

Heikki Pihlajamäki

Rättssystem i komparativrättsliga konstruktioner: det nordiska perspektivet

1 Den nationella rättshistoriens förlust av dominans

Alla geografiska synvinklar på rätten är historiskt baserade. De föds och dör, och det finns ingenting självklart i dem. Rättshistorien såsom självständig disciplin föddes som nationell rättshistoria ungefär samtidigt som den nationellt inriktade rättspositivismen på 1800-talet. Den europeiska rättsvetenskapen – vare sig *Begriffsjurisprudenz* eller *école d'exégèse* – var därefter inte längre baserad på historia på samma sätt som den hade varit under *ius commune*-perioden.

Den nationella rättsvetenskapen är alltså ett kontingent fenomen, det vill säga ett fenomen i tid och rum. Detsamma gäller förstås den europeiska rättsvetenskapen och den europeiska rättshistorien, som föddes efter andra världskriget som en biprodukt eller till och med en viktig beståndsdel av den politiska europeiseringsprocessen. Världspolitikens och ekonomins globalisering har, i sin tur, likadana speglingskonsekvenser på rätten och rättshistorien.

Mot denna bakgrund torde det vara klart att det nordiska perspektivet på rätten, om en sådan finns, också måste ha ett historisk-politiskt ursprung. Innan vi går närmare in på den nordiska rättskulturen, måste vi ta ställning till själva begreppet. Begreppet rättskultur har definierats på flera olika sätt. Här utgår jag från Patrick Glenns definition. Den kanadensiske komparatisten har ersatt hela begreppet med ett annat som heter rättstradition (*legal tradition*).

Glenn betonar att traditionerna ändrar sig och är i ständig kontakt med varandra. Det finns inga "rena" traditioner, utan alla har tagit element från andra traditioner. Under senaste tiden har utbytesprocessen accelererat. Traditionerna kan ofta vara diffusa och svåra att definiera.¹

Glenns tankar kan vidareutvecklas. Från den nordiska synvinkeln framgår det klart att ett rättssystem samtidigt kan tillhöra flera rättstraditioner. Engelsk rätt är samtidigt del av *common law*-traditionen, men den delar även vissa egenskaper med de andra västerländska rättstraditionerna. Spansk rätt är visserligen en del av den europeiska rättstraditionen, men kan också anses utgöra del av den spanska rättskretsen eller den romaniska rättsfamiljen. Ungefär detsamma kan sägas om den nordiska rättstraditionen, såsom vi senare skall se.

Vikten av olika traditioner hos en viss rättskultur kan också förändras. Rättskulturer är inga bestående enheter. Rättens globala amerikanisering är ett nutida exempel på detta. Flera sådana rättskulturer, som förr inte hade påverkats av den amerikanska rätten, gör det nu i stigande grad. Den italienska rätten, som exempelvis traditionellt har tillhört den europeiska rätten, *ius commune*-traditionen, mer än kanske något annat rättssystem, har under de senaste årtiondena tagit in många amerikanska element. *Trust* är nu en del av Italiens rättssystem, och *plea bargaining* har också introducerats i Italien.

Rättstraditionerna är alltså dynamiska. Förändringarna sker först och främst genom företeelser såsom *legal transplants*², *legal transfers*³, *legal irritants*⁴, *legal transpositions*⁵ eller *legal translations*⁶, beroende på vilka

¹ H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 30–32.

² Det har skrivits enormt mycket om *legal transplants*. Termen introducerades först av Alan Watson i sin *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Athens: University of Georgia Press, 1974).

³ David Nelken, "Towards a Sociology of Legal Adaptation", i David Nelken – Johannes Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures* (Oxford: Hart, 2001), 7–54.

⁴ Gunther Teubner, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *Modern Law Review* 61 (1998), 11–32.

⁵ Esin Örücü, "Law as Transposition", *International and Comparative Law Journal* 205 (2002), 205–208.

⁶ Máximo Langer, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal* 45:1 (2004), 1–64.

terminologiska val man vill ansluta sig till.⁷ När man tänker på rättstransplanter, måste man oundvikligen också tala om rättslig kommunikation.⁸ För att rättslösningar på samhällsliga problem skall kunna ges spridning krävs vissa medel. Ett gemensamt språk är ett av dem. Rättsvetenskapens språk var latin i den tidigmoderna perioden. Det fanns endast få jurister i Norden som kunde bekanta sig med de europeiska rättslärda texter, och samtidigt var det oundvikligt att *ius commune*-rättsvetenskap skulle översättas till de nationella språken för att nordiska domstolar skulle kunna ta del av den. Med översättandet menar jag inte enbart den språkliga översättningen utan åtminstone lika mycket den kulturella.⁹

Från den nordiska rättens synvinkel är frågan om inflytningskanalerna utomordentligt viktig. Rättstransplanter rör sig inte automatiskt, utan det behövs kanaler för att de skall kunna kommuniceras. Typiska sådana kommunikationskanaler är rättslitteratur och rättsliga studier. Jurister själva kan förvandla sig till rättsliga kommunikationskanaler; man behöver endast tänka på de franska hugenottjuristernas exodus till Nederländerna efter 1572.

Vilka slags kommunikationskanaler byggdes inom Norden och utifrån Norden? När, hur, och varför har vi kunnat börja tala om ”nordisk rätt”?

2 Medeltiden och den tidigmoderna perioden: den nordiska rättens ursprung?

För att en ny rättstradition skall kunna uppstå måste det finnas kommunikationskanaler som binder ihop den blivande rättstraditionens delar. Mer konkret kan man knappast tala om en svensk rättstradition före 1300-talets landslagar och säkert inte förrän Sverige fick sin första valkonung. Konungen utövade viss rättsmakt, och landslagarna förenade rikets rättssystem – åtminstone beträffande den skrivna rätten.

⁷ Terminologiska val är säkert betydelsefulla, eftersom de reflekterar användarens förståelse av rättsteorin. Här skall emellertid inte ingås i sådana debatter.

⁸ Om rättslig kommunikation, se Richard Ross, ”Legal Communications and Imperial Governance: British North America and Spanish America Compared”, i Christopher L. Tomlins – Michael Grossberg (eds.), *Cambridge History of Law in America, Vol. 1, Early America (1580–1815)* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 104–143; och Heikki Pihlajamäki, ”Europäische Rechtskultur? Rechtskommunikation und grenzüberschreitende Einflüsse in der Frühen Neuzeit”, *Clio@Themis* 2 (2009).

⁹ Se närmare Langer.

Men såvitt vi vet fanns inga betydelsefulla kontakter emellan de nordiska rikena under medeltiden eller den tidigmoderna perioden. De finska och svenska studerandena riktade sina utländska studieresor till andra länder än Danmark, och efter reformationen först och främst till norra Tyskland och Nederländerna.¹⁰ Danskarna var lika litet intresserade av Sveriges relativt obetydelsefulla universitet.¹¹ Om något utbyte kan man, ens teoretiskt, tala om först efter det att Köpenhamns universitet grundades i slutet av 1400-talet och Uppsala universitet (som grundades 1477) började fungera på riktigt i början av 1600-talet.

Någon nordisk rättslitteratur fanns inte heller före 1600-talet. Ur en bredare synvinkel är de fåtaliga undantagen – till exempel Olaus Petris skrifter – inte särskilt viktiga. Den rättslitteratur som lästes eller hade lästs av de fåtaliga juristerna i Norden var europeisk och inte nordisk. Efter det att den danska och svenska rättslitteraturen började växa fram på 1600-talet handlade det framför allt om beskrivningar av den nationella skrivna rätten med hjälp av den europeiska rättens modeller. Johannes Loccenius, Claudius Kloot, Clas Rålamb och David Nehrman¹² i den svenska rättslitteraturen koncentrerade sig på inhemsk rätt och var av denna anledning föga till nytta för danska eller norska rättsvetare. Den dansk-norska rättskulturens första betydliga namn, till exempel Christen Ostensen Veile och Henrik Ernst,¹³ blev inte heller lästa vid de svenska universiteten. Det utvecklades inga sådana juridiska lösningar som skulle ha spritt sig till de andra nordiska länderna såsom delar av någon gemensam nordisk rättskultur.

Man kan alltså knappast hävda att någon gemensam nordisk rättskultur skulle ha uppstått under medeltiden eller den tidigmoderna perioden. Rättskulturer växer ihop med hjälp av rättsliga kommunikationskanaler. Om sådana inte finns, finns inte heller någon gemensam rättskultur.

¹⁰ Se Lars Niléhn, *Peregrinatio academica: det svenska samhället och de utrikes studieresorna under 1600-talet* (Lund: Gleerup, 1983); och Jussi Nuorteva, *Suomalaisten ulkomainen opinkäynti ennen Turun akatemian perustamista 1640* (Helsinki: Suomen Kirkkohistoriallinen Seura, 1997).

¹¹ Se Vello Helk, *Dansk-norske studierejser fra reformationen til enevældens 1536–1660, med en matrikel over studerende i udlandet* (Odense: Odense Universitetsforlag, 1987).

¹² Om tidig svensk rättslitteratur, se Lars Björne, *Patrioter och institutionalister: Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del I: Tiden före 1815* (Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1995), 23–37.

¹³ Om tidig dansk rättslitteratur, se Lars Björne, *Patrioter och institutionalister: Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del I: Tiden före 1815* (Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1995), 51–55.

Innan vi går vidare in på 1800-talet är det viktigt att lyfta fram ännu en fråga. Att rättskulturer liknar varandra kan också uttryckas så att de delar vissa rättskulturella drag. Till exempel visar komparativ forskning att så gott som alla primitiva rättskulturer använder gudsdomar som bevismedel. Sådana rättskulturer är typiskt starkt benägna till konsensus i stället för materiell sanning.

Att dela rättskulturella drag är emellertid inte samma sak som att höra till samma rättskultur. Orsakerna till att rättskulturer liknar varandra i ett eller flera hänseenden är ofta funktionella.

För att fortsätta exemplet ovan brukar primitiva rättskulturer inte ha någon stark centralmakt, vilken skulle möjliggöra ett starkt domstolsväsende – utan vilken materiell sanning inte kan tas som processmål. Liknande omständigheter producerar liknande resultat.

Ändå liknade de nordiska förmoderna rättsordningarna varandra både processuellt och materiellt. Detta var fallet både inom de olika rikena under medeltiden och mellan de olika rikena under den tidigmoderna perioden. Likheterna kan inte anses ha berott på intensiv växelverkan mellan de olika områdena utan snarare på liknande omständigheter; ungefär likadana relationer mellan kungamakt, kyrkan och släkterna; svag eller icke-existerande rättslig profession; svaga städer och svag adel; och så vidare.

Även om de nordiska rättssystemen inte påverkade varandra skedde en integration av en annan typ. Den katolska kyrkans roll växte i det medeltida Norden och kyrkans lärda öppnade nya rättsliga kommunikationskanaler. Kyrkans rättsreformer påverkade framför allt äktenskaps- och testamentsrätten samt bevisrätten, även om den kanoniska rättens reception förblev svagare än i många andra europeiska regioner.¹⁴ Trots receptionens svaghet kan man ändå säga att de nordiska rättsordningarna i alla fall närmade sig den lärda europeiska rättskulturen. Tendensen fortsatte i den tidigmoderna perioden genom att rättsliga studier påbörjades vid de nordiska universiteten enligt den allmäneuropeiska modellen, även om inflytandet av *ius commune* även då förblev jämförelsevis svagt.

Det var inte enbart de romerskrättsliga materiella reglerna som recipierades utan också den rättsvetenskapliga metodologin. *Usus modernus pandectarum*, den förhärskande rättsvetenskapliga skolan i 1600–1700-talens

¹⁴ Om den kanoniska rättens inflytande i Norden under medeltiden, se Mia Korpiola (ed.), *Nordic Perspectives on Medieval Canon Law* (Helsinki: Matthias Calonius Society, 1999).

Tyskland, blev ett viktigt sätt att idka rättsvetenskap även i Norden. Den praktiskt orienterade skolan gav nordiska rättsvetenskapsmän en fungerande modell, med hjälp av vilken den nationella lagens institut kunde ordnas vetenskapligt, romerskrättsligt.¹⁵ Det handlade härvid ofta om nordiska ”översättningar” av europeiska lösningar, adaptationer till nordiska förhållanden. Till exempel den romersk-kanoniska bevisrätten recipierades i stora drag, utom de finaste doktrinära detaljerna. Den lärda bevisrätten recipierades också utan den rättsliga tortyren, som i andra europeiska regionerna hade varit ett viktigt element i den lärda bevisrätten. I Norden kunde det inte finnas någon plats för tortyr, framför allt därför att lekmän innehade en helt annan roll i domstolsväsendet än i de länder där tortyren användes mera flitigt, t.ex. Tyskland och Frankrike.¹⁶

3 1800-talet: den nordiska rättskulturen föds

De borgerliga revolutionernas århundrade, 1800-talet, gav upphov till den nordiska rättskulturens uppkomst. Innan vi går in på den nordiska utvecklingen, bör dock kort nämnas att de kommunikationskanaler till Europa som öppnats genom den tidigmoderna perioden blev alltmer viktiga under 1800-talet. Det humboldtianska universitetet, det mest moderna på sin tid, lockade studenter från världens alla delar, även från Norden. Därtill påverkades också den tyska rättsvetenskapens kreativitet. Begreppsjurisprudensen, den förnämsta bland de tyska rättsvetenskapliga exportprodukterna, skulle knappast ha uppstått om den tyska rätten hade kodifierats på 1800-talet.

Det faktum att man studerade i Tyskland stimulerade också den nationella rättsvetenskapen i Norden. Den danska rättsvetenskapen var länge den mest utvecklade: Anders Sandøe Ørsted har betraktats som den mest inflytelserika rättsvetenskapsmannen i Norden.¹⁷ Han lästes i vida kretsar inte bara i Danmark och Norge, utan också i Sverige. Mot sekelslutet började det bli helt självklart att nordiska rättsvetenskapsmän bekantade sig med grannländernas litteratur – även om utbytet inte var särskilt balanserat:

¹⁵ Om den svenska rättsvetenskapens metodologi och i synnerhet om den s.k. institutionalismen, se Björne, 23–25.

¹⁶ Se Heikki Pihlajamäki, ”The Painful Question: The Fate of Judicial Torture in Early Modern Sweden,” *Law and History Review* 25 (2007), 557–592.

¹⁷ Om Ørsteds betydelse, se Lars Björne, *Brytningstiden, Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del II: 1815–1870* (Lund: Institutet för rätthistorisk forskning, 1998), 428–429.

danska författarna lästes av de flesta nordiska kollegorna, medan den finska rättslitteraturen, trots att den var mestadels skriven på svenska, förblev okänd för de flesta rättsvetenskapsmännen i de andra länderna.

1800-talet var också nationalismens århundrade, vilket kan synas svårt att anknyta till uppkomsten av en övernationell rättskultur såsom den nordiska. På den rättsliga nivån ledde nationalismen nämligen till nationell positivism, som, bland annat, förnekade den romerska rättens och *ius communes* universella karaktär. All rätt var nu nationell rätt, och mot århundradets slut började rätten i allt större utsträckning att förstås såsom en kodifierad, skriven parlamentslag. Den nationella tendensen förorsakade, paradoxalt nog, den nordiska rättskulturens födelse.

Det var nämligen så att den komparativa rättsvetenskapen uppstod såsom en av den nationalistiska rättsvetenskapens sidoprodukter. Pragmatiska västerländska lagstiftare, som inte ville uppfinna hjulet på nytt, började tidigt samarbeta med sina utländska kollegor på 1800-talet. Samma komparativa tendens spred sig även till rättsvetenskapen. Karl Mittermaier, den tyska straffrättsvetaren, är ett typiskt exempel på en rättsvetenskapsman som hade breda kunskaper om andra länders straff- och processrättsliga system.¹⁸ För att nämna ett annat exempel; Eduard Gans publicerade ett "universalrättsvetenskapligt" verk i arvsrätt redan i 1824–1835.¹⁹ Utvecklingen under 1800-talet ledde så småningom till uppkomsten av den jämförande rätten som utvecklades till en disciplin med egna professurer, tidsskrifter och konferenser. På vägen dit har konferenserna organiserade av *Société internationale du droit comparé* i Paris (1900) och Haag (1932) vanligen nämnts såsom viktiga milstolpar.²⁰

Det juridiska samarbetet började i Norden på allvar 1872, när traditionen av de nordiska juristmötena påbörjades. Samarbetet mellan rättsvetenskapsmän ledde till flitigt lagstiftningssamarbete, vars konkreta resultat blev de nordiska köp- och avtalslagarna vid sekelskiftet samt den nordiska äktenskapsrätten.

¹⁸ Om Mittermaier, se Wilfried Küper (ed.), *Carl Joseph Anton Mittermaier (1787–1867)* (Heidelberg: Decker und Müller, 1988).

¹⁹ Eduard Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung 1–4* (Berlin, Maurer: 1824–1835).

²⁰ Om den komparativa rättsvetenskapens tidiga skedar, se Carlos Petit, "From Paris to the Hague: Edouard Lambert and Droit Commun Legislatif" in Claes Peterson (ed.), *History and European Private Law: Development of Common Methods and Principles* (Lund: Institutet för rätthistorisk forskning, 1997), 137–150.

Den nordiska rättskulturen föddes inte utan kontext. En viktig sådan var den politisk-kulturella skandinavismen, som påverkade politiken och kulturlivet i alla nordiska länderna på 1800-talet.²¹ Nationalismen var alltså inte endast riktad mot nationalstaten, utan i viss mån var den också regionalt inriktad. Detta är inte ett helt unikt fenomen i världen: situationen med den latinamerikanska *hispanismo* är i stort sett jämförbar med skandinavismen.²² Den kulturella sammanhörighetens vikt var stor, och den kunde även utöva inflytande trots de politiska systems olikhet; Finland var ju del av det autokratiska ryska imperiet, och Danmark förblev absolutistiskt styrt intill 1849, medan Norge och Sverige hade blivit konstitutionella kungarikar redan i seklets början.

Den nordiska eller skandinaviska andan spred sig alltså till rättens område under 1800-talet. Denna anda kommer till tydligt uttryck även i det s.k. Helsingforsavtalets preambel från år 1962 (Danmark, Finland, Island, Norge, Sverige):

”Danmarks, Finlands, Islands, Norges och Sveriges regeringar, vilka vilja ytterligare främja den nära gemenskap, som i fråga om kultur samt om rätts- och samhällsuppfattning råder mellan de nordiska folken, (...) vilka eftersträva enhetliga regler i de nordiska länderna i så många avseenden som möjligt (...)

Men av vilka slags ingredienser kom den nordiska rättsidentiteten till? Hur identifierar vi den nuförtiden? Till vilka slags särdrag hänvisar vi när vi talar om ”nordisk rätt”?

4 Den nordiska rättsidentitetens huvuddrag: några exempel

Den nordiska rättstraditionen kännetecknas åtminstone av följande drag, vilka är typiska för de nordiska länderna och atypiska för de kontinentala rättssystemen. För det första, den nordiska privaträtten kodifierades inte på 1800-talet, vilket i och för sig utgör en betydande rättsepistemologisk

²¹ Om skandinavismen, se Kari Haarder Ekman, *”Mitt hems gränser vidgades”: en studie i den kulturella skandinavismen under 1800-talet*, (Stockholm: Stockholms universitet, 2010); och Åke Holmberg, *Skandinavismen i Sverige vid 1800-talets mitt (1843–1863)* (Göteborg: Göteborgs universitet, 1946).

²² Se Heikki Pihlajamäki, ”La invención del derecho indiano: las raíces cosmopolitanas de la disciplina”, *Revista chilena de historia del derecho* 22 (2010), 583–592.

skillnad mellan nordiska och kontinentala jurister. Medan privaträtten i alla andra kontinentala länder är organiserad i kodifikationer, utgår man i Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige från enskilda lagar.

För det andra, den skrivna rättens betydelse har traditionellt varit stor i Norden medan de "konkurrerande" rättskällorna (*ius commune*, stadsrätten, feodalerätten o.s.v.) har spelat klart mindre roll än annorstädes i Europa. Detta är lätt att förstå, när man tänker på hur svaga de konkurrerande rättproducerande maktpolerna varit: både städerna och adeln har traditionellt kännetecknats av relativ svaghet i förhållande till centralmakten.²³

För det tredje, de nordiska rättsordningarna känner ingen notarinstitution i internationell mening. Detta är inte heller någon obetydlig detalj, utan något som ur den kontinentala juristens synvinkel till och med ser ut som hänsynslöshet mot rättssäkerhetsidealen.²⁴ För oss nordbor är det mer en fråga om att undvika onödig byråkrati.

För det fjärde, typiskt för de nordiska rättsordningarna är den professionella juristens traditionellt sett svaga ställning. Den professionella juristkåren är ett sent fenomen överallt i Norden, vilket motsvaras av lekmannens traditionellt starka ställning.²⁵

Andra nordiska särdrag skulle säkert också kunna identifieras,²⁶ men dessa fyra ovan angivna drag har gemensamt något särdeles viktigt, nämligen en praktisk attityd gentemot rätten. Det är klart att mycket av det ovan sagda håller på att ändras. Lekmän har redan förlorat mycket av sitt tidigare inflytande och den tendensen fortsätter, medan den professionella juristen blir alltmer viktig inom flera rättsområden. Även om ett notarsystem knappast ligger inom synhåll i Norden och även om nationella privaträttskodifikationer inte diskuteras här, förorsakar rättens

²³ Se Jaakko Husa – Kimmo Nuotio – Heikki Pihlajamäki, "Nordic Law – Between Tradition and Dynamism" i Jaakko Husa – Kimmo Nuotio – Heikki Pihlajamäki (eds.), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism* (Antwerp – Oxford: Intersentia, 2007), 19.

²⁴ Se här till de följande artiklarna i Mathias Schmoeckel – Werner Schubert (eds.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Tradition* (Baden-Baden: Nomos, 2007): Ditlev Tamm, "Geschichte des Notariats im Dänemark", 429–441; Heikki Pihlajamäki, "The Notary Public in the Legal History of Finland and Sweden", 441–462; och Hans Fredrik Marthinussen – Jørn Øyrehagen Sunde, "Notarius publicus in Norwegian Legal History", 463–482.

²⁵ Husa – Nuotio – Pihlajamäki, 15–18.

²⁶ Se Husa – Nuotio – Pihlajamäki, 21–36.

europisering och globalisering nog omvälvningar också i den nordiska rättsskälleläran.

Den turkiska komparatisten Esin Örüçü har sagt att "[a]ll legal systems are mixed legal systems".²⁷ Betyder det att de nordiska rättssystemen håller på att förlora sin identitet och också bli "blandade system" ("mixed")? Säkert, åtminstone delvis, men att tala om den nordiska rätten som en utrotningshotad art skulle vara överdrivet. Rättskulturer brukar vara resistent: ändringar kan ske snabbt på ytan, men mera långsamt på djupnivån. Om den nordiska rättskulturen dör ut, sker detta antagligen långsamt, lika långsamt som de nordiska språken kanske någon dag försvinner.

²⁷ Esin Örüçü, "What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?", *Electronic Journal of Comparative Law* 12 (2008), 1–18, 11.