

Lars Björne

Det nordiska rättsarvet - myt eller verklighet?

Lördagen den 17 augusti 2002 kl. 11.30

Det nordiska rättsarvet –myt eller verklighet?

Av professor *Lars Björne*, Finland

I

På våren för drygt ett år sedan nämndes i televisionsnyheterna i korthet att enligt en av den finska tidningen *Keskisuomalainen* beställd gallupundersökning hela 46 % av de tillfrågade var anhängare av dödsstraffet, bland ungdomarna var procentsatsen ännu större. Denna snabbt bortglömda undersökning är ett skrämmande exempel på det allt starkare angloamerikanska inflytandet på kulturens och mentalitetens område, inte minst då det gäller rättsliga inställningar. Det är redan därför ytterst viktigt att i dag värna om det som med ett måhända något slitet uttryck brukar kallas "det nordiska rättsarvet". Detta rättsarv är tyvärr inte någon allmän självklarhet i dagens läge: förutom det nyss nämnda amerikanska inflytandet måste man tänka på harmoniseringen av EU-lagstiftningen, som kan leda till en förlust eller uttunning av den nordiska egenarten på rättens område. Ett färskt exempel är striden om offentlighetsprincipen inom förvaltningen.

II

Det största problemet med begreppet "det nordiska rättsarvet" framgår av rubriken till detta föredrag: existerar det verkligen någonting som förtjänar denna beteckning? Frågan kan synas retorisk, eftersom det är lätt att hitta exempel på nordiskt rättsligt samarbete. De nordiska juristdagarna har sammanträtt mer eller mindre regelbundet sedan år 1872, i slutet av 1800-talet började man med det nordiska lagstiftningssamarbete som också Finland kunde delta i efter det första världskriget och som lett till talrika gemensamma nordiska lagar i synnerhet på förmögenhetsrättens, men också t.ex. på familjerättens område.

I själva verket går den nordiska rättsliga egenarten längre tillbaka i tiden än till 1800-talets nordiska juristdagar och lagstiftningssamarbete. Redan de medeltida landskaps- och landslagarna utgör ett unikt fenomen i Europa. De nordiska medeltidslagarna kan visserligen räknas till den germanska rättstraditionen, men skiljer sig från de tidigare sydgermanska lagarna dels genom sin tillkomsttid, dels genom att de skrevs på folkspråket och inte på latin. Efter nationalstaternas uppkomst i den nya tidens början, då den rättsliga splittringen ännu var förhälskande i Europa, hade de nordiska länderna en rättslig enhet, som förstärktes

genom ett omfattande kodifikationsarbete. Kong Christian V:s Danske Lov (1683) och Norske Lov (1687) samt vår 1734 års lag var föregångare i Europa; t.ex. Danske Lov fungerade länge som förebild för kodifikationsplanerna i Preussen på 1700-talet. De nordiska lagböckerna var också beroende av varandra: Danske Lovs fjärde bok, sjörätten, byggde på Sveriges sjölag av år 1661, medan lagstiftarna i Sverige noggrant bekantade sig med de nya dansk-norska kodifikationerna.

Å andra sidan bör man inte överdriva den nordiska rättsliga gemenskapens omfattning. Den nordiska rättsgemenskapens ofullständighet märks i synnerhet på den offentliga rättens område. Trots att samtliga nordiska länder i dag är demokratier, visserligen tre monarkier och två republiker, kan man inte historiskt sett tala om någon gemensam nordisk statsrätt. Det konstitutionella dansk-norska enväldet av år 1660 visade sig vara ett av tidens bästa och mest stabila statsskick, som visade sin livskraft fram till början av 1800-talet, medan man i Sverige-Finland ständigt pendlade mellan kungligt envælde och adelsvälde, och ändrade statsskicket med i medeltal några decenniers mellanrum. På 1800-talet var Norden snarast ett experimentfält för olika statsskick: i Norge hade man den enligt tidens mått mätt ultraradikala Eidsvollgrunloven från år 1814, i Danmark avskaffades enväldet på fredlig väg år 1848 och ersattes av den tämligen radikala junigrundloven, vilket i sin tur ledde till en högerreaktion år 1866 och Estrup-regimen. I Sverige balanserade man efter den ofullgångna revolutionen år 1809 mellan kungavälde och ständervälde, medan Finland som bekant var ett det gustavianska enväldets friluftsmuseum.

Inte heller på straff- och processrättens område kan man trots gemensamma grundläggande rättsprinciper tala om någon egentlig nordisk rättsgemenskap, utan det finns snarare en "västnordisk" (Danmark, Norge, Island) och en "östnordisk" tradition, som på många centrala punkter skiljer sig från varandra. Till och med på ett område som juristutbildningen kan man tala om en "västnordisk" och en "östnordisk" tradition: Danmark och Norge med några få stora tentamina, så gott som nödvändig privatundervisning, manuduktion, och vitsordens allt avgörande betydelse; Sverige och Finland med en mera ytlig utbildning, små tentamina och den outtalade tanken att praktisk verksamhet börjande med auskulteringen eller tingsmeriteringen med tiden rättar till bristerna i den teoretiska utbildningen.

Trots den här skisserade delvis negativa bilden av den nordiska gemenskapen på lagstiftningens nivå är det dock klart att mycket har åstadkommit vid harmoniseringen av lagarna och att man redan därför i dag kan tala om ett nordiskt rättsarv, i synnerhet inom förmögenhetsrätten. Det är dock inte alltid uppenbart, att man kan tala om ett gemensamt rättsarv, då det gäller rättens innehåll. Finns det faktorer, som berättigar till att man betecknar den i de nordiska länderna gällande rätten som just *nordisk*?

III

Då man talar om "det nordiska rättsarvet", kan uttrycket beteckna dels en reell rättslig gemenskap, dels en rättsideologi. Den nordiska rättsvetenskapen har fungerat som bäraren av denna rättsideologi, och det är också klart, att det eventuella nordiska särdragets innehåll kan definieras just med hjälp av en analys av den nordiska rättsvetenskapens utveckling. I själva verket fungerade rättsvetenskapsmännen som banbrytare för den nordiska gemenskapens uppkomst redan på **1700-talet**, då Danmark-Norge och Sverige-Finland ännu var arvfienner som i århundraden hade kämpat om hegemonin i Norden. David Nehrman, professor i **Lund**, besökte sina kolleger i Köpenhamn redan på 1720-talet, och Nordens kanske främste rätthistoriker genom tiderna, dansken Peder Kofod Ancher bedrev forskning på **1760-talet** i Stockholm, där han blev mycket väl emottagen. En annan sak var, att Kofod Ancher var tvungen att åka till Stockholm för att studera danska medeltida källor, då svenskarna hade roffat åt sig hela danska arkiv under **1600-talets** krig. Den första juridiska skandinavismen var klart rättshistoriskt **betingad**, och före den vetenskapliga källkritikens uppkomst kunde man fantisera om en gemensam nordisk forntid med Oden som den första härskaren.

Under 1800-talet var det framför allt rätthistorikerna, som utvecklade en skandinavistisk rättsideologi. Den ursprungligen tyskspråkige, men dansksinnade Christian Paulsen förespråkade ivrigt en nordisk rätthistoria redan på **1820-talet**, och han använde i sina avhandlingar begreppet *ius Scandinavicum*. Efter utnämningen till professor i dansk rätt i Kiel försökte Paulsen i sin installationskrift Ueber das Studium des Nordischen Rechts im Allgemeinen und des Dänischen insbesondere (1826) intressera också tyskarna för nordisk rätthistoria. Att just den tyskspråkige Paulsen var tidens varmaste förespråkare för en nordisk **rättsjämförelse** i forskningen är förvånande endast vid det första ögonkastet, då ju skandinavismen var de dansksinnade Slesvigbornas sista halmstrå.

En utpräglad pronordisk tendens förekom även hos andra författare från periferin. Man hittar en klart nordisk inställning dels hos de i Slesvig hemmahörande Christian von Stemann och Henning Matzen, dels hos finländaren Johan Jacob Nordström. Nordström betecknade sig i sina Bidrag till Den Svenska Samhälls-Författningens Historia, I-II (1839–1840) i högstämnda ordalag som "en Nordens son", som "med kärlek faster sig" vid de gamla lagarnas arv. I övrigt framträder Nordströms nordiska tendens dock närmast implicit, t.ex. genom att han påstod den isländska författningen "innehålla grunddragen af de åsigter, efter hvilka den Nordiska samhällsordningen **utbildades**". von Stemann ansåg i sin Den danske Retshistorie indtil Christian V:s Lov (1871) en jämförelse med de nordiska grannländerna vara mycket viktig, eftersom det var frågan om besläktade, från en huvudstam utgångna folk. De nordiska lagarna innehöll lokala variationer, men utvecklingen hade skett på samma grund, och det fanns en stor överensstämmelse i de olika lagarnas huvuddrag. Studiet av de andra skandinaviska folkens

rättsutveckling var också enligt Matzen i dennes lärobok i dansk rättshistoria (1897) särskilt intressant på grund av Stammesslægtskabet mellem de nordiske Folk, som hade kommit till synes bl.a. i ett gemensamt nordiskt språk, "den danske Tunge", och Matzen nämnde också, att enligt den äldre Västgöotalagen danskar och norrmän hade rätt till samma böter som svenskar eller i alla fall till större böter än tyskar och engelsmän. Den svenska rätten var särskilt viktig, eftersom den var mest överensstämmande med den danska. Då norska och svenska rättshistoriker inte visade samma behov att manifesteras en nordisk rättsgemenskap, är den politiska bakgrunden uppenbar: en nordisk inställning hade nämligen ofta udden riktad mot det tyska eller det ryska inflytandet.

IV

Det nordiska rättsarvet var dock inte endast ett slagord för vissa av 1800-talets rättshistoriker, utan man kan också tala om uppkomsten av en gemensam nordisk rättsvetenskap långt före de nordiska juristdagarna och lagstiftningssamarbetet. Den produktive danske juristen och statsmannen Anders Sandøe Ørsted (1778—1860) kan med fog betecknas som grundaren av en nordisk rättsvetenskap. Ørsted visade dock själv aldrig tecken på en skandinavistisk inställning, som han också som konservativ och dansk helstatsman politiskt stod främmande för. Esaias Tegnér kronade den danske författaren Adam Oehlenschläger till Nordens diktarkonung i Lund år 1829, medan nog ingen tänkte på en motsvarande hyllning för Ørsted. Trots detta kan det anses vara Ørsteds förtjänst, att den nordiska gemenskapen inom rättsvetenskapen förstärktes redan under 1800-talets förra del. I Norge förblev Ørsted även efter år 1814 redan av naturliga skäl en auktoritet, då den rättsliga gemenskapen, i synnerhet inom privaträtten, bevarades långt in på senare delen av århundradet, men även i Sverige blev han en allt flitigare citerad källa, och t.o.m. vid det avlägsna kejsarliga Alexandersuniversitetet i Helsingfors läste man hans arbeten. Ørsteds auktoritetsställning förblev i stort sett obestridd fram till 1860-talet. Det danska inflytandet i Norden slutade dock inte med Ørsted, utan Danmark har förblivit det ledande landet på rättsvetenskapens område: t.ex. Simo Zittings i Finland som banbrytande ansedda analys av äganderätten är i själva verket ett återgivande av dansken Carl Torps tankar från 1890-talet. Kring mitten av 1900-talet framstod Alf Ross som den ledande rättsteoretikern i Norden.

Det är uppenbart, att institutionaliseringen av det nordiska samarbetet genom juristmötena, gemensamma lagstiftningsprojekt och grundandet av Tidsskrift for Rettsvitenskap år 1888 sist och slutligen inte gjorde rättsvetenskapen mera "nordisk" än den redan hade varit under Ørsteds tid. Arbeten med en rent nordisk profil var fortfarande, om inte sällsynta, så dock långtifrån allmänna, och gränsen mellan å den ena sidan dansk-norsk, å den andra svensk-finsk rättsvetenskap var fortfarande tämligen uppenbar. De allt skarpare motsättningarna mellan Sverige

och Norge inom unionen med klart uttalade norska sympatier i Danmark försvårade för en tid även det nordiska juristsamarbetet, men dessa är dock inte märkbara inom den rättsvetenskapliga litteraturen.

V

Henning Matzen talade på 1890-talet för en nordisk historisk rättsgemenskap, men då det gällde arbeten om samnordisk rättshistoria, kunde han ironiskt nog endast hänvisa till tre framställningar skrivna av tyskarna Konrad Maurer, Karl von Amira och Karl Lehmann. Här hittar man i ett nötskal ett ytterligare problem med begreppet nordiskt rättsarv: är det meningsfullt att tala om en särskild nordisk rättsvetenskap, då denna på 1800-talet var så beroende av tysk doktrin, medan det angloamerikanska inflytandet har varit minst lika dominerande på 1900-talet, i synnerhet efter det andra världskriget?

Det är också något av en paradox att denne som grundaren av den nordiska rättsvetenskapen framställde Ørsted i sina skrifter i hög grad var beroende av den tyska doktrinen. Såsom Ditlev Tamm har visat i sin doktorsavhandling (1976) byggde Ørsteds författarskap på talrika lån från den tyska rättsvetenskapliga litteratur, som han var en eminent kännare av. Ørsted var ingalunda den ende, som öste ur den rika tyska doktrinen, utan detta var ett gemensamt drag för snart sagt alla periodens nordiska rättsvetenskapsmän. Varje rättsområde i Norden hade sina auktoriteter: i civilrätten bl.a. Friedrich Carl von Savigny och Georg Friedrich Puchta, i straffrätten till en början P.J.A. Feuerbach och senare den allt dominerande K.J.A. Mittermaier, i statsrätten Robert von Mohl och i rättsfilosofi och rättshistoria förutom Savigny även Eduard Gans och Gustav Hugo.

Den tyska hegemonin snarast förstärktes mot slutet av 1800-talet, och den vanliga nordiska rättsvetenskapliga metoden var en diskussion med tyska författare ofta redan på den grund, att många frågor tidigare inte, eller också endast ytligt, hade behandlats i nordisk litteratur. Diskussionen ledde dock i allmänhet inte till en dialog, eftersom man i tysk doktrin var sig selv nok. Tyska professorer tog ofta gärna emot nordiska doktorander och visade stor gästfrihet, men redan språkliga svårigheter förhindrade ett senare vetenskapligt utbyte av doktorandernas prestationer. De nära kontakterna med Tyskland visade sig också i att interna strider inom tysk doktrin fortplantades till Norden, så att också en del nordiska rättsvetenskapsmän delade sig i "romanister" (t.ex. Francis Hagerup och Oscar Platou i Norge, Robert Montgomery i Finland) och i "germanister" (norrmannen Fredrik Stang d.y. och finnen Julian Serlachius). Redan i början av 1900-talet kan man dock märka ett ökande angloamerikanskt inflytande i dansk och norsk rättsvetenskap, medan redan bristande språkkunskaper tycks ha lagt hinder i vägen i Sverige och i Finland.

Utnyttjandet av den tyska doktrinen var under slutet av 1800-talet en självklarhet i samtliga nordiska länder. Det finns ingen empirisk grund för det i dansk

litteratur framförda påståendet att aversionen mot Tyskland efter kriget år 1864 skulle ha påverkat dansk rättsvetenskap. Danskarna använde sig i minst lika hög grad som sina nordiska kolleger av den tyska litteraturen. I själva verket hade man i Danmark uppenbarligen än mera ingående kännedom om denna än i de övriga nordiska länderna, vilket möjliggjorde större flexibilitet. Både arvet från Ørsted och mera framstående forskare under slutet av 1800-talet är de faktorer, som gjorde den danska litteraturen under perioden så intressant. Dansk tidig "realism" i motsats till de övriga nordiska ländernas "konstruktiva metod" var inte något nationellt fenomen, utan byggde på den nyaste tyska doktrinen, Rudolf von Jherings intressejurisprudens.

Det är alltså möjligt att tala om den tyska historiska skolan i Norden fram till mitten av 1800-talet, medan den tyska konstruktiva riktningen fick ett starkt inflytande på det sena 1800-talets rättsvetenskap. Detta är ett sedan gammalt allmänt erkänt faktum; viktigare är dock att reda ut, på vilket sätt receptionen av tysk doktrin skedde: vad man accepterade och vad man avvisade.

Redan den centrala delen av den tyska historiska skolans lära, historiemetafy-siken och idealismen, förblev tämligen främmande för nordisk doktrin. I rätt-skälreläran började man t.ex. pliktskyldigast med "Volksggeist"-mytologin, men gick snabbt över till en praktiskt användbar rättsskälrelära, vars realism dock inte alltid var uppenbar, eftersom den höljdes in i den historiska skolans terminologi. Man struntade också högaktningfullt i Savignys motstånd mot kodifikation och skepsis mot ny lagstiftning överhuvudtaget. Trots den historiska skolans lära om rättens nationella särart var en omfattande rättsjämförelse med främmande länder ett så gott som obligatoriskt inslag i varje undersökning med vetenskapliga pretentioner. Det tidiga 1800-talets nordiska rättsvetenskapsmän var utpräglade eklektiker, och det i Tyskland myntade uttrycket "Savigny und keine Alternative" blev därför aldrig verklighet i Norden.

Man accepterade inte heller den tyska konstruktiva riktningen utan starka invändningar. Debatten i Norden om den konstruktiva metodens för- och nackdelar präglades av det faktum, att de nordiska rättsvetenskapsmännen i allmänhet fattade intresse för riktningen först i det skede, då den redan börjat ifrågasättas i sitt hemland. Det var därför inte bara den konstruktiva riktningens anhängare, utan också dess motståndare, som kunde ösa argument ur den aldrig sinande tyska doktrinen. Till och med den konstruktiva riktningens främste förespråkare i Norden, Tidsskrift for Rettsvitenskaps mångårige huvudredaktör Francis Hagerup ansåg, att "den ensidigt formallogiska rättsskolans" uppkomst i Tyskland uppenbarligen hade haft samband med "den ensidigt akademiske Stuelærdom, som Livet i smaa Universitetsbyer, fjernt fra praktiske Impulser, let udvikler ...". Det tillspetsade yttrandet torde innehålla en kärna av sanning. Tidiga motståndare till den konstruktiva riktningen i Norden hade ofta erfarenhet som advokater. För Danmarks del kan man inte nog framhålla arvet efter Ørsted, vilket gjorde, att en formallogisk konstruktiv metod aldrig kunde bli förhärskande. En stark inhemsk

rättsvetenskap hindrade ett fullständigt byte av vetenskaplig metod. Det är betecknande, att just Montgomery, som började sin vetenskapliga bana i det nästan **fullständiga**rättsvetenskapliga tomrum som fanns i Helsingfors på 1860-talet, var den forskare som så gott som utan **förbehåll** kopierade den tyska konstruktiva riktningens metod. Detta var dock snarare ett undantag än en regel i nordisk doktrin, och **föreställningarna** om en fullständig väsensskillnad mellan och ett oöverbyggbart gap mellan den konstruktiva riktningens anhängare och motståndare hör senare tider till: först den skandinaviska realismen, dvs. Uppsalaskolan, frändömde den konstruktiva riktningen allt vetenskapligt värde.

Både den konstruktiva riktningens och den tidiga realistiska metodens anhängare undvek extrema ståndpunkter, refererade kritiken mot den egna riktningen och fortsatte på den "gyllene medelväg", som även annars är kännetecknande för den nordiska **1800-talsrättsvetenskapen**. Tyska ytterlighetsriktningar i form av en rent teoretisk konstruktiv metod eller den senare motpolen **frirättskolan** fick få anhängare i Norden.

En viktig orsak till de tyska extrema riktningarnas relativt ringa framgång i nordisk doktrin kan sökas i det olikartade rättskälleläget, då de nordiska länderna i motsats till Tyskland hade en fungerande lagstiftning på **1800-talet**. Den reella förutsättningen för den extrema konstruktiva riktningens blomstring, en bristfällig och föråldrad lagstiftning, som så att säga framtvingade en produktiv rättsvetenskap, saknades med undantag av just **Finland**, där riktningen väckte det största intresset. Å andra sidan var ett tvingande lagstadgande ofta ett hinder för långtgående teleologiska argument. Ett öppet åsidosättande av gällande lag var en omöjlighet, då rättspositivismen, lagbundenheten, var en trossats för de nordiska rättsvetenskapsmännen. Den konstruktiva metoden var däremot användbar, då det gällde problem, som saknade reglering i gällande lagstiftning. En av dansk rättsvetenskaps stora bidrag till nordisk avtalsrätt, tillitsteorin, skulle knappast ha haft samma genomslagskraft om man enbart nöjt sig med reella argument i de enskilda fallen i stället för att ställa upp en grundläggande princip. I detta fall var det den i synnerhet av Julius Lassen använda teleologiska konstruktiva metoden, som visade sin styrka.

VI

"Det nordiska rättsarvet" är visserligen ett svårdefinierbart fenomen, men det består t.ex. av faktorer som medborgerlig frihet så länge denna inte skadar andra, sträng lagbundenhet och öppenhet i regeringsverksamhet och förvaltning och allas likhet inför lag oberoende av samhällsställning och ekonomi. Man har allmänt undvikit extrema rättsliga lösningar, dvs. man följer *aurea mediocritas*, den gyllene medelvägen, i frasens bästa bemärkelse. För att citera den danska **1800-talsjuristen** Carl Ussing: "Sandheden ligger ... sædvanlig i Midten". Dessa drag är märkbara också på områden, som inte varit föremål för lagstiftningssam-

arbete. De nordiska ländernas fastighetsrätt, som i århundraden uppvisade en långtgående brokighet, har under 1900-talet utvecklats på grundvalen av gemensamma principer. Trots konkreta olikheter i de nordiska strafflagarna kan man tala om en gemensam grund byggande på en både legalistisk och human inställning. De nordiska länderna var också de första i Europa som avskaffade dödsstraffet. Även den nordiska socialrätten, det nordiska välfärdssamhället, har på många punkter varit en föregångare.

Jag vill än en gång framhålla den nordiska rättsvetenskapens betydelse både som bärare av rättsideologin, "myten", och det nordiska särdraget, "verkligheten". Trots tidvis starkt utomnordiskt inflytande har den nordiska rättsvetenskapen allt sedan Ørstedts dagar haft som ett centralt drag förmågan och viljan till argumentering. Man kan säga, att Ørsted införde den rättsvetenskapliga argumenteringen i Norden. Trots sin ovana att föraktfullt avfärda sina samtida danska motståndare bemödade sig Ørsted om att utförligt argumentera med de utländska, framför allt tyska författare, som han utnyttjade. De författare som använde Ørstedts skrifter blev tvungna att besvara utförligheten med utförlighet, om de önskade vinna tilltro för sina egna åsikter, vilket klart förbättrade argumenteringen. I denna argumentering spelade "reella överväganden" långt före själva termens uppkomst en viktig roll. Dessa reella överväganden förlorade aldrig sin betydelse ens under den konstruktiva riktningens glansperiod. Även Hagerup framhöll, att de genom begreppsanalys, induktion och deduktion vunna resultatens värde sist och slutligen var beroende av dessas praktiska användbarhet. Man kunde tala om "ett sunt juridiskt bondförnuft" utan att på något sätt föringa denna inställning.

Debatten om vilje- och tillitsteorin respektive avtals- och löftesteorin för omkring hundra år sedan visar att man trots hänvisandet till olika rättsprinciper alltid strävade till ett praktiskt användbart resultat, för att tala med den norska 1800-talsjuristen Anton Martin Schweigaards ord, "den mindst ufuldkomne Afgjørelsesmaade". En likadan inställning är märkbar i straffrättsdebatten vid samma tid: man kände i Norden väl till både den klassiska straffrättsskolan och de nya sociologiska och kriminologiska riktningarna, men undvek ensidigheter: brottslingens person kunde nog beaktas genom t.ex. ungdomsstraff och villkorliga domar, medan redan rättssäkerheten förbjöd användandet av till tiden helt obestämda frihetsstraff.

VII

Trots att det nordiska rättsarvet i hög grad är en verklighet, är dess framtid i viss mån oviss. Detta rättsarv är i dagens nyliberala samhälle åtminstone delvis hotat, och de nödvändiga kompromisserna inom EU kan som nämnt utgöra en fara. De nordiska juristerna måste därför aktivt kämpa för att bevara detta arv. Det nordiska rättsarvets svaghet men också dess styrka är att det inte låter sig reduceras till

några slagord. Det har därför aldrig utövat någon dragningskraft på ytterlighetsriktningar, varken i förgången tid eller i nuet. Det nordiska rättsarvet verkar däremot i den rättsliga vardagen, och det är de nordiska juristernas uppgift att i ord och gärning både på hemmaplan och i internationella sammanhang hålla denna tradition levande.