

Stig
Strömholm

VITTERHETS
AKADEMIENS
SKRIFTSERIE
OM EUROPA



EUROPA OCH RÄTTEN

NATUR OCH KULTUR

JURIDISKA INSTITUTIONEN
vid Uppsala Universitet

JUR.
Deid 340.09

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

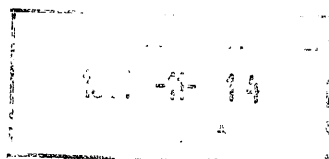
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>



Stig Strömholm



EUROPA OCH RÄTTEN



NATUR OCH KULTUR

Vitterhetsakademiens skriftserie om Europa vill bidra med kunskap om bakgrunden till de integreringssträvanden och de nya konflikthot som präglar den senaste politiska utvecklingen i Europa. Akademien som företräder humanvetenskaperna i vid mening i vårt land vill med denna serie ställa sina ledamöters och andra ledande forskares kunskaper om Europas kultur, historiska utveckling, språkliga mångfald och samhällsliga struktur till allmänhetens förfogande. Akademiens roll är i sammanhanget just förmedlande. För skrifternas sakliga innehåll och värderingar svarar givetvis de enskilda författarna själva. Det är redaktionens strävan att serien i sin helhet på ett så allsidigt och tankeväckande sätt som möjligt skall bidra till belysningen av Sveriges nutida och framtida roll i ett Europa som både är traditionsrikt och statt i snabb omvandling.

© STIG STROMHOLM OCH BOKFÖRLAGET NATUR OCH KULTUR,
STOCKHOLM 1991

OMSLAG BJÖRN BERGSTRÖM

SÄTTNING BOKSTAVEN TEXT & MONTAGE AB, GÖTEBORG

TRYCK CENTRALTRYCKERIET AB, BORÅS 1991

ISBN 91-27-02899-2

INNEHÅLL

1. Inledning: grundstrukturer och utvecklingslinjer	7
2. Rätt och moral, rätt och ekonomisk rationalitet	19
3. Grundfrågorna ställs: det antika Grekland	32
4. Mönstren dras upp: det romerska bidraget	45
5. Judar, kristna och germaner	65
6. Den segrande romerska rätten	79
7. Det kyrkliga bidraget	99
8. Juristerna och deras arbetsredskap	106
9. Nya tider: skiljelinjer och föreningsband	132
10. Frihet och jämlikhet, rationalism och positivism	149
11. Arvets framtid	159
Litteratur	169

I. INLEDNING: GRUNDSTRUKTURER OCH UTVECKLINGSLINJER

"Men jag svarade dem att det icke var romersk sed att prisgiva någon människa, förrän den anklagade hade fått stå ansikte mot ansikte med sina anklagare och haft tillfälle att försvara sig mot anklagelsen." Den som talar är den romerske provinsguvernören över Syrien, Porcius Festus; den anklagade är aposteln Paulus, och tiden är det fjärde årtiondet av vår tideräkning; källan är Apostlagärningarnas 25:e kapitel. Festus berättar för ett par förnäma besökare om den judiska kyrkoledningens försök att få Paulus dömd som sekteristisk uppviglare.

Det finns tre huvudelement i Festus' karakteristik av situationen. Han konstaterar först och främst förekomsten av vad som i 1917 års bibelöversättning återgivits med "sed" d.v.s. en väletablerad regelbundenhet i romerska domstolars och myndighetspersoners handlande. Denna *form* – sedvänjan – har ett konkret *inhåll*: den föreskriver ett beteende i en viss situation. Annorlunda uttryckt: den tillhandahåller en bestämd lösning på ett problem, som en överhetsperson ofta står inför. Slutligen är det uppenbart, att Porcius Festus inte endast konstaterar regelns existens; han anser sig också *bunden* av den, skyldig att efterleva den.

Det är inte tillrådligt att draga alltför vittgående slutsatser av ett isolerat uttalande fällt i ett svårbedömt historiskt-politiskt sammanhang och återgivet i en redo-

görelse, som kan åtminstone misstänkas för polemiska biavsikter. Det är sålunda knappast rimligt att med stöd av detta bibelställe konstruera en klar motsättning mellan en romersk tradition, som skulle motivera eller föregripa modern västeuropeisk rättsstatlighet, och ett primitivare eller i varje fall av den enskildes rätt och rättssäkerhet mindre intresserat orientaliskt synsätt. Det finns säkra vittnesbörd om att också judisk straffprocessrätt omfattade stränga krav på bevisning och rättegångsförfarande i allvarliga mål.

Ikke desto mindre förtjänar Porcius Festus' ord att tjäna som inledning till en framställning av rätt och rättstänkande som en väsentlig beståndsdel – kanske rentav den väsentligaste, med sina talrika förgreningar över hela det samhälleliga livet, alltifrån teknologi till familjestruktur – i det samlade arv som ger Europa och västerlandet dess identitet. Det är möjligt att den romerske provinsguvernören den gången faktiskt uppfattade situationen som en konflikt mellan en ordning, som var honom förtrogen och som han uppfattade som bindande, och en lösning, som krävdes av en mäktig grupp i provinsen och som följaktligen hade starka diplomatiska och kolonialpolitiska argument på sin sida. Något säkert svar på den frågan lär vi aldrig kunna uppnå. Exemplet får emellertid anses ha gjort sin tjänst: det leder uppmärksamheten i rätt riktning.

Syftet med denna framställning är att förmedla en överskådlig men inte alltför förenklad bild av rättsarvets roll som sammanhållande (undantagsvis också som särskiljande) element i dagens Europa. I huvudsak står två möjliga förfaranden till buds för att lösa denna uppgift: man kan försöka ge en funktionellt inriktad nutidsbild, vid behov kompletterad med förklarande tillbakablickar, och man kan välja ett historiskt framställningssätt, där dagsläget växer fram som ett resultat av en lång utveckling. Båda metoderna har sina fördelar och sina nackdelar. Någon form av funktionsbeskrivning är ofrånkom-

lig; eljest framstår de rättsliga fenomenen lätt som godtyckliga, pittoreska och sakligt svårbegripliga. Någon form av historisk skildring är på samma sätt oundgänglig; även här är det eljest begripligheten som äventyras. Valet mellan de båda grundmodellerna är kanske i sista hand irrationellt, grundat på omedvetna attityder och preferenser. Med hänsyn till det speciella syfte som denna korta skildring avses fullfölja – att söka enhet i mångfalden – ter sig emellertid det historiska framställnings-sättet som det lämpligaste, även om det självfallet måste kompletteras med en återkommande funktionell, sociologiskt präglad diskussion. Tidsdimensionen är av grundläggande betydelse för förståelsen av rättslig ordning och rättsligt tänkande, och den har alltid varit det, även om tiden, detta andra namn för förändring, rann ojämförligt mycket trögare för ettusen, tvåhundra och rentav hundra år sedan än idag. Den vid varje given tidpunkt förhärskande rättsuppfattningen och den i varje ögonblick gällande rätten utgör svar på frågor och reaktioner på problem i tiden; rätten uttrycker en människogrups kollektiva erfarenhet, i bästa fall ett slags till ord och formler förtätad beprövad samhällelig klokhet, i sämsta fall till handlingsnormer frusna vanföreställningar. I det rättstänkande som vi här skall syssla med förefaller vissa inslag att vara påtagligt stabila; de kan rentav tyckas orubbliga, som "naturlagar" (det kan vara nyttigt att besinna, att när man en gång ville betona oföränderligheten i vissa "naturliga" regelbundenheter hämtade man ett ord från det mänskliga samhällslivet – ett ord som stod för största möjliga permanens och orubblighet). Andra inslag är föränderliga; en utveckling, som ibland varit snabb, har ägt rum, förenande eller skiljande länder och grupper. Denna föränderlighet – och därmed, motsatsvis, oföränderligheten – förstår man bäst genom ett historiskt synsätt. I det följande är den historiska dimensionen den dominerande.

Om den moderna europeiska juridikens grundare, de rättslärde i Bologna, som under 1000-talets sista årtionden inledde studiet av den sedan århundraden så gott som helt bortglömda eller undanträngda romerska rätten, säger Franz Wieacker, en av den europeiska rättshistoriens främste, att dessa den västerländska rättsvetenskapens fäder "var de första i Europa som av de stora romerska juristerna lärde konsten att lösa den mänskliga samlevnadens vitala problem inte i fångenskap under irrationella sedvänjor eller genom våld utan genom intellektuell diskussion av det isolerade rättsliga problemet och i enlighet med en allmän regel som uppställts för att tillgodose den sakliga problematiken. Detta juristernas anspråk har för all framtid gjort Europas offentliga liv juridiskt och rationalistiskt . . . Genom att finna en rationell princip som åtminstone *inom* staterna ersatte den handgripliga uppgörelsen av mänskliga konflikter har jurisprudensen skapat en av de väsentliga förutsättningarna för den materiella kulturens framsteg, i synnerhet för förvaltningskonsten, det rationella ekonomiska samhället och t.o.m. den nyare tidens tekniska behärskning av naturen."

Om denna karakteristik av det moderna västerlandets skuld till det antika rättsarvet idag skulle klinga främmande, beror det på att en del av de utvecklingslinjer som författaren hänför till den romerska rättens inflytande över Europa från denna rättsordnings nyupptäckande omkring 1100 och framåt numera kanske inte längre av alla uppfattas som självklara *framsteg* på samma sätt som för några årtionden sedan; varken förvaltningskonsten, det rationella ekonomiska samhället eller vår tekniska behärskning av naturen är föremål för obetingad hänförelse; på många håll ifrågasättes rentav deras värde, ibland med argument, som tycks ägnade att ifrågasätta rationalitet och vetenskaplighet överhuvudtaget. Hur därmed må förhålla sig och vare sig man gillar eller ogillar de dominerande dragen i modern västlig intellektuell

tradition och samhällsstruktur, torde däremot ingen gärna kunna bestrida sanningen i påståendet att vårt västerland bland alla kända högkulturer kommit att bli den legalistiska, rationalistiska och, om uttrycket tillåtes, genomjuridiserade; att beslutfattandet i våra parlament, regeringskanslier, domstolar, myndigheter och nämnder, liksom debatten i västerländska riksdagshus, kommunalhus, sockenstugor, föreningslokaler och tidningsredaktioner, är genomsyrade av den romerska rättens principer och av de romerska juristernas tankevanor, argumentationsteknik och metoder. Att sedan de allra flesta som utövar dessa metoder, nyttjar denna teknik och odlar dessa vanor numera är okunniga om det historiska arv de drar så täta och stora växlar på, och att det finns gott om sådana som vill göra sig urarva, det jävar självfallet inte den historiska härledningens riktighet.

Om man inte vill nöja sig med naiv belåtenhet över den bästa av världar, knyter sig till Wieackers karakteristik reflexioner av annan, mer kritisk natur. Som en ironisk randkommentar tränger sig juristen Goethes ord på: "Es erben sich Gesetz' und Rechte / wie eine ew'ge Krankheit fort . . ." ("Lag och rätt går i arv som en evig sjukdom . . .") *Faust*. Sjukdomsparallellen kan leda den kritiske iakttagaren till en annan litterär gestalt, vars lokala framgång åtminstone avlägset liknar de medeltida juristernas: doktor Knock, i Jules Romains' skådespel med detta namn, läkaren som övertar en praktik i en kärnfrisk bergskommun och som på tre månader lyckas med vad han kallar "genommedicineringen" – "la pénétration médicale" – av sitt distrikt. Där den aningslösa hälsan förut rädde, brinner hundratals nattlampor vid sjukbäddarna. "Ni ger mig en kommun, befolkad av några tusen neutrala, obestämda varelser", säger Knock. "Min roll är att ge dem en bestämmelse, att införa dem i en medicinsk tillvaro. Jag lägger dem i sängen och jag ser efter vad jag kan få ut av dem: en tuberkulos, en neuros, en arterioskleros, vad som helst men i alla fall något, för Guds

skull." Juristerna har lyckats genomjuridisera Europa; vid sidan av teologer, humanister, och senare naturforskare, ekonomer och tekniker gjorde de västerlandet till vad det blev. Att betvivla värdet i deras insats är att betvivla det västerländska arvets värde i ett avgörande hänseende. De senaste årtiondenas möten, på mer jämställd fot än förut, med andra civilisationer och andra samhällsformer liksom de senaste årtiondenas diskussion om västerlandets framtid har på sina håll givit detta tvivel en näring som tidigare inte fanns. Är det hälsa eller sjukdom som ärvts från generation till generation? Frågeställningen är i huvudsak främmande för min framställning, och jag lämnar den, nämnd men obearbetad. Samhällelig erfarenhet tycks gärna göra sig gällande i pulserande vågor: om 1960- och 1970-talens kritiska västeuropéer tvivlade på sin egen traditions värde, med dess inslag av tävlan, konfrontation och hårdhet, har det sena 1980-talet inför anblicken av de kollektivistiska, juridikfrämmande statssystemens fullständiga debacle kommit att på nytt uppskatta den "romerska modellen".

När Wieacker karakteriserar det moderna västerländska rättsamhället, utpekar han med all rätt den klassiska antikens jurister som detta samhälles andliga fäder. Han talar om de romerska rättslärde; det är emellertid anledning att inte glömma all europeisk intellektuell utvecklings tidigaste grogrund, den grekiska. Mellan antik rättstradition och det Europa som denna tradition i så hög grad bidrog till att forma i stort och smått och på gott och ont, ligger inte blott den tidiga medeltidens "mörka århundraden" (400-talet – 700-talet), som på detta område verkligen ter sig mörka, utan också en lång och heroiskt mödosam återerövringsprocess, vars enskildheter, innan den firade sina triumfer på 1000- och 1100-talen, alltjämt är oss obekanta och lär så förbli. I åtskilliga hänseenden kom både formerna för denna återerövring, som var ett av ledmotiven vid det europeiska universitetsväsendets uppbyggande under högmedeltiden, och andra

inflytelser, framför allt germanska rättsföreställningar, liksom samtida politiska och kyrkliga förhållanden och konflikter, att starkt påverka *urval* och *inhåll* i de element av det antika rättsarvet som västerlandet skulle överta. Arvet från den klassiska forntiden visade sig emellertid rikt och starkt nog att genomgå denna sällningsprocess med i huvudsak bibehållen identitet. I rättsarvet var på det *praktiska* planet det romerska inslaget helt dominerande; *grekisk* rättstradition kom inte att utöva ett ens tillnärmelsevis lika starkt inflytande; dess direkta betydelse förblev mycket ringa. Detta sakförhållande, som för övrigt strax skall bli föremål för viktiga nyanseringar, hade fullgoda orsaker. Av historiska, politiska och språkliga skäl låg den romerska rätten ojämförligt mycket närmare den västeuropeiska medeltidskulturen. Utan att nedvärdera den f.ö. alltjämt ganska bristfälligt kända antika grekiska rätten får man nog emellertid härutöver fastslå, att romarnas mästerskap i fråga om klar analys av sociala konflikter och i fråga om balanserade och smidiga praktiska lösningar var så uppenbart och det romerska materialets kvantitativa och kvalitativa rikedom så iögonenfallande, att det helt enkelt saknades skäl för att av andra motiv än rent historiska söka sig bortom denna källa till det mer svåråtkomliga grekiska arvet.

Vad nu har sagts gäller juridiken i inskränkt och teknisk mening, det område som rättens praktiska handhavare i sitt dagliga arbete befattar sig med. Lämnar man denna handfasta materia för att i stället uppsöka rättsfilosofin och de grundläggande teorierna om rättens väsen, ursprung och uppgift, återtar den grekiska kulturen den självklara företrädesställning som romarna själva öppet tillerkände den i allt som hade att göra med filosofin och de sköna konsterna. Medan den romerska rätten erövrade Europa i två omgångar – först under kejsartiden, då den i mer eller mindre ren form spreds över världsriket, och därefter under högmedeltiden, då den blev en

förebild för all högre europeisk rättskultur – sköljde de grekiska tänkarnas inflytande med en oemotståndlighet, som inte berodde på makt, politiskt inflytande eller praktiskt beprövad samhällelig ingenjörskonst utan på intellektuell överlägsenhet, gång på gång i starka vågor över Europa: först och främst skedde det i den process som brukar beskrivas med orden, att det besegrade Grekland besegrade sina besegrare; grekiskt rättsfilosofiskt tänkande anammades av romarna och kom i allt högre grad att tillhandahålla den ideologiska bas för den praktiska romerska rätten som erövrarfolkets torra religion och säregna statsetos ej längre förmådde erbjuda. De fragment av en sammanhängande rättsfilosofi, i form av en handfull kortfattade maximer, som medeltidsjuristerna fann, och vördsamt utvecklade, i den återupptäckta senromerska rätten, var till stor del av grekiskt ursprung. Men samtidigt som dessa lakoniska principer utlades och kommenterades av 1000- och 1200-talets europeiska jurister, drog en våg av direkt grekiskt inflytande, främst i form av ett intensivt Aristoteles-studium, fram genom Europas nygrundade filosofiska och teologiska fakulteter, där tänkare sådana som Thomas av Aquino lade grunden till det katolska västerlandets alltjämt levande rättsfilosofi. Trehundra år senare, under renässansen, finner vi Platons och stoikernas idéer hos inflytelserika europeiska filosofer och jurister, och ytterligare ett par hundra år längre fram i tiden, mot 1700-talets slut, försöker europeiska statstänkare att göra allvar av grekiska och nu även romerska ideal.

Vad var det då den klassiska antiken hade att ge, som i så hög grad kom att forma Europas stats- och rättsliv? Tre huvudpunkter bör framhållas som gemensamma för *hela* det antika arvet.

Det var först och främst själva *föreställningen om rätten som det civiliserade samhällets grund*. När Homeros i Odysséens nionde sång vill karakterisera kykloperna, "ett trotsigt och laglöst släkte", är det två särdrag han

framhåller hos dem. De odlar inte jorden utan lever av dess spontana alstring. Men vidare (i Lagerlöfs översättning):

"Ej de rådslå heller på ting och ej äga de lagar, / utan på åsarna högt bland bergen ha de sin hemvist / inne i grotornas valv, och envar som domare råder / själv över maka och barn och frågar ej efter de andra."

Nästan ett halvt årtusende senare, i ett vida mer sofistikerat sammanhang, nämligen den första boken av Thukydides' historia om det peloponnesiska kriget, återkommer samma tanke från en något annan utgångspunkt. Thukydides skildrar, i sin inledning till det sena 400-talets konflikter mellan Athen och Sparta och deras bundsförvanter på båda håll, hur Hellas gradvis nått fram till den kulturnivå som rådde under klassisk tid. I forna dagar, heter det, brukade alla hellener bära vapen, eftersom deras boplatser var oskyddade och samfärdseln var osäker. Därför gick de i sitt dagliga liv beväpnade, precis som barbarerna. Athenarna, heter det vidare, var bland de första som lade vapnen åt sidan. Enligt grekiskt synsätt var seden att bära vapen till vardags en relik från ett primitivt förflutet. I civiliserade samhällen rådde lagarna, inte styrkan och våldet. Vapenlösheten och förtröstan på lagarnas skydd kom att uppfattas och starkt betonas som ett av de viktiga skiljemärkena mellan hellener och barbarer. Denna uppfattning blev också en del av den romerska ideologin. Utanför den grekisk-romerska världen väckte den förvåning och stundom åtlöje. Från den romerska historien känner vi berättelsen om det mottagande som de krigiska iberiska stammarna i Spanien beredde en delegation av senatorer: iakttagelsen, att de hårdföra romerska soldater som ibererna lärt sig uppskatta och frukta visade den högsta vördnad och lydnad gentemot en handfull obehäpnade åldringar utlöste både munterhet och häpnad bland dessa krigare, hos vilka en mans värde bokstavligt talat satt i spjutstångs ände. Det förtjänar kanske tilläggas, att den kraftiga betoningen av

vapenlösheten som civilisatoriskt adelsmärke representerar en kulturnivå som det moderna västerlandet nådde för mindre än tvåhundra år sedan: den germanska synen på vapnen som mannens prydnad dröjde kvar i skicket att bära värja åtminstone ett stycke in på 1800-talet.

Till de grundläggande och för det moderna västerlandet bestämmande särdrag i grekisk rättsuppfattning som belyses redan av Homeros-citatet om de vilda kykloperna hörde – för det andra – inte blott respekten för rättsreglerna som samhällets bas utan även och minst lika mycket tonvikten på *det rättsliga förfarandet*, på den ordnade procedur genom vilken rättens innehåll klarlägges och dess regler tillämpas på det enskilda fallet.

Låt mig, som ett urgammalt och i fråga om sin precisa utveckling oklart men likväl belysande exempel, peka på ett enda ord i det grekiska språket, som kanske mer slående än någon lång exkurs visar vilken nyckelposition processen, det juridiska beslutsförfarandet, intog i grekisk föreställningsvärld och vilken framträdande roll den rättsliga argumentations- och debatteknik som rättegången gav upphov till kom att spela för vetenskapligt tänkande överhuvudtaget. Det är ordet *kategori*, sedan Aristoteles' dagar en oundgänglig filosofisk fackterm. I det sammansatta ordet ingår *agorà* "torg", och den äldsta kända betydelsen hos ordet "kategori" är "anklagelse" – det är en processuell term. Kanske var det i rättegångarna på torgen som den grekiska filosofin allra först smidde sina instrument.

Den tredje huvudpunkten hänför sig till rättens och rättsordningens värdemässiga *status i samhällslivet*. När den beryktade U 68-kommittén år 1973 framlade sitt förslag till en total omdaning av det svenska universitetsväsendet och därvid bröt upp den hävdvunna fakultetsindelningen för att i stället organisera den akademiska grundutbildningen i något man kallade sektorer, som i sin tur uppdelades i vad man kallade linjer, hamnade flertalet humanistiska discipliner i den s.k. kulturkommu-

nikationslinjen, medan de rättsvetenskapliga studierna hänfördes till den s.k. juristlinjen inom "sektorn för administrativ och ekonomisk yrkesutbildning". När Homeros vill karakterisera kykloperna, dröjer han särskilt vid deras oförmåga och ovillighet att bygga upp ens de absolut elementära och ofrånkomliga inslagen i vad grekerna uppfattade som en kultur. Homeros' syn på kulturbegreppet var uppenbarligen en annan än de svenska universitetsreformatörernas: i detta begrepp ingick som en självklarhet rättsordningen.

Det vore kanske orättvist att i U68:s betänkande, som ej heller i övrigt uttrycker några mer genomtänkta samhällsfilosofiska ståndpunkter, inläsa något medvetet ställningstagande till den besvärliga frågan om förhållandet mellan rätt och kultur, men det ligger frestande nära att misstänka, att våra reformatörer uppfattar rättsordningen och dess handhavande som en specialdisciplin inom administrationskonsten, medan man förbehåller ordet "kultur" för sådana det moderna samhällslivets grannare hängsmycken som förgyller de mer omdömesgilla medborgarnas fritid och som i värsta fall kan umbäras. Ett samhälles rättsordning är visserligen numera till ganska stor del en utpräglad teknisk hantering, men den förblir icke desto mindre samtidigt både en väsentlig del av, och en oundgänglig förutsättning för, detta samhälles kultur, hur man sedan i övrigt bestämmer sig för att definiera kulturbegreppet. Det finns anledning tro, att ett samhälle, vars ledare förvägrar rättsordningen en central plats i vad man kallar kulturlivet, allvarligt riskerar både att reducera rätten till en själlös teknik och att reducera kulturen till en låda julgransprydnader, som man tar fram när högtiden närmar sig och som man stoppar undan på vinden när det är slutfestat och vardagen klappar på dörren igen.

De tre huvudpunkter som här har karakteriserats kan beskrivas som gemensamma för grekisk och romersk (i huvudsak också för judisk-kristen) rättsuppfattning och

rättstradition och därmed för hela den fortsatta västeuropeiska utvecklingen. De kan beskrivas som genomgående grundtoner i det historiska förlopp som här syselsätter oss. Till dessa kommer, som den följande framställningen skall visa, lokala och tidsbundna övertoner, ibland skarpa dissonanser. Rättsarvet är inte en spänningsfri harmoni, ett block utan sprickor. Innan vi försöker beskriva den utveckling där dessa element framträder ter det sig emellertid lämpligt att något mer ingående precisera vilka fenomen beteckningarna "rätt" och "juridik" principiellt omfattar – med andra ord: vilken historia vi egentligen försöker skriva.

2. RÄTT OCH MORAL, RÄTT OCH EKONOMISK RATIONALITET

För det allra mesta har inte blott den stora allmänheten utan också rättens stiftare och handhavare kunnat utgå ifrån att det var självklart vad som avsågs med "rätt" och med "lag". I företalet till 1734 års formellt alltjämt gällande svenska lagbok säger Kungl. Maj:ts och rikets kanslikollegium, ett ämbetsverk som närmast motsvarade vår tids statsrådsberedning, att historien icke känner till något folk, "som sig utan Gud och lag bekänna gitter".

Börjar man idag se något närmare på vad som i början av 1700-talet kunde framställas som en enkel självklarhet, måste man göra åtskilliga preciseringar och uppställa många förbehåll. De flesta av dessa utredningar skall företas i ett kommande kapitel, sedan vi presenterat det på allt sätt mest genomgripande bidraget till europeisk rättsutveckling – det romerska – men ett par grundläggande reflexioner bör redovisas redan på tröskeln till den historiska framställningen.

När någon utan närmare förklaringar begagnar ordet "rätt" eller termen "rättvisa", är det troligen för det mesta ett par någorlunda klara betydelsenyanser som läsarna kommer att tänka på.

Den ena hänför sig till ett system av regler som upprätthålles av domstolar, åklagare, polis och andra offentliga myndigheter och som också reglerar dessa myndigheters egen verksamhet. När man säger att "enligt

svensk rätt har bröder och systrar samma arvsrätt efter sina föräldrar" eller att en person har "kommit i delo med rättvisan", är det detta regelsystem och dess företrädare som man tänker på.

Den andra betydelsen yansen hänför sig till varje enskild människas bedömning av vad som är rättfärdigt och moraliskt riktigt. "Du handlade rätt", säger man kanske till en människa som har givit en summa pengar till ett ideellt ändamål eller som har avstått från att kräva tillbaka ett lån från en utblottad granne. I båda fallen rör det sig om ett handlingssätt som inte är vare sig påbjudet eller ens berört i några juridiska regler. Och på samma sätt är man långt borta från domstolar och myndigheter när ett barn säger att dess föräldrar är "rättvisa". Vi kan för övrigt tillägga att det finns andra betydelser hos ordet "rätt" som inte har något som helst samband med vare sig juridik eller moral. Om jag säger till någon: "Du har rätt i att det är två kilometer till kyrkan", så har jag därmed sagt att påståendet om avståndet till kyrkan är sant. Skillnaden mellan "rätt" i betydelsen "sanning" och den andra av de två betydelsen yanser som nyss berördes kan enklast uttryckas så, att medan avståndet till kyrkan är något som vid behov kan mätas upp – och därigenom bevisas påståendets sanning eller falskhet – finns det ingen metod att med vetenskaplig säkerhet bevisa, att den som gav bort en summa pengar handlade "rätt". Vad som t.ex. stadgas i svensk rätt om syskons arvsrätt kan man som regel skaffa sig säker kunskap om, men däremot slår det vetenskapliga kunskapsinhämtandet slint när det gäller att avgöra om dessa stadganden är "rätt" i moralisk mening.

Om förhållandet mellan "rätt" i betydelsen rättssystem och "rätt" i moralisk mening vill man gärna föreställa sig att de stämmer överens till sitt innehåll. Det är inte en slump att människorna sedan urminnes tider använder samma ord för att beteckna juridiska och moraliska regler. Situationen kan kanske uttryckas så att den förhärskande uppfattningen om vad som är moraliskt

riktigt ställer det anspråket på rättsordningen, att den senare skall stå i det moraliskt riktigas tjänst. "Konungen skall rätt och sanning styrka och befrämja, orätt och vrångvisa bekämpa", hette det i 1809 års svenska regeringsform. Det räcker ofta med att läsa insändarspalten i en dagstidning för att inse vilken indignation det väcker bland människor när rättsreglernas innehåll och deras moraluppfattning går isär.

Med en smula eftertanke inser man emellertid att det mycket lätt kan råda bristande överensstämmelse och till och med konflikt mellan rättsreglerna och människornas, eller vissa människors, övertygelse om vad som är "rätt". Det är ju långt ifrån ovanligt att olika människor har olika uppfattning om vad som är moraliskt riktigt. Det finns kanske till exempel sådana som anser att mannen som gav pengar till en ideell verksamhet alls inte handlade rätt utan betedde sig lättvindigt och försummade sin familjs intressen. Oenighet i en sådan fråga medför kanske inte så stora olägenheter i ett samhälle. Men låt oss antaga att det i ett och samma land finns dels en grupp av människor som anser att det är rätt att den som förlorat en nära anhörig genom en bilolycka slår ihjäl olycksbilens förare, dels en annan grupp som fördömer ett sådant beteende. Vi vågar förmoda att det är klent med friden i landet. Låt oss vidare anta att den senare gruppen är den större och lyckats få det därhän, att domstolar och andra myndigheter tillämpar regler som överensstämmer med dess moraluppfattning.

För det första är det tydligt att resultatet är en *konflikt* mellan den juridiska rätten och minoritetsgruppens moraliska rättsuppfattning.

För det andra kan vi fastslå att konflikten är *olöslig* i den meningen att mellan två så rakt motsatta rättsövertygelser någon kompromiss inte är möjlig och att det helt enkelt inte i ett och samma samhälle finns plats för två så olika ståndpunkter i en sådan fråga. Om den juridiska rätten sattes ur spel genom att minoritetens medlemmar

finge åberopa sin moraluppfattning, skulle vi med fog kunna påstå att rättsordningen, och därmed hela samhällsordningen, inte fungerar i det landet.

Det finns gott om exempel på stater där människor av olika religion eller ras lever sida vid sida under olika juridiska regler om t.ex. familjeförhållanden eller arvsrätt, men det finns å andra sidan centrala områden, där den juridiska rätten inte kan tolerera avvikelser som dikteras av enskildas moralövertygelse, där den måste göra anspråk på exklusivitet för att samhället överhuvudtaget skall kunna fungera. Och inom dessa områden föreligger uppenbarligen risk för konflikter mellan rätten i juridisk mening och enskildas eller grupperas moraliska rättsuppfattning. Vi behöver i våra dagar bara tänka på sådana exempel som vapenvägran, präster som fälls till ansvar för att de i enlighet med sin religiösa övertygelse vägrar att viga frånskilda eller de frågor som uppstår när vissa trosbekännare vägrar att låta sina barn genomgå vaccination eller läkarvård.

Det finns anledning erinra om ett par andra praktiskt viktiga situationer där frågan vad som egentligen är "rätt" kan uppstå i förhållandet mellan samhällets rättsordning och människors rättsövertygelse. Det kan förhålla sig så att samhällsmakten är så svag att den saknar resurser att genomdriva den ordning som kanske de allra flesta medborgare i och för sig anser vara den rätta. Men det kan också ligga till på det viset – det behövs inte några exempel för att erinra om det – att den samhällseliga apparaten ligger i händerna på en diktator eller ett enda diktatoriskt statsparti, vars maktbud är klädda i lagens form men strider mot den klart förhärskande rättsuppfattningen i landet.

En mindre extrem situation, som i realiteten föreligger i så gott som alla moderna samhällen med högt utvecklad teknik och ett komplicerat ekonomiskt liv, kan beskrivas på följande sätt. I de allra flesta stater av denna typ har det under tidernas lopp blivit det helt dominerande för-

faringsättet, som också är starkt ideologiskt förankrat (av skäl som vi skall återkomma till), att när de politiska makthavarna vill för framtiden påverka medborgarnas beteende i en viss riktning eller lösa konflikter dem emellan, sker det genom allmänna regler, vilka endast kan tillkomma på ett visst bestämt sätt, t.ex. genom riksdagsbeslut, vilka kungöres offentligt under namn av lagar eller förordningar och vilka mer eller mindre noga exempelvis utpekar vissa handlingar som förbjudna och anger vilka påföljder i form av straff eller liknande som inträder om någon företar en sådan handling.

Man kan säga att lagregler är det viktigaste *styrningsinstrumentet* i moderna, framför allt västerländska stater. Rent praktiskt skulle denna styrning kunna ske på andra sätt. Man skulle kunna tänka sig att det inte fanns några lagregler alls och att vissa myndigheter hade rätt att ge de order eller utmäta de påföljder som de fann lämpliga för att fullfölja de syften som de politiska makthavarna bestämt sig för att främja. Ett sådant system skulle tydligen vara ganska tungrott från rent arbetsekonomisk synpunkt, och det skulle ha den nackdelen att medborgarna skulle leva i ovisshet om vad de egentligen har att rätta sig efter.

Vårt moderna västerländska system, som alltså innebär att samhällsstyrning och konfliktlösning sker genom allmänna, offentligt kungjorda regler, vilka tillsammans utgör landets rättsordning i juridisk mening, får emellertid bl.a. till följd att sinsemellan mycket olika handlingar, en del i hög grad omfattade av rättsföreställningar i moralisk mening, men en del fullkomligt likgiltiga eller okända för "rätten" i denna moraliska innebörd, behandlas genom samma procedur och leder till likartade påföljder. Samma domstol, som har att bedöma en så väsentlig överträdelse av centrala rättsföreställningar som exempelvis misshandel av annan, är också det organ som har att avgöra om någon överträtt ett prisstopp, uppfört en byggnad i strid mot en fastställd byggnadsplan

eller varit försumlig med redovisning av mervärdeskatt. Och de påföljder som domstolen har att utdöma i dessa båda sinsemellan så olikartade grupper av fall är i huvudsak desamma: fängelse eller böter. Detta innebär i och för sig inte någon *konflikt* mellan rätten som juridiskt fenomen och rätten i moralisk mening, men det innebär en brist på överensstämmelse. Medan exemplet med mannen som ansågs handla rätt genom att efterskänka en fordran visade att moraliska rättsföreställningar ibland kan finnas på områden som den juridiska rätten inte berör, visar de senaste exemplen att det också kan förhålla sig på motsatt vis: att den juridiska rätten kan sträcka sig ut över fält som inte berörs av moralisk rättsuppfattning. I tilltagande omfattning, vågar man påstå, har rätten som del av samhällsapparaten blivit *ett rent tekniskt, moraliskt neutralt styrinstrument i de politiska makthavarnas hand*. Den utvecklingen går allt snabbare ju större livsområden som blir föremål för samhälleliga ingripanden. Även om dessa alltså i stor utsträckning sker på områden, som inte engagerar starka rättsföreställningar, kan man säga att ju mer regelsystemet sprider sig över tidigare oreglerade områden, desto större blir friktionsytan mellan rättsordning och mer eller mindre spontana moraliska värderingar. Härtill kommer, som ett komplicerande moment i modern tid, både den starkt varierande bakgrund i form av social erfarenhet som olika medborgare och medborgargrupper har och den åsikts- och värderingsmässiga pluralism som regelmässigt är för handen i nutida samhällen.

När man tar del av framställningar och diskussionsinlägg om rättens roll och helgd, och om rätt och moral, vilka stammar från äldre tid, är det nödvändigt att erinra sig sådana skillnader i samhällelig bakgrund jämfört med förhållandena i våra dagar.

Den situation som jag nu skisserat är typisk framför allt för utvecklingen i västerlandet. Det är också där som idén om *lagstiftning* som form för samhällsstyrningen

och systemet med särskilda rättstillämpande myndigheter dominerar. Det finns andra modeller. Den muhammedanska världen har intill modern tid levat med ett religiöst baserat regelsystem som går tillbaka på Koranen, som på stora livsområden utgör en mycket ofullständig reglering jämfört med västerländsk lagstiftning, även i äldre tid, men som på vissa gebit är ingående och detaljrik. Inte heller i Fjärran Östern har kompletta juridiska regelsystem någonsin spelat samma roll som i västerlandet. Stora områden av den mänskliga samlevnaden har där överlämnats åt sedvanan. Man kan säga att i dessa civilisationer friktionsytan mellan rättsordning och moralisk rättsövertygelse – och därmed konfliktrisen – är väsentligt mindre än i den västliga kulturkretsen.

Vi är emellertid ännu inte färdiga med frågan hur begreppet "rätt" lämpligen skall avgränsas i en framställning som avses handla om rättsordningen som central och gemensam komponent i det europeiska kulturarvet. Det är inte bara förhållandet mellan juridisk rättsordning och moralisk rättsuppfattning som innefattar spänningar och konfliktriser. Även där rätt och moral går hand i hand, står de inför svåra spörsmål som gång på gång dyker upp under utvecklingens lopp. En sådan fråga ställer det centrala begreppet "rättvisa". Vi kan tänka oss åtminstone tre olika betydelser hos ordet. En form av rättvisa som alltid spelat en stor roll i diskussionen om rättens innebörd kan vi kalla "rättvisa i fördelning", d.v.s. idén att alla människor skall ha ungefär lika stor del av de nyttigheter som står till förfogande i ett samhälle. Principen om lika fördelning kan emellertid tolkas på många sätt. Är det fråga om en rent mekanisk uppdelning? Skall inte särskilda behov, speciella intressen, särskilda insatser eller förmågan att nyttja tillgångarna beaktas?

En annan rättvis princip kan uttryckas med orden "lika för lika": rättvisan anses kräva att vid utbytet av egendom och tjänster människor emellan var och en skall få tillbaka lika mycket som han själv ger. Även den

grundsatsen ger upphov till problem, när den skall om-sättas i praktiken. Hur skall de ömsesidiga prestationernas värde beräknas? Det finns egendom som den ene skattar högt men den andre inte bryr sig om, och det finns arbetsprestationer som bara några få kan utföra, medan annat arbete kan utföras av vem som helst. Och de båda rättvisepinciperna kan komma i strid med varandra. I ett tänkt samhälle, som startar med en fullständig likadelning av alla nyttigheter (omfördelning av åkerjorden i lika lotter förekom vid flera tillfällen i den klassiska antiken), kan fördelningen snart komma att rubbas när utbytet av varor och tjänster kommit igång och de olika värderingarna av egendom och prestationer i utbytesförhållanden börjat verka.

Till slut kan man tala om ett begrepp "rättvisa i behandling", d.v.s. principen att domstolar och andra myndigheter skall använda reglerna på samma sätt gentemot alla. Men inte heller den grundsatsen är problemfri i tillämpningen. Skall den garvade yrkesförbrytaren och den kanske av tillfälliga omständigheter vilseledde engångsöverträdaren få samma straff? Är det rättvist att en domstol nöjer sig med att lyssna passivt när en oerfaren part, som har svårt att uttrycka sig, står mot en motpart som biträdes av en kunnig advokat? Är domstolen partisk om den hjälper den svagare parten till rätta i förhandlingen?

Ett annat ofrånkomligt problem, som spelat en betydande roll i den västerländska juridiska debatten och som vi därför skall återkomma till men som bör nämnas redan här: de juridiska reglerna har karaktären av allmänna föreskrifter. De gäller för *alla* handlingar eller konflikter av det slag som de beskriver. Men var och en, som har någon erfarenhet, vet att det finns många situationer som faller in under lagens ordalydelse men där det ändå förefaller hårt att tillämpa regeln. Det finns alltid egenartade situationer som vi av medlidande eller andra liknande skäl gärna skulle vilja undanta från de allmänna reglernas tillämpningsområde. Blir undantagen för

många, urholkas reglerna så småningom och den säkerhet som de fasta normerna ger går förlorad. Medges å andra sidan inga undantag, får rättsordningen lätt en stelbent och omänsklig prägel. Balansgången mellan rätten och skäligheten (billigheten), mellan lagen och nåden, eller mellan lag och evangelium som vi i anslutning till kristen tradition brukar tala om, är en svårlöst uppgift som varje rättsordning har att brottas med och som har lösts olika under olika utvecklingsskeden.

Det är en vanlig uppfattning att rättvisan är oföränderlig och densamma överallt. Hur det än må förhålla sig med den saken, är det klart att den samhällseliga rättsordningen är i högsta grad föränderlig; den står mitt i samhällslivet, som den skall på en gång styra och tjäna, och den är underkastad alla de förändringar som samhället genomgår. Men vi vet också att även de moraliska föreställningarna undergår förändringar. Till rättsutvecklingens särdrag hör en ständig spänning mellan bevarande och förnyelse, mellan krav som uppträder med olika styrka på olika områden.

Man vågar påstå att en spänningsfri och problemfri rätt kanske är möjlig i samhällen med en befolkning som inte delas av svåra intresse motsättningar och som har enhetliga moralföreställningar, ett samhälle där friktionsytan mellan den juridiska rättsordningen och den folkliga rättsövertygelsen är liten och där förändringstakten är låg. Sådana samhällen har funnits – i själva verket hörde i äldre tid de allra flesta människor hemma i lokala grupper med denna enhetliga karaktär – men historien har inte mycket att berätta om dem. Vill vi veta hur rättsidéer och rättsliga lösningar vuxit fram och kommit att prägla Europa, måste vi söka oss till de samhällen och epoker som kännetecknats av förändring och konflikt. Det är där som de utvecklingsbärande idéerna föds.

Här har talats ganska länge om motsättningen mellan rätt och moral och om andra spänningar som ligger förborgade i det skenbart enhetliga begreppet "rätt". Det är

inte av en slump. Det förefaller att vara just genom att peka på dessa inbyggda konfliktmöjligheter, den debatt de givit upphov till och de svar man funnit, som man säkrast karakteriserar den europeiska rättens egenart och gemensamma egenskaper. Det kan inte bli tal om att här beskriva olika juridiska system, olika rättsordningars innehåll, i deras historiska utveckling. Vad jag skall uppehålla mig vid i det följande är i stället just de föreställningar som de mest inflytelserika européerna vid olika tider gjort sig om vad som är rätt eller, annorlunda uttryckt, om vad rätten är för någonting och om hur rätten i moralisk mening skall förverkligas, i harmoni med eller motsättning till den ordning som upprätthållits av makt-havare och myndigheter.

På tröskeln till vår historiska framställning skall slutligen göras ett påpekande, som vid första påseende möjligen kan förefalla pedantiskt och en smula bisarrt, men som i själva verket visar på en ofrånkomlig och för all historisk förståelse central problematik.

När en modern iakttagare tar del av äldre diskussioner kring rätt och rättsfrågor, av den väldiga mängd juridisk litteratur som producerats i västerlandet alltsedan 1100-talet, liksom av redogörelser för rättegångar, överläggningar, verkställighet och straff i det gamla, förindustriella Europa inställer sig lätt frågan, om inte rättsliga problem – och inte minst juridiska eller åtminstone i juridiska termer klädda tvister – spelade en helt annan och väsentligt betydelsefullare roll i européernas liv ännu för etthundrafemtio eller tvåhundra år sedan än fallet är idag. Det förefaller onekligen som om en med dagens värderingar oproportionerligt stor andel av ett – i förhållande till dagens – utpräglat fattigt samhälles materiella och intellektuella resurser användes på detta område.

Iakttagelsen, som naturligen leder över till en parallell-företeelse med liknande utveckling, nämligen religionen, är säkerligen riktig och förtjänar att utvecklas. Vi

vet om de första kristna århundradenas romerska kejsare, världens herrar, att de ofta tillbragte – och förväntades tillbringa – långa och heta middagstimmar i domarsätet, där de åhörde och avdömde skäligen triviala processer, visst inte alltid i högsta instans. Det är ett välkänt förhållande, att under åtminstone tre århundraden av hög- och senmedeltiden, den katolska kyrkans mest glansfulla maktperiod, det mest eftersträvade, prestigefyllda och konkurrensutsatta av alla mänskliga äreställen – påvestolen – rekryterades med framstående kyrkorättslärde, inte med väckande och tändande religiösa personligheter. Ekonomisk, politisk och religiös debatt fördes intill modern tid ofta uteslutande, eller åtminstone parallellt med andra banor, i rättsliga termer och kategorier.

Det är idag svårt att utan en kraftig ansträngning av den historiska och sociala fantasin göra sig en levande och realistisk föreställning om hur mycken tid och kraft som svältfödda jordbrukare och hantverkare, för att inte tala om ledare och myndighetspersoner, i äldre tid satte av för att uppsöka och bevista ting, förhandlingar och förrättningar, för att själva agera i rättsliga sammanhang och förmodligen också för att efter förmåga dryfta hithörande ämnen. Omfattning och detaljrikedom (liksom för den delen snusförnuft) i den mängd av administrativa förordningar som i det förindustriella Europa utfärdades för att reglera en med våra mått blygsam ekonomisk verksamhet och ett magert varuflöde ter sig närmast häpnadsväckande. Det är sant, att man – främst av materiell och mänsklig resursbrist – i det skrivna ordets exklusiva och dyrbara form ägnade mycket liten uppmärksamhet åt lantbrukets och övriga näringars grå och "låga" materiella vardagshantering; det bevarade skriftliga materialet kan därför möjligen vara vilseledande, men samtidigt måste det konstateras, att inte minst den *värdering* av rätt och rättsfrågor i förhållande till produktion och kommers som här kommer till uttryck är signifikant.

I den mening som nu angivits har rätt och rättsfrågor otvivelaktigt trängts tillbaka från vad man kanske vågar kalla en delad förstaplacering (med religionen och kanske krigsväsendet som grannar på podiet) till en skäligen blygsam rang och framför allt till en mycket perifer placering, ersatt i uppmärksamhetens centrum av ekonomi, politik, fritidsnöjen och, bland äldre människor i Väst-europa, den allt överskuggande kropps- och hälsovården med omgivande industri och marknad. Fenomenet förefaller att bäst förklaras – i den mån nu mentalitetsförskjutningar alls är tillgängliga för generella förklaringar – med en hänvisning till att ständigt ökande materiella resurser och därmed sammanhängande handlingsmöjligheter och behandling av den fysiska omgivningen kommit att genomsyra västerländska attityder och styra dem i riktning mot en allt starkare betoning av *den ekonomiska, produktionsinriktade rationaliteten* och den praktiskt syftande, *innovativa, aktivitetsutvidgande problemlösningen* såsom helt dominerande eller rentav allenarådande.

"Nytta" – och genom massiv påverkan och så småningom allt kortare tankeglidningar också "värde" – mäts i termer av produktion av allt fler och mer fulländade varor och utveckling av allt effektivare metoder. Att sitta på tingen är att förlora produktiv tid. Till nästan all rättslig verksamhet hör oundvikligen en utpräglad *repetitiv* karaktär; innovationerna hör till undantagen, och några fysiska produkter avsetter de i varje fall inte. Vidare präglas juridiken – även om den kan betecknas som en form för rationell organisation och problemlösning – oundvikligen av ett moment av *tillbakablickande*, snarare än framtidsplanering: att avgöra vad som är rätt är inte minst att dra konsekvenser av förflutet handlande.

I en värld, där årstider, dagsljus, oöverkomliga avstånd och oreflekterade sedvänjor (och kanske ibland helt enkelt den brist på fysisk aktivitetsutveckling som följde av långvarig undernäring) utstakade de oftast mycket snäva

gränserna för den möjliga och meningsfyllda ekonomiska arbetsinsatsen, slog den ekonomiska rationaliteten inte ut allt som stod i dess väg. Rättare: en renodlad, allbehärskande ekonomisk rationalitet var ännu inte uppfunnen. En smula cyniskt kan man rentav säga, att före det industriella genombrottet, som ju först möjliggjorde obegränsad produktion och så småningom gjorde obegränsat produktivt arbete till högsta dygd, hade det lidelsefulla sysslandet med rätt och rättsfrågor – utöver och vid sidan av andra och högre egenskaper, som vi för ögonblicket bortser från men i det följande inte skall försumma – en funktion, som inte helt får glömmas bort: det bidrog i sin, icke föraktliga, mån till att skingra den monotoni och den (trots all uppfinningsrik husflit i kojor och slott) tidvis ofrånkomliga tysta och maktlösa sysslöshet som var en del av det resursfattiga samhällets levnadsvillkor, särskilt bland fattigt folk, och som i förening med vanmakt inför naturkrafter, svält och sjukdom var en ständig källa till ångest och rastlöshet. Djupborrande och träffsäkra analyser av denna aspekt av det gamla Europa ges framför allt av den store franske 1600-talstänkaren Blaise Pascal.

Det skall till slut inte glömmas, att i en statisk lantlig värld, där produktionsökning genom arbete stötte på ständiga hinder, framgångsrikt processande faktiskt kunde erbjuda en välkommen inkomstförstärkning. Aggressivt rättsligt agerande var inte enbart ett tidsfördriv . . .

I den mån *juridiken* som rationell samhällsteknik bidrog till att organisera och aktivera det ensidigt produktions- och konsumtionsinriktade samhället, kan det sålunda hävdas – och däri ligger ett slags historisk ironi – att juridiken därigenom också bidragit till att tränga undan *rätten* från dess tidigare centrala ställning i samhällslivet.

3. GRUNDFRÅGORNA STÄLLS: DET ANTIKA GREKLAND

Om *innehållet* i de äldsta rättsordningar som är bekanta i den kulturkrets som det moderna västerlandet bygger på är åtskilligt bekant för den moderna forskningen. Det sammanhänger naturligt nog med att rättsregler tidigt hörde till det som ansågs värt att bevaras i skrift. Vi vet att det gamla Egypten redan flera tusen år före Kristi födelse hade både ett tämligen utvecklat system av rättsregler, en organisation för deras tillämpning och även en viss tradition när det gällde att studera och reflektera över rättens och rättvisans problem. Vi vet också att det nuvarande Irak minst ett par tusen år före Kristus hade en åtminstone på vissa områden högstående juridisk teknik som en babylonisk kung på 1700-talet före Kristus, Hammurabi, lät nedteckna och sannolikt också reformera. Vidare har vi ganska ingående kunskaper om det judiska folkets starkt religiöst präglade rättsordning som var och en kan skaffa sig kunskap om genom att läsa andra, tredje och femte Moseböckerna i Gamla Testamentet. Frågor om rätt och orätt, oftast ställda i termer av en trofast men också hård, nitälskande och mycket personlig Guds vilja, och om straff och belöning, är centrala ämnen för det judiska folkets tänkare och lärare. Det är naturligt att denna tusenåriga brottnings med moraliska problem fått utomordentligt starka verkningar för utvecklingen i det kristna västerlandet.

I en kortfattad översikt över den levande europeiska

rättstraditionen måste de nu nämnda tidiga juridiska regel- och tankebyggnaderna emellertid få en tämligen blygsam plats. Det är troligt att en del av det orientaliska tänkandet och de orientaliska erfarenheterna tidigt silade in i de tankevärldar som vi strax skall ägna större uppmärksamhet – de grekiska och romerska – men vår kunskap om rättsligt tänkande i den gamla Orienten är ofullständig. Vad den judiska traditionen beträffar, förblev den länge isolerad och föga bekant; det var först med kristendomen som den fick betydelse över hela västerlandet. Då hade den västerländska utvecklingen i fråga om både rättsordningen som teknisk apparat och det rättsfilosofiska tänkandet redan för länge sedan kommit att bestämmas av den grekiska och den romerska civilisationens insatser. Dessa förtjänar därför både tidigare och större uppmärksamhet i vår översikt än den gammaljudiska traditionen.

Om man betraktar de moderna västerländska demokratiernas rättsordning och rättsuppfattning som ett någorlunda lyckat åtminstone preliminärt resultat av drygt ett par årtusendens outtröttliga försök att finna lösningar på de praktiska och ideologiska problem som rättsidéerna har att bemästra, då kan man frestas att betrakta växelverkan mellan grekernas och romarnas insatser som ett sällsynt fruktbart historiskt sammanträffande. Grekerna tillhandahöll idéer, romarna praktiska och tekniska lösningar, som med tiden i allt högre grad påverkades av dessa idéer.

Den grekiska kulturens häpnadsväckande fruktbarhet sammanhänger otvivelaktigt med mångsidigheten, för att inte säga splittringen, hos denna civilisation, som blomstrade i ett stort antal småstater, de flesta bestående av en liten stad med omgivande landsbygd, och vidare med det snabba förändringstempot men därmed också med rikedomerna på konflikter.

I de homeriska dikterna, Iliaden och den redan i ett tidigare kapitel omnämnda Odysséen, vilka troligen till-

kom på 700- och 800-talet före Kristus, återspeglas ett samhällsskick, som då redan var passerat, men också bestämda idéer och attityder till rättens och rättvisans problem liksom en gryende teoretisk reflexion kring dessa frågor. Samhällsskicket kan närmast beskrivas som aristokratiskt eller feodalt. Kring en överkung, som i dikterna är Mykenes furste Agamemnon, grupperar sig småkungar med sina följen. Systemet hålls samman av ömsesidiga lojalitetsförpliktelser. Rättstvister avgöres av aristokratiska rådsförsamlingar. Detta att tvistigheter dras inför domare att avgöras efter rättens bud, uppfattas som något grundläggande för ett ordnat och civiliserat samhällsskick. Innebörden i den rätt som skipas av de dömande församlingarna vet vi inte mycket om, men det är uppenbart att det är en sedvanerätt som också har religiös sanktion. Något eget ord för att beteckna det abstrakta begreppet "rättsordning" eller "rätt" känner inte de homeriska dikterna, men de är i gengäld rika på termer, som betecknar sedvanan eller den enskildes rättmätiga ställning och andel i gemenskapen. Den rättsuppfattning som man tycker sig finna i de homeriska dikterna skulle kanske kunna karakteriseras så att det finns en gudomligt garanterad ordning, som åt var och en utskiftar hans givna plats och lott och där den svåraste förbrytelsen är att i övermod eller själviskhet överskrida gränserna kring andras område. Det är överträdelser av det slaget som drar olycka över stater och enskilda.

Århundradena närmast efter de homeriska dikternas tillkomst, från 700-talet till 400-talet f.Kr., kan betecknas som en av de intellektuellt mest intensiva och fruktbara perioderna i den västliga historien. Det var nu den moderna naturvetenskapen och filosofin föddes, liksom ett vetenskapligt sätt att närma sig samhällets problem. Samtidigt var det en period av täta och ofta plågsamma omvälvningar. De homeriska småkungadömena hade i de flesta grekiska stater avlösts av republiker, där de adliga jordägarna hade den politiska makten. En rad eko-

nomiska faktorer hade i hög grad försämrat bondeklassemns ställning. Samtidigt hade handelns och sjöfartens uppsving fått flera betydelsefulla verkningar. De överbefolkade grekiska småstäderna grundade kolonier i hela medelhavsområdet. I städerna växte en klass av handelsmän, sjöfolk och även industriidkare eller åtminstone storhantverkare fram, en klass som inte var beredd att acceptera godsägaradelns politiska övermakt. Våldsamma och blodiga inre strider skakade småstäderna. På många håll blev följden av de demokratiska strävandena att enväldshärskare, tyranner, kom till makten. En av de ledande staterna, Sparta, förblev aristokratisk, medan dess motpol, Athen, efter en period av tyranni på 400-talet utvecklade ett statsskick som kan betecknas som det första – och i vissa stycken radikala – förverkligandet av demokratins, folkstyrets, idé. Alla dessa förändringar gav människorna anledning att fundera närmare över rättens problem, och de naturvetenskapliga iakttagelserna hade också givit dem en viss metodisk skolning, som de fick nytta av i dessa reflexioner.

Ett inslag i de nya samhällsgruppernas program i kampen mot aristokratin var kravet på att gällande rättsregler skulle komma till uttryck i tydlig, skriven lag. I homerisk tid hade man nöjt sig med en sedvanerätt som hövdingarna och de äldste tillämpade, men i samband med de sociala motsättningarna kom denna form av rättskipning att uppfattas som otillfredsställande. De fattiga böndernas misstänksamhet mot domare, som inte är bundna av tydliga och allmänt kända regler utan förvaltar lagen som ett slags skråhemlighet, kommer till skarpa uttryck redan hos diktaren Hesiodos, som troligen var samtida med Homeros. Idén om *lagstiftningen* som det främsta eller enda sättet att uttrycka rättsregler, förblev ett dominerande drag i grekisk rättsuppfattning.

Ett med denna idé sammanhängande krav, som ofta framställdes under denna våldsamma övergångstid, var att *lagarna skulle kungöras offentligt*. Entydiga och för

alla tillgängliga lagbud framstod som ett villkor för att likhet inför lagen (*isonomi*) skulle råda. Ofta kombinerades kravet på offentligt kungjorda lagar med strävanden att reformera rättens innehåll, bl.a. med regler om skuldavlösning eller åtminstone mildare behandling av gäldenärer samt på sina håll med försök till jordreformer. Det förekom under denna period, att en stat inkallade någon ansedd statsman eller lärare från annat håll för att stifta vissa lagar; traditionen har bevarat namnet på särskilt frejdade reformlagstiftare, såsom Lykurgos i Sparta och Solon i Athen.

Föreställningen om lagen – den klara, skrivna, i viss bestämd ordning antagna och kungjorda lagen – var i Grekland väsentligt starkare än i Rom, där man i högre grad var benägen att acceptera en rättsutveckling genom praxis. Den grekiska litteraturen är rik på pregnanta uttalanden, i vilka lagens herravälde definieras och förhärligas. Man talade om "lagen som konung", och Aristoteles har särskilt framhållit förtjänsterna i ett samhälle, där alla lever under lagarna, som är "härskare utan lidelser".

Den grekiska kulturens största gåva till romarna och till all senare västeuropeisk kultur var emellertid *den filosofiska bearbetningen av rättens och rättvisans teoretiska grundproblem*. Från och med i varje fall det andra förkristna århundradet utövade grekisk rättsteori ett starkt – om också i enskildheter svårbestämt – inflytande på de romerska juristerna liksom på hela den bildade romerska överklass till vilken dessa jurister undantagslöst hörde.

Det är vanligt att beteckna den grekiska kulturkretsen som vetenskapernas vagga; de första vittnesbörden om teoretiska analyser och förklaringsförsök hänför sig till det naturvetenskapliga området. Under 400-talet f.Kr. skedde en avgörande vändning, som kan sägas ha inneburit att den kritiska och analytiska metod och teknik som utvecklats genom dessa tidiga naturstudier nu sat-

tes in på att diskutera och lösa mänskliga och samhällsliga problem.

Det allra mest betydelsefulla elementet i det grekiska rättsfilosofiska arvet är otvivelaktigt föreställningen om en *naturrätt*, en i princip evig och oföränderlig rättsordning, mot vilken de mänskliga samhällenas faktiskt tillämpade rätt måste prövas och mätas.

Hur betydelsefullt för den framtida utvecklingen de grekiska tänkarnas arbete med de rättsfilosofiska grundproblemen var, det framgår, för att välja ett enda exempel, därav att man i den filosofiska debatten redan på 400-talet f.Kr. börjar kunna urskilja de tre olika naturrättsuppfattningar som alltsedan dess varit de dominerande i den europeiska diskussionen. Först kommer den som kan betecknas som "teologisk" eller "voluntaristisk", emedan den bygger på föreställningen om en evig och oföränderlig "naturlig" rättsordning, vars giltighet beror på att den uttrycker en gudomlig vilja. Vi noterar vidare den uppfattning som anser sig finna att vissa allmän-giltiga och oföränderliga regler är grundade i alla levande varelsers "naturliga" instinkter ("naturalistisk" naturrättsuppfattning). För det tredje har vi föreställningen om en rättsordning, vars innehåll bestämmes av och kan fastställas genom människornas förnuft ("rationalistisk" naturrättsuppfattning). Karakteristiskt för den grekiska kulturens rikedom och den intellektuella utvecklingens karaktär av ständigt fortlöpande debatt är att inte blott dessa "teorier", eller förklaringsförsök, framlades; samtidigt formulerades också de viktigaste invändningar och motargument som alltsedan dess har framförts mot de olika naturrättsteorierna.

Särskilt intensivt diskuterar 400-talets *sofister*, den grekiska upplysningstidens män, som de ibland har kallats, naturrättens problem: finns det en rättsordning över eller vid sidan av den som mänskliga makthavare skapat? De går i regel vidare och söker genom iakttagelser fastställa hur en "naturlig" rättsordning i så fall är beskaffad.

Därvid pekar somliga på att i naturen den starke råder över den svage, och vissa sofisterna proklamerar öppet, att detta är den enda rimliga ordningen. Andra framhäver i stället, att de skillnader i ställning och villkor som kännetecknar människorna i samhället inte har någon motsvarighet i naturen; från denna utgångspunkt kan den "naturliga" rätten framställas som en ordning av frihet och likhet.

Hos enstaka författare inom den sofistiska kretsen finner man f.ö. även uttryck för den framtidsdiga idén, att rätt och samhällsordning bygger på ett *avtal* mellan de berörda ("samhällsfördrag") och att detta ursprung påverkar rättens innehåll och gränser.

Genom den sofistiska debatten hade klyftan mellan rätt och moral – liksom den mellan makt och rätt – en gång för alla blottlagts. Det enhetliga rättsbegreppet hade rämnat. Dödsdomen mot Sokrates, som avkunnades av en athensk folkdomstol år 399 f.Kr., tycks vara ett uttryck för de förskrämda genomsnittsmedborgarnas reaktion mot sofisternas samhällsupplösande förkunnelse, och Sokrates, som i själva verket förkunnade en innerligare och mer personlig trohet mot det egna samhällets lagar och religion, förväxlades av folkdomstolens okunniga medlemmar med sofisterna.

Ett alltjämt intensivt levande litterärt vittnesbörd om den attiska upplysningstidens oro och motsättningar är huvudpersonens, kungadottern Antigones, monolog i Sophokles' tragedi med samma namn. Den unga kvinnan har gripits i färd med att ge en rituell begravning åt sin broder, vilken fallit som upprorsman. Hon har därigenom brutit mot ett kungligt påbud, som vid dödsstraff förbjuder alla att ta befattning med liket. Inför konungen. Kreon, åberopar Antigone en rättsordning med högre giltighet än statens lagar (i Hjalmar Gullbergs översättning):

Ej var det Zeus, som kom med detta upprop;
ej Dike som bevarar död mans rätt,
har människorna skänkt en sådan lag.
Ej trodde jag en dödlig av ditt bud
fick kraft att överskrida gudarnas
oskrivna, oföränderliga lagar.
Ej från i dag, ej heller från i går
bestå de, men av evighet, och ingen
vet när de höga buden fingo liv.

Denna patetiska vädjan har levat genom århundradena. Det är visserligen "naturrätt" det är fråga om, men de regler Antigone åberopar är ju uppenbarligen knappast av det självklart tidlösa slaget: hon hänför sig till ett uråldrigt men samtidigt starkt socialt och lokalt fixerat gravskick. Emellertid är hennes uttalande framför allt ett inlägg av Sophokles i samtidsdebatten, d.v.s. i athenskt 400-tal, och adressaten är inte den förhistoriske Kreon utan sofisterna, som fört över den naturfilosofiska spekulatonens metoder och resultat till studiet av samhälle och människa och som på ett för fromma människor som Sophokles utmanande sätt betonade all rättvisas och alla rättsreglers relativitet och i sista hand identifierade makt och rätt. Sofisterna lärde ut konsten att handskas med lag och rätt, som i deras version inte var något annat än konsten att övertyga och övertala.

För den grekiska statsvärlden, som förmått motstå perserrikets anfall under 400-talets första årtionden, blev århundradets sista tre decennier en tid av förödande krig. Kulturell nedgång följde i det politiska förfallets spår, även om konst och filosofi fortsatte att blomstra. Särskilt påtagligt var, att den medborgaranda och sammanhållning som livat grekerna under de stora krigen mot perserriket hade efterträtts av en allt svårare splittring, och den hänsynslösa maktutövning och självhävdelse som kunde motiveras med hänvisning till sofisternas illusionsfria analys av makten och rätten gav uppgörelserna en särskilt skoningslös prägel. Det blev alltmer svårt att upp-

fatta de små inbördes och sinsemellan stridande statsstaterna som livsdugliga politiska ideal, och misströstan om möjligheten att förverkliga idealstaten satte djupa spår i tänkandet.

Denna misströstan är ett grunddrag hos Sokrates' mest berömde lärjunge, *Platon*, som verkade under 300-talets första hälft. Platon förordar i sitt mest bekanta statsvetenskapliga arbete, *Staten*, ett idealsamhälle under de visas och dugligas diktatur, ett samhälle med total egendomsgemenskap, sträng kastindelning med motsvarande arbetsfördelning, kort sagt en allomfattande statssocialistisk kasern. Negativa erfarenheter av upplysta despoter förmådde visserligen Platon att i senare skrifter förordar ett mindre centraliserat och reglementerat samhälle där lagarna härskade, men denna lösning framstår som en nödfallsutväg. Platons "statssocialism", men också hans diskussion av lagarna, kom att bli ständigt återkommande inslag i europeisk debatt genom århundradena.

Hos Platons främste lärjunge, *Aristoteles*, förmodligen den mest allsidigt inflytelserike tänkare som någonsin levat, förordas ett mer liberalt samhälle i lagarnas hägn. Lagen, säger Aristoteles, är såsom "härskare utan lidelser" obetingat att föredra framför både diktatorer och folkförsamlingar. Aristoteles var närmast böjd att föredra ett aristokratiskt samhällsskick, men i en berömd och allt framgent utnyttjad analys av de olika statsformerna, monarki, aristokrati och demokrati, framhöll han för- och nackdelar med alla dessa system.

Från sofisterna har Aristoteles övertagit distinktionen mellan *naturrätt* och *lagfäst (positiv) rätt*. Motsatsparet är emellertid inte särskilt klart utvecklat hos honom. För att göra sig en någorlunda riktig föreställning om vad Aristoteles kan ha menat med "naturrätt", måste man ha klart för sig att *naturen* hos filosofen har karaktären av en ändamålsbestämd (och i denna mening "förnuftig") ordning, kännetecknad av strävan efter harmoni och balans. Det är sålunda varken en död och likgiltig massa eller en i

religiös mening besjälad natur. Aristoteles ägnar nu inte några omfattande undersökningar åt den "naturliga rätten"; han koncentrerar sig på den "samhälleliga rätten", den som gäller inom de mänskliga samfundet.

Vid sidan av den aristoteliska filosofien framstår *stoicismen* – som går tillbaka till c:a 300 f.Kr. och blomstrade till den antika kulturens fall – som den mest inflytelserika och framtidsbestämmande bland de tankeskolor som framträdde i antikens Grekland. Förhållandet mellan dessa två lärobyggnader kan kanske uttryckas så att medan Aristoteles satte en rik uppsättning av intellektuella *verktyg* och analytiska *hjälpmedel* – kategorier, begrepp, utkast till tolkningar och klassifikation – i eftervärldens händer, stoicismen gav den västeuropeiska juridiken, liksom statsläran i bredare mening, ett *etiskt innehåll*, som alltsedan dess har spelat en utomordentligt betydelsefull roll.

Gemensam för all stoicism är den till sin natur religiösa föreställningen, att världsalltet är genomträngt av en förnuftig själ, som också till sitt väsen är god. Det är Johannesevangeliets *logos* – "ordet", som var i begynnelsen. Stoikerna accepterade således från början idén om en *i princip religiöst förankrad naturrätt*.

Liksom varje naturrettssuppfattning av detta slag bar de stoiska lärorna inom sig latent motsägelser, som ständigt kunde bryta ut och vålla konflikter eller åtminstone skarp och svårbesvarad kritik mot dessa läror. Det är ingen överdrift att säga att stoikerna för den hittills överskådliga framtiden uppställde några av den europeiska rättsteoretiska debattens "eviga frågor". Om det nu verkligen existerar en rättsordning, som upprätthålles av ett gott och förnuftigt väsen med principiellt obegränsad makt, hur kommer det sig då att man överallt ser orättvisor, övergrepp och samhällsordningar, vilka uppenbarligen står i strid mot både godhet, rättvisa och förnuft? Skall föreställningen om en rationell och välvillig världsordning tolkas så att de bestående förhållandena, sådana

de nu är, skall accepteras som uttryck för denna ordning? Och om det rätts- och samhällstillstånd som faktiskt kan iakttagas såsom förhärskande i världen *inte* godtages som uttryck för Guds vilja, hur kan man då påstå att denne Gud är allsmäktig? Och hur kan man vinna säker kunskap om vad den naturliga rätten föreskriver?

Av framtidsbestämmande betydelse blev den kraft och innerlighet med vilken stoikerna hävdade sin etiska uppfattning under namn av naturrätt men också det innehåll som de gav denna rättsordning. I förhållande till tidigare skolor företrädde stoikerna vad man – sannolikt något anakronistiskt – kan kalla en väsentligt mer demokratisk och mer humanitär ståndpunkt. Enligt naturretten, menade de, är alla människor födda *fria och lika*. I det antika samhället, som låt vara med stora variationer i olika stater och vid olika tider byggde på slavdrift, var detta en utomordentligt radikal förkunnelse. Aristoteles, som i övrigt måste anses företräda en humanitär ståndpunkt (i den mån uttrycket nu har någon precis mening i det antika meningssammanhanget), tvekar inte att acceptera slavsystemet såsom "naturligt". Stoicismens ställningstagande på denna väsentliga punkt innebar i den antika miljön åtskilligt sprängstoff; samtidigt var det en av de idémässigt viktiga beröringspunkterna mellan stoicism och kristendom.

I övrigt kan de stoiska lärornas innehåll enklast karakteriseras så, att de inskräpte en *pliktmoral*, som i särskilt hög grad appellerade till medelhavsvärldens nya herrar, till det romerska rikets styrande skikt, vilket i arv mottagit en liknande pliktlära, ehuru knuten till den romerska staten och alls inte försedd med några filosofiska grunder. Vidare förkunnade stoikerna en allmän *humanitär och människovänlig hållning*: som elementära bud gällde att inte tillfoga andra skada, att gottgöra den skada man ofrivilligt vållat och att söka bevisa välgärningar där detta var möjligt.

Det var säkerligen inte så mycket genom intellektuellt

övertygande argument och genom stringent bevisföring som stoikerna vunnit ett avgörande inflytande på den västeuropeiska rättsutvecklingen. Genom århundradena tillhandahöll de åt det romerska världsrikets elit och åt alla dem som sökte efterlikna denna världshärskande grupp – intill det engelska kolonialväldets dagar – ideal som kanske ännu inte är helt övergivna.

Medan filosoferna tänkte och småstaterna krigade, gick den politiska utvecklingen i Greklands omvärld nya vägar. Kungarna i det halvt barbariska Makedonien, Filip och hans son Alexander den store, grundade ett världsrike i vilket Grekland från 300-talets senare del kom att ingå, låt vara med en viss formell frihet. Alexanders rike blev kortlivat, men de stater i vilka det sönderföll, var i alla fall enväldigt styrda stormakter där monarken härskade över väldiga landområden. Man kan tillspetsat säga att de grekiska staterna plötsligt fann att de inte längre var stater utan kommuner. Och när Alexanders arvingar och efterträdare föll, under de första två århundradena före Kristus, innebar det inte att småstaterna återvann sitt oberoende. Arvet efter Alexander tillföll en ännu större och ännu mer avlägsen makthavare, det romerska världsriket.

För det grekiska tänkandets förutsättningar och grundvalar innebar dessa politiska förändringar en revolution, och de nya filosofiska riktningarna återspeglar också omvälvningen. Ännu Platon och Aristoteles hade som en självklarhet arbetat med småstater där det offentliga livet var viktigare än allt annat och upptog åtminstone de mer välsituerade medborgarnas hela tid och intresse. Även om den politiska aktiviteten fortsatte så länge de grekiska städerna existerade, hade den nu reducerats till lokalpolitiskt käbbel. Att plötsligt finna sig vara obetydliga enheter i ett opersonligt, av en fjärran kung och hans ämbetsmän styrt jätterike, måste ha varit en upplevelse som med ett slag berövade de grekiska småstaternas invånare mycket av både deras trygga hemkänsla i tillvaron och

deras lidelse för offentliga frågor. Det är troligen ingen överdrift att jämföra chocken och dess verkningar med den naturvetenskapliga revolution som innebar att man inte längre betraktade jorden utan solen som planetsystemets medelpunkt. För första gången i den grekiska utvecklingen gör *privatmannen*, den politiskt och religiöst oengagerade, som lever för sig och sitt och som står i motsatsförhållande till den anonyma staten, sitt inträde på scenen. Hela den moderna rättsliga diskussionen om förhållandet mellan individ och stat, om individuella medborgerliga rättigheter, som var otänkbara i stadsstaten, har sin utgångspunkt i denna nya situation.

En reaktion på det nya läget återspeglas hos de filosofskolor, skeptiker, cyniker och epikuréer, som resolut vänder staten och det offentliga livet ryggen för att i protest eller anpassning odla privatlivet.

4. MÖNSTREN DRAS UPP: DET ROMERSKA BIDRAGET

Om det antika Greklands främsta bidrag till det levande och gemensamma europeiska rättsarvet kan – med betydande tillspetsning, som alla sådana karakteristiker – beskrivas som en "rättsfilosofi utan juridik" (i snävare teknisk mening), är det frestande att med motsvarande rubrikmässig förenkling beteckna den romerska insatsen som en "juridik utan rättsfilosofi".

Så märkligt förefaller å andra sidan den romerska rättsens segertåg genom världen att det inte är svårt ens för skeptiska och slagordströtta moderna iakttagare att förstå de bedömare i äldre tid – gott och väl ett stycke in i högmedeltiden – som i den romerska samhällsmodellen, där rättsordningen var en dominerande faktor, tyckte sig finna människosläktets slutstation, försynens utstakade mål för historieförloppet. Denna utveckling förvandlade den lilla, ålderdomliga, i sin benhårda disciplin och livsvilja egendomligt slutna och svårtillgängliga italienska bondestatens hårda formalistiska rättsregler, sådana vi känner dem från 400-talet f.Kr., till ett rättssystem som visar sig mäktigt att möta ett komplicerat samhälles rättstekniska och ideologiska behov, som når sin högsta blomstring ett par hundra år efter Kristi födelse, och som sammanfattas i det väldiga lagverket *Corpus juris civilis* på 500-talet e.Kr. och alltså utgör ryggraden i den europeiska kontinentens privaträttsliga system. En aning om de historiska perspektiven och de geografiska dimensio-

nerna ger man kanske om man redan här erinrar om att romersk rätt, låt vara med många ändringar i detalj, av 1500-talets och 1600-talets europeiska upptäckare och kolonisatörer medfördes och faktiskt alltså är det rättssystem som gäller i så avlägsna och vitt skilda områden som Sydafrika och Sri Lanka.

Efter att i århundraden ha kämpat för sin existens och så småningom för sin expansion med angränsande stammar, överraskades bondefolket från Mellanitalien under 200-talet f.Kr. och de följande båda århundradena först av att vara en av de ledande medelhavsmakterna och sedan av att härska över huvuddelen av den kända världen. Rättssystemets anpassning till denna nya situation underlättades, för att nu schematisera kraftigt, av tre omständigheter.

För det första gällde under antiken, liksom i Europa ända fram till medeltidens slut, den principen att varje människa så att säga bär sitt rättssystem med sig. En athenare förblev i alla sina enskilda angelägenheter underkastad athenssk rätt var han än befann sig och vilken stormakt som än hade överhöghet över hans hemstad. Det kunde naturligtvis vara en källa till förvirring, men det underlättade också en frivillig och successiv anpassning till det politiska herraväldet. Rättsordningen framträdde inte med de anspråk på traditionell giltighet som senare blev vanliga. I så måtto var den antika statsvärlden väsentligt mer flexibel och tolerant än den moderna. Det bör emellertid tilläggas, att romarrätten även i detta hänseende kan sägas ha haft framtiden på sin sida. När riket konsoliderats som världsmakt utan konkurrens, blev det allt vanligare att invånare *utan* romerskt medborgarskap förvärvade sådant, först individuellt, som en belöning eller för dyra pengar köpt favör (här kan återigen erinras om aposteln Paulus, vars missionsverksamhet i medelhavsvärlden i hög grad underlättades av att han hade detta antikens "British passport" att åberopa i svåra situationer. Se t.ex. Apostlagärningarna 16:37

och 22:25–29), sedermera kollektivt, som en statusförhöjning av hela städer eller områden. Till slut, i början av 200-talet e.Kr., erhöll alla fria invånare i det dåvarande imperiet romersk medborgarrätt. De exakta verkningarna i fråga om den privaträttsliga ordningen i de olika provinserna är emellertid inte kända. Det förefaller som om uttunnade varianter av romersk rätt, med mer eller mindre betydande lokala inslag, kom att bli förhärskande i de flesta delar av riket, särskilt i norr och nordväst, där den tidigare bestående samhällsordningen var mindre högt utvecklad än i t.ex. Grekland, Syrien och Egypten.

En andra faktor, som underlättade den romerska rättens växt och utveckling var att denna rättsordning alltifrån början visade sig formbar och föränderlig. Visserligen förekom liksom i Grekland lagstiftning, men i väsentligt större omfattning än de grekiska stadsstaternas rättsordningar bestod den romerska rätten inte av lagregler utan av principer som kom till uttryck i domarnas avgöranden. Den utvecklades, som man säger med en modern term, genom domstolspraxis. Trots svåra klassmotsättningar och inre kriser var romarna beredda att låta juristerna – som tidigt utvecklades till lärda experter – ha hand om rättsbildningen. Naturligtvis inverkade de politiska striderna i olika hänseenden på rättsutvecklingen, men till skillnad från grekerna kom romarna tidigt att göra åtminstone en grov åtskillnad mellan juridik och politik, och härigenom kunde framför allt det privaträttsliga rättssystemet utvecklas kontinuerligt utan svåra avbräck. Det är ett avgörande särdrag, som skall utvecklas närmare i det följande. Den intensiva samfärdseln i världsstaden Rom gjorde det nödvändigt att utveckla särskilda regler för mellanhavanden mellan utlänningar liksom mellan utlänningar å ena sidan och romare å den andra; den egentliga romerska rätten gällde som redan påpekats endast för statens egna medborgare.

Vid utformningen av de regler som gällde för andra än medborgare stod de romerska juristerna friare gentemot

den egna gamla, delvis allttjämt hårda och formalistiska rätten.

Under 200-talet f.Kr. stiftade Roms härskande klasser bekantskap med den sengrekiska civilisationen. Det tredje av de element som möjliggjorde den romerska rättens segertåg över världen var de inflytelser som de bildade romarna alltifrån denna period mottog från den stoiska filosofien, som också kom att påverka den egentliga romarrättens innehåll. Inte så att de romerska juristerna någonsin övergick till att teoretisera eller till att bekymra sig om rättsreglernas allmänna principer och systematik – de förblev jordnära praktiker – men stoicismen gav näring och lyftning åt deras ärvda hårda pliktmoral, vidgade deras synfält och medförde en successiv humanisering av den romerska rätten. Vi får inte göra oss alltför idylliska eller idealiserade föreställningar om lag och rättsskipning i det romerska riket, men romarnas insatser måste mätas mot bakgrund av de förhållanden som rådde i deras omvärld.

Mot den bakgrund som här tecknats i mycket allmänna drag måste man fastslå att det paradoxalt nog är betydligt svårare att karakterisera det allttjämt levande romerska bidraget till europeisk rättstradition än att beskriva de viktigaste elementen i det hellenska inflytandet. Detta sammanhänger både med de romerskrättsliga influensernas massiva och allestädes närvarande karaktär och med den romerska rättens osystematiska och på de enskilda fallen inriktade beskaffenhet. Intet västligt rättssystem – inte ens den för sin självständighet och originalitet berömda engelska *common law*, och än mindre de av nationalromantiska författare prisade nordiska rättsordningarna – har undgått att på ett djupgående och grundläggande sätt påverkas av den romerska rätten. I fråga om västeuropeisk kontinental rätt – fransk, tysk, italiensk, spansk, holländsk, schweizisk, belgisk – är det en tillspetsning men inte en osanning att helt enkelt beteckna dem som modifierade och på enskilda områden

totalt förändrade förlängningar av den senantika romerska rätten. Det gäller framför allt privaträtten, medan straffrätt och förvaltningsrätt liksom moderna tekniskt präglade rättsområden framstår som mer självständiga. Som redan nämnts utgör ännu i denna dag romersk rätt, sådan den återupptäcktes och utvecklades av de europeiska medeltidsjuristerna, den gällande privaträttsliga ordningen i Sydafrikanska republiken och på Sri Lanka. I båda fallen var det holländarna – då ännu undersåtar i det tysk-romerska riket – som förde med sig denna rättsordning på sina kolonisationsfärder.

Även om man således konstaterar att modern väst-europeisk rätt i mångt och mycket till sitt regelinnehåll står på romersk grund riskerar man att underskatta det latinska arvet om man nöjer sig med detta. Lika viktigt eller kanske ännu viktigare är argumentationsteknik, tankevanor, kategorier, begrepp och förfaranden vid texttolkning, regeltillämpning och beslutfattande överlag.

Inte minst genom kyrkans förmedling – ty den ännu idag gällande katolska kyrkorätten har starka romerskrättsliga rötter – spreds romerskt juristtänkande över nya områden. Det kan vara skäl att erinra om att påvestolen är den enda europeiska stat som verkligen fortlevat obrutet från senantiken till våra dagar. I sin förvaltning och rättskipning övertog kurian redan på 300- och 400-talen organisationsprinciper, förfaranden och t.o.m. termer och begrepp från den sena kejsartidens romerska statsbyråkrati. I den tidiga medeltidens Europa var denna påvliga administration den högst utvecklade och mest rationella som överhuvudtaget existerade, och den stod som en beundrad förebild för de regeringskanslier som växte fram i de nya nationalstaterna. Men även senmedeltidens schismer och kyrkostrider, som i stor utsträckning utkämpades med juridiska argument, bidrog till att ge romerskrättsligt tänkande spridning och inflytande. Det var i stor utsträckning under dessa kyrkans inre strider som de dialektiska vapnen smiddes och slipades för 1600-

talets och 1700-talets världsliga författningskontroverser i England och på kontinenten. Det är vid närmare granskning häpnadsväckande hur många idag självklara konstitutionella och parlamentariska principer som via 1400-talets kyrkomöten och stridsskrifter låter sig ledas tillbaka till de romerska juristerna.

Vänder man sig från de konkreta lösningarnas och de juridiska arbetsmetodernas till de allmänna idéernas plan, sjunker både vår kunskap om den romerska rättens värld och denna världs relativa betydelse. Ett av de praktiskt allra viktigaste bidragen till västerländsk utveckling var den tidigare antydda åtskillnad mellan juridik och politik som romarna åtminstone hjälpligt vidmakt-höll.

Det är karakteristiskt för modernt rättsligt tänkande att principiellt – i fullt medvetande om den konkreta och praktiska gränsdragningens vansklighet – uppdra en skiljelinje mellan "juridik", "politik" och "moral", varvid man med "juridik" torde mena en besluts- och argumentationsmetod, som främst kännetecknas av bundenhet till existerande normer och av en egen högt utvecklad teknik. Denna avgränsning av det "specifikt juridiska" problem- och arbetsområdet – en avgränsning som kan kritiseras och som också ofta har utsatts för kritik såsom uttryck för hyckleri eller naivitet – är i huvudsak ett verk av de romerska juristerna och deras efterföljare; för grekerna förefaller den att ha varit okänd, vilket icke minst torde sammanhånga med den grekiska domstolsorganisationen och med avsaknaden av ett verkligt yrkesmässigt "juristskrå". Grekerna gjorde ingen klar åtskillnad mellan juridiska, politiska, allmänt common sense-mässiga och moraliska argument. Både de attiska talarnas verk och det eljest överrika klassiska grekiska språkets fattigdom på vissa termer illustrerar förhållandet. Det kan otvivelaktigt hävdas, att gränsdragningen mellan juridik och politik riskerar att beslöja den politiska bakgrunden till och den politiska innebörden i juridiska nor-

mer och juridiskt beslutfattande. Det finns emellertid vissa praktiskt betydelsefulla argument som talar för att detta stycke romersk ingenjörskonst bör betecknas som ett storverk. Det har först och främst en uppenbar *fridsbevarande* funktion: tekniken att isolera avgränsade konflikthärdar och släcka dem genom ett ordnat förfarande, i fredliga former, skall jämföras med det kaos och den otrygghet som en sammanblandning av politiska beslut och rättstillämpning lätt skapar. Domen över Sokrates må vara ett exempel bland många. För det andra skapade rättsväsendets oberoende av politiken förutsättningar för en *kontinuitet* på de grundläggande samhällsstrukturernas plan som hälsosamt kontrasterar mot politikens fladdrande feberkurva. Frankrikes 1800-tals-historia tillhandahåller kanske det bästa exemplet. Under nio eller tio olika politiska regimer, som i de flesta fall avlöste varandra genom våldsamma revolutionära förlopp under perioden 1804–1875, förblev 1804 års alltjämt gällande Code civil, som en författare sagt, landets verkliga författning. Där reglerades det obetingat nödvändiga. Till slut: genom boskillnaden mellan juridik och politik, och genom den vördnad som alltsedan greker och romare, och i kraft av grekisk och romersk tradition – här förstärkt av germanska influenser – tillkom lagen, har den politiska *maktutövningen* gång på gång, i många samhällen där den eljest mötte få hinder, stött på ett komplicerat och segt motstånd. som visserligen oftast i längden kunnat brytas men som hållit ut längre än väpnade motståndsrörelser.

Av den mycket omfattande juridiska litteratur som skapades under de tusen åren före romarrikets slutliga sammanbrott på 400-talet e.Kr. finns knappast något bevarat. Våra kunskaper om romarrätten bygger i allt väsentligt på den väldiga sammanställning av rättsreglerna som den östromerske kejsaren Justinianus lät föranstalta om på 500-talet e.Kr. Detta storverk – *Corpus juris civilis* (534 e.Kr.) – betydde också slutpunkten i rättsut-

vecklingen. Världsväldet, som länge lidit av ekonomiskt, kulturellt och politiskt förfall, hade redan fallit samman under trycket av de germanska barbarfolkens anfall. Och även i de riksdelar som bevarades av kejsaren i den nya huvudstaden, Konstantinopel, sjönk kulturnivån under den följande tiden snabbt så långt att man helt enkelt inte kunde bemästra och använda det stora verket.

Här har sagts, att romarnas bidrag i allt väsentligt ligger på de praktiska lösningarnas, de enskilda rättsreglernas och de användbara arbetsmetodernas plan. Karakteristiken är riktig, men den bör nyanseras något, innan vi lämnar romarna. Som en parallell till den i föregående kapitel citerade Antigone-monologen må här återges ett berömt avsnitt ur skriften *De re publica* ("Om staten"), av den sannolikt mest inflytelserike bland alla romerska författare – statsmannen, vältalaren och filosofen Marcus Tullius Cicero (106–43 f.Kr.):

Det finnes en sannskyldig lag – nämligen det oförvillade förnuftet – som står i samklang med naturen, gäller alla människor och är oföränderlig och oförstörbar. Genom sina påbud manar denna lag människorna att fullgöra sina plikter, genom sina förbud hindrar den dem från att göra orätt. Dess påbud och förbud påverkar alltid goda människor men saknar inflytande på de onda. Det är aldrig moraliskt rätt att åsidosätta denna lag genom mänsklig lagstiftning, och ej heller är det lovligt att inskränka dess verkan; att upphäva den helt är omöjligt. Varken senaten eller folket kan befria oss från vår plikt att lyda denna lag och det krävs ingen Sextus Aelius för att utlägga och tolka den. Den innebär inte en regel i Rom och en annan i Athen, ej heller en regel i dag och en annan i morgon. Det finns blott en lag, evig och oföränderlig, förbindande för alla folk . . .

Cicero var den främste förmedlaren av stoiskt tankegods och överhuvudtaget av grekisk kultur till den romerska litteraturen, och eftersom å ena sidan mycket av de grekiska originalkällorna gått förlorade, å andra sidan Europas lärde under gott och väl ett årtusende (400-talet–

1500-talet e.Kr.) saknade kunskap om det grekiska språket, blev han också på breda kunskapsområden den store talesmannen för antik intellektuell kultur överhuvudtaget. Ciceros rent praktiskt betingade inflytande förhöjdes ytterligare av hans glansfulla och för det mesta högt beundrade stilkonst. Skulle man vilja utse och hedra en handfull personligheter med anspråk på att betraktas som hela Europas läromästare och förebilder, är Cicero utan tvekan en av de allra främsta kandidaterna till utmärkelsen, kanske den främste.

De re publica, som endast är en av Ciceros många skrifter om statsskick, rättsordning och medborgerliga plikter – den står i nära samband med den kort tid senare författade *De legibus* ("Om lagarna") – har fått sin särskilda tyngd genom författarens långvariga erfarenhet av politik och juridik; han hade innehaft det högsta romerska statsämbetet, konsulatet, under en svår kris i statens historia. Cicero talar inte som analytiker eller forskare; det är den erfarne romerske dignitären som utvecklar sin syn på det allmänna. Vad innehållet beträffar, är *De re publica* måhända Ciceros mest originella skapelse; häri ligger inte, att det grundläggande idégodset skulle vara hans eget i högre grad än i hans andra teoretiska verk, men väl att detta idégods är ovanligt rikhaltigt och mångskiktat och att det sammanfogats på ett sätt som i hög grad förtjänar beteckningen "självständigt". Det är inte utan att den sentida läsaren får intrycket att författaren här, vid behandlingen av det högsta bland ämnen, låter alla de främsta elementen ur sitt liv och sin omfattande läsning passera revy i högtidlig och konstfullt sammanflätad ordning. Det är denna tankarnas rikedom och framställningens patetiska ton snarare än logik och systematik, som ger *De re publica* dess speciella plats i Ciceros alstring. De viktigaste rent intellektuella och teoretiska källorna till boken är lätta att uppräknat: den store grekiske historikern Polybios' prosaiska och pragmatiska men också beundrande betraktelser över Roms väg till världs-

herraväldet, detta mästerverk av hellenistisk historie-skrivning och kritiskt historietänkande; Aristoteles' allmänna människo- och samhällssyn; stoicismens statsuppfattning och rättsföreställningar; slutligen Platons idealistiska verklighetsbild men också element ur hans syn på rättvisan. Ciceros egen originalitet ligger i den skapande kraft med vilken han sammansmälter dessa disparata beståndsdelar till ett romerskt statsprogram.

Det viktiga samtal som *De re publica* efter platonskt mönster återger är förlagt till en "långhelg" år 129 f.Kr., och samtalets deltagare är den store statsmannen Scipio Africanus d.y. samt några förnäma romare.

Den första boken behandlar, efter en kort inledning, där Cicero förhållar statsmannens aktiva liv i jämförelse med den vetenskaplige författarens stilla och skyddade existens, först förhållandet mellan astronomisk-naturvetenskapliga studier och sådana som har människor och samhällen som föremål. Scipio diskuterar tämligen ingående de olika statsformerna, d.v.s. monarki, aristokrati och demokrati, samt deras fördelar och nackdelar. Resonemanget mynnar ut i ett oväntat kraftfullt lovtal över det monarkiska statsskicket, vilket emellertid snabbt modifieras av tillägget, att allra bäst är "en måttfull och balanserad styrelseform, som är en kombination av de tre goda enkla formerna", m.a.o. ett styrelseskick präglad av samspel mellan monarkiska, aristokratiska och demokratiska element och av vad som i angloamerikansk konstitutionell diskussion brukar kallas *checks and balances* dem emellan. Skälet för denna ståndpunkt, förklarar Scipio i detta sammanhang, är att de osammansatta regeringsformerna lätt urartar till sina negativa motsvarigheter; tyranni, oligarki och anarkistiskt pöbelvälde; ett sammansatt statsskick däremot förändras inte lätt, om icke stora fel finns hos de ledande (*magna principum vitia*). Den dominerande idén här är m.a.o. att statens *stabilitet* är av avgörande värde, och att denna stabilitet säkrast ernås genom ett system av var-

andra motstående gruppintressen. Mönstret för en sålunda uppbyggd stat, avslutar Scipio den första boken, är det som romarnas förfäder ärvde av sina anfäder och traderade till sina efterkommande.

Balans, stabilitet och inre harmoni i stilen är överhuvudtaget nyckelord i Ciceros framställning. Den "rättvisa" som förhärligas i det ovan givna citatet spelar i själva verket en mer undanskymd roll. Bekant är liknelsen mellan samhällsordningen och ett välkomponerat musikstycke, "liksom denna fullkomliga överensstämmelse och harmoni åstadkommes av en proportionerlig blandning av olika toner, så skapas statens harmoni genom överensstämmelse mellan olika element, vilken i sin tur åstadkommes genom en rättvis och förnuftig blandning av överklass, medelklass och underklass, som om de vore toner" (II, XLII, 69). Kanske allra mest bekant – ett paradstycke, som under århundraden lästs med glödande kinder av unga furstar, aristokrater och uppåtsträvande framtidsmän i det gamla Europa – är berättelsen i sjätte boken om Scipios dröm (*Somnium Scipionis*): den unge Scipio tjänstgjorde som officer vid fjärde legionen under konsuln Manlius Manilius i Afrika – denna uppgift ger oss möjlighet att datera drömmen till 149 f.Kr. – då han en natt i sömnen besöktes av sin store förfader Scipio Africanus d.ä., som utvecklar en starkt platoniskt färgad lära om de sant upphöjda själarnas odödlighet och kosmiska hemort samt om statsmannens plikter, vilkas uppfyllelse ger honom plats bland dessa.

Även i skriften *De legibus* finner vi flera idéer, som skulle få mycket stor genomslagskraft i den kommande västeuropeiska idéutvecklingen. Även om rättsordningen här ges en religiös förankring, är detta moment snarast sekundärt. Det avgörande är den naturliga rättens karaktär av *rationalitet*, av en ordning, som människorna kan uppfatta med sitt förnuft. I denna mening är Cicero rationalist och optimist: det rätta och det sedligt goda är en kunskapsfråga. Författaren pekar vidare på vad man sena-

re kallat människors *sociala drift*, och han betecknar t.o.m. på ett ställe den "naturliga" människokärleken som rättens grund. Överhuvudtaget betonar Cicero starkt rättens och rättsordningens sociala karaktär, dess prägel av mellanmänsklig ordning snarare än sinnelagsetik. Dessa element skulle av senare tänkare fördjupas och knytas samman: förnuftet, heter det ofta i senare naturrättsliga framställningar, från medeltiden och framåt, bjuder människorna att bevara sitt liv, alstra avkomma o.s.v., och den sociala driften förmår dem att leva i samhällen till inbördes skydd och hjälp.

Ett annat viktigt inslag i *De legibus* är den principiella bekännelsen till alla människors likhet. Det blev en betydelsefull utgångspunkt för senare författare, som mer explicit drog politiska konsekvenser ur den. Den stoiska jämlikhetslära som Cicero företräder och som motiverar likheten med alla människors delaktighet i ett gudomligt-naturligt förnuft står i fråga om möjliga praktiska slutsatser inte långt ifrån den kristna förkunnelsen, som tilldelar varje människa ett oändligt värde på grund av hennes odödliga själ. I den "kristnade" romerska rätt som kommer till uttryck i *Corpus juris civilis* går de båda idéerna samman, även om man inte heller här drar några egentliga praktiska slutsatser ur Principen.

Lika betydelsefull som Cicero tidigt blev för sin romerska samtid och eftervärld – och än mer för europeisk medeltid och renässans – lika avlägsen var talaren och litteratören från det juridiska hantverk som på hans tid redan var fullt utvecklat i Rom (och för övrigt var föremål för ironiska porträtt från Ciceros sida, som tycks visa att den rättslärd och den specialiserade juristen hunnit utvecklas till en ganska väldefinierad social rollinnehavare; karikatyrer brukar tyda på det).

Det finns viktiga luckor i kunskapen om de romerska juristernas verksamhet. Den systematiska utplåning av skriftliga källor som ägde rum i samband med senantikens kejsarliga lagstiftning (och som mindre hade ideolo-

giska än rent praktiska skäl: med dåtidens metoder för mångfaldigande och spridning av texten över det väldiga romerska territoriet var risken för rättsosäkerhet betydande) har här skapat en situation, som det knappast finns något hopp om att förbättra. Det finns emellertid tillräckligt goda grunder för påståendet, att den juridiska verksamhet som inleddes ett par århundraden före Kristi födelse, sannolikt under hellenistiska impulser på det allmänintellektuella planet, faktiskt skapade "juridiken" som särpräglad samhällelig verksamhet. Denna verksamhet är också särpräglad för Europa och de delar av världen som präglats av europeisk intellektuell tradition. Med sedvanlig förenklingsrisk synes det vara särskilt tre särdrag i denna verksamhet som på en gång förklarar dess betydelse, dess framgångar och dess svagheter och som därför i hög grad bestämmer också dess framtid.

Det första karakteristiska draget är, som redan antytts i det föregående, att "juridiken" – i betydelsen särpräglad "beslutfattningsteknik" – upprätthåller eller åtminstone bidrager till att upprätthålla samhällsfriden genom att isolera vissa bland de konflikter som ständigt dyker upp i samhället och underkasta dessa konflikter en särskild, formaliserad och högt utvecklad utrednings- och beslutsprocedur, som är det allmänna eller administrativa rättegångsförfarandet. Juridiken skapar, om man så vill, ett slags *cordon sanitaire* omkring vissa härdar av konflikt och oenighet.

Det särdrag som här berörts och som vi kan kalla "isoleringseffekten" spelar på två olika plan. Den rent teoretiskt verksamme samhällsforskaren, låt oss säga en filosof eller en sociolog, kan driva sin undersökning av konflikternas orsak och verkan så långt dessa överhuvudtaget är tillgängliga för analys. Juridiken däremot, som tillämpad beslutkonst, klipper medvetet av kedjan i båda riktningarna, koncentrerar sig på vissa fakta som väljs ut såsom avgörande. Och när dessa fakta väl har fastställts, också det efter vissa regler, genomför den rättstillämpan-

de juristen ett val mellan relevanta och irrelevanta förhållanden och argument – ett val, som sker efter principer vilka kanske inte alltid är helt genomtänkta eller ens fullt medvetna i det enskilda fallet men som inte desto mindre används med förvånande enhetlighet. Det eller det motivet till en handling, som kanske i och för sig är avgörande och som t.ex. i en psykologisk analys skulle tillskrivas ett dominerande intresse, skjuts kanske åt sidan av juristen, därför att det är alltför avlägset och därmed fränkännes "juridisk betydelse".

Denna del av vad jag kallat "isoleringen" kring konflikten är ett inslag i det romerska arvet som det är all anledning att trycka hårt på. Det var okänt för grekerna; inför de athenska domstolarna var skillnaden mellan "juridiskt relevanta" och "juridiskt irrelevanta" fakta och argument en okänd subtilitet. Och något liknande gäller ett annat regelsystem, som har spelat en utomordentligt viktig roll för det västeuropeiska rättsliga tänkandet, nämligen det judiska, sådant vi påträffar det i Bibeln. Konflikten mellan Pilatus och de judiska rättslärde, liksom mellan romerska ståthållare och judiska ledare i fråga om bedömningen av Paulus kan ses som uttryck för denna skillnad: romarna frågar efter konkreta straffbara *handlingar*; handlingsmotiv, åsikter och t.o.m. kätterska uttalanden var inte nog. För de ansvariga judiska ledarna däremot var det naturligt att sammanföra rätt, moral och politik. I vissa fall kan onekligen den romerska juristattityden te sig intellektuellt oambitiös, men den har å andra sidan avgörande fördelar. De moderna diktaturerna har också tagit avstånd från juristernas "isolerings teknik", som förefallit dem att lägga sofistiska hinder i vägen för deras ambition att med rättsreglernas hjälp förändra världen. Det är lätt att finna exempel: det tredje riket ville att domstolarna i straffrättsliga mål inte skulle nöja sig med brottsbeskrivningarna i *Strafgesetzbuch* utan arbeta vidare med hjälp av *gesundes Volksempfinden*.

Moderna rättsteoretiska författare, som bemödar sig om att finna klara gränser mellan rätt och moral, brukar oftast hänvisa till det gränsdragningskriterium som ligger i att rättsreglerna är försedda med sanktioner, som den "världsliga armen" ansvarar för, medan moralreglerna oftast sanktioneras på ett annat, spontant och oformaliserat sätt. Dessa bemödanden bygger på det tysta antagandet, att det inte finns någon klar *innehållsmässig* gräns mellan rätt och moral – en uppfattning, som i sin tur återspeglar dels ett judiskt-kristet arv, dels i modern tid uppfattningen att rättsreglerna är sociala reforminstrument. Jag vill här nöja mig med den kommentaren, att en långtgående integration av moralen i juridiken innebär att man introducerar en ambitiös och rentav explosiv främmande kropp, som riskerar att bryta sönder den isoleringseffekt som nyss påstods vara ett karaktistikum för juridiken som konfliktlösningsmetod. Moralen, vare sig den är religiös eller sekulariserad, nöjer sig inte lätteligen med att skilja ut relevant och irrelevant; den är på jakt efter *reella psykologiska handlingsmotiv*, om än aldrig så avlägsna, och *reella konsekvenser*, om än aldrig så oöverskådliga. När de medeltida juristerna på allvar tog itu med den romerska rätten, stod de – för att i det sammanhängande resonemangets intresse föregripa något – inför en avvägningsuppgift, som i viss mån har en mycket modern prägel, nämligen att få detta i princip strikt juridiska och utpräglat "ideologifrämmande" system att gå ihop med den kristna förkunnelsen. På det *teoretiska* planet löstes uppgiften – för någon tid – av den balanserade sammanvägning av världslig rättvisa och stoisk-kristen naturrätt som utfördes av högmedeltidens skolastiker, främst Thomas av Aquino på 1200-talet. En egenartad praktisk lösning presterade den engelska rätten med sina två konkurrerande system, *law* och *equity*, som emellertid med tiden flöt samman, varvid – karaktéristiskt nog – det "moraliska" regelsystemet, *equity*, tillerkändes företräde. Med reformationen och den moderna

naturrätten revs den högmedeltida rättsteorins balanse-
rade lösning ned, och moralen bröt återigen in i juridi-
kens domäner. Det finns i och för sig många skäl att
betrakta detta som ett betydande framsteg, men otvivel-
aktigt var det en gökunge som släpptes in i jurispruden-
sens bo. Senmedeltidens och den nya tidens *häxproces-*
ser illustrerar ej sällan spänningar mellan en – i dessa
stycken – nykter och skeptisk juristtradition och den
upphetsade fanatism som bröt igenom t.ex. i självför-
verkligande bevisproduktion. Liknande spänningar upp-
stod då den katolska inkquisitionens ideologiskt överam-
bitiösa psykologiserande rättegångsmetoder mötte den
traditionella jurisprudensen.

Vad som här kallats den specifikt juridiska besluts-
modellen företer ett andra viktigt karakteristiskt drag:
den *auktoritära* prägel. Det finns givetvis, som alla
jurister väl vet, en tämligen bred marginal inom vilken
man kan föra en fri diskussion av frågan om det eller det
faktiska förhållandet bör beaktas vid lösningen av en
konflikt eller om det eller det argumentet bör anses rele-
vant. Det rör sig emellertid alltid om en marginal, inte
något bredare. Även om man erkänner att det finns
många fall, där valet mellan ett par lösningar är tvek-
samt, är det fråga om ett val inom auktoritativt fastlagda
ramar. Och givetvis sker en fortlöpande utveckling – och
finns det en möjlighet till fortsatt utveckling – som inne-
bär att de kategorier av fakta som anses "juridiskt rele-
vanta" och de grupper av argument som tillmätas be-
tydelse vidgas avsevärt. Man kan blott hänvisa till hur
straffrätten förändrats under ett par mansåldrar genom
att moment hänförliga till gärningsmannens personliga
förhållanden förts in i bedömningarna eller till det starkt
ökade beaktandet av konsumentskyddssynpunkter på
det civilrättsliga området. Det är till stor del genom den-
na öppenhet och elasticitet som moralen kan tränga in i
juridiken. Men varken bedömningsmarginalen i det en-
skilda fallet eller elasticiteten är obegränsad: om portar-

na slås upp på vid gavel för alla fakta och alla argument, går den karakteristiska isoleringseffekten förlorad; juridikens *cordon sanitaire* är bruten.

"Auktoritär" är inte detsamma som "godtycklig", men det måste erkännas att det finns beröringspunkter, och åtskilliga av de mest skarpsinniga iakttagarna av rättsliga fenomen har givit goda skäl varför det faktiskt är önskvärt att det förhåller sig så. För att klippa av konflikterna och uppnå de önskvärda isolerings- och pacifieringseffekterna måste man just välja kriterier för avgränsningen av det beaktansvärda som är så grova och så uppenbara att inte redan fastställandet av dessa kriterier öppnar en ny konflikt, som fallet lätt skulle kunna bli om man hade ambitionen att alltid finna de mest rationella och djupgående kriterierna. *Prior tempore potior jure* (Det latinska talesättet översattes bäst med det folkliga svenska "Den som kommer först till kvarnen får först mala".) är ett sådant handfast kriterium; det är inte den mest förtjänste eller den mest behövande som får företräde – hur skulle man utan djupa undersökningar kunna fastställa vem det är? Det är inte den *bäste* prinsen som blir kung utan den *äldste*, liksom det är de *flesta*, inte de mest välunderrättade rösterna, som ger majoritet i ett val. Att avgöra vem som är äldst och vilka som är flest vållar i regel inga problem.

Man vågar väl tillägga, att det är denna medvetna auktoritära inskränkning av synfältet som gjort och alltjämt gör den juridiska beslutsmodellen intellektuellt och moraliskt *uthärdlig*; det är genom sitt olidliga anspråk på att veta bättre, att gå till botten med frågorna, som de moderna diktaturerna liknar den i fråga om förfarande och bevisprövning mest fria och mest moraliserande av alla kända västerländska rättsordningar: inkquisitionens.

Vad som räddar den auktoritära juridiska beslutstekniken från motiverade beskyllningar för godtycke är givetvis det förhållandet att den bygger på i förväg fastställda generella principer. När en gång ett val är gjort – ett val,

som vid *det* tillfället, i lagstiftningsögonblicket, mycket väl *kan* framstå som godtyckligt – tillämpas det sedan i princip utan hänsyn till det enskilda fallet.

En annan aspekt på juridikens auktoritära prägel är att man inte förfogar över något annat eller säkrare sätt att få systemet att fungera väl än att se till att de som handhar det besitter en blandning av solida kunskaper om reglerna och principerna för deras tillämpning och av en god träning i att genomföra denna tillämpning. Systemet är otänkbart utan att *domaren* åtnjuter en hög grad av *auktoritet*. Hur tveksam han än kan vara i valet mellan två lösningar, *måste* han välja den ena och ansvara för den som den riktiga. Kompromisser är främmande för den juridiska beslutsmodellen. Man kan inte utdöma ett lågt straff därför att man är osäker om skuldfrågan: man måste först fria eller fälla. Gäldenären skall betala allt han är skyldig eller konstateras inte ha någon skuld alls.

Det tredje draget hos juridiken som metod för att isolera och avgöra tvister har att göra med systemets relativa öppenhet. Alla jurister vet att det är praktiskt omöjligt att i regelform på ett entydigt sätt styra den judiciella argumentationen. Det är i många fall nära nog lika omöjligt att uttömmande reglera de faktiska förhållanden som skall fälla avgörandet vid tillämpningen av materiella regler. Ett gott exempel erbjuder tillämpningen av den skadeståndsrättsliga regeln, att man skall svara för sådan skada som vållats genom ens *vårdslöshet*. Vare sig domaren vill det eller inte är han tvungen att i varje ny konflikt göra sitt eget val ur arsenalen av fakta, principer och argument för att bedöma om ett handlande i det givna fallet var "vårdslöst". För att det valet skall accepteras, inte helt allmänt och i alla enskildheter, ty det är praktiskt omöjligt – det finns alltid åtminstone en missnöjd förlorande part – men för att det i varje fall skall godtagas som rättssenligt, fordras ett minimum av *consensus* i samhället. Visserligen finns det gott om exempel på rättsordningar, som fungerat någorlunda effektivt som

påtvungna tvångsregimer, men om spänningen blir för stark, kommer sådana system i längden inte att förmå uppfattas som *rättssystem*, och därmed är deras samhälleliga effektivitet hotad. Hur bestämt rättsfilosoferna än avvisar både naturrätt och instinktiva rättvisekrav som anspråk på juridiken, kvarstår hos den breda allmänheten – och sannolikt inte blott där – uppfattningen att juridiska avgöranden skall svara till vissa minimikrav på harmoni med vad man vid tiden för avgörandet uppfattar som rättvisa. Här finns m.a.o. en inbyggd förändringsfaktor.

Om den karakteristik av den specifikt juridiska beslutstekniken som här har framställts som resultatet av de romerska juristernas "sociala ingenjörskonst" är i huvudsak riktig – eller om den åtminstone återger några väsentliga drag hos den tekniken i dess hävdvunna utformning – måste det först konstateras att tekniken, även om den visat sig förbluffande livsduglig, också är *prekär*. Den förutsätter och innebär ett slags balans, som lätt rubbas. Det är ingen slump att den oftast skjutits brutalt åt sidan under skeden av strid och inre oro. Så mycket märkligare är att den gång på gång återvunnit sin plats.

Det är också lätt att konstatera, att de tre huvuddrag som jag försökt renodla mycket lätt kan kritiseras och karikeras, i vilket samhälle de än uppträder. "Isolerings-effekten", som består i att renodla vissa drag i ett konkret fall, framhäva somliga och bortse från andra, kan uppfattas som otillfredsställande därför att det *kan* innebära att man försummar etiskt, psykologiskt och socialt väsentliga faktorer och fäster orimlig vikt vid yttre omständigheter, kanske till och med formalia. Det auktoritära draget kan stöta på den grundläggande frågan hur denna auktoritet överhuvudtaget kan *legitimeras*, och mot domarauktoriteten kan ställas den demokratiska ideologin. Det karakteristiska beroendet av en någorlunda bred *consensus* i samhället kan också beskrivas som en sammansvärjning mellan domaren och rättänkande

majoriteter eller inflytelserika minoriteter över huvudet på samhällsintressen och samhällsgrupper med mindre förmåga att torgföra sina idéer och intressen.

5. JUDAR, KRISTNA OCH GERMANER

Med *kristendomens* framträdande under de första århundradena av vår tideräkning tillfördes den europeiska kulturvärlden idéer och lösningar, som – tidvis i konflikt, tidvis i samverkan med den klassiska antikens bidrag – skulle ge denna kultur dess egenart också på det rättsliga området.

Som utgångspunkt för en karakteristik av den ursprungliga *konflikten* kan lämpligen väljas den senantika naturrätten: idén, att det finns en i naturen själv inneboende rättsordning, som till skillnad från de olika samhällenas lagar inte är människoverk och som är evig, oföränderlig och densamma överallt. Hos de stoiska filosoferna blev den naturliga rätten identisk med en gudomlig vilja, som det gäller att uppnå harmoni med. Detta är också möjligt, ty människorna är genom sin natur delaktiga i det förnuft som kommer till uttryck i naturrätten. Trots många olika nyanser och schatteringar kom de naturrättsliga idéerna att växa samman till ett slags grekisk och romersk normaluppfattning, som också ger eko i de teoretiskt föga intresserade romerska juristernas kortfattade rättsfilosofiska maximer.

Mot denna klassiska naturrättslära står den ursprungliga judendomen i skarp kontrast, en kontrast som senantikens högt bildade helleniserade judar ofta gjorde sitt bästa för att mildra och överbrygga men som likväl inte kunde helt undanröjas. Enligt judiskt synsätt var det rät-

ta rätt emedan det uttryckte Jahves vilja, inte emedan det var förnuftigt eller gott efter någon utomreligiös human-etisk måttstock.

Till judendomen hörde också en intensiv lagiskhet; religionen tenderade att frysa till ett detaljrikt avtal mellan Gud och människor. Med kristendomens framträngande utanför de judiska menigheterna i medelhavsvärlden kom klassisk naturrätt med sin åtminstone i moraliskt hänseende optimistiska lekmanarationalism – sin tro på förnuftets makt över viljan – att stå i bjärt opposition till en lära som dels präglades starkt av voluntarism, d.v.s. av föreställningen att *Guds vilja* är grunden för allt som kan göra anspråk på namnet "rätt", dels i sin ursprungliga form fäste mycket ringa avseende vid regler och ordningar. I den tidigaste kristna förkunnelsen var sådana av försvinnande ringa värde vid sidan av den helgelse, den själens förening med Gud på det strikt personliga planet, som var religionens egentliga mål. Termen "rättfärdighet" och "rättfärdig" i Nya Testamentet står oftast för något helt annat än "rättfärdig" i vanlig mening; det handlar snarare om "fullkomlighet", "religiös förening med Gud". Med världslig rättvisa har dessa ord knappast något att skaffa. Urkristendomen framstår som på en gång voluntaristisk och samhälleligt likgiltig. Det innebär inte att den måste vara programmatiskt revolutionär; tvärtom betonas undergivenhet under den världsliga överheten – "Given kejsaren vad kejsaren tillhör" – och denna undergivenhet blir ännu mer framträdande ett stycke in på det första kristna århundradet, främst hos aposteln Paulus.

Denne utomordentligt inflytelserike kyrkogrundare och troslärare hör otvivelaktigt till dem som står principiellt främmande för naturrättsliga läror. Visserligen talar aposteln på ett berömt ställe (Romarbrevet 2:14) om hur "hedningarna, som icke hava lagen, *av naturen* [kurs. här] göra vad lagen innehåller", men i stort sett är han skarpt kritisk inte blott mot judisk legalism utan också

mot kompromisser med naturrättslig förkunnelse och överhuvudtaget allt som kunde leda de troendes uppmärksamhet och kraft bort från det centrala religiösa trosinnehållet.

Ganska långtgående kompromisser framlades först i den växande grekisk-romerska kyrkliga litteraturen. I själva verket återkom det naturrättsliga tänkandet eller åtminstone energiska försök att utplåna motsättningen mellan kristet och grekisk-romerskt mycket tidigt i kyrkofädernas skrifter; det ger anledning till frågan om inte idén om en förnuftig och för förnuftet tillgänglig naturens ordning hör till de allra starkaste och mest seglivade elementen i mänskligt samhälls- och moraltänkande överhuvudtaget.

När det gäller den fortsatta utvecklingen – från det andra kristna århundradet och framåt – ter det sig lämpligt att särskilja vad man kan kalla det yttre, institutionella förloppet, och det inre, den religiösa, filosofiska och samhällsideologiska diskussionen.

Vad gäller den *institutionella* utvecklingen, får man inte glömma, att kristendomen från det romerska rikets synpunkt var *en* bland flera orientaliska frälsningsläror, låt vara att den genom sin exklusivitet och intolerans var en särskilt besvärlig sådan. Genom Konstantin den stores ställningstagande och politiska framgång blev den nya tron i början av 300-talet statsreligion, och ett visst humaniserande inflytande kan då konstateras på enstaka punkter. Romarriket hade dock under sin långa döds-kamp inte kraft till några omfattande reformer. Men även från den kristna kyrkans synpunkt innebär förhållandet till imperiet problem. För den världsfiendliga, asketiska riktning i fornkyrkan som väntade på jordens snabba undergång, var riket och dess rättsordning inte bara fåfängliga utan också förhatliga. Samtidigt innebar medelhavsvärldens politiska och kulturella enhet och de relativt fredliga och välordnade förhållandena en stor fördel för evangeliets spridning. I sin egenskap av gryende

världsorganisation hade kyrkan intresse av ett gott förhållande till imperiet. Som tack för beskydd kunde kyrkan ge moraliskt stöd. Den linjen, som på det praktiska planet blev den segrande och som gav Europa den traditionella alliansen mellan världslig och kyrklig överhet och därmed – bortsett från krisperioder och särfall – skänkte den bestående rättsordningen religionens väldiga auktoritet, kan man som antytts skönja redan hos Paulus, som manar till lydnad under överheten och framhåller att överheten inte bär svärdet förgäves. Det var emellertid inte något förbehållslöst stöd som kyrkan var beredd att ge. Den ställde också krav på olika plan: ibland rättsligt och väpnat ingripande mot oliktänkande och kättare – här ställdes den världsliga rättsordningen och dess principer ofta på svåra prov, som långtifrån alltid bestods framgångsrikt – ibland skydd för kyrkans position och ständigt växande jordiska goda, ibland långtgående anspråk på att vägleda och kontrollera den världsliga makten. Till vad som kallats den traditionella europeiska alliansen hör ett utpräglat spänningsförhållande.

På det *teoretisk-ideologiska* planet innefattade den nya tron element, som för all framtid skulle problematisera rättens intellektuella grundvalar. Sålunda lade kristendomen – i strid med grekiskt och romerskt tänkande – den direkta gudomliga uppenbarelsen till de kunskapskällor som antikens tänkare arbetat med; vidare infördes idén om syndafallet – inte helt okänd i antikt tänkande, visserligen – och om nåden som en nödvändig men av Gud godtyckligt fördelad nyttighet. "Naturen", i vilken de flesta grekiska och romerska tänkare trott sig finna en ordning och ett ändamål, framstod som den "fallna" naturen; det var djävulens, köttets, syndens och dödens säte. *Staten* var i bästa fall en organisation, som behövdes för att tukta människors övermod och synd; i sämsta fall var den ett rövarband.

Den västerländska utvecklingen på rättstänkandets område, alltifrån den första kristna tiden till 1800-talets

splittring och söndersläende av de traditionella frågeställningarna, kan – som *ett* element i ett förlopp med många och komplicerade inslag – beskrivas som en pendelrörelse längs en skala, där rationalistisk naturrätt av vad man kanske vågar kalla klassisk grekisk-romersk typ representerar den ena polen, någon form av voluntarism och avvisande av den förnuftsbestämda och förnuftstillgängliga rättens anspråk utgör den andra.

En markerad återgång till den tidigaste kristna uppfattningen sker hos den kanske störste bland fornkyrkans lärare, den nordafrikanske biskopen Aurelius Augustinus (d. 430) omkring 400 år efter Kristi framträdande. I konflikten med den brittiske munken Pelagius kom Augustinus att intaga en radikalt antinaturrättslig hållning, som gör den gudomliga nåden till den enda vägen till rättfärdighet och tro och som vidare tilldelar den världsliga staten en mycket låg rangställning på det etiska planet. På sin höjd kunde samhällsordningen försvaras såsom fredsbevarande.

Augustinus' förkunnelse är den första bland den västerländska idéhistoriens många rörelser av ett slag, som man kanske vågar kalla *paulinska återkomster*. Då rättens religionsfilosofiska grundvalar – viktiga men inte helt lättåtkomliga – i fortsättningen kommer att beröras högst summariskt, må en föregripande översikt tillåtas.

På 1200-talet utformade den störste bland medeltida tänkare, Thomas av Aquino (d. 1270), ett storslaget tankemönster, där Aristoteles' och stoikernas rationalism ånyo kommer till sin rätt. Det är den första stora "*aristoteliska återkomsten*". Thomas föreställde sig en ordning, där Guds lag, den eviga lagen, visserligen är en enhet men likväl kan delas i tre element: en del är Guds för människan otillgängliga plan för skapelsen, som först vid tidens slut skall avslöjas; en del är de bud som Gud genom särskild och direkt uppenbarelse, i första hand genom bibelordet, gjort tillgängliga för människorna; den tredje delen, slutligen, är just naturrätten, den del av Guds eviga

och oföränderliga ordning som människan kan vinna kunskap om genom sitt förnuft, emedan denna ordning först och främst är förnuftig, ja i själva verket uttrycker det eviga förnuft som är en ofrånkomlig, definitions-mässig egenskap hos Gud: någon fri vilja har denne inte på förnuftets område – han kan enligt definitionen inte vilja annat än det förnuftiga.

Thomas lämnade ett icke obetydligt utrymme åt den världsliga rättvisan: det fanns en religiöst likgiltig sektor av samhällslivet, som givetvis kunde regleras av denna; härutöver hade emellertid det upplysta förnuftet en stor legitim verkningskrets. Från juridisk synpunkt framstår Thomas' läror som utpräglad rimliga och värdefulla.

I medeltidens slutskede inträdde ånyo en markerad paulinsk återkomst. Flera betydande teologer, främst måhända den engelske franciskanen William av Occam (d. 1349), vänder sig mot rationalismen och lär återigen, att vad Gud vill, är rätt: *quod Deus vult, hoc est justum*. Occam och hans efterföljare, bland vilka vi återfinner den bl.a. för Luthers tidiga utveckling betydelsefulla Gabriel Biel (d. 1495), har sålunda inte plats för någon naturrätt: inte förnuftet, endast tron, kan ge upplysning om vad som är rätt och vad som är orätt. Borta är grekernas, liksom Thomas', ljusa tro på det mänskliga förnuftets förmåga att finna det etiskt riktiga.

Det tredje inslaget i Europas rättsliga arv är i många hänseenden det mest svåråtkomliga: det är det *germanska*.

När man skall försöka att i ett sammanhang sådant som detta ge en någorlunda rättvisande bild av detta svår-fångade element, ter det sig lämpligt att först och främst redovisa kunskapskällorna, eller kanske snarare de ut-kikspunkter som står till förfogande för att lösa upp-giften. Som en resignerad slutanmärkning, när dessa väl presenterats, bör komma en bedömning av det möjliga och det sannolika i den verklighet som vi aldrig helt kan komma åt.

Paradoxalt som det kan förefalla, är det säkrast att nyttja material från grekisk-romersk litteratur (vid sidan av arkeologins, som just i fråga om rättsutveckling, och framför allt de rättsliga *idéernas* utveckling, till skillnad från bosättningsformer, gravskick o.d. med nödvändighet är magra). Efter tidiga sporadiska kontakter, som avsatt spridda rapporter, träder medelhavsvärlden i kontinuerlig förbindelse med de germanska folken under det första förkristna århundradet. Från och med Julius Caesars välbekanta – inte minst som skolbok under årtusenden enormt spridda – kommentarer om det galliska kriget (50-talet f.Kr.) blir berättelserna om de närmaste grannarna tätare och fylligare. Den på allt sätt i samtid och framtid mest inflytelserike skildraren av germanerna blev Cornelius Tacitus (c:a 55–20 e.Kr.), vars *Germania* (90-talet e.Kr.) är ett försök till systematisk redogörelse för stammarna öster om Rhen och norr om Donau och för deras levnadssätt, statliga organisation och grundläggande rättsregler. I det fyrtiofjärde av den korta framställningens fyrtiosex kapitel nämnes för första gången (i denna språkform) *Suiones*, som "är starka förutom genom välbeväpnade krigare också genom flottor".

Tacitus stammade från den uppåtsträvande högre medelklassen i den romerska provinsen, möjligen Sydfrankrike; han var emellertid starkt oppositionell mot det kejsrerliga enväldet och bekände sig till de aristokratiska och konstitutionella ideal som Cicero förfäktat. Han gjorde emellertid en vacker ämbetsmannakarriär, var gift med en dotter till Britanniens erövrare, Agricola, och avslutade sin offentliga bana som ståthållare över den stora och rika provinsen Asien. Till Tacitus' inställning hörde en bekymrad och kritisk syn på dekadans och lyx i det kejsrerliga Rom. Som alla iakttagare såg Tacitus vad hans egen bakgrund, erfarenhet, begrepps- och kategorivärld tillät honom att se; han beskrev sedan det som syntes honom märkligt; det var i regel det som skilde sig från romerska förhållanden. Som alla lidelsefulla betrak-

tare lade han tunga accenter på det han särskilt gillade eller ogillade. Slutligen missförstod han säkert mycket. Han hade själv aldrig besökt de trakter han beskriver.

Germanerna är den bekymrade romaren Tacitus' ädla vildar. De kan sägas spela samma roll som de transoceanica öbor vilka kom att för 1700-talets kulturtrötta europeiska samhällskritiker representera försvunna idealtillstånd. Han tyckte sig finna en värld, där frihet rådde, där viktiga frågor avgjordes av alla, efter beredning av de främsta i stammen, där varken de valda konungarna eller de valda härförarna hade oinskränkt makt, där rena seder rådde och den äktenskapliga troheten hölls högt i ära, ättebanden var starka, jorden fördelad efter behov. Han noterade särdrag, som var romaren främmande: de ansedda germanernas följen, som präglades av trohet in i döden mot ledaren; vanan att bygga sina hus inte tätt packade som i Medelhavsvärldens städer och byar utan vart och ett för sig, med en väl tilltagen tomt omkring.

Den moderna forskningen har punkt för punkt påvisat i hur hög grad Tacitus låter både sina politiska sympatier, sin kritik och även sin förkärlek för retoriska stilgrepp påverka skildringen av Roms allt farligare nya grannar. Dessa sena insikter kan inte förändra det förhållandet att här förelåg, låt vara i skissartad form, en bild av ett samhällsskick och en rättsordning, som i de allra flesta styc-ken framstod som helt olika – i viktiga hänseenden etiskt, om också inte praktiskt överlägsen – den samtida romerska ordningen.

Genom den romerska kulturens sega överlevnad, genomslagskraft och överlägsna auktoritet kom de barbariska germanernas då vederbörligen civiliserade och hjälpligt latiniserade ättlingar att så småningom stifta bekantskap med sitt ärorika förflutna. I Tyskland tillhandahöll återupptäckten och den vetenskapliga bearbetningen av Tacitus' verk redan mot slutet av medeltiden och under reformationstiden argument för nationell självhävdelse och för frihet gentemot Rom och

påvestolen. Den berömde humanisten Ulrich von Hutten åberopar i en dikt från 1512 *Germania* som stöd för att avvisa den romerska rättens anspråk på tillämpning i Tyskland. Därmed närmar vi oss emellertid den tredje av de utlikspunkter vi skall beröra: det blir strax anledning återkomma dit.

Vid sidan av den *romerska* litterära skildringen av de germanska stammarna och deras institutioner erbjuder skriftliga material som avsatts av olika germanstammar själva en andra utsiktspunkt för bedömning av de specifikt germanska inslagen i det europeiska rättsarvet. Man kan skilja på två grupper av sådant material: å ena sidan (bestående eller avskaffade) institutioner, som är kända från lagtext och liknande källmaterial, å andra sidan redogörelser, i tidiga krönikor och liknande berättande texter, för inrättningar och rättsregler i de germanska samhällena.

Det råder i det mycket omfattande material som man sålunda kan konsultera ingen brist på särpräglade lokala (mindre ofta tidsbundna) specialregler på olika rättsområden. Under det långa övergångsskede mellan senantik och fullt utvecklad medeltidskultur som brukar kallas "de mörka århundradena" – 500-talet–700-talet – tillkom i de merendels kortlivade folkvandningsrikena (t.ex. burgunder och västgoter) omfattande lagböcker, som representerade blandningar, med högst varierande dosering, av romersk rätt och av vederbörande germanstams nedärvda rättsordning. Ej sällan praktiserades under lång tid *en* privaträttsordning för erövrarfolkets egen del, en annan, med övervägande romerskrättsligt innehåll, för den lokala befolkning på vars område av det sönderfallande imperiet erövrarna slagit sig ned. I andra germanriken – det gäller de norra delarna av Frankrike, nuvarande Belgien och Nederländerna samt Tyskland – tillämpades under denna tid den medförda egna germanska stamrätten med endast svaga romerskrättsliga inslag.

Håller man, som här måste ske, fast vid den grundläggande avgörande principen, att vad vi söker är sådant,

och endast sådant, material som med fog kan sägas ha bidragit till att skapa ett *gemensamt* europeiskt rättsarv, måste det konstateras att de överlevande och någorlunda allmänt spridda germanska elementen på det hela taget är få och blygsamma till omfattningen.

Väl medvetna om de risker i olika hänseenden som ett så luftigt påstående och framställningssätt innebär vågar vi likväl hävda, att de germanska influenserna låter sig hänföras främst s.a.s. till *andan* i samhällsskick och rättsordning snarare än till konkreta rättsinstitut och regler. På ett område tycks germanskt skick – belagt redan hos Tacitus – ha bevarats särskilt länge och särskilt väl: det gäller *rättegångsförfarandet* och därmed också i stor omfattning vad vi idag skulle kalla både lagstiftande och administrativa procedurer. Principen om folklig närvaro och folkligt deltagande i rättskipningen, men också i andra offentliga beslutsprocesser – alls icke okänd i romersk rättshistoria men där undanträngd av den kejsarliga ämbetsmannastaten under imperiets sista två-tre århundraden – förblev i olika former ett seglivat inslag i de västeuropeiska rikena. *Formellt* helt åsidosatt blev denna grundsats inte förrän sent, i vissa av den nya tidens starka furstestater. Föreställningar om det folkliga godkännandet som ett villkor för den judiciella och eljest offentliga maktens och maktutövningens legitimitet hade, hur utvecklade och oklara de än oftast var, den egenskapen att de – ibland på ett överraskande sätt – klädda i en romerskrättslig argumentations dräkt (ett särskilt betydelsefullt exempel diskuteras kort nedan i kap. 7) – snabbt kunde aktiveras i konflikter och tvister och därmed sällan kunde helt nonchaleras under längre tid. Det skall inte glömmas, att inte ens de senromerska kejsarna, med sina orientaliska härskaranspråk, vågade öppet kräva rätten att ensamma stifta allmän lag. Kejsarens legislativa kompetens härleddes ur en – helt och hållet fiktiv – delegation (*translatio imperii*), som skulle ha givits en gång för alla av det romerska folket.

Vår tredje och sista utkikspunkt när det gäller de germanska elementens betydelse i det gemensamma europeiska rättsarvet kan sammanfattningsvis beskrivas som den *antikvariska* och den *litterära*.

Med stöd i det bräckliga kunskapsmaterial från äldsta tid som antika författare – Tacitus främst bland dem – tillhandahåller, med hjälp av tolkningar utan sådana kvarlevande institutioner och sedvänjor som uppfattats såsom germanska och med utnyttjande av litterärt material, t.ex. äldre krönikor, mer eller mindre väl bevarad hjältediktning, den isländska litteraturen, har man i olika delar av Europa tidigt konstruerat germanska ideal och utopier åt sig, vilka ställts i motsats främst till den latinska traditionen. Fenomenet hör framför allt hemma på det författningsrättsliga och politiska planet (liksom på det allmänskulturella). Den svenska och nordiska "göticism" som frodades under stormaktstiden var särpräglad såtillvida som den inte kan sägas ha haft någon oppositionell prägel eller någon udd mot bestående inrättningar i det egna hemlandet; tvärtom uppfattades detta som en värdig arvtagare till det stolta förflutna. Göticismens främsta funktion torde ha varit att adla och legitimera uppkomlingarna på den stora europeiska politiska scenen snarare än att accentuera deras samhälleliga egenart. Den antikvariska göticismen fick emellertid konsekvenser över breda områden; så t.ex. är det påtagligt att 1734 års lag, Sveriges och Finlands allttjämt (låt vara idag nästan bara i fråga om struktur, rubriker och en handfull udda stadganden) gällande lagverk, både i språkligt och i systematiskt hänseende fick en medvetet ålderdomlig prägel, som avviker från vad som var vanligt i samtida reformlagstiftning och som kan betraktas som ett resultat av den "götiska renässansen".

På andra håll blev anknytningen till verkliga eller förenta germanska idéer och inrättningar oftast ett sätt att uttrycka opposition. Hos den store franske upplysningsförfattaren Montesquieu (d. 1755), vars arbete *De l'esprit*

des lois, "Om lagarnas anda", från 1700-talets mitt blev en av de mest inflytelserika författningsteoretiska och politisk-ideologiska skrifterna i det moderna västerlandets historia, står element av ett germanskt frihetsarv som en betydelsefull komponent i franskt offentligt liv, införd av de frankiska erövrarna under folkvandringstiden och alltså ett bålverk mot den kungliga despotism som Montesquieu bekämpade och vars ursprung det för honom och hans samtid var naturligt att söka i det senromerska samhälle som frankerna erövrat. Det bör tilläggas, att i Montesquieus förkunnelse, som även innefattade en värtalig lovprisning av den skandinaviska Norden såsom frihetens hemvist i Europa och som begärligt anammades av det sena 1700-talets och det tidiga 1800-talets intellektuella i Norden, fanns ytterligare ett inslag, som i hög grad bidrog till att öka de frusna nordbornas självkänsla och självhävdelse: klimatläran. Det blev naturligt att koppla föreställningar om germansk frihet, manlighet och dygd med idéer om det kärva och krävande klimatets hälsobringande effekter.

En generation före Montesquieu verkade historikern greve Henri de Boulainvilliers; i hans tolkning blev det feodala samhällsskicket uttryck för frankernas frihetsanda. Endast den medeltida adeln i landet härstammade enligt Boulainvilliers från frankerna och borde därför med erövringens rätt ensam ha politiska rättigheter. Här tjänade således germanideologien på en gång konstitutionella och snävt gruppegoistiska syften. Att förhållandet av det germanska arvet också kunnat leda till rasbiologiska spekulationer av tvivelaktigt slag är bekant.

Det var naturligt att invånarna i Tacitus' Germania – tyskarna – tidigt men framför allt i samband med 1800-talets starka nationalistiska och historieromantiska rörelser, som ju hade udden riktad både mot upplysningstidens kosmopolitism och mot napoleonkrigens franska dominans, med kraft upptog och odlade såväl det befintliga germanska traditionsarvet som disponibla ideologis-

ka element. Med denna självidentifikation förenades den litterära och konstnärliga romantikens medeltidsdyrkan.

På det rent juridiska området ledde just i Tyskland germansvärmeriet *icke* till några mer omfattande varaktiga resultat. Förklaringen torde helt enkelt vara den att de germanska rättssedvänjor och institutioner som faktiskt överlevat länge nog för att bli lokalt gällande rätt under medeltiden tidigt trängts undan av den återupplivade romerska rätten på ett så effektivt sätt att det knappast framstod som meningsfullt att på allvar försöka återuppliva dem i den gryende industrialismens komplicerade samhälle. Visserligen framträdde och verkade under hela 1800-talet en rättsvetenskaplig skola, som betecknades som *Deutschrechtler* ("tyskrättare") och som med iver odlade studiet av vissa särpräglade germanska, för den romerska rätten främmande rättsinstitut, men den helt ledande huvudströmningen i tysk 1800-talsjuridik koncentrerade sig på studiet och vidareutvecklingen av den romerska rätten. Den tyska rättsvetenskapens ledande personlighet under århundradets första hälft, Friedrich Carl von Savigny (d. 1861), utvecklade visserligen romantiska föreställningar om rätten som ett utflöde ur en kollektiv nationell "folksjäl", men då han samtidigt tillskrev det lärda juristståndet uppgiften att uttolka denna folksjäl, blev utrymmet för "germanska" antikvariska institutioner smalt. Inte minst genom Savignys stora anseende och hans insatser på den internationella privaträttens fält kom tysk rättsvetenskap och rätt att under 1800-talet utöva ett betydande inflytande på den teoretiska och praktiska juridiken inom och utom Europa.

Liksom vi tidigare i detta kapitel talade om "paulinska" och "aristoteliska" återkomster som *en* form av ideologiska pendelsvängningar i den filosofiska och religiösa utvecklingen ofta med ekoöverkningar in på rättens domäner, på liknande sätt kan man tala om "germanska" (eller "götiska") återkomster i den konstitutionella och

juridiska debatten. Även om det faktiska och konkreta underlaget för en germansk rättstradition måste anses tunt, särskilt jämfört med den romerska, har här likväl funnits ett förråd av föreställningar, namn, vaga idéer, som varit disponibelt och kunnat aktiveras i vissa konfliktsituationer.

Det skall i fullständighetens och rättvisans namn till slut tilläggas, att medan det antika, i första hand romerska, arvet av idéer och lösningar i den debatt som nu skissat berörts identifierats med senantikens enväldiga monarki och ämbetsmannastat, har den *grekisk-romerska frihets- och medborgartraditionen* spelat en roll som ett återkommande ideal av betydelse främst på det författningsrättsliga området. Det var fallet under renässansen, låt vara i snäva intellektuella elitmiljöer; romardygerna var ett flitigt utnyttjat tema i 1600-talets och 1700-talets latinskolor och akademiska orationer. Den franska revolutionen präglades tidvis av en veritabel antikberusning: alltifrån dammodet via heminredningen och republikens officiella symbolspråk till den parlamentariska vältaligheten och lagstiftningen var svärmeriet för den klassiska antiken genomgående och starkt stilbildande. Till de "paulinska" och "götiska" återkomsterna kan man således foga en tredje form av ideologiska pendelsvängningar: de "antika", eller "grekisk-romerska" returererna.

6. DEN SEGRANDE ROMERSKA RÄTTEN

Tiden mellan romarrikets sammanbrott på 400-talet e.Kr. och den kulturella blomstring och politiska kraftsamling som kännetecknade Karl den stores frankiska rike på 700-talet och 800-talet ("den karolingiska renässansen") brukar i den historiska litteraturen ofta betecknas med uttrycket de mörka århundradena. På det rättsliga området är den beteckningen inte obefogad, och man måste här utsträcka den mörka perioden ännu längre, fram till slutet av 1000-talet. Inte så att de germanska rikena som bildades på eller utanför det fallna imperiets territorium skulle ha saknat rättsordning, och inte så att det saknades framsteg i olika hänseenden. Det förekom ganska ambitiös lagstiftning, där romersk och germansk rätt smälte samman i mer eller mindre lycklig förening, och inom kyrkan levde åtskilligt av det antika arvet vidare, men på det hela taget hade rättskulturen med den antika civilisationens upplösning sjunkit avsevärt, och det skulle ta mycket lång tid innan de ekonomiska och bildningsmässiga förutsättningarna för en högre utveckling åter hade skapats. De germanska folk som bidragit till att krossa imperiet och som nu var ledande i de nya europeiska staterna företrädde rättsliga traditioner och idéer som delvis hade övervunnits i medelhavsvärlden redan på ett tidigt stadium av de grekiska och romerska kulturernas utveckling. Dit hörde t.ex. ättens centrala betydelse och blodshämnden.

Den karolingiska renässansens bidrag till Europas

rättsutveckling skall inte underskattas, men de framstår i det tidsperspektiv som vi nu kan anlägga såsom begränsade. I två hänseenden blev de långsiktigt betydelsefulla. Först och främst – det är sannolikt det allra viktigaste – *hejdades det kulturella förfallet* åtminstone i vissa inflytelserika elitmiljöer; kontakten med antik kultur återställdes och vissa självständiga intellektuella framsteg gjordes med utnyttjande av bl.a. det märkliga kulturreservat som den irländska klostervärlden under ett par århundraden hade utgjort. Karl den stores insatser skapade på detta sätt förbättrade förutsättningar – var kanske nödvändiga – för den mer allsidiga uppblomstring på bredare bas som satte in när Europa under 1000-talets senare del och 1100-talet nått en ekonomisk nivå som möjliggjorde större kulturella framsteg. För det andra *organiserade* Karl den store och hans efterföljare den mycket stora del av Europa som de behärskade, från Pyrenéerna till Elbe. Det mönster för offentlig förvaltning och senare feodal samhällsstruktur som då infördes förblev karaktéristiskt fram till slutet av Europas *ancien régime*, d.v.s. till franska revolutionen, napoleonkrigen och i delar av Tyskland till 1800-talets mitt. I detta samhällsbyggande var de brittiska öarna och Norden (liksom Östeuropa) inte delaktiga, vilket kan vara av intresse att minnas i det utgående 1900-talets diskussion av frågan om Norden "hör till Europa" eller ej. I det *romerska* och i det *karolingiska* Europas samlade sociala erfarenhetsmassa har Norden ingen del.

Väsentliga drag i det Europa som växte fram på imperiets ruiner var å ena sidan långt gående politisk splittring, å andra sidan en hög grad av religiös och intellektuell enhetlighet. Det senare var framför allt kyrkans verk, men enheten kom också rättsutvecklingen till godo.

Norditalien tillhörde de delar av det gamla riket som lyckats behålla åtminstone någon kontakt med den antika kulturen; under korstågstiden gav den internationella samfärdseln en nyckelposition åt denna del av Europa.

Det var också här som den moderna europeiska rättsvetenskapen på romerskrättslig grund kom till världen och på förvånansvärt kort tid växte fram inom ramen för universitetsväsendets allmänna utveckling.

Grunden för den rättsvetenskapliga "revolution" som kom till stånd i Bologna var den romerska rättens slutprodukt, det väldiga lagverket *Corpus juris civilis*, utfärdat av den östromerske kejsaren Justinianus (d. 565 e.Kr.) år 529 e.Kr.

Corpus juris är inte ett lagverk i modern mening. Det är först viktigt att framhålla, att den stora textmassan inte är sammanhållen av en genomtänkt systematik. Det förhåller sig inte så att logik och ordning skulle saknas, men det är inte fråga om den läroboksmässiga överskådlichkeit i uppställningen som kommit att prägla moderna kodifikationer, såsom den stora tyska *Bürgerliches Gesetzbuch* från 1896. För romarna, och detta gäller även under den sena period av den romerska rättens utveckling som representeras av *Corpus juris*, var rättsfinnandet framför allt en fråga om *prudentia* – klokhet, omdöme. Den logik man kände, den aristoteliska logiken, var endast en slutledningskonst. Denna logik, liksom hela den metod som kännetecknade samtida vetenskap ansågs snarast vara något för skolmästare, men de stora juristernas konst var att resonera klokt och moget kring enskilda problem, att väga för och emot. Det var en eminent praktisk hantering, man hade ännu långt kvar till professorsrättens herravälde. *Corpus juris* består visserligen av avdelningar – *Institutiones*, *Digesta* (*Pandectae*), *Codex*, *Novellae* – men någon systematik i stil med BGB:s söker man förgäves. Den inledande boken, *Institutiones*, var visserligen tänkt som en inledande läroboksmässig framställning av det rättsstoff som utvecklas i *Digesterna*, en samling uttalanden i skilda frågor av de stora romerska juristerna från tidigaste tid till 300-talet e.Kr., *Codex*, som är tidigare lagstiftning, och *Novellerna*, där man återfinner senare lagstiftning.

Institutiones var indelad i fyra böcker, av vilka den första behandlar personers rättsställning och familjerätt, den andra saker, sakrätter och testamentsrätt, den tredje arvs- och obligationsrätt, och den fjärde skadestånd, straff- och processrätt.

Vill man i få ord känneteckna vad som hände när det vetenskapliga rättsstudiet åter tog fart i Europa, skulle man kanske kunna säga, att den romerska domare- och advokaträtten faktiskt blev en professorsrätt. Men det skulle ännu dröja länge innan verkningarna härav i form av systembyggande och systematisk ambition blev märkbara.

I den rättshistoriska litteraturen har frågan flitigt diskuterats hur det kom sig att *Corpus juris* omkring år 1100 i Bologna blev föremål för en intensiv, snabbt uppmärksammas och utomordentligt betydelsefull vetenskaplig bearbetning. Vissa forskare har bemödat sig om att styrka en obruten kontinuitet mellan Bolognaskolan och tidigare rättsundervisning; man har också funnit en rad i och för sig intressanta belägg för förekomsten av juridiska studier i Västeuropa under den tidiga medeltiden, men uppgiften att bevisa en klar linje mellan denna här och var uppträdande verksamhet och den juridiska utbildningsexplosionen i Bologna förblev olöst. Den senaste forskningen är närmast benägen att acceptera uppfattningen, att bolognesarna verkligen inledde något väsentligen nytt och tidigare oprövat, även om marken torde ha förberetts bl.a. av de studier av langobardisk rätt som förekom i Norditalien redan före 1000-talets slut.

Med spørsmålet om Bolognaskolans begynnelse sammanhänger intimt frågan varifrån de originaltexter kom som tjänade som underlag för de framväxande juridiska studierna. Användningen av den autentiska *Corpus juris*-texten, som tidigare inte varit möjlig – så djupt hade kulturen sjunkit under de "mörka århundradena" att man helt enkelt inte hade tillgång till en "ren" version av lagverket – spelade en avgörande roll för skolans fram-

gång och för samtidens känsla av att stå inför en veritabel "uppenbarelse" på det rättsliga området. Vad man med säkerhet vågar säga är att de rättslärde i Bologna redan från början använde sig av en handskriftsversion av det justinianska lagverket, som i huvudsak var korrekt och fullständig. Den brukar i litteraturen benämnas *digest-vulgatan* eller *littera Bononiensis*. Mot bakgrund av vad man idag vet om handskrifternas tillstånd framstår utarbetandet av denna text som ett vetenskapligt storverk av ovanlig dignitet. De länge fortlevande medeltida benämningarna på *Corpus juris'* olika delar avspeglar alltså jämt den tidsföljd i vilken fragment av lagverket måste ha blivit bekanta, färdigställt och utnyttjats för rättsvetenskaplig undervisning. Den använda terminologin tyder på att lagverkets huvudmassa, digesterna eller pandekterna, blev bekanta i tre omgångar, tidigast de tjugufyra första böckerna, därefter böckerna XXXIX t.o.m. L och sist de mellanliggande avsnitten.

Liksom i fråga om själva rättsundervisningens begynnelse har legendbildningen kommit att frodas kring den justinianska lagtextens återställande. Det var naturligt att knyta denna händelse till den äldsta och fullständigaste bland kända handskrifter, den s.k. Florentina, från 500–600-talet. Florentina-handskriften hade som krigsbyte erövrats från Pisa; enligt sägnen hade kejsar Lothar II skänkt boken åt pisanarna som tack för deras bistånd vid erövringen av den syditalienska staden Amalfi, där den tidigare funnits. Både i Pisa och senare i Florens var handskriften föremål för religiös vördnad. Var tredje månad tågade stadens dignitärer i procession för att kontrollera att den fanns i gott behåll och inte tagit skada. Mot uppgiften, att Florentina-handskriften skulle ligga till grund för Bologna-versionen, står andra berättelser, som pekar mot Ravenna och Rom. Det är osannolikt att frågan om de bolognesiska texternas ursprung någonsin blir entydigt besvarad.

Vad som faktiskt skedde var att en lärd, Irnerius, år

1088 (Bolognauniversitetet, Europas äldsta, firade sitt 900-årsjubileum 1988) i Bologna började föreläsa över den romerska rätten, sådan denna framträdde i *Corpus juris civilis*. Under drygt ett och ett halvt århundrade tog sig denna vetenskapliga verksamhet främst uttryck i författandet av randanmärkningar, glossor, till lagtexten, och som ett sammanfattande namn för 1100- och 1200-talets rättslärd användes därför termen *glossatorerna*. Nytt, i detta företag, var först och främst att medan man under de drygt femhundra år som förgått efter den stora kodifikationens färdigställande hade nöjt sig med förkortade utgåvor, kompendier och sammanfattningar, Irnerius gav sig i kast med originaltexterna. Därmed öppnade sig en värld av högt utvecklad rättskultur för Europa. Nytt var sannolikt också att detta väldiga material blev föremål för självständigt studium, för sin egen skull. Dittills hade brottstycken av juridisk kunskap i huvudsak inplacerats i sådana ämnen i den högre skolutbildningen som i första hand syftade till att ge färdigheter i logik, värtalighet och brevkomposition. I Bologna stod den justinianska rätten i centrum. Nytt var slutligen, att den vetenskapliga verktygsarsenal – främst den aristoteliska logiken – som hade börjat komma till aktivt bruk i de lärda skolornas filosofiska och teologiska undervisning och forskning nu applicerades på genomarbetningen av den romerska rätten.

Framgång mätes lättast i kvantitativa mått. Mot mitten av 1100-talet, två mansåldrar efter Irnerius' framträdande, räknade man i Bologna cirka 10 000 studerande, av vilka det avgjorda flertalet var främlingar, som kommit till staden för att studera romersk rätt. En betydande andel av dessa kunskapssökande från hela Europa var vad man idag kallar vuxenstuderande, ofta inflytelserika män i stat och kyrka. Sammanställer man siffran 10 000 med det medeltida Europas sannolika befolkningstal och med det tunna sociala och intellektuella överskiktets troliga antal och beaktar man vidare, att de

tiotusen i stor utsträckning var – med ännu en modern term – "opinionsbildare", ter det sig knappast överdrivet att tala om en juridisk utbildningsexplosion. Naturligtvis var dennas verkningar av högst varierande styrka i olika delar av Europa. Tidigast och mest intensivt gjorde de sig gällande i Italien, Sydfrankrike och Spanien; senast och svagast blev de märkbara i Skandinavien. Det kan emellertid vara av intresse att påpeka, att lundabiskopen Andreas Sunesøn studerade i Bologna mot slutet av 1100-talet och att bland det dryga tiotal svenskar som besökte staden under 1200-talets senaste årtionden återfinns ett par aristokratiska klerker, som stod nära den personkrets i vilken Uplandslagen redigerades. Sannolikt studerade emellertid dessa kyrkomän åtminstone i första hand inte romersk rätt, utan den katolska kyrkans egen rättsordning, den kanoniska rätten, som under 1100-talet också blivit föremål för redigering och analys i Bologna. Norden hann på det hela taget inte deltaga aktivt i den romerskrättsliga "renässansens" medeltida skede, även om ganska många unga nordbor under århundradenas lopp besökte de kontinentala juristfakulteterna, och även om juridiska studier förekom i Sverige under den korta tid – från 1477 till reformationen – då Uppsala universitet ingick i det katolska Medeltidseuropas kulturella enhetsvärld.

De lärde män som gav nytt liv åt de romerskrättsliga studierna hade i allmänhet en långvarig och solid studiegång vid de filosofiska fakulteterna bakom sig, och de använde i sitt arbete med de romerskrättsliga texterna de tolkningsmetoder som språkmän och inte minst teologer hade utvecklat bl.a. för bibeltolkningens ändamål.

Ett annat sätt att mäta den bolognesiska "utbildningsexplosionens" verkningar är att räkna de många nygrundade *universitet* som med hjälp av Bolognajurister eller deras lärjungar växte upp i snabb takt under 1100-talet. Visserligen valdes inte alltid samma organisationsformer för verksamheten som i det norditalienska universitetet,

men vid sidan av Paris kan dock Bologna göra anspråk på att vara moder inte blott till västerlandets alla juridiska fakulteter utan till universitetsväsendet i dess helhet.

På ett ännu bredare, socialhistoriskt, ekonomiskt och statsvetenskapligt plan blev Innerius' och hans efterföljares insatser avgörande för uppkomsten av ett nytt och alltmer inflytelserikt inslag i europeiskt samhällsliv. De europeiska universitetens juristfakulteter gav upphov till det akademiskt utbildade världsliga jurist- och ämbetsmannaståndet, som inom kort blev de framväxande nationella furstemakternas främsta praktiska och ideologiska medhjälpare i kampen mot feodaltherrar och bygdemenheter vid uppbyggandet av den moderna statens förvaltnings- och rättskipningsmaskineri. Redan omkring 1230 började man i de italienska städerna att uppställa krav på akademisk juridisk utbildning för anställning som domare och för rätt att praktisera som advokat. Här som eljest tog det århundraden innan utvecklingen slog igenom i de perifera staterna.

Det är de romerskrättsligt bildade universitetsjuristernas förtjänst – eller, om man så vill, fel – att under lång tid såväl ekonomisk som politisk argumentation i Västeuropa kom att föras i juridiska termer. På en del håll, framför allt i Tyskland, gick utvecklingen så långt att den romerska rätten helt enkelt trängde undan de i huvudsak germanska rättsregler som varit gällande under tidigare århundraden. Mot medeltidens slut är *Corpus juris*, sådan den tolkades av dåtida jurister, gällande rätt i större delen av det politiskt splittrade Tyskland och skulle så förbli tills modern lagstiftning – oftast dock på romerskrättslig grund – genomfördes i de tyska staterna under 1700-talet och 1800-talet. I flera tyska stater skulle den romerska rättens giltighet vara till år 1900, då den nuvarande alltyska civillagboken trädde i kraft, och på vissa speciella rättsområden, som inte regleras av den moderna lagstiftningen, är romersk rätt i denna dag gällande i vissa delar av Tyskland. Till det gamla tyska riket hörde även Hol-

land, och det var som härövan påpekats, genom holändsk kolonisation som den romerska rätten på 1600-talet infördes i Sydafrika och på Sri Lanka, där den alltså är i kraft.

Både glossatorer och postglossatorer, liksom deras efterträdare under senmedeltiden och på 1500-talet och 1600-talet, var praktiskt inriktade juridiska problemlösare som sina beundrade romerska förebilder. De rättsfilosofiska frågor som i så hög grad hade sysselsatt grekerna, hade de föga intresse för. Det blev i stället de medeltida universitetens filosofer och teologer som kom att arbeta vidare med sådana frågeställningar.

Det är för förståelsen av den europeiska utvecklingen betydelsefullt att fastslå, att det inte förelåg någon motsättning mellan den auktoritativa romerska rätten å ena sidan och naturrättsläroarna å den andra. Viktigt är härvid att den senromerska, åtminstone i yttre måtto kristnade rättsordning som de lärde i Bologna återupplivade redan sedan lång tid var starkt påverkad av naturrätten. I de ganska fåtaliga allmänna uttalanden om rätt, rättvisa och rättstillämpning som de romerska texterna innehåller träder detta förhållande också tydligt fram. Vidare medgav den naturrättsliga förkunnelse som förekom under medeltiden uttryckligen en liberal plats åt sådana avvikande lösningar i den faktiskt tillämpade rätten som hörde samman med olika tidsbundna samhällsförhållanden. Det var först på 1700-talet som naturrätten mer generellt kom att få karaktären av radikalt reformprogram med konkreta anspråk på den gällande rätten och därmed på vissa punkter kom att stå i motsatsställning till det romerskrättsliga arvet. De jurister som föreläste eller studerade i Bologna betraktade sig i själva verket, när de förde ut sin nya lärdom i sina barbariska hemländer med deras splittrade halvt germanska och halvt romerska rättsordning, snarast som företrädare också för den förnuftiga naturrätten. Den rena romarrätt som de lärt sig i Bologna framstod just som *ratio scripta*, det

skrivna förnuftet. Någon motsättning mellan gudomlig, evig och mänsklig, kejserlig rätt fanns inte. I det förhållandet ligger en stor del av förklaringen till att den nyupptäckta romerska rätten så motståndslöst eller till och med entusiastiskt accepterades av medeltidens teologiska och filosofiska intelligentia.

I medeltida kunskapsteori räknade man i huvudsak med två källor till mänsklig kunskap. Den ena var förnuftet, *ratio*, med vars hjälp människorna kunde uppnå säker vetskap om allt som Skaparen inte velat hålla fördolt för dem. Den andra var *uppenbarelsen*, den direkt av Gud givna insikten, i första hand förkroppsligad i Bibeln. Den romerska rätten kunde självfallet inte göra anspråk på att vara en i denna mening uppenbarad rättsordning på samma sätt som Moseböckernas regler. Icke desto mindre tycks den med oändlig möda återställda och bearbetade originalversionen av Justinianus' lagverk ha framstått med glansen hos en uppenbarelse, och i verkligheten behandlades texten också på samma sätt som de gudomliga skrifterna. Dess auktoritet ifrågasattes aldrig ett ögonblick; uttolkarens uppgift var att använda allt sitt skarp-sinne på att förstå och på att få de ganska talrika motsägelserna att "gå ihop". Det givna materialets totala auktoritet är den självklara förutsättningen för all medeltida juridik, och denna grundförutsättning ger också verksamheten en avgörande prägel: förnuftets, d.v.s. logikens, uppgift var inte att kritisera eller ifrågasätta; den var att åstadkomma ordning och överblick inom ett oomkullrunkeligt, färdigt system. I Bologna blev juridiken *dogmatik* på samma sätt som teologin, och det är karakteristiskt att den på andra håll merendels förklenande termen "dogmatisk", liksom fackuttrycket "doktrinen" för rättsvetenskapens verksamhet, alltjämt behållits som neutrala beteckningar inom det juridiska området.

Vilka egenskaper hos den nyupptäckta eller nyrestaurerade *Corpus juris civilis* var det då som kom lagverket att för samtiden stå som en sannskyldig uppenbarelse?

Till att börja med är det anledning att peka redan på dess omfång. I en av de klassiska nyare utgåvorna, Th. Mommsens, som utkom i flera upplagor under 1800-talets senare hälft, upptar enbart det centrala partiet av *Corpus juris*, digesterna, inemot niohundra tvåspaltiga finstilta sidor i stort kvartoformat. Det kan te sig måttligt för moderna bedömare; den årligen utgivna svenska lagboken, som endast omfattar ett mycket begränsat urval av rikets gällande författningar, räknar numera omkring tretusen finstilta sidor. För läsare, som var hänvisade till handskrifter och som stod inför ett i allt väsentligt nytt, osystematiserat och obearbetat material, måste den justinianska textmassan emellertid ha tett sig väldig, inte minst därför att varje ord, varje mening gjorde anspråk på en helgd och en auktoritet som knappast kommer en modern lagboks många administrativa detalj- och struntförordningar till del.

Härtill kommer, att digesterna alls inte är en lagbok i modern mening. Närmast kan verket betecknas som en under grova huvudrubriker ordnad juridisk citatsamling. Texterna är inte avfattade som lagtext, de utgör kortare och längre klipp ur den klassiska romerska rättsvetenskapliga litteraturen, med angivande av den ursprunglige författare ur vars verk varje enskilt citat är hämtat. Fast den lagstiftningskommission som med förvånande snabbhet under fyra till fem år omkring 530 e.Kr. sammanställde lagverket inte drog sig för att införa ändringar i de utdrag från den numera helt förlorade juridiska litteraturen som sålunda kom att bilda stommen i *Corpus juris*, kvarstår likväl på talrika ställen inkonsekvenser och motsägelser mellan de excerperade auktoriteterna. Det arbete som *Corpus juris* sålunda beredde och alltså jämt bereder sina läsare är i stor utsträckning av annat slag än de analytiska mödor som möter den moderne lagtolkaren. Först och främst gällde det att överhuvudtaget begripa texten, en uppgift som givetvis inte underlättades av att åtminstone en hel del av de begrepp, institutioner,

ekonomiska och sociala förhållanden som utgjorde den justinianska rättens intellektuella och samhälleliga ram undergått avgörande förändringar under de mellanliggande fem–sexhundra åren. För ett *historiskt* betraktelsesätt var de medeltida italienska juristerna så gott som fullständigt främmande. Den store kejsarens ord hade en tidlös giltighet; det är först något senare, då rättsvetenskapen börjat odlas även i Frankrike, som man kan notera enstaka uttalanden, som tyder på ett visst medvetande om att den i huvudsak förkristna romerska rätten kunde behöva anpassas till ändrade förhållanden på enstaka punkter. Den obetingade auktoritetstron hos Bolognas skolans lärare medförde – på samma sätt som bland medeltida teologer – att uppgiften, när man stod inför motsägelser, var att finna en lösning som lojalt fick texten att gå ihop. Att kritisera lagen var uteslutet.

De historiker, idéhistoriker och rättslärde som sökt finna orsakerna till den bolognesiska renässansens exemplösa framgångar och inflytande har ställt sig frågan om det främst var textens intellektuella överlägsenhet som förorsakade dess segertåg genom Europa. Trots sina ofullkomligheter framstod otvivelaktigt *Corpus juris* vid sidan av den tidiga medeltidens germanska och blandade lagprodukter som en helhet av överväldigande och monumental status och som en outtömlig rikedom av genomtänkta, ofta subtila detaljlösningar av otaliga enskilda och kollektiva konflikter och problem. De första korstågens tid var en period av intensiv intellektuell livaktighet och upptäckarglädje. Det var inte blott på jurisprudensens utan även på filosofins och teologins område som återupptagen kontakt med antikens tankevärld bragte förnyelse och stark utveckling.

Den romerska rätten skulle aldrig ha brutit fram med så oemotståndlig kraft, om den inte varit förbunden med en stor, om också i sina enskildheter kontroversiell politisk tanke: *Romidén*. I sin renhet och i helt allmänna linjer kan denna idé beskrivas så, att den begynnande hög-

medeltidens intellektuella var övertygade om att genom kejsarvärdighetens återupplivande under Karl den store och senare de tyska Ottonerna hade också det romerska riket återuppstått och att detta *Imperium Romanum* omfattade hela kristenheten och helt enkelt var den enda tänkbara statsformen och därmed också rättsgemenskapen, intill tidens ände, för det kristna västerlandet. Men denna rättsgemenskap, med dess snabbt stegrade ideologiska, intellektuella och praktiska anspråk och ambitioner, sökte med iver efter grunderna till en egen, adekvat och värdig social och politisk etik och samhällsteknik. Den justinianska rätten tillgodosåg kraven och tycktes utgöra sökandets mål. På det maktpolitiska och dagspolitiska planet däremot hade denna stolta och rena helhetsuppfattning små möjligheter att hävda sig. Mot de tyska kejsarnas anspråk stod den *kyrkliga* Romidén, och i de rika och självständiga norditalienska städer till vilka Bologna hörde var det oftast av praktisk-politiska skäl opportunt att stödja påven gentemot en kejsare, som krävde skatter och kontrollbefogenheter. Men i Romidén låg också fröet till en italiensk nationalism, som kom de tyska kejsarna att framstå som barbarer och främlingar. Även på andra håll, framför allt i Frankrike, var framväxande nationalism och den nationella kungamaktens anspråk svåra att förena med föreställningen om ett odelat *Imperium Romanum*. Dessa motsättningar kunde inte lämna de lärde i Bologna oberörda. De första juristgenerationerna, hos vilka den "rättsliga uppenbarelsen" kanske verkade allra starkast, tog i allmänhet kejsarens parti mot både påve och städer. Irnerius tycks åtminstone under någon tid ha pliktat för sin kejsartrohet med påvlig bannlysning. Det mest kända ställningstagandet av bolognesiska jurister till kejsarens favör var den berömda riksdagen i Roncaglia 1158, då *quattuor doctores*, de fyra mest frejdade juriskonsulterna i Bologna – Bulgarus, Martinus, Jacobus och Hugo – uttalade sig för kejsar Fredrik Barbarossas rätt att beskatta de norditalienska städerna.

Senare splittrades enigheten på det politiska planet. De italienska rättslärde valde, med skilda motiveringar, olika sidor i kampen mellan kejsare, påve och städer. Det kraftiga betonande av en central statsmakt med principiell rättslig överhöghet som var en del av det senromerska arvet togs begärligt i anspråk av nationella och lokala härskare och blev, med de lärda juristernas hjälp, en av de mäktigaste hävstångarna i de moderna furstestaternas framväxt.

Århundraden senare, under den tyska nationalismens glansdagar, kom också romarrätten gärna att framställas som det utländska och för tyskt väsen främmande redskap med vars hjälp furstedespotism och tjänstvilliga jurister undertryckt den äkta och folkliga germanska rätten, vars lämningar man ivrigt sökte rekonstruera och nyttiggöra. Så stark var emellertid under hela medeltiden Romtanken och kejsaridén, att inte ens den franske kungens jurister kunde formulera något starkare försvar för sin herres suveränitetsanspråk än att *rex Franciae est imperator in regno suo*: "konungen av Frankrike är kejsare" – och man vågar nog, i fråga om högmedeltiden tillägga: "ett slags kejsare" eller "att betrakta som kejsare" – "i sitt kungarike". På det politiskt neutrala privaträttsliga planet kom den romerska rätten att även långt efter nationalstaternas framträdande och den medeltida enhetskulturens sammanbrott utgöra ett sammanhållande element i hela den västliga kristenheten.

En uppfattning om glossatorernas arbetsinsatser får man kanske enklast återigen genom några rent kvantitativa uppgifter. Randanmärkningarna till *Corpus juris*-texten växte, varje ny lärare arbetade i sitt exemplar in föregångarnas jämte egna tillägg. Som ett exempel på den omfattning en sådan kommenterad text kunde antaga kan nämnas en berömd tidig handskrift från München. På 416 sidor upptar denna handskrift, förutom själva lagtexten, mellan 30 000 och 40 000 kommentarer av varierande omfång. På enstaka sidor uppgår glossorna till

bortåt 300. Som ytterligare exempel kan anföras 1100-talsjuristen Johannes Bassianus' tabellariska uppställning över de olika möjligheter till talan inför rätta, de processformer, som den justinianska rätten medgav. Tabellen omfattar – på två foliosidor – ett rutnät med 180 rutor. Med hjälp av ett självuppfunnet notationssystem med bokstäverna a–m samt olika grafiska kombinationer av en till fyra punkter karakteriseras 169 namngivna processformer. Systemet påminner närmast om ett modernt hålkortssystem, och det har beräknats att den information som med dess hjälp pressats in på de två foliosidorna i fullt utskrivet skick motsvarar drygt 2 000 delvis komplicerade meningar om de i tabellen upptagna processformerna.

Som namnet antyder nöjde sig glossatorerna med att kommentera. Det finns visserligen i den väldiga och alltjämt i stor utsträckning obearbetade textmassan från 1100- och 1200-talen åtskilliga skrifter, där ambitionen att gå vidare – att uppställa allmänna principer och regler, att sammanföra och systematisera – redan tydligt kommer till uttryck. Ur de långa glossorna växte så småningom självständiga skrifter fram. Försöken att gå utöver texttolkning och textanalys stannade emellertid vid ansatser. Mot mitten av 1200-talet kan man tala om något av en mättnadskris i den rättsvetenskapliga verksamheten. Praktiska behov och nya intellektuella strömningar krävde en nyorientering. Vid denna tid sammanfattade den kanske främste bland glossatorerna, Accursius, sina företrädares arbete i det verk som kom att bli känt som *Glossa ordinaria*, eller helt enkelt *glossan*. I den rättsliga verkligheten kom detta kommentarverk att bli väsentligt mer inflytelserikt än den justinianska urtexten. Särskilt i Tyskland och Italien blev Accursius' glossa i praktiken de högre domstolarnas kombinerade lagbok och handbok. En modern faksimileutgåva efter en av de talrika tryckta upplagorna från 1500-talet omfattar fem mäktiga folioband, tillsammans drygt tretusen sidor.

Med slutförandet av Accursius' glossa stod den europeiska rättsvetenskapen inför nya uppgifter. Det gällde att mer aktivt, systematiskt och analytiskt, bearbeta den romerska rätten. Det gällde framför allt att på dess grundval finna lösningar till alla de nya konflikter och problem som de justinianska lagarna inte berörde och inte kunde beröra. Det blev senmedeltidens rättslärd, postglossatorerna eller kommentatorerna, som grep sig an med dessa uppgifter. Men vid denna tidpunkt var den romerska rättens segertåg genom Europa redan inlett. Utan någon formell lagstiftningsakt, i kraft av de lärda juristernas entusiasm och nit, med Romidéns tyngd och furstemaktens stöd hade den rättsordning som uppenbarats för Irnerius och hans efterföljande börjat att steg för steg tränga undan de tidigare gällande, lokala och som man ansåg barbariska och förvirrade rättssedvänjorna i Sydfrankrike, Italien och framför allt hela det gamla tyska riket. Bayerska bönders, provensalska herdars och flandriska vävares rättigheter och tvister analyserades med den logiska arsenal som Aristoteles ställt till förfogande och bedömdes med de regler som vuxit fram i det romerska världsväldet under århundradena närmast efter Kristi födelse.

Påvar, furstar, prelater och fria städer formulerade sina anspråk i de gamla juriskonsulternas mönster och kategorier.

Som fallet oftast är, när det gäller intellektuella utvecklingstendenser, som står i växelspel med praktiska samhällsproblem, uppvisar den medeltida rättsutvecklingen stor variantrikedom. Den här givna beskrivningen hänför sig till vad man kanske kan kalla ett idealtypiskt centraleuropeiskt kärnområde. Redan om man förflyttar sig till exempelvis de spanska kungarikena under senmedeltiden, till Böhmen eller till Bretagne, upphör bilden att vara helt adekvat. Två områden är så avvikande, att det måste noteras: England (egentligen de brittiska öarna, men Skottland sökte sig av olika skäl väsentligt

närmare kontinentaleuropeisk tradition än fallet var med dess sydliga granne, och förhållandena på Irland var alltför särpräglade och svåröverskådliga för att kunna få plats i en så kortfattad översikt som denna) och de nordiska länderna, främst det svensk-finska riket.

Det är en ofta framförd missuppfattning, att *engelsk* rätt till skillnad från kontinentaleuropeisk skulle vara särskilt präglad av sedvänja, snarare än centralt rättskapande, och ha vuxit fram "organiskt" oberoende av den romerska rätten. Vad man därvid glömmer, är att den engelska monarkin efter den normandiska erövringen var väsentligt hårdare centraliserad och mer effektiv än flertalet kontinentala furstestater. Ett viktigt led i de normandiska kungarnas maktutövning var den dömande verksamhet som utövades av kungliga domare, dels på tingsresor genom landet, dels i Westminster (London). Även om det i denna dömande verksamhet fanns utrymme för betydande hänsyn till lokala sedvänjor på handelns och liknande områden, var det mest karakteristiska särdraget för den engelska rättsutvecklingen just dess enhetliga, centralistiska karaktär. *Common law*, som den engelska rätten kallas, betyder "för hela riket gemensam" eller "allmän" lag, till skillnad från lokala och speciella rättssedvänjor. Den romerska rättens inflytande var i själva verket betydande, men den anammades betydligt mer selektivt än på kontinenten. En karakteristisk bidragande faktor i engelskt rättsliv var att universiteten inte kom att utbilda jurister. Under katolsk tid – fram till 1500-talets mitt – förekom i Oxford och Cambridge undervisning i *kanonisk* rätt; den världsliga engelska rätten däremot tillägnade sig de blivande juristerna i advokatkollegierna i London, ett slags skrån, där de studerande verkade som lärlingar i den praktiska rätts-tillämpningens konst. Detta säregna förhållande gav åt engelsk rätt en utpräglad praktisk, jordnära prägel men samtidigt en karaktär av sluten skråhemlighet, som för tanken till den tidiga romerska rätt som utlades auktori-

tativt av en liten aristokratisk specialistgrupp. Till denna särprägel bidrog det förhållandet, att lagstiftning förekom endast mycket sparsamt, liksom den juridiska litteraturen jämförd med den kontinentala universitetsjurisprudensens gigantiska produktion av skrifter var påfallande mager. En särskild roll spelade redogörelserna för avgjorda fall – *law reports* – som genom bristen på lagstiftning och litteratur kom att tillhandahålla den säkraste, eller rentav den enda, informationen om rättsordningens faktiska innehåll.

Samtidigt som den engelska rätten sålunda blev en fackmännens rätt i t.o.m. ännu högre grad än de kontinentala universitetsjuristernas, förekom andra särdrag. Den gammalgermanska föreställningen om lagen som en principiellt oföränderlig, tidlös ordning, djupt rotad i folkets liv och historia, kan ha medverkat till att å ena sidan bevara element av lokal folklig medverkan i rättskipningen (jurysystemet), som på kontinenten försvann på de flesta håll under medeltiden, å andra sidan hos domarna och juristerna i övrigt befästa föreställningen, att – i motsats till senromersk konstitutionell uppfattning – lagen är bindande även för fursten. Redan den betydelsefulle 1200-talsförfattaren Bracton betonar, att det endast är vad konungen beslutat efter att ha hört rikets stormän (början till överhuset) som har rang av lag. I denna ståndpunkt, som aldrig övergavs, inte ens under de starka och i praktiken nära nog enväldiga konungarna av huset Tudor på 1500-talet (Henrik VIII och Elisabet I), låg fröet till de konstitutionella konflikterna under den stuartska dynastin som löstes genom den ärorika revolutionen 1688 och den fortsatta konstitutionella och parlamentariska utvecklingen. Den centrala förvaltningen förblev länge svagt utvecklad, den lokala handhades i stor utsträckning av lekmän. Den fortlöpande engelska debatten om makt och rätt, som i sin tur hade lånat åtskilligt från *kyrkans* interna diskussioner under 1300- och 1400-talen (se nästa kapitel), alstrade och finslipade argument, som

under 1700-talet skulle bli en del av den allmänneuropeiska författningsrättsliga diskussionen, liksom de skulle få handlingsbestämmande betydelse för Nordamerikas politiska och rättsliga utveckling.

Inte heller den engelsk-amerikanska rättsuppfattningen kan, om man vill ge ett realistiskt porträtt av den historiska verkligheten, sammanfattas under en enkel formel. Spännvidden mellan de högkyrkliga, monarkistiska idéer som odlades inte minst vid universiteten och inom inflytelserika grupper i den politiskt ledande jordägande adeln och de hårdföra kalvinistiska, starkt egalitära frikyrkliga grupperingar som dominerade i vissa köpstäder och i de tidiga nordamerikanska kolonierna var alltid betydande.

Det andra "avvikande" området, *Norden*, kan och måste här behandlas mer summariskt redan därför att Norden aldrig kom att lämna några nämnvärda bidrag till den europeiska rättsgemenskapen. Dess särart kan i detta sammanhang enklast förklaras med en hänvisning till det historiska förhållandet, att de nordiska rikena gjorde sin entré som medspelare (till skillnad från tidigare roller som främlingar och plundrande grannar) på den europeiska scenen så sent som fallet blev. Det svenska riket hör knappast till den västerländska katolska enhetskulturen före 1100-talets sista årtionden. Det innebar å ena sidan, att landet – som givetvis visst inte saknade egen rättslig och politisk erfarenhet – hunnit organisera sig efter mönster, som åtminstone delvis var egna och originella och som nått en sådan stadga att de inte utan vidare ersattes av rättsliga modeller från den överlägsna kontinentala kulturvärlden. Å andra sidan kom riket inte förrän ett gott stycke in på den nya tiden att få ett eget universitetsutbildat juriststånd; den kontinentala erfarenheten visar, att det var främst genom uppkomsten av en sådan kategori som den romerska rätten spreds. Sådana element som bondefriheten, kvarvarande folkligt deltagande i rättsskipning och även i lokal förvaltning, konstitutionella

utvecklingsdrag, som påminde om de engelska (och omöjliggjorde kungliga anspråk på att utan någon form av råd eller folkförsamling stifta ny lag) samt gammalgermanska egenheter framför allt inom fastighetsrätten gav svensk rätt dess särprägel. Det är sant att romerskrättsliga influenser förmedlades av det starka lågtyska elementet i städerna, men dessa städer var få och obetydliga. Det svensk-finska riket, liksom Island och Norge – i något mindre mån Danmark – förblev utmarker från den centrala europeiska rättens synpunkt.

7. DET KYRKLIGA BIDRAGET

Corpus juris civilis var det främsta och det mest synliga uttrycket för Roms intellektuella återerövring av det fallna imperiets europeiska delar. Mindre omedelbart, sakligt mer begränsat men tidigare och geografiskt ännu mer omfattande var det romerskrättsliga inflytande som den katolska kyrkan utövade.

Från åtminstone 300-talet e.Kr. producerade kyrkan bestämmelser. Den äldsta formen för kyrklig lagstiftning är de romerska biskoparnas – påvarnas – s.k. dekretalbrev (*epistola decretalis*). De tidigaste bevarade texterna av detta slag härrör från slutet av 300-talet. De vittnar om hur biskopen i det sjunkande väldets gamla huvudstad ansåg sig kallad, och fann sig praktiskt tvungen, att utöva ledarskap över kyrkan även i hänseenden, som inte hade omedelbart med trosgemenskap och kyrklig ordning att göra. Där den världsliga staten inte längre förmådde verka effektivt, där trädde kyrkan in, åtminstone på många områden, och detta krav på kyrklig aktivitet förstärkte påvens ledande ställning inom organisationen. Dekretalbreven utformning visar också i hur hög grad den framväxande kyrkliga centraladministrationen – det påvliga kansliet, *curia* – hämtade metoder, stil och språk från de kejserliga förordningsbreven, reskripten. Även när det gäller den kyrkliga lagstiftningens centrala innehåll var den senromerska rätten mönsterbildande på alla områden, där inte det kristna trosinnehållet omedelbart dikte-

rade lösningen. I själva verket utgjorde det påvliga kansliet – länge och med fog beundrat som en förebild för välordnad och effektiv förvaltningsteknik, även om klagomål över omständlighet och korruption med tiden blev starkare, och efterbildat av furstliga och kommunala förvaltningar – en direkt och obruten fortsättning av senromersk byråkratisk tradition, som längs detta sidospår fördes vidare till Västeuropa.

Även den övriga kyrkliga lagstiftningen, som också kom att omfatta kyrkomötesbeslut – allmänna och lokala – samt kejserliga och kungliga förordningar och beslut i ecklesiastika ärenden, var av många skäl alltifrån början starkt romerskrättsligt influerad. Det är knappast förvånande, mot den givna historiska bakgrunden: både i allmänskultur, i fredlig samhällsordning och framför allt i vad man kanske kan kalla den religiösa penetrationen av det dagliga levernet var skillnaderna mycket stora mellan det tillstånd som varit rådande i det kristnade imperiets mönsterbildande centralprovinser och det som kyrkans män mötte i de ofta endast till nöds kristna, krigshärjade och av kätterier präglade folkvandringsrikerna. Att *återställa* måste ha tett sig som en primär uppgift; till den samhällsordning man strävade efter att återställa hörde den romerska rättsordningen.

I det europeiska gemenskapsperspektivet är skillnaden mellan kyrkans rätt, med dess romerskrättsliga inslag särskilt på sådana för kyrkotukten – och den kyrkliga egendomens förkovran – centrala områden som familjerätten, arvs- och testamentsrätten (testamente var en okänd institution i det germanska ättesamhället) och den s.a.s. kompletta världsliga romerska rättsordning som spreds från katedrarna i Bologna högst betydande. Den förra trängde in i germanrikerna redan med missionärerna; i ett av de allra senast kristnade germanrikerna, det svenska, framträder dessa romerskrättsliga element redan i 1200-talets lagstiftning. De är en del av den äldsta, starkaste och mest allmänt spridda bindväv som håller

Europa samman – den stora katolska medeltida gemenskapen. För de perifera områden – Norden, de brittiska öarna, de västliga delarna av Mellaneuropa (nuvarande Tjeckoslovakien, Polen och Ungern) – som aldrig hörde vare sig till det ursprungliga romerska imperiet eller till Karl den stores och karolingernas frankiska romarrike skapar de sega trådarna i denna bindväv det mest påtagliga föreningsbandet med de västliga och sydliga kontinentaleuropeiska kärnprovinserna. Vid sidan av det gemensamma kyrkliga rättsarvet framstår den återfödda romerska rätten från Bologna som en senkommen rekonstruktion, och till de i fråga om statlig organisation och identitet starkast utvecklade, etniskt-kulturellt mest särpräglade (och geografiskt mest isolerade) utmarkerna Norden och Britannien nådde denna världsliga romarrätt som framhölls i föregående kapitel först sent och endast styckevis.

Samtidigt är den kyrkliga rätten i ett europeiskt perspektiv gränsmarkerande: den skiljer redan tidigt väst från öst. De rika och folkrika kyrkoprovinserna i det sönderfallande imperiets östra delar, med Konstantinopel som huvudstad, med grekiska som normalspråk och med en kristen tradition som på många håll var ett par hundra år äldre än den västeuropeiska, erkände inte biskopens i Rom anspråk på överhöghet och accepterade inte hans dekretalbrev som rättskällor. Klyftan mellan den romersk-katolska och den grekisk-ortodoxa kristenheten växte sig bredare och djupare under århundradena. År 1054 brukar räknas som den slutliga söndringens år.

Utan alla omdömen eller jämförelseförsök måste det här noteras: gränslinjen mellan den romerska och den grekiska kyrkans områden är även från rättslig synpunkt av fundamental betydelse. I denna mening finns det *inte ett utan två Europa*. Den betydligt mindre klara gräns som femhundra år senare skulle komma att skilja den katolska och den protestantiska kristenheten är väsentligt mindre märkbar, och detta av många skäl, främst

naturligtvis att de berörda områdena gemensamt genomgått ytterligare ett halvt årtusendes utveckling under den romerska kyrkans tidvis starka, hela samhällslivet genomsyrande ledning.

Länge måste de kyrkorättslärde söka sina källor i privata textsamlingar av varierande kvalitet och vederhäftighet. Det var på detta sätt som vissa berömda förfalskningar kunde vinna tilltro och betydelse – främst de s.k. pseudo-isidoriska dekretalerna från 800-talet, som uppenbarligen tillkommit för att stödja påvliga och kyrkliga maktanspråk i världsligt hänseende.

Den kaotiska situationen förbättrades avgörande, när munken Gratianus, som f.ö. var lärare i kyrkorätt i Bologna och otvivelaktigt fått impulserna till sin insats från den världsliga romarrättens triumferande utveckling, omkring år 1140 samlade och utgav den samling kyrkliga författningstexter som ursprungligen kallades *Concordia discordantium Canonum* men snart blev känd under namnet *Decretum*. Det var, som den latinska titeln antyder, ett försök att i möjligaste mån undanröja den bristande överensstämmelsen mellan de existerande rättskällorna (*canones*: därav namnet "kanonisk rätt" för den katolska kyrkans rättsordning).

I Bologna växte ett rättsvetenskapligt studium av den kanoniska rätten snabbt fram, och den likaledes snabbt växande lagstiftning som högmedeltidens segerrika kyrka liksom senare tiders kyrkomöten och påvar producerade blev föremål för fortlöpande analys och behandling.

Det har härovan i ett par sammanhang på tal om den medeltida romerska rättens segertåg genom Europa framhållits i hur hög grad den bidrog till att för all – till denna dag tillgänglig – framtid göra Europa rationalistiskt och legalistiskt. Det omdömet gäller, snarast i förstärkt form, den kyrkliga utvecklingen och dess verkningar i det omgivande världsliga samhället. Under perioden c:a 1200–c:a 1500 var de flesta påvar framstående kyrkorättslärde, inte trosledare i religiös mening, och det kan noteras som

ett uttryck för den återfödda och entusiastiskt anammande romerskrättsliga traditionens inflytande över kyrkan att den första förordningen i *Liber Extra*, en officiell kanoniskrättslig textsamling (från 1234), fixerar det kristna trosinnehållet i lagtextens form.

I denna extrema intellektualisering och legalisering av religionen – en produkt av såväl romerskrättsligt juristinflytande som skolastisk filosofi och teologi – ligger åtminstone till en del fröet till de kätterska revolter och den reformationsrörelse som till slut skulle bryta Väst-europas religiösa enhet.

Ett utomordentligt viktigt, alltför ofta förbisett bidrag av den kanoniskrättsliga debatten – på den världsliga romerska rättens grund – till europeisk rättsutveckling framför allt på det *konstitutionella* området bör beröras i detta sammanhang. Vid jämförelse med de världsliga stater som växte fram under högmedeltiden – det heliga romerska riket av tysk nation, de mer eller mindre nationellt enhetliga furstestaterna och de fria städerna – framstod den kyrkliga organisationen, med sina svagheter och missbruk, sin stundom brutala inre och yttre maktkamp och världsliga ambition trots allt som ett försök att förverkliga en idealorganisation, en spegelbild av Gudsriket. Denna ambition, liksom frånvaron av territoriella och lokala bindningar, friheten från de nedärvda sedvänjor som ofta i realiteten band de världsliga makthavarna, avsaknaden av dynastiska strävanden inom organisationen och slutligen närheten till den utpräglad internationella universitetsvärlden, med dess relativa tolerans och åsiktsfrihet inom den skolastiska disputationens ram – allt detta gjorde kyrkan i högre grad och tidigare än den världsliga staten till ett forum för en principiellt hållen debatt kring sådana ämnen som maktens legitimitet, de rätta formerna för dess utövning, olika kyrkliga organs befogenheter och sättet att inhämta gillande och bifall från berörda grupper. Denna debatt fick en särskilt intensiv prägel under senmedeltiden, då svåra slitningar

inom kyrkan – ”den stora schismen” – nödvändiggjorde juridiskt grundade ställningstaganden till påvars och motpåvars rättsanspråk. Det var här den romerska rätten fick göra tjänst på ett sätt, som illustrerar dess allomfattande och aldrig ifrågasatta auktoritet men samtidigt den frihet och flexibilitet med vilken den kunde nyttjas.

Någon användbar *konstitutionell* rättsordning hade inte romarrätten och dess jurister att bjuda på. Däremot hade de termer och lösningar som gällde bolag och andra rättsliga former för samarbete mellan enskilda. Och de kunde erbjuda ett förråd av allmänna slagkraftiga och sammanträngda maximer om vad rätt och skälighet kräver i vissa givna situationer. Från ett tämligen oväntat håll – den romerska förmynderskapsrätten – hämtade en företrädare för den konstitutionella, mot påvliga enväldesanspråk kritiska sidan i debatten ett uttryck: *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*: ”Vad som berör alla, bör godkännas av alla.” Det är ett isolerat textställe, som avser förhållandet mellan flera förmyndare, men formuleringen är kort och slagkraftig. Den ”låna-des” från sitt snäva sammanhang och fördes fram som argument för kyrkomötets rätt gentemot påvens. Trots att operationen knappast ter sig självklar, var det romerskrättsliga juridiska formelspråkets auktoritet stark nog att ge själva principen genomslagskraft. Frasen *quod omnes tangit* lånas från den kyrkliga kontroversens språk till den politiska. Utläggningar och kommentarer växer fram. En dag dyker orden upp i den engelske konungens öppna brev, där han sammankallar parlamentet. Mot medeltidens slut är det en stående fras i en rad sammanhang, där anspråk på medbestämmande och representation föres fram, mot kyrkliga och världsliga härs-kare. Vi återfinner element ur denna diskussion i den engelska polemiken mot Stuart-kungarnas regeringssätt under 1600-talets första hälft – den polemik som till slut ledde fram till 1640-talets revolution och i ett längre perspektiv till 1688 års ärorika revolution och till den brittis-

ka konstitutionalismen och parlamentarismen, sedermera förebilder för Europa.

Mötet mellan romersk rätt, medeltida juristers, teologers och filosofers speciella teknik och metod i användningen av denna rättsordning och slutligen – men här rör vi oss på betydligt osäkrare mark, i vad gäller konkreta belägg – de germanska traditioner och idéer som aldrig helt glömdes i medeltidens europeiska riken tillhandahåller kanske svaret på en fråga som kommit att diskuteras i modern författningshistorisk litteratur: hur kom det sig att det moderna västerlandet "undgick anarki utan att snubbla in i diktatur"? Det var inte den självklarhet som 1800-talshistoriker av liberal övertygelse vanligen antog, när de tolkade historieförloppet som en på något sätt självklar vandring mot högre och högre stadier, d.v.s. mot den konstitutionella rättsstaten, med eller utan fullständig demokrati. Vida vanligare är det, när folk och kulturer lämnar ett primitivt stadium för att beträda ett mer komplicerat, att man snart nog hamnar i någon form av absolut regim. Så gick det för det allra mesta i det förflutna, med de högkulturer vi känner till utanför den västeuropeiska kretsen. Och så har det också för det allra mesta gått i den moderna tredje världen, där likväl från västerlandet lånade föreställningar om konstitutionalism och demokrati som ideal på många håll varit mycket starka och där även trycket från de västliga demokratierna, i samband med materiellt understöd och i mer renodlade ideologiska sammanhang, tidvis gjort sig gällande åtminstone som en fortlöpande påminnelse om detta samhällsskicks företräden.

8. JURISTERNA OCH DERAS ARBETSREDSKAP

Vid medeltidens slut – i de perifera och sent utvecklade områdena ett stycke in på den nya tiden, de centralstyrda furste- och förvaltningsstaternas tid – är juristernas Europa i mångt och mycket färdigt. Scen och scenbild är byggda, de viktigaste aktörerna finns på plats, spelstilen och rutinreplikerna är instuderade. Till pjäsen hör att själva det dramatiska förloppet är öppet och formbart. Liksom skådespelartruppen i *Hamlet* kan de agerande improvisera långa stycken – inom de givna ramarna – och de måste göra det. Rörligheten, utvecklingsförmågan är ett nära nog lika viktigt drag i det gemensamma europeiska rättsarvet som de fasta beståndsdelarna. Uttalandet, att juristernas Europa i mångt och mycket stod färdigbyggt år 1500 eller 1600 betyder därför inte att rätten och juristerna skulle vara fixerade vid det samhällstillstånd och de föreställningar som då var för handen och att de därför skulle ha spelat ut sin roll när dessa element förändrats så att deras identitet slutligen gått förlorad. Självfallet innebär scenens, scenbildernas, aktörernas och spelstilens permanens vissa begränsningar i förvandlings- och utvecklingsförmågan. Europa har under århundradena stiftat bekantskap med regimer och samhällsformer, som sprängt dessa begränsningar, som inte låtit sig förenas med de ganska blygsamma krav på samhällsskickets innehåll som de givna och fasta komponenterna i rättstraditionen ställer för att själva kunna fortbestå. *Vilka* dessa

krav är, hur högt de skall sättas, och hur de skall bedömas i förhållande till motstående anspråk av olika slag – t.ex. produktivitets-, effektivitets-, humanitets- och jämlikhetsambitioner – det tillhör dessa spörsmål som bidrar till att hålla en fortlöpande och levande debatt om rättens roll och uppgifter vid liv. Den diskussionen förefaller alltså jämt, nu och i förutsebar framtid, livlig nog för att spelet på den givna scenen, med de givna aktörerna, inte skall stelna till rit eller helt avstanna.

Här skall göras ett försök att teckna några huvuddrag hos det gemensamma europeiska rättsarvets fasta komponenter, sådana de utformats vid den nyss angivna tiden. Förbehåll måste göras för många och betydande variationer i detalj. Vad som ges är ett försök till "statistiskt genomsnittsporträtt" – därmed är sagt, att bilden inte föreställer, och inte kan föreställa, något i sinnevärlden iakttagbart föremål.

Det första och mest karakteristiska draget i ett europeiskt, i första hand västeuropeiskt, juridiskt kollektivporträtt skulle kunna uttryckas så, att inom ramen för de grundläggande kännetecknen som präglade antikens medelhavskultur (kap. 2) och de mer specifikt juridiska resultaten av de romerska rättslärdes arbete (kap. 4), själva *beslutsförfarandet* – den under noggrant reglerade former företagna juridiska problemlösningen i det enskilda fallet, d.v.s. den juridiska fackmässiga yrkesutövningen – framstår som ett lika viktigt, eller rentav mer väsentligt karakteristikum för den gemensamma rätts-traditionen än både tekniken att styra samhällen och lösa konflikter med generella normer och sättet att producera dessa normer. Ett enda exempel för att illustrera tesen: under perioden 1660–1848 var kungariket Danmark den europeiska stat där monarkens totala envælde var klarast och mest kategoriskt fastslaget i uttrycklig lagstiftning (den s.k. Kongeloven). Icke desto mindre kan det knappast råda tvekan om att 1700-talets Danmark i allt väsentligt – givetvis med iakttagande av dåtida krav,

inte nutida – var en "rättsstat" i den meningen att beslut i frågor som rörde undersåtarnas mellanhavanden med det allmänna avgjordes av domare och ämbetsmän med tillämpning av gällande regler enligt samma metoder och principer som kom till användning i enskilda tvister. Den öppet proklamerade politiska absolutismen var m.a.o. avgörande för rättsreglernas *tillkomst*, inte för deras *tillämpning*.

Det första karakteristiska drag som sålunda skall framhållas som ett resultat av högmedeltidens juridiska "utbildningsexplosion" och som en av den framtida europeiska utvecklingens permanenta beståndsdelar är att den verksamhet – beteendestyrning och konfliktlösning – som i Europa bygger på generella normer, giltiga för envar under principiellt obegränsad tid – av *särskilda*, i princip *självständiga organ* tillämpas i möjligaste mån *likformigt* på de enskilda fall som faller under dessa organs kompetens. Hur avvikande verkligheten än i många fall må gestalta sig tror jag det är väsentligt, om man vill fatta detta normstyrda beslutfattandes särart – som idealtyp – att understryka denna principiella konstruktion. Idén är att normerna är färdiga, i förväg givna, någorlunda avgränsade och försedda med något slags förnuftigt syfte, och att det ankommer på de rättstillämpande organen att använda dem, och att använda dem likformigt. Det är denna idealtyp – ibland uppfattad med patetisk naivitet, som fallet var under upplysningstiden och franska revolutionen, ibland analyserad med klar blick för alla dess ofullkomligheter och problem – som Aristoteles avser när han kallar lagen "en härskare utan lidelser" (och därför den bästa bland härskare), som 1800-talsjuristerna avser när de bygger upp ideologin om rättsstaten och som 1974 års svenska grundlagsfäder sammankopplar med den demokratiska ideologin när de uttalar, att den offentliga makten utövas under lagarna, och när de gör sig mödan att analysera den normgivande makten och dess relation till förvaltning och rättskipning. Överger man

detta synsätt, med dess principiella boskillnad mellan beslut inom ramen för gällande rätt och beslut som på en gång avser ett enskilt fall och normernas framtida önskvärda innehåll, faller förutsättningarna för den traditionella rättsstaten i mycket stor utsträckning samman.

Det är ingen slump att man i beskrivningar och studier av samhällssystem med rättsstatlig prägel liksom i analyser av det rättsstatliga beslutsförfarandet använder just domstolsväsendet, till skillnad från andra offentliga organ, som referenspunkt. Ser man till den totala *voly-men* av normrelaterade beslut i samhället utgör domarnas beslut sedan ganska länge – sedan den moderna förvaltningsstaten växte fram i industrialismens spår – en mycket ringa del av alla avgöranden av denna typ. Den juridiske rådgivaren och förhandlaren liksom var och en som planerar en rättsligt relevant verksamhet fattar normstyrda beslut men sällan i den renkultur som kännetecknar domstolarna. *Indirekt* utövar emellertid de senare ett betydande inflytande på de utomjudiciella beslutsprocesserna, och detta av många skäl: gemensam utbildning och yrkestradition hos juristerna, gemensam värderingsbas i viktiga hänseenden och sist men inte minst det rent praktiska motivet att sådana juridiska ställningstaganden som tillkommer utanför domstolsväsendet kan komma att bli föremål för rättstillämpande myndigheters bedömning och därför bör hålla de mått som dessa myndigheter förväntas mäta med. Att rättstillämpande organ inom förvaltningen principiellt fattar beslut av samma typ som domstolarna – med reservationer som oftast sammanhänger med olikheter i normmaterialets utformning – behöver inte närmare utvecklas. Allt som allt förefaller det allttjämt rimligt att utnyttja den dömande verksamheten av traditionellt slag som referenspunkt. Det skall för säkerhets skull ännu en gång slås fast att den karakteristik som här ges av dömandet hänför sig till en *idealtypisk* situation; det är inte en nyanserad, komplett och detaljrik verklighetsbeskrivning.

Inom ramen för de grundförutsättningar som här angivits beträffande verksamhetens inriktning och principiella konstruktion finns det en rad mer speciella särdrag hos det renodlade normstyrda beslutsförfarandet som måste uppmärksammas för att man skall få en någorlunda trogen bild av denna beslutsmodells identitetsskapande och för den gemensamma rättstraditionen karakteristiska egenheter.

Ett väsentligt karakteristikum är att rättstillämpningens arbetsmaterial praktiskt taget är inskränkt till *det naturliga språkets uttrycksmedel*. Givetvis kan olika preciserande hjälpmedel utnyttjas i lämpliga sammanhang – t.ex. i form av sifferbestämningar, tariffer o.s.v. – men i det avgjorda flertalet fall sker styrningen med de oprecisa, grova och ofullkomliga instrument som det naturliga språket tillhandahåller. Och detta språk innefattar inte blott *beskrivande* element, som med nödvändighet måste ha en generaliserande prägel för att en generell reglering av ett obegränsat antal framtida fall överhuvudtaget skall vara arbetsekonomiskt möjlig. Det innefattar också i stor omfattning direktiv utan referens till den empiriska verkligheten, uttryck sådana som "skälig", "otillbörlig" o.s.v.

Den "klassiska" formen för normer av det slag som i den idealtypiska modellen ligger till grund för rättstillämpningsbeslut består av (eller kan utan betydelseändring omformuleras till) en villkorssats – "om . . ." – i vilken förutsättningarna för ett visst beslut med största möjliga noggrannhet anges, och en följsats – "så . . ." – i vilken det påbudna beslutsinnehållet anges så entydigt som möjligt.

Arbetsmaterialets beskaffenhet är av central betydelse för en både principiellt och praktiskt väsentlig fråga, nämligen möjligheten att i efterhand överpröva ett besluts "riktighet" (den exakta innebörden i detta uttryck kan här lämnas öppen). Normernas språkliga normalform – "om-så" – kunde tyda på att en kontroll av be-

slutets riktighet alltid vore möjlig. Beslutet är "riktigt" om det överensstämmer med följsatsens angivande av beslutsinnehållet och om alla element i villkorssatsen ("rekvisiten") är för handen i det enskilda fall som beslutet avser. En sådan mycket grov överprövning är givetvis principiellt möjlig och kan i enstaka klara fall ge resultat, men dess begränsningar är uppenbara. De följer av omöjligheten att i den generella regeln ge en helt entydig beskrivning av fakta eller ens att eftersträva en sådan. Regeln är ju till sin praktiska funktion icke någon beskrivning, och den innehåller ofta moment som är helt främmande för en sådan. En efterhandsprövning präglas oftast med nödvändighet av samma svagheter som det ursprungliga beslutet.

Ett andra förhållande av central betydelse är att den eller de enskilda normer som ligger till grund för ett normstyrt beslut regelmässigt inte är isolerade utan ingår i en *normhierarki* och ett *normsystem* och att beslutfattaren har att iakttaga vissa principer, som sammanhänger med denna uppbyggnad. Sådana principer är exempelvis att normer av högre konstitutionell valör "tar över" lägre normer och att specialnormer går före allmänna regler. Helt allmänt kan principerna sägas ha till uppgift att tillhandahålla prioriteringsregler, som gör det möjligt att undvika normkonflikter och m.a.o. bevarar systemets *konsistens*.

Idén om rättsordningen som ett slutet *system* är idag en föreställning, som otvivelaktigt spelar en icke obetydlig praktisk roll men som samtidigt är föremål för välmotiverad erfarenhetsbetingad skepsis. Det är å andra sidan ett så karakteristiskt – och i huvudsak för europeisk rättstradition gemensamt – inslag i den moderna juridikens idéhistoriska utveckling att det förtjänar en utvikning. Systemtänkandet är av intresse bland annat emedan det illustrerar det romerska och medeltida arvets intellektuella *utvecklingsduglighet*.

Den antika romerska rätten och dess bärare, de rätts-

lärde, var i allt väsentligt främmande för idén att rättsordningen skulle kunna uppfattas som ett sammanhängande system av normer eller principer. Ursprungligen drog man sig för att överhuvudtaget formulera en *regel*, som skulle vara gemensam för flera olika faktiska situationer. Lösningen på varje problem framstod som resultatet av de ständigt skiftande reella omständigheterna i varje mål. Så småningom trängde sig behovet av generalisering på, om också blott av arbetsekonomiska skäl eller därför att det uppenbarligen var praktiskt otillfredsställande om avgörandena i två sakligt mycket likartade mål blev mycket olika varandra. Hellenistisk vetenskap erbjöd lämpliga förfaranden; närmast låg att utnyttja Aristoteles' utredningar, i metafysiken och de metodologiska småskrifterna, om hur en vetenskap byggs upp och presenteras på grundval av empirisk iakttagelse, induktion, formulering av axiom, definitioner och hypoteser, deduktion från dessa och slutligen systematisk redogörelse med distinktionen och syntesen som viktigaste hjälpmedel. Men från denna teknik, som innebar en metod att behärska och behandla ett stoff, som eljest skulle ha varit kaotiskt och helt oöverskådligt, var det alltså ett mycket långt steg till en genomförd rationell systematisering av det rättsliga materialet. Cicero, som på många ställen i tal och brev ironiserar över juristernas ointellektuella, auktoritära och korthuggna sätt att närma sig och lösa sina problem och att redovisa sin konst, författade en skrift, *De iure civili in artem redigendo*, där han sökte förverkliga ambitionen att utveckla den romerska privaträtten till en efter hellenistiska vetenskapsideal systematiserad vetenskap. Denna skrift är emellertid förlorad, och uppenbart är att den inte kom att utöva något nämnvärt inflytande på den romerska rättens fortsatta utveckling. Den romerska traditionen förblev rättsfallsorienterad, kasuistisk och mot det inflytande från hellenistisk filosofi, grammatik och retorik som kom att bli ett helt dominerande inslag på andra områden

av romerskt intellektuellt liv värjde sig juristerna under hela perioden fram till den antika kulturens sammanbrott. Till någon genomgripande systematisering av det egna arbetsmaterialet eller hantverket kom det aldrig. *Corpus juris civilis* är inte ett systematiskt lagverk. Det innebär inte att ordning eller logik skulle saknas, men det är inte fråga om lärobokslogik eller läroboksmässig överskådlighet i framställningen. För romarna var rättsfinnandet främst en fråga om *prudentia*, klokhet, moget omdöme. Visserligen accepterade man den aristoteliska logiken, men att tillerkänna logik eller systematik en betydelsefull självständig roll i behandlingen och presentationen av rättsstoffet var man inte beredd till. Juristens konst var att argumentera klokt och moget kring enskilda rättsliga problem och att lösa dem efter avvägning av *pro et contra*.

Inte heller medeltidsjuristerna gav sig in på något försök att på egen hand systematisera rättsstoffet. Det blev först renässansens jurister som – inom ramen för en allmän revolt mot medeltidsjuridiken – sökte utforma kompletta system.

I praktiskt hänseende hade utvecklingen vid medeltidens slut gått därhän, att juristerna konfronterades med så många problem av ett slag som Justinianus' lag helt enkelt inte kunde beakta – samhällsutvecklingen hade gått förbi lagstiftaren – att de allt oftare tvangs att ur det romerska lagmaterialet draga ut svar på helt nya frågor. Det enda rimliga sättet var att finna generella, utöver de enskilda fallen giltiga, *principer* i materialet. På detta sätt tvangs man att begreppsmässigt sammanföra likartade lösningar. Över de enskilda reglerna växte fram ett nät av principer, och för hanteringen av principer och regler krävdes därmed också ett minimum av välutbildade *begrepp* och mot dessa svarande *termer*. Det var också i själva verket i mycket stor utsträckning under senmedeltiden som flertalet internationellt gångbara, ännu idag nyttjade beteckningar för rättsliga principer och för rätts-

institut tillkom eller i varje fall erhöll den innebörd som de sedermera behållit. Tvånget att finna lösningar på nya problem i den justinianska rätten framtvang, med den skolastiska filosofiens hjälp, en intellektualisering och rationalisering av juristhantverket, som var den klassiska romerska rätten främmande. Härtill bidrog också juridikens nya ställning, i den medeltida världen, som universitetsdisciplin, utvecklad i beröring med annan samtida vetenskap. Redan tidigt kom krav på förberedande filosofiska studier att uppställas för tillträde till universitetens juridiska fakulteter (en princip som här i landet försvann först år 1904, då den gamla "juridikofilen" avskaffades).

De viktigaste *idémåssiga* förutsättningarna för en systematisering av rättsordningens – d.v.s. främst den *romerska privaträttens* – många regler var å ena sidan, att det överhuvudtaget existerade någorlunda utarbetade *systemföreställningar* på annat håll som kunde utnyttjas, å andra sidan att dessa föreställningar, eller åtminstone någon av dem, åtnjöt en tillräcklig *auktoritet* i förhållande till det rättsliga stoffet för att det skulle te sig acceptabelt att använda systematiseringen på ett så betydelsefullt och högt ansett material. Den förra av dessa förutsättningar – förekomsten av genomarbetade system – var för handen redan tidigt under högmedeltiden. Grundlinjer existerade som nyss antyddes redan i den aristoteliska vetenskapsteorin. Den filosofiska och teologiska skolastiken tillhandahöll förebilder, som i och för sig hade kunnat användas och som faktiskt också, låt vara i begränsad skala, fick betydelse för utvecklingen av vissa juridiska begrepp. Under den europeiska renässanshumanismens tidigare skeden konstruerade italienska och tyska rättslärdar platoniskt inspirerade system för gruppering och beskrivning av rättsreglerna. Dessa förblev emellertid kortlivade och föga betydelsefulla. Starkast bland de idéströmningar som juristerna kunde utnyttja för att så småningom gjuta det väldiga material

som romarrätten och den medeltida jurisprudenten hade avsatt i rationella systematiska fållor var emellertid den *naturrättsliga* traditionen. Med det medeltida internationella enhetssamhällets sönderfall, den religiösa schismen och nationalstaternas framträdande kom idén om naturrätten att fylla nya *praktiska* behov; en överordnad rättsordning, som byggde varken på påvedömet eller på det romerska kejsardömet alltmer skeptiskt ifrågasatta auktoritet, hade uppenbara praktiska fördelar att bjuda eller uppfattades rentav som nödvändig i reformationens och de europeiska kolonialistiska furstestaternas värld.

Den principiella accepten av naturrättsidéerna skapade en väsentligt större frihet i attityden till det romerska materialet. Vare sig det var fråga om en starkt teologiskt färgad naturrättsuppfattning eller om en utpräglat rationalistisk, tillhandahöll den naturrättsliga utgångspunkten s.a.s. en egen plattform, från vilken den romerska rätten kunde diskuteras och kritiseras. Mer avancerade försök att utveckla naturrättens regler krävde å andra sidan en egen argumentationsteknik och en egen systematik. Varje mer detaljerad regel, som skulle formuleras på naturrättslig grund, måste *motiveras*: dess nödvändighet måste styrkas, och någon hänvisning till historisk eller statsrättslig auktoritet, som var romarrättens fundament, kunde därvid inte göras. En naturrättslig regelbyggnad måste s.a.s. stå på egna ben, och sättet att presentera den blev därmed avgörande. Ville man utveckla naturrätten till något mer än luftiga principer eller deklamationer i inledningskapitel, måste man ge den en strikt systematik.

Den sista av de idémässiga förutsättningarna för det juridiska systembyggande som vidtog under 1600- och 1700-talen och som kommit att i hög grad bestämma inte blott ämnesindelning och studieordning vid de västerländska universitetens juridiska fakulteter utan även några av de mest betydelsefulla och inflytelserika lagverk som tillkommit i Europa – den franska *Code civil* från

1804 och den tyska *Bürgerliches Gesetzbuch* från 1900 – kan med betydande men inte oskäligen förenkling kallas den *axiomatiska* eller *geometrisk*a vetenskapsmodellen, för vilken den franske 1600-talsfilosofen René Descartes (Cartesius, 1596–1650) står som den främste om också långtifrån den ende företrädaren. Den cartesiska metodens vetenskapliga ideal som var att bygga upp kunskapssystemet genom deduktioner från ett begränsat antal, om möjligt från ett enda axiom, anammades begärligt av de rättsteoretiker som med växlande framgång antingen konstruerade kompletta naturrättsliga system helt vid sidan av den faktiskt tillämpade romerska eller med germanska inslag uppblandade gällande rättsordningen eller sökte att inpassa de existerande reglerna i sådana system. Det är den cartesiska metoden man åsyftar när man betecknar det senare 1600-talets och hela 1700-talets rättssteoretiska bemödanden med termen "rationalistisk naturrätt".

De mest uppmärksammade författarna inom denna skola var "den moderna naturrättens fader", holländaren Hugo Grotius (1583–1645), vissa spanska jurister, tyskar såsom Pufendorf, Christian Thomasius och Christian Wolff och den franske rättslärde Jean Domat.

Under 1700-talet kommer systematiseringsambitionerna att prägla inte blott den akademiska juridikens arbete med naturrätten. Även studiet och beskrivningen av den gällande romerska eller romerskrättsligt influerade nationella rätten i de europeiska staterna präglades starkt av dessa ambitioner. Utvecklingens slutstadium kan sägas vara de här ovan nämnda stora lagverken. Strävan att inordna de enskilda lagreglerna i ett komplett och motsägelsefritt system är mindre framträdande i 1804 års franska civillagbok. Så mycket mer genomförd är den i den tyska BGB (1900). Under intryck av idéer (på 1800-talet även präglade av den samtida naturvetenskapens framsteg) om rättens totala karaktär och frånvaron av "luckor i lagen" sökte man där förverkliga det kompletta

lagverket. BGB har beskrivits som en lagbok i läroboksform – eller en lärobok i lagform.

Den karakteristik som här givits av den kontinental-europeiska utvecklingen måste förres med reservationer. Beskrivningen gäller inte England, där någon motsvarande systematik aldrig kommit att uppbyggas och där i stället en på praxis byggande, från logisk synpunkt otvivelaktigt ganska kritikabel systembildning vuxit upp. Norden, som i allt väsentligt stått under franskt och framför allt tyskt inflytande, har intagit en utpräglad försiktig, mot alltför långtgående systematiseringsambitioner misstrogen hållning. Det innebär emellertid inte att denna systematik, som man hårt kritiserat, skulle vara utan betydelse för den praktiska problemlösningen vare sig i de nordiska länderna eller i de andra system som är främmande för den mer utbyggda systematiseringen i kontinental rätt.

Om vi från denna idéhistoriska utfärd återvänder till det normbundna beslutfattandets särdrag, skall som ett tredje karakteristikum för den typiska rättstillämpnings-situationen nämnas *beslutstvånget*. Även om de flesta rättssystem saknar uttryckliga regler härom – de existerar t.ex. i fransk rätt – råder det intet tvivel om att det rättstillämpande organet är *skyldigt* att avgöra de frågor som förelagts det.

Det finns i de europeiska rättssystemen ett antal "hjälpregler", som kompletterar principen om beslutstvång och på visst sätt kan sägas mildra dennas följder. Dit hör exempelvis reglerna om processhinder, som gör det möjligt för domaren att undvika ställningstaganden i sak under vissa betingelser; dit kan också räknas preskriptionsreglerna och dit hör framför allt de regler som avser *bevisbördan* och som s.a.s. alltid tillhandahåller en färdig alternativlösning. Kan åklagaren icke styrka den tilltalades skuld, *skall* frikännande dom meddelas; fullgör part i tvistemål inte den bevisbörda som enligt de delvis komplicerade reglerna på detta område gäller i det en-

skilda fallet, skall domaren avgöra målet som om denna parts påstående hade varit oriktigt. Detta system av "hjälpregler" för beslutstvångets infriande är visserligen inte heltäckande – den största luckan finns i de fall då domarens tveksamhet hänför sig inte till fakta utan till normernas innebörd – men det innebär otvivelaktigt en betydande lättnad. Ett ytterligare moment, som kännetecknar det judiciella förfarandet och som på en gång underlättar och försvårar beslutet, är att själva *beslutssituationen*, valet mellan alternativ, i mycket stor omfattning *formuleras av andra*, nämligen av parterna. Spelrummet för en egen problemformulering från beslutfattarnas sida är m.a.o. mycket begränsat.

Vad domaren inte *kan* göra – det är beslutstvångets innebörd – är att avstå från beslut och att skjuta beslutet på framtiden i det oändliga. Även på de punkter där "hjälpregler" av nyss antytt slag inte träder in, finns det emellertid element i den judiciella beslutssituationen som i regel inte står målbeslutens ansvariga till buds och som i sin mån gör beslutstvånget lättare att hantera. Ett sådant element är sådana "övernormer" som tjänar till att hålla systemet motsägelsefritt, vanligen genom att etablera prioriteter, t.ex. genom att ge speciallag företräde framför allmänna regler, grundlag framför "vanlig" lag o.s.v. Ett annat element finner vi i själva normernas konstruktion. Karakteristiskt för dem är ju att de är uppbyggda kring ett antal "rekvisit" eller "rättsfakta", vilkas förekomst är villkoret för en viss påföljd. Principiellt – och här är det nödvändigt att understryka att vi talar om en förenklad idealmodell – är det endast dessa fakta som är *relevanta* för domarens beslut. Det är som redan noterats karakteristiskt för den juridiska tekniken att "*isolera*" fram de moment i ett händelseförlopp eller ett sakförhållande som har vad man kallar "juridisk betydelse". Att denna isolering i verkligheten ofta är ineffektiv på grund av språkets ofullkomlighet och bristande precision eller på grund av utomjuridiska värderingars genomslag

upphäver inte själva principen, som i sin tur är ett grundelement i det rättsliga beslutfattandet och i rättsstatens rättssäkerhetsideologi. Domaren skall beakta endast de juridiskt relevanta elementen i de fakta han har framför sig. Avviker han från den principen, är likformigheten i hans beslutfattande i fara.

Ett fjärde karakteristikum för det rättsliga beslutfattandet som det utvecklats på den romerskrättsliga traditionens grund är dess principiella *kompromisslöshet*. Om A och B tvistar om bättre rätt till ett föremål, kan domaren inte avgöra tvisten genom att dela det mellan parterna. Principen, att beslutet måste vara A eller B, är underkastad många undantag, och en tendens i modern rättsutveckling är otvivelaktigt att i större omfattning än som tidigare var tillåtet medge en allmän prövning av resultatets skälighet, men det är dock fortfarande inom stora områden karakteristiskt för det normstyrda beslutfattandet, att det syftar till ett renodlat A- eller B-avgörande. Särskilt klart är förhållandet inom straffrätten, där domarens tvekan självfallet inte får leda till något mellanting – exempelvis ett lågt straff – mellan fällande och frikännande.

Den principiella kompromisslösheten åtminstone på vida fält står i samband med den femte och sista egenhet hos denna beslutsform som skall uppmärksammas här: *rättvisekravet*. Hur diskrediterat detta än är i teoretiskt hänseende och i hur hög grad det än omformulerats till mer "tidsenliga" beteckningar, är det ingen tvekan om att rättsligt beslutfattande i praktiken och enligt en bland politiker, praktiska jurister och allmänhet starkt omfattad ideologi står under speciella förväntningar om att förverkliga rättviseföreställningar. Ett centralt element i detta krav är att *lika fall skall behandlas lika*; ett annat element är just att rättvisa skall skipas utan kompromisser. Det är visserligen sant att *allt* samhälleligt relevant beslutfattande är föremål för vissa likartade anspråk, men i fråga om kravens styrka och precision står

otvivelaktigt det rättsliga beslutfattandet i särklass.

Till de arbetsredskap som juristerna måste tillverka åt sig för att bemästra de uppgifter som har karakteriserats här har kommit att höra en särskild metod, eller teknik, för *tolkning* av det språkliga material som var och förblivit föremålet för deras mödor. Denna juridiska tolkningsmetod uppvisar naturligt nog åtskilliga variationer från tid till annan och från land till annat. I ett brett perspektiv framstår den emellertid som ett gemensamt element i det europeiska rättsarvet. Den rättsvetenskapliga diskussionen i tolkningsfrågorna var – liksom juridisk diskussion överhuvudtaget – till sin karaktär helt internationell fram till 1800-talets mitt, då de starka nationalistiska rörelser som drog fram över Europa i någon mån fällde ned gränsbommarna även på detta område, men den nationellt begränsade rättsteoretiska debattens tid kan åter åtminstone i huvudsak betraktas som ett förflutet skede.

Det var inte juristerna som först av alla, eller ensamma, började utarbeta en speciell metod för att med säkerhet och likformighet begripa innehållet i svårtillgängliga texter, eller rättare sagt för att avlocka auktoritativa texter svar på praktiska handlingsfrågor även i situationer, där det är tveksamt eller rentav osannolikt att dessa texters upphovsmän förutsett problemet.

Det är i huvudsak på tre områden som en tolkningslära – en *hermeneutik*, som den lärda termen lyder – växte fram redan under antiken. Det är anledning räkna med idémässiga sammanhang, lån och kritiska jämförelser dem emellan. De allra första kända företrädarna för en sådan metod var de grekiska filosofer och grammatiker som ägnade sitt skarpsinne först och främst åt de homeriska dikterna. Deras tolkningsläror kom i betydande utsträckning att anammas av de judiska rabbiner som sökte lägga de gammaltestamentliga skrifterna till grund för en motsägelsefri, rationell och för hellenistiska mottagare acceptabel teologi. Den hellenistiska traditionen kom

såväl direkt hos de filologiskt och filosofiskt bildade kyrkofäderna, som genom judendomen och slutligen långt senare, i samband med det arabiska kulturinflytandet under den tidiga högmedeltiden, att starkt påverka den andra stora härden för hermeneutisk debatt och lärobildning, nämligen den kristna teologin. Det är för övrigt inte den sista gången som hellenistisk utläggningskonst influerar språkmännens och teologernas hermeneutik. En ny våg satte in med renässanshumanismen i den protestantiska teologin och på den klassiska filologins område.

De romerska juristerna är den tredje grupp som tidigt arbetade med hermeneutiska frågor. Att de *på ett allmänt plan* mottagit avgörande inflytelser från sengrekisk filosofi, grammatik och retorik är numera höjt över varje tvivel. Styrkan, inriktningen och konsekvenserna av detta inflytande i enskildheter är i gengäld omstridda. Att den senantika retoriken, inom vilken tolkningsfrågor också behandlades, var välbekant för de klassiska romerska juristerna torde vara klarlagt men samtidigt bär de oftast kortfattade tolkningsmaximer som finns uttalade i det bevarade materialet en omisskännlig självständig särprägel.

Om man söker skälen till att just teologer, jurister och klassiska filologer tidigare än andra utbildat en normativ hermeneutik – d.v.s. en tolkningslära innefattande konkreta anvisningar om tolkningsförfarandet – framstår det som avgörande att dessa tre grupper alla hade att göra med texter vilka uppfattades som *auktoritativa*. Att detta gällde den romerska rätten och att det gällde de teologiska urskrifterna behöver inte närmare utredas. Det gällde emellertid också i mycket stor utsträckning helt allmänt den antika litteraturen. Den vetenskapliga uppgiften inför de tre typerna av texter var – tillspetsat uttryckt – raka motsatsen till den som kanske faller sig närmast att uppställa för *modern* kritisk vetenskap: det var inte att uppleta och påvisa motsägelser eller oklarheter;

det var att få texterna att gå ihop och att bli klara och begripliga. Den givna utgångspunkten var textens auktoritet. Bland de tre disciplinerna intager juridiken en särställning i ett par väsentliga hänseenden, som kom att prägla den specifikt rättsliga hermeneutiken och som i ganska stor utsträckning gör det än idag. På visst sätt var juristernas uppgift enklare än teologernas och filologernas. De hade varken att brottas med de speciella problem som å ena sidan idéer om gudomlig verbalinspiration, å andra sidan föreställningar om en mystisk eller symbolisk dubbelmening beredde teologerna. Inte heller stod juristerna inför de frågor som den estetiska och psykologiska helheten av språkuttryck och mening liksom strävan efter psykologisk förståelse uppställde för de klassiska filologerna och deras litteraturvetenskapliga arvtagare. För den juridiske uttolkaren var och är språket bruksvara, ett instrument för den praktiskt problemlösande tanken – inte mer. Från en annan synpunkt var juristernas dilemma det svåraste, ty de hade att omsätta lagens ord i omedelbar *handling*. Motsägelser eller oklarheter som kunde vålla teologen samvetsnöd och humanisten huvudbry kunde i deras fall resultera i handgripligt, fysiskt lätt konstaterbart kaos i samhällslivet. Deras tolkningar berörde inte endast själarna utan också kroppar, jordagods och lösören, ibland flyktiga och förgängliga ting, underkastade snabb förruttnelse. Om dessa skrymmande materiella föremål måste fattas beslut, som inte tålde uppskov.

Juridisk tolkning ägde rum – och äger alltjämt rum – på en samhällelig teater med tämligen bestämda rollhäften för de agerande. Åt en var uppdraget att lagstifta, åt en annan att tolka och tillämpa; det sågs inte med blida ögon att uttolkaren tog sig friheter på lagstiftarens bekostnad. Så är det alltjämt, även om det suveräna folket och dess valda ombud nu trätt i den allsvåldige lagstiftarens ställe. Absolutistiska och demokratiska ideologier ger ständigt lagtolkaren anledning att begrunda var

gränsen för den legitima tolkningen går och var den fria rättsfortbildningen tar vid.

Över tolkningsverksamheten tronar dessutom inte blott en äldre gudinna, Justitia, som ställer det svårbedömda kravet att tolkningsresultatet skall stå i överensstämmelse med något som just då betraktas som *rättvisa*, utan även mer kortlivade gudomligheter, som ställer anspråk på *billighet*, humanitet, ändamålsenlighet enligt måttstockar som inte sällan skiftar. Om Justitia framför allt kräver sträng likformighet och sträng bokstavstrohet – försåvitt nu inte själva den lag det gäller att tolka kommit att uppfattas som "orättvis" i sig – fordrar kanske dessa andra gudomar flexibilitet, hänsyn till det egenartade udda fallet eller hänsyn till ekonomiska och sociala konsekvenser, som lagstiftaren varken kunnat eller velat förutse. Juristens tolkande verksamhet är slutligen offentlig också i den helt konkreta meningen att den ofta äger rum under ett offentligt förfarande – rättegång eller förhandling – och att den sker inte blott under starkt socialt tryck utan också under tidspress. Bland teologerna har förvisso själasörjare (och inkvisitorer) under tidernas lopp ej sällan tvungits bedriva sin tolkande verksamhet under likartade förhållanden, men genomsnittligt sett torde både brådskan och det samhälleliga trycket åtminstone i modern tid ha vilat tyngre över juristerna.

Medeltidens, renässansens, liksom 1600-talets och 1700-talets jurister – för att nu göra en nödvändig svepande samlingskaraktistik – utgick alltså i huvudsak utifrån en förutsättning, som var naturlig nog så länge det rörde sig om tolkningen av vad som uppfattades som kejsar Justinianus' lagverk, *Corpus juris civilis*, nämligen att uppgiften var att finna en *lagstiftarvilja*, som antogs vara allvis och fri från motsägelser (och som vidare antogs bygga på fullständig insikt i alla relevanta och faktiska förhållanden). Inte ens den starka naturrättsliga strömning som bröt fram under senare delen av 1600-talet och

dominerade 1700-talets rättstänkande innebar någon avgörande brytning med dessa grundidéer när det gällde de praktiskt tillämpande juristernas och de rent juridiska författarnas (att skilja från rättsfilosofernas) tolkningsmetod. En allmän europeisk tendens var, alltifrån renässansen, att eftersträva kompletta, motsägelsefria och genomtänkta *system* av tolkningsprinciper; härigenom kom man otvivelaktigt att avlägsna sig något från de romerskrättsliga utgångspunkterna.

Markanta förändringar i synen på den tolkningsmetod som förblivit ett gemensamt element i de europeiska juristernas yrkestradition inträdde först med 1800-talet, inom ramen för de generella förskjutningar i juridikens idéunderlag som skall beröras i ett följande kapitel. För sammanhangets och enkelhetens skull må dessa förändringar, försåvitt gäller tolkningsläran, presenteras i detta sammanhang.

Det var ofrånkomligt att föreställningarna om *lagstiftarviljan* måste förändras med tiden. Alltifrån den franska revolutionen och framför allt efter 1848 blev någon form av folkrepresentation med allt större inflytande på lagstiftningen den dominerande konstitutionella ordningen i Europa. Det betydde å ena sidan, att lagstiftningen inte längre ens med hjälp av mycket hårdhänta fiktioner kunde uppfattas som uttryck för en enda mans vilja utan tvärtom ofta framstod som en utpräglad kompromissprodukt. Å andra sidan medförde den konstitutionella ordningen, att särskilda formaliserade dokument (sammanfattningsvis benämnda *lagförarbeten*, bestående av kommittébetänkanden, propositioner och mer eller mindre fylliga s.k. motiv, utskottsutlåtanden och voteringsprotokoll) – dokument, som redogör inte blott för lagstiftningsärendets gång utan också för bakomliggande rättspolitiska överväganden – blev allmänt tillgängliga för juristerna. Samtidigt som det okritiska talet om en enhetlig lagstiftarvilja blev svårare att försvara, växte sålunda fram vad man skulle kunna kalla en

bestämd, formaliserad bas för tolkningen av de lagstiftande organens avsikter. Tillkomsten av det moderna riksdagstrycket som informationskälla till lagstiftningens grund och de politiskt bestämmandes avsikter var en förutsättning för den kontrovers mellan två skolor som brukar betecknas med termerna *subjektiv* och *objektiv* lagtolkning. Karakteristiskt för den förra är den avgörande vikt som lägges vid förarbetena; den senare kännetecknas i regel därav att man vill lägga huvudvikten vid den färdiga lagstiftningsprodukten faktiska sociala funktion, sådan den kan iakttagas i rättstillämpningen, och betraktar förarbetena snarare som historiska vittnesbörd utan omedelbart intresse i de konkreta fall som uppträder kanske lång tid efter lagens tillkomst och kanske på sådant sätt att det är uppenbart att lagtextens upphovsmän aldrig ägnat dem en tanke.

Det bör tilläggas, att på detta område den *engelska* rättstraditionen avviker från den kontinentaleuropeiska. Engelska domare har i det allra längsta ansett sig principiellt förhindrade att överhuvudtaget ta del av lagtextens förhistoria. Lagstiftaren har att uttrycka sig tillräckligt tydligt, heter det, och överlämna åt domstolarna att med traditionell tolkningsteknik fastslå textens innehåll.

Ett andra nytt inslag i den europeiska tolkningsdiskussionen har naturligt nog varit den moderna betydelSELÄRANS och språkpsykologins rön beträffande den språkliga kommunikationens och den språkliga förståelsens förutsättningar och villkor. All äldre hermeneutik byggde inom det rättsliga gebitet på idén om det naturliga språkets uttrycksförmåga eller åtminstone möjligheten att sedan man med lämpliga metoder skingrat olika former av oklarhet nå fram till en absolut och entydig, på det enskilda konkreta fallet användbar *mening*. Det var med andra ord en självklar utgångspunkt att man genom tillräckligt energisk tolkning faktiskt alltid kunde nå fram till ett *svar* på den tillämpningsfråga man uppställt. I mycket förenklad sammanfattning kan man säga, att den

moderna juridiska hermeneutiken på denna punkt in- tagit en betydligt mer resignerad hållning. "Tolkning" uppfattas som en bland flera möjliga metoder i rättstill- lämpningen, och man är beredd att finna sig i en situation, där tolkningen helt enkelt inte ger besked och där det åligger den rättstillämpande att inom vissa ramar och med en viss argumentationsteknik gå vidare för att på grundval av ett eget, låt vara styrt, värderande ställnings- tagande lösa det föreliggande fallet. Vissa moderna rätts- teoretiker företräder en riktning, för vilken tolkningen egentligen endast är en första utgångspunkt, från vilken man i problemlösningen har att gå vidare i det juridiska beslutfattandet med stor frihet gentemot lagtextens språkliga innebörd, sedan man väl funnit den sociala funktion som en bestämmelse faktiskt kommit att fylla.

De juridiska författare som förordar en subjektiv tolk- ningslära är idag också i högre grad än tidigare medvetna om att användningen av förarbetsmaterialet inte så myc- ket är ett utforskande av en historisk "lagstiftarvilja", vilken skulle ha kommit till oklart uttryck i lagtexten, som ett medvetet val av en begränsad, formaliserad tolk- ningsbas, ur vilken man kan framleta viss vägledning och vissa exempel men knappast indikationer på en "vilja" i psykologisk mening.

Den moderna utvecklingen på lagtolkningens område kan på visst sätt sägas innebära en "avintellektualise- ring" av tolkningen i förhållande till skolastikernas, humanisternas och de rationalistiska naturrättslärdes syn på sin uppgift. Med betydande variationer mellan oli- ka europeiska länder har mer och mer framträtt idéer om lagens och lagtextens karaktär av ändamålsbetingat *soci- alt styrmedel* bland andra sådana. Synen på lagtexten som ett i sig värdepullsvärt *dokument* har på många håll givit plats åt uppfattningen att denna text blott är ett *in- strument*, avsett att tillgodose samhällseliga behov. Detta är lika litet som vetenskapen om språkets ofullkomlighet någon nyhet, men attityden har dock kommit att bli

väsentligt mer betydelsefull än tidigare. Det kan icke förnekas att denna utpräglad nyttobetonade, instrumentella syn på lag och rätt som ett slags samhälleliga "köp- och slängartiklar" på sina håll tycks uttrycka en brist på respekt för de juridiska styrmedlen, som riskerar att omfatta även rättsordningen som helhet.

Här har talats om juridiken som arbetsfält och arbetsinstrument, och om den juridiska tolkningsläran som anvisningar för arbetets bedrivande. Nu något om arbetarna själva – juristerna.

Självfallet har juristrollen förändrats med århundradena. I den centrala europeiska traditionen – och på detta närmast socialhistoriska område hör de brittiska öarnas juristvärld hemma i europeisk tradition, medan Norden, framför allt Sverige och Finland, representerar periferin – har förändringarna emellertid varit påfallande små.

Det självfallet sedan länge försvunna, men alltså nästan omöjligt att återbilda, var den tidiga romerska utvecklingens rättslärde. Redan på Ciceros tid var typen s.a.s. färdigutbildad; den store talaren och författaren ironiserar över juristernas språk och tankevanor. Så länge Rom hade funnits, hade ekonomiskt oberoende män ur det högsta skiktet verkat som rättslärde. Någon formell utbildning gavs inte. Deras skola var långvarig lärlingstid hos någon ansedd företrädare; många klättrade med duglighetens rätt också upp för de politiska statsämbetenas karriärstege, men någon juridisk karriär existerade inte. Juristen gav råd utan ersättning; hans särskilda hantverk var äldre än det politiska systemet; det hade sina rötter i den från far till son, från mästare till lärling, vidareförda rättstradition som var de aristokratiska prästkollegiernas särskilda hemlighet och konst i den fjärran lantliga småstaden Rom. Att odla rätten var en bisyssla för gentlemän; den krävde hos sina utövare klokhet, oberoende, kunskap om fädrens sed och stor personlig auktoritet. Det var också en auktoritär rätt; omfattande domskäl be-

svärade man sig sällan med; man gav besked i svåra frågor; det var nog.

I kejsartidens Rom hade situationen redan förändrats. Det fanns alltjämt berömda rättegångstalare och en växande kår av enklare sakförare, som redan hunnit ge växt åt ironiska folkliga talesätt om juristernas girighet och ohederlighet; vidare tycks ha tillkommit en liten grupp rena lärare och författare; men huvuddelen av den egentliga juristkåren, de tysta problemlösarna, hade förvandlats; i allt större utsträckning återfinnes de i kejsarens kansli. De rättskunniga magnaterna hade byråkratiserats. Den uråldriga auktoritet som deras företrädare kunde stödja på den romerska aristokratins rättsbevarande och rättsskipande roll var förbrukad; den enda effektiva auktoriteten var nu kejsarens. Stil och tankevanor hade emellertid bevarats; de nya rättslärde knöt medvetet an till traditionen; den förstärkte auktoriteten.

Med rikets fall föll också den specialiserade juristkåren. Det är först på högmedeltiden som en sådan återuppstår. Det sammanhänger, som redan antytts i det föregående, med den "juridiska utbildningsexplosionen" i Bologna och vid de andra medeltida universiteten.

Trots medeltidsjuristernas strävan att återuppliva och följa det romerska rättsväsendet och trots påtaglig vilja att anknyta till mönster och beteenden i romersk tradition blev det medeltida juristskrået sannolikt de mest effektiva samhällseliga nydanare Europa någonsin har haft. Juristerna spred sig från Bologna, Paris, Oxford, Salamanca, Prag och Heidelberg, stolt prålade med den återupptäckta romerska rättens principer, regler och enskilda exempel, dess lantligt enkla visdom och dess subtila spetsfundigheter. Det framstår som en paradox, att dessa den moderna juristrollens tidigaste företrädare, med sin antikvariska utbildning, först och främst blev de moderna centraliserade förvaltningsstaternas grundare; de blev furstetjänare, i furstarnas kamp mot feodalherrar, prelater och lokala menigheter, och som furstetjänare i sen-

medeltidens Europa gick de framtidens ärenden, med det längesedan förflutnas rättsspråk på läpparna. Det var visserligen furstemaktens auktoritet och i sista hand dess våldsmakt som satte kraft bakom de latinska sentenserna, och det skedde inte av osjälviskt antikvariskt intresse. Men det var juristernas latin som gav furstarna de argument, och den legitimitet, varförutan varken svärd eller schavotter i längden kan säkra en samhällsordning. Och ytterligare: samtidigt som det nya skrået, de lärda lagkarlarna, stödde furstemaktens anspråk utåt, tryckte de också sin stämpel på maktutövningens inre sida; ty maktutövning, hävdade de – eller åtminstone de oförskräcktaste ibland dem, och åtminstone i princip – skulle ske inom rättens ramar, med rättens stöd och helst i rättstillämpningens former.

Det är idag svårt att föreställa sig i hur hög grad det universitetsutbildade juristståndets tillkomst och inträde i avgörande, gamla eller tidigare kända roller och befattningar har präglat inte blott offentligt liv utan även tankevanor och diskussionsstil i Västeuropa. Det juridiska universitetsstudiets genombrott hade, även med moderna kvantitativa mått, karaktären av utbildningsexplosion, och de långsiktiga effekterna av vad som ytligt sett framstår som ett egenartat återvändande till sex-sjuhundraåriga samhälleliga problemlösningar kan betraktas som nära nog revolutionära. Genom juristskråets framträdande och snabba makttillväxt kom Västeuropa för en framtid som ännu ej är avslutad att – som redan framhållits i ett tidigare kapitel – bli den mest eller rättare sagt den enda legalistiska, rationalistiska och genomjuridiserade av alla kända högkulturer.

Hur effektivt juristrollen inplanterades i det europeiska samhället märker man kanske enklast genom att konstatera vilken självklar plats juristen – den allvarlige notarien med äktenskapskontraktet, den spetsfundige advokaten – spelar i europeisk litteratur, inte minst den dramatiska, från medeltiden och framåt. Advokaten

maître Pathelin är en ordspråksmässig ordklyvare i franskt vardagsliv, juristen står vid sidan av den salvelsefulle prästen, den pompöse läkaren och den storskrävlande soldaten som färdigslipade typgestalter i den folkliga italienska komedins persongalleri.

Rollen har behållit sin plats, men artrikedomen inom den givna ramen har ökat. Tre–fyrahundra år efter de romerskrättsligt skolade furstliga byråkraternas och centralisternas storhetsperiod finner vi juristen – eller åtminstone den intellektuellt mest rörliga delen av skräet – i färd med att bygga vallar mot den maktkoncentration han själv bidragit till att skapa. Nu är det i första rummet inte i den vördade forntiden utan i *naturrätten*, i den högre och som man trodde sig våga påstå eviga, överallt lika och överallt oföränderliga förnufts-rätten som man söker stöd. Argumenten och metoderna, då man från dessa höjder sökte hämta ned en användbar rätt, var emellertid i stor utsträckning en vidareutveckling av de romerska och de romerskrättsliga.

Ingen tvekan kan emellertid råda om att juristrollen, under upplysningstid och liberalism, genomgår en utvidgning om också inte en grundläggande förändring. Under förnufts- och framstegstrons glansdagar finner vi jurister, som inte står på den politiska härskarmaktens sida utan driver sin konst i deras tjänst och till deras fromma som kanske är morgondagens makthavare, idag ännu blott en mäktig opposition. Vid sidan av dömande, förvaltande och processande kolleger bereder sig den oberoende, oppositionelle politiserande men alltjämt med juridikens hävdvunna vapen kämpande advokaten en plats i solen. Helt ny är inte denna instudering av juristrollen. Man glömmer lätt, att den frie advokatens roll förutsätter två ting, som hör en äldre ordning till: domare, som är fria att acceptera hans argument, och en rättsordning i stort, som skyddar såväl hans förbindelse med klienten som hans oberoende bärgning.

Hundra år senare, vid 1800-talets mitt, såg man å ena

sidan gärna domaren som en medlare, en oberoende, som hade att skipa rätt mellan den enskilde och det allmänna; inte minst hade han att värja enskild rätt mot den växande statsapparaten. Domaren skulle stå hög och fri, rättsamfundets värnare, satt att bedöma statliga likaväl som enskilda anspråk. Å andra sidan är detta en period i juristrollens utvecklingshistoria, då man betonade rättstillämparens bundenhet ej blott till den klart uttryckta lagens ord utan också till de avsikter och strävanden som man sammanfattade under beteckningen "lagstiftarens vilja". Denna vilja tänkte man sig ej sällan som en kollektiv livsytring av det mäktiga, hemlighetsfulla men samtidigt välsinnade och rättsinniga väsen som den upplysta staten utgjorde.

Paradoxen – detta att man samtidigt var beredd att tillskriva juristen, både den statligt anställde domaren, den frie advokaten och i viss mån rentav förvaltningstjänstemannen, en roll som individens beskyddare och det allmännas tjänare – denna paradox finner sin förklaring och sin upplösning just i det förhållandet att man tänkte sig den överindividuella statsviljan såsom *upplyst* och beredd att acceptera legalitetens alla begränsningar. Det var först senare, då statsmakten efter det första världskrigets konvulsioner visade ett annat ansikte – ett med totalitära anspråk, med förtryck och våld – som paradoxen mellan en oberoende juristroll och juristens totala bundenhet till allt vad makten behagade diktera blev uppenbar och på sina håll olidlig. Reaktionen blev också, både på den internationella scenen och främst i de länder som sett paradoxen klarast, en renässans för idén om juristen som medlare och som de enskildas beskyddare. Kraftigast kommer denna reaktion till uttryck i de internationella konventioner som uppställer kataloger över mänskliga rättigheter och som tillskapar oberoende juridiska organ för prövning av mellanhavanden mellan stater och individer. Till dessa blir det anledning återkomma i ett senare kapitel.

9. NYA TIDER: SKILJELINJER OCH FÖRENINGSBAND

Grunddragen i juristernas europeiska enhet var i allt väsentligt utstakade vid medeltidens slut. Hade historien gjort halt omkring år 1500, skulle inskränkningarna i denna sammanfattande karakteristik ha kunnat begränsas till två. Å ena sidan fanns randområden i norr, som var endast ofullständigt införlivade med enheten – det gällde framför allt det svenska riket, som emellertid redan på grund av kyrkans inflytande och under handelsförbindelsernas tryck var på väg in i den europeiska kärnfamiljen – och å andra sidan fanns större, folkrikare och mer svärpåverkade östliga randområden, om vilkas framtida förhållande till enheten det fanns starkare skäl till ovisshet. Den andra reservation som historikern haft anledning göra i marginalen till sin beskrivning av ett juristernas färdigbyggda Enhetseuropa hade varit det ganska självklara påpekandet, att vi endast har begränsad kunskap om hur den juridiska vardagsvärlden i det feodalt splittrade, trögrörliga och helt övervägande lantliga Europa tedde sig i detalj: hur långt ned i byarna trängde den lärda rätten? Kunskapen är fragmentarisk och ojämn. Åtskilliga vittnesbörd pekar på att den romerskrättsliga penetrationen var långtgående och effektiv, trots lokalt folkligt motstånd på vissa områden. När det gällde den centrala basen för rikedom och makt – ägandet av jord – förefaller lokala rättssedvänjor att ha stått sig bättre.

I det fågelperspektiv som här är praktiskt ofrånkomligt

står sig alltsomallt bilden av en långtgående europeisk rättsenhet.

På den religiösa, kulturella, politiska, militära och ekonomiska historiens fält går Europa vid den nya tidens början in i en utveckling som kännetecknas av söndring och splittring: de centraliserade furstestaterna undanröjer de sista föreställningarna om en politiskt enad kristenhet under kejsarens överhöghet, reformationen spränger den religiösa enheten, de stora upptäckterna accentuerar nationalstaternas självständighet och inbördes tävlan, nya kulturbärande skikt ger Europa ökad rikedom och mångfald – men också splittring – genom framväxten av nationella litteraturer.

I det perspektiv som här är det sammanhållande – den europeiska rättens utveckling – kan man förvisso notera liknande centrifugala rörelser. Lokal, nationell rätt blir föremål för vetenskapligt studium: Europas första professur i det egna landets rättsordning är den upsaliensiska lärostolen i *jus patrium* (fäderneslandets rätt) 1620; det skulle dröja till 1678, innan Ludvig XIV inrättade en professur i fransk rätt i Paris. Nationalstaterna genomför omfattande reformer på rättskipningens och förvaltningens område och något senare kommer också nationella lagstiftningsinitiativ på andra rättsområden till stånd. Den moderna staten föds. Jämfört med utvecklingen på de andra områden som här nämnts går emellertid enhetens upplösning betydligt långsammare inom juridiken; allmäneuropeiska strömningar av betydande kraft och seghet motverkar också splittringen.

Fram till den franska revolutionen och de nationalistiska rörelsernas genombrott under 1800-talets första årtionden bidrar dessa motströmningar till att vidmakthålla och rentav utveckla den europeiska juridiska gemenskapen.

Den första – så självklar och välbekant att den inte behöver närmare utvecklas – är den fortsatta, oförminskat energiska bearbetningen av den *romerska* rätten, alltmer

vidlyftig på grund av den väldiga sekundärlitteratur som Europas universitet avsätter. Det är nu, under 1600-talet, som Sverige på allvar träder in i verksamheten som fullt sidoordnad familjemedlem.

De mest spektakulära nya tendenserna är utvecklingen av den rationalistiska *naturrätten*, med dess kanske mest betydelsefulla produkt – den moderna *folkrätten* – och den allmänna upplysningsfilosofien med dess rationaliserande och humaniserande inverkan inom främst straffrätten och dess auktoritetsnedbrytande effekter på författnings- och förvaltningsrätten.

Det är dessa tre element i den gemensamma rättsutvecklingen som kort skall beröras här.

Vad beträffar den juridiska yrkesutövningen är det viktigt att erinra sig att de tendenser i olika riktningar som gjorde sig gällande med den nya tidens början blev märkbara först långsamt, med nutida mått mätt. Riktigast är – och det gäller i särskilt hög grad rättsarvets förändringar – att tala om ett utdraget övergångsskede från 1400-talet till mitten av 1600-talet. Med undantag för kortvariga lugnare perioder var detta en tid av långvarig politisk, kulturell och ekonomisk kris, och det var först mot slutet av skedet som de ledande europeiska staterna fick andrum att skapa mer permanenta förbättringar – ofta efter ryckiga experiment och improvisationer av det slag som vi i Sverige känner från den tidigare Vasatidens riks- och provinsstyrelse – i rättskipning och förvaltning. Privaträttslig lagstiftning kom för det mesta sist (t.ex. i Danmark–Norge på 1680-talet, i Sverige–Finland först 1734; årtalen stämmer tämligen väl överens med förhållandena i de mest välskötta kontinentaleuropeiska staterna). Föregångslandet var ofta Frankrike, men även Holland, England och vissa tyska stater lämnade självständiga bidrag.

När det gäller den praktiskt inriktade juridiska forskningen och undervisningen – den undervisning som formade Europas jurister – förändrades den mycket lång-

samt. Här är det av särskild vikt att betona dess fortsatt internationella prägel. Ansedda läroböcker från Salamanca, Lund eller Poitiers lästes i Köpenhamn och Leiden. I de tunna latinska avhandlingarna från Uppsala, Åbo, Bologna eller Montpellier citeras samma författare och diskuteras samma teorier och tolkningar. Under intryck av renässansens svärmeri för antik kultur och dess motvilja mot den medeltida universitetslärdomens påstådda pedanteri och hårklyveri förändrades denna juridiska facklitteratur gradvis i riktning mot större formell elegans, mindre tyngande vördnad för de första stora medeltida rättslärarna och en ökad strävan till systematisk reda och överskådlighet. Men någon revolution var det inte fråga om. Praktisk juridik är ett tungt och tekniskt hantverk, det ligger nära de alldagliga problem som kräver en ändamålsenlig lösning, och det kan inte ta mycken hänsyn till modeströmningar.

Modern forskning har övertygande visat hur starkt denna internationella romerskrättsligt baserade universitetsjuridik kom att prägla det praktiska rättslivet i ett perifert och på vissa områden sent utvecklat land som Sverige, sedan de lärda domstolarna, Svea, Göta och Åbo hovrätter grundats under 1600-talets förra hälft. För första gången började här en juridiskt skolad yrkesdomarkår att verka i riket. Särskilt Svea hovrätts praxis blev avgörande för rättsutvecklingen, framför allt inom handelsrätten och liknande områden, där inhemsk lagstiftning var så gott som obefintlig och där sedvänja och tradition likaledes var svagt utvecklade.

Det svenska exemplet är tillräckligt intressant för att motivera några kommentarer här. Det fanns flera skäl för ett långtgående anammande av den romerska rätten i dess senmedeltida utformning vid domstolarna, och även inom förvaltningen, i stormaktstidens Sverige. Ett betydelsefullt förhållande var att riket hade trätt i intensiv förbindelse med länder och provinser där denna rättsordning var förhärskande icke blott i teorien utan

även i tillämpningen; här spelade de erövrade baltiska provinserna en framträdande roll som förmedlare. Någon inhemsk rättsvetenskap, där den svenska medeltidsrätten bearbetades på ett sätt som skulle ha kunnat göra den skickad att möta den nya tidens alltmer komplicerade behov, framför allt på avtalsrättens, löseghedsrättens och kreditväsendets områden, existerade icke förrän mot periodens slut, och när en sådan vetenskap trädde fram, stod den – bortsett från vissa betydelsefulla historiska arbeten – under starkt inflytande av samtida romerskrättslig doktrin. Överhuvudtaget åtnjöt den justinianska rätten en sådan auktoritet inom hela den dåvarande trots den religiösa splittringen allttjämt enhetliga europeiska kulturkretsen, med undantag för England, att man har svårt att se vart de svenska domarna skulle ha vänt sig för att få vägledning om de icke velat acceptera såväl allmänna grundsatser som enskilda lösningar från den romerska rätten.

De lärda domstolarnas ledamöter befann sig i Sverige liksom i andra länder även från andra synpunkter i en ny och speciell situation, som gjorde hänvändelser till utlandet näraliggande. Bortsett från presidenterna (och de fåtaliga ledamöter av Svea hovrätt som under domstolens första tid i egenskap av "rikshovrättsråd" förenade domarsysslan med medlemskap i riksrådet) utgjordes den nya domstolens ledamöter i övervägande grad av "nya män", *homines novi*, som i förhållande till äldre domartradition företedde två karakteristiska särdrag: de var ofrälse, och deras auktoritet vilade på ämbete och lärdom. Den svenske domaren (liksom i äldre tid hans europeiska kolleger) hade sedan urminnes tid varit en lekman, vars kvalifikationer för ämbetet legat i börd, jordinnehav och sådana allmänna erfarenheter från rättsliga och offentliga värv som en adelsman vanligen förvärvade. När universitetsjuristerna låter latinet flöda i överläggningsprotokollen, är det tecken på att den tekniskt skolade meritokraten på allvar tagit sitt inträde i

svenskt, liksom tidigare kontinentalt samhällsliv; lärdomsuppvisningarna torde ha haft sin betydelse för den ofrälse domarens självkänsla.

Två ytterligare påpekanden må göras till vårt svenska exempel. I likhet med sina kontinentala kolleger i de mer effektiva furstestaterna måste de på vissa punkter, även inom t.ex. handelsrätten, konstatera sin bundenhet av en nationell skriven lag, vilkens bud visserligen i stor omfattning lät sig utläggas i riktning mot partiell överensstämmelse med den justinianska rätten men som här och var gjorde ett oöverstigligt motstånd mot sådana tolkningar. Den karolinska epoken, som härvidlag är symptomatisk för den europeiska furstestatens utveckling, medförde – genom den skärpta accenten på den kungliga lagstiftarens vilja (och – ett mer specifikt svenskt förhållande – genom den ström av nationell självkänsla som gick genom svenskt kulturliv) – en viss reaktion mot anammandet av främmande regler.

Vidare bör påpekas att den justinianska rättens inflytande på mer än en punkt, i synnerhet i fråga om allmänna rättsgrundsatser, var mångtydigt. Samtidigt som den innehöll många uttryck för privaträttens självständighet och de enskilda rättigheternas helgd gentemot det offentliga, kom här och var den senromerska statens diktatoriska prägel och principen om statsnyttans obetingade företräde till uttryck. På kontinenten hade den romerska rättens segertåg mångenstädes givit furstarna vapen i händerna vid hävdandet av absolut makt, och de romerskrättsligt skolade juristernas popularitet i tyska regeringskanslier berodde icke minst på deras förmåga att kläda sådana furstliga anspråk i den rättsliga argumentationens dräkt. Problem av besläktad typ mötte de svenska hovrättsdomarna i åtskilliga sammanhang, bl.a. när det gällde den karolinska reduktionens genomförande och dess privaträttsliga efterverkningar. Domarnas sociala situation – åtskilliga hade vid denna tid kommit att tillhöra det nyadlade lågfrälset, som försörjde sig

huvudsakligen på offentlig tjänst även om en och annan hunnit skaffa sig sätesgård – gjorde dem otvivelaktigt mottagliga för den kritik mot den av reduktionen hårdast drabbade medeltida högadeln som var ett element i reduktionens motiv och samtidigt beroende av den kungliga regeringens bevågenhet. Det torde ha varit svensk rättstradition snarare än tilltro till romerskrättsliga satter som gav hovrättsledamöterna den ofta förbluffande rakryggade självständighet de visade när det gällde att värja enskild rätt i många hithörande mål. Redan två mansåldrar efter Svea hovrätts grundande talade här ett rättsmedvetande som i många fall bör ha varit obekvämt för enväldskungen. Utifrån den svenska statsrättshistoriens synpunkt bör det framhållas som ett minnesvärt förhållande, att de lärda domarna under det karolinska enväldet inte utan vidare valde de justinianska principer som ovillkorligt ställde statens krav framför enskild rätt.

Det kan tilläggas – också som ett specifikt svenskt memento – att det omfattande anammandet av romersk rätt i kontinentaleuropeiska rättslärdes version innebar ett slags "europeisering" på ett bredare fält än det rent juridiska. Stormaktstidens svenskar pendlade stundom, inte alltid – liksom dagens – en smula ostadigt mellan yverboren karskhet och rustik mindervärdeskänsla inför den europeiska kontinenten. Den nationella självkänslan kan söka sig många vägar. En är att hävda sin egenart till varje pris. En annan är att söka inträde i en krets vars ideal man bekänner sig till och vars nivå man erkänner vara eftersträfvansvärd. Bland argumenten för den justinianska rättens giltighet i Sverige, åtminstone som sekundärt hjälpmedel, finner man ibland tanken att vad som gäller hos alla andra kristna folk också måste gälla hos oss. I all sin yverborenhet var den svenska stormakten i hög grad en öppen och mottagningsberedd kulturmiljö.

Även om det får anses vara en överdrift att beteckna den *folkrättslära* som växer fram under 1600-talet som en

verklig nyhet – *verkliga* nyheter är tunnsådda inom juridiken; mycket av det grundläggande arbetet gjordes för mycket länge sedan – är det likväl motiverat att här uppmärksamma den internationella rättens framväxt som uttryck för det europeiska juridiska systemets kreativitet och förmåga att ur det befintliga materialet av metoder, principer och konkreta regler arbeta fram lösningar, som utgör svar på nya och krävande problemsituationer.

Som redan framhållits i det föregående står den moderna folkrättens utveckling i intimt samband med naturrättens uppsving under 1600-talet; som portalgestalt står den holländske juristen *Hugo Grotius* (möjligen något orättvist: en rad spanska rättslärde hade redan på 1500-talet sökt och föreslagit rättsliga lösningar i de nya och svårbedömda relationerna mellan spanska conquistadorer och utomeuropeiska stater och dessas invånare). Grotius, under en tid anställd som diplomat i den svenska stormaktens tjänst, är författare till arbetet *De jure belli ac pacis*, "Om krigets och fredens rätt", ett av dessa verk som samtidigt medvetet, och på ett för framtiden avgörande sätt drar upp riktlinjerna för dess lösning. Grotius' arbete fick världshistorisk betydelse genom att han utvecklar principerna för de självständiga staternas inbördes umgänge. Idéhistoriskt är det avgörande att dessa regler, som inte längre kunde grundas inom den medeltida katolska enhetskulturens ram, bygger på vad man uppfattade som en rent rationell bas.

Detta förfarande var vid 1600-talets mitt en praktisk-politisk nödvändighet. Medeltidseuropas religiösa enhet och spillror av politisk samhörighet inom ett åtminstone formellt erkänt "romerskt rikes" ram hade ohjälpligt rämnat med reformationen och religionskrigen. Den feodala splittringen i flertalet länder hade börjat ersättas av stora centraliserade nationalstater, som erkände varken påvens eller den tysk-romerske kejsarens överhöghet. Auktoriteternas fall skapade behov av bl.a. regler för umgänget mellan likaberättigade stater med skilda religio-

ner och statsskick. Särskilt markant framträdde behovet när européerna efter de stora geografiska upptäckterna började etablera sig och konkurrera i främmande världsdelar. Men även inom de europeiska staterna började nya behov att framträda. Den växande statsapparaten hade visserligen på många håll lyckats få mycket av kyrkans auktoritet överförd på sig, men i länder med religiös splittring var statens behov av en s.a.s. religiöst neutral legitimation för sin maktutövning framträdande. Sakta men obevekligt bredde den förändrade världsbild som brutit igenom med Kopernikus' astronomiska iakttagelser ut sig över nya områden. Exakt vetenskap, i första hand matematik och geometri, gör avgörande framsteg och ställer ökade krav på vetenskaplig argumentation. Den empiriska naturvetenskapen börjar göra sig gällande, i regel utanför universitet och skolor. Renässansens programmatiska återgång till antika idéer och ideal accentuerar på vissa områden den europeiska krisen.

Grotius utnyttjar en historiskt fullkomligt obevisad och obevisbar men mycket gammal föreställning, nämligen att människorna ursprungligen levat i ett naturtillstånd utan samhällsordning och att staterna grundats genom ett avtal mellan medborgarna. Hur kunde ett sådant avtal uppfattas som bindande, som en juridisk förpliktelse, när det inte fanns någon rättsordning? Jo, svarar Grotius, det beror på *naturrättens* principer, och den mest grundläggande av dessa – det är Grotius' för framtida juridisk argumentation väsentliga axiom – är att avtal skall hållas. Det finns ingen anledning tro annat än att Grotius var en troende kristen, men icke desto mindre innebar hans naturrättsliga system ett avgörande steg bort från föreställningen om den eviga och oföränderliga naturrättens religiösa grund. Grotius säger bl.a. att Gud själv inte kan ändra på axiom sådana som "avtal skola hållas" lika litet som Han kan förvandla 2+2 till något annat än 4. På ett annat ställe uttalar Grotius rentav att hans teorier

skulle hålla streck även om man gjorde det orimliga antagandet att Gud inte finns.

Av många orsaker blev Grotius' *De jure belli ac pacis* ett oerhört inflytelserikt arbete. En generation senare lade *Samuel Pufendorf* (d. 1694), en tysk rättslärare, som tagit direkt intryck av den nya, starkt geometriskt inspirerade filosofi som främst lanserats av fransmannen René Descartes, ytterligare en väsentlig byggsten till folkrättens och samtidigt den rationalistiska naturrättens idébyggnad. Pufendorf, även han en tid i svensk tjänst som professor i Lund och rikshistoriograf, lade mer än Grotius tonvikt vid rättsreglernas uppbyggnad till ett sammanhängande, slutet och logiskt oklanderligt system. Den rationalistiska filosofiens beroende av geometrin framträdde här tydligt.

Det måste konstateras, att Europas expansionshungri- ga och maktlystna furstar och regeringar knappast kom att i praktiken omedelbart anamma den mellanstatliga rättsordning som Grotius, Pufendorf och deras efterföljare pläderade för. Det skulle i själva verket dröja mycket länge innan folkrätten blev ett reellt rättesnöre för det mellanfolkliga umgänget. Idén, att det fanns en bindande rättsordning även staterna emellan – en idé, som i och för sig inte var ny men som tidigare ej kommit till uttryck i ett så omfattande regelsystem – vann sakta men säkert terräng; under trycket av den bildade europeiska opinion som framför allt från 1700-talets mitt var en faktor att räkna med anpassade sig staterna mer och mer efter folkrättens regler. Svåra återfall i primitivare beteende förekom. De stora krigiska uppgörelserna efter franska revolutionen liksom de två världskrigen hade en prägel av desperat existenskamp, som gav snävt utrymme åt rättsliga hänsyn, även om särskilt de folkrättsliga regler som formellt fastslagits genom internationella konventioner (t.ex. om behandling av krigsfångar) åtminstone i huvudsak respekterades av de västerländska krigförande till och med under det andra världskriget.

I den föregående framställningen har vi gång efter annan stött på termen och begreppet "naturrätt" (kap. 3 om den grekiska filosofiens naturrättsuppfattning; kap. 4 om Ciceros och de romerska juristernas naturrättssyn; kap. 5 om den kristna teologins bearbetning av antik naturrätt; kap. 6 om förhållandet mellan den återuppståndna romarrätten och naturrätten vid Europas universitet under medeltiden; ovan i detta kap.). Vi skall här ge en sammanfattande beskrivning av naturrättsidéernas innebörd och problem.

Naturrättsförkunnelse och naturrättskritik går som en av de starkaste och bredaste strömfåror genom europeisk rättsteoretisk diskussion från sofisterna till våra dagar. Den gemensamma grundföreställningen hos alla former av naturrätt – att en av lagstiftning och rättstillämpning oberoende rättsordning faktiskt har en reell existens och att säker kunskap om dess innehåll är möjlig att uppnå – har en rad egenskaper, som är tillräckligt värdefulla för att förklara dessa lärors sega livskraft. Å ena sidan får man svar på spørgsmålet vad "rätten" överhuvudtaget är. Det är först och främst den naturrättsliga ordningen själv och därefter de av människor skapade regelsystem som står i överensstämmelse med denna ordning. Å andra sidan besvaras också frågan: "Vad är det som ger rätten förbindande kraft?" Det följer av det sagda att förmågan att förplikta ligger i "naturen" själv, och bortom detta svar kan man inte gärna söka längre. Härav följer också att faktiskt tillämpade, positiva rättsregler är "giltiga", d.v.s. gällande, endast i den mån de inte står i strid mot den naturrättsliga ordningen. Med denna senare slutsats har man också löst ett av de stora etiska problem som rättsordningen ställt mänskligheten inför. Antigones frågor har fått ett svar.

Inom de naturrättsliga riktningarna kan man som redan antytts urskilja varianter, som än den ena än den andra dominerat under naturrättsteoriernas långa, alltså icke avslutade historiska utveckling. Den *teologis-*

ka varianten, som förekom redan i antiken och som dominerade i europeiskt medeltida tänkande och alltså har företrädare främst i katolska länder, innebär att den högre, naturrättsliga ordningen är *Guds vilja*. Den *ratio-nalistiska* varianten, också den företrädd redan hos forngrekiska tänkare men särskilt intensivt utvecklad i Europa under 1600- och 1700-talen, lägger tyngdpunkten på de naturrättsliga reglernas karaktär av nödvändig, *förnufts-betingad* ordning. När Hugo Grotius förklarade att principen *Pacta sunt servanda* ("Avtal skall hållas") har samma självklara och nödvändiga prägel som matematikens och geometriens axiom, är det ett uttryck för denna syn på naturrätten. Andra författare lade större vikt vid att de naturrättsliga reglerna dikteras av "förnuftet" i betydelsen "viljan att överleva": dessa regler är de vilkas nödvändighet människorna med sitt förnuft måste acceptera för att ett ordnat samhällsliv skall vara möjligt. En tredje variant har betecknats som *naturalistisk*. Denna riktning söker förankra de naturrättsliga reglerna i människornas *instinkter*. Man har därvid oftast utgått från att dessa instinkter bl.a. driver människorna att bilda familj och att leva i samhällen. "Människan är ett samhälleligt djur", är ett känt Aristotelesord. Den sista variant som förtjänar att urskiljas kan kallas den *relativa* (eller *historiska*). Under naturrättens renässans i Europa under detta århundrade – särskilt markant efter det andra världskriget, då erfarenheterna av diktaturstaternas pervertering av rätten skapade ett gynnsamt psykologiskt underlag för protester, som på detta område tog sig uttryck i en naturrättslig reaktion – var det oftast antingen en teologisk eller en "relativ" variant man framförde.

De relativa riktningarnas talesmän avstår från anspråket på att ha funnit en evig, oföränderlig och överallt gällande ordning. Den naturrätt de utlägger är i stället det minimum av etiskt nödvändiga regler som enligt deras mening måste läggas till grund för den faktiskt tillämpade rättsordningen i ett samhälle på ett visst historiskt

och kulturellt utvecklingsstadium. Denna naturrätt, som knyter an till det givna samhällets kulturella och moraliska nivå, är sålunda till skillnad från de äldre riktningarna *föränderlig*.

De naturrättsliga läroarna skulle, hette det nyss, ha ett mycket högt förklaringsvärde, om deras teoretiska grund kunde accepteras. Så var också fallet mycket länge, och så är alltså fallet hos dem som accepterar en religiös världsförklaring även i vetenskaplig verksamhet. Redan tidigt utsattes naturrätten emellertid för kritik från olika håll. Ett vanligt argument i naturrättskritiken var redan i antiken att man ingenstades i "naturen" kan finna vittnesbörd om att där skulle råda någon vare sig gudomlig, förnuftig eller instinktbunden ordning av ett slag som skulle kunna anses uttrycka några eviga och allmängiltiga rättsregler. Vad man kan iakttaga är allas krig mot alla och den starkares välde över den svagare. Det påpekades också, att en jämförelse mellan olika mänskliga samhällen visar, att det knappast finns någon enda regel som kan göra anspråk på allmängiltighet; vad som är rätt i det ena samhället är strängt förbjudet i det andra. En annan grupp av argument mot de naturrättsliga läroarna hade kunskapsteoretisk prägel: *även om* det nu skulle finnas en i naturen given rättsordning, hur kan mänskorna få säker kunskap om dess innehåll? Olika naturrättsliga skolors företrädare var ofta oeniga om t.o.m. grundläggande rättsprinciper. Denna kritik skärptes under 1700- och 1800-talen, då filosoferna började uppdraga gränsen mellan det faktiskt existerande och det moraliskt eller juridiskt tillbörliga, mellan *Sein* och *Sollen*, som det ofta betecknats: *även om* det skulle vara möjligt att finna en viss ordning i "naturen", vad skulle då göra att denna ordning har för människorna förpliktande verkan? Man påvisade skillnaden mellan teoretisk *kunskap* och praktiska, på känslor och värderingar byggande *ställningstaganden*.

I den rationalistiska naturrätt som under 1600-talet

och 1700-talet kom att bli den gemensamma rättsteoretiska grunden för europeiskt juridiskt tänkande var Descartes' filosofi som redan framhållits en avgörande komponent. Det var ett sätt att tänka och att analysera verkligheten som bygger på geometrins metoder. Det gällde att utgå från minsta möjliga antal, helst en enda, absolut säker och odisputabel sanning – ett s.k. axiom – för att sedan gå vidare i noggrant logisk följd med slutsats efter slutsats. Den cartesiska metoden var först och främst rationell eller rationalistisk. I botten låg en obegränsad tro på förnuftets förmåga att med logikens hjälp arbeta sig fram till sanningen. För empirisk metod, d.v.s. det sätt att undersöka verkligheten som bygger på kontroll genom iakttagelse och experiment, hade man inte mycket förståelse. Denna tro på en matematisk, välordnad verklighet stämde illa överens med den praktiska juridikens erfarenheter och behov, men det blev icke desto mindre bestämmande för rättsteorin och, något senare, indirekt för lagstiftning och praxis under lång tid. Det var föreningen av idén om en evig, oföränderlig och förnuftig naturrätt och den cartesiska rationalismen som kom att dominera i europeiskt rättstänkande från 1600-talets mitt till omkring 1800.

Under ett drygt århundrade förelåg nu det egendomliga förhållandet att praktisk juridik och rättsfilosofi levde vid sidan av varandra som om det inte funnits några förbindelselinjer dem emellan. Medan de praktiska juristerna lärde och tillämpade romerskrättsliga eller som i Sverige i huvudsak nationella rättsregler utan att anställa djupare grubblerier över deras ursprung och berättigande, undervisades vid universiteten en naturrättslig juridik som framställdes som gällande rätt utan att man ett ögonblick bekymrade sig om att verkligheten ute i domstolar och ämbetsverk såg helt annorlunda ut. I den naturrättsliga universitetsjuridiken flöt rätt och moral helt enkelt samman. Karakteristisk för 1700-talets naturrätt, som gav upphov till ett otal olika systematiska fram-

ställningar, var förutom dess strävan att likna matematiken, närmare bestämt geometrin, dess ambition att göra rättsstoffet en logisk systematik. Det fanns också andra väsentliga karakteristika. Tron på det egna förnuftet och i samband därmed den under 1700-talet allt starkare tron på att mänskligheten gör ständiga framsteg från barbari till upplysning, medförde att man ställde sig alltmer oberoende gentemot den romerska rätten och till och med kritiserade den. Denna föreställning – att det är de moderna människorna som representerar mognad och klokhet, medan de gamle var outvecklade barn – var en avgörande strömkantring i idéhistorien. Det hade tidigare, både i religiösa och i världsliga sammanhang, varit vanligt att föreställa sig historieförloppet som en vandring mot förfall, bort från en vis och lycklig guldålder. Nu kom i stället guldåldern att ligga i framtiden, medan det förgångna betraktades som mörker och barbari. I samband med denna avgörande allmänna attitydförskjutning ändrades också synen på rätten. Visserligen hade reformlagstiftning förekommit redan i antiken, liksom den justinianska rätten uppfattades som uttryck för en allvetande och allvis lagstiftares vilja. Å andra sidan var föreställningar om rättsordningen som den egna stammens uråldriga och oföränderliga ordning djupt rotade i germansk rättstradition, liksom den romerska rätten var föremål för en nära nog religiös vördnad, som förbjöd omfattande förändringar. De nya idéströmningarna bröt gradvis allt starkare igenom dessa äldre föreställningar. Rationalismen och den sjunkande respekten för de åldriga auktoriteterna kom i allt högre grad jurister och statsmän att se lagstiftningen som ett praktiskt-politiskt verktyg, ett medel att uppnå det riktiga och rättfärdiga samhällstillståndet. Också blev 1700-talet ett århundrade av lagstiftningsreformer. Till naturrättsskedets avgjorda fördelar måste hänföras en allmän humanisering av rättskipningen och särskilt av straffrätten. I Sverige var Gustaf III, som avskaffade tortyren och införde en rad

straffflindringar, en typisk företrädare för upplysningstidens humanitära patos. Till nackdelarna hörde en nästan modern naivitet i tron på människornas naturliga godhet och på goda lagars förmåga att lösa alla problem. Man drömde om att sammanfatta lagstiftningen i ett fåtal enkla bud som alla medborgare utan svårighet skulle kunna läsa och förstå; domarens enda uppgift var att mekaniskt tillämpa lagarna. Att tolkningen av dessa kunde vara problematisk, var något man inte ville inse.

Den rationalistiska naturrätten var den franska revolutionens rättsfilosofi, och revolutionens blodiga överdrifter, dårsaker och misslyckanden bidrog också till att diskreditera denna strömning. Men redan dessförinnan hade kritiska röster gjort sig hörda. Den tidigare (kap. 4) nämnde Montesquieu, själv jurist och hög domare, utgav redan omkring 1700-talets mitt arbetet *De l'esprit des lois*, som kom att få ett väldigt inflytande. Montesquieu var empiriker, han iakttog verkligheten, låt vara med en rationalistisk 1700-talsmänniskas ögon. Och verkligheten visade honom någonting som alls inte stämde med den rationalistiska naturrätten, nämligen att rättsregler men också moraluppfattning varierar till sitt innehåll vid olika tider och på olika platser och att denna variation tycks stå i samband med olika geografiska, klimatmässiga och liknande yttre förhållanden. I och för sig var detta knappast något mer sensationellt än vad grekiska tänkare tvåtusen år tidigare påpekat, men så stark hade tron på den rationalistiska naturrätten varit, att Montesquieus med talang och konsekvens utvecklade teser föreföll nya.

En annan och på längre sikt kanske ännu mer avgörande kritik mot naturrättsläroarna formulerades under senare hälften av 1700-talet av den engelske filosofen David Hume (d. 1776) och den tyske tänkaren Immanuel Kant (d. 1804). Med något olika argument påvisade de omöjligheten att med förnuftets hjälp få någon verklig kunskap om en "naturlig" rättsordning. Hur skulle en sådan kunna letas fram ur den verklighet som är tillgänglig för

förnuftet? Hume gjorde gällande, att våra svar på frågor om rätt och orätt bygger på värderande ställningstaganden, i sista hand på känslor av lust och olust. Förnuftet kan anvisa vilka vägar som snabbast för till ett mål, men det kan inte avgöra vilket mål som är att föredra.

Den rationalistiska naturrättsfilosofin av 1600- och 1700-talstyp kan sägas ha dukat under för angreppen några årtionden in på 1800-talet. Det innebar inte att naturrettsliga föreställningar skulle vara döda för all framtid. De visade tvärtom en seg livskraft. Men under 1800-talet förde de en undanträngd tillvaro vid sidan av andra riktningar i den kvalificerade diskussionen. Naturrettsidéerna mötte och tillgodosåg som nyss framhållits vissa nya behov, bl.a. att *legitimera* den statliga men också den överstatliga rättsordningen, sedan medeltidens överstatliga auktoriteter förlorat sin ställning. I det hänseendet lämnade naturrettsens bortträngande en betydelsefull lucka som under 1800-talets lopp kom att visa sig allt djupare och bredare. Någon legitimation för en bindande överstatlig ordning lyckades man överhuvudtaget inte finna, och detta var så mycket mera märkbart – och blev så mycket mer ödesdigert – som *nationalismen*, det hänsynslösa hävdandet av den egna rasens och den ev. med rasen sammanfallande statens intressen, kom att bli ett dominerande drag i europeiskt 1800-tal. På de rättsliga idéernas område trängde nationalismen igenom både praktiskt och teoretiskt på ett sätt som förstärkte effekterna av den politiska nationalismen.

10. FRIHET OCH JÄMLIKHET, NATIONALISM OCH POSITIVISM

Av de inslag i den europeiska samhällsutvecklingen under upplysningstiden som kan anses ha ingått i och bidragit till att forma den gemensamma moderna rättstraditionen – i mer eller mindre klar och medveten motsats till andra samhällssystem – förtjänar tre att särskilt nämnas.

Ett av dessa illustreras bäst av ett konkret exempel: den italienske markisen Cesare Beccarias tunna lilla straffrättsliga traktat *Dei delitti e delle pene* ("Om brotten och straffen"), som utkom i Livorno 1764 och från allra första stund blev en ovanligt beundrad och inflytelserik "best-seller".

Det är Beccarias ovanskliga förtjänst att med sunt förnuft och en lysande retorisk framställningskonst ha dragit sin samtids uppmärksamhet till den stinkande snuskpöl som straffrättskipning och straffverkställighet kommit att förbli mitt i upplysningstidens och reformernas Europa. Andra hade gjort enskilda insatser; det gäller framför allt Voltaire, som efter lång kamp lyckats få den beryktade, av religiösa fördomar bestämda Calasprocessen omprövad i början av 1760-talet. Ingen hade emellertid på samma sätt som Beccaria systematiskt, på bred front och i allmänt tillgänglig form gått till angrepp mot den efterblivna och bestialiska kriminalrätt som florerade i flertalet europeiska stater. Då liksom nu utgjorde straffrätt och straffverkställighet en samhällets nödvän-

diga och trista bakgård, som härskare, politiker och opinionsbildare ogärna beträdde.

Den europeiska straffrättens medeltida utgångspunkter var om inte humana så åtminstone rationella i den meningen att de återspeglade fattiga och i fråga om offentliga kontroll- och maktmedel illa utrustade samhällens försök att gradera överträdelser efter deras skadlighet och att hålla eviga och sönderslitande vedergällningsfejder stängen. Alltifrån högmedeltiden, då städerna växte fram, med sin rörlighet, sitt anonyma myller och sin utfällning av svåråtkomliga bottenskikt, hade kraven på effektivitet och drastisk stränghet kommit att prägla både rättegången i straffsaker och påföljdssystemet. Tendensen förstärktes än mer under den långa krisperiod – med digerdöd, hundraårskrig och bonderesningar – som markerade medeltidssamhällets upplösning och övergång i nya samhällsformer. En rådvill överhet hade varken fantasi eller resurser att möta problemen på annat sätt än genom drastiskt stegrad grymhet både i de offentliga straffen och i den rättegång som föregick dem. Ju mer maktlös den svaga statsapparaten stod inför kaos och samhällsupplösning, desto mer angeläget tycktes det vara att rättvisan, när man undantagsvis lyckades komma i tillfälle att straffa, verkligen skipades så att det både syntes och hördes. Allteftersom nya sociala problem födde nya konflikthärddar och möjligheter till kränkningar och överträdelse, svarade man från styrande håll med nya straff eller kraftiga straffskärpningar. Offentliga avrättningar kom att höra till de trånga städernas vardagsliv. Frihetsstraff avtjänades oftast i gemensamhetsfängelser, där snusk, brutalitet, korruption och misär var obeskrivliga.

I korta kapitel behandlar Beccaria frågan om straffets ursprung och rätten att bestraffa, om lagtolkning, förhållandet mellan brott och straff, straffens syfte, rättegången i brottmål samt framför allt, punkt för punkt, olika brott och deras rimliga bestraffning, häktning, åtal och

preskription, nåd och belöningar samt frågan hur brott säkrast kan förebyggas. Det är med andra ord en komplett traktat i straffrätt som Beccaria pressat in i sin minimala volym. Det hade inte varit möjligt om han inte från början kastat lärda digressioner, hänvisningar och exempel över bord för att i stället på varje enskild punkt kort ange vilka konsekvenser som borde följa av de allmänna principer han uppställer i arbetets början. Boken är kort och gott ett ovanligt fullödigt och typiskt uttryck för 1700-talsrationalismen – detta spröda, psykologiskt naiva intellektuella sätt att närma sig verkligheten som visserligen lätt kan förlöjligas men som dock präglas av en hälsosam vilja att skingra mörker, förhåna fördomar och angripa urgamla missbruk.

Beccaria återger alla de standardföreställningar om stater och samhällen som var på modet i hans dagar och som blev grundelement i all borgerlig liberalism: staterna har tillkommit genom ett avtal, samhällsfördraget, och till dess villkor hörde att varje enskild individ, sin rationella och egennyttiga natur likmätigt, till det allmänna lämnat ifrån sig så litet som möjligt av sin frihet – endast det som var strikt nödvändigt för att garantera frid och ordning. Härskarnas rätt att straffa bygger endast på nödvändigheten att värja det allmänna bästa mot de enskildas lidelser, och varje straff som överskrider vad denna nödvändighet dikterar är tyranni och övervåld. Beccaria tror också att lagarna kan göras så klara och uttömmande att någon som helst tolkning eller något som helst självständigt värderande ställningstagande från domarnas sida ej erfordras. Att döma, förklarar han, är att göra "en oantastlig slutledning: översatsen är den allmänna lagen och undersatsen handlingen, som överensstämmer eller inte överensstämmer med lagen. Slutsatsen blir frikännande eller straff. Om domaren av tvång eller fri vilja finge göra ytterligare överväganden, så skulle dörren därmed öppnas för osäkerheten." Särskilt misstänksam är Beccaria mot den tolkningsmetod som består i att "råd-

fråga lagarnas anda". Ty den, utropar han, "är en damm, som givit vika för strömmen av åsikter".

Det kan icke råda något tvivel om att Beccaria i hög grad bidragit till straffrättens och straffprocessens humanisering. Samtidigt är det viktigt att framhålla ett drag – den torrt och rationalistiskt ekonomiska synen på förbrytare, och människor överhuvudtaget – som är påfallande i hans och 1700-talets reformnit. Det gäller, säger Beccaria, att välja straff så att det, under bibehållande av rätta proportioner, medför den mest effektiva och varaktiga verkan på människors sinnen och den minst plågsamma på brottslingens kropp. Han var således beredd att acceptera idén, att den enskilda brottslingen s.a.s. fick lida inte för sin egen eller sitt offers skull utan för att påverka andra. Och i annat sammanhang hävdar han, att för brottets grovhet – och därmed straffets stränghet – den faktiska skadan, inte den brottsliges uppsåt, skall vara avgörande. Någon sinnelagsetik är det sålunda inte fråga om. Man får emellertid vid bedömningen av Beccarias uttalanden inte glömma, att hans plädering var ägnad att stöta mäktiga intressen, både kyrkliga och världsliga, för huvudet. Tekniken, i detta liksom i många samhällskritiska arbeten på känsliga områden, har sannolikt varit att å ena sidan genom ivriga formella lojalitetsförklaringar neutralisera vissa motståndare, samtidigt som man i sak kritiserade dem, å andra sidan genom smicker eller reella argument tillförsäkra sig någon annan makts beskydd. I Beccarias fall var det kyrkan det gällde att avvärja; stöd kunde han vänta från upplysta världsliga härskare och ämbetsmän.

Om en generell humanisering – som ett egenvärde eller som biprodukt av rationalismen – var *ett* av upplysningstidens varaktiga för Europa gemensamma resultat på juridikens område – kan vissa grundläggande *konstitutivella idéer* betecknas som ett annat. Splittringen är här större, enheten svårare att iakttaga. Under den franska re-

volutionen och det århundrade som följde närmast på den stora omvälvningen stod många ideal och ideologier mot varandra; kanske kan det sammanfattande sägas att Europa mödosamt prövade sig fram. Den schweiziske tänkaren Jean-Jacques Rousseaus (d. 1778) bittra kritik av det förkonstlade och ojämlika samhället liksom hans svärmiska beskrivning av ett allsmäktigt kollektiv – vars anspråk och vars faror blev uppenbara redan under det revolutionära skräckväldet – blev ett betydelsefullt element i olika mer eller mindre totalitära samhällsprogram av kommunistisk och socialistisk färgning. Ett annat återkommande inslag i diskussionen och även i talrika praktiska lösningsförsök var Montesquieus lära om samhällsmaktens delning på lagstiftande, verkställande och dömande organ. Genom Montesquieu, men i tilltagande omfattning direkt genom engelska samhällstänkare, blev också den konstitutionella praxis som – utan alltför djupgående teoretiska funderingar – kommit att karakterisera engelskt offentligt liv bekant, beundrad och med större eller mindre framgång efterbildad på kontinenten. Det är förvisso tveksamt om man på detta område vågar tala om en gemensam europeisk rättstradition – kanske är de förekommande variationerna alltför talrika och inbördes olika – men åtminstone en komponent förefaller att vara allmänt accepterad: föreställningen, att ett rättssystem måste omfatta permanenta, icke för det enskilda fallet inrättade domstolar, med i princip oavsättliga domare och med ett sakligt och geografiskt fixerat kompetensområde som utesluter manipulationer från myndigheterna i enskilda mål. Idealet har gamla rötter men utformades teoretiskt på avgörande sätt av upplysningsjuristerna och deras liberala efterföljare under 1800-talets förra hälft.

Den tredje produkt av naturrätts- och upplysnings-tänkande som man – med en viss tvekan – idag torde kunna beteckna som en gemensam komponent i europeisk rättstradition är föreställningen att den enskilde gentemot det allmänna kan åberopa vissa oförytterliga

"mänskliga rättigheter". Tveksamheten beror – förutom på det förhållandet att *lagfästa* rättigheter av detta slag faktiskt tillkom i Nordamerika något tidigare än i Europa (låt vara i de nordamerikanska delstater som genom-syrades av engelsk rättstradition) – på att det är först efter det andra världskriget som det avgjorda flertalet europeiska stater på ett förbindande och effektivt sätt förpliktat sig att skydda dessa rättigheter. I den franska revolutionens berömda *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ("Förklaring om människans och medborgarens rättigheter") från 1789 framstod rättigheterna i själva verket som ett mål och *program* för samhällsarbetet, inte som direkt förpliktande regler. I vissa länder – noga taget just de där flertalet mänskliga rättigheter längre än på de flesta andra håll åtnjutit ett praktiskt någorlunda effektivt skydd, t.ex. England och Sverige – dröjde man mycket länge med att införa uttryckliga lagregler i ämnet eller avstod från att göra det.

Genom den verksamhet som under snart fyrtio år på grund av den europeiska konventionen av år 1950 om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna har utövats av konventionens organ (domstolen, kommissionen och ministerrådet) förefaller det idag tillåtet hävda att åtminstone ett kärnbestånd av mänskliga rättigheter – t.ex. personlig frihet, yttrande-, religions- och föreningsfrihet, rätt till rättegång vid domstol – kommit att ingå i vad man vågar kalla en sannolikt livsduglig och gemensam europeisk tradition.

I det europeiska perspektiv som här är vårt utgör – paradoxalt som det kan förefalla – de humana och kosmopolitiska upplysningsidéernas triumf, den franska revolutionen, begynnelsen till en katastrof av ragnarökskaraktär. Redan det historiska förlopp som inleddes 1789 i Frankrike hade från början nationalistiska inslag; den "ena och odelbara nationen" stod i motsats till det brokiga feodala konglomerat som de franska kungarna härskat över; med

de revolutionära krigen mot det monarkiska Europa skärptes tonen ytterligare. Napoleons framfart gav näring åt nationalistiska rörelser framför allt i Tyskland, men också – låt vara med andra förtecken – i Italien. Det liberala 1800-talet blev också nationalismens århundrade.

Den nationella slutenheten kom att markeras av de stora lagverk som tillkom under årtiondena omkring 1800, med Frankrikes *Code civil* (1804) och fyra övriga samlade lagböcker (straffrätt, handelsrätt, civil processrätt och straffprocessrätt) som mest kända exempel.

Den juridiska internationalismen – med en i stor utsträckning allmän europeisk vetenskaplig litteratur och även undervisning – blev härmed en ovanlighet. Visserligen återspeglade den nya lagstiftningen i många stycken gemensamt naturrättsligt tankegods, men den var likväl framför allt nationell. Vid de franska universiteten undervisade man nu inte civilrätt eller straffrätt, utan fransk civilrätt, straffrätt o.s.v. I den allmänna nationalismens spår följde också gärna föreställningen att den egna rättsordningen var överlägsen alla andra. Europas intellektuella enhet på det juridiska området var bruten – bittert eller ironiskt nog skedde det just i ett skede då kommunikationer och handel började i allt större omfattning gå över gränserna.

Staten, det egna samhället, kom att spela en ännu mer betydelsefull roll i rättstänkandet än som lagstiftare i stor skala. Sedan naturrättens försök att legitimera rättens anspråk på giltighet genom förnuftet hade avvisats, sökte juristerna finna andra gudar som kunde motivera och upprätthålla rättsordningen. Under 1800-talets första årtionden, då den romantiska rörelsen präglade europeisk litteratur och filosofi, ansåg sig den ledande skolan i Tyskland, som man brukar kalla den historiska, finna rättens ursprung och grund i det egna folkets oartikulerade rättsföreställningar. Man talade om en kollektiv folksjäl som rättens skapare. Föreställningen om en sådan folksjäl var emellertid knappast lätt att hålla vid liv, och

ännu svårare var det att betrakta den under senmedeltiden importerade romerska rätten i det av enväldiga furstar behärskade Tyskland som ett uttryck för det tyska folkets kollektiva själ. Så småningom övergavs dessa idéer. Kvar som rättens yttersta grund och garant för dess giltighet stod till slut ingenting annat än staten, den faktiska maktapparaten, och klyftan mellan juridisk rättsordning och moralisk rättsövertygelse gapade vidare än någonsin. "Rätt" i teknisk-juridisk mening var endast vad makthavarna befallt och allt vad de befallt. En sådan uppfattning brukar kallas positivism. Med särskild tydlighet och utan några romantiserande sinnebilder hade denna uppfattning hävdats redan i början av 1800-talet av engelsmännen Bentham och Austin.

När det gäller det senare 1800-talet och 1900-talet fres-tas man göra en jämförelse mellan de juridiska idéernas utveckling och arkitektur eller konsthantverk. Fram till 1800-talets mitt kan man tala om någorlunda enhetliga och samtidiga utvecklingsskeden i hela Europa – barock, rokok, nyklassicism o.s.v. – men beträffande det senaste århundradet slår alla klassifikationsförsök slint. Mångfalden och brokigheten trotsar sådana ordnande ansträngningar. Vi måste nöja oss med att notera tendenser och nämna enskilda fenomen och strömningar utan något hopp om att kunna gruppera dem på ett rationellt sätt.

Bland ideologiska förutsättningar för 1800-talsutvecklingen kom den strävan att efterlikna naturvetenskaplig metod som varit en av naturrättsrationalismens drivfjädrar att ytterligare förstärkas under intryck av naturvetenskapernas våldsamma expansion under 1800-talet. Denna strävan tog sig nu andra uttryck på det juridiska området. En riktning som spelade en betydande roll framför allt i Tyskland från mitten av 1800-talet, brukar kallas begreppsjurisprudensen. Man föreställde sig att om man gav åt den juridiska begreppsapparaten samma fasthet och klarhet som de naturvetenskapliga begreppen

skulle juridiken uppnå samma "vetenskaplighet" som fysik och kemi.

Åtskilliga av de mer allmänna idéer som kommit till uttryck i upplysningstidens naturrättsläror fördes under 1800-talet vidare av politiska riktningar. Först är att nämna liberalismen, som ärvt naturrättsjuristernas starka intresse för den enskildes frihet gentemot statsmakterna och även idén om lagstiftningen som ett reforminstrument. Liberalismen utvecklade idén om rättsstaten, ett samhälle vars verksamhet är noga reglerad av rättsliga regler och som ingriper i medborgarnas liv endast i sådana frågor där det är oundgängligen nödvändigt att det allmänna träder in. Största möjliga frihet för de enskilda var ett genomgående element i de liberala idéerna. Till dessa hörde också misstro mot specialdomstolar och administrativa myndigheter. Man ville i möjligaste mån att de allmänna domstolarna, som borde åtnjuta oberoende gentemot de politiska makthavarna, skulle pröva alla angelägenheter där den enskilde stod mot det allmänna. Idén om den dömande maktens självständighet härrörde från Montesquieu. Sammanfattningsvis kan man säga att de föreställningar om ett väl fungerande rättssamhälle som härövan karakteriserats som ett kvardröjande gemensamt europeiskt arv i huvudsak har sina rötter i 1800-talsliberalismen.

Från 1800-talets mitt växte nya samhällsvetenskaper fram; av särskilt intresse är här sociologin. Dess föremål är människors beteende i grupp; man söker genom iakttagelse finna olika mönster och regelbundenheter i mänskliga kollektiv. I detta perspektiv kan rättsreglerna beskrivas som *ett* normsystem bland många. Vid sidan av de juridiska reglerna framstår moralregler, etikettsregler, olika yrkens mer eller mindre medvetna normer, som sidoordnade och ibland konkurrerande normsystem. Med ett sociologiskt betraktelsesätt är det naturligt att inte tillskriva vare sig rättsreglerna eller moralbuden någon särskild status, någon "bindande kraft" i den me-

ning som äldre tiders rättsfilosofer givit åt detta uttryck. Juridiken är ett faktiskt förekommande normsystem som följs av domstolar och andra myndigheter. För sociologen är det inte meningsfullt att fråga sig t.ex. "Är denna regel bindande?" eller "Är regeln rättfärdig?". I stället frågar man sig t.ex. hur rättssystemet fungerar, vilka faktorer som påverkar människorna till laglydnad eller brottslighet och vilka moment vid sidan av rättsreglernas innehåll som påverkar domaren i hans rättstillämpning.

Parallellt med den "avideologisering" av rätten som sålunda kan sägas känneteckna den breda huvudfåran i utvecklingen från 1800-talets början till våra dagar går – som en dyrköpt gemensam europeisk erfarenhet av krig, interna konflikter och kriser – bearbetningen av de insikter som lett fram till den europeiska människorättskonventionen och till grundlagstiftande (t.ex. i Västtyskland 1949) och grundlagsändringar (Sverige på 1970-talet) där den fria rättsstatens ideal i görligaste mån kommer till uttryck. I så måtto kan den juridiska nationalismens tid sägas vara förbi, den europeiska enheten återställd åtminstone på principernas och ambitionernas plan. Den senaste utvecklingen i Östeuropa tyder på att denna enhet kan komma att få en starkt vidgad geografisk omfattning. På ett annat plan – de alltmer komplicerade tekniska detaljlösningarnas – pågår sedan det andra världskrigets slut ett alltmer omfattande samarbete inom de olika europeiska organisationerna och samverkansorganen. Det är knappast en överdrift att påstå, att den europeiska rättsliga enhet som de romerska juristerna och ett årtusende senare de medeltida universitetsjuristerna lade grunden till sakta men på allt större bredd håller på att återskapas och utvidgas.

II. ARVETS FRAMTID

I kap. 4 gjordes ett försök att urskilja några särskilt väsentliga särdrag i den juridiska beslutstekniken: isolering av konflikter, auktoritär konfliktlösning och ett minimum av harmoni med breda värderingar i det omgivande samhället.

När man skall försöka sig på det vanskliga företaget att anställa några gissningar om förutsättningarna för denna konfliktlösningsteknik och styrmetod i framtiden, är det anledning erinra om ytterligare en – ofta bortglömd men icke desto mindre betydelsefull egenhet och begränsning hos juridiken som beslutfattningsteknik: det är att den i så hög grad vänder blicken *mot det förflutna*. I sin renodlade form är det en teknik för att dra en eller ett par oftast noga preciserade slutsatser – de hårt formaliserade *rättsföljderna* – ur ett föreliggande eller passerat sakförhållande (*rättsfaktum*). Idén att rättsliga avgöranden skall dra i förväg bestämda konsekvenser i form av straff, skadestånd eller vad det nu kan vara ur sakförhållanden utan att beakta konsekvenserna i det enskilda fallet är starkt ideologiskt förankrad. Rättvisans gudinna har bindlar för ögonen, och just denna blindhet för avgörandets individuella följder anses gärna vara det högsta uttrycket för rättvisa. Det är också otvivelaktigt så att den avgjorda huvuddelen av det skarpsinne som juristerna nedlagt på sitt hantverk har hänfört sig till bevis- och rättsfrågor sammanhängande med *förutsättningarna* för

ett avgörande (inte med dess konsekvenser). Juridiskt beslutfattande har utvecklats i motsättning till de *konsekvensorienterade* beslutsformer som kännetecknar exempelvis affärslivet, militärväsendet och politiken. Den konsekvensorientering som vissa rättsteoretiska skolor ger uttryck åt är av annat slag än på dessa andra områden för praktiskt beslutfattande; vad dessa teoretiker eftersträvar är att uppnå gynnsamma *generella* konsekvenser av sitt handlande, inte "önskvärda" följder i det enskilda fallet.

Juridikens inriktning mot det förflutna som bas för beslut står i konflikt med starka moderna tendenser. Det råder i dagens samhälle en stark efterfrågan på verkligt *effektiv*, framåtblickande styrning. Det kan ifrågasättas, om en beslutsteknik av det juridiska slaget överhuvudtaget kan fortsätta att spela den centrala roll som hittills tillkommit rättsliga beslutsförfaranden i den västerländska kulturkretsen. Att det helt allmänt finns en stark tendens att prioritera framtiden högre än det förflutna är kanske ett banalt konstaterande.

På det rättsliga området är det ett par fenomen som kan åberopas till stöd för åtminstone visst tvivel om den hävdvunna teknikens framtid och som synes ha ett ganska betydande bevisvärde. Å ena sidan är det den markanta rörelsen bort från regler som gör rättsföljderna beroende av *skuld* på rättsfaktumsidan, exempelvis inom föräldra- och äktenskapsrätten liksom även inom skadeståndsrätten. Å andra sidan kan man peka på en väsentlig ökning av de regler där det inte är rättsfaktumledet utan *rättsföljderna*, ofta tämligen fritt angivna, som tilldrar sig den största uppmärksamheten och gör anspråk på den största ansträngningen från den rättstillämpande juristens sida. Som exempel kan nämnas regler om vårdnad av barn som – samtidigt som de bortser från föräldrarnas eller enderas eventuella skuld – gör en prognostisk bedömning av något så svårtillgängligt som "barnets bästa" avgörande för målets utgång. Även andra regelkomplex

kan placeras in i detta sammanhang. De former som valts för ingripande mot olämpliga klausuler i standardavtal med konsumenter ger uttryck åt lagstiftarens vilja att påverka och skapa påverkningsmöjligheter i fråga om *framtida* förhållanden snarare än att dra bestämda konsekvenser av redan föreliggande fakta.

Det förefaller tämligen klart att den beslutfattare av vilken man i ökad omfattning begär att han skall göra *prognoser* och företa ett relativt fritt val mellan åtgärder i syfte att skapa ett visst tillstånd, som av lagstiftaren angivits som önskvärt, har en annan uppgift än den som har till uppgift att fixera förutsättningarna för t.ex. en framgångsrik talan i ett mål om skadevållande i industriell verksamhet.

Särskilt markant blir rollförändringen när den dömande verksamhetens syfte får ett mer omfattande drag av allmän och allsidig världsförbättring. Ett karakteristikum för den juridiska tekniken är ju att den *isolerar* konflikter, hugger av såväl rötter som grenar och medvetet ålägger sig begränsningar i ambitionen både att utreda allt och att påverka allt. En sådan attityd kan i ett samhälle präglad av omfattande och starkt moraliserande världsförbättrarambitioner komma att te sig negativ, resignerad och gubbaktigt försiktig. Ingenting är mer främmande för denna prövning av den lösryckta handlingen än den moderna straffrättens strävan inte blott att finna alla bestämmande psykologiska faktorer utan också att företa en omfattande analys av brottslingens sociala situation och prognos och att söka påverka själva roten till det asociala beteendet.

Förändringarna i arbetsmaterial och yrkesroll kan naturligt nog inte passera utan återverkan på det rättsliga beslutfattandets *auktoritära* prägel och även på domarauktoriteten. Rätten förutsätter en värdehierarki med principiellt anspråk på att vara den enda godkända i det samhälle där systemet fungerar. Ju mindre den hierarkien kommer till uttryck i "färdiga" rättsfaktumbeskriv-

ningar, desto mer diskutabel blir den, desto skarpare ställs frågan om såväl rättsordningens som domarens *legitimation* för sin auktoritet. Den frågan skärps ytterligare både av den demokratiska ideologins anspråk och av påverkan från andra beslutsmodeller i samhället. Kännetecknande för dessa är vanan att lösa konflikter genom *kompromisser*, och ju djupare den vanan rotar sig, desto mer främmande framstår föreställningen om rättvisan som ett bart huggande svärd, en lösningsmodell, som skiljer på rätt och orätt och vägrar att kompromissa. Allt detta är inflytelser som verkar med stor kraft på den juridiska beslutsmodellens huvudpersoner, domarna, och på förhärskande uppfattning om deras roll och ställning. Det finns ett allt starkare tryck i riktning mot att låta lek-män, företrädare för de "förhärskande värderingarna i samhället", rycka in i ett beslutsförfarande som man tidigare – på solid erfarenhetsbas – ansåg det väsentligt att särhålla från de politiska beslutsprocesserna. En likartad tendens är strävan att inrätta specialorgan för vissa typer av mål.

De tendenser som här skisserats i största sammandrag är varken helt nya eller revolutionerande. Tillsamman-tagna kan de emellertid säkert på längre sikt medföra väsentliga förändringar i den beslutsteknik som jag här har kallat "juridik" åtminstone inom stora områden (medan vissa juridiska arbetsfält kanske bättre behåller sin ursprungliga karaktär). Om detta är att beklaga eller att hälsa med tillfredsställelse – det är en fråga som ter sig skäligen meningslös.

På en bestämd punkt synes det finnas goda skäl att full-följa diskussionen av det europeiska rättsarvets framtid. Det är i fråga om relationen mellan politisk och juridisk ideologi – man kan också säga mellan makt och rätt.

Det förefaller idag – i belysning av de senaste femtio årens erfarenheter på gott och ont – tillåtet att hävda, att åtminstone de allra mest elementära och grundläggande elementen i en "rättslig" ordning har samlat så mycken

allmänt accepterad erfarenhet kring sig att det ter sig rimligt att tala om vad rätten "kräver" eller "medger" i den givna historiska miljö som är dagens Europa. I den begränsade meningen förtjänar idén om en "historisk" eller "relativ" naturrätt stöd.

Det är samtidigt klart, att i dagens Europa den *demokratiska* principen (som vi här kan nöja oss med att beskriva som en beslutsmodell, i vilken alla berörda har möjlighet att åtminstone i de principiellt avgörande skedena av beslutsprocessen deltaga på lika villkor) kommit att intaga den plats som generell legitimerande överideologi som i äldre tid tillkom den religiöst grundade naturretten.

Kan "juridikens" relation till demokratin bestämmas? Finns det gränsdragningsproblem? Kan rentav den äldre beslutsmodellen – den juridiska – göra sin nya granne några tjänster?

En första fråga, om man vill betrakta den demokratiska ideologin som en arvtagare till den naturrettsliga, blir denna: Vad är det som i sin tur legitimerar demokratin? Något "naturgivet" anspråk för en majoritet (av låt oss säga 51 personer) att bestämma över en minoritet (om kanske 50) finns inte. *Varför* blir det majoritetens mening som fäller avgörandet? Svaret blir tydligen att så sker, därför att man, i brist på finare instrument, måste räkna rösterna för att finna vilken lösning som skall antagas. Men – och just i denna speciella konfrontation dyker frågan upp med särskild kraft – är det då *överhuvudtaget* "rätt" att några här bestämmer över andra? Är den sakfråga man röstat om alls sådan att offentlig maktutövning och offentligt beslutfattande är motiverade? Kunde inte de 50 i fred få välja sin lösning? På det spörsmålet finner man inte något svar i den demokratiska ideologin eller beslutsmodellen. Denna ideologi och denna modell legitimerar offentlig maktutövning, men endast inom det område där offentlig makt som sådan är legitimerad. Det kan inte gärna med rationella argument hävdas, att

sådan makt är "legitim" i andra frågor än sådana som till sitt principiella innehåll angår alla samhällsmedborgare i någorlunda lika hög grad.

Demokratisk maktutövning kan vara exakt lika tyrannisk som diktatorisk. Det är visserligen kanske genomsnittligt sett mindre sannolikt att demokratiska regimer ägnar sig åt tyranni än att diktaturer, enpartistater och liknande regimer hemfaller åt sådant. Men några garantier finns inte. Börjar demokratin alltför energiskt befatta sig med sådant som helt enkelt *inte* i någon rimlig mening *angår* "det allmänna", riskerar den att snabbt diskrediteras.

Gränserna för legitim offentlig maktutövning har i Sverige liksom i det övriga Europa berörts i samband med diskussioner av grundlagsskydd för de mänskliga fri- och rättigheterna. Vad det handlar om är att finna, pröva och systematisera *argument* för offentlig maktutövning. Och här tillhandahåller "rätten", d.v.s. det rättsliga beslutsfattandets traditionella förfaranderegler men också tankebanor sådana som den att *uppsöka, behålla eller förkasta, väga och öppet redovisa alla argument pro et contra*, element av väsentlig betydelse för granskningen av skälen.

Även på områden, som i och för sig kan anses "angå" samhällsmedborgarna i någorlunda hög grad, lurar faran för *majoritetsförtryck*. Det är påfallande hur ofta hänvändelserna till Västeuropas klagomur, Strasbourg-domstolen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, stammar från medlemmar av etniska, språkliga, religiösa, ekonomiska minoritetsgrupper – individer som inte har förtroende för opartiskheten i det egna samhälls- och beslutsmaskineriet.

När majoritetsförtryck utövas i en modern *allomfattande välfärdsstat* – ett samhälle, som principiellt vägrar att begränsa sin maktutövning till sådana frågor som i lika mån angår alla, för att *dels* i teorin hävda att allt angår alla, *dels* i handling låta sin välvisa beskäftighet breda

ut sig utan gräns – då kan minoriteternas och de enskilda minoritetsmedlemmarnas livssituation bli svåruthärdlig. Just denna oförmåga att göra halt vid någon tröskel, att acceptera den egna maktutövningens brist på rationell legitimation utanför ett bestämt avgränsat område, det tycks vara ett icke ovanligt drag hos många demokratier.

Mellan "rättsligt" och politiskt-demokratiskt beslutande finns en alltför ofta förbisedd skillnad. I det förra fallet gäller, att beslutsfattaren måste vara *ojävig*. Saken får inte direkt eller indirekt beröra hans intressen.

Som *domare* får inte den sitta vars intressen är berörda av saken. Som *part*, eller klagande, godtages endast den som kan visa att saken berör honom, eljest skall hans talan avvisas. Vad begär man av en part? Knappast någonting. Under vissa speciella förhållanden kan det krävas av honom att han talar sanning. Objektivitet kan inte fordras. Kunskafer inte heller. Parten förväntas slåss för sina intressen med näbbar och klor.

I beslut om en stats eller kommuns angelägenheter får endast den deltaga, vars intressen är berörda, och för enkelhetens skull anser man det vara fallet så snart någon bor i kommunen. Vart tredje år får alla berörda parter genom allmänna val utse dem som skall förfäktas deras intressen i kommunens beslutande organ. Ett villkor för deltagande i valet är sålunda just – det är inte något paradoxmakeri – att man är *jävig*, d.v.s. har de intressen i statens eller kommunens affärer som följer av bosättning eller medborgarskap.

"*Juridiken*" kan aldrig – i ett öppet samhälle, där man inte kläder det ena slaget av beslut i det andra slagets dräkt – ersätta "*politiken*". För det första måste beslut fortlöpande fattas i en rad livsviktiga frågor, där medborgarna helt enkelt inte gärna kan vara ojäviga: man skulle då, som spartaner och athenare, utifrån inkalla en Lykurgos eller Solon för att fatta besluten åt dem. För det andra dyker det ständigt upp spörsmål, till vilka(s) be-

svarande) den rättsliga argumentations- och beslutsmodellen rent principiellt inte *kan* leverera några svar, emedan denna modell till sitt stöd förutsätter åtminstone *någon* uppsättning av i förväg genomtänkta, ordnade och formulerade värderingar.

Men även på sådana områden, där det helt enkelt inte finns några "färdiga" juridiska lösningar i sak, kan "rätten" ge "makten" konkret hjälp genom att till själva beslutsförfarandet ställa krav på det som är framför allt den judiciella beslutsprocedurens stora styrka: *rationell argumentation och öppen redovisning av skäl och mot-skäl*. Demokratin har alltså lärt sig att lära av sin äldre och – i varje fall hittills, såvitt historien lär – mer livskraftiga granne. Det finns en hel begreppsvärld att konsultera och nyttiggöra. Att förstöra dennas arbete genom blandade beslutsformer, med politisk representation i rättstillämpande organ och försvagat rättsligt ansvar för de berörda, det är med säkerhet att skapa missaktning för båda.

En sedan länge använd modell för analysen och studiet av relationerna mellan den enskilde och samhället är *avtalet*. Samhällsfördraget är en välkänd idéhistorisk konstruktion. I äldre tid torde man ej sällan ha föreställt sig, att ett reellt kontrakt slutits, men denna föreställning är numera övergiven.

Avtalskonstruktionen kan inte desto mindre göra god nytta som ett slags analytiskt provinstrument, ett hjälpverktyg för approximativ bedömning framför allt av relationen mellan samhällseliga tjänster och däremot svarande prestationer från det allmänna. Därutöver synes det emellertid vara en uppenbar naivitet att tro, att hela det oerhört komplicerade samspelet mellan individ och samhälle kan rymmas i ett avtal. Visserligen förekommer långsiktiga och ytterligt detaljrika samverkansavtal i den internationella storhandeln etc., men till en komplexitet ens tillnärmelsevis svarande mot relationen individ-samhälle når man inte fram. Karakteristiskt för

avtalet är ju bl.a. att det kan underställas en utanförstående bedömare, som förutsättes opartisk.

Trots all oenighet som under århundradena har rått om rättens innehåll, förefaller det som om den europeiska rättstraditionen som någorlunda begränsat *historiskt fenomen* med en relativt fyllig kärna, kring vilken consensus råder, åtminstone i grunddrag och principer kan ges en ganska hög grad av konkretion. Politisk, och än mer allmänt, samhällelig makt däremot ter sig i det moderna informationssamhället väsentligt mer gäckande. Om man med "makt" helt svepande förstår den faktiska möjligheten att i frågor av någon rimlig samhällelig betydelse genomdriva sin vilja *mot* annans eller andras bestående vilja eller nedbrytande av sådant viljemotstånd, är det uppenbarligen en nästan oöverskådlig variantrikedom av sociala positioner som kommer i fråga. En betydelsefull forskningsuppgift vore att försöka *etablera en maktpositionernas och maktutövningens typologi*. Först om en sådan föreligger, kan man besvara frågan i vilken omfattning *olika maktformer är tillgängliga för rättslig reglering*. Säkert kan det redan nu konstateras, att vissa betydelsefulla maktpositioner är ytterligt svåra att nå och få ett grepp om med traditionella juridiska medel. Det gäller sannolikt främst påverkningsformer, som innebär långsiktig nedbrytning av de berördas motattityder. Ett annat område, där säkert stora svårigheter väntar, hänför sig till sådan vetenskaplig eller teknologisk verksamhet som helt enkelt är tekniskt svåråtkomlig och svårkontrollerad. Här föreligger en betydelsefull internationell – och europeisk – arbetsuppgift.

Det mest problematiska med "rätten" som samhälleligt styrmedel, och som begränsande eller styrande faktor i förhållande till makten, förefaller mig att ligga på två olika plan. Först och enklast emedan de konventionella styrmedlen ibland visar sig oanvändbara eller ineffektiva. Naturligtvis öppnar sig här ett fält för uppfinningsrik "juridisk teknologi", men denna har sina begränsningar.

Det finns lösningar, som man av hänsyn till "rättens" ställning, anseende och framtid bör avstå från, även till priset av reducerad effektivitet. Sannolikt finns det fall, där den officiella samhällsmaktens enda reella reaktionsmöjlighet är att anordna effektiv *insyn* i maktpositioner och maktutövning som ersättning för en omfattande reglering.

Till slut: en paradoxal utveckling gör att parallellt med ett i takt med samhällets stigande komplexitet ökande regleringsbehov framträder skarpare, i frihets- och jämlikhetsideologier djupt rotade krav på "demokratisk legitimation" för alla de små och smala men dock ingripande regler som produceras och måste produceras. Denna utveckling skapar en uppenbar kniptång från effektivitetssynpunkt. Samtidigt förslites "rätten" – den verkliga, etiskt förankrade, för samhället i stort och dess värderingar betydelsefulla "rätten" – mycket snabbt, om termen och föreställningarna skall tas i anspråk för uppenbart detaljkraft. Den svåra frågan blir: kan social styrning, konfliktlösning och social kontroll på något sätt organiseras så att "rättens" domäner blir mer överskådliga, mer respekterade och därmed mer effektiva, medan den stora massan specialregler på "rättsligt" likgiltiga fält i någon form "avjuridiserar", upphör att framställa det högtidliga anspråket på att vara i egentligaste mening "rätt"? Även detta är en fråga som bör besvaras på grundval av gemensam europeisk erfarenhet och diskussion.

LITTERATUR

Litteraturen om den europeiska rätten är oöverskådlig. Här några få förslag till vidare läsning. Dessvärre är någorlunda moderna svenska verk av mer allmän, icke-specialiserad typ inte så talrika.

En kortfattad allmän översikt är ERIK ANNERS, *Den europeiska rättens historia. Några huvudlinjer* (1-2, 1975-80). Om svensk rättshistoria handlar GÖRAN INGER, *Svensk rättshistoria* (3 uppl. 1986). Idéhistoriskt inriktad är JACOB SUNDBERG, *fr. Eddan t. Ekelöf* (2 uppl. 1990). Uppsatssamlingar av blandat övervägande idéhistoriskt innehåll är STIG STRÖMHOLM, *Idéer och tillämpningar* (1978), *Historiskt och aktuellt* (1988) och *Lag och lyra* (1989).

En engelskspråkig översikt: STIG STRÖMHOLM, *A Short History of Legal Thinking in the West* (1985).

Ett par av de klassiska verken från de senaste femtio åren föreligger endast på tyska: PAUL KOSCHAEER, *Europa und das römische Recht* (1947) och FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2 uppl. 1967).

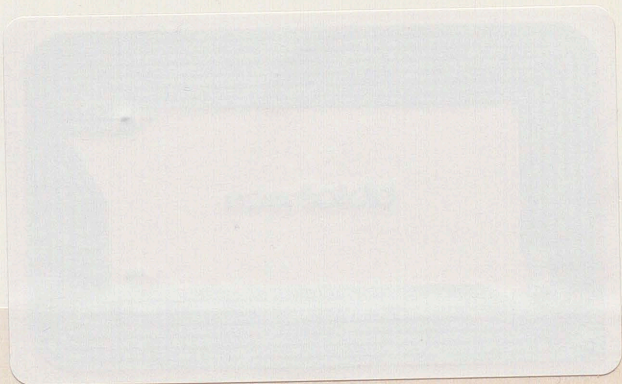
VITTERHETSAKADEMIENS SKRIFTSERIE OM EUROPA

GUNNAR ERIKSSON DE FAUSTISKA MÄNNISKAN

HARRY JÄRV KUNSKAPENS TRÄD

STURE LINNÉR EUROPAS FÖDELSE

STIG STRÖMHOLM EUROPA OCH RÄTTEN



Vitterhetsakademiens skriftserie om Europa vill bidra med kunskap om bakgrunden till de integreringssträvanden och de nya konflikthot som präglar den senaste politiska utvecklingen i Europa. Akademien som företräder humanvetenskaperna i vid mening i vårt land vill med denna serie ställa sina ledamöters och andra ledande forskares kunskaper om Europas kultur, historiska utveckling, språkliga mångfald och samhällseliga struktur till allmänhetens förfogande. Akademiens roll är i sammanhanget just förmedlande. För skrifternas sakliga innehåll och värderingar svarar givetvis de enskilda författarna själva. Det är redaktionens strävan att serien i sin helhet på ett så allsidigt och tankeväckande sätt som möjligt skall bidra till belysningen av Sveriges nutida och framtida roll i ett Europa som är både traditionsrikt och statt i snabb omvandling.

Stig Strömholm förmedlar en överskådlig men inte alltför förenklad bild av rättsarvets roll som sammanhållande element i dagens Europa. I denna historiska framställning ses rätten och rättstänkandet som en väsentlig beståndsdel – kanske rent av den väsentligaste – i det samlade arv som ger Europa och västerlandet dess identitet.

Stig Strömholm, f. 1931, professor i civilrätt med internationell privaträtt vid Uppsala universitet, tillika universitetets rektor och Vitterhetsakademiens preses. Vid sidan av sin rika vetenskapliga produktion har han ett omfattande författarskap i form av skönlitterära verk och lärda essäer.

Nat

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

000569584

91-27-02899-2