbejde. Da skolemyndighederne udsteder et forbud mod, at hun bruger hovedtørklæde, når hun udfører sine professionelle pligter, indklager Dahlab Schweiz for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. EMD beslutter sig for at afvise sagen, idet man blandt andet henviser til, at det på grund af elevernes følsomme alder (4-8 år) og klagerens status som statens repræsentant ikke kan afvises, at lærerens hovedtørklæde har haft en vis missionerende (*proselytizing*) effekt.

I Refah Partisi-sagen accepterer Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol den tyrkiske forfatningsdomstols opløsning af Refah Partisi (Velfærdspartiet) med henvisning til, at partiets medlemmer og ledelse ved forskellige lejligheder har udvist adfærd og afholdt taler, som tyder på, at man som et mere langsigtet mål ønsker at indføre et sharia-baseret samfund med parallelle retssystemer, og at man i den forbindelse ikke tilstrækkeligt klart har taget afstand fra at bruge voldelige midler. I betragtning af, at dette mål ikke kan anses som foreneligt med forudsætningen om et demokratisk samfund og i lyset af Velfærdspartiets reelle mulighed for at føre visionerne ud i livet<sup>5</sup> konkluderede domstolen, at opløsningen imødegik et presserende socialt behov og dermed var nødvendigt i et demokratisk samfund. Et vigtigt element i afgørelsens præmisser er anerkendelsen af sekularismeprincippets vigtighed for den tyrkiske stat og understregningen af, at meningstilkendegivelser, som ikke respekterer princippet om sekularisme, ikke nødvendigvis vil være omfattet af retten til at manifestere sin religion og dermed ikke vil ikke nyde beskyttelse i medfør af EMRK art. 9 (dommens præmis 93).

## 4 Dommen om Leyla Sahin

### 4.1 Dommens baggrund og indhold

Leyla Sahin var en kvindelig tyrkisk medicinstuderende, der anså det som sin religiøse pligt at bære hovedtørklæde. Hun havde haft hovedtørklæde på i de 4½ år, hun havde studeret medicin – først ved Universitetet i Bursa, hvor hendes påklædning ikke blev påtalt, og siden ved Universitetet i Istanbul, hvor hun efter godt et semesters studier blev afvist fra undervisning og eksaminer på grund af tørklædet. Ledelsen ved Istanbul's Universitet henholdt sig til et internt cirkulære, der regulerede de studerendes adgang til universitetsområdet, og som bl.a. indeholdt regler om afvisning af studerende, der var iklædt religiøst hovedtørklæde eller bar skæg.

5 Partiet opnåede ved seneste valg 35% af stemmerne og dermed status som det største parti i Tyrkiet, det var med i regeringen, og var ifølge opinionsundersøgelserne et parti i fremgang.

Leyla Sahin anså sine rettigheder i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) for overtrådt, og hun indbragte sagen for såvel de nationale domstole som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD).<sup>6</sup> EMD's 4. kammer afsagde dom i sagen den 29. juni 2004, hvor man enstemmigt konkluderede, at EMRK ikke var overtrådt. Sagen blev efterfølgende overført til Storkammeret, som afsagde dom den 10. november 2005. Også her blev konklusionen – 16 dommere mod 1 – at der ikke var tale om konventionsbrud.<sup>7</sup>

I sin oprindelige fremlæggelse af synspunkter for kammeret *anførte Leyla Sahin*, at den konkrete begrænsning af hendes religionsfrihed var meget indgribende, idet der ikke eksisterede nogen højere læreanstalter eller universiteter i Tyrkiet, hvor hun havde mulighed for at fuldføre sin uddannelse, hvis hun bærer hovedtørklæde. Hun forklarede, at hun udelukkende bar hovedtørklæde af religiøse grunde, og at hun ikke havde udtrykt eller haft til hensigt at udtrykke nogen holdning til eller protest mod den tyrkiske stats forfatningsprincipper, heriblandt princippet om sekularisme. Endvidere havde hendes måde at efterleve en religiøs forpligtelse på ikke udgjort nogen form for pres, provokation eller missioneren over for andre.

Den tyrkiske regering havde ikke efter hendes overbevisning dokumenteret, at der – i den 4½ år lange periode hun har studeret medicin iført hovedtørklæde – havde været forstyrrelser, uro eller trusler mod den offentlige orden på grund af hendes påklædning. Endvidere understregede hun, at det er uundgåeligt i et pluralistisk samfund, at der af og til opstår spændinger og uro, og at myndighedernes rolle i den forbindelse ikke er at eliminere årsagen til sådanne spændinger ved at give køb på pluralismen, men derimod at arbejde for gensidig tolerance hos de implicerede parter (kammerafgørelsen, afsnit 85-88).

I forbindelse med sagens behandling for storkammeret præciserede Sahin, at hun ikke søgte retlig anerkendelse af alle kvinders ret til at bære muslimsk hovedtørklæde i enhver situation (storkammerafgørelsen, afsnit 73). Endvidere *anførte hun*, at intet europæisk land forbyder studerende at bære religiøst hovedtørklæde på højere uddannelsesinstitutioner, og at der ikke har været tegn på spændinger af en art, der kunne have retfærdiggjort et så radikalt skridt. Blandt andet på denne baggrund *anførte Sahin*, at staterne ikke bør gives en vid skønsmargin med hensyn til regulering af de studerendes påklædning. Endvidere *anførtes*, at studerende er oplyste,

6 Sagen bliver antaget til realitetsbehandling ved EMD ved beslutning af 2. juli 2002. Inden da har såvel Istanbuls Forvaltningsdomstol som Tyrkiets Øverste Forvaltningsdomstol afvist Leyla Sahins klagepunkter. Hun er i 1999 flyttet fra Tyrkiet for at fuldføre sine medicinstudier ved Universitetet i Wien.

7 Storkammerafgørelsen lægger sig i ganske vidt omfang op ad synspunkterne i den første afgørelse fra kammeret, men indeholder også vigtige præciseringer, udbygninger og i et vist omfang en anden logik. Det følgende vil derfor basere sig på begge afgørelser, om end jeg i henvisningerne vil forsøge at præcisere, hvorfra de konkrete udtalelser hidrører.

myndige voksne, som er fuldt ud i stand til at afgøre, hvordan de vil leve og opføre sig (storkammerafgørelsen, afsnit 100-101).

*Den tyrkiske regering* anførte blandt andet, at princippet om sekularisme er en grundlæggende forudsætning for et liberalt, pluralistisk demokrati. Princippet er særlig vigtigt i Tyrkiet, fordi en strikt håndhævelse af sekularisme efter regeringens opfattelse er forklaringen på, at Tyrkiet som det eneste muslimske land har demokrati i vestlig forstand. Man påpegede, at der ikke er forbud mod at bære det muslimske hovedtørklæde uden for skolen. Samtidigt understregede man imidlertid, at tørklædet i Tyrkiet er blevet et symbol, som bruges af religiøst fundamentalistiske bevægelser til politiske formål, og som repræsenterer en trussel mod kvinders rettigheder.

En anerkendelse af retten til at bære hovedtørklæder i offentlige institutioner ville efter den tyrkiske regerings opfattelse være ensbetydende med at tildele én bestemt religion en særlig privilegeret status. En religion, der arbejder for at etablere parallelle retssystemer og sharia-baseret lovgivning, og som med sit syn på blandt andet strafferet og kvinders stilling er ganske uforeneligt med såvel sekularismen som EMRK's principper.

Endelig påpegede regeringen, at Istanbul Universitet havde indført generelle påklædningsregler som en præventiv foranstaltning på baggrund af klager fra studerende, som følte sig presset af studerende tilhørende religiøst fundamentalistiske bevægelser. Universitetsmyndighederne havde i den forbindelse taget i betragtning, at universitetet tidligere havde været scene for voldelige konfrontationer mellem stridende radikale grupper, og man så derfor påklædningsreglerne som et middel til at bevare institutionens neutralitet.

#### 4.2 Centrale præmisser

EMD indleder præmisserne med et udsagn om, at retten til tanke-, samvittigheds- og religionsfrihed som beskyttet i EMRK art. 9, udgør en vigtig forudsætning for eksistensen af et demokratisk samfund, og at religionsfriheden er et af de mest centrale elementer for såvel troende som ikke-troendes livsopfattelse og identitet. Domstolen understreger umiddelbart herefter en anden velkendt læresætning, nemlig at artikel 9 ikke beskytter enhver handling, der er motiveret eller inspireret af den pågældendes religion eller tro.

Herefter vender domstolen sig mere direkte mod den konkrete sag med en tilkendegivelse om, at man har valgt at lægge til grund, at de omtvistede regler – som indskrænker mulighederne for at bære hovedtørklæde på universitetet – udgør et

indgreb i klagerens ret til at manifestere sin religion.<sup>8</sup> Domstolen udstyrer imidlertid denne konstatering med et forbehold, idet man fastslår, at selv om Leyla Sahins beslutning om at være ikklædt hovedtørklæde må anses som motiveret eller inspireret af hendes religion, kan dette ikke tages som et udtryk for, at sådanne beslutninger i alle andre situationer træffes med henblik på at opfylde en religiøs forpligtelse (kammerafgørelsen, afsnit 71; storkammerafgørelsen, afsnit 78).<sup>9</sup>

Det centrale retlige omdrejningspunkt for domstolens behandling af sagen er den generelle grundsætning om, at indgreb i konventionsrettigheder kun kan accepteres, hvis de er *nødvendige i et demokratisk samfund*, jf. f. eks. EMRK art. 9, stk. 2.<sup>10</sup> Det er denne grundsætning, som udgør hovedstammen i Leyla Sahins argumentation og i domstolens præmisser. Da det endvidere er det tema, som giver anledning til de mest kontroversielle synspunkter i dommen, vil det følgende koncentrere sig om dette aspekt (for andre vinkler på dommen: Decker – Lloyd 2004, s. 672-678; Nieuwenhuis 2005, s. 495-510; Marshall 2006, s. 452-461; Høstmælingen 2004).

Ifølge domstolen er de nationale myndigheder som udgangspunkt de bedst egnede til at vurdere de lokale omstændigheder og behov, om end de nationale myndigheders vurdering af et indgrebs nødvendighed altid vil være genstand for domstolens efterprøvelse i lyset af konventionens krav. Man konstaterer videre, at ved spørgsmål omhandlende forholdet mellem stat og religion – som normalt er genstand for meget forskellige opfattelser i et demokratisk samfund – vil statens skønsmargin være særlig vid. Hvilket leder domstolen frem til udsagnet om, at en vid skønsmargin er særlig påkrævet i sager vedrørende religiøs påklædning i uddannelsesinstitutioner, idet reglerne på dette område varierer fra land til land afhængig af nationale traditioner.

Der henvises i den forbindelse til domstolens undersøgelse af retstilstanden i de øvrige konventionsstater (*comparative law*), idet det anføres, at det ikke er muligt at identificere en fælles europæisk opfattelse af religionens betydning i samfundet, ligesom betydningen af offentlige tilkendegivelser vedrørende religion vil være afhæn-

8 Dette er ikke nødvendigvis overraskende, men dog værd at bemærke sig, idet resultatet i Karaduman-sagen som bekendt blev det modsatte; at der ikke var tale om et indgreb i religionsfriheden.

9 Det har tilsyneladende været domstolen magtpåliggende at understrege, at man ikke kan være sikker på at falde ind under religionsfrihedsbestemmelsen i art. 9, blot fordi sagen handler om det muslimske hovedtørklæde.

10 Domstolen har i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde først vurderet, hvorvidt indgrebet i religionsfriheden har hjemmel i national ret (prescribed by law), og om det i givet fald er begrundet i et af de legitime hensyn nævnt i art. 9, stk. 2, jf. storkammerafgørelsen, afsnit 79-99. Jeg vil på dette sted nøjes med at fastslå, at der efter domstolens opfattelse tilstrækkelig hjemmel i tyrkisk ret til indgrebet i religionsfriheden, og at indgrebet primært varetager hensynet til den offentlige orden og til at sikre andres friheder og rettigheder; hensyn som udtrykkeligt er nævnt i EMRK art. 9, stk. 2.

gig af de konkrete omstændigheder. Man konkluderer på denne baggrund, at den nærmere udformning af regler på dette område i et ikke ubetydeligt omfang skal overlades til de nationale beslutningstagere, der bedst kan vurdere hvorvidt og i hvilken form der skal reguleres (Storkammerafgørelsen, afsnit 109).

I domstolens vurdering af, hvorvidt det konkrete indgreb i religionsfriheden er relevant, nødvendigt og proportionalt, anfører man indledningsvist, at det særligt er hensynet til sekularisme og lighed, som ligger bag tørklædeforbudet. Når den tyrkiske forfatningsdomstol blandt andet har fastslået, at sekularisme udgør en garanti for demokratiske værdier, at sekularisme også beskytter borgerne mod et ydre pres, og at det kan være nødvendigt at indføre restriktioner på religionsfriheden med henblik på at sikre sekularismen, så er denne opfattelse af sekularisme i overensstemmelse med konventionens grundlæggende værdier. Domstolen accepterer, at en opretholdelse af et sådant sekularismepincip kan være nødvendigt for beskyttelsen af demokratiet i Tyrkiet (storkammerafgørelsen, afsnit 113-114). Og storkammeret understreger, at man som generelt princip fra dommen *Refah Partisi-sagen v. Turkey* kan udlede, at adfærd, som ikke respekterer princippet om sekularisme, ikke nødvendigvis er omfattet af religionsfriheden i EMRK art. 9 (storkammerafgørelsen, afsnit 114).

De allermest centrale præmisser er fuldstændig identiske i kammer- og storkammerafgørelsen, idet storkammeret simpelthen citerer de afgørende passager fra kammerafgørelsen. Allerst understreges betydningen af kvinders rettigheder og køns- ligestilling, som er kommet til udtryk i såvel det tyrkiske forfatningssystem som i domstolens egen praksis vedrørende EMRK's grundlæggende principper.

Herefter anføres, at det i vurderingen af tørklædeforbudet i Tyrkiet må tages i betragtning, hvilken indflydelse dette religiøse symbol kan have på dem, der vælger ikke at bære det. I et land, hvor størstedelen af befolkningen tilhører den muslimske tro, kan det efter domstolens opfattelse udgøre et presserende socialt behov at indføre restriktioner i religionsfriheden med henblik på at sikre kvinders rettigheder og en sekulær livsform. Dette er særligt tilfældet henset til de tyrkiske domstoles konstatering af, at hovedtørklædet har fået stigende politisk signifikans i Tyrkiet i de seneste år.

Domstolen er opmærksom på eksistensen af ekstreme politiske bevægelser i Tyrkiet og deres bestræbelser på at skabe et religiøst funderet samfund – jf. bla. a. dommen i *Refah Partisi* – og det er i lyset af denne kontekst det konkrete indgreb skal ses. I anerkendelse af, at det er sekularismeprincippet, som er omdrejningspunktet for forbudet mod at bære hovedtørklæder på universitetet, er det efter domstolens opfattelse forståeligt – i lyset af værdierne om pluralisme, respekt for andres rettigheder og ikke mindst ligestilling mellem mænd og kvinder – at man ønsker at bevare universiteternes sekulære præg og derfor betragter det som stridende mod disse værdier at tillade religiøs påklædning, heriblandt hovedtørklæde.

Efter disse vurderinger tildeler storkammeret eksplicit proportionalitetskravet opmærksomhed (storkammerafgørelsen, afsnit 118-121). I den forbindelse indleder man med at påpege, at praktiserende muslimer ikke som sådan er afskåret fra at følge muslimske leveregler på universiteterne, og at også andre former for religiøst udstyr er forbudt på universitetsområdet. Herefter fokuserer storkammeret på et mere formelt aspekt, nemlig på universitetsledelsens bestræbelser på at forklare og præcisere påklædningsreglerne og på den langvarige og grundige beslutningsproces, der har fundet sted på universitet ved domstolene og i det tyrkiske samfund som sådan vedrørende reglerne om religiøs påklædning. Hvordan universitetsmyndighederne nærmere sikrer håndhævelsen af påklædningsreglerne synes ikke at være genstand for prøvelse.<sup>11</sup> Herefter anfører storkammeret, at man – efter konstateringen af, at reglerne forfølger et legitimt formål – ikke kan anvende proportionalitetskravet på en måde, som ganske tømmer institutionens interne regler for indhold. På denne baggrund – og særligt i lyset af de kontraherende parters skønsmargin på dette område – var det konkrete indgreb efter domstolens opfattelse principielt legitimt og proportionalt i forhold til formålet. Der er derfor ikke sket et brud på EMRK art. 9.

## 5 Analyse og kritik

### 5.1 Hvor stor en skønsmargin?

En vigtig forudsætning for EMD's bedømmelse af nødvendighedskravet er konstateringen af, at der må tildeles staten en vid *margin of appreciation* i sagen. Domstolens argumentation indeholder to delelementer; for det første en henvisning til en grundsætning om generel tilbageholdenhed i sager vedrørende staten og det religiøse, og for det andet en henvisning til manglende europæisk konsensus på området for religiøse symboler på uddannelsesinstitutionerne.

Spørgsmålet er i første omgang, om der overhovedet er tale om en sag om forholdet mellem stat og religion i en sådan forstand, at den generelle tilbageholdenhedsdoktrin bør finde anvendelse.

Den tyrkiske regering synes at argumentere for, at påklædningsregler på universiteterne er en nærmest naturlig følge af princippet om sekularisme i forfatningen, og at et tørklædeforbud er en helt central forudsætning for opretholdelse af et seku-

11 Jf. udtalelsen om, at domstolen ikke kan sætte sin egen vurdering i stedet for universitetsmyndighederne, som med deres direkte og vedvarende kontakt med uddannelsessystemet principielt set er bedre egnede til at vurdere lokale omstændigheder og behov, storkammerafgørelsen, afsnit 121.

lært samfund i Tyrkiet (kammerafgørelsen, afsnit 90-96 og storkammerafgørelsen, afsnit 103). I et sådant perspektiv kan bortvisningen af Leyla Sahin selvsagt siges at vedrøre forholdet mellem stat og religion.

Det er imidlertid værd at bemærke sig, at selv i Tyrkiet – hvor statens sekulære præg hviler på en stærk historisk tradition med udspring i Atatürk-bevægelsen i 1920'erne – har det været omtvistet, hvorvidt et regulært tørklædeforbud er påkrævet i medfør af den forfatningsbaserede sekularisme. Anlægger man en historisk synsvinkel, kan det fremhæves, at kvinders påklædning har været diskuteret lige siden 1800-tallet i forbindelse med debatter om blandt andet Tyrkiets modernisering. Imidlertid fik forsøgene på at påvirke kvinders påklædning aldrig form af retligt sanktionerede indgreb (Denli 2004, s. 508).<sup>12</sup>

Tørklædestriden kommer for alvor på den politiske dagsorden i 1980'erne, hvor også tørklæderne begynder at dukke op på universiteterne,<sup>13</sup> men der er op gennem 1980'erne til stadighed uenighed om, hvorvidt et forbud mod at bære hovedtørklæder skal gælde, og hvilken form et sådant forbud i givet fald skal have. I 1989 fastslår Tyrkiets forfatningsdomstol imidlertid, at en lovbestemmelse, som tillader hovedtørklæder ved universiteterne, hvis de bæres ud fra religiøs overbevisning, strider mod den tyrkiske forfatning. Først i 1997 gennemføres en generel regulering, hvorefter kvinder iklædt hovedtørklæder udelukkes fra universiteter og ansættelse i den offentlige sektor. Der har været – og er stadig – livlig debat om spørgsmålet i Tyrkiet.<sup>14</sup>

Hensigten med at fremdrage disse omstændigheder er ikke at drage tvivl om hjemmelsgrundlaget for bortvisningen af Leyla Sahin. Snarere er det at illustrere, at tørklædeforbudet ikke har været en uomtvistet del af den tyrkiske statssekularisme siden oprettelsen af den moderne tyrkiske stat.

Når EMD normalt udviser en særlig tilbageholdenhed i sager om forholdet mellem stat og religion handler det som udgangspunkt om forhold i stater med en statskirke eller statskirkeligende ordning, som har rod i en lang historisk tradition. Det forekommer i lyset af de historiske omstændigheder tvivlsomt, om et tørklædeforbud på universiteterne i Tyrkiet er en så central del af den forfatningssikrede sekularisme, at det kan sidestilles med de rodfæstede statskirkeordninger.

12 Denli oplyser i den forbindelse det interessante faktum, at lovene vedrørende hovedbeklædning fra 1925 og 1934 – som EMD udtrykkeligt henviser til i afsnit 33 i storkammerafgørelsen – kun regulerede mænds hovedbeklædning.

13 Nogle ser tørklædernes fremkomst som en (mod)reaktion på den republikanske elites massive forsøg på statslig kontrol med og påvirkning af muslimsk religiøsitet og levemåde, jf. Denli, 2004, s. 505.

14 I skrivende stund har det tyrkiske parlament netop vedtaget at ophæve tørklædeforbuddet på universiteterne.

Efter min opfattelse bør kontrollen med EMRK's overholdelse i disse sager basere sig på en nuanceret målestok ud fra en vurdering af, hvor centralt det aktuelle spørgsmål er for den grundlæggende ordning af forholdet mellem staten og religionen i det pågældende land. Ellers har staterne jo mulighed for at smyge sig uden om konventionsforpligtelserne blot ved at henvise til, at sagen vedrører forholdet mellem religion og stat.

Et andet, beslægtet aspekt, kan imidlertid tale for en vid skønsmargin, nemlig hvis der er tale om indgreb på områder af særlig følsom karakter (Rytter 2006, s. 118 f). Parterne har ikke eksplicit procederet på netop dette aspekt, men det anvendes ofte som støtteargument for en vid skønsmargin i sager vedrørende religion og er derfor relevant at vurdere.<sup>15</sup>

I den forbindelse er det imidlertid værd at bemærke sig, at denne grundsætning hidtil primært har fundet anvendelse i sager vedrørende moralske eller etiske spørgsmål som for eksempel pornografi, blasfemi og retten til at kende sit biologiske ophav.<sup>16</sup> Ræsonnementet i en EMRK-sammenhæng synes at være, at sådanne etiske eller moralske spørgsmål kan have så følsomme og delvist irrationelle motiver, at det ikke er rimeligt at forvente en fælles tilslutning til den mest rettighedspositive udlægning.

I første omgang kan der imidlertid sættes spørgsmålstegn ved, om Sahin-sagen vitterligt har en sådan etisk eller moralsk karakter, at en særlig tilbageholdenhed er relevant. Der er ikke tale om en særlig hensyntagen til særlige religiøse følelser på bekostning af andre rettigheder, der er ikke tale om regulering af forhold vedrørende for eksempel seksualitet eller abort, og ej heller penible forhold vedrørende identitet, privatliv eller intimsfære.

Selv hvis man betragter tørklædespørgsmålet som et udtryk for etik eller moral, er der imidlertid grund til at hæfte sig ved, at rationalet bag grundsætningen om tilbageholdenhed ved moralske eller særligt følsomme spørgsmål har været, at der ved en udvikling hen imod en stadig mere progressiv eller rettighedspositiv udvikling må tages et vist hensyn til, at ikke alle lande på samme vis eller med samme hastighed følger denne udvikling.<sup>17</sup> Dette gælder f. eks. i sager vedrørende samfundets syn på seksualitet og abort.

15 Dette er selvfølgelig i særlig grad relevant, når jeg lige har påvist, at argumentet vedrørende den direkte sammenhæng med forholdet mellem staten og religionen ikke forekommer overbevisende.

16 I en dansk politisk sammenhæng kan disse sager sammenlignes med dem, hvor danske parlamentarikere ifølge fast tradition ikke er bundet af den sædvanlige partidisciplin ved afstemninger i folketingssalen. Denne »fritstillen« af medlemmerne ses i sager vedrørende bl.a. homoseksuelles rettigheder, fosterdiagnostik mv.

17 Se for en særlig illustrativ sag *Christine Goodwin v. United Kingdom* (2002) vedrørende anerkendelse af transseksuelle, hvor Storbritannien blev domfældt – efter flere forudgående fri-

Det er imidlertid værd at bemærke sig, at der for så vidt angår spørgsmålet om hovedtørklæder i uddannelsessystemet næppe er tale om en generel udvikling i retning af en mere progressiv eller rettighedspositiv udvikling, som Tyrkiet halter lidt bagefter. Tværtimod kan man se tendenser til stadig flere forbud i stadig flere lande. Leyla Sahin sagen har i den forbindelse formentlig selv været en medvirkende faktor til denne udvikling, fordi den har virket som en legitimering af disse indgreb i religionsfriheden (Anthony 2005, s. 59; Gökariksel – Mitchell 2005, s. 158.) Det er også på denne baggrund problematisk at retfærdiggøre en særlig vid skønsmargin i sagen om Leyla Sahin med henvisning til tilbageholdenhed ved moralske eller særligt følsomme spørgsmål.

Endelig er der forudsætningen om manglende europæisk konsensus på området for religiøse symboler på uddannelsesinstitutionerne, der er et vigtigt omdrejningspunkt for EMD's argumentation. Allerede den dissenterende dommer Tulkens anfører i storkammerafgørelsens dissens, at domstolens antagelser om den komparative ret efter hendes opfattelse er behæftet med en række svagheder, idet man ikke snævert forholder sig til spørgsmålet om forbud mod hovedtørklæder på universiteterne (storkammerafgørelsen, dissenting opinion of Judge Tulkens, afsnit 3).

Ser man nærmere på henvisningerne til den komparative ret, er det ganske rigtigt påfaldende, at den refererede retstilstand som udgangspunkt kun vedrører spørgsmålet om hovedtørklæder i grundskolen og på ungdomsuddannelserne, og ikke på universitetsniveau.<sup>18</sup> For det andet er det bemærkelsesværdigt, at det ikke kun er regler vedrørende elevs (studerendes) brug af hovedtørklæder, der inddrages som eksempelmateriale; man refererer også i et vist omfang sager vedrørende læreres brug af hovedtørklæder.

Selv med denne meget brede afgrænsning af relevant regulering er det komparative materiale temmelig spinkelt. Dette gælder i særlig grad for kammerafgørelsen, hvoraf det fremgår, at hovedtørklædet i de fleste lande enten slet ikke har givet anledning til nogen særlig debat eller generelt tillades for såvel elever som studerende (kammerafgørelsen afsnit 53-57). Det nævnes, at skolemyndighederne i den fransktalende del af Belgien kan vælge at forbyde hovedtørklæder i grundskolen – og at belgiske domstole har godkendt sådanne forbud – ligesom man henleder opmærksomheden på, at der i Frankrig i marts 2004 blev vedtaget et generelt tørklædeforbud gældende for alle statslige uddannelsesinstitutioner på grundskole- og gymnasieniveau. Der anføres imidlertid ingen lande som eksempler på eksistensen af tørklædeforbud for universitetsstuderende.

findelser for identiske forhold – fordi man nu ikke længere kunne halte efter den generelt rettighedspositive udvikling i de andre konventionsstater.

18 Dette forbehold fremhæves af EMD selv (afsnit 53 i kammerafgørelsen og afsnit 55 i storkammerafgørelsen), men man tillægger det så vidt ses ingen særlig betydning.

Storkammeret anvender – formentlig i erkendelse af behovet for øget underbygning af argumentationen – et noget mere udbygget materiale. Således anfører man faktisk landene Azerbajjan og Albanien (udover Tyrkiet selv) som eksempler på lande, der har indført regulering vedrørende brugen af hovedtørklæder på universiteterne. Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at storkammeret stopper her. Man foretager ikke nogen form for udbygning eller eksemplificering af forholdene i hhv. Azerbajjan og Albanien, og det er således umuligt at se, hvilken nærmere karakter reglerne har i disse lande, og under hvilke betingelser hovedtørklæderne forbydes (storkammerafgørelsen, afsnit 55).<sup>19</sup> Dette står i modsætning til redegørelsen for retstilstanden i andre europæiske lande, hvor der foretages en relativt grundig gennemgang.

Storkammerets generelt set udførlige gennemgang på baggrund af den brede afgrænsning af relevant materiale formår at skabe det indtryk, at der foreligger mange forskellige regler og afgørelser vedrørende problemstillingen om hovedtørklæder i skolerne. I tråd med det allerede anførte har redegørelsen imidlertid ikke meget at gøre med Leyla Sahins situation på universitetet i Istanbul. For eksempel refereres udførligt en sag fra England vedrørende en kvindelig skoleelev. Hun måtte godt bære det almindelige muslimske hovedtørklæde dækkende hår og hals, som var en integreret del af en af de type skoleuniformer, eleverne kunne vælge imellem. Hun stillede sig imidlertid ikke tilfreds med denne mulighed og insisterede på at bære jilhab – en heldækkende dragt. Ligeledes redegør storkammeret for, hvordan burkaen – den altdækkende dragt, som dækker hele ansigtet på nær et lille område rundt om øjnene – formentlig kan forbydes i skolerne i såvel Sverige og Holland.

Man inddrager således mange forskellige slags tørklæder, også sådanne som adskiller sig væsentligt fra det almindelige hovedtørklæde, og som kan være uhensigtsmæssige i skolesystemet af andre grunde (for en lignende kritik: Høstmælingen 2006, s. 9-10).

I lyset af disse aspekter kan det anføres, at indtrykket af en meget forskelligartet regulering i de europæiske lande er opnået på delvist forkert grundlag. Havde man skåret problemstillingen til og vurderet i hvilke lande det »almindelige« muslimske hovedtørklæde var forbudt på højere uddannelsesinstitutioner var man endt med et måtte udlede, at dette kun var tilfældet i Tyrkiet og måske i Azerbajjan og Albanien. Jeg er således enig med dommer Tulkens, når hun i dissensen anfører, at den europæiske praksis snarere kan ses som et udtryk for, at ingen af medlemsstaterne har ladet et eventuelt forbud mod religiøse symboler omfatte universitetsverdenen, som er befolket med unge voksne, der er mindre modtagelige over for pres.

19 Endvidere kunne man få den mistanke, at reguleringerne i de to nævnte lande er indført efter den første Sahin-dom fra 2004 som en direkte udløber af domstolens første frikendelse af Tyrkiet. Det ville naturligvis i givet fald være absurd at anvende dem som argumentationsgrundlag i storkammerafgørelsen.

Alt i alt kan det på denne baggrund konkluderes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols forudsætning om en vid skønsmargin for Tyrkiet i denne sag ikke er overbevisende og hviler på et meget usikkert grundlag.

## 5.2 Proportionalitetsvurderingen

Allerførst må erindres om selve kernen i enhver proportionalitetsvurdering; nemlig det at sammenholde de anvendte midler med konsekvenserne, eller med EMRK-terminologi: at sammenholde intensiteten af indgrebet med de opnåede fordele. I den forbindelse springer det i øjnene, at domstolen ikke på noget tidspunkt eksplicit forholder sig til, hvilke reelle konsekvenser indgrebet har for Leyla Sahin.

I mangel af direkte stillingtagen må vi prøve at ræsonnere os frem til svaret på spørgsmålet om, hvor indgribende det egentlig er for Leyla Sahin, at hun ikke må bære hovedtørklæde på universitetet længere. Det fremgår af sagen, at hun har gennemført 4½ år af sin uddannelse, at hun gerne vil fuldføre den, og at hun ender med at flytte til Østrig for at fortsætte studierne og få en lægeeksamen; alt sammen indicier på, at hun tager sin uddannelse alvorligt og vitterligt gerne vil have lægegeringen som sin levevej. Endvidere opfatter hun tilsyneladende hovedtørklædet som en så basal del af sin (religiøse) identitet, at hun er rede til at emigrere for at undgå at skulle gå barhovedet på universitetet.

Det udgør efter min opfattelse en væsentlig skærpelse af konsekvenserne for Sahin, at sagen ikke kun berører retten til religionsfrihed, men *også retten til uddannelse* (som er en i konventionen beskyttet rettighed, jf. TP 1, art. 2), og ikke mindst at dette dobbelte rettighedsaspekt gør sig gældende på en særlig måde.

Når der normalt er tale om overlappende rettigheder, er det fordi, de kan siges at supplere hinanden, altså når for eksempel et krav om en religiøs ed både kan siges at krænke religionsfriheden og ytringsfriheden, eller når et krav om statslig godkendelse af religiøse foreninger både kan siges at krænke religionsfriheden og foreningsfriheden, fordi godkendelseskravet er en forudsætning for kollektiv religionsudøvelse eller for, at organisationen kan blive en juridisk person. Dette medfører som udgangspunkt ikke andet, end at sagen principielt set både kan vurderes efter normerne for religionsfriheden og efter normerne for eksempelvis ytringsfriheden, således at der i teorien foreligger to muligheder for at statuere krænkelse af konventionen.<sup>20</sup> Situationerne betragtes som udgangspunkt isoleret, således at der altså ikke gives bonuseffekt, altså anlægges en skærpet vurdering, fordi flere rettigheder er involveret. Denne fremgangsmåde kan være helt på sin plads, når det gælder de

20 Ofte vil domstolen helt undlade at vurdere alle de berørte rettigheder, idet kun den mest relevante gøres til genstand for behandling. Se om denne absorption af påberåbte konventionsbestemmelser Lorenzen 2004, s. 44.

utallige situationer i gråzonen mellem forskellige konventionsrettigheder, hvor det kan være svært at afgøre, hvordan sagen bedst klassificeres.

Jeg mener imidlertid, at sagen om Leyla Sahin på vigtige punkter adskiller sig fra disse eksempler. Når tørklædeforbudet håndhæves over for Leyla Sahin, får hun ikke på én gang krænket retten til uddannelse kombineret med retten til religionsfrihed. Snarere er der tale om, at hun stilles over for et umuligt valg mellem at få krænket enten den ene eller den anden konventionsbeskyttede rettighed: *Enten* kan hun rette sig efter påbudene og ophøre med at bære hovedtørklæde på universitet; en adfærd der vil udgøre en krænkelse af hendes religionsfrihed. *Eller* hun kan vælge at følge sin religiøse overbevisning og fortsætte med at bære hovedtørklædet, hvilket vil betyde, at hun helt afskæres fra retten til en videregående uddannelse i Tyrkiet. Leyla Sahin står derfor i en umulig situation. Hun har ikke et reelt alternativ, hvilket normalt angives som afgørende i EMD's jurisprudens. Der er ikke tale om supplerende rettighedskrænkelser, men om kompletterende eller modstående. Hun kan ikke bevæge sig over i en sfære, hvorved rettighedskrænkelser helt undgås.<sup>21</sup>

Fraværet af alternativer gør på denne baggrund håndhævelsen af tørklædeforbudet over for Leyla Sahin særligt indgribende for hende, men EMD vurderer hverken det specifikke spørgsmål om eksistensen af eventuelle alternativer eller det generelle spørgsmål om indgrebets intensitet i præmisserne.<sup>22</sup>

Det andet væsentlige element i proportionalitetskravet er en vurdering af de opnåede fordele ved indgrebet i religionsfriheden, hvilket også er en integreret del af den traditionelle betingelse om, at indgrebet skal være egnet og nødvendigt, jf. ovenfor. Domstolen behandler da også dette tema relativt udførligt.

Det er imidlertid et gennemgående karakteristikum i EMD's behandling af sagen, at man har en *udpræget generel og abstrakt tilgang* til vurderingen af den tyrkiske stats behov for det konkrete indgreb i religionsfriheden. Når storkammeret således indledningsvist henviser til, *at* hovedhensynene bag indgrebet i Sahins religionsfrihed er principperne om lighed og sekularisme, *at* den tyrkiske udlægning af sekularisme-begrebet ikke kan anses for stridende mod konventionens underliggende prin-

21 Som illustration på den normale understregning af betydningen af alternativer i domstolens jurisprudens kan nævnes dommene *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Frankrig* (2000) og *Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen v. Danmark* (1976). I førstnævnte sag var det en afgørende præmis for EMD's frifindelse af den franske stat, at afslag på tilladelse til rituel slagtning ikke udelukkede, at kød slagtet på den religiøst foreskrevne måde kunne skaffes i Frankrig. Ligesom det i den sidstnævnte danske seksualundervisningssag var et vigtigt element for frifindelsen, at forældrene – hvis folkeskolens seksualundervisning var så vigtig for dem at undgå – i kraft af den danske friskoleordning havde rige muligheder for at finde en alternativ skole til deres børn.

22 Tættest på kommer storkammeret formentlig i afsnit 118, hvor det anføres, at praktiserende muslimske studerende inden for rammerne af institutionens ordensregler er frie til at manifestere deres religion i overensstemmelse med de muslimske adfærdsregler.

cipper, *at* sekularismen formentlig er en forudsætning for opretholdelsen af demokrati i Tyrkiet, og *at* adfærd, som ikke respekterer princippet om sekularisme ikke nødvendigvis er omfattet af art. 9, – så er det jo et udtryk for meget generelle udsagn.

Hvis vi igen vender os mod de centrale præmisser, er de konkrete formuleringer en god indikation på problemet. Domstolenes vurdering baserer sig på »the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, *may have* on those who choose not to wear it.« Og på baggrund af hensynet til andres rettigheder og opretholdelsen af den offentlige orden i et land som Tyrkiet konkluderes det, at »imposing limitations on freedom in this sphere *may*, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since, as the Turkish courts stated..., this religious symbol has taken on political significance in Turkey in recent years.« (mine fremhævninger)

Hovedbudskabet fra domstolen er således, at når man er iført et symbol som hovedtørklædet – som fremstår eller opfattes som et religiøst påbud – må man hæfte sig ved den indflydelse, som hovedtørklædet kan have på dem, der vælger ikke at bære det. Her siges altså intet om, hvorvidt Leyla Sahins konkrete brug af hovedtørklædet rent faktisk har påvirket eller været egnet til at påvirke andre på en utilbørlig måde.

Det samme gælder henvisningen til hensynet til beskyttelsen af andres friheder og rettigheder og opretholdelsen af den offentlige orden: Der foretages ingen konkret vurdering af, hvorvidt Leyla Sahins brug af tørklædet har udgjort et overgreb på andres friheder og rettigheder eller har udgjort en reel fare for den offentlige orden. Leyla Sahin har over for domstolen erklæret, at hun ikke havde nogen missionerende eller lignende hensigter med at bære hovedtørklæde, at hun ikke er imod hverken sekularisme eller demokrati, og at der ikke har opstået nogen form for uroligheder i forbindelse med hendes brug af tørklædet. Disse påstande blev ikke under proceduren modsagt af regeringen og må derfor som udgangspunkt lægges til grund for sagens pådømmelse. EMD forholder sig imidlertid ikke til dem.

Præmisserne giver i dette lys baggrund for følgende konklusion: Brugen af hovedtørklæde udgør en potentiel fare for, at andres rettigheder og friheder krænkes. I et land som Tyrkiet, hvor langt størstedelen af befolkningen anser kvinders rettigheder og en sekulær leveform for central, samtidigt med at de bekender sig til den muslimske tro, kan begrænsninger i religionsfriheden i form af forbud mod hovedtørklæder uden videre anses for at opfylde kravet om *a pressing social need*. Det er altså ikke nødvendigt for staten at dokumentere, at det konkrete indgreb over for Leyla Sahin rent faktisk var nødvendigt. Så længe hovedtørklædet kan anses som et religiøst symbol med politisk betydning, og så længe der i Tyrkiet eksisterer fundamentalistiske bevægelser, der ønsker at indføre et religiøst baseret samfund, så vil alle former for begrænsninger af brugen af hovedtørklædet være i orden. Det må

være konsekvensen af EMD's retsanvendelse. Enhver konkret fare- og nødvendighedstest er ophævet (Decker – Lloyd 2004, s. 67).

### 5.3 Antagelser vedrørende hovedtørklædet

Implicit i domstolens argumentation ligger således nogle interessante forudsætninger om hovedtørklædets signalværdi og dets sammenhæng med politisk islam.

Selv om storkammeret ikke direkte fremkommer med definitive udsagn om hovedtørklædets betydning, er præmisserne et udtryk for en relativt klar stillingtagen til spørgsmålet. For det første henviser man til afgørelsen i *Dablab v. Switzerland* med en formulering om, at

»the Court stressed among other matters the »powerful external symbol« which her wearing a headscarf represented and questioned whether it might have some kind of proselytising effect, seeing that it appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality. It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils.«

(Storkammerafgørelsen, afsnit 111)

Citatet fra *Dablab v. Switzerland* fremkommer i forbindelse med en redegørelse for de generelle principper for sagens afgørelse, men det får lov til at stå for sig selv, dvs. det hverken underbygges eller kommenteres. Det er på denne baggrund vanskeligt at udtale sig entydigt om betydningen af citatet, men den mest nærliggende udlægning er, at storkammeret dels tilslutter sig de citerede synspunkter om tørklædets signalværdi, dels mener, at de kan anvendes på den foreliggende sag.

Denne udlægning underbygges da også af de centrale præmissers udformning. Som nævnt i foregående afsnit indledes disse med en henvisning til betydningen af kvinders rettigheder og kønsligestilling i såvel det tyrkiske forfatningssystem som i det europæiske menneskerettighedssystem. Heller ikke disse sætninger uddybes eller kommenteres, men det udgør indledningen til og dermed forståelsesrammen for dommens konklusion. Domstolen vender endvidere tilbage til ligestillingsaspektet i slutningen af de centrale præmisser, nemlig med konstateringen af, at

»in such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn.«

(storkammerafgørelsen, afsnit 116)

Det siges ikke direkte, men fremgår alligevel tydeligt: Tørklædet er pålagt kvinder af en religiøs forskrift, der ikke kan forenes med principperne om kvinders rettigheder.

der og kønsligestilling. Tørklædet er intolerant, respekterer ikke andres rettigheder og repræsenterer ulighed og diskrimination.

Lignende implicitte forudsætninger gør sig gældende med hensyn til domstolens antagelser vedrørende tørklædets sammenhæng med politisk islam. Når domstolen således først fremhæver betydningen af tørklædets stigende politiske signifikans i Tyrkiet og herefter i lyset af dommen i *Refah Partisi and Others* understreger, at Tyrkiet har ret til at tage sine forholdsregler mod de ekstremistiske politiske bevægelser, som søger at omdanne samfundet til en stat baseret på religiøse forskrifter, så foretager man en klar kobling mellem hovedtørklædet og politisk og religiøs fundamentalisme. Ræsonnementet giver simpelthen kun mening, hvis kvinder med hovedtørklæder betragtes som katalysatorer for en udvikling hen imod afvikling af demokratiet.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at disse antagelser er både kontroversielle og problematiske (Marshall 2006, s. 459 ff). For det første er det omtvistet, om man i enhver forstand og under alle omstændigheder kan betragte hovedtørklædet som kvindeundertrykkende. Netop dette tema har været genstand for ivrig diskussion i feministisk teori (fx Winter 2006; Najmabadi 2006) og i samfundsdebatten i det hele taget, og meningene er meget delte. Også blandt muslimerne selv danner tørklædet grundlag for mange fortolkningsmuligheder (se fx Høstmælingen 2004; Berge – Manga 2006). Mange troende muslimer understreger, at de bærer hovedtørklædet af egen fri vilje og ikke er genstand for pres fra andre. Ligeledes opfatter nogle det som en frigørende påklædning, der tillader dem at deltage i samfundslivet på linie med mændene og for eksempel uddanne sig og arbejde og ikke være begrænset til et liv i hjemmet som hustru og mor. Andre lægger vægt på, at selve kravet om at skulle tildække sin kvindelighed og krop er et udtryk for en gammeldags og mandschauvinistisk opfattelse af, at kvinder ved deres blotte væsen frister mænds seksualitet. Og tilføjer, at mænd ikke er pålagt lignende påklædningskrav.

Det er således umuligt at udlede nogen fælles erkendelse af tørklædets betydning for principper om kvinders rettigheder og kønsligestilling. EMD har imidlertid valgt at skære igennem og fastslå, hvad der er den korrekte udlægning. Hermed har man samtidigt valgt at ignorere Leyla Sahins eget udsagn om tørklædets betydning for hende. Hun forventes at være pålagt at bære hovedtørklæde af andre, og tørklædets blotte tilstedeværelse anses som et udtryk for kvindeundertrykkende og diskriminerende budskaber.<sup>23</sup>

For det andet er den definitive sammenkobling mellem tørklædet og politisk islam diskutabel. Refah Partisi-dommen (analyseres af fx Koçak – Örucu 2003, s.

23 Situationen kan også betragtes på følgende vis: Domstolen har haft valget mellem at anlægge en konkret individorienteret tilgang og en mere abstrakt samfundsorienteret. Man har valgt den sidstnævnte, idet man har taget udgangspunkt i tørklædets betydning for universitetet og samfundet som sådan, jf. også Niewenhuis (2005) s. 503.

399-422; Olbourne 2003, s. 437-444) var et udtryk for, at forebyggende foranstaltninger over for et politisk parti kan godkendes alene på grundlag af relativt spinkle antagelser om, at partiet havde til hensigt at omdanne Tyrkiet til en fundamentalistisk stat baseret på sharia-lovgivning.<sup>24</sup> Men der forelå dog artikulerede udsagn imod sekularismen og de eksisterende retsprincipper fra en gruppe med en reel chance for vidtgående indflydelse på samfundsopbygningen. I Leyla Sahins tilfælde foreligger imidlertid ikke nogen form for dokumentation for, endsige underbygget mistanke om, at hendes påklædning udspringer af en udemokratisk politisk dagsorden. Ligeledes forekommer det usandsynligt, at hendes brug af hovedtørklæde på universitetet medfører en nærliggende risiko for Tyrkiets afskaffelse af demokratiet.

I lyset af det ovenfor nævnte om den manglende *konkrete* proportionalitetsvurdering synes konsekvenserne af dommen at være, at man ikke har ret til at bære hovedtørklæder, hvis man bor i et land, hvor yderligtgående muslimske grupper arbejder for at omforme samfundet til en religiøst baseret stat. Man identificeres i så fald uden videre med disse fundamentalistiske grupper og anses for at gå deres ærinde, selv hvis man som tørklædebærende muslim ikke sympatiserer med dem, ja måske endda tager afstand fra dem.

## 6 Vurdering af dommen og dens perspektiver

Leila Sahin-dommen er bemærkelsesværdig i flere forskellige henseender, og jeg skal nu prøve at sammenfatte nogle af de vigtigste perspektiver. Allerførst er det vigtigt at slå fast, at dommen i forhold til den traditionelle fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention udgør en *ny kurs* i domstolens jurisprudence.

For det første har man cementeret den meget skeptiske holdning til religiøse manifestationer i form af påklædning, som Karaduman-sagen var udtryk for, men man har anvendt den i en bredere kontekst og dermed udstyret den med langt viderrækkende konsekvenser. Derudover har man konsolideret Dahlab-sagens meget kategoriske udsagn om tørklædets signalværdi, og man har ladet disse synspunkter finde anvendelse ikke blot på lærerinders fremtoning i forhold til meget små elever, men også på voksne universitetsstuderendes fremtoning over for medstuderende. Endelig har man udvidet Refah Partisi-sagens adgang til at tage forholdsregler over for sekularisme-fjendtlige politiske partier til også at gælde enkeltstående kvindelige

24 Spinkle i forhold til f.eks. de traditionelle danske beviskrav i forbindelse med grundlovens bestemmelser om foreninger med et ulovligt formål (Rytter 2006, s. 341) og set i lyset af det faktum, at Refah Partisis udemokratiske hensigter alene blev baseret på partiets program kombineret med nogle udtalelser fra fremtrædende partimedlemmer, som partiets ledelse ikke udtrykkeligt havde taget afstand fra.

studerende, som ikke har tilkendegivet noget direkte eller indirekte ønske om at afskaffe det eksisterende demokratiske samfund.

Denne skærpelse af linien fra de hidtidige domme er kombineret med en ændret kurs i mere generelle fortolkningsspørgsmål. For eksempel har man opereret med en uhørt vid skønsmargin i sagen, selv om den ikke vedrører et særlig følsomt moralsk eller etisk spørgsmål, og selv om der ikke forekommer så divergerende retsopfattelser vedrørende spørgsmålet i de europæiske lande, som domstolen gerne vil have det til at se ud til. Selv henvisningen til, at domstolen skal udvise særlig tilbageholdenhed på grund af sagens sammenhæng med forholdet mellem staten og religionen, virker ikke uden videre overbevisende. I hvert fald ikke, når tørklædeforbud på universiteterne ved nærmere eftersyn ikke kan anses for en uomgængelig følge af sekularismeprincippet. Endelig er der i denne sag ikke tale om, at enkelte lande halter lidt bagefter en generel progressiv og rettighedspositiv udvikling, som er i gang i de øvrige lande. Tværtimod bliver dommen i sig selv ledende og legitimerende for udviklingen i andre lande mod en mere rettighedsnegativ retstilstand – hvilket vel må siges at stå i diametral modsætning til domstolens *raison d'être*.

Det *rettighedsnegative* aspekt kommer også til udtryk derved, at proportionalitetsvurderingen ikke synes at forholde sig til eller tage hensyn til indgrebets høje grad af intensitet for det involverede individ, ligesom aspektet vedrørende manglen på alternativer ikke er taget i betragtning. De eneste ansatser til en reel proportionalitetsvurdering koncentrerer sig om det formelle aspekt (beslutningsprocessen på universitetet) frem for det substantielle, og bemærkningen om, at man ikke ganske kan tømme institutionens interne regler for indhold synes at indebære, at bare reglernes anvendelsesområde er tilstrækkeligt snævert, kan de ikke underkendes. Det mest markante eksempel på domstolens rettighedsnegative retsanvendelse knytter sig imidlertid til det faktum, at der ikke foretages en konkret vurdering af sandsynligheden for, at Leila Sahins brug af hovedtørklædet har udgjort en trussel mod andres rettigheder og den offentlige orden og kan ses som udtryk for en demokratifjendtlig tilkendegivelse. Nødvendighedstestens traditionelle krav om, at indgrebet skal imødegå et »pressing social need«, og at det skal være »proportionate to the aims pursued« er tilsyneladende ophævet, når det gælder religiøse manifestationer i Tyrkiet.

På baggrund af Leila Sahin-dommen fristes man til at rejse det spørgsmål, om religionsfriheden i EMRK art. 9 i virkeligheden primært beskytter retten til at være fri for religion frem for retten til at være religiøs. I hvert fald har man prioriteret flertallets potentielle mishag ved religiøse manifestationer højere end individets religiøse behov. En sådan udvikling stemmer ikke umiddelbart overens med domstolens egne tilkendegivelser om vigtigheden af netop religionsfriheden for den enkel-

tes personlige integritet, men er måske i overensstemmelse med en generelt mere religionsfjendtlig (eller sekularismevenlig) diskurs i de europæiske lande.<sup>25</sup>

Udviklingen bliver blot mere problematisk derved, at en nærmere analyse godt kan efterlade det indtryk, at der i virkeligheden er tale om en favorisering af ikke blot sekularismen, men lige så vel mainstream-kristendommen.<sup>26</sup> I hvert fald indebærer afgørelsens underkendelse af betydningen af hovedtørklædet som religiøs praksis, at den mere indadvendte private trosudøvelse, som må siges at være kendetegnende for den kristne tro, favoriseres frem for mere praksisorienterede religioner.

Dette indtryk bestyrkes, når man sammenligner med de omdiskuterede græske proselytismesager. I sagen *Kokkinakis v. Greece* (1993) blev den græske stats sanktioner mod en missionerende fra Jehovas vidner underkendt af EMD som stridende mod art. 9, idet man blandt andet anførte, at der måtte sondres mellem acceptabel og utilbørlig påvirkning. Det er fristende at se denne afgørelses anerkendelse af legitimiteten af missionsvirksomhed som knyttet til det faktum, at missionsvirksomhed er en religiøs praksis man som kristen er mere fortrolig med. I Sahin-sagen er der ikke – som tilfældet er ved missionsvirksomhed – tale om et åbenlyst forsøg på at lægge pres på andre, men om en stille ydre religiøst inspireret påklædning. Alligevel bedømmes Sahins adfærd strengere. Når EMD i Kokkinakis-sagen er ekstra opmærksom på religiøse minoriteters rettigheder, fordi den græsk-ortodokse kirke har en særlig status og som sådan favoriseres af staten, bør en lignende argumentation efter min opfattelse gøre sig gældende i Sahin-sagen, fordi sekularismen har en særlig status og som sådan favoriseres af staten. Her er det ikke nødvendigvis minoriteter tilhørende helt andre religioner, der er i fare for at blive diskrimineret, men snarere visse religiøse minoriteter inden for majoritetsreligionen islam – nemlig dem, hvis religiøsitet afskærer dem fra at tilslutte sig forbuddet mod religiøse manifestationer i det offentlige rum.

Ved de meget kategoriske udsagn om tørklædets signalværdi og den tydelige modvilje mod at tillægge de konkrete omstændigheder og Sahins udsagn nogen særlig betydning, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol praktiseret en temmelig umyndiggørende fortolkningsstil. Man har anset sig fuldt ud i stand til at udtale, at det muslimske hovedtørklæde er i modstrid med grundlæggende demokratiske værdier, at det har en missionerende effekt i kraft af sin evne til at påvirke andre, og at det strider afgørende mod princippet om sekularisme. EMD har så vidt vides ingen særlig sagkundskab på området og har tilsyneladende ikke benyttet sig

25 Plesner betegner tendensen som »secular fundamentalism« eller »fundamentalist secularism« (Plesner 2005). Se for så vidt angår eksempler fra den danske debat fx Olsen 2005, s. 124 ff; Jarlner – Jerichow 2005.

26 Allerede før Leila Sahin-dommen har den generelle retspraksis vedrørende EMRK art. 9 kunnet udlægges på denne vis (Evans 2001, s. 132). For en lignende kritik: Guerreiro 2005.

af ekspertudsagn til brug for en vurdering af disse vanskelige spørgsmål.<sup>27</sup> Ikke desto mindre holder man sig ikke tilbage fra at erstatte individets konkrete udsagn med sine egne vurderinger. Det underliggende budskab synes at være, at selv om det konkrete individ ikke opfatter tørklædet som hverken kvindeundertrykkende, missionerende eller som et angreb mod den demokratiske sekulære stat, så ved domstolen bedre!

Det er tankevækkende at være vidne til en så umyndiggørende fortolkningsstil ved et domstolsorgan, som er skabt til at værne individets rettigheder. Man sidder tilbage med en fornemmelse af, at EMD er på vej til at udvikle en meget restriktiv retspraksis vedrørende religionsfriheden – i hvert fald når det gælder religiøse manifestationer, som er uvante i en traditionel kristen tradition, og i særdeleshed når det gælder islam (Decker – Lloyd 2004, s. 678). Man forkaster hermed grundlæggende principper som f.eks. den dynamiske fortolkningsstil og princippet om en reel og effektiv rettighedsbeskyttelse. Noget tyder på, at denne rettighedsnegative og restriktive fortolkningsstil (foreløbigt) kun finder anvendelse i relation til religionsfriheden i EMRK art. 9,<sup>28</sup> hvilket i sig selv er paradoksalt.<sup>29</sup>

## 7 Afslutning

I lyset af de forskellige problematiske aspekter ved afgørelsen i Leyla Sahin v. Turkey, som ovenstående analyse har fremdraget, skal det blive spændende at følge den fremtidige praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende religionsfrihed og religiøse symboler i skolerne. Særligt interessant bliver det at vurdere, hvorvidt den rettighedsnegative, religionsfjendtlige kurs er kommet for at blive, og om den omfatter alle religiøse symboler, eller kun tilkendegivelser knyttet til islam.

27 Den meget selvbevidste approach i religionssager er blevet kritiseret af Caroyne Evans, der særligt har hæftet sig ved, at EMD har set sig fuldt ud i stand til at vurdere andre religioner og deres forskellige retninger og nærmere indhold, jf. Evans 2001, s. 132. Se for en lignende kritik Plesner 2005, s. 9.

28 Det er således af flere påpeget, at der synes at være et misforhold mellem retsstillingen fsva. demokratifjendtlige ytringer, jf. EMRK art. 10, sammenlignet med demokratifjendtlige religiøse manifestationer. Se bla. Tulkens dissens i Leyla Sahin, sect. 9 (som særligt refererer til sagen *Gündüz v. Turkey* (2003), hvor der blev statueret krænkelse af konventionens art. 10, idet en muslimsk religiøs leder var blevet idømt en straf på grund af en voldsom kritik af det sekulære regime) og Høstmælingen 2005, s. 16 ff.

29 Man kan således med rette spørge, hvorfor udtrykkelig kritik af det sekulære demokratiske system betragtes mildere end det muslimske hovedtørklæde, der kun på indirekte vis og på et relativt spinkelt grundlag kan siges at udgøre en kritik af det sekulære demokratiske samfund.

Foreløbigt kan man i en nordisk sammenhæng pointere, at afgørelsen formentlig har en relativt begrænset præcedensvirkning, idet der flere gange i præmisserne udtrykkeligt henvises til de specielle tyrkiske forhold (Decker – Lloyd 2004, s. 677; Høstmælingen 2005, s. 24 ff). Særligt i Norden, hvor samfundet ikke er baseret på et sekularismeprincip fastsat i forfatningen, og hvor demokratiet som statsform hverken er skrøbeligt eller i umiddelbar fare på grund af truslen fra ekstremistiske religiøse bevægelser, er den direkte betydning formentlig begrænset.

Mere vidtrækkende konsekvenser får formentlig de mere principielle antagelser om hovedtørklædet, der som udgangspunkt – ifølge EMD – kan betragtes som udtryk for kvindeundertrykkelse, intolerance, diskrimination og en bestræbelse på at afvikle demokratiet. Hermed har domstolen foretaget en kontroversiel fortolkning af en vigtig muslimsk religiøs praksis, der kan få vidtgående følger for diskussionerne om integration, pluralisme og religionens rolle i det offentlige rum.

## Referencer

- Adhar, Rex og Ian Leigh. *Religious Freedom in the Liberal State*, 2005.
- Anthony, Gordon. »Public Law, Pluralism, and Religion in Europe: Accommodating the Challenge of Globalisation«, s. 47-73, *European Review of Public Law* vol. 17, no.1, 2005.
- Berge, Elin og Edda Manga. *Slöjor*, Stockholm: Bokförlaget Atlas, 2006.
- Decker, D. Christopher og Marnie Lloyd. »Case Analysis: Leyla Sahin v Turkey«, s. 672-678, *European Human Rights Law Review*, Issue 6, 2004.
- Denli, Özlem. »The Head-Cover Controversy in Contemporary Turkey«, s. 497-511, Lindholm, Durham og Tahzib-Lie (red), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Evans, Carolyn. *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001.
- Gökariksel, Banu og Katharyne Mitchell. »Veiling, secularism and the neoliberal subject: national narratives and supranational desires in Turkey and France«, s. 147-165, *Global Networks* 5, 2, 2005.
- Guerreiro, Sara. »Symbols of God. Expression of Liberty or Divine Imposition«, s. 601-621, *European Review of Public Law* vol. 17. 2005.
- Harris, O'Boyle og Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths Tolley, 1995.
- Høstmælingen, Njål. *Hijab i Norge – trussel eller menneskeret?*, Oslo: Abstrakt Forlag, 2004.
- Høstmælingen, Njål. »Hijab in Strasbourg: Clear Conclusions, unclear reasoning«, paper offentliggjort på internetadressen: [www.strasbourgconference.org/papers](http://www.strasbourgconference.org/papers), 2005.
- Jacobs & White: *The European Convention on Human Rights*, fourth edition, Oxford University Press, 2006.
- Jarlner, Michael og Anders Jerichow. *Grænser for Gud*, København: Gyldendal, 2005.
- Koçak, Mustafa og Esin Örcü: »Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Court of Human Rights«, s. 399-422, *European Public Law*, Volume 9, Issue 3, 2003.

- Lorenzen, Per (m.fl.): *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer (art 1-10)*, 2. udgave, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Marshall, Jill. »Freedom of Religious Expression and Gender Equality: Sahin v Turkey«, s. 452-461, *The Modern Law Review* 2006.
- Martinez-Torron, Javier. »The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief: The European Convention on Human Rights«, s. 1-40, *Global Jurist Advances*, volume 3, issue 2, 2003.
- Nieuwenhuis, Aernout. »Case Note (European Court of Human Rights): State and Religion, Schools and Scarves, An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98«, s. 495-510, *European Constitutional Law Review*, 1 2005.
- Najmabadi, Afsaneh. »Gender and Secularism of Modernity: How can a Muslim Woman Be French?«, s. 239-255, *Feminist Studies* vol. 32, issue 2, 2006.
- Olbourne, Ben. »Refah Partisi (The Welfare Party) v Turkey«, s. 437-444, *European Human Rights Law Review*, issue 4, 2003.
- Olsen, Henrik Palmer. »Religionsfrihed: En forældet og overflødig menneskeret?«, s. 124-135, *Juristen*, nr. 4, 2005.
- Plesner, Ingvill Thorson. The European Court on Human Rights between fundamentalist and liberal secularism, paper for the seminar on »The Islamic headscarf Controversy and the future of Freedom of Religion or Belief«, paper offentliggjort på internetadressen: [www.strasbourgconference.org/papers](http://www.strasbourgconference.org/papers), 2005.
- Rytter, Jens Elo. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, 2. udgave, København: Forlaget Thomson, 2006.
- van Dijk, van Hoof, van Rijn og Zwaak. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, fourth edition, Antwerpen, Oxford: Intersentia, 2006.
- Winter, Bronwyn. »Secularism aboard the Titanic: Feminists and the Debate over the Hijab in France«, s. 279-298, *Feminist Studies*, vol. 32, issue 2, 2006.

# Rättsekonomin ur juridisk synvinkel

AV JUHA TOLONEN

The article analyses the relation between the Law and Economics. Economic arguments are used both in legislative activity and individual Court decision. Therefore the question of reliability of economic arguments is important.

Analysing textbooks of so called main stream Economics reveals, however, that there are in Micro- and Macroeconomics conflicting doctrines. One cannot get any consistent view out of Economics. An example: On the one side Microeconomics recommends market mechanism as an effective device for economic activities, on the other side, however, it admits that there are in economic life so called market failures when the market does not function in an adequate way. There is no one economic truth which could be put as cornerstone in legislative or Court decisions.

Keywords: Rättsekonomi, ekonomiska doktriner, mikro- og makroekonomi, tillväxtteorier, Chicago-skolan

## 1 Inledning

Under senaste 10-15 års tid har rättsekonomin (Law and Economics) varit en central bakgrund i rättslig forskning och i synnerhet inom privaträtt. Man kunde kanske säga att den har blivit dominerande paradig i handels- och förmögenhetsrätten. Rättsekonomin har åsidosatt, åtminstone i Finland, den sociala civilrätten med välfärdstänkandet. Som en ny lära har särskilt yngre forskare varit fascinerade därav, vilket i Finland kommer till uttryck i doktorsavhandlingar. De har ganska ofta rättsekonomin som utgångspunkt. Särskilt i handelsrätt har detta varit fallet.

Rättsekonomin är som begrepp ganska vagt definierad. Det torde dock vara berättigat att karakterisera rättsekonomin som en lära, där rätten och rättsliga problem analyseras ur den ekonomiska doktrinens synvinkel. I denna bemärkelse är rättsekonomin en ganska mångfasetterad företeelse. Det finns nämligen många olika ekonomiska doktriner. Vi har till exempel den institutionella ekonomin som Douglas North representerar och Law and Economics tänkandet i Chicago, vars mest kända representant är R. Coase.<sup>1</sup> Man får dock inte glömma bort den tyska

1 Coase R.H, Law and Economics in Chicago, Journal of Law and Economics, 1993 s. 239-253.

historiska skolan i nationalekonomin. Den var mycket intresserad av ekonomiska institutioner och lagar. Hit hör till exempel sådana klassiska namn som Schmoller, von Brentano, A. Wagner och W. Roschier. Namn som Sombart, Max Weber och Karl Marx bör också nämnas i detta sammanhang.<sup>2</sup> Den klassiska institutionella ekonomin, vars klassiker är Commons and Veblen, var samtidigt ganska stark också i USA

Alla dessa klassiker var intresserade av lagar och deras utveckling, De analyserades ur ekonomiskt perspektiv. Icke desto mindre har de fallit mer eller mindre i glömska. Ingen har dock påstått att deras argumentation inte är relevant. De är bara åsidosatta för att de hör till historien. Nuvarande »economics« är inte alls intresserad av dess förhistoria. Den allmänna åsikten bland nationalekonomerna är att nu gällande doktriner och doktrinhistoria är två skilda saker. Att vara expert på området »economics« förutsätter inte kännedom av doktrinhistoria. I denna övertygelse upprepar vetenskapen »nationalekonomi«(economics) den allmänna moderna tron på att vetenskapen hela tiden utvecklas till en allt högre nivå och historien är icke relevant för dagens vetenskap.

Den gällande rättsekonomin, som man möter i juridiska sammanhang är närmast baserad på Chicago – skolans nyklassiska teori<sup>3</sup>. Det är värt att notera att doktrinen har närmast utvecklats av representanter av »economics« och inte av jurister. Rättsekonomin analyserar rätten och rättsliga problem ur den ekonomiska doktrinen synvinkel. »Law and Economics« är dock inte bara analys, utan innehåller också en stark normativ ingrediens. Ur rättsekonomisk analys följer nämligen starka rekommendationer hur lagstiftningen borde utvecklas och konkreta rättsfall lösas.<sup>4</sup> Här kommer klart till uttryck tanken inom rättsekonomin om att den ekonomiska doktrinen är samhällets grund som kan tillämpas på olika områden och speciellt i lagstiftningen och juridiken i dess olika former. Samma tankegång, förbigående sagt, gäller också politologi. Den kommer till uttryck i teorin »public choice«, där man antar att politiska beslut kan fattas med hjälp av ekonomiska kalkyler.

*Denna tankegång som är ganska allmänt godkänd idag kan dock tänkas om. Vi kan ju sätta de ekonomiska doktriner under granskning ur juridikens eller politologins synvinkel. I rättsekonomin är juridiken forskningens föremål (objekt) och rättsekonomin dess subjekt. Men man kan vända om detta förhållande och underkasta rättsekonomin (eller ekonomisk vetenskap i allmänhet) till forskningens objekt och undersöka den ur rättsvetenskaplig (eller politologisk) synvinkel. Detta är syftet följande framställning.*

2 Pearson, Heath, Origin of Law and Economics, New Science of Law 1830- 1930, Cambridge Universsity Press, 1997.

3 En typisk representativ lärobok på området är Cooter, Robert – Ulen, Thomas, Law and Economics, Adison – Wesley Longman Inc, 2000.

4 Se Coase, R. H, op. cit. s. 246- 25.

För att komma till denna position måste man först definiera, vad vi avser med begreppet rättsvetenskap i ovan beskriven konstellation. »Normal juridik« kan inte alls bedöma eller värdera ekonomiska doktriner. Detta följer av de utgångspunkter som normaljuridiken har. Den bärande tanken i dagens juridik är nämligen rättens (och rättsvetenskapens) autonomi. Rätten har i enlighet med denna uppfattning sitt eget område där dess egen logik gäller. Detta innebär att diskussionen över juridikens fackgräns är både onödig och omöjlig. Ekonomiska doktriner och tankar framför uppfattningar om den so kallade realvärlden. Juridiken både som teori, lagberedning och domstolspraxis tar denna expertis som given. Inom juridiken ifrågasätter man den expertisen inte. Envar som har deltagit till juridiskt beslutsfattandet, borde dock veta att uppfattningar om verkligheten, är allt annat än entydiga. Om vi tar till exempel upp gamla lagberedningsarbeten eller domstolsbeslut, kan man lätt konstatera hur relativt expertisen har varit och är. Den så kallade sanningen till ex. inom ekonomin, miljövård, kriminologi osv. har alltid varit bunden vid sin tid (tidsandan). Därför är också dagens bästa expertisen inom ekonomin underkastad samma lag. Sanningarna är i den bemärkelse alltid en funktion av tid. Förnuftig juridisk beslutsfattandet borde ta detta i beaktande.

I det följande betraktas de ekonomiska läroarna (på engelska: economics) ur dessa synvinklar.

## 2 »Economics« som föremål för rättsvetenskaplig analys; utgångspunkter

När vi börjar analysera den akademiska disciplinen »economics« ur juridiskt perspektiv, bör man först lokalisera de punkter där rättsligt och ekonomiskt tänkande möts. Dessa punkter är två. Ekonomiska argument har sin verkan i lagberedningen. Man behöver bara läsa regeringens propositioner till Riksdagen för ny lagstiftning för att inse detta. I synnerhet innehåller allmänna motiv för ny lagstiftning ofta ekonomiska argument.

Den andra beröringspunkt är rätts- och förvaltningspraxis. Beslutens motiv eller parternas skrivelser innehåller ganska ofta ekonomiska argument. De rättsliga besluten består av två delar. För det första har besluten att ta ställning till verkligheten. Vad har hänt och hur omständigheterna i fråga bör beskrivas. Sedan kommer den juridiska frågan upp: Vilken norm bör tillämpas och på vilket sätt. Var och en som har varit med i juridiska eller administrativa beslutsfattanden är medveten om att den förra delen (eskrivningen av verkligheten) är oftast den mest väsentliga.

Då vi till exempel tänker på konkurrensrättsliga avgöranden i Konkurrensverket eller EGs konkurrensdepartement är det ovarsagda alldeles uppenbart. Frågor om tillräcklig konkurrens i kartellagstiftningen och normer gällande företagsköp eller den relevanta marknaden vid bedömning av företagets dominerande ställning är de

centrala vid beslutstättandet. Efter att beslutsfattande organ har tagit ställning till fakta(verkligheten), är den juridiska delen i beslutsfattandet ofta ganska enkel. På samma sätt kan vi konstatera att intresseavvägning i beslutsfattandet inom miljörätten hör också till till faktabedömning. Detta gäller till exempel beslutet av vattendragreglering för produktionen av energi. Egendomens »verkliga värde« i expropriationen av fast egendom är också en faktabedömning.

Sammanfattningsvis kan vi alltså konstatera att faktabeskrivningen är oftast den viktigaste delen av juridiskt eller administrativt beslutsfattandet. Densamma gäller i lagstifningsarbetet. Lagstiftningen baserar sig alltid till en viss verklighetssyn. Ganska ofta är här den ekonomiska expertisen mycket viktig. **Frågan om ekonomiska expertisens så kallad objektivitet är härvid mer en berättigad. Kan vi lita på ekonomiska expertis ? Detta problem granskas närmare i det följande.**

### 3 Ekonomin (Economics) som akademisk disciplin

#### 3.1 Inledande synpunkter

Ekonomiska doktriner är av många olika slag och betonar olika aspekter ock frågeställningar. Det finns dock i olika historiska sammanhang en som kan sägas vara rådande. På engelska använder man termen »main stream economics«. De flesta läroböckerna representerar »main stream«. I denna framställning analyseras just idag rådande akademisk doktrin..

Vid sidan av akademiska doktriner har vi den praktisk- ekonomiska diskussionen. Det är skäl att göra en skillnad mellan den teoretiska och den praktiska nivån. Alla de principiella argument som tas i bruk i praktisk debatt har sin utgångspunkt inom teorin. Skillnaden är den att vanligen ekonomiskt teori används på ett ensidigt och ett dogmatiskt sätt i praktiken. Man läser nationalekonomins böcker för att finna argument till sina egna mål och försummar att ta upp de aspekter som strider mot dessa.

Som föremål för närmare granskning i denna framställning används följande läroböcker:

Sloman, John, Economics, 1999

Parkin, Powell, Matthews, Economics, 2005

Case, Karl – Fair, Ray – Gärtner, Manfred – Heather, Ken : Economics 1999.

Alla dessa böcker kan säga representera »main stream economics« dock med vissa variationer. Vi fäster uppmärksamheten dock närmast till det gemensamma grundargument i dessa böcker. Dessa argument uttrycker klart det som kan antas vara den ekonomiska expertisen i dag.

### 3.2 Läroböckernas innehåll

När man studerar läroböcker i nationalekonomin (economics), kan man lätt konstatera att i dessa läroböcker finns tre olika »berättelser«:

- mikroekonomi (microeconomics)
- makroekonomi; teorin om ekonomiska konjunkturer
- makroekonomin: teorin om ekonomisk tillväxt.

Dessa berättelser är inte i alla delar konsistenta utan de gömmer vissa motstridigheter.

#### 3.2.1 Mikroekonomin (*microeconomics*)

Denna lära, som historiskt sett är den äldsta, koncentrerar sig att beskriva ekonomiska enheters och konsumentens beteende och dess logik. Utgångspunkten här är att varje konsument strävar till att optimera sin egen välfärd och att företag har som mål att maximera sin vinst. Konsumentens beteende bestäms av hans/hennes behovshierarki. Den uppenbarar sig i aggregerad form som kurva av efterfrågan på produkten i fråga. Den framställs som en funktion mellan prisnivån och efterfrågans storlek.

Företagen å sin sida kan inte i en effektiv konkurrenssituation påverka prisbildningen utan måste anpassa sig till de priser som marknaden bestämmer. Deras möjligheter att maximera vinst är beroende av att kunna minimera kostnader per producerad vara eller tjänst. Enskilda företagen kan dock inte påverka lönerna. De bestäms centralt genom kollektiva avtal. Samtidigt är kapitalens pris (ränta) utanför enskilda företags påverkningsmöjlighet. Detsamma gäller angående pris på land (jordränta) och naturresurser. Det som återstår för ett enskilt företag är rationalisering och effektivisering av sitt verksamhet. Detta betyder att man optimerar arbetsfördelningen och på bästa möjliga sätt utnyttjar skalekonomins (economies of scale) fördelar. Med andra ord baserar sig hela mikroekonomins logik i effektiv konkurrenssituation på Adam Smith's läror såsom de har framförts i hans klassiska bok »An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776.<sup>5</sup>

I aggregerad form uppenbarar sig företagens produktionsvolym som en funktion av produktionsfaktorernas pris. Produktionsfaktorernas (fastigheter, naturresurser, kapital och arbetskraft) anbud och efterfråga bestämmer deras priser. De utgör företagens kostnader, som varje företag måste ta givna i en effektiv konkurrenssituation. I dessa marknader är företagen de som ställer efterfrågan och ägare av land och naturresurser, arbetstagare och säljare av kapital (banker, kapitalsparare osv)

5 Bokean har återtryckt till exempel i boken Andrew Skinner(ed.) Adam Smith, The Wealth of Nations 1970.

bestämmer anbud. Företagens efterfråga på produktionsfaktorer är beroende av åtgång deras produkter har och priserna. Priserna på produktionsfaktorerna balanserar anbudet och efterfrågan. Lönernas storlek är funktionellt beroende av efterfråga och anbud av arbetskraft. Kapitalets pris (ränta) å sin sida bestämmer anbud och efterfråga av kapital och fastigheters pris påverkar anbud och efterfråga av fastigheter.

Enskilda produkters och produktionsfaktorers anbud och efterfråga utgör tillsammans marknadsmekanismen. Den traditionella tanken, sedan Adam Smith, har varit att ju friare marknadsmekanismen är desto effektivare fungerar den på ett optimalt sätt. Friheten i detta sammanhang innebär att:

- ingen ekonomisk subjekt kan påverka priserna på marknaden. Marknaden bö vara för alla någonting given dit måste anpassas. Detta kan också uttryckas så att ingen har ekonomisk makt över marknaden
- Den utomekonomiska faktorer, till exempel den offentliga makten, bör inte inblanda sig i marknadsmekanismens gång. Dock är det befogat att staten förverkligar effektiv konkurrens politik för att hindra den ekonomisk agenternas möjliga maktmissbruk och allt slags strävan att monopolisera marknaden. Dessutom är det nödvändigt att staten upprätthåller rättsordning så att allas rättigheter respekteras på jämlika grunder.

Detta ideala läge kallas fullständig konkurrens (perfect competition). I sådana förhållanden förutsätts marknadsmekanismen vara effektivt självstyrande (Adam Smith: the invisible hand). Anbudet och efterfrågan blir balanserade genom prisbildningen i alla delar av marknaden från produktionsfaktorer till färdiga produkter. Den situationen där detta gäller överallt, är ekonomiskt sett optimal. Den kallas »Pareto optimum«. Det bör påpekas att nationalekonomins läroböcker definierar den ekonomiska effektiviteten bara i sådana ideala förhållanden.<sup>6</sup> Effektiviteten betyder här hela samhällets ekonomiska effektivitet. Alla avvikelser från detta läge betyder att någon har ekonomisk makt att tillskans sig ekonomiska förmåner på andras bekostnad.

Detta förhållande är sakligt sett detsamma som marknad, där transaktionskostnaderna är lika med noll. (Coases theorem)<sup>7</sup> Med transaktionskostnaderna menas kostnaderna som avtalet och dess förverkligande medför. En av centrala orsakerna till dessa kostnader är osäkerheten gällande framtiden. I den ideala omgivningen som kallas »perfect competition« är dessa riskfaktorerna uteslutna. Envar kunde få lån från banken på normalränta och skaffa sig egendom i enlighet med ens vilja.

6 Cooter, Robert- Ulen, Thomas, Law and Economics, 2000, s. 10- 12, Sloman, John, Economics, 1999, s. 171- 175.

7 Cooter- Ulen, op.cit. s. 82- 87.

Banken kan förutse att lånen kommer att återbetalas i sinom tid. Egendomens fördelning mellan människorna hade i detta idealfall ingen betydelse. Marknaden skulle utjämna effektivt ekonomiska olikheterna mellan människorna. Den fria marknadsmekanismen i den ovan beskrivna betydelsen är inte bara ekonomiskt optimal utan också ett rättvist system. Varje människa skulle verkligen vara sin egen lyckas smed.

Om vi antar att den fullständiga konkurrensens idealbild är nära verkligheten är följande slutsatser berättigade:

a. Optimal arbetsfördelning och utnyttjandet av skalekonomin (economies of scale) är den viktigaste interna faktor för att förbättra ekonomin. Skalekonomin är dess bättre ju djupare är arbetsfördelningen. Det kan förverkligas genom att utvidga marknaden. Om vi tänker ekonomin på den nationella -, europeiska – och globala nivån är det alldeles uppenbart, att detta är verkligen sant . Våra empiriska förnimmelser idag bekräftar detta. Alltså strävan till en global marknad är enligt denna mikroekonomiska doktrin befogat.

b. Det är rationellt att befrämja marknadsmekanismens ovan beskrivna frihet. Den offentliga maktens inblandning på marknaden i andra än ovan sagda fall (förhindrandet av monopolisering och upprätthållandet av den fria marknadsekonomis rättsliga villkor) är inte befogad. Andra motiv än rent ekonomiska blir nämligen kännbara. Politiken innehåller sin egen rationalitet som avviker från det ekonomiskt rationella. Rent ekonomiskt sett politisk maktanvändning gör marknaden oeffektiv. Enligt mikroekonomin borde också statens och kommunernas ekonomiska verksamhet privatiseras så långt som möjligt. Arbetsfördelningen och skalekonomin skulle då leda till ekonomiskt sett bättre resultat än statens och kommunernas egen aktivitet.

Om antagandet att fullständig konkurrens (perfect competition), som är en idealisering, är tillräckligt nära det reala ekonomiska livet<sup>8</sup>, punkter a-b följer logiskt. De är då riktgivande för den ekonomiska politiken. Vi kan bara betrakta de skandinaviska ländernas ekonomiska politik för närvarande för att bli övertygade att den ovan beskrivna ideologin är gällande också här för närvarande.

Läroböcker om mikroekonomi innehåller dock ganska många reservationer mot denna modell. Man talar då om marknadens misslyckande (market failure)<sup>9</sup>. Vi har överallt i västvärlden missbruk av dominant position, olika slags karteller och inträdet till vilken ekonomisk sektor som helst blir hela tiden svårare. Orsaken till dessa

8 Case, mm. op.cit. 276- 286.

9 Det är beaktansvärd att läroböcker i mikroekonomin framför ganska tydligt de begränsningar som det verkliga livet ställer till fullständig konkurrens modellen. Se till ex. Case mm, op. cit. s. 281- 292, Sloman, op.cit. 172- 190. I det praktiska argumentationen försummar man ofta dessa reservationer.

företeelser är inte så mycket konkurrensmyndigheters misslyckande, men närmast konsekvenserna av skalekonomin. Företagens storlek växer hela tiden. Detta är rationellt ur företagandets synvinkel. Detta leder till att konkurrensen minskar och att inträdet av nya företag till vilket område som helst kräver allt mer investeringar vilket gör det ofta omöjligt för nybörjare att komma in. Den enda möjligheten i många områden är att nybörjare ansluter sig till någon redan existerande företags-system eller – kedja, men då är han/hon redan bunden till kedjans normer. Hans position är då allt mer arbetstagarens. Man behöver bara betrakta detaljhandelns struktur i Sverige eller Finland för att övertygas av detta.

Detta innebär att det inte finns något fri marknadssystem som skulle leda till samhällsekonomisk optimum. Idealiseringen på den här punkten ger alldeles misvisande bild av verkligheten. Sanningen är dock att då man idag talar om ekonomisk effektivitet i ekonomisk-politiska diskussionen, har människorna (också ekonomiska experter) den ovan beskrivna idealiseringen i tankarna. Dess styrka kan man inse i de strävanden som nyförtiden gör gällande globalt, i europeisk skala och nationellt. De är privatisering och globalisering.

### *3.2.2 Makroekonomin; ekonomiska konjunkturernas teorier*

Doktrinhistoriskt uppstår detta intresse i nationalekonomin under 30- talet som påföljd av den stora depressionen. Den tvingade nationalekonomerna att tänka om sin traditionella doktrin. Som pioner här är John Manyard Keynes. Hans centrala argument framförs i hans bok »Employment, Interest and Money« från året 1936. Detta verk byggdes inte på den klassista mikroekonomins grund, utan Keynes framställde nya frågor. Keynes' centrala problem var, hur man kan få samhällets alla resurser i fullt bruk. Den centrala resursen var arbetskraft. För konjunkturteorierna i allmänhet är sysselsättningsgraden det viktigaste problemet som bör förklaras.

Det finns olika konjunkturteorier. Keynes' teori var det första. Med skäl kan man säga att han skapade den egentliga makroteorin. Väsentligt för denna teori var nya frågeställningar och begrepp. Keynes' teori använder aggregerade storheter till exempel nationalinkomst (Y) samhällets total konsumtion (C), samhällets investeringsgrad (I), samhällets totala sparande (S), sysselsättningsgrad (L) osv. Genom dessa begrepp strävade Keynes lösa 30- talets största problem, arbetslöshet. Det var Keynes' idé, i motsats vad den klassiska teorin lärde ut, att arbetskraftens prisnivå (löner) var mycket oelastiskt nedåt. Anbudet och efterfrågan på arbetskraft på arbetsmarknaden möts inte, utan så kallad ofrivillig arbetslöshet är sannolik i vanliga situationer. Detta beror på det faktum att arbetsmarknaden är centraliserad genom arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. De individuella arbetstagare och arbetsgivare kan inte besluta löner och andra arbetsfrågor individuellt. Under sådana förhållanden är den enda möjligheten att öka sysselsättningen det att man påverkar varornas och tjänsternas efterfråga som skulle i sin tur höja efterfrågan på arbets-

kraft. Därför bör den offentliga makten med sina åtgärder aktivera ekonomin. Detta kan förverkligas genom offentliga investeringar och konsumtion. Centralbankens roll är också viktig: Den kan påverka investeringarnas pris (ränta) genom att låna till bankerna med låg ränta och därigenom öka den ekonomiska aktiviteten.

Ur Keynes' synvinkel är Pareto optimum en illusion som kan ha mycket negativa konsekvenser. Den kan nämligen leda till ekonomiska resursers underutnyttjande genom att företagens strävan till effektiviteten marginaliserar många arbetstagare. Det är slöseri ur samhällsekonomiskt perspektiv. Dessutom kan de sociala kostnader av arbetslösheten vara mycket större än den nytta som vissa företagen får under den »fria« marknadsekonomi.

Vi kan alltså konstatera att samhällsekonomiska teoretiska idealisering hos Keynes är väsentligt annan än Pareto optimum i ovan beskriven bemärkelse. Skillnaden består av Keynes' utgångshypotes enligt vilken den fria ekonomiska marknaden är orealistiskt. Därför är Pareto optimum oanvändbar. Hela frågan om den samhällsekonomiska effektiviteten blir då ett stort problem. Man hänvisar så allmänt idag till ekonomisk effektivitet utan att definiera vad som är dess innehåll. Detta gäller »law and economics« speciellt. Dess nyckelbegrepp, ekonomisk effektivitet är för mångtydig. Om vi har ett enskilt företag i tankarna, är begreppet möjligt att definiera ifall vi bara vet den tidsperiod för att kalkylera utgifter och inkomster. Pareto optimum betyder dock *samhälls*ekonomins effektivitet. Begreppet är då alldeles odefinierad i den reala verkligheten. Det representerar typiskt substanstänkande i den betydelse som Hans Kelsen avsåg.<sup>10</sup>

Konjunkturteoriernas senare utveckling är i många hänseende intressant. Keynes' tankar blev härskande efter det andra världskriget. Statens aktiva roll i det ekonomiska livet betonades ända till 70- talet. Därefter kom moteffekten. Dess ledande representanter är Milton Friedman (monetarism) och Robert Lucas.<sup>11</sup> Man märkte, och alldeles rätt, att en aktiv finans- och penningpolitik av staten och centralbanken skapade inflation och inflationsförväntningar, som sedan realiserades på förhand genom höjda löner och priser. Slutresultatet är, att den offentliga maktens åtgärder hade ingen positiv inflytande på ekonomin. Konklusionen var konsekvent: Staten kan inte genom sina åtgärder påverka sysselsättningen. Däremot är det viktigt att centralbanken håller inflationen under kontroll för att inflationen inte skulle förvärra marknadsmekanismen.

Detta nya makroekonomiska tankesätt kallas allmänt ny klassisk makroekonomi (new classical macroeconomics). Termen är berättigad. Denna nya makroekonomin

10 Kelsen, Hans, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*. Substanstänkandet använder uttryck som egentligen ingen vet vad de betyder. Icke desto mindre används de i samhällsdebatt. Syftet med dessa ord är ideologiskt och politiskt. Se också Jellinek, Geord, *Allgemeine Staatslehre*.

11 Sloman, op.cit. s. 485- 492, Case mm. s. 771-789.

baserar sig på samma utgångspunkter som den klassiska engelska politiska ekonomin (Smith, Ricardo etc.). Enligt detta bör staten skapa bara yttre förutsättningar för den fria marknaden (rättsordningen i den bemärkelse som den fria marknadsekonomin förutsätter). Den bör inte inblanda sig i dess gång. Däremot företräder de ekonomister som fortfarande baserar sin tankemodell på Keynes, meningen att den offentliga makten bör vara aktiv i att inblanda sig i marknadsekonomin för att upprätthålla eller återuppställa tillräcklig aktivitet i samhällsekonomin.<sup>12</sup>

Som sammanfattning kan vi alltså konstatera att inom makroekonomin en av de centrala frågorna är hur man kan upprätthålla tillräcklig samhällsekonomisk aktivitet. Meningarna är delade. Keynes och hans efterföljare anser att statens roll är nödvändig, medan ny klassisk makroekonomin anser att statens roll borde vara minimal.

### 3.2.3 Makroekonomin: tillväxtteorier

Intresset för ekonomisk tillväxt började egentligen efter det andra världskriget. Fokus i dessa teorier är en annan än inom mikroekonomin eller konjunkturteorier. Tillväxtteorier beskriver och analyserar ekonomisk tillväxt och dess orsaker.

Orsaker till ekonomins tillväxt är många. Höjning av sysselsättningsgraden skapar ekonomisk tillväxt. Denna höjning har dock underkastad avtagande avkastning. Ju högre är sysselsättningen desto mindre avkastning ger arbetskraftens ökning tills dess att extra tillägg ger ingen avkastning alls. Andra möjligheten är att investera mera, men det är också bunden till samma lag. Vi kan inte investera mera om tilläggsinvestering resulterar i avkastning som är noll eller negativ. Däremot har kunskapsnivåns tillväxt den faktor som inte har sådana begränsningar. Hit hör sådant som nya uppfinningar och upptäckter samt höjning av den allmänna bildningsgraden i samhället. Också andra former av »human capital« är relevanta som till exempel samhällets inre solidaritet och tillförlitlighet människorna emellan osv.<sup>13</sup>

Väsentligt för alla former av »human capital« är att dessa är på lång sikt mer eller mindre så kallade »public goods«. De kan inte skapas på längden av ett företag utan det behövs en samhällelig, gemensam strävan att uppnå dessa. Förhållanden mellan företag samt företag och den offentliga makten får inte vara sådant som kan beskrivas som konkurrens dem emellan. Motsvarande, resultaten av samarbetet kan inte vara privata utan nyttan måste falla till alla deltagare. Med andra ord, skapandet av human capital tillåter inte vanliga marknadsekonomiska metoder (konkurrens) utan någonting helt annat.

12 Sloman op.cit. s. 653-659.

13 Case mm. op.cit s. 790-815; Parkin mm. s. 680- 700.

## 4 Slutsatser

Vi har granskat nationalekonomins doktriner utgående från att ekonomiska argument utgör en viktig del i faktabedömningen. Frågan som vi har granskat var, om den ekonomiska expertisen är pålitlig och entydig. På grund av det ovan sagda kan vi konstatera följande:

4.1. I den juridiska argumentationen som företräds av Law and Economics- doktrinen är argumenten om den ekonomiska effektiviteten centrala. Begreppet förstås i enlighet med mikroekonomiska läror. Tanken i argumentationen är, att den fria marknadsekonomin fungerar i praktiken ganska väl och idealet, Pareto- optimum, är realistiskt som modell för att analysera verkligheten. Detta antagande är dock uppenbart ohållbar. Kännetecknande för den verkliga marknadsekonomin nationellt och globalt är olika slags maktutövande och hinder för den fria företagsamheten. Marknadens misslyckande (market failure) är huvudregeln och inte undantaget. Dessutom är verkligheten sådan att dessa drag tilltar med tiden.

4.2. Hypotesen att marknaden är fri och konkurrensen effektiv har också ett klart rättvisaspekt. Detta medför tanken att var och en kan själv smida sin framtid såsom Pareto- optimum förutsätter. Coases teorem innehåller tanken att i ett idealt samhälle, där transaktionskostnaderna är lika med noll, har egendomens fördelning mellan människorna ingen betydelse. Det antas vara ganska realistiskt i det rådande verkliga förhållanden. Den rådande marknadsekonomin uppfattas rättvis. Man behöver dock bara titta på världen för att inse hur långt vi är från denna rättvisa. Verkligheten uppenbarar sig klart till exempel i de flyttningsvågor som försöker komma till Europa från Nord-Afrika eller till Förenta Staterna genom mexikansk gräns. Samma ojämlikhet mellan olika regioner existerar också nationellt, till exempel i Finland. Den moderna marknadsekonomin upprätthåller och stärker sociala och regionala klyftor. Människorna har haft och har en strävan till att göra rättigheter till privilegium och därigenom skapa murar mot den fria företagsamheten som förutsätter jämlikheten (equality) mellan människorna. Slagordet för Adam Smith, David Ricardo och Jeremy Bentham var: »Equal opportunities for all«. Den ekonomiska verkligheten går tyvärr i motsatt riktning. Det är mer än synlig till exempel i immaterialrätten (intellectual property law) där tendensen går mot att göra information privatiserad och hålla de fattiga utanför.

4.3. Mikroekonomin (microeconomics) är egentligen inte intresserad av nationell samhällsekonomin som helhet. Av mikroekonomins utgångspunkter följer nämligen, som ovan har påvisats, en tendens till ekonomins globalisering. Här betyder *nationalekonomin* ingenting. Ekonomiska resursers effektiva utnyttjande nationellt och hög sysselsättningsgrad är dock verkliga problem. Ur mikroekonomins synvin-

kel arbetslösa står utanför marknadsekonomin. De är inte vare sig verksamma i företag eller goda konsumenter. Deras problem är således egentligen inte ekonomiskt utan socialt och politiskt.

Ekonomisk tillväxt och utveckling är också problem som på längre sikt står utanför mikroekonomin. Den sociala kapitalens utveckling kan nämligen inte förverkligas bara inom företagen. Den förutsätter åtgärder som bygger på samhällets gemensamma strävanden som inte kan åstadkommas i konkurrensförhållanden.

Mikroekonomin representerar på sätt och vis »rent ekonomiskt tänkande«. Klara skiljelinjer dras omkring ekonomin. Allt annat är exogent. I detta hänseende påminner mikroekonomin den yttersta rättsliga positivismen som också ville vara på ett analogt sätt »ren«. Den reala konkreta världen består, tyvärr, inte av kompakt skilda delsystem, utan den är en helhet där alla delar påverkar varandra. Den globaliserande och ekonomiskt liberaliserade värld bekräftar detta. Politiska och sociala problem som vi har i dagens värld har ofta en ekonomisk grund. Frågan gäller egendomens och möjligheternas fördelning mellan människorna, människogrupperna och nationerna. Alla de som anser ha blivit orättvist behandlade protesterar vanligen politiskt, och sådana protester är, som vi alla vet, här i världen många, liksom antalet dessvärre synes vara stigande. Till stor del är orsaken till politiska motsättningar och oroligheter den globaliserande marknadsekonomin som styrs av den mikroekonomiska logiken.

Finlands efterkrigstidens ekonomiska utveckling är ett belysande exempel på begränsningar i de mikroekonomiska doktrinerna. Typiskt för utvecklingen var nämligen att politiken hade en central roll i att modernisera och utveckla Finland ekonomiskt. Den »ekonomiska expertisen« som bedömde nya investeringar ur mikroekonomisk synvinkel, var hela tiden emot detta. Sanningen är dock att förutsättningarna för Finlands ekonomi förbättrades radikalt genom dessa åtgärder, samtidigt som de hade klart positiva regionala effekter. Utan denna politik skulle Finland vara ett fattigt land som skulle närmast exportera virke och cellulosa samt arbetskraft. Alla ekonomiskt svaga länder som har för avsikt att förbättra sin position i den globala ekonomin, måste gå genom samma »politiserad väg«. De som har gjort detta, har också haft framgångar. Det bästa exemplet härpå är Kina

De mikroekonomiska lärorna och den expertis som har sin grund i dessa teorier är således ofta missvisande genom sin ensidighet.

# Grunderna för europeisk rätt och politisk gemenskap

AV SOILE POHJONEN<sup>1</sup>

Den finska spetsenheten i forskningen av europeisk rätt och politisk gemenskap Foundations of European Law and Policy (hädanefter CoE)<sup>2</sup> förenar ungefär 30 forskare från olika områden av rätt, samhällsvetenskap och historia. Den svarar på de utmaningar som europeiseringen har ställt rättsteorin. Den fokuserar på behovet att tänka om traditionella rättsteoretiska, begreppsliga och doktrinära utgångspunkter på grund av en ny form av rättspluralitet och förvaltning på flera nivåer (*multi-level governance*). Den centrala frågan som CoE behandlar är förhållandet mellan koherens och fragmentering. I vilken utsträckning kan rätt och rättslig analys hålla uppe det traditionella idealet om en koherent rättsordning? I vilken utsträckning och i vilket avseende kräver de rättsliga diskurserna nya begreppsliga redskap som erkänner och förklarar fragmenteringsprocesserna inom rättsordningar? Detta är den centrala frågan som analyseras ur olika synvinklar av de tre forskningsgrupperna i CoE.

Keywords: Koherens, fragmentering, europeisk rätt, rättsteori

## Generell översikt

Den europeiska rättens grunder, inklusive de nationella rättsordningarna, genomgår djupgående förändringar. Motstridiga tendenser kan iakttas – integration, harmonisering och koherens å ena sidan, fragmentering, pluralism och polycentri å den andra. Olika iakttagare, som ofta kommer från olika positioner på det juridiska fältet, erbjuder väldigt olika tolkningar av den nutida rätten i Europa. Ifall det finns någon samsyn bland de mest ambitiösa och reflekterande iakttagarna, gäller den otillräckligheten av traditionella rättsdoktrinära och teoretiska redskap inför den snabbt framåtskridande europeiseringen av rätten. Likväl har rättsdoktrinen och rättsteo-

- 1 Ur CoE's forskningsplan förkortad av forskningskoordinator Soile Pohjonen, översatt på svenska av Susanna Lindroos.
- 2 Spetsenheten (ledare Kaarlo Tuori, viceledare Thomas Wilhelmsson) är huvudsakligen finansierad av Finlands Akademi (1.1.08-), dess värdorganisationer är Helsingfors universitet, juridiska fakulteten, Åbo Akademi, Institutionen för mänskliga rättigheter och Forsknings- och utvecklingscentralen för social- och hälsovården. Tilläggsinformation finns på hemsidan [www.helsinki.fi/katti/foundations](http://www.helsinki.fi/katti/foundations).

rin, som ofta är bundna till sina traditionella nationalstatliga perspektiv, varit mycket långsamma att reagera på europeiseringens utmaning. Akademisk forskning i europarätt har behandlat frågor som anknyter till rättsliga behov av fördjupande och expanderande integration; forskning inom det här området ses redan som en av huvudinriktningarna inom rättsdogmatiken. Trots detta är det klart att på en rätts-teoretisk eller rättsfilosofisk nivå ger integrationen upphov till nya former av problem.

Det som efter andra världskriget började som ett projekt för att trygga freden och välfärden i Europa utvecklades först till ett enhetligt schema för att skapa en gemensam marknad, och har sedan blivit ett politiskt projekt för att skapa även en närmare union. Hur denna närmare union kommer att se ut är ännu oklart. Kommer det att bli ett socialt Europa där politiken spelar en förmedlande roll?

Redan från första början har rättsliga instrument haft en viktig uppgift i att uppnå dessa ambitiösa mål. Europarådets konvention om mänskliga rättigheter, som kompletterade det åtminstone till början mera ekonomiskt och instrumentellt orienterade EG (senare EU), har bildat en ny viktig källa för gemensam europeisk rätt. Den europeiska integrationen har i grund och botten utgjort en integration genom rätten. Trots det bör den rättsliga integrationen inte ses som en linjär utvecklingsprocess, som även konstitutionsfördragets öde demonstrerade.

Även i rättsligt avseende är Europa fortfarande »förenat i skiljaktighet«. Det europeiska projektet har alltid inkluderat, och inkluderar fortfarande, olika rättsliga traditioner och rättsliga kulturer, olika språkliga gemenskaper, olika politiska traditioner och olika syner på staten. Speciellt inom privaträtten har den gemensamma kärnan (*»common core«*), om det finns någon sådan, mestadels utvecklats utanför den politiska verksamheten i form av gemensamma begrepp, principer och institutioner.

Det europeiska projektet, och samverkan mellan harmoniserings- och fragmenteringstendenserna, utmanar också premisserna för politisk teori som baserar sig på nationalstaten. Teorin om federalism har fått ny vikt, men dess fruktbara tillämpning på de nya politiska och konstitutionella förhållandena i Europa kräver en omvärdering av dess begreppsliga utgångspunkter. Samtidigt har möjligheterna för ömsesidigt fruktbart samarbete mellan politisk och konstitutionell teori ökat. Den Europeiska rätten består, och har alltid bestått, av ett nära förhållande till den politiska strukturen i Europa. Grundvalarna för den europeiska rätten kan inte utforskas utan en samtida analys av grundvalarna för den europeiska politiska gemenskapen. Harmoniserings- och fragmenteringsprocessen måste sättas i kontext av motsvariga processer inom den politiska strukturen i Europa.

I ett historiskt perspektiv är pendelrörelsen mellan harmoni och fragmentering inte ny. Europeisk rättshistoria och politisk historia visar en fortgående samverkan, och ibland även en spänning, mellan tendenser mot integration och splittring. Den Europeiska rätten har sedan medeltiden varit både fragmenterad och koherent. Den var fragmenterad på grund av olika *ius particulare* ända tills 1800-talet (städernas

rätt, handelsrätt, kunglig rätt, sedvanerätt) och har fortsatt fragmenteras därefter på grund av dominansen av de nationella lagstiftarna. Trots det skapades koherens sedan högmedeltiden i stora delar av Europa av den romerska rätten och den kanoniska rätten, och via deras inflytande på *ius commune*, Europas gemensamma rätt. Från och med 1800-talet undanträngdes *ius commune* till stora delar av rättsjämförelse och samarbete inom lagstiftningen. Analysen av nutida och framtida europeisk rätt och politisk gemenskap kräver en grundlig historisk förståelse av deras grundvalar. Rätten kan i allmänhet inte förstås utan att man fäster uppmärksamhet vid dess historiska rötter, dess historiska kontinuitet och diskontinuitet. Detta gäller speciellt för den europeiska rätten.

Samverkan mellan fragmenterings- och harmoniseringstendenserna spelar ett flertal roller och får olika uttryck i det forskningsarbete som görs inom CoE. Den avspeglas i den generella uppfattningen och den begreppsliga bakgrunden för forskningen; detta kan kallas dess metodologiska aspekt. Ur ett metodologiskt perspektiv kan vi även tala om en dialektik av dekonstruktion och rekonstruktion: rättens dekonstruktion kan öppna synfältet för en ny sorts rekonstruktion. I viss mån överlappar fragmenterings- och harmoniseringstendenserna distinktionen mellan privat- och offentligrättsliga synvinklar, även om motstridiga tendenser kan ses i utvecklingen av både privat och offentlig rätt.

Uppfattningarna hos CoE:s ledare skiljer sig på vissa viktiga punkter, vilket skapar en produktiv spänning i kärnan av CoE:s forskningsaktivitet. Thomas Wilhelmssons privaträttsliga synsätt är grundat på svagare förhandsuppfattningar om rättslig koherens än Kaarlo Tuoris offentligrättsliga synsätt. Wilhelmsson betonar en normativ bedömning av partikulära situationer inom rättens mikropolitik, emedan Tuori understryker den förmåga som normativa principer och andra allmänna doktriner har att förse systemet med en viss nivå av koherens även i situationer av intersystemiskt inflytande. Därmed är den grundläggande spänningen mellan koherens och fragmentering, som strukturerar forskningsarbetet i CoE, på sätt och vis inbyggt i de olika rättsteoretiska synsätten som CoE:s ledare har.

CoE samlar forskare från varierande vetenskaplig bakgrund och kan således producera mervärde på flera olika plan. CoE överskrider distinktionen mellan privat och offentlig rätt, likasom distinktionen mellan europeisk och nationell rätt, och inverkar således på huvuddelen av forskningen i europeisk rätt. Huvudriktningen inom forskningen i europeisk rätt består av dogmatik i form av textböcker och kommentarer. CoE kan tillföra forskningen i europeisk rätt teoretisk klarhet och nyskapande, samt historiskt, genom det sätt som CoE är organiserat, och den vetenskapliga mångfald som dess forskare representerar. CoE kan även uppnå en integration av rättsliga och samhällsvetenskapliga perspektiv på europeisk rätt och politisk gemenskap, en målsättning som det ofta talas om, men som sällan uppnås.

De individuella forskningsprojekten som utförs inom CoE betonar olika aspekter i sambandet mellan koherens och fragmentering. I grunden gäller frågan vårt rätts-

liga tänkande och den nödvändighet att reflektera över detta tänkande som internationaliseringen och europeiseringen medfört. Därmed är CoE:s centrala premisser att analysen av grunderna för europeisk rätt och politisk gemenskap bör vara öppen för både harmoni och dissonans.

## Forskningsgrupper

CoE består av tre ömsesidigt beroende och överlappande forskningsgrupper. Fokuset i forskningsgrupp I (FG I) är följderna av det europeiska projektet inom rättsteorin, samhällsteorin och filosofin (*Rethinking Legal Thinking*). Forskningsgrupp II (FG II) fokuserar på frågor som i traditionell klassificering av vetenskapsgrenar faller huvudsakligen under konstitutionell och politisk teori samt historia (*Europe as a Polity*). Forskningsgrupp III (FG III) koncentrerar på frågor som anknyter sig till privaträttsteorin och doktrin samt jämförande rättshistoria (*Legal Cultural Foundations of the European Market*). Forskningsgrupperna arbetar i nära samarbete, och drar nytta av forskarnas vida och ömsesidigt kompletterande expertis och mångsidiga teoretiska orientering.

### *Rethinking Legal Thinking* (FG I)

Ledare: professor Kaarlo Tuori, professor Thomas Wilhelmsson

Europarätten utmanar flera allmänt accepterade utgångspunkter inom rättsteorin och de rättsliga doktrinerna. Domstolen i Luxemburg har betonat att EU(EG)-rätten är en autonom rättsordning. Men, för att låna talesättet från den kritiska rättspositivismen, gäller detta endast för rättens ytnivå? Kan vi tala om en självständig EU-rätt om vi utvidgar begreppet rättsordning till att innefatta även nivåer som ligger under ytan, det vill säga rättskulturen och rättens djupstruktur? Om EU-rätten ännu saknar en egen rättskultur, är det klart att domstolarna i medlemsstaterna tillämpar EU-rätt genom att stöda sig på sin egna nationella rättskultur. Och ifall detta är fallet, verkar det som om vi istället för en självständig EU-rätt har så många olika EU-rättsordningar som det finns medlemsstater (jurisdiktioner). Om rättskulturens homogenisering ses som ett mål värt att sträva efter, är det sannolikt att dess uppkomst är en lång process.

EU-rätten demonstrerar på sitt sätt hur rätten lösgör sig från nationalstaten. Många, kanske även de flesta av de etablerade teoretiska och doktrinära premisserna för rättsligt tänkande är bundna till det nationalstatliga perspektivet. Vi upplever för tillfället en ovanligt livlig diskussion kring EU:s politisk-institutionella och rättsliga karaktär. Denna diskussion har uppmuntrats bl.a. av utarbetandet och godkännandet av stadgan om de grundläggande rättigheterna, konstitutionsfördragets misslyckande samt utvidgningsprocessen. Diskussionen innehåller dock konceptuel-

la problem och paradoxer. Detta beror på att de rättsliga begreppen har fått sin betydelse i en nationalstatlig kontext, även om de ursprungligen härrör från förmodern tid. Detta gäller till exempel begreppen »stat«, »suveränitet«, »konstitution«, »demokrati« och »demos«, »maktfördelning«, »medborgarsamhälle«, »offentlig sfär« och »medborgarskap«. Men EU kan inte liknas vid en modern nationalstat, även om våra etablerade tankemodeller ofta leder oss till att uppfatta och beskriva det med hjälp av begreppsliga och normativa redskap som är tillämpade för just denna sort av politisk gemenskap. Det finns inget samförstånd mellan forskarna om en positiv karakterisering av EU. Det som emellertid är generellt accepterat är ett negativt porträtt som en icke-stat: EU är inte en federation som delar på suveränitet med medlemsstaterna, inte heller en konfederation av suveräna stater. Om vi inte totalt vill överge begreppen som anknyter till moderna nationalstater, måste vi försöka ge dem en betydelse som är bättre avsedd för granskningen av EU:s transnationella politiska gemenskap och rättsordning. Detta behov av nytt rättsligt tänkande i EU-kontexten kan även avslöja behovet av nytänkande i form av de begreppsliga redskapen med vilka vi är vana att granska rättsordningar.

Begreppet suveränitet är ett uppenbart exempel på behovet av begreppslik omorientering. Begreppet suveränitet har traditionellt varit centralt inom både statsförfattningsrätt och folkrätt. Suveränitetens grundvalar har dock genomgått en erosion. Överallt i världen utmanas olika traditionella idéer, doktriner och institutionella strukturer sammanknutna med begreppet suveränitet av en utveckling där auktoriteten förskjuts från nationalstater till nya former av övernationalitet. Det mest dramatiska exemplet på denna process har ägt rum inom EU. Trenderna där auktoriteten omplaceras från medlemsstaterna till unionen, har varit så omfattande att de ifrågasätter hela betydelsen av suveränitet.

EU-rätten ifrågasätter inte endast statförfattningsrättens och andra offentlig-rättsliga områdens etablerade begrepp, men även de begrepp som används inom privaträtten. Således verkar det som om traditionella privaträttsliga teorier om rättigheter inte klarar av att fånga de speciella rättsliga positioner som utvecklats i EU-rätten. Rättens doktrinära struktur har differentierats till olika områden, som har fått relativ självständighet genom sina egenartade begrepp och principer. EU-rätten kan inte systematiseras med hjälp av de traditionella distinktionerna. Detta är en av de viktigaste orsakerna till varför de traditionella doktrinerna är inadekvata för EU-rätten. Men å andra sidan leder EU-rättens egenartade karaktär och *aporia* oss till att tänka om den roll som doktriner, begrepp och principer i allmänhet spelar i rättsligt tänkande och argumentation.

Den europeiska rätten och dess interaktion med nationella rättsordningar är ett påfallande uttryck för vad forskningen på senaste tid kallar rättspluralism och rättens polycentri. Vad vi har idag är en pluralism av inte endast rättskällor utan även rättsordningar. Denna pluralism är ett av de avgörande elementen i vår nutida

rättsliga situation. Den har dock inte fått den uppmärksamhet som den borde få i rättsteori och rättsdoktrin.

Å andra sidan bör vi närma oss rättspluralismen ur ett historiskt perspektiv. Pluralism är inte en nyhet som endast tillhör nutida eller, som vissa iakttagare vill säga, postmodern rätt. Pluralism har varit en konstant i den största delen av europeisk rättshistoria. Medeltida rätt är ett ofta citerat exempel på en mångfald av rättskällor. Under början av den moderna tiden började situationen förändras, men långsamt och endast delvis. Nationalstatens blomstringsperiod, från 1800-talet till andra världskriget, var kort och även under denna tid bibehöll rätten pluralistiska egenskaper. Konstellationen av koherens och fragmentering, enhetlighet och diversitet, i dagens Europa kan endast förstås ur ett historiskt perspektiv. I utforskandet av den europeiska rättens grundvalar måste rättsteori och rättsfilosofi samarbeta med rättshistoria.

Det finns rikligt med forskning i EU-rätt från dogmatiska och rättspolitiska perspektiv. Endast under det senaste årtiondet har rättsteorin kommit underfund med att EU-rätten inverkar fundamentalt på hur rätten fungerar och förstås i europeiska samhällen. Forskningsgrupp I strävar efter en djupare syntes av vad EU-rätt är och kan vara genom att kombinera rättsteoretiska, rättsfilosofiska och rättshistoriska perspektiv.

### *Europe as a Polity* (FG II)

Ledare: professor Kaarlo Tuori, professor Kimmo Nuotio

EU är en transnationell politisk gemenskap som har vuxit ur en ekonomisk gemenskap. Den har formats genom internationella fördrag till en internationell organisation, och vissa aspekter av denna folkrättsliga bakgrund består fortfarande. Men samtidigt som den rättsliga och politiska integrationen har fördjupats, har EU:s identitet som en politisk gemenskap småningom förändrats. De folkrättsliga elementen har mer och mer förskjutits i bakgrunden. Den ekonomiska integrationen har lyckats harmonisera ekonomier, men vad som har hänt med rätten och den politiska gemenskapen är en öppen fråga som studeras av forskningsgrupp II. Det specifika ursprunget av hur en europeisk politisk gemenskap byggts upp kräver nära samarbete med forskningsgrupp III, och enbart forskning i offentlig rätt räcker inte. Forskningsgrupp II är en multidisciplinär grupp som består av teoretiker som forskar gemensamma problem från olika synpunkter.

Europeiska unionen och dess rätt är ett viktigt område för hur teoretiska verktyg och innovationer testas. Konstitutionellt tänkande i allmänhet har mycket att hämta av den debatt som förs om den framväxande transnationella konstitutionalismen i Europa. Europa har karaktäriserats som »ett laboratorium för rättspluralism«; det har även välkommats som »en resa« eller »ett projekt«. Europa tvingar rättsteori, liksom rättsfilosofi och politisk filosofi, att förflyttas över konventionella dikotomier

(inhemsk rätt/folkrätt) och ekvationer (stat = rättsordning). Två olika tolkningar av denna utveckling verkar lika trovärdiga, en som understryker fragmenteringstendenser och en annan som betonar integration. Denna spänning är en gemensam grund för de olika studierna inom forskningsgrupp II.

Under 1800-talet blev nationalstaterna oomtvistade huvudaktörer på den europeiska politiska scenen. En av de centrala idéerna i nationalstaternas konstitutionella och rättsliga utveckling var principen *rule of law* (*Rechtsstaat*). Idag inspirerar denna princip inte endast Europarådets rätt om mänskliga rättigheter, utan också i växande grad även EU:s utveckling. Men detta orsakar också ett viktigt problem: hur kan idén om en demokratisk *Rechtsstaat* tillämpas på och specificeras i en transnationell politisk gemenskap som EU?

EU:s konstitutionella utveckling och försvagandet av nationalstaternas suveränitet är två sidor av samma mynt. När makten gradvis överförs till den transnationella nivån, blir behovet av att svara till denna process inom de konstitutionella strukturerna i medlemsstaterna påtagligt. Samtidigt blir det viktigt att skapa politisk legitimitet på den transnationella nivån inom EU. Icke-diskriminerande medborgarskap med tillhörande rätt att delta är ett centralt medel genom vilket demokratisk legitimitet och politisk auktoritet kan garanteras. I EU-kontext används medborgarskap dock både som ett rättsligt och som ett socio-politiskt begrepp på olika sätt jämfört med nationalstaters medborgarskap.

De problem som gäller EU:s medborgarskap är ett iögonfallande exempel på hur svårt det är att på en transnationell nivå bygga rättsliga och politiska strukturer som tillfredsställer kraven på en demokratisk *Rechtsstaat*. I detta spelar de mänskliga rättigheterna inom europeisk rätt en viktig roll. Men denna dimension påverkas av interna spänningar och konflikter, som kräver allvarlig uppmärksamhet i den akademiska forskningen. Kan mänskliga rättigheter fungera som en bas för harmoniseringen?

EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna gav skyddet av grundläggande rättigheter i EU och i den pågående integrationsprocessen en central plats. Grundläggande rättigheter kan medverka i integrationen genom att ha integrerande styrka och genom att utgöra en källa för legitimitet. Men de står i ett potentiellt spänningsförhållande till främjandet av marknadsorienterade rättigheter om fri rörlighet som garanteras av EG-fördraget. De grundläggande rättigheterna ger uttryck åt andra synpunkter och värden än de som ligger som grund för marknadsfriheterna. Dessutom finns det en möjlighet till interna konflikter mellan olika grundläggande rättigheter, till exempel mellan frihetsrättigheterna och de sociala rättigheterna. Och, slutligen, är det problematiskt att harmonisera de tre systemen och nivåerna av skydd av mänskliga rättigheter i Europa: de nationella konstitutionella systemen för skyddet av grundläggande rättigheter, systemet runt Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och EU:s system för skyddet av grundläggande rättigheter.

Bundenheten till att skydda grundläggande och mänskliga rättigheter kan ses som ett förenande mål och värde, och därmed som en integrerande kraft. Å andra sidan kan skyddet av de grundläggande mänskliga rättigheterna fungera som en källa till att motverka fragmentering och konflikt av måttstockar (och dubbelmoral?) och värden, när definitionen och förståelsen av grundläggande och mänskliga rättigheter ofta skiljer sig i olika politiska gemenskaper, åtminstone utöver miniminivån som fastställts av Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna.

EU har på sistone tagit sig en ny roll som beskyddare av frihet, säkerhet och rättvisa. EU:s växande aktivitet inom kriminalpolitiken väcker oro om individers rättigheter. I detta avseende är den nya säkerhetsdimensionen nära relaterad till frågan om skyddet av de mänskliga rättigheterna. Rättsprocesserna på den transnationella nivån skapar en ny omgivning där skyddande rättsliga system i en Rechtsstaat borde fungera. Det räcker inte med mänskliga rättigheter i formen av statliga rättigheter. Processrättsliga instrument som är baserade på principen om ömsesidigt erkännande är ett alternativ till substantiell harmonisering av de nationella rättsordningarna, men de skapar också nya sorters problem (till exempel den europeiska ar-resteringsordern). Europeiska rättsliga initiativ inom straff- och processrätten har varit policyorienterade och har snarare förhöjt risken för fragmentering än förstärkt koherens. Skillnaderna i nationell implementering av överenskommen policy framhäver ytterligare denna risk. Anti-terrorisåtgärder är exempel på sådan ambitiös utveckling.

*Private Law: Between a Coherent European Market and Fragmented National Cultures* (FG III)

Ledare: professor Thomas Wilhelmsson, ledare Pia Letto-Vanamo, KATTI

Skapandet av den gemensamma marknaden beskrivs ofta genom att man hänvisar till de fyra grundläggande friheterna: fri rörlighet av varor, tjänster, kapital och arbetskraft. Detta perspektiv ger oss en bild av den utveckling som antas innehålla de viktigaste rättsliga förändringarna som integrationsprocessen har orsakat. Men då är det fråga om ett kortsynt perspektiv gällande rättens ytnivå. Från ett annat perspektiv ligger den gemensamma marknads viktigaste förutsättningar på rättens djupare rättskulturella nivåer: i åtminstone partiellt samförstånd beträffande marknads väsentliga institutioner och rättsliga skyddsåtgärder. Därmed måste man i studiet av den europeiska marknaden se på de centrala rättsliga institutionerna på de nationella marknaderna, deras skillnader och likheter. Den gemensamma kärnan, som utvecklades huvudsakligen genom inflytandet av romersk och kanonisk rätt, liksom de olika förståelserna av institutioner som avtal, skadestånd, ägande och – mera generellt – privaträttsliga förhållanden, är viktiga forskningsobjekt.

Likheter uppkom också på grund av kodifikationsrörelsen under 1800-talet, och åtminstone delvis på grund av välfärdsstatsideologin under 1900-talet. Men det är

inte endast likheter och förståelse som definierar idén om Europeiska Unionen. Dess speciella karaktär består av en dialektik mellan likhet och olikhet. Europas identitet ligger lika mycket i liknande rättsliga tankemönster, som i synvinklarnas pluralitet. Privaträttens europeisering är oundviklig, och fortsättningsvis karaktäriserad av spänningen mellan systematisk enhetlighet och pluralistisk olikhet. Den privaträttsliga ordningen, och många av dess institutioner, är också nära förknippade med den ekonomiska kulturen eller regimen.

Frågan om koherens versus fragmentering har blivit akut inom privaträtten på grund av att man efter flera meddelanden från Europeiska kommissionen påbörjat arbetet på en »*Common Frame of Reference*«. Det görs inom en *Network of Excellence* som bekostas av det sjätte ramprogrammet. Detta nätverk består av flera forskningsgrupper, av vilka de viktigaste är forskningsgruppen om europeisk civillag (*Study Group on a European Civil Code*), *acquis*gruppen (*the Acquis Group*) och projektgruppen »*Restatement of European Insurance Contract Law*«. Medan den första baserar sitt arbete på en komparativ och rättspolitisk synvinkel, ser den andra på principer som finns i den existerande *acquis*.

Detta arbete kommer att medföra stora förändringar för den europeiska kontraktsrätten, och mera generellt, den europeiska privaträtten. Frågan om harmonisering – representerad av en ny europeisk kodifiering av samma typ som tidigare nationella kodifieringar såsom *Code Civil* och *Bürgerliches Gesetzbuch* – versus fragmentering – i betydelsen av en ny dynamik mellan europeisk och nationell rätt – har nått ett nytt stadium, som kräver en omformulering av de traditionella frågorna inom privaträtten. CoE kommer att forska i konsekvenserna av denna utveckling för förståelsen av privaträtten och dess källor i Europa: får vi en traditionell kodifiering på europeisk nivå, eller kommer den europeiska kodifieringen leda till en ny typ av privaträtt med nya källor och en ny metodologi?

Detta material lägger grunden till försöket att formulera en allmän teori om privaträtten i ett mångkulturellt och flerspråkigt samhälle. En approach som hittills har visat sig vara lovande är tanken om fri rörelse av rättsliga idéer, snarare än en systematisk harmonisering. En sådan teori tar på allvar pluralismen och fragmenteringen i europeisk rätt. Den behöver dock kontrast och motvikt som erbjuds av koherensorienterade tänkesätt.

Den omfattande debatten om europeisk harmonisering av privat- eller kontraktsrätten har varit förvånansvärt rättslig. Jurister har diskuterat för- och nackdelarna av harmoniserings- och kodifieringsåtgärderna med andra jurister, och endast tidvis har mera allmänna åsikter om samhället och dess nuvarande läge hörts. I sin *Action Plan* för en mera koherent europeisk avtalsrätt har Europeiska kommissionen också följt denna linje. Den enda samhälleliga frågan av betydelse för kommissionen – och detta är naturligt med tanke på kommissionens roll – är frågan om den interna marknaden: bildar olika avtalsrätt i medlemsstaterna ett hinder för handel som överskrider gränserna inom unionen och ökade transaktionskostnader? CoE ämnar

utveckla och fördjupa det historiska och samhällsliga perspektivet på frågan om harmonisering och kodifikation. Dialektiken mellan koherens och fragmentering kan endast förstås ur ett sådant perspektiv.

Inom privaträtten är konsumenträtten det område inom vilket europeisk lagstiftning mest engagerat sig. Därför är frågan om koherens och fragmentering av europeisk konsumentreglering, som är nära förknippad med nivån av homogeniteten av en europeisk konsumentkultur, speciellt framträdande. I jämförelse med till exempel USA – för att inte tala om kulturer ännu längre bort i världen – verkar det finnas en speciell europeisk konsumentkultur, det är en kultur av tillit på en reglerad marknad. Men vid närmare iakttagelser visar denna kultur också betydande olikheter. I allmänhet är skyddet av konsumentens förväntningar genom institutioner och program något typiskt för norra Europa, emedan skyddet av förväntningar på nivån av personliga kontakter är betydande i södra Europa, och de nya medlemsstaterna visar också säregna mönster för konsumenternas beteende.

I debatterna om möjligheterna och gränserna för den rättsliga integrationen har forskarna i EU-rätt och komparativ rätt diskuterat rättsliga transplantat och konvergens av europeiska rättssystem. Europeiska rättshistoriker har diskuterat frågan om (utländska) rättsliga transplantat och irriteranter samt resistensen av lokala (nationella) rättsliga traditioner. Ett centralt tema har varit rollen av romersk-kanonisk *ius commune* i utvecklingen av ett gemensamt europeiskt rättstänkande och den gemensamma kärnan i den europeiska privaträttens institutioner. Ett annat mycket diskuterat ämne har varit »moderniseringen« av rätten efter den franska revolutionen. De karakteristiska dragen av utvecklingen av Europas norra och östra delar är viktiga även för nutida rättslig integration. I alla dessa utvecklingsprocesser ser man en fortgående pendling mellan koherens och fragmentering.

## Trading Places

I met Ann Kaneko through the »Virtuosic Siblings« video/film festival that was organized by the artist residency Villa Aurora I was at in Los Angeles. I had read about Ann's film »Overstay«, which follows the lives of six undocumented migrants in Japan. »Overstay« was screened together with my video »Incomplete Picture – Discover Japan«, which reflects on the possibilities and limits of me, a European female artist born in the 1970s, making a documentary about a commercial traveling campaign targeting young women in 1970s Japan. When we screened these pieces together, we realized we had similar interests and concerns in the documentary form.

Given this discovery and also our differences in the contexts in which we work (the visual art versus the film world), we decided it would be an opportunity to try to collaborate and consider some of these issues. At this time Ann was moving from Hollywood to Mar Vista, two distinct neighborhoods in Los Angeles, and I documented the move. There is something very interesting about moves-changing residence usually marks a decision/change in one's life. A home is something personal to most people; and, through the act of packing, one comes to think of one's life and past. However, in the end, the apartment is empty and moving is all about carrying boxes, often with people one has never met before.

This project is process-oriented, and we will continue to discuss and attempt to comprehend some of each other's ways of working: The aim of the project is (at least to an extent) to also try to »trade« and engage in each other's work practices.

»Trading Places« is a work-in-progress, which, up-to-date, consists of a discussion between Ann and me about our practices, documentation of her move and of historical and contemporary film material of the two neighbourhoods in Los Angeles.

### Information about the artist

Laura Horelli is born 1976 in Helsinki, Finland. She lives and works in Berlin.

#### Education:

1995-2001 Academy of Fine Arts, Department of Time & Space, Helsinki

1997-2002 Staatliche Hochschule für Bildende Künste – Städelschule, Klasse Bayle, Frankfurt

1995-2000 Academy of Fine Arts Helsinki, Department of Time and Space, MFA