
Norden, rätten, historia – Festskrift till Lars Björne

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
--	---

Inger Dübeck

Forholdet mellem konkubinatt og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral?	9
--	---

Jyri Inha

Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calonius och upphovet till lagenlighetstillsyn i den Kejsarliga regeringskanseljen	35
--	----

Jukka Kekkonen

Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen	51
---	----

Mia Korpiola

Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxon "horerij" och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen	65
---	----

Toomas Kotkas

Lemminkäinen-sånger i <i>Kalevala</i> – en historia om arkaisk rätt	101
---	-----

Pia Letto-Vanamo

Internationella idéer och den nationella realiteten	115
---	-----

Sigurður Línadal

At sælge viden	129
----------------------	-----

Bo H. Lindberg

Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid.	143
--	-----

Dag Michalsen

Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode.	171
--	-----

Kjell Å. Modéer

Östersjöområdets rättsliga kartor –
rättskulturella konstruktioner i förändring. 193

Rolf Nygren

Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen –
ett svenskt-finskt rättsarv. 207

Päivi Paasto

Om äganderättens ursprung i den nordiska
och den europeiska diskussionen på 1800-talet. 223

Claes Peterson

Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag –
en svensk kodifikationsstrid? 245

Heikki Pihlajamäki

”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”:
straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria 265

Marie Sandström

Den svenska modellen –
en juridisk metodlära i tre platta paket 291

Ditlev Tamm

Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab 311

Heikki Ylikangas

Twisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet 325

Författare 345

Claes Peterson

Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag – en svensk kodifikationsstrid?

År 1686 tillsattes av Carl XI en lagkommission med uppgift att utarbeta en ny lagbok, som skulle ersätta de medeltida stads- och landslagarna. Det var från början klart att det inte var fråga om en nyreglering av rätten, utan kommissionens arbetsuppgift var såtillvida begränsad, som att den endast skulle överse, förbättra och bringa stoffet i en god ordning. Dessutom, och inte minst viktigt, skulle lagtexten avfattas på det ”för tiden brukliga svenska språket”. Det som framkallat behovet av en lagöversyn var framför allt den splittring och motsägelsefullhet, som kommit att prägla den svenska rätten till följd av 1600-talets ymnigt förkommande punktlagstiftning. Det splittrade och i hög grad oöverskådliga rättsläget hade lett till att lagen fått utseendet av ”en sönderbruten marmorstens vägg lappad med små gråstenar”.¹ Lagkommissionens ansträngningar att sammanfatta rätten var i så mån framgångsrika som att en för stad och land till det yttre enhetlig rättslig reglering kunde antas på 1734 års riksdag .

1734 års lag har i den rättshistoriska forskningen inte överraskande betecknats som ”Sveriges sista medeltida lagbok”.² Till grund för denna karakteristik ligger inte endast materiellrättsliga överväganden, d.v.s. att lagverket i huvudsak sammanfattade och återgav äldre rätt. Vad mer är, är att lagboken kan placeras in i en lång och kontinuerlig rättsteoretisk tradition, som har sina rötter i skolastikens metafysiska rättsuppfattning.³ Författarna av 1734

¹ Om den kritik av rättsläget som framfördes av riksrådet Gustaf Rosenhane på 1672 års riksdag se Posse, J. A., *Bidrag till svenska lagstiftningens historia*. Stockholm 1850, s. 150.

² P. A. Östergren, *Till historien om 1734 års lagreform*. Lund 1902, s. 47 f.; K. G. Westman, *De svenska rättskällornas historia*. Uppsala 1912, s. 59; Göran Inger, *Svensk rättshistoria*. Lund 1980, s. 133 f.; Erik Anners, *Svensk straffrättshistoria, del I*. Stockholm 1972, s. 34.

³ Se t.ex. Fritz Kerns analys av argumentet ”gammal och god lag”, som alltifrån medeltiden användes som en bestämning av den ideala lagstiftningen, Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*. Tübingen 1952, s. 16 ff och 30 ff. Se även Karl Griewank, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff. F/M* 1973, s. 18 om uttrycket ”Rückkehr zum alten Recht”.

års lag betraktade inte den lagstiftande makten som ett politiskt instrument, med vars hjälp samhället skulle förändras i enlighet med ett visst uppställt ideologiskt program. Det var sålunda karakteristiskt för denna syn på lagstiftningen, när kanslikollegiet i sitt uppdrag åt rikshistoriografen Jakob Wilde att författa lagens företal, underströk att det var viktigt att företalet gav vid handen att den nya lagboken egentligen inte var någon ny lag, utan endast en redaktionell översyn och sammanfattning av den äldre rätten. Företalet skulle därför innehålla en historia om Sveriges gamla lagar, som underströk att den nya lagboken egentligen inte var en ny lag, utan endast en förbättring av den gamla lagen.⁴ Denna förståelse av lagstiftningsinstrumentet kommer också väl till uttryck i företalet, som inleds med en redogörelse för lagens metafysiska fundament, nämligen dichotomien gudomlig respektive mänsklig lag:

Öfwer det förra hafwa Menniskiorne ingen frihet, utan måste nödvändigt blifwa wid then, som then Allwise uphofsmanen föreskrifwit; Men inrättningen til thet borgerliga selskapets wärn och bästa har han lemnat thet sunda förnuftet på förberörde grund at fastställa, påbiuda och förändra. Ju försigtigare thenna stadgad är, och ju nogare then handhafwes, ju lycksaligare gör den sina Följare.

Tidens syn på rätt och samhälle gav uttryck för en teleologisk-normativ etik. Rätt och etik utgjorde en oupplöslig enhet. Det normativa börat hade sin grund i varat eller i en tingens prestabiliserade ordning. Den positiva rätten realiserade ett i ”tingens ordning och människans förnuft” liggande etiskt böra.⁵ Den hade således en metafysisk överbyggnad, nämligen naturrätten, den positiva rättens väsen eller idé. Med en sådan härledning var den positiva rätten ytterst ett uttryck för Guds vilja och inte en historiskt tillfällig lagstiftarvilja. Lagstiftare och rättstillämpare måste orientera sig mot den ideala grundnormen, nämligen *lex naturae*. Naturrätten utgjorde en given måttstock för lagstiftningen, som begränsade lagstiftarens möjligheter. Det är i detta sammanhang man skall förstå sådana tidstypiska uttryck som ”gammal och god lag”, ”finna rätt”, ”förbättra lagen” etc. Lagstiftningen uppfattades därmed inte som ett instrument att efter tillfälliga politiska syften och ändamål åstadkomma förändringar i samhället. Lagstiftarens uppgift var

⁴ K. G. Westman, *De svenska rättskällornas historia*. Uppsala 1912, s. 93. Om författarskapet till det företal som så småningom antogs och trycktes med lagen se Westman, s. 94.

⁵ Claes Peterson, Rättslig enhet genom naturrätt? Naturrätten i 1700-talets skolfilosofiska rättsteori. *Juridisk Tidskrift* 1992–93, s. 620–642.

snarare att upprätthålla den, alla enskilda ändamål omfattande, normativt givna ordningen. Förändrade och i synnerhet fördärvade seder utgjorde därför ett viktigt incitament till lagstiftning. Denna tanke, som ger uttryck för den metafysiskt färgade uppfattningen att lagstiftningen i huvudsak skulle användas för att återställa en rubbad ordning, förekom som ett centralt argument i samband med tillkomsten av 1734 års lag.⁶ Lagstiftarens handlingssval grundade sig ytterst på ett överordnat socialetiskt ändamål, *salus publica*, som hade sin grund i ”Guds och naturlig lag och ordning”. Den naturrättsliga grunden, måttstocken för den positiva rätten, befann sig således utanför den maktpolitiska sfären, vilket innebar att suveränen, en absolut monark eller ett ständervälde, inte förfogade över dess innehåll.⁷

Exempel på att lagboken gav uttryck för en traditionell lagsyn är att de medeltida lagarnas balkindelning bibehölls som mall för inordningen av stoffet liksom den medeltida kasuistiska lagskrivningstekniken tillämpades. Lagens språkdräkt följer således idealet av en lagstil, som är ordknapp, arkaiserande och korthuggen och ger associationer till de medeltida landskaps- och landslagarnas uttryckssätt.⁸

När lagen antogs av 1734 års riksdag, betecknades lagen som ”en allmän beständig och orygglig Sveriges lag”, allt i enlighet med den ovan beskrivna lagstiftningssideologin. Tanken var uppenbarligen att lagen oförändrad skulle äga bestånd under oöverskådlig tid. Det visade sig dock att lagen på grund av sin kasuistik och knapphändighet blev svår att tillämpa. När tveksamhet uppstod om hur lagen skulle tillämpas, fick domarna för en auktoritativ uttolkning av lagtexten vända sig till lagkommissionen, som med ett kortare avbrott fortsatte sin verksamhet fram till 1808. Med hjälp av lagförklaringar och utlåtanden in casu kom lagkommissionen att såväl jämka som komplettera lagen. Denna ad hoc-mässiga rättsbildning, som väl närmast kan be-

⁶ Det s.k. Lindschöldska memorialet, som av forskningen anses ge uttryck för de övervägande, som kom att styra lagens tillkomst, avslutas med sentensen ”pravi mores occasione dant bonis legibus”, se Claes Peterson, *Das schwedische Gesetzbuch von 1734: Ein Gesetzbuch mittelalterlicher Tradition oder reformerischer Aufklärungskodifikation? Zur Frage des Gesetzesverständnisses im schwedischen 18. Jahrhundert*, i Heinz Mohnhaupt (red.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1988, s. 119.

⁷ Claes Peterson, *Lagstiftning eller självreglering i ett rättshistoriskt perspektiv*. *Svensk Juristtidning* 2001, s. 220.

⁸ För en karakteristik av lagstilen i 1734 års lag se E. Marks von Würtemberg, *Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början*, i *Minnesskrift ägnad 1734 års lag*, Bd I. Stockholm 1934, s. 143 f.

skrivas som en mellan riksdagarna förekommande provisorisk lagstiftning, kom med tiden att betraktas som bestående rätt.⁹ Resultatet blev en omfattande stofftillväxt, som inte bara hotade den rättsenhet som uppnåts med lagboken, utan som i själva verket ledde till att rätten blev splittrad och oöverskådlig med en icke obetydlig rättsosäkerhet som följd. 1775, endast 40 år efter stadfästelsen av lagboken, blev det bristfälliga rättsläget föremål för en omfattande kritik av justitiekanslern Joachim Wilhelm Liljestråle. I ett akademital gav han uttryck för juristens frustration vid anblicken av det vidlyftiga regelmateriel, som domaren inte endast förväntades ha kunskap om utan som han även måste kunna tillämpa. Liljestråle konstaterade att "liksom vi fordom hade brist på lagar, så qväfvas vi nu af deras myckenhet".¹⁰ 1807 sammanställdes en vidlyftig lagsamling, vars syfte var att under de särskilda paragraferna i 1734 års lag sortera in alla de förordningar, lagförklaringar och utlåtanden, som tillkommit senare än lagen. Lagsamlingen vittnar på ett talande sätt om det "legislative lappverk",¹¹ som uppstått under 1700-talets senare del.

1811 års lagkommitté

På den s.k. revolutionsriksdagen 1809–10 väcktes en rad motioner om en mer genomgripande översyn och revision av 1734 års lag. Lagutskottet konstaterade genom sin sekreterare, professor Johan Holmbergson, att det utan tvekan var en angelägen uppgift att såväl till den yttre formen förenkla lagarna som förbättra deras innehåll genom att inarbeta de tillägg och förändringar som tillkommit efter antagandet av 1734 års lag. I sammanhanget påpekades också att lagrevisionen skulle grunda sig på utredning av lagarnas historia. En kommitté tillsattes med uppgift att utreda frågan och utarbeta en plan för lagstiftningsprojektet. Kommitténs betänkande, som innehöll såväl en rekommendation om hur omfattande lagrevisionen borde bli som en instruktion för hur översynen skulle utföras, ledde till att en särskild lagkommitté tillsattes. Av betänkandet framgår att lagkommitténs uppdrag inte var mer vittgående än vad som varit fallet med Carl XI:s stora lagkommission. Parallellerna mellan de direktiv som lagkommissionen respek-

⁹ Se Würtemberg, s. 144.

¹⁰ J. W. Liljestråle, *Tal om Lag-Förbättring*. Stockholm 1775, s. 29.

¹¹ Würtemberg, s. 145.

tive lagkommittén hade att följa var påfallande.¹² Återigen var det endast fråga om att åstadkomma en lagförbättring. Det fastslogs således att den gamla lagens indelning i balkar och kapitel skulle tjäna som utgångspunkt för arbetet; att alla särskilda påbud som hörde till allmänna lagen skulle sammandragas och i lagen införas i den ordning ämnenas natur fordrade; att ur lagen skulle uteslutas vad som inte stod i förhållande till förändrade omständigheter; att, där ändring eller tillägg erfordrades, sådana skulle få föreslås; att de läror skulle utredas, som var i lagen nödiga, men som den gällande lagen antingen saknade eller ofullständigt behandlade.¹³

Det finns inget i kommittébetänkandet som skulle kunna tolkas på annat sätt än att det återigen endast var fråga om att med bibehållandet av den gamla lagbokens form skapa enhet i det vildvuxna rättsstoffet. Man letar således förgäves efter spår av någon ny, radikal lagstiftningsideologi eller kodifikationsmodell.

De första åren av lagkommitténs tillvaro förefaller inte ha ägnats åt mer än att fördela arbetet mellan de olika kommittéledamöterna. En period av mer intensivt och planmässigt arbete inleddes när den liberalt sinnade häradshövdingen Johan Gabriel Richert inträdde i kommittén. Richert, som blev en drivande kraft i lagstiftningsarbetet, kom att tillsammans med de politiskt likasinnade ledamöterna assessorn Olof Zenius och advokatfiskalen Pehr Staaf att utforma grunderna för lagstiftningsprojektet. År 1826 framlade kommittén ett förslag till allmän civillag, som ger vid handen att lagkommittén följt ett annat ideal för sitt arbete, än den målsättning som lagutskottet formulerat och som riksdag och regering fastslagit 1811. Civillagsförslaget följdes 1832 av ett förslag till kriminallag. Av skäl som nedan skall framgå var det ingen tillfällighet att kommittén prioriterade arbetet på en civilrättscodex. Trots att förslaget till en allmän civillag till sin yttre utformning följde balkindelningen i 1734 års lag, framgår av de materiellrättsliga regleringarna att författarna haft den franska code civil till sin omedelbara förebild. Lagförslaget förkroppsligade därmed upplysningstidens och den tidiga liberalismens lagstiftningsprogram.¹⁴ Lagkommittén arbetade i ”upplysningens anda” med målet att skapa en till den individuella medborgaren

¹² Jfr det s.k. Lindschöldska memorialet, se Peterson, *Das schwedische Gesetzbuch von 1734*, s. 115 ff.

¹³ Würtemberg, s. 147.

¹⁴ Olof Zenius hade redan 1809 gett uttryck för den upplysningstida socialmodellen och dess lagstiftningsideologi i en anonym broschyr med titeln ”Om näringsfrihet”. Se Peterson, *Lagstiftning eller självreglering*, s. 224 ff.

orienterad civilrätt; det innebar att individens självförverkligande genom eget flit och kapital trädde i förgrunden och att individens sociala, ekonomiska och rättsliga bundenhet i samhällets intermediära korporationer – framför allt stånd och skrån – skulle upplösas. Enligt förslaget skulle näringsfrihet införas, de extraordinära domstolarna, som i hög grad hängde samman med samhällsorganisationens korporativistiska struktur, skulle avskaffas, liksom kvinnan vid en viss uppnådd ålder automatiskt skulle bli myndig, för att nämna några exempel på sådana för det dåtida svenska samhället omvälvande nyheter. Det kanske intressantaste draget i civillagsförslaget är att det implementerade ett autonomt rättssubjekt, som befann sig långt från ståndssamhällets statustänkande.¹⁵ Genom att konstruera ett allmänt och likställt rättssubjekt skulle alla medborgare stå formellt lika inför lagen.¹⁶ Den abstrakta rättssubjektiviteten var sålunda tänkt att utgöra gravitationspunkten i privaträtten. Den fria partsviljan skulle således vara konstituerande för all privaträtt.

1826 års civillagsförslag gav även uttryck för en ny syn på lagstiftningsinstrumentet. Den i ett slag genomförda nyregleringen av privaträtten skulle styra in samhället i en liberalt emancipatorisk utveckling. I motiven till sitt förslag gav kommittén på ett oförtäckt sätt uttryck för ett sådant politiskt motiv. Förebilden var säkerligen den franska code civil, som var den första lagboken i ett ståndsfritt samhälle. Genom att i en kodifierad privaträtt befästa det liberala samhällets rättsideal kom code civil också att uppfattas som ”la vraie constitution de France”.

¹⁵ Om den s.k. statusläran se Claes Peterson, Från romerskrättsligt statustänkande till en allmänuropeisk rättssubjektivitet: den svenska utvecklingen 1750–1850, i *Festskrift till Åke Frändberg*. Uppsala 2003, s. 201 ff.

¹⁶ Se t. ex. lagkommitténs motivering till att adelsmans forum privilegiatum skulle avskaffas: ”Den personliga rätten, att dömas av annan än vanlig domstol, är ett privilegium, härledande sig, liksom flera undantagslagar av enahanda art, från förhållanden, helt olika dem, som höra till närvarande statsskick. Nu för tiden hava den skillnaden, som fordom söndrade medlemmarna av vissa stånd och korporationer från menige man, förlorat sin betydelse. Alla är likar inför lagen. Den enas rätt är ej heligare, än den andras. Den domstol, som är god nog för en, är god nog för alla”, *Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag*. Stockholm 1826, Motiver, s. 255. Sett i ljuset av de strider som föregick ständsriksdagens avskaffande i mitten av 1860-talet är uttalandet utan tvekan radikalt.

Den tyska kodifikationsstriden

Inte överraskande framkallade 1826 års civillagsförslag en omfattande kritik, inte minst från juristernas sida. I de olika remissvaren och inläggen, inklusive lagkommitténs svar, som gjordes med anledning av lagförslaget, kan ett mönster urskiljas som påminner om den s.k. kodifikationsstriden i Tyskland under 1810-talet. Huvudkombattanterna i denna vetenskapliga strid var två civilrättsprofessorer och tillika romanister, nämligen A. F. J. Thibaut och F. C. von Savigny. De formulerade sina respektive positioner i vältaliga programskrifter, som numera räknas till juridikens klassiker. Kodifikationsstriden inleddes 1814 med att Thibaut detta år publicerade en skrift med titeln ”Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”, i vilken han mycket envetet pläderar för att enhet i den tyska såväl geografiskt som historiskt splittrade rätten endast kan uppnås med en kodifikation. Savigny svarade Thibaut med sin epokgörande skrift ”Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” som utgör en kritisk uppgörelse med Thibauts argumentation för kodifikationen som lösningen på Tysklands problem med den ytterst splittrade och oöverskådliga rätten. Det är tveklöst så att de svenska jurister, som yttrade sig i diskussionen om 1826 års civillagsförslag tagit intryck framför allt av de kritiska argument som Savigny riktade mot Thibauts förslag. Det förefaller som om Savignys kritik skapade en medvetenhet bland svenska jurister, framför allt domare och rättsvetenskapsmän, om de problem som var förbundna med den radikala omgestaltning av rätten, som en kodifikation av det slag som Thibaut pläderade för innebar. Det förefaller därför vara lämpligt att låta den tyska kodifikationsstriden bilda utgångspunkten för en bedömning av de svenska juristernas ställningstaganden när det gäller lagkommitténs lagförslag.

Thibauts kodifikationsförslag

Ett karakteristiskt drag för alla kodifikationsprojekt, inklusive den kodifikationsmodell som Thibaut förespråkade, är att de har sin upprinnelse i ett missnöje med den existerande rätten, som på grund av ett splittrat och i många fall motsägelserfullt innehåll omöjliggör en enhetlig och därmed förutsägbart rättstillämpning. Bristen på rättslig enhet har uppfattats och uppfattas som en hämsko på samhällsutveckling och framåtskridande. Likformighet och

förutsägbarhet, förutsättningarna för rättstrygghet och stabil ekonomisk omsättning, kan inte garanteras om det systematiska sammanhanget i rätten går förlorad. I ett läge där rättslig splittring och rättsosäkerhet tillåts dominera den rättsliga verkligheten, sätts av lätt insedda skäl ofta tilltron till lagstiftningsinstrumentet som vägen ur dilemmat, eftersom varken praxis eller doktrin förefaller besitta den för ändamålet nödvändiga enhetsskapande kraften. En heltäckande kodifikation utgör ett radikalt ingrepp, vars syfte är att i ett slag, som en ”instant fix”, åstadkomma rättslig enhet och därmed hejda det som närmast kan beskrivas som ett rättsligt förfall. I detta scenario framstår kodifikationen rent av som en revolutionär handling: genom ett kirurgiskt snitt avlägsnas den sjuka, historiskt traderade rätten, som ersätts med en nyreglering av rätten i kodifikationens form. Det är således i huvudsak praktiska överväganden som driver fram en kodifiering av rätten. Den rättsliga enhet som uppnås genom kodifieringen förutsätts öka juristens förmåga att överblicka och behärska det juridiska stoffet. Den fasta utgångspunkten är en *förnuftsbaserad lagstiftning*, som är relativt oberoende av historiska förhållanden. Det innebär att kodifikationen måste uppnå en sådan abstraktion att den kan tillämpas på samma sätt oavsett tid och plats, d.v.s. all historisk särart måste undertryckas. Särskilt privaträtten uppfattas besitta en sådan karaktär, emedan den utgör en juridisk formalisering av marknadens neutrala varu- och penningrörelser, som endast styrs utifrån ekonomiska lagar. Det föreligger med andra ord en parallellitet mellan privaträttens rationalitet och de likaledes rationellt verkande marknadskrafterna. Båda sammanhangen uppfattas uttrycka en lagbundenhet, som är indifferent i förhållande till alla yttre historiskt föränderliga omständigheter. Ett karakteristiskt uttryck för detta synsätt återfinnes hos Thibaut, där han framhåller att stora delar av privaträtten ”så att säga endast är ett slags ren juridisk matematik”. Kodifikationen avses vara *heltäckande* eller *fullständig*, vilket i sin tur innebär att lagstiftaren måste göra sig till herre över den kasuistiska mångfalden genom att utveckla en syntetisk lagskrivningsteknik. Av fullständighetsidealet följer som ett corollarium att kodifikationen antas sakna luckor. Det innebär i sin tur att dess tillämpning endast kan ske i subsumtionens form. Domaren reduceras därför till att blott vara en subsumtionsautomat. Föreligger trots allt en lucka i lagen kan denna således inte slutas med en analogi. Inte heller tillåts domaren tolka lagtexten om det föreligger oklarheter. Om domaren saknar ledning om hur en regel skall tillämpas eller ett oreglerat fall skall lösas, skall han istället inhämta lagstiftarens beslut i frågan, d.v.s. en lagförklaring eller *référé législatif*.

Rätt identifieras med kodifikationen, som med andra ord betraktas som den enda rättskällan. Jeremy Bentham har i *A General View of a Code of Laws* (1804) formulerat denna tanke på ett närmast arketypiskt sätt, nämligen ”Whatever is not in the code of laws, ought not to be law”. Denna monistiska rättskällelära har historiskt sett haft ytterst negativa konsekvenser för övriga rättskällor, som till och med misstänkliggjorts och nedtryckts av lagstiftaren.¹⁷ Ovan har framgått att tolkningsförbudet och förbudet mot analogislut förvandlar domaren till en osjälvständig subsumtionsautomat. Även rättsvetenskapen drabbas, eftersom den heltäckande kodifikationen implikerar ett kommentarförbud. Det innebär att den rättsvetenskapliga verksamheten begränsas till att på ett deskriptivt sätt återge innehållet i lagtexten. Syftet med en kodifikation är enligt upplysningens program att åstadkomma såväl inre enhet, d.v.s. likformighet i rättstillämpningen, som yttre rättsenhet, d.v.s. uniform lagstiftning inom ett geografiskt avgränsat område. Kodifikationsidéen har en stor attraktionskraft, eftersom den anses ställa ett verktyg till domarens förfogande, som borde garantera en enhetlig och därmed förutsebar rättstillämpning. Rättssäkerheten stärktes ytterligare av det förhållande att domaren bands vid lagens ordalydelse, vilket skulle förhindra att domaren smugglade in sina egna politiska och moraliska preferenser.

Savignys kritik

Upplysningstiden betraktade och framställde kodifikationen som ett stort civilisatoriskt framsteg, emedan den representerade radikal förnyelse och modernitet. Dessutom ansågs den ge rätten en yttre tyngd och auktoritet. Insikten att det är omöjligt att med en lagbok uppnå materiell fullständighet i rätten är emellertid en lika gammal sanning som kodifikationstanken själv. Det praktiska rättslivets oändliga variationer gör att man endast kan uttala sig ”ut in pluribus”. Frågan blir därför om det omfattande rättsliga stoffet överhuvudtaget kan behärskas med en kodifikation, eller om inre rättsenhet automatiskt följer av en heltäckande kodifikation? Oavsett om kodifikationen utformas enligt en kasuistisk eller syntetisk lagskrivningsteknik, så kan man konstatera att de så gott som uteslutande utgör en empirisk katalogisering. Om kodifikationen skall kunna erbjuda en väg till verklig rättslig enhet, så måste begreppet ges en annan innebörd, nämligen organisk enhet istället för

¹⁷ Fredrik II:s kabinettssorder från 1780 utgör ett exempel härpå.

empiriskt aggregat. Det är inte heller överraskande att den monistiska rättsskällelära, som kodifikationsideologin implicerar, inte avspeglar vad juristerna i verkligheten gör. När kodifikationen väl har införts, visar det sig nämligen att det är helt andra krafter än lagboken som styr den fortsatta rättstillämpningen och rättsutvecklingen.

Det är förvisso en banal sanning att säga att fullständighetsidealet är en utopi. Kodifikationen kan inte täcka alla fall som uppkommer. Med det kasuistiska upplägget skulle det förutsätta att lagstiftaren hade en kristallkula med vars hjälp han kunde blicka in i framtiden och förutse vad som kommer att inträffa, vilket i sig är en absurd tanke. En syntetiskt författad kodifikation, å andra sidan, måste, om den skall realisera fullständighetsidealet, vara så abstrakt utformad att den istället blir i det närmaste innehållslös. Ett illustrativt exempel på detta misslyckande utgör, enligt Savigny, *code civil*. Dess ofullständighet framgick av att det endast var ett fåtal fall, som kunde avgöras direkt efter lagtextens ordalydelse. Ett ytterligare exempel på att fullständighetsidealet var illusoriskt var det faktum att den till följd av de samhällseliga förändringarna ständigt måste underkastas revision. Det innebär i själva verket att kodifikationen endast vid tidpunkten för sitt ikraftträdande kommer att vara anpassad till de förhållanden den är skapad att reglera. Med tiden kommer därför kodifikationen närmast att te sig som ett lapptäcke.

I detta läge hänvisas juristen till andra obestämda, subsidiära rättskällor. Med hänsyn till att det ligger i kodifikationens begrepp att eliminera domarens skön i rättstillämpningen, framför allt genom att koppla en tolkningsförbud till tillämpningen av lagtexten, kan inte domaren redovisa eller motivera varför han dragit en viss slutsats på annat sätt än genom att hänvisa till sakens natur, allmänt rättsmedvetande eller sunt förnuft. Om argumentationen inte kan redovisas öppet och domaren tvingas hänvisa till politik och moral, öppnas dörren för all slags godtycklighet i rättstillämpningen. För att upprätthålla rättskipningen tvingas domaren att tolka och rättsbilda på egen hand. Skall kodifikationen kunna utesluta allt godtycke, måste den, enligt Savigny, garantera ”eine mechanische Sicherheit der Rechtspflege”. En sådan mekanisk säkerhet – logisk subsumtion – leder till stora problem i rättstillämpningen, eftersom allt hänsynstagande till de enskilda fallens särskilda omständigheter omöjliggörs.

Kodifikationens syfte är även att eliminera behovet av rättsvetenskaplig rättsbildning, vilket framför allt uttrycks genom kommentarförbudet. Den exklusiva ställning, som kodifikationen tillmätas, medför att den rättsveten-

skapliga teoribildningen, d.v.s. systematiseringen, försummas. Rättsvetenskapen kan därför inte bidra till att stoffet blir överskådligt och hanterbart. Trots den ”heltäckande” kodifikationen tenderar därför det rättsliga materialet att åter växa ohämmat. Paradoxalt nog understryker därför kodifikationen betydelsen av det rättsvetenskapliga arbetet, om än på ett indirekt sätt.

Typiskt för kodifikationen är att den undertrycker pluralismen i rättskällevärdet och blir därför snarare ett hot mot rättslig enhet än dess garant. Genom att undantränga övriga rättskällor blev konsekvensen en obalans i rättskällevärdet, varför rättstillämpningen inte kommer att ske på ett inom ramen för den juridiska metodläran kontrollerbart sätt. Det medför negativa konsekvenser för rättssäkerheten, eftersom det blir oklart på vilka grunder domaren fattar sina beslut.

Till grund för övertron på kodifikationens möjligheter ligger, enligt Savigny, uppenbarligen den felaktiga uppfattningen att all rätt härrör ur lagstiftning och vidare att kodifikationen skulle utgöra en fulländning av den positiva rätten. I själva verket förhåller det sig så att lagboken står i ett oupplösligt samband med övriga rättskällor, varför rätten inte låter sig identifieras uteslutande med lagstiftning. Rättsutvecklingen är istället resultatet av samverkan mellan olika rättskällor. Rättskällevärdet kan därför sägas vara ett uttryck för en arbetsfördelning jurister emellan. För att lösa sina respektive arbetsuppgifter betraktar lagstiftare, domare och rättsvetenskapsmän rätten ur olika perspektiv. Dessa olika perspektiv konkurrerar inte utan de snarare förutsätter och kompletterar varandra. På grundval av ett politiskt givet mandat fixerar lagstiftaren normer i lagtext, domaren tillämpar rätten i det enskilda fallet medan rättsvetenskaparens uppgift består i att genom en bearbetning av rättskällorna upprätthålla rättens systematiska enhet. De skilda juridiska aktörsgrupperna kan således inte överta varandras funktioner. Deras respektive bidrag till rättsbildningen är i denna mening exklusivt. Rättskällevärdet åskådliggör med andra ord ett subtilt och dynamiskt, för att inte säga dialektiskt, samspel mellan de olika rättskällorna. Rättsenheten realiseras i själva verket genom den ständigt pågående organiska process, som kännetecknar förhållandet mellan rättskällorna. Ur denna juridisk-metodologiska synvinkel måste slutsatsen bli ett skeptiskt förhållningssätt till kodifikationen, eftersom dess idé är att vara en exklusiv rättskälla, som utesluter andra rättsbildande faktorer. Om balansen i rättskällevärdet skall kunna upprätthållas, menar därför Savigny, att kodifikationen endast skall betraktas som en, låt vara ovanligt omfattande lagstiftningsprodukt, av flera rättskällor, som står i ett organiskt förhållande till varandra.

Den kritiska granskningen av 1826 års civillagsförslag

Av motiven framgår att lagkommittén med sitt förslag avsett att åstadkomma en rättslig förändring, som var radikal. Det var således inte fråga om någon gradvis förändring, utan målet var snarare att genomföra en momentan eller varför inte revolutionär omgestaltning av rätten eller som lagkommittén själv uttrycker sammanhanget:

”Då tänkesätten så förändrat sig, att ett äldre lagsystem ej mera uppfyller ett folks anspråk på rätt och aktningen för dess människovärde *måste detta system i dess helhet avskaffas*. Stillaståndet är farligt, och lappverken duga icke. Enhet och sammanhang i de särskilda bestämmelserna är fordringar, som ej kunna eftergivas, då fråga är om stiftandet av god lag. Men det låter sig ej göra, att av stadganden, som utgått från olika tiders skiljaktiga begrepp och samhällsbehov, sammanflicka ett helt, som möjligen skulle kunna tillfredsställa dessa fordringar”.

Lagkommitténs mer eller mindre programmatiska förklaring uttrycker väl upplysningens och Thibauts kodifikationsdoktrin.

Visserligen framhöll kommittén att man i lagstiftningen inte kunde föregripa alla möjliga fall, men i enlighet med Jeremy Benthams kodifikationsprogram skulle man till domarens hjälp genom en konsekvent systematisk uppbyggnad av lagtexten kunna förutse fallens ”arter”: ”I acknowledge that it is not possible, to foresee them individually, but they may be foreseen in their species.” Lösningen var vad man brukar kalla en syntetisk lagskrivningsteknik. När domaren ställs inför ett oreglerat fall skall han, enligt lagkommittén, kunna falla tillbaka på lagens systematiska sammanhang:

”Där den (d.v.s lagen) tiger, skall domaren tala, ty rättvisan får ej ligga neder; men skall detta bliva möjligt, så måste han, med full tillförsikt till lagens enhet och consequence, kunna, från de förutsedda och beskrivna händelserna, sluta sig till vad han bör tänka och säga om dem, som ej tidigare varit kända: det är på detta sätt, som andan skall fylla vad i bokstaven brister.”

Lagtextens enhetliga utformning skulle garantera likformighet och rättssäkerhet. ”Enhet, skyndsamhet och säkerhet” var den formel som kommittén använde för att beskriva sin målsättning.

I motiven förekommer ett annat tema, som skulle kunna tolkas som en koncession åt historiska skolans synsätt. Kommittén framhåller nämligen nödvändigheten av att lagboken är kopplad till den historiskt framvuxna rätts-

traditionen. Sålunda understrykes vikten av den historiska kontinuiteten, när kommittén förklarar att dess ledstjärna varit att åstadkomma en lagbok för folket:

”Likasom själva folkstammen, under tidernas lopp, växer ut och omdanas, måste även lagen, varuti samhällslivet skall, så tillsägandes, 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 förnygras; men den bör dock aldrig annorlunda omskapas, eller i annan form framträda, än att folket städse igenkänner och förstår den.”¹⁸

Trots denna modifierade inställning till kodifikationsprojektet som kommittén gav uttryck för, möjligtvis för att freda sig mot angrepp från historiska skolans talesmän, lät sig inte kritikerna nöjas.

Lagkommitténs förslag utkom av trycket i slutet av 1826, drygt ett år före nästa riksmöte. För att hinna med en behandling av lagförslaget på 1828 års riksdag remitterades det av regeringen till högsta domstolen och de tre hovrättspresidenterna. Dessutom ställdes förslaget genom ett kungligt cirkulär på remiss till allmänheten, vilket innebar att landshövdingar, domare och enskilda inbjöds att insända anmärkningar.¹⁹ Remisstidens slut var utsatt till 1 augusti 1827.

Av hovrätterna var det endast skånska hovrätten och Göta hovrätt som inkom med yttranden. Presidenten för skånska hovrätten uttryckte sig förbehållslöst positivt till projektet. Sverige behövde en ny lagbok och det framlagda förslaget var tillräckligt utarbetat för att kunna genomföras. Trots detta avstyrktes en omedelbar riksdagsbehandling av det skälet att strafflagsförslaget ännu inte var färdigt. Lagförslagen borde, enligt presidenten för skånska hovrätten, behandlas och antagas samtidigt.

Yttrandet från Göta hovrätt var däremot negativt. Göta hovrätts angrepp var framför allt inriktat på att kommittén överskridit sitt uppdrag, nämligen att

”... LagCommittén säkrast hade motsvarat allmänhetens förväntan och vunnit det med uppdraget åsyftade ändamål, om Committén till grund för LagFörslaget antagit 1734 års Lag och de däruti tid efter annan gjorda förändringar, sammanfört dem i systematisk ordning och återgivit dem i sådana

¹⁸ *Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag*. Stockholm 1826, Motiver, s. 1.

¹⁹ För en redogörelse för remissinstansernas handläggning av lagförslaget se Würtemberg, s. 166 ff.

ordalag, som språkets vunna utbildning fordrade, med uteslutande av de stadganden, som, genom den framskridande odlingen och därav uppkomna förhållanden, blivit överflödiga och mindre lämpliga, samt föreslående av andra, behovet motsvarande och av allmänna rösten påkallade, föreskrifter”.

I yttrandet framskymtar en misstro mot den omfattning, som projektet fått. Hovrätten hävdar att den omgestaltung av civilrätten som skulle bli fallet om förslaget upphöjdes till lag varken var nödvändig eller nyttig. Det förefaller som om Göta hovrätts kritik framför allt vilar på en formell grund. Det hade från början inte varit meningen att skapa en ny kodifikation à la code civil, utan avsikten hade endast varit att genom ett, låt vara i sig omfattande, redigeringsarbete av 1734 års lag och senare tillkomna författningar, undanröja det splittrade rättstillståndet. Yttrandet låter sig inte entydigt placeras in i tidens politiska diskussionsmönster, d.v.s. liberal respektive konservativ politisk argumentation. Flera av lagkommitténs radikala förslag till lagändring som t.ex. lika arvs- och giftorätt för man och kvinna lämnades utan anmärkning. I likhet med skånska hovrätten, föreslog Göta hovrätt att man skulle vänta in förslaget till kriminallag.

Av okänd anledning inkom inget yttrande från Svea hovrätt. Enligt senare uppgifter skulle en granskning ha påbörjats, men sedan runnit ut i sanden. Utan tvekan är det anmärkningsvärt att hovrätten inte ansett sig böra hörsamma regeringens anmodan att komma in med ett yttrande. Passiviteten kan möjligen tolkas som ett uttryck för en principiell ovilja mot civillagsförslaget. I det yttrande som hovrätten avgav 1838 med anledning av kriminallagsförslaget antyds även en negativ hållning till civillagsförslaget som en alltför ingripande reform.²⁰

Högsta domstolens yttrande inkom först 1833. Förklaringen till att man dröjt så länge var dels att man avvaktat Svea hovrätts granskning av civillagsförslaget, dels att man inväntat förslaget till kriminallag. Högsta domstolens handläggning av ärendet ger intryck av att domstolen hyst samma ovilja mot lagförslaget, som tidigare Göta hovrätt gjort. Det allmänna omdöme som yttrandet utmynnar i var ytterst nedgörande. Först och främst konstaterar högsta domstolen att ”nu gällande Lag och Författningar blivit, icke allenast till framställningssättet, utan i de flesta fall även till innehållet, så omskapade, att de i LagCommitténs Förslag icke igenkännes”. Med hänsyn till att rätten

²⁰ Kongl. Maj:ts och Rikets Svea Hof-Rätts Underdåniga Utlåtande öfver Lag-Committéns Förslag till Allmän Criminal-Lag. Stockholm 1839, s. 6.

har sitt ursprung i folkets lynne, sedvanor och behov i deras historiska utveckling, framhöll domstolen att det var ett ytterst vådligt företag att genomföra ”en så beskaffad omskapning av hela Lagen”.²¹ Denna uppfattning rimmar väl med historiska skolans organiska historiesyn, vars konsekvens är ett avståndstagande från all genomgripande kodifiering av rätten, som innebär ett brott med dess historiska kontinuitet. Resultatet blir ett främlingsskap som får ytterst negativa konsekvenser för rättstryggheten. Domstolen gör sig i detta avseende inte endast till tolk för allmänheten, som måste anpassa sig efter en främmande rättslig reglering, som bryter med dess tänkesätt, vanor och behov, utan även domarens situation uppmärksammas. Rättstillämpningen riskerar att bli äventyrlig om domaren skall tillämpa ett helt nytt lagsystem som inte utgår från den historiskt givna grunden. Mot denna bakgrund ansåg inte högsta domstolen att civillagsförslaget kunde läggas till grund för en ny lagbok.

Två av justitieråden, Stråle och Themptander, avgav säryttranden, som ger en uppfattning om hur effektivt historiska skolans motstånd mot kodifikationstanken hade verkat även bland svenska jurister. Themptander hävdade att tiden gått förbi den typ av kodifikation, som lagkommittén föreställt sig att dess arbete skulle utmynna i.

”Man har längesedan övergivit den bländande förhoppningen, att en positiv lag i dessa ämnen (d.v.s. civilrättens olika delar) skulle kunna utstuderas, vilka vore för alla tider och länder passande.”

I enlighet med Savignys syn på användningen av lagstiftningsinstrumentet föreslog Themptander att lagstiftaren istället skulle ägna sin kraft åt partiella lagreformer, när så behövdes:

”Om man avbidar den tid, att allmänheten hinner inhämta, överväga och granska de nya åsikterna, vilka då kunna småningom, och i små portioner för varje gång, införas i den ordning, som nu gällande Regeringsform föreskriver.”

Rättens organiska utveckling fick enligt detta recept pågå ostörd och med all sannolikhet skulle en försiktig och avvaktande hållning garantera att lagstiftningen var synkroniserad med samhällets förändringar eller med Themp-

²¹ *Högste Domstolens Protocoll, vid Granskningen af Förslaget till Allmän Civil-Lag*. Stockholm 1836, s. 2 f.

tanders uttryckssätt: ”Det tillhör honom (d.v.s. lagstiftaren) endast, att såsom konceptist troget uppfatta vad han känner vara allmänhetens rådande opinion.”

Om lagstiftaren däremot väljer att som lagkommittén gjort bortse från den historiskt framvuxna gällande rätten, för att istället med en lagstiftning i kodifikationens form planera en radikal omgestaltning av rätten

”utsätter han sig för den nästan oemotståndliga frestelsen, att dels fördjupa sig i teoretiska satser, vilka ingen erfarenhet förut godkänt, och en framtida erfarenhet kommer att förkasta, dels och att imitera främmande lagstiftningar, vilka kunna vara goda för de länder, de tillhöra, men otjänliga för det han skriver”.

Här syftade Themptander på code civil, som spelade en framträdande roll i arbetet på civillagsförslaget. Trots sin kritik ger Themptander lagkommittén en eloge för att dess arbete resulterat i att lagstiftningen ”under de senare decennierna gjort större framsteg, än under mångdubbelt längre tid tillförne”. Themptander nämner också att flera av lagkommitténs partiella förslag blivit gällande rätt.

Stråle riktade i sin kritik framför allt in sig på att lagkommittén gett sig in på ett försök att förändra folkets allmänna tänkesätt. Istället för att utgå från de tankar som redan gett sig tillkänna i det allmänna rättsmedvetandet, hade lagkommittén uppställt tidigare för folket okända rättsgrunder och systematiska ansatser ”/.../ stödd på en beräkning, att Folket i framtiden skall finna dess föreskrifter riktiga”. Lagkommittén hade på grund av denna felaktiga utgångspunkt förflyttat sig ”ifrån verklighetens till den teoretiska spekulationens område”. Lagstiftaren måste uppfatta i vilken riktning den allmänna rättsuppfattning går och anpassa sina lagstiftningsåtgärder efter denna framsynthet i annat fall är lagen gammal redan när den antagits, eftersom samhället och rättens är stadda i en ständigt pågående förändring. Men däremot, underströk Stråle, är det inte lämpligt

”/.../ att uppresas en ny Lagbyggnad, vartill grunden ej finnes vara lagd uti de redan befintliga Lagarna och den utveckling, de under tillämpningen erhållit. Man byter icke om Lag såsom man bortkastar en gammal klädnad och påtager en ny, utan den nya Lagen bör vara sådan, att man ej märker någon annan förändring, än att mera redighet, fullständighet och tydlighet vunnits, än den gamla Lagen med dess mångfaldiga tillägg och förändringar kunde giva. Folket älskar i allmänhet icke att ombyta Lag, utan vill anse det för rätt, som av ålder så varit betraktat, och om ett nytt lagbud meddelas, så måste det finna

gensvar i varje förnuftig medborgares sunda omdöme, eljest bliver det icke bestående.”

Högsta domstolens granskning ger inte primärt intryck av att vara styrd av politiska hänsyn. Det är istället juristens och framför allt domstolsjuristens yrkesperspektiv som präglar remissvaret. Det är juristens uppgift att värna om rättssäkerheten och i den meningen ligger det i yrkesrollen att vara konservativ och tillbakahållande. Alltför djupt gripande för att inte säga revolutionära förändringar i rätten gör att en osäkerhet uppstår om hur rättstillämpningen kommer att gestalta sig. Kraven på enhetlighet och förutsebarhet kan därmed inte på ett tillfredsställande sätt tillgodoses. Även effektiviteten och kvaliteten i rättstillämpningen blir lidande, emedan domaren måste ta sin utgångspunkt i ett normsystem, som saknar koppling till den historiskt framvuxna rätten. Om juristen och då framför allt domaren skall kunna utföra sina arbetsuppgifter på förväntat sätt, måste ny lagstiftning, på det sätt som såväl HD:s majoritet som Stråle och Themptander framhåller, ge uttryck för rättens historisk organiska natur. Det är således av avgörande betydelse att medborgarna i allmänhet och juristerna i synnerhet känner igen sig i regelsystemet.

HD:s remissvar fick en avgörande betydelse för lagförslagens vidare öde. Med den negativa hållning, som HD intagit var det omöjligt för regeringen att ställa en proposition om lagförslagens antagande. Istället överlämnades förslaget till riksdagen för kännedom och granskning. Resultatet blev en ostrukturerad debatt, som slutade med att beslut fattades om att man till nästa riksmöte skulle utarbeta tablåer över civil- och kriminallagsförslagen. Det förefaller som om frågan därmed var avgjord. Visserligen var den politiska situationen sådan att lagkommitténs förslag inte utan vidare kunde läggas ad acta, men den fortsatta handläggningen innebar att ärendet kom att dras i långbänk.²² Riksdagsdebatten om lagkommitténs lagförslag fortsatte långt efter det att det stod tämligen klart att det i sin ursprungliga form aldrig skulle bli upphöjt till lag. De av historiska skolan utvecklade argumenten mot kodifikationen kom därvidlag att upprepas som en ständigt åtföljande mantra. På 1850–51 års riksdag excellerade en yngre jurist, Erik Josias Sparre, med sina insikter i historiska skolans program. Sparre konstaterade att den kodifikationsmodell som tiden sett genomförd på olika håll i Europa grun-

²² För en redogörelse för den fortsatta behandlingen av lagstiftningsprojektet, se Würtemberg, s. 176 ff.

dade sig på uppfattningen att man kunde åstadkomma en lagbok som byggde på rena förnuftsskäl. Målet var därvid att uppnå en sådan fullständighet att ”domarens åtgärd skulle bli en blott bokstavlig tolkning, en nästan mekanisk tillämpning därav”. ”Dessa åsikter, fortsatte Sparre, vila på den uppfattning av rätten att densamma hämtar sitt innehåll endast ur lagboken, att rätten icke är något annat än lagstiftarens i lagboken uttalade vilja”. Till skillnad från de länder där det stora kodifikationsprogrammet blivit verklighet hade det folkliga inslaget i rätten fortsatt att vara starkt i Sverige.

”Folket har kunskap om rätten, icke den tekniska utan den levande, sådan den finna uppfattad i vår gällande lag. Därav följer att den fattigaste arbetaren kan själv utföra sin talan inför rätta. Detta är en lycka, som icke är honom beskärd i många andra länder, där det är honom förbjudet att själv plädera sin sak, utan han nödgas även i den obetydligaste fråga söka biträde av dyrlejde advokater. Varför? Jo därför, att rätten i dessa länder är främmande för folket; därför att det tekniska gebitet inkräktat alltför mycket på den folkliga rättens område. I samma mån måste det sorgfälligt vårdas, i samma mån måste man vara rädd att bortkasta en lagbok, som innehåller rätts-grundsatser, vilka äro av folket väl kända, för att utbyta den mot en mer teknisk, och som just därigenom för nationen blir främmande.”

I likhet med tidigare HD framhöll Sparre hur viktigt det var att ”folket” och även juristerna kände igen sig i rätten. Kodifikationen skulle med andra ord kunna beskrivas som en lobotomering av rätten. När den väl genomförts skulle den skapa en känsla av främlingsskap, som det skulle ta lång tid att övervinna. Under tiden skulle dörren öppnas för godtycke och rättsosäkerhet.

Epilog

En kodifikation av det slag som lagkommittén föreställt sig kom aldrig till stånd. Den svenske lagstiftaren valde istället att gå de partiella lagreformernas väg på det sätt som HD en gång framhållit som ett ideal. Flera av civillagsförslagets ”radikala” reformförslag blev föremål för lagstiftning under 1840-talet. Det vittnar i sig om att motståndet inte i första hand gällt användningen av lagstiftningsinstrumentet för att reformera rätten utan istället var det den allomfattande kodifikationen, som var föremålet för den kompakta kritiken. Det var alltså mer fråga om form än innehåll. Kritiken följde i allt väsentligt historiska skolans argumentation. Savigny var inte lagstiftningsfientlig i allmänhet. Hans kritik riktade sig uteslutande mot kodifikationen, som en me-

tod att i ett slag åstadkomma en radikal rättsförnyelse, vars negativa följder för framför allt rättssäkerheten var oöverskådliga.

Avsaknade av en kodifikation kom inte överraskande att präglade utvecklingen av den svenska rättskälleläran på ett sådant sätt att det vid sidan av de s.k. civil law- och common law -traditionerna växte fram en särskild svensk modell.²³ Istället för den helt dominerande ställning som lagen kom att inta i de rättskällemodeller, som präglades av en kodifikation, kom den svenska modellen att kännetecknas av en rättskällepluralism. Lagen blev en av flera rättskällor i samverkan. Det innebar att utrymme även lämnades åt rättsbildning genom praxis och doktrin.

²³ Se Marie Sandströms bidrag ”Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket” i föreliggande volym.