

Banbrytare, tekniker, iakttagare — den nordiske rettsvetenskapsmannens roller

Av professor LARS BJÖRNE

1. I denna översikt har jag för avsikt att granska den nordiska rettsvetenskapens betydelse för rättsutvecklingen från 1700-talet fram till senare delen av 1900-talet.¹ För åskådlighetens skull använder jag mig av tre 'idealtyper' av rettsvetenskapsmän, som jag kallar 'banbrytare', 'tekniker' och 'iakttagare'. En *banbrytare* strävar aktivt till en utveckling av rätten genom att i den juridiska litteraturen kritisera gällande rätt och komma med olika rättspolitiska förslag till ändring av gällande lagstadganden eller utvecklandet av olika rättsinstitut. En *tekniker* ser sin uppgift som mera begränsad. Han erkänner lagstiftarens rätt att utveckla rätten och erbjuder sina tjänster främst som ett tekniskt biträde, som en 'samhällslivets ingenjör' för att som lagskrivare förverkliga de av politikerna fattade besluten. Också en tekniker kan naturligtvis kritisera gällande lagstadganden, men då närmast genom att peka på misslyckade uttryck, bristande konsekvens, orimliga resultat i vissa undantagsfall osv. utan att ifrågasätta själva ändamålet med stadgandet. En *iakttagares* roll är den mest begränsade. Han nöjer sig med att skildra och klassificera gällande regler, redogöra för stadgad praxis och berätta om olika tolkningar utan att själv framlägga eller påstå sig känna till 'den riktiga lösningen'.

Då man talar om de olika idealtyperna, måste man också skilja mellan teori och praxis eller snarare mellan ideologi och verklighet. De rättslärdade har under olika perioder haft mycket olika åsikter om sin betydelse och rettsvetenskapens uppgift i allmänhet. Verkligheten har dock ofta varit helt annorlunda än idealet. De rättslärdade har kunnat ställa stora krav och ändå förbli helt obeaktade, eller de har kunnat ge uttryck för en mycket ödmjuk inställning till rettsvetenskapens roll, men ändå har de förskaffat sig stor reell makt som ämbetsmän, lagstiftare eller politiker. Då jag i min framställning granskar varje sekel för sig, kommer jag därför först att redogöra för rettsvetenskapsmännens föreställningar om sina roller, därefter tala om deras reella inflytande.

2. Traditionellt har 1700-talets rettsvetenskap förknippats med den rationalistiska naturrätten, som har betraktats som en viktig medver-

¹ Denna frihandsteckning baserar sig i huvudsak på de tre första delarna av min "Den nordiska rettsvetenskapens historia", "Patrioter och institutionalister. Tiden före år 1815" (1995), "Brytningstiden. 1815–1870" (1998) och "Den konstruktiva riktningen. 1871–1910" (utkommer i år).

kande faktor i rättsutvecklingen. Man brukar också tala om de stora naturrättskodifikationerna i slutet av 1700- och början av 1800-talet, av vilka den franska Code civil har varit den viktigaste. Naturrätten brukar vidare förknippas med upplysningen och i sista hand med den franska revolutionen: de naturrättslärda har framstått som ofta radikala ivrare för ett fullständigt förnyande av hela rättsordningen: rättsvetenskapsmannen var framför allt rättspolitiker.

Den traditionella bilden av 1700-talets rationalistiska naturrätt är ingalunda felaktig, men den innehåller ändå endast en del sanning. Man kan nämligen skilja mellan två huvudströmningar inom den europeiska naturrätten: en engelsk och fransk reformvänlig och främst offentligrättslig riktning, som i synnerhet i Frankrike fick radikala drag, och en mera konservativ, tysk privaträttslig riktning, som till sitt innehåll ofta var romerskrättslig och som främst fick fungera som en legitimation för gällande rätt.

Den nordiska rättsvetenskapen var redan på 1700-talet främst influerad av tysk doktrin, och naturrättsströmningarna i litteraturen var bevarande och legitimerande. Det är betecknande, att både dansk-norska och svensk-finska rättslärda framställde just det egna landets rätt som den rättsordning, som bäst stämde överens med naturrätten. Man krävde inte reformer och undvek t.o.m. helt kritik av gällande rätt: det tidiga 1700-talets främsta rättsvetenskapsman i Sverige, David Nehrman (1695–1769), konstaterade helt öppet, att en klok lärare aldrig hämtade sina exempel på dåliga lagar från det egna landets rättsordning. I enlighet med europeisk doktrin framställde man visserligen naturrätten, dvs. i praktiken ofta den tysk-romerska rätten, som den primära rättskällan, men med hjälp av olika reservationer kom man fram till, att det egna landets positiva rätt i konkreta konfliktsituationer i alla fall hade företräde framför naturrätten. Den juridiska litteraturen kännetecknades av en strävan att definiera, klassificera och systematisera, vilket tydligen betraktades som ett uttömmande sätt att behandla olika rättsregler och rättsinstitut. Däremot skyggade de nordiska rättsvetenskapsmännen för eller saknade förmåga att tolka dunkla lagstadganden. Naturrätten dög närmast till dekorativa dryftanden om olika rättsinstituts ursprung, men man vågade inte tillgripa samhällspolitiska, 'naturrättsliga' argument vid tolkningen av gällande rätt, trots att de gällande kodifikationerna, Danske Lov och Norske Lov samt 1734 års lag med tiden blev allt mera föråldrade och bristfälliga. I det sena 1700-talets nordiska juridiska litteratur började man tugga om gamla sanningar. Betecknande är en dansk juridisk författares uppgivna suck om svårigheterna att överhuvudtaget komma med någonting nytt. Ett århundrade senare betecknade man också den danska doktrinen på 1700-talet som så obetydlig, 'att lagarna fortfarande hade gått omkring i sin naturliga nakenhet, på sin höjd pyntade med någon enstaka utländsk natur-

rättsfjäder eller några romerska pärlor'. De rättslärda var entydigt endast 'iakttagare' i sin produktion.

Då det gäller doktrinen och rättsvetenskapsmännens reella inflytande var situationen något annorlunda. I Sverige-Finland ignoreras dock doktrinen helt, och det sena 1700-talets mest berömde jurist, finländaren Matthias Calonius (1738–1817), professor i Åbo, blev under sin tid som medlem av den gustavianska högsta domstolen i Stockholm pinsamt ofta nedröstad av sina mindre lärda kolleger. I enväldets Danmark-Norge låg lagstiftningsmakten i realiteten hos byråkratin. Skrivandet av lagar var överlämnat åt en ämbetsman, generalprokurøren, enväldets högste juridiske rådgivare, som dessutom på begäran gav sakkunnigutlåtanden åt regeringen och myndigheterna. Den mest betydande generalprokurøren (1753–1784) var Henrik Stampe (1713–1789), vars ofta mycket lärda utlåtanden publicerades i sex tunga band i slutet av 1700-talet och vars inflytande på myndigheternas verksamhet måste ha varit betydande. Stampe var försiktigt reformvänlig och han hade stor betydelse som försvarare av rättssäkerheten i riket, men man har dock senare klandrat honom för en viss oförmåga att stå emot omgivningens krav. Det är också uppenbart, att Stampe betraktade sig som en 'tekniker', och han var beredd att tjäna olika herrar. Han avgick inte heller under den korta Struensee-regimen, numera bekant för den svenska allmänheten genom Per Olov Enquists roman "Livläkarens besök", utan nöjde sig med ett passivt motstånd för att senare vara med om att författa den åtminstone formellt sett tvivelaktiga dödsdomen över Struensee.

3. 1800-talet kan betecknas som de tyska, men också de nordiska rättsvetenskapsmännens guldålder. Naturrättens fall förorsakade inga förändringar i de rättslärdas roll, utan Friedrich Carl von Savignys och den historiska skolans motstånd mot kodifikationer och omfattande lagstiftning överhuvudtaget ökade tvärtom rättsvetenskapens betydelse. Enligt den historiska skolans rättskällelära var den egentliga rättskällan folkets rättsövertygelse, "Volksgeist" eller folkandan, vars förändringar med samhällsutvecklingen inte fick hindras genom lagstiftning. Det praktiskt viktiga med läran var påståendet, att folkets gemensamma, halvt omedvetna rättsövertygelse hade haft betydelse för rättens innehåll endast i ett dimmigt historiskt förflutet. En specialisering med olika yrkesgrupper hade så småningom uppstått i samband med samhällets utveckling, och den gemensamma rättsövertygelsen hade blivit juristernas egendom. 'Juristrätten' eller 'den vetenskapliga rätten' (rättsvetenskapen och i viss mån rättspraxis) hade därigenom blivit den viktigaste rättskällan. Det nya var närmast, att man nu lyckades knyta juristernas privilegium att bestämma om rättens utveckling till den nationella rätten, medan den rationalistiska naturrättens företrädare hade påstått sig representera en allmängiltig rätt. Också de nordiska rättsvetenskapsmän, som hyllade den historis-

ka skolans lära om 'folkandan', kunde göra den samtida danska enväldskungen Fredrik VI:s beryktade fras "Vi alene vide ...", endast vi vet, till sin.

De nordiska rättsvetenskapsmännen var dock i allmänhet modesta i sina framställningar om rättsvetenskapens roll, och någon motvilja mot ny lagstiftning var inte märkbar. Rättsläget i de nordiska länderna med kodifikationer, låt vara av gammalt datum, var ju också helt anorlunda än i Tyskland, där just den rättsliga splittringen var grundförutsättningen för de rättslärdas starka ställning. Att rättsvetenskapen också i Norden ändå fick en avgörande betydelse för rättsutvecklingen beror på insatsen av en enda person, den danske ämbetsmannen, politikern och rättsvetenskapsmannen Anders Sandøe Ørsted (1778–1860).

Den ytterst produktive Ørsted hade aldrig någon tjänst vid universitetet, utan han var domare, ämbetsman, bl.a. generalprokurør, medlem av regeringen och regeringens representant på ständerlantdagarna under enväldets slutskede samt senare, efter enväldets fall, statsminister på 1850-talet. Ørsteds produktion är en blandning av gammalt och nytt. Han accepterade aldrig helt den historiska skolan, men han hade en ingående kännedom om den nyaste tyska doktrinen, som han fullt utnyttjade i sina arbeten. Det nya var, att Ørsted införde argumenteringen i nordisk doktrin. På flera tusen textsidor tog han ställning till olika juridiska problem, från rättsfilosofi, privaträtt och straffrätt till processrätt och t.o.m. kyrkorätt. En viktig del av Ørsteds rättskällelära var den s.k. naturliga rätten, som inte var den gamla naturrätten, utan ett slags reella överväganden. Ørsted talade själv om "den naturlige Retsfølelse, det sunde Fornuft, det borgerlige Livs Tary, Retsgjenstandenes Natur og Folkets Sæder". Betecknande nog tog Ørsted i sina skrifter aldrig explicit ställning till rättsvetenskapens uppgift — hans verkliga inflytande tålde knappast en teoretisk motivering. Tvärtom framställde sig Ørsted i sina skrifter som en förkämpe för en av lagstiftarens vilja helt bunden tolkning, trots att hans tolkningsförslag kunde helt strida mot såväl lagstiftarens uttryckliga vilja som mot lagens ordalydelse.

De högsta domstolarna både i Danmark och i Norge började senast på 1820-talet basera sina domar, inte på lag, utan på Ørsteds skrifter, vilket underlättades av att motiveringarna hölls hemliga till senare delen av 1800-talet. Fenomenet "Ørsted som rättskälla och lagtolkningsprincip" tycks ha hälsats med tillfredsställelse av majoriteten av de samtida juristerna, men det saknades inte varnande röster. I Danmark betecknades tolkningar baserade på "Sagens Natur", dvs. reella överväganden, som "juridiske Pølseskind, hvori man kan stoppe alle mulige Ting". I Norge påpekade man, att Ørsteds åsikt visserligen ofta var bättre än den föråldrade lagen, men att detta ingalunda alltid var fallet, och att tillvägagångssättet i alla fall principiellt sett var helt förkastligt. Ørsted hade som regeringens ämbetsman också till uppgift

att skriva texten till nya lagar, med detta var kanske inte hans starkaste sida. Förkärleken för grundlig argumentering ledde lätt till att hans lagtexter blev något 'pratiga', och det erkändes allmänt, att rättssystematiken var hans svagaste punkt.

Ørsteds inflytande begränsades inte till Danmark och Norge, utan han var en erkänd auktoritet även i de övriga nordiska länderna, dock utan att påverka rättspraxis. Fredrik Schrevelius (1799–1865), en av den tidiga 1800-talsjuridikens mera betydande författare i Sverige, nämnde i sin civilrättslärobok på 1840-talet Savigny och Ørsted som sina främsta auktoriteter, av vilka han erkände sig "hafva lärt ganska mycket". Till och med i Det kejserliga Alexanders universitetet i Helsingfors läste man och citerade Ørsteds skrifter.

Man kan alltså tala om en klar skillnad mellan teori och verklighet. I sina skrifter framstod Ørsted som en iakttagare och tekniker, i verkligheten var han en banbrytare, som kraftigt påverkade rättsutvecklingen i Danmark och Norge. Då man talar om Ørsted som banbrytare bör man emellertid komma ihåg, att han var långt ifrån någon radikal förnyare. Även om han inte hörde till den mest reaktionära ämbetsmannagruppen under Fredrik VI, var han klart konservativ och hade sin politiska hemvist i enväldet. I synnerhet var Ørsteds straffrättsuppfattning helt traditionell, och han var en aktiv förkämpe för dödsstraffet för talrika brott och beklagade, att man i Danmark hade upphävt dödsstraffet för stöld.

'Juristrätten' i sin nordiska tappning nådde sin höjdpunkt kring mitten av 1800-talet. Två faktorer, en vetenskaplig och en politisk, kom under den senare delen av århundradet att förringa rättsvetenskapsmännens betydelse. Positivismen med betonandet av empirin som grunden för all vetenskap fick också de rättslärda att börja dryfta sin yrkesroll och framför allt sin vetenskap. Politiskt ifrågasatte konstitutionalismen och den så småningom frambrytande demokratin rättsvetenskapsmännens krav på ett expertvälde.

Den tyske statsadvokaten Julius von Kirchmanns berömda ord om lagstiftarens tre ord, som förvandlade hela juridiska bibliotek till makulatur, plågade även de nordiska rättsvetenskapsmännen, som såg den nyligen till rättsvetenskap upphöjda lagfarenhetens hela ställning som vetenskap hotad — vetenskapsbegreppet förutsatte ju ett bestående empiriskt material att arbeta med. En lösning på problemet var den s.k. konstruktiva riktningen, av senare belackare kallad begrepps-jurisprudensen, som i sin extrema form byggde på tanken om eviga, av lagstiftaren oberoende begrepp, vilka kunde iakttas och analyseras med samma vetenskapliga metoder som naturvetenskapsmännen använde vid undersökandet av t.ex. en ny växt eller en ny kemisk formel. I Norden fick den extrema konstruktiva riktningen dock inte anhängare. Riktningens främste representant var den norske professorn och statsministern Francis Hagerup (1853–1921), som betonade, att man alltid måste beakta också rättsreglernas praktiska syfte. Hagerup var i

synnerhet bekymrad över rättsvetenskapens autonomi, och han framhöll, att lagstiftaren inte fick ta ställning till själva rättsbegreppens innehåll. I Sverige och i Finland, där rättsvetenskapens nivå var klart lägre, nöjde man sig ofta med en mera oreflekterad konstruktiv metod. I Danmark däremot, där arvet efter Ørsted var levande ännu i slutet på 1800-talet, gick man efter ett kort hegelianskt mellanspel över till en tidig realism och började öppet kräva "reella överväganden" vid tolkningen av lagen eller utfyllandet av luckor i lagen. Gemensamt var, att man både genom konstruktion och genom reella överväganden kunde komplettera rättsordningen.

Medan både den konstruktiva riktningens och den tidiga realismens anhängare på en ideologisk nivå torde kunna betecknas som 'tekniker', levde den gamla drömmen om den juriststyrda rättsutvecklingen kvar i vissa andra riktningar. Den tyska frirättsskolan, som predikade domarens oberoende av lagstiftaren, fick visserligen föga genklang i Norden, med också de nordiska rättsvetenskapsmännen lekte med tankar på juristernas dominans. Dessa tankar kom till uttryck i framhållandet av den romerske pretorn, ämbetsmannen, som genom sitt årliga edikt kunde påverka rättsutvecklingen, också som en samtida förebild. En av skaparna av den tidiga realismen i Danmark, Viggo Bentzon (1861–1937), ansåg, att domstolarna kunde överta pretorns roll, medan detta avböjdes av Hagerup på rent konstitutionella grunder.

1800-talet har kallats den tyske professors stora århundrade, men även den nordiske professors storhetstid inföll i detta skede av det politiska deltagandet, som befann sig mellan aristokrati och demokrati. Mången framstående rättsvetenskapsman blev också politiker, t.o.m. sitt lands statsminister, som Johan Deuntzer i Danmark, Hagerup i Norge, Ernst Trygger i Sverige, medan Kaarlo Juho Ståhlberg blev republiken Finlands förste president. Dessa professorspolitiker kunde aktivt påverka lagstiftningens inriktning och genomdriva reformer. De nordiska rättslärda kunde nog motsätta sig både parlamentarism och demokrati, men de var inte några extrema reaktionärer. Det var t.ex. de till den sociologiska skolan hörande, men politiskt konservativa straffrättslärda, som drev på en modernare och humanare straffrätt, ofta under ett segt motstånd bland de folkvalda lekmännen; i synnerhet Bernhard Getz' (1850–1901) och Hagerups insats i Norge är anmärkningsvärd. Politisk konservatism och reformsträvanden gick ihop också därför, att de ledande juristerna fick en allt mera teknokratisk inställning och betraktade reformerna som över dagspolitiken höjda frågor. Hagerup beklagade på 1890-talet allmänhetens minskade intresse för praktiska lagstiftningsreformer, t.ex. av straffprocessrätten, och han ansåg detta bero på det allt uppslukande intresse, som de politiska frågorna fick; endast om en reform blev ett led i den politiska partikampen, förmådde den väcka allmänhetens

intresse. De politiskt aktiva rättslärda var 'banbrytare', som fick uppleva ett nytt motstånd i demokratin.

4. Då man talar om rättsvetenskapsmannens roll som aktiv deltagare i samhällsutvecklingen, kan däremot 1900-talet betecknas som en tid av nedgång och fall. Demokratin och parlamentarismen reducerade naturligen de rättslärda roll i rättsutvecklingen till teknikerns uppgifter, men kapitulationen har dock varit mest fullständig på internt vetenskapliga grunder. Frågan om juridikens vetenskaplighet gav i början av 1900-talet fortfarande vetenskapsmännen ingen ro, och ett norskt försök att hugga av den gordiska knuten fick inga anhängare. Enligt förslagsställaren skulle man nämligen strunta i hela frågan, så länge som de praktiska juristerna var nöjda; dessutom var ju hela vetenskapsbegreppet en definitionsfråga. Uppsalaskolan, den skandinaviska realismen, "dette intellektuelle fengsel" för att använda en norsk beskrivning (Rune Slagstad), gick den andra vägen genom att frånkänna den traditionella rättsvetenskapen all vetenskaplighet. Oberoende av Uppsalaskolans kunskapsteoretiska förtjänster verkade riktningen knappast fruktbart på rättsvetenskapens roll i samhällsutvecklingen.

Redan före Uppsalaskolans uppkomst hade dock kravet på empiri lett till en omvärdering av rättsvetenskapsmännens uppgift, åtminstone på en teoretisk nivå. Vissa rättslärda gick redan i slutet av 1800-talet mer eller mindre medvetet över från en normativ rättskällelära till en deskriptiv; man ville inte längre framställa, hur rättskällorna *borde* användas, utan hur de av domstolarna faktiskt användes — man drog sig tillbaka till iakttagarens roll enligt den här använda terminologin. Tendensen förstärktes genom den skandinaviska realismen, och Alf Ross kom att bli målsmannen för en rent deskriptiv rättskällelära; en annan sak är, att en sådan lära kunde ha en starkt normativ inverkan. Rättsvetenskapsmännens tillbakadragenhet var kanske mest påfallande kring mitten av seklet, men iakttagarens roll är ännu konsekvent genomförd i synnerhet i Knut Rodhes stora handböcker i obligationsrätt (1956) och sakrätt (1985). I Finland, där den skandinaviska realismen aldrig fick fotfäste i högre grad, har man klandrat det fenomen som man kallat "rättsfallspositivism": en ovilja mot att ta ställning till tolkningsfrågor, som ännu inte avgjorts av den högsta instansen, eller mot att kritisera sådana avgöranden.

5. Trots att det är en milsvid skillnad mellan 1700-talets kvalitativt och kvantitativt obetydliga litteratur i lagfarenhet och 1900-talets omfattande och mångsidiga rättsvetenskap, kan man dra vissa paralleller, då det är fråga om rättsvetenskapsmännens roll i rättsutvecklingen. På teorins nivå har man gått från 1700-talets iakttagare över 1800-talets tekniker med mer eller mindre dolda aspirationer på en banbrytarroll fram till 1900-talets iakttagare. Likheter accentueras av att man på

1700-talet hade den rationalistiska naturrätten, på 1900-talet en ny naturrätt i form av mänskliga rättigheter, som i ingetdera fallet har spelat någon större roll i vardagsjuridiken. Även på verklighetens nivå är jämförelser mellan 1700- och 1900-talen möjliga. I 1700-talets aristokratiska samhälle behövdes den rättslärde på sin höjd som tekniskt biträde vid utformandet av lagarna, och situationen var åter densamma på 1900-talet: 1800-talets rättsvetenskapliga banbrytare fick vika för teknikern, nu i demokratins namn. Man torde alltså kunna tala om en utveckling som bildar en sluten cirkel.