

”La bouche de la loi?”

”En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten” – så lyder inledningen på Olaus Petris åttonde domarregel. Frågan hur domaren skall förhålla sig gentemot lagen har intresserat rättsvetenskapsmän, politiker och filosofer genom historien. Skall domaren, som Olaus Petri menar, stå över lagen och i fall då han finner att lagen ”bliver skadelig” inte tillämpa densamma med hänvisning till att då ”är det icke längre lag, utan olag”? Eller är domaren blott lagens mun – ”le juge est la bouche de la loi” – som den franska filosofen Charles-Louis de Secondat Montesquieu menade? Från tiden då Olaus Petri nedtecknade sina domarregler till dagens datum har frågan ständigt varit aktuell. Särskilt under 1800-talet då det med skapandet av de stora lagstiftningsverken – kodifikationerna – uppkom en idé om att lagen kunde göras så fulländad att domaren kunde tillämpa lagstiftningen i det närmaste mekaniskt. Denna idé var emellertid inte oemotsagd och alla länder valde inte att genomföra stora kodifieringsprojekt. England är ett sådant exempel, Sverige ett annat. Sverige påverkades av de europeiska idéerna, men utvecklingen kom att ta en annan väg än på många håll i Europa.

Den ursprungliga maktodelningsläran, såsom den formulerades av Montesquieu, innebar en renodlad maktodelning mellan den lagstiftande, den styrande och den dömande makten. Lagstiftningsmakten skulle ligga hos parlamentet och det gick täta skott mellan de tre institutionerna. En bärande idé i hans filosofi var legalitetstanken som formulerades på så sätt att om lagen var tillräcklig precist uttryckt så skulle medborgarna med lätthet kunna urskilja vad som var tillåtet och vad som var förbjudet. Den rättskipning som domaren utövade skulle uttala de normer som lagstiftaren lagt fram, således enbart vara lagens mun. Amerikanska konstitutionens författare inspirerades av Montesquieu och enligt den amerikanska konstitutionen från 1787 hålls de tre institutionerna visserligen isär och har sina respektive huvuduppgifter, men – och detta är en viktig avvikelse från Montesquieus lära – i kontrollsyfte delas funktionerna mellan dem. Detta är den bakomliggande tanken bakom den vidsträckta befogenhet att ogiltigförklara beslut som amerikanska högsta domstolen åtnjuter. En befogenhet som högsta domstolen långt senare, i det omtalade rättsfallet Roe mot Wade från 1973, själva utsträckte till att innebära att den yttersta tolkningskompetensen av konstitutionen finns hos dem. Således blev idén om domaren som lagens mun aldrig förverkligad i den amerikanska tolkningen av Montesquieus maktodelningslära. På andra sidan Atlanten, i Europa, tog man intryck av Montesquieu. Hans idéer diskuterades livligt i Europa under 1800-talet – de stora kodifikationernas tid.

Den engelska historikern Eric Hobsbawm har kallat perioden mellan franska revolutionens utbrott 1789 och första världskrigets utbrott för "det långa 1800-talet". Perioden skulle också kunna kallas "kodifikationernas tidevarv". Kodifikationstanken var emellertid inte ett barn av den franska revolutionen, utan en idé sprungen ur naturrättsfilosofin såsom den formulerades under upplysningstiden. I Österrike-Ungern och Bayern hade under 1700-talet kodifikationsprojekt initierats av upplysta despoter med en vilja att införa en förnufts-baserad lagstiftning. Kodifieringsprojektet i Bayern utmynnade i en civilkod som stadsfästes 1756. Det var i den franska revolutionens kölvatten som kodifikationstanken på allvar konkretiserades från en tanke till verklighet. Liksom förlöparna under 1700-talet vilade projekten på upplysningstidens ideologi och hade till syfte att ena stora territoriella områden. Byggandet av nationalstaten var kanske den starkaste drivkraften under kodifikationernas tidevarv. Oavsett om nationen skulle byggas enligt franskt exempel, som en frivillig sammanslutning av fria medborgare; eller som i Tyskland, där folk med gemensam kultur och gemensam historia skulle enas, behövdes en gemensam systematiserad lagstiftning – en kod. Med de nya kodifikationerna fick Montesquieus idé om domaren som lagens mun sitt verkliga genombrott.

En av de tidigaste kodifikationerna, den Preussiska Allgemines Landrecht (ALR) från 1794, var ett lagverk beställt av den upplyste despoten Fredrik den store. Han ville förverkliga upplysningsidéerna och misstrodde domarkåren. Lösningen var att försöka lagstifta så detaljerat och precist att det inte gavs något tolkningsutrymme åt domaren. Resultatet blev inte lyckat. Lagverket bestod av 17 000 paragrafer vilket givetvis var ytterst svårhanterligt. Detta lagverk kom vid utformande av senare kodifikationer att fungera som avskräckande exempel; inte i fråga om att inskränka domaren möjlighet att tolka lagen utan i fråga om val av metod för detta.

Idén och genomförandet av den franska *codé civil* är liksom ALR en produkt av upplysningstiden. Innan kodifikationen var Frankrike uppdelat i två olika rättsområden som i sin tur var hade ett otal lokala lagstiftningar. I norra delen av landet gällde "droit coutumier" och där baserades lagstiftningen i huvudsak på germaniska sedvänjor, medan den södra delen styrdes av "droit écrit" som var starkt påverkad av romersk rätt. Det fanns alltså ett starkt incitament att skapa en enhetlig lagstiftning för nationalstaten Frankrike. Varnad av exemplet ALR i Preussen undvek man att utarbeta en lagstiftning som var allt för detaljerad. Kodifikationernas författare, däribland Napoleon själv, insåg att metoden att försöka förutse och förekomma alla upptänkliga situationer en domare kunde ställas inför var fåfäng. Lösningen blev det förbud mot att utveckla nya principer som framgår av artikel 5.

Emellertid stadgas i artikel 4 att domaren blir ansvarig om han underlåter att avkunna dom även om lagstiftning saknas, är motsägelsefull eller dunkel. Denna spänning lämnar givetvis i praktiken ett betydande utrymme åt domaren; särskilt i en kodifikation som *codé civil* som präglas av bristen av exakthet och konsekvens i språket. Även om tanken var att skapa en lagstiftning som reducerade domaren till lagstiftarens mun så kom utvecklingen i Frankrike bli den motsatta vartefter tiden sprang ifrån *codé civil*. Det finns åtskilliga exempel på kreativ lagtolkning från de franska domstolarnas sida.

Vilken var då orsaken till att man ville reducera domaren från lagtolkare och rättsskipare till blott förmedlare av lagstiftarens vilja? En enkel och rationell förklaring kan vara att när lagstiftaren tagit ett helhetsgrepp och vid ett och samma tillfälle sett över all lagstiftning, utmönstrat allt gammalt och motsägelsefullt och fört in nya bestämmelser på oreglerade områden så blev domaren överflödig. Lagen var helt enkelt fulländad och gav alltid ett konkret svar på den aktuella rättsfrågan. Förklaringen kan också sökas på ett djupare plan. I århundraden hade rättsvetenskapsmännen studerat Romersk rätt och den kompilation som kejsar Justinianus lät sammanställa på 500-talet – *Corpus Iuris Civilis* – hade i det närmaste gudomlig status. Under upplysningstiden växte kritiken mot vurmandet av det antika. Humanisterna hade redan tidigare krattat manegen genom att visa att den romerska rätten inte var något universellt utan en del av ett historiskt sammanhang. Varför, frågade den upplysta 1700-talsmänniskan, skulle lagstiftningen i en sedan länge försvunnen civilisation utgöra normen för det moderna Europa. Förnuftet var den universella auktoritet som förtjänade en plats i högkoret. När magin kring den Romerska rätten var bruten och dess auktoritet möjlig att ifrågasätta kunde lagstiftaren vinna mark på domarnas och rättsvetenskapsmännens bekostnad.

Kodifikationstanken och lagstiftarens framflyttade positioner uppskattades inte av alla. Som en motreaktion växte den historiska skolan fram i Tyskland med rättsvetenskapsmannen Karl von Savigny som främsta företrädare. Savigny var i första hand kritisk till kodifikationstanken som sådan, han ansåg att det var rättsvetenskapsmännen som genom studier av begrepp, rättsläror och juridiska principer i ett historiskt sammanhang skulle finna den sanna rätten för de olika folken. Domaren liksom lagstiftarens funktion var att ta till sig de studier som rättsvetenskapsmännen genomfört och utifrån dessa anpassa sina domar respektive lagstiftning, som i sin tur blev föremål för rättsvetenskapliga studier. Det hela kommer sedan att skapa en historisk kontinuitet. Domaren är i Savignys ögon inte lagstiftarens mun utan en organisk del av rätten. Historiska skolan har haft stort inflytande man kan påstå att i Tyskland är rätten vad rättsvetenskapsmannen säger att den är.

I England var intresset för kodifikation svalt. "Common law"-traditionen var stark och maktindelningen mellan kungen och parlamentet hade anor sedan Magna Charta undertecknades år 1215. Landet hade ingen skriven konstitution och domarens förhållande till lagen var sedan länge klar: lagen var vad domaren sa att den var. För den skull har inte domarna haft frihet att godtyckligt döma efter eget huvud. Genom principen *stare decisis* binder domstolen sig själv för framtiden; liksom lägre domstol binds av högre domstols prejudikat. Med den utgångspunkten är det inte svårt att förstå att idén om att reducera domaren till lagens mun aldrig diskuterades på allvar. Invändningar mot rådande ordning saknades dock inte. Både avsaknaden av en kodifikation och trögheten i prejudikatsbundenheten kritiserades av engelsmannen Jeremy Bentham och hans efterföljare som menade att lagstiftarens roll skulle stärkas för att komma tillrätta med sociala problem. England är inte de snabba omvälvningarnas land och Benthams idéer har bara gradvis och på vissa områden fått genomslag.

Åter till Olaus Petris hemland. Ständermötet efter stadskuppen den 13 mars 1809 har kallats revolutionsriksdagen. Den svenska borgerligheten flyttade fram sina positioner och med det gustavianska enväldet i färskt minne beslutades om en ny regeringsform. Resultatet blev en hastigt framarbetad författning som byggde på maktodelningsprincipen. Dock i en annan skepnad än såsom Montesquieu formulerade den. Visserligen delades makten efter funktion mellan olika statliga organ. Domarna blev också oavsättliga men inte självständiga, ty kungen hade två röster i Högsta domstolen.

Sverige kunde ha fått en kodifikation enligt kontinental modell. En kommitté tillsattes och ett förslag utarbetades i samband med revolutionsriksdagen. Resultatet blev 1826-års civillagsförslag som visserligen aldrig blev verklighet, men de ambitiöst utförda motiven visar hur rättsuppfattningar från kontinenten påverkade svenska jurister. I civillagsförslaget återfinns tanken om lagens högre auktoritet. Men någon förhoppning att lagstiftningen skall täcka alla upptänkliga problem och reducera domaren till lagens mun uttrycks inte. Istället skriver lagkommittén i sina motiv att i händelse av att lagstiftning saknas skall domaren rätta "[...] sina omdömen efter hwad lagstiftaren tänkt, och icke efter sina egna eller andras fria speculationer". Denna modell, med en domare starkt bunden till lagstiftarens vilja, har genom förarbetenas starka ställning kommit att karakterisera den svenska rätten i modern tid. Lagstiftaren har genom sin myndiga kontroll tagit, inte blott domarens mun, utan hela hans hjärna i besittning. Då hjärnan styr munnen är detta kanske det mest framgångsrika genomförandet av Montesquieus idé om att låta domaren bli blott lagens mun?