

Kjell Å. Modéer

Transparens och djupstruktur – Folkrätten i rättshistorien

1 Det historiska argumentet: Folkrätten i senmoderna rättsliga diskurser

En av folkrättens betydande företrädare i vår tid, professor David Kennedy vid Harvard Law School, har i sin forskning anknutit till två viktiga folkrättsliga diskurser: globaliseringen och folkrättshistorien. Det finns i dag behov att anlägga nya rättsliga perspektiv i förhållande till de som förekom i 1900-talets positivistiska och pragmatiska folkrättsdiskurser.¹ Folkrättshistorien upplever i dag en påtaglig renässans, ett påstående som denna artikel vill belägga.

Modernitetens rättsliga idégoods har länge fått dominera nationalstaternas rättsliga och politiska diskurser. Nationalstatens monolitiska rättskultur gav inte något större utrymme för folkrättsliga perspektiv. I uppbyggnaden av 1900-talets välfärdsstat blev i stället förvaltningsrätten en dominerande disciplin. Den offentliga rätten expanderade på privaträttens bekostnad. Redan den historiska rättsskolan hade med sina rötter i den tyska romantiken prioriterat privaträtten framför den offentliga rätten. Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) framhöll att den offentliga rätten var politisk till sin karaktär; den var ovetenskaplig och jämförelsevis ointressant från vetenskapligt perspektiv – till skillnad från den vetenskapligt intressanta och apolitiska privaträtten.²

¹ David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", 17 *Quinnipiac Law Review* (1997), s. 99 ff.

² Ralf Michaels, "Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law

Folkrätten blev i detta både naturrättskritiska och nationalstatliga kunskapsparadigm alltmer uttalat en främmande fågel, som inte vann någon etablerad plats vare sig i juristutbildningen eller i ett rättspositivistiskt paradig.

Men i dag är situationen, som nämnts, annorlunda. Med en nyliberal marknadsekonomi har i vår senmoderna rättskultur privaträtten på nytt upplevt en renässans – samtidigt som nationalstatens jurisdiktion alltmer eroderats.³ De rättsliga kontexterna har också förändrats och i de rättsliga diskurserna har begrepp som internationalism, federalism, transnationalism och globalisering fått ett växande utrymme. Allt på den nationella rättens bekostnad. Internationell privaträtt och komparativ rätt har liksom den internationella offentliga rätten, folkrätten, under det senaste kvartssekleet beretts allt större utrymme inte bara inom juristutbildning och rättsvetenskap utan också i det praktiska rättslivet.

I vår tids alltmer transparenta rättsliga landskap har den komparativa rätten och folkrätten blivit mer synliga och mer betydelsefulla samverkande discipliner. Så långt är allt självklara senmoderna påståenden. Denna artikel vill lyfta rättshistoriens plats inom folkrätten och argumentera för att vi i dag anknyter till en kunskapssyn som ansågs vara den etablerade före modernitetens kunskapsparadigm. Juristerna i vår tid använder allt oftare historiska argument för att med hjälp av rättsliga kontexter och djupstrukturer konstruera, synliggöra och etablera den jämförande rätten och folkrätten i ett alltmer transparent och gränslöst rättsligt landskap.

Senmodernitetens rättsliga paradig har förskjutits från ett paradig präglad av nationalstatens maktmonopol till ett nytt med globaliseringsperspektiv och karakteriserat av rättslig transparens. Den danske rättsvetenskapsmannen Henrik Zahle (1943–2006) bidrog med sin praktiskt orienterade rättsfilosofi till att konstruera och utveckla en senmodern pluralistisk rättskällelära.⁴ Den internationella judikialiseringen⁵ hade skapat en "förtroendedemokrati" där domstolarnas jurisprudence i ökad

and the Challenge from Europeanization and Globalization". I: Michael Stolleis & Wolfgang Streek (utg.), Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung, Baden-Baden 2007, s. 129.

³ Nils Jansen & Ralf Michaels (red.), *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Mohr Siebeck 2008.

⁴ Henrik Zahle, *Praktisk retsfilosofi*, København 2004.

⁵ C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder (red.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London 1995.

grad hade blivit polycentrisk, och där tillämpningen inte bara präglades av reception⁶ utan också av transparens, vilken underströks av en alltmer uttalad acceptans av de historiskt traditionella rättskällorna sedvanerätt och folkrätt.⁷

Den finske folkrättsjuristen Martti Koskenniemi har i sina arbeten tillsammans med ett antal kolleger⁸ sökt att med hjälp av en historisk argumentation finna en syntes mellan det tidigmoderna och det senmoderna, i snittet mellan apologi och utopi. För Koskenniemis vidkommande går den historiska analysen tillbaka till såväl Samuel von Pufendorf som Immanuel Kant. Den franska folkrättshistorikern Emmanuelle Jouannet tar i sin komparativa analys avstamp i 1700-talsfilosofen Emerich de Vattels folkrättsliga position,⁹ medan David Kennedy tar 1800-talets jurister med Jeremy Bentham och John Austin i spetsen som företrädare för en folkrättslig position som utgångspunkt för sin historiska jämförelse.¹⁰ I ett rättshistoriskt perspektiv legitimeras således vår tids folkrätt med hjälp av både historiska källor och ett historiskt idégods.¹¹ Denna artikel placerar sig därför främst i de aktuella diskurser som de här nämnda forskarnas positioner har initierat.

⁶ Se t.ex. domaren i U.S. Supreme Court, Sandra Day O'Connor, som argumenterat för en reception av rättsprinciper hämtade i avgöranden i EG-domstolen, t.ex. *Lawrence vs. Texas* (2002).

⁷ Kjell Å. Modéer, "Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs", *Svensk Juristtidning* 2009, s. 340 ff.

⁸ T.ex. Nathaniel Berman, "But the Alternative is Despair: European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law", 106 *Harvard Law Review* (1992–1993), s. 1792 ff.; Emmanuelle Jouannet, "French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law", 58 *Maine Law Review* (2006), s. 292 ff.; David Kennedy, "A New World Order: Yesterday, Today, and Tomorrow", 4 *Transnational Law and Contemporary Problems* (1994), s. 329 ff.

⁹ Emmanuelle Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris 1998; Emmanuelle Jouannet, *Le droit international liberal-providence. Une histoire du droit international*, Paris 2011.

¹⁰ David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", 17 *Quinnipiac Law Review* (1997), s. 99 ff.

¹¹ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsingfors 1989 (uppl. 2, Cambridge 2006); Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge 2004; Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford 2011.

2 Folkrättens långa historia

Folkrätten har en lång historia som rättslig disciplin. Redan i det antika Rom skilde man mellan *ius civile* och *ius gentium*. Romarnas egen rätt stod emot folkens rätt, och de två rättssystemen fungerade parallellt. Folkrätten levde i symbios med den nationella rätten, på samma sätt som den europeiska lärda rätten, *ius commune*, under medeltiden utgjorde ett komplement till den regionala eller nationella sedvanerätten, *ius proprium*. Det var i jämförelsen mellan dessa båda likvärdiga rättssystem som begreppet komparativ rätt (*cum pare*) uppstod.

Utan ett komparativt perspektiv såväl i tid som i rum blir folkrätten meningslös. Låt mig därför kortfattat beskriva den europeiska folkrättens historia.

De spanska skolastikerna på 1500-talet och i början av 1600-talet positionerade folkrätten och dess källor och identifierade framför allt den internationella sedvanerätten. Den kanske mest betydelsefulle inspiratören var dominikanermunken och teologiprofessorn Francisco de Vitoria (1480–1546).¹² Det var han som gav folkrätten dess naturrättsliga beteckning som en *ius inter gentes*, dvs. en mellanfolklig rätt som kunde identifieras genom det mänskliga förnuftet.¹³ *Ius gentium* var för den spanska skolastikens främste företrädare Francisco Suárez (1548–1617) i första hand sedvanerätt. Den skiljer sig från naturrätten genom att den mer grundar sig på sedvana än på naturen, skrev han.¹⁴ Han blev därigenom den förste som positiverade den folkrättsliga sedvanan. Han jämförde den med *ius commune*: ”På samma sätt som i en stad eller i en region sedvanan introducerar rätten, så kan för hela den mänskliga rasen lagar introduceras genom att folken praktiserar dem.” Det var emellertid inte en helt konfliktfri definition. Hur skulle man hantera sedvanor som stred mot den folkrättsliga sedvanerätten? Så länge som den konträra lokala sedvanan inte allvarligt skadade andra människor eller länder kunde man tolerera den, skrev han. Det som bara stred mot folkrätten var inte i sig själv skadligt, medan det som stred mot naturrätten definitionsmässigt var det.¹⁵

¹² Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York 1950, s. 58.

¹³ ”Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium”. Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis*, III, 2.

¹⁴ Suárez i *Tractatus de legibus ac deo legislatore* (1612) citerad av David J. Bederman, *Custom as a source of law*, New York 2010, s. 138 f.

¹⁵ Bederman, a.a. (2010), s. 140.

Nederländaren Hugo Grotius (1583–1645) har traditionellt benämnts den tidigmoderna folkrättens fader. Hans båda naturrättsligt grundade traktater om krigens och fredens rätt, *De iure belli ac pacis*, och om rätten till det öppna havet, *De mare liberum*, fick stor betydelse också för den svenska stormaktstidens jurister och politiker. Det förra arbetet definierade normerna för en civiliserad krigföring, *justum bellum*, det rättfärdiga kriget, och det senare introducerade doktrinen om rätten för envar att färdas över det fria havet – en doktrin som bestått in i den moderna folkrätten. Den rationella naturrätten blev instrumentet för folkrätten. Regler som *pacta sunt servanda*, avtal ska hållas, var exempel på rättsregler av folkrättslig (gränslös) karaktär.

Westfaliska fredstraktaten 1648 har inom folkrätten kommit att framstå som brytpunkten mellan de antika idealen och ”den europeiska internationella rättens tidsperiod”.¹⁶ Den var inte bara en nationell författning för det tyska kejsardömet – Det heliga romerska riket av tysk nation – den var också ett folkrättsligt dokument, i vilket ett antal europeiska signatärer – inklusive den svenska kronan – var involverade. Fram till det tyska rikets upplösning 1806 betraktades traktaten som ett gällande folkrättsligt edikt.

Grotius’ elev, den tyske naturrättsläraren Samuel Pufendorf (1632–1694), producerade under sin tid som professor i natur- och folkrätt vid juridiska fakulteten i Lund 1668–76 sina betydelsefulla arbeten *De jure naturae et gentium libri octo* (1672) och *De officio hominis et civis* (1673), vilka i hög grad för lång tid framåt positionerade de naturrättsligt orienterade folkrättstankarna såväl i den juridiska utbildningen som i rättspraxis.¹⁷ Pufendorfs naturrättsuppfattning grundades på begreppet *socialitas*, tillgänglighet. Begreppet hade använts av både Aristoteles och Grotius, som betraktade tillgängligheten som medfödd. Det ansåg inte Pufendorf. Den var mer uttryck för mänsklig skapelse, som också krävde rättslig reglering, och synen på rättens universalitet.¹⁸

Pufendorfs skrifter var fram till ca 1800 de dominerande naturrättsliga folkrättspublikationerna. I 1700-talets Tyskland utvecklades statsrättsliga diskurser bland annat om en *ius publicum universale*, dvs. sammanfatt-

¹⁶ Martti Koskenniemi, ”Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, vol. 19 (2011), s. 153 ff.

¹⁷ Kjell Å. Modéer, ”Samuel Pufendorf och ’de mänskliga och medborgerliga plikterna’”. En inledning”, Samuel Pufendorf, *Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten*, City University Press, Stockholm 2001, s. 11 ff.

¹⁸ Koskenniemi, *The Politics of International Law* (2011), s. 310 f.

ningen av den naturrättsliga formuleringen av en allmän statsrättslära för alla folk och tider.¹⁹

Framväxten av nationalstaten (från Machiavelli) med dess suveränitet, maktstruktur (jurisdiktion) och territoriella gränser skapade behov av mellanstatliga relationer. Efter 30-åriga kriget skedde märkbara förändringar i dessa relationer. Inrättandet av permanenta beskickningar i främmande länder med immunitetsskydd var ett sådant initiativ. Beskickningarna blev ett multikulturellt exotiskt inslag i Europas huvudstäder, där också religionsfriheten omfattades av immuniteten. Den immuna franska ambassaden i Stockholm blev exempelvis under Karl XI:s regering det enda stället i det enväldiga och ortodoxt lutherska Sverige där den katolska mässan kunde firas.²⁰

Det var hos Christian Wolff (1679–1754) som den romersk-rättsliga termen *ius gentium* fick sin moderna uttolkning som nationernas lag, *law of nations*. Den schweiziske rättsfilosofen Emerich de Vattel (1714–1767) gick i denna del i Wolffs fotspår. Vattels arbete om folkrätten som nationernas lagar, *Le droit des gens* (1758), (översatt till engelska, *The Law of Nations*, 1760), baserades också på naturrättsliga principer som fick sin tillämpning i staternas praxis.²¹ Han sökte i detta arbete med en tidstypisk systematisering identifiera folkrättsliga regler med hjälp av naturrätten, historisk sedvanerätt, traktater och andra överenskommelser. Vattel visar i sina arbeten på de första tecknen på en positivistiskt formulerad folkrätt. Det utvecklades genom honom också en folkrättsdoktrin som utgick från att om den suveräna staten accepterade den internationella sedvanerätten så uppstod en positivistisk folkrätt genom samtycke. Vattels arbete blev en auktoritativ källa som fortfarande åberopas och som i vår tids diskurser har gett honom epitetet den moderna folkrättens grundare.²²

Naturrättskritiken innebar en ny omdefiniering av folkrätten. Jeremy Bentham (1748–1832) gick vidare i positiveringen av folkrätten, men

¹⁹ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd I (1600–1800), München 1988, s. 291 ff.

²⁰ Arne Palmqvist, *Die römisch-katolische Kirche in Schweden nach 1781*, Bd 1, Almqvist & Wiksell 1954.

²¹ E. Vattel, *Le droit de gens, ou principes de la loi naturelles, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, London 1758.

²² Karl Heinz Ziegler, "Modern International Public Law". I: Stanley N. Katz (red.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, vol. 3, New York 2009, s. 283; Emanuelle Jouannet, *Emmer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international public*, Paris 1998.

framhöll att naturrätten inte kunde utgöra grunden för rättsregler. De kunde endast finnas i överenskommelser och i sedvanerätten – aldrig i naturrättsliga spekulationer. Det var Bentham som prägade begreppet *internationell rätt* för att därmed understryka att denna disciplin endast omfattade regler som tillämpades mellan (*inter*) nationalstater (*nationell*) och regler vilka endast kunde härledas från överenskommelser som stater gjorde inbördes, eller från uppförandenormer (*standards of conduct*) som identifieras genom staternas allmänna och konsistenta beteenden mot varandra.²³

Den tyske filosofen Immanuel Kant (1724–1804) kom i sin kritik av naturrätten också att förutse en kosmopolitisk rättsordning som utgick ifrån den europeiska. Denna eurocentrerade konceptualisering av folkrätten är fortfarande en del av vår tids folkrättsdiskurs.²⁴ Hans syn på den internationella rättens existens byggde på förekomsten av ett progressivt *ethos*. Hur skulle en internationell rätt se ut om den inte hade något syfte, *telos*?²⁵

Till kritikerna hörde också John Austin (1790–1859) som i ett berömt uttalande 1832 kategoriskt konstaterade: ”Den rätt som råder mellan nationer är inte positiv rätt; för varje positiv lag är fastställd av en given suverän stat till en person eller till personer som står i beroendeförhållande till lagens författare. Som jag redan har antytt är den rätt som gäller mellan nationer lag (om än felaktigt kallad så) som bygger på en allmän uppfattning. Skyldigheterna som den ålägger upprätthålls av moraliska sanktioner.”²⁶ Austins uppfattning blev i hög grad auktoritativ. Den stärktes under 1800-talet och kom också att dominera 1900-talets syn på folkrätten: Folkrätten är politik.²⁷

Den territoriellt identifierade nationalstaten och dess rättssystem har emellertid alltsedan tidigmodern tid utgjort folkrättens kontrapunkt

²³ Martin s. Flaherty, ”Modern International Public Law”. In: Stanley N. Katz (red.), a.a. (2009), s. 276 f. – Begreppet internationell privaträtt, private international law, myntades av Joseph Story på 1840-talet. Se även Ralf Michaels (ovan not 2), s. 124 f.

²⁴ Martti Koskenniemi, ”Histories of International Law”, *Rechtsgeschichte*, vol. 19 (2011), s. 152 ff.

²⁵ Immanuel Kant, *Idee einer Universalgeschichte im kosmopolitischen Sinne*, 1784. – Se Martti Koskenniemi, ”On the Idea and Practice for Universal History with a Cosmopolitan Purpose”. I: B. Puri & H. Sievers (red.), *Terror, Peace and Universalism. Essays on the Philosophy of Immanuel Kant*, Oxford 2007, s. 122 ff.

²⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1954, s. 201.

²⁷ David Kennedy, (ovan not 1), s. 111.

och det folkrättsliga systemet dess kontext. Den naturrättsliga teoribildning som legitimerade folkrättsliga normer, dvs. gränslösa normer, fick genom den historiska rättsskolan sin mest kritiska motståndare. Inte bara de tyska juristerna Friedrich Carl von Savigny och Georg Friedrich von Puchta utan också de brittiska Edmund Burke och Sir Henry Maine såg i sedvanan ett centralt fundament för den nationella rättsliga identiteten.²⁸ Kritiken mot denna position kom från flera håll, framför allt från positivisterna som betonade en demokratiskt förankrad lagstiftning, *ius scriptum*. Den historiska skolan ignorerade också den internationella sedvanan och man förklarade inte heller varför en sådan sedvana var rättsligt bindande. Snarare framställdes sedvanan under 1800-talets första hälft som en kulturell paradox.²⁹ Det var Rudolph von Jhering (1818–1892) och hans krav på en internationell jurisprudence som först bröt mot detta strikt nationella perspektiv och mönster.

Den folkrättsliga sedvanans starka ställning demonstrerades också genom ett uppmärksammat rättsfall i den amerikanska högsta domstolen 1900, *The Paquete Habana*-fallet. Två kubanska fiskebåtar hade tagits som krigsbyte av den amerikanska marinen i det spansk-amerikanska kriget. Frågan var om små båtar för kustfiske var immuna från krigets lagar med stöd av folkrättslig sedvana. Båtagarna förde målet till Högsta domstolen, och hävdade med en folkrättslig historisk argumentation att deras båtar inte kunde betraktas som krigsbyte. De refererade till medeltida engelska kungliga ordonnanser, överenskommelser mellan europeiska länder, sakkunnigutlåtanden m.m. De lyckades övertyga domstolen om att de bättre kände till den folkrättsliga sedvanerätten än den amerikanska regeringen. Domstolen gick på fiskarnas linje och fastslog att rätten till krigsbyte inte omfattade små fiskebåtar.³⁰

Såväl David Kennedy som Martti Koskenniemi har identifierat 1860-talet som en viktig brytpunkt i den moderna folkrättens historia.³¹ Som en liberal motkraft till den tidens nationella, rasbetonade och socialistiska politiska diskurser försökte europeiska folkrättsjurister att "civilisera" sina länders beteenden också i sina kolonier. Vid den s.k. Kongokonferensen i Berlin 1884–85 framkom tydligt de europeiska ländernas intention och

²⁸ David J. Bederman, *Custom as a Source of Law* (2010), s. 25 f.

²⁹ Bederman, a.a. (2010), s. 26.

³⁰ Bederman, a.a. (2010), s. 146.

³¹ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge 2002; David Kennedy, (ovan not 1), s. 106 ff.

vilja att skydda ursprungsbefolkningarna, att förbättra deras materiella standard och rätt till åsiktsfrihet och religionsfrihet.³² Det var ett första embryo till en globaliserad syn på folkrätten. Det växte under 1800-talets senare del fram en global modernitet till vilken vår tids diskurser gärna återvänder.³³ 1900-talets stora modernitetsprojekt hade sin embryonala period under premoderniteten (från ca 1870 fram till första världskrigets utbrott 1914).

3 Konventioner som mellanstatliga instrument

Under 1800-talet dominerade den historiska rättsskolan och dess rättskällelära de rättsvetenskapliga diskurserna. Detta nationalromantiska och samtidigt nationalstatliga positivistiska perspektiv bröt både med naturrätten och med folkrätten. I Sverige var detta rättsliga, historiskt förankrade kunskapsparadigm det förhärskande från 1800-talets början och fram till första världskriget.

Med liberala perspektiv på handel och samfärdsel blev dock under senare delen av 1800-talet *konventioner* nödvändiga rättsliga instrument. Under skandinavismens storhetsperiod på 1850-talet tillkom sådana instrument exempelvis rörande tull- och myntfrågor. Inom den internationella privaträtten skapades upphovsrättsliga konventioner både på patenträttens och på varumärkesrättens område.³⁴

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk 1886 blev av stor betydelse för författarnas rätt till sina arbeten också i översatt form. August Strindberg var exempelvis djupt upprörd över att Sverige fortfarande på 1890-talet inte hade ratificerat denna konvention, vilket bland annat resulterade i att urusla piratöversättningar av hans arbete *Le plaidoyer d'un fou* utan rättsliga åtgärder hade kunnat utges i översättningar både i Tyskland, *Die Beichte eines Thoren*, och i Sverige, *En dåres försvarstal*.³⁵

³² Koskeniemi, *Histoires of international law* (2011), s. 152 f.

³³ Dipesh Chakrabarty, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton 2008.

³⁴ Margret Inger, "Från privilegiesystem till patent. Patentinstitutets utveckling i Sverige under 1800-talet", *Rätthistoriska studier*, Bd 6, Lund 1979, s. 34 ff.

³⁵ Sverige ratificerade konventionen först 1904. Kjell Å. Modéer, *Strindbergs advokater*, Norstedts 1987, s. 99 f.

Parisdeklarationen på sjörättens område 1856 och Haagkonventionerna 1899 och 1907 om fredligt lösande av internationella tvister behandlade folkrätten och krigets regler. De sistnämnda konventionerna utgjorde grunden för den permanenta skiljedomstolen i Haag, Haagtribunalen, som inrättades 1899 och började verka 1902. Därmed hade också folkrättens positivering i konkreta rättsregler institutionaliserats. Domstolens uppgift var att lösa konflikter mellan stater främst för undvikande av krig. Första världskrigets utbrott 1914 visade att denna tribunal, som året dessförinnan flyttat in i det imposanta Fredspalatset i Haag, misslyckats. Under mellankrigstiden gjordes ett nytt försök med den av Nationernas Förbund 1923 inrättade Internationella mellanfolkliga domstolen. Den fick lägga ner sin verksamhet när nazisterna 1940 ockuperade Holland ...

4 Första världskriget och den moderna folkrätten

Första världskriget innebar en ny brytpunkt för folkrätten. Världskrigets fasor mobiliserade en kraftfull retorik för freden. Det diskuterades också i vilken utsträckning folkrätten gav legitimation för skuldbeläggande av anfallskrig och krigsaktiviteter. Därtill kom modernitetens genombrott som för folkrättens vidkommande innebar ett imperativ som karakteriserades av ”sekulär absolutism mot teologi och feudalism”.³⁶ Mellan-krigsperioden karakteriserades av infekterade rättsliga diskurser om folkrättens legitimitet och rättmätiga plats inom juridiken. Här befann man sig konkret i gränslandet mellan juridik och politik.

I detta positivistiska landskap ifrågasattes den folkrättsliga sedvanan. När man 1920 skulle formulera statuterna för den nya permanenta internationella domstolen i Haag accepterades den internationella sedvanan som rättskälla, och den definierades som en rättsligt accepterad allmän praktik, ”a general practice accepted as law”.³⁷ Men den folkrättsliga rättskälla som stod i fokus vid denna tid var inte den folkrättsliga sedvanerätten utan den traktatbaserade folkrätten. Den akademiska frågan om folkrättslig sedvanerätt framstod som en fråga om hönan eller ägget. Kritikerna framhöll att det inte var sedvanan som var beviset för en allmän praktik, utan det var en allmänt antagen praktik som bevisade sedvanan.

³⁶ Koskeniemi, *The Politics in International Law* (2011), s. 308.

³⁷ Bederman, *Custom as a source of law* (2010), s. 141.

Mellankrigstiden var också en period av brytpunkter i gränslandet mellan tradition och förändring, mellan idealism och modernism. Den internationella rätten blev en del av ett omfattande moderniseringsprojekt, i vilket ekonomisk och teknologisk utveckling utgjorde de konkreta elementen och där rättsvetenskapen anpassades till rättsrealism, rättsliga fakta och funktioner. Som politisk historia var folkrättens historia oväsentlig. Folkrättsjuristerna skulle begränsa sina uppdrag till funktionella uppgifter.³⁸

Versaillesfreden väckte viktiga frågor för framtiden: Hade folkrätten över huvud taget någon plats i en värld av suveräna stater? Kunde det finnas någon rätt som gällde mellan suveräna stater när suveräniteten definitionsmässigt inte tillåter någon högre auktoritet? Var det över huvud taget möjligt att formulera en folkrätt i politikens värld? Haagkonventionen (1907) betraktades som ett arv från 1800-talet – ”mossig, formell och legalistisk” – och den sökte Nationernas Förbund distansera sig från, samtidigt som mellankrigstiden – paradoxalt nog – vidareförde en stor del av den ”klassiska skolans” doktriner såsom de kom till uttryck i rättsfall och publikationer.³⁹ Samtidigt blev det ideologiska klimat som präglats av politik, krig och religion nu alltmer pragmatiskt och teorilöst. Folkrätten definierades av modernitetens kategorier: rättspositivism och pragmatism.

Också inom den svenska rättsvetenskapen fanns en folkrättslig diskurs. Under mellankrigstiden etablerades rättsrealismen genom civilrättsjuristerna i Uppsala med Vilhelm Lundstedt (1882–1955) och hans elev Karl Olivecrona (1897–1980) som dess främsta företrädare. Uppsalaskolans främste företrädare, civilrättsprofessorn och socialdemokraten Vilhelm Lundstedt, blev en av de mest uttalade kritikerna av den moderna folkrättens metoder och problem. Han ifrågasatte att folkrätten var en juridisk disciplin. *The law of nations an empty show* var rubriken på en engelskspråkig framställning, i vilken han var mycket kritisk mot folkrätten.⁴⁰ Olivecrona har karakteriserat Lundstedts position beträffande folkrätten enligt följande.

”Han inspirerades därtill å ena sidan genom upplevelsen av Versaillesfreden och dess följder, å andra sidan genom sin syn på rättsföreställningarnas sociala betydelse. De i rättsmedvetandet givna idéerna om rättigheter och skyldigheter äro enligt hans uppfattning ingalunda själva grundvalen för

³⁸ Koskeniemi, *Histories of International Law* (2011), s. 159.

³⁹ David Kennedy, (ovan not 1), s. 108 f., 113.

⁴⁰ Vilhelm Lundstedt, *Superstition or rationality in action för peace? A Criticism of Jurisprudence*, London 1925.

rättsordningen. Denna är icke bestämd av rättfärdighetssynpunkter utan av omedelbara livsbehov. Rättsidéerna formas och tämjas genom en rättsordning, vars innehåll i huvudsak bestämmes av hänsyn till samhällsnyttan. Sker icke detta blir idéerna i fråga höljen för hänsynslösa intressen och låta dessa framträda som anspråk med ovillkorligt krav på uppfyllelse; de bli icke socialt uppbyggande utan tvärtom söndersprängande genom att leda till anarki och strid. Detta är enligt Lundstedt just vad som sker på det internationella planet. Hur många folkrättsliga regler det än finns, som i mångt och mycket faktiskt tjäna till efterrättelse i staternas inbördes relationer, så gives det dock ingen över staterna stående maktfull organisation, som kan uppehålla en rättsordning även när det gäller vitala intressen hos de särskilda staterna. Rättsidéerna bli därför här icke, såsom inom staten, styrda med hänsyn till vad samhällsnyttan kräver utan de bli ideologiska vapen i kampen mellan nationerna.”⁴¹

I ett antal pamflettbrochyrer formulerade Lundstedt sina angrepp mot folkrätten. Folkrätten är en fiktiv konstruktion: ”Någon folkrätt existerar icke, ty det finns ingen makt som skapar respekt för reglerna!”⁴²

Lundstedts kollega i Uppsalafakulteten, civilrättsprofessorn Östen Undén (1886–1974), också han socialdemokrat, var från 1920 folkrätts-sakkunnig i UD. Han kom i denna position att engagera sig för folkrättens plats i mellankrigstidens försök att etablera Nationernas Förbund som ett folkförbund. Han var även under många år Sveriges representant i världsförbundet. Som modern jurist var Undén också kritisk till naturrättsliga föreställningar, men han argumenterade samtidigt, om än i försiktiga och diplomatiska termer, för en internationell rättsordning. Motsättningen mellan Lundstedt och Undén synliggjordes i mitten av 1920-talet i en omfattande diskurs om folkrätten som juridisk disciplin.⁴³

Lundstedt ansåg att utan en internationell tvångsmakt och internationell domstol fanns inte en verklig folkrätt. Undén ansåg däremot att det fanns ”en serie av regler, avfattade i internationella fördrag och ändock tillämpade i internationella skiljedomstolars eller i regeringars praxis på

⁴¹ Karl Olivecrona, ”Vilhelm Lundstedt 70 år. Skrifter tillägnade Vilhelm Lundstedt”, Svensk Juristtidning 1952, s. 501.

⁴² Vilhelm Lundstedt, *Vägen till fred*, Tiden 1924; Vilhelm Lundstedt, *Folkrätten och Genèvepolitiken*, Almqvist & Wiksell 1924; Vilhelm Lundstedt, *Sken och verklighet i fredspolitik*, Tiden 1924.

⁴³ Jan-Olof Sundell, ”Undén och Lundstedt – kollegor och trätobroder”. I: Ronnie Eklund m.fl. (red.), *Skrifter till Anders Victorins minne*, Justus Förlag 2009, s. 499 ff.

ett konstant sätt, att de kunna betraktas såsom erkända av civiliserade stater". Undén ansåg att Lundstedts position, om avfärdandet av folkrätten som verklig rätt, var ointressant och oväsentlig. Det var endast "en subtil teoretisk fråga angående avgränsning av begreppet rätt".⁴⁴

Juridik och politik var också titeln på en uppmärksammas antologi 1927 av Östen Undén.⁴⁵ Undén var livligt engagerad i den freds rörelse som följde på världskrigets fasor och som i Sverige innebar ett ifrågasatt medlemskap i den mellanstatliga organisationen kring Nationernas Förbund.

En av de frågor som stod i centrum för diskursen gällde legitimiteten av en internationell rättsordning. En sådan aktualiserade inte bara den territoriella nationalstatens kärnfrågor om suveränitet och sanktionsutövning. Det diskuterades också om folkrätten över huvud taget kunde anses vara en rättslig disciplin när det saknades överstatlig makt bakom reglerna.

Första världskriget och dess konsekvenser födde tanken på en modern folkrätt. Den moderna och starka nationalstatens företrädare ställde sig, som vi kunnat konstatera, i hög grad skeptiska till folkrätten.

De som försvarade folkrätten hävdade med en historisk argumentation att principen att avtal bör hållas har "sitt påtagliga stöd i medvetandet om att ett ordnat mellanfolkligt samliv eljest vore omöjligt".⁴⁶ Uppsalaskolans naturrättskritik och kritik av rättighetsbegreppet bemötte Undén med att det inte kunde förnekas att "den allmänna moraliska åskådningen, i den mån en sådan finnes, är influerad av naturrättsliga idéer". Dessa hade också, enligt Undén, haft inflytande på den positiva folkrättens utformning.⁴⁷

Folkrättens förespråkare var under mellankrigstiden medvetna om att den endast var ett utvecklingsbart embryo och att folkrättsjuristerna genom ett komparativrättsligt arbete sökt "formulera generella föreskrifter såsom uttryck för vad den internationella konvensansen bjuder eller rimligen för närvarande kan kräva". "Ifall folkrättsjuristernas intresse utslutande hade riktat sig mot den framtida rättsordning, som kommer till stånd, då ett världens eller Europas Förenta Staters parlament voterat den internationella rättens kodex och upprättat den internationella exekutiv-

⁴⁴ Östen Undén, *En kungsväg till fred*, Tiden 1924, s. 303. Omtryckt i Östen Undén, *Juridik och politik*, Tidens förlag 1927, s. 85.

⁴⁵ Östen Undén, *Juridik och politik* (1927).

⁴⁶ Undén, a.a. (1927), s. 93.

⁴⁷ Undén, a.a. (1927), s. 95.

makten, skulle de med fog ha kunnat karaktäriseras som fantaster”, skrev Undén 1927.⁴⁸

Också den socialdemokratiska filosofiprofessorn Malte Jacobsson (1885–1966) reserverade sig mot Lundstedts radikala position när det gällde krav på sanktioner och exekutiv makt. Man fick inte ”förbise att det finnes en oskriven sedvanerätt innan den skrivna lagens rättsregler formuleras”, slog Jacobsson fast. Och domsmakten behövde inte nödvändigtvis ”ha karaktär av en bestämd ämbetsman. Även den allmänna meningen kan tjänstgöra som domare och trygga iakttagandet av vissa regler och detta utan både häktning och fängelse.”⁴⁹

Det paradoxala är att framväxten av en positiv folkrätt skedde mot bakgrund av ett naturrättsligt tänkande. Undén konstaterade att ”den allmänna rättsuppfattningen” i internationella frågor, ”d.v.s. den allmänna moraliska åskådningen, i den mån en sådan finnes, är influerad av naturrättsliga idéer. Att så är fallet i stor omfattning, torde icke kunna förnekas. Icke heller kan det betvivlas, att naturrättsliga idéer haft inflytande på den positiva folkrättens utformning.”⁵⁰

Undéns försiktigt reformistiska inställning stod emot Lundstedts revolutionärt radikala position. Undén var juristen som förankrad i den rättsliga traditionen försiktigt och prövande närmade sig det moderna. Lundstedt å andra sidan var den kompromisslöse teoretikern och missionären.⁵¹

Mellankrigstidens politiska och statsvetenskapliga kontexter stod mellan det konservativa och det liberala, mellan det internationella och det nationella. Den konservativa statsvetaren Rudolf Kjellén (1864–1922) uttryckte denna dynamik i begreppet geopolitik, som refererade till ett organiskt och därmed också dynamiskt perspektiv på nationalstaten.

⁴⁸ Undén, a.a. (1927), s. 99 f.

⁴⁹ Malte Jacobsson, Om statsmoral: Är staten bunden av individualmoralens regler?, Natur och kultur, 1925, s. 99 not 1.

⁵⁰ Undén, a.a. (1927), s. 95.

⁵¹ Sundell, (ovan not 43), s. 506.

5 Andra världskriget och dess rättsliga uppgörelse

Den nya idealiserande universalism som fötts ur andra världskrigets kaos blev utomordentligt betydelsefull för vår tids syn på folkrätten. I Tyskland upplevde juristerna till och med en naturrättsrenässans artikulerad exempelvis av juridikprofessorn Gustav Radbruch som i en ofta citerad formel slog fast att domaren icke fick tillämpa oriktig lag, när det förelåg ”fall av flagrant brottsligt missbruk av lagen”.

Upplevelserna och de historiska erfarenheterna av de totalitära och auktoritära staterna efter andra världskriget innebar samtidigt en konsolidering av den folkrättsliga sedvanerätt som utvecklats om de mänskliga rättigheterna. Stadgorna för rättegångarna mot huvudkrigsförbrytarna i Nürnberg och Tokyo var exempel på sådan folkrättslig sedvanerätt.⁵²

Det var efter verkställandet av dödsdomarna i Nürnberg i oktober 1946 som FN utvecklade en särskild konvention om folkmord, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, som antogs vid den generalförsamling i Paris i december 1948 där också FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna antogs.⁵³ En av dem som i egenskap av svensk delegat deltog i generalförsamlingens sammanträden i början av 1950-talet var civilrättsprofessorn i Uppsala Åke Holmbäck (1889–1976). Hans iakttagelser rörande förhandlingarna inom FN var starkt kritiska till den formalism och avsaknad av rutiner som präglade de första åren av FN:s verksamhet.⁵⁴

Både de konstitutionella och folkrättsliga diskurserna var åren efter andra världskriget inne i en ny formativ period. Med segrarmakterna som katalysatorer inrättades Förenta Nationerna i San Francisco i augusti 1945, och den deklaration om grundläggande mänskliga rättigheter som utarbetades och antogs 1948 byggde på en universell konstruktion om tron på mänsklig värdighet, jämlikhet mellan man och kvinna och på stora och små nationers lika värde. När järnridån gick ner över Europa framkom att tolkningen av dessa mänskliga fri- och rättigheter var helt olika i Öst- och

⁵² Ove Bring, *De mänskliga rättigheternas väg – genom historien och litteraturen*, Atlantis 2011, s. 454 ff.

⁵³ Ove Bring, a.a. (2011), s. 459 ff.

⁵⁴ Åke Holmbäck, ”Arbetsättet i Förenta Nationernas generalförsamling. Några fakta och några reflektioner, Skrifter tillägnade Vilhelm Lundstedt”, *Svensk Juristtidning* 1952, s. 560 ff.

Västeuropa. I västerlandet växte en alltmer uttalad kritik mot folkrätten som en global företeelse. Frågan ställdes om inte folkrätten levde i två skilda världar och man kunde i enlighet med folkrättshistorikern Arthur Nussbaum (1877–1964) konstatera att man endast kunde spekulera i om det skulle tas ett förmedlande steg i riktning mot en universell folkrätt.⁵⁵ Efterkrigstidens paradox var att det trots politisk pragmatism odlades en tro på en västerländsk (europeisk) folkrätt som garanterade folkens oavhängighet och suveränitet. Tron på en "world public order" kombinerades med det återkommande kravet på mänsklig värdighet ("human dignity", "Menschenwürde"). Det var i FN:s allmänna förklaring 1948 som begreppet *soft law* användes för första gången, och den blev därigenom ett preludium till karaktären av senare multilaterala traktater.

Den svenska neutralitetspositionen under efterkrigstiden kopplades också till synen på folkrätten, nu som den kom till uttryck i Europakonventionen 1950. Östen Undén, som mellan åren 1945 och 1962 på nytt var utrikesminister, markerade sin restriktiva inställning till folkrätten under framhållande av den neutrala svenska undantagspositionen. Diplomaten Lennart Petri (1914–1996), som vid Europakonventionens tillkomst tjänstgjorde som attaché vid ambassaden i Paris, har i sina minnen beskrivit den schizofrena svenska inställningen till folkrätten. Undén framhöll för de skrämt förvånade unga diplomaterna "att det verkligen inte vore något att sträva efter att fastslå skydd för mänskliga rättigheter i en konventionstext. Erfarenheten visade ju att omtanke om s.k. mänskliga rättigheter hade snedvridit utvecklingen." Undéns uppfattning i denna del var "lika orubblig som orimlig".⁵⁶

Undéns position var inte unik. Både den rena rättslärans upphovsman Hans Kelsen (1881–1973) och den brittiske rättslärde H.L.A. Hart (1907–1992) kom under efterkrigstiden att rikta häftiga attacker mot folkrätten och framför allt folkrättens sedvanor.⁵⁷

⁵⁵ Wilhelm Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden 1988, s. 757 f.

⁵⁶ Lennart Petri, *Sverige i stora världen. Minnen & reflexioner från 40 års diplomat-tjänst*, Atlantis 1996, s. 241 f.

⁵⁷ Bederman, *Custom as a source of law* (2010), s. 161.

6 Den historiska vändpunkten: En postmodern och postkolonial folkrätt

Slutet på det kalla kriget, murens fall och inte minst den transparens som en transnationell rättsordning med globaliseringen som viktig kontext har skapat, har på nytt totalt förändrat folkrättens ställning. De rättsliga positionerna har under det senaste kvartssekle förskjutits från modernitetens strikt positivistiska och pragmatiska paradigmet mot ett paradigmet som är betydligt mer transparent, flexibelt och sökande. Det universella harmoniserande perspektivet har kompletterats med ett postmodernt och postkolonialt mångfaldsperspektiv.

Globaliseringsdiskurserna har också i hög grad påverkat synen på FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Ett kulturrelativistiskt perspektiv blev i början av 1990-talet alltmer påtagligt. När de asiatiska länderna sammanträdde i Bangkok 1993 vidhöll man i och för sig FN-deklarationens universella karaktär, men framhöll samtidigt att denna måste ses i dess kontext, dvs. "nationella och regionala omständigheter och varierande historisk, religiös och kulturell bakgrund".⁵⁸ Bangkok-konferensen var ett förmöte till den FN-konferens om mänskliga rättigheter som avhölls i Wien och där slutprodukten i hög grad kom att referera till de punkter som Bangkok-konferensen slagit fast.⁵⁹ FN:s allmänna förklaring fick nu en postkolonial uttolkning som pekar på ett mer uttalat syntestänkande. Den tyske rättssociologen Ulrich Beck har definierat vår tids kunskapsstrukturer inte som ett *antingen–eller*, utan som ett *både–och*.⁶⁰ Synen på folkrätten följer detta mönster. Folkrättslig praktik kan antingen baseras på ett kulturperspektiv, där historien utgör en viktig beståndsdel, eller på en mer förnuftsbaserad praktik, där "förhoppningar, passioner, moraluppfattningar och fantasier från den rättsliga diskursen" präglar besluten. Den finska folkrättsjuristen Outi Korhonen har i sin doktorsavhandling 2000 markerat behovet av en balanserad kulturposition.⁶¹

⁵⁸ Ove Bring, *De mänskliga rättigheternas väg – genom historien och litteraturen* (2011), s. 651.

⁵⁹ Ove Bring, a.a. (2011), s. 652.

⁶⁰ Ulrich Beck, Anthony Giddens & Scott Lash, *Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse*, Edition Zweite Moderne, Suhrkamp, Frankfurt/Main 1996.

⁶¹ Outi Korhonen, *International Law Situated: An Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History and Community*. The Hague/London/Boston 2000. – Anmäld av Andreas Paulus i 12 *European Journal of International Law* (2001), s. 1029 ff.

Betecknande nog har den inom rättshistorien länge dominerande rättskulturdebatten också sitt ursprung i en folkrättslig och komparativrättslig kontext. Bakgrunden var den närmast imperialistiska inställning som de amerikanska efterkrigsjuristerna hade till rättsligt biståndsarbete, den s.k. *Law and development*-rörelsen. Rättshistorikern Lawrence M. Friedman framhöll 1969 i en numera klassisk artikel nödvändigheten av att i den internationella dialogen mellan skilda rättssystem beakta rättens kontextuella perspektiv.⁶² Det var i detta sammanhang han introducerade begreppet rättskultur, *legal culture*, vilken avsatt viktiga rättshistoriska diskurser.⁶³ I den postkoloniala folkrättsdiskursen återkommer nu denna diskurs. I ett parallellt exempel till Pierre Legrands epistemologiska komparation mellan juristernas kunskapsstrukturer i England och Frankrike⁶⁴ har Emmanuelle Jouannet i en viktig artikel tagit upp förhållandet mellan de skilda folkrättsliga positionerna i USA och Frankrike på grund av skilda kontexter.⁶⁵ Jouannet talar om ett ”reflektivt tillägnande” av rättskultursynen inom folkrätten. Hon pekar på nödvändigheten att också inom juristutbildningen vidga folkrättens perspektiv till frågor om historia, kultur och komparativ rätt.⁶⁶

Redan de angivna exemplen visar att folkrätten i dag konstruerar ett nytt paradigm, i vilket man i allt större utsträckning anknyter till äldre folkrättstraditioner.⁶⁷

På samma sätt som Emmanuelle Jouannet visar på skillnaderna mellan folkrättsuppfattningarna i USA och Frankrike med hjälp av kulturella kontexter, visar David Kennedy på vår tids behov av kunskap om den bortglömda ”klassiska” från Austin emanerande folkrättsideologin på 1800-talet som 1900-talets modernister sökte förtränga men som fortfarande utgör – och måste utgöra – en viktig del av vår tids folkrättskonstruktioner.

Koskenniemi betecknar, med en formulering hämtad från Kant, den moderna folkrättens företrädare som ”eländiga tröstare”. Kant använde

⁶² Lawrence M. Friedman, ”On Legal Development”, 24 Rutgers Law Review (1969), s. 11 ff.

⁶³ Kjell Å. Modéer, ”Rättshistoria som samhällets spegel: Om Lawrence M. Friedman och hans vetenskapssyn”. I: Festskrift till Boel Flodgren, Juristförlaget i Lund 2011, s. 258 f.

⁶⁴ Pierre Legrand, ”European Legal Systems are not Converging”, 45 International and Comparative Law Quarterly (1996), 52 ff.]

⁶⁵ Emmanuelle Jouannet, ”French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law”, 58 Maine Law Review (2006), s. 292 ff.

⁶⁶ Emmanuelle Jouannet, a.a. (2006), s. 330 ff.

⁶⁷ Martti Koskenniemi, ”Why History of International Law Today?”, Rechtsgeschichte Bd 4 (2004), s. 63.

metaforen för att kritiskt placera Grotius och Pufendorf i den tidigmoderna folkrätten. Koskeniemi applicerar den på sitt förhållningssätt till den nya närmast naturrättsliga vokabulär som formulerats inom globaliserings- och de internationella rättsliga diskurserna.⁶⁸

I den senmoderna nationella rättsskälreläran har folkrätten och sedvanerätten på nytt blivit synliga rättsskällor. Också detta är ett utslag för kontinuiteten i den klassiska skola Kennedy talar om. I sig är detta en del av en fortgående diskurs som handlar om en kamp om rätten, och där det under skilda perioder i rättshistorien har framkommit en kritik mot sedvanerätten i skilda nationella rättskulturer för att vara antingen för sofistikerade eller autonoma för att kunna acceptera dessa rättsskällor.⁶⁹

7 Det historiska argumentets återkomst – Folkrätten som en syntes mellan apologi och utopi

När den tyske juristemigranten Arthur Nussbaum (1877–1964) 1947 utgav sitt i dag klassiska arbete *A Concise History of the Law of Nations* betraktades det som en pionjärinsats. Han konstaterade att trots att rättshistoria ansågs vara ett av de mest kultiverade och fruktbara ämnena inom rättsvetenskapen så gällde den iakttagelsen inte folkrättsvetenskapen. Och detta trots den stora betydelse som den historiska kunskapen har på detta område.⁷⁰ Nussbaum kritiserade på ett kategoriskt sätt tolkningen av folkrättens historia som dess doktrinhistoria. Hans folkrättshistoria var en produkt av det kalla kriget. Den betonade upprätthållandet av det europeiska humanitära och idealistiska perspektivet på folkrätten. Även om folkrätten hade blivit universell på 1800-talet var han 1947 tveksam till om detta perspektiv hade rotats i de icke-europeiska länderna. Järnridån markerade inte bara en gräns mellan Sovjetunionen och västvärlden, den markerade också enligt Nussbaum skillnaden mellan livegenskap och nationers oberoende.⁷¹

Denna artikel har velat visa att vår tids folkrättshistoria i hög grad är knuten till de rättshistoriska diskurser som behandlar rättsliga kulturer och

⁶⁸ Koskeniemi, *Histories of International Law* (2011), s. 308.

⁶⁹ Bederman, *Custom as a source of law* (2010), s. 170.

⁷⁰ Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York 1950, s. 293.

⁷¹ Koskeniemi, *Histories of International Law* (2011), s. 161.

traditioner. Martti Koskenniemis skrifter präglas i hög grad av kontextuella perspektiv på folkrättsliga regler.⁷² Det blir ett sätt att demonstrera att också universella och till synes tidlösa normer genom historien är knutna till bestämda kontexter, projekt eller intressen.⁷³ Samma historiska argumentation finner vi hos flera andra av de här refererade folkrättsforskarna.

Kritiken mot det universalistiska och kosmopolitiska perspektivet på folkrättshistorien har också artikulerats av den franska folkrättshistorikern Emmanuelle Jouannet, som i ett antal artiklar betonat den mångfald av nationella, regionala, individuella och institutionella visioner som präglar det folkrättsliga mönstret. Det är dessa många rättsliga kulturer – och inte någon kosmopolitisk kultur – som vi kan identifiera. Visst kan man tala om ett gemensamt embryonalt folkrättsligt språk, men detta språk talas av individer, vars röster är förankrade i olika rättskulturer. Det växer fram en ny förståelse av den internationella rätten som är förankrad i koncepten kultur och språk. Det finns, framhåller Jouannet, i dagens folkrätt en medvetenhet om behovet att betrakta folkrätten utifrån dess historiska och kulturella kontexter.⁷⁴

Denna artikel har intagit ett metaperspektiv i förhållande till den svenska folkrättens historia. Några belysande nedslag i historien har velat visa att den svenska folkrättsdiskursen förhåller sig till den europeiska och även till den universella. I ett föredrag 2000 redogjorde exempelvis FN:s dåvarande rättschef Hans Corell inför svenska hovrättsjurister för sin syn på domarrollen ur ett FN-perspektiv. Internationaliseringen av domarrollen stod i fokus för framställningen men samtidigt insikten om att domarkulturen i hög grad är nationellt, till och med lokalt, förankrad. Han avslutade sin framställning med att citera en tingspredikan från Tjusts domsaga 1753, som avhandlade domarens ansvar och behov av att med styrka och kraft förvalta ett ämbete.⁷⁵ För Corell blev denna historiska referens ett sätt att historiskt legitimera rättsstaten i enlighet med

⁷² Se exempelvis *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960* (2004).

⁷³ Koskenniemi, *Histories of International Law* (2011), s. 174 f.

⁷⁴ Emmanuelle Jouannet, "French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law" (2006), s. 292 ff.

⁷⁵ Hans Corell, "Domarrollen i FN-perspektiv. Personliga reflektioner vid ett lagmansmöte i Svea hovrätt", 85 *Svensk Juristtidning* 2000, s. 676.

FN-stadgans ändamål. Emmanuelle Jouannet hade inte hittat ett bättre exempel på hur den folkrättsliga identiteten i vår globala värld bottnar i ett sökande efter "ett gemensamt historiskt minne" som är förankrat i både tid och rum.⁷⁶

⁷⁶ Emmanuelle Jouannet, a.a. (2006), s. 332.

