

Tänka fritt är stort men tänka rätt är större

## Prolog

En självkritisk studie av juridisk metod i mötet med i tid och rum  
främmande juridik, med avseende på den rätta och den fria tankens  
vetenskapliga förutsättningar

Henrik Forshamn



UPPSALA  
UNIVERSITET



Förord	5
1 Avhandlingen: Problemformulering, bakgrund, provkarta, metod, teori och upplägg	15
2 Språkbruk	30
3 Litteratur	42
4 Caravaggio	45
5 <i>Rechtsvergleichung</i> som praktisk juridisk nytta	48
6 Praktisk, teoretisk	52
7 Den historiska kunskapens relativa nytta	58
8 Avgränsning: Kunskapens art och <i>Rechtsvergleichung</i>	83
9 Konfessionell	96
10 Idealistisk	113
11 Förrättsligande	139
12 Vetenskapssyn, källkritik och självkritik	158
13 Tilläggspremiss: <i>Rechtsvergleichungs</i> visionskonforma tolkningsdirektiv som rättsekumenik	178
14 Kyrklig-teologisk ekumenisk metod	180
15 Statlig-juridisk ekumenisk metod	193
16 Rättspolitisk målsättning: en ny juridik och en ny jurist	211
17 Verkställighet: Likhetspresumtion, harmonisering och <i>Verrechtlichung</i>	223
18 Ekumeniska mötet i Florens 1978	253
Efterord	278
Käll- och litteraturförteckning	283





































































































































































































































































































































































































































































utläsas ur Erbes text under följande fotnot,<sup>564</sup> vars abstraherade förståelse ger mer principiellt hållna riktlinjer än konkreta exempel, och som mynnar ut i en närmast vanmäktig fordran: 'Letzlich erfordert solche Rechtsvergleichung ein Eindringen in die völkische Mentalität, in den jeweiligen genius loci et temporis, dessen Ausdrucksform alles eigenständige Recht ist, denn dessen Aufgabe ist es ja gerade, "d'extraire, des sentiments confus qui s'agitent au fond de l'âme populaire, des formules rationnelles, nettes et précis, susceptibles d'applications positives"'

7. ... *som avgränsas konfessionellt*. Erbes ambition framstår som på ett principiellt plan omöjlig, men det vore att missförstå dess juridiska och politiska sammanhang. Det presenterade bildningsidealet är endast skenbart gränslöst. Givet en idealistiskt förankrad enhetlig vetenskapssyn, kringskärs kunskapen utifrån de vetenskapen uppställda idealen. Avgränsning. Inte nog därmed, det tvångsmässiga, och oundvikligen *verrechtlichende*, konstruktiva arbetet åsyftar, i enlighet med samtliga övriga arbetspremissor, en fint kalibrerad kritiskt möjlig "richtiges Recht".<sup>565</sup> Som *geltendes Recht*. Allt annat följer.

8. *Kommensurabel kunskap och en äldre avgränsning*. Kulturpremissen resulterar i kännbara konsekvenser för det möjliga resultatet av en jämförelse. Erbes vision är på ett principiellt plan, och med en anmärkningsvärd kontinuitet, densamma som Jherings, Kohlers och Rabels före honom, och Zweigerts och Kötz efter honom, nämligen ett förenhetligande 'die dem Ziel einer internationalen Rechtsvereinheitlichung, also einer Rechtsvereinheitlichung unter den Kulturstaaten der Gegenwart dient.' Men kulturpremissens avgränsning verkar alltså tydligare begränsande på den kommensurabla kunskapens omfång. Ovan har nämnts det historiska arvets avgränsning i enlighet med ras- och folkskriterier. Till detta fogar Erbe en avgränsning som bottnar i historisk erfarenhet, men som tar omedelbart sikte på nutidens rumsliga dimension. Och det handlar åter igen om att lika barn leka bäst. En *Rechtsvergleichung* kan endast genomföras utifrån 'das tatsächliche Vorkommen von Parallelen in fremden Rechtsordnungen,' och när denna verklighet underordnas den konstruktiva ambitionen så begränsas den kommensurabla kunskapen 'unter den fremden Rechten [...] nach der entsprechenden

<sup>564</sup> Ur *Erbe*, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, s. 221 ff.:

'Für solche wirklich planvolle Rechtsvergleichung ist es nötig, den fremden Rechtssatz in seiner ganzen Tragweite zu würdigen. Obwohl in den verschiedenen Rechtsordnungen die Grundsätze auseinandergehen und die juristischen Konstruktionen wechseln, können gleiche Fragen doch verwandte Lösungen erfahren. Umgekehrt können trotz Gleichheit des materiellen Rechts Entscheidungen ungleich fallen infolge des Eingreifens unterschiedlicher justizieller Grundsätze, etwa verschiedene Beweislastverteilung bei Unauflösbarkeit des Sachverhalts oder verschiedene prozessuale Wirkungen einer Einrede. Möglicherweise steckt auch die Entsprechung zu einem konkreten Rechtssatz einer bestimmten Rechtsordnung in dem anderen Recht in einer abstrakten oder doch allgemeineren Norm. Und wenn ein bestimmtes Rechtsinstitut einer Rechtsordnung überhaupt nicht bekannt ist, so gibt es dafür leicht Surrogate, die den praktischen Bedürfnissen zwar nicht vollständig, aber auch nicht eben schlecht genügen. Auch können überalterte Rechtsformen einen neuzeitlichen Bedürfnissen angepaßten Inhalt haben. All dies zeigt, daß der Rechtsvergleicher die ganze fremde Rechtswissenschaft zur Verfügung haben muß, mit ihrer verschieden gestuften Hierarchie von Rechtsquellen, Gesetzgebung, sonstige Regelsetzung – je nachdem mit oder ohne die Handelsbräuche – Rechtsprechung und Rechtslehre, etwaige weitere subsidiäre Rechtsquellen, die Methoden der Rechtsfindung und damit den in den einzelnen Rechtsordnungen verschiedenen Interpretationsapparat für das gesatzte Recht, pendeln zwischen der Nichtheranziehung der Parlamentsdrucksachen, Kommissionsberichte u. dgl. in England und der besonderen Wertschätzung der Materialien in Ländern romanischen Rechts und neuerdings auch wieder in Deutschland. Wer etwa neues deutsches Recht vergleichend heranzieht, muß amtliche Begründungen beachten, durch die der Sinn und Zweck eines Gesetzes verdeutlicht und damit seine richtige Anwendung gefördert werden soll, und ebenso die in Vorsprüchen gewiesenen rechtspolitischen Ziele, die den Weg der Rechtsprechung bestimmen wollen. Der für die Auslegung der Gesetze maßgebliche Wille des Gesetzgebers ist mit der Geschichte wandelbar, fähig, auf neue Fragen neue Antworten zu geben und sich veränderten Situationen mit veränderter Regelung anzupassen. [...] Im englischen und angloamerikanischen Recht ist sodann die psychologische Einfühlung in die Richterpersönlichkeit ein wichtiges Erkenntnismittel für das Recht, mag auch die Freiheit des Richters dort angesichts des "stare decisis" keine größere sein als in Ländern mit kodifizierten Recht. Letzlich erfordert solche Rechtsvergleichung ein Eindringen in die völkische Mentalität, in den jeweiligen genius loci et temporis, dessen Ausdrucksform alles eigenständige Recht ist, denn dessen Aufgabe ist es ja gerade, "d'extraire, des sentiments confus qui s'agitent au fond de l'âme populaire, des formules rationnelles, nettes et précis, susceptibles d'applications positives".'

<sup>565</sup> *Erbe*, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, s. 198.

Schichtung der Bevölkerungen, der gleichen agrarischen oder industriellen Struktur, und in Einzelfragen nach zahlreichen weiteren Gesichtspunkten, etwa den gleichen politischen oder religiösen Grundvorstellungen.<sup>566</sup>

Erbe författade sin skrift 1942, mitt under pågående krig. Hans institut, Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, ansågs *kriegswichtig*, och var fortsatt verksam. Givet de omständigheter som föregick vår efterkrigstid, är det värt att påminna om såväl en äldre kolonial- som krigstids syn på det främmande, där en extendering av det egna kunde verkställas genom ett militärt övertagande. Jämförelsen jämbördiga och kommensurabla system emellan kunde följdriktigt kraftigt begränsas, även om man inte uttryckte saken på det viset. *Ex post facto* kan man därmed sammanfatta en äldre tids juridiska extenderings två medel som våld och samtal, men där dagens extendering mer eller mindre begränsas till samtal och samarbete. Därmed inte sagt, att en *Verrechtlichung* har erhållit ett mer begränsat totalt omfång. Omfånget är avhängigt tillämplig tilläggspremiss, och justeras denna, justeras även omfånget. Avvecklas kulturpremissen, kan alltid en annan komma till, och i det fall arbetet betingas av en förstärkt universalistisk premiss så vidgas omfånget i enlighet.

9. *Kommensurabel kunskap inom efterkrigstidens principiellt gränslösa universalistiska strävan. Konrad Zweigert.* Den som kom att formulera den universalistiskt tenderande *Rechtsvergleichung*, som tar sig uttryck i Zweigert och Kötz lärobok, var Zweigert. Noteras bör, att han fostrades vid Berlins ursprungliga Kaiser-Wilhelm-Institut och förde i god apostolisk anda Kohlers, Rabels och Erbes arv vidare. Men ett pris som vetenskapen kom att betala vid krigsförlusten, var ett övergivande av tanken om ras och folk som komparativa avgränsningskriterier. Tanken om 'Recht als "Kulturerscheinung"' överlevde inte kriget oskadd, men det gjorde den intellektuella beteendereflex som tvångsmässigt extenderar medelst en konstruktiv ansats. Det är i detta ljus man måste se Zweigerts uttalande i samlingsbandet *Rechtsvergleichung* från 1978, där han, tillsammans med Hans-Jürgen Puttfarcken, återkommer till frågan om jämförelsens avgränsning, med följande principiella hållning: 'Alle Gesellschaften gleicher sozialer und wirtschaftlicher Entwicklungsstufe geben ihren Rechtsordnungen im wesentlichen die gleichen Probleme auf.'<sup>567</sup> Rent principiellt saknar denna, på orden 'im wesentlichen' byggande, likhetspresumption egentlig avgränsning, och denna avsaknad torde bottna i den politiska dimension som ligger inbyggd i en mer programmatiskt *verrechtlichende Rechtsvergleichung*.

10. *Helmut Coing.* Vägen till denna universalistiska, och till synes principiellt gränslösa hållning, står att finna i de *Rechtsvergleichender* och *Rechtshistoriker* som, likt Zweigert, nödgades att omorientera sig utifrån en i grund bibehållen *Rechtswissenschaft* men med vissa kraftigt justerade tilläggspremiss. Folk- och rasteorier och -kriterier föll från och en öppnare universalistisk anda tog vid. Det är här vetenskapen möter Helmut Coing, med en grundmurad skolning i *Rechtswissenschaft* samt en snabb karriär efter kriget, utan nationalsocialistisk belastning, som nytillträdd professor och sedermera rektor för universitetet i Frankfurt am Main. 1964 blev han *Direktor* för det nygrundade Max-Planck-Institut-für-europäische-Rechtsgeschichte i just Frankfurt, och vid denna tjänst förblev han till sin emeritering 1980.

Institutets programmatiska namn antyder en krigssonande 'europäische' avsikt, men härbergerar även en vetenskapligt stridbar tendens, vars syfte Coing klargjorde i flertalet artiklar

<sup>566</sup> *Erbe*, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, s. 198.

<sup>567</sup> *Zweigert och Puttfarcken*, Rechtsvergleichung, s. 2.

och böcker, ibland dem hans *Europäisches Privatrecht* i två band, vars första volym kom av trycket 1985,<sup>568</sup> samt den *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, som han översåg i egenskap av redaktör och som begynte komma av trycket 1973.<sup>569</sup> I detta senare verk framträder Coings programmatiska tendens med all önskvärd tydlighet, när han, i inledningen till det första bandet, citerar Josef Kohler som följer: 'Künftig einmal wird die historische Rechtsvergleichung und mit ihr die Gesamrechtsgeschichte ihre oberste Spitze in einem philosophischen Teile haben, in einer allgemeinen Theorie der Rechtserscheinungen als abstrakt betrachteter Erzeugnisse und Hebel der Kultur, einer Darlegung der Kausalität im Entstehen und Wirken des Rechts.' Som han klargörande följer upp hänvisningen: 'Es ist diese vergleichende Auffassung der Rechtsgeschichte der sich dieses Werk verpflichtet fühlt.'<sup>570</sup>

En av Coings artiklar trycktes i svensk översättning i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, med titeln 'Den europeiska rättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet.'<sup>571</sup> Coing hade inbjudits av Erik Anners att hålla sitt föredrag på tyska, 'Historische Grundlagen der Einheit der Rechtswissenschaft in Europa,' i Stockholm i februari 1967, varefter följde besök i Lund och Uppsala. Föredraget kom sedan att i översatt form ingå som kursfordran i Stockholm, en antydning om Coings betydelse bortom Frankfurt, och har även på senare tid gästspelat inom Uppsalas obligatoriska kurs i juridisk omvärldorientering. Den förtjänar en kort kommentar.

Coing klargör inledningsvis, att *Rechtsvergleichung*, tillsammans med exempelvis *Allgemeine Rechtslehre* och *Römisches Recht*, är 'gemensamma för alla eller nästan alla europeiska länder,' till skillnad från övriga 'nationella' discipliner. Denna inledande universaliseringspremiss antyder artikelns mer övegripande konstruktiva syfte, nämligen att förmedla tanken om '[r]ättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet i Europa,' som sprungen 'ur en enhetlig historisk utveckling.' Coing menar, att det består något inre och verkligare, nationella 'lagar och rättskipning' som yttre sken till trots, nämligen 'rättsvetenskapen i Europa [som] i grund och botten [...] en enhetlig tankevärld.'<sup>572</sup>

Det räcker nu inte att göra något europeiskt gällande. Coing bemödar sig även om att läsa in England i detta gemensamma, medan man innan kriget hade varit mer lagd åt att i det engelska finna något juridiskt inkommensurabelt. Med begränsat utrymme för att utveckla sin talan, lämnar Coing läsaren med en föga övertygande hänvisning till att 'Blackstone's huvudarbete om den engelska rätten vore otänkbart utan systematikens förarbete, liksom omvänt hans systematiskt skrivna arbete nu gjorde den engelska rätten känd även på kontinenten,' men poängen gäller varken Blackstone eller ens England, utan det presumerat enhetliga 'europeiska'. Det 'ursprungligen enhetliga' abstraheras därefter ytterligare, för att möjliggöra en transplantering bortom även det 'europeiska', och betrakas som 'universell vad beträffar dess objekt. Alla ämnen, från statsrätt till privaträtt, från sjö rätt till straffrätt till straffrätt hade sin grundval i densamma.'<sup>573</sup>

<sup>568</sup> *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*. Band I. Älteres Gemeines Recht, München 1985.

<sup>569</sup> *Helmut Coing*, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band I. Mittelalter, München 1973.

<sup>570</sup> A.a., s. 14, zit: *Ernst Rabel*, 1909.

<sup>571</sup> *Helmut Coing*, 'Den europeiska rättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet,' *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1968, s. 205–224

<sup>572</sup> A.a., s. 205 f. och 219.

<sup>573</sup> A.a., s. 213 och 219.

De medel Coing brukar, för att i det egna skönja något allmängiltigt, är att helt enkelt dra i alla trådar han finner. Att sedan samtliga dragna trådar befinner sig på ett mer teoretiskt plan, ligger förstås i farans riktning hos en *Rechtswissenschaftler*. Detta sagt, det handlar nu inte om att pröva riktigheten av Coings påståenden – Coings arbeten torde i mångt utgöra en överspelad kunskap – utan om den tendens han uppvisar i en presumerad likhet, samt i synnerhet den tilläggspremiss han brukar, för att erhålla den slutsats som tarvas, det vill säga en 'ursprunglig enhetlighet', och som i detta fall även inbegriper England. Dessa har en mer allmängiltig *verrechtlichende* karaktär som går igen i dag, och utgör därmed även något mer *rechtsökumenisch* bestående.

Det handlar hos Coing om hur 'en gammal gemensam tradition' omvandlades genom författare som Locke, Pufendorf, Montesquieu, Heineccius och Beccaria, men som, trots detta yttre sken av förändring, förmådde att 'kvarst[å] som sammanbindande element.' Dessa författare torde inte höja några ögonbryn. Besvärligare framstår bevisföringen, när Coing helt enkelt fastslår, att '[d]ärmed hade en enhetlig rättsvetenskap uppstått, som i kraft av teorin om den gemensamma rätten förskaffade sig ett praktiskt inflytande överallt i Europa,' utan att tydligt klargöra hur det som tidigare benämndes ha skett i 'Mellan och Västeuropa' nu har förbytts i ett 'överallt i Europa.' Inte nog därmed, han väljer att lyfta fram ett verk från 1600-talets Oxford, en tid då man ej ens kunde studera *common law* i Oxford, som representativ text för en hel kontinent. Han gör detta genom att benämna verket 'en komparativ undersökning angående i vilken omfattning och på vilken grundval den romerska rätten kommit att gälla i de olika europeiska staterna [med] teorin om den subsidiära giltigheten i jus commune och dess vidareutveckling genom *communis opinio doctorum*,' och anser sig kunna dra slutsatsen, '[a]tt denna beskrivning även överensstämde med verkligheten,' samt att denna verklighet 'kunde ytterligare bevisas genom en lång rad exempel.' Ett sådant exempel är påståendet att ett regelverk inom ett särpräglad område, skulle på Henrik VIII:s tid ha varit detsamma som i Frankrike, 'nämligen enligt *Corpus Juris*,' ett exempel som tilläts skylta det faktum, att den metod varmed detta regelverk sattes i bruk i England, kunde visa sig väsensskild i jämförelse med den som franska jurister brukade. Den prioritering av regel framför metod, och den betydelse som Coing därför följdriktigt tillskriver sådant som lagstiftning, i förekommande fall för att skapa ett yttre sken av diskontinuitet, står i principiell strid med själva den huvudsakligen vid universiteten framvuxna vetenskaplighet, som utgör grunden för den påstådda enhetligheten, och som främst var av metodisk art.<sup>574</sup>

När Coing drar slutsatsen av det sagda, nämligen att '[d]et karaktäristiska för vårt tema i detta sammanhang är nu att alla dessa omvandlingar inte försiggick inom ramen för en nationell rättskultur, utan inom ramen för europeiskt tänkande,<sup>575</sup> bereder hans förvidna kunskap vägen för det egentliga politiska syfte som hans arbete tjänar. Som Coing vet att förklara, har den 'komparativa rättsvetenskapen fått ett tidigare oanat uppsving sedan ungefär en generation tillbaka' och detta tillskriver han 'de inre sammanhangen i rättsvetenskapens egen utveckling.' Inte nog därmed, han skönjer 'hos juristerna uttryck för ett visst obehag inför att bara tolka det egna landets positiva rätt, liksom för en strävan att klargöra för sig själv de olika tänkbara lösningarna på ett lagstiftningsproblem genom att undersöka föreliggande sakproblem och

<sup>574</sup> A.a., s. 212 f. och 219 f.

<sup>575</sup> A.a., s. 218.

genom komparation.’ Bortom dessa slutsatser, träffar utvecklingen ‘själva rättens beskaffenhet,’ som rörde juristen i hans tid sig bort från ‘lagstiftarens, suveränens normer,’ för att i stället ‘betrakta och tolka den positiva nationella lösningen bara inom ramen för en sakligt sett möjlig lösning.’ Därmed fördes vi ‘tillbaka till en större enhet’ och detta skulle vi alltså ha haft den ‘komparativa forskningen’ att tacka för.<sup>576</sup>

Det handlar med andra ord om det välbehövliga i att åter bli vad vi en gång var, en enhetlig *Rechtswissenschaft* med ett rättsbegrepp som ser bortom det tillfälligt lagstadgade, och det är den ‘komparativa forskningen’ som skall verkställa detta skifte. Att sedan England saknar såväl en *Rechtswissenschaft* som en kontinentaleuropeisk lagstiftningstradition, med domarrollen ej ens förärad ett omnämmande, antyder de problem den kritiske läsaren ställs inför. Man må i dag finna den något säregna bevisföringen aningen apart, men det är viktigt att inte förlora sikte för hur Coings bevisföring bearbetar kunskap, som i historievetenskapliga händer hade beretts en annan tolkning och förståelse. Problemet är inte den tendentiösa kunskapen. Problemet är när en sådan kunskap presenteras som historisk. Det faller på läsaren, att med hjälp av historisk metod och källkritik förstå författaren och förstå varifrån han kommer och med vilka syfte han skriver.

11. *Reinhard Zimmermann*. Reinhard Zimmermanns föredrag från 1992, kontinuerligt uppdaterat, har berörts i föregående kapitel. Denne juridiske lärdomsgigant har, likt Coing, varit Direktor vid ett Max-Planck-Institut. Hans bidrag uppvisar en anmärkningsvärd kontinuitet med Coing och intar en särskild plats bland konstruktivt verkande komparatister i dagens europeiska debatt. Likt Coing ställer han sin kunskap i tjänst hos ett klart avgränsat politiskt syfte, och idkar en målstyrd historieskrivning. Likt Coing handlar det om att stärka bilden av en underliggande likhet, som följdriktigt presumeras. Som Zimmermann uttrycker det, ligger hans uppdrag ‘in fostering an awareness that a common legal tradition (which has indelibly been imprinted by Roman law) still informs our modern national legal systems; in carving out their common systematic, conceptual, dogmatic and ideological foundations, which are hidden under the debris piled up in the course of the legal particularization over the last two hundred years; and in restoring the intellectual contact between his discipline on the one hand, and comparative law and doctrinal legal scholarship on the other – a contact which has largely been disrupted by the modern codifications.’<sup>577</sup>

Grundpremisen känns igen från Eichhorn och Savigny, nämligen tanken om en urrätt, som är ‘more typical of our Western legal definition’ än stiftad lag. Givet denna utgångspunkt, att ‘a common European legal culture, centred around a common legal science and informed by the same sources, did once exist’ så handlar det inte heller om någon ‘Europeanization’ utan ‘we should rather speak of a process of ‘re-Europeanization.’ Juristen har att åter fästa blicken på den ‘inspiration from Julian or Papinian, from Labeo or from Quintus Mucius Scaevola,’ som en gång präglade hans arbete, och som än i dag förmånde erbjuda ‘a much more organic point of departure for transcending the national fragmentation of the law.’ Kärnan i detta romerska studium finner man i dess karaktär av ‘unifying force of great potential,’<sup>578</sup> där ordet ‘potential’ antyder just den ‘kreative[] Seite’ som Claes Peterson saknar i Stockholms juridiska

---

<sup>576</sup> A.a., s. 223 f.

<sup>577</sup> *Zimmermann*, 1994, s. 80.

<sup>578</sup> *Zimmermann*, 1994, s. 67.

undervisning.<sup>579</sup> Det handlar hos Zimmermann, som hos Peterson, om ett slags metodiskt återupplivande av den *geschichtliche Rechtswissenschaft* som en gång präglade Savigny och Eichhorn, och som, 'in dissoluble community with the entire past,' kunde bemöta tidens 'post-positivis[tic]' anda genom att 'take stock of our present legal condition.'<sup>580</sup>

Denna historiska metod handlar hos Zimmermann, som hos Eichhorn och efterkommande, om att presumera en likhet, en 'common ground,' som är 'still existing,' och som bottnar i en 'common tradition,' samt att, utifrån denna likhetspresumtion, konstruera en enhet ur mångfald, där helheten står över summan av det partikulära. Därmed har *Rechtshistorikern* att skilja det väsentliga från det tillfälliga, se det som benämns 'independent' som en del av 'parallel developments,' 'instances of intellectual stimulation' som åsyftande något högre, samt förklara bort 'discrepancies on the level of specific result' som endast en 'doctrinal nuance.' Zimmermann sammanfattar denna metod som en 'kind of comprehension that paves the way for rational criticism and organic development of the law.' Denna ekumeniskt verkande *Rechtsgeschichte* utgår från den hävdvunna tanke, att en 'understanding of the past is the first and essential prerequisite for devising appropriate solutions for the present day.'<sup>581</sup>

Det är i denna idealistiska historiekonception, där idealet snarare än empiriska fakta styr det studerade, som läsaren erfar Zimmermanns såväl tendens som förvriddningsmoment. Likhetspresumtionen klingar lika *rechtsökumenisch* starkt hos Zimmermann som den gör hos Zweigert och Kötz. Det handlar om enhet i mångfald och professors omistliga bidrag till att förmedla denna insikt. Läsningen av Zimmermann handlar därmed inte om att utvärdera artikelns historievetenskapliga meriter, utan om att på analytisk väg studera hur denna kunskap avgränsas och anpassas för att konstrueras.

12. *Slutord*. Det har påpekats, att den likhetspresumtion som formuleras av Zimmermann, Coing och Zweigert och Kötz ger uttryck åt ett regelperspektiv, som vore juridik en fråga om regelverk. Detta är i härvarande sammanhang en aspekt av underordnad betydelse, till vilken diskussionen kan återkomma, men det ger en antydning om hur fången juristen är sina egna utgångspunkter, och hur svårt det är att ta in en främmande verklighet, när förståelsen underordnas den konstruktiva nyttan. Att Zweigert och Kötz sedan påminner läsaren om att 'we must not too readily infer that it is only the Continental systems, with their tendency to abstraction and generalization, which develop the grand comprehensive concepts, while the Common Law, with its inductive and makeshift habits, produces low-level legal institutions specially adapted to solve particular concrete problems,' med förmaningen, att '[t]hings may be the other way round,'<sup>582</sup> så är det helt korrekt, men föga övertygande med tanke på hur annorlunda *Comparative law* tar sig uttryck som disciplin inom exempelvis en *legal education*.

Till detta återkommer avhandlingen i nästa kapitel. I det följande skall sikte tas på den nytta, som tar sig explicit eller implicit uttryck i samtliga nämnda texter, och därmed närmar man sig den mer egentliga tendensen och det mer egentliga förvriddningsmomentet. Det handlar om den harmonisering, som förbinder det genomarbetade, avgränsade och, möjligtvis, likhetspresumerade materialet med det konstruktiva arbetets syfte.

---

<sup>579</sup> Peterson, *Rechtsgeschichte als akademische Disziplin in Schweden*, s. 24.

<sup>580</sup> Zimmermann, 2004, s. 41.

<sup>581</sup> Zimmermann, 2004, s. 41 f.

<sup>582</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 37.

## II. Harmonisering

Ordet som används i det följande är harmonisering. Som John Merryman påminner om, stöter den komparativt bevandrade ofta på sådana ord som ‘unification, harmonization, equalization, standardization, coordination, assimilation, approximation, *rapprochement*, *Angleichung*, *Annäberung*, *Anpassung*, *avvicinamento* of law.’ Listan kunde göras längre, men, som Merryman påpekar, ‘[s]uch terms suggest a variety of emphases and shades of meaning which are significant in other contexts but are of little importance here.’<sup>583</sup>

Det handlar om huvudsak och bisak. Valet av ordet ‘harmonisering’ är en bisak och är oväsentlig för huvudsakens förståelse. Merrymans spörsmål gällde det om konvergens och divergens, medan detta kapitel tar upp en juridiskt-teologiskt hävdvunnen tankegång om ett närmande, anpassande och jämkande, som självfallet kunde uttryckas annorledes, men där övriga nyanser lämnas därhän, utan att de för den skull anses falla utanför det sagda. Kärnan ligger med andra ord i den juridiska tankens gång, och hur denna tanke verkställer en slutsats medelst uppställda premisser. Det handlar åter igen om grundläggande juridik.

13. *Harmonisering som grundläggande för den juridiska undervisningen.* Studenten som läser i Uppsala lär sig tidigt att harmonisera. Till detta kommer en förståelse av ‘sådana bakgrundskunskaper som är nödvändiga för att man ska förstå lagen i dess relation till rättssystemet i övrigt och till den verklighet som regleras,’ där en ‘hänsyn till förarbetena’ är tänkt att ‘främja enhetligheten i rättstillämpningen, eftersom alla domstolar arbetar med samma material.’ I rättsfallstolkningen skall sedan ‘den rättssats som generaliserats ur avgörandet justeras – inskränkas, utvidgas, kompletteras och preciseras – så att den passar in bland övriga rättssatser och rättskällor rörande den aktuella frågan’ så att ‘rättssystemet ska framstå som konsistent och motsägelsefritt.’ Lehrberg sammanfattar studentens tolkningsuppdrag med ‘att sträva efter den tolkning som bäst harmonierar med rättssystemets övriga värderande ställningstaganden till samma eller likartade frågor.’<sup>584</sup> Torgny Håstad påpekar vad gäller köprätten, att lagstiftaren inte kan ‘behandla alla tänkbara situationer i lagen. I stället får man utgå från att vissa situationer är reglerade i lagen och att det sedan gäller att i harmoni med dessa regler behandla icke berörda fall.’<sup>585</sup> Liknande råd beträffande tolkningen av köplagen finner studenten hos Hellner et al, exempelvis vad gäller frågan om befarat avtalsbrott: ‘Både avsaknaden av andra regler och behovet av harmoni i rättssystemet talar för att här låta köplagen bli vägledande.’<sup>586</sup> Och hos Adlercreutz m.fl. finner studenten en hänvisning till ett spörsmål som indirekt berör avhandlingens tematik, nämligen hur studenten bör förhålla sig till strävanden bland europeiska jurister, att ‘[u]nder inflytande av globaliseringen av världshandeln [söka] harmonisera de avtalsrättsliga reglerna.’ Det gäller i synnerhet DCFR och dess rättskällevärde.<sup>587</sup> Avhandlingen

---

<sup>583</sup> John Henry Merryman, ‘On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law,’ i Cappelletti (red.), *New Perspective for a common law of Europe*, s. 197.

<sup>584</sup> Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 158 och 196.

<sup>585</sup> Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 20.

<sup>586</sup> Hellner/Hager/Persson, s. 107.

<sup>587</sup> ‘En tanke med DCFR har varit att denna principalsamling skulle kunna fungera som en sorts modellag för hur reglerna i de olika EU-länderna skulle kunna harmoniseras. Frågan om vilket rättskällevärde de olika principalsamlingarna har är omdiskuterad. I vart fall kan konstateras att HD i sina domskäl hänvisat till DCFR i ett antal fall. De regler som läggs fast i de olika principalsamlingarna bör om inte annat kunna användas som ett jämförelseunderlag och i vissa fall även kunna godtas som en beskrivning av vad som är att anse som gällande rätt i Sverige.’, Adlercreutz, Gorton, Lindell-Frantz, *Avtalsrätt I*, s. 43.

tar upp tanken om visionskonform tolkning, vilket kan sägas tangera den 'positiva' strävan inom EU-rätten 'att genom rättslig reglering åstadkomma ett visst mått av harmonisering – eller "tillnärmning" – mellan medlemsstaternas regler,' där tolkning 'ska vara *direktivkonform*,' för att 'domstolar så långt som möjligt ska tolka nationell rätt i ljuset av innehållet i och syftet med de på området gällande direktiven.'<sup>588</sup> Frågan för avhandlingen gäller inte heller lämpligheten av juristens harmonisering. Den är lämplig och självklar, givet sammanhang. Frågan gäller å ena sidan vad som sker, när juristens inskolade harmonisering spiller över på historieskrivningen, men även hur man har att förhålla sig till en visionskonform inläsning, medelst harmonisering, av något jurisdiktionellt upplöst i en jurisdiktionellt avgränsad juridik. Dessa väcker historikerns och juristens respektive tendenskritiker. Låt oss därför lämna studentens civilrättsliga undervisning, för att återknyta bekantskapen med avhandlingens mer allmänna spörsmål.

14. *Harmonisering som idealistiskt och juridiskt-teologiskt allmängods.* Harmonisering följer en presumerad enhet i mångfald. Man samlar material, granskar det utifrån en dess presumerade inre harmoni, reducerar yttre olikheter genom att betrakta dem som skenbara, för att i dess brokiga yttre städ låta skönja en inre, djupare enhet. Som Reuterskiöld uttrycker detta evigt återkommande *concordia discordantium canonum*, har juristen, 'att genom analys af detta oftast inom sig ologiska och heterogena normbestånd utkristallisera och fastställa det gemensamma och, med hänsyn till rådande faktiska förhållanden, ur rättssäkerhetssynpunkt väsentliga.'<sup>589</sup> Eller som Hagerup uttryckte saken, så fordrades det, 'for at faa en sand videnskablig Karakter,' att juristen förde arbetet bortom 'Retssætningerne saa at sige enkeltvis, konkret og kasuistisk, men maa forme dem til *Retsbegreber* og paavise disses Sammenheng og Slægtskab, idet den af dem danner et *System*.'<sup>590</sup> Eller för att tala med Dix, är det 'true that by careful analysis there is to be found underlying most of these varying rites and all of the older ones a single normal or standard structure of the rite as a whole.' Det faller därför på teologen att finna den presumerade enheten i mångfalden. 'It is theology which unites us and religion which divides us,' förklarar Dix, och, i stället för 'asking the wrong questions,' måste det ekumeniska arbetet åter ställa 'some of the right questions [that] have [either] not been asked before, or at all events have not been put quite in the same way.'<sup>591</sup> Frågorna måste besvaras.

För detta harmoniserande syfte måste man, enligt Zweigert och Kötz, se bortom det främmande, även när något framstår som 'so extremely complex and difficult to understand that no one else would dream of adopting it.' Denna del av arbetet bereds formen av ett kategoriskt imperativ, som något ovillkorligt: 'If one's comparative researches seem to be leading to the conclusion that the foreign system has 'nothing to report' one must rethink the original question and purge it of all the dogmatic accretions of one's own system.'<sup>592</sup> Att sedan förhålla sig kritisk till det egna, förändrar inget i sak, endast dess yttre sken av ödmjukhet. Den konstruktiva målsättningen är lika konfessionellt betingad som dess avvisade utgångspunkt. Giltighet blir inte mindre giltig av att förlänas ett yttre sken av förändring.

---

<sup>588</sup> *Lehrberg*, Praktisk juridisk metod, s. 115 f.

<sup>589</sup> *Reuterskiöld*, Statsrätt och statskunskap, s. 77.

<sup>590</sup> *Hagerup*, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter, s. 21.

<sup>591</sup> *Dix*, The Shape of the Liturgy, s. xi.

<sup>592</sup> *Zweigert/Kötz*, 1998, s. 35 och 37.

15. *Källmaterialets syftesenliga avgränsning.* Utgångsobjektet är i princip vilket 'legal system' som helst, men Zweigert och Kötz föreslår att fokus sätts på vad de benämner '[m]ature legal systems,' vilka historiskt sett har blivit 'adopted or extensively imitated by others,' snarare än 'so-called 'affiliated' legal systems [that] usually do not possess to the same degree that blend of originality and balanced maturity in solving problems which characterizes the 'significant' legal system.' En dylik prioritering går alltid att motivera, givet arbetets målsättning, men när den nödvändiga avgränsningen formuleras i termer av att vara 'unavoidable on practical grounds' så blottläggs ett konstruktivt syfte.<sup>593</sup> Vore komparativ kunskap i sig ett syfte, tarvades ingen *a priori* internjuridisk avgränsning, men skall något gemensamt och praktiskt nyttigt konstrueras, uppstår helt andra prioriteringar och begränsningar. Zweigert och Kötz upplägg är därmed ej endast helt i linje med teologernas ekumeniska fokus på de '[m]ature [...] systems [that] are often adopted or extensively imitated by others,' det vill säga de katolska, ortodoxa, anglikanska och svensk-finskt lutherska kyrkorna, vilka samtliga äger apostolicitet. Deras *prima facie* utgångspunkter antyder även en tyngdpunkt, vars realitet, enligt Brohed, är den postulerade europeiska 'ursprungliga enhetlighet,' som tangerar den romersk-katolska kyrkans hållning i 'kulturkampens' Europa, och vars 'övernationella' inställning till ekumenik alltjämt går ut på att anglikaner och lutheraner skall bejaka kyrkans 'ursprungliga enhetlighet' och 'återgå till Rom.'<sup>594</sup>

16. *Harmonisering, 'better law' och oförmågan att fly sin egen skugga.* Det är svårt att fly sin egen skugga. Den process av att finna den 'better law' som presumeras innebo ett fullbordat jämförande studium, är talande för den tradition Zweigert och Kötz kommer från, hur än de söker att frigöra sig. De talar om att erhålla 'a new point of view,' för att skönja 'all the different solutions,' där 'each of the solutions must be freed from the context of its own system and [...] set in the context of its own system and [...] of all the solutions from the other jurisdictions under investigation,' som vore de 'cut loose from their conceptual context and stripped of their national doctrinal overtones so that they may be seen purely in the light of their function, as an attempt to satisfy a legal need.'<sup>595</sup> Likväl författar de en systematisk tegelsten till lärobok, till skillnad från de amerikanska 'case-books', som avser att förmedla den mångfald som studenten på eget ansvar är tänkt att sortera. Likväl föreslår de det professoriella systembyggets överlägsenhet, till skillnad från möjligheten av att falla tillbaka på en tydligare domarstyrd kasuistik. Likväl ... och så vidare.

Zimmermann framstår även han fången sitt dogmatiska *habitus*, en stor beläsenhet och ovanlig akademisk resa till trots. Likt kollegornas 'better law', väcker hans tankegång minnet av Erbes tro på den 'richtige Recht' som skall framvaskas, '[i]n denen wir die räumlichen Grenzen überschreiten sehen,' och som i sitt förverkligande, 'unter den fremden Rechten eine engere Auswahl nach der entsprechenden Schichtung der Bevölkerungen [trifft],' men där de '[s]achliche[] Schranken [die] einer Rechtsvereinheitlichung unter den Kulturstaaten der Gegenwart dient,'<sup>596</sup> har kraftigt reducerats till förmån för ett vidare koncipierat förenhetligande. Zimmermann önskar en 'unification of European law,' men inte vilken som helst. Arbetet får därför inte anförtros 'an institutionalized Europe which merely reacts to specific needs and

<sup>593</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 41 f.

<sup>594</sup> Brohed, 2005, s. 80 och 108.

<sup>595</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 43 f.

<sup>596</sup> Erbe, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, s. 198.

aims at implementing economic policies.’ Det gäller därför att begränsa skadan av den ‘process of legal unification, which [...] has also affected (one could almost say infected) the classical core areas of private law.’<sup>597</sup>

Det är betecknande hur Zimmermann beskriver det rådande tillståndet, med ord som ‘unsatisfactory’, ‘unorganically’, ‘confusion’, ‘uncertainty’, ‘fragmentation’ och ‘corrosion’. Och hur han därför även vill dra i bromsen inför den ‘code civil Européen’ som föreslagits från Strasbourg, med hänvisning till att ‘the time is by no means ripe for that.’ Det som behövs är ‘intensive scientific groundwork,’ vars första åtgärd vore ‘to overcome [...] the juristic nationalism which still to a large extent characterizes our consciousness.’ Som han uttrycker det, ‘in its place, a comprehensive ‘Europeanization’ of legal science has to be brought about’ utan vars grund ett lagstiftningsprojekt vore ‘undesirable.’ Det hela utmynnar i en rollfördelning i enlighet med en historiskt hävdvunnen *geschichtliche Rechtswissenschaft* av närmast 1800-talsmodell, med ett eko av Savigy och Eichhorn, där professorn bereds den främsta rättsskapande rollen, och vars idealistiska kärna bereder ett ‘groundwork’ av en helhet som är större än det samlade partikulära, och där högre regler bereder inre sammanhang åt lägre fall, för att samla dem i den ‘design,’ som i sin tur ordnar och sorterar den verklighet som med tiden skall fås att blomstra.<sup>598</sup>

Det handlar som alltid om juridisk metod, och denna kan mycket väl möta andra juridiska metoder, men den ansats som skymtar hos samtliga dessa *Rechtswissenschaftler*, sker inom det latent storskaliga, expansiva och rättsexternderande, som fordrade arbetet en idealistisk grund och teleologisk inramning. Siktet är ställt på system och koherens samt en gedigen dogmatik, hur mycket denna än månne skilja sig från de olika utgångspunkternas egna normativa system. ‘Better law’ måste därför betraktas i detta näst intill tvångsmässiga konstruktiva arbetes ljus.

Det romersk-katolska är en hävdvunnet dogmatisk-legalistisk kyrka. Det samma gäller *Rechtswissenschaft*, *la science du droit* och *la scienza del diritto*. Dogmer låter sig sällan lösas upp medelst konstruktiva projekt. Som Zweigert och Kötz vet att berätta, så erfar exempelvis jurister stöpta i en *Rechtswissenschaft*, ‘great difficulty in disentangling themselves from [German legal] concepts.’<sup>599</sup> Detsamma torde gälla deras franska och italienska kollegor. Annorlunda ställer sig saken i de nordiska traditionerna. Som Zweigert och Kötz medger, så har ‘the tendency to undue conceptualism and the construction of large-scale systems [...] never really been followed [...] thanks to the realism of the Scandinavian lawyers and their sound sense of what is useful and necessary in practice.’<sup>600</sup>

Men framför allt förtjänar de problem, som en dogmatiskt skolad *Rechtsvergleichler* erfar i att göra det främmande rättvisa, en jämförelse med *lawyers*, skolade vid *law schools*, om ens de läst någon juridik utanför praktisk tjänst. Icke att förglömma, akademiska *legal studies* utgör ingen fordran för en karriär som *lawyer*. Som professorn i Oxford från 1960-talet, Oliver Kahn-Freund, präglad inom en *Rechtswissenschaft* han sedan fick lämna för ett liv i England, för att där skola om sig till *barrister*, uttrycker saken, är det mycket svårare för en jurist som han själv, ‘brought up in a tradition of law as a system [...] than for an English or an American lawyer

---

<sup>597</sup> Zimmermann, 1994, s. 66 och 80.

<sup>598</sup> Zimmermann, 1994, s. 66 f. och 80 f.

<sup>599</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 35.

<sup>600</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 275.

[to] constantly jump over the little walls which have been built everywhere to make it easier to understand, to teach and to write about the law.' Denna intellektuella tånjbarhet hos *lawyers* blev för honom något positivt, vilket han till stor del tillskriver den 'spirit of sober conceptual nominalism [and] intensely unacademic atmosphere' som präglar en *legal education*.<sup>601</sup> För att återknyta till den katolska traditionens kyrkliga arv, beskriver han även förhållningssättet till dessa inskolade 'general doctrinal foundations' som något, som 'the lawyer [in after life] will cling as he may cling to the religious beliefs he learned at his mother's knees.'<sup>602</sup> Det är värt att hålla dessa skillnader i minnet, givet den ringa plats dessa juridiska identiteter på ett djupare plan bereds någon plats eller ens ett erkännande inom ramen för en konstruktiv *Rechtsvergleichung*.

### III. *Verrechtlichung*

Det är viktigt att klargöra att *Verrechtlichung*, likt förrättsligande och *legalisation*, normalt sett inte utgör en medveten del av den juridiska metoden. Det är ovanligt att finna en läroboksförfattare beskriva sitt uppdrag i termer av ett förrättsligande av studenten, även om det kan vara precis det som sker. Kan vara...nej, det handlar om något som ej endast borde, utan måste var! Rättssäkerheten fordrar sitt förrättsligande. Förrättsligandet är med andra ord mer av en effekt än någots avsikt eller ens orsak. Den fortsatta diskussionen blir därför om arbetets konsekvens, och ej dess egentligt internjuridiska moment.

17. *Rechtsvergleichung*, *Rechtsökumene* och *Comparative law*: *skilda system, skilda discipliner*. *Verrechtlichung* motsvaras alltså av svenskans förrättsligande och engelskans *legalisation*. Detta sagt, *legalisation* som extenderande tendens visar sig relativt sett svag inom *Comparative law*, i vart fall när ämnet bedrivs av *lawyers*, och det vore ägnat att missförstå disciplinen, om det skedde en sammanblandning av *Comparative law* med *Rechtsvergleichung*. Dessa två skenbara instanser av en och samma disciplin, visar sig vid en närmare granskning utgöra till synes kunskapsparadigmatiskt skilda discipliner. Där *Rechtsvergleichung* som huvudregel visar sig idealistiskt grundad, konfessionellt betingad och näst intill tvångsmässigt konstruktiv i sin ansats, med en humanistisk och allmänvetenskaplig kunskapspremiss som undantag, kunde det omvända, grovt förenklat, sägas prägla *Comparative law*. Det är denna skillnad, vilken ej endast bottenar i skilda juridiska system, utan även i vitt skilda undervisningstraditioner, som motiverar att benämna *Rechtsvergleichung* med ett annat ord, där såväl släktskapet med teologernas ekumeniska samt det relativa främlingskapet gentemot *Comparative law* tydliggörs. Denna benämning är alltså *Rechtsökumene*.

18. *David Ibbetson mellan två stolar*. I den mån det även finns *lawyers* som bedriver densamma verksamhet, kan man tala om ekumenik även i deras fall. Professorn i Cambridge, David Ibbetson, förklarar i läroboken *A Historical Introduction to the Law of Obligations* från 1999, att '[l]egal history is too important to remain within the domain of specialist legal historians,' med motiveringen, att '[i]f we are to make sense of today's law we have to understand its history, and it is only when we can make sense of it that we can confidently begin to reform

<sup>601</sup> *Kahn-Freund*, *Comparative law as an academic subject*, s. 54.

<sup>602</sup> *Otto Kahn-Freund*, 'Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation,' i *Cappelletti* (red.) *New Perspective for a common law of Europe*, s. 146 f.

it.’ ‘Legal history takes many forms,’ fortsätter han, och den form han väljer för sin bok ‘is a history of legal categories, concepts and doctrines; the mechanisms used by lawyers to organize their thoughts. Such a work is of necessity both speculative and constructive.’ Det konstruktiva syfte som Ibbetson har för ögonen är att fullt ut delta i det europeiska reformarbetet, även om det innebure ett försakande av en strängare historisk sanning: ‘The moves towards an increasing harmonization of European private law have been accompanied by an increasing concern with European legal history on the part of continental scholars. If Europe is not to begin at Calais, English legal historians have to speak the same language as their continental counterparts or allow it to be assumed by default that the development of English law was not significantly different from the pre-codification development of continental legal systems, that the Common law was part of the European *ius commune*. I hope this book contributes to these debates.’<sup>603</sup> Engelska *lawyers* bör alltså delta i det europeiska arbetet, genom att göra avkall på historievetenskapen till förmån för en tjänande historieskrivning. Ibbetsons ambition framträder därmed som ett nödvändigt ont, att rädda det egna från att ätas upp av kollegorna från kontinenten: ‘[...] or allow it to be assumed by default that the development of English law was not significantly different from the pre-codification development of continental legal systems’. Problemet med *Verrechtlichung* kunde inte uttryckas tydligare, än Ibbetsons resignerade och skadebegränsande inställning.

19. *Rechtvergleichung och common law*. En tendens spiller ofta över i fördomar om det främmande, och trots att Zweigert och Kötz bemödar sig om att fördomsfritt ta sig an deras omvärld, berättar deras bok ibland en annan historia. Det handlar som vanligt främst om England, *common law* och *lawyers*. Zweigert och Kötz bemödar sig exempelvis om att lyfta fram betydelsen av en ‘procedural type of legal thinking,’ som bottnar i ‘the ‘forms of action’,’ vilka, ‘while they may have lost their procedural significance, have maintained their function as a method of ordering and developing the substantive law: ‘The forms of action we have buried, but they still rule us from the graves.’<sup>604</sup> Och det säger sig själv, att en dylik historisk bakgrund har genererat en del ovana särdrag, som ägde de ‘a certain antiquarian charm about it,’ om det inte vore för att de kunde visa sig vara ‘so extremely complex and difficult to understand that no one else would dream of adopting [them].’<sup>605</sup> Denna exotisering av England och hennes *common law* må vara ganska beskedlig. Mer problematisk blir bilden när ej endast en fördomsfull ton utan även en fördömande inställning gör sig gällande mellan raderna.

När Zweigert och Kötz tar upp Englands *judges* till diskussion, så påpekar de, att dessa ‘judges tend to be of an extremely conservative temperament,’ vilket de menar kan ha att göra med, att ‘a person who has enjoyed a brilliant professional career will hardly be disposed to criticize and reform the very circumstances which made it possible.’ Denna observation är en självklarhet som äger giltighet bortom en *judge*. Beskrivningen skulle verka lika sällsynt träffande beträffande en professor i juridik, varom nu intet kritiskt står att utläsa. Och ‘modern social legislation’ benämner de ‘perverse,’ vilket skulle bero på ‘the marked individualism of English judges.’ Och när de förklarar vari denna perversion ligger, så förklarar de, att *judges* gav ‘an unduly restrictive construction to many of their provisions contrary to the clearly discern-

<sup>603</sup> D. J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford 1999, p. vf

<sup>604</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 200, cit. *Frederic William Maitland*, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge 1909, s. 2.

<sup>605</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 37.

ible will of Parliament.<sup>606</sup> Noteras bör deras moraliserande bruk av ordet 'unduly'. Den mer dogmatiskt och systematiskt ordnade tillvaro som hör dem själva till, i egenskap av professorer, låter sig utläsas kritiken av dessa *judges*.

Den slutsats de drar är följdriktigt tendentiös, nämligen att '[w]hatever one may think of the conservatism of the English judges, it seems clear that England has never been readier for reform or more energetically critical of the existing system than today. Some radicals have demanded the 'nationalization' of all professional lawyers, much as doctors were nationalized in the National Health Services, and would leave no part of the courts system untouched.'<sup>607</sup> Detta sägs utan att kopplas till en av de mest centrala skillnader mellan *legal education* och deras egna *Rechtsstudium*, nämligen det faktum, att '[t]he training [in England] is directed to the profession of lawyer, rather than of judge as in Germany and, in part, in France,' med den högst signifikativa och helt riktiga slutsatsen, att 'there is no such thing as a 'judicial career' in England: one only becomes a judge after many years of successful practice as a barrister.'<sup>608</sup> Denna instruktiva kontrastverkan kunde tjäna som en uppmaning till att mer kritiskt granska dem själva, men därom bereds läsaren intet ord.

Hur de sedan ser på denna *judge* skyntar mellan raderna. Bland annat står det att utläsa i kapitlet 'The Spread of the Common Law Throughout the World,' och då främst *lawyers* möte med Indien och den verklighet som där mötte dem. Det moraliserande omdömet, att '[o]ther judges took the wider view that one could only find out what 'justice, equity and good conscience' implied in particular cases by making a critical comparative survey of the developed legal systems of the world,' styrker deras egen syn på hur en domare i komparativ och extenderande anda bör betrakta saken i dagens Europa. Inte nog därmed, de finner även sina ideal motsvaras av 'well-educated and open-minded judges,' som förstod att beakta 'Civil Law, especially Roman Law [...] in addition to the Common Law.'<sup>609</sup> Allt detta sagt, utan att i någon egentlig mån problematisera relationen mellan lagstiftare och *judge*.

20. *Rechtsvergleichung* och *presumerad form*. Zweigert och Kötz är professorer. Inte nog därmed, de är professorer i *Rechtswissenschaft*. Denna *Rechtswissenschaft* är dessutom tysk och de medger villigt det bestyr som dessa tyska professorer, ja jurister i allmänhet, har 'in disentangling [ourselves] from [legal] concepts.'<sup>610</sup> Detta har ovan berörts, likaså deras önskan att framstå som befriade från dogma. Men det är en befrielse från dogmer som är av materiellrättslig karaktär. Strukturellt förblir de sin tradition trogna. Den dogm de synes ha svårast att släppa är den som knyter an till formen. Det funktionella synsätt som präglar deras arbete är alltså tänkt att vaska fram regler. Systemet åsyftar således ett på funktionell väg kulturellt steriliserat regelverk, hur väsensskilt detta än må te sig, jämfört med reglernas ursprungliga *terroir*. Den funktionella metoden förmår inte betrakta en främmande form eller struktur, vilket hade varit intressant att ta del av.

Zweigert och Kötz vision handlar med andra ord alltjämt om '[t]he system,' vars typiska byggsten utgörs av 'a higher concept related to the [common] function.' Det som skiljer det

---

<sup>606</sup> A.a., s. 210.

<sup>607</sup> A.a., s. 211.

<sup>608</sup> A.a., s. 223.

<sup>609</sup> *Zweigert/Kötz*, 1998, s. 226.

<sup>610</sup> A.a., s. 35.

önskvärt inter- eller transnationella från det förkastligt nationella är, att deras 'functionally coherent system [...] will thus seem to be rather a loose structure,' vars 'component concepts cast a wider net than those of national systems.' Därmed kan bättre lyftas fram vad som presumeras figurera 'unseen behind the concepts of the national systems.' Detta system menar de beteckande nog inte vara nämnvärt 'different in nature from that of the librarian who needs a supranational system of concepts if he is to arrange his foreign materials in topical categories rather than simply in national groupings.'<sup>611</sup> Därmed är formen given, som ett led i en mer allmän *Verrechtlichung*.

21. *Ekumenisk metod som juridikens historiska och antropologiska köttkvarn eller trollspö.* Hur man än vänder och vrider på den komparation som ställs i tjänst hos en praktisk juridisk nytta som fordrar ett rättspolitiskt formulerat konstruktivt resultat, fungerar den som en intellektuell köttkvarn där det särskilda måste förvidras för att visa sig tjänligt. Det spelar därmed ingen roll hur mycket kunskap som går in i helhetsbedömningen, vare sig denna benämns en *cultural immersion*, rättskultur eller *Recht als Kulturerscheinung*. Kunskapen bereds ingen självständig vetenskaplig betydelse. Detta kan vara lika god juridik som det är tendentiöst förvidden historisk kunskap. Den som däremot önskar att värna *common law* mot köttkvarnens kunskapsförvidning, må så göra, ett sådant värnande är advokatur och saknar intresse för avhandlingen. Vad som är av intresse är att studera hur en förvidning av *common law* mer konkret tar sig uttryck. Som följer.

#### IV. *Verrechtlichende* förvidning av *common law* hos Zweigert och Kötz

Det konstruktiva arbete som kvarstår är alltså till fullo regelbaserat, och handlar om att jämka presumerat skenbara olikheter till att framträda som underliggande verkliga likheter. Hur detta rent konkret går till demonstrerar Zweigert och Kötz på ett mycket instruktivt sett i den teoretiska delens avslutande kapitel, benämnt 'Law-Finding and Procedure in Common Law and Civil Law.' Kapitlet torde gälla som ett av de främsta exempel på ekumenisk metod som finns att uppåda i dag, och förtjänar att vid tillfälle mer ingående kommenteras. Här skall endast lämnas några exempel på hur kunskap förvidras, när den ställs i tjänst hos ett politiskt formulerat ekumeniskt syfte.

22. *Common laws yttre olikhet som skenbar verklighet.* Zweigert och Kötz utgår från ett tillstånd av olikhet, skapat av skilda historiska erfarenheter. Det handlar om att bejaka den tradition av att i det främmande, ej endast bereda ett erkännande, utan även ett fördjupat studium av dettas juridiska *terroir*. Som de uttrycker behövligheten av en inledande *thick description*, ett uttryck de själva inte nyttjar men som passar väl in på deras ambition: 'it is as well to remind ourselves of the great differences in political, social, and intellectual history in England and on the Continent, for they affected the whole of legal life, including the way that sources of law were dealt with.' Det handlar om hur skilda historiska erfarenheter har berört juridikens samtliga nivåer och aktörer: 'Thus the law in Germany after the Reception had a rather *academic and theoretical* quality, not the *forensic and pragmatic* character it had acquired in England; it was controlled by *university teachers* rather than by *legal practitioners* and it was to be found in *textbooks*

---

<sup>611</sup> A.a., s. 44 f.

rather than in *law reports*. Here also we find the origins of the habit which still survived in Germany of treating the practice of law as a function of the state bureaucracy and the judiciary as a part of the civil service.' Skilda historiska erfarenheter har även berett vitt skilda juridiska metoder: 'Given that the development of political ideas and institutions in Western Europe was quite different from that in England and that in consequence the standing of the judgem the role of the advocate, the methods of legal education, and the forms of procedure all differed widely, it will come as no surprise that the techniques of discovering and applying the law, indeed the typical methods of legal thought as a whole, have developed very differently.' Dessa skilda historiska erfarenheter har därmed resulterat i till synes oförlikneliga 'frames of mind': 'Behind the characteristic doctrines and ideas and technique of the common-law lawyer there is a significant frame of mind. It is a frame of mind which habitually looks at things in the concrete, not in the abstract; which puts its faith in experience rather than in abstractions. It is a frame of mind which prefers to go forward cautiously on the basis of experience from this case or that case to the next case, as justice in each case seems to require, instead of seeking to refer everything back to supposed universals. It is a frame of mind which is not ambitious to deduce the decision for the case in hand from a proposition formulated universally [...] It is the frame of mind behind the surefooted Anglo-Saxon habit of dealing with things as they arise instead of anticipating them by abstract universal formulas.'<sup>612</sup> Dessa erfarenheter menar de sammanfattande tanger hur 'rationalism differs from empiricism or deduction from induction,' med ett betecknande bruk av ordet 'instinct' för att klargöra den upplevelse av att stå inför ett svalg som kännetecknar varje seriös komparatists möte: 'The instinct of a civilian is to systematise. The working rule of the common lawyer is *solvitur ambulando*.'<sup>613</sup>

23. Common laws *inre likhet som egentlig verklighet*. Det är en imponerande mängd skilda historiska erfarenheter som nu skall jämkas. Måste jämkas. Uppdraget må framstå som oöverstigit, mot bakgrund av ovan återgivna historiska erfarenheter, men som goda jurister så vet Zweigert och Kötz att inte lämna uppdraget ogjort, frågan obesvarad, problemet olöst. *Déni de justice* är inte tillåtet. Och Zweigert och Kötz har sin idealistiska grund att vila på, där skillnader kan reduceras till endast skenbara skillnader, givet ett *a priori* postulerat inre sammanhang. Bortom det tillfälliga och partikulära när de det avsedda mötet, likt Eichhorn, Savigny, Windscheid, Kohler, Rabel och Erbe före dem. En god jurist förmår att finna harmoni i varje dissonans, förmedla koherens i skenbar divergens samt skapa system i hopplös diskrepans. Och Zweigert och Kötz är mycket goda jurister.

Ordvalen är betecknande för den *verrehtlichende* tendensens nödvändiga verkställighet: 'But', 'would', 'certainly be wrong', 'increasingly inaccurate', 'actually' och 'today'. Med hjälp av en sällsynt vittverkande *praesumptio similitudinis* reducerar de i ett stycke vad som en gång 'was an unbridgeable opposition' och en 'antithesis [...] in its absolute form' till 'an increasingly inaccurate and incomplete reflection of what can actually be seen happening in these two great legal families today when lawyers set about the task of discovering the law.'<sup>614</sup> Som Erbe

<sup>612</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 257–259, cit. Roscoe Pound, 'What is the Common Law,' i *The Future of the Common Law*, 1937, s. 18 f.

<sup>613</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 259, cit. Lord Cooper, 'The Common Law and the Civil Law – A Scot's View,' *Harvard Law Review*, vol. 63, 1950, s. 470 f.

<sup>614</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 259.

påminde läsaren 1942, så kunde man gå något försiktigare till väga, givet att '[d]ie Abgrenzung der in Frage kommenden historischen Rechte geschieht nach dem gleichen Kriterium, das auch geltenden Rechten gegenüber angewandt wird: es muß sich um Rechte handeln, die dem Ausgangsrecht kulturell und entwicklungsmäßig nahestehen.'<sup>615</sup> Men nu handlar det om en till synes icke förhandlingsbar inklusiv premiss, där England, helt i linje med Coings efterkrigsvision, måste förstås såsom del av det 'ursprungligen europeiska'.

Det gäller för Zweigert och Kötz att relativisera det hävdvunna, för att möjliggöra dess jämkning. Den engelska prejudikatslära, som går under namn av *stare decisis*, reduceras till något 'primarily of psychological significance' och en 'antiquated English peculiarity.'<sup>616</sup> För att ge stöd åt deras reduktionism hänvisar de till principens ständige belackare, Lord Denning. Att han sedan betraktas som en historisk anomali, och därmed som allt annat än representativ, får läsaren inte veta. Men som Patrick Atiyah och Robert Summers uttryckte saken, kunde 'several Lord Dennings operating simultaneously [...] drastically reform the law [...] [but] what this fails to allow for is that it is virtually inconceivable that there could be several Lord Dennings sitting on the bench.'<sup>617</sup>

Vad sedan kontinentens domare gäller, så visar det sig, 'that matters are not really very different there.' Det yttre sken av olikhet avslöjas även här, för att visa på en inre verklighet, där komparatisten med ett funktionellt angreppssätt kan studera hur rättsfall bemöts '[i]n practice' i Tyskland och Frankrike, för att sedan dra slutsatsen, att 'the reality is different.' Det yttre tillstånd av *de iure* olikhet kan därmed betraktas som en *de facto* konvergens, givet att 'the doctrine of *stare decisis* in the Common Law and the practice of Continental courts generally lead to the same results,' med en anmärkningsvärd hänvisning till Rabels slutsats, att '[t]he practical differences [...] are microscopic.'<sup>618</sup>

Zweigert och Kötz medger, att 'in the *method of extracting such rules* there are still very considerable differences between the Common Law and the Civil Law.' Därmed kommer läsaren till den olikhet som står näst i tur att jämkas: domarens metod. De 'still very considerable differences' som finns, i vad de benämner 'the *method of extracting [...] rules*,' sammanfattar de som skillnaden mellan 'reasoning from case to case [...] *Ambulando solvitur*' och "applying' a particular given rule of law to the facts in issue by means of an act of categorization.' Men även detta kan betraktas i mer funktionellt betingat ljus, för att skönja en *de facto* konvergens. Ordvalen är betecknande för den eftersträlvade jämkningen: 'But', 'in fact', 'everyone knows that...' bakom 'the traditional tropes' så skönjer forskaren något djupare och egentligare allmängiltigt. Det är betecknande för deras arbete, att Zweigert och Kötz ger sitt bifall åt John P. Dawsons 'excellent treatment' av i synnerhet franska domare, i *The Oracles of the Law* från

---

<sup>615</sup> *Erbe*, *Der Gegenstand der Rechtsvergleichung*, s. 205.

<sup>616</sup> *Zweigert/Kötz*, 1998, s. 262.

<sup>617</sup> P. S. *Atiyah and Robert S. Summers*, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford 1987, p.

<sup>618</sup> *Zweigert/Kötz*, 1998, s. 262 f.

1968,<sup>619</sup> vilket är ett värdefullt arbete, men som även ger prov på ett tendentiöst klander av franska domare och domskrivning till förmån för hans egna amerikanska domartradition.<sup>620</sup>

Nästa aspekt till jämkning är vad Zweigert och Kötz benämner 'statutory construction'. De påpekar den begränsade roll som stiftad lag har spelat historiskt i England, med synen på 'legislative activity as necessary only in order to counteract some specific social or economic mischief.' Detta förklarar enligt dem den bokstavsbundna tillämpning som alltjämt gäller, och som de finner 'astonishing[ly] [...] pedantic.' Likväl skönjer de konvergensen även här. En hastig blick på ordvalen avslöjar deras insikt: 'But', 'seem to', 'turned over a new leaf', 'obviously inappropriate', 'purpose', 'LORD DENNING.'<sup>621</sup>

Att sedan skillnader kvarstår vad gäller 'statutory drafting' klagörs men jämkas inte. Detta torde ha sin självklara förklaring, och påminnas bör, den fokusering på regler och regelverk som präglar Zweigert och Kötz samt deras föregångare, Rabel, Erbe och Coing. Det är en sak att lösa upp sina regler. Till detta anser de sig förpliktigade. Det är uppenbarligen en annan sak att överge sin form. Det är inte konstigare än att begära av kubistiska målare som Georges Braque eller Pablo Picasso, att de omförhandlar objekt och föremål och dessas tilltänkta syfte. Man kunde be dem måla av naturen i stället för huset. Men att be dem överge en form för en annan, att exempelvis be kubisten Braque måla, som vore han Carl Larsson, det vore otänkbart. Och Zweigert och Kötz kan inte bli klarare på just denna punkt. Det handlar hos dem inte bara om den 'Continental observer,' som har att ta sig an engelsk lagstiftnings förfelade fokus på 'great detail even on trivial points' med en 'form of expression so complex, convoluted, and pedantic' att han 'recoils in horror.' Engelsk 'statutory drafting' framstår om ett slags *Entartete Kunst*, som inte ens förtjänar beaktande, av den enkla anledningen att det inte är tjänligt. Som de så historielöst och platt uttrycker det: 'Of course it is important that the law say exactly what it means, but exactitude has its costs, and it is equally important that the law should be clear and comprehensible, that it reveals the principle which underlies it, and that it presents in a logical order the rules it enacts. These virtues do not appeal to the English draftsmen: they put exactitude above all else.'<sup>622</sup> *Lawyers* gör sig därmed inga besvär. Formerna hör till *Rechtsvergleichern* och dennes *Rechtswissenschaft*.

## V. Verrechtlichende förvriddning av *common law* hos Reinhard Zimmermann

Det är dags att återknyta bekantskapen med Reinhard Zimmermanns programmatiska artikel 'Roman Law and European Legal Unity,' som alltså under decennier figurerat inom ramen för

---

<sup>619</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 263 f.

<sup>620</sup> Dawson ägnar ett längre avsnitt i boken åt personliga reflexioner och rekommendationer, tydligt präglade av en amerikansk bakgrund och preferens. Följande är endast ett exempel på hur hans i övrigt utmärkta studie och analys inte riktigt förmår, eller önskar, att göra fransk process och domartradition en historisk rättvisa: 'To the extent that judges abstain from candid disclosure, the load is cast on others, outsiders; being outsiders, they must search out clues, speculate, surmise. This is the posture of French legal science, through the tradition that inhibits French courts in exploiting the modern recourse of the reasoned opinion. It is here, it seems, that the effects of remembered history have been most lasting and destructive. Behind the cascades of whereas clauses one can still see stalking the ghostly magistrates of the Parlements, majestic in their moldy red robes.', *John P. Dawson, The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, s. 431.

<sup>621</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 265 ff.

<sup>622</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 267.

den avslutande obligatoriska kursen i juridisk omvärldsorientering i Uppsala.<sup>623</sup> Studenterna ombeds studera hur en konstruktivt verkande jurist kan ta sig an en trilskande juridisk omvärld, för att anpassa och jämka den i tjänst hos en visionär 'European Legal Unity.' Det är naturligtvis inte lätt för en student utan historiska eller komparativa förkunskaper under ett flyktigt kursmoment att värdera, men de är ofta begåvade nog att skönja argumenten, och dessa väcker ofelbart såväl intresse som debatt. Här skall i all korthet hans bevisföring beröras.

24. *Zimmermanns bevisföring.* Zimmermanns programmatiska ansats bygger på svepande antaganden, som i sin tur förutsätter en omfattande bevisföring. Det gäller att påvisa, att den olikhet som i dag existerar endast är skenbar, samt att den bristande enighet som tar sig dessa uttryck är förfelad. Enighet behövs, och för att skapa ett inre behov av enighet så måste kunskap förvridas. Förvridningsmomentet bygger på en idealistisk premis, som läser in vad den önskar kunna läsa ut. Detta är juridisk metod, som i sin tur bygger på föregående likhetspresumtion, funktionalitet som redskap, reduktionism som nödvändig samt en vaksam anpassning medelst arbetets syftesbetingade tolkning. I detta skapande av en inre och verkligare sanning, vars abstrakt formulerade väsen står över allt partikulärt, tillfälligt och accidentellt, och reducerar dem till yttre sken och instanser av en mer ursprunglig och organiskt grundad uppenbarelse, faller Zimmermann alltså tillbaka på 'a common European legal culture [that] did once exist' och som benämns 'the Roman-Canon ius commune.'<sup>624</sup>

Det gäller för Zimmermann, att förmedla bilden av ett bildat Europa, som 'formed a single and undifferentiated unit, not only in general cultural terms but also legally,' och därtill 'remained a unified intellectual world.' Anledningen till detta var det bruk av en enhetlig 'legal grammar' som gav samtliga berörda traditioner en 'characteristic – and thus fundamentally uniform – imprint.' Zimmermann skapar därmed ett inre sammanhang mellan de jurisdiktioner som präglas av en tydlig yttre kontinuitet, och dem, som erfor lagstiftningsprojektens yttre diskontinuitet, genom klargörandet, 'that a codification should be able entirely to cut off the continuity of historical development, has proved to be a rather simplistic illusion.'<sup>625</sup> Denna 'simplistic illusion' gäller de länder vars juridik i dag utgår från de kodifikationer som avsåg att lägga en grund för ett annat samhälle.

25. *Bevisföring och den inkommensurabla kunskapens konstruerade kommensurabilitet.* Det är nu inget konstigt, att betrakta dessa lagverk, som byggande på en föregående juridik, som må anses äga tydlig romersk-kanonisk prägel. Slutsatsen ligger i den historiska studiefarans riktning. Svårare för Zimmermann är det, att påvisa den inre enhetens verkliga kontinuitet framför det sken av tydlig olikhet och historiskt diskontinuitet som *Common law* historiskt sett uppvisar, jämfört med utvecklingen på kontinenten. Därmed står hans programförklaring inför dess största utmaning, att plädera för en förståelse för 'The European character of English Law,' som avsnittet heter.

Det handlar inte om att verifiera eller falsifiera Zimmermanns historieskrivning. Givet artikelns karaktär av programmatiskt betingad juridisk advokatur, saknas skäl att granska det sagdas eventuella historiska förankring, eller brist därav. Det handlar om att studera ett prominent arbetes tendens samt lokalisera dess förvridningsmoment. Annorlunda uttryckt, det gäller att se hur Zimmermann i avsnittet 'The European character of English Law' förvrider

<sup>623</sup> Artikeln, som utkommit i uppdaterade versioner, har numera utgått.

<sup>624</sup> Zimmermann, 1994, s. 67.

<sup>625</sup> Zimmermann, 1994, s. 68 f. och 73 f.

kunskap för att bereda bilden av att det hos en *lawyer* bor en jurist som önskar komma ut, och varför det faller på Zimmermann att förlösa honom. Man kunde beteckna Zimmermanns försök, att i det engelska låta skönja något europeiskt, som ett avmytologiseringsprojekt. Det handlar om att befria såväl tyska som engelska författare, från ‘the myth of [English] law as constituting an autochthonous national achievement,’ som ‘[had it] flourished in noble isolation from Europe,’ med dess ‘bizarre [casuistic] traditionality’ och ‘peculiar interlocking of common law and equity.’<sup>626</sup> Det gäller därför att söka i det förflutna, för att ur dess tillgängliga fakta vinna en viss förståelse som kan fungera som antidot. Zimmermann bereder därför läsaren med instanser av ‘European’, för att låta en helhetsbild framträda. Och hur konstruerar man bäst helhet ur till synes disparata instanser? Att han sedan vid ett tillfälle klandrar dem som lyfter fram en skillnad, genom att påpeka hur slutsatsen följer av ‘a skewed perspective in that it takes individual phases in the development of legal methodology to represent the whole,’<sup>627</sup> är ett citat som i all sin oavsedda komiska kraft får stå för sig själv.

Det måste inledningsvis noteras, hur Zimmermann nyttjar ett språkbruk för att tänja på historien. Tanken om ‘an autochthonous national achievement’ förklarar han vara ‘a myth.’ ‘For in reality England was never totally cut off from continental legal culture.’ Hur nu ‘never totally cut off’ vore ägnat att förstås som att ha ‘left a definitive and characteristic mark on the English law,’ förtäljer en lista på författare som Bracton, Blackstone och [Peter] Birks, med hänvisningar till John Austin samt Lord Holt, Sir Matthew Hale och Lord Mansfield. Till detta kommer ‘[t]he church courts [as] important bearers of the reception of Roman law,’ vars jurisdiktion fick ett abrupt slut i och med Reformationen, samt ett ‘study of Roman law [that] has remained firmly and uninterruptedly entrenched at both universities.’ Omnämmande får även en annan domstol som inte överlevde, Court of Admiralty, samt dess *lex mercatoria*. Det är alltså mot bakgrund av några författare, ett marginaliserat studium vid universiteten, ett par marginaliserade och med tiden avskaffade domstolar samt ett och annat rättsområde, som slutsatsen kan dras, att, utifrån dessa ‘manifold and centuries-old connections,’ ‘it is not surprising that large areas of English law (in particular the law of contract) were inspired, characterised or at least influenced by the ideas and concepts, the rules and institutions as well as the general intellectual undercurrents of the European *ius commune*.’<sup>628</sup>

Inte nog därmed, Zimmermann tillämpar en funktionell metod för att reducera *common law* till igenkännbara materiellrättsliga tankegångar. Därmed vet han att berätta, att ‘the ‘doctrine of frustration of contract’ [...] corresponds functionally to the civilian doctrine of *clausula rebus sic stantibus*.’ Han finner likheter även inom ‘statutory interpretation,’ med hänvisning till disparata perioder av tolkning baserade på ‘*aequitas* and *publica utilitas*,’ vilka han tar som intäkt för slutsatsen, att ‘England was for many centuries a province of the *ius commune*.’ Inte nog därmed, han blandar samman *statutory interpretation* med *stare decisis*, för att i en inte helt begriplig tankegång komma fram till att ‘courts in England [today] have turned over a new leaf,’ med en signifikativ hänvisning till Zweigert och Kötz. Slutsatsen är anmärkningsvärd: ‘Thus, we see a

---

<sup>626</sup> Zimmermann, 1994, s. 75.

<sup>627</sup> Zimmermann, 2004, s. 39.

<sup>628</sup> Zimmermann, 1994, s. 76–79.

remarkable rapprochement of thinking patterns: a rapprochement, however, which merely re-establishes an intellectual unity based on a common legal tradition.<sup>629</sup>

Därmed är Zimmermanns cirkel sluten. Han har funnit enskilda instanser av beröring mellan England och kontinenten, och har gjort sig en europeisk höna av dessa fjädrar. Som han såg uppdraget, ålåg det honom att 'foster[] an awareness that a common legal tradition [...] still informs our modern national legal systems,'<sup>630</sup> och det är precis vad han kan sägas ha åstadkommit. Det är som sagt inte här plats att kritiskt granska hans historieskrivning. Han medger öppet att artikeln fyller ett 'programmatic' syfte och det ligger något uppfriskande uppriktigt i detta medgivande.

Zimmermanns mer egentliga ambition är nu inte en harmonisering av ett geografiskt Europa utifrån disparata engelska instanser. Som fallet kunde konstateras vara hos Zweigert och Kötz, skyntar hans mer hemtama intuition – minns vad Zweigert och Kötz hade att säga om tyska juristers 'great difficulty in disentangling themselves from [their legal] concepts'<sup>631</sup> – fram med all önskvärd tydlighet i ett tillägg från 2004, där han ej endast låter Savigny få sista ordet, utan även släpper all hänvisning till England och hennes *common law*. Läsaren förstår att en programmatisk artikel inte skrivs utifrån något egentligt intresse för en tradition, som Zimmermann inte till fullo behärskar eller ens förstår, utan som en projicering av det egna, och därmed ett *de facto* bidrag till en *Verrechtlichung* under sken av en mer allmänt koncipierad europeisering:

The specific significance of Roman law in Europe consisted in the fact that it became the intellectual basis for a largely homogeneous legal culture. The Corpus Juris Civilis provided an essential point of departure for a common European scholarship of private law. It became a cornerstone of the civilian tradition. The modern national codifications are as much an emanation of this tradition as the attempted 'restatements' of various areas of private law, such as the Principles of European Contract Law. We cannot return the oak tree to the acorn from whence it has sprung. Nor would we want to. 'The historical approach to legal scholarship', in the words of Savigny, 'is completely misunderstood and distorted, if it is often presumed that the legal entities emanating from the past are posited as something which is in the highest degree exemplary and which has to retain its rule, in an unchanged form, over both the present time and the future. On the contrary, the essence of the historical approach consists in the dispassionate recognition of the value and individuality of every age. What that approach, however, emphatically insists upon, is recognition of the vital connection that ties the present to the past. For without such recognition we shall only be able to observe the outward form of our legal condition, not to grasp its inner substance'. Even if only for this reason, the study of Roman law remains indispensable in modern Europe.<sup>632</sup>

Det är värt att ur denna slutplaidoyer lyfta fram Savignys idealistiska tankegång, att 'without [the recognition of the vital connection that ties the present to the past] we shall only be able to observe the outward form of our legal condition, not to grasp its inner substance.' Tanken är i sig såväl okontroversiell som juridiskt självklar, men i samband med Zimmermanns, och Zweigert och Kötz, ekumeniska programförklaringar, ingjuts material i denna historiska metod som för slutsatserna långt bortom en praktisk juridiks horisont. Det är i detta konstruktiva arbete som ett möte skilda jurisdiktioner emellan blir problematiskt, och då i synnerhet när kontinentaleuropeiska jurister tar sig an en *common law* de ofta saknar en inre kompass att bereda någon rimlig rättvisa, och än mindre erforderlig historisk kunskap eller ens juridiskt omdöme.

---

<sup>629</sup> Zimmermann, 2004, s. 39, 40 f.

<sup>630</sup> Zimmermann, 1994, s. 80.

<sup>631</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 35.

<sup>632</sup> Zimmermann, 2004, s. 42.

Zimmermann må framstå som närmast farsartad i sitt försök att låta övertygande, eller kanske som en *rechtswissenschaftliche* karikatyr, men det spelar mindre roll. Det viktiga är nu inte att försvara England eller deras *common law*. Det viktiga är att söka lokalisera de förvridningsmoment som innebor vår tids till synes ständigt återkommande försök att bedriva ekumenik inom ramen för en juridiskt koncipierad vetenskaplighet som dessutom sker inom ramen för mötet med främmande inom tid och rum.

Innan det är dags att i nästa kapitel ta del av hur marginaliseringen av *common law* kan verkställas vid ett konkret möte, vid konferensen 'New Perspective for a common law of Europe' i Florens 1978, måste frågan ställas: varför benämns detta rättshistoria?

## VI. Professorns *Rechtsvergleichung*

Avslutningsvis några ord från Zweigert och Kötz. Deras lärobok har naturligtvis fler sidor än Zimmermanns korta programförklaring, och deras historiska avsnitt fyller på ett föredömligt sätt ett fungerande studiesyfte för gemene juridikstudent. Det finns naturligtvis mycket av intresse att säga om mötet mellan prejudikat, stiftad lag och domare, med mera, men givet det begränsade utrymme som står till förfogande så är Zweigert och Kötz sammanfattning både koncis och elegant. En närmare granskning av detta lämnas därför därhän, om inte annat därför att det skulle förfela såväl denna avhandlings syfte som Zweigert och Kötz ambition. Det handlar här om att se vad som händer, när två *Rechtsvergleicher* jämför två så skilda traditioner som *Civil Law* och *Common Law*, utifrån en på förhand given slutsats. Det handlar om en klassisk *concordia discordantium*, där man förutsätter vad som skall bevisas.

26. *Konvergens och lärobok.* Zweigert och Kötz förutsätter en konvergens, av den enkla anledningen att den måste finnas, eller i vart fall skönjas, om än vägen dit är svår. De läser därmed in konvergens i det som tillåter en inläsning, som vore jämkningen ett kategoriskt imperativ. Men framför allt påminner Zweigert och Kötz läsaren, att vara på sin vakt mot att låta olikheter skymta sikten för det gemensamma, att 'constantly be on his guard against one-sided views,' exempelvis i form av 'traditional styles and forms.' Som de ser det, är en konvergens bland domare ett pågående faktum: 'it is really undeniable.' Det gäller därför att betrakta saker '[i]n substance,' det vill säga funktionellt, vilket även måste förstås som ett sätt att tillmäta en kvantitativ bedömning en större betydelse än det kvalitativa, där graden snarare än arten av *Rechtsprechung* eller *jurisprudence*, 'fall[ing] increasingly to the judges [in the Civil Law],' ses som intäkt för konvergens.<sup>633</sup>

Enligt Zweigert och Kötz har man att lära av varandra, och den bild de ger av konstruktion inom ramen för *lanyering* är beundransvärd koncis och elegant: 'The case-technique of the Anglo-American legal systems is 'not decisional pointillism, but rather the fragmentary indication of constant real principles'. In other words, even the Common Law technique requires the judge to look for the general rule behind the actual decisions in the relevant precedents, for that is the only way he can tell whether this or that decision really controls the case before him.'<sup>634</sup> Denna avslutande förmaning framstår dock som problematisk eftersom studenten därmed hamnade vid något för Zweigert och Kötz totalt främmande. Det är näm-

<sup>633</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 268 f.

<sup>634</sup> A.a., s. 269.

ligen vanligt för en *law student* att arbeta med en liknande metod, där man förutsätts bygga egna system, för att sedan förkasta dem, för att i stället bygga andra, och så vidare. Denna *adversarial method* ligger i fostrandet av en *lanyer*. Problemet är uppenbart, för toge Zweigert och Kötz denna metod på allvar, skulle det resultera i en helt annan typ av lärobok än vad de i god apostolisk lärosuccession bjuder. Det räcker med att ta sig en titt på anglo-amerikanska läroböcker i ämnet, vare sig det handlar om traditionella läroböcker eller amerikanska *casebooks*, för att se den öppenhet som därmed möjliggörs, och som framstår som så främmande för en professor från en dogmatisk tradition som tysk *Rechtswissenschaft*. Den tanken låter sig helt enkelt inte tänkas. Tvärtom, läroboken hör till den form, som inte låter sig jämkas. Professorn behövs, läroboken likaså, och nästa konvergens är frapperande i sin ensidighet, nämligen den, att England nu närmar sig kontinenten i antal lärare och studenter som läser juridik vid universiteten. Denna kvantitativa slutsats tillåts sedan, utan vidare motivering eller förklaring, bereda slutsatsen, att dagens utveckling ej endast vore av godo, utan att dessa lärares och studenters inskolning vid universiteten verkligen behövs.

27. *Professorns presumerade oumbärlighet*. Behövs professorn och dennes lärobok? Därom tvista inte Zweigert och Kötz. Tvärtom, de postulerar deras egna tradition i kapitlet som ett facit, resultatet av en naturlig konvergens, som ägde den en inneboende harmoni. Detsamma kan alltså inte sägas om de 'extremely conservative' *judges*, som med 'marked individualism' kan uppvisa en rent av 'perverse attitude' till parlamentets lag.<sup>635</sup> Och, får man förmoda, till universitetets professor. Läsaren kan enkelt dra sin egen slutsats, nämligen att engelska *lanyers* nu inser värdet av sin på metafysisk väg inplanterade inre lärde jurist, för 'here, too, there has been a sea change in the last few years. England is increasingly coming to recognize what has long been accepted on the Continent, that judges and jurists both have a role to play in the development of law, and that their roles are complimentary.'<sup>636</sup> Men stämmer detta? Att det måste stämma är en sak, att det sedan stämmer är en annan. Påminnas bör, att den Lord Denning, som Zweigert och Kötz utan vidare problematisering citerar genom hela deras verk, läste matematik vid Magdalen College i Oxford, om än han på väg till Lincoln Inn hann med att ta sig genom studier i *Jurisprudence*, vilka han fann abstrakta och utan större gagn. Det hör snarare till ovanligheterna, att en *judge* skulle ha bedrivit *legal studies* vid universitetet, och den fråga som låter sig ställas i ett annat sammanhang – förslagsvis kulturanthropologiskt – är varför det förhåller sig så.

28. *Konvergens som professors rättspolitiska uppdrag*. Dylika spörsmål bekommer ej Zweigert och Kötz. Och det är helt i sin ordning. De skriver tendentiöst, därför att deras uppdrag är visionärt och rättspolitiskt. Inte nog därmed, de präglas av deras egna *rechtswissenschaftliche* metod och juridik och verkställer en extenderande *Verrechtlichung* så fort de rör sig utanför det egna. Varje konstruktiv ansats bygger på ett yttre syfte och en inre strukturell förutsättning, som i sin tur förvrider kunskapen i enlighet med dessas tendens. Det är, som sagt, helt i sin konstruktiva juridiska ordning. Här gäller att klargöra hur en instrumentalisering av det främmande i tjänst hos det politiskt formulerade syftet, samt utifrån den inlärda egna juridiken, verkställs. Det måste även klargöras, att likhetspresumtionen inte äger gränslös tillämpning. Inte nog med att boken tar uttryckligt sikte på privaträtten, de medger faktiskt – om än endast med ett par

<sup>635</sup> A.a., s. 210.

<sup>636</sup> A.a., s. 270.

meningar – att det kvarstår områden som kanske inte är redo att betraktas som ens tillnärmelsvis konvergenta. Som de erkänner, är likhetspresumtionen ‘hard to maintain when one turns to procedural law and compares the preparation and progress of a simple civil suit in the Common Law and the Civil Law,’ en skillnad de tillskriver historiska orsaker.<sup>637</sup>

Den funktionella metodens tillämpning utifrån en presumerad likhet bör alltså kunna övertygande harmoniseras till önskvärd konvergens. Det lyckas dem naturligtvis, givet de konsekvent tillämpade utgångspunkter som de själva ställt upp, och följande citat sammanfattar med skärpa och elegans, ej endast deras bok och livslånga gärningar, utan mer än ett sekel av *Rechtsvergleichung*: ‘To sum up: on the Continent the days of absolute pre-eminence of statutory law are past; contrariwise, in the Common Law there is an increasing tendency to use legislation in order to unify, rationalize, and simplify the law. On the Continent, law is increasingly being developed by the judges and consequently there is more room for an inductive method and style related to the actual problems: contrariwise, the Common Law is seeing the need to bring the rules developed by the judges into a systematic order by means of a scholarly analysis and legislative action, so as to make them easier to understand and master. There are therefore grounds for believing that although the Common Law and the Civil Law started off from opposite positions, they are gradually moving closer together even in their legal methods and techniques.’<sup>638</sup>

29. *Slutord*. Avhandlingen handlar nu inte om att förhålla sig kritiskt till ett sekel av *Rechtsvergleichung* – eller rättsekumenik/*Rechtsökumene*, med avhandlingens föreslagna term – utan om att ställa sig frågan kring arten av denna kunskap. Zweigert och Kötz bereder om inte annat en del insyn i hur en tendentiös inställning till det främmande enligt deras förmenande tog sig uttryck i Indien, när traditionell kunskap i form av ‘classical Hindu law – called ‘dharmasastra’ changed a great deal during the period of British rule’ medelst tillämpning av *stare decisis* och sådana allmängiltiga sanningar som ‘justice, equity, and good conscience,’ vilket med tiden resulterade i vad som i dag benämns ‘Anglo-Hindu Law.’<sup>639</sup> Att de inte i denna konvergens kunde skönja en i överförbar bemärkelse intressant problematisering av deras *rechtsvergleichende/rechtsökumenische* vision må hos en och annan vara ägnat att väcka viss intellektuell bestörtning, men det vore att göra deras ekumeniska ambition orättvisa. Det torde dessutom, oaktat hur man ser på saken, vara sällsynt att ‘bliv[a] varse bjälken i [ens] eget öga’ när man fäster blicken på ‘grandet i [ens] broders öga.’<sup>640</sup>

---

<sup>637</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 271.

<sup>638</sup> A.a.

<sup>639</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 317 f.

<sup>640</sup> Evangelium enligt Matteus, kapitel 7, vers 3–5, Nya Testamentet i 1917 års översättning.

## 18 Ekumeniska mötet i Florens 1978

'Twenty-one countries [...] each with a distinct legal system, represent an irrational, suicidal division within a modern world which demands larger and larger open areas of personal, cultural, commercial, labor and other exchanges. [...] Harmonization, coordination, interdependence are absolute needs of our time; and history is there to provide clear evidence that division is not an ineluctable fate, that indeed division is a relatively recent phenomenon in a Continent which, for centuries in past epochs, was characterized by a law common to most of its peoples.' (Mauro Cappelletti, 1978)

'No compromise is possible between the law now emanating from the continent and the law of the island; it is a take-over or *Anschluss*, and it is pointless to refer to the doctrine of subsidiarity or the fact that Member States are permitted (and required) to transpose Community Directives into their own law as it is to refer to the "margin of appreciation" which the Strasbourg Court of Human Rights grudgingly permits to signatories of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, which is the other limb of the double-whammy from which the English common law is reeling.' (Tony Weir, 2004)

Den föregående genomgången av *Rechtsvergleichung* har tagit sikte på vad en komparation i tid och rum kan innebära, när den utförs av kontinentaleuropeiskt skolade jurister, utifrån ett konstruktivt rättspolitiskt syfte. Det handlar om ett förvriddningsmoment som verkställs på ett för sammanhanget fullt korrekt sätt, men där projiceringen av det egna, på den andre, gör att mötet med det främmande förfelrar det främmande, givet dess egna utgångspunkt. Läsaren står inför ett skolboksexempel på ett verksamt förvriddningsmoment. Lärdomen är central. Studenterna i Uppsala får vara åskådare inför ett Europa där *common law* i viss mån rådbåras utifrån dem främmande kunskapspremisses. Och detsamma gäller den historiska kunskapen. Svensken står som vanligt vid sidan och intar rollen som observatör. Så också våra Uppsalastudenter, i egenskap av europeiskt perifera jurister, därtill *in spe*.

Det skall nu sägas, att vetenskapen är ständigt i stöpsleven, men den juridiska metoden är sällsynt konstant och stöpslevens ständiga intervention kan inte ändra på den centripetalkraft, som denna juridiska metods gravitationslag innebär. Det förklarar varför kompassen visar sig så konstant från Savigny och Eichhorn till Zweigert, Kötz och Zimmermann via Rabel, Kohler och Erbe. Samt Mauro Cappelletti.

Annorlunda visar sig alltså saken vara i England. *Lawyers* är inte jurister, *judges* är inga domare eller *Richter* och en engelsk *legal education* är något i jämförelse med en svensk juristutbildning eller ett tyskt *Rechtsstudium* väsentligen annorlunda. Undantag bekräftar självfallet alltid regeln, och visst måste det medges, att rena måttstockar inom vetenskapen är ovanliga.

I det följande skall tas upp till diskussion (I-II) en konferens i Florens 1978, som visar på ett möte mellan till synes oförläpneliga och konkurrerande ämneskonceptioner. De möts, mycket på grund av ett gemensamt medlemskap i dåvarande EG, och att de därför måste mötas, men (III-IV) den resulterande konflikten mellan skilda ämneskonceptioner säger oss något väsentligt. Tanken är att mötet, som i viss mån alltså inte kan sägas vara något riktigt möte,

illustrerar på ett väldigt konkret sätt, hur (V) främmande kunskap och (VI) skilda kunskapsparadigm, utsätts för den typ av *Verrechtlichung* av en främmande juridik i tid och rum, som tagits upp på ett mer abstrakt plan i avhandlingen. Några kommentarer och insikter (VII-VIII) avrundar diskussionen.

Kapitlets rubriker är valda ur kyrkans värld för att visa på den i analogisk bemärkelse träffande konflikten mellan 'kyrka' och 'kättare', som uppstår när en representativ företrädare för kontinentaleuropeisk komparativ tradition, som ser sig som företrädare för samtliga, inte förmår göra avvikelser, i det här fallet de gästande anglo-amerikanska komparatisterna, en rättvisa som utgår från dessas avvikande förutsättningar. Företrädaren heter Mauro Cappelletti, professor vid dåvarande Istituto universitario europeo i Florens, och hans grepp är betecknande för den tradition han företräder. Man kan säga, att hans argumentation utgår från den av honom dikterade rättspolitiska målsättningen, vad man normalt sett skulle beteckna som dess egentliga slutsats, nämligen, att '[h]armonization, coordination, interdependence are absolute needs of our time,' samt att gemenskapens '[t]wenty-one countries [...] each with a distinct legal system, represent an irrational, suicidal division within a modern world which demands larger and larger open areas of personal, cultural, commercial, labor and other exchanges.' De grundläggande behoven och de epistemologiska förutsättningarna läses med andra ord in i frågeställningen, varigenom de bereds karaktär av axiom. Det följer därför, rent logiskt, 'that the Colloquium's topic was never meant to be limited to that particular expression of the "new law of Europe," which is "Community law,"' eftersom denna endast företräder 'but the tip of the iceberg of that newly emerging "common law of Europe" which the reporters were required to analyze.'<sup>641</sup> Givet en dylik axiomatisk hållning, där en epistemologiskt totalitär utgångspunkt bestäms *ex cathedra*, anmäler sig frågan på liknande sätt som i fallet med Zweigert och Kötz lärobok, hur man gör en främmande tradition rättvisa samt vad för slags rättvisa det handlar om.

## I. 'New Perspectives for a Common Law of Europe,' Florens 1978

Storbritanniens tillträde till unionen den 1 januari 1973 resulterade i att en ny aktör infann sig vid europeiska akademiska möten, utifrån en gemensam politisk plattform. Ett sådant akademiskt möte utspelade sig vid det nygrundade Istituto universitario europeo i Florens 1978.<sup>642</sup> Det bevarades till eftervärlden i form av en antologi, som utgör ett sällsynt instruktivt exempel på hur skilda kunskapsyften ej endast genererar skilda kunskapsparadigm, utan även måste generera skilda kunskapsparadigm, så länge skilda kunskapsparadigm tillåts generera skilda kunskapsparadigm. Den inskolade juridiken lämnar till synes så outplånliga intellektuella avtryck, att all tanke på fungerande samtal måste bemötas med starkast tänkbara skepsis. Eller?

Konferensen i Florens 1978 vid det nygrundade institutet gällde ämnet 'New Perspective for a common law of Europe.' Vård var Florensprofessorn Mauro Cappelletti, som tagit tjänst

---

<sup>641</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 1 ff.

<sup>642</sup> Istituto universitario europeo grundades genom en konvention från 1972, som trädde i kraft 1975. Uppdraget gällde att 'foster the advancement of learning in fields which are of particular interest for the development of Europe.' Institutet tog emot sina första forskare 1976. Storbritannien fick genom konventionen sällskap in i IUE, numera mer känt under dess angliserade version, European University Institute (EUI), av Irland och Danmark.

vid institutet, och inbjudna var flera av dåtidens kända komparatister, bland andra Helmut Coing, Gino Gorla, Rodolfo Sacco, René David, J. A. Jolowicz, Ole Lando, Thijmen Koopmans, John Merryman och Otto Kahn-Freund. Mötet sågs som en milstolpe för de jämförande arbeten som hade tilltagit efter kriget, och som nu även intagit det akademiska finrummet, ofta i form av lärostolar och institut vid europeiska och amerikanska universitet. Zweigert och Kötz är några av de komparatister som inte kunde närvara, men som hänvisade till mötet och antydde den betydelse de berörda teman ägde för deras arbete.<sup>643</sup>

Mötet är ett enastående tidsdokument, i synnerhet i ljuset av de senaste årens diskussion och debatt kring Storbritanniens utträde ur unionen. Få är de tillfällen, då skilda paradigmer eller inkommensurabla kunskapsarter möts inom ramen för en och samma frågeställning. Desto angelägnare, därför, att låta läsaren ta del av skriften genom avhandlingens riktade spörsmålsverkan som kontrastmedel. Det torde nämligen kunna göras gällande, att den samlingsvolym som kom av trycket innehåller det kanske tydligaste tvärsnittet på en disciplin, som när det begavs utåt sett gällde, och förmodligen även av samtliga deltagare uppfattades, som relativt enhetlig, men som i sin kunskapsparadigmatiska kluvenhet i dag inte med någon trovärdighet kunde betraktas i något enhetligt ljus. *Rechtsvergleichung*, med vilken *diritto comparato* och *droit comparé*, är intimt förbunden, är inte det samma som *comparative law*.

## II. Biskopskollegiet

I det följande skall redogöras för hur värden, Cappelletti, valde att hantera de inbjudnas skilda bidrag till den skrift som förevigade mötet. Av särskilt intresse är den tydliga, rent av självklara, ekumeniska ansats i form av komparation han bereder ej endast sitt eget bidrag utan projicerar på de övriga, som vore det en axiomatisk utgångspunkt för såväl den disciplin han själv företrädde, *diritto comparato*, som för samtligas komparativa discipliner. Som har antytts i redogörelsen för Zweigert och Kötz samt Zimmermanns *Rechtsvergleichung*, så äger det ett särskilt värde, att sätta fokus på det komparativa arbetets utgångspunkter och tilläggspremissor, för att se hur dess tendens och kunskapsmässiga förvriddningsmoment framträder.

Det som särskiljer Cappellettis konferens, samt dess efterföljande bidrag i form av en inledning till samlingskriften,<sup>644</sup> är hur framför allt Otto Kahn-Freund, i egenskap av representant för engelsk *common law*, offentligt och fullt medvetet marginaliseras, man kunde rent av säga komprometteras, av en värd som bär ansvaret för att vara moderator, men omvandlar detta uppdrag till synes intuitivt till något *de facto* uppfostrande, utifrån en proselytiserande och självextenderande *giuridificazione*<sup>645</sup> av en främmande kunskap.

Kahn-Freund har nu sällskap av ett par kollegor från samma tradition, och även de får se sina bidrag förvridas.

Cappellettis förfarande är anmärkningsvärt, men även betecknande, och i så måtto utomordentligt intressant. Som Rolf Torstendahl påminner forskaren i historia, så kan 'tendensen [i sig] vara mycket intressant,' för när det sagda 'placerats in i ett historiskt sammanhang, och när författarens syften med skriften och hans intressen undersökts, kan själva

<sup>643</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 30.

<sup>644</sup> Cappelletti, 'Introduction', in: New Perspective for a common law of Europe, s. 1-27.

<sup>645</sup> Italienskans *giuridificazione* är det ord som närmast motsvarar svenskans förrättsligande och tyskans *Verrechtlichung*.

tendensen bli ett led i ett historiskt händelseförlopp.<sup>646</sup> Det är så läsaren har att förstå inklusionen av Cappellettis inledning till samlingsbandet i detta kapitel. Eftersom programförklaringen tar formen av en genomgång av det omsorgsfullt strukturerade programmet och de inbjudna talarna, skall denna genomgång följas. I vissa fall sker även en utveckling av de inbjudna gästernas talan. Det måste understrykas, att Cappellettis beteende saknar relevans för härvarande diskussion. Det handlar här om den tendens han presenterar, och som han uppfattade ligga i själva kollokviet.

1. *Mauro Cappelletti*, *diritto comparato*. Cappelletti beskriver syftet med mötet i Florens utifrån frågan, om 'the newly established European University Institute [will] be able to become, albeit on a much smaller scale, the "Bologna University" of the 20<sup>th</sup> century? Will it be able to develop into a transnational center of movements and ideas cutting across existing national frontiers and capable of actively participating in the re-born trend towards a *jus commune* – more generally, toward a new, powerful encounter of cultures and economics, politics and ideologies – of the peoples of Europe?' Tendensen tar redan i denna formulering sikte på ett Europa bortom den europeiska gemenskap, som nyligen välkomnat Storbritannien, och mot 'that newly emerging "common law of Europe" which the reporters were required to analyze.' Det formuleras mer eller mindre axiomatiskt i termer av 'the need to organize Europe beyond "the Little Europe of the Nine"', där just juridik anses 'epitomize the past and present history, the glories and the decays, the hopes and fears, and, above all, the present titanic challenge of Europe.'<sup>647</sup> Bortom detta i praktiken identitetsskapande uppdrag, antyder hänvisningen till Bologna, att det främst handlar om professorns bidrag. Utgångspunkten kan därför sammanfattas som det önskvärda i en rättslig europeisk enhet genom vetenskapens försorg.

Konferensens konkreta utgångspunkt kan sägas ha varit en bristfällig enhet. Det önskvärda i enhet tar sig uttryck i den juridiska mångfaldens 'irrational, suicidal division within a modern world.' Remediet ställs i relation till bristen, varför '[h]armonization, coordination, interdependence' förklaras utgöra 'absolute needs.' Och helt i linje med hävdvunnen ekumenik, postuleras en ursprunglig enhet, 'which, for centuries in past epochs [...] characterized [...] most of [Europe's] peoples.'<sup>648</sup> Men det handlar ej endast om abstrakta värden, som en ursprunglig enhet, utan även om att finna de personer, vars kall det är att verkställa denna enhet. Detta sätter de inbjudna professorerna i fokus, vars lärda gärningar antyds tänkta att bidra konstruktivt till ett förenhetligande av Europa.

2. *Helmut Coing*, *Rechtsgeschichte*. Ett namn som återkommer i denna avhandling, är Helmut Coing, och han var inbjuden att tala i Florens. Hans bidrag, 'Common Law of Europe: Historical Foundations,'<sup>649</sup> ligger i linje med hans ständiga påminnelse om, att 'it was the European lawyer who preceded European law,' vilket Cappelletti tar som en påminnelse om behövligheten av en 'organization of academic training in the field of law at our law schools in Europe, which instead of dividing the lawyers in Europe, tries to further mutual understanding.'

---

<sup>646</sup> *Torstendahl*, *Introduktion till historieforskningen*, s. 97 f.

<sup>647</sup> *Cappelletti*, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 1 ff.

<sup>648</sup> A.a., s. 1 ff.

<sup>649</sup> *Helmut Coing*, 'Common Law of Europe: Historical Foundations,' in: *New Perspective for a common law of Europe. Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Firenze 1978

Och därmed fordras nya läroböcker, utifrån ett 'curriculum where the basic courses present the national law [...] against the background of the principles and institutions which the European nations have in common'.<sup>650</sup>

3. *Rodolfo Sacco*, diritto comparato. Cappelletti satte Coing i samband med Rodolfo Sacco, vars bidrag, 'Droit Commun de l'Europe, et Composantes du Droit',<sup>651</sup> likaledes betonade 'doctrine and legal education [as] the most important unifying factors.' För att denna 'new role of legal scholarship [...] which strives toward unification' skall kunna förverkligas så betonade Cappelletti värdet av att ta strid med 'the merely "positivistic" national teaching of law which still prevails in the national universities' till förmån för exempelvis ett studium utifrån den bekanta parollen 'common cores.' Som Cappelletti sammanfattade diskussionen i anslutning till Saccos föredrag: 'Comparative law, someone also said, is the law of the future: only concrete, precise, thoughtful comparative analysis can delineate the main trends of the law of today, and thus, can reasonably predict the law of tomorrow.'<sup>652</sup>

4. *Gino Gorla*, diritto comparato. Gino Gorlas föredrag, 'La "Communis Opinio Totius Orbis" et la Réception Jurisprudentielle du Droit au cours des XVIe, XVIIe et XVIIIe Siècles dans la "Civil Law" et la "Common Law"',<sup>653</sup> kompletterade Coings och Saccos teser genom att lyfta fram domstolarnas bidrag till ett förenhetligande, vilket Cappelletti tolkade som en intäkt för att 'the "cleavage" of methods, traditions, and institutions between the larger "Civil Law" area of Europe, on the one hand, and the "Common Law" area, on the other, appears in Gorla's analysis to be much less pronounced than many would believe.'<sup>654</sup> Coing har kommenterat i samband med Zweigert och Kötz, varför det här kan vara plats att i stället låta Gino Gorla komma till tals. Hans gärning är instruktiv för avhandlingen, men även mer allmänt intresseväckande. Efter 1978 års konferens lät han och Luigi Mocca publicera ett arbete benämnt 'A 'Revisiting' of the Comparisons between 'Continental Law' and 'English Law',<sup>655</sup> i vilket de lyfter fram och vidareutvecklar densamma tes som nämnts ovan, i varje fall delvis. Det kan därför vara skäl att närmare granska några av de premisser som präglar deras arbete, för att på så vis sätta deras slutsatser i ett bredare ekumeniskt sammanhang.

Gorlas och Mottas artikel kan sägas utgå den ekumeniska metodens kärna, av en presumerad 'emphasis [...] put on the resemblances rather than on the differences [...] between Continental and English legal systems,' ställd i relation till ett ekumeniskt syfte, som 'intends to promote along the same lines further researches aimed at restoring, so to say, the mosaic of the 'European common law', by putting together its dispersed and (regrettably) broken pieces.' Noteras bör det tendentiösa 'regrettably' inom parentes. Kunskapssynen justeras i enlighet, där de tonar ned deras disciplins historievetenskapliga 'purely antiquarian' uppdrag till förmån för något konstruktivt, där 'a better understanding of the historical development of both Cont-

---

<sup>650</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 3 f.

<sup>651</sup> Rodolfo Sacco, 'Droit Commun de l'Europe, et Composantes du Droit,' i Cappelletti (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>652</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 6, 7 f.

<sup>653</sup> Gino Gorla, 'La "Communis Opinio Totius Orbis" et la Réception Jurisprudentielle du Droit au cours des XVIe, XVIIe et XVIIIe Siècles dans la "Civil Law" et la "Common Law",' i Cappelletti (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>654</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 4.

<sup>655</sup> Gino Gorla and Luigi Mocca, 'A 'Revisiting' of the Comparisons between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup> to 19<sup>th</sup> Century),' *The Journal of Legal History*, Vol. 2, No. 2 (1981), s. 143-155.

inental and English laws' skall förenas med 'the progress of comparative law studies,' med fokus fäst på 'common legal principles and rules in the European (Western) legal world.'<sup>656</sup> Det är detta syfte som här benämns ekumeniskt.

De tar följdriktigt avstånd från hävdvunnet engelsk historieskrivning, anpassar språkbruket, justerar rättsbegreppet till förmån för ett 'law in action,' som bereder dem något de benämner 'actual' och 'true aspects of,' och slutligen även möjligheten, att 'discover [...] true, characteristic features,' som bekräftar att hävdvunna men ytliga skillnader på ett djupare plan framträder som mindre accentuerade, allt medan en likhet framträder med motsvarande inre lyskraft. Utifrån en på sådan väg starkt reduktionstisk syn på juridisk metod och identitet, till förmån för bland annat 'true 'protagonists' of the development concerning the 'law in action',' som Charles Dumoulin, Jean Domat och Hugo Grotius, bereds ett antal anmärkningsvärda slutsatser, samtliga av stort ekumeniskt intresse men av tveksamt historievetenskapligt värde. Bland annat påstås den ursprungliga enheten ha brutit ned först mot slutet av 1800-talet, med följd att 'the differences between 'English law' and 'Continental law' became greater and greater,' vilket författarna menar kunna förklaras av de förändringar som följde den kontinentala lagstiftningsvägen, med konsekvens, att kontinentala jurister förlorade kontakt med sina engelska kollegor.<sup>657</sup>

Det måste nu påminnas om, att en historievetenskaplig granskning av Gorlas och Mottas anmärkningsvärda och inte helt invändningsfria slutsatser vore orättvis. De är inga historiker och tar trots allt uttryckligen avstånd från historievetenskapen till förmån för ett konstruktivt syfte. Det vore därför att förfela artikelns egna utgångspunkter, om man sökte att korrigera dem utifrån främmande premisser. De i artikeln presenterade rönen måste ställas i relation till de konsekvenser de får för det ekumeniska arbetets tendens och dess kunskaps förvridning, i detta fall alltså med en oväntad betoning på de kontinentala domarnas bidrag till förlusten av en presumerat ursprunglig enhet.

5. *Jean Limpens*, rechtsvergelijking. Jean Limpens föredrag, 'Les Facteurs Propices à l'Écllosion et au Développement d'un Droit Commun Européen,'<sup>658</sup> påminde Cappelletti, att en dylik omvandling inte handlar om ett återvändande, ej heller om något ensidigt, utan om 'completely new efforts towards reciprocal rapprochement, coordination and harmonisation. Influences can only be reciprocal, not one-sided.' Det framtida arbetet måste därför transcendera Europa, för att föras in i en värld, där murar och gränser framstår som 'absurd and obsolete, both culturally and politically.' För detta fordras åter igen en likhetspresumtion, som utgår från att 'many basic problems [...] are the same, or very similar, in all the countries which have achieved a substantially similar stage of development.'<sup>659</sup>

6. *René David*, droit comparé. Cappelletti fann det nu brådmoget, att tala om 'a "world government"' as the only rational, indeed necessary, answer to the mighty problems of our time,' men klargjorde, att 'the vision of a new unity, or coordination, of the peoples of Europe would be a sound one if it simply implied the transplantation of the ideals of the nation-state

---

<sup>656</sup> A.a., s. 143 och 155.

<sup>657</sup> A.a., s. 143 f., 146, och 153 ff.

<sup>658</sup> *Jean Limpens*, 'Les Facteurs Propices à l'Écllosion et au Développement d'un Droit Commun Européen,' i *Cappelletti* (red.): *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>659</sup> *Cappelletti*, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 5 f.

from fragmented nations into a federation of a number of them.<sup>660</sup> Och i René Davids 'Le Droit Continental, la "Common Law" et les Perspectives d'un "Jus Commune" Européen',<sup>661</sup> fann han stöd för att detta harmoniseringsarbete inte vore så svårt, eller ens nämnvärt omfattande. Som Cappelletti uppfattade Davids ståndpunkt, utgör 'the real differences between the two major legal systems [not] serious obstacles to rapprochement; they are not so much differences in fundamental principles and results as in methods and processes.'<sup>662</sup> Synen på det förenhetligande arbetet som huvudsakligen utgåendes en juridik byggd på regler, där jämkningen av metod inte upplevs som något större bestyr, tar sig därmed kanske dess tydligaste uttryck.

Det måste nu påminnas om, att samtliga komparatister tonar ned 'methods and processes,' ofta genom att helt bortse från dem. Anledningen till detta är förmodligen att hänsyn till dem försvårar ett förenhetligande arbete. Men hos David tar sig detta kanske sitt mest radikala uttryck, genom att uttryckligen relativisera bort dem i relation till 'fundamental principles and results.' Det är i sammanhanget värt att notera vad John Henry Merryman hade att säga om Davids arbete för *International Encyclopedia of Comparative Law*. Han ansåg det [år 1978] vara '[t]he most recent, most comprehensive and best documented discussion, although with an understandable emphasis on unification,' till vilket han bifogade ett betecknande citat: "'The unification of law is principally aimed at unifying the rules governing particular types of legal relationships [...] The question of unification arises essentially because the substantive rules governing these relations vary from country to country.'" Som Merryman understryker, så var Davids studie 'limited throughout to rules of law.' Att David i detta avseende utgjorde norm snarare än undantag undkom inte Merryman: '[i]n this sense it accurately represents the assumptions and attitudes implicit in most discussions of convergence of legal systems and, indeed, in most of the scholarship of comparative law.'<sup>663</sup> Till Merrymans bidrag återkommer diskussionen nedan. Att hans hyllning av David även låter skymta en kritik, och en antydning om en splittrad disciplin, är tydligt.

7. Ole Lando, *komparativ ret*. De två efterföljande föredragen på konferensen gällde följdiriktigt 'Applied Comparative Law,' hållna av J. A. Jolowicz om 'New Perspectives of a Common Law of Europe: Some Practical Aspects and the Case for Applied Comparative Law,'<sup>664</sup> och Ole Lando om 'Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code,'<sup>665</sup> och tjänade på det stora hela att styrka intrycket av en i linje med Davids föredrag regelfokuserad komparation med sikte på ett transnationellt förenhetligande. Vad just Lando beträffar, recenserade han år 1986 Zweigert och Kötz andra upplaga av *Einführung in die Rechtsvergleichung* för den nordiska publiken. Han yttrade i denna recension, att '[e]t retssammenligningens formål er at vurdere, hvilken af flere mulige løsninger på et samfundsproblem, der er den bedste, når en reform overvejes enten for ét land eller som en fælles løsning for flere

---

<sup>660</sup> A.a., s. 5 f.

<sup>661</sup> René David, 'Le Droit Continental, la "Common Law" et les Perspectives d'un "Jus Commune" Européen,' i Cappelletti (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>662</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 8.

<sup>663</sup> Merryman, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law*, s. 196, n. 3 och 223, n. 45.

<sup>664</sup> J. A. Jolowicz, 'New Perspectives of a Common Law of Europe: Some Practical Aspects and the Case for Applied Comparative Law,' i Cappelletti (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>665</sup> Ole Lando, 'Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code,' i Cappelletti (red.): *New Perspective for a common law of Europe*.

lande.' Denna förutsättning menade han innebära, att 'Rettsociologien og retssammenligningen hænger derfor nøje sammen,' med hänvisning till att '[rettsociologien] beskriver de samfundsforhold, der bestemmer rettens oprindelse og udvikling, de forhold, der framkalder retskonflikter og de sociale virkninger, retsreglerne har.'<sup>666</sup> Därmed vore även en disciplin som *Rechtssociologie* eller *rettsociologi* indragen i en presumerad konfessionell premiss. Det skall inte här diskuteras en jurists eventuella avståndstagande från en allmänvetenskaplig sociologi, men det förtjänar att påminna om att Landos syn, likt Zweigert och Kötz, inte är allmän.

### III. Agnostikerna

Så långt gick allt planenligt på Cappellettis konferens. Emellertid fanns även främmande intellekt inbjudna, som inte på samma sätt skolats in i den på det stora hela sett monolitiska tradition av kontinental konstruktivt verkande jämförelse. De tre professorerna Neville Brown, 'General Principles of Law and the English Legal System,'<sup>667</sup> John Merryman, 'On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law,'<sup>668</sup> och Otto Kahn-Freund, 'Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles in Assimilation,'<sup>669</sup> visade sig helt enkelt vara fel typ av professor. Deras bidrag kom följdriktigt att av Cappellettis hand reduceras, jämkas eller rent av rationaliseras bort, utifrån likhetspresumptionens tvingande verkan.

8. *Neville Brown*, comparative law. Browns bidrag saknar större betydelse i sammanhanget och refereras inte här. Det kan dock noteras, att Cappelletti förvrider Browns bidrag i enlighet med det övergripande syftet av att tvinga in främmande fötter i ens egna skor. Han medger att '[i]t is certainly true that the most effective bill of rights is one which is rooted in conscience and tradition, rather than merely written in the books,' men landar ändå i slutsatsen, att det även i England föreligger '[a] widely felt [...] need for a written bill of rights,' samt att ett sådant skriftligt dokument äger såväl praktisk betydelse som en 'no less important, educational, impact.'<sup>670</sup> Detta säger han utan vidare empiriskt belägg för en 'widely felt need'.

9. *John Henry Merryman*, comparative law. Därefter följde Merrymans bidrag, med dess invändning, att konvergens i alltför hög grad kommit att handla om 'rules' på bekostnad av 'legal culture or tradition, structures, actors, and processes.' Ett sådant kompletterande studium, medgav Cappelletti, vore 'the only way to deal with realities, rather than merely toying with words,' om än 'an extremely difficult one.' Likväl relativiserade han bort Merrymans syn på 'divergence' som huvudsakligen 'a phenomenon of "diversity" and "pluralism,"' för att därefter

---

<sup>666</sup> *Ole Lando*, Anm. Konrad Zweigert og Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. omarbejdede utgave, Tübingen 1984, I. Grundlagen XVII + 442 s., II. Institutionen, II + 490 s., Tidskrift for Rettsvitenskap 1986, s. 205.

<sup>667</sup> *L. Neville Brown*, 'General Principles of Law and the English Legal System,' i *Cappelletti* (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>668</sup> *John H. Merryman*, 'On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law,' i *Cappelletti* (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>669</sup> *Otto Kahn-Freund*, 'Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles in Assimilation,' i *Cappelletti* (red.), *New Perspective for a common law of Europe*.

<sup>670</sup> *Cappelletti*, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 10 f.

återfalla i regelpremissen med sitt påpekande, att 'legislation can in fact produce more than mere rules.'<sup>671</sup>

Invändningen mot Merryman, att lagstiftning genererar mer än endast ett regelverk, är emellertid ingen invändning. Det är en förvrängning av Merrymans poäng, och vad läsaren står inför är ett ypperligt exempel på vad som kan ske, när en komparatist som är fostrad i en dogmatisk och konfessionellt betingad konstruktiv premiss söker att bemöta en komparatist som utgår från en ickekonfessionell premiss. Merrymans föredrag, 'On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law,'<sup>672</sup> presenterar en öppen frågeställning, utan något *a priori* uppställt politiskt behov av ett visst svar. Han kunde därmed kosta på sig att förhålla sig deskriptiv och öppen. Det befriar honom inte från den eventuella tendens som ligger i hans amerikanska skolning till *lanyer*, som han i en intervju med Pierre Legrand förklarar vara "'much richer, more demanding, and more realistic'" than in the civil law world,' med studenter som 'have done something besides go to school all their lives, and that makes them interesting and credible students when they arrive here,'<sup>673</sup> men det befriar honom från att tvångsmässigt utgå från den likhetspresumtion som präglade samtliga kontinentaleuropeiska bidrag.

Merrymans ställda fråga innebar således en abrupt avvikelse från hans kontinental-europeiska kollegors. I stället för att presumera en inre likhet och en yttre konvergens, problematiserar han likhet: 'to what extent are legal systems in the two great families of Western law similar? Related to that question is the more dynamic one of change: are the Common Law and the Civil Law becoming more or less like each other? In a word, is there a detectable tendency toward convergence?' Hans slutsats är 'that there are significant tendencies in both directions but that convergence, as I use the term, is the more powerful one.'<sup>674</sup>

Detta sagt, poängen med Merrymans artikel ligger inte i slutsatsen, en i mångt ointressant kvantitativ värdering av något kvalitativt, utan vad han har att säga ur ett metodologiskt perspektiv. Som han klargör sin ingångspremiss, 'the similarity of rules is in most cases an unreliable indicator of the convergence or divergence of legal systems,' av den enkla anledningen, att '[t]he rule ordinarily symbolizes far more than its bare text states.' Han vänder helt enkelt på den idealistiska grundtanke om relationen inre-yttre, vilken hos ekumener nyttjas för att konstruera likhet, till att påvisa en djupare komplexitet och därmed problematisera snarare än reducera kunskap. Med andra ord, 'there is a very important sense in which a focus on rules is superficial and misleading: superficial because rules literally lie on the surface of legal systems whose true dimensions are found elsewhere; misleading because we are led to assume that if rules are made to resemble each other something significant by way of *rapprochement* has been accomplished.' Denna '[r]ule-fixation' menar han vara 'stronger in the culture of the Civil Law than of the Common Law,' med hänvisning till historisk erfarenhet som förklaring, och överfördes 'easily and naturally [...] to 19<sup>th</sup> century Continental comparative law.' Som han sammanfattar saken, 'Comparative law comes late to rule-skepticism,' men för att göra verkligheten en tydligare rättvisa, fordrar han av disciplinen att nu bredda sitt synfält, till förmån för

---

<sup>671</sup> A.a., s. 11 f.

<sup>672</sup> Merryman, On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law, s. 195–233.

<sup>673</sup> Pierre Legrand, 'A Dialogue with John Henry Merryman,' The American Journal of Comparative Law, vol. 47, 1999, s. 11.

<sup>674</sup> Merryman, On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law, s. 196 f.

‘additional components: legal extension, legal penetration, legal culture, legal structures, legal actors, and legal processes.’<sup>675</sup>

Merrymans deskriptiva ansats tillåter honom en analys av de egentliga orsakerna bakom den epistemologiska diskrepans, som kan göra sig gällande mellan komparatister från skilda bakgrunder. ‘Still, it is clear to any observer that the European tradition of thinking of law as a body of rules detached from the culture has had a strong impact on comparative law in the United States, although its influence has been moderated to some extent by contact with more sociologically inclined American ways of thinking about law.’<sup>676</sup> Att dessa skillnader mellan hur den disciplin bemöts, som konferensen utgår från som i vart fall utåt sett enhetlig, även skulle tangera olikheter på ett djupare juridiskt plan, kan alltså ha såväl bidragit till, som ironiskt nog tjäna som förklaring till, den marginalisering av hans bidrag som sker i Cappellettis inledning. Läsaren i dag kan därför med fog ställa sig frågan, i vad mån kontinentalt skolade jurister räds olikhet, som vore det något i sig av ondo. För att citera Merryman: ‘Differences between legal systems have been regarded, at least from the time of Cicero, as evils or inconveniences to be overcome. A Babel of laws seems divisive, confusing, and obstructive, and every age has its advocates for a unified law – a common law of mankind.’ Och räds man olikhet, så kan det alltså även vara så, att man anpassar den komparativa metoden till att eliminera dem: ‘The answers to questions about the convergence of legal systems depend in the first instance on the view taken of the meaning and purpose of such convergence. A brief description of the principal “philosophies of convergence” illustrates the variety of attitudes at work.’<sup>677</sup> Med andra ord, Merryman är sina, om än endast förmenta, kollegors tendens på spåren.

Som man frågar, får man svar. Merryman lyfter fram det historiska argumentets centrala funktion inom ramen för en konstruktiv likhetspresumtion, där nationalstatens framväxt måste konstrueras som en anomali eller diskontinuitet, trots att nationalstatens eliminering av olikhet mycket väl kunde ses som en förebådare av just den harmonisering som Cappelletti ser som på ett principiellt plan axiomatisk. Kunde det helt enkelt vara samma process, *mutatis mutandis*, som innebadde juristen ett kontinuerligt verkande reduktionistiskt ‘secularizing’ inre tvång?, som måste han rena det främmande från dess ‘specific cultural and social relevance and [make them] compatible with a variety of law machines’? Och hur vore då en ytterligare sådan ‘abolishing [of] local jurisdictions and the legal authority of intermediate associations, [making] the law monolithic, insensitive to local and group interests’ att uppfattas? Som Merryman provocerande ställer läsaren inför tanken om att förmås respektera en existerande mångfald: ‘Any movement toward convergence of the Common Law and the Civil Law that would further diminish such sensitivity, that would sacrifice more of the particular to the general, is from this point of view to be avoided rather than welcomed.’<sup>678</sup> Med denna rekommendation framträder Merrymans tendens som en advokatur av regelskepticism, försiktighet och intellektuell fördragsamhet. Detta sagt, det handlar även om ett illa dolt försök till självförsvar, och därmed kommer vi till nästa punkt.

---

<sup>675</sup> Merryman, On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law, s. 222 f. och 230.

<sup>676</sup> Legrand, A Dialogue with John Henry Merryman, s. 9.

<sup>677</sup> Merryman, On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law, s. 195 och 197.

<sup>678</sup> A.a., s. 197–199 och 230 f.

Merrymans diskussion om konvergensfilosofi följs av ett ytterligare perspektiv ‘congenial to civil lawyers’ och det är den evolutionära tanken om att konvergens är en naturlig utveckling där ett ‘less developed system is catching up with the more developed one.’ Även här ställer han läsaren inför den provokativa tanken, att vissa komparatister helt enkelt *a priori* bereder sig ett konstruktivt tolkningsföretade: ‘Such a view is particularly congenial to civil lawyers, since the Civil Law is far older and, in the opinion of many, far more developed than the Common Law. Thus the process of convergence is one in which the Common Law becomes more like the Civil Law.’ Att sedan problematisera utveckling och mognad, med en påminnelse om att det mycket väl kunde förhålla sig omvänt, bidrar inte till artikelns egentliga kärna, kanske även att det befunnes malplacerat, men torde ha väckt till viss eftertanke hos dem, som utgjorde den för dagen avsedda mottagaren för Merrymans illa dolda kritik av Cappelletti och hans kollegor: ‘But who shall do it? who are the Glossators and Commentators of today? On what body of law and literature equivalent to the Corpus Juris Civilis shall they perform their cleansing function?’<sup>679</sup>

Merrymans artikel antyder, som ovan konstateras, en viss advokatur i sin strävan att problematisera vad Cappelletti och hans kollegor har postulerat som något *prima facie* önskvärt: ‘Even if the words are the same and have the same meaning in different systems, what of the rest of it? What sort of legal machinery exists to give effect to these rules? How far will they penetrate into the society? To what extent will the fact that they are “legal” rules limit their extension within a restricted social space? The answers to such questions are far from obvious, vary from one legal system to another, and are clearly relevant to the consideration of convergence.’ Hans röst till försvar för avvikelserna, kommen som den är från en helt annan kontinent, och därmed i vart fall presumerat personligen oberörd av eventuell europeisk konvergens, lyfter fram just de problem som dagens komparatister har så svårt att bemästra, än mindre förlika sig med. Dagens återblick bereder hans röst i öknen från 1978 en närmast profetisk karaktär: ‘English entry into the Common Market was a great event in legal history. But in one important sense it has merely intensified a problem already facing the member nations and community institutions: how to redistribute legal authority to accommodate community objectives while preserving sensitivity to the legal requirements of national and subnational groups and interests. That is a major problem even among nations sharing the Civil Law tradition, and the inclusion of Common Law nations in the communities certainly complicated matters. However, it does not fundamentally alter the situation; the communities are one prominent arena in which a more general process of pluralistic redistribution of legal authority is going in both directions. In this context the problem of convergence is more accurately perceived as a problem of sensitivity, of preserving scope for that which is particular and special.’<sup>680</sup>

Det är mot denna bakgrund, som Cappelletti’s redaktionella kommentarer, ‘not [to] forget [...] that legislation can in fact produce more than mere rules,’ samtidigt som han reducerade

---

<sup>679</sup> A.a., s. 197–199 och 230 f.

<sup>680</sup> A.a., s. 231 f.

‘divergence’ till att betyda ‘a phenomenon of ”diversity” and ”pluralism”,’<sup>681</sup> intar en likaledes, om än till fullo oavsiktlig, profetisk dimension.<sup>682</sup>

#### IV. Avfällingen

Cappellettis programmatiska konferens och samlingsvolym närmar sig därmed en avslutande deltagares bidrag och det är ingen annan än den i kapitlet tidigare omnämnde Otto Kahn-Freund. Han var vid tillfället för konferensen emeriterad professor i Oxford och kunde blicka tillbaka på en lång gärning. Följande diskussionen inleder med hans föredrag, ‘Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation.’<sup>683</sup> Avslutningsvis bereds Cappelletti åter ordet. Med tanke på den betydelse som avhandlingen tillmäter Kahn-Freunds syn på *comparative law*, så hänvisas även till hans programförklarande *inaugural lecture* ‘Comparative Law as an Academic Subject’ i Oxford 1965.<sup>684</sup>

10. *Otto Kahn-Freund, comparative law.* Kahn-Freund utgår i sin installationsföreläsning ‘Comparative Law as an Academic Subject’ från ett syfte som tangerar Merrymans syn på ämnet, och som därmed skiljer sig paradigmiskt från Cappellettis *diritto comparato* samt Zweigert och Kötz och Zimmermanns *Rechtsvergleichung*. Slutsatserna följer i enlighet och måste med viss nödvändighet visa sig inkommensurabla med de övrigas. Synen på disciplinen och dess lärande och forskande uppdrag klargjorde han i denna föreläsning, och det finns därför anledning att ta sin utgångspunkt i denna.

---

<sup>681</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 11 f.

<sup>682</sup> Det förtjänar att hänvisa till Merrymans bok från 1969, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (Stanford 1969, 2nd ed. 1985). Merryman klargör i sitt förord, att boken tar upp “‘prevailing” attitudes.” Anledningen är hans kritiska förhållningssätt, kopplat till en önskan att inte låta en sådan kritisk granskning drabba mer sofistikerade jurister. ‘There is the common run of lawyers,’ fortsätter han, ‘and there is the sophisticated, critical jurist at the growing point of legal thought. Sophisticated jurists always constitute the smaller and less representative group, but even in the most backward nation one can expect to find a few lawyers who will honestly say: “I don’t think that way at all.” In a more advanced civil law nation like France or Germany, the proportion of enlightened and liberated lawyers and the extent to which the legal order has freed itself of the defects of the tradition will be greater. That is another indication of the atypicality of France and Germany. This book, however, is about the way the common run of lawyers in the civil law world generally think, even though the avant-garde of legal thought tells them they are wrong.’ Dessa ‘avant-garde’ och ‘sophisticated, critical jurist[s] at the growing point of legal thought’ nämner han sedan vid namn, när han i samma förord tackar några ‘outstanding comparative lawyers,’ ibland dem Mauro Cappelletti, Konrad Zweigert och Hein Kötz, som samtliga ‘kindly read the manuscript and suggested a number of changes that improved it.’ (s. x.). Redan i första kapitlet träder emellertid en annan Merryman fram, med en kritik, som alltså redan 1969 kommit på plats, och som bekräftas så, får man förmoda, ofrivilligt ett knappt decennium senare vid kollokviet i Florens, av just en av de ‘sophisticated, critical jurist[s],’ Mauro Cappelletti: ‘It should be added that many people believe the civil law to be culturally superior to the common law, which seems to them to be relatively crude and unorganized. The question of superiority is really beside the point. Sophisticated comparative lawyers within both traditions long ago abandoned discussions of relative superiority or inferiority. But it is to the point that many people think that their legal system is superior to ours. That attitude itself has become part of the civil law tradition.’ (s. 3) Orsaken till kritiken kan mycket väl ligga i de problem han erfarit med den i mångt skiljaktiga utgångspunkten för hans arbete. Merryman klargör på föregående sida sin syn på ‘legal tradition,’ som torde redan då ha varit typisk för en *lawyer*, och som återkommer i 1978 års kollokvium: ‘A legal tradition [...] is not a set of rules of law [...] Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective.’ (s. 2).

<sup>683</sup> *Kahn-Freund, Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 137–168.

<sup>684</sup> *Otto Kahn-Freund, ‘Comparative Law as an Academic Subject.’ An inaugural lecture delivered at Oxford on May 12, 1965, Law Quarterly Review, Vol. 82, 1966, s. 40–61.*

Kahn-Freund inleder med att förklara disciplinen utgöra ett slags icke-ämne. Det finns ingen *law* som är *comparative*. Däremot kan ämnet sägas utgöra 'a variety of methods of looking at law,' och även om han erfarit ett växande intresse för ämnet från praktiskt håll, vågar han sig på slutsatsen, att den metod han åsyftar gäller 'especially ... looking at one's own law.' Denna betydelsefulla avgränsning sker emellertid inte i något vakuum, som ägde disciplinen någon universell innebörd, utan hör hemma i en specifik tid och ett specifikt rum. Som han beskriver förutsättningarna, utgår ämnet från 'the gift of freedom,' manar till eftertanke, väcker frågor om 'the full responsibility that [such] freedom entails,' och vars 'choice of subject and the choice of method' därför måste betraktas som 'inevitably conditioned by the past experience of him who makes them.' Denna medvetenhet kan, enligt Kahn-Freund, inte tas för given: 'if, but the "if" is essential, it is raised to the level of consciousness.'<sup>685</sup>

Att denna medvetenhet, detta 'if', inte kan tas för given, antyds ej endast genom Cappellettis inbjudan till så paradigmiskt skilda kunskapsparadigm som Coing och Merryman, som han sedan ägnar ett inledningskapitel åt att förvrida till presumerat enhetlig syfteskonception, i enlighet med Coing *et alii*, utan kunde sägas gälla som något allmänt, som om förevaron av ett ord per viss automatik beredde utövaren tron på sin egen utövnings universaliserbarhet och överförbarhet. Det räcker med att påminna om rektor Fritz Pringsheims förklaring till juridikstudenterna i Freiburg 1966, det vill säga i den samma tid som Kahn-Freund höll sin föreläsning, att *Rechtsvergleichung* var så självklart, att '[r]echtswissenschaftliches Arbeiten ist heute ohne Rechtsvergleichung nicht mehr denkbar.'<sup>686</sup>

*Legal studies* äger emellertid sina egna referensramar, i synnerhet utifrån ledmotivet att ämne och metod är 'inevitably conditioned by the past experience of him who makes them,' där en *lawyers* erfarenheter med viss nödvändighet skiljer honom från juristens. Därmed inte sagt, att vissa aspekter antyder anknytningspunkter, exempelvis känslan av att hamna 'outside the labyrinth of minutiae in which legal thinking so easily loses its way,' med ett synfält som möjliggör en annan utgångspunkt, men även synen på ämnet som en juridisk hjälpdisciplin, där komparatisten kan inta rollen av 'assistant [...] for an investigation enabling the international lawyer to see how far they are truly "comparable" in the sense of the fulfilment of needs and of the performance of international obligations.'<sup>687</sup>

För Kahn-Freund handlar *comparative law* inte om något av dessa mer konstruktivt formulerade syften, utan om något som tydligare anknyter till en allmänvetenskaplig syn på kunskap, nämligen att lära känna sig själv, eller, annorlunda uttryckt, 'the help which comparative studies can give towards a better understanding of English law.' För att tydliggöra ämnets syfte, jämför han de avsedda studierna med att lära sig ett främmande språk: 'A man who knows no language except his own is far less able to appreciate its beauty and to understand its structure than he who can compare it with the languages of other nations. The achievements and the shortcomings of English law can be better seen by those who know something about foreign legal systems,' påpekar han, och menar att en sådan student blir bättre rustad, att förstå

<sup>685</sup> Kahn-Freund, *Comparative law as an academic subject*, s. 40–42 och 59.

<sup>686</sup> Fritz Pringsheim, 'Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie,' i *Studienführer der Universität Freiburg i. Br.* 1966, s. 33, cit. i Hans Thieme, 'Bewahrung und Fortschritt. Zum Studium der Rechtsgeschichte im Rahmen der juristischen Ausbildung,' *Juristenzeitung*, 23. Jahrgang der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Sonderheft zu Fragen der Studienreform, november 1968, s. 26.

<sup>687</sup> Kahn-Freund, *Comparative law as an academic subject*, s. 40 och 59.

de regler som är 'essential for the purposes of the law and what rules are accidental, products of history and tradition.'<sup>688</sup>

Till skillnad från den konstruktiva ansatsens juridiskt extenderande verkan, antyder självinsikt och perspektiv som ledmotiv en öppning mot en internt förankrad externkritisk granskning. I enlighet med tanken om ett studium, 'inevitably conditioned by the past experience of him who makes them,' ställs åter igen fokus på det kritiskt självreflexiva: 'it is often far more important to ask: who is doing it? than: what is being done?', and a comparative analysis of legal techniques may be an important contribution to finding the structure and the *locus* of power in a given society.'<sup>689</sup>

11. *Allmänvetenskaplig kunskapspremiss*. Det skall nu inte göras gällande, att Kahn-Freund medvetet tar ställning för vad som i denna avhandling benämns en ickekonfessionell studiepremiss, men det skall göras gällande, att hans ämne rör sig i liknande tankebanor och kunde utan besvär utgöra en grund för en bredare koncipierad allmänvetenskaplig disciplin. Framför allt ställer han öppet frågan om syfte: 'Institutions and doctrines, statutes and judicial decisions will have to abide this question: what is your purpose, what interests do you protect, and how do the various legal techniques impinge on the effective achievement of those purposes and on the articulation or concealment of those interests?' Det föreligger inga problem att nyttja sig av en funktionell metod.<sup>690</sup> Tvärtom. De ställda frågorna gör den nödvändig, i likhet med analogi och andra vetenskapliga redskap. Det viktiga är att dessa intellektuella processer inte underställs konfessionellt betingade konstruktiva syften.

Att så icke är fallet, antyds av hans allmänvetenskapligt formulerade inbjudan till vad som ofta benämns tvärvetenskap, men som mer ändamålsenligt kunde formuleras i termer av en 'mutual living contact [...] between the representatives of all the social sciences of which that of the law is but one.' Hans personliga erfarenhet av '[r]ubbing shoulders with economists and sociologists, political scientists and social anthropologists' är att det hjälper en *lawyer* att se bortom 'law as a self-contained unit which develops itself out of itself.' Utan denna 'mutual contact' ser han ingen möjlighet, att 'acquire certain opinions on what comparative law could and should do.' Det fordras därför av komparatisten, att inta en 'detached point from which the law appears in perspective, as a product shaped by society whose needs it is destined to serve,' för att 'see the law from without, and not only from within,' och för detta fordras en kunskaps skeptisk utgångspunkt.<sup>691</sup>

12. *Kahn-Freund som konfirmerad Rechtswissenschaftler, konverterad lawyer*. Läsaren skönjer Kahn-Freunds egen resa från *Rechtswissenschaft* till livet som *barrister* och professor i hans anmodan till '[s]cepticism towards the Continental exaltation of the "science of the law" and towards the English exaltation of the "judicial authority"', en 'inclination [that] will be strengthened if – as happens to be my own case – he has actually lived in two or more legal systems and if he has been forced to compare how things work.' Den eftersträlvade inställningen som utgår från vad Kahn-Freund benämner '[t]he traumatic experience of the comparatist,' och som alltså är att förstå som hans egna resa, kan sammanfattas med ordet 'curiosity,' och tar sig två

---

<sup>688</sup> *Kahn-Freund*, *Comparative law as an academic subject*, s. 59 f.

<sup>689</sup> A.a., s. 51.

<sup>690</sup> A.a., s. 45 och 54.

<sup>691</sup> A.a., s. 43 ff.

konkreta uttryck. Det ena är att fokus måste sättas på vad han benämner 'legal technique' snarare än på lagar eller regler. Det andra är en relativisering, en i grund likgiltig inställning till hur det ser ut i främmande land eller epoker. Komparatistens syfte är inte att moralisera utan att orientera, problematisera och få studenten att reflektera. Utifrån en jämförelse av skilda frågeställningar, kan han 'convey to his students a sense that the frontiers of their own law are a product of history, that they have shifted in the past and are likely, with varying social needs, to shift in the future.'<sup>692</sup> Det sagda kunde lika väl ha kommit från Merrymans penna.

Det är mot bakgrund av denna programförklaring, som man har att se Kahn-Freunds bidrag till Cappellettis konferens. Han kommer, likt Merryman, från en i grund väsensskild disciplin, men får acceptera att låta sitt bidrag samlas under ett och samma paraply, som funnes där en enhetlig komparativ juridisk disciplin för samtliga deltagare. Att han bemöts som ett slags *de facto* heretiker torde gälla som förutsägbart, givet hans ingång till ämnet. Han tar inte vägen över de kontinentaleuropeiska deltagarnas konstruktivt betingade likhetspresumtion, utan ställer helt enkelt fel fråga, när han fokuserar på det för den interna självbildens centrala, och utifrån denna söker, att göra *common law* ett slags rättvisa utifrån en *lawyers* egna erfarenheter. Därmed hamnar han följdriktigt i något mer empiriskt konstaterbart, en olikhet, som inte behöver jämkas, utan kan tillåtas att betraktas 'as the outcome of the social and political history and the social and political environment in which they grew and exist.'<sup>693</sup> Att Cappelletti angriper denna ståndpunkt utifrån tanken, att '[m]aintaining such differences, even when they reflect divergences "in political or social organizations or in cultural or social mores," would have more to do with invidious conservation of discrimination than with a sound respect for pluralism,'<sup>694</sup> klargör med all önskvärd tydlighet hur dessa två må benämnas sig komparatister, men tjänar skilda herrar.

13. *Lawyers utgångspunkt: 'legal technique'*. Kahn-Freund tar alltså sikte på 'legal technique' och konstaterar ej endast en olikhet, utan även hinder för en mer egentlig förståelse. Dessa hinder 'to mutual understanding are of a different character, different not only in degree, but in kind.' Med andra ord, det handlar för Kahn-Freund, som för denna avhandling, ej endast om skillnad i kunskapens grad utan även i kunskapens art. Poängen med att sätta fokus på 'legal technique' skönjer man genom exemplet Skottland, vars 'substance of much of its private law belongs to the "civil law" family, but its legal method is much more akin to (though not identical with) that of the English common law.'<sup>695</sup> Rekommendationen följer i enlighet, nämligen att ta kontextualiseringen på större allvar, inte som något som måste jämkas bort i ett konstruktivt ärende, utan betraktas i dess egna ljus. Ernst Rabels,<sup>696</sup> Walter Erbes<sup>697</sup> och Zweigert och Kötz<sup>698</sup> tidigare diskuterade grundvetenskapliga ambitioner, vad man med en modern term kunde benämna 'thick description', sätts därmed i ett väsensskilt annorlunda sammanhang av kunskap för sin egen skull, och följaktligen av mer allmänvetenskaplig karaktär.

---

<sup>692</sup> A.a., s. 45 f. och 55 f.

<sup>693</sup> Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 168.

<sup>694</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 9.

<sup>695</sup> Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 138 f. n. 6.

<sup>696</sup> Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, s. 88 f.

<sup>697</sup> Erbe, *Der Gegenstand der Rechtsvergleichung*, s. 221 ff.

<sup>698</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 36, cit. Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Hueber 1925, s. 3 ff.

När Kahn-Freund därför tar upp 'the perhaps most essential difference [which] lies in the [...] expectation that in Continental countries principles are laid down by legislation and some of the details in judgments, whilst in the common law world the lawyer looks for his principles in the "cases", and the statutes merely fill in details, the "case law" playing the role of the Codes on the Continent,' medger han öppet, att uttalandet 'not only exaggerates and oversimplifies, but is also of diminishing validity.' Det måste likväl betraktas i ljuset av de 'obstacles to European legal understanding,' som inte får jämkas bort medelst ett inre förenhetligande tvång, utan i ljuset av en olikhet, som eventuellt saknar 'prospect for decisive change' och vars 'essential difference between subjective informality and objective anonymity remains and will not easily disappear.'<sup>699</sup>

Kahn-Freund fortsätter på den deskriptivt inslagna banan beträffande '[t]he differences in legislative style,' vilka han menar torde utgöra 'an obstacle which is in one way less, in another, more formidable than that erected by differences in judicial styles.' Det förtjänar att påminna om hur Zweigert och Kötz reagerar skillnader i 'statutory drafting' till karakteriseringen av det engelska som ett slags *Entartete Kunst*, utan att problematisera det hela på ett djupare plan.<sup>700</sup> Kahn-Freunds mer deskriptivt betingade ansats erbjuder därför ett helt annat perspektiv: '[T]his difference in styles reflects differences of interpretation, and the differences in interpretation reflect differences in judicial attitudes towards the purposes and functions of legislation.' Därmed inte sagt, att Kahn-Freund motsätter sig en konvergens, han antyder att en sådan mycket väl kunde vara på gång, men väl att en konvergens måste ses i ljuset av rent faktiska hinder. Som han uttrycker det, '[t]o make an obstacle articulate is the first step towards overcoming it.'<sup>701</sup>

14. *Legal education.* När Kahn-Freund sedan granskar skillnaderna, problematiserar han dem. 'The principal difficulty facing this Colloquium seems to me to find the narrow path which avoids the pitfalls of overestimating and of underestimating the practical importance of this contrast.' Därmed hamnar han i frågor om *legal education*. Det handlar för hans del om dennas starkt kasuistiska karaktär, vars 'thought processes [...] are based on analogical and not on deductive reasoning,' vilket i sin tur bottnar i den praktiska verklighet som en *lawyer* med tiden möter, oavsett om frågan gäller 'is there a case, a precedent?' eller om man hamnar 'in the presence of a statute,' och där undervisning följdriktigt anpassas till att handla om att bli 'brought up to reason that way.' Han utesluter nu inte att ändring kan ske inom juridisk undervisning, en pedagogisk justering som kunde göra kontinental undervisning mer kasuistisk medan starkare fokus kunde sättas på lagtext i engelsk undervisning, men dessa eventuella förändringar måste likväl ställas i relation till den betydelse som undervisning har på unga människor, nämligen att i dem fostra en 'instinctive inclination.'<sup>702</sup>

---

<sup>699</sup> Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 154 f.

<sup>700</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 267.

<sup>701</sup> Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 156 ff.

<sup>702</sup> A.a., s. 151 f. och 153 f.

## V. Kunskapens träd och förbjuden frukt

Diskussionen har nu ankommit den punkt, där vägarna definitivt skils åt. Det handlar om kunskapens syfte, vilket blir en paradigmatisk vattendelare. Frågan läsaren bör ställa sig är, i vad mån det juridiska studiet eller den juridiska forskningen bör tillåta studenten eller forskaren att äta av kunskapens träd eller om frukten är förbjuden.

15. *Kunskapens syfte och skilda vägar.* Kahn-Freund påminner läsaren om, att insikten om undervisningens betydelse var något mer allmänt, genom att citera Zweigert och Kötz kring betydelsen av 'teaching methods and habits of reasoning' utifrån tanken om "*Le style, c'est la loi.*"<sup>703</sup> De framstår därmed som helt ense i det deskriptiva arbetet, om behövligheten av vad som i andra sammanhang benämns 'thick description' som utgångspunkt. Det som skiljer dem åt är synen på hur de bör använda denna kunskap, i egenskap av framarbetad juridisk kontextualisering. Där Kahn-Freund tillåter sig att stanna vid det deskriptiva stadiet,<sup>704</sup> måste Zweigert och Kötz så att säga våldföra sig på sin erhållna 'thick description' genom att förvrída den i tjänst hos ett konstruktivt syfte. Detta syfte förpliktigar dem till förändring, förbättring, kanske rent av förädling. Som de uttrycker saken beträffande undervisning: 'From this it follows that we must *integrate comparative law into the teaching of national law.*'<sup>705</sup>

16. *Sjähvinsiktens kunskapskeptiska och skadebegränsande komparativa syfte.* Givet Kahn-Freunds syn på *Comparative Law* som i första hand ett medel till självreflexion och -kännedom, saknas anledning att beakta något annat konstruktivt syfte än det konstruktiva som kunde ligga i en djupare förståelse av det för studentens övriga studier främmande. Det faller snarare på undervisningen, att verka skadebegränsande, 'a duty to warn and a duty to encourage, a duty to teach students not to be lured by homonyms and not to be afraid of synonyms,' utan att för den skull förneka samstämmighet, 'to recognise a synonym when he sees it and not to be frightened by unfamiliar words which conceal familiar institutions,' och därmed även välkomna funktionella eller analoga perspektiv: 'This warning and this encouragement – how can they be achieved unless the process of comparison is functional throughout? Unless, that is, what is being compared is not that which is formulated and said but that which is being done?' Det handlar om problemformulering. '[I]t is [the student's] task to compare not only answers, but questions and to seek to find out what questions are in one, but not in another society considered as legal questions, and why. If he does that, he can convey to his students a sense that the frontiers of their own law are a product of history, that they have shifted in the past and are likely, with varying social needs, to shift in the future.' Detta fordrar en öppenhet i tid och rum där '[l]egal history shows how variable they are in time, comparative law how variable they are in space.'<sup>706</sup>

Olikheten mellan dessa skilda syften framträder tydligt när Zweigert och Kötz klagör ambitionen, att lägga om undervisningen till något harmoniserat och universellt genom att helt

<sup>703</sup> A.a., s. 154.

<sup>704</sup> Vivian Curran, som har lanserat tanken om 'cultural immersion', starkt påverkad av Kahn-Freund, ger uttryck för just denna syn på *Comparative law*. 'I suggest an approach to comparative analysis which (1) formalizes the émigrés' practice of steeping themselves in target legal cultures; but (2) contrary to the émigrés' practice, allows for findings of irreducible differences among legal cultures. In studying the nature of the comparative act, I also suggest the centrality of comparison to legal analysis in general.', *Curran*, Cultural Immersion, s. 44.

<sup>705</sup> *Zweigert/Kötz*, 1998, s. 23.

<sup>706</sup> *Kahn-Freund*, Comparative law as an academic subject, s. 52–56.

enkelt skriva om “national” textbooks [...] in the light of comparative law, and that in the long run all teachers of law should master the comparative method so as to obtain the necessary information for themselves.<sup>707</sup> Som noterats ovan, finner man Cappelletti, Coing och Sacco samlade bakom denna reformtanke. ‘Consider the point made by the next reporter, Professor Sacco; that the most important unifying factors are the doctrine and legal education; and remember also Professor Coing’s conclusion, mentioned above, that a common law begins with a common training of lawyers, that, indeed, ”European law” must be preceded by a ”European legal education”.’<sup>708</sup> Som Kahn-Freund utvecklar sin talan kring förekomsten av ‘false *déjà vu* [as] one of the greatest sources of error in comparative law,’ ser han det som sin plikt, att, rakt motsatt sina kontinentala kollegors likhetspresumerande föredrag vid Cappellettis konferens, klargöra ‘that *un contrat* is not a contract, that [...] ”domicile” is anything but ”*domicile*,” and to think that a French *tribunal administratif* has more than the name in common with what we here commonly call administrative tribunals is an error which the illuminating writings of Professor Hamson at Cambridge have made unpardonable.’<sup>709</sup>

Dessa exempel handlar tydligt om fördjupad förståelse och självinsikt, och kunde sägas utgöra det kanske tydligaste exemplet på det bruk studenten kan ha av kunskap för dess egen skull. Denna kan sedan ställas i relation till den typ av kunskap, som måste förvidras i enlighet med idealistiska premisser om *a priori* formulerade inre sammanhang, eller utifrån konstruktivt presumerade behov av att jämka innebörder i tjänst hos förnumna politiska imperativ. Man kunde jämföra dessa två och klargöra den motsatta synen på skada som de ger uttryck för. Kahn-Freunds skadebegränsande utgångspunkt tar sikte på att i möjligaste mån överlåta eventuell förvridning och tendens till studentens initiativ. Vad studenten gör med sin kunskap den dag han lämnar universitetet, angår med andra ord inte läraren. Omvänt, ser Zweigert, Kötz, Cappelletti, Coing, Sacco med flera det som sin plikt, att nyttja sin lärostol för att ej endast skriva om läromedel i enlighet med en politisk programförklaring utan därefter även *ex cathedra* styra och rikta studentens självbild, och med den hans lojalitet gentemot en viss juridik, innan det är för sent och studenten lämnar universitetet utan att ha präglats i rätt riktning.

17. *Forskning och undervisning.* Kahn-Freund återkommer med sin skadebegränsande syn på komparativ kunskap till konferensen i Florens 1978, genom att föra över, vad han 1965 formulerade som ett pedagogiskt ledmotiv, till att gälla som forskningspremiss inom ramen för det europeiska samarbetet. Tönen förändras i enlighet. I mötet med studenten, handlar det om ansvaret, att hålla fingrarna borta från en praktiskt nyttoberoende iver att söka påverka, eller rent av störa, studentens politiska tillblivelse. Inför en grupp professorer, vars gemensamma nämnare utgörs av en från katedern utgående reformiver medelst ett tendentiöst kunskapsbruk, blir det skadebegränsande till en illa dold förmaning, att lyssna på dem som reformen berör, snarare än att fatta beslut utifrån idéer koncipierade i det abstrakta.

Kahn-Freund vänder därmed på prioriteringen, genom att låta frågeställningen göras avhängig ‘social necessity,’ allt medan medlet, det vill säga ‘the road to be travelled from the question to the answer,’ tillåts formuleras utifrån ‘juristic doctrines and methods.’ Ett socialt problem är viktigt för dem det berör. Det innebär att frågan, i vad mån ersättning för personlig

<sup>707</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 23 f.

<sup>708</sup> Cappelletti, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 6.

<sup>709</sup> Kahn-Freund, *Comparative law as an academic subject*, s. 52.

skada vore att betrakta 'as "contractual" or "delictual" is [...] important for the legal profession (and for no one else).' Det följer av denna logik, att en väsentlig skillnad inom 'legal method' eller 'technique' mellan länder på kontinenten och England, är av betydelse, för att undvika negativa konsekvenser för den, vars 'legal method' reduceras bort medelst kunskapsförvriden jämkning. Kahn-Freund tar, likt Merryman, sin *lanyer* i försvar och ber de samlade juristerna, att förstå den uppoffring som juristens konvergens innebure för en *lanyer*: 'Membership in the Community forces the English legal profession – very much *contre coeur* – to subject the principle of precedent to an exception not of its own making. This illustrates the point I wish to make: the differences in approach to law making by the Courts need not be a legal obstacle to *rapprochement* in Europe, but it is an obstacle to mutual understanding.'<sup>710</sup>

Den uppkomna situationen, av vad som måste betecknas som en upplevd obalans, eller dissonans, inom ramen för en europeisk konvergens eller harmonisering, föranleder Kahn-Freund att föreslå ett slags behovsprövning. Givet utgångspunkten, att '[t]he selection of areas of law to be harmonised must be dictated by practical requirements and by nothing else,' följer slutsatsen, att '[t]he harmonisation of fundamental principles of private law, of the general principles of the law of contract, tort or property, of family law or of the criminal law does not belong to these requirements.' Anledningen är uppenbar: 'It is not needed for a functioning and successful economic community. It would not even be a requirement for a political community, not even for a very close federation.'<sup>711</sup>

För att understryka denna principiella utgångspunkt, påminner Kahn-Freund om förhållandet England-Skottland och hur absurd antydning vore, 'that they have been either aggravated or alleviated by the separate existence of a Scottish and an English law of contract, tort (delict) and property, criminal law, court organisation and procedure, or even [...] family law.' Besvarandet av denna på egen väg ställda retoriska fråga bereder Kahn-Freund slutsatsen, att harmoniseringen av hela rättssystem eller ens -områden, är, 'from the point of view of the political, economic and cultural future of Europe, a work of supererogation, and, moreover, the work perhaps more of a Sisyphus than of a Hercules.'<sup>712</sup>

18. *A conflict of basic attitudes*. Kahn-Freund upplevde att han i Florens stod inför 'a conflict of basic attitudes.' Och även om dessa 'attitude conflicts' tar sig mer konkreta uttryck i form av exempelvis en engelsk rättsprocess, som kan 'look as different from a French or German trial [...] as if it took place on another planet,' eller mer diffusa, som vore 'legal method [...] embedded in the social *mores*,' berör de även en tydlig politisk dimension. En pragmatisk hållning fattar inte beslut utifrån abstrakta idéer eller dogmatiska tvångstankar, utan utifrån mer verklighetsnära och vardagligt konkreta behov. När Kahn-Freund bemöter spørsmålet hur mycket förändring som är möjlig, betonar han följdriktigt, att det är enklare 'to get agreement on action than on principles or conviction.' Doktrin låser juristen, 'as he may cling to the religious beliefs he learned at his mother's knees.' '[P]ractical details,' däremot, förblir 'negotiable.' Och sätts fokus på 'the practical details,' kan 'the diverse doctrinal foundations [...] look after themselves.' Rekommendationen är otvetydig: 'The line between what is to be and

---

<sup>710</sup> Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 148–151.

<sup>711</sup> A.a., s. 141.

<sup>712</sup> A.a., s. 142.

what can usefully be unified must – I make no apology for repeating it – be drawn pragmatically and flexibly, not dogmatically or rigidly.<sup>713</sup>

Det är värt att påminna om hur Kahn-Freund, likt ekumeniskt verksamma komparatister, nyttjar historisk erfarenhet för att ge stöd åt sin argumentation, men hur han, olik ekumeniskt verksamma komparatister, lyfter fram de skillnader som vuxit fram historiskt, och som därför enligt honom påkallar den försiktighet som präglar hans allmänna hållning. Han illustrerar detta med en historisk utveckling kring det publika och det privata, utifrån ett språkligt påpekande: "Separation of powers" and "séparation des pouvoirs" are – needless to say – very different things. The political history of England or of the United States shows the need for protecting the judiciary against the executive; French political history shows the need for protecting the executive against the judiciary.' Dessa skillnader menar han även botten i något djupare folkligt och medborgerligt. Därutöver föreligger även skilda synen på staten, exempelvis 'the presence in all Continental countries and the absence in the common law world of the notion that the government has the inherent power to govern, the administration the inherent power to administer, in short, that institution of *puissance publique* which the common law has rejected for almost 300 years,' och i denna diskrepans framträder enligt hans mening 'the most real difference between the common law and the civil law approaches.'<sup>714</sup>

19. *Försiktighet inför förståelsen av det främmande.* De eventuella slutsatser som kan dras av denna historiektion, saknar för härvarande sammanhang relevans. Kahn-Freund lyfter fram en 'fundamental' 'difference [that is] rooted in political history,' och som han menar rent faktiskt kunde överbryggas, givet det önskvärda i ett *rapprochement*. Poängen är emellertid inte det möjliga i sig, utan den detta arbete föregående djupare förståelsen av det främmande. Detsamma gäller frågan, i vad mån hans strävan att bedriva deskriptiv historieskrivning utan konstruktiv ingrediens lyckas honom. Det kunde göras gällande att han, likt Merryman tendentiöst överdriver skillnaderna i syfte att motverka konvergens. Man kan tycka, att han även överdriver skillnaden mellan *Rechtsstaat* och *rule of law*, i relation till det administrativa, när han lyfter sådana aspekter som 'overtone of the word "court" as contrasted with "tribunal" to get the "feel" of this mystique.' Men det får inte förta den mer centrala lärdomen beträffande själva strävan efter en rent deskriptiv, och i så måtto politiskt neutral, historiektion, i tjänst hos en mer allmänvetenskaplig tankegång om att söka en 'mutual understanding.'<sup>715</sup> Det är en sak att inte lyckas, en annan att ej ens försöka.

Rekommendationen följer i enlighet med hans historiektion: 'No amount of planned or unplanned "harmonisation" can expunge the traces of political and social, as distinct from purely legal, history.' Konsekvensen av att problematisera ej endast juridiska skillnader, utan även av att sätta juridik i ett större allmänhistoriskt sammanhang, för dem, som, likt Cappelletti, bemöter förenhetligande utifrån det inre tvång som ligger i en, utifrån ett konstruktivt syfte, *a priori* postulerad likhetspresumtion, måste ha varit djupt nedslående: 'No amount of European supranational legislation can remove the fact that "Europe" is only at the very first beginning of the road to unity in more than a formal sense.'<sup>716</sup>

---

<sup>713</sup> A.a., s. 145 ff.

<sup>714</sup> A.a., s. 158 ff.

<sup>715</sup> A.a., s. 160 ff.

<sup>716</sup> A.a., s. 163 f.

## VI. Avfallet

Det måste hållas i åtanke, hur nära den kyrkliga ekumeniken Zweigert och Kötz ligger, allt medan Kahn-Freund knappast ens kunde figurera i ett ekumeniskt sammanhang, av den enkla anledningen, att kyrklig enhet saknar reellt praktiskt värde. Zweigert och Kötz företräder ett behov som tar sig mer metafysiska uttryck, som utgjorde enhet ett politiskt, närmast religiöst, imperativ, och det är just den relativa frånvaro av metafysik och teleologiskt *a priori* styrd juridisk forskning, som präglar Kahn-Freunds utgångspunkt. Som föreslås i det följande, torde denna inställning kunna tillskrivas hans beslut att bli *barrister*.

20. *Skilda kunskapsparadigm*. Det förtjänar att åter fästa blicken på det allmänvetenskapliga bildningsideal Kahn-Freund uppställer som ledmotiv för *Comparative law* i sin installationsföreläsning, och som tar sig uttryck i värderingen av studentens fördjupade självinsikt. Det gäller att hjälpa studenten, att 'jump over the little walls which have been built everywhere,' för att på den vägen underlätta förståelsen av den juridik han har, 'to teach and to write about.' En sådan målsättning är endast begriplig om den sker mot bakgrund av en juridik som är mottaglig för en sådan prioritering. Det är detta som fattas Zweigert och Kötz, Cappelletti och Zimmermann, skolade som de är 'in a tradition of law as a system.'

Kahn-Freund är en av ytterst få med en direkt personlig erfarenhet av två så oförläpna kunskapsparadigm. Det var 'law as a system' som präglade Kahn-Freund, innan han flyttade till England och blev *barrister*. Detta skedde i tillräckligt unga år för att den avprogrammering som fordrades alls var möjlig. Han menar att skillnaden rör sig på ett fundamentalt plan: 'In [the English] intensely unacademic atmosphere man-made classifications are likely to be seen as what they are: intellectual tools to be used and, if necessary, to be cast aside.' En sådan inställning benämner han 'a spirit of sober conceptual nominalism.' Den lärde honom att förhålla sig skeptisk till de "essences" or "realities" "inherent" in the law,' som var en självklar del av det *rechtswissenschaftliche* 'system' han fick med sig från Tyskland.<sup>717</sup>

Det går inte att missta sig om Kahn-Freunds lojalitet. Den ligger med den *common law* han verkar inom samt den *comparative law* han har att företräda. Men det som är en fördel i det egna kan visa sig utgöra ett oöverstigligt hinder vid mötet med det främmande. Det må alltså vara 'the good fortune of English law students that they need not (and I hope never will) bother their heads about such absurdities as "essence" (*das Wesen*) or the difference between public and private law,' men denna 'good fortune' bereder dem även en djupt skeptisk inställning till den Cappelletti som knappt förmår att leva utan 'such absurdities,' Gorlas 'regrets' icke att förglömma.<sup>718</sup>

Frågan måste ställas i vad mån skilda paradigm kan mötas. Om det stämmer, att '[English] academic lawyers are all too easily seduced by the lure of law as a *jeu d'artifice* or as a *jeu d'esprit*, a box full of highly intellectual games played in an artificial vacuum so as to sharpen everybody's

<sup>717</sup> Kahn-Freund, *Comparative law as an academic subject*, s. 54.

<sup>718</sup> 'The foregoing general account of these resemblances and common features, while purporting to delineate the proper historical perspective from which to look at the comparison between Continental and English laws, also intends to promote along the same lines further researches aimed at restoring, so to say, the mosaic of the 'European common law', by putting together its dispersed and (regrettably) broken pieces,' Gino Gorla and Luigi Mocca, 'A 'Revisiting' of the Comparisons between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup> to 19<sup>th</sup> Century),' *The Journal of Legal History*, Vol. 2, No. 2 (1981), s. 155.

wits without being too much troubled by the realities behind it,<sup>719</sup> måste frågan ställas hur man löser de problem som uppstår, när denna 'nominalism' har att möta det 'teleological element' eller de "essences" or "realities" "inherent" in the law,' som tarvar 'the realities behind it' för att alls bottna. Kan *lanyern* på ett djupare plan verkligen förstå juristen? Och omvänt, juristen *lanyern*? På vilket plan, om alls, förmår Cappelletti och hans kollegor att möta Kahn-Freund och hans *lanyers*?

21. *Inkvisitorn*. Det är en sak att deskriptivt sammanfatta ett annat paradigms problematisering av 'methodological differences' och 'social, political and economic exigencies',<sup>720</sup> en annan att låta det stå oemotsagt. Det förmådde inte Cappelletti. Utifrån den illa dolda anklagelsen mot Kahn-Freund, att hans råd att hasta långsamt 'would have more to do with invidious conservation of discrimination than with a sound respect for pluralism,' följde en anmärkningsvärd likhetspresumerande korrigerande av hans till synes av Cappelletti upplevt starkt förfelade bidrag: 'It is a matter of fact [...] but it is also true that [...]', 'the difference [...] is indeed an important one [...] It is however [...]' Till detta kom en programförklaring som till fullo tangerar Zweigert och Kötz och Zimmermanns *rechtsökumenische* visioner: 'Not unreasonably, however, some participants questioned the wisdom of this warning. Has Europe time enough to "go slowly"? Is Kahn-Freund's warning inspired by an excess of prudence? Also, even though it is certainly true that no real change in the law ever occurs without economic, social and other exigencies demanding such change: a change in the law, while caused by societal needs, can in its turn cause transformations in the structures, approaches, and aspirations of society. Even "national characters" can and do change; and the law can assume an active role in such change. If this is true, then the need for a dynamically unifying law, rather than a law which, by passively accepting differences, petrifies them, emerges in bold relief. This is especially important when the differences in the law do not reflect valuable local, regional, or national characteristics, but rather the delay of certain parts of Europe in modernizing, i.e., in adapting their law to the needs of our time – a problem which is particularly acute not so much vis-à-vis the "gulf" between Common Law and Civil Law, but rather with respect to the more dangerous gulf between developed and less developed areas of Europe. Maintaining such differences, even when they reflect divergences "in political or social organizations or in cultural or social mores," would have more to do with invidious conservation of discrimination than with a sound respect for pluralism.'<sup>721</sup>

Tilltaget är enastående och kan knappast förklaras på annat sätt, än att Cappellettis juridisk-psykiska hälsa fordrade vad som i vanliga fall vore att se som ett flagrant övergrepp i rollen som värd och moderator. Hans agerande är rent episkopalt och antyder ett värnande av rätta läran och dess etablerade apostoliska succession. Detta sagt, artikeln kan även ses som hans egna bidrag, och därmed står det honom fritt, att, oaktat rollen av värd med respekt för samtliga inbjudna, ingå ett vetenskapligt samtal. Om så, hade det förmodligen verkat mer övertygande om han undvikit att tala å konferensens vägnar till förmån för sin egen, men det får lämnas därhän. Läsaren bereds en i mångt enastående skrift, vars presumerade självklarhet måste sättas

---

<sup>719</sup> *Kahn-Freund*, *Comparative law as an academic subject*, s. 44.

<sup>720</sup> *Cappelletti*, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 8.

<sup>721</sup> A.a., s. 9.

i förhållande till den europeiska union, vars interna stridigheter ger vatten på Merrymans och Kahn-Freunds kvarnar.

Frågan måste ställas, vari det egentliga hotet ligger i Kahn-Freunds, och Merrymans, kunskap. Det handlar i vart fall inte om en bristande respekt för det främmande. Tvärtom, Kahn-Freund lyfter fram det starkt relativiserande inslaget av hans undervisning, vilket förstås även kunde verka usurperande. Men ansvaret för kunskapen, och med den, självinsikten, faller på studenten, vars självinsikt må leda honom på en oväntad färd. Detta är en främmande tankegång för en konstruktiv ansats som utgår *ex cathedra* och som sker inom ramen för en idealistiskt präglad undervisning som en frihet 'till' snarare än frihet 'från'.

22. *Villolärares försvar av en frihet från*. Läsaren kan förlåtas intrycket av en Kahn-Freund, som likt en botfärdig far, desperat önskar förmedla den frihet 'från' som han nekades av en sträng och förmanande *Rechtswissenschaft*, med dess förslutna recitativ och förbjudande frihet. Ödmjukhet görs därmed till honnörsord: 'A student who compares comparable foreign legal systems with the one he is learning and will one day have to operate [...] will learn to be humble. He will also learn to be proud.' Men bortom detta skymtar en djupare relativisering, där studenten 'may begin to wonder whether', 'will see that', 'may reflect upon', 'may begin to suspect that', 'may begin to see', 'may feel that' samt 'will learn that'. I detta öppna intellektuella landskap finner studenten ett sammanhang, som Kahn-Freund hoppades kunde föra honom bortom såväl praktik som övrig teori till insikten, 'that law is neither a professional tool nor an academic toy, and that it has higher purposes than the convenience of the legal profession or the training of the minds of students.' Slutkadensen är signifikativ: 'This he will learn by studying the social purposes of the law, and to this study I feel comparative law can make a contribution.'<sup>722</sup>

23. *Kyrkans lära om en frihet till*. Det är värt att påminna om Zweigert och Kötz vision, med ett ämnet som bidrar till att 'facilitate the mutual comprehension of jurists of different nationalities and allay the misunderstandings which come from the prejudices, and diverse vocabularies of the different systems.' Men denna likaledes fördomsfritt strävande vision måste sättas i relation till den i god idealistisk anda sannare eller verkligare juridik som hör deras konstruktiva vision till. Därmed vore vi åter tanken om friheten 'till', och denna står inte att finna i studentens egna ansvar utan i den lärda juridikens 'universal legal science [with] a structure and all the conceptual apparatus for ordering, organizing, and transmitting its material,' och som är resultatet av 'a truly international comparative law which could form the basis for a universal legal science.'<sup>723</sup> Zweigert och Kötz känner ett episkopalt ansvar för studentens rätta tanke. De kan därför inte släppa den fri, förrän det rätta slagit erforderlig rot, för att inte låta sig usurperas. Det är de, och inte studenten, som skall bereda den framtid som deras studenter, och framför allt lärjungar, sedan har att förvalta. Allt i god apostolisk lärosuccession.

Cappelletti stämmer in i denna ekumeniska vision, när han sammanfattar minnet av sitt kollokvium som 'one of many threads, all leading toward the design of a new law, indeed of a new profile, of Europe. The end result might still be uncertain and vague, but all those threads converge to delineate what might one day appear as the most profound transformation, indeed

<sup>722</sup> Kahn-Freund, *Comparative law as an academic subject*, s. 60 f.

<sup>723</sup> Zweigert/Kötz, 1998, s. 46.

the most significant revolution, in the long history of legal, and not only legal, civilization in Europe.’ Och utifrån denna grund, följer en syn på studenten i enlighet. Det föll på de unga närvarande forskare, att ta ‘the special responsibility of comparative scholars to search the profound connections and trends which move the reality of today to become the reality of tomorrow. Our own search has given concreteness to the hope for a new unity of Europe.’<sup>724</sup> En sådan vision äger endast ett yttre släktskap med Kahn-Freunds mycket mer begränsade uppmaning till studenterna: ‘In comparative law it is the destiny of boundary stones to be kicked aside.’<sup>725</sup>

## VII. *Anathema sit*

När skilda paradigmer krockar, resulterar det i konflikt. På en nivå handlar detta om politik. Merryman och Kahn-Freund insåg redan år 1978, att Storbritanniens inträde i unionen mycket väl kunde bereda problem inför nödvändig konvergens, som riskerade att ‘sacrifice more of the particular to the general,’<sup>726</sup> samt tvinga ‘the English legal profession – very much *contre coeur* – to subject the principle of precedent to an exception not of its own making.’ Än svårare kunde det sägas ha visat sig, att komma överens kring den grad av behövlig konvergens, där ‘[t]he line between what is to be and what can usefully be unified must [...] be drawn pragmatically and flexibly, not dogmatically or rigidly.’<sup>727</sup> Den dogmatisk-konstruktiva ansatsen antyder en evolutionär syn på unionen, som är ‘particularly congenial to civil lawyers,’ med deras strävan efter en ‘process of convergence [...] in which the Common Law becomes more like the Civil Law.’<sup>728</sup> Detta var 1978. Hur har det gått?

24. *‘Anschluss’ eller ‘increasing harmonization’*. En som några decennier senare återbesökte detta tema är Tony Weir, *Reader i Comparative law* vid Trinity College i Cambridge. Hans sammanfattning är betecknande för en negativ inställning till den konvergens som skett, men framför allt den konvergens eller harmonisering som alltjämt stundade, och som han menade ligga implicit i själva unionens verklighet. Weir delade därmed i stort Merrymans och Kahn-Freunds skeptiska inställning till såväl konvergens som till kontinentala juristers förståelse för engelsk *common law*. Som han uttryckte det 2003, så ‘[is] English law [...] about to be blown into a historical footnote,’ vilket följer logiskt av att europeiska domstolar ‘[are] peopled by those who neither understand nor care to admire a legal system less Romanesque (though as widespread) than their own.’ Det ord han valde för att beskriva den konvergens som ett medlemskap i unionen innebar för hans egen *common law* var ‘Anschluss’: ‘No compromise is possible between the law now emanating from the continent and the law of the island; it is a take-over or *Anschluss*, and it is pointless to refer to the doctrine of subsidiarity or the fact that Member States are permitted (and required) to transpose Community Directives into their own law as it is to refer to the “margin of appreciation” which the Strasbourg Court of Human Rights grudgingly permits to signatories of the European Convention on Human Rights and

---

<sup>724</sup> *Cappelletti*, *New Perspective for a common law of Europe*, s. 26 f.

<sup>725</sup> *Kahn-Freund*, *Comparative law as an academic subject*, s. 55.

<sup>726</sup> *Merryman*, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law*, s. 199.

<sup>727</sup> *Kahn-Freund*, *Common Law and Civil Law – Imaginary and real obstacles to assimilation*, s. 147 och 151.

<sup>728</sup> *Merryman*, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil law and the Common Law*, s. 199.

Fundamental Freedoms, which is the other limb of the double-whammy from which the English common law is reeling.<sup>729</sup>

Det förtjänar att påminna om Weir's Cambridgekollega, David Ibbetson och hans resignerade syn på harmonisering. Enligt Ibbetson sker det 'an increasing harmonization of European private law,' och detta manar honom och hans kollegor till eftertanke, för '[i]f Europe is not to begin at Calais, English legal historians have to speak the same language as their continental counterparts or allow it to be assumed by default that the development of English law was not significantly different from the pre-codification development of continental legal systems, that the Common law was part of the European *ius commune*.'<sup>730</sup> Ibbetson sammanfattar vad detta kapitel har sökt att klargöra, nämligen hur kontinentens jurister med historiska och komparativa argument verkställer sina konstruktiva arbeten med förvriden kunskap och utan större hänsyn till det säregna inom *common law*. Skillnaden Weir och Ibbetson emellan framträder i så måtto mindre i analysen, där de alltså framträder som relativt ense, och mer i värderingen, som skillnaden mellan ett halvtomt och halvfullt glas. Weirs 'Anschluss' motsvaras av Ibbetsons mer likgiltigt konstaterade 'increasing harmonization', allt medan ironin i skrivande stund författar historien.

## VIII. Slutord

Avhandlingen är nu inte intresserad av endera glaset. Frågan om någots överlevnad föranleder inget tyckande. Det handlar 'om att använda [den tendentiösa] skriften för att dra slutsatsen ur den – inte att acceptera dess historiska påståenden.'<sup>731</sup> Forskaren har att studera dessa aktörer i sitt sammanhang, som här går under namn av rättsekumenik, för att se vad för konsekvenser ett sådant arbete får för den historiska kunskapen.

Det som framträder är så skilda kunskapsarter, att frågan måste ställas, i vad mån där finnes ett intellektuellt rum, med Merryman och Kahn-Freund på ena och Cappelletti, Zimmermann, Zweigert och Kötz på andra sidan, kan arbeta utifrån jämkade utgångspunkter? Svaret på denna fråga är nej. Det går att mötas kring en analys av vad som sker, likt Ibbetson och Weir, men det är svårare att jämkna premisser som tar sikte på något väsensskilt. Skiljelinjen dessa akademiker emellan står alltså inte att finna i den egentliga materien, utan i den nytta, kunskapsart och de frågor som skall ställas materialet, utifrån en metod som bereder de slutsatser som på det mer initiala stadiet förutsatts. De har namnet gemensamt, men bedriver skilda vetenskaper och skapar följdriktigt skilda kunskapsarter. Som tidigare konstaterats, *Rechtsvergleichung* är inte *comparative law*. Är det ett problem? Om så, för vem?

---

<sup>729</sup> Tony Weir, 'ALL or Nothing?', Tulane Law Review Vol. 78 (2003–2004), s. 512 f.

<sup>730</sup> D. J. Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford 1999, s. vf.

<sup>731</sup> Torstendahl, Introduktion till historieforskningen, s. 97 f.

## Efterord

‘Vem har låtit dig förstå att du är naken?’ (Gud, 3761 f Kr)

Det är dags för mig att göra bokslut. Jag avser inte att upprepa vad som sagts i avhandlingen. Texten får tala för sig själv. Däremot önskar jag lämna ett destillat av mötet mellan juridik och historia. Jag gör det för egen del, som en rättshistoriografisk rannsakan, men det kan även verka klagörande för den läsare, som önskat sig slutsatsen på plats inför den i viss mån kanske ovana läsningen.

1. *Metod.* Juridisk metod kan sägas bestå i, att juristen kritiskt tar sig an ett juridiskt källmaterial, för att besvara ett rättsligt spørsmål, följer detta så långt så långt källmaterialet medger det samt därefter ställer sig frågan, hur han har att förhålla sig till tystnaden. Idealistisk metod kan sägas bestå i, att idealisten kritiskt tar sig an ett källmaterial, för att besvara ett spørsmål, följer detta så långt källmaterialet medger det samt därefter ställer sig frågan, hur han har att förhålla sig till tystnaden. Historisk metod kan sägas bestå i, att historikern kritiskt tar sig an ett historiskt källmaterial, för att besvara ett historiskt spørsmål, följer detta så långt källmaterialet medger det samt därefter ställer sig frågan, hur han har att förhålla sig till tystnaden.

Så långt kan juristen, idealisten och historikern sägas följa varann. Därefter skils deras vägar åt.

När historikern står inför tystanden, står han inför ett val. När idealisten står inför tystnaden, står han inför ett ansvar. När juristen står inför tystnaden, står han inför ett tvång. Juristen har att respektera tvånget, idealisten att bemästra ansvaret och historikern att beakta sitt val. Hur de förhåller sig till dessa skilda öden, klagör deras respektive kunskapssyner, källkritiker och metoder. Det låter sig även sägas, att kunskapssyner, källkritiken och metoden följer av det förutbestämda ödet. Ödet följer inte av kunskapen, kritiken eller metoden.

Juristen lär sig, att när källorna tystnar, tar juristen vid. Juristen måste tolka och fylla ut, ofta genom att jämföra, likhetspresumera och harmonisera. Juristen talar till dess frågan är besvarad för att undvika *déni de justice*. Dom skall avkunnas och rättskraftigt verkställas med hjälp av våldsmonopolet. Juristens metod kan inte betraktas självständigt. Den står på ofri grund och bottnar i kraven på en statsbärande, samhällsbevarande rättssäkerhet. Rätten är inte till för juristen. Juristen är till för rätten.

Dessa hänsyn följer inte av metoden. Metoden följer av dessa hänsyn. Juristens utgångspunkt är därmed betingad. Avhandlingen inleder därför med att klargöra den juridiska kunskapens utgångspunkter och betingelser för att därefter ta upp den mer konkreta metoden. Eftersom avhandlingen avser att problematisera juristen i egenskap av humanist, inte humanisten, är det juristens utgångspunkter snarare än humanistens, som dikterar texten.

Med juristen som utgångspunkt, vad sker med en historisk och antropologisk kunskap, som följer av ett intellekt skolat i, och format av, en internpraktisk juridisk betingelse? Att när det historiska eller antropologiska källmaterialet tystnar, författaren har lärt sig att alltid ta vid? Att nödgas tolka och fylla ut, ofta genom att jämföra, likhetspresumera och harmonisera? Att ha lärt sig att tala, till dess frågan är besvarad, för att undvika *déni de justice*? Att kunskap skall avkunnas och rättskraftigt verkställas, som skymtade våldsmonopolets verkställighet i

bakgrunden? Att metoden inte kan betraktas självständigt, utan att den står på ofri grund och bottnar i kraven på en statsbärande, samhällsbevarande rättssäkerhet? En sådan humanistisk kunskap är förvriden och är inte till för humanisten. Humanisten är till för den förvridna kunskapen.

Tanken måste tänkas, i vad mån man i en sådan humanists epistemologiska verklighet, skönjer den idealist, som bär ansvaret att på ofri grund förstå, justera och fostra sin tid. En sådan idealist undervisade en gång juristen *in spe* i språk, filosofi och historia, för att karaktärsdanande fostra juristen vid den lägre filosofiska fakulteten, inför det statsbärande allvar som väntade vid den högre juridiska fakultetens fackstudier. När idealisten 1904 definitivt frikopplades från detta undervisningsansvar, genom att lämnas ensam och övergiven vid sin filosofiska hemvist, förlorade idealisten ett *raison d'être*, han sedan aldrig återfått. Med tiden blev därför idealisten modern och kallas i dag endast för humanist, utan tyngande ansvar att förstå, justera och fostra sin tid. Därmed kvarstår endast ett ansvar gentemot tystnaden, att förstå.

En idealist förblev vid sin hävdvunna läst, skyddad av sin högre fakultet. Rättshistorikern.

Rättshistorikern är den juridiska fakultetens humanistiska idealist, vars kunskap åsyftar juristens andliga fostran. Rättshistorikern har att, inom ramen för en juridisk kunskap på ofri grund, förstå, justera och fostra sin tid. Men vad sker när en sådan bunden undervisning upphör och en fri forskning anmäler sig? Vad sker med rättshistorikerns vetenskapssyn, källkritik och metod, när han ställs inför ett källmaterial på fri grund? Annorlunda formulerat, vad bör ske?

Det är detta möte mellan skilda gravitationsfält som animerar författaren och som författat avhandlingen.

2. *Källmaterial*. Internpraktisk juridisk metod kan sägas bestå i, att juristen, utifrån ett jurisdiktionellt avgränsat rättsbegrepp, kritiskt tar sig an juridiskt källmaterial, för att besvara ett rättsligt spørsmål, följer detta så långt källmaterialet medger det samt därefter ställer sig frågan, hur han har att förhålla sig till tystnaden. Internpraktisk rättskomparativ metod kan sägas bestå i, att juristen, utifrån ett jurisdiktionellt upplöst rättsbegrepp, tar sig an ett utvidgat juridiskt källmaterial, för att besvara ett visionärt spørsmål, följer detta så långt källmaterialet medger det samt därefter ställer sig frågan, hur han har att förhålla sig till tystnaden.

Den internpraktiske rättskomparatisten formulerar sin vision, på sätt andra konstruktivt verkande jurister formulerar sin vision. Man följer exempelvis historiska, filosofiska, sociologiska, genusbaserade, klimatbeaktande, etnologiska eller antropologiska hänsyn. Källmaterialets utvidgning följer den uppställda visionen. Tolkningen sker därefter visionskonformt, på sätt en internpraktiskt verksam jurist lärt sig att, utifrån ett jurisdiktionellt avgränsat rättsbegrepp, tolka fördragskonformt. Juridik förblir juridik, men den särskilda juridik som skapas är en annan. Det är i detta faktum, som visionens kärna ligger, att bidra till fostrandet av en annan juridik och en annan jurist. *Mutatis mutandis*.

3. *Självkritik*. Internpraktisk juridisk metod och internpraktisk rättskomparativ metod skiljer sig med andra ord åt, givet sina skilda syften. När en metod förs in i ett för metoden främmande sammanhang uppstår en dissonans. Dissonansen må vara avsedd och därmed helt korrekt, men dissonansen förblir alltjämt dissonans. Detta internjuridiska spørsmål påminner om den interdisciplinära dissonans som uppstår, när en juridisk metod används för att skriva historia.

Avhandlingen kan sägas handla om dissonansen mellan juridik och historia samt om dissonansen mellan en jurisdiktionellt avgränsad juridik och en jurisdiktionellt upplöst juridik. Den senare är av underordnat intresse, men, givet dess skyldskap med den förra, äger ett slags särskild relevans inom ramen för analysen.

Avhandlingen kan därmed sägas handla om en särskild aspekt av källkritiken, nämligen tendens. Med källkritik avses såväl juridisk som historisk källkritik. Källkritiken är avhängig kunskapens syfte. En dissonans i ett sammanhang kan därmed vara en harmoni i ett annat. En historia som skrivs med juridisk metod är ägnad att uppfattas som tendentiös, givet historisk källkritik, men den kan framstå som harmonisk, givet den särskilda källkritik, som följer av syftet att skriva en rättshistoria eller en rättskomparation utifrån en vision som i sin tur förutsätter ett jurisdiktionellt upplöst rättsbegrepp. Att den internpraktiske juristen uppfattar en sådan historieskrivning som tendentiös, följer av en juridisk källkritik, som utgår från ett jurisdiktionellt avgränsat rättsbegrepp. Och så vidare.

Avhandlingen vänder således på begreppen. Det handlar inte om någon problematisering av källan, i enlighet med vad ordet källkritik normalt sett antyder, utan om en problematisering av författaren. Detta benämns självkritik, och tangerar vad som avses med författarbias. Ordvalet spelar mindre roll. Avsikten är att komplettera källkritiken, främst historisk men även juridisk, med ett särskilt fokus på vad som framstår som en del av tendenskritiken, men som tar sikte på författarens tendens.

4. *Analogi*. Det finns anledning att kort återknyta till det medel, som avhandlingen nyttjat för att kunna klagöra, avgränsa och besvara. Det handlar om jämförelse och kommensurabel kunskap, men framför allt om analogi. Studenterna på andra terminen i Uppsala, lär sig när de studerar civilrätt och i synnerhet kontraktsrätt, att analogisera utifrån de funktionella sammanhangen. Och visst går det att söka funktionella sammanhang mellan discipliner och kunskapsarter? Poängen med analogin är, att visa på sammanhang, som i sin tur bidrar till ett vidgande av kunskapsfältet.

Det har bland annat gjorts gällande inom vetenskapen, att komparativ rätt och rättshistoria hör samman, givet en gemensam metod. Poängen är god och resultatet är givet. Det har därför blivit brukligt att tala om komparativ rättshistoria som en disciplin, och även om jämförelsen i tid skiljer sig från jämförelsen i rummet, i synnerhet vad gäller de juridiska och språkliga förkunskaperna, utgår dessa jämförelser från samma inskolade juridiska metod. Tiden och rummet kan därmed betraktas som accidentella, det juridiska kunskapsstoffet som essentiellt. Analogin bär. Och om juristen kan tala om komparativ rättshistoria, måste väl även humanisten kunna förhålla sig till detta sammanförande av det historiska och det antropologiska? Visst är det så. Man kan tala om humanistisk komparativ rättshistoria lika väl som om juridisk.

Kärnan i analogin mellan tid och rum är inte tiden och rummet, utan analogin. Frågan kan därför ställas, vilka fler analogier anmäler sig. Den forskare som vidgar blicken inser ganska raskt, att juridisk rättshistoria påminner om såväl kyrklig kyrkohistoria som en äldre idealistisk historievetenskap, allt medan historisk rättshistoria påminner om sekulär kyrkohistoria samtidigt som den tar avstånd från en idealistisk historievetenskap till förmån för en modern. Juridisk rättskomparation påminner i sin tur om kyrklig ekumenik, samtidigt som antropologen som jämför rättskulturer finner en tillhörighet i kulturanthropologin. Det kan med andra ord finnas goda skäl att betrakta rättshistoria och rättskomparation som paradigmiskt klivna discipliner.

Och om deras respektive juridiska och historiska grenar inte har något annat gemensamt än ett möjligt källmaterial, vad kvarstår då av en disciplinär gemenskap? Till detta kommer, att juridisk metod påminner starkt om en äldre idealistisk metod, om än en sådan i viss mån måste konstrueras utifrån en lång och brokig historia. Med ett ytterligare vidgat synfält finner forskaren, att teologens konfessionella studiepremiss visar tydliga likheter med juristens internpraktiska studiepremiss. Låter det sig därför göras, att på ett mer allmänt plan tala om konfessionell metod? Absolut.

När blicken sedan vänds mot historisk metod, påminner den om annan humanistisk metod, i vart fall tillräckligt tydligt för att motivera slutsatsen, att det finns en klar och tydlig allmänvetenskaplig samhörighet mellan historisk rättshistoria och kyrko-, religions- och konsthistoria som inte föreligger mellan juridisk och historisk rättshistoria. Det handlar inte om att återskapa någon tanke om det organiska i vetenskapens enhet inom ramen för en fakultetsindelning. Det handlar om att klargöra möten mellan kunskapsarter för att tydliggöra forskningens förutsättningar. Bruket av analogi hjälper oss därmed att klargöra likheter och skillnader mellan kunskapsarter och discipliner. För att återvända till avhandlingens mer egentliga syfte, handlar det till sist om att klargöra den vetenskapliga grund, som rättshistorikern har att förhålla sig till, och är den av juridisk eller historisk art så har forskaren att anpassa sig i enlighet. Forskaren har under alla omständigheter, att bortse från en förmodat enhetlig rättshistorisk disciplin och vetenskaplig grund. Eftersom en sådan inte kan finnas, bör den ej heller fingeras.

5. *Slutsatser.* Utgångspunkterna för avhandlingens slutsatser kan sammanfattas som följer. Juridisk rättshistoria och juridisk rättskomparation kan dela metod men har skilda källmaterial, på samma sätt som historisk rättshistoria och antropologisk rättskomparation kan dela metod men har skilda källmaterial. Juridisk rättshistoria och historisk rättshistoria kan dela källmaterial men har skilda metoder, på samma sätt som juridisk rättskomparation och antropologisk rättskomparation kan dela källmaterial men har skilda metoder. Allt följer av respektive disciplins kunskapssyn, kunskapsart och kunskapssyfte. Det medför, att juridisk och historisk rättshistoria lämpligen betraktas som skilda vetenskaper, på samma sätt som juridisk och antropologisk rättskomparation lämpligen betraktas som skilda vetenskaper. Det medför även, att juridisk rättshistoria och rättskomparation lämpligen betraktas som besläktade vetenskaper, på samma sätt som historisk rättshistoria och antropologisk rättskomparation betraktas som besläktade vetenskaper.

Mot dessa utgångspunkter kan följande slutsatser dras. Historia skrivs med historisk metod. Juridik skrivs med juridisk metod. Visionär juridik skrivs med visionär juridisk metod, i detta fall med hjälp av vad som kallas komparativ metod. När historia skrivs med juridisk metod, vare sig denna utgår från ett jurisdiktionellt avgränsat rättsbegrepp, inom ramen för internpraktisk juridik, eller från ett jurisdiktionellt upplöst rättsbegrepp, inom ramen för internpraktisk visionär juridik, förvrids kunskapen i enlighet med den tillämpade metoden. En sådan förvriden kunskap är tendentiös och får inte användas av en historiker, som är bunden av ett historiskt kunskapssyfte och en med detta syfte förbunden historisk vetenskapssyn och källkritik.

Juridisk rättshistoria och historisk rättshistoria måste betraktas, bemötas och värderas som skilda kunskapsarter på sätt som juridisk rättskomparation och antropologisk rättskomparation måste betraktas, bemötas och värderas som skilda kunskapsarter. När historia skrivs med

juridiskt syfte och med juridisk metod tar författaren medvetet avstånd från historievetenskap och kan därmed inte heller göra anspråk på att bedriva samma vetenskap som den jurist, eller historiker, som i egenskap av rättshistoriker skriver sin historia med historisk metod.

En tredje slutsats anmäler sig vad gäller utbildningen av forskaren. Att tala om rättshistoria som en enhetlig vetenskaplig disciplin med en enhetlig vetenskaplig grund, utan att klargöra disciplinens kunskapsart, källkritik, rättsbegrepp och historiesyn, låter sig inte göras. Ej heller är det begripligt, att tala om en forskarutbildning i rättshistoria i det abstrakta. Forskarutbildningen och dess vetenskapliga grund följer av den avsedda disciplinens vetenskapliga kunskaps-syfte.

6. *Självisikt?* Vissa slutsatser anmäler sig vid problematiseringen av juristen och dennes metod. Men på en fråga finner jag intet svar. Det gäller juristen som skadevällare. Studenterna på den andra terminen inleder sina studier i civilrätt med skadeståndsrätt, där de redan vid första seminariet lär sig att göra en så kallad fri culpabedömning av en uppkommen skada. De har att (a) lyfta fram riskfaktorer, vad man som lärare kan benämna skadans sannolikhet, (b) skadans storlek, med andra ord skadans allvarlighet, samt (c) möjligheten att förekomma skadan, givet handlingsalternativen. Dessa tre betraktas som objektiva och till dem kommer sedan något subjektivt, nämligen skadevällarens möjlighet att inse (a)-(c). Denna subjektiva hänsyn, insikten, skall emellertid bedömas objektivt, varefter följer en intresseavvägning eller värdering, där studenterna måste ta ställning i vad mån det krävdes av skadevällaren ett annat handlande. Med andra ord, var handlandet ett avsteg från den uppställda handlingsnormen? Om så, måste även skadeförloppetets orsakssamband bedömas såsom adekvat, det vill säga om handlandet kan kopplas till skadan. Den aspekt som initialt vållar studenterna störst bestyr gäller skadevällarens möjlighet till insikt, och för att förklara detta kan läraren hänvisa till barnets utveckling, där det kommer ett ögonblick då barnet inser att spegelbilden är av honom. Detta, kan man förklara för dem, är subjektiv insikt.

Frågan som nu anmäler sig, vad gäller juristens förvridding av historisk eller antropologisk kunskap, är uppenbar. Förvridden kunskap utgör en vetenskaplig skada. Skadan vållas av juristen, som oaktsamt tillämpar en i tid och rum betingad juridisk metod på en i tid och rum främmande juridisk kunskap. Skadan är beaktansvärd och kunde ha undvikits, givet en korrekt tillämpning av humanistisk vetenskap. Värderingen är uppenbar, det handlar ju om ett avsteg från handlingsnormen, det vill säga ämnets vetenskapliga grund. Och skadeförloppetets adekvata kausalitet framstår som uppenbar, givet oaktsamhet. Den besvärliga frågan inställer sig emellertid på ett tidigare stadium, och det gäller frågan om juristens skuld. Att juristen är sin kunskapsskada, i egenskap av skolad jurist, är klart, men i vad mån besitter juristen någon egentlig insikt om, eller möjlighet att inse, detta? Annorlunda formulerat: vid vilken tidpunkt inser juristen, att spegelbilden är av honom? Om så alls sker. På detta spørsmål har jag inte något svar, men för gärna frågan vidare: När inser juristen, att han är jurist?

## Käll- och litteraturförteckning

- Adlercreutz, Axel; Gorton; Lars; Lindell-Frantz, Eva*, Avtalsrätt I, 14 uppl., Lund 2016
- Afzelius, Inar*, 'Om föreläsningarna vid universiteten i Tyskland, rätten och rättsvetenskapens närvarande ståndpunkt samt de juridiska studierna derstädes', Tidskrift för Lagstiftning, Lagskipning och Förvaltning 1877
- Andersson, Lars M.*, 'Redaktören har ordet', Historisk tidskrift (Stockholm)., 2005 (125):2, s. 1
- Anners, Erik*, 'Rättshistoria – rättsvetenskap och historievetenskap', i *Modéer, Kjell Å. & Hasselberg, Gösta* (red.), Skrifter Bd 5 Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg vid hans avgång från ämbetet den 30 juni 1976, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1977 [cit. *Anners*, 1977]
- Anners, Erik*, 'Rättshistorien – en vetenskap i kris?', Svensk Juristtidning 1979 s. 568
- Arbetsgruppen för Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet*, Juristutbildningen inför 1990-talet. Förslag angående utbildningens mål och undervisningsformer, Uppsala 1989
- Artéus, Gunnar & Åmark, Klas* (red.), Historieskrivningen i Sverige, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012
- Baker, John H.*, 'Why the History of English Law Has not Been Finished', Cambridge Law Journal, 59 (1), March 2000 [cit. *Baker*, 2000]
- Bengtsson, Bertil*, 'Rättshistorieämnet och fastighetsrätten', i *Modéer, Kjell Å.* (red.), Rättshistoria i förändring
- Berglund, Louise & Ney, Agneta*, Historikerns hantverk: om historieskrivning, teori och metod, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2015
- Bergman, C. G.*, 'De juridiska studierna', Svensk Juristtidning 1928 s. 142
- Betlem, Garrit & Hartkamp, A. S.* (red.), Towards a European civil code, M. Nijhoff, Dordrecht, 1994
- Bexell, Göran*, Religionsvetenskap och teologi, Svensk Teologisk Kvartalskrift, årg. 76 (2000) s. 9
- Bexell, Oloph*, 'Den teologiska examensordningens utveckling. Några noteringar med anledning av en 100-årig reform', i Promotionsfesten i Uppsala den 24 januari 2003, Acta Universitatis Upsaliensis, Uppsala 2003
- Björk, Ragnar*, 'Hjärne-traditionen', i *Artéus, Gunnar & Åmark, Klas* (red.), Historieskrivningen i Sverige, Lund 2012
- Björne, Lars*, Den nordiska rättsvetenskapens historia D. 3 Den konstruktiva riktningen: 1871-1910, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm, 2002
- Bodman, Gerd & Nial, Håkan*, Festskrift till Håkan Nial: studier i civilrätt och internationell rätt, Norstedt, Stockholm, 1966
- Bourdieu, Pierre*, 'Habitus, code et codification', i Actes de la recherche en sciences sociales, vol. 64, septembre 1986, De quel droit ?, s. 40
- Brohed, Ingmar*, Sveriges kyrkohistoria 8 Religionsfrihetens och ekumenikens tid, Verbum i samarbete med Svenska kyrkans forskningsråd, Stockholm, 2005 [cit. *Brohed*, 2005]
- Burkett, Delbert Royce* (red.), The Blackwell companion to Jesus, Wiley-Blackwell, Malden, MA, 2011
- Cappelletti, Mauro & Brown, L. Neville* (red.), New perspectives for a common law of Europe contributions = Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe: rapports, Sijthoff, Leyden, 1978
- Coing, Helmut*, 'Den europeiska rättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet', Tidskrift för rettsvetenskap 1968 s. 205
- Coing, Helmut*, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800. Band I. Älteres Gemeines Recht, München 1985
- Coing, Helmut*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band I. Mittelalter, München 1973
- Coing, Helmut; Wilhelm, Walter & Gagnér, Sten* (red.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 1, Klostermann, Frankfurt am Main, 1974
- Collingwood, Robin George*, The idea of history, Clarendon, Oxford, 1946
- Curran, Vivian Grosswald*, 'Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law', American Journal of Comparative Law, vol. 46, 1998
- Dahlgren, Stellan & Florén, Anders*, Fråga det förflutna: en introduktion till den moderna historieforskningen, Studentlitteratur, Lund, 1996
- David B. Gowler*, 'The Quest for the Historical Jesus: An Overview', i *Delbert Burkett* (red.), The Blackwell companion to Jesus, Wiley-Blackwell, Malden, MA, 2011, s. 310 [hänvisning till Bultmann 1934; [1921] 1963]

- Dellén, Carl Olof*, Vederläggning af några inkast mot Rättsforskningens värde och praktiska nytta, Schmidt Juridiskt Arkiv, tjugonde bandet, 1848–49, s. 569
- Dix, Gregory*, The shape of the liturgy, 2. ed., London, 1960
- Eichborn, Karl Friedrich*, 'Über das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts', Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Erster Band, VII., Berlin 1815, s. 124
- Ekman, Stig, Thullberg, Per & Amark, Klas* (red.), Metodövningar i historia: historisk teori, metod och källkritik. [1], Studentlitteratur, Lund, 1993
- Engströmer, Thore*, 'En episod i rättegångsreformens historia', Svensk Juristtidning 1941 s. 142
- Enquist, P. O.*, Nedstörtad ängel: en kärleksroman, Norstedt, Stockholm, 1985
- Erbe, Walter*, 'Der Gegenstand der Rechtsvergleichung', Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 14. Jahrgang Heft 1/2, Berlin 1942
- Erland Aspelin*, 'Rättshistoria i teori och praxis. Från domarens horisont', i *Modéer, Kjell Å.* (red.), Rättshistoria i förändring. Olinska stiftelsen 50 år. Ett internationellt symposium i Stockholm den 19–21 november 1997, Lund 2002, s. 87–90
- Ernberg, Otto*, refererande professoren Weibull i Större akademiska konsistoriet i Lund, 'Ytterligare rörande förslag till förändrad anordning af de juridiska examina', Utdrag ur protokollet, hållet vid det större akademiska konsistoriets sammanträde den 10 maj 1894, NJA II Tidskrift för lagstiftning 1894, n:r 2, II
- Florén, Anders, Ågren, Henrik & Erlandsson, Susanna*, Historiska undersökningar: grunder i historisk teori, metod och framställningssätt, Tredje upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018
- Folke Schmidt*, 'Domaren som lagtolkare,' i Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Stockholm 1955
- Gardiner, John Eliot*, Music in the castle of heaven: a portrait of Johann Sebastian Bach, Allen Lane, London, 2013
- Glavå, Mats & Hansson, Mikael*, Arbetsrätt, Fjärde upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2020
- Gorla, Gino; Mocca, Luigi*, 'A 'Revisiting' of the Comparisons between 'Continental Law' and 'English Law' (16th to 19th Century),' The Journal of Legal History, vol. 2, No. 2 (1981)
- Grönfors, Kurt*, 'Sjörätt och lufträtt', Tidsskrift för Rettsvitenskap 1959 [cit. Grönfors, 1959]
- Gunkel, Hermann*, Psalms: A Form-Critical Introduction, Philadelphia 1967
- Gustavsson, Martin & Swanström, Yvonne* (red.), Metod: guide för historiska studier, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2022
- Hagerup, Francis*, 'Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter', Tidsskrift for Retsvidenskab 1888
- Hammarskjöld, C. G.*, Särskilt yttrande bifogat sakkunniges skrivelse d. 27 nov. 1895, i 'Ytterligare rörande förslag till förändrad anordning af de juridiska examina', NJA II Tidskrift för lagstiftning 1896, n:r 2
- Hasselberg, Gösta*, 'Rättshistoria', i 20 års samhällsforskning. Statens råd för samhällsforskning 1948–1968, Stockholm 1969
- Hasselberg, Gösta*, 'Rättshistoriens dilemma', i *Hafström, Gerhard & Modéer, Kjell Å.* (red.), Skrifter Bd 3 Åke Holmbäck på 80-årsdagen den 16 april 1969, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1969
- Håstad, Torgny*, Köprätt: och annan kontraktsrätt, 6., omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2009
- Heidegren, Carl-Göran*, Det moderna genombrottet i nordisk universitetsfilosofi 1860-1915, Daidalos, Göteborg, 2004
- Hellner, Jan*, 'Civilrättsforskningen och framtiden,' Tidsskrift for Rettsvitenskap 1975 s. 395
- Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H.*, Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt Andra häftet Allmänna ämnen, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2020 [cit. *Hellner/Hager/Persson*, 2020]
- Herlitz, Nils* (red.), Festskrift tillägnad Nils Herlitz vid hans avgång från professorsämbetet den 30 juni 1955 av Stockholms högskolas stats- och rättsvetenskapliga fakultet, Stockholm, 1955
- Inger, Göran*, Svensk rättshistoria, 5. uppl., Liber, Malmö, 2011
- Jarriek, Arne*, 'Källkritiken måste uppdateras för att inte reduceras till kvarleva,' Historisk tidskrift 125:2 (2005) s. 219
- Johnson, Samuel*, citerad av James Boswell, 1791, citerad av K. Zweigert and H. Kötz, 1977
- Juridiska fakulteten i Upsala*, 'Förslag till förändrad anordning af de juridiska examina', Utdrag af juridiska fakultetens i Upsala protokoll d. 14 okt. 1891, NJA II Tidskrift för lagstiftning 1893, n:r 4

*Juridiska fakulteten i Upsala*, Utlåtande om den nybildade och lediga förklarade professionen i Romersk Rätt, Juridisk Encyclopedie och Rättshistoria. Utdrag ur Juridiska Fakultetens i Upsala protokoll den 8 april 1867, § 1 *Jørgensen, Stig*, Hermeneutik og fortolkning, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1973 [cit. *Jørgensen*, 1973]

*Kahn-Freund, Otto*, Comparative law as an academic subject: an inaugural lecture delivered before the university of Oxford on 12 May 1965, Oxford, 1965

*Kahn, Paul W.*, The cultural study of law: reconstructing legal scholarship, University of Chicago Press, Chicago, 1999 [cit. Kahn, 1999]

*von Kirchmann, Julius*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848

*Kroeschell, Karl*, 'Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht,' i *Helmut, Coing, & Wilhelm, Walter* (red.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1974

*Kroeschell, Karl*, Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht: ein methodischer Versuch, Otto Schwartz & co, Göttingen, 1968

*Kroeschell, Karl*, Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht, Duncker und Humblot, Berlin, 1995

*Lauf, Adolf*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 5. Auflage, Berlin 1996

*Légarand, Pierre*, 'A Dialogue with John Henry Merryman,' The American Journal of Comparative Law, vol. 47, 1999

*Lehrberg, Bert*, Avtalsolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Nionde upplagan, Iusté, Uppsala, 2020

*Lehrberg, Bert*, Praktisk juridisk metod, Tofte upplagan, Iusté, Uppsala, 2020

*Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart* (red.), Ideologi och institution: om forskning och högre utbildning 1880-2000, Carlsson, Stockholm, 1988

*Liedman, Sven-Eric*, 'Den folkliga ämbetsmannen. De svenska professorerna och samhället vid sekelskiftet 1900,' i *Liedman, Sven-Eric & Olausson, Lennart* (red.), Ideologi och institution: om forskning och högre utbildning 1880-2000, Carlsson, Stockholm, 1988

*Liedman, Sven-Eric*, Att förändra världen – men med måtta: det svenska 1800-talet speglat i C. A. Agardhs och C. J. Boströms liv och verk, Arbetarkultur, Stockholm, 1991

*Lindkvist, Thomas* (red.), Metodövningar i historia: historisk teori, metod och källkritik. 2, Studentlitteratur, Lund, 1996

*Lindkvist, Thomas*, Anmälan av Elsa Sjöholm, Sveriges medeltidslagar. Europeisk rättstradition i politisk omvandling, Historisk Tidskrift 1989, s. 413-420

*Lindkvist, Thomas*, Debatt: Svar till Elsa Sjöholm, Historisk Tidskrift 1990, s. 558-559

*Maitland, Frederic William*, 'Why the History of English Law is not Written', Collected Papers, vol. 1, Cambridge 1911 [cit. *Maitland*, 1911]

*Martling, Carl Henrik*, Svensk liturgihistoria, Verbum, Stockholm, 1992

*Merryman, John Henry*, The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America, 2. ed., Stanford Univ. Press, Stanford, 1985

*Modéer, Kjell Å.* (red.), Rättshistoria i förändring: Olinska stiftelsen 50 år : ett internationellt symposium i Stockholm den 19–21 november 1997, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm, 2002

*Modéer, Kjell Å. & Hasselberg, Gösta* (red.), Skrifter Bd 5 Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg vid hans avgång från ämbetet den 30 juni 1976, Nerenius & Santéus, Stockholm, 1977

*Modéer, Kjell Å. & Reslöm, Patrick* (red.), Från Schlyters lustgård: rättshistoriska uppsatser. 2004, Corpus Iuris, Lund, 2004

*Modéer, Kjell Å.*, 'Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs,' Svensk Juristtidning 2009 s. 340

*Modéer, Kjell Å.*, 'Nordisk rättshistoria – aktuella förutsättningar och konkreta mål,' i Retshistorisk status ved Ditlev Tamms 50 års födelsedag, Randers, 1996

*Modéer, Kjell Å.* (red.), Rättshistoria i förändring: Olinska stiftelsen 50 år : ett internationellt symposium i Stockholm den 19-21 november 1997, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm, 2002 [cit. *Modéer*, 2002]

*Modéer, Kjell Å.*, 'Rättshistoria, en juridisk disciplin – trots allt', Svensk Juristtidning 1979 s. 570

*Modéer, Kjell Å.*, Juristernas nära förflutna: rättskulturer i förändring, Santéus, Stockholm, 2009

- Modéer, Kjell Å.*, Nordisk rättshistoria – aktuella förutsättningar och konkreta mål, i Retshistorisk status ved Ditlev Tamms 50 års fødselsdag, Randers, 1996
- Modéer, Kjell Å.; Nilsén, Per* (red.), How to teach European comparative legal history. Workshop at the Faculty of Law, Lund University 19-20 August 2009, Lund 2009
- Nilsson, Göran B.*, 'Historia som vetenskap,' Historisk tidskrift 125:2 (2005) s. 199
- Nilsson, Roddy*, 'Postmodernism, källkritik och historiskrivning,' Historisk tidskrift 125:2 (2005) s. 233
- Nordin, Svante*, Den Boströmska skolan och den svenska idealismens fall, Lund 1981
- Nordling, E. V.*, Om Romerske Rättens, Juridiska Encyklopediens och Rättshistoriens betydelse för rättsstudiet, Tidskrift för Lagstiftning, Lagskipning och Förvaltning 1867, s. 712
- Nygren, Rolf*, 'Rättshistoria och samhällsförändring. Ett pedagogiskt perspektiv,' i Rättshistoria i förändring. Olinska stiftelsen 50 år. Ett internationellt symposium i Stockholm den 19-21 november 1997, Lund 2002, s. 78. [cit. *Nygren*, 2002]
- Nygren, Rolf*, 'Rättshistorikern som blev justitieminister,' i Björk, Ragnar, & Alf W. Johansson (red.), Svenska historiker: från medeltid till våra dagar, Stockholm 2009
- Nygren, Rolf*, Yttrande citerat av Juridiska fakultetens i Uppsala remissanmälan för en reformerad juristutbildning den 28 januari 1991
- Odén, Birgitta*, 'Det moderna historisk-kritiska genombrottet i svensk historisk forskning,' Scandia. Tidskrift för historisk forskning, Band 41, 1975
- Odén, Birgitta*, Lauritz Weibull och forskarsamhället, Lund 1975
- Olivecrona, Knut*, Litteratur: A. Winroth: 1. Ur mina föreläsningar, Lund 1890, 2. Bilagor till Ur mina föreläsningar, Lund 1890, Nytt Juridiskt Arkiv, Afd. II, Tidskrift för Lagstiftning, m. m. 1891, Nr 4
- Olivecrona, Knut*, Hågomster samlade från en lång lefnad (författade cirka 1900), [Utg. Carl Frängsmyr], Stockholm 2008
- Olivecrona, Knut*, Utåtande öfver Adjunkten Nordlings skicklighet till den nybildade och lediga förklarade professionen i Romersk Rätt, Juridisk Encyclopedie och Rättshistoria, i hvilket yttrande instämde Decanus Professoren Lindblad. Utdrag ur Juridiska Fakultetens i Upsala protokoll den 8 april 1867
- Peterson, Claes* (red.), Juridiska fakulteten 1907-2007, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, Stockholm, 2007
- Peterson, Claes*, "Genom rättshistorien, utöver rättshistorien". Ett inlägg i diskussionen om rättshistorieämnets uppgift i juristutbildningen', i Rättshistoria i förändring. Olinska stiftelsen 50 år. Ett internationellt symposium i Stockholm den 19-21 november 1997, Lund 2002, s. 53 [cit. *Peterson*, 2002]
- Peterson, Claes*, Rechtsgeschichte als akademische Disziplin in Schweden: universitätspolitische und wissenschaftstheoretische Reflexionen, i La storiografica giuridica scandinava. Atti dell'incontro di studio Firenze 22-23 maggio 1987, Firenze, 1988 (även publicerad i Rechtsgeschichte und Theoretische Dimension. Forschungsbeiträge eines rechtshistorischen Seminars in Stockholm im November 1986, Lund 1990
- Plucknett, Theodore*, 'Frederic William Maitland,' New York University Law Review, vol. 26, 1951
- Plucknett, Theodore*, 'Legal History in England,' 2 Journal of the Society of Law Teachers 1952-1954
- Plucknett, Theodore*, 'Maitland's View of Law and History,' Law Quarterly Review, vol. 67, 1951, s. 190
- Reinterskiöld, C. A.*, 'Statsrätt och statskunskap,' Tidskrift for Retsvidenskap 1929 s. 69
- Reinterskiöld, C. A.*, Yttrande i Juridiska fakulteten i Uppsala, 'Yttrande angående Universitetsexamenskommittéens betänkande beträffande de juridiska examina', Utdrag af Juridiska Fakultetens i Uppsala protokoll den 9 november 1903, Uppsala 1903
- Rodbe, Knut*, 'Att undervisa blivande civilekonomer i juridik,' Tidskrift for Rettsvitenskap 1973
- Sandström, Marie*, 'Slaget om juristutbildningen,' Juridisk Tidskrift 1998/99 s. 593
- Schrevelius, Fredrik*, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civil Rätt, Lund 1851
- Sjöholm, Elsa*, 'Jag protesterar!,' Historisk Tidskrift 1994
- Sjöholm, Elsa*, 'Några arvsrättsliga problem i de svenska medeltidslagarna,' Scandia, Band 34. 1968
- Sjöholm, Elsa*, 'Rättshistoriens framtida roll – en replik,' Svensk Juristtidning 1980
- Sjöholm, Elsa*, Anmälan av Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg vid hans avgång från ämbetet den 30 juni 1976 Svensk Juristtidning 1979
- Sjöholm, Elsa*, Debatt: 'En marxistisk propagandaseger?,' Historisk Tidskrift 1990

*Sjöholm, Elsa*, Diskussion: Sveriges medeltidslagar, *Historisk Tidskrift för Finland* 1991

*Sjöholm, Elsa*, Några arvsrättsliga problem i de svenska medeltidslagarna, *Scandia*, band 34, 1968

*Sjöholm, Elsa*, Rätthistorisk metod och teoribildning, *Scandia*, band 44, 1978, s. 239 [cit. *Sjöholm*, 1978]

*Sjöholm, Elsa*, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik: Studien zur germanistischen Theorie des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1972

*Sjöholm, Elsa*, *Sveriges medeltidslagar. Europeisk rättstradition i politisk omvandling*, Lund 1988

*Stohlander Axelsson, Eva*, *Ett brännglas för tidens strålar: striden om Torgny Segerstedts docentur 1903*, Arcus, Lund, 2001

*Strömholm, Stig*, 'Tre lagböcker: 1734, 1934 och 1984. Några anteckningar', *Svensk Juristtidning* 1984 s. 893

*Strömholm, Stig*, 'Hundra års jämförande rättsforskning och dess resultat', *Tidsskrift for Rett* 100, 1987, s. 24 [Även i *Historiskt och aktuellt*, nr 1063]

*Strömholm, Stig & Andersson, Edvard* (red.), *Svensk rättsvetenskap 1947-1997*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 1997

*Strömholm, Stig*, 'Allmän rättslära', i 20 års samhällsforskning. Statens råd för samhällsforskning 1948-1969, Stockholm 1969

*Strömholm, Stig*, 'Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag', *Svensk Juristtidning* 56, 1971, 251-263. [Även i *Idéer och tillämpningar* 1979, nr 633]

*Strömholm, Stig*, 'Har den komparativa rätten en metod?', *Svensk Juristtidning* 57, 1972 s. 456 [Även i *Idéer och tillämpningar*, nr 633]

*Strömholm, Stig*, Anm. av Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* 1-2, Tübingen 1971, 1969, *Svensk Juristtidning* 58, 1973

*Sundberg, Halvar G. F.* (red.), *Festskrift tillägnad Halvar Sundberg: Papers dedicated to Halvar Sundberg*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1959

*Sundberg, Halvar G. F.* (red.), *Festskrift tillägnad Halvar Sundberg: Papers dedicated to Halvar Sundberg*, Uppsala, 1959

*Sundell, Jan-Olof*, *Svensk fastighetsrätts historia*, Uppsala 2007

*Sundell, Jan-Olof*, *Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914*, Nordiska bokh. [distributör], Diss. Uppsala: Univ., Stockholm, 1987

*Tamm, Ditlev, Stevnsborg, Henrik & Jørgensen, Jens Ulf* (red.), *Retshistorisk status ved Ditlev Tamms 50 års fødselsdag*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets forl., København, 1996

*Thier, Andreas*, 'Runde, Justus Friedrich,' i *Neue Deutsche Biographie* 22 (2005)

*Torstendahl, Rolf*, 'Källkritik, metod och vetenskap,' *Historisk tidskrift* 125:2 (2005)

*Torstendahl, Rolf*, *Introduktion till historieforskningen: historia som vetenskap*, 2. uppl., Natur och kultur, Stockholm, 1971

*Torstendahl, Rolf*, *Introduktion till historieforskningen. Historia som vetenskap*, Stockholm 1966

*Torstendahl, Rolf*, *Källkritik och vetenskapssyn i svensk historisk forskning 1820-1920*, Uppsala 1964

*Uppsala universitet*, *Promotionsfesten i Uppsala den 24 januari 2003*, Univ., Uppsala, 2003

*Weibull, Lauritz*, *Historisk-kritisk metod och nutida svensk historieforskning*, Lund, 1918

*Weibull, Lauritz*, *Kritiska undersökningar i Nordens historia omkring år 1000*, Lybecker, Lund, 1911

*Weir, Tony*, 'ALL or Nothing?', *Tulane Law Review*, vol. 78 (2003-2004), s. 512 f.

*Wellander, Erik*, Hur bör våra myndigheters språk utvecklas – tidsenligt eller stilenligt?, *Svensk Juristtidning* 1966 s. 241 [cit. *Wellander*, 1966]

*Wellander, Erik*, Om kanslispråkets modernisering, *Svensk Juristtidning* 1961 s. 653 [cit. *Wellander*, 1961]

*Westin, Håkan & Fischer, Gösta* (red.), *Juridiska föreningen 125 år, Juridiska föreningen i Uppsala*, Uppsala, 1969

*Winroth, Alfred*, *Yttrande i Juridiska fakulteten i Upsala, Yttrande angående Universitetsexamenskommittéens betänkande beträffande de juridiska examina*, Utdrag af Juridiska Fakultetens i Upsala protokoll den 9 november 1903, Uppsala 1903

*Wülfman, James Q.*, *Ex tempore uttalande i Lund* 2005

*Wieacker, Franz*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2., neubearb. Aufl. von 1967, 2. unveränd. Nachdr., 13. - 14. Tsd., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1996 [cit. *Wieacker*, 1996]

*Wolf, Erich*, Große deutsche Rechtsdenker, Tübingen 1963, s. 612, n 58, cit. Bernard Windscheid, Festgabe der Deutschen Juristenzeitung, Sp. 115

*Ylikangas, Heikki*, 'Mose lag grunden för Västerlandets rätt? Anmälan av Elsa Sjöholm, Sverige medeltidslagar. Europeisk rättstradition i politisk omvandling', Historisk Tidskrift för Finland 1988

*Zimmermann, Reinhard*, 'Roman Law and European Legal Unity,' i A. S. Hartkamp et al (red.), Towards a European civil code, Nijmegen 1994 [cit. *Zimmermann*, 1994]

*Zimmermann, Reinhard*, 'Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe,' i A. S. Hartkamp et al (red.), Towards a European civil code, 3rd ed., Nijmegen 2004 [cit. *Zimmermann*, 2004]

*Zweigert, Konrad & Kötz, Hein*, An introduction to comparative law, North-Holland, Amsterdam, 1977 [cit. *Zweigert/Kötz*, 1977]

*Zweigert, Konrad & Puttfarcken, Hans-Jürgen* (red.), Rechtsvergleichung, Wissenschaftl. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978

*Zweigert, Konrad & Kötz, Hein*, An Introduction to Comparative Law, Third edition, Translated by Tony Weir, Oxford 1998 [cit. *Zweigert/Kötz*, 1998]

*Ågren, Maria*, 'Synlighet, vikt, trovärdighet - och självkritik: några synpunkter på källkritikens roll i dagens historieforskning', Historisk tidskrift (Stockholm), 2005(125):2, s. 249

NJA 1987 s. 266

NJA 1990 s. 24

NJA 1992 s. 403

NJA 1996 s. 560

NJA 2004 s. 862

NJA 2017 s. 482

NJA 2000 s. 685

NJA 2012 s. 419

NJA 2016 s. 1195

Polpen Shipping Co., Ltd. v. Commercial Union Assurance Co., Ltd. [1943] K.B. 16

SOU 1953:15 Juridisk och samhällsvetenskaplig utbildning, I. Betänkande av 1949 års kommitté för den juridiska och samhällsvetenskapliga utbildningen

SOU 1973:59 Högskoleutbildning. Juristlinje, Förvaltningslinje, Social linje. Betänkande av 1968 års utbildningsutredning



