

---

Norden, rätten, historia –  
Festskrift till Lars Björne

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI

*Toimittajat/redaktörer*

Jukka Kekkonen  
Pia Letto-Vanamo  
Päivi Paasto  
Heikki Pihlajamäki

*Toimitussihteeri/redaktionssekreterare*

Pasi Mustonen

*Tilausosoite/beställningar*

Suomalainen Lakimiesyhdistys  
Kasarmikatu 23 A 17  
00130 HELSINKI  
p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668  
sly@lakimies.org  
www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-237-1

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2004

---

## Innehåll

Nordisk rättshistoria: Lars Björne 60 år .....	7
<i>Inger Dübeck</i> Forholdet mellem konkubinát og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral? .....	9
<i>Jyri Inha</i> Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calonius och upphovet till lagenlighetstillsyn i den Kejsarliga regeringskonseljen .....	35
<i>Jukka Kekkonen</i> Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen .....	51
<i>Mia Korpiola</i> Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxon ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen .....	65
<i>Toomas Kotkas</i> Lemminkäinen-sånger i <i>Kalevala</i> – en historia om arkaisk rätt .....	101
<i>Pia Letto-Vanamo</i> Internationella idéer och den nationella realiteten .....	115
<i>Sigurður Línfal</i> At sælge viden .....	129
<i>Bo H. Lindberg</i> Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid. ....	143
<i>Dag Michalsen</i> Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode. ....	171

<i>Kjell Å. Modéer</i> Östersjöområdets rättsliga kartor – rättskulturella konstruktioner i förändring. ....	193
<i>Rolf Nygren</i> Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen – ett svenskt-finskt rättsarv. ....	207
<i>Päivi Paasto</i> Om äganderättens ursprung i den nordiska och den europeiska diskussionen på 1800-talet. ....	223
<i>Claes Peterson</i> Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag – en svensk kodifikationsstrid? .....	245
<i>Heikki Pihlajamäki</i> ”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”: straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria .....	265
<i>Marie Sandström</i> Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket.....	291
<i>Ditlev Tamm</i> Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab .....	311
<i>Heikki Ylikangas</i> Tvisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet .....	325
Författare .....	345

---

Marie Sandström

## Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket

De nordiska rättsordningarna har länge förbryllat företrädare för den komparativa rätten. Den rättstradition som vuxit fram i Sverige, Finland, Norge, Danmark och Island gäcker den komparativrättsliga etiketteringen. Likt ett illegitimt barn bryter de nordiska rättsordningarna symmetrin i den komparativrättsliga genealogin av rättsfamiljer. Alldeles särskilt motspänstig förefaller den nordiska rättstraditionen vara i förhållande till den grundläggande dikotomin *civil law – common law*.

I det komparativrättsliga standardverket, *An Introduction to Comparative Law*, påpekade författarna, Konrad Zweigert och Hein Kötz, att de nordiska ländernas rättsystem är svåra att klassificera. Det är visserligen uppenbart att de inte tillhör *common law*-traditionen. De nordiska rättsordningarna har utvecklats oavhängigt av den medeltida engelska rätten. Inte heller epitetet *civil law* ger emellertid ett adekvat uttryck för de nordiska rättsystemens egenskaper. Detta uttryck förknippas nämligen med sådana rättsystem som präglats av romersk rätt och en kodifierad privaträtt. Det är visserligen omstritt, i vilken mån den romerska rätten har påverkat utvecklingen av de nordiska rättsordningarna, men det är uppenbart att de nordiska länderna inte följt Justinianus exempel. Till sist tvingas rättsvetenskapsmännen att konstatera att de nordiska rättssystemen bildar en alldeles egen – unik – rättsfamilj.

Svårigheterna att klassificera den nordiska rättstraditionen har uppenbarligen mycket litet att göra med den materiella rättens utformning. Det finns till exempel slående likheter mellan den engelska avtalsrättens betoning av *good faith* mellan avtalsparter och betydelsen av lojalitetsförpliktelser i svensk avtalsrätt. Andra aspekter av den svenska obligationsrätten bär i stället alla tecken på en reception av tysk pandektvetenskap. Ur ett funktionellt perspektiv förefaller dessutom alla utvecklade rättssystem att konvergera.

Inte heller bör, enligt min mening, orsaken till den nordiska rättens särart sökas i det vaga begreppet *rättskultur*. Det är meningslöst att söka den nordiska rättstraditionens unika karaktär i rättens dunkla djupstrukturer när den i själva verket befinner sig mitt framför våra ögon. Nyckeln till den nordiska rättens särställning återfinns nämligen främst i det juridiska hantverket. Det är således den nordiska juridiken, snarare än den nordiska rätten, som är unik.

Den ambivalens som ställer till problem för det komparativrättsliga systembygget präglar i högsta grad den juridiska argumentationen i de nordiska länderna. Den nordiska rättskällevärdet ger syn för sägen: Lagstiftningen förefaller visserligen vara av utomordentligt stor vikt, men dess inflytande ter sig likväl begränsat. De högsta domstolarnas prejudikatbildning spelar en stor roll i den juridiska argumentationen, men ger samtidigt intryck av att vara hårt styrd.<sup>1</sup> Också den juridiska doktrinen ställer sig, åtminstone vid ett första ögonkast, svårbegriplig. Många praktiskt verksamma jurister vittnar om den juridiska doktrinen – ofta läroböckers – betydelse som den kronologiskt första rättskällan.<sup>2</sup> Samtidigt tvivlar också rättsvetenskapsmännen öppet på den juridiska doktrinen vetenskaplighet och bindande kraft.<sup>3</sup> I detta avseende kan de nordiska juristerna liknas vid en person som inte kan bestämma sig för om han eller hon ska köpa *Aftonbladet* eller *Expressen*.

Dessa juristers ambivalens inför rättskällorna placerar således den nordiska rättstraditionen i ett slags komparativrättsligt *limbo*. Denna egendomliga mellanposition medför emellertid också vissa fördelar. En rad författare har framfört åsikten att den nordiska rättstraditionen skulle kunna överbrygga motsättningen mellan de kontinentaleuropeiska och anglo-amerikanska rättsordningarna:

”In many ways, this formation [Scandinavian law] has no analogue: it combines the (advantageous and unique) features both of common law and the Germanic legal system with the force of normative generalization. ... A

<sup>1</sup> Den lagtolkning som utmynnar i ett prejudikat beskrivs i allmänhet som ”bunden”.

<sup>2</sup> Se t. ex. Sandgren, Claes, Vad gör juristen? Och hur?, del I, i *Juridisk tidskrift* 1999–2000, s. 596f.

<sup>3</sup> Se t. ex. Jan Hellners åsikt, att rättsvetenskapsmannen befinner sig ”utanför systemet” och att ingen domstol torde känna sig bunden att tillämpa vad den juridiska doktrinen uttalar, i *Rättsteori. En introduktion*. Stockholm 1994, s. 115. Notera den kritik som riktats mot denna uppfattning i Claes Petersons recension av Hellners *Rättsteori*, i *Förvaltningsrättslig tidskrift*, årg 1996, s. 175ff.

number of experts believe that the Scandinavian experience can serve as a model for relevant cooperation on a European scale.”<sup>4</sup>

Tanken är således att den skandinaviska rättsfamiljen skulle utgöra en slags metodologisk kompromiss mellan de två dominerande rättstraditionerna. I den meningen skulle de nordiska juristernas arbetsätt utgöra en potentiell exportartikel, som i likhet med IKEA:s platta paket kan erövra världen.

Syftet med detta bidrag är att belysa de nordiska juristernas metodologiska särprägel. Det har härvidlag varit nödvändigt att begränsa föremålet för undersökningen. Detta arbete avser främst den svenska juridiska metodläran. Mycket av det som anges vara typiskt för den svenska rättskällevärdet är emellertid representativt för nordisk rättskällevärdet. Det skulle inte heller vara möjligt att inom ramen för en uppsats undersöka den svenska juridiska metodläran i sin helhet; analysen gäller huvudsakligen rättskällevärdet. Avsikten är att beskriva den svenska rättskällevärdets utveckling under 1800- och 1900-talen. Tanken är inte att dessa rättshistoriska studier skulle ge en uttömmande och i varje detalj rättvisande bild av drivkrafterna bakom framväxten av en svensk rättskällevärdet. Antalet faktiska orsaker till denna läras särart är sannolikt oändligt. Mitt val av *historiska ögonblick* i den juridiska metodlärans utveckling ger i stället uttryck för en strävan att framhäva den unika karaktär som gör den svenska juridiska metoden till en potentiell exportprodukt.<sup>5</sup> Den första anhalten på väg mot insikt i den svenska rättskällevärdets särprägel utgörs följaktligen av en analys av juristernas reaktion inför 1826-års civillagsförslag.

## Den svenska kodifikationsstriden

Den svenska kodifikationshistorien är en sorglustig historia. I efterhand har 1800-talet kommit att uppfattas som ett mer eller mindre förlorat århundrade i svensk lagstiftningshistoria. Perioden beskrivs ofta som en obetydlig pa-

<sup>4</sup> Alekseev, S., On some tendencies in world legal development and the Russian legal system, i *Review of Central and East European law*, nr 4, årg. 2001, s. 567 ff, jfr. Matteucci, The Scandinavian Legislative Cooperation as Model for European Cooperation, i *Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge*. Stockholm 1956, s. 136.

<sup>5</sup> Läsaren bör följaktligen inte förvänta sig ett pionjärbete rörande de processer som beskrivs i detta bidrag. Framställningen grundar sig i allt väsentligt på lätt åtkomligt källmaterial och sekundärlitteratur. Arbetets eventuella nyhetsvärde består av urval och tolkning av materialet.

rentes mellan 1734 års lag och 1900-talets nordiska lagstiftningsprojekt. Det var också med djupt beklagande som Erik Marks av Würtemberg konstaterade, ”att trångsinne och obehöriga hänsyn fingo stå i vägen för antagande av den nya lagbok som för ett sekel sedan stod landet till buds”<sup>6</sup>. Egendomligt nog ger källorna en delvis annan bild; det som Marks av Würtemberg beskriver som en försutten möjlighet framstår i stället snarare som ett från början dödsdömt lagstiftningsprojekt. Det är bara dödskampen som ter sig ovanligt utdragen.

Den entusiasm för lagreformer som väckts av statsvälvningen 1809 ebade snart ut. Under riksdagen 1809–1810 föreslogs visserligen att 1734 års lag skulle underkastas en fullständig revision, men i lagutskottet var tonfallet snarast skeptiskt. Utskottet uttalade visserligen genom sin sekreterare, professor Johan Holmbergson, att lagboken nog var i behov av en förenkling samt att författningarna i vissa delar måste anpassas till nya samhällsförhållanden. En saklig omarbetning av 1734 års lag skulle emellertid kräva ett gediget förarbete:

”En saklig omarbetning borde emellertid enligt utskottets mening föregås av utredningar om lagarnas historia och sammanhang, byggd på deras allmänna, filosofiska och politiska grunder, och för arbetet borde utdanas ett antal personer, som ägde användbar skicklighet för lagstiftning.”<sup>7</sup>

En sådan omfattande uppgift vore de svenska juristerna vid denna tidpunkt dock inte mäktiga. Det skulle därför, enligt lagutskottet, vara lämpligt att reformen inskränkte sig till en sammanfattning av de spridda lagförklaringarna och författningarna i en bekväm och naturlig ordning. En kommitté borde följaktligen tillsättas med uppdraget att förenkla och redigera de svenska författningarna. Det var således med ett mycket begränsat mandat som den Stora lagkommittén skred till verket.

Lagutskottets uppenbara olust inför tanken på en mer genomgripande reform av 1734 års lag bildar ett mönster för de svenska juristernas reaktion inför de förslag som lagkommittén utarbetade. Redan 1811 avgav kommittén sitt första utlåtande. Kommittén påpekade att de ändringar, tillägg och lagförklaringar som tillkommit sedan ikraftträdandet av 1734 års lag både till sin mängd och bristande inbördes enhetlighet försvårade såväl lagstift-

<sup>6</sup> Marks av Würtemberg, Erik, Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundra-talets början, i *Minnesskrift ägnad 1734 års lag*. Stockholm 1934, s. 198.

<sup>7</sup> Citerat efter Marks von Würtemberg, a. a., s. 145 f.



ningsprojektet som rättstillämpningen. Detta konstaterande måste, enligt min mening, tolkas som kritik mot det begränsade mandat som kommittén givits. De snäva instruktionerna gjorde det i praktiken omöjligt för kommittén att tygla det oöverskådliga material som utgjorde svensk civilrätt. Trots denna reservation framlade lagkommittén 1826 ett förslag till en privaträttslig kodifikation.

Till sitt innehåll påminner 1826 års lagförslag starkt om franska *code civil*. I lagtexten framhävs den oinskränkta äganderätten och den närmast obegränsade avtalsfriheten som förmögenhetsrättens ledmotiv. Någon motsvarighet till den abstrakta systematiken i *code civil* kan emellertid inte återfinnas i det svenska civillagsförslaget. I motiven beklagade också kommittén att det inte varit möjligt att ge lagtexten en mer systematisk form. Felet var visserligen inte i första hand kommitténs.

”Då Kungl. Maj:t åt kommittén uppdrog att utarbeta förslag till allmän civil- och kriminallag, lämnade tillika den föreskrift, att 1734 års lag, till dess yttre form och indelning i vissa balkar, därvid borde tjäna till grund och efterföljd. Det har således ej berott av kommittén att välja en mer systematisk uppställning, vilket visserligen eljest hade kunnat äga rum och, må hända, gjort arbetets utförande i hela dess vidd lättare...”<sup>8</sup>

Kommittén försäkrade emellertid, att den även utan denna föreskrift skulle ha tvekat att överge balkindelningen i 1734 års lag, ty lagen är främst en bok för folket. Kommittén fortfor:

”Likasom själva folkstammen, under tidernas lopp, växer ut och omdanas, måste även lagen, varuti även samhällslivet skall, så tillsägande, överskåda sig självt från varje betydlig ståndpunkt på dess utvecklingsbana, gång efter annan utvidgas, omarbetas och, ur massan av de söndrade delar, som under olika tiders inflytande tillkommit, sammangjutas till ett nytt helt, med ett ord: förnyngas; men det bör dock aldrig annorlunda omskapas, eller i annan form framträda, än att folket städse igenkänner och förstår den.”<sup>9</sup>

Kommitténs försäkran, att det har utgjort en ”tillfredsställelse, att i det formella så lämpa sig, mera efter folkets behov, än efter vetenskapsmannens fordringar” klingar något falskt. Lagförslagets upphovsmän tvingas slutligen att sätta sitt hopp till att bristen av systematik i uppställningen av de

<sup>8</sup> Motiv till Giftermålsbalken, citerat ur Svensk historisk lagbok, i Häthén och Nilsén (red.), *Rättshistoriska källtexter*. Lund 2004, s. 222.

<sup>9</sup> Marks av Württemberg, a. a., s. 222 f.

enskilda lagreglerna någorlunda kompenserades av ”enhet och sammanhang i själva föreskrifterna”.<sup>10</sup>

Då inte ens upphovsmännen bakom 1826 års civillagsförslag reservationslöst ställde sig bakom sin skapelse, är det knappast förvånande att den föreslagna lagtexten vann lite gehör bland jurister. Meningarna rörande lagförslagets materiella innehåll – särskilt reformerna av arvsrätten synes ha väckt ont blod – var visserligen delade. Lagförslaget präglades av ekonomisk liberalism, vilket naturligtvis inte tilltalade konservativt sinnade jurister. Den negativa inställningen till lagförslaget förklaras emellertid endast delvis av politiskt motstånd. I anledning av remissen till de juridiska fakulteterna år 1832 avgavs utlåtanden från såväl Uppsalas – Rabenius, Boëthius, Grubbe och Atterbom – som Lunds juridiska fakultet. Samtliga var negativa till förslaget. Kritikerna ansåg att civillagsförslaget såväl till sin form som till sitt innehåll i alltför hög grad avvek från gällande rätt.<sup>11</sup> Dessutom inkom en rad utlåtanden från privatpersoner. Carl Olof Delldén, universitetsadjunkt vid Uppsala universitet, hade redan 1826 publicerat sin kritik av civillagsförslaget i ett bihang till tidskriften *Svea*.<sup>12</sup> Delldén konstaterade inledningsvis, att det för närvarande inte förelåg något behov av en ny lagbok<sup>13</sup>. Av detta skäl, och då ”tidevarvet ej vore moget en ny lagbok”<sup>14</sup>, borde lagstiftarens inställning till lagreformer vara, ”att *intet* i våra lagar bör *omskapas*, så *litet* som möjligt *förändras*, och endast det för tillämpningen *aldra nödvändigaste tilläggas*”<sup>15</sup>. Delldéns inställning till civillagsförslaget var, enligt Erik Marks von Würtemberg, ett uttryck för den ”lagstiftningsfientliga” historiska skolan.<sup>16</sup> Delldén återkom 1832 till frågan om civillagsförslaget och framförde då kravet, att lagreformen skulle inskränkas till att avse en redaktion av 1734 års lag.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> A. a., s. 223.

<sup>11</sup> Se Marks von Würtemberg, a. a., s. 171.

<sup>12</sup> Delldén, Carl Olof, *Försök till granskning af Kongl. Lag-Commitéens Förslag till Handels-Balk*, bihang till *Svea*, Upsala 1826.

<sup>13</sup> A. a., s. 1.

<sup>14</sup> Marks von Würtemberg, a. a., s. 166 fn 1. Enligt Marks von Würtemberg hade Delldén härvidlag inspirerats av Friedrich Carl von Savignys *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* från 1814.

<sup>15</sup> Delldén, a. a., s. 117. Citerat efter Björne, Lars, *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia*, del II 1815–1870. Lund 1998, s. 166.

<sup>16</sup> Marks av Würtemberg, a. a., s. 166.

<sup>17</sup> Se Delldén, Carl Olof, *Anmärkingar vid Förslaget till Allmän Civil Lag*, Upsala 1829. Citerat efter Björne, a. a., s. 166.

Domstolarnas motstånd var mer försåtligt. De tre hovrätterna hade ombetts att yttra sig över lagförslaget. Endast två av hovrätterna avgav, efter mycket om och men, yttranden. Från Svea hovrätt hördes ingenting. Marks av Würtemberg ger i ”Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundralets början” en målade beskrivning av domstolarnas egendomliga ointresse för århundradets lagreform. Remissförfarandet påminner närmast om en dokusåpa; förklaringen till de försenade och förkomna yttrandena är antingen att domstolarna var katastrofalt oorganiserade eller att de var osamarbetsvilliga. Domstolarnas reaktioner sträckte sig från talande tystnad och förhållningstaktik till öppet motstånd.

Det kan vara svårt att förstå motiven bakom kritiken av civillagsförslaget. Enligt Marks av Würtemberg skulle ju kodifikationen främst gynna rättstillämpningen, ty ”/t/orftig doktrin och då den skrivna lagen på det privaträttsliga området lämnade domstolarna och allmänheten utan ledning till och med i fråga om tämligen grundläggande spörsmål”<sup>18</sup>. Mängden av oordnat juridiskt material, i kombination med en outvecklad juridisk doktrin, hotade rättstillämpningens effektivitet och förutsebarhet. Syftet med lagförslaget var således att skapa en systematisk grund för domstolarnas och myndigheternas rättsanvändning. I ingressen till lagkommitténs motiv till rättegångsbalken i 1826 års civillagsförslag beskrivs syftet med reformen: att skapa en praxis som kännetecknas av ”enhet, skyndsamhet och säkerhet”. Också Marks von Würtemberg antog att ”/e/tt antagande av lagförslagets privaträttsliga balkar ... helt säkert icke blott [skulle] hava länt allmänheten till gagn utan även verkat befruktande på domstolspraxis och rättsdoktrin”<sup>19</sup>. De svenska domarna tycks emellertid inte ha sett saken på detta sätt.

En av de främsta drivkrafterna bakom upplysningens omfattande kodifikationer var utan tvekan missnöje med rättstillämpningen. Domstolarnas rättsanvändning var svårbegriplig för gemene man. Inte ens jurister kunde förutse utgången i många fall och till synes likartade fall behandlades olika av domstolarna. Denna brist på formell rättssäkerhet gav medborgarna intrycket av att domstolarnas rättstillämpning liknade ett lotteri. Skulden för sakernas tillstånd lades på domarkåren. Rättsosäkerheten i rättstillämpningen berodde, enligt detta synsätt, på att domarens godtycke – sympatier, antipatier och fördomar – avgjorde utgången i enskilda fall. Den radikala lösningen på detta problem var att ersätta domarens fria skön med en förutsebar och lik-

<sup>18</sup> Marks av Würtemberg, a. a., s. 199.

<sup>19</sup> A. a., ibidem.

formig tillämpning av lagtext. I och med införandet av en uttömmande och enhetlig lagbok – en kod – skulle domarrollen reduceras till *la bouche qui prononce les paroles de la loi* (Montesquieu). Med hjälp av tolknings- och kommentarförbud skulle domaren tvingas att tillämpa rätten på ett för medborgarna begripligt sätt. Ur domstolarnas synvinkel kan kodifikationen i stället betraktas som ett sätt att minska praxis betydelse som rättskälla. Följaktligen kan motståndet mot civillagsförslaget tolkas ur såväl metodologisk som politisk synvinkel.

Det finns en rad indicier som talar för att motståndet åtminstone till en del var av metodologisk art. När lagkommittén våren 1832 avlämnade sitt kriminallagsförslag, kunde den därmed ha slutfört en svensk kodifikation. Ville man, med Erik Marks von Würtembergs ord, reformen, var tiden inne att handla, då varje dröjsmål ökade pressen på lagstiftaren att förse rättssystemet med fristående lösningar på tidens problem.<sup>20</sup> Tiden, skulle det visa sig, var dock inte mogen för en svensk kodifikation. Högsta domstolens granskning dröjde och när yttrandet väl kom var det starkt kritiskt till lagförslaget. Lagförslagen gav upphov till en rad förvirrade riksdagsdebatter, som utmynnade i uppfattningen, att lagreformen skulle begränsas till att avse ett sammanförande av de på olika håll spridda bestämmelserna.

Trots att lagförslagen med tiden förlorade sin aktualitet, kvarstod många av de problem som skulle ha lösts av en ny lagbok. Dessa frågor behandlades i stället för sig och gav upphov till en rad enskilda författningar såsom till exempel preskriptionsförordningen och konkurslagen. I stora drag realiserades ändamålen bakom civillagsförslaget under 1800-talet, men gradvis och i form av *ad hoc*-lagstiftning som inte, i motsats till omfattande kodifikationer, hotade praxis ställning som rättskälla. Ett typiskt uttryck för denna inställning återfinns i regeringens nådiga brev den 14 april 1893, där lagberedningen beordrades att endast ägna sig åt de delar av handelsbalken som faller inom den allmänna privaträtten och som inte under senare tid undergått någon väsentlig omarbetning.<sup>21</sup>

Ett ytterligare indicium för hypotesen att motståndet mot lagförslaget bl.a. avsåg dess metodologiska konsekvenser är den nordiska kodifikationshistorien. Det danska förslaget till en nordisk civilrättslagbok, som framlades 1899, beskrivs av Zweigert-Kötz som *a bolder plan*. De svenska juristernas misstro mot lagstiftningsprojekt av denna magnitud förefaller

---

<sup>20</sup> A. a., s. 172 f.

<sup>21</sup> Se a. a., s. 193.

också delas av jurister i övriga nordiska länder, då ”the ambitious project of producing a civil code was shelved in favour for unifying specific areas of the law of property and obligations”<sup>22</sup>. Samma öde delades av Vinding Kruses förslag till nordisk civillagbok. Ett mönster kan således urskiljas i den nordiska kodifikationshistorien: Kodifikationsförslaget gav visserligen upphov till en våg av lagstiftningsprojekt – främst köplagen (1905) och avtalslagen (1915) – men endast i form av punktlagstiftning. De nordiska juristernas fäbless för *ad hoc*-lagstiftning har, enligt Zweigert-Kötz, medfört att de nordiska domstolarnas prejudikatbildning har varit särskilt intensiv:

”With the enactments we have mentioned the Scandinavian countries have developed a substantially unified law of contract: where there are no applicable statutory provisions the device of *analogy* is widely used by courts and writers alike.”<sup>23</sup>

Zweigert-Kötz konstaterade, att ”the more advanced idea of codifying the whole of private law in a comprehensive manner has not worked out in any of the Scandinavian countries”<sup>24</sup>. De tillade att detta också var ”in line with the attitude of Nordic legal science”<sup>25</sup>. Domstolarnas motstånd mot kodifikationsförslaget kan således förklaras med viljan att försvara domstolarnas prejudikatbildning. Detta kan emellertid knappast vara orsaken till rättsvetenskapsmännens motvilja.

## Rättsvetenskapens guldålder

Syftet med kodifikationsförslaget – att öka graden av rättssäkerhet i rättstillämpningen – kan bara realiseras med hjälp av ett enhetligt och överskådligt juridisk material. Det var uppenbart att 1734 års lag, i kombination med mängder av lagförklaringar, inte motsvarade dessa krav. Därom var alla eniga. Frågan var emellertid, hur den önskade rättsenheten skulle uppstå. Lagkommittén, vars förmåga att skapa enhet i det juridiska materialet redan från början vingklippts av utredningens instruktioner, avsåg att skapa enhet i rätts-

<sup>22</sup> Zweigert-Kötz, a. a., s. 291.

<sup>23</sup> A. a., s. 293.

<sup>24</sup> A. a., s. 295.

<sup>25</sup> A. a., *ibidem*.

tillämpningen genom lagförslagets sakliga enhet och konsekvens. När kodifikationsprojektet gick i stå, stod hoppet i stället till rättsvetenskapens systemskapande kraft. Det är emellertid inte alla former av rättsvetenskap som kan infria sådana förhoppningar.

En förutsättning för en rättsvetenskaplig lösning på domstolarnas problem är naturligtvis att rättsvetenskapsmännen intresserar sig för samma frågor som domarkåren. Detta är dock ingen självklarhet. Naturrättslärarna valde medvetet att beskriva en annan rättsordning än den som normalt kom till användning i domstolarna. Det första kravet på rättsvetenskapen måste således vara att den avser den positiva rätten. Den första kontinentaleuropeiska skolbildning som uppfyller detta krav är den historiska skolan i rättsvetenskapen. Inte heller detta är emellertid tillräckligt. Den positiva rätten kan betraktas ur en rad olika synvinklar och domarens perspektiv är bara ett av många. Enligt Friedrich Julius Stahl, historiska skolans främste ideolog, måste rättsvetenskapen, för så vitt den skall vara användbar för rättstillämpningen, främst avse den vid en viss tid och hos ett visst folk gällande rätten.<sup>26</sup> Rättsvetenskapens uppgift var således ytterst att ge en systematisk – vetenskaplig – form åt det juridiska material som fixerats i övriga rättskällor såsom lagstiftning och praxis.

Det var i och med den tyska kodifikationsstriden 1814 som den historiska skolan fick sitt genombrott vid de juridiska fakulteterna. I jämförelse med den tyska kodifikationsstriden kan den svenska motsvarigheten, som framgått ovan, knappast ens beskrivas som en skärmytsling. De svenska juristernas olust inför ett omfattande lagstiftningsprojekt förbleknar inför den motvilja mot en civillagbok som Friedrich Carl von Savigny gav uttryck för i *Vom Beruf*. Kodifikationsstriden i Tyskland var kort, intensiv och, framför allt, öppen. I polemiken mellan Savigny och Friedrich Justus Thibaut, utmejslades de två ståndpunkterna. Mot den *instant fix* på den tyska rättstillämpningens problem, som kodifikationsförespråkaren Thibaut erbjöd det tyska folket, ställde Savigny en mer långsiktig lösning. Rättens enhet skulle återupprättas med hjälp av den form av rättsvetenskap som idag benämns *rättsdogmatik*. Rättsvetenskapsmannen skulle söka rättens ledande grundsatser i dess utveckling. Med hjälp av rättsprinciper och juridiska begrepp skulle rättsvetenskapsmännen vara i stånd att skapa och omskapa rättens system.

---

<sup>26</sup> Stahl, Friedrich Julius, *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd.II. Heidelberg 1833, s. 169.

Det var således i den juridiska doktrinen som rättstillämparen skulle finna nyckeln till en rättssäker rättstillämpning. Denna lösning förutsätter emellertid att domarkåren ges en sådan utbildning att domarna är i stånd att på ett korrekt sätt använda den juridiska doktrinen. I Knut Olivecronas *Om den Juridiska Undervisningen vid Universitetet i Upsala och om den Juridiska Facultetens förflyttande till Stockholm* strålar dessa två tankegångar samman. Den svenska juristutbildningen hade under riksdagen 1856–58 utsatts för hård kritik. Kritikerna hade, enligt Olivecrona, redan ”brutit stafven öfver de Juridiska Faculteterna vid Rikets Universiteter”<sup>27</sup>. Olivecrona fann den kritik som framfördes under riksdagssessionerna djupt orättvis. Juristutbildningen hade visserligen under en lång tid varit precis så torftig som kritikerna påstod, men denna period låg åtminstone 20 år tillbaka i tiden. En av de främsta orsakerna till de juridiska fakulteternas nedgångsperiod under 1700-talet var, paradoxalt nog, en kodifikation:

”Det har ofta blifvit anmärkt, att så snart ett lands lagar blifvit codifierade, har det vetenskapliga lifvet på det juridiska fältet aftagit. Erfarenheten inom vårt fädernesland har verkligen äfven bekräftat detta förhållande. Ty under förra seklet finner man efter 1736 ett successivt aftagande i de juridiska studierna.”<sup>28</sup>

Kodifikationer – detta gällde, enligt Olivecrona, även 1734 års lag – medför att rättens historia negligeras. Införandet av 1734 års lag hade inneburit att den romerska rätten inte längre var föremål för offentlig undervisning; ”Följden häraf blef den, att de studerande sedermera saknade den förberedande vetenskapliga grundläggning, som de förut inhemtat, under studium af denna främmande Rätts utbildade begreppsbestämningar och fina distinctioner”<sup>29</sup>. Därmed nedsjönk de offentliga föreläsningarna så småningom till ”torftiga commentarier öfver allmänna lagens särskilda balkar eller till ytlig kasuistik”<sup>30</sup>. Själva intresset för grundligare studier syntes vilja dö bort. Dessa negativa konsekvenser av 1734 års lag präglade juristutbildningen under 1700-talets andra hälft och de första decennierna av 1800-talet, då undervisningen inskränkte sig till att förse studenterna med knapphändiga förklaringar över

<sup>27</sup> Olivecrona, Knut, *Om den Juridiska Undervisningen vid Universitetet i Upsala och om den Juridiska Facultetens förflyttande till Stockholm*. Upsala 1859, s. 1.

<sup>28</sup> A. a., s. 12.

<sup>29</sup> A. a., ibidem.

<sup>30</sup> A. a., ibidem.

de särskilda balkarna, ”utan att de studerande någonsin fingo begrepp om jurisprudenten som vetenskap”<sup>31</sup>. Denna bekymmersamma situation kvarstod ända fram till 1835, då ”en egentlig reform” inträffade ”och en ny epok i den juridiska undervisningens historia” påbörjades.

Vårterminen 1835 inledde Carl Johan Schlyter, som kallats till Uppsala universitet såsom extraordinarie professor, sina föreläsningar i fäderneslandets rättshistoria:

”Genom honom fingo de juridiska studierna nytt lif, intresset för vår gällande Rätt växte på samma gång man lärde sig att i våra äldre lagar se källan till den bestående rättsförfattningen och att Rättens historia hos ett folk, på samma gång den troget afspeglar hela utvecklingen af dess rättsinstitutioner, målar en lefvande bild af folkets inre lif.”<sup>32</sup>

Visserligen avsåg Schlyters föreläsningar endast svensk rättshistoria, men i enlighet med historiska skolans program gällde denna undervisning snarare rättens utveckling till gällande rätt än det förgångna i sig. Ernst Viktor Nordling, professor i romersk rätt, juridisk encyklopedi och rättshistoria, beskrev följaktligen sin föregångare som den man som öppnat ”banan för ett sannare begrepp om rätten”<sup>33</sup>. Nästan samtidigt började dessutom universitetsadjunkten Pehr Erik Bergfalk föreläsa om den ekonomiska lagfarenheten på ett sätt som avvek från det hävdvunna. Han ordnade denna del av rätten till ett systematiskt helt genom vidsträckta historiska undersökningar. På detta sätt vann han ”den studerande ungdomens håg för ett vetenskapligt studium”<sup>34</sup>. Trots att Schlyter efter en kort tid lämnade fakulteten för att återvända till sitt *alma mater*, innebar hans gästspel att fakultetens långa nedgångsperiod hade brutits.

De impulser till ett mera vetenskapligt studium, som väckte den juridiska undervisningen vid Uppsala universitet ur dess törnrosasömn, ledde också till en pedagogisk nyorientering. De äldre professorerna, med Jacob Edvard Boëthius i spetsen, hade använt sig av den så kallade kommentatoriska undervisningsmetoden. Han kommenterade sålunda kapitel efter kapitel i giftermåls-, ärfda- och jordabalken, vilket, enligt Olivecrona, är en metod

<sup>31</sup> A. a., ibidem.

<sup>32</sup> A. a., s. 14.

<sup>33</sup> Nordling, Ernst Viktor, Om Romerska Rättens, Juridiska Encyklopediens och Rättshistoriens betydelse för Rättsstudiet, i *Naumanns tidskrift* 1868, s. 702 f.

<sup>34</sup> A. a., s. 14 f.



som visserligen har sina fördelar, men som inte bibringar studenten ett ”klart begrepp om Civil-Rätten såsom vetenskap”<sup>35</sup>. Inspirerad av Schlyter och Bergfalk hade dock Boëthius mot slutet av sin levnad försökt att lära ut civilrätten efter ett ordnat system. Olivecrona, som efter Boëthius död utnämndes till professor i civilrätt och romersk rätt, föredrog den dogmatiska lärometoden framför den kommentatoriska, då den gav studenten en klar bild av civilrättens ledande principer.<sup>36</sup>

Trots att den dogmatiska lärometoden avsåg att ge de studerande en bild av rättens vetenskapliga sida, var syftet med denna pedagogiska reform inte i första hand att utbilda rättsvetenskapsmän. Tanken var i stället att studenten, ur sitt förråd av rättsvetenskapliga insikter, skulle hämta ledning för ett studium på egen hand ”samt att deras tankar skulle vändas till det praktiska målet – lagens tillämpning”<sup>37</sup>. Betoningen skulle således inte läggas på inhämtande av passiv kunskap. Rättsvetenskaplig bildning måste istället, för att gynna rättstillämpningen, avse studentens självständiga vetenskapliga utveckling:

”... de studerande vid Universiteterna fordra av sina lärare vägledning till *vetenskapligt sjelfstudium, anvisning att på egen hand fortgå i studier*; de åtnöja sig i allmänhet icke med de lösligt meddelade vetenskapliga resultaten; de vilja med ledning af sina lärare sjelfve forska och tillegna sig vetenskapens innehåll.”<sup>38</sup>

Den tyske filosofens, Joseph Wilhelm Friedrich von Schelling, uppmaning till alla studenter – ”Lerne nur, um selbst zu schaffen!” – måste alltså tolkas som en uppmaning till intellektuell kreativitet som inte stannade vid gränsen mellan vetenskap och samhälle. I stället fordra ”/s/amhällets högre intressen ..., att de, som skola danas att en gång inträda i samhällets tjänst såsom domare, icke blott ega viss detaljkunskaper uti fäderneslandets Rätt, utan hufvudsakligen en på historisk och filosofiska basis lagd, klar insigt i de den positiva Rätten genomgående allmänna grundprinciper”<sup>39</sup>. Också den som erhållit en rent praktisk utbildning, en så kallad *routinier*, skulle visserligen kunna avgöra de okomplicerade fallen. Svåra fall – som antingen krävde

<sup>35</sup> A. a., s. 20 f.

<sup>36</sup> Se a. a., s. 21.

<sup>37</sup> A. a., s. 24.

<sup>38</sup> A. a., s. 95.

<sup>39</sup> A. a., s. 126.

tolkning eller utfyllnad – kräver emellertid en vetenskapligt bildad jurist, ty endast en sådan kan finna de systematiskt närbesläktade fall som kan användas som mönster för ett analogislut.<sup>40</sup>

Av Olivecronas resonemang framgår att det utrymme som den uteblivna kodifikationen lämnat för juridisk kreativitet i praxis inte skulle behärras av domarens fria skön. I stället måste kravet på en professionalisering av domarkåren betraktas som ett försök att i någon mån kvalitetssäkra domstolarnas prejudikatbildning. Domstolarnas kreativitet måste, enligt Olivecrona, styras av rättevetskapen. I detta avseende kan praxis och juridisk doktrin betraktas som rättskällelärans siamesiska tvillingar.

### Om lagstiftarviljan och uppkomsten av en ny rättskälla

Historiska skolans förhoppning, att den juridiska doktrinen och juristutbildningen skulle utgöra såväl grund som gräns för domarnas juridiska kreativitet, kan te sig naiv. Ingenting hindrar den svenske domaren att utnyttja det utrymme för tolkning och utfyllnad som *ad hoc*-lagstiftning lämnar för sina egna syften. Denna misstanke är naturligtvis särskilt allvarlig i en rättstradition som uppfattar domaren som en ämbetsman, vars karriär helt bygger på den enskildes förtjänst och skicklighet. Folksuveränitetsprincipen, såsom den sedermera kom till uttryck i RF 1:1, utgör härvidlag en ytterligare komplikation. Folket har, genom sina valda representanter, den yttersta makten över rättens politiska och moraliska innehåll. Demokratiseringen av det svenska samhället under 1800- och 1900-talen satte följaktligen frågan om domarens fria skön på sin spets.

Förhållandet mellan juridisk kreativitet och politisk makt kommer särskilt tydligt till uttryck i tillkomsten av 1826 års civillagsförslag. Lagkommitténs instruktioner var förhållandevis snävt utformade. De politiska förutläggningarna för lagkommitténs arbete påverkade således i hög grad utformningen av lagförslaget. I sitt yttrande använde Högsta domstolen också instruktionerna som ett slagträ mot kommitténs förslag.<sup>41</sup> Civillagsförslagets öde beseglades sannolikt av ett skifte i svensk politik från liberalism till

---

<sup>40</sup> Se a. a., s. 126f, jfr. Olivecronas beskrivning av den engelska juristutbildningen, se särskilt a. a., s. 65.

<sup>41</sup> I sitt yttrande för Högsta domstolen ett resonemang om huruvida en redaktion av 1734 års lag innefattar en förbättring eller endast en förenkling av lagen.

konservativism, vilket inte hindrade att en stor del av de juridiska reformer som föreslagits av lagkommittén ändå realiserades genom punktlagstiftning av mindre symboliskt värde. Den nya medvetenhet om lagstiftningens politiska laddning som ideologiernas framväxt medförde kom också till uttryck i det sätt på vilket lagstiftningsprocessen utformades. Det moderna remissinstitutet har till exempel sina rötter i det remissförfarande som följde på lagkommitténs förslag till civillag.

Det faktum att 1809 års statsvälvning givit upphov till kraven på en lagreform spelade sannolikt en roll för riksdagens beredvillighet att skicka lagförslaget på remiss. Förslaget till civillag var visserligen färdigt till 1828–1830 års riksdag, men Kungl. Maj:t beslöt trots detta att inte lägga fram förslaget, då det först skulle överlämnas till sakkunniga och andra upplysta mäns granskning, ”emedan all förändring av denna art borde med yttersta noggrannhet övervägas såsom enda utvägen att övertyga sig om allmänna tänkesättet”<sup>42</sup>. Förslaget hade redan tidigare gått på remiss till de tre hovrätterna och juridiska fakulteterna i Lund och Uppsala, men denna gång skulle remissförfarandet utsträckas till en vidare krets. I olika omgångar blev lagförslaget föremål för remiss till allmänheten<sup>43</sup>. En rad privatpersoner, däribland Carl-Olof Delldén och Carl Johan Schlyter inkom med anmärkningar på förslaget. De lagstiftande organen gick ett steg längre när det gällde 1832 års kriminallagsförslag. Den 25 juni 1832 infördes nämligen följande annons i *Post- och Inrikes Tidningar*:

”Sedan Lagkommitténs Förslag till Allmän Kriminallag nu blifvit tryckt, så äger äger hvar och en att derwid göra de anmärkningar, hwartill han kan finna anledning, samt desamma inom detta års slut, till Justitie-Stats-Ministern insända; hwilket, på Kongl. Maj:ts Nådiga befallning tillkännifves.”<sup>44</sup>

Dessa remisser till allmänheten var anmärkningsvärda då de saknade stöd i regeringsformen. I en motion till 1809 års riksdag hade assessorn i Svea

<sup>42</sup> Hafström, Gerhard, *De svenska rättskällornas historia*. Lund 1970, s. 192.

<sup>43</sup> I Remiss till allmänheten. En laghistorisk studie, i *Festskrift till Halvar Sundberg*, Uppsala 1959, s. 7 gav Erik Anners följande definition på en remiss till allmänheten: ”Med remiss till allmänheten av ett lagförslag avses här ett förfarande, varigenom allmänheten – antingen på uttrycklig uppmaning eller på grund av bestående sedvana – beredes tillfälle att till viss myndighet avgiva yttrande över ett lagförslag genom att detsamma utgives av trycket, varvid det åligger myndigheten att ex officio upptaga de inkommande yttrandena till granskning”.

<sup>44</sup> Citerat efter Anners, a. a., s. 7.

hovrätt, Ifvar Fredrik Gabriel von Schantz, hemställt att en kommitté skulle tillsättas för att revidera den gällande lagstiftningen. Därvidlag borde också, enligt Schantz, allmänheten beredas tillfälle att yttra sig över kommitténs förslag. Lagutskottet tillstyrkte motionen i sin helhet och Kongl. Maj:t använde sig av detta institut i samband med såväl 1826 års civillagsförslag och 1832 års förslag till kriminallag. Efter 1832 har det emellertid inte förekommit några uttryckliga remisser till allmänheten, även om det naturligtvis står enskilda och organisationer fritt att inkomma med synpunkter på aktuella lagförslag.<sup>45</sup> Under 1800-talets andra hälft kom sålunda remissinstitutet i praxis att få den omfattning som det har idag. Trots att institutet *remiss till allmänheten* sålunda utgjorde en parentes i den svenska laghistorien är det av stort principiellt intresse för frågan om förhållandet mellan juridik och politik.

Erik Anners spårade det idéhistoriska ursprunget till detta remissinstitut till den lära om folksuveräniteten som utgjorde en bärande tanke bakom den franska revolutionen. Medborgaren hade, enligt detta synsätt, en rätt att delta i lagstiftningsarbetet. Därmed blev det också naturligt att ta hänsyn till medborgarnas åsikter i lagstiftningsprocessen.<sup>46</sup> Det ter sig följaktligen naturligt att anta att det föreligger en koppling mellan liberal ideologi och institutet *remiss till allmänheten*. Det finns emellertid en invändning mot detta antagande. När Friedrich Julius Stahl i sin polemik med Julius von Kirchmann konstaterade att den gällande rätten avvek från det tyska folkets rättskänsla, var hans lösning att på olika sätt förstärka folkets inflytande på lagstiftningsprocessen. Då Stahl ju knappast kan beskyllas för att ha hyst liberala åsikter, måste förklaringen till denna paradox sökas i kraven på demokratisering och politisering av lagstiftningsprocessen.

Behovet av politisk legitimitet kommer också till uttryck i lagkommitténs bruk av motiv. I motiven angav kommittén såväl de juridiska som politiska förutsättningarna för lagstiftningsarbetet. Hade civillagsförslaget blivit lag skulle de publicerade motiven säkerligen ha utgjort en värdefull indikation på lagstiftarens syfte med lagbokens helhet och delar. I Carl Schmidts *Juridiska Arkiv*, som utkom 1830–1862, blev de reformer som genomfördes under den aktuella perioden ”med värma omfattade, understödda och i sin rätta dager framställda, särskildt hvad beträffar strafflagarne och fångvården”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> A. a., s. 7 f.

<sup>46</sup> A. a., s. 20 ff.

<sup>47</sup> Förord till första bandet av *Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning* (utg. C Naumann), årg. 1864.

När Christian Naumann 1864 tog upp Schmidts fallna mantel och påbörjade utgivningen av Naumanns tidskrift, fick redogörelserna för lagstiftningsprojekt en särskild avdelning. Däri intogs regelmässig de av högsta domstolen avgivna utlåtandena över lagreformer och eventuella motiv. *Juridiskt Arkiv* och *Naumanns tidskrift* gjorde således förarbetsmaterial tillgängligt för svenska jurister. Domstolarna var heller inte sena att använda detta material vid tolkning och utfyllnad av lagtexten. Därmed uppstod under 1800-talet gradvis en ny rättskälla, som i motsats till övriga rättskällor ger en beskrivningen av rättens tillkomstprocess snarare än dess resultat. I takt med att lagstiftningsprocessen professionaliserades – framför allt genom utvecklingen av utredningsväsendet – och politiserades, vilket främst kom till uttryck i betydelsen av direktiven och utformningen av remissförfarandet, ställdes ett såväl juridiskt högkvalitativt som politiskt godkänt material till de rättstillämpande juristernas förfogande. Domarens kreativitet tyglades inte längre enbart av rättsvetenskapsmännens systembyggande. Lättillgängliga motiv förvandlade sålunda Savignys historiska tolkningsprincip till kravet på domaren att i sin tolkning ta hänsyn till den historiska lagstiftarviljan såsom den framgår av förarbetena.

Ännu mot slutet av 1800-talet förekommer då och då kritik från rättsvetenskapsmän mot, vad de uppfattade som överdriven, förarbetsbundenhet. Om domarna låter sig ledas av uttalanden i förarbeten i tolkningsfrågor, minskar naturligtvis doktrinen möjligheter att påverka rättens materiella utformning. Denna friktion mellan lagstiftning och juridisk doktrin minskades emellertid då Axel Hägerström, uppsalaskolans grundare, brännmärkte rättspolitiska resonemang i juridisk doktrin såsom metafysik. Rättsvetenskapen beordrades tillbaka till sin kärnverksamhet – systematisering av det juridiska materialet – och avvägningen mellan olika värden anförtröddes den politiska beslutsprocessen. Därmed hade alla roller i spelet om rättskällorna fördelats.

### **En alldeles lagom rättskällelära**

Ernst Viktor Norling inledde sina föreläsningar i den allmänna civilrätten med en beskrivning av den svenska rättskälleläran. Det vore, enligt Nordling, ett misstag att tro att rättskälleläran blott utgör en konvention. Istället ger varje rättskälla uttryck för ett särskilt sätt att skapa normer. Sedvanerätten, som utgör rättens allmänna källa ur vilka övriga rättskällor flödar, bygger på normbildning genom handling. Särskilt fasta och utbredda handlingsmön-

ster kan, om de omfattas av *opinio juris necessitatis*, ge upphov till rättsbud, som till och med kan utesluta tillämpning av dispositiv lag. I mer utvecklade rättssystem har den sedvanerättsliga rättsbildningen emellertid trängts undan av lagstiftning, som ”försiggår genom de organ, som därför äro särskildt tillsatta eller tagit sig makt att inom statens område bestämma och fastställa hvad, som skall vara rätt”<sup>48</sup>. I förhållande till lagstiftningens abstrakta karaktär ”fullständigar och kompletterar [domstolspraxis] lagstiftningen och sedvanerätten i det han undersöker vilkoren för deras tillämpning och äfven tillägger regler på de områden, dit de andra ej med sina bestämmelser trängt”<sup>49</sup>. Den roll som Nordling tilldelade praxis i rättskällevärdet liknade den uppgift som ålagts rättsvetenskapsmännen, ty ”rättsteorien eller doktrinen söker att tolka rättsbuden och systematiskt utveckla, hvad rätten såsom enhet är, och gifver därigenom fasthet och begränsning åt de på annat sätt uppkomna rättsbuden, samt äfven anvisning på rättsatser, som ej i annan väg framkommit”<sup>50</sup>.

Då rättskällorna beskrivs på detta sätt är det uppenbart att slutresultatet inte kan vara en hierarkisk rättskällevärdet av traditionell typ. Nordling konstaterade också, att ”/e/n sådan uppställning af särskilda bredvid hvar andra ställda källor för rättsbildningen har det felet med sig, att man därigenom ej får något uttryck för enheten i rättsbildningen, ehuru en sådan enhet dock tydligen måste finnas”<sup>51</sup>. Enheten bakom rättskällorna består av ett i tiden och rummet föränderligt rättsmedvetande, för vilket de olika rättskällorna utgör organ.<sup>52</sup> Detta innebär att rättskällorna, trots att de ger uttryck för olika facetter av den gällande rätten, samverkar, snarare än konkurrerar, med varandra. Då rättsbildningen är normal, verkar dessa faktorer harmoniskt. Ibland kan emellertid denna harmoni övergå i konkurrens, vilket enligt Nordling är skadligt för rättssystemet i stort. Han anförde, som ett exempel på en sådan störning, införandet av *code napoleon* i de länder som ockuperades av Napoleons styrkor. I den svenska rätten hade emellertid den grundläggande harmoni mellan rättskällorna bibehållits och hemligheten bakom denna utveckling var, enligt Nordlings mening, att varje rättskälla ålagts sina

---

<sup>48</sup> Nordling, Ernst Viktor, Anteckningar efter professor Ernst Viktor Nordling, i *Svensk civilrätt. Allmänna delen*, ht 1877–vt 1879. Upsala 1882, s. 26.

<sup>49</sup> A. a., ibidem.

<sup>50</sup> A. a., ibidem.

<sup>51</sup> A. a., s. 27.

<sup>52</sup> Se a. a., ibidem.

begränsningar.

Den pluralistiska rättskällelära, för vilken Nordling gör sig till tolk, är på sätt och vis slutpunkten för den resa som den svenska rättskällelärans historia utgör. Frånvaron av kodifikationer, i kombination med en juridisk och rättsvetenskaplig kreativitet som inte står i motsättning till lagstiftarviljan, utgör drivkrafterna bakom framväxten av en särpräglad juridisk metod i de nordiska länderna. Risker är dock, att den unika rättskällelära som vuxit fram i de nordiska länderna offras i den pågående europeiseringen av rätten. I så fall kommer kanske rättshistoriker i framtiden att beskriva den nordiska rättskälleläran som en kort respit i den kamp mellan rättskällorna som präglar såväl *civil*- som *common law*-traditionen.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Det europeiska parlamentet har två gånger beslutat att stödja en europeisk privaträttskodifikation. I detta avseende torde nordiska juristers skepsis inför omfattande lagstiftningsprojekt spela en mycket liten roll.