

Europeiska civilrättsprinciper

MÅRTEN SCHULTZ

Inledning

Det är idag närmast en truism att europeiseringen är en av civilrättens viktigaste utvecklingstendenser.¹ I sådana tider av internationalisering vaknar den nationella självkänslan. Vad finns det i våra nordiska rättssystem som vi anser

¹ Europeisering kan – som vi snart skall se – uttrycka många olika saker. Pierre Legrand har i en berömd uppsats påstått att någon europeisk konvergens inte alls sker, att det är en myt att rättsordningarna närmar sig varandra, Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, s. 52 ff. (1994). Men att vi på vissa plan underkastas alltfler gemensamma rättsliga institutioner och att europeiska rättsliga instrument får allt större betydelse i våra nationella rättsordningar, även i civilrätten, går inte att ifrågasätta. Ett ovanligt starkt exempel på detta från senare tid från den svenska civilrätten är skadeståndsrättens erkännande av Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna som skadeståndsrättslig normkälla i nationell, svensk skadeståndsrätt. Se för reflektioner kring denna viktiga utveckling Håkan Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss*, JT 2007, s. 377 ff.; Percy Bratt och Jan Södergren, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet*, ERT 2000, s. 407 ff., Ian Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006, s. 553 ff., Clarence Crafoord, *Inhemska gottgörelse för kränkning av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 519 ff., Jan Kleineman, *Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling*, JT 2008–09, s. 546 ff., Göran Lysén, *Två rättsfall från HD: Förvirrade kähphästar eller ny brytningstid?*, ERT 2005, s. 645 ff., Philip Mielnicki, *Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?* JT 2008–09, s. 357 ff., Mårten Schultz, *Rights Through Torts*, *European Review of Private Law* 3/2009 (under utgivning), Mårten Schultz, *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, JT 2007–08, s. 140 ff., Jan Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige på direkt grundval av Europakonventionen*, JT 2004–05, s. 762 ff. (Södergren publicerar vidare fortlöpande rapporter om utvecklingen i sin serie av Axplock i ERT), Wiweca Warnling-Nerep, *Skadeståndstalan mot staten – en allt vanligare företeelse?*, JT 2004–05, s. 170 ff., Karin Åhman, *Skadestånd på grund av konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare*, JT 2005–06, s. 424 ff.

att resten av Europa borde ta efter?² Det finns i alla fall ett nordiskt bidrag som övriga Europa redan nu försöker ta efter, nämligen Ole Landos pionjärsarbete. Det är Ole Landos insatser för att utveckla gemensamma europeiska avtalsrättsprinciper blev startpunkten för vad som nu är en veritabel rörelse, en rörelse som idag rymmer horder av engagerade och för jurister okarakteristiskt passionerade anhängare. Härigenom har en av den skandinaviska realismens entusiastiska förespråkare³ kommit att metodologiskt, men även sakligt, influera en unik händelse i den europeiska rättens historia – det akademiskt drivna *eupeiseringsprojektet*.

På civilrättens område har alltför känt sig manade att ta över stafettpinnen från Lando-kommissionen. Grupper med forskare – och andra jurister – har nu producerat eller är i färd med att producera förslag om principer, t.ex. i försäkringsrätt (Principles of European Insurance Contract Law, PEICL) och i skadeståndsrätt (Principles of European Tort Law, PETL).⁴ Dessutom har vi det enormt ambitiösa projektet med att formulera underlaget för en möjlig gemensam europeisk civilkodifikation, The Study Group on a European Civil Code.⁵ The Study Groups arbete har numer gått upp i det av EG-kommissionen officiellt sanktionerade projektet Common Frame of Reference, som också inkluderar den s.k. Aquis-gruppen.⁶ The Study Group och Aquis-gruppen har nyligen publicerat ett utkast, Draft Common Frame

² I en anda av nordisk gemenskap kommer jag i denna uppsats understundom att förutsätta att det finns en stark närhet mellan de nordiska civilrättsystemen som särskilt visar sig i eupeiseringsdiskussionen. Se för några reflektioner kring om det finns några distinkta egenskaper i nordisk rätt och i sådana fall vad det är: Ole Lando, *Nordic Countries – A Legal Family?* 1 *Global Jurist Advances*, s. 10 f. (2001/02). Hondius har nyligen levererat en på många sätt insiktsfull reflektion kring den nordiska rättstraditionen, Ewoud Hondius, *Pro-active Comparative Law: The Case of Nordic Law*, *Scandinavian Studies in Law* 50, s. 143 ff., på s. 145 ff.

³ Se t.ex. Ole Lando, *Scandinavian Law in Practical Implication: Characteristic Features, Solutions of International Interest, Social Dimension*, 50 *Scandinavian Studies in Law*, s. 158 ff., på s. 161 f.

⁴ Se för det senare European Group on Tort Law (PETL), www.egtl.org. Principerna i skadeståndsrätt är publicerade i European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien/New York 2005. Nedanstående fotnotsreferenser till ”PETL” avser denna publikation i bokform, med kommentarer. PEICL ingår i det mer övergripande projektet DCFR som diskuteras strax nedan.

⁵ Se www.sgecc.net.

⁶ När jag nedan talar om de ansvariga bakom DCFR kommer jag överlag att tala om The Study Group, även om också Aquis-gruppen står bakom förslaget. Anledningen till det är att i praktiken det är arbetet som gjorts inom ramen för The Study Group on a European Civil Code som blivit mest tongivande i slutprodukten.

of Reference (DCFR), bestående av regelförslag omfattandes stora delar av civilrätten.⁷

Dessa förslag till gemensamma europeiska principer ser ut som lagar. Stilistiskt kännetecknas förslagen av lagstiftningens uttryck. Förslagen kallas ofta för ”principer” men är i realiteten ”regler”, snarare än principer.⁸ Samtidigt så finns det inte någon lagstiftande auktoritet bakom förslagen. Det är inte fråga om några traditionella förslag till författning och i allmänhet finns det efter vad det verkar inte heller några direkta förhoppningar bland förslagens upphovsmän att de skall kunna läggas till grund för skrivandet av direktiv under överskådlig tid. Men vad *är* då dessa författningssliknande texter för slags förslag? Vilka avsikter ligger bakom framtagandet av dessa europeiska principer, vad vilar förslagen på för antaganden och värderingar, vad finns det för ”agenda”? Och vad kan man *använda* förslagen till?

De många facetterna av rättens europeisering

De europeiska civilrättsprinciperna är ett utflöde ur en allmän europeiseringsutveckling, men förhållandet mellan de olika utvecklingslinjerna är svårfångat. Rättens europeisering är en mångfacetterad tendens.⁹ Faktum är

⁷ Christian von Bar m.fl. (red.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), interimutgåva, München 2008. Nedan kort refererad till som ”DCFR”. (När denna artikel färdigställdes fanns ännu bara den interimistiska utgåvan att tillgå – den slutliga utgåvan publicerades senare under 2009.)

⁸ Zimmerman betecknar således uttrycket ”principer” som en ”misnomer” i sammanhanget av PETL. Se Reinhard Zimmerman, Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact, i Helmut Koziol och Barbara C. Steininger (red.), European Tort Law 2003, Wien/New York 2004, s. 9–10. Distinktionen är naturligtvis främst förknippad med Dworkin.

⁹ Se för några nordiska framställningar av europeiseringsdiskussionen från senare tid, med enfaset på ett nordiskt perspektiv: Bjarte Askeland, Spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett, NFT 2006, s. 127 ff.; Ulf Bernitz, Mot en europeisk civillag?, ERT 2001, s. 469 ff.; ds. En europeisk civillag? Aktuell utveckling och svensk hållning, JT 2003–04, s. 503 ff.; Bill W. Dufwa, Integration genom fristående akademiska grupper, Europarättslig Tidskrift 2006, s. 307 ff.; Joseph Lookofsky & Christina Hultmark, Harmonisering av förmögenhetsrätten: ”Towards a European Civil Code”, JT 1997–98, s. 393 ff.; Christina Ramberg, Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, SvJT 2004, s. 459 ff.; Lena Sisula-Tulokas, Mot en europeisk civilrätt, JFT 1999, s. 372 ff.; Are Stenvik, Erstatningsrettens internasjonalisering, Tfe 2005, s. 33 ff. (särskilt s. 50 ff.); Thomas Wilhelmsson, Europeiseringen av civilrätten: För ett fragmenterat utbyte av erfarenheter, Tfr 2001, s. 1 ff. Se även von Bars artiklar i nordiska tidsskrifter, Christian von Bar, A Civil Code for Europe, JT 2001–02, s. 1 ff. och ds. The Study Group on a European Civil Code, JFT 2000, s. 323 ff.

att det är väldigt svårt att fånga in vad en "europeisering" egentligen innebär¹⁰ och om det är något bra eller något dåligt.¹¹ Olika distinktioner brukar anföras men låter sig svårligen ramas in i en övergripande taxonomi.

Rätten kan europeiseras genom medvetna processer, drivna av människor som ser europeiseringen som ett mål, men en europeisering kan också ske genom omedvetna eller strukturellt drivna processer. I rättsvetenskapliga sammanhang tycks uttrycket "europeisering" framför allt användas som en beteckning på *medvetna* strävanden mot en gemensam, europeisk rätt – åtminstone av nordiska författare.¹²

Europeiseringen kan ske med "hårda" eller "mjuka" medel: Där rättsbildning genom direktiv¹³ kan karakterisera den hårda varianten medan en mjuk

¹⁰ En belysande diskussion kring europeiseringsbegreppet görs i Ralf Michaels och Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54 *American Journal of Comparative Law*, s. 843 ff., på s. 861 ff. (2006).

¹¹ I den privaträttsliga diskussionen så tas det väl numer närmast för givet att en harmoniserad civilrätt är en viktig faktor i utvecklandet av ett enat och fredligt Europa – och ett sådant Europa framstår som en given självklar sak att sträva mot (åtminstone ett fredligt Europa – ett "enat" Europa kan vara en mer provokativ målsättning). Det är ju det som är anledningen till att så många forskare och andra jurister passionerat hängt sig åt ett arbete (som överlag dessutom är obetalt): Känslan av att få ge ett bidrag, ehuru litet, till ett framtida Europa där militära eller kommersiella konflikter ersatts av samarbete och samtal. Med undantag för personer som Torgny Hästad så är det få som känner den där riktiga *passionen* för en reform av kommissionslagens regler – däremot reagerar många av oss känslomässigt (positivt eller negativt) om kommissionslagens reform formuleras görs till ett delmål i strävandet mot ett enat Europa. Vi som verksamma i civilrättsfacken kan också göra något för en bättre framtid. Men stämmer verkligen grundantagandet? Det är i sammanhanget intressant att när en forskare i statsvetenskap approacherar europeiseringsfrågan under rubriken "lagstiftning och nationell identitet" så är civilrättens harmonisering en aspekt som över huvud taget inte nämns som en relevant aspekt av den europeiska integrationen, se Sverker Gustavsson, *Lagstiftning och nationell identitet*, SvJT 2000, s. 218 ff., och särskilt om olika nivåer av integration på s. 221.

¹² Så t.ex. Ole Lando, *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, i *European Review of Private Law* 2000, s. 59 ff, på 59 f: "The term to 'Europeanise' the law, as used here, means to unify or harmonise European law, ie, the law of the countries which are, or will, become members of the European Union". Själv använder jag uttrycket i en vagare bemärkelse. När jag talar om europeiseringen av svensk skadeståndsrätt så avser jag alla möjliga olika typer av påverkan på skadeståndsrätten från andra europeiska rättsordningar eller från gemensamma europeiska rättsliga institutioner. En utförlig analys av vad "europeiseringen" innebär och vilka konsekvenser det har för studiet av privaträtten återfinns i Christian Joerges, *The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline*, EUI Working Paper Law, No. 2004/12.

¹³ En påtvingad förändring uppifrån, kanske genom införandet av en främmande begrepps-bildning i ett nationellt system, behöver inte leda till att rättsordningarna i realiteten närmar sig varandra. Teubners diskussion är berömd. Han framhållit att vid införandet av ett

variant kan vara den tillnärmning som kan ske efter att någon tar intryck av erfarenheter från en annan rättsordning än sin egna, exempelvis genom att studenter tar med sig intryck från sina ELSA-studier i ett annat europeiskt land eller att en advokat efter utlands-secondment låter sig inspireras av det andra landets perspektiv.¹⁴

I europeiseringsbegreppet ligger en tanke om *tillnärmning*: När rätten europeiseras blir de europeiska rättsordningarna mer homogena. Det kan betraktas som ett hot,¹⁵ eller som en möjlighet.¹⁶ En beskrivning av europeiseringstendenser är att tala om en *harmonisering* – ett uttryck som får utvecklingen att framstå som positiv och önskvärd.¹⁷ Vi vill väl alla leva i harmoni

nytt begrepp så är det mest intressanta inte huruvida den nationella rättsordningen kommer att acceptera eller stöta bort begreppet, utan snarare *vilken typ av meningsförändring som begreppet undergår* i sin nya ”kropp”, se Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying the Law Ends up in New Divergences*, 61 *Modern Law Review*, s. 11 ff. (1998).

¹⁴ I den diskussion som förs i de rättsvetenskapliga tidskrifter som blivit centrala i den moderna europeiseringsdiskursen, som *Europea Review of Private Law*, *European Business Law Review*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrechts (ZEUP)*.

¹⁵ Kritiken från Pierre Legrand har blivit berömd. Mest känd i sammanhanget är nog bredsidan mot kodifikationsprojektet i Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, *The Modern Law Review* 1997, s. 44 ff., Se även t.ex. Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, s. 52 ff. (1994), Pierre Legrand, *Structuring European Community Law: How Tacit Knowledge Matters*, 21 *Hastings International and Comparative Law Review*, s. 871 ff, (1997–1998), Pierre Legrand, *The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure*, 75 *Tulane Law Review*, s. 1033 ff. (2000–2001). Legrand har kommenterats av flertalet författare. Se t.ex. Vincent Zeno-Zencovich, *The “European Civil Code”, European legal traditions and neo-positivism*, 4 *European Review of Private Law* 1998, s. 349 ff.

¹⁶ Bland en sådan utvecklings tillskyndare kan man räkna åtskilliga av företrädarna för projektet om en europeisk civilkod (vilket är något annat än projektet om att man skall *undersöka* förutsättningarna för en europeisk civilkod). Här kan som exempel hänvisas till bidragen i antologierna *Towards a European Civil Code*. Den senaste volymen är redigerad av bl.a. Hartkamp, se Arthur Hartkamp m.fl. (red.) *Towards a European Civil Code*, 3 uppl., Nijmegen 2004.

¹⁷ Se även Stephen Weatherill, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, 11 *European Review of Private Law*, s. 633 ff. (2004). Jag gör i denna framställning en ganska tydlig distinktion mellan harmonisering – som präglas av en atmosfär av ömsesidig respekt och inflytande – och unifiering – som kan ske genom direkta krav pålagda ovanifrån. Tillnärmning använder jag därvid som en neutral beskrivning av att minst två objekt blir mer lika varandra. Tidigare har begreppen nog använts något annorlunda, se för kommentarer kring detta Ulf Bernitz, *Svensk lagstiftning och rättsvetenskap inför EG. Reflexioner i det rådande läget*, JT 1992–93, s. 238.

med vår omgivning? En annan beskrivning av europeiseringstendenser är att tala om en unifiering. Unifieringsuttrycket kan användas i en neutral bemärkelse. Men unifieringsuttrycket kan också framstå som hotfullt.¹⁸ Unifiering kan innebära likriktning och en likriktning innebär ett nedtonande av skillnader och nyanser som många gånger värderas som något positivt.

Initiativet till en tillnärmning kan tas av olika aktörer. Det kan komma från ett nationellt perspektiv eller från ett centraliserat europeiskt perspektiv, d.v.s. initiativet kan ta sitt avstamp i en nationell rättsordnings normer eller i gemensamma europeiska normer.

Även vad en tillnärmning *innebär* – eller kan innebära – leder till kontroversiella frågor. Vad innebär det att de europeiska rättsordningarna närmar sig varandra? Innebär det att vi får regler som i högre utsträckning än tidigare är likadana (om än uttryckta på olika språk)? Innebär det att vi i högre utsträckning än tidigare kommer till likadana lösningar på rättsliga problem – att domstolarna i olika rättsordningar bedömer ett fall med omständigheterna X, Y, och Z på samma sätt? Eller betyder en tillnärmning att [människor i] olika rättsordningar i högre utsträckning än tidigare kommer att dela samma rättspolitiska värderingar, att vi kanske bygger upp ett gemensamt rättskulturellt arv tillsammans?

Ämnet för artikeln

Det är mot denna bakgrund av svårfångade distinktioner som vi skall analysera de förslag till gemensamma europeiska civilrättsprinciper som nyligen har publicerats. Hur kan man utvärdera dessa förslag utan att hamna i avgrundsdjupa metodologiska gropar? Dessa aspekter kommer att behandlas mot bakgrund av två förslag till utomobligatoriska ansvarsregler: Principles of European Tort Law (PETL) och de skadeståndsregler som ingår i den sjätte ”boken” i Draft Common Frame of Reference (DFCR).

Det finns flera anledningar till att låta just de utomobligatoriska ansvarsreglerna – i praktiken framför allt skadeståndsrätten – utgöra jämförelseobjekt. En anledning är att de kontraktsrättsliga förslagen, särskilt Lando-gruppens förslag, har haft en ”first mover advantage” och har därför redan

¹⁸ I EG-rätten använder man således harmoniseringsuttrycket även för sådana processer som karakteriseras av allt annat än harmoni. Se härom Walter van Gerven, Harmonization of Private Law: Do We Need It?, 41 Common Market Law Review, s. 505 ff. (2004).

varit föremål för en omfattande diskussion. Diskussionen om europeiseringens underliggande värderingar har därtill ofta fokuserat på just avtalsrätten.¹⁹

En annan anledning är att regler som tar sikte på det utomobligatoriska området tydligare än de kontraktsrättsliga förslagen aktualiserar vissa problem med sådana här förslag, såsom legitimitetsproblem och funktionalitetsproblem. Medan ett välformulerat förslag till allmänna avtalsrättsliga principer kan få en praktisk betydelse genom att det används vid avtalsskrivning och kanske till och med vid utformandet av standardavtal finns det inte samma mjuka ingång till den tillämpade juridikens värld för utomobligatoriska regelförslag. Det gör också frågan om förslagets funktion tydlig: De avtalsrättsliga förslagets funktion ligger delvis i att de kan framstå som attraktiva för parter som på olika sätt förhåller sig till dem men de utomobligatoriska förslagen kan inte ha denna funktion.²⁰ Det gör med andra ord att dessa förslag måste utvärderas utifrån andra premisser.

Kort presentation av PETL och DCFR:s skadeståndsbok

Allmänt

Här skall inte ges någon mer ingående beskrivning av skadeståndsprincipförslagen. Förslagen är i sig lättillgängliga från respektive projekts hemsida eller i bokform.²¹ Några korta anmärkningar kan dock göras, närmast som en introducerande presentation.

Principles of European Tort Law, eller PETL, publicerades i bokform och på Internet 2005. Boken innehåller förutom en katalog av olika skadeståndsrättsliga principer även kommentarer med illustrationer som visar hur en tillämpning av principerna kan göras. Skadeståndsförslaget täcker i princip hela skadeståndsrätten och innehåller allmänna regler om ansvar – om culpaansvar och striktare ansvar, avancerade regler om kausalitetskravets innebörd och beräkningsregler, etc. En mer eller mindre ”full” skadeståndslag presenteras således.

¹⁹ Det gäller även för den inledande diskussion om underliggande värderingar som förs i DCFR, där det finns en utläggning om avtalsrättsliga värderingar som inte motsvaras av något liknande på den utomobligatoriska skadeståndsrättens område.

²⁰ Om harmoniseringsprojektets funktionalistiska fundament se Joel Samuelsson, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, *Europarättslig Tidskrift* 2009, s. 63 ff.

²¹ Se www.egtl.org och www.sgecc.net.

DCFR publicerades i en interimistisk version 2008 och i sin slutliga version 2009. I delar finns det förslag som ges i DCFR publicerade i en serie av volymer som benämns Principles of European Law. Dessa volymer innehåller även komparativrättsliga kommentarer och illustrationer. Volymer om skadeståndsrätt har ännu inte publicerats när detta skrivs. I DCFR är skadeståndsrätten en del av ett mer övergripande civilrättsförslag. Skadeståndsboken i DCFR ger också en fullödig bild av skadeståndsrätten men dess författare har dock undvikit vissa frågor som (synbarligen) uppfattats som alltför kontroversiella, som arbetstagares ansvar.

Syften

Vad är det *uttalade* syftet eller syftena med förslagen till europeiska civilrättsprinciper? Om vi till att börja med ser på PETL så är det tydligt att författarna ville prestera något mer än en komparativrättslig undersökning av europeiska skadestandsregler och det sägs explicit att avsikten inte heller varit att prestera en europeisk "restatement of torts".²² Det övergripande syftet har istället varit att producera "a kind for framework for the further development of a truly harmonized European tort law".²³ EGTL noterar att akademiker inte kan skriva om Europas rättsordningar men mellan raderna framstår det som att gruppen hoppas på att om den politiska viljan finns att unifiera de europeiska skadeståndssystemen så skall PETL kunna tillhandahålla ett underlag i den processen.²⁴

I DCFR framhålles liknande ambitioner. Förslaget är inte något mer än ett, främst akademiskt utvecklat, icke-förpliktande förslag. Men det finns samtidigt en förhoppning om att om det finns en politisk vilja att gå vidare till en "full", eller "politisk" Common Frame of Reference så skall DCFR kunna användas som ett underlag för detta. Problemet är att det fortfarande inte är riktigt klart vad en "gemensam referensram" egentligen *är* för något. En "politisk" gemensam referensram, som har stöd i en demokratiskt utsedd auktoritet, kan inta olika skepnader. En risk som vissa ser är att DCFR egent-

²² European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Wien/New York 2005, s. 16, nr. 31. Se vidare för kommentarer kring detta Helmut Koziol, Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example, 1 Journal of Tort Law, Iss. 3, art. 5, på s. 7 (2007).

²³ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Wien/New York 2005, s. 16, nr. 30.

²⁴ PETL, s. 16 f, nr. 32–36.

ligen är ett första steg mot en gemensam europeisk civilkod – en lösning som väl alltfler betraktar som ett hot mer än en möjlighet.²⁵

Komparativrättsligt arbete

The Study Groups komparativrättsligt orienterade kommentarer till det skadeståndsrättsliga principförslaget har ännu inte publicerats, men det finns redan volymer rörande andra delar av förslaget. När det gäller PETL så har åtskilliga komparativrättsliga undersökningar publicerats i den s.k. Unification of Tort Law-serien, som i en rad volymer behandlar olika skadeståndsrättsliga ämnen. Dessa jämförande utredningar innehåller mycket matnyttig information, även om det finns risker även med att använda sig av dessa undersökningar.²⁶

Kritiska reflektioner

Inledning

En fråga som tenderar att hamna i skymundan av det praktiska arbetet och förslagen är om det finns ett *behov* av europeiska principer av det slag som DCFR och PETL tillhandahåller. Vad är behovet och hur fyller i sådana fall de nu presenterade förslagen det behovet? Det måste först konstateras att den första delfrågan kompliceras av att principförslagen saknar politisk legitimi-

²⁵ Se t.ex. M.W. Hesselink, 'The Politics of a European Civil Code', 10 *European Law Journal*, s. 675 ff, särskilt på s. 694 (2004).

²⁶ Det gäller särskilt EGTL:s komparativa undersökningar som bygger på en metod bestående av enkäter som besvarats nationella observatörer. Det finns flera problem med den s.k. questionnaire-metoden. Ett problem är att de frågor som ställts ofta tydligt tagits sitt avstamp i en viss, nationellt färgad, uppfattning rörande metod, begrepp och regler vilket medför att svaren positioneras som antingen för eller emot en på förhand definierad världsbild. Ett annat problem är representationen: Vilka nationella system låter sig höras? Ett tredje problem är valet av nationella rapportörer: Påverkas kanske svaren på enkäterna av om rapportörerna är övertygade anhängare av europeiseringsprojektet på ett sådant sätt att den som svarar betonar likheterna mer än en skeptiker skulle ha gjort? Ett fjärde problem rör undersökningarnas fokus: Är det rimligt att betona den sakliga utgången av en konkret situation på det sätt som EGTL:s undersökningar gjort – är det inte lika intressant att undersöka hur vi resonerar oss fram till våra svar och hur våra resonemang vilar på metodologiska och värderingsmässiga antaganden? Se för en presentation av EGTL:s metod Bernhard Koch, "The European Group on Tort Law" and Its "Principles of European Tort Law", 53 *American Journal of Comparative Law*, s. 189 ff., på s. 190 f. (2005). Se för en kritik mot metoden Mårten Schultz, *Questioning the Questionnaire*, *Scandinavian Studies in Law* 50, s. 289 ff.

tet.²⁷ Det kan nämligen hävdas att även om det finns behov av gemensamma, demokratiskt (politiskt) förankrade, europeiska skadeståndsregler så finns det inte något behov av denna typ av akademiska produkter.²⁸ Varför skall akademiker presentera sina förslag i reglernas form?²⁹ Principförslagen kan ur det perspektivet till och med betraktas som ett otillbörligt påverkande av de politiska processerna eller som ett försök att sätta en agenda utan att göra klart de politiska motiven. Kanske behöver vi inte någon regelharmonisering på skadeståndsrättens område.³⁰ Det kan också hävdas att det finns ett behov av den här typen av europeiska civilrättsprinciper men att behovet inte står att finna i dess potentiella, praktiska tillämpning utan i något annat. Och om det är fallet kan en utvärdering av principerna inte göras utifrån vilka resultat ett erkännande av principerna som en rättskälla skulle leda till.

De kritiska kommentarer som här följer behandlar både de problem som ett erkännande av principerna som rättsliga regler skulle innebära och problemen med principerna i sig. Problemen med principerna i sig kan smitta av sig på hur en rättstillämpning utifrån principerna skall utvärderas men behöver inte nödvändigtvis göra det. De underliggande fördomar som påverkat arbetet med att ta fram PETL, som nedan skall behandlas, behöver inte innebära några problem för den rättstillämpare som skall använda PETL som en samling regler. Problem med hur principerna skulle fungera i en rättstillämpningssituation behöver inte i sig återspegla något problem med principerna i sig. De språkliga hinder som skall diskuteras nedan utgör främst ett problem för hur DCFR eller PETL skall kunna användas i praktisk juridik, för det fall

²⁷ Det bör härvid framhållas att den politiska "neutralitet" som akademiker idealiskt ofta förväntas besjålas av kan betraktas som en positiv egenskap i europeiseringsdiskussionen. Skriver Lando: "the best uniform rules are made by lawyers who do not take instructions from any government and do not professionally belong to any specific interest group", Ole Lando, *Comparative Law and Lawmaking*, 75 *Tulane Law Review*, s. 1015 ff., på s. 1016 (2001).

²⁸ Se för argument för ett behov av europeisk skadeståndsharmonisering Stathis Banakas, *European Tort Law is it Possible?*, *European Review of Private Law* 2002, s. 363 ff.

²⁹ Se för kritiska kommentarer kring europeiseringsförslagets "rule-centred narratives" Leone Niglia, *Taking Comparative Law Seriously – Europe's Private Law and the Poverty of the Orthodoxy*, 54 *American Journal of Comparative Law*, s. 401 ff. (2006).

³⁰ Ett argument för en unifiering av skadeståndsrätten är att skillnaderna mellan de olika rättssystemen leder till problem i form av transaktionskostnader, i form av forumshopping, eller andra problem. Detta diskuteras bland annat i sammanhang med frågan om huruvida en civilrättsunifiering faller inom EU:s kompetensområde, se t.ex. Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006, s. 133 ff.

det skapas auktoritativ legitimitet för en sådan tillämpning, men har inte med principernas kvalitet *per se* att göra.

Språkbarriärer

Ett uppenbart problem med att skriva generella civilrättsliga principer för de europeiska rättsordningarna är språkbarriären.³¹ Arbetsspråket för både EGTL och The Study Group har varit engelska och de viktigaste publikationerna är på det engelska språket. Själva principförslagen presenteras emellertid även på andra språk. PETL har översatts till en mängd olika språk, inklusive kinesiska och koreanska, men finns inte tillgängliga på något av de nordiska språken.³² DCFR finns när detta skrivs bara på engelska.

Nu anser väl nordiska jurister i allmänhet att vi behärskar det engelska språket förhållandevis väl. Men det är en stor skillnad att kunna beställa mat eller fråga efter vägen på ett andraspråk och att behärska juridikens finkalibrerade språkapparat. Redan de helt basala uttrycken komplicerar och det är väl känt. Det allmänna uttrycket skada låter sig svårligen passas in i en tortstermonologi: passar "harm", "damage" eller "injury" bäst om vi vill fånga in helt vårt öppna skadeståndsbegrepp? Skall vi uttrycka adekvanskravet i termer av "adequacy" (som knappast den genomsnittliga engelskspråkiga juristen förstår) eller söka bland någon av de konceptuella motsvarigheterna som "legal cause", "proximate damage" eller det vagare "remoteness of damage"? Och åt andra hållet: Hur översätter vi egentligen själva disciplinrubriken "tort" till de nordiska språken utan att förlora något essentiellt på vägen?

Språkproblemet aktualiseras med störst styrka i ett scenario där föreslagna civilrättsprinciperna skall användas i tillämpad juridik. Allra tydligast blir det naturligtvis om principerna skall användas såsom lag av en domstol i ett enskilt fall. Det finns uppenbara rättssäkerhetsrisker med att tillämpa regler som är formulerade på ett för domstolen och parterna främmande språk. Det

³¹ Se härom t.ex. Paula Gilliker, *European Tort Law: Five Key Questions for Debate*, 17 *European Review of Private Law*, s. 285 ff. (2009) avsnitt 2.5, och Jane Stapleton i *Benefits of Comparative Torts Reasoning: Lost in Translation*, 1 *Journal of Tort Law*, Iss. 3, Art. 6 (2007).

³² Vilket i sig kan vara skäl för kritik: EGTL har tydligen ansett att dess förslag till europeiska skadeståndsprinciper har större relevans för utomeuropeiska marknader än för Norden. Se vidare Mårten Schultz, *Disharmonization*, *European Business Law Review* 2007, s. 1305 ff.

finns likaledes uppenbara rättssäkerhetsrisker om en översättning av principförslaget används men där den engelska ursprungstexten utgör den primära källan. Nu finns det inget som tyder på att de nu föreliggande förslagen kan komma att användas som en auktoritativ rättskälla av nordiska domstolar inom överskådlig tid. Men även om principerna används på ett mindre auktoritativt sätt så medför språkbarriärerna problem. Även den domstol, lagstiftare eller rättsvetare som finner rättspolitisk inspiration från de föreliggande förslagen måste företa en översättning som bedömaren kanske inte är fullt kompetent att utföra.

Representation och fördom

En annan aspekt som i detta sammanhang kan beaktas är vilka gruppers erfarenheter som givit input i processen. Här finns det anledning till eftertanke. Vi utvecklar våra åsikter i en interaktion med vår omgivning och bildar oss uppfattningar utifrån vår position i olika strukturella tillhörigheter. Det gäller även i rättsliga sammanhang. Faktorer som ålder, kön, etnisk och religiös tillhörighet, ekonomisk status, politiska åsikter präglar oss även i våra uppfattningar om rätten och om rättspolitik. Representationen av olika grupperingar i The Study Group och EGTL är därför betydelsefull och har tilldragit sig alltmer intresse.³³

Olika teoribildningar har under senare tid på skadeståndsrättens område, och andra rättsområden också, fäst vår uppmärksamhet på hur rätten påverkas i förhållande till vilka gruppers erfarenheter som vi gör till normen, till utgångspunkten för analysen. Ur denna grundläggande metodologiska insikt – att skapandet och studiet av rätten påverkas av strukturella faktorer – har olika särskilda perspektiv på rätten vuxit fram: Hur bidrar skadeståndsrätten till att upprätthålla en rådande orättvis fördelning av resurser? Hur medverkar skadeståndsrätten i det strukturella underordnandet av personer från etniska, kulturella eller sexuella minoriteter? Hur påverkas och påverkar genusfaktorer den skadeståndsrättsliga analysen, rättsbildningen, eller rättstillämpningen?

³³ Alltfler har således kritiserat europeiseringsprojekten för att det bara är de redan övertygade som får komma till tals, genom att EU:s input i Common Frame of Reference-processen enbart kom från en aktör, ett nätverk (The Study Group), där personer med avvikande åsikter inte fick tillträde, se Stefan Grundmann, *European Contract Law(s) of What Colour?* 2 *European Review of Contract Law*, s. 184 ff., särskilt på s. 210 (2005).

Det finns nog en ganska grundmurad skepsis mot sådana här infallsvinklar bland många mer traditionellt hållna jurister.³⁴ Sådan skepsis kan nog vara motiverad i viss utsträckning, särskilt när det gäller metodologiska approacher som framförs med en imperialistisk attityd: Att den förespråkade – ismen eller teorin kan och bör ersätta traditionella metoder *tout court*. Vi bör även vara kritiska när kritiken sker utifrån begrepp som ohållbara eller lösa i konturerna.³⁵ Men den skepsis som vi kan känna bör inte skymma de goda bidrag som ”utanförperspektiven” kan tillhandahålla.³⁶ En feministisk analys, till exempel, kan hjälpa oss att avslöja stereotypiseringar eller fördomar i systemet, eller olämpliga underliggande metodologiska antaganden som fortplantas, kanske bara av slentrian.³⁷

När det gäller förslag som PETL eller DCFR är sådana här perspektiv särskilt nyttiga. Det här onekligen anspråksfulla förslag och sådana förslag förtjänar att genomlysas ur alla möjliga perspektiv. Trots att de kan antas komma att på olika sätt påverka våra nationella rättsordningar så saknar förslagen saknar en demokratisk legitimitet. Härigenom har förslagen undslupit den granskning som den demokratiska processens rättsbildning, i alla fall lagstiftningen, för med sig i olika skeden där särintressen och olika aktörer (fackförbund, näringslivsorganisationer, intresseorganisationer, politiker från olika partier, forskare, etc.) får ha synpunkter på förslaget. På ett helt annat sätt än vad som är fallet med nationella lagstiftningsinitiativ finns det därför risker för tunnelseende och (kanske implicit) bias.

När det gäller den sist nämnda infallsvinkeln, att undersöka om förslagen bygger på fördomar och snedvridna samhällsföreställningar så utgör särskilt

³⁴ En stor del av den skepsis som möter exempelvis queer-teori, feministiska approacher eller intersektionalitetsanalyser av rätten är säkerligen att de traditionella forskarna som utgör majoritet helt enkelt inte förstår vad de nya perspektiven innebär eller vad man kan göra med dem.

³⁵ Åtskilliga argument mot hur begreppet ”patriarkatet”, eller ”patriarkala strukturer”, används ges i Richard A. Epstein, *Liberty, Patriarchy, and Feminism*, 1999 University of Chicago Legal Forum, s. 89 ff. Epsteins artikel bemöts i Andrew Koppelman, *Feminism and Libertarianism: A Response to Richard Epstein*, 1999 University of Chicago Legal Forum, s. 115 ff.

³⁶ Se om detta Märten Schultz, *Skadeståndsrätt och feminism*, JT 2006/07, s. 491 ff.

³⁷ Genus- och genderorienterade forskningsperspektiv kan ta sig många uttryck. Det är ingalunda fråga om en homogen teoribildning. Eva-Maria Svensson talar om tre olika genusperspektiv – kvinnorrätten; kvinnoperspektiv på rätten; och genus och rätt – som kan existera samtidigt men noterar också att en förskjutning har skett från kvinnorrättsliga perspektiv till perspektivet genus och rätt. Se Eva-Maria Svensson, *Genusforskning inom juridiken*, 2 uppl., Stockholm 2001, s. 12 ff.

PETL – när det gäller DCFR så kan det finnas anledning att återkomma till förslaget senare – ett ovanligt tydligt exempel på faran med en bristande förståelse för hur viktigt det är att ha en mental beredskap mot vetenskapens strukturella glasögon, till exempel när det gäller könsbaserade fördomar.³⁸ Om man försöker att skrapa på ytan av de till synes neutralt hållna principerna och deras kommentarer för att se vilka värderingar som döljer sig bakom det objektiva språket så får vi ett ovanligt tydligt exempel på nyttan av att även vi traditionalister – och ja, jag räknar mig till dem – understundom anlägger genusperspektiv.

European Group on Tort Law var i sig en manlig sak. Alla 20 medlemmar i forskargruppen var män. I hög grad kan vi nog anta att gruppen dessutom bestod av män med liknande ställning – framstående professorer med etablerade positioner på olika universitet. Det är naturligtvis inte något fel med det. Somliga kan nog anse att det är ett problem i sig att det inte fanns utrymme för en enda kvinna i en forskargrupp om tjugo personer men det anser inte jag – det kan finnas olika skäl som talar för just en sådan sammansättning. Problemet uppstår emellertid om deltagarna i forskargruppen utgår från sina egna föreställningar om hur samhället är beskaffat på ett sätt som i realiteten är ägnat att främja fördomar och stereotyper.

Problemet är att det allmänna intrycket man får av könsroller när man läser PETL med kommentarer är förbluffande stereotypiskt. Könet på skadevällaren och den skadelidande nämns ganska ofta, av någon anledning, och det kan generellt sägas att alla aktörer som är av någon betydelse i de många exemplen är män. Män som kör bilar och arbetar som läkare och begår våldsbrott och driver företag. De få gånger kvinnor är med i exemplen så får de spela passiva roller, de är med andra ord överlag offer. När kvinnorna är skadelidande så drabbas de av ”klassiska” kvinnliga problem, som psykiska besvär. (Förr i tiden kallade man sådana kvinnor för ”hysterikor”.) Män, som en kontrast, drabbas av betydligt mer rejäla skador. Som döden.

Bilden av kvinnor i PETL är som ett vykort från svunna tider. Totalt sett så förekommer, såvitt jag kunnat se, kvinnor i sju eller åtta av de totalt hundratalens exempel som skall illustrera principerna och i dessa fall är det bara i tre-fyra exempel som kvinnor tillåts inta någon form av aktiv roll i skeendet. Och

³⁸ Det här är alltså en approach som intagits av feministiska forskare även om approachen kanske inte direkt anses som ”cutting-edge”. Som Martha Chamallas, i sin karakteristik av andra vågens feministiska analys framhåller målsättningen, att undersöka ”implicit male bias in neutral legal standards”, Martha Chamallas, *Importing Feminist Theories to Change Tort Law*, 11 *Wisconsin Women’s L. J.*, s. 389 ff., på s. 391 (1996–97).

när kvinnorna tillåts spela de aktiva rollerna så är deras aktiviteter av ett föraktligt kvinnligt slag. Det finns anledning att ta upp alla de exempel som inkluderar kvinnor eftersom de tillsammans ger en ganska entydig bild av författarnas uppfattning. Man kan således notera att kvinnor drabbas av mentala problem två gånger (s. 84, nr. 26 och s. 135, nr. 23); en kvinna beskrivs som en berusad ”tramp”, (s. 83, nr. 24); två kvinnor anklagar falskeligen en man för sexuella trakasserier (s. 74, nr. 22); en kvinna är en kvacksalvare (s. 73, nr. 19); och – så klart – kvinnor blir änkor (s. 158, nr. 12 och s. 178, nr. 16). (Det finns inte några änkemän i PETL.)

En sådan här genomgång illustrerar i sig ett problem. Produkten PETL bidrar till en stereotyp och fördomsfull syn på könsroller. Men det finns också ett potentiellt problem, som är betydligt mer långtgående. Om PETL har en förankring i en föråldrad könsrollsuppfattning så hur påverkas då resultatet? Hur skall vi förhålla oss till de till synes neutrala principförslag som framförts? Ja, till att börja med så måste vi vara vaksamma på om de i praktiken kan främja etablerade maktpositioner eller strukturer på ett otillbörligt sätt.

Även om vi inte kan finna några tydliga indikationer på att de föreslagna principerna bidrar till att befästa de strukturer varpå de så tydligt vilar så finns det fortfarande ett problem för PETL. Problemet består i att den lätt-sinniga inställningen till hur principerna presenteras och kommuniceras återspeglar en arkaisk syn på juridik och rättsvetenskap. Hur budskapet kommuniceras är inte viktigare än budskapet, men det är också viktigt. Och vad mera är: Ett viktigt budskap kan drunkna i en oskicklig presentationsform. Det är idag en basal insikt. För såväl lagstiftaren, domstolen, advokaten, rättsvetaren som lever i samtiden.³⁹ Medvetenheten om kommunikationens betydelse är idag nödvändig för företrädare för alla juridikens yrkesgrupper om man vill framstå som i takt med tiden. En otillgänglig och fördoms-impregnerad framställning inger inte förtroende.

Harmonisering och disharmonisering

Harmoniseringssyftet

EGTL framhåller att målsättningen var att åstadkomma ett förslag till gemensamma principer som kan utgöra en ”framework” för en framtida i san-

³⁹ Som en jämförelse kan tas den svenska grundlagsutredningen som särskilt analyserade könsstereotyper i författningsspråket.

ning harmoniserad civilrätt. DCFR framhåller att deras förslag är akademiskt (vad nu än det betyder), men att förhoppningen ändå är att principerna skall kunna vara användbara för utvecklandet av en framtida, politisk Common Frame of Reference, om en sådan skall utvecklas. Även The Study Group hoppas att dess förslag skall kunna främja utvecklandet mot en harmonisering av de europeiska civilrättssystemen.

Ovan beskrevs ”harmonisering” som en rättsordningarnas tillnärmning som sker i en positiv atmosfär. En civilrättslig harmonisering är en utveckling mot – på något sätt – en mer homogen europeisk civilrätt men en homogeniseringsprocess som uppfattas som en utveckling av godo. Ett aktuellt exempel: Om Sverige genom ett direktiv förmås införa en förlängning av den upphovsrättsliga skyddstiden trots det motstånd mot en sådan reform som finns hos såväl regeringen och riksdagen som befolkningen så bidrar det i och för sig till en unifiering av de europeiska immaterialrättssystemen. Men någon harmoni uppnås knappast genom att köra över nationellt omhuldade rättsliga värderingar.⁴⁰

Svenska värderingar

En harmonisk utveckling genom soft law-principer som DCFR och PETL förutsätter, påstår jag, att förslagen på ett respektfullt sätt förhåller sig till sådana rättspolitiska värderingar som är särskilt betydelsefulla för de omfattade nationella rättsordningarna, som värderingarna kommer till uttryck i rättsregler, principer och läror. Det betyder inte att förslagen måste gå på samma linje som just svensk eller finsk rätt, men det betyder att för det fall EGTL eller The Study Group vill inta en annan inställning i sådana särskilt känsliga frågor så krävs det ett försiktigt handlag och motiveringar. Vilka värderingar är det då som vi i nordisk skadeståndsrätt omhuldar särskilt?⁴¹ Frågan rör sig

⁴⁰ Graden av insikt om vad som är grundläggande rättspolitiska värderingar för de olika rättsordningarna beror naturligtvis på i vilken utsträckning som man tar del av information från de nationella rättsordningarna. När det gäller PETL kan det konstateras att de nordiska perspektiven enbart i väldigt ringa utsträckning inhämtades i de förberedande komparativa undersökningar som publicerades i Unification of Tort Law-serien. Det finns till exempel fler nationella rapporter från Sydafrika och USA än från alla de nordiska länderna tillsammans. I Study Groups arbete har däremot nordiska perspektiv funnits representerade på många olika plan – i såväl de arbetsgrupper med yngre jurister som tagit fram nationella rapporter som i de olika expertorganen och exekutiva organen.

⁴¹ Jag talar här om nordisk och svensk rätt om vartannat. Min uppfattning är att det är mycket som förenar oss i de nordiska rättsordningarna och att det nog kan sägas att vi står för ett gemensamt och särskilt perspektiv i det europeiska samarbetet. Se för en plaidoyer

på olika normativa nivåer. Men vi kan börja med att tolka det som en fråga om det finns några skadeståndsrättsliga principer eller läror/teorier som utmärker de nordiska skadeståndsrättsystemen och som vi anser skiljer oss från andra rättsordningar. Vilka aspekter man därmed vill ta blir i hög grad en smaksak. Men det finns vissa företeelser som är tämligen tydliga särdrag för de nordiska skadeståndsrättsordningarna och som en initierad nordisk jurist tenderar att framhålla i internationella sammanhang. Här följer några sådana särdrag presenterade med en stigande grad av konkretion: 1) Den pragmatiska metoden och den skeptiska inställningen mot att lösa skadeståndsrättsliga problem genom *analys* av grundbegreppen; 2) Oviljan att *definiera* skadeståndsrättens grundbegrepp (culpa, kausalitet, adekvans); 3) Den hybridartade synen på *rättsbildning* som innebär att lagstiftaren lägger ned de detaljerade reglerna (om skadeberäkning till exempel) medan det är upp till domstolarna och i viss mån rättsvetenskapen att fylla de grundläggande begreppen (culpa, kausalitet, adekvans) med mening; 4) Skepticismen mot *moraliska* argument;⁴² 5) Arbetstagarens skydd mot skadeståndsansvar; 6) De generösa jämkningsreglerna, och 7) Skadeståndsrättens parasiterande på den straffrättsliga regleringen.⁴³ Hur förhåller sig då de europeiska förslagen till

för ett nordiskt samarbete i det europeiserade tidevarvet Bill W. Dufwa, Upprop! NFT 2007, s. 107 ff. Jag använder mig dock främst av svenska exempel och nämner därför emellanåt särskilt svensk rätt och Sverige.

⁴² När det gäller särskilt rättsstridighetslärans inflytande i de europeiska projekten och förhållandet till svensk rätt skrev Bill Dufwa tidigt en något defaitistisk uppsats, Bill W. Dufwa, Rättsstridighet och det europeiska harmoniseringsarbetet i skadeståndsrätt, i: Festskrift till Ulf K. Nordensson, Stockholm 1999, s. 75 ff.

⁴³ Att de civilrättsliga ansvarfrågorna i så hög grad kopplats samman med de straffrättsliga har historiska förklaringar; det var ju trots allt inte så länge sedan den allmänna skadeståndsrättens främsta lagstöd i svensk rätt stod att finna i den gamla strafflagens sjätte kapitel. Relationen till straffrättens regelverk har i vissa avseenden förblivit intakt, inte minst genom den märkliga uppfattningen att ansvarsfrihetsgrunderna i 24 kap. brottsbalken är mer eller mindre direkt tillämpliga även i skadeståndsrättsliga ansvarssituationer. Men utvecklingstendenserna är något förvånande. Man skulle kunna tro att den civilrättsliga ansvarsregleringen skulle få litet bättre självförtroende med tiden så att den kan stå på egna ben. I ett avseende har utvecklingen också gått åt detta håll. När skadeståndsrättens parasiterande på den straffrättsliga regleringen kritiserats tidigare i svensk rätt har det framför allt varit regeln om ren förmögenhetsskada (skadeståndslagen 2 kap. 2 §, tidigare 2:4) och den s.k. spärregeluttolkningen som stått i centrum, se härom Jan Kleineman, Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1987, passim och Jan Hellner, Behöver vi en ny skadeståndslag? JT 1995–96, s. 282 ff, på s. 284 ff. När det gäller ren förmögenhetsskada så får det dock sägas att utvecklingen gått mot en mer självständig skadeståndsrätt och spärregeluttolkningen framstår som en alltmer översimplifierad och missvisande förklaring. (Se om detta Mårten Schultz, Skadeståndsbegränsning och skadeförebyggande, under utgivning.) Men

dessas, förvisso delvis godtyckligt valda, karakteristika för de nordiska skadeståndsrättsordningarna?

Stilistik och metod

Till att börja med kan snabbt konstateras att den detaljerade kontinental-europeiskt hållna framställningsstilen som används av både EGTL och The Study Group kontrasterar mot den inställning som döljer sig bakom punkterna 1–3 ovan. Om en svensk domare är obenägen att lösa t.ex. ett orsaksproblem i en tvist genom att analysera orsaksbegreppets närmare innebörd i svensk rätt (och vi har nyligen fått tydliga exempel på att svenska domare är sällsynt obenägna att göra det) så skulle den domare som försökte lösa ett orsaksproblem under PETL ofta få ägna sig åt komplicerade analyser. DCFR:s orsaksregler är enklare uttryckta – och mindre kontroversiella – men även dessa skulle kräva en annan metod än den lösa (ibland möjligen principiösa) metod som svenska domare vant sig vid att använda i den allmänna förmögenhetsrättens enbart fläckvist kodifierade landskap. Den mer genomgripande kodifikationsstrategi som EGTL och The Study Group anammat innebär också att de skadeståndsrättsliga begreppen i högre grad låses fast vid nedskrivna (och sannolikt svårförändrade⁴⁴) definitioner. Det kontrasterar mot den attityd som de nordiska lagstiftarna intagit och som bedömare, alltfler tycks det mig, nu prisar inte bara för att den är flexibel utan även för att den är dynamisk – rätten kan i de allmänna principernas lagstiftningslösa (men inte principiösa) land organiskt anpassas till nya förhållanden.

samtidigt har skadeståndsrätten dragit in straffrättsliga idéer genom nya konstruktioner, framför allt genom införandet av den särskilda kränkningsskadestandsregeln i SkL 2:3 som är en straffrättslig konstruktion insmugen i ett civilrättsligt sammanhang. Men onödiga komplikationer till följd (se Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, särskilt kap. 2). Kopplingen till straffrätten medför en onödig hämsko för analysen (inte minst vid ärekränkningsskadeståndet – som blivit en allt viktigare rättslig institution för att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för kränkningar av rätten till ett skyddat privatliv; ett ökande samhällsproblem när vår tids informationsteknologi enkelt blir ett redskap för att massprida privat information – vilket även Hellner konstaterar i a.a.s. 485) Kanske kan Högsta domstolens nytänkande när det gäller ersättning för kränkningar av Europakonventionen (se särskilt NJA 2005 s. 462) vara ett första steg mot en kränkningsskadeståndsrätt som inte ängsligt klamrar sig fast vid en straffrättslig analys i en överdriven oro för att de skadeståndsrättsliga dammluckorna skall rämna om den privata ansvarsrätten tillåts leva sitt eget liv.

⁴⁴ Ett generellt problem med de akademiskt framtagna principerna är frånvaron av institutioner som kan sörja för modifikationer om det visar sig att principerna har brister. Förslagen är därmed statiska – något som också projektens kritiker tagit fasta på.

Attityder, regler och systematik

Även när det gäller de mer konkreta punkter som ovan tagits upp som särdrag finns det stora skillnader mellan PETL och DCFR. Tveksamheten mot att introducera moraliska hänsyn i civilrätten har kommit till uttryck i en skepsis mot *contra bonos mores*-resonemang i svensk rätt; pactum turpe-läran får således sägas kämpa i motvind (utan att för den skull vara bortblåst) och i skadeståndsrätten finns det få argumentationslinjer som kan användas för att exkludera anspråk på den grund att det underliggande intresset är ”illegalt” eller omoraliskt.⁴⁵ De europeiska principerna intar en motsatt inställning. I PETL finns det en öppen princip som säger att ”illegal gains” inte är skadeståndsrättsligt skyddade.⁴⁶ DCFR innehåller en till viss del liknande regel men är mer försiktigt formulerad.⁴⁷ Formulerad på det här generella sättet kan konstateras att det finns en tydlig skillnad mot svensk rätt, där domstolarna tveklöst varit benägna att i vissa situationer ersätta även brottslingen som drabbas av skador och det även om skadan drabbat ett intresse som hänger samman med en brottslig gärning.⁴⁸ Här finns det måhända en skillnad som går djupare än den sakliga skillnaden att det till skillnad från i svensk

⁴⁵ Se vidare Märten Schultz, ”Brottslingar förtjänar inte skadeståndsrättens skydd”, SvJT 2007, s. 477 ff. och Märten Schultz, Skadestånd Contra Bonos Mores, JT 2008–09, s. 465 ff.

⁴⁶ Den generella regeln om ”Recoverable damage” (Art. 2:101.) lyder: Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest. Och regeln följs upp med Art. 2:103, som har rubriken ”Legitimacy of damage” och som lyder: ”Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.” I kommentarerna till artikeln (PETL, s. 36, nr. 8) ges exempel på vilka typer av situationer där skadestånd enligt PETL skall anses uteslutet. Det rör t.ex. situationer där en person drabbas av personskada och inte längre kan försörja sig som inbrottstjuv. Enligt kommentarerna så återspeglar denna princip en samstämmig inställning i Europa.

⁴⁷ Article 5:103: Damage Caused by a Criminal to a Collaborator: ”Legally relevant damage caused unintentionally in the course of committing a criminal offence to another person participating or otherwise collaborating in the offence does not give rise to a right to reparation if this would be contrary to public policy.”

⁴⁸ Det gäller även om brottslingen drabbats av förluster till följd av otillbörliga (såsom just brottsliga) aktiviteter (se t.ex. NJA 1937 s. 264). Ett måhända mer extremt exempel är att brottslingar som skadar sig vid utövandet av själva brottet kan erhålla skadestånd (i NJA 1995 s. 661 erhöll en rånare som sköts i samband med brottets utförande skadestånd från skytten och i NJA 1973 s. 141 erhöll en person skadestånd för personskada som uppstod på en byggnadsplats, trots att han obehörigen tagit sig in på området). Även när det gäller egendomsintressen som har sitt ursprung i en kriminell verksamhet finns det ett skadeståndsrättsligt skydd, vilket visar sig tydligt i fallet där innehavare av pengar som (förmodligen) influtit från narkotikaförsäljning fick skadestånd från den tjuv som tillgripit pengarna, NJA 2008 s. 861.

rätt i många rättsordningar finns en *pactum turpe*-liknande princip som gäller i förmögenhetsrätten i stort. Skillnaden ligger på en djupare principnivå: I svensk rätt tillåter vi inte att värderingar av människors handlande eller karaktär kan läggas till grund för ett exkluderande från rättens skydd annat än i få, närmast extrema, fall. Ur ett idéhistoriskt perspektiv kan kanske denna inställning ses som en kvarleva från den skandinaviska realismens programmatiska avståndstagande mot moraliska värderingar i den rättsliga analysen.

På den än mer konkreta nivån kan vi notera att den skadeståndsrättsliga reglering som ger arbetstagaren ett långtgående skydd mot skadeståndsansvar inte har fått något gehör i PETL. Här finns det inte några klara restriktioner i arbetstagarens ansvar och en arbetstagare som orsakar skada inom ramen för sitt arbete ansvarar på samma sätt som vem som helst, även om hon i vissa fall kan regressvis kräva arbetsgivaren om arbetsgivaren är solvent. DCFR:s författare valde, förmodligen med de svåröföreliga nationella uppfattningarna i åtanke, att helt enkelt exkludera arbetstagaransvaret från principernas område (Bok VI, 7:104).

De generösa jämkningsreglerna saknar motsvarighet i PETL, där jämkningsreglerna framstår som betydligt snävare. Även i DCFR är jämkningsreglerna snävare än i svensk rätt. De sociala hänsyn som motiverar jämkningsreglerna i svensk rätt, som kan tillämpas även när skadevållaren uppsåtligen vållat skada genom brott, har i de europeiska förslagen fått vika för de värderingar som ligger bakom grundregeln. Det samma gäller för regleringen av medvållande. Regeln om medvållande i PETL framstår därvid som särskilt hård ur ett svenskt perspektiv, av illustrationerna att döma: En verbal provokation leder till en nedsättning av skadeståndet när den som provoceras slår ned den provocerande personen.⁴⁹

Ur ett systematiskt perspektiv kan det vidare noteras att den svenska skadeståndsrättens nära koppling till straffrätten inte har någon motsvarighet i de europeiska förslagen där skadeståndsrättsförslagen är mer frikopplade från den straffrättsliga regleringen.

Slutsatser

Nu är det självklart så att ett akademiskt framtaget förslag alltid kommer att fordra avvägningar och kompromisser mellan olika intressen och värderingar, som delvis kan vara särskiljande för de olika nationella rättsordningarna. Att

⁴⁹ Se European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Wien/New York 2005, s. 135, nr. 22, illustration 3.

i ett europeiskt förslag få gehör för en jämkningsregel som innebär att även brottslingars uppsåtliga skadevållande skall kunna bli föremål för ekonomisk jämkning är nog naivt. Det är inte heller min poäng här. Poängen är istället att om de europeiska förslagen klart avviker från sådana särdrag som vi upplever som typiska för våra nationella system och som dessutom återspeglar rättskulturella värderingar – sociala hänsyn, anti-moralism, rättsbildningsideal – så finns det anledning att vara särskilt försiktig. Om förslagen skall främja en harmonisk tillnärmning så kan inte nationella positioner av det här slaget köras över utan goda förklaringar. Förslagen innebär ju i dessa delar ett underkännande av fundamentala värden i vår rättskultur. Det skall man inte ta lättvindigt på.

Den komparativa rättens preskriptiva funktion

Både PETL och DCFR utgår från att det finns ett värde i att bygga förslagen på erfarenheter från komparativa undersökningar. I sammanhanget talas det ofta om en ”common core”, en kärna av rätten som antas vara gemensam för de europeiska rättsordningarna.⁵⁰ Nu är det inte så säkert att det går att tala om en gemensam juridisk kärna utan att förhålla sig till att vi i Europas rättsordningar arbetar på många olika språk – går det ens att identifiera en meta-språklig juridik som kan jämföras?⁵¹ I de komparativrättsliga projekten har svaret på frågan varit jakande.⁵² Arbetet har delvis inriktats på att hitta de gemensamma nämnarna i de europeiska rättsordningarna och fokuseringen har ofta legat på att identifiera gemensamma lösningar på rättsliga problem. Kan man identifiera en sådan gemensam kärna så finns det en robust referenspunkt för det europeiska förslaget att förhålla sig till.

⁵⁰ Vissa forskargrupper har gjort denna tankegång till utgångspunkt för de rättsjämförande undersökningarna. Se om common core-projektet t.ex. Mauro Bussani och Ugo Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 *Columbia Journal of European Law*, s. 339 ff. (1996–1997) och Mauro Bussani, *Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach*, 21 *Hastings of International and Comparative Law*, s. 785 ff. (1997–1998).

⁵¹ Det här är en välkänd tematik för den komparativa metoddiskussionen, även om det främst tycks ha intresserat de forskare som engagerat sig i Trento-gruppens arbete. Se för en diskussion kring detta Nicholas Kasirer, *The Common Core of European Law in Boxes and Bundles*, *European Review of Private Law* 2002, s. 417 ff.

⁵² Sacco har i en uppsats framhållit att rätten kan vara ”tyst”, att den kan fungera utan en språklig manifestation, Rudolfo Sacco, *Mute Law*, 43 *American Journal of Comparative Law*, s. 455 ff. (1995).

Eller finns det egentligen det? Förslagen till europeiska rättsprinciper som vi nu intresserar oss för bygger på ett omfattande komparativrättsligt arbete, där forskare under ett flertal år bidragit med perspektiv från de olika nationella rättsordningarna som därefter kunnat användas som ett underlag för framtagandet av själva principerna (reglerna). Problemet är att relationen mellan de komparativa undersökningarna och slutprodukten förblir obskyr.

När det gäller PETL så har vi redan sett att EGTL valde att enbart i mycket liten grad inkludera perspektiv från de nordiska rättsordningarna och att det kan vara en förklaring till frånvaron av traditionella nordiska perspektiv på skadeståndsrätten i slutprodukten. Men även om EGTL hade inkluderat de nordiska perspektiven i sina komparativa undersökningar i högra grad så är det inte säkert att det hade påverkat slutprodukten. Männen bakom EGTL framhåller uttryckligen att även om det på ett rättsområde finns en "common core" så avviker gruppen från denna om det fordras för att skapa "bra" regler.⁵³ Även DCFR bygger på ett omfattande komparativrättsligt arbete men liksom PETL är inte DCFR någon spegelbild av en common core. Det kan härvid noteras att det finns åtskilliga nycklar till förståelse av DCFR i inledningen till principkatalogen men det ges inte där några indikationer på hur upphovsmännen mer konkret ser på relationen mellan de komparativa undersökningarna och själva förslaget.

Det komparativa arbete som ligger bakom både PETL och DCFR imponerar. PETL:s komparativrättsliga underlag finns redan publicerat medan de komparativrättsliga undersökningarna bakom DCFR ännu bara finns delvis tillgängliga. Dessa publikationer är redan ovärderliga bidrag till den europeiska skadeståndsdiskussionen. Men den närmare relationen mellan dessa komparativrättsliga undersökningar och principförslagen klarläggs inte. Det försvårar en utvärdering av förslagen.

Det kan vara värt att dra frågeställningen till sin spets: Behövs verkligen det omfattande komparativrättsliga arbetet för slutprodukten? På ett allmänskligt plan så är det naturligtvis så att vi blir intellektuellt rikare människor av att lyssna på andra människor. Men blir vi *nödvändigtvis* mer intellektuellt rika av att tala med två personer från andra rättsordningar än vi blir av att tala med två personer från vår egen rättsordning? Innan det komparativrättsliga arbetet kan läggas till grund för ett principförslag behöver man ta ställning till de komparativrättsliga resultatens preskriptiva funktion. Att

⁵³ Jmf. PETL, s. 17, nr. 37–38.

många rättsordningar intar en inställning innebär inte säkert att det är en bra inställning.

Det är väl rimligt att anta att företrädarna för The Study Group och EGTL utgick från en genomtänkt uppfattning härvidlag. Men det framgår inte av DCFR eller PETL. Det blir tydligare i PETL genom att de olika artiklarna där försetts med kommentarer vari det framgår om förslaget till en viss artikel bygger på en funnen "common core" eller om det avviker från den. När förslaget överensstämmer med common core så verkar författarna överlag utgå från att förslaget inte fordrar så mycket mer motivering än just det, medan en avvikelse tenderar att motiveras utförligare. Varför en gemensam kärna, bestående i likartade lösningar på likartade fall, tillhandahåller en sådan presumtion förblir oklart.

Fundamentala värderingar

Ett övergripande problem med samtliga de förslag till europeiska principer som publicerats är avsaknaden av normativt paradigm, av en uttalad tanke om vilka fundamentala värderingar som ligger till grund för de specifika förslagen och/eller som ett användande av förslagen skulle kunna främja.⁵⁴ Sådana fundamentala värderingar behövs. De behövs vidare göras explicita. De är dessa värderingar (eller som man kanske alternativt kan benämna det, en *rättsideologisk* uppfattning) ger en normativ inramning åt ett system och främjar koherens genom att tillhandahålla riktmärken när de mer praktiska, konkreta principerna ger ambivalenta resultat. Det är därför särskilt viktigt att försöka formulera de grundläggande värdebaserna när man lanserar helt nya juridiska systembyggen som DCFR eller PETL.

Några sådana, tydliga hållpunkter ges inte i PETL. När EGTL beskriver att gruppen tagit fram regler som den anser är "bäst" för det framtida Europa aktualiseras följdfrågan: Vilken eller vilka värderingar styr bedömningen av vad som är en bra eller en dålig regel? DCFR:s författare utvecklar sig litet mer. De noterar att förslaget "is particularly concerned to promote what Aris-

⁵⁴ Det är en allmänt omfattad uppfattning att rättsliga institutioner, till exempel regler, kan utvärderas utifrån hur de främjar eller motverkar uttalade målsättningar. Inställningen benämns i allmänhet som instrumentalistisk – juridiken är ett instrument för att nå ett mål. Ibland kan funktionalism användas som en etikett för samma inställning. Instrumentalismen, åtminstone när den tillåts påverka rättstillämpningen, är emellertid rättssäkerhetens fiende, åtminstone enligt vissa. En lysande framställning av instrumentalismens amerikanska historia med beröringspunkter även för skandinaviskt vidkommande är Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge 2006.

totle termed "corrective" justice".⁵⁵ Det låter kanske tydligt (och – enligt min mening – glädjande). Men trots detta programmatiska uttalande intar DCFR i stort en explicit värdepluralistisk⁵⁶ inställning.⁵⁷ En pluralistisk inställning – som i DCFR:s fall uttrycks i en lista av olika beaktansvärda rättspolitiska värderingar – ger emellertid inte mycket till vägledning för konkreta fall eller i specifika frågor.⁵⁸ Det kan nämligen mycket väl vara så att i en konkret situation det kan visa sig att tillämpningen av en viss regel i DCFR eller PETL, säg en jämningsregel (som en tillämpare har *möjlighet* men inte *skyldighet* att använda enligt regelns uppbyggnad) är motiverad ur perspektivet ekonomisk effektivitet medan en icke-tillämpning av regeln motiveras av idealet om korrektiv rättvisa. Hur skall tillämparen då veta vilken regel som skall användas?

Denna typ av frågor är inte perifera.⁵⁹ Förblir frågorna obesvarade så är det ett avgörande problem för principförslaget i sin helhet, eftersom underliggande intressekonflikter som dessa kan aktualiseras i åtskilliga situationer. Utan några djupare rättspolitiska utgångspunkter blir det rättsliga systembygget indeterministiskt. Och är det något som vi torde kunna enas om –

⁵⁵ DCFR s. 14, nr. 24.

⁵⁶ Pluralister menar att det inte går att formulera en enskild, normativ bas (till exempel en princip) som kan förklara eller beskriva skadeståndsrätten, eller för den delen någon annan del av rätten. Richard Wright uttrycker pregnant pluralismens dilemma: "A pluralistic (as opposed to a nihilistic) normative theory will not be completely arbitrary or lack any normative force – indeed it suffers from a surfeit of reasons and norms. Nevertheless, when in a particular situation two or more of the pluralistic norms conflict – which usually will be the case – the theory will be normatively, descriptively and analytically arbitrary and indeterminate in terms of specifying which competing norm(s) should predominate, unless there is some foundational norm that can resolve conflicts between the competing subnorms" Richard Wright, Right, Justice and Tort Law, i David Owen (red.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 160. Men om man har formulerat sådana avgörande "subnormer" så är inte längre teorin pluralistisk i kärnan utan *monistisk*: Någon norm kommer att vara allmängiltigt avgörande.

⁵⁷ DCFR, s. 13 ff., särskilt p. 22.

⁵⁸ Se för liknande kritik Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner och Reinhard Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, 28 *Oxford Journal of Legal Studies* (2008), s. 659 ff., på s. 670 ff.

⁵⁹ I den komparativrättsliga metoddiskussionen har de synpunkter som tas upp här beröringspunkter med den inställning som bland annat Wilhelm Ewald propagerat för och som benämns "comparative jurisprudence". Se för en presentation William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to Rats*, 46 *American Journal of Comparative Law*, s. 701 ff. (1998), med vidare hänvisningar.

oavsett vilka rättspolitiska utgångspunkter vi har i övrigt – så är det att förutsebarhet har ett intrinsikalt och centralt rättsstatligt värde.⁶⁰

Denna kritik kan också uttryckas som att de europeiska förslagen brister i att deras upphovsmän och -kvinnor inte har kunnat enas kring projektets målsättningar. Det är en förbryllande brist. Om man ägnar så mycket tid och kraft åt att bygga upp ett gemensamt europeiskt regelsystem något måste man väl rimligtvis ha bildat sig en uppfattning om hur ett sådant system skulle kunna göra världen bättre? Så varför är man då inte tydlig med denna målbild? En anledning kan naturligtvis vara att det har funnits skilda meningar bland skaparna. Men då kan man ju skriva det, så blir läsaren åtminstone uppmärksam på vilka värderingar som aktualiserats i diskussionen. Jag tror dock att bristen återspeglar ett djupare problem som präglat arbetet bakom DCFR och även PETL, nämligen att åtskilliga av förslagets upphovspersoner helt enkelt inte haft någon entydig bild av slutproduktens funktion. När EGTL skriver att förhoppningen är att förslaget om europeiska skadeståndsprinciper skall kunna fungera som en ”framework” för en framtida diskussion om en sant harmonisk europeisk skadeståndsrätt utan att förklara vad en ”framework” av detta slag innebär, utan att fylla ut denna målsättning med konkreta exempel på hur det skulle kunna göra det, utan att specificera vad en harmonisk skadeståndsrätt är,⁶¹ så måste vi kanske acceptera att det är för att EGTL inte har tänkt längre än så. Det finns kanske inte några djupare tankar bakom gruppens arbete än detta. Det är ingen nyhet att juridisk-tekniska svårigheter med att skapa juridiska regelverk utifrån mer snävt uppställda målsättningar kan fördunkla förhållandet till de djupare målsättningarna, som dessutom i arbetet med de specifika formuleringarna av enskilda regler kan framstå som alltför abstrakta för att ge någon vägledning alls.

Skadeståndsrätten illustrerar dessa problem tydligare än avtalsrätten. I skadeståndsrätten finns det en levande och rik diskussion om rättens djupare normativa fundament.⁶² Det brukar numer framhållas att det finns två do-

⁶⁰ Jmf. HD:s uttalande i NJA 2007 s. 747.

⁶¹ En harmonisk europeisk skadeståndsrätt kan väl bestå av en pluralistisk massa av skilda regelsystem, vilandes på skilda värderingar, inkapslade i skilda rättskulturer: Ett europeiskt samhälle där vi lever harmoniskt tillsammans med varandra och i all vår olikhet.

⁶² Denna diskussion har framför allt förts bland amerikanska, kanadensiska och israeliska rättsvetare. Det har hävdats att i den europeiska traditionen är mindre tillåtande mot sådana här närmast rättsteoretiska angreppssätt. Det har härvid framförts att det finns en klyfta mellan å ena sidan de nyss nämnda länderna och å andra sidan övriga common law länder (England, Irland, Australien etc.) som i detta avseende – förhållandet till skade-

minerande teoribildningar rörande skadeståndsrätten.⁶³ Den ena teoribildningen, den rättsekonomiska approachen till skadeståndsrätten, har fått ett stort genomslag i den skadeståndsrättsliga analysen. Den andra approachen, (den korrektiva eller interaktiva) rättviseapproachen – eller, som den ibland kallas, den filosofiska approachen⁶⁴ – kan ses som en yngre motreaktion på rättsekonomin och kan därför fortfarande beskrivas som en utmanare. Tendensen, tror och hoppas jag, går dock emellertid tydligt mot en större acceptans för det filosofiska synsättet, som betonar skadeståndsrättens immanenta moralitet som den viktigaste faktorn för djupare förklaringar av vad skadeståndsrätten är, och som definierar skadeståndsrättens moralitet i termer av rättvisa i fördelningen av ansvaret för risker. Om författarna till de europeiska principerna hade velat söka förankring i djupare normativa förklaringar hade de kunnat se närmare på dessa undersökningar och meningsutbytet mellan företrädare för de olika lägren.

Det finns emellertid en förklaring till frånvaron av någon uttalad förankring i ett visst paradigm som hänger särskilt ihop med det europeiska projek-

ståndsteori – är mer i linje med övriga Europa än med USA. (Se för några argument Jane Stapleton i *Benefits of Comparative Torts Reasoning: Lost in Translation*, 1 *Journal of Tort Law*, Iss. 3, Art. 6, s. 22 ff. (2007).) Stapletons beskrivning framstår emellertid inte som korrekt och framför allt så tycks det mig att den står i dålig samklang med en alltmer intensiv tendens, åtminstone i nordisk rättsvetenskap, mot mer teoretiska anslag. Alltfler närmar sig civilrättsliga ämnen utifrån perspektivet av teoribildningar som relaterar till korrektiv (eller distributiv) rättvisa, ekonomisk effektivitet, feminism eller hållbar utveckling. (Se även Stapleton, a.a.s. 24 f., för en diskussion kring om det är så att den relativa frånvaron av teoretiska approacher i europeisk rättsvetenskap beror på att vi s.a.s. ligger litet ”efter” den amerikanska akademien och att utvecklingen går åt samma håll här, men med några decenniers eftersläpning.)

⁶³ Se för denna karaktäristik av skadeståndsrättslig analys, t.ex. Stephen R. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, 77 *Iowa Law Review*, s. 449 ff., på s. 449 (1991–1992), Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 *UCLA Law Review* s. 439 ff. på s. 439 (1989–1990); Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 *Texas Law Review*, s. 1801 ff. (1996–1997), Richard W. Wright, *Right, Justice and Tort Law*, i David Owen (red.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, på s. 160: ”The two principal monistic theories of law are (1) utilitarian efficiency theory, based on the foundational norm of maximizing aggregate social welfare, which asserts that the purpose of tort law is and should be efficient compensation and deterrence, and (2) the Kantian-Aristotelian theory of Right or justice, based on the foundational norm of equal individual freedom, which asserts that the purpose of tort law is and should be just compensation and deterrence”.

⁶⁴ T.ex. av Horacio Spector i *Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective*, 79 *Chicago-Kent Law Review*, s. 521 ff. (2004).

tets karaktär. En tillspetsad karakteristik kan illustrera problemet. Medan den traditionella skadeståndsrätten i allt högre grad förenats med ett filosofiskt paradigm, där skadeståndsrättens ges en moralisk förklaring i termer av rättvisa, så har det europeiska projektet alltid haft ett naturligt hemvist i ett ekonomiskt paradigm. Den inre marknadens effektivitet är en normativ grundbult och de rättsliga institutionerna utvärderas utifrån hur de förhåller sig till effektivitetsgrundsatsen. Forskare i EG-rättsliga discipliner, som konkurrensrätt eller upphandlingsjuridik, får det ekonomiska synsättet med modersmjölken. Effektivitetsperspektivet präglar EG-rättsparadigmet i sin helhet och influerar även dess skadeståndsrättsliga element. I en sådan kontext framstår det som naturligt att förhålla sig flexibelt till skadeståndsrättens grundläggande begrepp för att i stället fokusera på rättens funktion att tillhandahålla incitament som bidrar till ekonomisk effektivitet.⁶⁵ Det leder till ett distanserat förhållande till den traditionella skadeståndsrättens föreställningar. Medan avskräckande skadestånd möts med grundmurad skepsis i den traditionella skadeståndsrättens så framstår det i ett EG-rättsorienterat paradigm som ett användbart verktyg för att styra människors beteende. Där adekvansläran i den traditionella skadeståndsanalysen utvecklat ett alltmer finkalibrerat rättsinstitut för avgränsningar, med ett invecklat och mångfacetterat – men inte indeterministiskt samspel av argumentationsmodeller, så blir den i en EG-rättslig kontext ett tomt begrepp som kan anpassas till litet vad som helst beroende på effekterna.⁶⁶ Den traditionella skadeståndsrätten betraktar kompensationsfunktionen som med självklarhet primär medan EG-rättsligt orienterade skadeståndssystem fokuserar på preventionen. Och metodologiskt framstår fokuseringen på effektivitet och dess korrelat i värde-maximering för den traditionella skadeståndsrätten i allmänhet som ett utanförsynsätt – som en metod som kan anläggas utifrån ett externt perspektiv men utan att ha någon fastare förankring i det existerande rättssystemet.

Sammanfattningsvis kan man säga att i den uppdelning mellan två teoretiska läger som präglat mycket av den teoretiska debatten kring skadeståndsrätten så tenderar EG-rättsorienterade bedömare att betona rättsekonomiska förhållningssätt medan traditionellt orienterade skadeståndsrättsuttolkare

⁶⁵ Det är inte säkert att harmoniseringsprojektet som sådant faktiskt främjar ekonomisk effektivitet. Se för kritiska kommentarer R. Van Den Bergh och L. Visscher, *The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonisation?*, 14 *European Review of Private Law*, s. 511 ff. (2006).

⁶⁶ Så t.ex. i Nils Wahl, *Konkurrensskada*, Stockholm 2000.

tenderar att betona rättens immanenta moralitet. De forskargrupper som ligger bakom PETL och DCFR har ofta sina fötter i båda dessa traditioner. Å ena sidan är det tydligt att förslagets författare inte är beredda att underkasta skadeståndsrättens traditionella uppbyggnad och begreppsbyggnad en totalt instrumentell inställning. Basstrukturen ansvarsgrund-samband-skada (på ett skyddat intresse) rubbas inte. Klassiska begrepp respekteras i hög grad. Å andra sidan är det tydligt att man inte drar sig för radikala omformuleringar av traditionella begrepp utan att reflektera närmare över hur det förhåller sig till de underliggande värderingarna när det anses främja effektivitet.⁶⁷ När det gäller PETL kan det dessutom noteras att i de förberedande komparativrättsliga utredningar, vilka överlag innehöll nationella rapporter utifrån frågeformulär, som fungerade som underlag för principförslaget så förekom det ekonomiska analyser och vissa av EGTL:s medlemmar har i övrigt ägnat sig åt att analysera europeiseringens ekonomiska konsekvenser.⁶⁸ När en av EGTL:s företrädare nyligen tog upp behovet av privaträttslig harmonisering så åberopade han framför allt en rättsekonomisk analys som stöd.⁶⁹ I den mån det går att hitta en central fundamental rättspolitisk värdering bakom EGTL:s arbete så står den snarare att finna i den rättsekonomiska traditionen än i den korrekta rättvisetraditionen. DCFR tycks snarare ta sin ideologiska näring ur det korrekta rättviseparadigmets tankegångar, att döma av det principuttalande som görs i inledningen till principerna.

Det viktigaste är enligt min mening att försöka frilägga de olika förslagets underliggande värderingar – vilka dessa nu än är – i sina mest abstrakta for-

⁶⁷ Så tolkar i alla fall jag reglerna om proportionerligt ansvar i PETL, som är ett radikalt förslag i jämförelse med alla nationella rättsliga system. Motiveringen för dessa långtgående regler får betraktas som mycket mager (se PETL, s. 46 f.), inte minst i beaktande av den starka kritik mot proportionerliga lösningar (t.ex. i formen av probabilistiska kausalitetstolkningar eller s.k. market share liability) som framförts i den amerikanska diskussionen. Se vidare för några kommentarer kring detta från EGTL:s Koziol, Helmut Koziol, Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example, 1 Journal of Tort Law, Iss. 3, art. 5, på s. 13 ff. (2007).

⁶⁸ Se Michael Faure, *Economical Analysis of Tort Law and the European Civil Code*, in: Arthur Hartkamp m.fl. (red.), *Towards a European Civil Code*, 3 ed., Nijmegen 2004, s. 657 ff. och Michael Faure, *Economic Analysis*, i Pierre Widmer (red.), *Unification of Tort Law: Fault*, Haag 2005. Även i två andra volymer i Unification of Tort Law-serien förekommer ekonomiska analyser: Ulrich Magnus och Martin Martin-Casals (red.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence* (2004) och i Bernhard. A. Koch och Helmut Koziol (red.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2001).

⁶⁹ Helmut Koziol, *Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example*, 1 Journal of Tort Law, Iss. 3, art. 5, på s. 2, noten 2. (2007).

mer.⁷⁰ Ett sådant klarläggande påverkar möjligheterna att använda principerna till något. De föreslagna principkatalogerna får genom att en ”grundnorm” uttrycks en ideologisk utgångspunkt, som kan fungera som ett rätts-systematiskt kitt och bidra till förutsebarhet när principerna skall appliceras på situationer där det finns argument för olika resultat. Men att försöka frilägga de underliggande normerna kan bidra även till andra positiva effekter. Genom att vi bildar oss en uppfattning om vad de olika forskargrupperna har för rättspolitisk ”agenda” (vilka ultimära mål som grupperna strävar emot inom ramen för arbetet), eller vilken rättspolitisk agenda som förslagen i sig kan sägs driva (vilka ultimära mål som förslagen i sig kan sägas sträva emot), så ökar vi också möjligheterna för ett konstruktivt samtal om förslagets förtjänster eller brister. Om vi kan konstatera att ledmotivet bakom PETL är att principerna, om de skulle tillämpas i praktiken, antas främja den inre marknadens ekonomiska effektivitet så får vi också en öppning för hur vi skall bedöma de policy-förslag som PETL innehåller, t.ex. de radikala kausalitetsprinciperna. Om vi kan konstatera att DCFR främst vill skapa regler som återpeglar ett moraliskt ideal av korrektiv rättvisa så får vi en ingång för att bedöma de policyförslag som DCFR innehåller, t.ex. den grundläggande anvarsregeln i skadeståndsbokens första artikel.

⁷⁰ Detta är en central tanke i korrektiv rättviseteori. Skriver Weinrib: ”Within the juridical conception [Weinribs teori], the movement of thought is from the particulars of liability to its most abstract characterization, thus carrying to its extreme the tendency to abstract that marks legal thinking. Although the events that give rise to a legal relationship are particular, the law treats these events in terms of categories. The particularities of the events are legally relevant only inasmuch as they instantiate a category applicable to the legal relationship to which they give rise. Just as legal thinking views particulars in the light of these categories, so the juridical conception of corrective justice abstracts further from these categories to the barest and most general ideas underlying the law’s construction of the parties’ relationship.” Se Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, Vol. 2, *Theoretical Inquiries in Law* (Online Edition): No. 1, Article 4 (2001), s. 8. (<http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art4>). Ekonomisk effektivitet är däremot oftast en faktor i ett större strävande mot värdemaximering, som i sin tur också kan betraktas som normativa delmål mot något annat. Posner presenterar ett litet smörgåsbord med förslag på ultimära målsättningar som en värdemaximeringsmålsättning kan bidra till att främja i Richard A. Posner, *Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry*, i David Owen (red.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 99 ff, särskilt på s. 104 ff.

Vad kan man *göra* med europeiska civilrättsprinciper?

Innan vi riktar blicken mot hur de europeiska civilrättsprinciperna kan användas bör de kritiska argumenten sammanfattas. De språkliga svårigheterna som togs upp innebär svårigheter för den som vill använda principförslagen i en tillämpningssituation, men även för den som vill hämta rättspolitisk inspiration från förslagen. De stereotyper och fördomar som kommer till uttryck i särskilt PETL:s framställning påverkar totalintrycket av förslaget negativt och ger intryck av att förslaget vilar på en föråldrad och unken samhällssyn. Den respektlösa synen på vissa grundläggande rättspolitiska värderingar i de nordiska skadeståndsrättssystemen skapar distans till en nordisk mottagare och motverkar en tillnärmning av ett harmoniskt slag. Det oklara förhållandet mellan principförslagen och de komparativrättsliga undersökningarna försvårar en utvärdering av principerna i förhållande till det komparativa underlaget och riskerar att även skymma det självständiga värdet med de komparativrättsliga undersökningarna. Slutligen har avsaknaden av ett normativt paradigms framhållits som en brist för tolkningen av förslagen.

Det finns således många anledningar till att förhålla sig kritisk till de europeiska civilrättsprinciper som här har diskuterats. Men kritik är bra. Ett kritiskt förhållningssätt till förslag som PETL och DCFR för diskussionen framåt och gör oss litet klokare, åtminstone om kritikern undviker att gräva sig fast i positioner och håller sig för god för personangrepp.⁷¹ Vad kan man då göra med de europeiska civilrättsprinciperna, i beaktande av de kritiska resonemang som framförts? Frågan skall approacheras utifrån fem olika möjliga mottagares perspektiv: Det nationella lagstiftningsperspektivet, det europeiska lagstiftningsperspektivet, domarperspektivet, advokatperspektivet och forskarperspektivet. Varje perspektiv inleds med ett citat av en av de tydligaste förespråkarna för arbetet med de europeiska principerna i svensk rätt, Christina Ramberg, som varit verksam i The Study Group on a European Civil Code. Rambergs uttalanden tar sikte på hur The Study Groups förslag – vilket i hög grad återspeglas i DCFR – kan användas i svensk rätt.⁷² Ram-

⁷¹ Det sista kan kanske låta överflödigt – jurister brukar ju vara civiliserade och vår kritik brukar ju vara inlindad i objektivt språk som gör kritiken opersonlig. Men det finns anledning att slå ett slag för hövligheten när nu Pierre Legrand nyligen har tagit sin kritik mot The Study Group till en helt ny, personlig nivå med artikeln Antivonbar, 1 *The Journal of Comparative Law*, s. 13 ff. (Finns på: <http://www.thejcl.com/pdfs/legrand.pdf>.)

⁷² Medan jag har fokuserat särskilt på det skadeståndsrättsliga förslaget i DCFR tar Rambergs kommentarer sikte på förslaget i stort.

bergs till principförslagen, eller i alla fall Study Groups förslag, får således exemplifiera de mer långtgående föresatser som vissa av de i projekten ingående forskarna givit uttryck för.

Civilrättsprinciper och nationell lagstiftning

”För *den svenska lagstiftarens* del vore det oansvarigt att inte ta hänsyn till lagförslagen. För det första av budgetskäl – varför göra ett arbete och en analys som redan är gjord? För det andra av kvalitetsskäl – lagförslaget har tagits fram av ledande europeiska experter på olika områden.”⁷³

Är det ”oansvarigt” av den svenska lagstiftaren att inte ta hänsyn till DCFR:s eller PETL:s förslag till europeiska skadeståndsprinciper i utvecklandet av ny lagstiftning? Måste lagstiftaren beakta de europeiska förslagen t.ex. vid behandlingen av frågan om ett begränsat ansvar för revisorer eller ett strikt ansvar för barn.⁷⁴ Det har jag svårt att se.

Framför allt så finns det anledning att betona riskerna med att okritiskt använda de nu liggande förslagen i lagstiftningsarbetet. Förslag som formuleras på det sätt som DCFR och PETL utformats är suggestiva och därmed farliga. Framställningsformen är i sig övertygande – en samling regler ser ju så auktoritativ ut! Även den kritiska läsaren låter sig lätt sugas in i ett med- eller-emot-förhållningssätt när man tar del av ett sådant här förslag: Antingen så instämmer man i förslaget i principerna eller så tar man ställning emot det. Men redan genom att inte ett sådant förhållningssätt så accepterar man principförslagets ”problemformuleringsprivilegium”. Formen för principerna medför således risker för att en bedömare psykologiskt påverkas så att hon inte förhåller sig tillräckligt fritt till sitt ämne.

Det måste även framhållas att DCFR och PETL näppeligen återspeglar expertkunskaper i svensk skadeståndsrätt (eller, när det gäller DCFR, något annat rättsområde). Det fanns förvisso expertkunskaper i svensk rätt representerade i framtagandet av principerna men de framtagna regelkatalogerna är kompromissprodukter, där – som vi sett – svenska rättsliga värderingar inte har fått något särskilt starkt genomslag.

⁷³ Christina Ramberg, *Mot en gemensam europeisk civilrätt*, SvJT 2004, s. 459 ff., på s. 473.

⁷⁴ Jmf. SOU 2008:79 (revisorers skadeståndsansvar) och Justitiedepartementets verksamhetsplan 2009 (där det framgår att föräldrars skadeståndsansvar för sina barn skall skärpas och att en promemoria skall tas fram under 2009).

En svensk lagstiftare bör enligt min mening inte använda sig av de europeiska principförslagen över huvud taget utan att först ha bildat sig en uppfattning om vilka värderingar principerna vilar på och om dessa värderingar passar in i den svenska lagstiftningskontexten. Härvid bör särskilt framhållas att dessa principförslag inte kan ersätta den input som komparativrättsliga undersökningar kan ge i ett lagstiftningsärende. Den tradition av komparativrättsliga undersökningar i svenska förarbeten som har blivit internationellt uppmärksammat finns det skäl att värna om.⁷⁵ Att i besparingstider ersätta sådana undersökningar med de europeiska principförslagen och dess komparativrättsliga supplement skulle vara en förlust för svensk lagstiftning.

Civilrättsprinciper och supranationell lagstiftning

”För ’EU-lagstiftaren’ är det ytterst troligt att lagförslaget kommer att få betydelse. [Det] förefaller inte otroligt att det kommer att (i reviderad form) utgöra en sorts ’terms of reference’ dvs. en bas för utarbetande av framtida direktiv och för att bidra till ökad förståelse bland de personer som förhandlar fram direktiv.”⁷⁶

Det finns redan idag tecken på att framför allt DCFR kan få genomslag i EU:s rättsbildning. Inledningsvis torde knappast skadeståndsrätten bli föremål för sådana initiativ. Det råder dessutom tvivel kring huruvida EU har kompetensen idag att genomföra en mer omfattande skadeståndsrättslig uniformering.⁷⁷ Däremot kan mer begränsade reformer företas med DCFR som förebild.

Om delar av DCFR leder till direktiv så måste naturligtvis svensk rätt efterkomma direktiven. Men i processen fram tills det finns ett sådant förslag kan det finnas möjligheter, framför allt för representanter för regeringen, att utöva inflytande på den europeiska rättsbildningsprocessen. I en sådan process är det viktigt att den svenska inställningen utgår från ett informerat och genomtänkt förhållande till de europeiska förslagen. Härvid är det särskilt viktigt att utgå från en djupgående analys av hur principförslagen *i sin helhet* förhåller sig till svenska rättsliga värderingar. Man bör vara försiktig med slutande plan-argument men här framstår det som motiverat: Om EU tar initia-

⁷⁵ Se David J. Gerber, System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law, 46 American Journal of Comparative Law, s. 719 ff., på s. 721, n. 6 (1998).

⁷⁶ Christina Ramberg, Mot en gemensam europeisk civilrätt, SvJT 2004, s. 459 ff., på s. 473.

⁷⁷ Jmf. Cees van Dam, European Tort Law, Oxford 2006, s. 133 ff.

tiv till lagstiftning utifrån DCFR i någon del kan det vara ett första steg mot en mer omfattande implementering av DCFR:s principer.

Civilrättsprinciper och rättstillämpning (den dömande verksamheten)

”Domaren har [...] direkt nytta av lagförslagen. Naturligtvis kan de fungera som ’gap-fillers’ till de oreglerade frågorna i svensk lag.”⁷⁸

På skadeståndsrättens område finns det enligt min mening inga tvivel om att de nu diskuterade europeiska principerna inte skall användas som gap-fillers när det dyker upp frågor som inte är reglerade. Till att börja med är det sällan det dyker upp skadeståndsrättsliga frågor som är oreglerade i bemärkelsen att rättsläget är fullständigt oklart.⁷⁹ Men även om det dyker upp helt obehandlade frågor i svensk rätt så finns det inte anledning att använda sig av DCFR eller PETL som en utfyllande normkälla. Faktum är att det inte finns någon anledning att använda sig av förslagen ens som en rättspolitisk argumentationskälla, med mindre domaren samtidigt beaktar de underliggande värderingarna bakom det enskilda regelförslaget och principförslaget i sin helhet samt förhåller detta till nationella värderingar och erfarenheter.

Här finns det anledning att uttrycka saken i hårda ordalag. *En hänvisning till ett principförslag i DCFR eller PETL i domskäl, som inte förenas med en tydlig argumentation om vad en sådan hänvisning kan tjäna för syften och varför det finns skäl att lyssna på principförslaget härvid, bör enligt min mening inte förekomma.* Principförslagen har inte någon annan auktoritet än som rättspolitiskt argument och som rättspolitiskt argument är förslagen värdelösa utan en koppling till tydliga rättspolitiska målsättningar. Det finns inte någon

⁷⁸ Christina Ramberg, Mot en gemensam europeisk civilrätt, SvJT 2004, s. 459 ff., på s. 473.

⁷⁹ Det är däremot naturligtvis så att skadeståndsrätten till stor del utvecklats genom andra rättsbildningsprocesser än lagstiftningen. Skulle DCFR kunna användas som utfyllnad så snart en rättslig fråga inte var lagreglerad skulle stora delar av svensk civilrätt redan idag kunna underkastas principerna. Men det kan inte vara det som Christina Ramberg tar sikte på. Att orsakskravet inte är lagreglerat betyder inte att frågan om ett krav på orsakssamband inte finns reglerat i lag i en lösare bemärkelse. Som jag förstår Ramberg så menar hon här ”hål i lagen”. (Huruvida det finns sådana hål i lagen beror förstås på vilken rätts-teoretisk inställning man intar. För den som liksom jag anser att det är betydelsefullt att utmönstra fundamentala värderingar i olika rättsliga discipliner så framstår rätten i högre grad än för andra som ett systematiskt och hierarkiskt system – och utrymmet för att tala om hål i lagen blir därmed mindre. Dworkins tes om att det inte finns några sådana ”hard cases” utifrån liknande argumentation är känd, se Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge Mass. 1986.)

rättspolitisk kraft i de enskilda principförslagen i sig, eller det borde i alla fall inte göra det. Inte heller finns det någon rättspolitisk kraft i det faktum att framstående forskare står bakom förslagen, eller det borde i alla fall inte göra det. Tomma hänvisningar till förslag som DCFR är domskäl är helt enkelt ovärdiga en rättsstat. Däremot kan principförslagen nog göra nytta i en rättspolitisk argumentation som beaktar även förslagens bakgrund och underliggande värderingar (jmf. NJA 2009 s. 672).

Civilrättsprinciper och ombudet

”Vidare får advokaten god vägledning i sitt arbete med att finna svar på de många frågor där svensk lagtext eller rättspraxis inte ger något svar. Svensk civilrätt kännetecknas av ovanligt många luckor. Lagförslagen ’fyller ut’ luckorna och det är mycket enklare och säkrare att ta till sig den lösning som ges i lagförslagen än att läsa flera tusen sidor motstridig doktrin i syfte att vaska fram innehållet i allmänna avtalsrättsliga principer.”⁸⁰

För ombudet kan principförslagen vara en utmärkt källa till argumentation, särskilt i komplicerade tvister. Den fara som inledningsvis framhölls med principförslagets suggestiva presentationsform, att en samling regler av det här slaget framstår som ett auktoritativt förslag – och det särskilt genom att så många framträdande experter ställer sig bakom förslagen – är samtidigt ombudets möjlighet. Kan en advokat finna stöd för sin klients uppfattning i någon av de principer som ingår i DCFR eller PETL så skall hon naturligtvis använda det som ett argument i den mån det behövs en rättspolitisk argumentation. Motpartens ombud skall emellertid i ett sådant fall framhålla de problem med förslag av det här slaget som tagits upp ovan.

Civilrättsprinciper och forskning

”Rättsvetenskapsmannen har i lagförslagen en ovärderlig källa till intressanta forskningsuppslag, komparativa analyser och nya infallsvinklar på gamla problem. Det är tydligt redan idag att svenska rättsvetenskapsmän i allt högre grad gör internationella jämförelser. Det skulle förvåna mig om inte alla framtida svenska avhandlingar inom områdena avtalsrätt, skadeståndsrätt och sakrätt innehåller referenser till lagförslagen.”⁸¹

⁸⁰ Christina Ramberg, Mot en gemensam europeisk civilrätt, SvJT 2004, s. 459 ff., på s. 473.

⁸¹ Christina Ramberg, Mot en gemensam europeisk civilrätt, SvJT 2004, s. 459 ff., på s. 474.

Till syvende og sidst är det nog främst rättsvetenskapen som kan ha behållning av de presenterade förslagen. De komparativrättsliga undersökningarna kommer att utgöra ett värdefullt bidrag till en förståelse för vår rättsliga omvärld. Även principförslagen kan ha goda effekter. För rättsvetenskapen kan principförslagen således utgöra startpunkten för intressanta meningsutbyten. Om inte annat kan förslagen provocera fram ett förnyat intresse för den nationella rättsordningens implicita (metodologiska, estetiska, filosofiska) antaganden, systematiska uppbyggnad, och underliggande värderingar. Kan DCFR och PETL bidra till en sådan självreflektionsprocess är det gott nog.

Däremot utgör inte lagförslagen i sig någon källa till komparativ analys. Att lagförslagen bygger på ett omfattande komparativt arbete stämmer förstås – men förslagen i sig är inte komparativrättsliga forskningsresultat utan rättspolitiska förslag mot bakgrund av ett komparativt arbete.

Avslutande reflektioner

Ett sammanfattande omdöme är i enlighet med ovanstående synpunkter att det finns faror förenade med de europeiska civilrättsförslagen. Framställningsformen är suggestiv och övertygande, förslagen har imponerande uppbackning av inflytelserika forskare och andra jurister vilket gör att det finns en risk för att mottagare kan låta sig påverkas av auktoriteten hos avsändarna, därtill finns det ett stort och viktigt komparativrättsligt arbete bakom principerna som bidrar till att inge respekt för slutprodukten. Ingen av dessa faktorer är emellertid något som egentligen borde läggas på DCFR:s eller PETL:s pluskonto. Principerna bör istället utvärderas utifrån sina egna meriter som ett rättspolitiskt förslag framförda av enskilda akademiker mot bakgrund av, men inte förankrade i, ett omfattande komparativrättsligt arbete. Härmed bör man vara mycket försiktig med att använda principförslagen för praktiska ändamål utan att ha klart för sig vilka värderingar förslagen vilar på och hur de förhåller sig till andra värderingar (t.ex. de värderingar som underbygger den nuvarande ordningen).

Utifrån de kritiska argumenten synpunkterna kan vi återvända till inledningens redogörelse för olika europeiseringstendenser. Det gjordes där distinktioner mellan hårda och mjuka processer, mellan unifiering och harmonisering, mellan medvetet drivna och omedvetna tendenser. Ett övergripande problem med de europeiska principförslagen är att det inte görs klart på vilken sida av dessa distinktioner som de kan spela en roll. Framställningsformen är den hårda lagstiftningsformen, men förslagen har inte lagstiftarens

demokratiska legitimitet. Det talas ofta om att principförslagen utförs i ett strävande mot harmonisering, men samtidigt finns det inslag i förslagen som motverkar harmoni. Förslagen verkar i ett rum mellan det medvetna och det omedvetna: I viss utsträckning finns det indikationer på vad förslagets upphovspersoner vill uppnå men i hög grad förblir det outtalat. I viss mån kan naturligtvis ett gemensamt principunderlag betraktas i sig som ett steg mot en uniform diskurs, om än inte ett uniformt regelverk. Men hur dessa förslag skall kunna leda till en rättskulturell tillnärmning, en harmonisering s.a.s. på riktigt, låter sig inte så enkelt sägas.

Frågan är mot bakgrund av denna summerande beskrivning av principförslagen om inte projektens slutprodukter kan underminera ställningen för den komparativrättsliga forskning som äntligen upplevt sig få vind i seglen. Genom förslagen har nämligen forskarna på ett förvånansvärt oblygt sätt tagit steget från att göra rättsjämförande undersökningarna till att bli förhoppningsfulla normbildare eller rättspolitiska kampanjmakare. Att de forskningsgrupper som i hög grad består av komparativrättsliga specialister valt att ta detta steg kan kanske vara en följd av den marginalisering eller bristande genomslag bland domare och politiker som vissa komparatister vittnat om,⁸² vilket kan framstå som särskilt nedslående i beaktande av att det produceras så mycket mer komparativrättslig forskning nu än tidigare.

Problemet är att när forskaren tar steget från rättsjämförelser till att producera rättspolitiska förslag så undermineras även legitimiteten i den komparativrättsliga bakgrunden till förslaget. Komparativrätten underordnas politiken. Och detta sker i en fas när komparativrätten utsätts för kritik.⁸³ Som läsare finns det skäl att bli orolig över det politiska steget. Hur kan vi veta att det inte funnits en bias så att de komparativrättsliga argumenten använts mest som eldunderstöd för de rättspolitiska slutsatser som forskarna enats om utifrån andra utgångspunkter (politiska, moraliska, estetiska, ekonomiska)?⁸⁴ Kan det vara så att de forskargrupper som arbetat med enkäter som

⁸² Jmf. Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford 2003, s. 39 och s. 61 f.

⁸³ Se M.M. Siems, *The End of Comparative Law*, 2 *The Journal of Comparative Law*, s. 133 ff. (2007).

⁸⁴ Siems plockar fram tre talande citat från amerikanska Supreme Court Justices som visar på en amerikans skepsis. I ett allmänt uttalande uttalade sig två domare om risken med rättskulturella skillnader vid användandet av utländsk rätt: "[T]his Court [Supreme Court, ...] should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans" (Scalia och Thomson). I ett annat uttalande insinuerar tre domare att komparativrättsliga argument

besvaras av nationella rapportörer riggat enkäterna för att få svar som passar med de teser som grupperna driver?⁸⁵ Kan det kanske till och med vara så att enbart de forskare som passar in i mallen tillåts vara med, vilket påverkar resultaten inte bara i principförslagen utan även i de komparativrättsliga undersökningarna?⁸⁶ Sådana onda aningar kan vara missriktade. Men att de uppstår beror nog främst på förslagets karaktär och (alltför kortfattade) motivering snarare än på konspirationsteorier. Det finns risk för att de onda aningarna kan slänga skuggor över det magnifika komparativrättsliga arbetet som utförts. Och det vore, för att avsluta denna nordiska reflektion över det akademiska europeiseringsprojektet med ett ordstäv som (åtminstone för mig) andas nordism, synd på rara ärter.

tenderar att användas som stöd för rättspolitiska ställningstaganden man redan tidigare kommit till men att sådana argument sällan används för att stödja en motsatt inställning: "to invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking" (Scalia, Thomson och Rhenquist). Och i ett annat uttalande framhåller en domare att det komparativrättsliga argumentet är indeterministiskt: "In foreign law you can find anything you want. If you don't find it in the decisions of France or Italy, it's in the decisions of Somalia or Japan or Indonesia or wherever" (Thomson, detta uttalande dock inte taget från en dom). Se vidare M.M. Siems, *The End of Comparative Law*, 2 *The Journal of Comparative Law*, s. 133 ff., text i samband med noterna 4–7 (2007).

⁸⁵ Se vidare för några synpunkter på detta Mårten Schultz, *Disharmonization*, *European Business Law Review* 2007, s. 1305 ff.

⁸⁶ Se för kritik mot *The Study Group on a European Civil Code* och *DCFR* utifrån detta perspektiv Stefan Grundmann, *European Contract Law(s): of What Colour? 2 European Review of Contract Law*, s. 184 ff. på s. 210 (2005).

