

Marie Sandström

## Familjerättsvetenskap – rättsvetenskapens tulipanmaros?

Det är med rättsvetenskapliga discipliner som med människor: Somliga är oemotståndliga, andra blir först efter en tids bekantskap kära vänner och några förblir, trots alla ansträngningar, främlingar. Familjerätten tillhör, vad mig anbelangar, den sistnämnda kategorin. Jag finner familjerätten märkligt oattraktiv. Frågan är dock varför just detta rättsområde väcker så påtagligt negativa känslor hos en person som annars hyser en stark kärlek till juridiken.

Det är naturligtvis frestande att söka orsaken till min aversion mot familjerätten i det förflutna. Jag måste också medge att jag har en del smärtsamma minnen förknippade med denna disciplin. Mitt första möte med familjerätten var, till exempel, knappast lyckat: Under ett seminarium i ämnet hade jag – vid denna tidpunkt en artonårig juris studerande – givits i uppgift att muntligt redovisa en promemoria i ämnet. Det hela utvecklade sig till en veritabel golgatavandring, när jag förtvivlat sökte finna eufemismer för uttryck som jag fann stötande, men inte rimligen kunde undvika i en diskussion rörande faderskapstalan.

Inte heller som rättsvetenskapsman har jag lyckats försona mig med familjerätten. Jag minns en *hearing*, där en framstående företrädare för disciplinen ägnade en halvtimme åt att måla det svenska samhällets moraliska förfall i bjärta färger. Många av dess företrädare förefaller att ha ägnat avsevärd tid åt att beklaga tidens gång eller möjligen bristen på ”gång”. Det kvarvarande intrycket är att familjerätten är ett oordnat, oprecist och – i alla fall för en jurist – kuriöst känsloladdat ämne.

Jag är dock långt ifrån ensam om att känna främlingskap inför familjerätten; faktum är att jag befinner mig i det bästa sällskap jag överhuvudtaget kan föreställa mig. Den rikaste, vackraste och mest begåvade rättsvetenskapsmannen i rättens historia – Friedrich Carl von Savigny – fann också familjerätten irriterande.

## Friedrich Carl von Savigny och rättsinstitutsläran

Savignys dubier gällde främst familjerättens lämplighet som föremål för rättsvetenskapliga studier: Han noterade att familjerätten förefaller göra motstånd mot rättsvetenskapsmannens försök att stöpa dess stoff i en vetenskaplig form. De uppenbara problem som kombinationen av familjerätt och vetenskap genererar är dock i hög grad, om inte uteslutande, en följd av den revolution i rättsvetenskapen som Savigny och hans vapendragare i historiska skolan genomförde under den första halvan av 1800-talet. Föreläsarna för denna skola bröt nämligen helt med den naturrättsliga tradition som tidigare hade varit förhärskande: Naturrättslärarna antog nämligen att jurisprudentens vetenskaplighet var direkt avhängig juristens val av objekt för sina studier. Endast den jurist som väljer bort den bristfälliga positiva rätten till förmån för den gudomliga naturrätten kan således kalla sig rättsvetenskapsman. I linje med upplysningens och romantikens filosofiska kritik förkastade emellertid historiska skolan detta grundläggande axiom med motiveringen att det var såväl teoretiskt som praktiskt ohållbart. I dess ställe satte Savigny antagandet att juridikens teori och praktik har samma föremål – den positiva rätten – om än betraktat ur olika synvinklar. Historiska skolan är således den första rättsvetenskapliga skolbildning som konsekvent tar rättsvetenskapens *funktion* i rättssystemet, snarare än dess kunskapsteoretiska art, till utgångspunkt för sin vetenskapssyn.

Historiska skolan lanserade ett helt nytt program för det rättsvetenskapliga och, i förlängningen, juridiska studiet. Detta program, som närmast kan betecknas som en avsiktsförklaring<sup>1</sup>, brukar betecknas *rättsinstitutsläran* och markerar tveklöst höjdpunkten i skolans utveckling. Första bandet av Savignys främsta verk, *System des heutigen römischen Rechts*, ägnas åt en fyllig beskrivning av skolans program för studiet av civilrätten. Savigny kan emellertid inte sägas vara lärans egentlige upphovsman. Han hänvisar i sin redogörelse för rättsinstitutet till andra bandet i Friedrich Julius Stahls arbete, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, som hade publicerats redan 1833.<sup>2</sup> I Stahls arbete ges en långt mer raffinerad – och,

<sup>1</sup> Det rör sig nämligen inte i första hand om ett försök att beskriva rättssystemet i en viss tid och på en bestämd plats. Istället är det skolans främsta föresats att föreskriva en ny och i tiden bättre ordning för rättsstudiet. Denna lära bygger dock på ett, som historiska skolan uppfattade det, mer realistiskt betraktelsesätt på rättssystemet.

<sup>2</sup> Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, bd I, Berlin 1840, s. 10. Savigny hänvisar till Stahls redogörelse för rättsinstitutets karaktär och funktion

för den som gitter forcera den tunga språkdiräkten, mer precis – framställning av rättsinstitutsläran; i jämförelse ter sig ofta Savignys version grov och en aning naiv, vilket möjligen avspeglar författarens relativa ointresse för den rättsfilosofiska grunden för det rättsvetenskapliga studiet. Trots bristerna i Savignys framställning erbjuder *System* en oöverträffad inblick i den nya rättsvetenskapliga metodikens konsekvenser för de olika civilrättsliga disciplinerna.

Savignys pragmatiska inställning till rättsstudiet kommer till tydligt uttryck i det sätt på vilket han leder läsaren in i det nya rättspositivistiska paradigmet. Om rättsvetenskapen skall förstås utifrån sin funktion, så måste varje försök att identifiera rättens vetenskaplighet ta sin början långt bortanför rättsvetenskapens gränser. Utgångspunkten för Savignys argumentation är ett naturligt – eller, med andra ord, oskolat – perspektiv på rätten:

”Betraktar vi rättstillståndet, såsom det omger och genomtränger oss från alla sidor i det verkliga livet, så förefaller det vid första ögonkastet utgöra en till den enskilde personen tillhörande makt: ett område, på vilket dennes vilja härskar med vårt medgivande. Denna makt kallar vi denne persons *rätt*, vilket är synonymt med befogenhet. Många kallar detta rätten i subjektiv mening.”<sup>3</sup>

En persons rätt – eller rättighet – blir, enligt Savignys mening, som mest påtaglig då den betvivlas eller till och med bestrids av andra. Därmed kan en tvist uppstå, som kan komma att avgöras av en domare genom ett beslut eller en dom. I detta fall måste juristen – domaren och eventuella ombud – avgöra om rättigheten överhuvudtaget existerar och i så fall vilket omfång den har. Genom domarens beslut eller dom ges rättigheten ett offentligt erkännande och den kan därefter läggas till grund för stat-

i rättssystemet, se Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd II, del I, s. 165 f. Jfr Wilhelm, Walter, *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, Stockholm 1989, s. 34 fn 138.

<sup>3</sup> Savigny, a.a. s. 7: ”Betrachten wie den Rechtszustand, wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn”. Samtliga tyskspråkiga citat i denna uppsats har med få undantag översatts av författaren. Citaten återfinns i original i fotnotstexten.

liga ingripanden mot den eller de som utan grund bestrider rättighetens existens.<sup>4</sup>

Vid närmare eftertanke står det emellertid klart att detta "naturliga" betraktelsesätt är allt annat än naturligt: Påståendet, att den subjektiva rätten i domslutet ges ett erkännande, är – om än inte direkt felaktigt – åtminstone ofullständigt. Varken domstolen eller rättigheten kan i strikt mening sägas avgöra tvistens utgång. Av domskälen framgår istället att rättigheten istället måste betraktas som ett blekt återsken, en reflex, av något annat, som samtidigt kan antas utgöra bevekelsegrunden bakom domstolens ställningstagande. Den som uppfattar den subjektiva rätten som sitt föremål har således begått samma misstag som den som spänner vagnen framför hästen. Rättigheten saknar en egen, självständig, existens och härleds därför ur något annat. Juristen måste följaktligen identifiera det rättsliga avgörandets reella grund och "[d]enna finner vi", enligt Savigny, "i rättsförhållandet"<sup>5</sup>.

## Rättsförhållandet

För att fullt ut förstå och korrekt tillämpa rätten måste juristen ta sin utgångspunkt i "rättsförhållandets levande konstruktion i varje givet fall", ty däri vilar det "intellektuella element" som höjer rättspraxis över det blott mekaniska hantverket<sup>6</sup>. Det var dock inte tillräckligt att ge en allmän beskrivning av rättsförhållandet. För att korrigera de många missuppfattningar som rådde rörande rättstillämpningens verkliga natur, ansåg sig Savigny tvungen att ge läsaren prov på den argumentation som tar sin utgångspunkt i rättsförhållandet. Han hämtade sina exempel ur digesterna, *lex frater a fratre*:

"Två bröder står under sin faders förmyndarskap. Den ene ger den andre en försträckning. Mottagaren [av försträckningen] betalar tillbaka den efter faderns död och frågar sig, om han kan kräva tillbaka den utgivna summan såsom en misstagsbetalning."<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Se a.a., s. 7.

<sup>5</sup> A.a. ibidem: "Diese nun finden wir in dem Rechtsverhältniß".

<sup>6</sup> A.a., s. 8: "Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem bloßen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen".

<sup>7</sup> A.a. ibidem: "Zwey Brüder stehen in der Gewalt ihres Vaters. Einer giebt dem Anderen ein Darlehen. Der Empfänger zahlt dieses nach der Vaters Tod zurück, und es fragt sich,

Rättsfrågan i detta fall, huruvida ett återkrav – *condictio indebiti* – är berättigat, kan enligt Savignys mening bara besvaras på ett godtagbart sätt av den domare som förmår betrakta tvisten ur rättsförhållandets helhetsbild. Om rättsfrågan betraktas ur ett dylikt rättsförhållandeperspektiv, framträder ett antal enskilda element som vart och ett utgör en länk i den argumentationskedja som leder fram till en lösning på problemet. I det aktuella fallet är försträckningsgivarens rätt avhängig husfaderns förmyndarskap över de båda bröderna, försträckningen från den ene brodern till den andre samt ett *peculium*<sup>8</sup>, som försträckningstagaren har fått från sin fader. Det som synes vara en samling disparata rättsfakta är istället moment i en aristotelisk historia, där rättsligt relevanta fakta ställs samman i en sammanhängande räkka. I *frater a fratre*-fallet binds händelseförloppet samman av faderns död, arvet efter honom och återbetalningen av försträckningsbeloppet.<sup>9</sup> Av Savignys exempel framgår att rättsförhållandet dels är en enhet av flera delar, dels befinner sig i en fortskridande utveckling.<sup>10</sup> Det är ur denna organiska enhet som rättstillämparen skall hämta argument för sitt avgörande.

Alla de egenskaper som saknas i den subjektiva rätten återfann Savigny istället i generösa mått i rättsförhållandet. Rättsförhållandets ”Gesammtanschauung” knyter samman enskildas rättigheter och skyldigheter till en sammanhängande ordning, samtidigt som dessa rättigheter avslöjas som blott intellektuella konstruktioner av det enklaste slag. Det ”naturliga” har således förbytts i sin absoluta motsats; den subjektiva rätten representerar för Savigny en skadlig förkonstling så länge som den inte livas av ett rättsförhållandeperspektiv:

”Denna [grundval] finner vi i *rättsförhållandet*, av vilket varje enskild rättighet endast utgör en särskild, genom abstraktion avskiljd, sida, så att domen

ob er dieses gezahlte Geld, als irrig gezahlt, wieder fordern könne”. Jfr Africanus, D. 12.6.38.

<sup>8</sup> Enligt *ius civile* kan en *pater familias*, eller annan förmyndare, ge sin myndling eller slav tillåtelse att med hans godkännande inneha särskild egendom (*peculium*). Denna egendom ingick visserligen i strikt juridisk mening i husfaderns förmögenhet, men uppfattades i vardagslivet som myndlingens eller slavens egen. Effekten av detta institut var således att söner och slavar i praktiken kunde uppträda såsom fria medborgare, i alla fall så länge som förmyndaren inte hade anledning att återkalla sitt godkännande, se Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 2 upplagan, München 1971, s. 344.

<sup>9</sup> Savigny, a.a. s. 8.

<sup>10</sup> Jfr Mecke, Christoph-Eric, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen 2009, s. 560.

över en enskild rättighet endast kan vara riktig och övertygande i den mån den utgår från rättsförhållandets helhetsuppfattning.”<sup>11</sup>

Rättsförhållandet tjänar följaktligen ett bestämt syfte i den juridiska argumentationen. Betraktad ur ett rättsförhållandeperspektiv ter sig, för första gången, den subjektiva rätten enhetlig. Den helhetsuppfattning, som insikt i rättsförhållandet medför, inskränker sig visserligen till grundläggande konsekvens, snarare än verklig systemenlighet, men denna naturliga enhet<sup>12</sup> legitimerar i hög grad utfallet av tvisten.

Den enhet som uppstår ur rättsförhållandet är dock av ett ovanligt slag: Normalt brukar rättens inre ordning sakna tidslig dimension – rätten ”är” helt enkelt i kraft av sin egenskap att vara gällande – men det sammanhang som frambringas av juristens rättsförhållandeperspektiv präglas istället av liv och riktning. I motsats till de ”döda” rättigheterna ger studiet av rättsförhållandet juristen ett begrepp om rättens organiska natur, ty det ”uppenbarar sig dels i sammanhanget av varandra ömsesidigt bärande och beroende beståndsdelar, dels i den fortgående utveckling, som vi kan upptäcka i [rättsförhållandet], i form av dess uppkomst och förgänglighet”<sup>13</sup>. Det rör sig således om en rättslig enhetlighet som inspirerats av den aristoteliska *entelechin*, enligt vilken alla kunskapsobjekt antas sträva mot självidentitet, i dess efterkantianska och idealistiska form. Rätten – i likhet med alla andra fysiska, och därmed historiska – företeelser utvecklas således genom en process av självförverkligande, varigenom dess ändamål gradvis realiseras.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Savigny, a.a. ibidem: ”Diese nun finden wir in dem *Rechtsverhältniß*, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, aus Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesamtschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht.”

<sup>12</sup> Om innebörden av begreppet *naturlig* i Savignys författarskap, Sandström, Marie, *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*, Lund 1989, s. 140, fn 79 och 80, Rückert, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, s. 286 samt Wilhelm, a.a. s. 40 f. Redan i *Marburger Methodenlehre* hänvisade Savigny till rättsvetenskapen som ”eine Wissenschaft nach den eigenen Gesetzen ihrer Natur ..., oder ein Ideal von ihr”, se Savigny, Friedrich Carl von, *Marburger Methodenlehre*, Stuttgart 1951, s. 47.

<sup>13</sup> A.a. s. 7 f.: ”Das Rechtsverhältniß aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in der Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens”.

<sup>14</sup> Detta är för övrigt den filosofiska grundvalen för användningen av teleologiska argument i juridiken.

Det faktum att rättigheter uppkommer, utvidgas, inskränks, och till slut utslocknar, medför att juristen – i synnerhet domaren – måste ställa sig frågan, vilka drivkrafterna bakom den subjektiva rättens föränderliga karaktär kan tänkas vara. Det finns, enligt min mening, inget skäl att anta att Savigny menade att rätten utvecklas autonomt eller, med andra ord, av sig själv.<sup>15</sup> En sådan långtgående hypostasering av rätten brukar i allmänhet tillskrivas den senare begreppsjuridiska skolan och förefaller direkt omöjlig att förena med Savignys berömda passus om rättens beroende av sin omvärld:

”Rätten har ingen existens i sig; dess väsen är istället själva det mänskliga livet, sett ur en särskild synvinkel.”<sup>16</sup>

Allt talar istället för att begreppet *rättsförhållande* för såväl Savigny som hans kollega, Stahl, utgjorde nyckeln till förståelsen av rättens fortgående utveckling: När rättsfrågan betraktas ur rättsförhållandets synvinkel inordnas den strikt juridiska analysen in i sin samhälleliga och historiska kontext. Rätten framstår då som den verkliga är, som *en* aspekt av det mänskliga livet i stort. I denna mening kan rättsförhållandet sägas utgöra inbegreppet av rättens externa relationer till omvärlden och historien. Därmed ändrar den juridiska argumentationen sin karaktär: Rättens dogmatiska ”är” övergår nästan omärkligt i rättsgenetikens ”vardande”.

Savignys framställning av rättsförhållandet kan te sig smått schizofren: Hur kan ett begrepp innefatta vad som i praktiken är en dikotomi mellan rättens dogmatik och dess genetik? Svaret på denna fråga – det rör sig i detta fall, som så ofta när det gäller historiska skolan, om en dialektisk enhet, inte om identitet – är starkt präglad av tidens idealistiska filosofi och ger, enligt Savignys mening, en bild av rättens och rättsbildningens verkliga karaktär. En slående parallell till Savignys ambivalenta definition av rättsförhållandet erbjuder den juridiska termen *rättsfakta*: Historiska fakta rörande ett särskilt fall – till exempel husfaderns död i *frater a fratre*-fallet – har av rättsordningen givits juridisk relevans, eller – *vice versa* – rättsliga normer som förankrats i fakta, och kvalificeras då som

<sup>15</sup> Enligt Walter Wilhelm föregrep Savigny, och eventuellt också Stahl, begreppsjuristernas hypostasering av rättssystemet, se Wilhelm, a.a. s. 32 ff., särskilt s. 37. De anförda argumenten är dock inte helt övertygande.

<sup>16</sup> Savigny, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1 uppl, Berlin 1814, s. 30: ”Das Recht hat kein Daseyn für sich, seyn Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen”.

rättsfakta. På liknande sätt kan rättsförhållandet sägas avse såväl rättens realisering som samhällets reglering. Spänningen mellan "rätt" och "förhållande" i begreppet *rättsförhållande* illustrerar således mekanismerna bakom rättens materiella utveckling, nämligen växelverkan mellan rätt och samhällsförhållanden.

Ingen – inte ens juristen – torde idag betvivla sanningshalten i Savignys påstående, att rättens utveckling endast kan förstås utifrån sin samhällseliga och historiska kontext. Ändock representerade denna fokusering på rättsbildningen ett tydligt avsteg från den fram till 1800-talet förhärskande naturrättsläran. Det är ingen överdrift att påstå att framhävandet av rättsförhållandet utgör ett led i övergången till ett rättspositivistiskt synsätt. Därmed är emellertid inte sagt att tankegången är oproblematisk. Denna nyhet i den juridiska och rättsvetenskapliga metoden utgör ett uppenbart hot mot en av grundpelarna i – ja, själva syftet med – rättsinstitutsläran. Skolans målsättning var nämligen inte, i första hand, att reformera rättsvetenskapen för dess egen skull. Istället skulle den nya rättsvetenskapen utgöra den huvudsakliga garanten för en rättssäker rättstillämpning.<sup>17</sup> Rättsförhållandets juridiskt "öppna" karaktär – antalet tänkbara externa relationer är i det närmaste oändligt – förefaller vara oförenlig med ett krav på likformighet och förutsebarhet. För att undanröja denna potentiella konflikt i historiska skolans program, måste mängden relevanta argument kvalificeras och begränsas. Savignys, och historiska skolans, lösning på detta problem är lika enkel som genial: Även om rätten i verkligheten inte har några bestämda gränser till sin omvärld, så står det juristen fritt att uppställa fiktiva gränser för den juridiska argumentationen.

<sup>17</sup> Historiska skolan, och Friedrich Julius Stahl i synnerhet, har spelat en avgörande roll för utvecklingen av *civil law*-traditionens rättsstatsideal. I en berömd passus definierade Stahl rättsstaten på följande sätt: "Der Staat soll *Rechtsstaat* seyn, das ist die Lösung, und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d.i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen", se Stahl, Friedrich Julius, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage der christlicher Weltanschauung*, 2 avd., 2 uppl, Tübingen 1845, s. 106. Stahls rättsstatsbegrepp har ofta – kritiskt – karaktäriserats som enbart formellt. Likformighet och förutsebarhet i rättstillämpningen är dock ett, enligt Stahls mening, oefftergivligt krav på en rättsstat.



## Rättsinstitut

Det stod klart för Savigny att rättens materiella sida – enskilda rättigheter och dynamiska rättsförhållanden – bara utgjorde en sida av rättsordningen. I den subjektiva rättens motsats fann han också lösningen på problemet med att förena ett rättsförhållandeperspektiv med det rättsstatliga kravet på rättssäkerhet i rättstillämpningen:

”En dom över enskildas rättigheter och skyldigheter är bara möjlig genom kopplingen av särskilda fakta till en allmän regel, som reglerar de enskilda rättigheterna. Sådana regler kallar vi helt enkelt *rätten*, eller den allmänna rätten. Vissa kallar dem rätten i objektiv mening.”<sup>18</sup>

I motsats till den subjektiva rätten, som i princip saknar gränser, är den objektiva rätten precis och avgränsbar, ty rättsregler hör *par definition* till en eller annan rättskälla. Den norm som ännu inte, eller inte längre, kommer till uttryck i en av konventionen erkänd rättskälla, antas sakna juridisk relevans, oavsett dess övriga kvaliteter. Detsamma gäller naturligtvis sådana regler som aldrig någonsin kommer att upptas i en rättskälla. I linje med den kontinentaleuropeiska rättstraditionen, men i strid med historiska skolans förment lagstiftningsfientliga rättskällelära<sup>19</sup>, hävdade Savigny att rättsregler i synnerhet kommer till uttryck – ”erscheint im sichtbarer Gestalt” – i lagen, ”welches ein Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel ist”<sup>20</sup>. Gränserna för den objektiva rätten sätts således av rättskälleläran och rättskällornas innehåll. Om domarens rättsförhållandeperspektiv hindrar rättstillämpningen från att bli helt mekanisk, så är rättsregelns roll i den juridiska metoden att garantera rättstillämpningens enhet och konsekvens.

<sup>18</sup> Savigny, a.a. s. 9: ”Das Urtheil über das einzelne Recht ist nur möglich durch Beziehung der besonderen Thatfachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir *das Recht* schlechthin, oder das allgemeine Recht: Manche nennen sie das Recht im objectiven Sinn”.

<sup>19</sup> Det rör sig om en gammal vantolkning av historiska skolans kritik av upplysningens stora kodifikationsprojekt. Motståndet mot kodifikationsplanerna har regelmässigt (över) tolkats som ett uttryck för en allmän fientlighet mot lagen som rättskälla. Det finns inget i Savignys skrifter som tyder på annat än att han, som i ovanstående passus, erkände lagstiftningsens primat över andra rättskällor, se Sandström, Marie, Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket, *Norden, rätten, historia: Festskrift till Lars Björne*, Helsingfors 2004, s. 291 ff.

<sup>20</sup> Se Savigny, a.a. ibidem.

Savigny kände sig uppenbarligen särskilt väl till mods när framställningen bytte fokus från rättens materiella till dess formella sida. Det är knappast någon tillfällighet att han bara i förbigående och synbarligen avvisande berör begreppet *objektiv rätt*. I likhet med Conan Doyles fiktive detektiv, Sherlock Holmes, som kallade den formidabla Irene Adler *the woman*, såg Savigny ingen anledning att kalla de normer som nedlagts i rättskällorna för något annat än *rätten*. Hans kollega, Stahl, föredrog istället uttrycket *gällande rätt*, som han definierade som ”den gällande (positiva) rätten hos ett bestämt folk vid en bestämd tid”<sup>21</sup>. Oavsett vilket begrepp som används, så är det uppenbart att detta är en del av rättssystemet till vilket juristen har en särskild hemortsrätt. Den probersten som avgör vilka argument som har juridisk relevans håller rätten fri från just sådana icke-juridiska argumentationsmönster som rättsförhållandeperspektivet introducerar till den juridiska argumentationen. Savignys ståndpunkt kan te sig motsägelsefull: Antingen hör rättsförhållandet hemma i den juridiska argumentationens eller ej. Savigny ansåg sig dock tvungen att göra en distinktion mellan de fall där juristen finner en tillämplig rättsregel, som inte ger ett uppenbart orimligt resultat, och de, vari den tillämpliga regeln måste skapas. I båda fallen – i såväl enkla som svåra fall – skall rättstillämpningen möta de krav på förutsägbarhet och likformighet som ställs i en rättsstat, men på olika sätt. I de svåra fallen, såsom till exempel *frater a fratre*-fallet, måste juristen, om än motvilligt lämna tryggheten i rättskällorna och söka sig ut i rättsförhållandenas utmarker. Vid denna punkt övergår den rena rätts-tillämpningen i rättsbildning.<sup>22</sup>

Saken skall dock ta ytterligare en oväntad vändning. Vid en närmare betraktelse står det emellertid, enligt Savigny, klart att detta *för juristen* ”självklara” betraktelsesätt i själva verket bygger på en grov förenkling. Föreställningen om rättsliga avgöranden som logiska syllogismer, vari kombinationen av bestämda fakta med en rättsregel med logisk-deduktiv säkerhet leder till en bestämd slutsats om existensen av vissa rättigheter, motiveras endast av vissa praktiska behov och ger inte en uttömmande beskrivning av rättstillämpningens, och än mindre rättens, komplexitet. Lagreglerna utgör, enligt detta synsätt, bara toppen på ett isberg av rätts-

<sup>21</sup> Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd II, del I, s. 169: ”das geltende (positive) Recht eines bestimmten Volkes zu einer bestimmten Zeit”. Rörande betydelsen av begreppet *gällande rätt* och den rättsdogmatiska fiktionen i Stahls författarskap, se Sandström, Marie, *The Concept of Legal Dogmatics Revisited, Epistemology and Ontology: IVR Symposium*, Lund 2003 s. 133 ff.

<sup>22</sup> Ren rättstillämpning övergår i prejudikatbildning.

ligt relevanta föreställningar och argument. Den rättsvetenskapliga analysen måste följaktligen tränga än längre ned i det rättsliga avgörandets djup. Denna gång skall dock juristen vända sig in i, och inte ut ur, rätten.

”På samma sätt som domen i en enskild tvist endast är av en begränsad och avledd natur och endast får en levande rot och övertygandekraft genom rättsförhållandeperspektivet, så förhåller det sig med rättsregeln. Ty också rättsregeln, liksom dess [främsta] framträdelseform i lagen, har sin djupare grund i *rättsinstitutsperspektivet*, och dess organiska natur visar sig också såväl i det levande sammanhanget mellan beståndsdelarna som i dess fortskridande utveckling.”<sup>23</sup>

Av Savignys beskrivning framgår att rättsinstitutet, i motsats till rättsförhållandet, är uteslutande rättsligt till sin natur. Det saknar således rättsförhållandets ambivalens och kan inte tjäna som en mellanled mellan rätten och andra sidor av det mänskliga livet. Vilken är då rättsinstitutets funktion i historiska skolans program? Svaret ligger i hänvisningen till rättsinstitutets organiska karaktär: Genom ett rättsinstitutsperspektiv lyfts rätten, och därmed den juridiska argumentationen, till sin mest allmänna nivå. Från en sådan upphöjd position är juristen förmögen att urskilja de stora linjer som, i såväl tid som rum, förbinder rättens alla särskilda delar; på detta sätt förbinds ”nu” med det föregående ”då”<sup>24</sup> och de enskilda rättsreglerna antas stå i ett dialektiskt förhållande till varandra, så att de i hög grad bestämmer varandras omfattning och innebörd.

Det förefaller oundvikligt att rättsinstitutets enhetlighet förr eller senare kommer att komma i konflikt med den naturliga ordning som Savigny menade härrörde ur rättsförhållandets helhetsbild. Detta är dock en förhastad slutsats: Rättsförhållandets naturliga enhet är förhållandevis svag. På sin höjd kan ett rättsförhållandeperspektiv ge upphov till viss konsekvens i rätten. Rättsinstitutet, däremot, förvandlar en mängd löst sammansatta

<sup>23</sup> Savigny, a.a. s. 9: ”So wie aber das Urtheil über einen einzelnen Rechtsstreit nur eine beschränkte und abhängige Natur hat, und erst in der Anschauung des Rechtsverhältnisses seine lebendige Wurzel und seine überzeugende Kraft findet, auf gleiche Weise verhält es sich mit der Rechtsregel. Denn auch der Rechtsregeln, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des *Rechtsinstituts*, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitende Entwicklung”.

<sup>24</sup> Detta drag i skolans program gör dess verksamhet historisk till sin natur, utan att den för den skull kan beskylas för att vara antikvarisk. Se, angående den organiska historien, Wilhelm, a.a. s. 11 ff.

rättsregler till ett system av rättsliga normer. I denna mening är således rättsinstitutet överordnat rättsförhållandet:

”När vi således inte stannar vid det omedelbara intrycket, utan istället går in på sakens natur, så förstår vi att i verkligheten står varje rättsförhållande under ett motsvarande rättsinstitut, såsom dess urtyp, och behärskas av detta på samma sätt som ett enskilt avgörande behärskas av rättsregler.”<sup>25</sup>

På samma sätt som i redogörelsen om rättsförhållandet exemplifierade Savigny, med hjälp av *lex frater a fratre*, vad som kan avses med ett rättsinstitut. I detta fall aktualiserades en rad olika, men sammanhängande institut, såsom faders förvärv genom barnen, myndlingarnas särskilda förmögenhet (*peculium*) och det därmed sammanhängande avdraget till fadern (*deductio*), fordringens övergång genom arv,<sup>26</sup> konfusion av fordringar och skulder<sup>27</sup> samt, naturligtvis, återkravet (*condictio indebiti*). Samtliga exempel utgörs av juridiska begrepp, som i sin tur länkar tanken till motsvarande rättsprincip eller lära. Det är knappast förvånande att rättsinstitutsperspektivet kommer till sitt starkaste uttryck i rättens mest påtagliga systemenheter.

Det fanns, enligt Savigny, ytterligare en betydelsefull skillnad mellan rättsförhållandet och rättsinstitutet. Rättsförhållandet är, genom sin koppling till samhällslivet och det enskilda fallets omständigheter, mer eller mindre givet. I kontrast till denna bundenhet till historiska och samhällsliga fakta ter sig rättsinstituterna som rena intellektuella konstruktioner, som juristen först skapar en och en, för att sedan godtyckligt kombinera på olika sätt<sup>28</sup>. Savigny påpekade emellertid att detta dogmatiska drag i rättsläran har en gräns. Alla rättsinstitut är nämligen underkastade själv systemtanken, så att alla institut ömsesidigt bestämmer varandra. Följden

<sup>25</sup> Savigny, a.a. s. 9 f.: ”Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniss unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinen Typus [Ideal], steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel”. Savigny hänvisar i denna passus till Stahls beskrivning av rättsinstitutet – se Stahl, a.a., s. 165 f. – men det är trots detta långt ifrån säkert att de verkligen menade samma sak med detta uttryck.

<sup>26</sup> Se Savigny, a.a. s. 10.

<sup>27</sup> Konfusion innebär att en person har kommit att bli såväl borgenär som gäldenär avseende en och samma förpliktelse.

<sup>28</sup> Detta förefaller vara en träffande beskrivning av det sätt på vilket Rudolf von Jhering konstruerade *culpa*- och *dolus in contrahendo*-läran med hjälp av ett antal disparata citat ur Digesterna.

är att dithän systemet som helhet rör sig, dithän rör sig också instituten. Även om det dogmatiska "godtycket" följaktligen har sina gränser, så hade Savigny funnit det element i rättssystemet som befinner sig längst bort – men aldrig är avskuret – från det mångfaldiga och obegränsade samhällslivet.<sup>29</sup> Denna upphöjda och avlägsna plats i rättssystemet passade som handen i handsken för de jurister som i högre grad än andra har givits eller tagit uppdraget att vidmakthålla rättens systematiska enhet. Rättsinstituts-perspektivet återfinns således i sin renaste form hos rättsvetenskapsmännen.

Rättsinstitutsläran är i många avseenden revolutionär: Den gav upphov till en i grunden förändrad juridisk metodlära, vilket resulterade i en ny juristroll. En påtagligt icke-metafysisk rättsvetenskap, med den huvudsakliga uppgiften att vidmakthålla den systematiska enheten i den positiva rätten, ersatte naturrättsläran. Inspirerade av upplysningens och romantikens skepsis inför det absoluta gav juristerna upp sökandet efter det perfekta rättssystemet och nöjde sig istället med att skapa enhetlighet i den positiva rätten. Frågan är dock om inte den enskilt mest betydelsefulla nyheten i historiska skolans program rör förhållandet mellan rättsvetenskap och rättstillämpning. Tidigare hade rättsvetenskapsmännen, enligt Savigny, uppfattat teori och praxis som två skilda – ja, till och med motsatta – element i rättssystemet. Dikotomin mellan teori och praxis i äldre rätt var naturligtvis en direkt konsekvens av den dualism som präglade den klassiska naturrättsläran. Savigny och den historiska skolan fann dock denna ståndpunkt ohållbar, då teori och praxis visserligen har olika uppgifter, vilket innebär att rättsvetenskapsmän och praktiker använder sina juridiska kunskaper på olika sätt, men det juridiska tänkandets art och riktning har dessa två verksamhetsgrenar gemensamt<sup>30</sup>. Endast den teori som har sina rötter i juridikens praktik kan således sägas vara verkligt rättsvetenskaplig, likväl som praxis utan teori antas urarta till rena *ad hoc*-avgöranden.

<sup>29</sup> Se a.a. s. 10 f.

<sup>30</sup> Se a.a. s. 11. Denna uppfattning om det juridiska tänkesättet eller metoden utgjorde det främsta skälet till att historiska skolan förkastade tanken på en läringsutbildning, under vilken studenter bibringas nödvändiga kunskaper och färdigheter av praktiskt verkssamma jurister, till förmån för en akademisk juristutbildning, lika för såväl blivande rättsvetenskapsmän som praktiker.

## Familjerättsvetenskapen – mellan naturliga och konstruerade rättsinstitut

Historiska skolans rättsinstitutslära gör, oavsett version, anspråk på att beskriva hur ett välfungerande rättssystem *bör* fungera, snarare än hur det faktiskt fungerar. Måttstocken för systemets funktion, och därmed dess yttersta och icke-bevisbara förutsättning, är kravet att rättstillämpningen i och utanför domstolarna skall förutsägbar och likformig. Om man godtar denna förutsättning, så kan läran bara värderas med utgångspunkt i graden av måluppfyllelse. Alla delar av rättssystemet måste, enligt Savigny, samverka för att uppnå målet, en rättssäker tillämpning. Inte ens rättsvetenskapen undkommer detta krav. Rättsvetenskapens funktion, och därmed dess natur, består i att bidra till god rättstillämpning genom systematisering av de rättsregler som fixerats i erkända rättskällor. På detta sätt sattes rättsdogmatiken i den juridiska vetenskapens huvudfära. Denna uppgift kan rättsvetenskapsmannen bara utföra i den mån han eller hon lyckas genomföra en avancerad balansakt: Rättsvetenskapen får visserligen inte avskärmats från det omgivande samhället och historien – naturrättslärarna hade redan begått det fatala misstaget – men måste samtidigt bedrivas med viss distans till sin omgivning med risk för att den annars förlorar sin vetenskapliga karaktär. Detta innebär i praktiken att den akademiskt skolade juristen måste förmå balansera rättsförhållande- och rättsinstitutsperspektiv på ett för rättsvetenskapen passande sätt.

Svagheten med Savignys beskrivning av den optimala rättsvetenskapen är att den ännu så länge endast är formell. Först när den rättsvetenskapliga metoden tillämpas kan dess innehåll och konsekvenser bedömas. Savigny ägnade därför åtskilliga sidor i första bandet av *System* åt att beskriva den rättsvetenskapliga metoden i dess relation till civilrättens olika discipliner. Utgångspunkten för analysen, och för rättsvetenskapen i sig, är de civilrättsliga rättsförhållanden som utgör grunden för den subjektiva civilrätten. I materiell mening består ett rättsinstitut av ett förhållande mellan fria väsen som har givits en rättslig bestämning i de regler som återfinns i rättskällorna.<sup>31</sup> Rättsförhållandet har således två distinkta, men samtidigt ouppdelbara förenade sidor: dels dess materiella stoff – ”denna relation i sig”<sup>32</sup> – dels dess rättsliga bestämning. Tagen i sin helhet avser privaträt-

<sup>31</sup> Se a.a. s. 333.

<sup>32</sup> A.a. s. 333: ”jene Beziehung an sich”.

ten att skydda individens frihet<sup>33</sup>. Emellertid förutsätter paradoxalt nog den individuella friheten sin motsats: Fria väsen är bara möjliga om deras frihetssfär beskärs.<sup>34</sup> Detta är privaträttens uppgift och *raison d'être*.<sup>35</sup> Alla mänskliga relationer hör således inte hemma på rättens område. Förutsättningen för att ett förhållande mellan fria väsen skall uppfattas såsom rättsligt bestämt är att det har behov av och är mottagligt för en rättslig reglering genom tillkomsten av rättsregler. Det finns i detta hänseende tre alternativ:

”Mänskliga förhållanden som helt, andra som alls inte och ytterligare sådana som endast delvis hör till rättsområdet, eller behärras genom rättsregler.”<sup>36</sup>

För att avgöra till vilken av dessa kategorier en rättsvetenskaplig disciplin hör, måste dock de enskilda ämnenas särskilda rättsförhållanden preciseras närmare. Om civilrätten är det område, där – med Savignys ord<sup>37</sup> – den individuella viljans oavhängiga herravälde råder, så måste nästa steg i analysen vara att söka upp de föremål, på vilka denna vilja kan inverka, utan att uppnå herravälde. Däri ligger nämligen de begränsningar som utgör rättsvetenskapens studieobjekt. En sådan analys resulterar automatiskt i en översikt över de olika typerna av möjliga rättsförhållanden som kan vara föremål för rättsvetenskapliga studier.<sup>38</sup>

Möjliga föremål för det individuella rättssubjektets fria vilja skulle, enligt Savigny, kunna vara rätten till sig själv, till det ofria samt till andra fria väsen. Av olika skäl godtog han inte att de så kallade *ursprungliga rättigheterna*, till exempel rätten till liv eller frihet, skulle utgöra en del av den positiva rätten. Det är enbart förvärvade rättigheter som intresserar honom, och detta medför att endast relationer till antingen döda ting eller personer kan räknas till rättsförhållandena<sup>39</sup>. Rätten till en i tiden

<sup>33</sup> Savignys betoning av rättssubjektens principiella, men inte obegränsade, autonomi är naturligtvis ett utflöde av tidens liberala föreställningar och har sannolikt sin grund i de kapitalistiska produktionsformerna.

<sup>34</sup> Se a.a. s. 331 f.

<sup>35</sup> Tillskapandet av detta ”sichern, freyen Raum” innebär att civilrätten uppställer gränser för varje individs autonoma sfär, ty ett rum existerar endast i och genom sina begränsningar (väggar!), se a.a. s. 332.

<sup>36</sup> A.a. s. 334: ”Menschliche Verhältnisse, die ganz, andere die gar nicht, noch andere die nur theilweise dem Rechtsgebiet angehören, oder durch Rechtsregeln beherrscht werden”.

<sup>37</sup> A.a. ibidem: ”unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens”.

<sup>38</sup> Se a.a. ibidem.

<sup>39</sup> Se a.a. s. 338.

och rummet begränsad sak kallas i sin renaste form äganderätt och avser ett nästan obegränsat herravälde över tingen. I jämförelse med sakrätterna är rätten till andra fria väsen avsevärt mer begränsad; om vi kunde äga andra väsen, så är de *par definition* inte längre fria, utan förslavade.<sup>40</sup> Följaktligen måste en sådan rätt avse en begränsad aspekt av den andres fria väsen, nämligen en handling som antingen skall utföras eller underlåtas i enlighet med en annans vilja. Handlingen är således inte längre fri, utan är underkastad rättighetsinnehavarens – fordringsägarens – vilja. En förpliktelse har således uppstått, som speglar borgenärens herravälde över gäldenären<sup>41</sup>:

”Genom de båda typerna av rätt, sakrätter likväl som förpliktelser, utbreddes den berättigade personens makt över hans väsens naturliga gränser. Helheten av förhållanden, som på detta sätt utvidgar den enskildes makt, kallar vi förmögenhet och helheten av de därmed sammanhängande rättsinstituten *förmögenhetsrätt*.”<sup>42</sup>

På förmögenhetsrättens område är således rättsförhållande och rättsinstitut kompatibla. Därav följer att såväl sak- som obligationsrättens rättsförhållanden kan underkastas ett studium ur ett rättsinstitutsperspektiv. Familjerätten däremot, skall det visa sig, trilskas. Den gör motstånd mot att stöpas i en vetenskaplig form.

I ett särskilt avseende skiljer sig familjerätten från den föredömliga förmögenhetsrätten. På obligationsrättens område kan en person ha en rättsligt reglerad relation till en annan utan att för den skull förlora sin abstrakta personlighet. Varje rättssubjekt uppfattas som en för sig bestående person, som i kraft av sin individuella vilja, utvidgar och begränsar sin frihetssfär i förhållande till andra, främmande, personer:

”Helt annorlunda förhåller det sig med den andra möjliga relationen till andra personer ... I detta fall betraktar vi inte den enskilda människan såsom en för sig bestående person, utan som en del av den organiska helhet

<sup>40</sup> Se a.a. s. 338 f.

<sup>41</sup> Se a.a. s. 339.

<sup>42</sup> A.a. s. 339 f.: ”Durch beide Arten der Rechte also, das Eigenthum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach außen, über die natürlichen Grenzen ihres Wesens, erweitert. Die Gesammtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesammtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögenrecht”.



som utgör hela mänskligheten. Då dess sammanhang med denna stora helhet alltid förmedlas genom bestämda individer, så är dess förhållande till individen grunden för en ny, och helt unik typ av rättsförhållanden.”<sup>43</sup>

Dessa rättsförhållanden kännetecknas, i motsats till dem som återfinns på obligationsrättens område, av att den enskilde personen inte uppfattas såsom ett självständigt väsen. Istället måste den enskilde individen betraktas som osjälvständig och i behov av ett komplement. Uppdelningen av mänskligheten i kön innebär, till exempel, att varken män eller kvinnor kan anses vara bärare av den mänskliga naturen. Endast genom en rättsligt reglerad relation – äktenskapet – blir mannen eller kvinnan, enligt Savigny, hel. Ett annat exempel avser den rättsliga regleringen av mänsklig fortplantning: Den enskilde individens begränsade livstid ger upphov till ett behov och erkännande av ett antal kompletterande rättsförhållanden knutna till människans reproduktion, som inte bara ger arten utan också individen ett visst fortbestånd.<sup>44</sup> Helheten av dessa ”kompletterande” rättsförhållanden – äktenskap, förmyndarskap och släktskap – kallade Savigny *familjen* och de därmed sammanhängande rättsinstituten *familjerätt*.<sup>45</sup>

Familjerättens relationer, och därmed dess rättsinstitut, skiljer sig från förmögenhetsrättens rättsförhållanden på en rad punkter: Obligationsrätten har en enskild handling till sitt föremål, medan familjerätten avser personen i sin helhet. Obligationens innehåll är av tillfällig art, då den kan avse den ena eller den andra handlingen. Familjeförhållandena, som i hög grad är betingade av människans organiska natur, ter sig snarare som mer eller mindre nödvändiga. Den förmögenhetsrättsliga förpliktelsen, obligationen, är i regel av övergående natur, medan familjeförhållanden har en mer permanent karaktär.<sup>46</sup> Familjerättens institut är således närmare besläktad med de ursprungliga rättigheterna än med förmögenhetsrätten. De ursprungliga rättigheterna hör, enligt Savigny, överhuvudtaget

<sup>43</sup> A.a. s. 340: ”Ganz verschieden davon ist die zweyte mögliche Beziehung zu fremden Personen, die nunmehr dargestellt werden soll. Hier betrachten wir den einzelnen Menschen nicht als ein für sich bestehendes Wesen, sondern als Glied des organischen Ganzen der gesamten Menschheit. Indem nun sein Zusammenhang mit diesem großen Ganzen stets durch bestimmte Individuen vermittelt ist, so ist seine Beziehung zu diesen Individuen die Grundlage einer neuen, ganz eigenthümlichen Art von Rechtsverhältnissen”.

<sup>44</sup> Se a.a. s. 340 f.

<sup>45</sup> Se a.a. s. 342.

<sup>46</sup> Se a.a. s. 343.

inte hemma i den positiva rätten och familjen kan endast delvis uppfattas som en angelägenhet för juristen.<sup>47</sup>

På den skala som sträcker sig mellan två extremer – de icke-juridiska ursprungliga rättigheterna och den rent juridiska förmögensrätten – hamnar familjeförhållanden i en obekväm mittenposition – ett slags juridiskt *limbo*<sup>48</sup> – där endast de relationer som kan betecknas som positivrättsliga eller juridiska kan inordnas under ett rättsinstitut. Grunden för vart och ett av dessa förhållanden – äktenskap, förmyndarskap och släktskap – utgörs av ett naturförhållande som till och med sträcker sig bortanför den mänskliga naturens tidsliga och rumsliga begränsningar, in i *jus naturale*. En väsentlig del av de förhållanden som är kopplade till föreställningen om familjen är således till sin natur föremål för tro eller övertygelse, men inte för rättsvetenskaplig analys:

”Härav följer att familjeförhållanden endast till en del är av juridisk natur; ja, vi måste tillägga, att den juridiska sidan av deras väsen just är den minsta, då de viktigaste hör till ett helt annat område än rätten.”<sup>49</sup>

Familjen har i själva verket tre uppenbarelsereformer som inte helt kan skiljas från varandra: den naturliga, eller mindre juridiska, den sedliga och den rättsliga formen. Savigny gav en föga smickrande bild av familjen i normativt hänseende. Den behärskas inte helt av vare sig rätten eller moralen, utan befinner sig i en slags intellektuell spagat mellan dessa båda normativa system. Savigny anför ett exempel som illustrerar detta dilemma: De naturliga familjeinstituten har i historien tjänat som mönster för utvecklingen av konstruerade institut i den positiva rätten. Dessa institut skiljer sig från de naturliga på en avgörande punkt då de inte vilar på en nödvändig, naturligt-sedlig grund, utan endast får sin legitimitet genom den föränder-

<sup>47</sup> A.a. s. 344: ”Das Familienrecht liegt daher näher als das Vermögensrecht den sogenannten Urrechten, und wie diese oben von dem Gebiet des positiven Rechts gänzlich ausgeschlossen worden sind, so muß von der Familie behauptet werden, daß sie nur theilweise dem Rechtsgebiet angehört, anstatt daß das Vermögen ganz und ausschließend in dasselbe fällt”.

<sup>48</sup> A.a. ibidem.

<sup>49</sup> A.a. s. 347: ”Hieraus folgt, das die Familienverhältnisse nur zum Theil eine juristische Natur an sich tragen; ja wir müssen hinzu setzen, daß die juristische Seite ihres Wesens gerade die geringere ist, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechts angehört”.

liga och särpräglade positiva rätten. De konstruerade instituten hör således helt till den positiva rätten och förutsätter inga utflykter i *jus naturale*.<sup>50</sup>

Det är uppenbart att förmögenhetsrätten, med sina konstruerade institut, utgör ett närmast idealiskt föremål för den rättsvetenskapliga bearbetningen. Såväl sak- som obligationsrätten saknar det naturligt-sedliga inslag som ställer till problem för vetenskapen när det gäller de normer som reglerar familjen. Förmögenhetsrätten består istället, enligt Savigny, av "rena, blotta rättsförhållanden"<sup>51</sup> som ägnar sig väl för systematisering under rättsinstitut. Den naturliga invändningen, att också förmögenhetsrätten innefattar ett sedligt element, var visserligen riktig – alla former av mänskligt handlande omfattas av föreställningar om goda seder – men i förmögenhetsrätten saknar denna sedliga grundval juridisk relevans. Moraliska argument godtas inte av rättsordningen:

"Skillnaden ligger alltså däri, att familjeförhållanden endast ofullständigt behärras av rättslagen, så att en stor del av dem helt överlämnats till sedliga influenser. Över förmögenhetsförhållandena har rättslagen däremot givits ett absolut herravälde, utan hänsyn till den moraliska eller omoraliska utövningen av rättigheten."<sup>52</sup>

Den yttersta orsaken till Savignys skepsis inför familjerätten var således att den inte helt och hållet kan sägas höra till den positiva rätten. Stora delar av familjerätten befinner sig således just utanför rättsvetenskapens räckvidd. Savigny hade således, enligt min mening, goda skäl att känna främlingskap inför familjerätten.

## Like a monstrous carbuncle?

Varför väcker då familjerätten sådana blandade känslor? När tronföljaren till den brittiska kronan, prins Charles, informerades om planerna på en ultramodern tillbyggnad till ärevördiga *National Gallery*, fällde han

<sup>50</sup> Se a.a. s. 356 f. Savigny påpekade att denna precisa distinktion mellan naturliga och konstruerade institut, eller mellan positivrättsliga institut och institut grundade i *jus naturale*, inte återfinns i den romerska rätten, se a.a. s.363.

<sup>51</sup> A.a. s. 370: "reine, bloße Rechtsverhältnisse".

<sup>52</sup> A.a. s. 370 f.: "Der Unterschied liegt also darin, daß das Familienverhältniß von Rechtsgesetzen nur unvollständig beherrscht wird, so daß ein großer Theil desselben den sittlichen Einflüssen ausschließend überlassen bleibt. Dagegen wird in den Vermögensverhältnissen die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt, und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts".

den legendariska kommentaren, att den planerade tillbyggnaden var "like monstrous carbuncle on the face of a much-loved and elegant friend". Charles upprördhet orsakades åtminstone delvis av de varma känslor han uppenbarligen hyser för den ursprungliga byggnaden. Han hade sannolikt inte protesterat lika häftigt om förslaget hade avsett en tillbyggnad till, låt oss säga, *the Gherkin*. Det var således knappast den fula bölden i sig som orsakade känslouttrycket, utan kombinationen av ett välkänt och älskat ansikte och den vanprydande deformiteten. På liknande sätt förhåller det sig kanske med familjerätten. I familjerätten varskar juristen drag som han eller hon är yrkesmässigt betingad att älska. Samtidigt går det inte i längden att ignorera den gigantiska böld som dess "naturliga" karaktär representerar för den rättspositivistiskt skolade juristen. I denna mening representerar familjerätten en ständig utmaning för den som söker sanningen om rätten.