

JUHLAJULKAISU

MATTI YLÖSTALO

1917 · 4/2 · 1987

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

VAMMALA 1987. VAMMALAN KIRJAPAINO OY

ISSN 0356-7222

ISBN 951-855-087-5

ISBN 978-951-855-870-8 (PDF)

Rättsteoriens väg genom de mörka århundradena: ett åskådningsexempel

1. De rättsliga *idéernas* väg genom historien beskriver en något annan sträckning än *rättens*, i materiell mening, även om de båda stråken naturligt nog sällan böjer av åt helt olika håll. Perioder av framstående lagstiftning kan mycket väl — som exempelvis det tidiga 1800-talet i Frankrike utvisar — sammanfalla med stillestånd och idéfattigdom på det rättsteoretiska fältet. Den engelska positivismens glansdagar — Bentham's och Austin's årtionden i början av 1800-talet — bar först sent frukt i legislativa reformer. Det avsnitt i Västerlandets historia som inleddes av de stora germanska folkvandringarna på 300-talet e.Kr. som ledde till Roms erövring (410 e.Kr.), det västromerska rikets undergång (476 e.Kr.) och bildandet av germanska kungadömen på imperiets mark och som omkring 800 övergick i den »karolingiska renässansen», detta skede betecknas med fog — och med giltighet framför allt för rätts-teori och rättsvetenskap, liksom för högre intellektuell kultur överhuvudtaget — som »de mörka århundradena». Som alltid erfordras åtskilliga nyanseringar för att denna terminologi inte skall bli vilseledande. Under perioden 500—800 e.Kr. tillkom i flera av de västeuropeiska germanrikerna lagar, oftast på den romerska rättens grund, vilka ger uttryck åt en icke föraktlig rättskultur och vilka i några fall levat vidare under lång tid och varit utgångspunkt för den framtida utvecklingen.

För *rättens* växt eller förtvinande är politiska, ekonomiska och sociala grundförutsättningar avgörande; när det gäller rättsliga idéer tillkommer, såsom lika betydelsefulla, skolutbildningens — främst den högre — och den eventuella akademiska undervisningens former, inriktning och ämnen. Även under de mörka århundradena kvarlevde den antika »läroplanen», med *trivium* och *quadrivium*, låt vara att den alltmör drog sig tillbaka till klosterscholorna. Detta var ett förhållande med många djupgående följdverkningar. En sådan var, för att citera *Franz Wieacker*,¹ »dass jede Aussage über abstrakte Gegenstände und jede

¹ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, s 30.

geistige Wahrnehmung äusserer und innerer Sachverhalte durch das Medium der grammatischen, rhetorischen und logischen Schulfiguren hindurchging und in die Ausdrucksmöglichkeiten dieses Instrumentars eingeschlossen blieb.» Det är en träffande beskrivning av den intellektuella överlevnadens villkor under de mörka århundradena. »Bis zum Durchbruch der volkssprachlichen Aufzeichnung im Hochmittelalter», fortsätter Wieacker, »haben diese Schemata (mit einziger Ausnahme des skandinavischen Nordens und der angelsächsischen Gesetze) also auch alles schriftgewordene Denken über Recht unausweichbar und unverwechselbar geprägt.»²

Hur denna ofrånkomliga formdräkt, denna enda disponibla verktygsbod innehållsmässigt kunde prägla rättsidéerna *in transitu* — på överlevnadsmarschen genom de allra smalaste och kargaste passen — därom skall detta bidrag handla, och vi väljer att studera frågan i det säkraste perspektivet, mikroperspektivet, med *en* helt avgörande författares verk som underlag: Isidorus av Sevilla.

2. Bland de »mörka århundradenas» lärde hade åtskilliga den medvetna ambitionen att efter måttet av sina krafter, sina kunskaper och sin intellektuella förmåga rädda den antika civilisationens stilideal, dess formspråk och dess väldiga kunskapsmassa. Det är naturligt att dessa författares verk ofta brister i tankarnas och innehålllets originalitet och även i stilistisk förmåga; de är kompilatorer snarare än självständiga författare, men från det moderna västerlandets synpunkt är de förtjänta av evärdlig tacksamhet. Utan deras blygsamma och under vissa senare perioder — framför allt renässansen — skoningslöst förhånade insatser skulle stora delar av det antika arvet ha varit oåterkalleligen förlorade.

Den växlande närheten — i tid, rum och personförbindelser — till senantikens produktiva andliga källor ger kraftigt utslag i de kontinuitetsbevarande kompilatorernas kvalitet i olika hänseenden. Nära Rom, nära italisk tradition, nära intellektuella elitmiljöer i både tidsmässigt, rumsligt och socialt hänseende levde den aristokratiske ämbetsmannen Boëthius (d. 525 e.Kr.), väl den mest kvalificerade av »räddarna». Vid en jämförelse med honom framstår vårt föremål, Isidorus Hispalensis, ärkebiskop av Sevilla, som provinsiell, sen och redan i viktiga hänseenden främmande för den centrala antika kulturen. Isidorus, som troligen var av nordafrikansk härstamning, utsågs till ärkebiskop omkring år 600. Han efterträdde en broder på biskopsstolen. Sin stora kyrkopolitiska insats gjorde Isidorus vid synoden i Toledo 633; som den spanska (västgotiska) kyrkans ledare åstadkom han att hans landsmän

² A st.

övergav det arianska kätteri i vilket de levat för att återvända till den romerska kyrkan.

Med sin tids mått var Isidorus en mycket lärd man. Hans största verk, som trots alla sina svagheter kom att få omätlig betydelse för europeisk bildning och utbildning under många århundraden, kallas *Etymologiae* (»Härledning») eller *Origines* (»Ursprung»). Om verkets spridning och anseende vittnar bl a att ej mindre än 1 000 medeltida handskrifter av det är kända och bevarade. Bland Isidorus' många skrifter i övrigt må nämnas språkvetenskapliga, kosmologiska, historiska och teologiska verk.³ Länge tillskrivs honom också en kyrkorättslig författningssamling, de berömda »isidoriska (senare, efter »avslöjandet» oftare »pseudo-isidoriska») dekretalerna», vilka spelade en mycket stor roll i maktkampen mellan påve och kejsare under högmedeltiden men sedan 1600-talet av en tämligen enhällig forskaropinion anses härröra från en annan utgivare.⁴

Etymologiae kan närmast beskrivas som ett slags systematisk encyklopedi. I tjugu kapitel (»Böcker») behandlas där ett stort antal blandade ämnen. Först diskuterar Isidorus de sju fria konsterna — således stommen i antikens och medeltidens skolschema: grammatik, retorik, dialektik, aritmetik, musik, geometri och astronomi — därefter medicin, juridik, historia, kyrkliga och teologiska frågor, antropologi, zoologi, kosmologi, geografi, byggnadskonst, jordbruk, geologi, krigskonst, teknik och hantverk.

Den femte bokens första del är ägnad lagarna; den omfattar tjugusju korta kapitel av blandat juridiskt innehåll.

Isidorus framställer icke någon originell eller ens komplett och sammanhängande lära om lagarna. En inspirationskälla har säkert varit de retoriska övningar om lämpliga och nyttiga lagar som var en del av det antika bildningsarvet.⁵ Ett av Isidorus' starka intressen är definitioner. En mycket stor del av hans framställning ägnas åt ganska elementära sådana. Hans källor är emellertid, som senare forskning visat, både

³ Isidorus' samlade verk finns i det stora arbetet *Patrologia Latina* (ed. J. P. Migne, 1850). Av *Etymologiae* finns en modern upplaga (Oxford 1911, ed. W. M. Lindsay); det är Lindsay's text som använts här; översättningarna till svenska är författarens. Om Isidorus finns flera värdefulla monografier. En sådan är E. Brehaut, *An Encyclopedist of the Dark Ages*, (1912), den stora franska monografen *Isidore de Seville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique* (Paris 2 vol., 1959) av Jacques Fontaine och den tyska avhandlingen H. J. Diesner, *Isidor von Sevilla und das Westgotische Spanien* (Berlin 1977).

⁴ P. Fournier och G. LeBras, *Histoire des collections canoniques en Occident I* (1931), passim; A. Stickler, *Historia juris canonici I* (1951).

⁵ Diesner, *op. cit.*, s 84 ff; se särskilt s 100 f.

mångfaldiga och av varierande innebörd, ålder och kvalitet. Trots sin obetydlighet som teoretiker bidrog Isidorus i sina skrifter därför i hög grad till upprätthållandet av en viss kulturell standard under medeltidens mörkaste århundraden. Den med klassisk romersk rätt förtrogne läsaren må småle. Riktigast synes dock vara, att Isidorus »mera hedras ändå».

3. Isidorus' framställning är intressant från många synpunkter, men här skall framhållas främst två. Först och främst är det en illustration av den form och det skick i vilka stora delar av det antika idégodset »räddades över» — och dunkades in — i den tidiga medeltidens lärda värld. Det behöver knappast särskilt framhållas vilken enorm nivåskillnad som finns mellan denna primitivt uppräknande, av grova missförstånd fyllda text och de subtila analyserna hos Platon, Aristoteles och Cicero. Man inser lätt med hur stor stolthet och intellektuell tillfredsställelse — men också med vilket mödosamt arbete — först högmedeltidens filosofer och teologer, senare renässansens lärde »åter-erövrade» det antika stoffet. Samtidigt skall de »räddningsaktioner» inte underskattas, som Isidorus' och andra samtidas skrifter innebar. Åtminstone en stor del av den antika *begreppsvärlden*, som i sig erbjöd betydelsefulla utgångspunkter för fortsatt arbete, förblev tack vare deras ansträngningar bevarad.

Den andra punkten: det är karakteristiskt för Isidorus — liksom för många naiva och bokstavstroga författare, att *etymologien*, ett ords språkliga härledning — som kan göras mer eller mindre djärv — tillerkännes ett högt informations- och bevisvärde beträffande de faktiska fenomen som ordet hänför sig till. Kan man styrka, att t ex ordet »res» (lat för »sak») språkligt står i samband med ordet »recte» (rätt, riktigt), anser man sig därmed ha »bevisat» t ex att endast sådant som man förvärvat under någon erkänd rättstitel bör kallas »saker». Än idag hör man ofta etymologiska resonemang — och spekulationer — tjäna som utgångspunkt för utläggningar om vad något »djupast sett» eller »rätteligen» är för något (t ex »'kultur' betyder ursprungligen 'odling', därav följer djupast sett...»). Isidorus' framställning erbjuder åtskilliga talande exempel på denna argumentationsteknik.

4. Som en utgångspunkt må här återges femte bokens första kapitel, *De auctoribus legum* (»Om lagarnas upphovsmän»). Med sin oefterhärmliga prägel av rättshistorisk dalmålning ger denna text atmosfären i den isidoriska kompilationen. Så lyder texten i en översättning, som eftersträvar trohet mer än elegans.

»Moses utlade, såsom den allra förste av judafolket, de gudomliga lagarna i de heliga skrifterna. Konung Phoroneus inrättade såsom den

förste lagar och domstolar åt grekerna. Mercurius Trimegistus överlämnade såsom den förste lagar åt egyptierna. Solon var den förste som gav athenarna lagar. Lycurgus fastlade såsom den förste rättsregler åt spartanerna i kraft av Apollons bud. Numa Pompilius som efterträdde Romulus i kungavärdigheten, var den förste som utgav lagar åt romarna; därefter, då folket inte förmådde härda ut med orosstiftande ämbetsmän, tillsatte de en tiomannakommission med uppdrag att skriva lagar, och denna framställde lagar, hämtade ur Solons böcker och översatta till latin, på de tolv tavlorna. Kommissionen bestod av Appius Claudius, Genucius, Veterius, Iulius, Manlius, Sulpicius, Sextius, Curatius, Romilius och Postumius. Dessa valdes till tiomän för nedtecknande av lagarna. Den förste som ville börja samla lagarna i böcker var konsuln Pompeius, men han framhärdatte inte, av fruktan för sina belackare. Därefter började Caesar göra detta, men dessförinnan blev han dödad. Så småningom kom emellertid de gamla lagarna på grund av ålderdomlighet och försummelse ur bruk, och fast de ej användas, synes kunskap om dem dock nödvändig. Nya lagar påbörjades av kejsar Konstantin och Caesars övriga efterträdare, och dessa lagar var blandade och oordnade. Därefter ordnade kejsar Theodosius den yngre efter Gregorianus' och Hermogenianus' förebild den lagbok som gjorts av förordningar från Konstantins tid under varje enskild kejsares överskrift; denna lagbok kallade han efter sitt eget namn den theodosianska».⁶

Isidorus' synsätt kan kanske enklast karakteriseras så att han anlägger ett perspektiv på lagarna där det historiska ursprunget ger dessa deras speciella legitimation. När Isidorus i den följande framställningen⁷ skall dra gränsen mellan olika typer av lagar, låter han begreppsparet *leges divinae et humanae* (»gudomliga och mänskliga lagar») bestå parallellt med *ius naturale* (»naturrätten») utan att precisera de ifrågavarande begreppens inbördes relationer. »Alla lagar», heter det, »är antingen gudomliga eller mänskliga». Visserligen säger Isidorus vidare på samma ställe att »de gudomliga är grundade i naturen, de mänskliga i seder och bruk» (*divinae natura, humanae moribus constant*) men han faller strax tillbaka i en helt annan, äldre och mer teknisk romersk kategoriindelning: »*fas* avser gudomlig rätt, begreppet *ius* mänsklig». Att färdas över annans mark är förenligt med '*fas*', inte med '*ius*'. Och när han sedan i ett kort kapitel (IV) går att beskriva naturrätten, sker det återigen i anslutning till ytterligare en annan distinktion: »men den naturliga rätten», heter det, »är antingen den som gäller för

⁶ Lindsay, a a, Liber V, I.

⁷ A a, V, II och IV.

medborgare eller den som gäller för alla folk». Att »naturrätt» och »positiv rätt» inte är två ömsesidigt exklusiva kategorier framgår inte minst av Isidorus' bestämning av *ius civile*, »den medborgerliga rätten» (kap V): »Den medborgerliga rätten är vad varje folk eller samhälle fastställt för sin del på *gudomliga eller mänskliga grunder* (kurs här).⁸ Men den naturliga rätten», säger den lärde biskopen, »är det som är gemensamt för alla länder och som överallt iakttages av naturlig instinkt, icke på grund av någon bestämmelse; såsom mannens och kvinnans förening, barnens inträdande i föräldrarnas ställe och uppfostran, allas gemensamma besittning, allas lika frihet samt förvärvet av det som fångas i himlen, på jorden och i havet. Likaledes återlämnandet av anförtrött gods eller överlämnade pengar samt avvisandet av våldsamheter med våld. Ty detta, och sådant som är detta likt, hålles aldrig för orätt utan för naturligt och skäligt».

Det terminologiska schemats motsägelsefrihet och fullständighet ökas inte av att Isidorus — utan att sätta detta nya begrepp i relation till vare sig »naturlig» eller »mänsklig» rätt — också utvecklar *ius gentium*, den för alla folk gemensamma rätten. Denna handlar om intagandet av boplatser, deras bebyggande, befästande, krig, fångenskap, trældom, rätt att återvända hem efter krig, fredsfördrag, stillestånd, sändebuds okränkbarhet, förbud mot äktenskap utanför det egna folket. Och den kallas folkens rätt därför att så gott som alla folk nyttjar dem.⁹

De följande definitionerna är i så måtto mer upplysande att de alla hänför sig till romerska termer och kategorier: krigsrätt, offentlig rätt, kviriternas (d v s de romerska medborgarnas) rätt, lagar i egentlig mening, d v s »folkets beslut, varigenom de välborna tillsammans med plebejerna fastslagit något som gällande»,¹⁰ folkförsamlingsbeslut, senatsbeslut, förordningar, kungörelser, de rättslärdas svar, konsulära, tribuniciska, juliska, corneliska lagar m m. Om man erinrar sig, att Isidorus skrev i det begynnande 600-talets västgotiska Spanien, blir det reella innehållet i denna verksamhet klarare. Det handlade givetvis inte om en beskrivning av gällande rättskällor i syfte att t ex rangordna dem för att undgå eller lösa konflikter. Det är fråga om en *normativ terminologi*, en uppsättning fack att stoppa olika typer av juridiska fenomen uti. Det blev också som sådan Isidorus' arbete kom att mycket starkt påverka samtid och eftervärld. Den spanske författaren uppräknade och begränsade de auktoritativt fastställda och därmed också de enda

⁸ A a, V, V.

⁹ A a, V, VI.

¹⁰ A a, V, X.

möjliga och »tillåtna» typerna av lagar. I det ordnande arbete som hans efterträdare som vidareförare av antikt gods med iver ägnade sig åt kom frågor om inplacering av det ena eller andra dokumentet i en erkänd kategori att spela en viktig roll.

Ett ytterligare bidrag till de kommande århundradenas intellektuella redskapsarsenal i hanteringen av juridiska frågor ger Isidorus, när han — återigen utan något egentligt försök att samordna de successiva begreppsutredningarna — drager gränsen mellan »rätt», »lag» och »sedvänja».

»Rätt (lat 'ius') är den allmänna termen» heter det, »lag (lat 'lex') är en art av rätten. Ty 'rätt' säger man, emedan denna är rättvis. All rätt består av lagar och sedvänjor. En lag är en skriven bestämmelse. En sedvänja är en av ålder godtagen vana, eller en oskriven lag. Ty 'lag' (lat 'lex') är uppkallad efter ordet 'läsa' (lat 'legere'), emedan den är skriven. Sedvänjan är en långvarig vana, som på samma sätt härrör ur sederna. Man vanan är ett slags rätt som grundas på sederna och som tages som lag, när sådan saknas; och det gör ingen skillnad, om den grundar sig på skriven text eller på förnuftet, när förnuftet också anbefaller lagen. Och vidare, om lagen bygger på förnuftet, så blir allting lag som grundas på förnuftet, med det förbehållet att det bör överensstämma med gudsfruktan, passa ihop med god ordning och gagna den allmänna välfärden. 'Vanar' kallas så, emedan den brukas 'vanligen'».¹¹

Den senast återgivna passusen illustrerar den auktoritativa etymologiens funktion i Isidorus' framställning. Etymologien som substantiell förklaring — och därmed som ett led i en argumentation, där historiska rötter uppfattas som legitimerande — är ett karakteristiskt tankegrepp hos författare med en i äldre filosofisk mening »realistisk» (till skillnad från »nominalistisk») uppfattning, d v s anhängare av tanken, att begreppen äger en egen verklighet, icke blott är i sig tomma och på konventionella grunder utdelade kategoribeteckningar. Om Isidorus' hemortsrätt i motsättningen realister — nominalister (som inte kom till klar formulering förrän långt senare) kan ingen tvekan bestå. I själva verket ligger ju den gode prelatens insats heller inte på det filosofiska planet, som synes ha varit honom svårbeprövat (liksom det, i rättvisans namn, var föga uppodlat under åtskilliga århundraden både före och efter Isidorus).

5. Vissa rättspolitiska uttalanden förekommer i Etymologiernas femte bok. Som var att vänta handlar det inte om några vare sig djupsinliga, klart sammanfogade eller originella tankar. Det är i hög

¹¹ A a, V, III.

grad fråga om retoriskt allmångods. Om lagens syfte heter det sålunda, att lagarna har stiftats för att människornas »fräckhet skall tyglas av fruktan för dem, oskulden skall vara trygg mitt bland ohederliga och förmågan att skada hämmas hos de ogudaktiga själva genom den skräck som straffet inger».¹² I många senare lagar och lagföretal ekar Isidorus' formulering av de anspråk som bör ställas på lagstiftningen. Härom säger den lärde prelaten — i uppenbar anknytning till retoriskt allmångods på området: »Lagen skall vara värdig, rättvis, möjlig, förenlig med naturen, förenlig med fosterlandets vanor, passande för tid och rum, nödvändig, nyttig, samt även tydlig, så att den inte på grund av dunkelhet innehåller någon snara för någon; den skall vara skriven icke för enskild fördel utan för medborgarnas gemensamma nytta».¹³

De återstående kapitlen av Etymologiernas femte bok tillhandahåller starkare och fler skäl för samlingens namn än de hittills berörda avsnitten. I det långa kap. XXIV, »Om juridiska dokument» formligen haglar etymologier — av mycket blandad beskaffenhet — definitioner och ordförklaringar av högeligen blandad beskaffenhet och kvalitet.

6. När man söker bedöma innebörden, vidden och verkan av Isidorus' »räddningsaktion» för vissa element ur det antika rättsarvet, är det ett par förhållanden som måste behållas i minnet för att man rätt skall skatta vad som vid en första läsning kan te sig som ett katastrofalt fall.

Det är av viss vikt att inskräpa, att Isidorus varken bedriver eller gör anspråk på att bedriva specialistundervisning för blivande jurister. Någon sådan undervisning (med undantag, kanske, för enstaka personliga lärlingsförhållanden av det slag som i det längsta varit dominerande i det romerska riket) torde överhuvudtaget inte ha förekommit i hans samtid. Men detta innebär, att Isidorus' förkunnelse rättvisligen bör ses som ett led i en *allmännelig* ungdomsfostran. Det var naturligt nog hovkretsar och de bildade invånarna i det västgotiska Spanien — således en bred krets — som utgör de tilltänkta läsarna. För dessa var åtminstone någon kännedom om den romerska rättsterminologien av betydelse, men några rättsvetenskapsmän eller praktiskt yrkesverksamma *jurister* i teknisk mening skulle de inte bli. Isidorus' inverkan kan man o beskrivas som mycket bred men ganska tunn.

En rättsteoretisk tillbakagång av det slag som onekligen återspeglas i Isidorus' *Etymologiae* står, åtminstone i det korttidsperspektiv som den medeltidshistoriskt intresserade anlägger, inte i något nödvändigt

¹² A a, V, XX.

¹³ A a, V, XXI.

sammanhang med en *rättslig* tillbakagång. Sannolikt utgjorde Isidorus' tid en illustration till båda, men det är å andra sidan klart att hans framställning inte är lätt att direkt missbruka i vare sig det ena eller det andra rättspolitiska sammanhanget. Isidorus tillhandahåller benämningar, etymologier och en del maximer.

Det kan ifrågasättas om inte en sådan samling — en suggestiv och auktoritativ termflora — är snarast bättre som arvegods eller startkapital för en nyvaknad tid med en till stor del ny erfarenhetsvärld, som skulle pressas in i givna ramar. Hade Isidorus' förkunnelse varit mer direkt, mer genomtänkt och mer fullständig, skulle den sannolikt ha uppställt betydligt fler och mer svårforcerade hinder i vägen för det frejdiga och djupt ohistoriska problemlösande med de antika brottstyckenas hjälp som de karolingiska lärde och även senare medeltida juristgenerationer kom att skriva ned. Som det nu är, bjuder Isidorus av Sevilla på en i mycket stor utsträckning »jungfrulig» materia, vars användning står den djärve fri. En hårdare åtdragen struktur hade kunnat utöva en förstelnande och fördröjande effekt och upprest hinder mot den reception på hög nivå som från Bologna sköljde in över Väst-europa. Isidorus höll de gamla läglarna i skick och lät dem inte torka; i hans ovetenskapliga samlingsbod väntade de på användning, hela och hjälpligt uppordnade. Snille och originalitet var inte kompilatorns anspråk. Det fick räcka med trohet; det finns goda skäl att vara tacksam för den.