

*Förord • 9*

*Inledning • 11*

HISTORISKA NORMER I KONFLIKT • 11

HISTORIENS RELEVANS FÖR JURISTER • 13

VAD ÄR EN RÄTTSKÄLLA? • 18

*Rättskällornas europeiska arenor • 18*

IDENTITET, KULTUR, RECEPTION, IMPOSITION ... • 20

*Reception • 21 • Imposition • 25 • Rättsliga transplantat – Legal transplants  
• 25 • Rättslig transferering • 28 • Rättskultur • 28 • Bricolage • 30*

YTTRE OCH INRE RÄTTSHISTORIA • 30

DET RÄTTSLIGA MATERIALETS KARAKTÄR • 35

*Medeltidens rättskällor • 37*

INLEDNING • 37

LAGSTIFTNING • 38

*Lagbegreppet • 38*

RÄTTENS POESI • 43

DEN EUROPEISKA RÄTTSBOKSLITTERATUREN • 44

DEN KANONISKA RÄTTEN • 45

DE NORDISKA LAGARNA • 47

*Rättsböcker och lagböcker • 50 • Balksystemet • 52*

KUNGEN SOM »LAGSTIFTARE« • 54

STADENS LAGAR • 57

SAMTIDA OCH SENTIDA UTGÅVOR AV DE MEDELTIDA LAGARNA • 59

TING OCH TORG – DEN MEDELTIDA RÄTTSTILLÄMPNINGEN • 60

DE MEDELTIDA UNIVERSITETEN OCH RÄTTSVETENSKAPEN • 62

NATURRÄTTEN • 64

SAMMANFATTNING • 65

*Tidigmodern tid – Vasatidens rättskällor • 67*

INLEDNING • 67

FUNDAMENTALLAGSBEGREPPET • 70

LAGSTIFTNINGSREFORMER OCH NOVELLER • 72

RÄTTSTILLÄMPNING • 73

*Erik XIV:s höga nämnd • 74*

RÄTTSVETENSKAPEN • 75

*1600-talets rättskällor – Från absolutism mot upplysning • 79*

INLEDNING – DEN RÄTTSLIGA EUROPEISERINGEN

– DEN JUDICIELLA REVOLUTIONEN • 79

STORMAKTSTIDENS JURISTBIBLIOTEK • 81

1600-TALETS RÄTTSKÄLLELÄRA • 83

*Kameralister och institutionalister • 83 • Den svenska rättskälleläran  
europeiseras • 86 • Hovrätterna och rättskälleläran • 86*

FUNDAMENTALLAGARNA • 88

LAGSTIFTNINGEN – DELREFORMER OCH

KODIFIKATIONSFÖRSÖK • 90

*Kommenterade lagböcker • 91 • Översatta lagböcker • 92 •*

*1600-talets kodifikationsteori: kodifikation – kompilation*

*• 93 • 1600-talets svenska lagkommissioner • 94*

1734 ÅRS LAG • 96

*Lagbokens teoretiska koncept • 96 • 1734 års lag: kompilation*

*eller kodifikation? • 97 • Förarbeten till 1734 års lag • 99*

LAGBOKEN • 101

*Novellerna till 1734 års lag • 101 • Lagkommissionen 1736–1809 • 102*

LAGKOMMENTARER • 103

RÄTTSVETENSKAPEN • 104

*Juridisk utbildning och fostran • 104*

DEN RATIONELLA NATURRÄTTEN • 105

*Europeiserad svensk rättsvetenskap 1650–80 • 107 •*

*Det karolinska enväldets rättsvetenskapsmän • 109*

RÄTTSTILLÄMPNINGEN: ENVAR SKALL DÖMAS AV SINA LIKAR • 110

*Underrätter • 110 • Överrätten • 111 • Suum cuique – ståndssamhällets*

*domstolar • 116 • Det svenska ståndssamhällets rättskällor • 117*

## Upplysningstidens rättskällor • 119

INLEDNING – UPPLYSNINGSTIDENS JURISTBIBLIOTEK • 119

LAGSTIFTNING • 121

*Upplysningstidens europeiska kodifikationsteorier* • 121 • *Grundlagarna* • 124

RÄTTSTILLÄMPNING • 127

*Judex est lex loquens – Domaren är lagens mun* • 127 • *1700-talets justiskritik* • 128

RÄTTSVETENSKAP • 131

## 1800-talet: Rättsstat och evolutionsteorier • 135

INLEDNING – 1800-TALET'S JURISTBIBLIOTEK • 135

GRUNDLAGARNA • 140

*Inledning* • 140 • *Tryckfriheten återställd och hotad* • 142 •  
*Regering och riksdag* • 142 • *Laggranskning – lagprövning* • 143  
• *Riksdagsbehandling* • 144 • *Riksdagsreformen* • 144

LAGSTIFTNINGEN • 145

»FRÅN KORN TILL KAKA« –

NORMGIVNINGSPROCESSENS ETAPPER • 147

*a. Lagstiftningsinitiativet* • 147 • *b. Remiss till Högsta domstolen: Rådgivare i lagstiftningsfrågor – laggranskning, ej lagprövning* • 148 • *c. Lagförslaget förelägges riksdagen genom proposition eller motion* • 149 • *d. Beredning av lagstiftningsärenden i riksdagsutskott* • 150 • *e. Riksdagsbehandlingen – Riksdagsprotokollen* • 151 • *f. Promulgationen – Kungörandet av lagen eller förordningen* • 152

DRÖMMEN OM DEN STORA KODIFIKATIONEN –  
OM LAGSTIFTNING SAR BETET I SVERIGE UNDER  
1800-TALET'S FÖRSTA HÄLFT • 152

*Remiss till allmänheten* • 154 • *Lagkommittén och dess efterföljare* • 154

OAVHÄNGIGA DOMSTOLAR OCH OAVSÄTTLIGA DOMARE –  
DOMSTOLARNAS STÄLLNING I 1809 ÅRS REGERINGSFORM • 159

*Inledning – Likheten inför lagen*

*– De privilegierade domstolarna försvinner* • 159 • *Prejudikatet som rättskälla – Rättstillämpningens nya uppgift* • 161

SEDVANAN SOM RÄTTSKÄLLA • 166

ADVOKATERNA – RÄTTSTILLÄMPNINGENS MODERNA AKTÖRER • 167

JURISTMÖTEN OCH JURIDISKA TIDSKRIFTER – EN NY  
INFRASTRUKTUR I DET EUROPEISKA RÄTTSLIVET • 168

*De nordiska juristmötena* • 169 • *De juridiska tidskrifterna* • 170  
• *De svenska juridiska tidskrifterna* • 171

JURIDISK TEORI OCH PRAXIS – DEN MODERNA RÄTTSVETENSKAPEN  
OCH DEN JURIDISKA UTBILDNINGEN • 172

*Den nordiska utvecklingen* • 173 • *Rättsvetenskapen i Sverige* • 175 •

*Den samtida juristarketyper: Ivar Afzelius* • 180 •

*Rättsvetenskapen konstruerar det moderna samhället* • 181

*Från liberal rättsstat till välfärdsstat:  
1900-talets rättskällor* • 185

INLEDNING • 185

DET MODERNA JURIDISKA BIBLIOTEKET • 186

*Det professionella juristbiblioteket* • 188

GRUNDLAGARNA • 189

LAGSTIFTNING • 191

*Justitiedepartementet* • 192 • *Lagberedningen* • 193 • *Straffrättsreformen* •  
195 • *Processrättsreformer* • 196 • *Det nordiska lagstiftningsamarbetet* • 196

LAGTOLKNING GENOM FÖRARBETEN • 198

*Kommittéväsendet* • 198 • *Statens Offentliga Utredningar, SOU* • 199 •

*Departementsserierna, Ds* • 200 • *Remissinstanserna* • 200 •

*Lagrådsremissen* • 200 • *Riksdagsbehandlingen* • 202

DOMSTOLARNA OCH RÄTTSTILLÄMPNINGEN • 202

*Socialstatens specialdomstolar* • 203

*Allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar* • 204

RÄTTSVETENSKAPEN • 206

*Juridiska tidskrifter* • 211

*Rätthistoriska rättskällor i konflikt* • 215

AVSLUTANDE REFLEKTIONER • 215

*Referenser* • 219

*Personregister* • 225

#### HISTORISKA NORMER I KONFLIKT

Nordiska och kontinentaleuropeiska jurister har traditionellt ett lagbundet synsätt på rätten. De utgår alltid från »gällande rätt«. Det innebär att senast antagna lagar och förordningar står i fokus. I demokratiska länder har lagstiftaren ofta fått ta ställning till olika lagförslag, där majoriteten beslutar vad som skall vara »gällande rätt«. Genom ett sådant beslut har inte bara »vinnaren« korats. Det har också samtidigt funnits en eller flera »förlorare«. Lagförslag som inte antagits kommer aldrig att upptas i lagsamlingar eller citeras i rättsliga avgöranden.

Annorlunda är det i de angloamerikanska rättskulturerna. Där bildas rätten främst genom domstolarnas avgöranden. Domarna får i varje rättslig konflikt söka stöd i äldre rättsavgöranden, s k prejudikat. Avgörandena blir klargörande och betydelsefulla om domarna varit eniga om domslutet. Har däremot lika många domare uttalat sig till förmån för ett annat avgörande, än det som blivit domstolens genom ordförandens utslagsröst, får detta naturligt nog inte samma tyngd.

Det betyder att synen på den rättsliga konflikten skiljer sig mellan de lagbundna, parlamentsstyrda rättskulturerna och de rättsfallsbundna och domstolsstyrda. Men i båda fallen har rätten utvecklats i konflikt. Och det är det perspektivet som den här framställningen vill framhålla.

12 De senaste 30 åren har konfliktperspektivet varit det dominerande inom den rättshistoriska forskningen. Det introducerades av rättshistorieprofessorn Morton Horwitz på Harvard Law School i hans i dag klassiska arbete *Transformation of American Law* (1977).

Vår tids demokratisyn hjälper oss att lyfta fram detta perspektiv. Det är inte bara den demokratiska majoritetssynen som vi i dag ska ta hänsyn till. Vi ska också synliggöra, bekräfta och låta bli att diskriminera vår tids minoriteter.

Vi ska därmed inte bara identifiera »rättens vinnare« utan också förlorarna. Att båda perspektiven har betydelse upplever vi inte minst i vår egen tid, där den nationella »gällande rätten« alltmer kommit i konflikt med internationella rättskällor. För några år sedan (2005) avgjorde Högsta domstolen ett mål om diskriminering av homosexuella, i vilket svensk lag ställdes mot Europakonventionens artikel 9 om tros- och religionsfrihet. Av riksdagen antagen svensk lag stod alltså mot den i svensk lag inkorporerade Europakonventionen, vilken fick företräde.

Det är detta konfliktperspektiv, som vi nu ska tillämpa på de svenska historiska rättskällorna. År 1912 utgav den dåvarande rättshistorikern Karl Gustaf Westman ett läromedel, *De svenska rättskällornas historia*. Som lärobok i rättshistoria utgick det arbetet från lagarnas, dvs vinnarnas, historia. Detta arbete utkom i ett antal upplagor och blev en rättshistoriens motsvarighet till C.G. Björlings legendariska lärobok i civilrätt från 1910, som sedan blev Björling – Malmström och senast Malmström – Agell. Westmans bok övertogs och utgavs därefter av de följande generationerna av svenska rättshistoriker (Ivar Sjögren och Gerhard Hafström). Göran Ingers arbete *Svensk rättshistoria* ansluter väl till denna tradition. Genomgående är det »vinnarnas« historia som skrivs.

Nu byter vi perspektiv. Naturligtvis ska vi även fortsättningsvis berätta om »vinnarna« i kampen om »gällande rätt«. Men vi ska också synliggöra minoriteterna, de som betraktats som historiens förlorare, men som i dag hjälper oss att se de historiska förklaringarna till varför rätten ser ut som den gör. Rättshistorien lär oss nämligen att gårdagens förlorare kan bli morgondagens vinnare.

Historien lär oss att synen på det förgångna inte alltid varit densamma. Den har ändrats från en tidsperiod till en annan. Under medeltiden präglades synen på den romerska rätten naturligt av sin tids tankestrukturer. Den medeltida juristen såg inte romarrätten som en historisk rättskälla. Han hade inte någon kritisk distans till källmaterialet. Den senantika justinianska rätten var för honom en auktoritativ gällande lagtext. Han hade ingen förförståelse, s k *Vorverständnis*, till det rättsliga materialet.

För absolutismens härskare under barocken på 1600- och 1700-talen uppfattades historien främst som en (1) kunskaps- och bildningskälla (*historia docet*). Den bildade eliten lärde sig inte bara filosofi och klassiska författare. För den tidens ämbetsmän utgjorde också historien en viktig kunskap. (2) Historien kunde också vara till nytta för samhället. Genom historisk kunskap kunde det förhindras att historiens olyckor och skador upprepades. Historiekunskaper visade vägen mot framsteg och utveckling. Under upplysningstiden framhölls särskilt detta argument. Därutöver kunde historien vara till den absolutistiske härskarens hjälp för att (3) legitimera dynastiernas ställning. Särskilda rikshistoriografer anställdes av monarkerna för att nedteckna deras militära och politiska bragder till nationens gagn.

Naturrettsläraren SAMUEL PUFENDORF (1632–95) var Sveriges förste professor i natur- och folkrätt i Lund. Han var därefter under 1680-talet anställd av den enväldige monarken Karl XI som rikshistoriograf i Stockholm. Där skrev han ett omfattande panegyriskt arbete om kungens fader, *Karl x Gustavs bragder*. Några år senare gick Pufendorf i tjänst hos kurfursten av Brandenburg i Berlin, och där författade han ett motsvarande arbete om sina nya uppdragsgivare.

Med den franske upplysningsfilosofen Montesquieu kom en mer relativiserad historieuppfattning. Montesquieu slog i sin klimatlära fast hur rätten, trots alla naturrettsliga principer, var olika i skilda länder. Rätten var betingad av klimatet. I Persien var rättssystemet mer primitivt, och strafformerna mer brutala beroende på att landet representerade en mer ålderdomlig rättskultur i förhållande till den i Frankrike, framhöll Montesquieu. Klimatläran förklarade inte

14 bara behovet av komparativa studier, den gav också rätten en historisk dimension. Asien framstod för Montesquieu som gårdagen, det förflutna, medan Europa (Frankrike) representerade nutiden. Med detta perspektiv kom Amerika några årtionden senare, efter självständighetsförklaringen, i hög grad att för europén representera morgondagen. USA och dess författning 1787 förverkligade konkret Montesquieus författningssideal och framstod som ett framtidsalternativ. Upplysningstiden gav med andra ord Europa en rumslig »centrum-periferi«-uppfattning, och samtidigt ett historiskt perspektiv på samhället.

Denna historieuppfattning blev särskilt betydelsefull under romantiken då ett källkritiskt förhållningssätt till det historiska materialet framträder. Denna reaktion mot upplysningstidens revolutions- och reformtänkande fick kring sekelskiftet 1800 också sina rättsliga uttryck. Hade upplysningen med hjälp av det mänskliga förnuftet (*ratio*) förmedlat bilden av ett av solen upplyst landskap, kom romantiken istället att betona månlandskapet, det irrationella, det intuitiva och det organiska i samhällskroppen. Ruinernas romantik, resorna till Italien, det historiska och det klassicistiska idealet – allt utgjorde en reaktion på den revolutionära och visionära syn på rätten som upplysningsfilosoferna hade gett uttryck för. Den utopiska synen att med Voltaire rationellt skapa »den bästa av alla tänkbara världar« fick nu konkurrens av en samhällsuppfattning som betonade rättens historiska kontinuitet och organiska utveckling. Detta romantiska synsätt utvecklade inom rättsvetenskapen en skolbildning, den s k *historiska skolan*, som från mitten av 1810-talet tog till sin uppgift att med vetenskapliga argument finna och analysera rättens källor. Juristerna skulle tillbaka till rättens källor – rättskällorna.

Samtidigt präglades 1800-talet alltmer av ett utvecklingsperspektiv. Ur ett teoretiskt perspektiv såg 1800-talsjuristen på rättens utveckling i tre stadier: (1) Ett historiskt perspektiv, som utgick från vad den romerska och inhemska rätten tidigare stadgat och beskrev den historiska utvecklingen. (2) Ett gällande rättsperspektiv, som kartlade lagstiftning och rättstillämpning i nutid. (3) Med historien och samtiden som koordinater kunde rättsvetenskapsmannen ge



råd om hur samhällets institutioner bäst kunde utveckla och förändra rättsförhållandet för framtiden. Detta *lex ferenda*-perspektiv satte för lång tid framåt sin prägel på den akademiska juridiska litteraturen. Det var, ansåg juristprofessorerna, rättsvetenskapens uppgift att bidra till denna kunskapsutveckling. Därför kallas den också i Tyskland för professorsrätt (*Professorenrecht*).

För rättsvetenskapen fanns med denna utvecklingssyn två viktiga komponenter: den nationella (regionala) och den internationella. Med den syn på nationalstaten, som präglade 1800-talssamhället, fick den inhemska rätten prioritet. Den ursprungliga nationella rätten ägnades stor forskarmöda. Samtidigt konstaterades att för nationalstaten hade en internationell rättssyn genom seklerna haft en utfyllande funktion. Det var denna kompletterande syn på rätten som genomgående präglade den europeiska rättsutvecklingen.

Två begrepp beskriver denna dynamik: *jus commune* och *jus proprium*. Med *jus commune* förstod den medeltida europeiske juristen den rättsuppfattning, som kom till uttryck genom »den lärda rätten«, dvs den romerska rätten och den kanoniska rätten samt den metod juristerna använde när de tillämpade denna europeiska kunskap. *Jus proprium* är beteckningen på den inhemska (lokala, regionala eller nationella) sedvanerätten. Den europeiska rättshistorien kan i hög grad sägas innefatta den dynamiska relationen mellan *jus commune* och *jus proprium*.

Den historiska syn på rätten som präglade 1800-talet övergavs successivt när demokratiska lagstiftande församlingar önskade att reformera och förändra samhället. 1900-talets moderna lagstiftare hade inte något behov av ett historiskt perspektiv. Under 1960–70-talen kom denna historielösa rättssyn att dominera rättsuppfattningen. Olof Palmes devis »Politik är att vilja« visade vägen för en positivistisk rättssyn, som präglade den moderna tidsandan.

Inom rättshistorien dominerade det diakrona kronologiska utvecklingsperspektiv som 1800-talets rättssyn redovisat också större delen av 1900-talet. Fortfarande under efterkrigstiden (1945–75) präglade denna syn det rättshistoriska forskarsamhället. I dag är denna utvecklingsteori övergiven. I dag skildras skilda historiska perioder mer kontextuellt och synkront, dvs insatta i sina historiska sammanhang.

16 Rättshistorien försöker klarlägga inte bara kvantitativa utan också kvalitativa perspektiv. I dag har rättshistorieämnet också kommit att identifieras med kulturforskningen så som den kommer till uttryck inom human- och samhällsvetenskaperna.

Rättskulturforskning har blivit ett instrument som ger identitet åt skilda länder, folk och minoriteter samt deras rättsförhållanden. I USA blev medborgarrättsrörelsen en viktig och samtidigt konfliktfylld reformrörelse. Resultatet blev *Civil Rights Act 1964*, som på ett helt nytt sätt gav landets många etniska minoriteter en egen identitet. Den traditionella metaforen hade varit att se USA som en *smältdegel*, där alla immigranter formades till amerikaner. Den ersattes nu av metaforen *salladsskål*, där varje minoritet gav karaktär åt skålens innehåll. Detta förändrade perspektiv kan vi idag också tillämpa på de europeiska alltmer heterogena och multikulturella nationalstaterna.

Rättskulturforskningen har utvecklats mot bakgrund av denna samhällsförändring. Den amerikanske rättshistorikern Lawrence M. Friedman introducerade i en artikel 1967 begreppet *rättskultur*, som han tillämpade på de etniska minoriteterna i USA. Med rätts-sociologiska metoder identifierade han exempelvis puertoricaner- nas rättsliga attityder, mentaliteter och sedvanor i Brooklyn (New York) och mexikanernas i Alameda county i Kalifornien. Friedman intresserade sig inte för juristerna. I den meningen beskrev han rätten med ett sociologiskt »utanförperspektiv«. Sedan 1970-talet har den rättskulturella diskursen kompletterats med ett »innanförperspektiv«. Det innebär att juristernas kunskapsstrukturer studeras. Detta arbete om historiska rättskällor vill ge ett sådant perspektiv.

På motsvarande sätt konstruerades den komparativa rätten i nya kategorier. Åren kring 1970 introducerades en teori, som utgick från ett universalistiskt perspektiv, som i ett globalt sammanhang visade de västerländska ländernas betydelse. Komparatisterna talade om rättskretsar och rättsfamiljer, som utgick från de europeiska: den germanska, den romanska, den angloamerikanska, den skandinaviska och den socialistiska. Metaforen rättsfamiljer antyder också att perspektivet koncentreras på rättsharmonisering och rättsliga likheter. Denna komparativa rättssyn byggde på ett både historiskt och ideologiskt perspektiv.

1990-talets dramatiska geopolitiska förändringar av de central- och östeuropeiska länderna har bidragit till att ge en ny syn på den jämförande rättskulturforskningen. Det traditionella universalistiska och harmoniserande perspektivet på rätten har kompletterats med det särskiljande. Fokus har mer förskjutits mot rättsliga skillnader. Rättens konvergerande perspektiv har kompletterats med de divergerande. Ett bidrag till denna jämförande rättsforskning har framhållit de grundläggande skillnader som föreligger mellan en kontinentaleuropeisk *civil law*-kultur och en angloamerikansk *common law*-kultur. Skillnaderna innefattar inte bara frågor om systematisering, argumentation och förhållande till fakta. De innefattar också en skillnad i förhållande till historien. »Common Law har ingen moder«, framhöll redan Montesquieu. Det gäller att identifiera rätten genom historien och historiska rättsfall. I *civil law*-länderna däremot har den romerska rätten genom seklerna utgjort en historisk utgångspunkt. Denna syn visar sig också inom den Europeiska Unionen (EU), där just de skilda rättskulturerna karakteriserar och ger dynamik åt rättsförhållandena i de många medlemsländerna. Redan Maastricht-avtalet 1992 framhöll mångfalden som karakteristisk för EU genom betonande av medlemsländernas olika historia, språk och kultur.

Sammanfattningsvis: historien har i vår tids senmodernitet upplevt en renässans. För juristen framstår två begrepp som allt mer betydelsefulla: identitet och kultur. För att kunna verka i en rättskultur som också har globala inslag – *global law* – blir det viktigt att få en »rättslig självbild«, samtidigt som man måste kunna identifiera de rättsliga kunskapsstrukturer och rättskulturer som präglar exempelvis en dansk, fransk, amerikansk eller japansk jurist. Den komparativa rättshistorien tar därför som sin uppgift att beskriva juristernas »tidsrum«. Den söker förklara de nationella juristernas historiskt förankrade rättskulturer i en alltmer internationaliserad kontext.

Termen rättskälla är ett arv från det tidiga 1800-talets tyska rättsvetenskap. Rättens källor associerade till Bibeln, närmare bestämt till profeten Amos som präglat det bevingade ordet: »Rätten är som ett flödande vatten och rättvisan som en aldrig sinande bäck«. <sup>1</sup> Den flödande rätten har sina källor, liksom domarens rättvisa. Rättskälleläran knöt samman teori och praktik. Den betraktades som en lära om källorna till den gällande rätten, dvs »den rätt som domstolarna har att lägga till grund för sin rättstillämpning«. <sup>2</sup>

Rättskällorna kan alltså sägas vara juristens verktyg. De är de instrument juristen använder för att kunna lösa rättsliga problem.

Syftet med denna framställning är att identifiera de rättskällor som jurister använt under skilda perioder och att sätta in dessa historiska rättskällor i sin kontext (sammanhang). Jurister har, som ovan framhållits, under varje tidsperiod tolkat rätten utifrån sina då föreliggande förutsättningar. Varje tidsperiod har haft sin dominerande rättsideologi och sin rättsliga teknik. Professionella jurister har alltid behövt vissa intellektuella verktyg för att kunna utöva sina yrkesroller.

Äldre lagförarbeten har alltså en annan historisk kontext än de från vår egen tid. Det är därför viktigt att göra klart för sig hur de tillkommit i sin samtid och hur de använts och tolkats av sin tids jurister. Det krävs med andra ord en förförståelse beträffande den historiska rättskällans bakgrund, tillkomst och tillämpning om den ska kunna utgöra ett argument i en rättslig konflikt i vår tid.

### *Rättskällornas europeiska arenor*

När den europeiska rättskulturen i dag identifieras och konstrueras inom ramen för den Europeiska Unionen framträder flera gemensamma drag. Den romerska rätten utgör, sedan medeltiden och alltjämt, en del av varje medlemsstats rättskultur. Också de mänskliga fri- och rättigheterna utgör sedan upplysningstiden ett sådant

<sup>1</sup> Amos 5:24.

<sup>2</sup> H. Scheel, *TfR* 1907, s. 258.

gemensamt kulturarv. Rättsstatstänkandet – i form av begreppen *Rechtsstaat* eller *rule of law* – kan på motsvarande sätt ses som ett gemensamt arv sedan 1800-talets senare hälft. Den moderna välfärdsstaten representeras på samma sätt i medlemsstaternas förvaltningsrätt och regleringspolitik. Varje domare i EG-domstolen känner sig inkluderad i dessa fyra rättsliga parametrar.

På motsvarande sätt har den europeiska rätten utvecklats på tre institutionella arenor, vilka också de är betecknande för en europeisk rättskultur. Rättskällorna flödar fram från dessa tre arenor, nämligen parlamenten, domstolarna och universiteten.<sup>3</sup>

Praktiskt taget varje rättslig fråga har kunnat lösas med hjälp av rättskällor som har sina källflöden i dessa tre arenor.

– *Parlamenten*. I vår tids demokratiska rättsstater sker normbildningen främst i de folkvalda församlingarna, exempelvis riksdagen, folketinget, stortinget, parlamentet. Lagstiftningsmakten och dess representanter agerar å statsmaktens vägnar och anger genom normbildning hur rättsliga frågor ska lösas. Lagen, författningen, förordningen utgör den skrivna rätten.

– *Domstolarna*. I de flesta konstitutioner ger maktodelningsläran »under lagarna« domstolarna och domaren en särskild rättsbildande roll. Rättstillämparen tolkar lagen. Domarna ger som konfliktlösare sin tolkning av lagen. Rättstillämparen skapar levande rätt. Rättstillämpningen utgör den levande rätten. Traditionellt är det den högsta rättsinstansen, i första hand Högsta domstolen och Regeringsrätten, som genom sin rättsbildning ger rätten dess innehåll.

– *Universiteten*. Alltsedan medeltiden har professorerna som jurister – juriskonsulter – också bidragit till det praktiska rättslivet. Rättsvetenskapsmännen granskar och kritiserar, utvärderar och utbildar, utforskar och utvecklar rättskällorna. Rättsvetenskapsmannens uppgift har traditionellt varit att sakkunnigt, värdeneutralt och empiriskt genomföra denna operation. Samtidigt lämnar rättsvetenskapen ett viktigt bidrag till den rättspolitiska debatten.

Denna framställning utgår från detta tredelade perspektiv på rättslivet. Den utgår också i första hand från ett svenskt perspektiv.

3 Raoul van Canagaem, *Judges, Professors and Legislators*, Cambridge University Press, 1992.

20 Den europeiska utvecklingen utgör emellertid en nödvändig bakgrund.

Om den skrivna rätten i *civil law*-länderna spelar den dominerande rollen är perspektivet i de angloamerikanska *common law*-länderna ett annat. Där är, som den tidigare ordföranden i USA:s högsta domstol, *chief justice* William Rehnquist påpekat, rättstillämparen och rättsvetenskapen genom sina två institutioner som utgör rättskällorna och som dominerar rättskällorna.

Det är i dessa två koncept, det ena med ett demokratiinflytande (genom lagstiftarens viktiga roll) och det andra präglad av elitkulturer (domare och professorer), som också den Europeiska unionens rättsliga strukturer utvecklas och en europeisk rättskultur håller på att växa fram. Det är dessa två kulturkoncept och deras uppgifter, i en tid präglad av europeisk rättslig integration, som också ger denna framställning dess karaktär. Det är också mot denna bakgrund som följande kapitel om receptions- och transplantationsteorier skall ses.

#### IDENTITET, KULTUR, RECEPTION, IMPOSITION ...

En viktig diskurs i vår tids rättsliv är frågan om främmande lagars tillämpning inom ramen för ett demokratistyrkt rättssystem. Synen på Europakonventionens tillämpning i det svenska rättslivet var exempelvis helt annorlunda i Sverige före och efter 1995, då konventionen inkorporerades i det svenska rättslivet. Ett annat exempel utgör religiösa lagar, exempelvis islamisk familjerätt, den s k shari'a-lagstiftningen, som också gör anspråk på att beaktas.

En central rättshistorisk forskningsuppgift är därför betydelsen av extern påverkan på nationalstatens rättsliv. Rätten påverkas exempelvis av politiska, sociala, ekonomiska, religiösa och kulturella förhållanden. Ofta sker påverkan utifrån, från främmande rättskulturer eller rättssystem. Denna påverkan på den nationella rättskulturen kan ske frivilligt – men ofta sker den i konflikt.

#### *Reception*

Upptagande av rättsliga fenomen, till exempel ett rättsinstitut, en lagregel, en rättsprincip eller till och med av en hel lagbok från en främmande rättskultur, benämns reception.