



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 11
PUBLIKATIONER AV SUOMALAINEN
LAKIMIESYHDISTYS, Serien E Nr 11

Norden, rätten, historia – Festskrift till Lars Björne

Toimittajat/redaktörer

Jukka Kekkonen

Pia Letto-Vanamo

Päivi Paasto

Heikki Pihlajamäki

Toimitussihteeri/redaktionssekreterare

Pasi Mustonen

Tilausosoite/beställningar

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 HELSINKI

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-237-1

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2004

Innehåll

Nordisk rätthistoria: Lars Björne 60 år	7
<i>Inger Dübeck</i>	
Forholdet mellem konkubinat og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral?	9
<i>Jyri Inha</i>	
Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calonius och upphovet till lagenlighetstillsyn i den Kejsarliga regeringskanseljen	35
<i>Jukka Kekkonen</i>	
Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen	51
<i>Mia Korpiola</i>	
Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxen ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen	65
<i>Toomas Kotkas</i>	
Lemminkäinen-sånger i <i>Kalevala</i> – en historia om arkaisk rätt	101
<i>Pia Letto-Vanamo</i>	
Internationella idéer och den nationella realiteten	115
<i>Sigurður Línvald</i>	
At sælge viden	129
<i>Bo H. Lindberg</i>	
Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid.	143
<i>Dag Michalsen</i>	
Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode.	171

<i>Kjell Å. Modéer</i> Östersjöområdets rättsliga kartor – rättskulturella konstruktioner i förändring.	193
<i>Rolf Nygren</i> Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen – ett svenskt-finskt rättsarv.	207
<i>Päivi Paasto</i> Om äganderättens ursprung i den nordiska och den europeiska diskussionen på 1800-talet.	223
<i>Claes Peterson</i> Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag – en svensk kodifikationsstrid?	245
<i>Heikki Pihlajamäki</i> ”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”: straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria	265
<i>Marie Sandström</i> Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket.....	291
<i>Ditlev Tamm</i> Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab	311
<i>Heikki Ylikangas</i> Tvisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet	325
Författare	345

Nordisk rätthistoria: Lars Björne 60 år

Professorn i romersk rätt och rätthistoria vid Åbo universitet, Lars Björne fyller 60 år den 16 december 2004. Efter avlagd studentexamen vid Åbo svenska samskola år 1964 inledde Lars Björne sina juridiska studier vid Åbo universitets juridiska fakultet. Han avlade juriskandidat examen år 1968 och jurislicentiatexamen år 1970 samt disputerade för doktorsgraden år 1977. Han utnämndes till professor år 1977, vilken tjänst han sedan dess har skött med undantag för de forskningsperioder som Finlands Akademi har erbjudit.

Lasse Björne kan på goda grunder betecknas som en flitig och produktiv rätthistoriker. Efter doktorsavhandlingen om politiska rättegångar vid Åbo hovrätt har hans forskningsaktivitet först och främst riktat sig mot rättsvetenskapens historia. Hittills har redan tre omfattande delar av den nordiska rättsvetenskapens historia utkommit. Den fjärde delen är under arbete och torde bli klar nästa år – så typiskt för Lasse, exakt enligt tidtabellen. Lasse har även publicerat flera läroböcker.

Lasses vetenskapliga produktion har alltid kännetecknats av omutlig noggrannhet och omsorgsfullhet. Därför kommer utan tvivel hans forskningsresultat att överleva olika vetenskapliga konjunkturväxlingar. Det kan t.o.m. vara så att vi hans samtida inte fullt ut kan uppskatta den typ av forskning som Lasse bedriver, eftersom den rätt sällan ger stora rubriker eller innehåller sensationella avslöjanden. Men Lasses prestationer har nog rönt uppmärksamhet och uppskattning. Här kan nämnas att Lasse år 2003 tilldelades Finlands juristförbunds Allan Serlachius-Särkilahti -pris och samma år promoverades han till hedersdoktor vid Lunds universitet.

Som en anspråkslös person har Lasse aldrig aktivt marknadsfört sina forskningsresultat – även om det ofta kunde ha varit skäl därtill. Man vågar nämligen påstå, att det finns ovanligt många vetenskapliga idéer i Lasses böcker. Dessa pärlor har han dock ofta serverat i rätthistorikernas egna seminarier och på andra möten.

Lasses finlandssvenska bakgrund och forskarprofil har lett till täta kontakter med de nordiska forskarkretsarna. På detta har Lasse också fått "lida"; han har blivit en efterfrågad opponent vid doktorsdisputationer i såväl rätts-

historia som andra historiska discipliner. Lasse har även nära kontakter med de tyskspråkiga rättshistorikerna. Under åren 1982–1983 och sommaren 1985 arbetade han som Alexander von Humboldt -stipendiat vid universitet i München.

Vid sidan av forskningen har Lasse även burit ansvar för undervisningen i rättshistoria samt för fakultetsadministrationen. Under åren 1989–1991 var han fakultetens dekan. Även på dessa områden har Lasse på ett positivt sätt påverkat vetenskapssamfundet.

* * *

Hurudan är då Lasse utanför forskarkammaren och föreläsningssalen? Enligt vår gemensamma uppfattning kan han karakteriseras som en mycket angenäm, välbalanserad och lugn sällskapsmänniska. Utöver att använda sina imponerande kunskapsreserver är Lasse alltid beredd att sprida såväl gott humör som sarkastiska kommentar omkring sig. Man trivs i Lasses sällskap!

På fritiden tycker Lasse om att njuta av god litteratur. Han vandrar också gärna i svampskogen. Sommarstället i närheten av Nådendal är ytterst viktigt för honom.

* * *

Med denna bok önskar vi kolleger och vänner överallt i Norden varmt gratulera Lasse på hans födelsedag. Vi önskar honom hälsa och framgång under kommande år.

Jukka Kekkonen Pia Letto-Vanamo Päivi Paasto Heikki Pihlajamäki

Forholdet mellem konkubinats og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral?

Ægteskab og ugift samliv i det 20. århundrede

På baggrund af den voksende interesse for kvindernes stilling og selvbestemmelsesret i politik, kunst og litteratur, stod det omkring 1910 klart for danske politikere og jurister, at familielovgivningen trængte til en modernisering. Som led i det nordiske lovsamarbejde¹ blev en fællesnordisk kommission nedsat til udarbejdelse af nye love omkring familiens forhold. Man kunne fristes til at påstå, at den juridiske kommission ikke var ganske upåvirket af dønningerne efter den store nordiske fejde om seksualmoralen, i hvilken ord som ”engifte og mangesigtede”, ”fri kærlighed” og ”fri skilsmisse” via dagspressen blev almindelige i borgerskabets omgangssprog i Kristiania, København og Stockholm. I den socialdemokratiske presse kom en socialistisk holdning til orde om den frie kærlighed: ”De ville frigøre kærligheden og ægteskabet fra pengenes besudlende indflydelse og på grundlag af et nyt økonomisk system oprette en ny familie, fremtidens familie”. ”Moralen eller sædeligheden, som den findes affattet i vores dogmer, er i selve værket blot et skalkeskjul for den nøgne klasseinteresse”.² I en anonym anmeldelse i tidsskriftet *Ny Jord* fra 1888 udtaltes: ”... at det den frie kærligheds tilhængere vil, er en ny juridisk opfattelse, og det angriberne af den gængse opfattelse af ægteskabet vil, er en ny moralsk opfattelse...”³

¹ Henrik Tamm, *De nordiske Juristmøder 1872–1972*. København 1972.

² ”Arbetet”, 24. december 1887.

³ Elias Bredsdorff, *Den store nordiske krig om seksualmoralen. En dokumentarisk fremstilling af sædelighedsdebatten i nordisk litteratur i 1880'erne*. København 1973, ss. 371, 387, 390, 396.

En meget væsentlig begrundelse for kommissionens nedsættelse var, at kvindens retlige stilling i ægteskabet ikke var ” nået op på højde med den stilling”, hun ellers indtog i samfundet, hvor hun på de allerfleste punkter ”efterhånden har opnået ligestillethed med manden”. Man vendte sig imod den form for beskyttelse af den gifte kvinde, der ”forringer hendes frihed og selvstændighed i en sådan grad, at hun fristes til at overveje, om ikke den ugifte stand byder hende større goder, således at hun endog efter omstændighederne kunne foretrække et konkubinat for et ægteskab”.⁴ Ægteskabet havde hidtil underordnet hende under manden på meget væsentlige punkter: han valgte hendes opholdssted og bopæl og traf diskretionært alle bestemmelser om deres fælles børn. ”Konkubinaterne ville tilbyde den fordel, at hun fik rådighed over børnene”. Man går så vidt som til at rejse det spørgsmål,” om der overhovedet længere behøves en særlig lovgivning om forholdet mellem ægtefæller”, og om det ikke lige så vel kunne reguleres via de almindelige regler på formuerettens område, som tilfældet er for andre, der bor sammen ”af samme eller forskelligt køn”. Det understreges imidlertid, at samfundet er bygget på familielivet og derfor interesseret i, at ægteskabet afgrænses overfor konkubinaterne og omgives med en særlig retlig beskyttelse. Der er både et hensyn til parterne selv, til børnene og til tredjemands risiko for tab ved formueforskydninger mellem ægtefællerne.

Retshistorisk er det interessant, at kommissionen modstillede ægteskabet og konkubinaterne og rejste spørgsmålet om nødvendigheden af at have en særlig regulering af forholdet mellem ægtefæller. Det ugifte samliv var endnu ikke ophørt med at være indirekte kriminaliseret, idet straffeloven af 1866 § 178 åbnede mulighed for at idømme fængselsstraf, hvis to mennesker vedblev et ”forargeligt samliv” trods myndighedernes advarsel om at ophøre dermed. Kommissionens ”kætterske” spørgsmål skal næppe opfattes som realistiske overvejelser, men snarere som en slags provokation. Endnu hen imod slutningen af det 20. århundrede fortsatte lovgiver med at tillægge ægteskabet en uhørt stor betydning.

Ingen af de siden 1950'erne nedsatte forskellige ægteskabsudvalg satte sig varige spor i denne del af lovgivningen. Heller ikke det i 1969 nedsatte ny ægteskabsudvalg nåede markante resultater, men man gjorde sig nogle utraditionelle overvejelser. I Betænkning nr. 915 fra 1980 om Samliv uden ægte-

⁴ Udkast til Lov om Ægteskabets Retsvirkninger udarbejdet af den ved kgl. resolution af 25. juli 1910, 19. juni 1912 og 29. december 1914 nedsatte Kommission. København 1918, s. 30–37.

skab I (s. 17–27) bragtes en kort historisk oversigt over de ægteskabsstiftende akter siden middelalderen, nemlig først selve aftalen mellem parterne og efter 1683 vielsen foretaget af en præst som udtryk for samfundets medvirken. Men kravet om egentlig vielse blev allerede efter 1582 medvirkende til en kriminalisering af ugift samliv. Udvalget drøftede især et af Socialistisk Folkeparti i 1968 fremsat lovforslag om faste samlivsforhold, hvorefter en af parterne eller begge skulle kunne kræve et samlivsforhold anerkendt af overøvrigheden med henblik på at sikre især den svagere part i forholdet og de eventuelle børn. Dette forslag ville have knyttet ægteskabs stiftelse ikke alene til vielsen, men til samlivet i lighed med den gamle regel i Jyske Lov (JL) I, 27, hvorefter det åbenlyse samliv i tre år under ægteskabslignende former medførte ægteskab. Udvalget, der var sammensat af både politikere og sagkyndige, mente imidlertid at ægteskabet ”bedre end nogen anden retlig regulering kan skabe rammer om familiens liv og sikre familiens enkelte medlemmer følelsesmæssig og økonomisk tryghed”, og at der ikke burde være særlige fordele knyttet til at samleve uden at være gift. Heteroseksuelle samlivsforhold fik følgelig ingen særlig lovgivning i modsætning til homoseksuelle samlivsforhold, der med lov nr. 372 af 7. juli 1989 om registrerede partnerskaber gav bøsser og lesbiske mulighed for næsten ligestilling med ægtepar ud fra den begrundelse at sidstnævnte parforhold ikke truer ægteskabets eksistens, således som de heteroseksuelle samlivsforhold gør.

Det 20. århundredes familieret har i praksis afspejlet en konfrontation mellem det traditionelle ægteskab og ugifte samlivsforhold som følge af sidstnævntes voksende popularitet i alle grupper af befolkningen. Ugifte samlivspartnere er følgelig i det væsentlige henvist til selv at regulere deres indbyrdes retlige forhold ved hjælp af kontrakter og testamenter.⁵

Problemstilling

Inspireret af det provokatoriske spørgsmål i Udkast til lov om ægteskabets retsvirkninger af 1918, om hvorvidt en kvinde kunne fristes til at foretrække konkubinaten frem for ægteskabet, skal det spørgsmål i det følgende søges besvaret, om retshistorien nogensinde har tilbudt en sådan valgfrihed? For at besvare det, gives i det følgende en kort oversigt over og vurdering af de to

⁵ Ingrid Lund-Andersen, Den danske lov om registreret partnerskab, i *Jura og Historie*. København 2003, s. 189–203.

sæt regler om henholdsvis ægteskabsstiftelse og konkubinatet i både ældre og yngre dansk, verdslig og kirkelig ret. Var det ugifte samlivsforhold socialt og retlig acceptabelt, moralsk forkasteligt eller strafbart som en samfunds-skadelig adfærd? Var der forskelle på høj og lav i samfundet?

Synet på ægteskab og konkubinat i dansk høj- og senmiddelalder⁶

Havde kirken og det verdslige samfund et sammenfaldende eller afvigende syn på konkubinatet som et alternativ for ægteskab? Inden en forsøgsvis besvarelse herpå, skal det særlige problem vedrørende præsteægteskaber og præstekonkubinater kort omtales. Bisper, præster, diakoner m.fl. måtte siden 1139 ikke gifte sig, og deres mulige ægteskaber, blev derfor ugyldige. Mange valgte konkubinatet i stedet med den følge, at de deraf resulterende børn ikke kunne betragtes som ægtefødte og dermed for sønnernes vedkommende var afskåret fra en gejstlig karriere. Innocens III's breve af 5. december 1198 til henholdsvis ærkebiskop Olov af Uppsala og ærkebiskop Absalon af Lund pålagde dem at undersøge rigtigheden af den påstand, at den tidligere ærkebiskop i strid med kanonisk ret og Absalons forbud havde indviet uægtefødte klerke til bisper, og eventuelt at afsætte dem. Paven kaldte svenskerne ”nybegyndere i troen” og indledte skrivelsen med den oplysning, at ”overordentlig mange gejstlige i Sveriges rige ikke er født i lovligt ægteskab og skønt de på grund af skammen ved deres undfangelse ingenlunde burde vove at stræbe efter den højeste kirkelige myndighed, søger de dog ... at opnå bispeværdigheder, skønt der ... er nedlagt forbud mod dette...”⁷ Gregor IX meddelte ærkebiskop Uffe af Lund i 1239, at der kunne opnås pavelig dispensation for uægte fødsel til gejstlige, der er kommet til verden på ulovlig vis, og som skønt de tidligere har gjort sig skyld i at holde samleversker ligesom deres fædre, dog har skilt sig af med samleversken før de modtog det apostoliske brev og er begyndt at udføre den bod, der blev dem pålagt. Men der gives ikke myndighed til dispensation, til den som ikke

⁶ I det angelsachsiske England synes konkubinatet udbredt både blandt angelsachsere og de indvandrede danskere, Henriette Leyser, *Medieval Women. A social History of Women in England 450–1500*. London 1996, s. 43–44, 106; Grethe Jacobsen, *Kvindeskikkelser og kvindeliv i Danmarks Middelalder*. København 1986, ss. 45–46, 56, 73 og 191.

⁷ Danmarks Riges Breve (DRB), 1. række, 3. bind (1170–1199) nr. 243.

var påbegyndt bod og ikke havde skilt sig af med samleversken. Bandlysnin-gen ramte i øvrigt både samleversken og den gejstlige.⁸ Innocens IV gav biskoppen af Ribe fuldmagt til at dispensere og afløse gejstlige som holdt konkubiner og til at suspendere dem, som ikke "helt og holdent ville opgive deres konkubiner og hustruer".⁹ JL I, 27 er af nogle blevet fortolket som en regel rettet især mod gejstlige, der ikke ville opgive deres konkubiner og som ved at finde sig gift efter tre vintre, automatisk begik en synd, der med-førte bandlysning. En anden fortolkning vil blive fremsat i forbindelse med gennemgangen af verdslig ret.

De regler, der omhandlede det verdslige ægteskab og konkubinaten frem-kalder flere spørgsmål, nemlig om der var en valgmulighed mellem de to retsinstitutter, og hvordan de i øvrigt skal afgrænses i deres indbyrdes for-hold. Det er ikke muligt på et dansk kildemateriale at udtale sig om den sociale udbredelse af konkubinaten i konkurrence med ægteskabet i ældre tid. Men reglerne om ægteskab, slegfredforhold og slegfredbørn kan måske give et fingerpeg.

I høj- og senmiddelalderen var pavekirken meget optaget af at sikre ægte-skabet som institution og som sakramente via en række retlige regulering som koncilliebeslutninger, pavedekretaler og pavebreve, hvortil kom Justi-nians verdslige retsbøger og noveller. *Gratians dekret* havde ikke afklaret alle problemer herom, men en del fandt større afklaring hos de berømte jurist-paver, Alexander III og Innocens III samt Gregor IX, der samlede den vig-tige retsudvikling i *Liber Extra* fra 1234 i bogen om ægteskabet, "connu-bium". Kun få ændringer og tilføjelser til den herved udformede kanoniske ægteskabsret fandt sted i resten af middelalderen og frem til reformationen. Grundlæggende hævdede kirken, at ægteskabet var uopløseligt, et synspunkt der synes bredt accepteret i kristne samfund i 1200-tallet, dog viser sagen om den danske prinsesse Ingeborg, der blev gift med den franske kong Phi-lip August, at det i hvert fald i fyrstekredse kunne lykkes at presse gejstlige til at annullere et ægteskab efter påstand om for nært slægtskab. Da paven i 1195 ophævede den dom, der havde annulleret ægteskabet, havde kongen for længst giftet sig med en anden og med hende fået børn, som senere til-med blev legitimeret ved et paveligt reskript.¹⁰

⁸ DRB, 1. række, 7. bind (1238–1249) nr. 28, 24. august 1239.

⁹ DRB, 1. række, 7. bind, nr. 218 (1246. 28. juni – 1247. 27. juni).

¹⁰ Ernst Andersen, *Træk af Juraens Udvikling, I*. København 1970, ss. 288–290; Ditlev Tamm, *Retshistorie. Danmark–Europa–Globale perspektiver*. København 2002, s. 48–50.

I hele den kristne del af Europa var indgåelse af ægteskab, i hvert fald i formuende og magtfulde slægter, en indviklet, langvarig proces med indbyrdes aftaler mellem familierne, trolovelseshandling, bryllup med den formelle overgivelse af bruden og rejsen til det fremtidige hjem samt et eventuelt formaliseret ceremoniel omkring bestigningen af ægtesengen og overgivelsen bryllupsmorgenen af en morgengave. Michael H. Gelting har med rette rejst det spørgsmål, hvilket punkt i dette langvarige forløb, der var "the point of no return", hvorefter ægteskabet måtte anses for uopløseligt.¹¹ Eftersom en præsts medvirken ikke var retlig nødvendig, måtte en af handlingerne være afgørende. Dette fremkaldte strid mellem to grupper, hvoraf den ene mente, at ægteskabet først var indgået ved samlejet (copula carnalis), mens den anden byggede på romerrettens konsensusopfattelse og krævede samtykke eller ja-ord mellem parterne som det afgørende uden at tillægge samlejet retlig betydning. Der kunne i øvrigt være forskel på kirkens opfattelse og det verdslige samfunds opfattelse af dette "point of no return". Efter verdslig opfattelse havde fæstensgaven betydning for om kvinden var trolovet og ikke blot konkubine, men først ved bestigelsen af ægtesengen blev denne gave retskraftig, ligesom hustruen nu var sikret ret til halvdelen af fællesboet ved mandens død. Overgivelse af morgengaven efter brudenatten symboliserede en "pretium virginitatis", men den kunne tillige, hvis den bestod af fast ejendom tjene som enkeforsørgelse i tilfælde af mandens død.¹²

I klassisk romerret anså man det som udtryk for en mands og en kvindes frie vilje at indgå ægteskab, åbenlyst eller hemmeligt, og afviste den primitive tanke, hvorefter der krævedes samleje til fuldbyrdelse af ægteskabet. Men en regel herom blev ret tidligt accepteret af kirken af hensyn til beviset for at ægteskabet var fuldbyrdet, hvis talen faldt på skilsmissemuligheden.¹³

At ægteskabsaftaler i hele middelalderen kunne indgås hemmeligt, og at hemmelige ægteskaber ikke var ugyldige, men dog en synd, var medvirkende til at skabe usikkerhed om, hvorvidt et forhold var et ægteskab eller et konkubinats. Medvirkende til denne usikkerhed var også, at kanonisterne siden Alexander III's afgørelse i 1170 anerkendte, at en forlovelsesaftale, sponsalia, efterfulgt af samleje stiftede et gyldigt ægteskab. En mand kunne

¹¹ Michael H. Gelting, *Kanonisk ret og de nordiske slægtssamfund*, i *Historie* 2003, 2, s. 415.

¹² Lizzie Carlsson, *"Jag giver dig min dotter". Trolovning och äktenskap i den svenska kvinnans äldre historia*. Stockholm 1965.

¹³ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*. Oxford 1951, s. 111–113.

således have levet i konkubinats i årevis, før han lovede kvinden ægteskab, hvorefter problemet for gejstlige domstole ville være, fra hvilket tidspunkt ægteskabet var stiftet.

Mia Korpiola nævner i sin nyligt forsvarede disputats også problemet med de hemmelige ægteskaber, idet der som oftest savnedes beviser på, at der overhovedet var tale om ægteskab og ikke blot om kohabitation eller konkubinats.¹⁴ Kirkens forsøg på at afklare eksistensen af et hemmeligt ægteskab, førte ofte til afsløring af konkubinats. Men sagen kunne også indledes, fordi en af parterne ønskede relationen anerkendt som ægteskab. Hun mener i øvrigt, at der var forskelle på kirkens reaktion i disse forhold i Frankrig, Nederlandene og England. Selvom et par efter hemmelig overenskomst havde indledt samliv, var der efter kirkens opfattelse ikke tale om et fuldbyrdet ægteskab. Kirken ville ofte presse på for at få forbindelsen legaliseret. Hvis parret fortsatte samlivet uden videre, kunne de blive tvunget til at afsværge hinanden. I England og Normandiet måtte de acceptere hinanden som ægtefæller, hvis de efter afsværgelsen ville genoptage samlivet (s. 84).

Romerske soldater af en vis rang havde på grund af ægteskabsforbud været tvunget til at leve i konkubinats. Deres børn blev romerske borgere, men kvinderne var ofte enten af fremmed herkomst eller frigivne. Det romerske konkubinats var ikke i strid mod moralen. Mange, også højtstående embedsmænd og kejsere, havde konkubiner. Men det var ureguleret og kunne ikke udvikle sig til et gyldigt ægteskab. Kun var der regler om, at sådanne illegitime samlivsforhold ikke var tilladt med fribårne og respektable kvinder, men nok med frigivne og kvinder af tvivlsomt rygte. Det var ikke bigami for en mand at have flere konkubiner, og en mand måtte gerne have en konkubine ved siden af sin ægtehustru. Hvis denne ikke brød sig om konkurrence, måtte hun søge skilsmisse. Det var først i senantikken, at kirken definerede det uægteskabelige samleje som en synd, og lovgivningen begyndte at blive fjendtlig over for konkubinater.¹⁵

I Normandiet forekom en særlig slags konkubinater. Wilhelm Erobreren, der blev hertug i 1035, og som vandt over angelsachserne i slaget ved Hastings 1066, var tipoldebarn af den danske vikingehøvding Rollo, der i 911 blev hertug af Normandiet og som dåbsnavn tog navnet Robert I (911–927). Han og hans efterfølgere vedblev med at have nære kontakter med de tidlige

¹⁴ Mia Korpiola, *Between Betrothal and Bedding: The Making of Marriage in Sweden ca 1200–1610*. Saarijärvi 2004, s. 81–88.

¹⁵ Fritz Schulz, s. 137–140.

danske konger og stormænd. Wilhelm Erobreren var selv slegfredsøn af hertug Robert II af Normandiet, der regerede fra 1027–1035. Måske har man der set med mildere og mere ”nordiske” øjne på slegfredssystemet og på slegfredbørn. Forskellige kilder fra omkring 1000-tallet og senere har omtalt frilleforhold som ”mos Danicus” og friller som ”uxor danicae”. Det kunne være et udtryk for, at danske stormænd i Normandiet og deres efterkommere fortsatte den nordiske livsstil. Pollock og Maitland oplyste, at stormænd i Normandiet trods kirkens modvilje indgik sådanne forbindelser med deres ”uxores danicae”, der ikke havde samme status som manden. Forbindelsen byggede ikke på ceremonier som trolovelse, og børn kunne normalt ikke arve faderens jord, ligesom hustruen måtte nøjes med morgengaven efter bryllupsnatten. Men disse relationer opfattede de som egentlige ægteskaber.¹⁶

Når henses til morgengaven kunne der også være tale om samtidig påvirkning fra feudalretlige ridderprincipper om ”matrimonia ad morganaticam”, der var kendt fra langobardisk ret og nedfældet i *Libri feudorum*, II, 29. Herefter kunne en stormand eller fyrste indgå en legal forbindelse med en socialt set ikke jævnbyrdig kvinde, der alene modtog en morgengave. Den morganatiske hustru og hendes børn fik ingen del i mandens standsprivilegier eller successionsrettigheder. Hun kom ikke under mandens værge, men forblev selvstændig. (Symbolsk var hun kun gift til hans venstre hånd, ikke hans højre, den hvormed han skulle værge).¹⁷ Måske har der også været tale om en afsmitning fra de romerretlige regler om soldaternes konkubiner, ligesom med hensyn til romerrettens regler om consensus som forudsætning for ægteskabsaftalen de præsentier.

Georges Duby dokumenterede i 1981, at der var historisk bevis for, at der i Nordfrankrig i det 12. århundrede fandtes en type kvinder, der var til disposition for det høje aristokrati, og som adskilte sig fra almindelige kvinder, hvis mål var at blive gift. Det var kvinder, som var forudbestemt til at blive ”ikke uxor, men amica” for kortere eller længere varighed. De var hverken prostituerede eller tyende. De omtaltes i litteraturen som de smukke piger (”pulchra”) ofte af adelig eller både adelig og gejstlig herkomst, og som udgjorde en slags reservemulighed for sexualitet. De havde en vis frihed og selvstændighed og nød en vis anerkendelse.¹⁸

¹⁶ Pollock and Maitland, *The History of English Law*, bind I. Cambridge 1968, s. 366–367.

¹⁷ Lizzie Carlsson, I, s. 232 med note 66.

¹⁸ Georges Duby, *The Aristocratic Woman in France in the Twelfth Century*, i Niels Skyum-Nielsen (red.), *Danish Medieval History*. København 1981, s. 57–68.

Ernst Andersen har i sin undersøgelse af europæisk ægteskabsret refereret nogle retsprotokoller fra Paris og fundet et antal sager, hvori parterne var enige om at ønske en forlovelse hævet. Officialen måtte derfor undersøge, om de efter forlovelsen havde haft samleje, idet de så var gift. Hvis han ikke fandt det godtgjort, og parterne havde beediget dette, kunne forlovelsen hæves, hvorefter hver af parterne kunne forloves og giftes med en anden. Nabosladder kunne tvinge en mand til at få fastslået ved dom, at han ikke havde lovet en kvinde ægteskab. Der var mange sager, hvor sagsøger hævdede at parterne var forlovede, mens sagsøgte benægtede dette. Således havde en enke indstævnet en mand for at få fastslået, at der var indgået forlovelse. Hun kunne ikke føre vidner på en sådan aftale, men manden måtte bøde fordi han havde haft ulovligt samleje med hende.¹⁹ Ernst Andersen konkluderer, at der her har været tale om uægteskabeligt samliv eller konkubinats.

Reglerne for ægteskabs indgåelse var så pas uklare, at de kan have fristet til bevidste omgæelser eller til at lade det blive ved de indledende aftaler uden senere hen at opfylde kirkens retlige krav til et gyldigt ægteskab. Opfattelsen af ægteskabet som uopløseligt kan have afholdt nogle fra i det hele taget at ville giftes, men omvendt kan straffene for lejemål have virket ægteskabsfremmende.

Dansk middelalderret afspejler en tilsvarende retlig uklar grænsedragning mellem ægteskab og konkubinats. I det følgende skal reglerne herom diskuteres sammen med reglerne om slegfredbørns retstilling. Skånske Lov gav, hvad der er sjældent i middelalderlovgivningen, en definition på et gyldigt stiftet ægteskab efter verdslig opfattelse: ”at kvinden er gift og guldfæstet af manden”, d. v. s. at hun er givet til manden af den nærmeste mandlige slægtning og fæstet som hustru ved en gave fra brudgommen af guld (en guldring eller andet guldsmykke). SKL 60 udtaler sig dog lidt bagvendt herom: ”Avler en mand børn i løndom med en kvinde, som ikke er gift og guldfæstet af ham, da er det ikke ægtebørn, selv om han senere får hende til hustru. Men alle de børn, som bliver avlet efter at hun er gift og guldfæstet, de er ægtebørn”. Reglen var således vendt imod princippet om børns legitimation via efterfølgende ægteskab, ”legitimatio per matrimonium subsequens”, som jeg vender tilbage til.

Jyske Lovs regel om ægteskabs indgåelse i JL I,33 er interessant derved, at den både rummer sædvaneretlige regler om faders eller fædrene slægtninges medvirken til indgåelsen, og om kvindens eget samtykke efter kirkens

¹⁹ Ernst Andersen, I, s. 298.

model. Ægteskabet aftales mellem brudgom og kvindens nærmeste mandlige slægtninge, far, søn eller bror, og kun hvis ingen af disse findes, men alene fjernere slægtninge, skal hun selv samtykke. Har hun slet ingen slægtninge kan hun bede hvem hun vil om at være ”giftermand” eller forlover.

Efter JL I, 8 kan en ugift kvinde over 18 år, der er under broders værgeomål, kræve at blive gift, hvis broderen nægter at bortgifte hende skønt det bevidnes, at hendes frænder kan skaffe hende et passende giftermål. Da skal frænderne klage til kongen, hvorefter kongen kan bortgifte hende efter frændernes råd. Hvis en ugift kvinde eller en enke ikke kan blive gift, skønt hun har krævet det på tinge, fordi værgen nægter, da kan hun flytte sammen med en mand uden derved at have forbrudt sit gods. Det eneste værgen kan, er at rejse sag mod manden for lejermål. Her synes konkubinaten indirekte anerkendt. Selv om parterne ikke giftede sig på kanonisk vis, måtte ægteskabet være gyldigt efter tre vintre set med kirkens øjne. JL I, 8 om den uvillige slægtning kan muligvis have afspejlet et praktisk fænomen. Thords Artikler, et sent supplement til Jyske Lov fra det 13. århundrede bygget på retspraksis, tillod ifølge art. 89 (74) sådanne unge kvinder eller enker at efterlyse en ægtemand på herredsting, sysselting eller landsting. Hun skulle dog holde sig til det ting, hvor hun indledte sagen og ikke gå fra ting til ting.²⁰

En oplagt grund til uvilje mod at arrangere ægteskab for pigen kunne have et økonomisk motiv. Hvis broderen som værg administrerede hendes midler, kunne han have fordel af at vedblive med at have hende boende, hvorimod han, hvis hun blev gift, hverken kunne udnytte hendes arbejdskraft eller midler, men tvært imod måtte udrede hendes medgift. At lade pigen flytte ind hos en mand i et konkubinaten kunne være en økonomisk fordel for broderen eller værgen, idet hun ikke kunne kræve sine penge, medmindre hun havde forsøgt sig som i JL I, 8 anført.

Med JL I, 27 fik dansk ret en egentlig regel om konkubinaten, som er blevet kaldt ”matrimonium more danico”, et dansk sædvaneretsægteskab. Den gik ud på, at såfremt en mand havde en kvinde boende hos sig på en sådan måde, at det var åbenlyst, at de gik i seng sammen, at hun rådede over lås og lukke med husets nøgler, det traditionelle hustrusymbol, og at de spiste og sov sammen, altså delte bord og seng, da skulle der gælde en formodning om, at hun var ægtehustru og rette husfrue. Kravet om, at samlivet skulle være ”åbenlyst” tyder på, at reglen var en bevisregel i tilfælde af rets-

²⁰ Inger Dübeck, Kvindernes retsstilling i Jyske Lov, i Ole Fenger og Chr. R. Jansen (red.) *Jyske Lov i 750 år*. Viborg 1991, s. 94–108.

sag og til brug ved afhøring af naboer og andre vidner. Jeg opfatter JL I, 27 som en særlig bevisregel til brug for gejstlige domstole i sager, hvor der er blevet rejst tvivl om parternes status som gift eller ikke-gift, især ved uenighed derom mellem parterne.

Konkubinaten var ikke strafbart som sådant, men det i forbindelse med samlivet forøvede lejemål kunne straffes efter nogle af landskabslovene og stadsretterne med bøder, efter SKL 219 kostede det 6 mark til kvindens giftermand, mens JL II, 18 krævede en 9 marks bøde eller krav om mandhelgfortabelse, altså en strengere straf. Formentlig kunne denne straf kun pålægges en gang og ikke for det fortsatte samliv. Efter ESL III, 38 om at ”en kvinde tager en elsker”, skulle hendes nærmeste slægtning som giftermand tage mod lejemålsbøden på 6 mark. I tilfælde af at en pige løb bort sammen med en mand, krævedes efter Flensborg stadsret ikke lejemålsbøde, men pigen var afskåret fra sin formue, indtil hendes forældre var døde. Ifølge Københavns stadsret fra 1294, der var påvirket af kanonisk ret eftersom Roskildebispen var byens herre, skulle den, der blev dømt for åbenbart at holde slegfred (”publice tenere concubinam”), sammen med hende straffes efter Roskildebiskoppens bestemmelse, formentlig en kirkelig straf.²¹

Til afrunding af spørgsmålet om samfundets syn på konkubinaten skal de relativt set mange regler om slegfredbørns retstilling kort omtales. I sin parafase gav Anders Sunesen i kap. 24 en interessant retshistorisk kommentar til kap. 59 i Skånske Lov om slegfredbørn, som indledes med følgende konstatering: ”Til forskellige tider er af forskellige konger givet forskellige love om slegfredbørn” (diversis temporibus a diversis regibus diversa sunt jura prodita super concubinarum filiis). I sin tid krævede lovens bud, at en sådan søn udpegede sin far ved jernbyrd, senere bestemtes det, at ingen skulle tvinges til at være far for uægte søn, men frivilligt vedkende sig det på tinge i alles påhør, og samtidig skulle han tilskøde sønnen, hvad han ville af urørligt eller rørligt gods, hvilket gods skulle være til stede ved faderens død, hvis barnet skulle modtage fremtidig arv fra fædrene frænder. Anders Sunesen forklarede videre, at denne ret nu er ombyttet med ny ret, som alene kræver faderens anerkendelse og tilskødning for at sikre sønnen arv, også efter sin far.

Måske havde der i Danmark i hedensk tid hersket en almindelig opfattelse, hvorefter der retligt ikke var forskel på børn født i eller udenfor ægteskab, således at begge grupper var del af familien. Stig Iuul havde støtte hos

²¹ Erik Kroman (red.), *Danmarks Gamle Købstadlovgivning*, bind III. København 1955, tekst I, kap. 35/ tekst II kap 2, s. 15–50.

Anders Sunesen i synspunktet om, at de danske landskabsloves særregler om slegfredbørn næppe var ret gamle, da de blev nedskrevet. Anders Sunesens bemærkninger om den gamle ret, hvorefter en slegfredsøn i modsætning til efter den nye ret, kunne få udpeget sin far ved jernbyrd, kunne efter Iuul afspejle, at Sunesen havde et virkeligt kendskab til ældre ret, at han enten via Adam af Bremens krønike (1043–1072) vidste at ægte og uægte børn gik lige i arv i Sverige eller, at han på anden måde har vidst, at en tilsvarende opfattelse havde været almindelig iblandt danerne i det ældre ikke helt kristnede samfund. Har Saxo viderebragt en viden om disse forhold?²² Fem af Svend Estridssens (1047–1074) slegfredbørn blev konger: Harald Hen (1074–1080), Knud den Hellige (1080–1086), Oluf Hunger (1086–1095), Erik Ejegod (1095–1103) og Niels (1104–1134). I sine kommentarer til SKL 59–64 om slegfredbørn fremhævede Iuul²³, at da faderen oprindeligt ikke vilkårligt kunne forringe den uægte søns arveretlige stilling, måtte det skyldes kirken, at der indførtes regler, som reducerede deres generelle retsstilling, men som tillige gav faderen mulighed for efter eget ønske ensidigt at forbedre slegfredbørns arveretlige stilling.

Skånske Lov havde ved sin nedskrivning (1202–1216) endnu ikke accepteret den automatiske legitimationsmulighed ("legitimatio per matrimonium subsequens"), hvilket kunne have sammenhæng med, at kirkens nye tanker om legitimation fra det 3. Laterankoncilium i 1179 stødte imod et ældre mere aristokratisk slægtsskabssyn, mens omvendt de yngre landskabsloves accept af legitimationsreglen, hvorefter børn avlet udenfor ægteskab bliver ægtebørn ved faderens efterfølgende ægteskab med moderendet sandsynligvis afspejlede kirkens øgede indflydelse også på verdslig politik. ESL I, 50 bestemte, at børnene ved et sådant ægteskab fik rettigheder som ægtebørn, jfr. også JL, I, 25. Legitimationsprincippet kom formentlig først ind i dansk ret efter fremkomsten af *Liber Extra* fra 1234.²⁴ Skønt allerede Konstantin den Store havde anerkendt det netop med det formål at bekæmpe konkubinatet, var det først Justinian, der gjorde reglerne herom permanente og i øvrigt tillod, at legitimation også kunne opnås ved kejserlig bevilling "per

²² Saxo Grammaticus, *Danmarks Krønike*. København 1975, 11. Bog, om Svend Estridssøn og hans friller og slegfredbørn, ss. 8 ff, 19 ff og 21 ff.

²³ Erik Kroman og Stig Iuul (red.), *Danmarks Gamle Lov på Nutidsdansk*, III bind. København 1948, s. 15–16.

²⁴ Stig Iuul, *Forelæsninger over Hovedlinier i Europæisk Retsudvikling fra Romerretten til Nutiden*. København 1978, s. 64.

rescriptum principis”. Om indførelsen af princippet i de yngre retsbøger i Danmark skyldtes kendskab til romerretten (I, 10 13 og I, 3,1,2a) eller indirekte påvirkning fra kanonisk ret er usikkert.²⁵

Efter jysk ret kunne en mand lyse sit slegfredbarn i kuld og køn uden at tilskøde det noget, barnet ville i så fald kun tage halv arv i forhold til ægtebørn. Men var der ingen ægtebørn, tog barnet almindelig arv efter faderen og fik derigennem ret til at arve efter søskende lig med ægtebørn JL I, 21. Efter JL I, 22 havde faderen ret til at anerkende et barn, og den som han anerkendte måtte ingen vrage. Hvis en mand efter JL I, 24 med sit vidende giftede sig med en horkone, blev viet til hende og fik børn med hende, da skulle børnene betragtes som ægte uanset kirkens opfattelse derom. Hvis de skiltes på grund af reglerne i kanonisk ret, skulle de begge tage lige meget af løsøret, fordi de begge var vidende om deres forbrydelse. Men den af dem, som ikke havde kendskab til, at der var tale om hor, skulle overtage børnene, således at den anden, den skyldige ikke skulle arve noget efter dem. I øvrigt udtaler JL I, 25, at horbørn ikke tager arv efter deres fader, selv om han tinglyser og tilskøder dem alt det han kan.

Middelalderens retsopfattelse synes at kunne opsummeres således: at kirken både via egen og via verdslig lovgivning forsøgte at hindre eller dog bremse udbredelsen af ikke-ægteskabelige samlivsforhold, frillevæsenet eller konkubinaten, og at fremme de lovformelige ægteskaber. De detaljerede regler om slegfredbørn i landskabslovene antyder, at frillevæsenet har haft en vis udbredelse, måske især blandt hirdfolk og samfundets magthavere i de første århundreder efter kristendommens indførelse. Det lykkedes ikke for kirken at bekæmpe frillevæsenet i løbet af senmiddelalderen. Dagliglivet fristede til omgåelse af kirkens regler af mange grunde. Økonomiske problemer, uenighed med forældre eller værger om valget af ægtemand eller undladelse af at finde en passende ægtemand. En adelsmand, en lærd eller en gejstlig, kunne foretrække en konkubine af lavere status, der ikke kunne kræve ægteskab. Enker kunne måske se deres fordel i et konkubinaten frem for et nyt ægteskab, hvori de ville miste deres selvstændighed og juridiske myndighed. Familien kunne se en fordel ved at en datter levede i konkubinaten med en velstående mand, fordi den derved sparede medgift til pigen.

²⁵ Ernst Andersen, *Ægteskabsret I*. København 1954, s. 102.

Synet på ægteskab og konkubinat i reformationtidens ret

Takket være en af de nye protestantiske biskoper Peder Palladius og hans *Visitatsbog* ved vi lidt om, hvilken adfærd der bekymrede den fromme mand, og hvordan han helst så, at læg og lærd opførte sig. Efter Palladius var det ugifte samliv eller ”skørlevned” en samfundsbrøde, som hindrede indgåelsen af ægteskab. Han foretog allerede i 1540’erne sine første visitatser på foranledning af kongen, Christian III (1534–1559). Han skulle rejse rundt i sit stift på Sjælland og undersøge om Kirkeordinansen af 1539 blev overholdt af gestligheden og efterlevet af almuens som led i omskolingen til den lutherske kristendom. I den forbindelse belæstes menighederne om bryllupets betydning og om, hvordan det skulle foregå. Han forklarede, at man skulle bære to lys i stager foran sig, når man kom til kirken. ”De står ægteskabet til hæder og ære og de står hor, boleti og skørlevned til skam og skændsel...” ”Ingen må leve sammen som i ægteskab, medmindre de kan bevise deres ægteskab.” Det er derfor man skal komme til kirken og lade sig vie for alles øjne, så der er gode vidner. Han advarer imod alle de farer, der lurte på de kun trolovede eller på dem, som blot er sammenføjede hjemme, i forhold til deres arvinger og tilbød dem at blive gift på rette måde ved at aftale dette med sognepræsten ved en særlig ceremoni efter gudstjenesten om søndagen.²⁶

Kirkeordinansen fra 1539 havde korte udsagn om ægteskabs indgåelse. Herefter skulle guds tjenere kun befatte sig med at give og vie parterne sammen og underrette deres samvittighed, mens ”alt andet hører verdslig øvrighed til”. Men de skulle passe på, at ingen blev givet sammen, hvis de var for nært beslægtede, og heller ikke, hvis de havde trolovet sig hemmeligt uden deres værges eller husbonds vilje (”deres vilje, hvilke de er undergivne”) eller hvis de en eller flere gange havde stået åbenbart skrifte i kirken. I afsnittet om, hvorledes ”de forhærdede skulle bandsættes”, og det gjaldt ikke mindst de mange som ”åbenbart ligger udi åbenbare laster, og således for-tørner kirken, som horkarle, skørlevnere etc. og ikke ville rette for sig, når de er blevet påmindet en eller flere gange, men vedbliver forhærdede i deres ondskab, de må holdes for hedenske og fordømmelige efter Math. 18, 15–17”.²⁷ Skørlevnet var betegnelsen for konkubinatet.

²⁶ Peder Palladius, *En Visitatsbog*. København 2003, ss. 105–109.

²⁷ Martin Schwarz Lausten, *Christian den 3.* København 1987, s. 178–207; *Kirkeordinansen 1539* ved Martin Schwarz Lausten, København 1989, ss. 187, 193–194.

I ”Dagligt Liv i Norden” gav Troels-Lund mange eksempler på både ægteskabeligt og uægteskabeligt samliv. Især kendes en del eksempler på sidstnævnte fra adelige kredse. Det ser ud som om mange adelige mænd med høje uddannelser og internationale politiske og videnskabelige kontakter foretrak konkubinaten frem for ægteskabet. Måske gav denne livsform en bedre baggrund for udfoldelsen af deres særlige interesser. Et markant eksempel er den danske Tycho Brahe, der fik flere børn med sin samleverske, Kirstine Barbara, som han dog aldrig formelt giftede sig med, selv om hun fulgte ham i landflygtighed. Troels-Lund nævnte andre fremtrædende adelige som kansler Johan Friis, Korfitz Ulfeldt den ældre, Niels Kaas, Arild Hvidtfeldt. Om Christoffer Valkendorff oplyste han, at i hans kirke, Svinninge, på Fyn skulle uægte børn døbes med samme ære som ægte børn, og ingen af deres mødre skulle stå åbenbart skrifte. Oplysningen havde han hentet fra Mester Jacob Madsens visitatsbog, hvori ”adelens frilleliv” førtes til protokols med bemærkninger som: ”Oluf Urne bor med en kvinde fra Jylland” eller ”Lauritz Oldeland til Vejlevgård holder en kvinde hos sig og har smukke børn ved hende, som han holder skolemester til”. Troels-Lund oplyser ydermere, at rigsråd Mogens Munk havde skænket sin slegfred og deres to døtre tre gårde med kongens samtykke, mens rigsråd Niels Lange fik en slegfredsøn ansat i Kancelliet. Han blev senere kannik i Ribe og ægtede en adelig kvinde.²⁸

Også blandt menigmand florerede usædeligheden, og hvis vi skal tro på Troels-Lund, var følgende udsagn en almindelig klage blandt bønder: ”Ja, siger bonden, vil jeg ikke lide at mine karle har boelskab enten i gården eller udenfor, da vil ingen tjene mig. Vil jeg ingen skøger have i min tjeneste, da får mit korn at stå ude”. Fra Niels Hemmingsen har han følgende citat: ”Hvor der er præster, som ville straffe skørlevnere efter kirkeordningen... da findes vel de, som truer præsten og forholder ham hans løn.” Men omvendt var ”enhver præst, der gik frem med lempe sikker på at få hvad der med rette tilkom ham”, men også en ekstra lille erkendtlighed, en gåsekrop, nykærnet smør, honning eller lignende.²⁹ Det var i øvrigt Troels-Lunds klare opfattelse, at det var lutherdommen langt mere end den katolske kirke, der ændrede de uægte børns retsstilling til det værre. Ethvert uægte barn blev nu i den offentlige opinion betragtet som et horebarn ud fra en primitiv forståelse

²⁸ Troels-Lund, *Dagligt Liv i Norden i det sekstende Århundrede*, bind XII, ss. 171, 181, 183–184.

²⁹ Troels-Lund, ss. 173 og 176.

af det sjette bud ”du skal ikke bedrive hor”, og sådanne børn burde udelukkes fra samkvem med almindelige borgere som æreløse.³⁰

Frederik II (1559–1588) tog i 1580 med missive af 11. juni skridt i retning af at bekæmpe konkubiner, ikke mindst blandt adelige. Biskopperne³¹ skulle pålægge præsterne at advare og eventuelt bandsætte de folk, som levede sammen med løse kvinder. Begrundelsen var ifølge indledningen, at kongen havde erfaret, ”hvorledes mange her i riget både adelige og uadelige skulle leve et ondt forargeligt levned med boelskab og løse kvindfolk, som de holder hos sig i deres huse og omgås åbenlyst og uden skam og blusel, som om de var deres ægtehustruer, og lader hånt om de advarsler, som deres sognepræster har givet dem om, at de giver et ondt eksempel for den jævne, kristne mand og krænker det hellige ægteskab”. Bisperne skulle advare dem, først hemmeligt og siden åbenlyst, fra prædikestolen og sluttelig, hvis det ikke hjalp, lyse dem i band, og hvis nogen præst skulle se igennem fingre med dem, truedes de med at miste kald og embede og at stå til rette for kongens domstol. Mens Kirkeordinansen havde fordømt skørlevned i almindelighed, vedrørte 1580-brevet direkte også adelen.

Man kan rejse det spørgsmål, om adelen opfattede konkubinatet som en adelig forret, et privilegium med støtte i landskabslovenes regler om slegfred og slegfredbørn samt JL, I, 27? I sit forsikringsbrev til Danmarks Riges adel og indbyggere ved hyldningen 1534 havde Christian III, højtideligt lovet, at adelen skal ”nyde og bruge kong Valdemars lov så vidt og bredt, som den kan bruges til herredsting og landsting”³², jfr. håndfæstningen af 1536, hvorefter han vil holde rigsråd, adel, købstadmænd, bønder og menige rigens indbyggere ved lov, skel og ret, dog hvert land efter sin lov”. Det kan ikke udelukkes, at sådanne brede løfter er blevet fortolket som en videreførelse af de især i landskabslovene sikrede rettigheder, eksempelvis vedrørende konkubinat og slegfredbørn. Hvis det er tilfældet, kan adelen have opfattet præsternes moralisering og henvisning til det dårlige eksempel som en utidig indblanding i deres grundfæstede rettigheder. Lovgiver måtte fremme en holdningsændring inden for adelens egne rækker, for at kunne trænge igennem med et forbud. Nogle lod sig skræmme ind i ægteskabet efter 1580-

³⁰ Troels-Lund, s. 171–172.

³¹ V. A. Secher (red.), *Forordninger, recesser og kongelige breve 1558–1660*, bind II. København 1889–1890, ss. 160–161.

³² *Samling af Danske Kongers Håndfæstninger og andre lignende Acter*. København 1974, s. 82 og 84.

brevet, men langt fra alle, hvoraf en del ud over bekvemmeligheden kunne være motiveret af slægtens økonomiske interesser i at sikre jordegodset på slægtens hænder. Og det blev netop det økonomiske problem, som blev baggrunden for den ændring af reglerne, som skulle fremme en holdningsændring. 19. juni 1582 udstedtes to love, dels den omfattende ordinans om ægteskabssager i almindelighed og dels en reces om ”adelen, som tager boelskaber eller ufri kvinder til ægte, og om hvorledes der skal forholdes med børn af slige forhold”. Der er en interessant forskel i tilblivelsen af de to retskilder. Ægteskabsordinansen var trods sit omfattende formål med regulering af en række retlige forhold dels i det væsentlige bygget på en enkelt persons forarbejder, dels udstedt som et åbent brev af kongen alene, det vil sige kun med hans underskrift og segl, mens den langt mindre reces af samme dag om adelens forhold i høj grad havde inddraget rigsrådet og taget medlemmerne i ed, idet hele rådet havde underskrevet og forseglet den sammen med kongen.³³

Baggrunden for ægteskabsordinansen skal søges i de forskellige domkapitlers uensartede behandling af ægteskabssager, et faktum som havde inspireret den lærde professor Niels Hemmingsen (1513–1600) til at skrive sin ”*Vejledning i Ægteskabssager*” (”*Libellus de conjugeo, repudeo et divortio*”) fra 1572, der tillige fik stor indflydelse på ordinansens nærmere udformning, især kap. V om årsagerne til at ægtefolk må skilles, og kap. VI om andre tilfælde i ægteskab, der ikke direkte giver adgang til skilsmisse, men kan føre dertil. Ordinansen selv havde ingen direkte regler om det ulovlige samliv. Det nærmeste man kommer hertil er kap. II om trolovelser, § 5, hvorefter hemmelige trolovelser, der er foregået uden deres vilje, som parterne er undergivne, ikke er gyldige, medmindre der findes særlige årsager til at forældrene ikke havde lovlig årsag til at forhindre en trolovelse, og da skal de ikke kunne hindre det.

Niels Hemmingsen spurgte, om en ædelbåren mand, der har fået mange børn med en ædelbåren hustru, efter hendes død kan indgå ægteskab med en vanbyrdig, på det vilkår, at børnene af første ægteskab er arvinger til slægtens faste ejendomme, mens børnene af den vanbyrdige kvinde må stille sig tilfreds med løsøret, og om dette kan aftales ”ved en sømmelig aftale mellem parterne, godkendt og underskrevet af slægt og venner”? Han besvarede selv spørgsmålet dermed, at det ikke ligger i ægteskabets begreb, at goderne skal fordeles ligeligt, og at en sådan aftale ikke er imod Guds Lov. Øvrigheden burde god-

³³ *Forordninger, recesser og kongelige breve* ved V. A. Secher, II, s. 270 om ordinansens originale udfærdigelse og s. 296 om recessens tilblivelse med rigsrådets segl.

kende aftalen og børn og slægtninge samtykke. Han anbefalede altså, at der udarbejdedes en særejeægtepagt med virkning for børn af første ægteskab.³⁴

Hensigten med recessen af 19. juni 1582 var efter indledningen, at mange skræmt af den første påmindelse fra 1580, ikke skilte sig af med deres konkubiner, men tværtimod indlod sig i ægteskab med dem, og at man kunne forvente flere sådanne ægteskaber (hvad der vel var den kirkelige hensigt), men at det ”udi fremtiden vil give stor irring og usikkelighed blandt adelen”, hvis børn af disse forbindelser skulle regnes for adelsbørn og arve frit jordegods eller føre adelig stand, stammenavn, skjold og våben som ægtefødte af adelig byrd på begge forældres side. Adelsstanden ville forringes og komme i foragt, derfor har kongen overvejet problemet med rigsrådet og fundet de nærmere anførte regler, hvorefter børn af ufri kvinde ikke holdes for adelsbørn, ligesom de ikke må arve frit jordegods eller løsøre, der skal nedarves i den fædrene slægt. Faderen må gerne give børnene penge og løsøre i levende live, men ikke andet. Selvom ægteskabet af hensyn til Gud, kirken og moralen var gyldigt, behandledes børnene arvemæssigt som slegfredbørn efter samme principper som i landskabslovene. Med missive af 11. juni 1580 og reces af 19. juni 1582 synes reglen i JL I, 27 ændret, men ingen af dem ophævede den udtrykkeligt, og den var heller ikke glemt, eftersom den indgik i den første trykte udgave af Jyske Lov i 1590.

Ikke alle adelige rettede sig efter de nye regler, men fortsatte konkubinatet, blandt andre Tycho Brahe. Præsten på Hveen havde adskillige gange advaret ham og stod selv i fare for at blive afskediget i 1597, fordi Brahe ikke rettede sig efter påmindelserne, og fordi præsten ikke havde straffet ham som foreskrevet. Brahe havde ”i atten år ikke været til sakramentet, men med sin bislopperske ligget i ondt levned”.³⁵ Brahe anså åbenbart JL I, 27 for at være gældende ret. Eftertiden skulle vise, at reglen faktisk fik betydning for hans børn.

JL I, 27 var i øvrigt efter reformationen ofte blevet lagt til grund i retspraksis. I en arvesag fastslog Kongens Retterting i 1538, at en kvinde, som havde levet med en mand i ni år og fået to børn med ham, og som tilmed kort før hans død var blevet viet til ham af en præst i gode vidners nærvær, var ægtehustru, ”og loven udviser tre år at være adelskone” udtalte retten med klar henvisning til JL I, 27. Hun havde derfor en klar adkomst til at nyde og

³⁴ Niels Hemmingsen, *Vejledning i Ægteskabssager 1573*, oversat af Richard Mott. København 1987, (inddelingerne i punkter er foretaget af oversætteren) s. 156–157 (pkt. 441).

³⁵ *Danske Magasin*, II. København 1746, s. 317–320.

bruge og beholde arven på egne og på børnenes vegne, såvel løsøre som fast ejendom.³⁶ Afgørelsen var truffet kun to år efter Reformationen og kun et år efter den latinske version af Kirkeordinansen. Endnu synes der ikke at være rejst tvivl om reglens fortsatte gyldighed, men parterne har selv anet, at den nye kirke kunne se anderledes på forholdet, og har legitimeret børnene ved det sene ægteskab kort før mandens død. Men dommen afgjorde utvetydigt, at hun var ægtehustru både efter JL I, 27 og ifølge vielsen.

En afgørelse fra Kongens Retterting 1554 om den skotske kvinde, Genette Graigengelt og ejeren af Tjele, den adelige Løvenbalk byggede også på JL I, 27. Hun var også adelig, tilhørte huset Montrose og havde haft sin opvækst i Perth. De var formentlig lovformeligt gift i Skotland, men uden at danske slægtninge havde været til stede som vidner, et faktum der formentlig blev udnyttet af Løvenbalks søster og svoger, der hævdede at være de retmæssige arvinger til Tjele, fordi Genette Graigengelts to børn påstodes ikke at være født i et ret ægteskab, da deres moder kun var frille. De hævdede med baggrund i JL, I, 27, at moderen aldrig havde spist sammen med Løvenbalk ved måltiderne ej heller optrådt åbenlyst som hustru, når der var gæster. Men børnene var jo bevis på, at de havde sovet sammen. Rettertinget tog de falske påstande for gode varer, måske fordi svogeren var en velkendt og velrenommeret dommer. Sønnerne fik som voksne genoptaget sagen ved at dokumentere, at ægteskabet havde været lovligt. Alligevel opnåede de kun en vis kompensation, men aldrig retten til Tjele.³⁷ JL I, 27 blev her brugt til at afvise den formodede slegfredhustrus børns arvekrav på adeligt frit jordegods, skønt de opfyldte betingelserne for at være ægtefødte og adelige.

En afgørelse på Viborg Landsting 1. september 1568 erklærede et barn af to ugifte forældre for slegfredbarn og ikke horebarn. Moderen havde levet sammen med Hans Skeel i mere end 20 år og havde fået 11 børn med ham. Det var bevist, at hun i alle måder havde opfyldt betingelserne i JL I, 27 og skikket sig som en god og ærlig kvinde, som efter hans død blev gift med en hæderlig borgersøn fra Vejle. I dommen udtaltes, at loven ikke ”så groveligen beskæmmer” sådanne børn, som er født af ugift mand og kvinde, men de kaldes alene slegfredbørn efter JL I, 25.³⁸

³⁶ Kolderup-Rosenvinge (red.), *Udvalg af Gamle Danske Domme*, II. Samling. København 1844, s. 81–82.

³⁷ *Danske Domme 1375–1662. De private domssamlinger*, bind II. København 1979, nr. 208, s. 27–35.

³⁸ *Danske Domme*, II, nr. 335, s. 317–319.

Retspraksis synes at afsløre en vis ændring i synet på JL I, 27, der direkte kun bestemte, at en slegfred efter tre vintre skulle være ”ægte hustru og husfrue”, men ikke sagde noget om børnenes status. Den ændring i praksis, som her anes, vedrørte især børn af sådanne forhold og gik ud på, at de ikke skulle anses som ægte, men kun som slegfredsbørn, et resultat der netop slås fast med stor styrke i missive af 1580 og reces af 1582. Allerede sagen fra Tjele 1554 viser, at det var muligt at bruge JL I, 27 slægts- og standspolitisk.

I 1630 blev JL, I, 27 formentlig anvendt for sidste gang. Den lærde Sophie Brahe, Tycho Brahes søster, afgav 3. maj 1630 på tysk til brug for de kejserlige myndigheder i Prag en erklæring om, at vel var Christine Barbara af lavere stand end hendes bror Tycho, men hun var dog efter det danske kongeriges ”uhralten gegebenen Gesetzen” at anse som en ægte og retmæssig hustru på grund af deres årelange ubrudte samliv, ”öffentliches unverändertes ersames Leben”. Dette dokumenteres yderligere derved, at han slet ikke havde fået lov til at leve i de 26 år i kongeriget før sin afrejse med en ugift kvinde. Når ingen altså gjorde indsigelse ved Brahes ankomst til kejserriget, hvor det også var forbudt at leve med en ugift kvinde, var det fordi Christine Barbara allerede var anerkendt som ægte hustru. Sophie Brahe kaldte børnene ægtebørn, men kun berettiget til hans efterladte ”mobilien”, efter broderens egen beslutning. Hun forsøgte ikke at redegøre for den særlige slegfredstatus, men begrundede deres arveretlige stilling med broderens egen beslutning. Hun afsluttede med at erklære sig som hans eneste søster og efter hans børn rette arving, men ville imidlertid ikke gøre krav på hans efterladenskaber, som hun overlod til hans to sønner og 4 døtre efter den nævnte danske urgamle ret.³⁹

I 1600-tallets lovgivning dukkede med mellemrum regler op vendt mod konkubinatet. Der var ikke tale om en kriminalisering som sådan, men dog om en trussel om visse sanktioner, hvis man ikke ophørte med samlivet efter gejstlig påmindelse, jfr. fr. om kirkens embede og myndighed med ubodfærdige m.v. af 27 marts 1629 § 24 om adelige konkubiner og § 25 om andre som ”lever i letfærdigt eller skammeligt levned” og Christian IV’s store 1643-reces I-2-24 og 25, der gentager disse regler. Reglerne om adelens forhold kom ind i Danske Lovs Anden Bog om kirkelige forhold, i 2-9-24, der udtalte, at ”dersom nogen husbond eller herskab befindes at ligge og øve sig i nogle åbenbare synder og laster”, da skal de advares af gejstligheden.

³⁹ *Danske Magasin*, II, s. 367–368.

Også omkring trolovelse og indgåelse af ægteskab var der fortolkningsproblemer i de første årtier efter Reformationen. Med ægteskabsordinansen af 1582 blev det fastslået, at trolovelsen eller udvekslingen af løfter skulle foregå offentligt med 5 vidner og en præst, og at den skulle efterfølges af en højtidelig vielse ved præsten foran kirkedøren eller alteret, inden parterne måtte have samleje. Hemmelige ægteskaber var således ikke længere en gyldig mulighed. Ægteskabsordinansen omtalte ikke ”ægteskab ved parternes ja-ord” med private vidner hjemme i huset, således som det blev almindeligt i adelige kredse og blandt de højeste embedsfolk i løbet af de følgende århundreder. Måske var der tale om, at adelsstanden opretholdt den middelalderlige tradition, hvorefter den egentlige ægteskabsstiftelse skete ved parternes samtykke eller ”ja-ord”? Troels-Lund anførte, at netop kravet om, at alle stænder skulle vies i kirken om søndagen i menighedens påsyn, var medvirkende til, at adelen hævdede det som en særlig adelsforret at holde hjemmebryllup.⁴⁰

Muligvis forsvandt forestillingen om ægteskabsstiftelse ved forudgående løfte om ægteskab og efterfølgende samleje (det såkaldte sponsalia de futuro) heller ikke helt. En så relativt sen kilde som fr. 5. marts 1734 om besvangrelse og det deraf påståede ægteskab, synes at antyde dette. Bestemmelsen siger, at hvis en kvinde ”uden forudgående trolovelse eller ja-ord lader sig beligge”, må hun tage skade for hjemgæld, medmindre manden har lovet hende ægteskab, før han fik sin vilje med hende, da skal han gifte sig med hende. Men løftet skal kunne bevises enten skriftligt med to gode mænds vidnesbyrd eller mundtligt med flere gode mænds vidnesbyrd, idet ”kærlighedsbreve og løse ord og løfter” ikke er nok.

Kravet om vielse før samleje blev i dagliglivet ikke altid taget særlig tungt, fordi mange var af den opfattelse, at den mundtlige trolovelsesaftale i vidners og præstens nærvær efterfulgt af samleje var tilstrækkelig. Parterne risikerede en kirkelig sanktion, men børn avlet af trolovede var ægtebørn, indtil Danske Lov 1683 ændrede dette og krævede, at vielse havde fundet sted eller dog berømmelse af vielse i tilfælde af brudgommens pludselige død.

I forarbejderne til Danske Lov, i Anden Revisionskommission (13. marts 1683)⁴¹, tilføjedes den særlige regel om adelens adgang til ægteskabsindgåelse ved ja-ord, altså kort før Lovbogens fremkomst 15. april 1683.

⁴⁰ Troels-Lund, bind XI, ss. 76–77.

⁴¹ V. A. Secher og Chr. Støchel (red.), *Forarbejderne til Kong Kristian V's Danske Lov*, bind II. København 1893–1894, ss. 358–359.

Der anførtes ingen særlig grund. Måske har de adelige medlemmer af kommissionen i sidste øjeblik villet sikre sig, at den gamle ægteskabspraksis fortsat var gældende for adelen, eftersom reglerne om ægteskabsindgåelse for almindelige mennesker ville blive skærpet med Danske Lovs fremkomst. Reglen uddybedes ved fr. 6. februar 1694, fordi sådanne ”Ja-Ords” løfter blandt de privilegerede ofte misbruges af disse som værende mindre fuldkomne og derfor lettere at tilsidesætte. Derfor skulle vidnerne give præsten det skriftligt tilkende straks efter brylluppet, således at dette ægteskabsløfte kunne holdes for lige så godt som almindelige ægteskabsløfter.

Der er således flere forhold, der tyder på, at adelsstanden i hele reformationsepoken og langt ind i det 18. århundrede har opfattet sig som berettiget til fortsat at følge de middelalderlige regler om ægteskabsaftaler ”de præsent” og til at vælge konkubinatet frem for ægteskabet, i tilfælde af en alliance med en ikke-adelig kvinde, der følgelig ikke kunne gøre krav på slægtsjorden. Når reglerne havde så svage sanktionsmuligheder over for adelige havde det sammenhæng med, at de fleste medlemmer var herskab og øvrighedsmyndighed på deres godser eller på de dem betroede len, hvor de handlede efter delegation fra kongemagten, hvorfor de var underlagt en vis immunitet, der først blev ophævet med Grundloven 1849.

Vedrørende almuen tyder undersøgelsen på, at den kan have opretholdt en praksis, hvorefter ægteskabsløfte efterfulgt af svangerskab var ægteskabsstiftende, trods reglerne om trolovelse, vidner og vielse, men at den ikke havde samme held til at undgå straf for overtrædelse af myndighedspåbud om at ophøre med et forærgeligt samliv.

Synet på konkubinat og ægteskab i det 18. og 19. århundrede

Den 4. januar 1799 afskaffedes trolovelsen, og det tillodes enhver at indgå ægteskab uden denne forudgående ceremoni. I begrundelsen fremhævedes, at trolovelse, som loven havde befalet skulle indgås af alle der ikke var af adel eller havde rang, inden selve ægteskabets indgåelse, var en unødvendig ceremoni og ikke sjældent en ”byrde for den arbejdende og nærrende klasse af undersåtterne, formedelst det tidsspilde og de unødvendige bekostninger som derved forvoldes”. Det særlige ægteskabsprivilegium for adel og rangklasser opretholdes fortsat.

Forordningen om præsters embede med hensyn til ægteskab af 30. april 1824 opregnede alle nødvendige formaliteter for ægteskabs indgåelse, f.eks.

foranstaltning af lysning, hvilket efter § 2 imidlertid ikke var nødvendigt, hvis ”brudgommen var af adel eller i rangen” samt de praktiske forhindringer, hvoraf flere kunne bevirke, at folk måske valgte det ugifte samliv i stedet, f. eks. fordi en af parterne modtog eller havde modtaget urefunderet understøttelse af fattigvæsenet eller ikke var i stand til at betale den nødvendige bryllupsafgift.

I sin lærebog i Familieret fra 1877⁴² definerede A.W. Scheel konkubinatet som den situation, hvor ”to personer af forskelligt køn føre et samliv, som om de var ægtefolk, uagtet den til et ægteskab nødvendige form ikke er iagttaget”. Er forholdet stiftet på livstid, plejer man at kalde det et ”samvittigheds-ægteskab”. T. Algreen-Ussing sondrede i sin Kriminalret fra 1859 mellem ”egentlige konkubinater” som han også kaldte ”temporære samlivsforhold” og det ”egentlige samvittighedsægteskab” som han kaldte samlivsforhold for livstid.⁴³ Men sådanne forbindelser var ulovlige d.v.s. umoralske, men ikke strafbare som sådanne, hvorfor de fra det offentliges side søgtes hævet. Overøvrigheden skulle indhente oplysninger om samlivets beskaffenhed og via stævningsmand lade forkynde en advarsel om at de adskilles. Vedblev de med at ”føre et forargeligt samliv”, skulle de tiltales ved domstolene og dømmes til fængsel. Det understregedes således, at det ikke var forbindelsen, der var strafbar, men undladelsen af at følge advarslen. Intet var således ændret fra de tidlige moraliserende og socialiserende reguleringer i 1600-tallet og frem til 1800-tallet ca. 200 år senere. Rent straffeteoretisk hørte den forseelse, der her var tale om til hovedkategorien: ”forbrydelser mod det offentlige” og mere specifikt til underkategorien ”forbrydelser mod sædelighedspolitiet”. Der synes at være en uoverstigelig kløft mellem det på etiske principper byggede ”samvittighedsægteskab” og den juridiske verdens opfattelse af dette forhold som en retlig nullitet.

Ved forordning af 12. juni 1812 bortfaldt pligten for ”slegfredbørns forældre” til at betale lejemålsbøder, eftersom de havde pligt til at opfostre og underholde disse børn. Kancelliet ønskede tillige efter kongens befaling at indskærpe den pligt, ”der såvel efter naturens bud som kongens lov påligger forældre i henseende til slegfredbørn”. Endnu i 1812 kunne man altså bruge terminologien slegfred og slegfredbørn. Det ser imidlertid ud som om be-

⁴² A. W. Scheel, *Familieretten fremstillet efter den danske Lovgivning*, 2. udgave. København 1877, s. 21–22.

⁴³ T. Algreen-Ussing, *Haandbog i den danske Kriminalret*. København 1859, s. 308.

grebet nu brugtes som synonym for uægte børn i almindelighed, bortset fra horebørn.⁴⁴

A. W. Scheel bruger 30 sider på at redegøre for slegfredbarnets retsstilling på grundlag af DL 5-2-70, som byggede på JL I, 21 og 22. Ikke mindst overraskende forekommer det med tanke på 1849-Grundlovens afskaffelse af enhver til titel, adel og rang knyttet forret. Men muligheden for at succedere i rettigheder knyttet til grevskaber og baronier bestod fortsat, hvilket må være baggrunden for den store opmærksomhed, som han viste spørgsmålet om slegfredbørns retsstilling som følge af legitimering ved påfølgende ægteskab eller af faderens kuldlysning. De legitimerede børn erhvervede alle de rettigheder, som udtrykkeligt var begrænset til ægtebørn, nemlig adelstand eller særlig rang, hvis faderen beklædte en af de første tre rangklasser.⁴⁵ Men det så andelede ud for de kuldlyste børn, selvom DL 5-2-70 direkte udtalte, at ”det barn, som af fader tinglyst vorder, må ingen vræge, at det jo holdes for ægtebarn”. Umiddelbart skulle man tro, at det kuldlyste slegfredbarn i enhver henseende skulle anses som ægte barn. Det afviste Scheel, idet han mente, at det kuldlyste barn i henseende til adelige rettigheder måtte anses for uægte, og at den nævnte sætning i 5-2-70 kun vedrørte den almindelige sociale dom over barnet, der altså socialt set skulle betragtes som ægtebarn. Han henviste også til ældre ret om adelige rettigheder, som ikke overførtes fra faderen til tinglyste slegfredbørn, og mente at synspunktet måtte støttes på DL 1-2-11, hvorefter adelen alene er de som for sig selv, deres ægtebørn og afkom er berettiget til adeligt skjold og hjelm.⁴⁶

Forarbejderne til Danske Lov synes dog at antyde, at sætningen i 5-2-70 om, at det barn som faderen anerkendte ved kuldlysning ikke måtte vrages, men skulle holdes for ægte, var mere end en social henstilling. Kravet fremgik udtrykkeligt af JL I, 22, som var en del af forlægget til 5-2-70, men blev ikke nævnt i de tidlige udkast. Den blev tilføjet i ”Første Projekt til en Lovbog 1669–1672”, faldt ud igen og blev genindført som en revisionstilføjelse med blæk i ”Det sidste Projekt til en lovbog” i Anden Revisionskommission 1675 og tilføjedes atter i Tredje Revisionskommission 1680–1681 med ordene ”må ingen slå mangel på, at det jo holdes for ægtebarn”.⁴⁷ Der må have

⁴⁴ *Salmonsens Konversations Leksikon*, 2. udg. Bd. XXI. København 1926, ”Slegfredbørn” af Poul Johs. Jørgensen.

⁴⁵ A. W. Scheel, s. 466.

⁴⁶ A. W. Scheel, s. 496–501.

⁴⁷ *Forarbejderne til Kong Kristian V's Danske Lov*, bind II, s. 119, 371, 485, 553.

været uenighed eller tvivl om sætningen skulle medtages, men når den kom ind til slut, var det ikke en tilfældighed. Måske var den adelige Scheel i sin tolkning lidt forudindtaget i spørgsmålet?

Afslutning

Afsluttende skal der siges et par ord om den indirekte straf for konkubinatet. Plakat af 12. juni 1827 afgjorde en kompetencestrid imellem overøvrigheden og Landsover-, samt Hof- og Stadsretten om hvem af disse, der skulle afgøre ”når personer af forskelligt køn, til forebyggelse af forargeligt samliv, skulle fjernes fra hinanden”, hvilket skulle påhvile overøvrigheden, mens domstolen skulle idømme straf på vand og brød i nogle dage eller forbedringshusarbejde i 2 år. Retspraksis fra 1800-tallet viser, at den almindeligste straf var fængsel på vand og brød i 4 dage eller 2 gange 4 dage.⁴⁸ Straffeloven af 1866 skulle fortsat værne om ægteskabets hellighed og opretholdt straffen i § 178 for ”forargeligt samliv” efter advarsel, men den hidtidige praksis med lemfældige domme fortsatte århundredet ud. Hvis der var særlige undskyldningsgrunde, kunne der frifindes.

Carl Torp kritiserede straffelovskommissionens forslag til ny straffelov af 1917, som havde tænkt sig at opretholde denne straf. Han mente, at ”konkubinatets strafbarhed, der kun er en reminiscens af gammelkirkelig straffejustits mod den, der krænker kirkens fordring om ægteskab som eneste tilladelige kønsforbindelse efter nutidens opfattelse af disse forhold ingen berettigelse (har) og rammes af alle mod § 178 ofte fremførte indvendinger: at den virker som en klasselov, fører til indblanding i folks private liv og moralopfattelse, skaber stærk fristelse til angiveri...”

Denne klare kritik fremsættes i øvrigt næsten samtidig med, at Familieretskommissionens udkast til ægteskabsloven rejste spørgsmålet om valget mellem ægteskab og konkubinat. Efter retspraksis var det småkårsfolk, der kom i klemme i systemet, oftest fordi de ikke havde råd til at gifte sig eller ikke måtte gifte sig på grund af fattighjælpsreglerne. Med straffeloven af 1930 afskaffedes straffen for forargeligt samliv, men Rigsdagen ønskede ikke via lovgivning at gøre det lettere at vælge det ugifte samliv frem for ægteskabet. En sådan lovgivning savnes stort set stadig. I 1880'erne under sædelig-

⁴⁸ *Juridisk Ugeskrift*. København 1839–1840, s. 348; *Juridisk Ugeskrift*. København 1867, s. 98–100; og *Juridisk Tidsskrift*, 13. Bind, 2. hæfte. København 1827, dom nr. 22, s. 104.

hedsdebatten betragtedes det ”frie ægteskab” som udtryk for en socialistisk tankegang, og 100 år senere blev der netop af Socialistisk Folkeparti fremsat forslag til lovgivning om muligheden for at indrette sig med sådanne alternative samlivsforhold, men stadig uden held. Ved indgangen til det 21. århundrede er spørgsmålet om retssikkerheden omkring ugifte samlivsformer stort set overladt til det private initiativ. Mange gifter sig stadig af frygt for uønskede juridiske konsekvenser af det ugifte samlivsforhold.

Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calonius och upphovet till lagenlighetstillsyn i den Kejsarliga regeringskonseljen

MATTHIAS CALONIUS OCH DEN FINSKA RÄTTSVETENSKAPEN I BÖRJAN AV AUTONOMITIDEN

Matthias Calonius (1738–1817) nämns vanligen som den mest betydelsefulla påverkaren av den premoderna rätten och den begynnande finska rättsvetenskapen i slutet av 1700-talet och i början av 1800-talet. Han verkade först som biträdande lärare vid den filosofiska fakulteten vid Åbo Akademi, från år 1771 som lärare vid den juridiska fakulteten och som professor i rättsvetenskap från år 1778. 1793–1800 var Calonius medlem i den högsta domstolen i Sverige. När Finland som följd av kriget 1808–1809 blev ett autonomiskt storfurstendöme av det ryska kejsardömet, verkade Calonius som sakkunnig i ordningsställandet av den inhemska förvaltningen. 1809–1816 var Calonius prokurator, lagövervakaren i det nygrundade regeringsorganet, regeringskonseljen.¹

Calonius hade en mångsidig förbindelse till rättsvetenskapens utveckling i slutet av 1700-talet och i början av 1800-talet. Calonius var närmast en (efter)naturrättslig konservativ, och i hans (mestadels på latin utgivna) skrivelser uppdagades den för naturrätten typiska indelningen till rättens naturliga, igenkännbara lagar och till positiv rätt som ett system producerat av

¹ Se närmare t. ex. Björne Lars, *Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia I*, Stockholm 1995 och Klami Hannu Tapani, *Suomen oikeustiede Ruotsin vallan aikana II: nollatilasta Matthias Caloniukseen*, Åbo 1982.

staten. Betoningarna i Caloniuss rättsliga tänkande syftade på klassificering av statens rätt och rättsvetenskap, vanligen på ganska praktisk plan, och som förespråkare för naturrättsligt samhällskontrakt pekade Caloniuss på statens (regenthusets) väsen som företrädare för den allmänna lagstiftningsviljan, i vars fullbördan naturrätten och de positiva lagarna sammanfogades till en rättslig helhet. Detta å sin sida visade sig i Caloniuss synpunkter på grunderna av tolkning av rätten och lagarna; i motsats till vissa drag av upplysningens rättsliga tänkande (till vilka Caloniuss hade en mestadels kritisk inställning) ansåg Caloniuss den rättsliga tolkningen vara först och främst en produkt av staten och dess rätt av staten dvs. härskaren, inte så mycket anvisningar om rättens innehåll som utfärdats av det rättsliga systemet eller rättsvetenskapen som observerat systemet.

Caloniuss utgav en omfattande produktion, t ex. om civilrätt (*Föreläsningar av Civilrätt, Praelectiones in Jurisprudentiam civilem*, utgivna tryckta på latin 1810, översätt. till finska 1908), straffrätt samt process- och kyrkorätt. Produktionen har samlats till verket *Opera omnia I–IV*, som utgavs av A. I. Arwidsson i Stockholm 1829–1836.

UTFORMNINGEN AV DEN KEJSERLIGA REGERINGSKONSELJEN OCH DESS PROKURATORSÄMBETET

Kampen om stadgandet av lagövervakning

När Finland som en följd av kriget 1808–1809 mellan Sverige och Ryssland blivit del av det ryska kejsardömet, blev det aktuellt att organisera Finlands förvaltning för den här nya statliga konstellationen.² När lantdagsstäderna på inbjudan av kejsaren Alexander I hade samlats, sattes, på grund av en motion³ om grundandet av en regeringskanselj, en speciell kommitté för förberedning av ett förslag om organisering av Finlands centrala förvalt-

² T. ex. Jussila Osmo, *Suomen perustuslait venäläisten ja suomalaisten tulkintojen mukaan 1808–1863*. Helsingfors 1969, s. 18–21.

³ T. ex. Rauhala K. W., *Suomen keskushallinnon järjestämisestä vuosina 1808–1809 I*. Helsingfors 1910, s. 143–144; Torvinen Taimi, *Valtioneuvoston historia 1917–1966 I*. Helsingfors 1978, s. 14–17; och Inha Jyri, *Valtioneuvoston oikeuskanslerin virka-aseman muotoutuminen 1917–1919*. Vammala 1997, s. 43–44.

ning. Som ordförande för kommittén tillsattes ordförande för prästståndet, biskop Jacob Tengström, och kommittén hade från första början en stark förbindelse till de åsikter som kejsaren och hans närmaste rådgivare företrädde om organisering av Finlands översta förvaltning.⁴

Kejsarens närmaste rådgivare, speciellt statssekreterare Mihail Speranskij, fungerade under kommitténs arbete aktivt för att inrikta detta på spår som var gynnsamma för St. Petersburg. Samtidigt när kommittén höll på att organisera sig, bad Speranskij, på grund av sina diskussioner med kejsaren, professor Matthias Calonius, Finlands dåtida kanske mest kända jurist, att delta i kommitténs arbete som dess rådgivare och förberedare av några förslag till stadganden. Valet av Calonius hade utan tvivel att göra både med hans vitt kända juridiska sakkunskap och med situationens politiska särdrag. Speranskij, som strävade efter att få den nya centralförvaltningen accepterad både av St. Petersburg och av de finska ständerna, höll – inom ramerna av den fortfarande oförändrade ryska härskarabsolutismen – ett öga på funktionaliteten av den nya rysk-finska dubbelregimen samt några också i St. Petersburg ännu mera moderna tankar om organisering av den exekutiva makten under kejsaren enligt västeuropeiska förebilder. Kejsarrikets nya gränsland skulle få ett västerländskt ansikte, uppburen på tsarens händer.⁵

På grund av dessa skäl strävade Speranskij som sin kejsares representant efter att både övervaka progressionen av arbetet av ständernas kommitté och att leda detta också via finska sakkunniga till vissa riktningar. Detta förklarar både de senare skeden av kommitténs förslag och Calonius verksamhet under projektets lopp.

När kommitténs första förslag (*"Underdånigaste förslag till nya Finlands Regerings Konselj"*) redan innehöll huvuddragen av organisationen för den senare regeringskonseljen, bl.a. divisionen i två avdelningar enligt indelningen av rättsliga och civila ärenden, och när det blev färdigt redan några

⁴ Tyynilä (*Senaatti*. Helsingfors 1992, s. 24 ff) har beskrivit kommitténs karaktär som "kejsarens kommitté i ständernas kommittés kläder". Skissen till anordnande av Finlands centralförvaltning, som förberetts före Borgå lantdagar och till vilkets utformning bl.a. general G. M. Sprengtportens föreställningar till Alexander I (se närmare t. ex. Tyynilä, s. 17–23 och Rauhala, s. 143–145) påverkat, skulle enligt kejsarens och hans rådgivares (i synnerhet Mihail Speranskij) vilja behandlas i en kommitté som var utklädd till ständernas kommitté – detta förutom för att slutföra skissens innehåll också för att finnarna kunde godkänna den som "sitt eget" förslag.

⁵ Speranskij's brev till Calonius 3.4.1809, Lantdagsprotokoll av prästståndet 1809, s. 494. Se också t. ex. Tyynilä, s. 16–18 och 24–25 samt Inha, s. 44 ff.

dagar efter tillsättandet av kommittén, har Speranskij och hans medhjälpare ansetts ha givit kommittén förslagets huvudsakliga innehåll redan vid tillsättandet av kommittén. När också Calonijs sedan på basis av kommitténs förslag gjorde sitt förslag (*"Underdånigaste förslag till organisation av nya Finlands Regerings-Konselj"*) på bara ett par veckor, är det sannolikt att också han visste om St. Petersburgs åsikter angående projektet åtminstone mestadels förut. Detta förklarar också de nymodigheter som var i Calonijs förslag och som hade en betydande inverkan på både utformningen av regeringskonseljen och på Calonijs egen verksamhet som dess första lagövervakare.⁶

Typiskt för Calonijs förslag var både dess delvis märkbart detaljerade innehåll och dess fokusering på några punkter som inte hade behandlats i kommitténs första förslag. Också på grund av sin egen bakgrund (professor i juridik vid Åbo Akademi, f.d. medlem i den högsta domstolen i Sverige) framhävde Calonijs i sitt förslag kontinuiteten av svensk rätt, den kollegiala strukturen och procedurerna för beslutfattandet i den nya finska centralförvaltningen enligt den samt lagbundenheten av de översta lagskipnings- och förvaltningsfunktionerna. För det sistnämnda föreslog Calonijs till IV kap. (26–28 §) av den nya "organisationen" speciella stadganden om regeringskonseljens lagövervakning, utförd av en ny ämbetsman, regeringskonseljens justitiekansler (*Justitiae-Canceller*).⁷

Enligt 26 § i Calonijs förslag hörde övervakningen av regeringskonseljens funktioner till generalguvernören, kejsarens representant som högsta ämbetsman i autonoma storfurstendömet dubbel förvaltning, som dock assisterades av justitiekanslern som var utnämnd av kejsaren. Justitiekanslerns uppgift var att enligt den av kejsaren fastställda instruktionen (*Instruction*) i all noggrannhet övervaka lagbundenhet av lagskipning och ekonomiska förvaltningsärenden – dvs. funktionerna av konseljens två avdelningar (departement) – så att landets grundlagar (*Constitution*) samt ständernas privilegier förblev okränkta och att i alla ärenden följdes rättvisa och ordning och att de lagsökande behandlades milt och med god vilja.

I delen som rörde lagövervakning strävade Calonijs i sitt förslag på detta sätt efter att åstadkomma kontinuitet till Sveriges justitiekansler-institution,

⁶ Närmare t. ex. Tyynilä, s. 27 ff. Calonijs gav sitt förslag (Allerunderdånigaste förslag till organisation af en Regerings-Conseil för nya Finland) till kommittén 18.4.1809. Förslaget t. ex. i verket Matthias Calonii, *Svenska Arbeten* (Supplementband), Helsingfors 1870.

⁷ Närmare Inha, s. 44 ff.

som sedan den karolinska tiden hade utformats till konungens och hans regerings överste kronjurist, konungens juridiska rådgivare och kollegiernas (den översta centralförvaltningen som härskades av den översta adeln) lagövervakare och som efter ständernas tid hade i regeringsformen (1772) av Gustaf III klart igen fått en ställning som kronjurist. Eftersom Calonius också efter början av autonomitiden höll sina förbindelser till Stockholm aktiva, var han utan tvivel också medveten om kontinuiteten av justitiekanslersämbetet i den nya svenska regeringsformen 1809 – i hög grad sådant som det varit i de gustavianska grundlagarna (1772 års Regerings-Form, 1789 års Förenings- och Säkerhets-Act). Just av dessa skäl hade justitiekanslern i Calonius förslag mestadels samma funktioner som sin företrädare i de gustavianska stadgandena: 1) allmän övervakning av efterföljande av lagar och författningar samt av laglighet av ämbetsutövande, med uttrycklig plikt att rapportera till kejsaren, 2) justitiekanslerns ”institutionella” plikt att vara närvarande i konseljens sessioner och övervaka dem samt plikten att granska konseljens protokoll och annat material, och 3) vissa åklagarfunktioner och funktioner som övervakare av åklagarna. Motiveringar för och omständigheter kring denna kompetens var dock helt annorlunda än tidigare.⁸

I autonomitidens nya maktpolitiska konstellation, vid organisering av rysk-finsk administration i teori och praxis, var Calonius tvungen att justera de här kontinuitetsfaktorerna så att det i kejsarens och hans rådgivares ögon kunde manifesteras ett acceptabelt förhållande till det förra moderlandet. Detta betydde att lagövervakningsstadgandena i Calonius förslag utformades till en helt genomtänkt men för politiska skäl osynlig balans mellan generalguvernören som kejsarens representant och högsta ryska ämbetsman i landet, och justitiekanslern, regeringskonseljens lagövervakare som enligt Calonius idéer skulle vara så inhemsk och obunden som möjligt. I den på många sätt öppna och osäkra maktkonstellationen, som karakteriserade början av autonomitiden mellan finnarna och deras nya härskare, strävade Calonius efter att i all tysthet omorganisera den gustavianska kronjuristens maktbefogenheter till ett skydd för den finska regeringen i möjliga framtida kamp mot kejsarabsolutismen.

Kejsarens rådgivare i St. Petersburg, först och främst Speranskij, förblev dock inte omedvetna av dessa betoningar i Calonius förslag. Ryssarnas motslag kom genast efter att ständerkommitténs slutliga förslag var färdigt.

⁸ Närmare t. ex. Inha, s. 33–43.

I ständernas slutliga förslag, som blev färdigt i slutet av april⁹, omnämndes både justitiekanslern enligt Calonius förslag och en advokatfiskal för alla regeringskonseljens expeditioner. Om kompetensutdelning mellan justitiekanslern och advokatfiskalen stadgades dock inte uttryckligt, och närmare regler om justitiekanslerns uppgifter såsom i Calonius förslag saknades mestadels. Liksom påvisats i tidigare forskning¹⁰, häntyder ständernas förslag som helhet på det faktum, att advokatfiskalens ämbete hade fokuserats till åklagarfunktioner och övervakandet av åklagarna, möjligen också av konseljens expeditioners procedurer – vilket betydelse hade betonats redan i ständernas tidigare preliminära förslag och Calonius förslag.¹¹

Detta var dock inte tillräckligt för ryssarna, som hade hela tiden syftat till att inverka på ständernas arbete (se s. 2). Efter ständernas förslag blivit färdigt gjorde Speranskij och hovrättsassessoren Rob. H. Rehbinder som assisterade honom på grundval av det ett nytt förslag till lantdagen för att där få ständernas utlåtande av saken. I detta sammanhang lämnade Speranskij ut ur det förslag som nu var på väg till lantdagen några helheter som, t.ex. paragraferna om regeringskonseljens lagövervakning och justitiekanslerns ämbete som speciellt framförts av Calonius. Speranskij, som lite tidigare med största sannolikhet aktivt hade medverkat till att det – vid sidan av justitiekanslerreglerna – också skulle finnas stadganden om regeringskonseljens advokatfiskal i ständernas förslag, strävade nu – när han ville avskaffa justitiekanslersparagraferna helt – efter att förändra det planerade advokatfiskalämbetet till en tydligt mera allmänt definierade lagövervakare än den som fanns i Calonius förslag.¹²

Orsakerna till detta var ännu en gång allmänpolitiska. Bakgrunden till Speranskij förslag, den västeuropeiskt färgade men dock ännu endast av kejsarabsolutismen formade omgivningen för lagförberedningen i St. Pe-

⁹ Förslagsdokumentet som undertecknats av ständernas kommitté är odaterat, men i texten som kopierats till Pehr Törnqvists kopieinsamling är datumet givet som 25.4.1809. Se närmare t. ex. Tyynilä, s. 30.

¹⁰ Särskilt Inha, s. 44–45. Hidén Mikael (Säätyin asiamiehestä oikeusasiamieheen. Lainvalvoja-idean vaiheita ennen hallitusmuodon säätämistä. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1967, s. 346–376) har hänvisat (s. 353–354) till paragraf 4 och 9 i kommitténs förslag och ansett att det i advokatfiskalens kompetens hade varit tilltänkt att särskilt infoga övervakande av konseljens tjänstemän. Advokatfiskalen hade då fungerat som högsta övervakare av konseljens förvaltning och justitiekanslerns uppgifter hade fokuserats på övervakande av åklagar- och domstolsämbetet.

¹¹ Se också tidigare s. 2.

¹² Närmare t. ex. Tyynilä, s. 27–32.

tersburg, uttryckte försiktighet och ovilja att vid organisering av centralförvaltning för det nya gränslandet binda sig till någonting mer än vad man hade vant sig vid i kejsardömet och dess allmänryska rättskultur à la *ancien régime*. Speciellt en sådan reglering som föreslagits av Calonijs var i sin detaljerade indispositiva natur alltför svensk och riktade uppmärksamhet på övervakning av lagskipning och förvaltning samt upphållandet av (de gustavianiska) grundlagarna på ett sätt som man inte lätt kunnat förklara åt kejsaren.

Den här motsättningen framhövdes snart i senare skeden av projektet. Olikheterna mellan synpunkterna av Calonijs och ryssarna kristalliserades så småningom till olika åsikter om den ömsesidiga positionen mellan generalguvernören som ordförande för regeringskanseljen och lagövervakaren (justitiekanslern eller advokatfiskalen). Detta betydde att kampen om naturen av kanseljens lagövervakning kanaliserades till tolkning och praxis. Avgörande för dem var åter vem som kom att uppta de väsentligaste positionerna för lagövervakning i den nygrundade kanseljen, som generalguvernör och som kanseljens lagövervakare (eller lagövervakare för en del av kanseljen).

Eftersom ständerna redan med ett separat lantdagsförslag¹³ hade tagit ställning till grundandet av justitiekanslersämbetet och då det här förslaget inte hade enhälligt accepterats hos ständerna, sade dom i sitt utlåtande om Speranskij's förslag ingenting om grundandet av ämbetet. Sålunda innehöll den nya instruktionen för regeringskanseljen som föredrogs till kejsaren i slutakten för Borgå lantdag och som kejsaren 18.8.1809¹⁴ underskrev endast – och helt enligt Speranskij vilja – allmänna stadganden om lagövervakning i kanseljen dvs. stadgandena om departementens advokatfiskal. Maktkonstellationen mellan generalguvernören som kejsarens representant och inhemska ämbetsmän i kanseljen tycktes då betonas så att också advokatfiskalen, lagövervakaren för kanseljen eller delen av den skulle vara klart underordnad generalguvernören och utan även indirekt kompetens för tillsyn av generalguvernörens ämbete.¹⁵

¹³ Petitionsförslaget om grundande av justitiekanslersämbetet hade framförts i adelsståndet 30.6.1809, och Speranskij's förslag utdelades till ständerna först efter att det framförts. Traditionen om en gustaviansk lagövervakare från svenska tiden syntes på Borgå lantdagar: som tillfällig, för lantdagen utsedd justitiekansler fungerade företrädaren för adelsståndet, Åbo hovrätts president A. Tandefelt. Närmare t. ex. Inha, s. 45 och Tyynilä, s. 31.

¹⁴ Enligt den s.k. gregorianska kalendern.

¹⁵ Närmare t. ex. Inha, s. 46 ff.

När grundandet av regeringskonseljen höll på att få sin reglering på sommaren 1809, strävade den till generalguvernör redan valda Mihail Barclay de Tolly efter att definitivt ingripa i den faktiska organiseringen av konseljen och dess lagövervakning. Av orsaker som hade sin basis i hans egen ställning hade Barclay de Tolly redan i juni 1809 givit ett utlåtande om förslaget av ständernas kommitté och Speranskij, som berörde framför allt kompetensförhållandena mellan generalguvernören och gränslandets övriga översta centralförvaltning. Där ansåg Barclay de Tolly m.m. att det utöver generalguvernören inte behövdes något annat förvaltningsorgan i Finland och att ärendena som hade med finsk lagskipning att göra borde hanteras genom en ny speciell domstol i St. Petersburg. När Speranskij dock gick framåt med sitt eget, genom ständerna behandlade förslag, nöjde Barclay de Tolly sig – efter att ständerna givit sitt utlåtande om Speranskij's förslag – med att kommentera några punkter i förslaget som redan var på väg till kejsarens godkännande. De här kommentarerna berörde först och främst utnämmande av regeringskonseljens medlemmar och föredragningsprocedurer i konseljen. Desto viktigare blev dock från Barclay de Tollys synpunkt ställningen av de personer med vilka han skulle utöva sin nya makt som kejsarens närmaste representant och ordförande för det nya regeringsorganet i Finland.¹⁶

När kejsaren fastställt den nya instruktionen för regeringskonseljen framträdde kampen om lagövervakningens natur i konseljen i översättandet av instruktionen på ett karakteristiskt sätt. Efter att Speranskij hade genom tillvägagångssätt som granskats tidigare eliminerat stadgandena om gustaviansk justitiekansler från ständernas förslag och när lagövervakning i konseljen hade intagits bara i advokatfiskalens uppgifter (som var bara allmänt definierade), hade Speranskij i sitt slutgiltiga franskspråkiga förslag kallat advokatfiskalen "Procureur". Detta var ägnat att identifiera – knappast tillfälligtvis – ämbetet med rysk centralförvaltningstradition med rötterna i Katarina den Stores regeringsperiod, enligt vilken huvudprokuratorn ledde kejsardömet's justitieförvaltning, vanligen som ordförande för regerande senat, från år 1802 också som chef för justitiedepartementet.¹⁷

Eftersom advokatfiskalens kompetens som lagövervakare i regeringskonseljen dock var avsiktligt allmänt formulerad och när det inte kunde finnas något tvivel på ämbetets ovillkorligt underordnade natur i relation till

¹⁶ Om Barclay de Tollys åtgärder vid organisering av regeringskonseljen se närmare t. ex. Tyynilä, s. 30 ff och Inha, s. 46 ff.

¹⁷ Närmare Inha, s. 46–47 och 21 ff.

generalguvernören, var det nya regeringsorganets ”Procureur” en skicklig st. peterburgisk kombination av mera skenbar självständighet som prekonstitutionalistisk lagövervakare och symboliken av den absolutistiska ryska centralförvaltningstraditionen. De finska gustavianerna, speciellt Calonius, försökte dock förändra denna situation till sin fördel redan under översättningsprocessen av det franskspråkiga förslaget och under den praktiska organiseringen av konseljen som var samtidigt på gång.¹⁸

Översättningen till svenska av det slutgiltiga förslaget granskades och godkändes i det nya regeringsorganets plenum 3.10.1809. I översättningen, som har ansetts¹⁹ vara av Jacob Tengström och Calonius, hade advokatfiskalen i ständernas förslag – som av Speranskij hade alltså förändrats till ”Procureur” – översatts vara ”Conseillens Procurator”. Det nya regeringsorganets lagövervakare, som enligt Calonius ursprungliga målsättning skulle ha grundats som så självständig som möjligt, fick alltså ett ämbetsnamn som kunde innebära direkt identifiering av ämbetet med den ryska förvaltningen men också hänvisa till lagövervakarens (i jämförelse med rysk förvaltningstradition) mera självständiga position i förhållande till *hela* konseljen.²⁰

Formellt var innehållet av instruktionen om den nya lagövervakaren, prokuratorn, på grund av sin historia ganska allmänt. Enligt 6 punkten i instruktionen nämnde kejsaren omedelbarligen prokuratorn, som enligt 27 punkten var omedelbarligen underkastad generalguvernörens befallningar. Enligt 31 punkten ålåg det prokuratorn bevaka att 1) ”ordning och skick i Rättegången, och vid målens hanterande, iakttages”, och att ”Conseillens Tjenstemän noga fullgöra sina skyldigheter, och att deras Embetsfel varda, efter Lagarnas stränghet, beifrade”.

Så var den lagstadgade ämbetspositionen av regeringskonseljens nya lagövervakare klart svagare än denna av den gustavianska justitiekanslern. Prokuratorsämbetets i St. Petersburg planerade underordnade natur i förhållande till både kejsaren och som hans representant i gränslandets förvaltning fungerande generalguvernör fokuserade prokuratorns kompetens – liksom

¹⁸ Om de ”ungkonstitutionella” dragen i Speranskij's idéer, om deras förbindelse t. ex. med fransk statslära, särskilt Montesquieus åsikter samt om deras inflytande på regeringskonseljens struktur och uppgifter se närmare t. ex. Rauhala, s. 214, Jussila, s. 31–33, Tyynilä, s. 37–40 och Inha, s. 46.

¹⁹ Tyynilä, s. 33. Tyynilä hänvisar till denna del till ett rekommendationsbrev som Speranskij skickat till Barclay de Tolly.

²⁰ Översättningens godkännande framkommer ur regeringskonseljens plenumprotokoll 3.10.1809.

den av advokattfiskalen i Speranskijs planer – till tillsyn av lagligheten av konseljens tjänstemäns aktiviteter och till översyn av annan lagskipning.

När stadgandena och deras översättningar blivit färdiga blev det väsentligaste i kampen om den nya lagövervakarens position den faktiska, även personliga konstellation i vilken de tillämpades. Där spelade både den händelserika historien av förberedningen av instruktionen och personerna som kom till posterna av generalguvernören och prokuratorn i den nya regeringskonseljen en avgörande roll i hur den nya lagövervakaren, senare lagövervakarinstitutionen faktiskt började se ut.

Prokurator Calonus och funktionerna av en självständig lagövervakare

Eftersom generalguvernör Barclay de Tolly var tvungen att nöja sig med Speranskijs och ständernas förslag om regeringskonseljens struktur och uppgifter som beredare samtidigt i både rättsliga och ekonomiska ärenden, måste han genast när konseljen började sitt arbete stöda sig till annan sakkunskap speciellt när det gällde rättsliga frågor. I denna situation kom det nya lagövervakarämbetet, prokuratorn genast till nyckelposition. När konseljens sammansättning skissades, föreslog Barclay de Tolly i sitt brev till Speranskij 4.8.1809 att Calonus skulle nämnas till prokurator eller – om han inte skulle bli godkänd av kejsaren – till medlem av justitiedepartementet i konseljen; i båda fall skulle generalguvernören ha haft Calonus sakkunskap till sitt förfogande speciellt när det gällde de nya förvaltningsprocedurerna till vilka Barclay de Tolly hade hänvisat redan tidigare vid förberedning av instruktionen (se s. 42).²¹

När Barclay de Tolly prioriterade Calonus uttryckligt för prokuratorsämbetet ville han, förutom att ha Calonus kunskaper till konseljens förfogande, skaffa sig en egen personlig rådgivare speciellt i rättsliga ärenden. Samtidigt påverkade han också – efter kejsaren godkänt generalguvernörens förslag till regeringskonseljens sammansättning utan förändringar – till förbättring av Calonus materiella ämbetsposition, t ex. löneförhållanden så att prokuratorsämbetet kunde identifieras med ämbetet av konseljens medlem. Den här faktiska förändringen av prokuratorsämbetets status som skedde genast vid grundandet av regeringskonseljen var ägnad att skaffa möjlighe-

²¹ Närmare t. ex. Rauhala, s. 235 ff och Tyynilä, s. 44 ff.

ter för även väsentlig förbättring av prokuratorns faktiska position i jämförelse med den för advokatfiskalen planerade ställningen. Samtidigt innebär det dock också att prokuratorns ämbetsposition definitivt kopplades med generalguvernörens som honom uttryckligt underordnad. Punkten 27 i regeringskansljens instruktion, enligt vilken prokuratorn var generalguvernörens ”befallningar omedelbarligen underkastad” gjorde generalguvernören till landets översta förvaltningsövervakare, vilket alltså förändrade den gustavianska traditionen i vilken lagövervakare-justitiekanslern hade varit den enda och översta övervakaren av förvaltning och lagskipning, direkt och endast ansvarig gentemot konungen eller ständerna.²²

I den här korssjön började Calonijs genom sina aktiviteter skissa praktiska funktioner för autonomitidens prokuratorinstitution. Hans verksamhet hade klar förbindelse till hans tidigare åsikter om positionen och uppgifterna av justitiekanslern för det översta regeringsorganet. Den förbättring i prokuratorns status som Barclay de Tolly hade av sina egna skäl åstadkommit, kompletterades av Calonijs självständiga och aktiva arbete.

Den företagsamma prokuratorn och reformerna av instruktionerna 1811–1812

Snart efter att Calonijs hade börjat i sitt nya ämbete blev det igen aktuellt att definiera prokuratorns ämbetsposition i stadgandena. Detta berodde både på behovet av att precisera några ganska generellt formulerade delar, t.ex. regler om lagövervakning, i konseljens instruktion och på strävanden att stärka St. Petersburgs och generalguvernörens grepp i funktioner av det översta finska regeringsorganet. Kejsaren Alexander I bekräftade redan i februari 1811 – halvtannat år efter grundandet av regeringskanseljen – instruktionerna för generalguvernören och prokuratorn. När konseljen hade blivit informerad av dem, väckte de uppmärksamhet speciellt till de delar där de klart ökade generalguvernörens självständiga kompetens mot både konseljen och dess prokurator. Konseljens motstånd till detta kulminerades i åsikten att de nya reglerna var mot finska lagar och mot den av kejsaren fastställda konseljinstruktionen, och personifierades snart i prokurator Calonijs.²³

Rättsligt motstånd av Calonijs och konseljen samt Calonijs förhandlingar med generalguvernör Fabian Steinheil ledde våren 1811 till åtgärder från

²² Närmare t. ex. Inha, s. 47 och 33–43.

²³ Närmare t. ex. Rauhala, s. 384–421.

Steinheils sida. Följden av dessa var att kejsaren godkände både att låta instruktionerna granskas och tillämpning av dem inhiberas och – lite senare – tillsätta en speciell granskningskommitté²⁴ för instruktionerna. När konseljen enligt generalguvernörens medgivande fick välja kommitténs medlemmar utifrån konseljen själv, fick konseljen och dess aktiva prokurator inflyta till förändringar av instruktionerna, vilket högst antagligen var Calonius avsikt. Calonius förberedde i maj 1811 en kommentar om generalguvernörens instruktion, och hans biträde, prokuratorsadjoint Rob. H. Reh binder en kommentar om prokurators instruktion. Innehållet av de här kommentarerna var centralt för förslag som granskningskommittén gjorde åt St. Petersburg och på basis av vilka de nya förändrade instruktionerna blev fastställda av kejsaren 12.2.1812.²⁵

Den nya, enligt Calonius åsikter förändrade instruktionen för regeringskonseljens prokurator kom att forma en väsentlig del av stadganden om prokurators ämbete under autonomitiden. I den motsvarade prokurators ämbetsställning i mången mån den gustavianska justitiekanslerns uppgifter å ena sidan i tillsyn av lagenligheten av översta regeringsmaktens procedurer, å andra sidan i övervakning av landets allmänna förvaltning och lagskipning. Prokurators förbindelse till utövandet av den översta statliga makten genom kejsaren och hans representant i regeringskonseljen, generalguvernören, blev dock sådan som den oundvikligen efter autonomins nya statliga konstellation blivit förändrad till.

Den ömsesidiga positionen mellan prokuratorn och generalguvernören förorsakade då dualism som syntes redan i funktionerna av Barclay de Tolly och Calonius: i den kejserliga autonomins förvaltningssystem måste prokuratorn enligt det ryska, i planering av regeringskonseljen dominerande tanke sättet ställas generalguvernören underordnad redan på grund av den ämbetsposition som generalguvernören som rysk ämbetsman och kejsarens representant i konseljens ledning hade. Samtidigt var prokuratorn dock ännu också autonomins och dess inhemska centralförvaltnings tillsynsmyndighet i den tidigare gustavianska traditionens anda. Prokuratorn var därför i princip kompetent också för tillsynen av lagenligheten av generalguvernörens funktio-

²⁴ Om kommittén närmare t. ex. Tyynilä, s. 71–75.

²⁵ Närmare t. ex. Rauhala, s. 393 och Matthias Calonii, s. 68–75. De nya instruktionerna som var stadfästa av kejsaren framfördes till regeringskonseljen 22.2.1812. Regeringskonseljens plenumprotokoll 22.2.1812. Instruktionerna t. ex. i verket *Storfurstendömet Finlands Grundlagar jemte Ståndsprivilegierna och gällande Författningar angående Styrelseverket*.

ner – ett faktum vilket var uttryckligt viktigt för Calonius redan i förberedning och översättning av regeringskanseljens instruktion när han betonade prokurators rätt till lagövervakningen av *hela* konseljen.²⁶

Den företagsamma prokuratorn och begränsande förvaltningspraxis

När reformerna av instruktionerna åren 1811–1812 slutade i mångt och mycket med regeringskanseljens och dess prokurators seger, blev Calonius verksamhet under hans tjänstperiod (1809–1816) också ganska initiativrik och gav uttryck åt prokurators nya kompetens vitt ja självständigt. Calonius befäste praxis som blev mycket symptomatisk för ämbetets senare historia och enligt vilken prokuratorn vanligen var närvarande i konseljens sessioner och framförde till konseljens plenumprotokoll sina åsikter om procedurenas lagenlighet. Dessutom verkar Calonius ha använt den rätt han enligt 7 paragrafen²⁷ i prokurators instruktion hade att göra föreställningar i situationer i vilka konseljen eller generalguvernören hade lämnat prokurators anmärkningar ”utan uppmärksamhet”.²⁸

Eftersom Calonius strävade efter att befästa prokurators rätt att övervaka hela konseljen var han klart initiativtagare också i tillsynen av förvaltningen av konseljens departement och deras expeditioner. När in till prokurators instruktion av år 1812 hade – till följd av Calonius åtgärder som hänvisats till tidigare – tagits en speciell paragraf²⁹ om prokurators plikter i tillsynen

²⁶ Se också tidigare s. 37–40.

²⁷ Se tidigare s. 46.

²⁸ Ett typiskt exempel på Calonius initiativtagande i utvecklandet av utlåndepraxis är prokurators åsikt om grunderna till konseljens beslut i regeringskanseljens plenum 18.4.1810. Regeringskanseljens plenumprotokoll 18.4.1810. – Då konseljen i sitt beslut avviker från den åsikt, som prokuratorn framfört, lämnade denna sitt skriftliga utlåtande att tillfogas till konseljens protokoll. Konseljen ansåg dock i sitt sammanträde 15.5.1810 att utlåndet inte skulle införas i protokollet, eftersom man inte ansåg prokuratorn ha rätt att kritisera konseljens åsikter. Regeringskanseljens plenumprotokoll 15.5.1810. – Då den tidigare behandlade § 7 i prokuratorsinstruktionen från år 1812 framtog möjligheten till en dylik tolkning, strävade Calonius efter dess ikraftträdande att befästa den nya rättsnormens effektiva tillämpning som en del av prokuratorsämbetets förstärkning gentemot konseljen som helhet. Se t. ex. regeringskanseljens protokoll oktober–december 1814.

²⁹ Denna rättsnorm var § 5 i instruktionen enligt vilken det var prokurators plikt att efterfölja ”att Protocollerne i Conseillen riktigt blifva förde och i rättan tid justerade, samt att expeditionerne i likhet med Besluten författas och skyndsammelige utfärdas. Skulle

av konseljens förvaltning, syns Calonius ha använt detta som medel för förstärkning av prokuratorns roll som självständig vägvisare för hela konseljen.³⁰

Prokurator Calonius position som regeringskonseljens och generalguvernörens centrala rättsliga rådgivare förstärktes av den nya instruktionen av år 1812 och framför allt av den förvaltningspraxis han befäste. Denna position växte enligt tidigare betraktade tillvägagångssätt från och med början av hans ämbetsperiod, egentligen från processen för organisering av regeringskonseljen. Nyheten och instabiliteten av autonomins förvaltningssystem orsakade osäkerhet angående finnarnas verksamhet gentemot St. Petersburg men betonade av samma skäl prokuratorns betydelse och nödvändigheten av hans kompetens och utlåtanden för konseljens funktioner. I denna situation gestaltades den nya lagövervakarens position av det nya finska regeringsorganet till en kombination av särdrag av det svenska centralförvaltningssystemet och inflytelse av rysk rättförvaltningstradition. Den här kombinationen framkom i praktiska situationer enligt det speciella väsendet av gränslandets autonomi och också då med betoning av prokuratorns person.

Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator

Eftersom Matthias Calonius hade en väsentlig roll i planering av stadgandet av den inhemska regeringen, gav organisering av regeringskonselj och dess lagövervakning i slutresultaten – trots den starka styrande inflytelsen från ryssarnas sida – också uttryck åt kontinuiteten av svenska traditioner och den speciella statliga position de hade givit för Finland. De tillsynsuppgifter som var stadgade för prokuratorn och de han själv tog åt sig fokuserades av

Procuratorn härutinnan eller i något annat, som till tjensten hörer, hos vederbörande Betjente förmärka försummelse och efterlåtenhet, äger han derom påminna hos Chefen för Expeditionen, eller i fall den felaktige vid Justitiae Departementet är tjenstgörande, hos Ordföranden derstädes, samt om rättelse ändock icke följer, förhållandet Conseillens pröfning underställa.”

³⁰ Ett typiskt exempel på detta är prokuratorns anmärkningar om förseningar i behandling av vissa ärenden i konseljens expeditioner, noteringar i regeringskonseljens plenumprotokoll 15.2.1814. – Så kunde Calonius utnyttja sin rätt att övervaka konseljens administrativa procedurer (prokuratorsinstruktionen § 5) i samband med rätten till allmän övervakning av konseljen (prokuratorsinstruktionen § 7) till att förstärka prokuratorns ställning som lagövervakare samt de administrativa praxis som uttryckte detta.

Calonius tänkande och aktiviteter uttryckligt till sådan tillsyn av förvaltnings-systemet som var stadgat och organiserat enligt de gustavianska grundlagarna. Samtidigt och just därför blev bakgrunden för alla tillsynsfunktioner den svenska rättsvetenskapens – och i praktiken förvaltningens – traditioner, systematik och begrepp om innehållet och betydelse av lagtillsynen i regeringen. Utan denna sakliga och personliga förbindelse hade positionen av regeringskansljens nya lagövervakare, prokuratorn, identifierats med den ryska förvaltningstraditionen och varit i sina framtida dimensioner helt annorlunda. Den energiske professorn och prokuratorn Calonius nådde i vändpunkten av finsk självstyrelse betydande seger i en diskret men konsekvent kamp mot sin kejsare.

Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen

Inledning

Ämnet rättshistoria är säkerligen inte det enda vetenskapsområdet där varje ny forskargeneration går igenom det egna vetenskapsområdets grundläggande filosofiska och metodologiska frågor. Mot detta finns inget att invända. Ofta sker denna reflektion under forskningsprocessen som leder till en doktorsavhandling. Forskaren söker här å ena sidan sin egen linje i forskningen och å andra sidan sin plats i forskargemenskapen. För det andra har som katalysatorer i den rättshistoriska metoddiskussionen under de senaste årtiondena bokrecensioner eller texter fungerat som behandlat den rättshistoriska forskningens grundfrågor gällande t.ex. *förklarandets* problematik.

Förda metoddiskussioner ger, vid sidan av andra omständigheter, även uttryck för den djupa skolbildning som är kännetecknande för kultur- och samhällsvetenskaperna; även efter läsning av samma källor kommer forskarna som bekant fram till helt olika tolkningar och förklaringar. Skolbildningen ger i sista hand uttryck för forskarens bundenhet till det egna samhället och dess olika sammanslutningar och därtill hörande värde- och andra typer av val.¹ En analys av dessa bindningar är svår och särskilt komplicerad blir analysen när den riktar sig mot egna tidens skolbildningar.

I denna korta skrift presenterar jag några – och det skall redan från början erkännas, synnerligen fragmentariska – marginalanteckningar till den metoddiskussion som förts inom ämnet rättshistoria. Granskningstidpunkten täcker i stort de tjugo senaste åren med tyngdpunkten lagd på 2000-talet. Jag ämnar således inte att rekonstruera 1980-talets och 1990-talets metoddiskussioner,

¹ Se Heikki Ylikangas, *Näkökulmia historian tutkimukseen*. Helsinki 1979, s. 125–135.

något som Päivi Mäkelä och Toomas Kotkas var för sig på ett förtjänstfullt sätt har presterat.²

Däremot tar jag inspirerad av senaste tids forskning ställning till några rätts-historiska metodfrågor. Först lyfter jag fram Heikki Pihlajamäkis och Kalle Määttä's rättsekonomiska forskning om straffrätten. För det andra bedömer jag Kotkas doktorsavhandling om benådningsinstitutet och tar härvid upp vissa drag i den diskussion som avhandlingen gett upphov till. För mig representerar båda dessa klara försök till nya metodologiska öppningar i den rätthistoriska kretsen. För det tredje framför jag i detta sammanhang några anmärkningar gällande vissa doktorsavhandlingar som granskats på det rätthistoriska området (Jukka Lindstedt, Ilari Hannula, Aki Rasilainen).³ Enligt min mening bygger dessa avhandlingar metodiskt på det diskussionsunderlag som förgående årtionden skapat men som trots detta delvis framför nya vindar i den rätthistoriska forskningen. Jag är genast beredd att erkänna att jag inte till alla delar kan ge full rättvisa åt de verk jag här granskar. Detta beror på att jag koncentrerar mig på vissa metodiska svagheter och underlåter att lyfta tillräckligt fram verkens eventuella substantiella bidrag till kunskapsutvecklingen.

Till slut försöker jag knyta ihop trådarna och skapa en kontext genom att lyfta fram frågan, om de nyaste metodologiska inläggen kan kopplas samman med några mera allmänna fenomen eller utvecklingstendenser inom forskningen och den akademiska världen. Det är också skäl att fråga sig om man nu i början av det nya årtusendet kan se någon ny skolbildning inom den rätthistoriska forskningen.

Jag erkänner dock genast att det är mycket svårt att ens försöka uppnå denna grad av kontextualisering, inte minst på grund av det knappa materialet. Det kan vara vågat att göra långtgående generaliseringar utgående från ett litet lands fåtaliga rätthistoriker (ett antal som glädjande nog är på stigande). Min eftersträlvade analys är dock inte omöjlig, något som de facto redan på ett utmärkt sätt visats av metodologiska skrifter varom redan tidigare varit tal.

² Se Päivi Mäkelä, *Lain historiasta oikeuden historiaan: ekskursio suomalaisen oikeushistoriantutkimuksen historiaan*. Poliittisen historian vuosikirja 1998. Helsinki 1998, s. 11–37; Toomas Kotkas, *Kolme näkökulmaa oikeushistorian tutkimukseen – rakenteita, aatteita vai molempia*. *Oikeus* 1999/4, s. 337–352.

³ Se Jukka Lindstedt, *Kuolemaan tuomitut – Kuolemanrangaistus Suomessa toisen maailmansodan aikana*. Vammala 1999; Ilari Hannula, *Rikosoikeudellinen järjestelmä kriisissä. Tutkimus kansalaissodan ja 1930-luvun alun kriisin vaikutuksesta vankilukuun, rikoslainsäädäntöön ja oikeudenkäyttöön*. Vammala 2004; Aki Rasilainen, *Oikeudellinen argumentointi politiikassa. Suomalaisen legalismin poliittinen historia*. Vammala 2004.

Rättsekonomihistoria

Rättsekonomisten Kalle Määttä och rättshistorikern Heikki Pihlajamäkis verk om rättsekonomihistoria⁴ är ett aktningsvärt och modigt försök att tillämpa de metodiska redskap som utvecklats inom den rättsekonomiska vetenskapen för att förklara och förstå rättens förändring och oföränderlighet, dvs. ifråga om det rättshistoriska materialet. I synnerhet till den del föremålet för forskningen är rättshistoriska fenomen, är forskningen den första inom sitt område i Finland. Därför är det också motiverat att författarna ger relativt mycket utrymme åt presentationen av de av dem företrädde vetenskapsområdenas centrala grundvalar. Efter de klara avsnitten i början väntar den intresserade läsaren på hur författarna lyckas förena dessa angreppsvinklar; så pass långt står ändå rättshistoria och rättsekonomi från varandra. Den förstnämnda vetenskapsgrenen strävar efter att förklara och förstå rättsliga förändringar medan rättsekonomin (rättsekonomihistoria) granskar rättsliga fenomen (i vid bemärkelse) utgående från ekonomisk effektivitet.

När frågan gäller forskning som klart och explicit sätter tyngdpunkten vid metodiska – dessutom vid tvärvetenskapliga metodiska – problem, är det naturligt att huvudsakligen rikta bedömningen mot samma objekt. Det i verket tillämpade analyseringssättet innehåller enligt min mening ett grundläggande problem, som på ett allmänt plan kan formuleras på följande sätt. Vilket är den rättsekonomivetenskapliga ”modellens” konkurrens- eller förklaringsvärde beträffande forskning kring rättens föränderlighet respektive oföränderlighet, speciellt i jämförelse med andra till buds stående alternativa förklaringsätt? Har rättsekonomi något att ge rättshistoria? Frågan kan ställas helt generellt eller beträffande de exempel som i det nu aktuella verket hämtas från straffrättshistorien.

Jag understöder till alla delar författarnas uppfattning om att de skilda vetenskapsgrenarnas metoddiskussioner bör föras i samband med konkret forskning. För min egen del lanserade jag tanken redan 1997 i en artikel om forskning kring rättsliga förändringar.⁵ Bakgrunden till mina tankar står del-

⁴ Se Heikki Pihlajamäki – Kalle Määttä, *Rikoksen hinta. Taloustieteen näkökulma rikosoikeushistoriaan*. Saarijärvi 2003.

⁵ Se Jukka Kekkonen, *Oikeudellisen muutoksen tutkimisesta* i Juha Häyhä (red.), *Minun metodini*. Porvoo 1997, s. 131–150.

vis att finna i de erfarenheter jag fått av de metoddiskussioner jag själv deltagit i; jag upplevde till exempel på ett allmänt plan att det var fruktlöst att ta ställning till rangordningen mellan de olika förklaringsmodellerna.

Jag understödde och understöder fortfarande varmt tanken på att man inte får prioritera några förklarande grunder på förhand, utan alla val av metoder och förklaringar förknippas med lösningen av de förevarande forskningsproblemen. Denna idé framställs dock av Määttä och Pihlajamäki som en ren *dogm*. Vad händer om det skulle gå så att samma förklaringsgrunder visar sig ha förklaringskraft gång efter annan i forskningen gällande rättens förändring? Inte kan man väl utesluta en sådan möjlighet på förhand?

På denna punkt hade det kanske varit bra att fortsätta analysen ett steg till. För mig är det viktigt att skilja denna sympatiska ”deklaration” om metodisk öppenhet från bedömningen av faktisk forskningspraxis. Det sistnämnda hänvisar nämligen trots vackra målsättningar och olika krav på fullständig öppenhet i den riktningen att forskarna i forskningspraxis regelmässigt stannar för att förklara rättens förändringsfenomen i den egna forskningen på samma eller åtminstone väldigt nära varandra varande grunder.⁶ Det är inte lätt att nämna en (rätts)historieforskare, vars förklaringar skulle variera från en forskning till en annan.⁷ Detta utesluter givetvis inte den intellektuella ”utvecklingens” möjlighet; forskarens använda förklaringsgrunder kan förändras under loppet av en forskarkarriär. Då gäller frågan för de flesta att för gott byta riktning eller skola, däremot inte om plötsliga byten från en forskningsinriktning till en annan.

En sådan skolbildning inom forskningen betyder givetvis inte att lösningarna gällande uppkommande forskningsproblem skulle vara på förhand predestinerade. Tvärtom tror jag att alla forskare ärligt strävar efter att finna sanningen. Frågan gäller i detta sammanhang mera om en skolmässig bundenhet till en viss forskningstradition. På grund av detta faktum är deklarerings om ”fullständig metodisk öppenhet” närmast att beteckna som hyckleri.

Samma gäller tanken om att förklaringarna borde vara ”mångsidiga” dvs. att de borde ta i beaktande olika typer av förklaringsgrunder. Så bör det givetvis vara, men forskarens analys når endast halvvägs om inte de olika förklaringsgrundernas inbördes rangordning vägs mot varandra. Ett verkligt dogmatiskt tänkande representerar uppfattningen om att det inte lönar sig att

⁶ Ett undantag utgör givetvis de forskare som inte ens vill förklara sina forskningsobjekt.

⁷ Hannu Tapani Klami underströk för mig i många sammanhang att han var eklektiker vad gäller rättshistoriska frågeställningar.

söka efter den mest förklaringskraftiga eller slutgiltiga förklaringen eftersom man ändå inte kan finna en sådan. För att undvika missförstånd konstaterar jag att det undersökta verkets författare inte lyfter fram dylika påståenden, men deras egen metodiska ”dogm” är enligt min mening släkt med denna tankemodell.

Det ”monolitiska” sätt på vilket författarna ser på olika vetenskapsgrenar anser jag vara ett betydligt allvarigare problem. Enligt deras mening kan sociologiska, idéhistoriska m.fl. förklaringsmodeller vara användbara i olika situationer. Problemet ligger dock däri att ingen vetenskapsgren känner en och endast en metodmodell. Det är tvärtom så att olika skolbildningar erbjuder de mest olika sätt att analysera samhällliga och rättsliga förändringar. Jag antar att samma gäller även för ekonomivetenskapen.

På denna punkt hamnar författarna – häpnadsväckande nog – i samma fälla som många av de aktiva i metoddiskussionen under 1960- och 1970-talen, som inbillade sig att rättsvetenskapen på en gång kunde ”vetenskapliggöras” genom att ta i bruk samhälls-, beteende- eller historievetenskapens metodiska redskap. Som sagt, inte på ett enda vetenskapsområde finns ett sådant redskap eller de visas sten. Däremot finns det en mängd olika skolbildningar med olika infallsvinklar.⁸

Författarna går igenom straffrättshistorien med huvudsaklig fokus på att undersöka den rättsekonomiska metodens förklaringskraft på det rättshistoriska området. Enligt deras mening har den tidvis ett anmärkningsvärt förklaringsvärde – i liknande utsträckning som t.ex. sociologiska förklaringar. Detta gäller särskilt betydelsen av den låga risken att bli gripen som bakgrundsfaktor för den stränga straffrätten.⁹ Enligt författarna förknippas under medel- och nya tiden stränga straff med den låga risken att bli fasttagen då antalet gripna var litet och deras stränga bemötande garanterade uppkomsten av en tillräcklig avskräckning. Förklaringen är fullständigt felaktig eftersom straffskärpningen fortsatte under början av nya tiden fastän staten, som fått moderna drag, skapade en kontrollapparat med aldrig tidigare upplevd styrka och effektivitet.¹⁰

Utan att helt och hållet bestrida förklaringsvärdet av de ekonomiska argumenten blir författarnas analys rejält på hälft eftersom de inte ”konkurrerar”

⁸ Se Jukka Kekkonen, *Suomen oikeuskulttuurin suuri linja*. Vammala 1998.

⁹ Se Määttä – Pihlajamäki 2003, s. 109 ff.

¹⁰ Om författarnas (och många andra som skrivit om temat) konklusion *skulle* vara korrekt, skulle straffen snarare bort bli lindrigare när allt fler kriminella greps.

sina egna förklaringar med andra förklaringar. Med andra ord: hur långt bär ekonomivetenskapens förklarande kraft om den jämförs med andra typer av förklaringar. Säkerligen har ekonomiska synpunkter och ekonomiska förklaringar betydelse i uppbyggnaden av en rättslig kontext för rättsliga förändringar, men det har även andra faktorer såsom politiska, religiösa, ideologiska och kulturella faktorer. Forskarens stora uppgift är uttryckligen att finna det väsentliga ur denna helhet; att skapa en trovärdig kontext för förändringen. Jag nämner endast ett exempel.

När man undersöker straffsystemets historiska skeden, straffens och samhällskontrollens skärpning och lindring finner man säkert drag vilka den av ekonomivetenskapen utvecklade förklaringsfaktorer (delvis) kan tillämpas på. Samtidigt måste man fråga sig hur göra med andra möjligtvis starkare förklaringar som bättre svarar mot och täcker givna forskningsdata.

När man i verket går igenom straffinstitutets historia kan texten naturligt jämföras med andra liknande verk på området. Om man som jämförelsegrund t.ex. tar ett inhemskt standardverk¹¹ har man i sistnämnda bok övertygande avvisat just de argument (de ekonomiska faktorernas rätlinjiga eller uteslutande förklaringsvärde), som Määttä och Pihlajamäki ger förklaringsvärde. Om författarna inte tillskriver kritiken av den ekonomiska förklaringsmodellen någon giltighet kunde de på ett underbyggt sätt ha försökt avvisa den. Nu hänvisas till nämnda standardverk endast några gånger och då i andra sammanhang.

Effektivitetsbegreppet som har omfattats av författarna skulle vara förtjänt av en egen mäsas. Utan att närmare gå in på att värdera det som amatör lyfter jag fram ett metodiskt problem, som hör samman med tillämpningen av begreppet. Det gäller författarnas sätt att undersöka sina utforskade fenomen liksom ”generellt”, utan att binda dem vid stånds-, grupp-, yrkestillhörighet eller klassrelaterade kategorier i samhället. En av den rättshistoriska forskningens grundläggande metodiska utgångspunkter (i varje fall enligt vissa skolor) är att alltid fråga, vem understödde eller vem var emot särskilda doktriner, förnyelser eller praxis. På detta vis kan man komma åt aktörernas motivation och intressen – och på samma gång undvika tanken att rättsliga fenomen är neutrala, här ”neutralt effektiva”.

Till slut framför jag en kort kommentar till den rättsekonomiska vetenskapens enorma popularitetstillväxt – en kommentar som delvis förknippas med

¹¹ Se Jukka Kekkonen – Heikki Ylikangas, *Vapausrangaistusten valtakausi. Nykyisen seuraamusjärjestelmän historiallinen tausta*. Helsinki 1982.

min målsättning att ”kontextualisera” den rättshistoriska metoddiskussionen. Författarna avvisar kategoriskt tanken att popularitetstillväxten kunde vara en följd av den globala politiska arkitekturens förändringar eller av liknande fenomen på makronivå. Som grund hänvisar de närmast till att även ekonomernas politiska ställningstaganden varierar från vänster till höger.¹²

Utan att förneka rättsekonomisternas varierande politiska ståndpunkter är det svårt att ändå inte låta rättsekonomivetenskapens uppgång förklaras av den liberala demokratimodellens frammarsch, som gav den avgörande stöten framåt eller som åtminstone förstärkte den redan inledda framgången. I själva verket har hela den västliga vetenskapsvärlden sedan 1970-talets slut skakats av en förändring som vid sidan av andra omständigheter kännetecknas av att förklaringar, som lösgör sig eller fjärmars från olika samhälleliga strukturer, har ökat i popularitet. Till exempel inom ämnet kriminologi har sökandet efter kriminalitetens samhälleliga orsaker fått ge vika för den mot individens egenskaper riktade (ofta biologiska eller psykologiska) analysen.¹³

Rättsekonomin i den av Määttä och Pihlajamäki lanserade formen är även på ett intressant sätt släkt med ett slags samhällsvetenskaplig *funktionalism*, där det som händer, förklaras funktionellt utgående från samhället. Kort sagt har funktionalismen varit en lära som förklarligt nog inte väckt några större passioner; den erbjuder en naturlig förklaring till allt som händer. Just därför kan man konstatera, att funktionalismen är en konservativ tankesätt.

Drar man detta till sin spets i historisk forskning får man resultatet att de institutioner och system som under en viss tidpunkt omfattats, har varit typiska (funktionella) för just detta samhälle. I det här avseendet kunde det ha varit intressant om författarna hade speglat sina egna åsikter speciellt mot Patrik Törnudds och Inkeri Anttilas syn – som grundar sig på Emile Durkheims tankar – på kriminalitet och dess positiva funktioner samt om för varje samhälle typiska och funktionella grad av kriminalitet. Enligt Törnudd reflekterar till exempel förändringarna i kontrollsystemet i samhället i första hand varje samhällssystems självreglering; systemet reagerar, om kriminalitetsnivån stiger eller sjunker märkbart.¹⁴

¹² Till detta kunde man dock framföra att knappast fördelar sig dock rättsekonomernas politiska ställningstaganden från ”höger” till ”vänster” jämnt eller på samma sätt som på många andra vetenskapsområden.

¹³ Se David Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford 2001.

¹⁴ Se Jukka Kekkonen, kritik av verket Inkeri Anttila – Patrik Törnudd, *Kriminologia ja kriminaalipolitiikka*, *LM* 1984, s. 362–365 och den där väckta diskussionen.

Allt som allt uppfyller Määttä och Pihlajamäkis verk utmärkt sin målsättning; den väcker tankar om fundamentalt viktiga metodologiska frågor genom att slå sönder vetenskapens skiljemurar. Verket skulle förtjäna en betydligt bredare uppmärksamhet än vad som varit fallet hittills.

Dekonstruktiv (narrativ) rättshistoria

Toomas Kotkas doktorsavhandling (2003) om benådningsinstitutet är på ett intressant sätt ett verk som öppnar sig åt många håll. Den består till (huvud)delen av ”traditionell” rättshistoria som baserar sig på ett starkt empiriskt arkivarbete samt på de observationer, tolkningar och förklaringar som arkivarbetet gett upphov till. Arbetet bär dock en stark stämpel av metodologisk och vetenskapsfilosofisk programförklaring och arbetets olika delar sitter egentligen inte ihop – det skall sägas rent ut – med den egentliga forskningen, varmed jag i detta sammanhang avser framförallt verkets empiriska analys över 1800-talets benådningspraxis och dess förändringar.

I följande kommentar förbiser jag den egentliga rättshistoriska forskningens obestridda meriter och framför några synpunkter på forskningens teoretisk-metodologiska delar, vars behandling tog lejonparten av tiden även vid själva disputationstillfället.¹⁵ Även i denna fråga begränsar jag mig endast till de delar vari frågan om rättshistoriens forskningsriktningar i Finland utvärderas.¹⁶ Jag ser det inte särskilt fruktbart att utvärdera forskarens forskningsprogram, när det inte genomförs i själva forskningen.

Kotkas måltavla i doktorsavhandlingen är två även tidigare rättshistoriska riktningar, som han kallar den idealistiska och den strukturella. Den förra personifieras framförallt av åboborna Päivi Paasto och Hannu Tolonen och den senare av helsingforsborna Heikki Ylikangas och Jukka Kekkonen. I korthet intresserar sig den förstnämnda riktningens representanter för rät-

¹⁵ Se den officiella opponenter docent Heikki Pihlajamäkis utlåtande. *LM* 2004:2, s. 356–363.

¹⁶ Jag förbigår följaktligen Kotkas intressanta framställning om den narrativa rättshistorien, vars centrala förespråkare är Jacques Derrida. I den av Kotkas lanserade modellen verkar det inte i sista hand vara fråga om – om man bortser från Derridas syn på förhållandet mellan tal och text jämte vissa andra omständigheter – något mera märkligt än ett erkännande av den historiska berättelsens fundamentala tolkbarhet och relativitet samt en öppen reflektion om detta (det etiska kravet). Tiden för att granska dessa inriktningar är kanske inne när Kotkas – eller någon annan forskare i rättshistoria – genomför sitt eget forskningsprogram följande Derridas grundläggande tankar.

tens s.k. inre frågor (dock i viss mån ur vetenskaplig eller till och med ur samhälleliga kontext). Riktningens representanter, på det här sättet tolkat, ser inte förklarandet som en lika viktig faktor som den strukturella riktningens representanter, varvid tyngdpunkten hos idealisternas förklaringar ligger på ideologiska verkningssamband.¹⁷

Den strukturella riktningens representanter å sin sida strävar efter att via en kartläggning av varför-frågor och aktörernas sociala bakgrund komma de krafter in på livet som förklarar de mest centrala rättsliga förändringarna. Enligt deras uppfattning är det viktigt att skilja det väsentliga från det oväsentliga, vilket i detta sammanhang hänvisar till en avvägning av vikten hos de olika verkningsfaktorerna.

Även om det skall erkännas att det i många fall är svårt att ”göra rättvisa” (Jorma Kalelas uttryck) åt de undersökta objekten har Kotkas just i sin doktorsavhandling klarat sig ställvis oskäligt dåligt. Han tar till exempel som måltavla för sin kritik en sådan strukturell rättshistoria, som i själva verket inte existerar; Kotkas måltavla är hans egna från flera källor konstruerade stereotypiska syn på rättshistoria. Denna stereotypa syn, till vilken han förknippar representanterna för strukturell rättshistoria, är egentligen en slags sammanfattning av 1800-talets nyanslösa tolkning av historicismen och positivismen.

Kotkas har rent ut sagt en helt felaktig uppfattning om den strukturella rättshistoriens påstådda försök att finna lagbundenheter, riktningens tro på möjligheterna att hitta objektiv och sann kunskap genom källkritik och riktningens samröre med den marxistiska vetenskapstraditionen.

Egentligen kan alla de förut angivna problempunkterna i stor utsträckning sammanfattas i att Kotkas inte entydigt förstår rättshistoriens (eller andra samhälls- och kulturvetenskapernas) grundläggande skolbundenhet. Denna brist är än mera överraskande när dessa frågor har varit mycket framme i den rättshistoriska tradition, vars produkt Kotkas är. Följande granskning får belysa saken.

Tvärtom vad Kotkas på flera ställen framför tror representanterna för strukturell rättshistoria inte på möjligheterna att uppnå objektiv kunskap, för att inte ens tala om sanningen, genom att gå igenom (ytterligare) källor och genom kritik. Tvärtom framhäver de speciellt tolkningarnas och förklaringsarnas (och på detta vis sanningens närmande) bundenhet till skolor och i

¹⁷ Se Kotkas, Toomas, *”Suosiosta ja armosta”*. *Tutkimus armahdusoikeuden historiasta autonomian ajan Suomessa*. Jyväskylä 2003, s. 7–21.

sista hand till forskarnas egna ställning i samhället.¹⁸ En felbedömning är också att till denna strukturella rättshistoria anknyta uppfattningen om historiens lagbundenheter och genom detta komma till marxistisk historiefilosofi. För denna ståndpunkt borde man inte hitta ett enda stöd i de texter som representanterna för den strukturella rättshistorian har producerat.

Det är även problematiskt att Kotkas i sin text upprepade gånger anklagar den strukturella rättshistorian för att den försummar rätten som forskningsobjekt, varmed också finns en ”fara att rättshistoria blir politisk historia”. Så är givetvis inte fallet, utan frågan gäller att ställa olika frågor till det rättsliga materialet. En representant för strukturell rättshistoria nöjer sig inte med ideologiska och rättsliga förklaringar, utan ställer ytterligare frågan ”varför”; varför togs just denna lösning i bruk och för vems räkning? Saken kan ytterligare konkretiseras med ett enkelt exempel: en representant för strukturell rättshistoria nöjer sig inte med att utreda hurudana rättsliga lösningar som valts, utan ställer vid behov ytterligare nya varför-frågor.¹⁹

För det andra kan det frågas, om den påstådda riktningen i rättshistoria med betoning på politisk historia på något sätt har ett lägre värde som rättshistoria? Själv kan jag inte på något vis godkänna tanken att forskningsområdena skulle delas upp i viktiga och mindre viktiga (jfr. rättsdogmatik versus rättshistoria eller övriga ”rättens allmänvetenskaper” enligt den traditionella juridiska vetenskapsuppfattningen) med hjälp av de redskap som använts för att skapa tvärvetenskapliga kontakter eller kontexter.

Den tredje vägen?

I diskussionen som väckts genom Kotkas doktorsavhandling och i vissa tidigare sammanhang har man efterlyst en ”tredje väg” till rättshistorien. Den tredje vägen skulle vara ett sätt att gå över dikotomin mellan strukturella och ideologiska förklaringar. Den tredje vägen skulle i egenskap av mångsidigt förklarande samtidigt vara en motvikt till andra förklaringar och kunna be-

¹⁸ Forskarnas egna gruppsspecifika intressen och det sociala stöd som kan fås för en viss uppfattning kan inte undgå att påverka deras ställningstaganden. Speciellt klart har denna omständighet kommit fram i 1918 års histografi. Se om detta Jukka Kekkonen, *Uustulkintoja Suomen sisällissodasta. Helsingin Sanomat* 27.5.1995; Marko Tikka, *Kenttöoikeudet. Väliittömät rankaisutoimet Suomen sisällissodassa 1918*. Helsinki 2004.

¹⁹ Delvis gäller frågan också forskningspolitiska betoningar: är det mera intressant att forska i den rättsliga doktrinens detaljer än i huvudprincipernas bakgrund och effekter.

akta det bästa av olika förklaringsmodeller. I anslutning till detta har Kotkas opponent Heikki Pihlajamäki på goda grunder fäst vikt vid att största delen av finska forskare i rättshistoria uttryckligen hör till denna grupp.²⁰ I själva verket har en minoritet av disputerade forskare i rättshistoria *explicit* uttryckt sina metodologiska – för att inte ens tala om historiefilosofiska – utgångspunkter.

Det är skäl att närma sig de framförda påståendena från olika håll. För det första vad gäller mångsidigt förklarande kan jag inte se det forskningsmässigt eftersträvarsvärt om inte målet är att rangordna de olika förklaringsgrunderna. Redan en allmän målsättning inom vetenskaplig forskning är att skilja det relevanta från det icke-relevanta och försöka utreda vilka faktorer påverkar vilka objekt och med vilken vikt. Fastän det torde vara svårt att hitta lösningar som kan föras tillbaka på en yttersta förklaringsgrund är det enligt min mening av yttersta vikt att målet är att reda ut viktiga och mindre viktiga faktorer samt faktorer som verkar på olika sätt.

På vad grundar sig då kravet på mångsidighet? Säkert på den vackra tanken att alla viktiga faktorer gällande forskningsfrågan skall tas i beaktande i forskningen. På det här viset tänker alla forskare. Men som sagt, en uppräknings av potentiella förklaringsgrunder är ännu inte forskning. Den börjar först när förklaringsgrundernas förhållanden vägs sinsemellan.

Själv ser jag kravet på mångsidig förklaring i själva verket som en ideologi, som till sin natur är *dogmatisk*; inte kan man väl i en forskning vars utgångspunkt alltid är att söka svar på nya forskningsfrågor utgå ifrån att förklaringsgrunderna alltid varierar eller att förklaringarna alltid är eklektiska till sin natur! Visst kan vi väl tänka oss ett sådant alternativ att t.ex. forskningen av alla äktenskaps- och familjerättsliga förändringar skulle få sin förklaring t.ex. från ”familjeuppfattningen” eller ”den kristna läran”.

Resultatet av forskningen kan aldrig var på förhand given eller förutbestämd, utan vägen är att ställa forskningsfrågor och gå igenom forskningsmaterialet varigenom man kommer till analysen. Gällande denna fråga har jag kraftigt framhåvt att rättshistoria, liksom även annan metoddiskussion helst borde föras kring konkreta forskningsfrågor. På det viset kan vi på ett konkret plan ta ställning till om någon viss förklaring är ensidig eller annars bristfällig.

²⁰ Se Heikki Pihlajamäki 2004.

Juridisk rättshistoria

Under de senaste tio åren har det utkommit tre rättshistoriska doktorsavhandlingar (Lindstedt 1999, Hannula 2004, Rasilainen 2004), som förenas av att de väsentligen består av sådan rättshistoria, som man kunde kalla för ”juridisk”. Jag skulle beskriva avhandlingarna så att i dem syns – i ordets positiva bemärkelse – juristens hantverk i form av en djup förståelse av rätts-systemet.²¹ I samtliga verks frågeställningar och i anknytning till olika historiska kontexter har också och vid sidan av annat granskats rättsdogmatiska frågor. Det är helt säkert att denna typ av forskning skulle inte historiker ha gjort. Alla angivna författare har även på olika sätt fått fram sådana forskningsresultat som påverkats bland annat av juristens yrkesskicklighet. Till exempel i Hannulas forskning beror den strängare straffpraxisen efter år 1918 förutom på politiska skäl även på strafflagens återfalls- och sammanläggningsreglering som till sin natur utgör mekaniska uträkningsregler.²² På liknande sätt kännetecknas Rasilainens forskning av en djup kunskap om den statsförfattningsrättsliga doktrinen.²³

Ett gemensamt drag för nämnda författare är att alla har anlänt utifrån till universitetet för att doktorera och att endast Rasilainen har bakom sig en karriär inom den akademiska världen. Han är också den enda av författarna som i sin forskning vid sidan av presentationen av de rättshistoriska skolorna även har ett klart historiefilosofiskt element; Rasilainen bygger sin forskning på den gadamerska hermeneutiken.²⁴ Troligtvis syns avståndet till den akademiska världen i deras texter i det att de metodiska undersökningarna reflekterar till stor del de förra årtiondenas diskussioner inom ämnet rättshistoria. Det finns inga egentliga nya metodologiska öppningar i deras texter.²⁵

²¹ Själv har jag aldrig ansett det vara relevant att skilja mellan den rättshistoria som riktar sig mot historia och den som riktar sig mot juridik. Enligt min mening är föremålen för rättshistoria rättsliga fenomen, men den metodiska arsenalen kommer från historie- och delvis från samhällsvetenskaperna.

²² Se Hannula, 2004, passim.

²³ Se Rasilainen 2004, passim.

²⁴ Se Rasilainen 2004. Även för hans del kan det anmärkas att delar av forskningen befinner sig på ett rätt långt avstånd från de teoretiska utgångspunkterna.

²⁵ Man måste på andra sidan påstå, att i nämnda verk rättshistorikernas metodologiska ställningstaganden har rekonstruerats i ett mycket noggrant sätt.

Avslutning

Den framlagda korta redogörelsen ger anledning till följande kommentarer. På det rättshistoriska fältet har glädjande nog dykt upp nya metodologiska öppningar. Trots att jag i det föregående lagt fram en del kritiska kommentarer om dessa, visar de å sin sida att det rättshistoriska läroämnet befinner sig i ett dynamiskt skede. Forskning skapas och man diskuterar de grundläggande utgångspunkterna på ett relevant och fruktbart sätt. Lite för tidigt är det att i detta skede svara på frågan om det har bildats en eller flera nya skolbildningar. Snarare kan avstånden från de gamla skolbildningarna vara ett sätt att söka sin plats i vetenskapsgemenskapen. Då är det inte enbart fråga om den interna metoddiskussionen inom rättshistoria utan också mera allmänt om att placera sig på rättsvetenskapens och historietvetenskapens fält.

Den finska rättshistoriens tillstånd är rent sagt unik i varje fall i ett nordiskt perspektiv; på annat håll finner man inte en sådan forskningsaktivitet. Jag vågar också påstå att den finska rättshistoriens uppenbara styrka är förutom mångfald i forskningen även en ovanligt stark strävan att skapa kontext till förändring av rätten speciellt utanför vetenskapen. Om man ser den rättshistoriska forskningens framhävda deskriptivitet som ett problem, såsom jag gör, är alla försök att skapa breda samhällseliga och kulturella kontexter särskilt välkomna.

Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxen ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen¹

Inledning

Den 18 februari år 1596 klagade herr Olaus Olai Helsingus, kyrkoherden av Sigtuna², vid Uppsala domkapitel ”wppå Hertighens bislåperska wppå Ekolsund, som Ingen förmaningh höra will, och affstå mz sit horerij”.³ Så började anteckningen i domkapitelsprotokollet om Uppsala domkapitels bråk med hertig Gustaf av Saxen-Engern-Westfalen (1570/4–1597), Gustav Vasas namne och dotterson, kusin till härskande kung Sigismund Vasa (reg. 1592–1599). Dispyten angick den ogifte hertigens förhållande med sin bislåperska eller mätress och den lutherska kyrkotukten som i princip gällde hela folket. Detta ansåg åtminstone kyrkan.

Lyckligtvis för oss kan de relativt korta anteckningarna i Uppsala domkapitelsprotokoll kompletteras med två bevarade brev av hertig Gustaf av Saxen till domkapitlet i Svenska prinsars och prinsessors arkiv på Riksarkivet i Stockholm. Dessa källor belyser tvisten från båda sidorna: vi får höra både prästerskapets och hertigens synpunkter samt olika versioner av händelserna. Dessutom kompletterar källorna varandra. För övrigt har jag strä-

¹ Jag vill tillägna denna artikel min lille son Mikael som föddes den 20 augusti och som jag väntade när jag skrev artikeln. Lyckligtvis behöver jag inte kyrkotas efter hans födsel, eftersom seden avskaffades i Finland fyrtio år sedan, år 1964. För övrigt vill jag tacka hjärtligt Nalle Valtiala för hans hjälp med språket.

² Enligt Joh. Er. Fant (*Uppsala ärkestifts herdaminne*, I–III. Uppsala 1842–1845, s. 445–446) hade herr Olof (1540–1603) blivit kyrkoherde i Sigtuna den 26 maj år 1589.

³ 18.2.1596, Uppsala domkapitelsprotokoll (häfter UDP) A I:1, Upplands landskapsarkiv, Uppsala (häfter ULA), 108v.

vat efter att sätta denna episod i sin tidsenliga kontext för att förklara dess betydelse i 1590-talets Sverige som ett steg mot målet att tillämpa den lutherska kyrkodisciplinen i hela samhället. I praktiken var det svårt att genomföra detta projekt speciellt i samhällets övre skikt: kungahuset och adeln. Men hertigens svårigheter att få sin mätress kyrkotagen demonstrerar kyrkans principiella ståndpunkt att få kyrkodisciplinen genomförd i samhällets alla stånd. Episoden måste dessutom ses mot bakgrunden av kyrkans strävanden att få adeln att underordna sig, sina familjer, tjänare och landbönder kyrkotukten och den kyrkliga jurisdiktionen. Men innan vi sätter fallet i sin kontext och betraktar det som en tidsbunden företeelse, bör vi koncentrera oss på händelseförloppet som börjar med hertig Gustaf av Saxen.

Hertig Gustaf av Saxen, hans oäkta barn och konkubin/er

Hertig Gustaf var det enda överlevande barnet till prinsessan Sofia Vasa av Sverige (1547–1611), Gustav Vasas och Margareta Leijonhufvuds fjärde dotter, och hertig Magnus av Sachsen-Lauenburg (1543–1603).⁴ Paret gifte sig i Sverige år 1568, men äktenskapet blev varken lyckligt eller *de facto* långvarigt. Magnus var inget gott parti finansiellt eftersom han inte hade tillräckligt med egendom för att försörja sin fru, och paret fick stanna i Sverige där Magnus var i militär tjänst och därför uppehöll sig med sin fru på godsens Venngarn och Ekolsund. Magnus kom att slösa merparten av Sofias hemgift och arv för att skaffa sig legotrupper som plundrade städer och resenärer i Tyskland, vilket förorsakade diplomatiska problem för Sverige. Ej heller i Sverige uppförde sig Magnus bättre, utan han behandlade kungliga tjänare, sina förläningsbönder och sin fru så illa att kung Johan III (reg. 1568–1592) sist och slutligen blev tvungen att utvisa sin svåger ur landet. I Tyskland råkade Magnus i tvist med brodern, hertig Franz II av Sachsen-Lauenburg (1547–1619) och denne fick lov av kejsaren att fängsla brodern år 1581.

⁴ Enligt Nanna Lundh-Eriksson (*Sveriges prinsessor 1539–1829*. Stockholm 1929, s. 110) var sonen Gustaf, född år 1570, det enda barnet, men enligt von Warnstedt (Warnstedt Christopher von, Hertig Gustaf av Sachsen-Lauenburg och den svenska ätten Rutenkrantz, *Släkt och Hävd* 1993, s. 342, 348) fick hertigparet minst sex barn mellan 1569–1577, men alla dessa utom den yngste sonen Gustaf, född 1574, dog unga. Kung Erik XIV:s astrologibok (Rålamb, sam. 4:o nr. 91, Kungliga Biblioteket, Stockholm, s. 140) påstår att hertig Gustaf föddes ("Nascitur Illustris Gestaff dux Saxonie filius ducis Magni Saxoniae") den 31 augusti år 1570.

Efter över två decennier av fångenskap avled hertig Magnus på Ratzeburg slott i Tyskland.⁵ Men hertiginnan Sofia – som hade blivit "huvudsvag" – och sonen Gustaf bodde kvar i Sverige. Hertig Karl av Södermanland (1550–1611) ansåg att systemen var en för vek uppfostrare som skämde bort sin son, vilken hade för mycket självsvåld och för lite lärdom. Därför tog hertigen unge Gustaf till sitt hov och ordnade för hans studieresor utomlands (t. ex. Padova) 1591–1593.⁶ Efter hemkomsten bodde hertig Gustaf med sitt följe på Ekolsund, där även hans moder vistades, och på Venngarn.

Man har traditionellt⁷ ansett att hertig Gustafs konkubin och modern till hans barn var adelsfröken Anna Knutsdotter [Lillie af Ökna].⁸ Det antyds ofta att Anna Knutsdotter födde sin älskare flera barn av vilka sonen Magnus (d. 1640), som enligt somliga uppgifter var född i Stockholm på 1590-talet, enligt andra 1594/5, skall ha blivit adlad Rutencrantz efter det sachsiska vapnet.⁹ Paret lär även ha haft flera barn av vilka Elgenstierna nämner dottern Birgitta/Brita, född ca 1597. Mellan dessa menar Wernstedt att paret skulle ha fått två söner: Knut (f. ca 1595) och Gustaf (f. ca 1596).¹⁰ Hans Gillingstam påpekar dock att Wernstedt inte har källförteckningar för uppgiften angående sonen Knut. Dessutom betvivlar han att Birgitta Rutenkrantz skulle ha varit hertig Gustafs dotter och menar att hon i stället var hans sons, Gustaf Rutenkrantz' dotter.¹¹ Det som verkar obesträtt är alltså att hertig Gustaf hade två söner, Magnus (f. 1594/5) och Gustaf (f. ca 1596).

⁵ Lundh-Eriksson 1929, s. 106–115; Warnstedt 1993, s. 340–342.

⁶ Lundh-Eriksson 1929, s. 117–119; Warnstedt 1993, s. 342–343.

⁷ Elgenstierna Gustaf, *Den introducerade svenska adelns ättartavlor med tillägg och rättelser VII*. Stockholm 1932, s. 757; Elgenstierna Gustaf, *Den introducerade svenska adelns ättartavlor med tillägg och rättelser VI*. Stockholm 1931, s. 669; Warnstedt 1993, s. 351. Även Almquist – antagligen förlitande sig på Elgenstierna – anger att anteckningen i 1602 års rusttjänstlängd av "hertig Gustafs frilla på Hallkved" menar just Anna Knutsdotter [Lillie af Ökna], Almquist Jan Eric, *Herrgårdarna i Sverige under reformationstiden (1523–1611)*, Skrifter utgivna av rättsgenetiska institutet vid Stockholms högskola 3. Stockholm 1960 (härefter Almquist 1960a), s. 42.

⁸ Hennes föräldrar var riddaren, lagmannen och ståthållaren Knut Knutsson [Lillie af Ökna] (d. 1596) och Anna Nilsdotter Bese (d. 1581). Föräldrarna gifte sig 1558 eller tidigare och fick även sonen Knut (d. 1636). Efter Anna Nilsdotters död gifte Knut Knutsson om sig med den ofrälse Malin Larsdotter med vilken han fick dottern Marta, Elgenstierna Gustaf, *Den introducerade svenska adelns ättartavlor med tillägg och rättelser IV*. Stockholm 1928, s. 669; Elgenstierna 1931, s. 605.

⁹ Elgenstierna 1931, s. 605; Elgenstierna 1928, s. 669.

¹⁰ Elgenstierna 1932, s. 757; Elgenstierna 1928, s. 669; Warnstedt 1993, s. 351.

¹¹ Se Hans Gillingstams kommentarer till Warnstedts artikel, Gillingstam Hans, *Släkt och hävd* 1994, s. 100–102.

Men var Anna Knutsdotter faktiskt deras moder? Enligt Gillingstam nämns identiteten hos hertig Gustafs mätress(er) inte i dåtida källor varför det är omöjligt att veta vem hon/de var. Uppgiften att hon var Anna Knutsdotter [Lillie af Ökna] härstammar från 1700-talet, vilket inte nödvändigtvis är pålitligt, och Gillingstam tror snarare att hertig Gustafs söner hade olika mödrar. Möjligtvis hette en av dessa Catharina Mattsdotter, och i något skede efter hertig Gustafs död och efter mars 1598 tycks hon ha gift sig med barberaren Alexander Raab.¹² Någon kvinna nämns inte bland hertigens hovfolk vid hans död år 1597. Ingen Anna eller Catharina nämns heller bland hertiginnan Sofias hovdamer, vilket innebär hennes hovmästarinna fru Brita, två eller tre jungfrur (Elsa och Gertrud), två kammarpigor (Ingrid och Kerstin) och en anonym kammarhustru.¹³ Om man vill spekulera kan man då tänka sig att hertiginnans kammarhustru eller den möjliga tredje jungfrun skulle ha kunnat vara den mystiska mätressen. Å andra sidan är det kanske troligare att hon inte räknades bland hertigens eller hertiginnans officiellt anställda hovfolk utan att hon vistade mer temporärt och inofficiellt hos hertigen. Tyvärr nämner Uppsala domkapitels protokoll henne inte, utan hon kallas bara *skökia*, *hon* eller *bislåperska*. Men inte namnger hertigen henne heller utan kallar henne *den Personen, som här opå gården wistas* eller *hon*. Konkubinen förblir – antingen av likgiltighet eller finkänsla – alltså anonym i våra källor. Men det enda som verkar säkert enligt dokumenten är att hon hade fött hertig Gustafs barn kanske på senhösten 1595 eller vid årsskiftet 1595–1596.

Den uppenbara syndaren och kyrkotukten: kyrkotagning, bot och bättring

En kvinna som hade fött barn skulle tas i kyrka cirka fyrtio dagar eller sex veckor efter förlossningen. Denna regel var ursprungligen en biblisk

¹² Gillingstam 1994, s. 100–101.

¹³ Högborne Furstes /: Christelig i åminnelse:/ Hertig Gustafz til Saxens hoffolck sampt deres betalningh och Pest, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, Riksarkivet, Stockholm (häfter RA); 1597 Mantall Påå H. N. Furstinnes af Ekolsundh hof, som skola bekomma sörge kläder till begrafningen, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA: enligt denna lista hade hertiginnan Sofia tre jungfrur, men enligt listan av persedlar levererade till hertiginnans hovfolk till hertig Gustafs begravning (1597 Thessa effter:ne Partzeler – –, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA) nämns bara två jungfrur, Elsa och Gertrud.

rengöringsakt, eftersom kvinnan hade blivit rituellt oren i och med förlösningen. Under medeltidens lopp blev tacksägelsefunktionen mer och mer betonad fast efter reformationen dömde de reformerade kyrkorna helt rengöringselementet och poängterade tacksägelseritualen.¹⁴ Detta element passade dock illa ihop med attityden till mödrar med oäkta barn. Eftersom dop och kyrkotagning var kyrkliga riter som den lutherska kyrkan omvandlade under andra halvan av sextonhundratalet till tämligen effektiva kontrollmedel, var det naturligt att denna kontroll berörde först och främst kvinnorna.¹⁵ Utomäktenskaplig graviditet var ett obestridligt bevis på sexualbrott och därför föll kvinnorna lätt offer både för världsliga straff och för kyrkotukt. Domkapitlets kritik mot hertig Gustafs leverne var indirekt och riktad först och främst mot hans konkubin, fast redan år 1553 hade Vadstena artiklar stadgat att alla som ”liggia uthi openbara synder”, som till exempel hor, boleri och kätteri och som inte gjorde bättring, skulle vägras sakramentet. Nova Ordinantia från år 1575 klagade att ”Sacramentz Suermare, och andra ogudachtiga menniskior” inte högaktade det vördnadsvärda sakramentet utan gick till nattvarden ”then höga handell till spott och wanähra”. Sådana uppenbara syndare var till exempel de som ”witterliga” låg i lönskaläge eller horeri.¹⁶ Dessutom poängterade ärkebiskop Andreas Laurentii Björnram (äbp 1583–1591) att bolare skulle bli uteslutna ur församlingens gemenskap på samma sätt som bolerskor och stå i vapenhuset.¹⁷

Kyrkoordningen från år 1571 insisterade på att kvinnor som hade fött oäkta barn skulle kyrkotas först efter att de hade lovat bot och bättring.¹⁸

¹⁴ Om kyrkotagningen, se Lempiäinen Pentti, *Lapsensynnyttäjien ja morsianten kirkkoonotto*. Helsinki 1969, s. 9–13, 29; Gustavsson Anders, *Kyrktagningsseden i Sverige*. Lund 1972, s. 169–184; Cressy David, *Purification, Thanksgiving and the Churching of Women in Post-Reformation England, Past and Present* 1993, s. 118–121.

¹⁵ Korpiola Mia, *Between Betrothal and Bedding: The Making of Marriage in Sweden 1200–1610*. Vantaa 2004, s. 284–292; Lempiäinen 1969, s. 37, 42–44, 48, 106–111. Se även Nova Ordinantia, *Kyrko-Ordningen och Förslag dertill före 1686* (häfter KOF I), Handlingar rörande Sveriges historia, 2. serien. Stockholm 1872, s. 226.

¹⁶ Vadstena artiklar 1553, Otto Ahnfelt (utg.), *Bidrag till Svenska kyrkans historia i sextonde århundradet*. Lunds universitets års-skrift 1895, s. 1–46; Nova Ordinantia, KOF I, s. 230–231.

¹⁷ Ärkebiskop Andreas Laurentii Björnrams visitationsartiklar af år 1585, Emanuel Linderholm (utg.) Norrländska kyrkostadgar från 1500- och 1600-talen, *Kyrkohistorisk Årsskrift* (häfter KÅ) 1911, s. 98. Se även Handlingar från kyrkomötet i Uppsala år 1572, *Bidrag till Svenska kyrkans historia*, s. 25.

¹⁸ Om barnaquinors Kyrkiogång, Sven Kjollerström (utg.), *Den svenska kyrkoordningen 1571 jämte studier kring tillkomst, innehåll och användning* (häfter KO 1571). Lund 1971, s. 64–65.

Men vad betydde det i praktiken? Att bota betydde bland annat att hela något som var sönderrivet eller fördärvat, medan bättring innebar människans sanna omvändelse från det onda till det goda genom att övergiva den förra vägen vilket angick hela människan ”med alla hennes Kraffter och ledhemoter”.¹⁹ Kyrkan hade redan i många århundraden tyckt att de, som hade syndat uppenbart så att alla hade vetskap om förbrytelsen måste ta uppenbar skrift, vilket innebar olika stadier. Enligt kyrkoordningen skulle syndaren klart och fullkomligt bekänna sin synd offentligt för Gud och församlingen, bedja till Gud om nåd och församlingen om förlikning, utlova bättring genom att försvära synden och visa kristlig lydnad genom att underkasta sig kyrkotukten och fullgöra det påbudna kyrkostraffet. Denna plikt demonstrerade människans lydighet och sanna bättring, vilket tjänade allas bot på samma sätt som hennes synd tidigare hade varit till mångas förargelse.²⁰

Avlösningen förutsatte att man ville bättra sig, övergiva synden eller lasten och leva i Guds fruktan. Det tillhörde predikoämbetets plikter att förklara för syndaren hur brottet hade förargat Gud och församlingen. Förväntningen var då att syndaren skulle låta ”synden – gå till hiertatt” och visa sin syndaånger och botfärdighet genom att till exempel bekänna synden och begråta den, falla på sina knän och lova bot och bättring.²¹ När prästerna såg tecken på uppriktig själanöd, kunde människan klara sig med lindrigare kyrkostraff. En kvinna från Tibbela hade låtit sig hävdas av en landslöpare, men efter det hade hon plågats av ett så dåligt samvete att prästen fruktade för att hon skulle falla i förtvivlan ”om man något hårdt anfänger till att handla medh henne”. Domkapitlet i Uppsala tyckte att prästen skulle behandla henne vänligen och på det bästa sättet ”förty en sådana samwetz vpweckelse och plåge är thett störste kyrkiestraffet”.²² Delvis påverkades domkapitlets attityd troligen av det att synden inte var uppenbar, men delvis av att kvinnans ånger var så djup och äkta.

Bättringen hade alltså två sidor, den invärtes och den utvärtes aspekten, den senare kommande sig av den förra. Den uppriktiga bättringen måste

¹⁹ Kalm Ingvar, *Studier i svensk predikan under 1600-talets förra hälft med särskild hänsyn till Gamla Testamentets ställning*. Uppsala 1948, s. 154–155.

²⁰ Om vppenbara scrifft, *KO* 1571, s. 75, 77–78; Nova Ordinantia, *KOF I*, s. 229, 242–243.

²¹ Se t. ex. 27.8.1600, Stockholms domkapitels protokoll (härefter SDP) A I:2, Stockholms stadsarkiv, Stockholm (härefter SSStA) 9; 3.9.1600, SDP A I:2, SSStA, 10; 5.11.1600, SDP A I:2, SSStA, 15; 19.11.1600, SDP A I:2, SSStA, 16.

²² 17.12.1595, UDP, ULA, 97.

betyda en djupgående förändring i människans leverne eftersom detta klart visade om man hade tro eller otro.²³ Med andra ord måste den syndige för det första känna allvarlig ånger och bedrövelse över sin synd; för det andra skulle han/hon be Gud om förlåtelse för synden och förnärmelsen; och för det tredje skulle han/hon sedan beflita sig om att vandra efter Guds bud och vilja, "så mycket möjligt vara kan". Man utgick ifrån att syndaren skulle undvika att falla igen: "fly rum, personer och annat som giffuer tilfelle och orsaak til synd" samt flitigt be Gud att han skulle nådigt hjälpa till bättring och bevara från djävulen.²⁴ Det förändrade levernet kunde innebära att man gifte sig för att undvika frestelsen för boleti eller andra sexualbrott eftersom äktenskapet var instiftat som det lagliga sättet att undfly "annor oloflig be blandelse". Dessutom skulle man sky "sådana lättfärdiga Personer, som råda och hjälpa till, at sådana synder må bedrifwas" och i stället älska allvarliga och gudfruktiga människor som snarare förhindrade än främjade synder.²⁵

Förutsättningen för kyrkotagandet, utlovandet av bot och bättring, diskuterades även på synoden i Strängnäs år 1585. Vad skulle man göra med konor som hade tre eller fyra oäkta barn och inte ville göra bot? Det beslöts att efter det första oäkta barnet skulle kvinnan kyrkotas efter att ha uppenbarligen bekänt sina synder, och andra gången skulle man ta henne i kyrka "medh stoor bön". Dessutom skulle hon ha flera dannemän och -kvinnor som löftesmän. Om hon ännu förleddes till synden, skulle hon exkommuniceras och behandlas som en hedning tills hon gifte sig.²⁶ I sådana fall tolkade man att kvinnan inte ville undfly synden och leva ett tuktigt liv utan hon ansågs som en förhärdad hora. Domkapitelsprotokollen från Stockholm, Uppsala och Västerås från 1590-talet innehåller många exempel på att mödrarna var tvungna att bevisa att barnen var avlade under äktenskapslöfte om de ville slippa att bli kyrkotagna som konor.²⁷

²³ Kalm 1948, s. 160.

²⁴ Om hemligh scriftermål, KO 1571, s. 73–74; Synodalstatuterna av Åbo (1573), G. G. Hällström (utg.), *Samling av domkapitlets i Åbo Circulär-Bref ifrån år 1564–1700, Supplement I*. Åbo 1836, s. 29; Rätt bön om syndaförlåtelse. Predikan inför konungen, hållen i Stockholm den 13 augusti 1617, B. Rud. Hall (utg.), *Biskop Joh. Rudbeckius predikningar i urval och i moderniserad form*. Stockholm 1916, s. 88; Kalm 1948, s. 113–114.

²⁵ Admonitio ad regem, B. Rud. Hall (utg.), Till Johannes Rudbeckii karakteristik, *Årsböcker i svensk undervisningshistoria*. Lund 1923, s. 9.

²⁶ Strängnäs synod 1585, Herman Lundström (utg.), *Svenska synodalakter efter 1500-talets ingång*, 2. serien, Strängnäs stift, Skrifter utgifna af kyrkohistoriska föreningen, II:4. Uppsala 1909–1911 (härefter *Svenska synodalakter II*), s. 24.

²⁷ Korpiola 2004, s. 284, 290–292.

Det var alltså senast på detta stadium som vi vet att prästerskapet ingrep i levernet på Ekolsund slott och vi lär att kyrkoherden i Sigtuna hade tagit itu med frågan om hertigens frillas kyrkotagning. Hertig Gustaf påstod att hans konkubin dittills inte hade varit skonad från en offentlig avkunnelse av hennes synd i församlingen utan att herr Olof redan på vintern hade ”huarkenn skonadt oss eller henne, vthan thet af Predikestolen förkunnedt”. Detta tyckte hertigen var opassande eftersom prästen inte hade följt det som hertigen själv kallade ”Apostlens Regla”, dvs. förmanat den syndige privat några gånger och först om ingen bättring kunde iaktas förkunnat synden offentligt för hela församlingen.²⁸ Fast detta förfaringssätt hade föreslagits i Georg Normans *Articuli Ordinantie* från år 1541, var det praxis att både uppenbara syndare och de som fått ett stort rykte för ett brott eller en synd skulle avhålla sig från nattvarden tills de hade gjort sig fria från talet.²⁹

Dessutom hade prästen följt kyrkoordningens stadgor och förmanat henne att ”affstå mz sit horerij”³⁰ innan hon kunde kyrkotas. Enligt hertigen hade herr Olof av Sigtuna besökt Ekolsund och frågat om konkubinen ville lova med fyra dannekvinnors ed att hon aldrig mer efter den dagen ville synda och ”herrans bud öfuerträda”. I detta fall skulle hon tillåtas att komma i Guds församling, men annars inte.³¹ Dessa krav verkar att vara i linje med den svenska kyrkans praxis på 1590-talet – särskilt om detta inte var hertigens frillas första oäkta barn. I ett motsvarande fall i Stockholm år 1596 fick konan Brita, som hade fått Vincentius Homo Deis barn och som hade varit utanför kyrkan i ett år, skaffa goda dannekvinnor för att gå i loven för henne att hon inte skulle synda så igen, innan hon skulle tas i kyrkan offentligt.³² Men hertig Gustafs konkubin hade inte lovat detta, vilket ledde till att Uppsala

²⁸ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

²⁹ Georg Normans kyrkoordning på svenska, *Bidrag till Svenska kyrkans historia*, s. 13. Se även synodalstatuterna av Linköping 1590, Andrén Åke, Petrus Benedicti och synodbeslutet i Linköping år 1590, KÅ 1955, s. 247.

³⁰ Det att prästerskapet kallade synden ”horerij” betyder inte nödvändigtvis att hertigens mätress var gift. I andra fall kunde till och med vanligt lönskaläge kallas sodomitiskt leverne (se nedan). Även i England användes orden *adultery* och *fornication* ibland liktydigt, Ingram Martin, *Church Courts, Sex and Marriage in England, 1570–1640*. Cambridge 1990, s. 239.

³¹ 18.2.1596, UDP A I:1, ULA, 108v; Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1595, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA; Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, *ibid*.

³² 3.8.1596, SDP A I:1, SSStA, 50: domkapitelsprotokollet nämner uttryckligen att ärkebiskopen hade befallt prästen att följa detta förfaringssätt i fallet.

domkapitel våren 1596 skrev till hertigen om "then förargelige Personen" – som hertigen påstod att de kallade henne i brevet – som vistades på hans gård och som inte ville utfästa bot och bättring utan framhärda i sin synd.³³

Hertig Gustaf insisterade att han hade hört kvinnan efter domkapitlets brev, men hon hade ursäktat sig med att "högligen" neka att hon någonsin hade sagt så. Tvärtom. Hon ångrade sin överträdelse av hjärtat, hon ville gärna avstå från synden och bättra sitt leverne, men bara "så mycket henne kan ware mögeligit och menniskligit".³⁴ Detta kan man tolka så att hertigens bislåperska skulle fortsätta sitt samliv med den högättige älskaren. Detta påminner lite om "kånan" Marie Henriksdotter som var adelsmannen Scipio de Palmas bolskap i över två år och födde älskaren två barn. Enligt prästen, herr Anders, hade hon blivit offentligt intagen i kyrkan efter första barnet på det villkor att hon lovade att "hon wille aldrigh ther effther leggja sigh nedher medh honom". Detta löfte – om det nu ens var uttryckt på allvar – höll Marie Henriksdotter inte och efter andra barnet blev hon åter intagen på de villkoren att hon skulle sluta förhållandet och lämna socknen. Detta gjorde hon dock inte, utan Stockholms kapitel konstaterade att hon hade lovat bättring tre gånger, men i stället för att hålla sitt ord hade hon ljutit för prästen.³⁵ Förståeligt nog tycks herr Olof ha förhållit sig skeptiskt till hertigens konkubins strävan att undvika synden och leva kyskt så länge hon förblev i hans hushåll och det är lika förståeligt att hertig Gustaf inte uppskattade ett villkor som skulle ha hållit hans älskarinna ifrån hans säng. Herr Olof meddelade domkapitlet att hertigen hade jämfört det med inkvitionen att en botfärdig människa skulle ha löftesmän för att kunna gå i kyrkan. Det rapporterades även att hertigen hade hotat slå ärkebiskopen i huvudet.³⁶ I sitt andra brev nekade hertigen dock att han skulle ha hotat ärkebiskopen eller kapitlets medlemmar med hugg och slag.³⁷

³³ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

³⁴ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA. I samma brev konstaterade hertigen att hans hovtjänare befanns inte driva "någre vppenbarlige groffue synder – –, för huilket wij tacke Gudh then Alzmechtegeste". Han framhävde även att han inte ämnade tolerera någon i sitt furstliga hov "som icke gerne hörer Gudtz helige ordh, tager sig til wære för synder så mycket honom mögeligit och meniskligit är och i sit lefuerne och vmgenge steller sig ärligen och oprichteligen".

³⁵ 11.1.1598, SDP A I:1, SSStA, 113.

³⁶ 18.2.1596, UDP A I:1, ULA, 108v.

³⁷ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

Men hertig Gustaf dolde inte sina åsikter om kyrkodisciplinen. Han tyckte att det var ett ”olideligit ochristeligt welkor, enom swagom Menniskiom förestelt, och i Gudz försambling ohörligit och obrukeligt, att oska och begära thet som omögeligit är, til adt lofua och tilseia myket mera att holla.” Han hänvisade till Syraks text att även den rättfärdige föll sju gånger om dagen och påminde att det var omöjligt för en människa att leva utan synd. Hertigen avslutade genom att utmana kapitlet med en viss fräckhet: ”Men om i Wethe eder för alle synder frije, måge I dhå kaste förste stenen.”³⁸ Dessutom tyckte han att herr Olof borde ha skilt mellan uppenbarliga och grova samt mindre och alldagliga synder.³⁹ Hertigen tyckte tydligen att lönskaläge och boleti tillhörde den andra kategorin. Synpunkten delades inte av prästerskapet som betonade att både Kristus och Paulus hade räknat all lösaktighet och allt boleti lika högt som hordom: alla synder emot sjätte budordet utslöt människan ifrån Guds rike. Efter antingen lönskaläge eller boleti skulle prästen dessutom ta båda syndarna offentligen in i församlingen och de som fortfor i boletiet skulle exkommuniceras.⁴⁰

I sitt brev till domkapitlet, daterat den 15 maj år 1596, ansåg hertigen även att det var konstigt (*selsynt*) att domkapitlet anklagade kvinnan för synden utan laga vittne. Dessutom hade ingen, påstod hertig Gustaf, begärt någon bättring av henne. Han fortsatte genom att färggrant beskriva hur två präster hade besökt hans konkubin i hans frånvaro: båda hade varit så fulla att de knappast kunnat gå ”mykit mindre wettat huad the hafue giordt heller talat”. Den ene hade gråtit, medan den andre hade ”snorkat och Porkat”, bannat och överfallit henne med stränga och hårda ord. Slutligen hade frillan sagt dem ”doch blödeligen” att de skulle återkomma till frågan när hertigen själv kunde vara tillstädes. Då hade prästerna avlägsnat sig och sedan dess hade ingen annan präst trängt sig dit. Hertigen nekade att hon skulle ha över-

³⁸ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA. Se även Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, *ibid*.

³⁹ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4. 1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA; Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, *ibid*.

⁴⁰ Georg Normans kyrkoordning på svenska, *Bidrag till Svenska kyrkans historia*, s. 13; *Svenska synodalakter II*, s. 31, 33; Uppsala kyrkomöte 1572, *Bidrag till Svenska kyrkans historia*, s. 29; Cnattingius Hans, Synodalartiklar för Skara stift från 1596, *KÅ* 1952, s. 177. Se även 8.6.1544, Gustaf I:s påbud och stadga om böndagars hållande, P. E. Thyselius (utg.), *Handlingar till Sverges reformations- och kyrkohistoria under Konung Gustaf I. II*. Stockholm 1844–1845, s. 225–227.

fallit dessa två präster med trotsiga ord.⁴¹

Herr Olof tillade att kvinnan ändå hade gått i kyrkan och i sin bänk, men han framhöll att hon inte hade blivit intagen i enlighet med kyrkoordningen.⁴² Kapitlet tyckte att pastorn inte skulle ge efter för att hans auktoritet och kyrkodisciplinen skulle upprätthållas, fast *capitulares* tyckte att han hade förtjänat att mista sitt prästegäld för att han hade försummat sin plikt och inte flitigt "giort sit kaall och embethe". Kapitlet anmanade nu herr Olof att förmana hertig Gustafs mätress att hålla sig från kyrkan tills hon hade förlikt sig med Gud och församlingen. Men ifall hon trotsade prästens råd och deltog i gudstjänsten, skulle herr Olof genast gå ut ur kyrkan och vägra att hålla gudstjänst.⁴³ Hertig Gustaf förnekade dock att hans frilla skulle ha gått i kyrkan prästeämbetet och kyrkoordningen "till trotz och föracht" fast kapitlet hade blivit berättat så. Hon hade nämligen skickat två av hertigens tjänare till herr Olof för att förfråga sig om hon kunde gå in och höra Guds ord. Herr Olof hade då varken nekat eller jakat utan skjutit över ansvaret på henne. Hon kunde gå in och höra Guds ord efter eget skön, om hon ville det själv. Därpå hade hon gått i kyrkan. Hertigen påpekade att om herr Olof berättade något annat, kunde hans tjänare överbevisa domkapitlet om motsatsen, eftersom allt i sanning hade skett som hertigen hade berättat.⁴⁴ Det verkar som om herr Olof var i en klämma mellan domkapitlet och hertigen, och han försökte lovera mellan båda. Domkapitlet hotade honom med avsättning av prästgäldet och hertigen hotade honom med ekonomiska repressalier och möjligen även fysiskt våld: åtminstone skrev herr Olof Uppsala domkapitel i maj att hertig Gustaf hade hotat honom med att vilja slå båda armarna av honom.⁴⁵

⁴¹ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA; Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, *ibid.*; Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

⁴² 18.2.1596, UDP A I:1, ULA, 108v.

⁴³ 18.2.1596, UDP A I:1, ULA, 108v.

⁴⁴ Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

⁴⁵ 5.5. 1596, UDP A I:1, ULA, 116.

Adelns sexualbrott och prästerskapet: tiga eller tjalla

På medeltiden och 1500-talet ansågs det tämligen normalt att särskilt ogifta adelsmän hade tillfälliga förhållanden med kvinnor ur lägre stånd eller långvarigare mätresser. Här visade kungarna, t. ex. kung Karl Knutsson [Bonde] (reg. 1438–1440, 1448–1457, 1464–1465, 1467–1470), riksföreståndaren Sten [Gustavsson] Sture (reg. 1470–1497, 1501–1503) och högaristokratin, t. ex. rikshovmästare Ture Jönsson [Tre Rosor] (d. 1532) eller riksrådet Åke Hansson [Tott] (d. 1510), gott exempel.⁴⁶ Gustav Vasa tycks inte ha haft konkubiner eller oäkta barn vare sig före eller efter äktenskapen, vilket var exceptionellt, men hans fyra söner, Erik XIV (reg. 1560–1568), Johan III, hertig Magnus av Östergötland (1542–1595) och Karl IX (reg. 1599–1611), alla kompenserade sin faders brist genom att ha föräktenskapliga förhållanden och oäkta barn i sina unga år.⁴⁷ Några protester eller något ogillande tycks inte ha hörts från prästerskapet.

Men attityderna höll på att förändras som hertig Gustafs konflikt med ärkebiskopen antyder. Kyrkan och kungen ansåg i *Nova Ordinantia* från år 1575 att prästerskapet hade fullmakt att andligen straffa de obotfärdigas samt absolvera de botfärdigas synder. Denna uppgift var erhållen av Kristus själv och verkställdes av hans tjänare på hans befallning. *Nova Ordinantia* förnekade uttryckligen att prästerskapet skulle ta hänsyn till personens status (*icke – – haffua anseendhe til personen*) i tillämpningen av kyrkodisciplin och offentlig botgörelse. Ingen skulle skonas ”[t]y fulmackten till att lösa och binda geller så wel emoot högha som lågha, och skier icke sådant för nogors

⁴⁶ Kung Karl Knutsson gifte sig med sin frilla Kristina Abrahamsdotter kort före sin död för att legitimera sonen Karl Karlsson, medan Sten Stures oäkta dotter Birgitta troligen var avlad och född före faderns äktenskap med Ingeborg Åkesdotter [Tott], Aalto Seppo, Keskiäika (n. 1150–1523) i *Suomen hallitsijat. Kuninkaat, keisarit ja presidentit*. Porvoo 2001, s. 87, 91, 97, 99; Gillingstam Hans, Sofia Gyllenhielms modernehärstamning, *Genos* 1950, s. 35–38; Runnquist-Olsson Greta, Hertig Magnus av Östergötland. En psykiatrisk studie, *Sydsvenska medicinhistoriska sällskapets årsskrift* 1987, Supplementum, s. 131.

⁴⁷ Erik hade några frillor före Karin Månsdotter men fick två döttrar åtminstone med Agda Persdotter. Medan Johan var ogift fick han två döttrar och två söner med frillan Karin Hansdotter. Hertig Magnus hade tre döttrar med två skilda mätresser, medan Karl IX fick sin son Karl Karlsson Gyllenhielm före sitt första äktenskap. Se, t. ex. Gillingstam 1950, s. 37–38; Runnquist-Olsson 1987, s. 45–46, 59, 133; Warnstedt Christopher von, Hertig Magni ‘förtidshustrur’ och deras barn, *Sydsvenska medicinhistoriska sällskapets årsskrift* 1987, Supplementum, s. 149–154, 164–166; Elgenstierna Gustaf, *Den introducerade svenska adelns ättartavlor med tillägg och rättelser III*. Stockholm 1927, s. 292.

persons skull, vthan för syndennes skull.”⁴⁸ Oron gällde troligen först och främst adeln, men enligt Kjöllersström kunde ståndpunkten dock ”icke upprätthållas vare sig i praktiken eller teorin.”⁴⁹ Den skotska presbyteriska kyrkan hade likadana problem: fast alla förbrytare skulle göra offentlig plikt oberoende av deras status (*without exception of persons*), i praktiken hände detta sällan.⁵⁰

Hertig Gustafs var inte ett enstaka fall, eftersom det finns även andra tecken på att ärkebiskop Abraham Angermannus (äbp 1594–1599) ville utvidga kyrkodisciplinen så att den även i praktiken omfattade adeln. Claes [Vernersson] Slatte var angiven för boleti och underlåtenhet att delta i sakramentet i flera år – det senare var kanske en konsekvens av det förra.⁵¹ Även Nils [Nilsson] Bröms av Locknevi hade en konkubin (*bijslåperska*) och flera oäkta barn. Han blev påmind om att bolare och andra grova syndare aldrig skall ärva Guds rike utan dömas av Herren och kastas i evig tid i sjön som brinner med svavel och eld. Ärkebiskopen skickade honom ett obligationsbrev att undertecknas i vilket Bröms skulle avstå från sitt otuktiga och sodomitiska (!) leverne. Därtill skulle han ha sin kyrkoherde och två andra män som löftesmän att han förvisade sitt ”lösa skiökie partij” från sina gårdar och gods. Om han syndade på nytt och på så sätt blev en ”Gudz ordz och wilies förargelige förachtare”, skulle dessa män vara hans åklagare och han skulle vara tvungen att lida kyrkans strängaste straff. Det är knappast överraskande att Bröms vägrade både att gå med på detta och att infinna sig hos ärkebiskopen, men han skickade bud med prästen till Angermannus att han ämnade gifta sig så snart han med Guds hjälp hittade ett gott parti. Ärkebiskopen lät sig inte imponeras av Bröms’ attityd utan beordrade att denne skulle sättas utur församlingen om han vägrade underteckna obligationen och exkom-

⁴⁸ Nova Ordinantia, *KOF I* s. 257; Kjöllersström Sven, Kyrkolagsproblemet i Sverige 1571–1682, *Samlingar och studier till svenska kyrkans historia 11*. Stockholm 1944, s. 31, 37.

⁴⁹ Kjöllersström 1944, s. 37.

⁵⁰ Graham Michael F., *The Uses of Reform: "Godly Discipline" and Popular Behaviour in Scotland and Beyond, 1560–1610*. Studies in Medieval and Reformation Thought 58, Leiden 1996, s. 261–262, 283. Man bör dock minnas att kyrkotuktens karaktär och funktioner varierade från ett landskap eller land till ett annat innan man kan jämföra dem med varandra, se t. ex. Schilling Heinz, 'History of Crime' or 'History of Sin'? – Some Reflections on the Social History of the Early Modern Church Discipline i E. I. Kouri – Tom Scott (red.), *Politics and Society in Reformation Europe. Essays for Sir Geoffrey Elton on his Sixty-Fifth Birthday*. London 1987, s. 290–291, 294–295, 303.

⁵¹ Landeryd sochen, Otto Holmström (utg.), *Ärkebiskop Abrahams räfst*, Skrifter utgifna af kyrkohistoriska föreningen IV:1. Upsala 1901, s. 148–149.

municeras om han inte ångrade sig.⁵² Bannlysningen verkställdes om inga förmaningar hjälpte utan människan envist framhärdade i synden och tredskade. Den bannlyste fick inte delta i gudstjänsten med undantag av att höra predikan i vapenhuset, och människorna – utom hans familj och tjänare – fick inte umgås med honom utan han skulle vara ”aff allom hållen såsom een Hedninge och Publican”.⁵³

Dessa fall tycks ha handlat om långvariga förhållanden eller mer eller mindre offentliga konkubinatförhållanden. Helt tillfälliga förbindelser som adelsmän hade med ofrälse kvinnor, till exempel pigor, behandlades säkert ytterst sällan på ting, eftersom de angick bara parterna och männen kunde väl kompensera den kvinnliga parten och även sköta om eventuella barns underhåll. På grund av detta kan man anta att vanligen lämnade dylika fall inga spår efter sig i källorna.⁵⁴ Ärkebiskop Abrahams visitationsprotokoll nämner dock ett skandalöst fall där junker Olof Bosson⁵⁵ hade lägrat eller våldtagit en kvinna på slottet i Söderköping.⁵⁶ I ett annat fall var det rena slumpen att lönskaläget kom i dagen. Nämligen Tomas Krigh, rådmannen i Vadstena, misstänkte sin piga Elin för att ha tjänat honom ”otroligenn”. Tomas hade dock inga bevis mot Elin för stöld och hon nekade till brottet. Men rådmannen, som visste att pigan hade pengar, var misstänksam och ville veta var hon hade fått dem. Då måste Elin erkänna att en adelsjunker som gästade rådmannen hade givit henne sex marker för att han ”fick hafua sin willie med henne”.⁵⁷ Agnis Thomasdotter från Åbo, som hade sex oäkta barn, alla med skilda män, påstod att antingen Torsten Stålhandske (1594–1644) eller hans äldre halvbroder Lydik Mattsson [Grönfelt] (d. 1629) var fadern till hennes tredje barn: eller, som hon själv tycks ha uttryckt sig, ”dem som större schegg hafuer af dem, han eger barnet”.⁵⁸ Adelsmannen Gyllenflög på

⁵² Locknewij sochen, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 61–62.

⁵³ Om bann, *KO* 1571, s. 82–84; Ordning medh messone, *ibid.*, s. 93; Synodalartiklar för Skara stift från 1596, *KÅ* 1952, s. 177.

⁵⁴ Se även Aalto Seppo, *Kirkko ja kruunu siveellisyyden vartijoina: seksuaalirikollisuus, esivalta ja yhteisö Porvoon kihilakunnassa 1621–1700*. Helsinki: Suomen historiallinen seura 1996, s. 89 angående ogifta adelsmän och deras älskarinnor i mitten av 1600-talet.

⁵⁵ Han var möjligen den Olof Bosson [Oxehufvud] som dog före 1614.

⁵⁶ Sörköping stadh, *Ärkebiskop Abrahams räfst* s. 182.

⁵⁷ 27.11.1608, Georg J. V. Ericsson (utg.), *Vadstena stads äldsta tänkeböcker (”Domboken”) 1577–1610*. Uppsala 1945–1952, s. 424.

⁵⁸ 22.10.1634, George Granfelt (utg.), Utdrag ur Åbo stads dombok 1632–1634, *Bidrag till Åbo stads historia VI*. Helsingfors 1890, s. 209.

Åland bolade med en hora som han varken ville gifta sig med eller släppa. Även om prosten Boëtius Murenienius inte nämnde fallet i sitt visitationsprotokoll, utom att han nämnde att Gyllenflögs hushåll i Finström var ”oskickeligt”, meddelade han tydligen det till Åbo, eftersom domkapitlet beslöt att diskutera saken med landshövdingen. Vi får även veta att adelsmannen, löjtnant Stiernkors’ frilla var Karin Månsdotter från Linköping.⁵⁹

Prästerskapet var knappast benäget att skvallra på sätesgårdarnas herrar och junkrar utan provokation eller tryck från sina överordnade.⁶⁰ I vårt fall hade hertig Gustaf året innan hotat de lokala prästernas ekonomiska intressen genom att vilja ta all kyrkosäd och prästernas vederlag, som tydligen betalades i säd, av prästerna i Vadsunda kontrakt och giva dem (bara) en daler för var sädestunna. Pastorererna klagade över situationen till domkapitlet som skrev ett brev om detta till hertigen.⁶¹ Fallet var kanske mindre ett angrepp på kyrkans privilegier än en respons på den rådande bristen på utsäde på våren 1595, över vilket bönderna runt Uppsala klagade till hertig Karl. Hertig Karl uppmanade ärkebiskop Abraham Angermannus att utlämna spannmål från domkyrkans förråd, dock mot ersättning.⁶² Men i januari 1596, alltså då tvisten om hertigens konkubins kyrkotagning började aktualiseras, klagade domkapitlet att Gustaf av Saxen höll inne (*förhåller*) tionden som var förlänade till universitetet (*Academien*). Detta klagomål framförde ärkebiskopen sedan till hertig Karl.⁶³ Dessutom rapporterades det igen i samband med tvisten om hans mätress’ kyrkotagande att hertigen hade förbjudit allt sitt folk att betala tionden åt prästerskapet.⁶⁴ Fast hertigens förbud kan ha aktualiserats på grund av brist på spannmål,⁶⁵ togs liknande frågor inte upp för första gången i samband med adeln. Till exempel 1583 hade prästerskapet i Strängnäs stift klagat hos hertig Karl att vissa adliga inte enbart själva

⁵⁹ 29.4.1659, *Consistorii ecclesiastici aboënsis protokoller I–II* (härefter CEAP). Borgå 1899–1902, s. 292–293; jämför 23.6.1658, Kaarlo Österbladh (utg.), *Boëtius Murenienius’ acta visitatoria 1637–1666*. Borgå 1905–1908, s. 397. Om Stiernkors (möjligen Erik Mårtensson Stjernkors till Holma), se 19.1.1661, 31.1.1661, CEAP, s. 475–476, 487.

⁶⁰ Aalto 1996, s. 151–154, 166–169.

⁶¹ 29.1.1595, UDP A I:1, ULA, 43; 29.1.1595, UDP A I:1, ULA, 56.

⁶² Ohlsson Ragnar, *Abraham Angermannus: en biografisk studie*, Samlingar och studier till svenska kyrkans historia 13. Lund 1946, s. 249–250.

⁶³ 21.1.1596, UDP A I:1, ULA, 100.

⁶⁴ 5.5.1596, UDP A I:1, ULA, 116.

⁶⁵ Ohlsson 1946 s. 286. Jämför Aalto 1996 s. 153: adeln kunde ta sin hämnd på länsmannen för sexualbrottsdomar genom att förbjuda sina landbönder att betala in vissa avgifter.

vägrade att betala tionden utan även förbjöd sina landbor att göra detta. Sådant missbruk förbjöd hertigen alldeles.⁶⁶ Hertig Gustaf förkroppsligade alltså både ringaktning för kyrkodisciplinen och hot mot prästerskapets ekonomiska intressen. Man kan anta att kränkandet av dess privilegier och friheter⁶⁷ provocerade kyrkan att svara med andliga medel, dvs. kyrkotukt, när frågan om kyrkotagandet aktualiserades.

Som vi märkte i fallet med hertig Gustafs frilla tyckte domkapitlet i Uppsala att herr Olof av Sigtuna hade försummat sin plikt och därmed förtjänade att mista sitt ämbete och sin prästegäld.⁶⁸ Detta motsvarade det cirkulärbrev som ärkebiskop Abraham Angermannus gav före sin visitation i Götaland: prästerna skulle till visitationsmötena ha skrivit ett register på alla brister eller förgärligheter angående lära eller leverne ”anten hoos höga eller låga, inthet anseandes haffua thill nogon person”. Om någon präst senare befanns ha dolt någon last, förverkade han därmed sitt ämbete och sin prästegäld och skulle inte längre vara ansedd som en ”trogen Guds tjänare”.⁶⁹ På samma sätt lät biskop Laurentius Paulinus Gothus av Strängnäs (bp 1609–1637) stämma Johannes Petri, kyrkoherden av Kernbo, år 1631 till domkapitlet för att svara varför han inte hade uppmanat en adelsman i hans församling att gifta sig med sin konkubin. Petri försvarade sig genom att förklara att han en gång hade diskuterat fallet med en kapitelmedlem. Men detta ansågs inte vara nog: han borde ha sökt stöd av hela kapitlet då han insåg att adelsmannen inte tänkte lyda. I sin sentens tyckte domkapitlet att Johannes Petri inte hade gjort sin plikt med tillräcklig iver och hängivelse utan varit för slapp med adelsmannen. För detta och ett par mindre försummelse skulle Johannes Petri böta fem daler.⁷⁰ I ett annat fall hade kyrkoherden i Nagu kyrkotagit hopmannen för Kimito friherreskap, Konrad von Nettelhorsts (d. 1679) älskarinna utan att i förväg ha konsulterat Åbo domkapitel om saken. Prästen försvarade sig genom att påstå att kvinnan skulle ha blivit galen (*hwfutsuagh*) om hon inte hade kyrkotagits. Kapitlet blev inte övertygat av förklaringen utan stämde kyrkoherden till kapitlet.⁷¹

⁶⁶ Svenska synodalakter II, s. 9.

⁶⁷ Hertig Gustafs av Saxon brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

⁶⁸ 18.2.1596, UDP A I:1, ULA, 108v.

⁶⁹ Ohlsson 1946, s. 272.

⁷⁰ Lundström Herman, *Laurentius Paulinus Gothus: hans lif och verksamhet (1565–1646) I–II*. Uppsala 1893, s. 326–327.

⁷¹ 15.5.1661, CEAP, s. 516.

Johannes Rudbeckius, som har ansetts vara den "våldigaste" av 1600-talets predikanter⁷² – klagade i sin botpredikan att "[h]oreri och lösaktighet går i svang hemligen och uppenbarligen; ringa straff följer därpå. De rika och mäktiga törs ingen tala åt, oafsedt om det gällde ett fult rykte; de ringare slippa med penningar."⁷³ Dessa klagomål baserade sig på situationen i verkliga livet men prästernas relativa maktlöshet eller ovilja att försöka tvinga adeln till bot och bättring var inte ett problem unikt i Sverige. Även i Skottland hade kyrkan liknande svårigheter. Den skotska kronan, oberörd av kyrkans krav, ville inte stadga dödsstraff för hor, eftersom adelns sexuella snedsprång var den alltför bekanta.⁷⁴ Men i Skottland var kungamakten inte fullständigt bakom kyrkans försök att tillämpa kyrkodisciplin på eliten: både kung Jakob VI och medlemmarna av aristokratin var oroliga över möjligheten att kyrkan inte tog tillräckligt stor hänsyn till rangskillnader. Den skotska kyrkans praxis att de ringa kunde döma de höga i den presbyterianska kyrkliga organisationen var en oroväckande, även revolutionär tanke eftersom adelsmännen ansåg att de bara kunde bli dömda av sina jämlikar.⁷⁵ Detta bekymmer tycks inte ha uttryckts i Sverige. I sin fullmakt för ärkebiskop Abrahams visitation nämnde hertig Karl tvärtom de stora och grova synderna och brotten som "gud bättre" begicks överallt i riket "så wäl ibland höge som låga" och delvis blev helt ostraffade.⁷⁶

I skotsk praxis tycks de lokala kyrkliga domstolarna (*kirk sessions*) ha lyckats få de makthavande att infinna sig vid deras sessioner lika ofta som de stämde i medeltal, men *de facto* hade de privilegierade bättre möjligheter att utsätta vittnen för påtryckningar, hala ut på processen, och i allmänhet förhindra domslutet.⁷⁷ Medlemmarna av den skotska aristokratin blev mer sällan anklagade för sexualbrott än den övriga befolkningen. Detta berodde troligen på att enbart elitens notoriska sexuella överträdelser föranledde åtgärder medan resten kunde ses genom fingrarna. Men å andra sidan var det skotska samhället inte vant vid centralmakt över de lokala aktörerna och de

⁷² Kalm (1948, s. 65) tycker att Rudbeckius' roll som predikant var så betydande att man skulle kunna kalla en hel tidsperiod efter honom.

⁷³ Våra synders myckenhet. Botpredikan öfver Daniels bön, bot- och bättringspredikan i Narva 14 juli 1615 samt i Västerås 1629, Biskop Joh. Rudbeckius predikningar s. 88.

⁷⁴ Michison, Rosalind – Leneman, Leah, *Girls in Trouble. Sexuality & Social Control in Rural Scotland 1660–1780*. Edinburgh 1998, s. 10.

⁷⁵ Graham 1996, s. 259–265.

⁷⁶ 15.12.1595, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 205–207.

⁷⁷ Graham 1996, s. 266.

traditionella intressena fick de lokala kyrkliga domstolarna ofta att nöja sig med symbolisk hörsamhet och erkännande av dess auktoritet.⁷⁸

Seppo Aaltos observationer angående Borgå härad 1621–1700 visar tvärtom att adelsmännen och de manliga ståndspersonerna var proportionellt de mest okyska fast det är möjligt att i början av Aaltos forskningsperiod var deras antal (åtminstone antalet tingsförda fall) underrepresenterat. Först när kronans och kyrkans lokala tjänstemän började arbeta i samråd på 1660-talet intensifierades kontrollen så att även adelsmännen måste svara för sina horerier och lönskalägen.⁷⁹ Men ibland kom kraven att ingripa från de adliga själva, t. ex. i samband med dispyter inom familjen. Junker Arn (Arendt) Bengtsson [Schack av Skylvalla] på Arnöberg⁸⁰ klagade över sin kyrkoherde Martinus' beteende i samband med andra tvistemål med prästen. Enligt Arn Bengtssons berättelse till Uppsala domkapitel hade han bett herr Mårten förmana hans broder Nils Bengtsson⁸¹ att avstå från "thet onda lefuerne och horerij som han förde" med en sköka, men detta gjorde prästen inte, påstod Arn Bengtsson. Han snarare tvärtom styrkte broderns syndiga uppförande och "vpweckte en ganska stoor owilie och fiendschap emillan bröderna så at the när hade slaget huarannan ihäl".⁸²

Fast soldater och kringvandrande hantverkare, som inte var bundna till någon viss församling, var omöjliga för prästerna, i vars församling trupperna vistades, att disciplineras var ändå adeln den samhällsgrupp vars beteende kyrkan hade svårast att kontrollera. Den sociala klyftan mellan det lägre prästerskapet och adeln, det ekonomiska beroendet av patronen i vilken kaplanen stod, till och med hotet om våld eller andra repressalier fick det lägre prästerskapet att tveka att utvidga kyrkotukten innanför sätesgårdarna. Detta problem delade Sverige med den övriga protestantiska världen. Till exempel i Skottland saknade kyrkan oftast förmågan att disciplinera adeln, som nog tidvis kunde gå med på att betala någon summa till kyrkans fattig-

⁷⁸ Graham 1996, s. 268, 279.

⁷⁹ Aalto 1996, s. 80–81, 151–153, 165–172.

⁸⁰ Arendt Bengtsson [Schack av Skylvalla] till Utö och Arnöberg var hertig Karls hovjunkare 1594, ryttmästare för Upplandsfanan 10.2.1599, överste för krigsmakten i Dorpat 1600 i november, men stupade vid Dorpat 1601; se Almquist Jan Eric, Åtten Schack av Skylvalla 1372–1617. Senaste släktredogörelse häröver, tryckt 1895, här kommenterad, rättad och i ny upplaga framlagd, *Släkt och hävd* 1960, s. 19–20 (Almquist 1960b).

⁸¹ Enligt Almquist (1960b, s. 19, 23) dog Nils Bengtsson [Schack av Skylvalla], som antagligen hade gift sig 1582, någon gång efter 1598 i landsflykt.

⁸² 21.5.1600, UDP A I:1, ULA. 176. Se även 9.4.1600, UDP A I:1, ULA, 173v.

kassa som botgöring. Adeln tog även sina tjänare under sina vingars skugga och immunitet.⁸³ På samma sätt klagade Strängnäs prästerskap år 1585 för hertig Karl över att lönskaläge, mökränkning och horeri bedrevs ostraffat i alla församlingar men i synnerhet "på store och små herregårdar".⁸⁴

Även om det blev vanligt under 1600-talets lopp i Sverige att adeln och ståndpersonerna kunde omvandla den dem ådömda kyrkotukten till böter, var den symboliska underkastelsen likväl mycket viktig. Åbo domkapitelsprotokoll från 1650- och 1660-talen innehåller till exempel flera sådana fall: Sidonia Footangel, som hade gift sig med en ofrälse man och som skilde sig från honom på grund av sitt äktenskapsbrott med sin dräng, skulle betala en daler silvermynt för varje söndag hon i annat fall skulle stå framför kyrkodörren i Masko. Hälften av dessa åtminstone fyra daler silvermynt skulle gå till Åbo domkapitel, hälften till sockenkyrkan. Adelsmannen J. Nautha från Lundo, som hade lägrat sin piga, skulle betala tio daler kopparmynt i tvåskiftes eller, om han inte hade pengar (!), "arbета därför".⁸⁵ Domkapitlet debatterade om en passande summa då fru Maria Eleonora Preen, överste Anders Muncks [af Sommernäs] fränskilda hustru, begärde "slippa sit kyrkostraf – – med *penningar*" för sitt horeri med Olof Simonsson Galle. En av kapitelledamöterna konstaterade att när en adelsman hade en bisläperska, som han inte ville att skulle stå framför kyrkodörren på söndagar, skulle hon böta tjugo riksdaler. Men kapitlet beslöt efter diskussionen att fru Preen skulle betala tio riksdaler eller sexton daler silvermynt och därmed befria sig från kyrkostraffet.⁸⁶ Man bör dock komma ihåg att inte bara adelsdamer eller -herrar utan även andra människor kunde undvika den offentliga botgörelsen genom pengar. Visitationsprotokollen på Åland demonstrerar att en bolare skulle antingen stå kyrkostraff eller "lösa sig" med en tunna tjära, en annan "för sin otukt gifue två daler *guldmynt* [?]" eller stå två kyrkodagar uppenbar skrift och ha synden förkunnad från predikstolen, medan den tredje skulle antingen genast betala två riksdaler, vilket ansågs som en lindrig bot, eller "stige på hoorepallen i 4 kyrkiodagar".⁸⁷

Den kurländske adelsmannen Konrad von Nettelhorst ansågs av prosten vara i samvetsqual efter att ha lägrat sin piga två gånger – vilket han dittills

⁸³ Michison – Leneman 1998, s. 15, 117–119.

⁸⁴ Stiftssynoden i Strängnäs år 1583, *Svenska synodalakter II*, s. 31.

⁸⁵ 24.3.1658, 21.4.1658, *CEAP*, s. 151, 159.

⁸⁶ 7.5.1658, 12.5.1658, *CEAP*, s. 170, 172.

⁸⁷ 19.10.1637, *Boëtius Murenus' acta visitatoria 1637–1666*, s. 13; 1642 & 1644, *ibid.*, s. 108; 28.7.1658, *ibid.*, s. 370.

hade förnekat – och ångrade sin synd ”af alt hierta”. Han ville nu gå till nattvarden fastän han ännu inte hade bötat på världsligt ting, vilket domkapitlet tillät efter att ha konsulterat hovrätten. Nettelhorsts förhållande med skomakardottern Judit Mårtensdotter, som hade fött hans barn, både före och efter hans trolovning med jungfru Barbro Spåre, var dessutom en av orsakerna till att trolovningen upplöstes.⁸⁸ Då Ernst Lindelöf (d. 1661) från Sagu hade lägrat sin piga och denna skulle tagas i kyrka var domkapitlet inte förvissat om adelsmannens botfärdighet, eftersom han inte hade talat om sin egen synd i saken. Därför förbjöd kapitlet honom tillträde till nattvarden förrän han hade gjort ”en san boot och bättring”, betalat för sig fem riksdaler och för ”konan sin” en riksdaler som skulle tillfalla Sagu kyrka.⁸⁹ I Skottland år 1575 måste kyrkliga myndigheter förbjudas att sälja dispensationer från offentlig botgörelse i säcktyg för dem som hade råd att betala, vilket tyder på att detta hade varit möjligt. Även i andra fall finns det bevis för att den offentliga kyrkotukten var modifierad efter syndarens högre status.⁹⁰ Att omvandla offentlig bot till pengar verkar däremot i Sverige att vara en senare, stormaktstida företeelse fast denna allt starkare tendens att befria sig från kyrkotukten genom pengar var internationell i den tidiga nya tidens Europa.⁹¹ Denna snabba blick på svensk 1500- och 1600-talspraxis visar dock att kyrkan inte nöjde sig bara med att mekaniskt inkassera pengar: även de adliga syndarna skulle underkasta sig kyrkotukten och demonstrera uppriktig ånger för synden innan de ”slapp kyrkostraffet med penningar”.

Den kyrkliga domsrätten, kyrkotukten och adeln: en problematisk ekvation

Som redan har diskuterats ovan, var det inte lätt för adeln att godkänna att kyrkotukten berörde även sätesgårdarna, ännu mindre ville de själva under-

⁸⁸ 15.12.1659, 8.3.1661, *CEAP*, s. 379–380, 491–492. Se även 22.7.1661, *ibid.*, s. 535. Enligt Jully Ramsay (*Frälsesläkter i Finland intill stora ofreden*, Helsingfors 1909, s. 266) gifte sig Konrad von Nettelhorst slutligen omkring 1663 med Gertrud Lindelöf, vars far var ryttmästare Ernst Lindelöf.

⁸⁹ 27.7.1658, *CEAP*, s. 211.

⁹⁰ Graham 1996, s. 262, 272–274.

⁹¹ Schnabel-Schüle Helga, Kirchenzucht als Verbrechensprevention i Heinz Schilling (red.), Kirchenzucht und Sozialdisziplinierung im frühneuzeitlichen Europa, *Zeitschrift für historische Forschung*, Beiheft 16 1994, s. 50–51.

kasta sig kyrkotukten. Fast adeln hade sin patronatsrätt (*ius patronatum*) i tillsättningen av präster, krävde kyrkan rätten att utnämna präster: prästerskapet tyckte inte att en präst kunde bli installerad som kyrkoherde mot församlingens och prästerskapets vilja även om en adlig *patronus* begärde detta. Patronatsrätten innebar enligt kyrkan enbart presentationsrätt till ämbetet, men även detta kunde förorsaka problem.⁹² Kyrkans ståndpunkt var att adeln inte fick välja fogliga och lydiga präster enligt eget behag.

Hertig Gustafs problem var – tyckte Uppsala domkapitel – att hertigen inte hade en egen kapellan. Därför utnyttjade han olika präster – åtminstone herr Nils i Odensala⁹³, hertiginnan Sofias hovpredikant herr Jöran, och även andra prästemän (troligen alltså även herr Olof av Sigtuna) vilka honom ”der till haf[uer] syntz bäst wara skickeligasth och tiensligasth” – för att hålla gudstjänst för honom och hans hov. Men hertigen misstänkte att kapitlet hade förbjudit herr Nils av Odensala och traktens andra präster att inte inkräkta på en annans kall och ämbete genom att hålla påskgudstjänst för honom. Detta tyckte han betydde samma som att svika församlingen när den mest behövde hjälp. Kapitlet försäkrade att det aldrig hade vare sig förbjudit präster att hålla gudstjänst för hertigen och hans hov eller haft något emot att han hade en egen hovpredikant. Men sin hovpredikant, som skulle predika efter hans egen vilja, skulle hertigen inte få välja ”effter sit huffwud”.⁹⁴ Domkapitlet misstänkte att hertigen hade fått nog av sin ordinarie predikant herr Jöran för att denne hade gjort sin plikt och straffat synden, och därför ville han i stället få herr Nils av Odensala. Hertig Gustaf förnekade likväl att han någonsin hade haft en viss predikant. Hans onåd mot herr Jöran berodde inte på dennes ovillighet att tiga om hertigens synd utan på dennes ”andre – illistige gerningar” om vilka hertigen ville personligen diskutera med ärkebiskopen.⁹⁵ Dessutom kunde hertigen inte använda herr Jöran eftersom

⁹² Kjällerström 1944, s. 37–40. Se för övrigt Lindegård Sven, *Consistorium regni och frågan om kyrklig överstyrelse. En studie om den svenska kyrkoförfattningens teori och praxis 1571–1686*, Bibliotheca theologiae practicae 5. Lund 1957, s. 44.

⁹³ Enligt Fant (1842–1845, s. 372–373) blev Nicolaus Laurentii Bullernæsius kyrkoherde i Odensala år 1593.

⁹⁴ 9.4.1596, UDP, ULA, 114v; Hertig Gustafs av Saxen brev till Uppsala domkapitel, 15.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

⁹⁵ Någon herr Jöran nämns inte längre som hertiginnans predikant i december 1597 utan då hörde två predikanter, herr Per och herr Olof, till hennes hovfolk, 1597 Mantall Påå H. N. Furstinnes af Ekolsundh hof, som skola bekomma sörghel kläder till begrafningen, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA.

han var hertiginnans kapellan och inte kunde göra tjänst både för modern och sonen som vistades på skilda orter.⁹⁶ Domkapitlets åsikt var klar: adeln fick inte bestämma hurdana predikningar de själva ville lyssna på.

Åtminstone delvis berodde detta på en naturlig fruktan för att dessa präster inte skulle visa tillräckligt stor oavhängighet av patronen, exempelvis i saker rörande kyrkodisciplin, då prästerståndets och adelns skiljaktiga mening kunde ge upphov till lojalitetskonflikter. I sådana fall kunde präster ta större hänsyn till den lokala adelsmannen eller -frun än till de andliga pliktterna. Stiftssynoden i Strängnäs år 1583 klagade att ”herremens kappelaner” aldrig kom till synoden.⁹⁷ År 1641 fick herr Nils, sacellanen i Börklinge, förklara varför han så sällan höll gudstjänst i kyrkan utan föredrog att göra tjänst hos en adelsfru, och lät en smålänning vikariera för honom. Herr Nils’ förklaringar övertygade inte och han blev suspenderad ”ab officio, till thes han sigh bättrar”.⁹⁸ I även smärre saker kunde prästernas vilja att behaga adeln leda till kontroverser med kyrkans dogma eller praxis. Kyrkotagningen var ett problem. Eftersom adelsmän anställde egna huspredikanter hade de mindre behov att låta förrätta kyrkliga ceremonier som vigsel, dop eller kyrktagning i sockenkyrkan utan de föredrog – delvis för att skilja sig från den övriga befolkningen – gårdens eller slottets intimitet. Även de privata nattvardsgångerna motiverades med viljan att inte trängas med bönderna.⁹⁹ Adelsmännen ville dessutom ofta att prästerna som döpte deras barn förkortade kyrkoordningens och kyrkohandbokens dopliturgi så att resten förrättades vid barnsölet eller när faddrarna hann infinna sig. Detta ansågs opassande bland annat i Strängnäs stift, och biskopen insisterade vid 1610 års synod på att alla, ”både adels och fattig mäns barn” skulle döpas enligt

⁹⁶ Hertig Gustafs av Saxon brev till Uppsala domkapitel, 27.4.1596, Svenska prinsars och prinsessors arkiv, RA. Hertigen tillade något näsvist att det inte var möjligt att bruka herr Jöran eftersom denne bara var en människa – som alltså inte kunde hålla gudstjänst samtidigt på två orter. Modern tycks huvudsakligen ha vistats på Ekolsund medan sonens båda brev är daterade i Venngarn.

⁹⁷ Stiftssynoden i Strängnäs år 1583, *Svenska synodalakter II*, s. 4. Se även Synodalartiklar för Skara stift från 1596, *KÅ* 1952, s. 175, 177.

⁹⁸ Stiftssynoden i Uppsala år 1641, Herman Lundström (utg.), *Svenska synodalakter efter 1500-talets ingång*, 2. serien, Uppsala stift, Skrifter utgifna af kyrkohistoriska föreningen II:3, Uppsala 1903–1908 (härefter *Svenska synodalakter I*), s. 58–59. Se ytterligare *ibid.*, s. 81–82.

⁹⁹ Gustavsson 1972, s. 54. Kyrkan ansåg ändå att på de brölloppen med även två-trehundra gäster som ordnades ”uthi store och förnebmliche herrehoff” kunde vigseln förrättas hemma eftersom detta redan gjorde en stor församling i sig själv. Detta exempel fick dock inte imiteras, Stiftssynoden i Uppsala år 1649, *Svenska synodalakter I*, s. 89.

handbokens ritual, fast detta missbruk dök fram även senare.¹⁰⁰ Fast adeln ofta ville kombinera det privata dopet med kyrkotagningen i hemmet och enstaka präster sympatiserade med detta, envisades kyrkan att dessa ritualer, samt nattvard och vigslar, skulle ske i kyrkan.¹⁰¹

Det var prästerskapets plikt att predika mot synden och uppmana folk till bot och bättring. Att tiga var att begå ett allvarligt tjänstefel: en predikant som misskötte sitt åliggande och inte vågade predika Guds lag "som bijter Samwetet lijka som Saalt i Sååret" dög inte längre som präst, tyckte Petrus Jonae Angermannus. Synden och Guds straff skulle förkunnas för dem som bröt emot lagen och för de motspänstiga oberoende av om de var "stoore Hanser eller små, ehwad ther följer tack eller otack."¹⁰² Stiftssynoden i Strängnäs år 1612 var tvungen att påminna prästerskapet om att inga uppenbara syndare, vare sig på herrgårdar eller annanstans, skulle bli ostraffade.¹⁰³ I praktiken var detta dock lättare sagt än gjort. När Uppsala domkapitel förstod att fru Cecilia Gustavsdotter [Stenbock] skyddade sin gifte landbonde Bengt Olofsson från kyrkotukten, blev herr Enevaldus av Åkerby tvungen att förklara sina försummelser i fallet. Prästen hade ingen godtagbar förklaring till det att han inte hade tvingat Bengt Olofsson att underkasta sig kyrkotukten och därför miste han sin tjänst för någon tid.¹⁰⁴ En präst fick inte heller ta en syndare i kyrkan som inte ansågs vara botfärdig: Uppsala domkapitel observerade med missnöje att herr Magnus av Gamla Uppsala hade tagit en dräng i kyrkan utan kapitlets tillstånd, oavsett att denne flera gånger hade försummat kapitlets stämningar, vilket inte vittnade om några botfärdighetstecken hos honom.¹⁰⁵

Hertig Karls brev som befullmäktigade ärkebiskopens visitation av Linköpings stift insisterade på att alla, såväl meniga som adliga, präster som lekmän, lydde under ärkebiskopens disciplin.¹⁰⁶ I praktiken varierade adelns attityd dock från ointresse eller ren tredska till samarbetsvillighet. Visitations-

¹⁰⁰ Stiftssynoden i Strängnäs år 1610, *Svenska synodalakter II*, s. 60; Stiftssynoden i Strängnäs år 1618, *ibid.*, s. 80–81; Lundström 1893, s. 263–265.

¹⁰¹ Gustavsson 1972, s. 54–55; Lempiäinen 1969, s. 14, 37–38.

¹⁰² Kalm 1948, s. 176–177.

¹⁰³ Stiftssynoden i Strängnäs år 1612, *Svenska synodalakter II*, s. 64.

¹⁰⁴ 12.4.1595, 7.5.1595, UDP A I:1, ULA, 46v.

¹⁰⁵ 3.3.1596, UDP A I:1, ULA, 110.

¹⁰⁶ 15.12.1595, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 206.

protokollet rapporterade att hustru Ingeborg¹⁰⁷ varken hade besökt sockenkyrkan på ett år eller varit till sakramentet; dessutom hade hon föraktat stämningen. Enligt protokollet berodde det sistnämnda på att ”hon är en adelsfruw”.¹⁰⁸ Vissa adelsmän som t. ex. Johan [Johannsson] Copp vägrade delta personligen eller tillåta sina landbönder eller tjänare att komma tillstädes flera kallelser till trots. Välborne Claes [Vernersson] Slatte s tjänare uppenbarade sig vid visitationen och gick med på att vigas nästkommande söndag, även om Claes Slatte själv struntade i ärkebiskopens anrop.¹⁰⁹ Det rapporterades att även på salig Erik Gabrielssons [Oxenstierna] barns gods hade ”dheres vndersåther” förbjudits att komma till visitationsmötet. Israel Karre som hade gjort hor tre–fyra resor gömde sig i fru Brita Olofsdotters [Båt av Billa] till Näs och hennes söners skydd fastän han hade varit tre år utan sakrament. Det klagades till och med över att Israel hade gjort mycket övervåld på kyrkoherdens gård i dennes frånvaro.¹¹⁰ Mot denna bakgrund är det naturligt att nidskrifterna mot ärkebiskop Abraham Angermannus’ räfst, dess stränghet och grymhet torde ha haft sitt upphov i de aristokratiska cirklar som var i opposition mot hertig Karl.¹¹¹

Samma attityd kan urskiljas i Strängnäs stift där biskop Laurentius Paulinus Gothus 1617 klagade för änkedrottning Kristina av Holstein-Gottorp (1573–1625) att adeln satte sig emot visitationer och förhör av kristendomskunskaper genom att själv hållas borta och låta både sina familjer jämte sina underhållande stanna hemma. Biskopen och Strängnäs prästerskap anhöll att i likhet med allmogen, adeln med sina hushåll och sitt folk skulle infinna sig ”när laga visitationer ske”. Detta skulle vara ett gott exempel för andra och förstärka god ordning. Ett par år senare måste biskopen förnya denna begäran, eftersom åtminstone en del av adeln var oförbätterlig.¹¹² Som sagt, hela adeln förhöll sig dock inte lika negativt till kyrkotukten: under Angermannus’ visitation var fru Agneta Arendtsdotter [Örnflyckt] till Mem i Tåby mer samarbetsvillig. Hennes tjänare som hade begått dubbelt hor med två kvinnor var

¹⁰⁷ Detta var troligen Ingeborg Birgersdotter [Drake från Västbo] (d. ca. 1635) som ägde godset Sjöryd i Flisby socken där hon bodde med sin man Per Persson d. y. [Fänestads-släkten] (d. 1616/1617), se Almquist 1960a, s. 232.

¹⁰⁸ Flisby sochen, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 101.

¹⁰⁹ Kimstaa sochn, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 188; Landeryd sochen, *ibid.* s. 148–149.

¹¹⁰ Rysby sochen, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 17; Åby sochen, *ibid.*, s. 18; Aleff sochen, *ibid.*, s. 94.

¹¹¹ Ohlsson 1946, s. 299–302.

¹¹² Lundström 1893, s. 215–216.

tillstades med en medbrottsling och båda undergick kyrkotukt. Dessutom var flera av fru Agnetas tjänare ovigda, och ärkebiskopen gick med på hennes önskemål att ordna deras bröllop vid Mickelsmässan (*Michaelies tidh*).¹¹³ Fru Görvel Joensdotter [Gyllenhorn] till Fållnäs hade låtit "i Werlzligh motte" straffa sin landbo Clemet finne för hor när han hade besovit sin piga under sin hustrus livstid.¹¹⁴ I princip protesterade ärkebiskopen inte om adeln ville bestraffa sina tjänare själv och därmed bruka sitt husbondevälde. Per [Hals-
tensson] Bagge [af Berga] till Örtomta hade skrivit ett artigt brev till Angermannus i vilket han beskrev hur vissa av hans tjänare hade antingen gjort sig skyldiga till sexualbrott eller var ovigda ("Per Bagge will *castigere* sitt folck siälf"). Bagge förklarade att de ovigda paren skulle hålla bröllop på hösten, en av hans tjänare skulle betala böter på hösten i Linköping i stället för att slita ris, men en kvinna hade han låtit piska för hennes missgärningars skull.¹¹⁵

Som helhet verkar det som om adeln var tämligen oentusiastisk över den striktare kyrkotukten. För det första motsatte adeln sig tanken att ödmjuka sig inför församlingen och göra bot och bättring. Adelsmän försökte ofta undgå kyrkoplikten.¹¹⁶ År 1668 uttryckte adelsståndet som sin åsikt direkt att kyrkoplikten i mål som eder och sabbatsbrott inte borde beröra ridderskapet eller den övriga adeln utan enbart oprivilegierade personer.¹¹⁷ För det andra var adeln ovillig att utlämna sina tjänare och landbönder till kyrkotukt – särskilt om detta innebar fysiska straff som risslitning. Det finns vissa indikationer som tyder på att denna kyrkliga politik (som tycks ha varit gängse praxis åtminstone i Uppsala stift även före Abraham Angermannus' period) inte gillades av adeln. 1593–1595 var cirka 15 procent av de 52 personerna som fullföljde uppenbar kyrkotukt vid Linköping domkyrka adelns tjänare, men efter ärkebiskopens visitation av stiftet nämner de kyrkliga protokollen 1597–1599 bara en.¹¹⁸ Detta har tolkats som ett uttryck för adelns djupa misshag med kyrkotukten.¹¹⁹ Dessutom kan man tänka sig att kyrkotukten

¹¹³Täby sochen, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 173.

¹¹⁴11.5.1598, UDP A I:1, ULA, 139v.

¹¹⁵Öretompta sochen, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 145. Se även Aalto, 1996 s. 167.

¹¹⁶Lindegård 1957, s. 172 n. 18.

¹¹⁷Lindegård 1957, s. 156.

¹¹⁸Hassler Ove, Penitens och plikt vid Linköpings domkyrka före och efter Abrahams räfst i *Från skilda tider. Studier tillägnade Hjalmar Holmquist*. Lund 1938, s. 220, 222–223.

¹¹⁹Hassler 1938, s. 222–224.

som innebar skamstraff kom att befläcka människans heder. Åtminstone påstods det att män som hade blivit pålagda kyrkoplikt inte ville undergå den, eftersom deras adliga eller militära herrar inte längre ville ha dem tillbaka efter plikten.¹²⁰

Adelns husbondevälde var både positivt (aktivt) och negativt (passivt) till sin natur. Ståndet hade både plikt och rätt att å ena sidan tukta sina egna tjänare, å andra sidan hjälpa och gynna sina betjänter.¹²¹ Denna positiva och aktiva aspekt kunde minska i betydelse i takt med adelsmannens anseende och aktning om han inte beskyddade eller kunde skydda sina tjänare mot andras kränkning av hans rättigheter och plikter gentemot dem. Men adelns attityd var ofta den att den och dess folk var (eller åtminstone borde ha varit) immuna mot all yttre kontroll och att prästerskapet var utomstående inkräktare på deras gods. Denna inställning kunde utnyttjas på bägge sidorna. En kvinna som hade haft ett förhållande med sin tremänning hade tagit tjänst hos adelsmannen Krister Klasson Horn efter att både sockenprästen och biskopen av Strängnäs hade vägrat att viga paret. Horn, som tog på sig rollen som husbonde, vände sig till biskopen av Västerås, men även denne vägrade dispensation. Till sist lät Horn sin egen kaplan viga paret, men detta förhindrade dem inte från att bli dömda till döden för incest på tinget år 1607. Likadana klagomål fick man höra även senare.¹²² På grund av denna roll som adeln gärna spelade hände det att brottslingar sökte skydd hos adelsmän och -kvinnor mot kyrkliga domstolar. Domkapitlet i Uppsala fick veta att när djäknens Johannes Jacobi, som hade gjort en kvinna i Uppsala med barn, hade hört om hennes havandeskap flydde han till fru Malin Olofsdotter [Örn-fot i Västergötland] på Lindö som tycks ha skickat honom till skolan från första början. När domkapitlet kontaktade fru Malin om saken lovade hon att han ”med tiden” skulle komma tillbaka till Uppsala.¹²³ Denna symbios kunde alltså gagna både adeln och dess ”undersåtar”.

¹²⁰Stiftssynoden i Uppsala år 1678, *Svenska synodalakter I*, s. 150.

¹²¹Se, t. ex. Schering Rosenhanes *Oeconomia*, Torsten Lagerstedt (utg.), *Sörmländska handlingar* 9. Uppsala 1944, s. 11–12.

¹²²Kjällerström, Sven, *Guds och Sveriges lag under reformationstiden. En kyrkorättslig studie*, Bibliotheca Theologiae practicae 6. Lund 1957, s. 31. Se t. ex. även synoden i Uppsala 1662, *Svenska synodalakter I*, s. 115; och Söderlind Nils, *Lysningspraxis under 1600-talet*, KÅ 1966, s. 73–77.

¹²³23.6.1595, UDP A I:1, ULA, 53; 23.7.1595, UDP A I:1, ULA, 80.

Guds ”grymma wrede och straf”: synden, överheten och dess plikter

Den svenska kyrkan ansåg att Guds hämnd för ostraffade brott riktades mot hela samfundet, samhället eller landet oberoende av människornas individuella skuld eller oskuld. Fast motivet Guds vrede, straff och hämnd för människornas synder nämndes redan på medeltiden blev det särskilt populärt efter reformationen. Det tillhörde de mest populära predikotemana. Gud blev förtörnad på människorna över deras synder och straffet var ofrånkomligt om inte folk avstod från dessa synder och gjorde bot och bättring.¹²⁴ Som Gustav Vasa påminde Kronoborgs läns invånare, var Sodom och Gomorra ett gott exempel på Guds hämnd som inte bara träffade de brottsliga utan gick ut över hela folket. Tidsandan inte bara i Sverige utan även utomlands var den att alla politiska och militära svårigheter, naturkatastrofer, olyckor och epidemier tolkades i detta ljus.¹²⁵ Men fast Gud hemsökte folket med krig, dyr tid, hungersnöd och sjukdomar som pesten, gjorde han inte detta för att förinta länder och städer. I stället ville han att dessa skulle göra bot och bättring så att folket skulle ”bortlägga [sitt] onda väsende, vända igen att göra det ondt är och lära göra det godt är, så vill han förbarma sig öfver [det] och vara [det] nådig”.¹²⁶ Denna utveckling angående Guds hämnd var samtida och parallell med Gamla Testamentets växande roll och den rättsliga

¹²⁴T. ex. 8.6.1544, Gustav Vasas stadga om böndagars hållande, *Handlingar till Sverges reformations- och kyrkohistoria under Konung Gustaf I*, II, s. 225; Någre almennelige gudelige böner, ibid., s. 231–238; 3.12.1554, Konung Gustaf den förstes registratur 24 (1553, 1554), Joh. Ax. Almquist (utg.), *Handlingar rörande Sveriges historia*, 1. serien. Stockholm 1906, s. 465–469; Kalm 1948, s. 111–114, 156–169.

¹²⁵Se, t. ex. 5.4.1554, Konung Gustaf den förstes registratur 24, s. 269–270; Andrén Åke, Kyrkomötet 1572 och kyrkotukten i Aimo Halila et al. (red.), *Investigatio memoriae patrum. Libellus in Honorem Kauko Pirinen*. Helsinki 1975, s. 227–232; Nova Ordinantia, *KOF I*, s. 257, 264–265. Se för övrigt Almquist Jan Eric, Karl IX och den mosaiska rätten, *Lychnos* 1942, s. 4–7; Takala Martti, *Lex Dei – Lex Politica Dei. Lex Politica Dei -teos ja Kaarle IX:n lainsäädäntö*. Helsinki 1993, s. 169–171; Kjellerström 1957, s. 38–39, 46–47, 58. För den tyska utvecklingen, se Schnabel-Schüle 1994, s. 51–52, 55–59.

¹²⁶Se, t. ex. Våra synders myckenhet. Botpredikan öfver Daniels bön, bot- och bättringspredikan i Narva 14 juli 1615 samt i Västerås 1629, Biskop Joh. Rudbeckius predikningar, s. 89; Johannes Rudbeckius’ brev till prostarna 16.3.1636, Till Johannes Rudbeckii karakteristik, s. 13–15. Se även Guds allvisa ledning trots vår kortsynthet. Predikan inför Gustav II Adolf, hållen den 21 april 1615 i Stockholm, Biskop Joh. Rudbeckius predikningar, s. 9; Lundström 1893, s. 95–98.

receptionen av de tio budorden och Mose lag i allmänhet. Appendixet i kung Kristofers landslag år 1608 var en viktig milstolpe i denna utveckling.¹²⁷

Kungen som den förnämsta representanten för överheten ansågs även vara Guds företrädare på jorden. Uppgiften var så stor att den krävde alldeles speciellt ansvar: kungen måste vara klok, gudfruktig samt rättvis och regera efter lag och rätt. Kungen var kyrkans högsta beskyddare. Detta innebar jämväl att han såg till att överheten hjälpte kyrkan att upprätthålla den kyrkliga ordningen och kyrkotukten.¹²⁸ Detta var även nödvändigt för att undgå Guds straff. När hertig Karl gav fullmakten till generalvisitationen av hela riket konstaterade han hur en stor del av synderna och brotten som begicks i riket blev ostraffade, varför ”gud alzmectig warder at senda sit harda straff öffuer oss alla”.¹²⁹ Gud kom länge ihåg ”människornas synder och öfverträdelse, och likasom han hafver en skarp syn och en grann hörsel, så hafver han ock ett ganska godt minne. – Man skall ock det veta, att såsom Herren Gud hafver ett godt minne, så hafver han ock långa händer” och ingen kunde undgå hans straff.¹³⁰

Fast den svenska lutherska kyrkan stödde idén att ståndssamhället var en av Gud stiftad ordning, och fast kyrkan och överheten delade samma värden, var deras samarbete inte utan inbördes spänningar. Kyrkan tyckte principiellt inte att hög börd, makt eller rikedom var någon orsak till att inte lyda Gud och kyrkan eller orsak för kyrkan att bevilja dispenser från dess lagar. Dessutom ansåg vissa präster att adelsbarnen inte hade kommit till världen på desto märkligare sätt än andra barn och att även de – såsom andra barn – var enkla och oskuldsfulla under barnåren.¹³¹ Kyrkan ställde sig misstänksam till adelns maktutveckling efter 1611 och särskilt till tanken om hovrätten som frälseståndets *forum privilegiatum*. Prästerskapets egna försök att få de kyrkliga konsistorierna erkända som prästernas privilegierade domstolar misslyckades. Senare skärptes motsättningen mellan präster och adel, och adeln gick till angrepp mot kleresiets ståndsprivilegier.¹³²

¹²⁷ Almquist 1942, s. 13–26; Munktel Henrik, Mose lag och svensk rättsutveckling. Några huvuddrag, *Lychnos* 1936, s. 138–145.

¹²⁸ Kjellerström 1944, s. 13–14, 18–19; Kalm 1948, s. 74, 183–189, 194; Montgomery Ingun, *Värjostånd och lärostånd. Religion och politik i meningsutbytet mellan kungamakt och prästerskap i Sverige 1593–1608*, *Studia Historico-Ecclesiastica Upsaliensia* 22. Uppsala 1972, s. 40–43.

¹²⁹ 15.12.1595, *Ärkebiskop Abrahams räfst*, s. 205.

¹³⁰ Gud har långt minne. Predikan inför konungen 1616, Biskop Joh. Rudbeckius predikningar, s. 142.

¹³¹ Admonitio ad regem, Till Johannes Rudbeckii karakteristik, *Årsböcker i svensk undervisningshistoria*. Lund 1923, s. 10.

¹³² Lindegård 1957 s. 57–56, se även ibid. s. 106, 140–141, 156–159.

Ju högre och mäktigare syndaren var, desto skyldigare ansågs han eller hon. Olaus Petri (1493–1552) poängterade att landet kunde bli plågat av dyr tid och hungersnöd på grund av kungens synder och använde i sin krönika Erik av Pommerns (reg. 1396–1434, 1435–1438) okyskhet och äktenskapsbrott som exempel på detta.¹³³ Furstarna och adeln skulle fungera som goda förebilder för allmogen, tyckte likväl ärkebiskop Laurentius Petri, och deras dåliga exempel gjorde större skada än de fattigas. Därför borde man tillåta dem mindre synder än de fattiga.¹³⁴ Samma tänkesätt – att eliten skulle vara en förebild för det övriga folket – hittas även i det reformerade Skottland.¹³⁵ Men denna ideologi var genomsyrad i "hustavlans värld": de högre skulle fungera som föredöme för de lägre. Prästerskapet skulle vara ett exempel för andra ständer inte bara med sina predikningar och sin undervisning utan likaså med sitt goda umgänge, rykte och leverne. De präster som inte nådde denna standard blev bestraffade eller avsatta.¹³⁶ På samma sätt ville hertig Karl att hans fogdar och befallningsmän skulle visa gott exempel för sina underlydande med ett gudfruktigt och ärligt leverne i stället för att föra ett ogudaktigt, supande och lösaktigt liv, eftersom detta kunde leda deras underordnade till synd.¹³⁷

År 1617 hade konung Gustav II Adolfs (reg. 1611–1632) hovpredikant Johannes Rudbeckius, den framtida biskopen av Västerås, valt ett sensitivt,

¹³³Petri Olaus, En swensk crönika, *Samlade skrifter af Olavus Petri IV*. Upsala 1917, s. 185: "– medhan han [kung Erik] regierade war ganska hård tijdh her i landet så at mykit folk bleff död aff hunger, ther före kallade the honom barka koning, och honom wardt skul giffuin at han förde itt okyskt och obequemligit leffuerne, och intit achtade sitt Echteskap, ther före plågade gudh hans land, som opta skeep pläghar, at landet wart plågat för konungens misgerning skul, Doch ware ther om huru thet kan, Man moste och thet bekenna at then menige man i landet hade aff gudi wel förtient sådana straff –."

¹³⁴*Contra Conjugium in Secundo Gradu Consanguinitatis æqualis Lineæ 1571, F b 2, Collectio et connectio* (Martini L:tij Aschanej... in communem usum reservata 1629), Kungliga Biblioteket, Stockholm s. 127: "Ja ther mann will frijtt seÿia sanningena, Så är Magnatibus och Nobilibus mindre i slicka förargeliga sacker effterlåtitt, änn ringa personer, Tÿ theas Exempel gör fast storre[!] skadha in moribus, änn the ringas. Tÿ hootar och schriffteñ them förfärligare, änn the ringa, Säsom vthi Salomons wijschettz book stäär."

¹³⁵Graham 1996, s. 268.

¹³⁶Itt sett til at ordinera prester, KO 1571 s. 155–156; Stiftssynoden i Strängnäs år 1583, *Svenska synodalakter II*, s. 5.

¹³⁷Hertig Karls gårdsrätt (1574), J. Schmedeman (utg.), *Kongl. Stadgar, Förordningar, Bref och Resolutioner Ifrån Åhr 1528 in til 1701*. Upsala 1706, s. 59; Block Herder, *Karl IX som teolog och religiös personlighet. Studier öfver utvecklingen af hans åskådning*. Göteborg 1918, s. 29.

men viktigt predikoämne: nämligen kungens utomäktenskapliga förhållande med Margareta Cabeljau (Slots) och födseln av sonen Gustav Gustavsson, den framtida greven av Vasaborg, år 1616. Rudbeckius förmanade kungen ”ödmjukel[igen]” att inte glömma synden, med vilken han hade sårat Gud och vilken kunde dra Guds vrede över honom. Gustav Adolf borde ångra synden och ”ödmjuka sig för Gud med en sann bot och bättring”, eftersom Herren straffade sådana synder till exempel med syndafloden och med att störta Sodom och Gomorra.¹³⁸ Rudbeckius poängterade att fast synden redan var stor i sig själv var den även större hos personer i överhetsståndet som regerade över andra, för dessa syndade inte bara själva utan gav därmed både sina tjänare och undersåtar ”förargeligt exempel, och orsak till att synda sammaledz”. Dessutom kunde dessa makthavande syndare inte straffa ”så frimodigt” sådana synder utan såg dem ofta genom fingrarna, vilket förorsakade Gud att hota dem med ännu svårare straff. Rudbeckius åberopade de bibliska exemplen Sichem, Simson, David, Salomo och Holofernes, som Gud störtade i fördärvet på grund av deras olovliga kärlek.¹³⁹ Enligt Petrus Jonae Angermannus var äktenskapsförbrytare ”Landzförderfware” och överhetens högsta förrädare, eftersom Gud skickade dyr tid och krig för att bestraffa dem.¹⁴⁰ Detta tänkesätt speglades även i viss grad i domkapitelsretoriken. Stockholmsborgaren Per Persson hade gjort hor med en piga i Uppsala som sedan mördade barnet och när Stockholms konsistorium listade hans synder noterade man att han hade ”förorsakatt gudz wredhe och hempd” över sitt hus, sin hustru och sina barn. Kapitlet hänvisade till Exodus 20.¹⁴¹ Sammaledes ansåg domkapitlet att kvinnan som hade förlupit med sin dräng och sin mans egendom till Kalmar hade syndat emot Gud genom hor och stöld, förargat Guds församling och dragit Guds förbannelse över hela landet.¹⁴²

Den framväxande lutherska ortodoxins åsikter om kyrkotukten och kyrkans samt konungens roll i upprätthållandet av rikets bästa gör det lättare att förstå även senare evenemang. Prästerskapet fördömde konung Fredrik I:s av Hessen (reg. 1720–1751) förhållande med fröken Hedvig Taube (1714–

¹³⁸ Admonitio ad regem, Till Johannes Rudbeckii karakteristik. Lund 1923, s. 6–7, 9.

¹³⁹ Admonitio ad regem, Till Johannes Rudbeckii karakteristik. Lund 1923, s. 7–8.

¹⁴⁰ Kalm 1948, s. 220. Se även Graham 1996, s. 283.

¹⁴¹ 17.9.1595, SDP A I:1, SStA, 5.

¹⁴² 18.3.1596, SDP A I:1, SStA, 25.

1744) som mycket förargelseväckande.¹⁴³ När ett ogift "Fruentimmer" födde barn år efter år, tyckte prästeståndet att det inte kunde undgå folkets "svåra åtah", eftersom undersåtarna fruktade att den älskade drottning Ulrika Eleonora (1688–1741) var bedrövad för affärens skull och att den frätte henne till döden. Icke heller kunde kleresin "befreda" sina samveten "på then stora dagen, tå Herren all verdenes domare alt döma skal" om den inte ingrep i läget utan var "stumme och tiger ther til". Annars skulle prästerna bara vara "tysta hundar" eller "örnagåt under hufvuden på säkre och i synden sofvande Syndare". Affären ansågs vara ett dåligt föredöme, eftersom "the vanartiga beropa sig på thetta exempel, och vilja ther med bemantla sina synder". "Syndens älskare" utnyttjade alltså kungens brott för att därmed försöka skyla över sina uppenbara synder.¹⁴⁴ Därför tog prästerskapet först itu med överhovpredikanten som ansågs ha agerat för slapphänt. Sedan närmade sig en prästerlig deputation den ovilliga och besvärade kungen både 1739 och 1741 samt fröken Taube år 1741. Prästerna hoppades förgäves att mätressen skulle skickas utomlands med barnen. Det är dock värt att notera att förhållandet var enkelt horeri, och affären sårade djupt drottningen, som observerade prästerskapets åtgärder och välkomnade dem.¹⁴⁵ Allt detta skedde dock *privatim* eftersom det ansågs vara ett "samvetsmål, hvilket således mellan fyra ögon i hemlig tysthet borde handteras" och inte från predikstolen som på Rudbeckius' tid.¹⁴⁶

Prästerna motiverade sin inblanding med sin tjänsteplikt som Herrens tjänare, med Herrens ära och kronans heder, med viljan att befrämja "den allmänna roligheten" och drottningens sinnesro och med sin innerliga känsla för konungens (och fröken Taubes) eviga salighet och timliga välfärd. Som

¹⁴³Hedvig Taube födde Fredrik I fyra barn: Fredrika Wilhelmina (1733), Fredrik Wilhelm (1735), Evert Wilhelm (1737) och Hedvig Amalia (1738), Tarkiainen Kari, Kustaa Vaasasta Ruotsin ajan loppuun (1523–1809) i *Suomen hallitsijat. Kuninkaat, keisarit ja presidentit*. Porvoo 2001, s. 181, 183.

¹⁴⁴Memorial 30.3.1739; Uppredning 16.4.1739, Skriften till kungen, Prästernas Alstrins och Risells berättelse, Promemoria, Bidrag till svenska kyrkans och riksdagarnes historia ur prästeståndets archiv, And. Lignell (utg.), *Bidrag till svenska kyrkans och riksdagarnes historia ur prästeståndets archiv*, 3. häftet. Stockholm 1835, s. 2–3, 10, 18–19, 27–28, 31.

¹⁴⁵Mötet 16.4.1739, Uppredning 16.4.1739, Biskopernas Schröders och Benzeli berättelse 25.6.1741, Mötet 5.7.1741, *Bidrag till svenska kyrkans och riksdagarnes historia*, s. 5–10, 15–16, 21–26.

¹⁴⁶Mötet 30.3.1739, Mötet 19.6.1741, *Bidrag till svenska kyrkans och riksdagarnes historia* s. 4–5, 12.

profeten Nathan i kung Davids hov skulle de påpeka när ”höga Öfverheten” syndade.¹⁴⁷ Prästerna betonade att likaväl den högste som den nedrigaste på jorden var förpliktigad att lyda Herrens budord: båda skulle en gång stå framför samma domstol och bli dömda efter samma lag. Dessutom fruktade prästerna att Gud skulle bestraffa och fördärva landet om inte de agerade. Den lidande drottningens suckar och tårar över denna förargelse kunde ”ei kunna draga något godt” över landet och riket om kleresin såg tigande på.¹⁴⁸ Detta bör jämföras med Johannes Rudbeckius’ syn på sin roll och sina plikter som präst och hovpredikant: han förklarade för kungen hur han på Guds befallning och på grund av sin egen trohetsplikt mot kungen var tvungen att söka kungens timliga och eviga välfärd. Dessutom ansåg Rudbeckius sig vara förpliktad att varna Gustav Adolf för faror och skador i så måtto att Gud skulle ställa honom till svars och han skulle nödgas göra ”der en hård räkenskap före” om något ont hände kungen på grund av hans försummelse. I detta fall skulle prästen inte vara konungens trogna lärare och själasörjare utan en ”legoherde”, som nog var beredd att uppbära lön och underhåll av sin *patronus* men som för gunst eller rädsla skulle försumma det som prästens kall och ämbete krävde och därmed icke främja patronens välfärd.¹⁴⁹

Fast sjuttonhundralets argumentering verkar lite försvagad i jämförelse med den lutherska ortodoxins tidiga år, är temana ändå gemensamma: överhetens plikt att underordna sig Guds lag och budord, överhetens lika stora ansvar inför Gud för sina handlingar och synder som vanligt folk, de härskandes uppförande som exempel för gemene man samt Guds vrede och hämnd över riket för ostraffade brott. Endast genom uppriktig ånger och botgöring kunde syndaren – oberoende av hans eller hennes status – undgå den obarmhärtige Herrens straff.

¹⁴⁷ Uppredning 16.4.1739, Mötet 19.6.1741, Skriften till kungen, Prästernas Alstrins och Risells berättelse, *Bidrag till svenska kyrkans och riksdagarnes historia*, s. 10–13, 16–19, 27–28.

¹⁴⁸ Skriften till kungen, Promemoria, *Bidrag till svenska kyrkans och riksdagarnes historia*, s. 18–19, 32.

¹⁴⁹ *Admonitio ad regem*, Till Johannes Rudbeckii karakteristik. Lund 1923, s. 6.

Slutsatser

Vi vet inte hur dispyten mellan domkapitlet i Uppsala och hertig Gustaf av Saxen slutade, eftersom Uppsala domkapitels protokoll inte innehåller något domslut i målet. Det är även oklart hur hertig Karl förhöll sig till tvisten mellan systersonen och kyrkan, men på våren 1596 var hans eget förhållande med domkapitlet i Uppsala spänt av politiska och ekonomiska skäl. Uppsalaprofessorerna hade nämligen låtit hänga eget lås på kyrkohärbärgat där tiondena för deras, studenternas och kollektivets upphåll bevarades så att inte kungliga fogdar egenmäktigt kunde ta ut spannmål. Detta tyckte hertig Karl i sitt brev från februari 1596 vara "öfuerdådigt" företagande: professorerna var tvungna att utlämna spannmål mot betalning om det fanns brist därav i andra regioner. Dessutom hade ärkebiskopen och *capitulares* en kritisk inställning till de beslut som hertigen och ständerna hade fattat på Söderköpings riksdag i kung Sigismunds frånvaro. Dessa beslut gjorde hertig Karl till riksföreståndare i kung Sigismunds frånvaro, han beviljades tillstånd att tillsätta alla ämbeten och rätten att vädja direkt till Sigismund begränsades. Uppsala domkapitel hade tagit riksrådets parti och därmed motsatt sig hertig Karls politik, vilket förorsakade att ärkebiskop Abraham Angermannus sommaren 1596 råkade i onåd hos hertigen. Denna springa utvidgade sig småningom till en oöverstiglig klyfta.¹⁵⁰ På lång sikt hade hertig Karl dessutom annorlunda visioner än Uppsalakapitlet om kyrkotukten och kyrkans självständighet, vilket blev klart under det följande decenniet.¹⁵¹

Oavsett dessa viktiga principiella skiljaktigheter godkände hertigen i sitt egenhändiga manuskript till handboken 1602 regeln att uppenbara syndare inte skulle släppas till nattvarden förrän de hade offentligt bekänt sina synder emot Gud och förargelsen hos sin nästa (dvs. församlingen) samt bitt båda om förlåtelse.¹⁵² Hertig Karl hade för övrigt redan tidigare i sitt betänkande på prästerskapets punkter om vissa brotts bestraffande medgett att horeri, lönskaläge och "andre grofve laster" skulle tillbörligen bestraffas ef-

¹⁵⁰Ohlsson 1946, s. 261–263, 285–289; Montgomery 1972, s. 150–152.

¹⁵¹Om Karls uppfattningar om kyrkotukten och kyrkans ställning, se t. ex. Kjellerström 1957, s. 74–107; Lindegård 1957, s. 52–54; Montgomery 1972, s. 174–175, 273–281, 299–302, 379; Takala 1993, s. 167–174.

¹⁵²Block 1918, s. 250.

ter noggrann rättslig rannsaking.¹⁵³ Morbrodern torde ändå ha behållit sina sympatier mot nevön, som förblev hans skyddsling och som i juni 1597 fick slottsloven av Kalmar. I detta skede tycks hertig Gustafs tankar ha övergått till äktenskap. Han föreslog för Karl att hans oäkta kusin Karl Karlsson Gyllenhielm skulle skickas till grevskapet Ost-Friesland till hans moster Katarina (1539–1610) för att på hertigens vägnar fria till hennes sondotter, Sabina Katarina.¹⁵⁴ På sensommaren reste hertig Gustaf till Stockholm, antagligen för att segla till Finland med hertig Karl, men under en truppmonstring på Ladugårdsgärdet i augusti sköt han sig i knäet av våda med en pistol som han skulle rengöra. Detta blev hans banesår som han dog av i november på Stockholms slott.¹⁵⁵ I ett brev från mars följande år konstaterade hertig Karl att hertig Gustaf hade på sitt yttersta bett honom försörja hans frilloson och dennes moder. För detta ändamål hade frillan och pojken fått säteriet Hallkved, så att de kunde få bo där och få av godset sitt underhåll ”till thess barnet kan komme till lage ålder och modren medh tilbörlichkeit giftermål wardhe försedh”.¹⁵⁶ Kanske ansåg Uppsala domkapitel hertig Gustafs ynkliga slut vara Guds straff. Nämligen om människan inte tog synden på allvar kunde hon förvänta sig ännu hårdare dom och olyckor som straff. Den egna storheten hjälpte inte syndare, eller, som biskopen av Växjö, Petrus Jonae Angermannus (bp 1595–1630) predikade, tjänade det inget att protestera som Job ”medh sina höga Titlar”. Alla var ändå lika inför Gud – och döden, som hade till uppgift att även hålla människan från synd. Biskop Isak Rothovius (bp 1627–1652) påminde: ”Rijke så wäl som fattighe, Adel så wäl som Oadel, – – the högha med the lågha, måste bucka sig för den hårda döden”.¹⁵⁷

Dispyten mellan Uppsala domkapitel och hertig Gustaf av Saxen kan alltså tolkas på många olika sätt. Man skulle kunna tänka sig att det var ett drag i den politiska maktkampen mellan hertig Karl och oppositionen. Spelet hade mycket höga insatser och förlorarna måste betala dyrt för sin motstånd-

¹⁵³ Hertig Karls betänkande med anledning av möters förening och postulater, februari 1595, Emil Hildebrand (utg.), *Svenska riksdagsakter III, Svenska riksdagsakter jämte andra handlingar som höra till statsförfattningens historia under tidehvarvet 1521–1718*. Stockholm 1894–1910, s. 529.

¹⁵⁴ Warnstedt 1993, s. 340; Lundh-Eriksson 1929, s. 119.

¹⁵⁵ Lundh-Eriksson 1929, s. 120; Gillingstam 1994, s. 100. Cf. Warnstedt 1993, s. 340.

¹⁵⁶ Gillingstam 1994, s. 100.

¹⁵⁷ Kalm 1948, s. 112–113, 131.

politik genom fångenskap, landsflykt och avrättning. Men den politiska bakgrunden räcker knappast att förklara fallet. Hertig Gustaf hade redan länge motsatt sig Uppsala domkapitels rätt till tionden, vilket var förtretligt och ett dåligt exempel. Detta torde delvis förklara varför hertig Gustafs leverne på Ekolsund, framför domkapitlets näsa, var så provocativt för Sveriges ledande kyrkomän att de var beredda att utmana en medlem av kungahuset – även om en ganska maktlös och obetydlig medlem – och hertig Karls gunstling genom sin legitima plikt att uppehålla kyrkotukten. Men jag vill framhäva att enligt min åsikt måste detta fall ses först och främst mot bakgrunden av kyrkans försök att få även adeln att respektera dess jurisdiktion och kyrkotukten. Om hertig Gustafs av Saxen fall representerar utvecklingsbågens början, kan man säkerligen anse att prästerskapets agerande i fallet Hedvig Taube representerat slutskedet av utvecklingen inom den lutherska kyrkodisciplinen och samhällets översta skikt. Rikets och folkets bästa krävde att överheten, kungahuset och frälseståndet, tog ansvar för sin individuella och för den kollektiva frälsning som enligt tidens ideologi var organiskt sammanhängande. Fast livet på jorden var ojämlikt, var själarna lika inför Gud. Privilegierna skulle gå hand i hand med ansvaret – även i stormaktstidens Sverige.

Lemminkäinen-sånger i *Kalevala* – en historia om arkaisk rätt

Inledning

Den rättsvetenskapliga disciplinen ”Rätt och litteratur” (Law and Literature) har vanligen indelats i två kategorier: rätten i litteraturen och rätten som litteratur. Kategoriseringen är i viss mening ganska informativ men den lämnar ändå mycket osagt. Ari Hirvonen har föreslagit en femdelning enligt vilken man kan urskilja den ontologiska, humanistiska, historiska, hermeneutiska och narrativistiska inriktningen inom disciplinen. Enligt Hirvonen betyder den historiska synvinkeln att historiker försöker utreda lagstiftningen samt de juridiska institutionerna och praktikerna under en viss tidsperiod genom att läsa litteratur från samma historiska period. Historisk läsning kan fördjupa vår uppfattning om rätten i sin historiska kontext. Den kan till och med lyfta fram frågan om rättens timlighet, skriver Hirvonen.¹

Min artikel behandlar Kalevalas rättshistoriska dimension. Som bakgrund för artikeln gjorde jag en summarisk översikt över några inhemska rätts-historiska läroböcker för att utreda om man tidigare har hänvisat till Kalevala i något sammanhang. Det kom fram att Jaakko Forsman har nämnt Kalevala några gånger i sin lärobok *Suomen lainsäädännön historia* från året 1896. I bokens andra kapitel betraktar Forsman samhällseliga och rättsliga omständigheter i Finland under sedvanorättens period. Forsman hänvisar till Kalevala sammanlagt tre gånger. Första referensen är till Kalevala XXIX, 125–134 i betydelsen att bevisa att både enskild nyttjanderätt och samäganderätt av jord var kända före svenskarna kom till landet.² Den andra referensen är

¹ Hirvonen, Ari, *Oikeus ja tragedia*, s. 407–431 i *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki 2002, s. 409–410.

² Forsman, Jaakko, *Suomen lainsäädännön historia. Sen pääpiirteet. Edellinen osa*. Helsinki 1896, s. 18.

till Kalevala XVIII, 639–646 för att bevisa att man vanligen tog hustrun från en främmande släkt och att det inte längre var kutym att köpa hustrur.³ Sist använder Forsman Kalevala (XXXV, 65–66) som bevis för skatteuppbördens existens.⁴ I allmänhet var Forsmans syfte att bevisa att ”under hedendomens slut hade finländarna nått en sådan samhällelig utvecklingsnivå som klart höjde dem över barbarfolkens nivå”.⁵

Forsmans användning av Kalevala kan karakteriseras som historisk i samma mening som Hirvonen definierar den. Forsman använder Kalevala som en historisk källa för att ta reda på hurdan rätten var under förkristen tid i Finland. Forsman ifrågasätter såtillvida inte Kalevalas historiska pålitlighet i sin lärobok även om Kalevalas historiska karaktär blev kritiserad redan från början.⁶ Forsmans förhållande till Kalevala kommer fram bra i hans brev till sin bror Yrjö Koskinen hösten 1889. Forsman skriver att det är hans plikt att under kommande läsår hålla föreläsningar om den inhemska lagstiftningens historia. Han beklagar sin ofullständiga kunskap om verket och konstaterar att han ur rättshistorisk synvinkel endast en gång har läst igenom Kalevala samt andra finska fornsångverk.⁷

En möjlig förklaring till Forsmans okomplicerade förhållande till Kalevala är hans politiska inställning. Enligt Heikki Ylikangas var Forsman en ”entusiastisk fennoman”. Det finska språket och folket samt den finska kulturen stod alltid hans hjärta nära.⁸ Med anknytning till detta skrev J. Grotenfelt i Forsmans minnesskrift att ”[t]ill sitt vetenskapliga skaplynn var Forsman konservativ i ordets bästa bemärkelse och tillika genomträngd af en djup känsla för rättsforskningens historiska förutsättningar och nationella karaktär”.⁹ Lars Björne har för sin del framfört att Forsmans uppfattning om rättsens historiska utveckling främst liknade den historiska skolans uppfattning.

³ Forsman 1896, s. 20.

⁴ Forsman 1896, s. 23.

⁵ Forsman 1896, s. 23.

⁶ Den *Gamla-Kalevalan* utkom år 1835 och den *Nya-Kalevalan* år 1849. Om hur de motogs, se Kaukonen, Väinö, *Lönnrot ja Kalevala*, Helsinki 1979, s. 88–112 samt Enges, Pasi, *Historiaa vai mytologiaa? Kalevalan tulkintoja eepoksen ilmestymisestä kansanrunoustieteen syntyyn*, s. 70–88 i Niina Roininen (red.), *Viimeinen Väinämöinen. Näkökulmia kansallis-eepokseen*. Turku 2000.

⁷ Ylikangas, Heikki, Jaakko Forsman – lainlaatija ja poliitikko, s. 3–37 i *Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989*. Helsinki 1989, s. 16.

⁸ Ylikangas 1989, s. 7–12.

⁹ Grotenfelt, J., Jaakko Forsman, s. II, *JFT* 1889, XXXV vuosikerta, s. I–VII.

Rättens ursprung låg i folkets rättsuppfattning.¹⁰ Med anspelning på dessa omständigheter är det inte alls underligt att Forsman också hänvisade till Kalevala. Till Forsmans försvar måste man emellertid medge att han endast gjorde tre hänvisningar och de gällde enskilda verser och inte Kalevala som en hel berättelse.

I alla fall saknas Kalevala i mera sentida rättshistoriska läroböcker. Till exempel Ragnar Hemmer gjorde inga hänvisningar till vårt nationalepos i sin lärobok *Suomen oikeushistorian oppikirja I–III* (1950–1961) även om ”Hemmers bok i många avseenden litade på Forsmans verk”¹¹. Heikki Ylikangas hänvisar bara en gång till Kalevala i sin lärobok, men inte i samma rättshistoriska mening som Forsman (se nedan).

I denna artikel undersöker jag också Kalevalas¹² – rättare sagt Lemminkäinen-sångernas – ”rättshistoriska” dimension. Ordet rättshistoria är här dock inom citationstecken eftersom min synvinkel avviker från Forsmans. Kalevala uppfattas här enbart som ett komplext litterärt verk. Den rådande åsikten är att Kalevala som ett epos och som en mer eller mindre fullständig litterär berättelse är främst Lönnrots skapelse. Om man tänker på enskilda verser är Lönnrots insats synnerligen liten. Lönnrot skrev själv bara 3 % av verserna i Kalevala. Resten är direkt avskrivna från runosångarna (33 %), endast ortografiskt omarbetade (50 %) eller sammanställda av enskilda runosångares verser (14 %). Men om man beaktar Kalevalas versgruppering och intrig tillät sig Lönnrot stor frihet.¹³ Även om Lönnrot själv trodde att folksångerna hänvisade till en historisk verklighet och att Kalevala också var en berättelse om denna förflutna tid, är Kalevala enligt Väinö Kaukonen ”en monumental och drömlig föreställning, som saknar medelbart samband med folksångernas historiska och etnologiska verklighet”. Kalevala som en forntida värld kan interpreteras endast utgående från sina egna (dvs. Lönnrots) utgångspunkter.¹⁴

¹⁰ Björne, Lars, Jaakko Forsmanin Suomen lainsäädännön historia, s. 138–154 i *Tie tulkintaan. Juhlakirja akatemiaprofessori Heikki Ylikankaalle 6. marraskuuta 1997*. Helsinki 1997, s. 143–144.

¹¹ Björne 1997, s. 138.

¹² Föremålet för min analys är den *Nya-Kalevalan* från år 1849.

¹³ Honko, Lauri, Kalevala: aitousen, tulkinnan ja identiteetin ongelmia, s. 125–170 i Lauri Honko (red.) *Kalevala ja maailman eepokset*. Helsinki 1987, s. 143–146.

¹⁴ Kaukonen, Väinö, Kalevala eepoksena, s. 109–124 i Lauri Honko (red.) *Kalevala ja maailman eepokset*. Helsinki 1987, s. 109, 114.

Syftet med denna artikel är å ena sidan att granska vilken uppfattning om rätten som återspeglas i Kalevalas Lemminkäinen-sånger och å andra sidan att undersöka varför uppfattningen är just den som den är? Rörande den första frågan kommer jag att stöda mig på rättshistoriska allmänframställningar. Jag är således inte intresserad av Kalevalas förhållande till en viss historisk verklighet, utan dess förhållande till den bild av rätten som återkastas från vår tids rättshistoriska läroböcker. Den andra frågan förutsätter för sin del att jag lyfter fram de litteraturiska förebilder som inverkade på Lönnrot när han skissade Kalevalas struktur. Artikelns synvinkel kan såtillvida karakteriseras som intertextuell.

Lemminkäinen-sånger i Kalevala

Varför har jag valt just Lemminkäinen som temata för min artikel – Kalevala är ju fylld av olika personer och teman? Svaret ligger just i Kalevalas tematiske rikhet och mångdimensionella natur. Det vore omöjligt att behandla hela eposet i en kort artikel. Utöver Lemminkäinen formar till exempel de tragiska Kullervo-sångerna också en fascinerande helhet som vore intressant att tolka inte bara från en ”rättshistorisk” synvinkel utan också från en mer rättfilosofisk synvinkel. Berättar Kullervos öde någonting om rättens fundamentala väsen – dess ontologiska natur om man använder Hirvonens femdelning? Hur är det då med Väinämöinen, Ilmarinen, Louhi eller Aino? Dessa figurer och deras berättelser är lika fascinerande. Även om mitt val är Lemminkäinens historia kommer jag då och då att hänvisa till andra sånger i Kalevala.

Lemminkäinen-sångerna delas i två episoder i Kalevala. Den första episoden innefattar sångerna XI–XV. Dessa sånger omfattar Lemminkäinens friarfärd till Kyllikki och Pohjaflickan, Lemminkäinens stordåd, Lemminkäinens död samt hans återuppväckande. Den andra delen formas av sångerna XXVI–XXX vilka innefattar Lemminkäinens resa till Ilmarinens bröllop i Pohjola, dödandet av Pohjolas husbonde, Lemminkäinens flykt samt Lemminkäinens och Tieras misslyckade hämndetåg till Pohjola. Utöver dessa sånger uppträder Lemminkäinens namn i sång XX där han inte blir inbjuden till bröllop i Pohjola och i sångerna XXXIX–XL och XLII–XLIII där han nämns som den tredje man som tar del i Sampos plundringståg till Pohjola.

Lemminkäinen har karakteriserats som en av de mest komplicerade figurerna i Kalevala. Hans karaktär är uppbyggd av inre konflikter och föränd-

ringar i omständigheterna. Detta beror kanske på att Lönnrot sammanfogade flera motiv i Lemminkäinens figur som ursprungligen i runosångarnas sånger hade associerat också till andra figurer – Kaukamoinen, Ahti Saarelainen, Viini Vuojolainen, Pätöisen poika och Kauppi Lappalainen.¹⁵ Lönnrot själv beskrev Lemminkäinen som en lättsinnig, ung, stolt, skrytsam och oaktsam men ändå hjältemodig person. Lemminkäinen fanns med i Lönnrots tankar redan från början eftersom just Lemminkäinen var temat för Lönnrots första planerade sångkompilat efter hans första insamlingsresor. Vid sidan av Väinämöinen och Ilmarinen bevarade Lemminkäinen obestridligt sin status som en av de viktigaste figurerna i Kalevala.¹⁶ Lemminkäinens betydelsefullhet, mångsidighet och våldsamhet erbjuder en meningsfull enhet att tolkas från ett ”rättshistoriskt” perspektiv.

Lemminkäinen-sånger och rättshistoria

Det grundläggande draget i Lemminkäinens berättelse – liksom i hela Kalevalan – är motsatsförhållandet mellan två folk eller släkten: Kalevala och Pohjola. Detta grundförhållande genomsyrar nästan alla sånger i verket. Det finns ingen tredje part eller överhet – med undantag av gudar – som skulle kunna ingripa i dessa två släkters inbördes umgänge. Denna omständighet motsvarar nästan fullkomligt bilden som åtskilliga finska, svenska och tyska rättshistoriska allmänframställningar ger av arkaiska samhällen. Enligt dessa framställningar var arkaiska samhällen först och främst ättesamhällena. Det fanns ingen centralmakt som skulle tvinga eller diktera släktena att bete sig på ett visst sätt. Allt samhälleligt beteende och verksamhet bestämdes i förhållande till släkten.¹⁷

I Lemminkäinen-sångerna träder detta grundförhållande fram på flera ställen. För det första kan detta förhållande upptäckas i samband med Lem-

¹⁵ Knuuttila, Seppo, Sankarien varjot, s. 10–24 i Ulla Piela, Seppo Knuuttila & Tarja Kupiainen (red.) *Kalevalan hyvät ja hävyttömät*. Helsinki 1999, s. 16–18.

¹⁶ Harvilahti, Lauri & Rahimova, Elina, Lieto Lemminkäinen – seikkailunhaluinen rehvaselija vai myyttinen sankari, s. 97–105 i Ulla Piela, Seppo Knuuttila & Tarja Kupiainen (red.) *Kalevalan hyvät ja hävyttömät*. Helsinki 1999.

¹⁷ Se t. ex. Ylikangas, Heikki, *Miksi oikeus muuttuu – laki ja oikeus historiallisen kehityksen osana*, 4. painos, Helsinki 1988; Inger, Göran, *Svensk rättshistoria*, Tredje upplagan, Lund 1986, samt Mitteis, Heinrich & Lieberich, Heinz, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 18. Auflage. München 1988.

minkäinens två friarfärder. Till följd av Lemminkäinens och Kyllikkis misslyckade äktenskap (XI sång) besluter sig Lemminkäinen att göra en ny friarfärd – denna gång till Pohjola. Lemminkäinen kommer fram till Pohjola och vandrar från hus till hus för att fråga efter jungfruar. Till slut kommer Lemminkäinen till Louhis stuga och ber henne att presentera Pohjolas bästa jungfru för honom. Pohjafurun svarar dock:

”Anna sulle en piikojani
Enkä työnnä tyttöjäni,
En parasta, en pahinta,
En pisintä, en lyhintä;
Sull’ on ennen naitu nainen,
Ennen juohettu emäntä.

— —

Enpä anna tyttöäni
Miehille mitättömille,
Urohille joutaville;
Äsken tyttöjä anele,
Kuulustele kukkapäitä,
Kun sa hiihät Hiien hirven
Hiien peltojen periltä.”
(Kalevala XIII, 9–14, 24–30)

”Aldrig får du mina flickor,
mina töser tar du inte,
ingen duglig, ingen dålig,
ingen lång och ingen liten
för du har en hustru hemma,
du är väl försedd i sängen.”

— —

”Ingen flicka ger jag från mig
åt en stackare, en slarvare,
en som ingenting betyder.
Flickor kan du fråga efter,
unga blomsterprydda tärnor,
när du hinner upp på skidor
Hiisis älg på Hiisis utmark.”¹⁸

Både situationen i sig själv och Louhis yttrande reflekterar ättesamhällets uppfattning om äktenskap. Äktenskap var ett avtal mellan två släkten. Det är Louhi, som överhuvud för Pohjolas folk, och inte jungfrun själv, som Lemminkäinen måste be att överlåta en brud åt honom. Louhi ger ett nekande svar eftersom hon anser att Lemminkäinen inte är en tillräckligt mäktig man för hennes dotter eller släkt. Samma motiv upprepade sig redan under Lemminkäinens tidigare friarfärd till Kyllikki. Efter att Lemminkäinens mor fått veta att hennes son planerar en friarfärd till Kyllikki som hör till Saaris släkt ber hon Lemminkäinen att inte gå, eftersom Saaris släkt är för stor.

¹⁸ Alla svenska översättningar är från Lönnrot, Elias, *Kalevala* (översättning av Lars Huldén & Mats Huldén), Stockholm 1999.

”Ellös menkö, poikaseni,
 Parempihin itseäsi,
 Ei suottane sinua
 Saaren suurehen sukuhun!”
 Sanoi lieto Lemminkäinen,
 Virkki kaunis Kaukomieli:
 ’Jos en ole koiltani korea,
 Su’ultani aivan suuri,
 Mie valitsen varrellani,
 Otan muilla muo’oillani.”
 (Kalevala XI, 69–78)

”Akta dig, min käre pojke,
 för att fika efter finhet!
 Du blir inte väl mottagen
 Hos den stolta Saarisläkten.’
 Lättsamt svarar Lemminkäinen,
 Kaukomieli, mer än vacker:
 ’Om mitt hem hör till de enkla,
 om min härkomst inte duger,
 duger väl mitt vackra yttre,
 satsar jag på utseende.”

Också Kalevalas andra sånger – till exempel Jouhakainens episod i III–VI sångerna – berättar om släktens makt över individer i äktenskapsärenden. Det är Joukahainen som är en manlig representant för sin släkt och Ainos bror som lovar Aino åt Väinämöinen för att rädda sitt eget liv. Joukahainens mor blir belåten när hon får höra om detta eftersom hon skulle få den berömda Väinämöinen i sin släkt. Samma tankesätt förekommer också i Väinämöinen två senare friarfärder till Pohjola. Louhi lovar nog sin dotter till Väinämöinen om han lovar smida Sampon åt henne (Kalevala VII, 303–322). Senare när både Väinämöinen och Ilmarinen kommer till Pohjola för att fria till Pohjolas jungfru uppmanar Louhi sin dotter att välja Väinämöinen för att han ”har gods och guld i lasten, stora skatter i sin skuta!” (Kalevala XVIII, 633–634).

Enligt rättshistoriska framställningar hade enskilda individens vilja bara en sekundär betydelse inom äktenskapsärenden. Släktens intressen dikterade med vem enskilda medlemmar av släkten skulle ingå äktenskap. Äktenskapet var verkligen ett avtal mellan två släkten i avsikt att förstärka båda släktenas (materiella) intresse. Det var vanligen släktens eller familjens huvud(man) som hade beslutanderätt i saken.¹⁹ Detta framträder klart i Lemminkäinens berättelse. Därutöver framträder detta på ett tragiskt sätt till exempel i Ainos öde. Trots sin brors och mors önskan vill hon inte bli hustru åt Väinämöinen. Hon väljer döden i stället för äktenskap med Väinämöinen. Döden blir det enda sättet för henne att fly släktens vilja (Kalevala IV).

Utöver frieri och äktenskap kommer den grundläggande motsatsställningen mellan två folk fram i ytterligare delar av Lemminkäinens historia. Frågan är om de olika medel som man stöder sig på vid konfliktsituationer. Lemminkäinen – likaväl som Väinämöinen och Ilmarinen – drivs ofta in i

¹⁹ Ylikangas 1988, s. 9, Inger 1986, s. 20–26 samt Mitteis & Lieberich 1988, s. 23–26.

situationer där han finner sig själv stå i strid med Pohjolas folk. För Lemminkäinenens del ligger orsaken till detta åtminstone delvis i hans karaktär. Han har ju karakteriserats bland annat som en häftig man.²⁰

Lemminkäinenens första konflikt med Pohjolas folk ser dagens ljus under hans ovannämnda friarfärd dit. Han får en fientlig mottagning när han vandrar från hus till hus. Till slut utmanar Lemminkäinen alla Pohjolas män till en sångarstrid och sjunger dem ut ur Pohjolas stuga. Han låter bara en vara – den ”eländiga boskapsherden” som han ändå ringaktar genom att tillvita honom både blodskam och tidelag. Till följd av detta besluter sig herden för att hämnas på Lemminkäinen (Kalevala XII, 443–504). Ylikangas skriver att sångarstriderna, som uppträder också i Kalevala, var i arkaiska samhällen en form av ritualiserat våld. Sångarstriderna fungerade som ett medel att moderera konflikter av ringa värde.²¹

Gränsen mellan ringa och grova kränkning överskreds emellertid vid Lemminkäinenens och herdens gräl eftersom den sistnämnda besluter sig att söka vedergällning genom att hämnas på Lemminkäinen. Herden dräper Lemminkäinen vid Tuoniälven och Lemminkäinen försvinner med strömmen (Kalevala XIV, 373–460). Lemminkäinen återuppväcks ändå tack vare sin mors orubblighet (Kalevala XV).

Händelsen vid Lemminkäinenens första friarfärd leder till en kedja av på varandra följande hämndåtgärder. Efter den första Lemminkäinen-episoden återvänder han till scenen vid Ilmarinens och Pohjaflickans bröllop. Lemminkäinen blir dock inte bjuden till festen. Louhi yttrar:

”Siks’ et kutsu Kaukomieltä,
Tuota lieto Lemminkäistä,
Kun on kaikitse toraisa,
Aivan tarkka tappelija,
Tehnyt on häissäkin häpeät,
Pitoloissa pillat suuret,
Nauranut pyhäiset piit
Pyhäisissä vaattehissa.”
(Kalevala XX, 583–590)

”Därför att han bara gruffar;
han är snar att börja slagsmål,
han gjort bort sig förr på bröllop,
väckt skandal på andra fester,
förolämpat kyska kvinnor
som var högst anständigt klädda.”

Trots att Lemminkäinen inte är bjuden och även om hans mor förbjuder honom att gå, besluter sig Lemminkäinen för att fara till bröllopet i Pohjola. Lemminkäinen svarar sin mor:

²⁰ Knuuttila 1999, s. 16–17.

²¹ Ylikangas 1988, s. 13.

”Kurjat kutsuen menevi,
Hyvä ilman hyppeleikse;
Tuoss’ on kutsut kuun ikuiset,
Airuhut alinomaiset
Miekassa tuliterässä,
Säilässä säkenevässä.”
(Kalevala, XXVI, 91–96)

”Det är krakar som skall bjudas;
karlar bjuder in sig själva.
Jag har inbjudningen med mig,
kallelse till alla fester,
i mitt svärd, min blanka klinga.”

Lemminkäinen ord antyder tillräckligt klart den kurs som händelsen kommer att ta. Lemminkäinen går till festen i Pohjola i ett hatfullt sinnestillstånd. Han har ju redan en gång blivit dödad av Pohjolas herde. Efter en farlig resa till Pohjola stiger han in i stugan och frågar efter mat och öl. Pohjolas husbonde uppmanar Lemminkäinen att bete sig väl och finna sig en ledig plats vid dörren. Lemminkäinen förhåller sig hånfullt till Pohjabondens ord och sätter sig vid bordet. Lemminkäinen får emellertid bara skåpmat att äta och fördärvat öl att dricka. Händelsen tillspetsas med påföljd att Lemminkäinen och Pohjolas husbonde börjar en sångarstrid. Lemminkäinen visar sig för kraftig i sitt vetande varigenom Pohjabonden utmanar honom att ”mäta svärden, granska klingorna”. Männen går ut ur stugan och till slut hugger Lemminkäinen huvudet av Pohjabonden. Lemminkäinen är tvungen att fly eftersom Louhi samlar män för att hämnas på honom (Kalevala XXVII).

Lemminkäinen lyckas fly hem där han ber sin mor om råd. Han frågar henne vart han skall fly. Hon svarar:

”Sanon ma hyvänki paikan,
Ani armahan nimitän,
Missä piillä piilomuksen,
Paeta pahan-alaisen:
Muistan maata pikkuruisen,
Tieän paikkaa palasen,
Syömätöntä, lyömätöntä;
Miehen miekan käymätöntä;
Sie vanno valat ikuiset,
Valehettomat vakaiset,
Kuunna, kymmenenä kesänä
Et sotia käyäkse
Hopeakana halulla
Tahi kullan tarpehella.”
(Kalevala XXVIII, 251–264)

”Nå, ett ställe kan jag nämna,
väl den bästa plats i världen
för en jagad ogärningsman
som är i behov av fristad;
ja, jag känner allt ett ställe,
en bit av land där varken liar
eller boskap tuktat gräset,
och dit inga svärdsman hittat.
Med en ed måste du svära,
dyrt och heligt lova mor din
att på sex, nej, tio somrar
inte ge dig ut på krigståg,
inte ens av lust till silver,
eller för att guldets tryter.”

Lemminkäinen följer sin mors råd och beger till den ön som hans mor berättade om. Han stannar där i tre år, som planerat, men är slutligen tvungen att fly också därifrån. Lemminkäinen friar nämligen till alla öns kvinnor och förargar männen som besluter sig för att ta livet av honom. Lemminkäinen lyckas fly på nytt. Han kommer hem och märker att allt är härjat. Lemminkäinen antar att hans mor också har blivit dödad och han börjar jämrar sig:

”Ohoh kaunis kantajani,
Ihana imettäjäni!
Jo olet kuollut, kantajani,
Mennyt, ehtoinen emoni,
Liha mullaksi lahonnut,
Kuuset päälle kasvanehet,
Katajaiset kantapäihin,
Pajut sormien nenähän!
Kostohon minäki koito,
Kostoksi, kovaosainen,
Mittaelin miekkoani,
Kannoin kaunista asetta
Noilla Pohjolan pihjoilla,
Surmaksi oman sukuni,
Kateheksi kantajani.”
(Kalevala XXIX, 499–514)

”Ack, du underbara mamma,
du som burit mig vid bröstet!
Du är död, för alltid borta,
du min kära, goda mamma,
redan är din kropp förmultnad,
granar växer på ditt huvud,
enbuskar på dina hälar,
vide på var fingerblomma!
Jag drog ut och slogs, min usling,
tuktade dem, som jag tyckte,
mätte svärdet, olycklige,
brukade mitt vackra vapen
borta i det kulna Pohja,
på det skumma landets vallar,
– för min släkt till dödlig skada,
till min mors förlust av livet!”

Lemminkäinen märker dock att modern fortfarande lever och återhämtar sig från chocken. Han besluter sig för att göra ett nytt hämndetåg till Pohjola med sin gamla vapenbroder Tiera. Lemminkäinen skrävlar åt sin mor:

”En nyt itkevi, emoni,
Valittane, vanhempani,
Jos menen johonkuhunki,
Suorime sotatiloille;
Juohtui juoni mieleheni,
Tuuma aivohon osasi
Kaatakseni Pohjan kansa,
Kostoakseni katalat.”
(Kalevala XXX, 27–34)

”Mamma, du får inte sörja,
lova mig att inte gråta,
om jag söker mig ett slagsfält
någonstans och börjar kriga.
Jag har kommit på den tanken,
har den fasta föresatsen
att ta död på Pohjaborna,
hämnas på det usla släktet!”

Lemminkäinen ger sig av med Tiera till Pohjola men kommer aldrig fram eftersom Louhi fryser ned alla sjöar. Lemminkäinen och hans vapenbroder är tvungna att återvända hem (Kalevala XXX). Som redan nämnts framträder Lemminkäinen ännu en gång på scenen när han deltar som den tredje

mannen i Sampos plundringståg till Pohjola (Kalevala XLII–XLIII).

Lemminkäinen-episoderna beskriver på ett åskådligt sätt hur man i arkaiska samhällen hanterade konfliktsituationer. I brist på en centralmakt anlätade man egenhandsrätt – vanligen hämnd. Hämnden kunde riktas inte enbart mot gärningsmannen utan också mot andra medlemmar av gärningsmannens släkt. Begreppet blodshämnd berättar på ett träffande sätt om detta. Blodsbanden binder samman ättens enskilda medlemmar.²² I Lemminkäinen-sångerna löses alla konflikter mellan Lemminkäinen och Pohjola-folket med våld. Den ena hämnden följer den andra. Först dödar herden Lemminkäinen. Lemminkäinen hämnas senare genom att ta livet av Pohjabonden. Eftersom Lemminkäinen har flytt beslutar Pohjola-folket att hämnas på Lemminkäinens mor, något som klart reflekterar uppfattningen om blodsbanden. Modern lyckas dock undvika hämnden men hennes hem blir förstört. Till slut gör Lemminkäinen ännu ett hämndetåg till Pohjola men företaget misslyckades.

I arkaiska samhällen existerade emellertid också medel för att undvika blodshämnd. Förbrytaren, som vägrade att inleda underhandlingar om försoning eller vägrade att betala kompensation, kunde proskriberas – förklaras som fredlös. Han blev utesluten ur samhället eller släkten, vilket betydde att han saklöst kunde dräpas. Hans förmögenhet blev förstörd. Vanligen flydde förbrytaren till skogs. Fredlösheten var en möjlighet för förbrytarens släkt att försöka undvika hämnden.²³ Även om Lemminkäinen inte blev proskriberad av sin släkt, reflekterar hans flykt ändå i viss mån ett likadant tanke-sätt. Lemminkäinen flydde inte bara för att själv undvika hämnden. Han flydde också för att hans släkt skulle undgå Pohjola-folkets hämnd. Därför är han överraskad när han återkommer hem och märker att allt är förstört och modern är borta – en syn som han inte förväntade sig att möta.

Det finns emellertid en skillnad mellan Lemminkäinens flykt och fredlösheten i arkaiska samhällen. Den sistnämnda var tänkt att vara total – dvs. den proskriberade skulle inte kunna återvända till samhället.²⁴ Tanken i Lemminkäinens flykt var däremot att han kunde återkomma till samhället efter en viss tidsperiod. Hans mor yttrade:

²² Rüping, Hinrich, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 2. Auflage. München 1991, s. 4.

²³ Inger 1986, s. 59–60 samt Rüping 1991, s. 5.

²⁴ Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtsplege*, 3. Auflage. Göttingen 1983, s. 29–31.

”Otapä isosi pursi,
 Lähe tuonne piilemähän
 Ylitse meren yheksän,
 Meri-puolen kymmenettä,
 Saarehen selällisehen,
 Luotohon merellihehen;
 Siell’ ennen isosi piili,
 Sekä piili jotta säilyi
 Suurina sotakesinä,
 Vainovuosina kovina,
 Hyvä oli siellä ollaksensa,
 Armas aikaellaksensa;
 Seillä piile vuosi, toinen,
 Käy kotihin kolmannella
 Tutuille ison tuville,
 Vanhempasi valkamoille!”
 (Kalevala XXVIII, 279–294)

”Ta du båten far din byggde,
 segla den dit ut och göm dig!
 Nio fjärdar får du korsa,
 och den tionde till hälften
 tills du ser en liten holme,
 ja, ett klippskär mitt i havet,
 Där höll han sig dold i tiden,
 flydde dit och överlevde
 under stora krigets somrar,
 under långa år av ofärd.
 Det gick ingen nöd på honom,
 där gick tiden så behagligt:
 Stanna där ett år, ett par år,
 kom tillbaka tredje året,
 hem igen till fadershuset,
 till vår strand i hemnaviken.”

Samma tankesätt uppträder också i Kullervo-sångerna. Enligt detta tankesätt kunde illgärningar bli försonade och bortglömda om man bara lät tiden gå – ”tiden botar sår”. Åtminstone Kullervos mor tror på den här gamla frasen, när hon råder sin son. Efter att Kullervo har fått reda på att han har förfört sin egen syster hotar han ta sitt eget liv. Hans mor yttrar dock:

”Ellös menkö, poikaseni,
 Suuhun ulvovan sutosen,
 Karhun kiljuvan kitahan
 Eläkä vatsahan valahan,
 Hauin hirmun hampahisin!
 Onpa suurta Suomen nientä,
 Sankoa Savon rajoja
 Piillä miehen pillojansa,
 Hävetä pahoja töitä,
 Piillä vuotta viisi, kuusi,
 Ynnähän yheksän vuotta,
 Kunnes aika armon tuopi,
 Vuoet huolen huojentavi.”
 (Kalevala XXXV, 346–358)

”Nej, gå inte, stackars pojke,
 nära vargens gap, än mindre
 björnens viltvrålande käftar,
 varken nära valfiskbuken,
 eller gäddans tusen tänder!
 Utsträckning har Finlands udde,
 stor i Savolax är skogen,
 där kan döljas man och gärning,
 skam och åstadkommen skada,
 döljas fem år, döljas sex år,
 nio om så är av nöden;
 nådefull är tiden oftast,
 åren lättar på bekymren.”

Till slut

Ovan har jag försökt visa hurdan rättsuppfattning Lemminkäinen-sångerna i Kalevala reflekterar. Jag har dock ännu inte svarat på den andra ovan berörda frågan: varför är bilden av rätten just den som den är? Varför just arkaisk rätt? Vilka verk var Lönnrots litterära förebilder eller mönstren och hur påverkade dessa hans egen skapelse? Vad var den ideologiska atmosfären, som rådde under denna tid, som Lönnrot satte ihop Kalevala.

Vissa forskare har betonat romantikens betydelse för Kalevalas tillkomst. Romantiken byggde på föreställningen om folkens heroiska forntid. Karakteristiskt för romantiken var också idén om ett epos som hade sitt ursprung just i det imponerande förflutna. Lönnrot trodde att också finländarna hade någon gång genomlevt en sådan tidsperiod. Han trodde att folksångerna hade sitt ursprung i denna tidsperiod. Lönnrot ville också rekonstruera det originella eposet. Även om han ända fram till slutet av sitt liv trodde att den gloriösa tidsperioden någon gång hade existerat, avstod han senare från uppfattningen att vårt folk skulle ha haft ett enhetligt epos.²⁵ Lauri Honko har påpekat att romantiken inte var den enda ideologiska förutsättningen för Kalevalas tillkomst. Det fanns också kulturhistoriska och politiska premisser för dess födelse. Romantiken gav dock Lönnrot idén om att bearbeta de ihopsamlade folksångerna till ett epos.²⁶

Tack vare sina universitetsstudier kände Lönnrot till antikens stora episka verk. Homeros' två berömda epos – *Ilias* och *Odyseia* – var hans främsta litterära förebilder. I Kalevala upprepas åtskilliga gånger vissa stereotypiska framställningar som har sina motsvarigheter i Homeros' epos. Till exempel Kalevalas två folk – Kalevala och Pohjola – är en analogi av greker och trojaner. Till och med Kalevalas namn motsvarar *Ilias'* namn eftersom termen *Ilias* betyder samma som *Troia*.²⁷

I strid med folkloristikens historiska utveckling arkaiserade Lönnrot enskilda sånger genom att utesluta allt kristligt inflytande. Lönnrot lämnade också bort alla verser som hänvisade till historiska händelser. Han dramatiserade Kalevala genom att skapa en stark motsatsställning mellan Kalevalas och Pohjolas folk. Lönnrot intensifierade denna episka

²⁵ Kaukonen 1987, s. 110–111.

²⁶ Honko 1987, s. 128–133.

²⁷ Kaukonen 1987, s. 111–113.

grundspänning genom att understryka de få stridsepisoderna i folksångerna.²⁸

Sammanfattningsvis och med tanke på rättshistoria kan man således säga att Lemminkäinen-sångerna – liksom hela Kalevalan – skapar en berättelse om arkaisk rätt. Betecknande för arkaisk rätt och arkaiska samhällen var att det inte fanns någon centralmakt som kunde ha reglerat släkternas eller deras medlemmars verksamhet, beteende eller handlingar. Egenhandsrätt och hämnd rådde. Det är inte en tillfällighet att Kalevala återspeglar just en sådan uppfattning om rätten. Lönnrot själv ansåg hela tiden att Kalevala först och främst borde bli ett epos. Och eftersom klassiska epos berättar om förhistoriska tider och arkaiska samhällen är det bara naturligt att också Kalevala återspeglar bilden av arkaisk rätt.²⁹

²⁸ Kuusi, Matti, Eppiset runoketjut Kalevalan perustana, s. 95–108 i Lauri Honko (red.) *Kalevala ja maailman eepokset*. Helsinki 1987, s. 107.

²⁹ Ett stort tack till Anette Eklund och Dan Frände för språkgranskningen.

Internationella idéer och den nationella realiteten

Det egna och det främmande i rätten

Inom rättsvetenskapen – men också inom rättspolitikerna – har man upprepade gånger diskuterat förhållandet mellan den rätt som vi uppfattar som vår egen och den som vi uppfattar som främmande. I dag gäller detta först och främst förhållandet mellan inhemsk och utländsk rätt, speciellt möjligheter eller behov, ibland tvång, att utnyttja eller ta hänsyn till utländska modeller och idéer. I den rättshistoriska forskningen, även här i Norden, har studier om receptionen av främmande rätt länge varit populära. Man har livligt debatterat speciellt receptionen och rollen av romersk rätt i de nordiska rättssystemen.¹ Beträffande vår samtida rätt har frågan varit mest om europeiseringen eller harmoniseringen av nationella rättsordningar. Bland europaforskarna samt rättskomparatisterna har diskussionerna handlat främst om problematiken kring ”juridiska transplantat” (legal transplants)² eller konvergens³ av europeiska rättssystemen. Dock har dylika teman varit med också i den rättshistoriska forskningen.

Då man talar om förhållandet mellan den egna, inhemska, och den främmande rätten är Gunther Teubners tankar mycket imponerande, fastän hans perspektiv inte är historiskt.⁴ Till Teubners centrala utgångspunkter hör

¹ Se t.ex. det klassiska verket av Jägerskiöld, Stig, *Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid*. Lund 1963.

² Watson Alan, *Legal Transplants*. 2nd edition. Athens, Georgia 1995.

³ Legrand, Pierre, European Legal Systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, s. 52–81.

⁴ Teubner, Gunther: Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes. I Dux, Günter-Welz, Frank (red.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*. Opladen 2001, s. 351–380 och Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Differences. *Modern Law Review* 61, 1998, s. 1–32.

idén om ”irritanter” och dikotomin mellan rätten och dess omgivning (Umwelt). Samtidigt hittar man hos honom ett visst inflytande av Niklas Luhmann: rätten är ett socialt system.⁵ Viktigt för dess evolution är en ”irritation”, dvs. något som stör kommunikationen om rätten, antingen inom den rättsliga kommunikationen själv eller i dess omgivning.⁶ Det är möjligt att karakterisera situationen till exempel så att det i centrum finns ett område inom vilket man kommunicerar om rätt och orätt. Kärnan är omgiven av andra områden, bl.a. ett som kan kallas politik, ett annat som är ekonomi, ett tredje är vetenskap, ett fjärde är utbildning osv.

Inom rätthistorisk forskning är det intressant att fråga när och hur det vi anser vara rätt (i motsats till orätt) blir irriterat; och kommer irritationen utifrån, till exempel från politiken, dvs. i form av en ny lag, eller från vetenskapen i form av en ny systematisering eller ett nytt begrepp. Det kan också hända att en rättslig förändring irriterar t.ex. ekonomin, den ekonomiska kommunikationen. Teubner skriver förutom om kommunikation även om regim, som är typisk för alla sociala system, för rätten och ekonomin. I sin uppsats om harmoniseringen av europeisk avtalsrätt med hjälp av gemensamma begrepp och kategorier analyserar han särskilt idén om *bona fides* och möjligheterna att införa begreppet också i det engelska rättsystemet.⁷ Hans argumentation om att skyddet för god tro med sina grannprinciper, har alltid spelat en viktig roll också som basis för ekonomiska förhållanden (inom näringslivet eller på arbetsmarknaden) är övertygande. Han menar att om den här rättsprincipen skulle transporteras eller ”transplanteras” till det engelska rättsystemet skulle den ”irritera” inte bara den rättsliga men också den ekonomiska kommunikationen, hela den ekonomiska regimen.

På motsvarande sätt är det möjligt att analysera rätthistoriska fenomen, till exempel rättsliga förändringar i Östeuropa under 1800-talet och i början av 1900-talet. Detta görs till exempel inom ramen för det pågående forskningsprojektet *Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers* under ledning av Marie Theres Fögen och Tomasz Giaro.⁸ Främmande rättsregler, framför allt normer från den franska *code civil* recipiera-

⁵ Se t.ex. Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft als Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1997.

⁶ En rätthistoriskt intressant tillämpning av idén (kommunikation–irritation) kan hittas i Fögen, Marie Theres, *Rechtstransfer. Eine theoretische Einführung*. <http://www.rechtskulturen-osteuropa.net>.

⁷ Se Teubners ovan nämnda uppsatser (fn. 4).

⁸ Se närmare: <http://www.rechtskulturen-osteuropa.net>.

des ju i flera östeuropeiska länder och privaträtten systematiserades på basis av idéer från den tyska pandekträtten. En av projektets huvudfrågor är att undersöka i vilka frågor och berörande vilka rättsområden den gamla inhemska rätten, den traditionella kommunikationen om rätt och orätt, ”irriterades” och förändrades av impulser från den främmande rätten.

Angående finska rättshistorien kan vi ta upp motsvarande frågeställningar. I det följande skall speciellt den roll utländska (rättsvetenskapliga) impulser spelade i utvecklingen av juridiken behandlas. Speciellt intressant är frågan hur långt man kan gå: vilka är gränserna för bruket eller utnyttjandet av utländska idéer speciellt då det gäller nya teoretiska och principiella diskussioner inom rättvetenskapen. Det är också intressant att diskutera hur man slår fast vad som är rätt. Åtminstone lika intressant är det att fråga hur den rättsliga argumentationen slås fast om man tar hänsyn till dess aktörer. Detta betyder att vi kan fråga hur en enskild jurist kan introducera nya impulser i den rättsliga diskussionen. Samtidigt blir det möjligt att studera hur egenstyrande, autopoetiskt, det rättsliga systemet egentligen är.

Jag tar upp några centrala figurer i den (svenska) finska rättshistorien och deras inflytelse på och betydelse för rättsutvecklingen. Den första är Olaus Petri. Hans domarregler finns ju fortfarande med i lagboken både i Finland och i Sverige.

Olaus Petri och den romersk-kanoniska rätten

Olaus föddes i Örebro antingen år 1493 eller 1497. Han studerade teologi vid universitet i Uppsala och därefter troligen i Rostock. Säkert däremot är att han fortsatte sina studier i Leipzig år 1516. Under samma år reste han ännu till Wittenberg och hade åtminstone haft en möjlighet att träffa Martin Luther och Philip Melanchthon vid universitetet där. År 1518 promoverades han till magister i filosofi, kom tillbaka till Sverige och blev sekreterare och kansler för biskopen i Strängnäs, Matthias Gregorii. Man har antagit⁹ att tiden i Wittenberg spelade en stor roll i Olaus Petris tänkande och verksamhet, och när biskop Matthias med andra adelsmän och kyrkans män blev hängd började Olaus formulera och sprida ut reformatoriska tankar. År 1523 blev han

⁹ Gerhard Schmidt, *Die Richterregeln des Olavus Petri. Ihre Bedeutung im Allgemeinen und für die Entwicklung des schwedischen Strafprozeßrechts vom 14. bis 16. Jahrhundert*. Göttingen 1966.

utnämnd till kansler av Gustav Vasa.¹⁰

Olaus Petri var inte bara en reformator, utan också en betydande rätts-tänkare. Det är dock inte något undantag att en teolog blev intresserade av juridiska problem: Olaus Petri hör till den medeltida traditionen i vilken teologer ofta tog ställning också till juridiska frågor. Eftersom den lärda rätten genom *summae confessorum* hade ett betydande inflytande på den medeltida bekännelsepraxisen var den juridiska argumentationen bekant också för teologer. Dessutom studerade blivande jurister vid universiteten både världslig och kyrklig rätt.

Olaus Petri, som ofta kallats den första svenska rättstänkaren, har skrivit en rad juridiska verk¹¹ till vilka hör till exempel kommentaren (från 1520-talet) av den svenska stadslagen. Mest känd är han ändå för sina domarregler som sammanställdes under 1530-talet och sannolikt¹² skrevs av Olaus själv. Det finns gott om litteratur om domarreglernas ursprung och betydelse. I detta sammanhang är det ändå mest intressant att kort studera deras innehåll och bakgrund.

Till de mest hänvisade reglerna i dag hör den sjunde ”Domaren skall grant veta lagen, där han efter döma skall, ty lagen skall vara honom för en rättelse” och den åttonde ”En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne.” Till dem hänvisar man framför allt som ett bevis för den nordiska folkliga rätts-traditionen.

Trots detta kan man i domarreglerna se ett visst inflytande från främmande, d.v.s. romersk och kanonisk rätt. Till exempel har Munktel¹³ beskrivit hur element från den lärda rätten står i harmoni med den inhemska medeltida rätten. Däremot betonar den äldre forskningen (Almqvist m.fl.) starkt nationella element. En intressant slutsats kan hittas hos Heikki Ylikangas som utgår från att Olaus har tagit med idéer från den romerska och kanoniska rätten. I vilka sammanhang detta har skett har en anknytning till Olaus Petris

¹⁰ Se om Olaus’ liv därefter, Almquist, Jan Erik, Dödsdomen över Olavus Petri den 2 januari 1540. Nya synpunkter på ett gammalt problem. *Festskrift tillägnad Nils Stjernberg*. Stockholm 1940, s. 29–50.

¹¹ *Samlade skrifter af Olavus Petri IV*. Uppsala 1917, s. 315–346.

¹² Om diskussionen se t.ex. Almquist, Jan Eric, ”Domarreglernas slutord”. *Svensk Jurist-tidning* 1936, s. 186–194 och Holmbäck, Åke, ”Våra domarregler”, *Festskrift tillägnad Axel Hägerström*. Uppsala och Stockholm 1928, s. 265–279.

¹³ Munktel, Henrik, *Det svenska rättsarvet*. Stockholm 1944.

personliga historia: Olaus skrev domarreglerna först och främst som en kritik av missförhållanden i den dåtida svenska rättsskipningen, och speciellt av Gustav Vasas regim.¹⁴

Heikki Pihlajamäki har kompletterat bilden med en analys av Olaus Petris bevisrätt.¹⁵ Det finns rätt många domarregler om bevisningen (16, 27–38), men dessa hör till de regler vilka i dag är oanvändbara samt verkar t.o.m. att strida mot det folkliga och demokratiska etos som ofta förenas med domarreglerna. Pihlajamäki, liksom Ylikangas, påstår att Olaus Petri var villig att recipiera den så kallade legala bevisteorin (två vittnen är ett fullt bevis osv.) till det svenska rättegångsförfarandet. Samtidigt kritiserade Olaus klart den svenska edsprocessen, som förorsakade många problem, och försökte minska edens roll. Regel 37 innehåller tankar om vittneshabiliteten¹⁶ och i regel 30 ser man hur Olaus försökte hindra att man kände med hjälp av eden ("Med ed skall man svara och icke klaga, och ingen må svärja sig penningar till."). Dessutom försökte han med regel 28 inskränka användningen av värjemålsed och reglera innehållet i edgärningsmannens ed.

Han tog bekännelsen från den europeiska bevisteorin, men var skeptisk till tortyr, som var ett centralt medel för att få till stånd bekännelser. I regel 38 talar Olaus ändå för tortyr. Han ansåg nämligen den vara nödvändig i grövre fall, precis som sina kollegor inom den europeiska *ius commune*-traditionen:

"Efter den bekännelse, som en varder pint och plågad till, skall ingen dömas, ty sådana bekännelser pläga vara falska, och ofta sker, att många bekänna det som aldrig sant var eller skedde, för den pina skull de lida, med mindre att så kan hända, att av sådan vederkännelse finnas de skäl, som väl må dömas efter. Och hörer där stor beskedlighet till, huru man med sådan pina och plåga umgå skall, att man icke pinar eller plågar den, som ingen skuld haver, och det är ett uppenbart övervåld med jungfrur och andra sådana plågor som bru-

¹⁴ Ylikangas, Heikki, *Olaus Petrin tuomarinohjeet*. Helsinki 1982; en förkortad version av uppsatsen (Domaren i Olaus Petris vågskål) finns i *Retfærd* 1991, s. 91–104.

¹⁵ Pihlajamäki, Heikki, Gründer, Bewahrer oder Vermittler? Die nationalen und internationalen Elemente im Rechtsdenken des Olaus Petri. Zweiter Rechtshistorikertag im Ostseeraum 12.–17.3.2002 (skall publiceras i *Rättshistoriska Skrifter*).

¹⁶ "Domaren skall icke tillställa någon oskäligt vittnesbörd, efter att det plågar ofta ske falska eder med, utan rannsaka om det är icke väldiga vittnen, eller avunds vittnen, eller om det är sådana vittnen, eller skäl med som bör, eller om det är en menedare eller ärelös, eller om han är så känd, att någon vet av honom om han är troendes eller ej, där sådana fel finnas, där gillas icke vittnesbördet. Ingen må heller vittna i sin egen sak, med mindre han är vittne emot sig, ty då är det bekänd sak."

kas, det dock bättre vore hava fördrag, efter där sker så ofta orätt med. Så skall det icke ske utan i högmåls ärende, för dråpeliga saker skull, och därför göra många fogdar orätt, som så obeskedeligt tvinga dem de gripit hava, till bekännelse, och strax efter samma bekännelse, evad hon är rätt eller orätt, låta de gå straffet där efter, antingen till liv eller penningar, och fatta där uppå att han stod sina gärningar till, ändock han det sedan nekar, när han icke plågas. Där sådant sker, det sker mest för penningar skull, och är ett uppenbart våld och orätt, det herrarna icke tillstāja borde.”

En del av den legala bevisteorin fattas ändå i domarreglerna, nämligen läran om indicier. På grund av vissa indicier blev tortyren möjlig. Användningen av den rätt komplicerade indicieläran – och den enligt läran verkställda tortyren – hade ändå förutsatt en lärd domarkår, som saknades helt i landet. Enligt Pihlajamäki är det möjligt att konstatera att Olaus Petri säkert kände till bevisteorin i *ius commune*, men använde bara en avvattnad version av den. Han tog hänsyn till att rättegångsväsendet och hela den rättsliga kommunikationen i Sverige dominerades av lekmän, varmed utnyttjandet av den komplicerade och nyanserade indicieläran hade varit omöjligt.

Så kan man se Olaus Petri som en förmedlare mellan den främmade och inhemska traditionen. Han var en europeiskt lärd teolog och reformator, som kände väl till missförhållanden inom rättskipning i sitt hemland. Samtidigt beaktade han också att kommunikationen om rätten (och i rätten) var helt annorlunda än t.ex. i kyrkliga domstolar eller i de nyligen grundade tyska överrätterna, i vilka den lärda, legala bevisteorin hade vunnit fotfäste redan under medeltiden.

Matthias Calonius och naturrätten

Matthias Calonius har allmänt betraktats som rikets förnämsta rättsvetenskapsman under 1700-talets sista decennier.¹⁷ Samtidigt är han den första professorn i juridik född i Finland (Saarijärvi). År 1809, sedan Finland hade avträtts till Ryssland, utnämndes Calonius till det autonoma Finlands första prokurator (justitiekansler).¹⁸

¹⁷ Björne, Lars, Patrioter och institutionalister. *Den nordiska rättsvetenskapens historia*. Del I. Tiden före år 1815. Lund 1995, s. 131–140.

¹⁸ Se Björne, *ibid.*, s. 131–132, som antar att Calonius förblev svensksinnad till sin död, men som en finländsk realist var han beredd att tjäna de nya makthavarna.

I Calonius vetenskapliga verksamhet ser man tydligt hur ingående han kände till den inhemska rätten¹⁹, samt hur bra kunskap han hade om det icke-inhemska rättstänkandet, både om den romerska traditionen och om de naturrättsliga idéerna.²⁰ Detta gäller både Calonius dissertationer och hans systematiska, senare tryckta föreläsningar.²¹ Om man analyserar närmare hans tankar stöter man igen på vissa motstridigheter. Lars Björne har karakteriserat Calonius som en konservativ anhängare av naturrätten. Om detta blir man övertygad också på grund av Päivi Paastos doktorsavhandling om delad äganderätt, i vilken hon mångsidigt behandlar också Calonius tänkande.²²

Under 1700-talets sista decennier då Calonius skötte sin professur i Åbo Akademi uppkom många tvister om jordnaturen²³ på finska andelsgårdar. Striderna gällde först och främst böndernas konkreta dagsverkskyldighet på frälsegårdar. Skyldigheten (antalet av dagsverksdagar) varierade beroende på naturen av böndernas jord. På skattejorden var den mindre än på kronojorden. Dessutom spelade böndernas dagsverk en viktig roll speciellt under dessa årtionden eftersom man försökte öka effektiviteten inom landbruket.

Det var vanligt att bönderna förde tvister till kungen (Gustav III), medan de adliga jordägarna förde dem till landshövdingen eller det lokala tinget. I dessa sammanhang uppkom ofta frågan om böndernas äganderätt och doktrinen om den delade äganderätten (*dominium directum* – *dominium utile*).

Samtidigt som Calonius bekantade sig med europeiska idéer om den rationalistiska naturrätten, dess intresse för människans natur och tanke om egalitära, absoluta och oinskränkt äganderätten, var han involverad i striden mellan bönder och adeln i Jockis län (Jokioinen).²⁴ I sin skrivelse till Åbo hovrätt år 1779²⁵ behandlade Calonius detaljerad jordäganderättens historia i det svenska riket.²⁶ Med hänvisningar till Magnus Ladulås Stadga av år

¹⁹ Den svenska lagstiftningen förblev gällande i Finland också efter året 1809.

²⁰ Om Calonius straffrättsliga idéer se Wahlberg, Markus, *Den finska straffrättsvetenskapens födelse I*. Helsingfors 2003, s. 16 ff.

²¹ Man vet också att Calonius var bibliofil med ett bibliotek som omfattade flera tusen band.

²² Paasto, Päivi, *Omistuskäsitteistön rakenteesta*. Turku 1994.

²³ Om jordnatur-problematiken se t.ex. Liljestrand Axel, *Finlands jordnaturer*. Helsingfors 1873.

²⁴ Se närmare Letto-Vanamo, Pia, Omistusoikeuden historiaa – hämäläiset talonpojat maanomistajina, i Räsänen, Mikko – Paavola, Mikko (red.), *Hämäläis-Osakunnan juristikerho 1935–1995*. Jyväskylä 1995, s. 79–100.

²⁵ Bevaras i arkivet av Jockis gård, band XIII.

²⁶ De flesta yttrandena av Calonius är till Högsta domstolen. De omfattar mera än 1000 sidor i hans "Opera omnia".

1285, Helgeanholms Beslut (1282) och Johan III:s Patent för börsrättens försäljande (1582) argumenterade Calenius mot både böndernas skatterätt och äganderätt. Samtidigt uttryckte han ändå att hans huvudman, gårdsägaren Gustaf Reuterholm var villig att medge en ”ärftilig besittningsrätt” till alla de bönder som på något sätt kunde bevisa den.

Trots detta är det möjligt att betrakta Calenius som en rättstänkare med naturrättsliga idéer – också då när frågan var om äganderätten. Han kände väl till både de politiska och ekonomiska omständigheterna och anpassade sin juridiska verksamhet till dem. Under Calenius tid var jorden äganderättens viktigaste föremål, rätten till jorden var status/ståndsbegrundad och det viktigaste elementet i ägandet var stabiliteten (inte dynamiken av bytesekonomin). Man kan ändå förstå Calenius tankegångar och verksamhet ur ett annat perspektiv: det var nämligen typiskt för den naturrättsliga systematiken, att den abstrakta tanken om den oinskränkta äganderätten konkretiserades på den statliga (partikulära) nivån.²⁷ Så var det möjligt, också enligt Calenius, att lagstiftningen och rättskipningen i den allmänna nyttans namn inskränkte den i och för sig absoluta äganderätten.

Rabbe Axel Wrede och den tyska processrätten

För mig har den mest intressanta figuren i den finska rättsvetenskapen länge varit Rabbe Axel Wrede – speciellt ur det perspektiv, hur och när hans processrättsliga idéer förverkligades i Finland. Wrede är ett typiskt exempel på sin tids förnämsta jurister: han var adlig, förmögen, svenskspråkig och politiskt aktiv, bl.a. adelsståndets representant vid riksdagen. Dessutom var han professor i juridik vid Helsingfors universitet. Också som en finländsk professor var han en typisk representant för sin tid. Detta gäller särskilt när man tänker på rättsvetenskapen i slutet 1800- och i början av 1900-talet: han och hans fåtaliga kolleger var väl informerade om det man diskuterade utanför landet. Speciellt intresserade var de av den tyska rättsvetenskapen. De viktigaste personerna för Wredes processrättsliga tänkande var Oskar Bülow och Adolf Wach.²⁸

²⁷ Så Paasto s. 334–336.

²⁸ Se kort om Wrede, Letto-Vanamo, Pia: Wrede Rabbe Axel, i Stolleis Michael (red.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*. München 1995, s. 678–679.

Man kan konstatera att Wredes juridiska texter starkt influerades av den utländska, dvs. tyska doktrinen.²⁹ Det samma gäller också tankegångar i Wredes kommitté, som gav ut sitt betänkande år 1901.³⁰ Syftet med kommittén var att modernisera det finska domstolsväsendet och processförfarandet. I synnerhet skulle nya processprinciper, de samma som hade antagits under 1800-talet i många andra kontinentaleuropeiska länder, införas.³¹ De innebar bl.a. att förfarandet skulle vara muntligt, omedelbart och koncentrerat. Ytterligare ansåg man att skillnaden mellan underrätter på landet och i städer skulle avskaffas, samt att lekmännens roll i processen skulle förstärkas. Kommittén föreslog också att domstolarna borde få egna byggnader.

Kommitténs förslag förverkligades inte. Utan att desto mera gå in på detaljerna kan man påstå att Wredes centralaste tankegångar förverkligades i Finland först genom 1990-talets processreformer. Däremot moderniserades processen och domstolsväsendet i Sverige på 1940-talet. Därefter blev det svenska systemet den viktigaste och självklara modellen för finska reformförsök och -förslag. Kjell Åke Modéer har analyserat händelserna och förslagen som förde till processreformen året 1948. Han har t.o.m. påstått att det handlade om en reformrörelse som betydde att svenska jurister tog avsked av historien: den motsvarade på sätt och vis diskussionerna om och åtgärder mot kollaboratörerna i Danmark och Norge efter andra världskriget.³²

Det är intressant att märka att det tog mycket länge innan processen moderniserades i Finland. Kommitté efter kommitté³³ och arbetsgrupp efter arbetsgrupp föreslog reformer men ingenting hände. Sedan Wrede har kunskapen varit här (t.ex. i processrättsliga läroböcker) och sedan 1948 också ett fungerande exempel i ett grannland, men utan något konkret resultat.

²⁹ Se Björne, Lars, Den konstruktiva riktningen. *Den nordiska rättsvetenskapens historia*. Del III 1871–1910. Lund 2002, s. 193–195; och t.ex. Wrede, R. A., *Civilprocessens allmänna läror*. Helsingfors 1898 och Wrede, R. A., *Finlands gällande civilprocessrätt*. Första bandet. Helsingfors 1905.

³⁰ Ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi. Laatinut sitä varten asetettu komitea. I–III. Helsinki 1901.

³¹ Pihlajamäki, Heikki – Pykkänen, Anu, *Suomalainen oikeustiede eurooppalaisessa traditiossa*. Helsinki 1996, s. 102–110.

³² Se t.ex. Modéer, Kjell Å., Carl Johan Schlyter i ett hundraårigt perspektiv. *SvJT* 1979, s. 1 ff.

³³ Intressanta är bl.a. förslag av professor Otto Granfelts kommité: Ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi. Professori Otto Hjalmar Granfeltin laatimaa ehdotusta tarkistamaan asetetun komitean mietintö, Helsinki 1925.

Som förklaring tar man vanligen upp den sena modernisering som karakteriserar det finska samhället och rättssystemet i allmänhet. Det är sant att vi i Finland hade knappt några större städer och därmed ingen stark (europisk) borgarkultur, och att professionerna, t.ex. den juridiska professionen, uppkom sent. Det fanns heller inga riktiga samhälleliga eliter. Motsvarande gäller ändå i stort sätt i de andra nordiska länderna. Samtidigt kan man ändå se att reformen av domstolsväsendet och -processen i Finland inte prioriterades i det politiska eller ekonomiska beslutsfattandet. Detta betyder, att arkaiska drag bevarades länge i det finska domstolsväsendet.³⁴ De bevarades ända till 1900-talets sista decennier, och det är möjligt att betrakta 1970-talet som den period under vilken brytningen mot 1990-talets processreformer tog sin konkreta början.³⁵

Långsamma implementeringar av Wredes idéer

Det kan vara överraskande att när man i dag läser 1970-talets rättegångsprotokoll eller tittar på bilder tagna för trettio år sedan vid tingsrätterna så ser man återspeglings av gamla – ibland urgamla – tider. Man ser häradshövdingen som en central person för domsagan.³⁶ Domsagan var egentligen hans företag som ända till 1970-talet finansierades huvudsakligen med sportelavgifter från parterna till domaren. Häradshövdingen betalade länge själv lönerna till kanslipersonalen (maskinskriverskorna etc.) och till auskultanterna. Så berättar en auskultant om sin första dag i Kyrös domsaga i Österbotten:

”Klockan 11 öppnades dörren av en lång, mager och rakryggad man med käppen i handen steg in tog av sig hatten. Han sade god dag. Utan att stanna gick mannen till häradshövdingens rum, satte sig bakom bordet och började arbeta. Jag satt och undrade. Jag visste inte vad jag skulle göra. Så slog kyrkklockan igen, nu 12. Häradshövdingen kom fram till mitt skrivbord, öpp-

³⁴ Om modernismen i processrätten se Nousiainen, Kevät, *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*. Helsinki 1993.

³⁵ Närmare om tematiken i Letto-Vanamo, Pia, Ennen suurta muutosta – oikeudenkäyntiperinnettä viime vuosisadalta. *Lakimies* 2000, s. 1073–1084.

³⁶ Hatakka, Mari – Nirkko, Juha (red.), *Oikeutta maalla ja kaupungissa: tuomiokuntien ja raastuvanoikeuksien muistitietoa*. Helsinki 2000.

nade den låda i vilken Elsa hade berättat att pengarna finns, tog pengarna, satte hatten på, tog käppen och sade adjö – och avlägsnade sig. Så hände det varje dag enligt kyrkklockans slag.”³⁷

Advokaterna var ännu rätt fåtagliga och det fanns inget advokatmonopol, inte heller något advokattvång, och det självständiga åklagarväsendet grundades först år 1997. Man vet också att tills sportelsystemet avskaffades var höjdpunkten av domarkarriären utnämningen till häradshövding. Häradshövding blev man ofta efter det man varit verksam i hovrätten eller i högsta domstolen. Detta garanterade ett stort socialt anseende, men samtidigt medförde det att överrätts- eller tjänstemannakulturen överfördes till tingen, vilka ursprungligen var arenor för lokala, bondemässiga diskussioner och förhandlingar.³⁸

Trots detta kan man se att häradshövdingen framför allt var en *pater familias* -figur som lärde och ”socialiserade” yngre jurister via auskultantssystemet, hjälpte länsmannen att formulera åtalet och lyssnade på nämnden om de lokala förhållandena. Dessutom kan man i juristmemoarer läsa hur domaren inte tog upp, inte heller bläddrade i, lagboken under förhandlingen. Det var självklart att ”domaren kände till lagen”. Ännu under 1970-talet var underrättsdomarna kort fattade och motiveringarna var knappa. Det var typiskt att man skrev lakoniskt: ”rätten har prövat målet och finner däri utrett, att...” Förutom domarens starka status visade detta att lagstiftningen ändrades långsamt och var överskådlig. Därutöver pekade detta också på en idé som länge dominerade i finska rättsvetenskapen. Det var idén om en enda riktig lösning i varje ärende.

Utöver det här kan man i bilderna spåra något mycket heligt.³⁹ Tingssalen var som ett heligt rum – ibland också alldeles konkret, man satt ting i församlingssalar, men också i brandkårshus, ungdomsföreningens hus o.s.v., eftersom det inte fanns några domstolsbyggnader på landsbygden. Trots enkla omständigheter var stämningen högtidlig. Detta kan åtminstone dels förklaras med följande: den rätt, lag, som domaren kände till, och som han använde var given av folket (parlamentet). Han dömde under övervakning och med hjälp av folket, d.v.s. av lekmän som satte i tingets nämnd.⁴⁰ Så höll

³⁷ Ibid. s. 38; Översättningen är av PLV. Berättelsen är från 1950-talet, men kunde gott beskriva läget under senare decennier.

³⁸ Om överrättskulturen se Modéer, Kjell Åke, *Svensk domarkultur*. Lund 1994.

³⁹ Om tematiken se också Modéer, Kjell Åke, Det heliga rummet. *Lakimies* 2000, s. 1060 ff.

⁴⁰ Nämnden kunde rösta mot domarens åsikt bara om alla nämndemän var eniga.

man fast vid den nästan mytiska idén om den finska legalismen. Dock är det möjligt att anta att domarna själva ansåg sig vara en domare i den bemärkelse som finns i Olaus Petris domarregler: de var kloka och dömde hellre enligt vad som ansågs vara rätt(vist) än enligt lagens ordalydelse.

Det är möjligt att se att de rättspolitiska diskussioner som ledde till 1990-talets reform började under 1970-talet. Ett slags utgångspunkt var födelsedagsintervjun (1970) med republikens president Urho Kekkonen, som uppmanade till förändringar i bl.a. juristutbildningen och domarrekruteringen.⁴¹ Typiskt för 1970-talets diskussioner i allmänhet var kravet på demokrati: demokratiseringen av skolsystemet och universitetsutbildningen o.s.v., samt tron på en stark och god stat och dess åtgärder (t.ex. lagstiftning). Samma målsättningar gällde också domstolsväsendet.⁴² Trots debatter, reformförslag och kommitté- och arbetsgruppbetänkanden var årtiondets enda och konkreta förändring angående domstolsväsendet beslutet att avskaffa det så kallad sportelsystemet. Staten började finansiera domstolarnas verksamhet också på landsbygden. Man grundade tjänster för häradsdomare, vilket ledde till en snabb ökning av underrättsdomarnas antal, samt förändringar i domarnas status och rekryteringsbakgrund.⁴³

I varje fall blev rättegångsväsendet föremålet för politiska debatter. Det samma gällde också under 1980-talet, fastän vissa värderingar och målsättningar förändrades. Kaijus Ervasti har konstaterat hur man ännu på 1980-talet, i de förslag och propositioner (t.ex. ang. nämnden) vilka låg bakom det följande årtiondets reformer, nästan automatiskt upprepade 1970-talets grunder.⁴⁴ Fortfarande hänvisades också till Sverige. Detta hände trots att vissa målsättningar med processen hade dels förändrats: under 1980-talet började man betona framför allt effektivitet och snabbhet i domstolarnas verksamhet.

⁴¹ Kansanvallasta ja sen toteutumisesta lainkäytössä. 70-vuotiaan Urho Kaleva Kekkonen ajatuksia ajankohtaisista kysymyksistä. *Lakimies* 1970, s. I–XXI.

⁴² Se bl.a. Lindholm, Per – Seppänen, Heikki (red.), *Oikeus ja politiikka: Suomen Lakimiesliiton Jyväskylän kulttuuripäivillä 1971 järjestämän oikeuspolitiikan kongressin aineistoa*. Jyväskylä 1971; Havansi, Erkki, *Tuomioistuinnuudistus – millainen? Aineistoa oikeuslaitostuimikunnan mietinnön vaiheilta*. Porvoo 1972; och Blom, Raimo, *Luottamus oikeuslaitokseen*. Tampere 1970.

⁴³ T.ex. har antalet kvinnliga underrättsdomare ökat kraftigt.

⁴⁴ Ervasti, Kaijus, *Alioikeusuudistuksen seuranta. Riita-asiat tilastojen ja oikeudenkäyntiasiakirjojen valossa*. Helsinki 1997, s. 10–11; och de Godzinsky, Virve-Maria – Ervasti, Kaijus, *Lautamiehet tuomareina*. Helsinki 1999, s. 23–129.

Rättegångsförfarandet moderniserades nästan i sin helhet under 1990-talet i samband med reformer av civil- och straffprocessen, hovrättsprocessen samt förvaltningsprocessen. Frågan var dels om slutförandet av gamla projekt med europeiska idéer framställda redan av Rabbe Axel Wrede. Dels gällde det om förändringar som grundade sig på samtida europeiseringstendenser, i första hand på ratificeringen av Europeiska konventionen av mänskliga rättigheter (speciellt art. 6).

Irritationer utifrån

Det är intressant att konstatera att 1990-talets reformer redan har evaluerats. Det gjordes av en av statsrådet tillsatt kommitté vars uppgift var att utarbeta en utredning om riktlinjerna för utvecklingen av det finska domstolsväsendet.⁴⁵ Det viktigaste syftet med kommittén var att utreda vilka krav samhället kommer att ställa på domstolarna i framtiden. I kommitténs betänkande presenteras också konkreta reformförslag. Några av dem återspeglar strävanden efter att äntligen slutföra den långsamma moderniseringsprocessen. Ett dylikt förslag gäller advokatväsendet. Genom 1990-talets rättengångsreformer har domstolsförfarandet börjat likna ett slags rollspel i vilket alla delaktiga har egna, självständiga roller. Detta gäller domaren, åklagaren och parterna, som i dag nästan alltid behöver juridiskt bistånd. Enligt kommittén borde varje rättegångsombud ha juridisk utbildning och ställas under övervakning av advokatförbundet eller ett motsvarande organ. Samtidigt föreslogs en specialisering inom domarkåren samt en minskning av lekmännens roll. Detta motiverades framför allt med idén om professionalismen samt med konkreta förändringar i den rättsliga regleringen: antalet juridiska normer har kraftigt ökat och dagens normer lämnar allt mera utrymme för domarens prövning.

Så skulle den finska domstolsorganisationen och processprinciperna slutligen motsvara det man anser typiskt för det moderna. Olyckligtvis innehåller ändå den samhälleliga realiteten i dag många för det ”senmoderna” typiska drag. Detsamma gäller också kommunikationen om rätt (och orätt). Den traditionella rätt, som vi mötte ännu i 1970-talets dokumentation och tankegångar har blivit irriterad av nya typer av juridiska normer och prin-

⁴⁵ Tuomioistuinlaitoksen kehittämisskomitean mietintö, 2003:3, med en svensk sammanfattning. Betänkandet befinner sig också i <http://www.om.fi/23391.htm>.

ciper baserade på beslut och idéer av europeiska (supranationella) organ, vilka har vunnit fotfäste på grund av den politiska och ekonomiska integrationen.

Irritationen har delvis medfört fragmentering, vilken är typiskt också i andra samhälleliga sammanhang. Detta tillsammans med en ökad individualisering gör det nästan omöjligt att tala om *en* rätt(visa), vilket har förorsakat en viss legitimitetskris i den traditionella domstolsprocessen. Så har jurister börjat utveckla alternativ till den vanliga konfliktlösningen.⁴⁶ Det har ofta skett med import av utländska modeller av så kallade ADR-typ. De har haft framgång både i den finska processrättsliga teorin och praktiken. Igen stöter man ändå på gränser för utnyttjandet av nya och delvis också främmande modeller.⁴⁷ Det passar gott ihop med de ökade privatiserings- och individualiseringstendenserna att man betonar parternas valfrihet och prioriterar icke-statliga konfliktlösningsmöjligheter, men då måste vi kunna förutse de följder detta kan ha i dagens kommunikation inom den inhemska rättsliga kärnan eller i dess omgivning.

⁴⁶ Se t.ex. Ervasti, Kaijus, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa*. Helsinki 2004. Om den så kallade processuella rättvisan se Haavisto, Vaula, *Court Work in Transition*. Helsinki 2002.

⁴⁷ Det är möjligt att hålla USA som hemlandet av ADR-ideologin.

At sælge viden

I

I kap. 138 og 139 i Njals saga berettes der om at Flosi Þórðarson søger en forsvarers bistand i den retssag der fulgte efter mordbranden på gården Bergþórshvoll, da Flosi Þórðarson indebrændte Njáll, hans hustru Bergþóra og deres sønner. Denne begivenhed er udførligt beskrevet i sagaen. Flosi og hans følgesvende går til Eyjólfur Bölverksson og beder om hans bistand.

Eyjólfur beskrives som ”en mand af megen anseelse og særdeles lovkyndig, så at han var den tredje blandt de lovkyndigste mænd på Island. Han var en særdeles smuk mand, stor og stærk, og der kunne blive en ypperlig høvding af ham; men han var pengekær som hans andre frænder.” Flosi og hans følgesvende tager ham ved hånden og fører ham op i Almannagjá på Þingvellir, og Flosi beder ham med mange smukke ord om at påtage sig forsvaret i brandsagen, men Eyjólfur afslår på det bestemteste, bliver vred og vil gå sin vej. Hallbjörn den Stærke fra Flosis følge standser ham og sætter ham ned hos Flosi og Bjarni Brodd-Helgason. Flosi drager da en guld-ring af sin arm og giver Eyjólfur ”for at vinde dit venskab og din hjælp og således vise dig, at jeg ikke vil gække dig”. Det var en fornem gave og Eyjólfur påtog sig sagens forsvar og sagde siden til Flosi og Bjarni:

Nu har jeg overtaget denne sag, som I bad om, men jeg ønsker at I vil holde dette skjult for det første, og hvis sagen kommer for femterretten¹, så skal I især vogte Eder for at sige, at I har givet mig penge for min bistand.

¹ Fimmtardómur (femterret) var en af de på Altinget i fristatstiden (930–1264) virkende domstole, den femte ved siden af de fire fjerdingsretter (Fjórðungsdómur), deraf navnet. Femteretten var hovedsagelig en slags overret. Se nærmere Ólafur Lárússon, Fimmtardómur, i *Kulturhistorisk leksikon for nordisk middelalder* IV, sp. 261–262.

Derefter gik Eyjólfur til Snorre Gode² og de talte meget sammen. Siden hedder det i sagaen:

Snorre Gode greb Eyjólf's arm, strøg hans ærme op og så at han havde en stor guldring på armen. Snorre Gode sagde: "Er denne ring købt eller given?" Eyjólf havde ikke svar på rede hånd og tav. Snorre sagde: "Jeg indser fuldt-vel, at du har fået den til gave; gid den ikke må koste dig dit liv!" Eyjólf sprang op og gik bort og ville ikke tale derom. Snorre sagde da han så at Eyjólf stod op: "Der er næppe tvivl om at du, når dette ting er til ende, ved, hvad du har fået til gave." Eyjólf gik da til sin bod.

Under retssagen beskyldes Flosi og Eyjólfur for at have bestukket domstolen, og straffen skulle være den mildeste form for fredløshed.

Hele retssagen drejede sig om formforviklinger og på et stadium af sagens behandling som vi senere kommer ind på, kan Eyjólfur ikke se anden udvej end at gribe til intriger som ellers er karakteristiske for begge parter i sagen, men det ser dog ud til at Eyjólfur har været ophavsmanden hertil. Alt dette endte med en blodig kamp, som hele tingforsamlingen deltog i.

Kári Sölmundarson, Njáls svigersøn, tog spyddet fra en mand og kastede det mod Eyjólfur der straks faldt død til jorden. Der blev nu et ophold i kampen, der blev holdt våbenhvile, og man indgik forlig og tog bestemmelser om mandebod. "Eyjólf Bølverksen lod man ligge ugild formedelst hans uretfærdighed og vrang færd", hedder det i kap. 145.

Det ser her ud til at man har anset det som forkasteligt at Eyjólfur havde taget imod forudbetaling for at påtage sig forsvaret i brandsagen. Nu til dags regnes dette ikke for at være forkasteligt. Advokater har i århundreder taget honorar for rådgivning og procedure, og det samme er tilfældet med andre fagfolk. Virksomhed af denne art bliver faktisk stadig mere almindelig, så man nu taler om opfindsomhed og viden som en vigtig markedsvare – og ofte hører man at informationsteknologi i fremtiden mere end noget andet vil blive bestemmende for nationernes livsvilkår. Men hvilke tanker gør Njáls sagas forfatter sig? I hvilken idéverden bevæger han sig?

² Gode – Goði. Navnet på de islandske høvdinger i fristatstiden som havde deres sæde i Lovretten og således havde deres andel i lovgivningsmagten. De udpegede dommerne ved de forskellige domstole. Deres magt kaldtes goðorð – godedømme – og kunne bl.a. arves, købes og sælges. Se nærmere Ólafur Lárússon, Goði og Goðorð, i *Kulturhistorisk leksikon for nordisk middelalder* V, sp. 363–366.

II

I middelalderen, nærmere bestemt i tiden 1150–1250 og faktisk helt frem til renæssancen, havde man ivrige diskussioner om vidensens væsen, bl. a. i forbindelse med problemet om hvorvidt man måtte markedsføre den. I denne diskussion deltog jurister, inden for såvel kirkeret som romersk ret; de påberåbte sig kanonisk ret og romersk lovhjemmel. Endvidere moralister der bl.a. henviste til Aristoteles, samt teologer der havde Bibelen og kirkefædrenes skrifter som ledetråd. Denne inddeling kan der ganske vist herske delte meninger om, for i disse århundreder var man på samme tid jurist, moralist og teolog.³

Juristernes holdning til denne problematik fremgår tydeligt af kanonisten Johannes den Tyskes eller Johannes Teutonicus' skrifter – han døde i 1245.⁴ Han skrev et af de vigtigste videnskabelige værker inden for kirkeret, en kommentar til Decretum Gratiani, med titlen *Glossa Ordinaria*. Idet han henviser til det tredje Laterankoncilium i 1179 og det fjerde i 1215 kommer han til den konklusion at katedralskolens læremestre hverken måtte ønske betaling fra kaniker eller fra fattige studenter, for viden er en gave fra Gud og kan derfor ikke sælges. – *Scientia donum dei est, unde vendi non potest*.⁵ Det samme gjaldt for læremestrene i jura: De måtte ikke kræve betaling, kun tage imod penge som tegn på anerkendelse og taknemmelighed.

Men så stod man over for et problem: Hvorfor måtte læremesteren ikke sælge sin viden, når det blev tolereret at juristen krævede honorar for sin

³ Gaines Post, Kimon Giocarinis & Richard Kay, The Medieval Heritage of a Humanistic Ideal: "Scientia donum dei est, unde vendi non potest". *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*. [...] Volume XI. New York 1955, s. 195–234. Her behandles emnet indgående med mange henvisninger. Ved udarbejdelsen af artikelen har jeg især gjort brug af denne afhandling og vil ikke henvise yderligere til den, medmindre der måtte være særlig grund til det.

⁴ I Hólar bispestols biblioteks fortegnelse findes der et skrift med titelen *Casus Johannis*. Der kan her være tale om et skrift eller en slags bearbejdelse af Johannes Teutonicus' skrifter, fx *Glossa Ordinaria*, men det er dog helt usikkert, hvad vi også kommer nærmere ind på senere. Man har ikke undersøgt hvilke juridiske skrifter der har været i klostrenes besiddelse. Se nærmere Sigurður Líndal, Um þekkingu Íslendinga á rómverskum og kanónískum rétti frá 12. öld til miðrar 16. aldar (Om islændingenes kendskab til romersk og kanonisk ret fra det 12. årh. til midten af det 16. årh.) *Úlfjótur. Afmælisrit – 50 ára – Orator, félag laganema*. Reykjavík 1997, s. 241–273, jfr. s. 265–66.

⁵ Denne sætning findes i *Glossa Ordinaria*, Johannes Teutonicus' kommentar til *Decretum Gratiani*, jfr. Prima pars, Dist. 37, c. 12. *Corpus Juris Canonici* [...] Instruxit Aemilius Friedberg [Emil Friedberg] I. Graz 1959, s. 139. (Fotokop. udg., 1879.) Se Post o. andre, s. 198–199, jfr. fodnote 3.

rådgivning? Endvidere spurgte man: Aflægger et vidne ikke vidnesbyrd uden at få betaling for det, men tager dog betaling for sit ophold? Indvier biskoppen ikke en kirke uden betaling, men tager imod penge til afholdelse af udgifter til sin nødtørft, til føde og husly? Herfra drager Johannes Teutonicus den slutning at læremesteren kunne forlange betaling, når han øjensynligt rådede over for små midler. Og han fortsætter og lægger vægt på samme idé og samme kompromis, idet han nu henviser til romerske lovkyndige. Han henviser til den navnkundige romerske jurist Ulpian der beskriver sin viden-skab som *sanctissima civilis sapientia* – den helligste lovkyndighed – der ikke kan måles i penge. Og der henvises til juristen Papian, der siger at en sand filosof foragter penge – *nam vere philosophantes contemnunt pecuniam*. Men så trækker Johannes Teutonicus i land med henvisning til Bibelen og især til Matthæus evangeliet 10.10: ”En arbejder er sin føde værd”.

Johannes Teutonicus behandler specielt juristerne, idet han refererer til kirkefaderen Augustinus. Dommeren sælger ikke sin dom, men den lovkyndige kan tage honorar for et retfærdigt forsvar og gode råd. Der gælder dog visse grænser for dette: Han må ikke tage penge for de råd som han kan give uden at udføre et arbejde. Ellers er det ham tilladt at tage imod penge for det arbejde som han har udført. I overensstemmelse med dette må læremesteren ikke kræve betaling fra studenterne hvis han er lønnet. Ellers har han tilladelse til at kræve honorar fra dem der er velstillede, men ikke fra de fattige. Noget lignende gælder for professorer i jura, idet de har tilladelse til at tage imod betaling som gave, men overhovedet ikke at kræve den. Dette gjaldt bl.a. for lærere ved lovskolen i Bologna som dog, selv om de var lønnede, kunne kræve betaling af de studenter der var velstillede, men hvis de ikke var lønnede kunne de betinge sig betaling fra alle studenter, alt efter den enkeltes økonomiske forhold. Læremestrene kunne da heller ikke tvinges til at undervise på egen bekostning, lige så lidt som de lovkyndige der tager betaling for deres rådgivning. Her må man tænke på at denne skole sammen med Paris’ Universitet ikke var bundet af førnævnte konciliars resolutioner. Johannes forsøger hermed at finde et kompromis mellem idealet, ifølge hvilket viden ikke må sælges og denne verdens barske virkelighed, hvor lære-mestrene måtte sikres et minimumsudkomme. Med denne løsning refererer Johannes til Bibelen, Matthæus 10.8–10⁶ og Lukas 10.7, samt Apostelen Paulus’ første Timotheusbrev 5.18 og til kirkefædrenes skrifter der

⁶ Matthæus 10.8: ”I har fået det for intet, giv det for intet!”

citeres i *Decretum Gratiani*, endvidere til romersk lov, til pavens kendelse og konciliers resolutioner.

Andre specialister i kirkeret så dette problem nærmere efter i sømmene og kom til det resultat at læremesteren i jura kunne betinge sig honorar fra studenterne for sit arbejde – *pro labore suo* – med mindre han havde indtægter, fx fra et kirkelen som han havde fået tildelt. Ellers er jurister filosofer og bør ikke forlange betaling, men har tilladelse til at tage imod frivillige bidrag med den motivering at det arbejde de udfører forædler menneskeheden.

Disse synspunkter blev diskuteret frem og tilbage i det 12. og 13. århundrede, bl.a. af dem der skrev kommentarer til dekretales, eller pave Gregor den Niendes' forordninger som blev affattet i *Liber extra*, publiceret i 1234. I denne forbindelse kan nævnes Gottfredus af Trano, Raymond af Pennafort, Sinibaldus Fliscus, senere pave Innocentius den Fjerde, Henricus de Segusia, kardinalbiskop af Ostia, der er mest kendt under navnet kardinal Hostiensis og endelig Johannes Andreae der ganske vist levede senere og døde under den sorte død i 1348.⁷

Som før nævnt henviste disse forfattere ikke mindst til romersk ret. I *Digesta* fra *Corpus juris civilis* – kejser Justinians lovsamling henvises der bl.a. til juristerne Ulpian og Papian som lagde vægt på juraen som den sande filosofi der ikke måtte profaneres ved at blive vurderet i penge, som det før er blevet nævnt. Konklusionen var at det kun var muligt at give lovkyndighed og filosofi, og derfor kunne læremestrene ikke kræve betaling fra studenterne, men udelukkende tage imod gaver der var givet af fri vilje. Det var imidlertid ikke klart hvor meget studenterne skulle betale deres læremestre. Kanonisterne mente at man ikke skulle forvente nogen betaling fra de fattige. De der beskæftigede sig med verdslig ret – den romerske ret – mente at honoraret skulle afhænge af den enkeltes midler og forhold.

Det er klart at der her var et skel mellem ideal og virkelighed som det var vanskeligt at se bort fra. Idealet udgik som før nævnt fra Bibelen, fra kirkefædrene og fra romersk ret, og begrænsningen kunne også begrundes med henvisning til Bibelen. Ingen Guds gave kan sælges; viden er Guds gave. På den anden side kan man tage betaling for at skaffe sig viden og formidle den, hvis der ikke er sørget for løn på anden vis. I højmiddelalderen var disse emner stærkt præget af grækernes arv, specielt af Aristoteles' morallære.⁸

⁷ Se endvidere Sigurður Línal, Um þekkingu Íslendinga á rómverskum og kanónískum rétti, s. 260 ff. (Om islendingenes kendskab til romersk og kanonisk ret, s. 260 ff.). Jfr. fodnote 4.

⁸ *Ethica Nicomachea*, niende bog, særlig 1164 a–b (henv. i den isl. udgave.) Jfr. Aristoteles, *Ethica Nicomachea* ved Niels Møller. København 1936, ottende og niende bog, særlig niende bog 1–2.

I det antikke Grækenland var der stærk tradition for at undervisning i de frie fag foregik med samtaler mellem mænd der var venner, og der blev ikke krævet betaling, hvad enten det drejede sig om rige eller fattige. Med sofisterne skete der ændringer heri. De tilbød rige og ambitiøse unge mænd undervisning, for at de kunne gøre karriere i samfundet, og de tog betaling for det. Undervisningen tog sigte på det der kunne være de unge mænd til nytte, og så var moral eller almenvel ikke længere hovedsagen. Med denne holdning fulgte gerne etisk relativisme. Viden blev således en markedsvare i sofisternes hænder. Sokrates og Platon gik til angreb mod dette og fordømte sofisterne. Ifølge deres mening var enhver der sad inde med viden om filosofi forpligtet til at virke for sine medborgeres almene velfærd med undervisning. Denne holdning kommer bl.a. til udtryk i Sokrates' forsvarstale. Her siger han følgende:

Det ligner jo ikke noget almindelig menneskeligt, at jeg nu allerede så mange år igennem har forsømt alle mine egne sager og fundet mig i, at mit eget husvæsen ikke bliver varetaget, mens jeg derimod idelig arbejder for jer, idet jeg indlader mig med hver enkelt af jer for sig og ret som en fader eller en ældre broder og tilskynder ham til at beflitte sig på at blive god. Og havde jeg nogen fordel heraf og lod mig betale for at give disse formaninger, så lod min færd sig dog forklare naturligt; men nu ser I jo selv, at mine anklagere, som i alle andre henseender går så skamløst frem i deres anklage, dog ikke har været i stand til at drive deres skamløshed så vidt, at de opstillede et vidne på, at jeg nogensinde enten har taget mod løn af nogen eller krævet løn af nogen. Jeg kan nemlig fremstille et vidne på sandheden af mine ord, som jeg tror er fuldkommen tilstrækkeligt: min fattigdom.⁹

Aristoteles diskuterer problemet i sin *Ethica Nicomachea*, 8.–9. bog, hvor han behandler venskabet. I 9. bog gør han rede for to slags venskab: på den ene side borgerligt eller politisk venskab og på den anden side venskabet mellem dem der elsker hinanden. Grundlaget for venskabet er gensidighed. I politisk venskab fuldbyrdes den ved at man anvender penge som målestok for alt. I samkvemmet mellem venner der elsker hinanden er målestokken uklar, for tjenester kan ikke måles i penge. På dette grundlag hviler forholdet mellem lærermester og elev. Det kan forstås på den måde at Aristoteles mener at den der tager imod tjenesten skal bestemme gengældelsen, såfremt der skal være en sådan.¹⁰

⁹ Platon, *Sokrates' forsvarstale*. Dansk overs.: M.Cl. Gertz. 4. udg. København 1910.

¹⁰ *Ethica Nicomachea*, bog 8–9, 1155a3–1172a.

Sokrates og Platon fremhæver grækernes traditionelle opfattelse af dansens værdi. Når det gælder den ædle dannelse, fordømmer de undervisning mod betaling og med andet formål end almenvellet. Undervisning i filosofi består i samkvemmet mellem venner, og den der sidder inde med viden er forpligtet til at formidle den til sine medborgeres gavn. Det er klart at den der var besiddelsesløs eller ikke havde nogen løn måtte kræve betaling for sit virke, og således opstod den nye stand af sofister. Aristoteles så på forholdet mellem læremester og elev som et etisk forhold mellem en velgører og hans protégé. Og elevens midler skulle være bestemmende for betalingen.

Den tanke, at viden ikke kunne gøres op i penge og derfor ifølge sin natur ikke kunne sælges, møder man også i Bibelen. Man forsøgte at løse problemet ved at skelne mellem salgsobjektet, – selve videnen – og arbejdet med at bibringe andre den. En sådant distinktion gjorde Aristoteles ikke.

Denne diskussion på grundlag af Aristoteles' morallære ophørte ikke ved oldtidens slutning. Den fortsatte ind i middelalderen, og her kan vi standse op ved Thomas Aquinas, selv om man ikke ved noget om hvorvidt hans teorier har haft indflydelse i Island i det 13. århundrede. Thomas Aquinas døde i 1274. Det kan diskuteres om der i hans behandling kan mærkes større indflydelse fra de førnævnte kanonister end fra Aristoteles. Når Thomas Aquinas hævdede at det var salg af Guds nådegave – simoni – at give eller modtage penge for åndelig virksomhed, stod han over for den kendsgerning at det ansås for lovligt at tage imod betaling for brug af viden selv om den var en åndelig ejendom.¹¹ Advokaten kunne tage mod penge for at føre et

¹¹ Simoni er salg af Guds nådegave og enhver form for salg af åndelige værdier. Ordet kommer fra troldmanden Simons navn. Om ham berettes det i Apostlenes Gerninger 8.18–20: "Men da Simon så, at helligånden blev givet ved apostlenes håndspåbyggelse, kom han til dem med penge og sagde: 'Giv også mig denne magt, så den, jeg lægger hænderne på, får helligånden.' Da sagde Peter til ham: 'Gid dit sølv må gå til grunde og du selv med, siden du mener at kunne købe Guds gave for penge.'"

I kirkens lovgivning blev dette begreb efterhånden udvidet til også at omfatte salg af kirkelige embeder og modtagelse af betaling for vielser, ja endog det at tage imod kirkens embeder fra lægmænd. P. Mikat, Simoni, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* IV, sp. 1664–68. I det folkelige teologiske skrift *Elucidarius* af Honorius Augustodunensis omtales simoni. Skriftet stammer fra ca. 1100 og blev oversat til oldnordisk, nærmere betegnet islandsk, engang i det 12. århundrede. Det findes i talrige håndskrifter og håndskriftsfragmenter der alle er islandske, det ældste fra sidste halvdel af det 12. århundrede. I skriftet hedder det: "Discipulus: Hvad mener du om dem der køber eller sælger en præsts tjeneste? / Magister: De der køber denne går i døden med Simon mago, men de der sælger den bliver åndeligt spedalske." Jfr. *Hauksbók*. Udgivet efter de Arnarnagæanske Håndskrifter no. 371, 544 og 675 4° samt forskellige papirhåndskrifter af Det kongelige nordiske oldskrift-selskab. København [...] 1892–1896, s. 495.

retfærdigt forsvar, lægen kunne tage imod penge for rådgivning vedrørende helbred og læremesteren for at undervise.

Hertil siger Thomas Aquinas at en person der beklæder et offentligt, lønnet embede ikke kan tage imod betaling for at formidle viden uden at begå en alvorlig synd. Dette gælder for dem der beklæder kirkeembeder og er forpligtet til at oplyse gejstligheden og de fattige. I sådanne tilfælde er det ikke muligt at fortolke det derhen at man drager nytte af den arbejdskraft der forefindes. Den som derimod ikke beklæder et embede med pligt til at disponere således over sin viden at den kommer andre til gode, kan uden at bryde loven tage imod vederlag for sin undervisning og rådgivning; her sælger han nemlig ikke sandheden, men sit arbejde.

Men hvornår er en handling åndelig? Her må man ifølge Thomas Aquinas skelne mellem to slags handlinger: En handling er på den ene side åndelig hvis den har sin rod i åndelig nådegave, og på den anden side hvis den formidler åndelige værdier. Hvis en handling bygger på ordets førstnævnte betydning, så kan en tjeneste på dens grundlag ikke sælges, uden at den der gør dette, gør sig skyldig i salg af nådegave, eller simoni. Hvis en handling er åndelig i ordets sidstnævnte betydning kan tjenesten sælges; derimod kan de åndelige værdier der skabes ved handlingen ikke sælges. Ifølge dette må læremesteren tage betaling for sit virke, men ikke for de åndelige værdier som han formidler. Med samme argument kan en lovkyndig som advokat i en sag tage betaling for et retfærdigt forsvar og en lovkyndig for sine gode råd, men en dommer kan ikke tage imod betaling for sin retfærdige dom.

Konklusionen er da følgende: læremesteren fortjener ikke alene hæder og respekt for den nytte der følger af filosofiens formidling; han fortjener tillige vederlag for det åndelige og legemlige arbejde som han udfører ved at formidle sin viden. Denne retfærdiggørelse af belønning kan ikke føres tilbage til Aristoteles. Den kan føres tilbage til Bibelen og kirkefædrene og bærer vidne om en ny synsvinkel, idet menneskelivets realiteter medførte uundgåelige kompromiser, uden at man ofrede hovedidealet.

Den tredie tradition stammer fra middelalderens kirkefædres og videnskabsmænds fortolkning af Matthæus 10.8–10. Her hedder det:

I har fået det for intet, giv det for intet! Skaf jer ikke guld eller sølv eller kobber i jeres bælder; ikke taske til rejsen, eller to kjortler, eller sko, eller stav; thi en arbejder er sin føde værd” (eller ifølge Lukas 10,7: sin løn).

Hovedregelen om *Scientia donum dei est unde vendi non potest* bygger på dette skriftsted, og grunden blev lagt af kirkefædrene. Vigtigst var kirke-

faderen Hieronymus' fortolkning, ifølge hvilken Kristi ord er henvendt til apostlene. De skal ikke prædike i håb om belønning. De har fået magten fra Gud uden betaling, og verdslig rigdom er unødvendig. Men selv i Matthæus' tekst aner man et kompromis. Kristus vidste at læremesterens lod var vanskelig, og han formildede sin lære med ordene "en arbejder er sin føde værd", eller "sin løn". Læremesteren havde således tilladelse til at tage imod føde og husly. Hieronymus stillede fattigdommens ideal over for nødvendigheden af et eksistensminimum. Og kirkefaderen Augustinus var enig med ham. Daglige fornødenheder er ikke udelukket, kun overflod. Lærens udvikling kan siges at være uafbrudt fra kirkefaderen Hieronymus til Johannes Teutonicus' *Glossa Ordinaria* fra første halvdel af det 13. århundrede, når der er tale om fortolkningen af Kristi ovennævnte ord.

I det foregående er advokater og deres tjenester blevet nævnt nogle gange. Da man i det 12. århundrede begyndte at beskæftige sig med romersk og kanonisk ret, stod de lovkyndige efter en pause på ny frem som advokater efter Romerrigets fald. Idet kirken befæstede sin stilling over for den verdslige magt, og dens indre struktur blev konsolideret, steg behovet for lovkyndige mænd. Samme udvikling fandt også sted inden for det verdslige samfund, kongemagten og staten blev styrket. Med denne udvikling blev der brug for lærde inden for verdslig ret, og de første lærde lægmænd kom frem. Da kirken begyndte at modsætte sig sine tjeneres deltagelse i verdslig virksomhed, virkede det som et yderligere bidrag til denne udvikling. Det kender vi fra Islands historie. Ærkebiskoppen, der havde sit sæde i Nidaros i Norge, forbød i 1173 præsterne at udføre kirkelige handlinger hvis de havde begået drab. Han forbød præsterne at påtage sig søgsmål mod vederlag. De måtte føre sager for affældige slægtninge, for faderløse børn, for kvinder der både var forsvarsløse og fattige og for Guds skyld. Præster skulle nyde særlig beskyttelse.¹² I året 1189 forbød paven præster og gejstlige i Norge at bære våben,¹³ og det samme gjorde ærkebiskoppen i Island, foruden at han bød at de kun måtte påtage sig sager hvor der ikke var brug for våben.¹⁴ Ærkebiskoppen understregede forbuddet mod at gejstlige påtog sig søgsmål og forbød dem desuden at vie goder.¹⁵ I den kristne verden var det en almindelig årsag til klager at præsterne beskæftigede sig med juridiske spørgsmål,

¹² *Diplomatarium Islandicum* (D.I.) I, s. 218, jfr. s. 222.

¹³ *D.I.* I, s. 283–284.

¹⁴ *D.I.* I, s. 284–289, især 288–289.

¹⁵ *D.I.* I, s. 289–290, jfr. fn. 2.

men forsømte teologien og at gudsfrygten måtte vige for håbet om verdslig fortjeneste.

Dommere havde man haft i umindelige tider, men som før nævnt tog advokatstanden sine første skridt i Europa efter Romerrigets fald. Lovgivningen blev stadig mere kompliceret, og man lagde stadig større vægt på formen, idet formen havde afløst en hæmningsløs selvtægt. Proceduren drejede sig først og fremmest om korrekt sprogbrug, og så var det nærliggende at den udviklede sig til systematisk brug af kneb som advokaterne brugte til begge sider. Ordene havde snart større indflydelse på dommeren end sagens kendsgerninger. I den tids litteratur spillede satiren en fremtrædende rolle, og de lovkyndige var en yndet skydeskive, ikke mindst den korrupte dommer og den tungesluggede advokat. Dommeren sælger retfærdigheden, advokaten sælger sine talenter og den viden som Gud har givet for at fremme retfærdigheden, men ikke grådigheden. Den korrupte advokat sælger sin tunge, men dommeren sælger selve retfærdigheden. Advokaterne kommer ind på et sidespor i jagten på penge, de forfalsker lovens bogstav, de kysser guldet, de sælger deres læber, de elsker den rige som en forstandig mand elsker sit frodige frugttre. Sådan så højmiddelalderens satirikere på advokatstanden som var ved at få indflydelse i samfundet.¹⁶

Kort sammenfatning af det forudgående

Viden er en gave fra Gud og kan ikke sælges. Den der formidler viden må tage imod gaver. Men i middelalderens stadig flere katedralskoler og universiteter var dette bare ikke realistisk. Enten måtte læremestrene have en eller anden form for løn til deres underhold og så formidle deres viden gratis, eller også måtte de have betaling fra dem der fik undervisningen, dog således at de fattige studenter var fritaget for betaling, eller den skulle fordeles blandt studenterne alt efter den enkeltes økonomiske forhold. Samtidig søgte man at skelne mellem den egentlige viden der ikke måtte sælges og det arbejde som det kostede at skaffe sig viden og formidle den. Viden i sig selv kunne ikke vurderes i penge, kun arbejdet, og her skulle lønnen kun tage sigte på det nødtørftigste. Kritikken mod dommere og advokater var i overensstemmelse med dette.

¹⁶ John A. Yunk, *The Lineage of Lady Meed. The Development of Medieval Venality Satire*. Notre Dame, Ind. 1963, s. 143 ff.

En sådan distinktion er måske fremmed for det moderne menneske. Den er heller ikke særlig klar, men så vidt jeg kan se, minder den om filosoffen John Rawls' teorier – *A Theory of Justice*.¹⁷ Her hævder han at ingen har fortjent de talenter som han har fået og har derfor ikke fortjent den indkomst som de medfører. Menneskenes talenter er derfor til en vis grad menneskehedenes fælleseje, selv om ordet eje ikke her er brugt i egentlig ejendomsretlig forstand. Middelaldermennesket ville nok have sagt at talenterne var en gave fra Gud, og det som man har fået for intet, skal man give for intet.

III

Men jeg nævnte Njals saga, hvor Eyjólfur Bölverkssons handling skildres som umoralsk. Og så er spørgsmålet: kendte Njals sagas forfatter denne diskussion og den idéverden der er blevet skildret her? Der er ingen grund til at tro andet.

Gottfredus af Trano's, Raymond af Pennaforte's og Sinibaldus Fliscus', senere pave Innocent den Fjerdes, skrifter fandtes med sikkerhed på biskops-sædernes biblioteker. Artikler fra Gottfredus' skrifter er oversat i Hauksbog.¹⁸ Det er derimod tvivlsomt om Johannes Teutonicus' skrifter som jeg hovedsagelig har henvist til har været i islændingenenes eje. På Hólar biskopssædes bibliotek findes der, som før nævnt, ifølge en fortegnelse fra 1396, et skrift med titelen *Casus Johannis*, som måske kunne være et uddrag af *Glossa Ordinaria* eller andre af hans skrifter, men der kan ikke med bestemthed siges noget om det.¹⁹

Det ser ud til at de idéer som bl.a. kommer til udtryk i disse skrifter i nogen grad genlyder i førnævnte kapitel af Njals saga. Eyjólfur Bölverksson er pengegrisk. Han påtager sig ikke at forsvare en god sag, men en dårlig sag da han, denne rige mand, får tilbudt mange penge. Han havde først undslået sig.²⁰ Og han gør dette mod bedre vidende, idet han søger at skjule gaven.

¹⁷ John Rawls, *A Theory of Justice* [...] Oxford 1983, kap. 17, s. 100–108. Se endvidere Þorsteinn Gylfason, Hvað er réttlæti? (Hvad er retfærdighed?) *Skírnir. Tímarit Hins íslenska bókmenntafélags* 158 (1984), s. 202–204.

¹⁸ Et islandsk membranhåndskrift af broget indhold, skrevet af og for lovmanden Haukur Erlendsson d. 1334. Se nærmere Jakob Benediktsson, Hauksbók, i *Kulturhistorisk leksikon for nordisk middelalder*, sp. 250–251.

¹⁹ Se fodnote 4.

²⁰ Her må man huske at ildspåsættelse var en meget alvorlig forbrydelse som straffedes med fredløshed, jfr. *Grágás* I a (Konungsbók), s. 184 ff., II (Staðarhólsbók), s. 378.

Da han føler sig truet under retssagen, bruger han list og forsøger at forkludre sagen med formkneb, og da bemærker Flosi at han nu måske gør gengæld for ringen.²¹ Modstanderne giver siden råt for usødet. Derefter bliver Flosi og Eyjólfur beskyldt for at have bestukket domstolen, og sagen går til femteretten i overensstemmelse med det som Njáll havde foreslået, da han tog initiativet til oprettelsen af denne domstol som det før er berettet i sagaen.²²

²¹ Se Post o.fl., *The Medieval Heritage*, s. 219–221. Advokaters pligter, bl.a. til at tjene retfærdigheden, behandles af Thomas Aquinas i *Summa Theologica* II, 2, Questio 71. Advokaters honorar behandles specielt i Questio 71, Art IV.

I Njalssaga, kap. 141, skildres begivenheden således: Efter at sagerne var blevet tillyst mod mordbrænderne gik folk hjem til deres boder, og siden hedder det: "Eyjólf Bølverksen gik med Flosi til hans bod; de gik øster om boden. Flosi sagde til Eyjólf: 'Ser du nogen værn i disse sager?' 'Ingen,' svarede Eyjólf, 'Hvad skal vi da gøre?' sagde Flosi. 'Et råd skal jeg give dig,' sagde Eyjólf, 'du skal afhænde dit godord og overdrage det til din broder Thorgeir, men give dig selv i tinglag med Askel Gode Thorkelsen nord fra Reykjadal. Når de ikke ved dette, da kunne det vel blive dem til men; thi de vil sagsøge i østfjerdingernes ret, i stedet for det skulle ske i nordlændingernes; dette vil de uden tvivl fejle i, og da er der en femteretssag imod dem, når de sagsøger i en anden ret, end de skulle; og vi skal da anlægge sag imod dem, dog kun som den sidste tilflugt.' Flosi sagde: 'Måske vi nu får gengæld for ringen.' 'Det ved jeg ikke,' sagde Eyjólf; 'men jeg skal yde Eder en så god hjælp, at alle folk skal tilstå, der ingen større er at vente. Lad os nu sende bud efter Askel, og Thorgeir skal straks komme til dig og have en mand med sig.' Kort efter kom Þorgeir did, og han overtog høvdingsskabet. Så kom også Áskell did, og Flosi gav sig i tinglag med ham. Dette kom ikke til flere mænds kundskab end deres." Einar Ól. Sveinsson (red.) *Brennu-Njáls saga*. Reykjavík 1954. (*Íslenzk fornrit XII*. Denne udgave citeres herefter.)

²² Da Eyjólfurs list ser ud til at ville lykkes, og brandsagens anklagere vil blive sagsøgt i femteretten for den fejltagelse at sagsøge i en forkert ret, bliver der sendt bud til Þórhallur Ásgrímsson for at bede om hans bistand. Han råder til at man sagsøger Flosi og Eyjólfur for at de har bestukket retten og skal dømmes til fredløshed. Et sendebud kommer med denne besked til Mördur Valgarðsson og Ásgrímur Elliðagrímsson. De gik siden til Lovbjerget og Mördur sagsøgte Flosi med følgende ord "[...] at jeg stævner Flose Thordsen, fordi han gav Eyjólf Bølverksen her på tinget penge for at hjælpe sig og nedlægger jeg påstand, at han skal være fredløs mand. [...]" På samme måde stævnedes Mördur Eyjólfur Bølverksen, "fordi han havde taget imod penge og beholdt dem" [...]. Mördur sagde derimod at han ikke selv havde bestukket retten i denne sag. [...] Se kap. 144.

Ordene "har underkøbt retten" menes, ifølge udgiverens Einar Ólafur Sveinssons kommentar, at betyde at man har bestukket dommerne, jfr. *Brennu-Njáls saga*, s. 395, fn 1, og derfor er her tale om en misforståelse fra *Njáls sagas* forfatters side, idet Eyjólfurs "honorar" er fuldt ud lovligt.

I sagaens kap. 97 berettes der om Njáls initiativ til oprettelsen af femteretten (der dog ikke er troværdig). I denne ret skulle bl.a. behandles sager "om nogen byder eller tager penge for at bestikke retten." I Grágás (Ia, s. 77) berettes der bl.a. om sager i femteretten "[...] eller de pengetilbud (féboð) der gives her og de pengemodtagelser (fétökur) der finder sted her, eller om mænd kræver penge ind her [...]" Sagaens udgiver. Einar Ól. Sveinssons

Det ender med at sagen bliver forkludret, retsmødet bliver et våbenmøde og det udvikler sig til en blodig kamp mellem tingets medlemmer. Eyjólfur bliver dræbt og han bliver dømt ugyldig for uretfærdighed og misforhold.

Forfatteren har bragt det 12. og 13. århundredes juristers, moralisters og teologers budskab til islændingene.

Overs.: *Ingibjörg Johannesen*

kommentar til dette lyder sådan: "Forfatteren forstår ordene "féboð" og "fétökur" således at der er tale om pengegaver for bstanden, hermed Eyjólfurs honorar for proceduren (kap. 144), men det er en misforståelse, idet der er tale om bestikkelse til dommerne. Jfr. *Brennu-Njáls saga*, s. 244, fn. 3.

Hvis de passager af sagaen, der er gengivet her lægges til grund, kan man ikke forstå ordene anderledes end de lyder, således at der er tale vederlag for bistand i retten – eller det der nu kaldes honorar for forsvaret. Det må være det som Þórhallur Ásgrímsson mener, da han siger at de har "underkøbt retten". Der tales her med andre ord om sagens behandling som en helhed. I *Njáls saga* og Grágás går man så vidt at man påtaler al modtagelse af honorar for bistand, men så vidt gik middelalderens moralister i almindelighed ikke. På den anden side kan man sige at enhver form for pengegaver, ikke mindst hvis det er en sag der står dårligt og betalingen er rigelig, kan have uønsket indflydelse, idet der er fare for at det så ikke længere drejer sig om retfærdighed, men om penge. Når det kommer dertil, kan det meget let føre til uretfærdighed og misforhold, sådan som det er tilfældet i brandsagen. Dette havde moralisterne drøftet frem og tilbage, og kernen i disse drøftelser kommer særdeles klart til udtryk hos en af *Njáls sagas* forfatters samtidige, Thomas Aquinas i *Summa Theologica* II, 2 Questio 71, jfr. især Art. III som der før er blevet henvist til.

Alle anførte citater fra *Njáls saga* er i N. M. Petersens oversættelse fra *Islandske sagaer*. Danmark 1998.

Bo H. Lindberg

Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid

I. Det allmännas väl – salus publica – är ingen modern topos. Visst förekommer den då och då även idag, men allmän debatt tycks snarare undvika den. Man kan nog hålla med en författare som skisserar den liberala, och väl också den moderna tolkningen av allmänt väl, som något vilket automatiskt uppnås om de enskilda individerna får uppfylla sina egna individuella strävanden.¹ En sådan liberal-ekonomisk uppfattning förutsätter givetvis ett från staten lösgjort och oberoende utbytessamhälle.² En rimlig tolkning av dessa påståenden är nog att allmänt väl är svårförståeligt för den moderna västerländska människan.

Inte utan skäl kan man se termen allmänt väl som nära förknippad med ständersamhället och å andra sidan dess minskade eller bortfallna användning som nära förknippad med ett modernt industri- och klassamhälle, såsom detta för svensk del framträdde under 1800-talets sista hälft och förra sekelskiftet. Demokrati och liberalism är förvisso förknippade med denna samhällsomvandling. Det har och är förvisso vanligt att se dessa två begrepp som väl sammanväxta och ömsesidigt beroende av varandra. Demokratin kan inte leva utan liberalism och ett liberalt samhälle behöver demokratin. Den liberala demokratin har till och med utropats som svaret på historiens gång. Historien har kommit till vägs ände då den liberala demokratin uppnås. Det var en tankegång i följe av järnridåns fall.

II. Rättshistorikern Franz Wieacker ställde emellertid många år tidigare de välkända begreppsparen liberalism och demokrati emot varandra. Allt ställ-

¹ Verpaalen, A. P. *Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin*. Heidelberg 1954, s. 64. "Der Liberalismus erklärt dabei, dass das Gemeinwohl aus der Erfüllung aller individuell-persönlichen Strebungen von selbst, automatisch verwirklicht werde."

² Brunner, O. "Das Ganze Haus und die alteuropäische Ökonomik" i *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*. Dritte, unver. Auflage. Göttingen 1980, s. 121.

des på huvudet. Liberalism och demokrati är varandras motståndare, eller i vart fall; det syskonskap som vår tid ser i de två begreppen är ett historiskt tillfälligt sammanhang. Där liberalismen söker största möjliga frihet för den enskilde och hennes samfund från statens inflytande; där söker demokratin den största möjliga delaktighet i regeringsarbetet för den enskilde – i idealfallet en identitet mellan regerande och regerad. Där liberalismen söker största möjliga inskränkning av statens uppgifter, för att den enskilde inte skall hämmas i sin utveckling; där söker demokratin största möjliga utsträckning av statens uppgifter – allt från allmän värn- och skatteplikt till uppfostran, helt i statens famn.³

Med andra ord bör man här se den labilitet som finns i modern rätt och samhälle, menade Wiacker. De två politiska begreppen liberalism och demokrati står inte inkilade i varandra i ett stabilt, och när det en gång har uppnåtts i ett låst läge, utan de står i en känslig balans till varandra; lätt kan den balansen rubbas och samhället anta nya politiska förhållanden.

Franz Wieacker är nu inte den ende att ställa sådana påståenden. Sociologen Anthony Giddens är av samma mening. Välfärdsstaten i modern mening är förvisso skapad av den liberala ekonomin i nära anslutning till demokratin. Den är ett resultat av dessa två samhällsideologiers samverkan i vår tid. Men Giddens framhåller ändå det instabila i läget: ”välfärdsstaten är sålunda en relativt bräcklig skapelse”.⁴ Tankeväckande och provocativa kan dessa två ståndpunkter förvisso anses. Men än mer; mot den bakgrunden finns det också skäl att pröva de olika samhällsformationer som funnits och de samtida människornas förståelse av dem. Dit hör begrepp som demokrati givetvis, men även begrepp som allmänt väl och äganderätt. Det senare är ju ett av nyckelorden i den liberala ekonomin. Var och när sista ordet sägs vet vi nämligen inte.

Föreliggande uppsats vill bland annat något dryfta hur egendom har uppfattats och motiverats i tidig ny tid. ”Salus publica” användes i en tid då någon distinktion mellan stat och liberalt samhälle inte ansågs föreligga; med Wieackers ord, ”allmänt väl” anfördes i en tid då det fanns en materiell ansvarsetik och inte en formell etik.⁵ Hur har man i ett sådant tidevarv sett på

³ Wieacker, F. *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Frankfurt am Main 1974, s. 12 f. (Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft).

⁴ Giddens, A. *Sociologi. En kritisk introduktion*. Kristianstad 1990, s. 62.

⁵ Wieacker, a.a., s. 29 ff, 32 (en medeltida och kanonistisk tradition).

egendomen och ägandet. Att främja och skydda det allmännas bästa sågs då som en del i härskarens uppgift. Formeln allmänt väl var en del i härskarfördraget.⁶ Att äga är i det liberala samhällets lära den enskildes uppgift, nytta och verksamhet. Hur förena detta med ett begrepp som uttryckligen söker det ”allmänna”, det ”publica”? Att äga är i det liberala samhället förbundet med tanken på tillväxt, vars gränser bestäms fysiskt av den enskildes begränsningar; inte som i det för-liberala samhället, ett ägande förbundet med en normativitet, nämligen de etiska begränsningar som begreppet ”husbehov” satte.⁷ Något skissartat vill jag dryfta dessa frågor med ett material som sträcker sig från 1500-talets slut till 1700-talets mitt.⁸

Näringspolitik

Övergripande i tidig ny tid finns den politiska synen på näringarna. Denna är en stadspolitik, i tidig ny tid ärvd från medeltiden och på många sätt bestående ända in på 1800-talet, och inriktad på att gynna staden som ett medel för skapandet av den ideala samhällsformen.⁹ Det är med moderna termer alltså inte ett privatekonomiskt perspektiv från statens sida utan ett national-ekonomiskt. Från den blickvinkeln utformades samhällspolitiken. Rik tillförsel till staden föranledd av strävan att tillgodose dess konsumtionsbehov och en lika stark strävan att låta staden stå för all produktion som tillkom den; därav också försöken att hindra all annan produktion, vare sig den egna lantbefolkningens eller utländska producenters. Systemet med stapelstäder var en detalj i denna strävan; och försöken att hålla utländska näringsidkare borta eller åtminstone under kontroll med lagstiftning för gillen och skrän en

⁶ Link, Chr. ”Naturrechtliche Grundlagen des Grundrechtsdenkens in der deutschen Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts” i Birtsch, Günter (red.). *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*. Göttingen 1987, s. 231.

⁷ Blickle, R. ”Hausnotdurft. Ein Fundamentalrecht in der altständischen Ordnung Bayerns” i Birtsch, *Grund- und Freiheitsrechte*, s. 42 ff. ”Inhaltlich steht Hausnotdurft den ökonomischen oder den sozialen Grundrechten nahe, liberale Züge fehlen ihr selbstverständlich, allenfalls ist sie auf materielle Freiheit ausgerichtet” (s. 64).

⁸ Källorna är juristers, teologers och politologers skrifter; jämte äldre lag och riksdagshandlingar.

⁹ Heckscher, E. F. ”Det äldre Vasakonungadömet ekonomiska politik och idéer” i *Historiska studier tillägnade Ludvig Stavenow*. Stockholm 1924, s. 85 f.

följd av systemet. Antalet mästare skulle regleras och villkoren uppställas och överprövas. Korporationstanken som bärande idé – skråväsendet som en del i denna och näringsutövning förstådd som ett av det allmänna lämnat uppdrag, ett ”ämbete” – allt sådant ingick i tidens ekonomiska politik och därtill i intima föreningar med etiskt-religiösa känslor och gamla sociala traditioner.¹⁰

Försörjningspolitiken var emellertid ännu under 1500-talet inte merkantilistisk. Hindren gällde utförsel av varor, medan varuimporten på många sätt uppmuntrades. Termen ”varukärlek” har myntats i litteraturen.¹¹ All ekonomisk politik hade försörjningen av landets städer och andra landsdelar som främsta mål, därav lusten till varor. Den i senare tid framträdande merkantilismen och dess skyddspolitik på utrikeshandelns område stod här i fullständig kontrast.¹² I den äldre stadspolitikens uppfattning var exporttillstånd något som man förtjänade genom att först göra sig förtjänt om riket genom att importera varor.¹³ För den senare merkantilismen däremot blev exporten det väsentliga. Gemensamt för båda riktningarna var emellertid att den ekonomiska politiken skulle inriktas med landets allmänna välfärd som mål.¹⁴

Från försörjningspolitikens ståndpunkt kan man förstå tidens äganderättspolitik. Ägare till egendom – den fasta egendomen – hade inte rätt till all avkastning: staten förbehöll sig vissa objekt, liksom ägaren inte heller hade rätt att bruka jorden utan annans inblandning. Rätten att avhända sig egendomen var likaså begränsad.¹⁵ Förvärv, användning och avyttring; i alla led fanns den offentliga begränsningen för ägaren.¹⁶ Och ägaren var inte nödvändigtvis en enskild individ; såsom det primära och bestämmande

¹⁰ A.a., s. 88 f.

¹¹ A.a., s. 86–88, 105 f, 108.

¹² A.a., s. 109.

¹³ Heckscher, a.a., s. 111, 113.

¹⁴ Heckscher, a.a., s. 81, 116 f (protektionistisk handelspolitik först från 1600-talet).

¹⁵ Winberg, Chr. *Grenverket. Studier rörande jord, släktskapssystem och ståndsprivilegier*. Stockholm 1985, s. 2 f. För lös egendom har begränsningarna vanligen varit mindre inskränkande. Indirekt framstår dess mindre betydelse genom den negativa definitionen, förekommande både i svensk och engelsk nutida rätt; se Jordabalken 1:1 (é contrario) och Rittstieg, H. *Eigentum als Verfassungsproblem. Zu Geschichte und Gegenwart des bürgerlichen Verfassungsstaates*. Darmstadt 1975, s. 28 (engelsk rätt).

¹⁶ Schwab D. ”Eigentum” i *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 2. Stuttgart 1975, s. 68, 89.

i den ekonomiska liberalismens tankevärld.¹⁷ Vi känner igen detta också i det äganderättsbegrepp som rådde. Innebär det liberala äganderättsbegreppet vissa särdrag – att ägaren alltid är en enskild individ; att ägaren har rätt att fritt förfoga över sin egendom, utan inblandning från annan; att endast tredje mans skada utgör en begränsning för användningen – så var äganderättsbegreppet i medeltid och tidig ny tid avvikande från alla dessa särdrag.¹⁸

Husets politik

I. Huset som samlande begrepp har antika rötter lika väl som begreppet ”salus publica”. I svensk tidig ny tid kan vi se exempelvis huset som ledbegrepp i biskopen Laurentius Petri *Oeconomia christiana*.¹⁹ Denna gick tillbaka på en förebild av Thüringerreformatorn Justus Menius, vars arbete trycktes i flera omgångar allt ifrån år 1529.²⁰

Vad var då huset – *oeconomia* – från grekiskans *oikos*? Sökorden är här förvisso treståndsordningen, människans sociala plikter, ett skiktat samhälle. Socialt fanns skiktningen från den till jord och hantverk bundna befolkningen, det närande ståndet, över det politiska ståndet, det vill säga adeln, till läroståndet, kyrkan med sitt prästerskap. ”Huset” var då inte bara det konkreta huset, boningshuset med alla sina ekonomibyggnader, utan framför allt en metafor för den organiserade livsföring som kunde omfatta många människors verksamhet. Det kunde vara bondens, såväl som adelsmannens eller furstens hus. ”Huset” kunde finnas i vart och ett av de tre stånden. Världsligt samhällsliv är ”*oeconomia* och *politia*” sade Petri.²¹

¹⁷ Schwab, s. 74 ”Die erste, entscheidende Umgestaltung des Eigentumsbegriffe erfolgte unter dem Einfluss der Freiheitslehren des politischen und ökonomischen Liberalismus. Die dogmatische Triebkraft des Prozesses war die Verbindung der Idee von der individuellen Freiheit mit der des Eigentums. ... Der neue Eigentumsbegriff war vom Individuum und dessen Freiheit her gedacht.”

¹⁸ Schlatter, R. *Private Property. The History of an Idea*. London 1951, s. 72. Schwab, s. 74 ff.

¹⁹ Petri, Laurentius. *Oeconomia Christiana* för första gången utgiven med inledning af Herman Lundström. Upsala 1897 (Skrifter från reformationstiden).

²⁰ Förord av den moderne utgivaren Herman Lundström s. IV.

²¹ Petri s. 5 ”Så är thet utvärtes och lekamliga regementet tvegeghanda, nämligen *oeconomia*, thet är husregering eller bohold, och *politia*, thet är landsregering.”

Men huset var mer än en social skiktning. Det var en normativ ordning; en rätt livsordning: *"uti oeconomia är författat, huru vart och ett hus skall kristeliga och väl regeras, huru var och en som ther inne är och ther till hörer, husbonde, hustru, barn och tjänstefolk, skall efter sitt stånd tillbörlig sig hålla och skicka emot then andre, att ther i alla måtto efter Guds befallning och skickelse må uti huset rätt och väl tillgå"*.²²

Privilegier var uttrycket för varje stånds inre angelägenheter, något som bönder i det närande ståndet kunde ha såväl som högre stånd.²³ Hur given, självklar, synlig och medveten denna treståndsordning var framgår av rikskanslerns förmaning till prästerskapet år 1644. Alla ständer – det närande, politiska och andliga – måste var och en sköta sitt. Om ett stånds privilegier rubbades så skulle även övriga stånds villkor rubbas och ytterst skulle det sluta illa; med detta omdöme hade rikskanslern påvisat ordningen, proportionen, normativiteten.²⁴ Exakt samma tanke uttryckte borgarståndet följande sekel då en rubbning av privilegierna befarades: *"Ty en sådan rubbning uti ståndens av samtliga riksens ständer föravskedade och erkända privilegier, fri- och rättigheter, rörer ju själva grundvalarna, varuppå samdräkten, följaktligen riksens dyra välfärd hänger och verkligen är sammanknippad"*.²⁵

II. Huset kunde, förr som i vår tid, avse den snävare livs- och egendomsordningen med två makar och hemmavarande barn, men också syfta på den bredare släktkretsen och beroende personer. Ett hus, en borg, ett slott, ett furstehov med alla sina beroende människor – "huset Wasa" – kunde alla omfattas av husets begrepp. Det är först senare – under 1700-talets förlopp – som det latinskstammande "familj" blir brukligt som synonym. Att säga att huset var en social ordning är för snävt. Begreppet familj har den mer begränsade betydelsen av känslomässig tillhörighet. Organiserad näringsverksamhet är inte självklart förbunden med begreppet familj. I husets begrepp fanns emellertid både sentimentalitet, livs- och produktionsordning.

²² Petri, s. 5.

²³ Diestelkamp, B. "Zur Geschichte des Gesetzes in vorkonstitutioneller Zeit" i *Zeitschrift für Historische Forschung* 10 (1983), s. 396 ff (400).

²⁴ Ahnlund, N. *Ständsriksdagens utdaning 1592–1672*. Stockholm 1933, s. 248.

²⁵ Borgarståndets riksdagsprotokoll, del 3, 1726–1727, s. 790 (Borg:s protest och deduktion emot städernas utdömande samt deras fri- och rättigheters indragande. Stockholm 22 mars 1727).

Modern litteratur talar här om sentimentalitet och rationalitet i ett sammanhang. Bondens hus, som stormannens hus, var näringsverksamhet där hela ”familjen” med alla underordnade tjänare deltog.²⁶ Att skissera hur det riktiga livet borde vara, det var syftet med Petris översättning av Menius skrift; om än främst med syftning på bondens ”hus”. I husets idé hade ekonomin sitt ursprung. Medeltida och tidig ny tid dryftade i hushållslitteraturen som uråldrig ekonomisk litteratur – från grekiskans ord för hus, ”oikos” – allt det som tillkom en god näring och en god livsföring: hur lantbruk, framför allt godsdrift borde förlöpa; vad som tillkom husets herre gentemot hustru, barn, tjänstefolk inte minst vad gällde utbildning och hur arbetet under årets alla månader skulle organiseras på åker, äng och i trädgård; vad som anstod den goda husfrun i allt från barnuppfostran till kok, bakning, konservering, medicin och husapotek. Livets, det vill säga, husets alla frågor dryftades: ost-, öltillverkning, nötboskaps-, får-, svin-, och fjäderfås hållande, biodling, mjölkframställning, vattenförsörjning, fiskafänge, skogs-, och jaktvård.²⁷ Petris framställning innehåller allt detta tidstypiska. Så finns i hans bok skilda kapitel för alla de särskilda rättigheter och skyldigheter som tillkommer mannen, kvinnan, barnen och tjänstefolket.²⁸

I denna sociallära fanns också förbindelsen med handeln som verksamhet och därmed till näringspolitiken. Handeln var nödvändig och tillåten om den främjade husets självständighet och oberoende. Men den var förkastlig om strävan efter rikedom var det huvudsakliga målet. Hos Petri fanns det övliga; kritiken mot förkristen hushållslära, som alltför mycket betonade strävan efter ”att bli rik”. Rätt balans efterfrågades: *”En from och gudfruktig husbonde skall i sin hushållning icke ther efter se och sins husregemente icke ther på sätta, att han allenast må förvärva mycket gods och varda rik, såsom hedningarna och the otrogna plägar göra; utan hans hushållning skall alldeles ther uppå gå, att han må uppföda gudfruktig, lydig och dygdesam barn. Ther efter skall han dag och natt med all flit, möda och arbeta, se och traktera. Ty så lærer Gud själv hålla hus och bo uppe.”*²⁹

²⁶ Brunner, s. 109, 111.

²⁷ Brunner, s. 104 f, 108.

²⁸ Petri: Caput VII Vad mannenom synnerliga tillkommer uti hushåll; Caput VIII Vad hustrunne besynnerliga tillkommer i bohaget; Caput XI Huru man skall uppfostra barn; Caput X Vad barnen serdeles tillkommer; Caput XII Huru man sig hålla skall med sitt gårdsfolk; Caput XIII Huru tjänstefolk skall hålla sig.

²⁹ Petri, s. 19 (citat). Brunner, s. 105.

III. Huset var det egentliga rättssubjektet, vilket framgår bland annat av att huset var skatteobjekt – grundskatterna men också andra skyldigheter var ofta knutna till jordnaturen. Skatt var också något som utgick främst ståndsvi; med andra ord korporationen och inte individen beviljade staten en skatt.³⁰

Husets ställning som rättssubjekt återspeglas även av att husfrid, hemfrid, var erkänd alltsedan medeltiden. Birger Jarls fridslagstiftning är där ett exempel. Genom att erkänna huset som skyddsobjekt utgick man från att huset var författningsstrukturens minsta enhet. Därför kunde Petri omtala att allt politiskt liv börjar i huset, och omvänt att om man önskar rikets välgång ”*så måste man visserligen begynna i oeconomien med the unga*”.³¹ Treståndsordningen börjar med hushållet som juristen Rålamb uttryckte det.³² Alla människor antogs tillhöra ett hus på ett eller annat sätt – men huset företräd- des av husets herre. Det säger sig själv att endast denne besatt politiska rättigheter, ty endast denne förestod egendom, just som husets herre. Den sociala ståndindelningen och husens ordning ingick i en hierarkiserad värld. Samhällsstånd och hus stod mot varandra, som ömsesidigt beroende ordningsprinciper.³³ Övriga människor i huset, oberoende av kön, innehade inga politiska rättigheter, eller med Petris ord, de måste finnas sig i att ”*wara under ens annars lydno*”.³⁴

Tidens människor såg en näring i husets ordning som den helt självklara. Tidens ekonomiska tänkande var inte ”privatekonomiskt” utan nationalekonomiskt och i anslutning till korporationstanken.³⁵ Husets verksamhet omfattade både produktion och konsumtion och tidig merkantilism såg i handeln främst fördelning, som en form av konsumtion. Och var fördelas bäst om inte i husets ordning? Från huset som platsen för urproduktion sker handeln och i konsumtionen som fördelning knyts alla tre stånden samman. Tidig merkantilism anknöt ju också till huset då den utformade förlagssystemet. Handel och marknad utformades som teoretiska begrepp från treståndsordningens sociala och normativa värld. Och därför bör det här erinras om, att marknad

³⁰ Karlsson, Å. *Den jämlike undersåten. Karl XII:s förmögenhetsbeskattning 1713*. Uppsala 1994, s. 107 f, 243 f.

³¹ Petri, s. 20.

³² Rålamb, C. *Observationes Juris Practicae*. Stockholm 1679, s. 199 ”Och såsom äkten- skapet är thet förnämste aff oeconomien eller ett hushåll ... Så att världsligt regemente består av många familjer.”

³³ Van Dülmen, R. *Entstehung des frühneuzeitlichen Europa 1550–1648*. Frankfurt am Main 1982, s. 13 f; 194 (”politische Rechte”).

³⁴ Brunner, s. 105, 108. Petri, s. 69 (citat), 70.

inte bara är ett modernt kapitalistiskt begrepp. Den fanns också i antiken, medeltid och i tidig ny tid, utan att förändra socialstrukturen till den effekt av marknadens verkan som man annars alltför lätt kan föreställa sig.³⁶

IV. Vad var då det förenande normativa i treståndsordningens värld? Det var herraväldets princip. Eftersom huset var en värld av många ting, aktiviteter och människor så behövdes något som sammanhöll och förenade allt detta i ett meningsfyllt, målinriktat handlande. Så skrev den äldsta grekiska oikoslitteraturen, att förmågan att befalla så att de underordnade gärna och villigt lydde var den förnämsta egenskapen hos husets herre. Genom hans planerande och styrande verksamhet skapades den nödvändiga enheten i detta mikrokosmos som var huset. Såsom hufadern skapade ordning i sin värld med alla dess människor och föremål och sysslor så skapade härskaren ordning och enhet i den stora politiska världen.

Därför kunde Laurentius Petri självklart ta hufadern som förebild; kan man inte verka som god hufader duger man inte heller till andra högre befattningar.³⁷ Och ytterst finns i kosmos själv den främste kraften; Gud som gestaltar allt och ger materian dess form eller mål. Av kaos blir då kosmos, ty en enande gestaltande princip finns även i världsalltet.³⁸ Det var som organismus-begrepp som steget togs från den mänskliga världen till den kosmiska. Läran om organismus i äldre tid betonade det metaforiska och det proportionella. Som själen ger kroppen liv får världsalltet liv genom Guds rörelse, hans ledande verksamhet. Mikrokosmos, människans värld, förenas med makrokosmos genom herraväldets och enandets princip. I både den lilla och den stora världen finns en hand som ordnar allt som det borde vara, enligt en redan fastställd plan.³⁹ Samma grundläggande byggnadsprinciper finns i allt från huset till världsalltet.⁴⁰ Ingen tillfällighet är det, att Petri anförde stoikerna som

³⁵ Heckscher a.a., s. 85, 89, 97.

³⁶ Winberg, *Grenverket*, s. 156 ff (marknad), 202f (marknad). Brunner, s. 109, 120, 123 ff (die Marktwirtschaft) "...wenn man in den älteren Jahrhunderten vom Begriff des 'ganzen Hauses' und nicht nur vom modernen am Markt gebildeten Wirtschaftsbegriff ausgeht" (126).

³⁷ Petri, s. 5 "att then som icke haver stått sitt eget hus väl före, han varder och icke heller ...".

³⁸ Brunner, s. 111, 113, 114.

³⁹ A.a., s. 114, 115.

⁴⁰ A.a., s. 115. Grundläggande om platonismens betydelse i europeisk kultur och vetenskap: Lovejoy, A. O. *Die grosse Kette der Wesen. Geschichte eines Gedankens*. Frankfurt am Main 1993.

källa för det samband och den samhörighet som alltid åligger människan: ”att ingen är sig sig självan, utan vi alle ärom androm tillgodo skapte och födde”.⁴¹ Andra svenskar framhöll detsamma: lycklig kan människan inte vara utan andras hjälp.⁴²

Genom denna fysiko-etiska ändamålsprincip – människan är en bristvarelse som endast når fullkomlighet tillsammans med andra; vi är skapade för varandra – så drog Petri och andra slutsatser för det politiska styret. Allmän ordning och god rättspolitik bygger på denna existentiella förutsättning.⁴³ Därmed hade den tanke slagits an som var så allmän i det gamla Europa: om människan som en etisk bristvarelse. För eftervärlden både okända och kända personer tänkte som Petri. Människan hade existentiella skyldigheter men hennes fysiska, psykiska och etiska förmåga räckte inte till att fylla dessa skyldigheter; därav människan som en bristvarelse.⁴⁴ Bakgrunden var givetvis läran om den i paradiset fullkomliga människan, som sedan genom arvsynden förblir skadad även i eftervärlden.⁴⁵ Men så mycket viktigare var att det världsliga och andliga var förenat i politiken. Ty djuren som inte hade förlorat sin ursprunglighets godhet behövde inga politiska regler eller författningar, däremot människan som förlorat sin och fått in ondskan i sitt sociala liv. Därför behövs politisk makt som kan kontrollera ondskan med den fördelande rättvisan. Politiskt liv och författningssliv blir därmed ett och detsamma.⁴⁶ Så kunde Laurentius Petri säga att Gud hade förordnat tvenne riken, ett andligt och ett världsligt och de var båda inplanterade i skapelsen själv.⁴⁷ Och inte var juristerna av annan mening.⁴⁸

⁴¹ Petri, s. 19.

⁴² Obrecht, E. *Salus publica*. Upsalia 1694, s. 21.

⁴³ Petri s. 19 ”Att uti the allmanneliga regementen var skall vara them andra till hjälp till att försvara och vid makt hålla allmän landsfrid och allehanda goda ordningar.”

⁴⁴ Obrecht, a.a., s. 20

⁴⁵ Christopher Polhems efterlämnade skrifter II: Nationalekonomiska och Politiska skrifter, redigerade av Gösta Lindberg (*Lychnos*. Bibliotek 10:2). Uppsala 1951, s. 176 ”Vad regementsform Gud ärnad meniskorna för syndafallet om de förblivit I sin medskapta fullkomelighet (Sic!) har man ingen säker efterrättelse.”

⁴⁶ Polhem, a.a., s. 177 ”Ty när man betraktar en kungs rätta ämbete nämligen skilja de onda ifrån de goda och belöna var och en som han förtjänar, så synes ju klart att om inga onda vore, så vore och ingen skillies-mån nödig, och derföre icke kan sägas bijen hava någon kung nödig för deras goda och rättrådiga ordning skull, utan snarare om deras leverne vore i någon mätto strafelig, så vore den nödig.”

⁴⁷ Petri, s. 3, 5 f.

⁴⁸ Rålamb, C. *Observationes Juris Practica*, Företal till läsaren ”Utav detta ser man att iuris studium som begriper uti sig visdom både av andlige och världslige saker är konungslige personer nödvändigt.”

Salus publica som socialetiskt begrepp

I. Sett i efterhand var det givet att näringspolitik, ståndspolitik, äganderätt, skatterätt – eftersom skatterätten inte som i det liberala samhället utgick ur egendomsbegreppet utan ur det politiska, höghetsrätten – skulle vara nära förbundna och, enligt tidens ideal, ligga i furstens hand, allt under formeln ”allmän nytta”.⁴⁹ Allmänt väl ställdes i tidevarvet upp som det gemensamma målet; stundom i den aristoteliska filosofins system som en final orsak – ett ändamål – för allt politiskt liv. Detta politiska mål omskrevs ofta i etiska och religiösa termer, som ett lugnt, fromt, ärbart, gudfruktigt liv.⁵⁰ Att det var härskarens uppgift att driva politiken i denna riktning, var något som Petri såväl som andra underströk.⁵¹ Det var en gängse topos. Det religiöst och etiskt färgade språkbruket torde ha varit ett begripligt och även konkret innehåll i den tidens samhälle med starka normativa konventioner och seder.

Begreppet konsensus, eller deltagande i beslut, hade också kopplingar till begreppet allmänt väl; ett konsensusbegrepp som kunde sträcka sig från passivt deltagande över aktivt gillande till kontroll. Väl att märka var detta deltagande alltid skiktat kvalitativt. Deltagandet var inte företrätt av individer fritt framträdande ur folkmenigheten. Majoritetsprincipen som sådan var därför inte utan villkor och begränsningar erkänd förrän fram mot modern tid.⁵² Juridiskt utformade herrskapsgrupper utövade herraväldet, såsom kurfurstarna i Tyskland och Riksens råd – riket, ”regnum” till skillnad mot ”rex” – i Sverige.⁵³

⁴⁹ Heckscher s. 81. Schwennicke, A. *Ohne Steuer kein Staat: zur Entwicklung der politischen Funktion des Steuerrechts in den Territorien des Heiligen Römischen Reichs (1500–1600)*. Frankfurt am Main 1976, s. 61, 64 ff, 259 (om egendom och skattebeviljande), 265 ff (allmänt väl), passim.

⁵⁰ Istmenius, I. J. *De Statu republicae monarchico*. Upsaliae 1640. Thesis 18 ”IV. Finalis, quae est absoluta et relativa. Ille est fine qua monarchia esse et consistere nequit, hinc etiam absoluta dicitur, quod ad eam omnia unice dirigi debent, unde salute publica determinatur, cuius felicitas visque omnis in vita tranquilla, pia, honesta et Deo semper dicata consistit et ut monarchia ubique imaginem et locum Dei cunctis repraesentat 1. Tim. 2”.

⁵¹ Petri s. VI ”Kraftigt inskärpes slutligen vikten för regenter att föra regementet efter Guds sinne, rättvisan och thet meniga bästa och icke efter sitt eget sinne och sig självom till måtto” (Kommentar till texten av Herman Lundström). Thanner, L. *Revolutionen i Sverige efter Karl XII:s död: den inre-politiska maktkampen under tidigare delen av Ulrika Eleonora d.y:s regering*. Uppsala 1953, s. 108.

⁵² Schlaich, K. ”Maioritas-protestatio-utio in partes-corpus Evangelicorum” i *Zeitschrift der Rechtsgeschichte* (Germ.Abt) 94 1977 s. 264 ff (279).

⁵³ Unverhau, Th. *Lex Heidelberg* 1971 (Diss.), s. 55. Mechelin, L. *Öfversigt af Svenska riksrådets statsrättsliga ställning från Gustaf I till 1634*. Helsingfors 1873, s. 6 f.

Magnus Ladulås krävde år 1285 i sin Skänningestadga lydnad ”*hvad han med sina goda mäns råd i allmänna eller enskilda ärenden stadgade och kungjorde, ändock det icke förut vore i lag satt*”.⁵⁴ Så hade ju också adeln ett företrädare i beslutsprocessen i många länder, ehuru omtvistat i dåtiden om det också gällde Sverige. Och sådant företrädare förstods inte i sociala termer utan principiellt, normativt: ”*der det likväl är ostridigt att om de fyra stånden i riket kunna sägas vara pares i potestate, äro de dock icke pares dignitate*”.⁵⁵

Kunde dessa herrskapsgrupper motivera sitt politiska handlande utifrån vad som uppfattades som allmänt väl, ”*bonum commune*”, så ifrågasattes deras herravälde inte heller.⁵⁶ Men samtidigt var tiden väl medveten om att ”*bonum commune*” kunde missbrukas av härskaren. Härskaren kunde ta sig friheten att definiera vad som var allmänt väl, såsom Karl XII gärna gjorde. För honom måste lagar och enskildas väl vika.⁵⁷ I vart fall på det principiella planet mötte sådant beteende emellertid motstånd; varning alltså för härskare som satte eget tyckande före det ”*gemena bästa*”. Rättsordningens företrädare skulle gälla och där var givetvis någon form av deltagande viktigt.⁵⁸

Ställt i motsats till egennytta blev det allmänna bästa något som tillkom fursten och ständerna, inte den enskilde.⁵⁹ Egennytta och det privata kom att

⁵⁴ Wingqvist, O. *Om svenska representationen i äldre tider, till och med riksdagen år 1617*. Stockholm 1863, s. 5 (citat därstädes).

⁵⁵ Odhner, C. T. *Sveriges inre historia under drottning Christinas förmyndare*. Stockholm 1865, s. 31, fotnot 1 (”statum manere monarchicum, sed aristocratice administrari”), 63 f, 70, passim. Ridderskapets protokoll, band 15, 1746–1747, s. 117 ”...det anseende som fordom vårt stånd här i riket hade och vilket vi som första och förnämsta ståndet med äga borde, nämligen votum decisivum, när två stånd å vardera sidan äro av olika mening” (Greve Gyllenborg den 18 okt. 1747). Polhem, Chr., s. 245 ”Thet är ju bekant, att riksens styrka består hos allmogen i Sverige, i stället hos adeln i andra länder”; ”Skulle en aristokratisk regering intet vara så god som en demokratisk” (*Christopher Polhems efterlämnade skrifter, II Nationalekonomiska och Politiska skrifter*. Uppsala 1951). Ridderskapets protokoll 19 nov. 1751, s. 194 (Citat från Ruthenschiöld).

⁵⁶ Schreiner, K. ”Teilhabe, Konsens und Autonomie. Leitbegriffe kommunaler Ordnung in der politischen Theorie des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit” i Blicke, P. (red.) *Theorien kommunaler Ordnung in Europa*. München 1996, s. 40, 42 f, 51.

⁵⁷ Thanner, a.a., s. 108.

⁵⁸ Thanner, a.a., s. 108 f (Clas Rålamb, m.fl.).

⁵⁹ Denzer, H. *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine Geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der praktischen Philosophie*. München 1972, s. 176, passim. Schulze, W. ”Ständische Gesellschaft und Individualrechte” i Birtsch, G. (red.) *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*. Göttingen 1987, s. 171 (fotnot 32), 173 f.

stå som samlande uttryck för det felaktiga i en förd politik.⁶⁰ Omvänt: i svensk allmän riksdagsdebatt från för-liberal tid stod ”allmänt väl” ofta just i motsats till det enskilda goda. ”*Nit och zele för det allmänna är vars och ens medborgares och undersåtares yttersta skyldighet*”.⁶¹ Uttalandet gällde en författningspolitisk fråga, men visar hur det allmänna bästa var normativ riktpunkt för den enskilde. Den moderna liberalismen och dess tro att den enskildes väl och beslut ytterst, som följd, medför ett allmänt väl, skulle vara en omöjlig föreställning i det gamla Europa. Även ett annat liberalt moment – fritt ovillkorligt förfogande – stod i omedelbar motsättning till begreppet ”allmänt väl”.⁶² Det senare begreppet vore ju i så fall inte längre det ledande. Lika omöjlig är den liberala tesen om boskillnad mellan stat och samhälle. En politisk skribent som Kristoffer Polhem – med ett författarskap långt utom teknikens område – var en av dem som underströk hur snett det kan gå om egennytan får företräde framför det allmänna bästa.⁶³ I en av sina skrifter om värdet av olika statsformer anmärkte han också med hänvisning till en känd metafor, att bina, som ju var ett mönster av organiserat socialt liv, aldrig var ”egennyttiga”.⁶⁴

II. Då ”bonum commune” från dessa utgångspunkter heller aldrig, varken kunde restlöst förknippas med ett offentligt socialt mål, eller lös göras från sina individualetiska drag, eftersom individen fanns med ända nere i hushållets liv, så finner man också helt skilda särdrag förknippade med begreppet. I en politologisk dissertation om begreppet ”salus publica” är hela uppläggningsen av framställningen representativ för sådana tankar. Först börjas med att dryfta mål och medel och påpekandet ges att mål måste finnas för

⁶⁰ Höjer, T. ”Christopher Springer och principalatsfrågan vid 1742–43 års riksdag” i Ahnlund, N. (Utg.) *Studier och Handlingar rörande Stockholms historia*, I. Uppsala 1938, s. 67. ”I tolv månaders tid har jag varit här och ej sett mig kunna göra Karlskrona stad den ringaste nytta, emedan det privata hindrar det allmänna, så att jag ej finner mig kunna stå mina kommittenter till svars, att jag skulle vidare vara dem på det sättet till besvär och kostnad.”

⁶¹ Ridderskapets och Adels riksdagsprotokoll (RAP) den 16, 18, 19 mars 1761 ang. licentiering av rådsherrar s. 517 (citat).

⁶² Rittstieg, a.a., s. 25f. Schwab s. 75 ”dem Inhaber die Fähigkeit ... oder die Befugnis über die Sache pro arbitrio disponere zukomme”, 89.

⁶³ Polhem, a.a., s. 169 ”Att den allmänna hopens lofliga neringsmedel intet skränktes och hindras för några vissa privat fördelar skull”; 437 ”Mångens mening är i synnerhet denna, att Rikens allgemna nytta bör gå för all enskilt nytta.”

⁶⁴ Polhem, a.a., s. 176 ”3. Äro de icke egennyttiga emedan de alla arbeta på en comun magazin.”

handlandet. Följaktligen måste människan använda sina intellektuella spekulativa förmågor för att kunna utforma detta mål.⁶⁵ Lagarna är därvid inte i sig målen, utan medel för dem. Genom hänvisning till Platon visas att det är ett teleologiskt tänkande; etiska ändamål och ordning gäller – eftersom ändamål ju förutsätter en viss förutbestämd etisk ordning.⁶⁶ Det yttersta målet måste vara det högsta goda, ett ”summum bonum” – angivet som ärlighet (honestas) – vilket sätts in i läran om dygden.⁶⁷ Från en bedömning av individens välförhållande kunde man sedan utan principiella invändningar se till samhällets välförhållande: finns även där det högsta goda? Med andra ord, ett samhällsgott ansågs också vara förknippat med den enskildes välförhållande. Det var den fråga som Aristoteles troligen har varit den förste att ställa: måste inte en samhällsmedborgare också vara en god medborgare?⁶⁸ Och den gode medborgaren – svaret på frågan – både i antiken och senare – var att vänskapen och kärleken skulle hålla samman individerna, samhällsständerna och samhället i stort.⁶⁹ Och liksom den antika världen först utformade läran om vänskapen och kärleken som fundament för samhället så fortsattes detta tänkande långt senare, av jurister, teologer och andra. Förvisso var man medveten om Aristoteles analys av vänskapens och kärlekens olika arter; 1. den nyttiga vänskapsrelationen, 2. den ljuva och hedonistiska, 3. den fulländade ärbare vänskapen – ”vänskapskärleken” – med värden och principer i parternas ömsesidig uppbyggnad. Med tidens ord var den fulländade vänskapen en dygd.⁷⁰ Petri androg ett helt kapitel som talar om vänskapskärleken; ömsesidigheten i den; troheten hos den och även att den måste vara graderad, nämligen användas med förnuft och inte vara hedonistiskt färgad.⁷¹

⁶⁵ Obrecht, E. *Salus publica* s. 12 f.

⁶⁶ A.a. s. 33 ”Leges tamen non constituunt essentiam salutis publicae, sed quoddammodo faciunt ad eius consequentem. Ergo inter media referendae ... Platonis de Leg. ... Lex nihil aliud est, quam rationalis quaedam regula, cert quodam ordine ad bonum producens.”

⁶⁷ A.a., s. 15 (virtus och actio), 25 ff.

⁶⁸ A.a., s. 34 ”Si autem eadem civium et civitatis virtus, eadem quoque erit beatitudo.”

⁶⁹ Schreiner, a.a., s. 44 ”Die auf Aristoteles zurückgehende Lehre von bürgerlicher Konsensbildung durch Freundschaft (philia, amicitia) schimmert durch.”

⁷⁰ Laurbergius, J. *De Amicitia. Upsaliae* 1649. Proloquium: ”Amicitia enim nihil est aliud nisi divinarum humanarumque rerum omnium cum benevolentia et charitate summa consensio”, Thesis XI (nyttig, ljuv, ärlig vänskap), Thesis XIV: ”Perfecta seu honesta, quae propter solam honestatem et virtutis amorem inquitur. Estque amicitia per se perfecta firma, stabilis et rara.”

⁷¹ Petri (Caput XIV Om vänskap och grannsamjo), s. 71 ”Ther aff kan man väl tänka, att lika som allmänne regemente icke utan många mans råd och tillhjälp kan bliva vid makt,

I helt skilda juridiska sammanhang kunde vänskapskärleken anföras, som till exempel grund för vittnesplikt: *"bevisa sin nästa ett christeligt bistånd med sanningens upptäckande och bekräftande"*, eller avvisande av räntetagande: *"Synes och vara Guds uttryckliga förbud uti gamla testamentet. Och vad som judafolket i thenna måtto var befallat att bevisa theas medbröder the hebreer binder oss icke mindre uti nya testamentet, utav vilke såsom christne fast större verkan av dygd och christlig kärlek fordras, synnerligen såvida nu all åtskillnad emellan jude och grek är upphäven, förmedelst evangelii ljus och lära"* eller som skäl för legalt bröstarv: *"amor descendit non ascendit"* eller som frivilligt skattebeviljande: *"voluntaria charitatis subsidia"*.⁷² I den läran fanns bland annat husbondens plikt mot sitt tjänstefolk i deras möjliga trångmål, som sjukdom och olycka: *"Vetandes att thet är hans jämnkristen och nästa och fördenskull gör ett barmhärtighetsverk efter hövitsmannens exempel (Matteus 8 v. 5,6) vilket drager lön med sig av Gud."*⁷³

Uppgiften för den politiske härskaren får även med vänskapskärleken sin djupare mening. Det framgår i viss mån av två uttalanden i riksrådet år 1719 då man förknippar det politiska valet av härskaren med kärleken: *"Herr Gref Tessin och Herr Sparre: Det är mera än arf, att igenom valet komma till chronan, ty det är verkan af undersåtarnas kärlek. Herr Gustaf Cronhielm: Det är det kärleksbandet, som förbinder öfverheten med undersåtarna."*⁷⁴

Men ännu tydligare är det i två äldre källor, varav den ena är den juridiska doktrinen. Härskaren är inte bara den som bekämpar det onda, utan den som ersätter bristen på kärlek bland människor: *"Så omöjligt som thet är att människorna för theas onda och fördärvade natur skull kunna leva tillhoppa uti stadig kärlek, sämja och enighet, så nödvändige äro lag och stad-*

så är thet icke heller möjligt, att en husbonde skall uti sitt regemente kunna vara annan mans hjälp och råd förutan. Therföre hava the gamla visa så sagt: Goda venner kan man ju så illa umbära, som vatten och eld", 74 "Therföre skall kärleken hava sitt mått och en god och rättsinnig trogen vän skall mera akta på thens andras heder och gagn, än på vad honom ljuvt är", passim.

⁷² Rålamb, C. *Observationes Juris Practicae*. Stockholm 1679, s. 86, 190, 274 (citat). Schwennicke, a.a., s. 177 (citat), 250 (ömsesidighet, harmoni och kärlek mellan furste och ständer i Kur-Sachsen, enligt juristen Caspar Ziegler).

⁷³ Rålamb, a.a., s. 42.

⁷⁴ Rådsprotokoll den 21 januari 1719, s. 34 (Handlingar ang. revolutionen i Sverige 1718–1719 i *Historiska handlingar*, del 36:1).

gar, samt domare och överhetspersoner som de girige och orolige styra och the fridsamma försvara och handhålla skola.”⁷⁵ Eftersom människan av egen kraft inte förmår leva kärleksfullt inträder rättsordningen och dess institutioner. Och samma tanke, om än ännu tydligare, uttryckte en kunglig proposition till riksdagen: ”*vår skyldiga omvårdnad och plikt, att i tid och medan allt boteligt är beskoda noga riksens tillstånd och vara betänkt, huru allt tidigt och rådigt botas kan, så att kärlek och respekt, bud och lydnad måge svara var andra, och var och en veta, var efter han sig rätta skall*”.⁷⁶

I dessa ord finns det normativa angivet för den gode fursten; målet för verksamheten. Brister i samhället skall ”botas” för att värden som kärlek och ömsesidiga rättigheters bibehållande – ”bud och lydnad” – uppnås. Vad som återfinns i dessa svenska källor kan återfinnas också i ett av tidens allra mest kända statsrättsliga arbeten, den franske biskopen Fénelons *Aventures de Télémaque*; ett arbete läst och uppskattat av bland annat Ulrika Eleonora.⁷⁷ Härskaren bör lära att älskas av sina undersåtar. Gång på gång understryker Fénelon detta i sin sedelärande äventyrsroman; fursten bör knyta sina undersåtar till sig ”*med ett band som är hundrafalt starkare än räddhåga, nämligen kärleken*”.⁷⁸

Har socialteorin emellertid uppfattningen att den väsentliga, eller enda, förbindelsen mellan individ och allmänt väl är kausalitet – såsom den moderna ekonomin – förlorar emellertid frågan om den gode fursten och medborgaren givetvis sin betydelse, i vart fall som vetenskaplig fråga. Men de etiska och rättsliga förbindelserna mellan människor kan förstås kausalt, deskriptivt, eller finalt.⁷⁹ Som bekant är dock den finala orsaken i modern samhällsteori omdiskuterad, ehuru den var helt självklar i äldre vetenskaps-teori. I all sin tillspetsning illustreras detta väldiga historiska skifte under

⁷⁵ Rålamb, a.a., s. 134.

⁷⁶ Ridderskapets protokoll 1633–1638. Band 2. Stockholm 1905. Riksdagen i Nyköping juni–juli 1634. Bilaga B, Kungl Majt:s. proposition den 1 juli 1634, punkt 1, s. 129 (citat).

⁷⁷ Thanner, s. 109 (om Fénelon).

⁷⁸ Fénelon, F. *Telemachs Ulyssis sons äfventyr*. Första delen. Stockholm 1723, s. 42, 45 (citat), 65, 169 ff, passim.

⁷⁹ Brunner, s. 117 ff. ”Dabei sind aber bereits die zwischenmenschlichen Beziehungen im Hause weggefallen” (118). Teorin om det ekonomiska kretsloppet har givetvis underlättat detta nya tänkande (120). Nyström, P. ”Thomas Thorilds lära om harmonien och dess idé-historiska bakgrund” i *Scandia* 1939, band XII, s. 24. ”Dygderna och reglerna för samverkan mellan människorna, samhällets lagar framkom med naturens kausala necessitas, med nödvändighet på grund av den strävan efter harmoni, som låg i naturkrafternas väsen. Så blev ”normen” också en naturlag” (om fysiokratismens inträde i svensk idévärld).

1700-talets sista hälft, från en antikt präglad europeisk värld till en modern världsbild – ”kosmostankens förfall” – med utvecklingsgången från begreppet ”oeconomia”; som ju var term både för människans ordnade och minsta sociala enhet, nämligen huset, och för Guds ordning för världen – ”frälsningsplanen” – över till det moderna nationalekonomiska begreppet ”ekonomi” med sina kausala förklaringar kopplade till marknaden, men också med ett subteologiskt tänkande runt ”intressenas harmoni”.⁸⁰ Ekonomi går därvid från etikens, rättens och teologins systematik över till ett modernt samhällsvetenskapligt system.⁸¹ I denna gång blir privatliv förvisso också ett helt avskilt privatliv.⁸²

III. Organism-tanken förekom ofta i tidens litteratur och politiska diskurs. Samhälle och stat jämfördes med en mänsklig kropp. Och såsom den mänskliga kroppen måste vara sund så måste den politiska kroppen vara det.⁸³ Med detta språkbruk uttrycktes bildligt, såsom kroppens huvud, hals, armar, händer, ben, fötter, hjärta, mage, det politiska samhällets inbördes förening och därtill med kvalitativt företräde för vissa ”kroppsdelar” – härskaren, vissa stånd eller statliga institutioner. Användningen av metaforen bör emellertid förstås som mer än ett pedagogiskt medel. Med kroppsliknelsen kunde matematikens proportionslära överföras och uttryckas åskådligt för den sociala samvaron, inte minst egendomsordningens sociala nätverk kunde åskådliggöras; såsom ständerna gjorde år 1710: *”som alle ständerne äro så med varandra ihopknippade, att den enas välgång följer den andras åt”*. Varje stånd måste sättas i rikedom innan nya medel kunde utgå till gemensamma behov, i detta fall för krigföringen. Gemensamhet var sökord på den sociala gruppnivån i sökandet efter *”välstånd”*.⁸⁴ Varje stånd och varje individ kunde se sin plats; *”suum cuique”*. När individerna var och en i sin sociala position – samhällsståndet eller ämbetet – utförde sin syssla, som lemmar i en kropp – ja, då bildas allmänt väl: *”att var och en under överhetens försorg och*

⁸⁰ Brunner, s. 126 (kristen dogmatik sedan Tertullianus och dess ”oeconomia”), 127 ”Seine Lehre (d.h. der wirtschaftliche Liberalismus) von der Harmonie der Interessen enthüllt sich als ein subtheologisches Denken, als säkularisierter Heilsplan”.

⁸¹ Brunner, s. 117 ”In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts kommt ein Prozess zum Abschluss ... um den Zerfall des von den Griechen geschaffenen Welt- und Menschenbildes, das bis in diese Zeit geherrscht hatte, um den Zerfall des Kosmosgedankens”, ”In dem tiefgreifenden Strukturwandel seit der Mitte des 18. Jahrhunderts liegt die erste geschichtliche Voraussetzung für die Entstehung der modernen Wirtschaftswissenschaften.”

⁸² Baruzzi, A. *Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie*. Darmstadt 1990, s. 66 ff.

beskydd måtte njuta säkerhet till sin person och egendom, så emot ut- som inländske illvilljande, och både huvud och lemmar av regementskroppen uti en ordentlig sammanlevnad obehindrade kunna meddela den ene den andre inbördes hjälp och tjänst till hela societetens andlige och världslige sällhet och vältrevnad”.⁸⁵ Här blev ömsesidighet, beroende, hierarki, proportion och konsens intimt förenade. Helheten och dess delar är synliga och allas beroende blir otvetydigt. Juristen Loccenius sammanfattade organismtanken och konsens – som beslutsform – under läran om den gode härskaren: ”Och den gode härskaren vill hellre styra villiga undersåtar än tvungna; såsom mellan huvud och kroppsdelar det finns en viss ömsesidig och naturlig konsens och harmoni.”⁸⁶ Det var säkerligen ett viktigt skäl för metaforens vitt spridda användning, att den så väl kunde åskådliggöra betydelsen av det politiska avtalet, fördraget, mellan huvud och armar och ben; det vill säga mellan konung och ständer.⁸⁷

IV. Ämbetstanken, tjänsten, skyldigheten, ”ståndet” var grundläggande begrepp, nämligen med innebörd att individen har en bestämd näring.⁸⁸ Här bör det förstås som något mycket mer än ett modernt yrke. Med ämbetet inordnades individerna i den sociala helhet som var den eftersträfvansvärda.⁸⁹ Man anknöt till organismtanken, talade om ”grader” av skyldigheter och följaktligen återopades den fördelande rättvisan, emedan den ser till personernas värdighet – ”*dignitas personarum*” – som en lärobok uttryckte saken. Ståndens skillnader återkom alltså i individernas skillnader – olikhet

⁸³ Obrecht, E. *Salus publica*, s. 29 ”Similem in modum de republica, vel corpore politico, hoc vocabulum usurpari potest”, 30 ”Nam quod salubritas est in corpore hominis id felicissimus status in corpore reipublicae”.

⁸⁴ Ridderskapets protokoll år 1710. Band 17. Bilaga 8, s. 138 p 3.

⁸⁵ Silvius, D. *Påminnelser om Successionsrättigheten i Sweriges rike samt det så kallade souveraine wäldet uppsatte i januarii månad 1719*. Stockholm 1720. § 21 (David Silvius var en av de ledande tidiga frihetstida författningsteoretikerna; jmf Thanner, a.a., s. 108).

⁸⁶ Loccenius, J. *Synopsis Juris Publici Svecani*. Gothoburgi 1673, s. 29 (översatt av förf.).

⁸⁷ Stolleis, M. *Pecunia nervus rerum: zur Staatsfinanzierung in der frühen Neuzeit*. Frankfurt am Main 1983, s. 115 f, 127f.

⁸⁸ Nehrman, D. *Inledning til then Swenska Iurisprudentiam Civilem*. Lund 1729, s. 151 ”At the härröra antingen af något visst stånd, såsom äkta folks, föräldrars och barns skyldighet emot varandra...” (d.v.s. förpliktelser).

⁸⁹ Nehrman, D. *Föreläsningar över Giftermålsbalken*. Lund 1747, s. 80 ”Thet ordet stånd betecknar här ... undersåtarnas olika villkor i anseende till heder och andra förmåner, efter lag och sedvana. Således är thet ej allt thet samma som uti Jure Publico.”

som proportion, ”ratio” – och att jämföra och samordna alla dessa olikheter – olika personer jämföras med varandra och olika saker jämföras dels mot varandra och dels mot personerna – och allt sammanföra i en harmonisk helhet – det var den fördelande rättvisans uppgift.⁹⁰ Organismmetaforen stod alltså med andra ord för ett kommunikativt flödesschema uppställt efter sociala normer.

Så argumenterade adeln 1723 att egendom var något som bestämdes av ståndstillhörighet. Och upprätthölls inte den fördelande rättvisan kunde ”disproportionerad olikhet” uppstå.⁹¹ Metaforiskt talat skulle alltså samhällskroppen förvridas från sin harmoniska sammansättning.

Ett ämbete var sålunda både en yrkes- eller näringsutövning, men också en klar social position med sina särskilda juridiska rättigheter olika andra ämbetens. Petri, men även andra givetvis, hävdade med kraft ämbetstanken – främst med tanke på ”huset, men begreppet var allmängiltigt – att man bör vårda sitt ämbete, att man bör stanna där, att man inte skall ha flera ämbeten, att man skall vara nöjd med sitt.⁹² På ett klart och tydligt sätt sammanbindes sedan helhetens väl med delens, den enskildes. ”Salus publica” införs för helheten – ”salus populi” – och förstås från denna. Visserligen finns de enskildas väl; men delarnas väl är ”konsekvenser” av helhetens väl. Till indivi-

⁹⁰ Wesenbecius, M. *Commentarii in Pandectas*. Francofurti 1629, s. 17 ”ita velit (Deus; förf:s. anm.) ex varietate simili compositum esse totum reipublicae corpus, servarique diversos gradus officiorum (Sic!) et functiones, pro disparitate donorum cuique congruentium dispartiri: praemiorum quoque ac poenarum distributione, commonefieri genus humanum de essentia et voluntate, et de lege sua deque futuro iudicio”. Martinus, J. *Synopsis Ethicae*, libri duo. Lincopiae 1646. Liber secundus. Caput XV De Iustitia ”Geometrica. Haec est qualitatis rationum, quando nempe plurium terminorum inte se comparatorum eadem est ratio”; ”... ita etiam in distributionibus ratio habenda est dignitatis personarum (Sic!), quibus aliquid est distribuendum; et pretii rerum, que distribuendae; ita ut dignitas rerum, conferatur cum dignitate personarum; ut una alteri congruat et aequalibus aequalia, et contra contingant neq. res indifferenter distribuantur”.

⁹¹ RAP 1723, bilaga 37, s. 471 ”Ståndets endaste stöd och styrka, som är frälseegendom, av andra inkräktas ... uti sämre och disproportionerat olikhet sättes.”

⁹² Petri (Caput XI Om vars och ens inkräkt, ämbete och näring, huru man ther på akta skall), s. 63 ”Therföre haver också then wise hedniske mästaren Plato, ther han lærer, huru med ett gott regemente alldeles väl skall tillgå, serdeles thet förbjudit att ingom skall warda tillstatt bruka tu ämbete tillika, såsom thet en nu idag uti all godh regementh warder hållit med all ämbetes lag, ther var och en måste bliffa wid sitt, och ingen må falla then andra in i hans näring och inkräkt”, 64 ”Men att thet är sant, att var och en haver sina synnerliga befallning aff Gudhi”, 65 f ”hans rätta handnärning och syssla”, 69 ”uti så ringa stånd” (ang. tjänstefolket). Obrecht, E. *Salus publica*, s. 21, 48 ”ita in civitatibus, ex omnium ordinum (qui hic tanquam distincti soni considerantur) concordia, emergit status exoptatissimus”.

dens intresse måste man också se eftersom annars intressekonflikter kan uppstå.⁹³ Med hänvisning till engelsmannen och juristen Cumberland – en av tidens kända platoniker – erinras om att en analogi råder mellan den enskildes och det allmännas väl.⁹⁴ Samtidigt har det politiska och det offentliga företräde framför det privata; en tydlig erinran om hur det antika tänkandet gäller även i det gamla Europa före det modernas inträde. Så ansågs ju livet i ”polis” för den antika världen vara den fullkomligaste levnadsformen och ett liv ägnat åt det offentliga som det förnämsta.⁹⁵ Och ett väl skött allmänt väl medförde som belöning för härskaren att undersåtarna blir trogna, eftersom de har fått del av det allmänna goda.⁹⁶

Finans- och skattepolitiskt fanns förvisso avvikelser från den förhärskande korporativt och socialetiskt orienterade rättsteorin. Med en förordning av år 1712 knöts skatteförmågan till varje persons egendomsinnehav; ståndstillhörighet eller privilegier skulle inte längre beaktas. Skattebasen skulle vara individens skattekapacitet och inte korporationens. Politikens syfte, att riktigt uppskatta skatteförmågan, blev där fast förknippad med likhetsgrundsatsen. Varje undersåte, utan åtskillnad, skulle beskattas enligt sin förmögenhet.⁹⁷ I äldre skatteuppbörder hade den enskildes skatteförmåga varit obekant, eftersom förhandlingarna hade skett med ständerna i riksdagen där ett fast bidrag fastställdes för varje stånd. Med den nya regleringen sammanmälte ekonomisk förmåga, äganderätt, individualism och likhet. I den konkreta skattetaxeringen kunde denna individualism iakttagas, emedan varje vuxen undersåte måste offentligt ange sitt fullständiga egendomsinnehav, ehuru det måste bekräftas av närmaste grannar. Endast undantagsvis fick taxeringen göras i hemlighet med hänsyn till affärskrediter och liknande skäl.⁹⁸ Visst motstånd fanns där ståndsskillnader skulle beaktas; som då

⁹³ Obrecht, a.a., s. 31.

⁹⁴ A.a., s. 35 ”Hinc etiam Cumberland, ex vera idea felicitatis cuiusvis hominis, facili analogia deduci posse felicitatem felicitatem civitatis iudicat ... Apud quos ergo virtus est in pretio, apud illos beatitudo civitatis ex virtute aestimatur.”

⁹⁵ A.a., s. 37 ”et tanquam genus humanum, quod corpus quasi politicum componit ... posteriore modo consideratus homo, velut perfectissimus (Sic!) censetur: idque summum eius bonum”.

⁹⁶ A.a., s. 33 ”sic loquitur Cumberland ... Bonum civitatis publicum, felicitatem quandam innuit, cuius pars aliqua singulis bonis civibus communicatur, adeoque obsequii praemium naturaliter secum adfert”, 48 ”quae harmonia in musica perquam videtur simillima” (Om concordia jämfört med consensus).

⁹⁷ Karlsson, s. 101ff.

⁹⁸ A.a., s. 167f.

motkrav ställdes att skatter borde uttagas enligt inkomsterna, men inte enligt samlad förmögenhet, ty en adelsperson eller präst måste upprätthålla en ståndsmässig livsföring som var kostsammare för denne än för bonden.⁹⁹ Skattesystemet var således i direkt motsats till stånds- och ämbetstanken och kom också att avskaffas med enväldets fall.¹⁰⁰

V. Begreppet allmänt väl fanns givetvis också i den lagstiftande och ordningskapande verksamheten. Lagars politiska syfte skall främja det ”*gemena bästa*” skrev svensk doktrin. Just det var skälet varför man också kan kräva att undersåtarna lyder lagen. Eftersom lagen skall beställa med det som är skadligt eller nyttigt, och utelämnar det som ”*inte har någon gemenskap med den allmänna vältrevnaden*”, så har varje enskild undersåte allt skäl att bry sig om lagarna: lagen gäller ju hans eget såväl som andras bästa.¹⁰¹ Med denna sats ville och förstod man i tidens politiska liv att anknyta delen till helheten. Individen var aldrig isolerad eller i vart fall borde inte vara det. ”*Ty rikets allmänna välfärd eller salus publica, som bör vara suprema lex, hänger och beror av conservatione singularum partium conjunctim.*”¹⁰² Vad menade då prästerskapet med ordet ”pars” i detta uttalande; delar som skall hållas samman? Sannolikt inte främst individerna eftersom man talade om ett bidrag till statskassan: utan ”hus” och ständer, ty sådana står för de offentliga bidragen. Man kan jämföra med ett uttalande av Vincentius Placcius – en av tidens stora jurister – då han säger att en lag styr och stundom tvingar ”delar” mot ett gemensamt mål.¹⁰³ Och vad annat än om proportion talar man, då man talar om del och helhet?¹⁰⁴

Den positiva rätten hade, som enskild lag, enligt Placcius, det allmänna bästa som mål: ”*Den positiva rätten bestämmer vi alltså nu som en sammanfattning av de positiva lagarna, för bevarande av ett civilt samhälle,*

⁹⁹ A.a., s. 229 ff.

¹⁰⁰ A.a., s. 241 f (invändningar).

¹⁰¹ Sicrenius, *De Legibus*. Upsaliae 1641. Thesis 19. Nehrman, D. *Inledning til then Swenska Iurisprudentiam Civilem*. Lund 1729, s. 35 § 30.

¹⁰² Prästeståndets betänkande vid riksdagen 1719 ang. kontributionen för frälse och ofrälse män, s. 129 (cit.).

¹⁰³ Placcius, V. *De Iurisconsulto perfecto sive Interpretatione Legum in genere*. Liber singularis. Holmiae et Hamburgi 1693, s. 68 ”Lex itaque positiva ... est propositio, ex praecedente societatis consensus facta, ut dirigat partes ad finem aliquam communem, etiam postea invitata.”

¹⁰⁴ Prästeståndets betänkande (fotnot ovan) ansåg att adeln vid kontributionen oberättigat gynnades mer än övriga samhällsstånd.

eller som ledande till ett allmänt mål (eller något allmänt gott).¹⁰⁵ Även om lagen grundades på konsens gällde detta. Någon motsättning mellan lagstiftning som avtal och ett allmänt väl som rättspolitiskt mål för lagarna, ansågs alltså inte föreligga.¹⁰⁶ Åberopanden av det allmänna bästa som normativ topos är därför otaliga, det må vara i litteratur eller i den politiska diskursen. Inte ovanligt är att man ger snarlika bestämningar, men också knyter det allmänna bästa till naturrätten.¹⁰⁷ De klassiska formuleringarna återkom gång på gång: "*Salus reipublicae suprema lex esto*" (statens välgång bör vara den högsta normen); "*Salus regni summa lex esto*" (rikets välgång bör vara den högsta normen).¹⁰⁸

VI.I denna lagstiftande och ordningsskapande verksamhet flöt härskarens och ständernas starkt etiskt och präglade ömsesidiga plikter samman.¹⁰⁹ Tolkning av lag och ny rättsbildning var således alltid i denna tidsepok förknippad med ståndens verksamhet – "kroppsdelarna" – och beslutsformen var både kvantitativ och kvalitativ: "*att sådant sker med de förnämstes och flestas råd och samtycke, vilket och således är i vår lagbok förbetingat och i kejsarlagen beslutat*".¹¹⁰ Med de "förnämstes" anförande, jämte de mångas, visar juristen Sparre, att han här anknöt till en tanke i kanonisk rätt – "maior pars, sanior pars" – nämligen, att vissa korporationer var bättre, aristokratiska, och dessas beslut, även om de var fåtaliga hade lika stor eller större vikt än de mångas. Ty mellan likar kan ju ingen rätt att härska eller styra finnas.¹¹¹ Det var annorlunda sagt en proportionerad beslutsform Sparre androg; en beslutsform som

¹⁰⁵Placcius, s. 68 "Ius ergo civile positivum nunc definimus, complexionem legum positivarum, societatem civilem aliquam conservantium, seu ad communem aliquem finem (vel commune aliquod bonum) ducentium."

¹⁰⁶Placcius, s. 68 "Lex itaque positiva ... est propositio, ex praecedente (Sic!) societatis consensus facta..."

¹⁰⁷Meisner, B. *De Legibus. In quattuor libellis distributa*. Wittebergae 1632, s. 252 f "Lex civilis est constitutio legi naturali conveniens, et habens publicam auctoritatem, praescribens aliquid, quod sit à subditis necessario observandum, in salutem et commodum communitatis."

¹⁰⁸Bringius, I. *De Legibus*. Upsaliae 1646. Thesis XI "Sed actiones hominum externae, prout a bono viro fieri possunt et debent, totique reipublicae salutares sunt; Salus quippe reipublicae suprema lex esse debet". Ridderskapets och adelns protokoll (RAP) den 16 maj 1664, s. 27, 33, 79, 146, 241. RAP, band 15, år 1746–1747, s. 348 "Salus populi suprema lex esto".

¹⁰⁹Schulze, W. "Ständische Gesellschaft und Individualrechte" i Birtsch, *Grund- und Freiheitsrechte*, s. 171.

¹¹⁰Sparre, E. *Pro Lege, Rege, et Grege* (utg av J. E. Almquist) Stockholm 1924, s. 84 (citatt).

¹¹¹Sparre, a.a., s. 41 "Nam inter pares nulla est imperande auctoritas".

väl kunde belysas av kroppsmetaforen, eftersom den påvisade inte bara allas beroende av varandra utan även de olikheter som fanns mellan samhällsgrupperna, det vill säga korporationerna och ständerna.¹¹²

Proportion innebär givetvis värdeetik. Att juristen Nehrman då han talade om allmänt väl anknöt till en materiell värdeetik visade han genom att ställa upp även "honestum", det ärbara som lagstiftarens riktvärde.¹¹³ Talade Nehrman dock främst om samhällets lydande så fanns samma term för samhällets härskande; som hos Rålamb där rättsfiguren "rex justus", den rättfärdige härskaren förknippades med det allmänna bästa.¹¹⁴

Det visar sig att begreppen allmänt väl, lydnad, lugn, ståndsordning hörde nära samman i tidens tanke. Grundläggande är den normativa samhällsuppfattningen. I historiens botten, innan någon social skiktning hade uppkommit, fanns de ensamma individerna och deras liv inom hushållets ram. "Husståndet" var hela samhällets föregångare och även dess förebild.¹¹⁵ Det var juristers uppfattning ännu fram mot 1700-talets mitt: "*Där dock levernes-sätt och sedolagen varit uti husståndet och emellan ensamma människor förrän överhet och borgerlig samlevnad uppkommit.*"¹¹⁶ Enligt husordningen bör samhället normativt indelas – man brukade också den latinska termen "stat", tillstånd, för att ange detta bjudande i ordet hus.¹¹⁷ Här finns också begreppen näring och husbehov.¹¹⁸ Nödtorft, husbehovet som norm för alla samhällsskikt, finns i vart fall från 1400-talet klart utformad, brukad ännu på 1700-talet innan den försvinner med en ny samhällsordnings tillkomst, ty begreppet är en del av världsbilden i medeltid och tidig ny tid. Det är inte det

¹¹²Hattenhauer i Hattenhauer, H. und Kaltefleiter, W. (red.), *Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung*. Heidelberg 1986, s. 4 ff (sanior pars, maior pars). Sparre, a.a., s. 43 "... såsom det ena ledamot håller sig och hänger vid hela kroppen och låter regera sig utav sitt rätta huvud".

¹¹³Nehrman, a.a., s. 32 § 22.

¹¹⁴Rålamb, C. *Observationes practicae*, 1679, s. 33 "...och det hörer en konung till att låta thet allmänna bästa gå för allt privat...".

¹¹⁵Schochet, G. J. *Patriarchalism in Political Thought. The Authoritarian Family and Political Speculation and Attitudes especially in Seventeenth-Century England*. Oxford 1975, s. 65. "The family was looked upon as the basis of the entire social order in seventeenth-century England."

¹¹⁶Wilde, J. *Sweriges beskrifna lagars grund, art och upprinnelse, samt ålder, omskiftelser och förnyelse efter riksens handlingar och förnufts medgivande etc.* Stockholm 1736, s. 24 (citat), 27.

¹¹⁷Wilde, a.a., s. 27 "en borgerlig samlevnad eller stat ... i husståndet vedertagen".

¹¹⁸Brunner, s. 125 "Idee der Nahrung".

instrumentellt-fysiskt möjliga som åsyftas med ”husbehovet”, alltså det som vi lägger in i termen. Varje nödort är ståndsmässig och följaktligen olika mellan olika hus. Begreppet är också tydligt bundet till huset som social och moralisk ordning, men inte till den enskilde individen. Staten, härskaren, ankommer det på att ge undersåten och hans familj deras tillbörliga näring. Därtill tjänade även lagarna.¹¹⁹ Och då härskaren förestod det allmänna bästa rådde lugn – ”harmonia” – i samhället. Givetvis fanns då inget skäl att skilja på stat och samhälle, på det politiska och det sociala.¹²⁰

Äganderätt och korporatism

Egendoms- eller äganderättsläran i det för-liberala Europa – läran om den ”delade egendomen” låter sig inte entydigt bestämmas.¹²¹ Väl visar lärans terminologi – dominium directum, dominium utile, dominium eminens och även andra termer såsom proprietas och imperium – det romerskrättsliga underlag som omvandlades i den medeltida världen för att passa dess sociala behov.

Den romerska rättens lära och begreppsvärld var förvisso till hands för den medeltida världen, men den blev inte allena i tankevärlden förrän den med liberalismen och pandektvetenskapen blev allenarådande, både inom rättsvetenskapen och inom det politiska fältet. Inte förvånande kan man i en gammal juridisk lärobok för gymnasiet därför i stället finna dess föregångare, nämligen den medeltida läran; och där insatt i ett etiskt tankesystem med åldriga rötter; nämligen bland människan trefaldiga naturrättsliga pliktordning, mot Gud, mot sitt eget jag, mot andra människor.¹²² Äganderätten ses som en företeelse beroende av statens inrättande och inte som hos liberalismen av för-statlig karaktär. Med andra ord; där läroboken – och juridisk doktrin – betonar samhällsavtalet som äganderättens grund, där betonar

¹¹⁹Blickle, a.a., s. 53 f ”denn jede Notdurft ist eine standesgemässe”, 54 ”die Existenzsicherung der Untertanen ... ist Zweck der vorgenommenen rechtlichen Regelungen”, 56 ”Die Vorstellung dass jedermann die auskömmliche Nahrung zuzubilligen sei, war in der gesamten Gesellschaft jedoch schon länger verbreitet. Bereits im 15. Jahrhundert galt die Klage ... mit starkem moralischen Gewicht”, 57 ”die Notbedarf-Vorstellung nicht am Untertanen als Individuum ausgerichtet – sondern an der komplexen Einheit Haus”.

¹²⁰Schochet, a.a., s. 54 f.

¹²¹Schwab, s. 65.

¹²²Omeisius, M. D. *Compendium ethicum, methodo synthetica aretologia et eudaemonologiam perspicuis praeceptis et exemplis proponens*. Norimbergae 1730, s. 302. Meyer, H. *Thomas von Aquin. Sein System und seine geistesgeschichtliche Stellung*. Bonn 1938, s. 428, 452, passim.

liberalismen individualakten – hävdandet av föremålet som en viljeyttring – såsom hos Kant, Locke och andra.¹²³ Dess nödvändighet är dock klar för det äldre tänkandet; utan äganderätt – ”dominia rerum” – skulle människan inte kunna överleva, en uppfattning som svensk ledande doktrin anknöt till.¹²⁴

Bestämningarna av vad som var äganderätt skiftade lika starkt mellan för-liberalt och senare liberalt tänkande: knöt liberalismen äganderätten starkt till individen – John Lockes arbetsteori är ett exempel – så talade läroboken både om enskilda och många ägande.¹²⁵

Äganderätt var inte till saker, ting, som i den liberala teorin, utan begreppet var vidare och närmast att jämföra med ”herravälde”; något som också kunde gälla över människor såvida utövande av detta herravälde hade någon förmögenhetskaraktär. Herravälde och hierarki som begrepp stod varandra nära.¹²⁶ Så använde svensk doktrin för äganderätten både ordet ”dominium” och termen ”välde”. Såsom i utländsk doktrin sågs likheten med begreppet ”imperium”, höghetsrätt, men som denna förbehöll man imperium för det politiska området; dominium utövades över ting och imperium över människor.¹²⁷ Med sådana begreppskonnotationer framhövdes givetvis också det korporativa i äganderättsbegreppet.¹²⁸ Saker kunde ägas av en eller flera och i den mån det senare var faller blev dominium allt mer inskränkt, vilket kunde ske på många olika sätt, med lag eller avtal. Följden av sådant var att det fanns mängder av

¹²³Omeisius, a.a. s. ”Hypothetica (d.v.s. officia; förf:s anm.), quae certum statum adventitium, vel institutum ... praesupponunt. Sic multa sunt iuris naturalis praecepta, quae nisi posito dominio rerum distincto, atque imperio civili, non intelliguntur, neque locum habent: ut furtum.” Nehrman, D. *Inledning til then Swenska Jurisprudentialiam Civilem*. Lund 129, s. 150 § 2 ”All förpliktelse har, som sades, sin första upprinnelse och styrka av lagen” (Om ägandeväldet). Rålamb, *Observationes Juris*, s. 20 ”Men hävd är iure gentium och civili introducerat”. Schwab, s. 79 ”so erscheint die Lehre von der Vorstaatlichkeit des Eigentums als die entscheidende Basis für den liberalen Eigentumsbegriff”, 81 ”bereits die Okkupation als Willensäußerung des Individuums brachte das Eigentum hervor”, 97, passim.

¹²⁴Omeisius, a.a., s. 327. Nehrman, D. *Inledning til then Swenska Jurisprudentialiam Civilem*. Lund 1729, s. 155 §14 ”Sedan rerum dominia äro vordne införde, kunde människorna ogörligen leva utan andras hjälp”.

¹²⁵Schwab, s. 87 ”Indem die liberale Eigentumslehre das Eigentum ausschliesslich vom Einzelmenschen her deutete und begründete ...”. Omeisius, a.a. s. 337 ”Estque vel privatum vel publicum, plenum vel diminutum. Privatum dominium nominant, quod singulae personae ac societates non-civiles seorsum habent: publicum, quod gerit ipsa respublica.”

¹²⁶Schwab, s. 76 f.

¹²⁷Nehrman, s. 117 § 6. Schwab, s. 95 f.

¹²⁸Schwab, s. 68, 69, 87, 101 ff. ”Damit war die Verbindung von Privateigentum und öffentlich-rechtlich gedeuteten Befugnissen, von Vermögensrecht und Hoheitsgewalt aufgelöst” (103).

äganderättsbegrepp, "dominia".¹²⁹ Fleras ägande omtalades som "communia" eller som "menighets gods" och dessa kunde vara bland annat städer, byar, härader, skolor, hospitaler, barnhus, hemman, tomter, lösören, betesmarker, ängar, kvarnar, häradskistor och akter, allmänningar.¹³⁰ Menigheten i dessa fall av gemensamt ägande hade dominium utile, nyttan av tingen, och riket eller annan överordnad hade dominium directum.¹³¹ På det politiska planet fann läran om delad äganderätt stöd i fördragsläran; hade härskaren dominus directus till riket behövde han inte bry sig om ständerna. Men hade han endast dominus utile, måste han rådfråga ständerna, ty de var rikets egentliga ägare.¹³²

Stora skillnader kunde givetvis uppstå eftersom den som hade herraväldet kunde föreskriva villkoren för den underordnade och sådant gällde såväl användning som överlåtelse.¹³³ Man kan också se doktrinen uppskattande bild av "monopolier" som ett uttryck för den delade äganderättens korporativa grundtanke.¹³⁴

I lärobok och juridisk doktrin – vad gäller fleras ägande – anknöt man till den ursprungliga egendomsgemenskapen i människans första tid där ingen enskild kontrollerade objektet, saken, utan användningen – "usus" – var fri för alla.¹³⁵ Denna "urtid" antydde då man diskuterade huruvida äganderätt kunde tänkas strida mot den ömsesidiga kärlek som människan åläggs i den kristna dogmatiken.¹³⁶ Även läran om den ursprungliga positiva egendoms-

¹²⁹Nehrman, s. 120 § 18 "då dominium kann kallas absolutum eller fullrådande, eller äro the emellan flera fördelte, tå the var för sig äga allenast dominium restrictum, stundom på lika och stundom på olika sätt, allt eftersom förord och lag förmå. Härav hava the åtskilliga slags dominia theas ursprung."; 107 § 43 "Widare äro res antingen communes och samägande eller propriae och enskilda".

¹³⁰Nehrman, s. 98 § 14 "res universitatis eller menighetsgods", 100 ff.

¹³¹Nehrman, s. 101 § 26 "tillkommer nyttan hela menigheten och allom them, som ther till höra; men dominium direktum är hos överheten", 102 § 29 "dominium direktum tillkommer riket. Men hela menigheten har dominium utile."

¹³²Barudio, G. *Absolutismus: Zerstörung der "libertären Verfassung": Studien zur "Karolinischen Eingewalt" in Schweden zwischen 1680 und 1693*. Wiesbaden 1976, s. 171.

¹³³Nehrman, s. 103 § 31; 96 § 10 "så att själva tingen som the äga warda och i anseende til theas överlåtande til andra, på olika sätt uti lagen ansedda".

¹³⁴Rålamb, *Observationes Juris*, s. 32 "det allgemene bästa till stort hinder och förfång... Men när vi theta något nogare överlägga..."

¹³⁵Omeisius, a.a., s. 338 "Communio est vel positiva vel privativa: illa est cum res ita pertinet et plures, ut in plurium coniunctim sumtorum sit proprietate; haec quando res secundum substantiam nullius est, secundum usum omnibus patet"; 339 "Atque haec est communio illa primaeva". Nehrman, s. 93 § 2.

¹³⁶Sleincour, J. P. *Diss. Ostensura rerum dominia per aequalem inte hominess amorem non*

gemenskapen anfördes; ursprungligen fanns egendomsgemenskap och laga fång genom ockupatio krävde kollektivets samtycke.¹³⁷

Detta var ett tänkesätt som fanns också i den politiska diskursen. Så talade en lagkommission visserligen om det historiska införandet av äganderätten: ”*post introducta dominia rerum*”, men att många enskilda fortfarande menade att egendomsgemenskapen kvarstod.¹³⁸ Likartade tankar hade Laurentius Petri haft. Han såg sig tvungen att försvara rätten att bedriva näringar och att som enskild – husets företrädare – få behålla, köpa, sälja eller på annat sätt förfoga över egendomen, utan skyldighet att ge bort den i allmosor eller på annat sätt.¹³⁹ Här var den principiella motparten alltså inte ett liberalt tänkande, utan ett medeltida, ännu mer utpräglat, gemenskapstänkande. Petri ord har också tolkats som argument mot en fortfarande stark medeltida uppfattning, att enskild egendom är något negativt.¹⁴⁰

Andra etiska begränsningar fanns också, sett i jämförelse med ett liberalt modernt begrepp. Så var läran om ett rättvist pris, eller ärbarhet i utbytet, en del av definitionen på köpeavtalet.¹⁴¹ Starkt kontrasterande var uppfattningarna om vad ägaren kunde, eller fick, göra. Enligt liberal teori är det fria förfogandet en väsentlig del i äganderätten, även förnuftsvidrig förstörelse

tollit. Upsaliae 1767. § VI, VIII ”Si, uti decet, ad naturam, quatenus sana est et per se considerata respiciamus, iusta ac approbanda videtur rerum communio”, IX ”Communio bonorum cum praesenti hominum statu maxime pugnat.”

¹³⁷Nehrman, s. 121 § 20 ”thet ordet communio antyder alltid en rätt” (argument emot den negativa tolkningen); 133 § 5 ”I första början har thet, förmodeligen, varit nödigt, att the övriga, ther närvarande, skulle antingen uttryckligen eller genom stilla tigande samtycka, när någon medelst fång ville tillägna sig något.” Omeisius, s. 338 (fotnot ovan), 340.

¹³⁸Sjögren, W. *Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736*. Band VII. Utlåtanden över lagkommissionens förslag. Uppsala 1908, s. 451.

¹³⁹Petri, s. 8 ”vad det är för en skändlig, skadelig och ogudaktig lära, ther några föregiva och säga, att enom christom skall vara förbudet holla bo och akta på sin näring. Man skall icke må hava sitt eget, utan måste alla ägodelar bruka och hava allmenneliga och i hopen etc.”; 78 ”Till thet första, att man gods och eget hava må ... Till thet andra, att man med sådana gods och ägor må handla, köpa och sälja och är aff Gudi ingom budet förgäves utströ ibland all man sina ägodelar.”

¹⁴⁰Förord av H. Lundström (utg.). Samtidigt bör understrykas att medeltiden kände den enskilda äganderätten, men utan att ge den dess absoluta företräde som senare i liberalismen; se Schwab, s. 95.

¹⁴¹Heckscher, s. 89. Martinus, J *Synopsis Ethicae*, libri duo. Lincopiae 1646. Liber secundus. Caput XV De Justitia ”Contractus est mutua et honesta (Sic!) duorum vel plurium de re aliqua legitimo modo transferenda, vel quoad dominium, vel quoad usum, vel quoad obligationem, consensio.”

godtas.¹⁴² Så helt annorlunda uppfattade läran om den delade egendomen sådant beteende. Utförligt lade läroboken ut de regler som gällde; vid användandet av egendom måste man betänka dess härkomst som Guds gåva. Felaktig användning är en skymf mot denne, och en fara för den egna själen. Missbruk var högmod – ”superbia” – förutom andras skada.¹⁴³ Inskränkningar av sådan etisk eller religiös art kan återfinnas i svensk doktrin, ibland kortfattat om än omisskänligt.¹⁴⁴ Vål fick man nyttja tingen ”efter behag”, men endast om inskränkningar inte fanns. Och dessa sträckte sig långt utöver skaderekvisitet, som också i sig kunde ses som ett fall av tvingande naturrätt i sin negativa utformning.¹⁴⁵ Som exempel på lämpliga begränsningar hänvisades till överflödsförordningarna.¹⁴⁶ Missbruk av egendom sågs som ett omedelbart hot mot det allmänna bästa: *”Såsom thet gemena bästa har till en del sitt välstånd ther aff at var och en sin egendom icke missbrukar.”*¹⁴⁷

Avslutningsvis: äganderätten delar samma korporativa, hierarkiska, drag som samhällsmetaforen kroppens delar – samhällets delar vill uttrycka. Och lika omöjligt som det är att principiellt dra en gräns mellan stat och samhälle inom det politiska området, lika omöjligt är det att hänföra äganderätten till ett privaträttsligt rum avskilt från det offentliga och dess överhöghet. Korporatismen i alla dess skiktningar i tidig ny tid framhäver samband, samhörighet, hierarki från den högste till den lägste. Den enskilde är integrerad med person, själ och egendom i en helhet som är ordnad och därför normativ. Således måste politiken också i konsekvensens namn bli en juridisk politik. Allmänt väl blir då ett rättsligt ledbegrepp som skall slå an och åskådliggöra alla den juridiska politikens normer och värden, hämtade från teologi och juridik.

¹⁴²Schwab, s. 75 f ”die Sache nach Willkür zu benutzen oder mit ihr nach Willkür zu schalten. Besonders hervorgehoben wurde die Befugnis des Eigentümers, die Sache auch sinnwidrig zu behandeln”, 89 ”insbesondere der freie Gebrauch des Eigentums”.

¹⁴³Omeisius, s. 337 ”Ubi tamen hae notandae sunt regulae: 1. Utere rebus creatis ...”.

¹⁴⁴Sleincour, a.a., § XI ”Providendum itaque ne quis iusto plus dando, in rem publicam atque seipsum peccet, si bonorum effusione ipse demum in egestatem redigeretur, ac inutilis sic in societate foret civis.”

¹⁴⁵Omeisius, s. 303 ”Inter absoluta primum vulgo constituunt illud Neminem laede! Hoc enim ad vitam socialem absolute necessarium est.”

¹⁴⁶Nehrman, s. 116 § 2 ”efter behag nyttja, såvida lag eller förordningar ej inskränka sådant”; 118 § 9 ”Men på thet ingen må missbruka thetta sitt ägandevälde, ty har lagen föresatt vissa skranker, stadgandes, thet ingen får så bruka sin egendom, att någon annan har skada theraf, ej heller så, att publicum känner någon afsaknad (Sic!) ther igenom samt i the öfrige leges sumtuaris”.

¹⁴⁷Rålamb, C. *Observationes Juris*, s. 34.

Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode

I Rettsvitenskapens betegnelser/identiteter

Også rettsvitenskapen søker sin identitet. Rettsforskeren mener å ha funnet en betegnelse på sin forskningspraksis ('den historiske rettskole') eller rettsvitenskapshistorikeren mener i ettertid å kunne gi et fortidig rettsvitenskapelig tekstkorpus et særskilt navn ('skandinavisk rettsrealisme'): i begge tilfeller dreier det seg om å gi den rettsvitenskapelige praksis en generell betegnelse, gjerne ved det å peke på et slående trekk ved rettsvitenskapens virksomhet mer allment eller ved dens metodiske innretning spesielt. Gjennom denne betegnelse får denne virksomheten en bestemt identitet – så å si et eget liv – enten dette utspilles i samtiden eller retrospektivt i fortiden. Rettsvitenskapelig virksomhet har vært – og er stadig – ledsaget av en slik generering av betegnelser. Det å gi denne virksomheten en særskilt betegnelse har mange grunner: kanskje mest dreier det seg om å fremheve et særskilt metodisk aspekt som skiller den ut fra andres rettsvitenskapelig praksis – eller hvis det skjer i ettertid – om å etablere en spesifikk fortidig identitet som fremstår som interessant for nåtiden og som følgelig inngår i en samtidig rettsvitenskapelig debatt.

Europeisk rettsvitenskapshistorie fra de par siste hundre år kan oppvise et mangfold av betegnelser som søker å karakterisere bestemte rettsvitenskaper på så presise måter at vi kan tale om en historie (eller bedre: historier) av rettsvitenskabers identiteter. Mitt anliggende er i denne artikkel først og fremst å diskutere enkelte rettsvitenskapelige betegnelser *slik de ble formulert av denne rettsvitenskapen selv* eller *slik det i ettertid ble gitt et navn* (se for dette videre under pkt I og under punkt III). Som del av denne undersøkelsen berører jeg også spørsmålet om hvorledes en rettsvitenskaps identitet kan bevares eller uttrykkes over tid ved å bli uttrykk for en hel epoke eller – mer

beskjedent – ved å etablere seg som et 'program' som følgelig danner en identifiserbar enhet (pkt II).

Nå må også dette sies klart: store deler av den rettsvitenskapelige praksis har foregått uten et bestemt navn, uten en skarp identitet, iallfall ikke mer presist enn for eksempel det som følger av formelle nasjonale betegnelser som 'norsk' eller 'finsk', eller for eksempel en saksorientert betegnelse som 'privatrettsvitenskap'. I denne artikkelen kjennetegner uttrykket *rettsvitenskapelig praksis* alt det som rettsvitenskaper produserer med eller uten betegnelser. Og bare deler av denne praksis foregår med et særskilt markert navn, skjønt det kommer an på hvor meget navnet refererer til ('naturrettslig'). Der betegnelsen synes å være av en formell karakter ('finsk') kan imidlertid også betegnelse som følge av dens historiske kontekst allikevel være bærer av mer spesiell identitetsmessig innhold. Følgelig vil ofte meget rettsvitenskapelig praksis være berørt av oppfatninger om betegnelser og ledsagende identiteter selv om denne praksis selv ikke uttrykkelig har formulert en egen eller tvert i mot vil være uten.

Å fokusere på betegnelser på rettsvitenskaper innebærer både en avgrensning og en begrensning. Å drøfte noen grupperinger av rettsvitenskapelig betegnelser innebærer selvsagt ikke materielt å drøfte rettsvitenskapelige oppfatninger på historisk representative måter eller å drøfte holdbarheten av rettsforskernes valg av betegnelser, det være seg 'germansk', 'konstruktiv', 'analytisk', 'kritisk' eller 'kantiansk' rettsvitenskap. Formålet er ikke annet enn å betrakte i sammenheng enkelte betegnelser som er satt på rettsvitenskapelig praksis. Å betrakte dette fenomenet – som fenomen – kan imidlertid gi en viss kunnskap om hvorledes rettsvitenskapen opererer med betegnelser og hvordan man nåtidig gir fortidige rettsvitenskapelige oppfatninger en særskilt identitet. Mitt bidrag er utelukkende en refleksjon over rettsvitenskapens mange formalhistorier, det som synes å være en rettsvitenskapelig selvbetegnelseslogikk.

Mellom den betegnelse som en rettsvitenskap gir seg selv ('den analytiske skole') og den som en senere rettsvitenskapshistorisk forskning gir kan det både være kontinuitet og brudd. Noen ganger dannes det klare skiller mellom fortidige og nåtidige betegnelser, som når en ny forskning vil karakterisere en fortidig rettsvitenskapelig praksis annerledes enn denne praksis selv gjorde (som det å kalle Ørsteds og Schweigaards rettsvitenskap for 'pragmatisk' selv om de selv betegnet den annerledes).¹ Andre ganger er det deri-

¹ Se nærmere under pkt III.

mot tydelig kontinuitet mellom den fortidige betegnelsen og de senere rettsvitenskapshistoriske betegnelser, slik som for 'den historiske rettsskolen'. Men selv om det finnes en kontinuitet på dette semantiske nivå, må ikke dette bety at man har lagt det samme i betegnelsen. Å bestemme innholdet av betegnelser er nettopp del av de metodiske debatter som blir ført om rettsvitenskapelige identiteter, både i fortid og i nåtid – retrospektivt, (slik som: hva er 'konstruktivism', 'rettsrealisme' eller 'rettspositivism'?).

Foreløpig kan vi skille mellom tre grunner til å gi en bestemt rettsvitenskapelig praksis en særskilt betegnelse. Den *vitenskapsteoretiske* (eller *allmennfilosofiske*) begrunnelse er den mest vanlige: behovet for teoretisk nyorientering eller metodedebarter fører rettsforskeren til å fremheve et bestemt vitenskapsteoretisk element (for eksempel knyttet til rettsbegrep eller system- og empiriforståelse) i sin rettsvitenskapelige praksis. Rettsforskeren gir da sin rettsvitenskapelige praksis en viss betegnelse, som for eksempel 'naturrettslig', 'konstruktiv' eller 'sociologisk'. Antakelig er dette den vanligste grunnen til å gi rettsvitenskap et særskilt navn. Dessuten er det også denne grunn som rettsvitenskapen gjerne vil påberope seg fordi det ligger i vitenskapsdiskursens egenart å ville referere til egenskaper ved vitenskapeligheten selv, ikke til noe utenforliggende.

En annen grunn er den *politiske eller ideologiske* – dette gjelder etiketter som blir satt på rettsvitenskapelig forskning som er særskilt knyttet til politiske ordninger eller aktuelle ideologier ('liberal', 'feministisk' 'patriotisk' 'fascistisk' etc.). Til grunn for betegnelsen synes da å ligge snarere et ideologisk program enn et rettsvitenskapelig. Men mellom vitenskap og ideologi er det som kjent glidende overganger. Også der sterke politiske eller ideologiske overveielser har ledet til nye rettsvitenskapelige selvbetegnelser ('marxistisk'),² vil begrunnelsen allikevel ofte være knyttet til vitenskapelighetsdiskurser som oppfattes som del av den ideologiske modell selv. Også det omvendte gjelder: de fleste rettsvitenskapelige selvbetegnelser som uttrykkelig bygger på vitenskapsteoretiske kriterier vil også ha en kobling til politikk og ideologi. Men i dette er det historisk sett ingen automatikk. Individuelle og sosiale kontekster strukturerer forståelsen av denne sammenhengen: Ikke alle 'konstruktivister' var konservative og ikke alle som fremmet en sociologisk rettsvitenskap var liberale. Det ligger nettopp i disse betegnelsenes åpenhet, i deres nominelle karakter, at de konkret historisk kan fylles med det meste.

² Eksempel: Eugen Pashukanis, *Für eine marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie*, 1931.

Endelig finnes det en god del betegnelser på rettsvitenskapelige identiteter som er knyttet til *geografi*. Dette kan som allerede sagt sees i en helt formell forstand ('norsk', 'finsk' 'tysk' rettsvitenskap). Men noen ganger kan nok bare det å si det geografiske området selv gi assosiasjoner til en mer bestemt rettsvitenskapelig praksis. Dette vil være en følge av sammenhengen mellom et lands rettsvitenskapelige praksis og rettskildestruktur, eller ved at geografi og rettslige tradisjoner og kultur kobles sammen, slik som 'romersk', 'germansk' eller 'engelsk' rettsvitenskap. Men en geografisk betegnelse kan nok også bære i seg noe mer presiserbare meningstilordninger utelukkende som følge av pågående vitenskapssosiale diskurser eller politiske hegemonier. Da er betegnelsen et signal for et metodisk eller ideologisk program (eller en forening av begge), slik som 'Uppsala-skolen' eller 'sydvesttysk nykantianisme'.³

Til dette må det også tillegges en viktig underliggende faktor ved de rettsvitenskapelige selvbetegnelserprosesser: Rettsvitenskap er et sosialt system som består av sosiale relasjoner og prosesser – det er i vitenskapssammenheng at oppfatninger om rettsvitenskapens identitet blir formulert. Følgelig vil vitenskapssosiale forklaringer også gi beskjed om kontekster for hvorfor en rettsvitenskapelig praksis får en bestemt betegnelse, slik som konflikter innad ved et fakultet eller mellom fakulteter. Disse aspektene er også blitt forent med politiske og allmennkulturelle faktorer slik at det finnes kombinasjoner av vitenskapsteoretiske, vitenskapssosiale og politisk-ideologiske grunner bak det å overhodet ville gi en rettsvitenskapelig praksis en bestemt betegnelse.⁴

Den rettsvitenskapelige selvbetegnelse kan referere seg til ulike deler av den rettsvitenskapelige forskning. Særlig vil nok utformingen av den rettsvitenskapelige metode være et viktig kriterium for hvilken betegnelse rettsvitenskapen får. Men ordet 'metode' viser til en rekke forhold, det være seg rettskildeteori, rettsteori eller vitenskapelig metode. Også rettsdogmatisk teori og praksis har gitt grunnlag for å gi en rettsvitenskap identitet. Den sene tyske pandektrettsvitenskapen mot slutten av 1800-tallet la for eksempel ikke avgjørende vekt på rettsteori eller rettskilde-

³ En interessant kildeskrift om geografis rolle er Per Olof Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria i *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, 1986, s. 261–280.

⁴ Et eksempel på dette perspektivet er Jens Evald, *Ragnar Knoph*, 2003, bl.a. s. 74 flg.

lære i deres selvidentitetsoppfatning, men snarere rettsdogmatisk produksjon og systematikk.⁵ Det finnes derfor også sammenhenger mellom *rettsdogmatikk* og *rettsideologi* ved rettsvitenskapelige identiteter: hvorvidt man for eksempel kjenner seg forpliktet til en liberalistisk eller en noe mer kollektiv samfunnsoppfatning i kontraktsrettsforskning har også vært grunnlag for betegnelser, slik som i debatten mellom Ørsted og Hjelm på 1820-tallet.⁶ De såkalte perspektiv- eller kontekstfagene har nok hatt en særlig betydning for rettsvitenskapelig selvforståelse. Det er nok å minne om historiens mangeartede rolle i rettsvitenskapen, særlig etter 1800. De nye samfunnsvitenskapenes rolle for rettsvitenskapens selvforståelse fra rundt 1850 har også hatt mange uttrykk i rettsvitenskapelige betegnelser (eller motbetegnelser) og identiteter. Det samme gjelder økonomifaget som hadde en interessant rolle i norsk rettsvitenskap på 1800-tallet (noe navnet på et sentralt tidsskrift kan bevitne)⁷, eller vår egen tid, i den amerikanske Law & Economics-bevegelsen fra og med 1960-tallet.⁸

II Rettsvitenskapers identitetsmessige utstrekning

Rettsvitenskapers identiteter forutsetter tid og rom – det må en viss utstrekning til for at det mulig å gi en rettsvitenskapelig praksis en bestemt betegnelse, både i samtiden og i ettertid. I prinsippet kan nok en enkelt rettsvitenskapelig tekst – som ikke en gang er blitt formidlet til omverden – også uttrykke en bestemt identitet, skjønt det neppe vil avstedkomme identitetsprosesser. Men det har hendt at en enkel rettsvitenskapelig tekst senere er blitt gjenstand for rettsvitenskapelig tilordning og innlemmet i en

⁵ Denne påstanden avhenger litt av hvordan man avgrenser pandektvitenskapen. Men den var nok mer metodisk frem til 1860 (Savigny, Puchta, Ihering) enn mot slutten av århundret da dens motstandere overtok den metodiske innovasjon, se eksempelvis Werner Süss, *Heinrich Dernburg – ein Spätpandektist im Kaiserreich*, 1991, særlig s. 179 flg.

⁶ Se senest Ola Mestad, *Kontraktstrevisjon i norsk kontraktsrett*, ms 2004, s. 30 flg sml. Dag Michalsen, Dansk-norsk rettsvitenskap etter 1814 i *Jura & Historie, Festskrift til Inger Dübeck som forsker*, 2003, s. 103–124, særlig s. 106 flg.

⁷ Ugeblad for Økonomi, Statistikk og Lovkyndighed (Christiania 1861–1870).

⁸ Richard A. Posner, *Economic analysis of law* (1972) sml. Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, 1995, s. 83–105.

større tradisjon.⁹ Vanligvis må det imidlertid foreligge et mer omfattende tekstkorpus som kan gi grunnlag for rettsvitenskapelige identitetsdannelser. Rettsvitenskapelige identiteter må for det første referere seg til geografi, slik som nasjonale eller internasjonale forhold. Hadde den 'tyske historiske rettskolen' også utstrekning til andre europeiske land eller fantes dette snarere som egne nasjonale historiske skoler (se nærmere under III)? Tidsaspektet er et annet punkt. Hvor presis temporal må den rettsvitenskapelige identitet være – det er stor forskjell fra en nokså presiserbar 'Uppsala-skole' (første halvdel av 1900-tallet) til langt mer svevende betegnelser som 'naturrettslig', 'positivistisk', 'moderne' eller andre åpenbare transhistoriske betegnelser på rettsvitenskapelige retninger og som krever ytterligere egenskaper for å bli en operasjonaliserbar rettsvitenskapelig identitet.

For å gripe dette tema an kan det være en fordel å kalle rettsvitenskapelige identiteters utstrekning med et navn. Dette har blitt uttrykt som rettsvitenskapelige 'skole', 'retning', 'posisjon', 'modell' eller 'diskurs'. Å finne en betegnelse på rettsvitenskapelig praksis som en viss enhet er å danne en rettshistorisk representasjon som må angå det aktuelle rettshistoriske kildematerialet. Det er nettopp i dette arbeidet – å identifisere og debattere rettsvitenskapelige betegnelser og derved identiteter på grunnlag av rettsvitenskapelig praksis (kildematerialet) – at videre rettsvitenskapelige identitetsprosesser også foregår enten gjennom det aktuelle eller det historiske.

En mulig betegnelse på en enhet i rettsvitenskapehistorien er 'rettsvitenskapelig program'.¹⁰ Denne betegnelsen søker å fange inn den blanding av det individuelle og det generelle som finnes i rettsvitenskapelige meningsdannelser og som igjen er grunnlag for selvbetegnelse og identitet. Rettsvitenskapelige posisjoner vil alltid bestå av individuelle meningsdannelser og generelle kontekster og som finnes som en relasjonsprosess: et retts-

⁹ Et eksempel er Andreas Urbyes betenkning (1902) til Renbeitekomiteens Indstilling som viste en annen oppfatning av betydningen av samiske sedvaner enn den offisielle. Den upubliserte teksten var ukjent i mange tiår inntil Strøm Bull satt den inn i historisk sammenheng og gjennom denne aktualisering følgelig knyttet teksten til en annen juridisk tradisjon om samiske sedvaner enn den norsknasjonale avvisende som inntil nylig dominerte emnet, se Kirsti Strøm Bull, (sm.m) Nils Oskal, Mikkel Nils Sara, *Reindriften i Finnmark. Retts-historie 1852–1960*, 2001, s. 205–225 og s. 335–355 (Urbyes tekst).

¹⁰ Dag Michalsen, Det rettsvitenskapshistoriske forskningsfelt, *Rettfærd* 1999, s. 5–6 og Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, dr. avh. ms 2003, særlig s. 30–31 som definerer uttrykkene noe ulikt.

vitenskapelig program (som for eksempel Francis Hagerups tekstkorpus kan kalles) var ikke bare uttrykk for individuelle metodiske og rettsdogmatiske oppfatninger, men like meget innebar de en tolkning av rettssystematiske, rettskildestrukturelle og rettsideologiske forhold. I det enkelte rettsvitenskapelige program kan man også observere de interne sammenhenger som fantes mellom metodiske delproblemer, som mellom rettsdogmatikk, juridisk metode og rettspolitikk. I betegnelsen 'rettsvitenskapelig program' siktes det også til det å fange inn den større eller mindre grad av temporal foranderlighet som en enkelt rettsforskers metodiske forfatterskap er underlagt. Ved å bruke uttrykk som 'skole', 'posisjon', 'teori' eller 'modell' kan det kanskje gis inntrykk av at det settet av standpunkter som utgjør forskerens rettsvitenskapelige oppfatning er (eller har vært) av en mer statisk art enn det oftest viser seg å være, skjønt dette kommer selvsagt an på hvordan man definere begrepene.

Rettsvitenskapelige meningsdannelser har følgelig temporale egenskaper. Alle metodiske oppfatninger er i forandring, selv om samme standpunkt semantisk gjentas over tid. De kontekstene som standpunktene inngår i vil være i forandring og standpunktene vil derfor måtte oppfattes som ulike. To likelydende utsagn om det metodiske skillet mellom rettsvitenskapens deler fremsatt av Gustav Hugo i hhv 1805 og 1820 kan derfor også temporalt sett godt betraktes som to ulike standpunkter.¹¹ Hugos program hadde fra 1805 til 1820 i relasjon til andre samtidige rettsvitenskapelige programmers parallelle meningsformasjoner endret sin vitenskapelige aktualitet og betydning i tysk rettsvitenskaplig praksis. Også makroendringene i de tyske rettssystemene og politisk-ideologiske ordninger bidro til dette.

Å klarlegge rettsvitenskapshistorisk et rettsvitenskapelig programs identitet innebærer en tolkning av både programmets selvbeskrivelser og andres samtidige og senere fremmedbeskrivelser, og sjelden vil disse størrelsene være sammenfallende. Historikeren står følgelig i en kompleks situasjon i utførelsen av den historiske tolkningen av fortidige rettsvitenskapelige program. Det innebærer å måtte se i sammenheng det rettsvitenskapelige programmets selvforståelse, andres samtidige oppfatninger av programmet og senere forsknings ulike rekonstruksjoner. Bare i denne komplekse form finnes 'Savignys rettsvitenskapelige program' som en enhet i rettsvitenskapshistorien og som et identifiserbar historisk uttrykk. Selvsagt finnes det grenser for hvor langt det er mulig å gå i slike sammensatte historiske tolkninger,

¹¹ Gustav Hugo, *Lehrbuch des Pandecten* (3. Ausg. 1805) § 17 og Gustav Hugo, *Lehrbuch der juristischen Encyclopedie* (6. Aus. 1820) § 36.

særlig de mange små endringer over tid innebærer en utfordring for å fastholde identiteters permanens.

Forholdet mellom den enkelte forfatteres tekster som uttrykk for rettsvitenskapelig identitet og en større forfatterkrets' tekster reiser spørsmålet om inndelingskriterier av rettsvitenskapelige programmer. Skal formålet være å få frem enkelhet gjennom omfattende kategorier som refererer seg til en rekke forfattere og som derved lett kan gå på bekostning av teoretisk mangfold? Eller skal formålet heller være å identifisere mer presise kategorier for rettsvitenskapelige metodeposisjoner, noe som konsekvent sett kan lede til oppfatningen om at det ikke finnes mer overgripende metodeposisjoner enn det den enkelte forfatter representerer – eller enda mer radikalt nominalistisk forstått – enn det den enkelte forfatter har skrevet i en bestemt metodetekst. For som nevnt vil nettopp en forfatters tekstlige uttrykte mening ikke bare i seg være i forandring, men også en ellers (semantisk) likartet oppfatning vil over tid bli oppfattet som ulik som følge av nye kontekster og skiftende rettsideologier.

Det vanligste rettsvitenskapshistoriske inndelingskriteriet for å avgrense identiteter er det kronologiske. Dette forutsetter at visse oppfatninger innen rettsvitenskapelig metoddebatt er mer dominerende i én periode enn i en annen. Allikevel er det viktig å betone betydningen av overlappinger og samtidigheter. I tysk rettsvitenskap fra ca 1800 til 1840 kan man konstatere en rekke rettsvitenskapelige identifiserbare posisjoner (også som selvbetegnelser) som i relasjon til førstegangsformuleringer kronologisk sett kan tidfestes til årstall, men som over tid allikevel eksisterte side om side.¹² Det gjelder f.eks. de første 'positivistiske' rettsvitenskapelige posisjonene til Hugo, Thibaut og Feuerbach fra tiåret rundt 1800 som ble fulgt av Savigny og dannelsen av kategorien 'den historiske skolen' fra ca 1810 med de sentrale tekstene utgitt 1814–16; som en selvstendig kombinasjon av disse to synspunktene utarbeidet Nikolaus Falck sin modell rundt 1820 og like etter utformet Eduard Gans et uttrykkelig hegeliansk rettsvitenskapelig program. I tillegg fantes det en rekke andre mulige identifiserbare posisjoner som man enten kan se som selvstendige uttrykkelige programmer eller som forlengelser av noen av de nettopp nevnte.¹³ Ut av dette kommer inntrykket

¹² Dag Michalsen, *Om rettshistorisk kunnskap. Oppfatninger om rettens historiske karakter i tysk rettsvitenskap ca 1790–1840*, ms dr.avh. 1996, kap III.

¹³ Se Lars Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, 1984, bl.a. s. 179 flg. som nettopp peker på de mange individuelle forskjeller mellom systemforslagene.

av en usamtidighetenes samtidighet i de rettsvitenskapelige identitetsforløp.

Også filosofiske (eller allmenne metodiske) tilordninger gir rettsvitenskapelige programmer identitetsmessig utstrekning. Da knyttes de til eksterne enheter som overskrider det rettsvitenskapelige, slik som 'kantiansk', 'hegeliansk', 'logisk positivisme' eller vagere 'filosofisk idealisme'. Rettsvitenskapelige filosofiske selvbetegnelser eller rettsvitenskapshistorikerens tilordning av en tidligere rettsvitenskapelig praksis til en filosofisk posisjon er en interessant måte å etablere identiteter, men det er også en av de mer problematiske. Utvilsomt finnes slike sammenhenger, det er bare å lese åpenbare filosofiske aspekter hos en Gans, en Feuerbach, en Austin eller en Ross som knytter an til en Hegel, Kant, Bentham eller Hägerström. Allikevel kan dette problematiseres ved å spørre hvor strukturerende den filosofiske komponenten er i rettsvitenskapelige programmer, eller også, om det snarere er de mer entydige rettsvitenskapelige anliggender som definerer identitet og forskjell: Tilhører det filosofiske aspektet mer det retoriske garnityr ved de rettsvitenskapelige tekstene og ikke som premiss for de sentrale juridiske diskurser? På slike spørsmål finnes det ikke et ja eller nei, men begge svar er mulige karaktertrekk ved rettsvitenskapelige programmer.

Dessuten kan dette identitetskjennetegnet bli relativisert ved å konstatere at det sjelden er enighet om det nærmere innholdet av den filosofiske posisjon, og følgelig oppstår det tilordningsproblemer fordi det ikke er (hverken nåtidig eller fortidig) tydelighet i hva rettsvitenskapelige metodeposisjoner mer presist skal tilordnes. Sjelden vil dessuten en rettsvitenskapelig metode tekst (så fremt den vil beholde sin egenskap som en juridisk tekst) helt ut kunne rubriseres som en rettslig imitasjon av det fagfilosofiske standpunkt. Den institusjonelle rammen for produksjonen av rettsvitenskapelige tekster har nemlig oftest juristene som adressater, ikke fagfilosofer, selv der rettsforskerne er filosofisk skolerte (Feuerbach, Savigny, Ross). Selv om rettsforskeren har gjort bruk av f.eks. aspekter av Kants eller Hegels tekster i sin metodetekst vil det sjelden dreie seg om et helt ut 'kantiansk' rettsvitenskapelig modell: tilordning må derfor oftest forståes relativt (avhengig av intensitetsgrad og saksområde) og i den forstand vil den måtte være eklektisk i filosofisk forstand.

Rettsvitenskapelige identitetsmessige utstrekning vil også kunne forsterkes gjennom tilknytning til en rettsvitenskapelig fagdisiplin. Fagdisiplinen representerer et strukturelt element for et rettsvitenskapelig program for så vidt som fagområdene selv – deres forbindelse til ulike rettskildekretser,

samfunnssektorer og rettsideologiske idealer – dikterer visse aspekter av metodespørsmålene som mer varige. Historisk var det bl.a. i tysk rettsvitenskap på 1800-tallet uenighet om hvorvidt 'den juridiske metoden' som var utformet innenfor privatrettslig forskning var en enhetlig overgripende størrelse som omfattet alle rettsområder eller om den snarere var uttrykk for rettskildekretsenes særtrekk og fagområdenes særskilte behov. Diskusjonen om 'den juridiske metoden' viser overhodet til en form for idealistisk behov for å skape enhet av den rettsvitenskapelige praksis.¹⁴

Endelig vil også det geografiske elementet i det rettsvitenskapelige programmet innvirke på identitetsmessige utstrekning. Tyskland var store deler av 1800-tallet fortsatt sterkt regionalt strukturert slik at universiteter i f.eks. sydvest, sydøst, nord og øst ble preget av visse 'kulturelle klima' og derved de kulturelle og politiske tradisjonene som der gjorde seg særlig gjeldende. Hensynet til den desentraliserte statsstrukturen var for eksempel viktig i den omfattende kodifikasjonsdebatten som løp gjennom store deler av 1800-tallet.¹⁵ Følgelig var det et virksomt selvbetegnelsesmiddel å referere til det geografiske. Men det geografiske kriteriet har også svakheter som lett setter identiteten på spill: Er det ikke snarere tilfældigheter som virker inn når et bestemt universitet blir preget av en viss tankegang eller finnes det et stedets betingelser for særskilte rettsvitenskapelige former? Det har vært vanlig å peke på betydningen av det gamle skillet mellom det vest- og østnordiske; i både rettssystem og politisk struktur lå det føringer som gjorde at rettsvitenskapelige programmer også ble knyttet til dette skillet, om enn det i dag synes vanskeligere å operere med et slikt skille.¹⁶ Eller videre: hva er 'skandinavisk' i den skandinaviske rettsrealismen? Finnes dette som en enhet, også når vi tar i betraktning forholdet til de skandinaviske lands politikk og ideologi? Debatt føres nå om forholdet mellom denne rettsvitenskapelige filosofi og dens varierte tilslutning til de former for statlig styring og kollektiv organisert velferds-

¹⁴ Se senest Bernd Schlüter, *Reichswissenschaft. Staatsrechtslehre, Staatstheorie und Wissenschaftspolitik im Deutschen Kaiserreich am Beispiel der Reichsuniversität Strassburg*, 2004, særlig s. 341 flg. Schlüters arbeid har også relevans for det følgende tema om forholdet mellom geografi og rettsvitenskapelige program.

¹⁵ Michael John, *Politics and Law in the Late Nineteenth Century Germany. The Origin of the Civil Code*, 1989.

¹⁶ Dag Michalsen, *Dansk-norsk rettsvitenskap etter 1814 i Jura & Historie, Festschrift til Inger Dübeck som forsker*, 2003, særlig s. 118–122 med videre henvisninger.

politikk som på ulike måter preget de skandinaviske lands sosialdemokratiske politikk på 1900-tallet¹⁷ – noe som bare minner oss om det kompliserte i å definere flere individuelle rettsvitenskapelige program som utslag av en større, mer overordnet, utstrakt identitet.

III Historiske rettsvitenskapelige identiteter

Hvordan har så ulike betegnelser på rettsvitenskapelige retninger eller programmer utfoldet seg historisk? I den følgende analysen begrenser jeg meg til noen eksempler fra nyere engelsk, tysk og norsk rettsvitenskap. Det som interesserer meg er hvordan man i ulike historiske situasjoner definerte den rettsvitenskapelige praksis med betegnelser som på et visst nivå hadde et nokså gitt betydningsinnhold, men som i sine kontekster måtte utfolde seg på ulike måter. Mitt grep for analysen er enkelte motsetningspar som ble brukt som del av det å betegne rettsvitenskapelige posisjoner og som følgelig var med på å gi dem særlig identitet. Formålet er altså ikke å gi bidrag til rettsvitenskapshistorien i og for seg, men bare å tematisere visse aspekter ved dens metodikk.

(1) Det første motsetningspar er skillet mellom *analytisk* og *historisk rettsvitenskap*. Dannelsen av den historiske rettsskolen i tysk rettsvitenskap på begynnelsen av 1800-tallet var en av de mest spektakulære skoledannelser i europeisk rettsvitenskap, og den var også formulert som et motsetningspar mellom den historiske og den uhistoriske (eller 'filosofisk') rettsskolen.¹⁸

¹⁷ Debatten om den skandinaviske rettsrealisme som politisk ideologi er nå omfattende, se bare senest på norsk Sverre Blandhol, *Juridisk ideologi. Alf Ross' kritikk av naturretten*, 1999, Knut Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, 2002, særlig kap 3 og 4 og Erik Friis Fæhn, *Ingen plikt til lydlighet*, 2002, særlig s. 875 flg. Se senest også debatten mellom Claes Peterson og Jes Bjarup i *Juridisk Tidskrift* 2003–04, sml. Dag Michalsen, Hva er 'europeisk rettskultur'? i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004 s. 20–49, (her s. 44–49).

¹⁸ For kildebelegg til striden om tyske betegnelser, se for eksempel Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift i *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815, s. 1–17, G. Hugo, *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1816, s. 1145–1160 og Thibaut, *Heidelbergische Jahrb. der Litteratur* 8, 2 (1815) s. 657–661. Se senest Joachim Rückert, Thibaut – Savigny – Gans: Der Streit zwischen "historischer" und "philosophischer Rechtsschule", i R. Blänkner, G. Göhler und N. Waszek (utg.): *Eduard Gans (1797–1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz*, 2002, s. 247–311.

Holdbarheten av dette skillet er ikke tema her. Men i denne iscenesatte motsetning lå det en sterkt identitetsskapende prosess som gikk utover tysk rettsvitenskap. Motsetningen mellom det 'historiske' (Savigny) og 'uhistoriske' (Thibaut, Feuerbach) ble selvsagt ikke akseptert av de tyske rettsforskere som ble plassert i den siste leieren – debatten om rettsvitenskapens oppgave gikk nettopp gjennom en debatt om innholdet av nøkkelordet 'historisk'.¹⁹ Denne motsetningen fikk imidlertid parallelle (om enn nettopp ikke identiske) former i engelsk og norsk rettsvitenskap i løpet av 1800-tallet. I norsk rettsvitenskap formulerte Schweigaard sitt "analytisk-deskriptive" program for rettsforskning i forståelse med Thibaut og med avstandtaken til Savigny.²⁰ Som følge av Schweigaards innflytelse tok det tid å danne en supplerende historisk rettsvitenskap på norsk, og det finnes heller ingen selvdefinert norsk historisk rettsvitenskap i navnet, om enn klart nok i gavnet, fra rundt 1860.²¹

I engelsk rettsvitenskap derimot utviklet det seg et skarpt artikulert skille mellom det historiske og det analytiske (med egenskapen ikke-historisk) på grunnlag av de særskilte forutsetninger som fantes i engelsk rettsliv og i den viktorianske intellektuelle elite. John Austin hadde på 1830-tallet publisert *The Province of Jurisprudence Determined* som også fikk betegnelsen 'analytisk' knyttet til seg. Fra rundt århundrets midte utviklet det seg en stående motsetning mellom en historisk og en analytisk rettsvitenskap: i 1861 kom både Austins samlede arbeider til *Jurisprudence* for første gang ut (og som innholdt en god del kritikk av Savigny) og Henry Sumner Maines berømte og banebrytende *Ancient Law*. Austin leverte analytiske drøftelser av rettslige grunnbegreper, Maines bidrag var å behandle de samme fenomenene med en historisk-evolusjonær modell. Engelsk rettsvitenskap hadde dermed to sentrale rettsvitenskapelige arbeider med forskjellige perspektiv, noe som ganske raskt ble et tema i seg selv – det ble vanlig å tale om en 'historisk' og

¹⁹ Allment Reinhart Koselleck, *Geschichte i Geschichtliche Grundbegriffe* 2, 1975, særlig s. 658 flg.

²⁰ Se A.M. Schweigaard, *Betraktninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tydskland i Juridisk Tidsskrift*, 1834, s. 292–333, sml Lars Bjørne, *Brytningstiden. Den nordiske rättsvetenskapens historia*, Del II 1815–1870, 1998, kap III.1. særlig s. 240, sml. s. 114–118 som tolker kritikken av Savigny som forsiktig og Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, 2003, kap 4.8. i sammenheng med med kap. 5.7. som gjør den prinsipiell.

²¹ Dag Michalsen, *Det rettsvitenskapshistoriske forskningsfelt i Retfærd* 1999, s. 3–21, særlig s. 16–20 om 'rettsvitenskapelig historisme' og for detaljanalyser Dag Michalsen, *Rettsvitenskapens rettshistorie i TjR* 2002, s. 309–435, særlig s. 323–353.

en 'analytisk' (eller filosofisk) skole i engelsk rettsvitenskap.²² Selv om Austin og Maine representerte idealtypisk to forskjellige rettsvitenskapelige programmer innebar ikke dette at det ene perspektiv utelukket det andre. Til dette kom også debatten om skillet mellom det ideelle og det reelle i to programmene som var del av det å tematisere betegnelsene selv; integrerende tolkninger av de to perspektivene ble ganske snart lansert, og de kom bl.a. fra de sentrale samtidige James Stephen, Stuart Mill og Sheldon Amos. Men skillet forble (semantisk og metodisk) værende som kjennetegn ved engelsk rettsvitenskap, også fordi den tyske historiske skolens reelle og symbolske rolle varte ved.²³

Denne engelske rettsvitenskapelige selvbetegnelsespraksis kan vi også avlese i en tekst skrevet mot slutten av århundret. Som en videreutvikler av de to rettsvitenskapelige definerte identiteter fra tidligere i århundret regnet James Bryce opp fire typer juridiske metoder som gjenspeilte fire ulike rettsvitenskapelige programmer – den metafysiske, den analytiske, den historiske og den komparative metode.²⁴ Bryces mål var å fremheve den historiske og den komparative og diskreditere de to andre som empiriløse rettsvitenskaper. Den metafysiske metoden ga få bidrag til rettsvitenskapen. For etiske eller generelle politiske oppgaver kunne den være av stor interesse, men for den juridiske oppgaven var det lite å hente. Den analytiske metoden hadde også en begrenset verdi. På den ene siden fremholdt programmet opplagte metodiske forholdsregler, på den annen adresserte den lovgiveren snarere enn rettsvitenskapen. Retningen hadde nok hatt en viktig historisk oppgave, bl.a. i kritikken av de arkaiske trekk i engelsk rett på begynnelsen av 1800-tallet, men derved hadde den nå bare "a historical interest".

²² Se inngående om dette Holdsworth, *History of English Law*, 1965, Vol XV s. 341–361, Peter Stein, *Legal Evolution*, 1980, kap. 4 s. 69–98, Schoefield, *Bentham and the Nineteenth-Century English Jurisprudence*, 1991, særlig s. 70–83 og Michael Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence 1760–1850*, 1991, kap 8.

²³ James Stephen, English Jurisprudence i *Edinburgh Review* Vol. CXIV, 1861, s. 456–486 (om Austin og Maine særskilt hhv s. 460–474 og s. 474–481); sml. også K. J. M. Smith, *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian rationalist* (1988) s. 46–49 og W. L. Morison, *John Austin*, 1982, s. 148–151. John Stuart Mill, Austin on Jurisprudence i *Edinburgh Review* Vol. CXVIII, 1863, s. 439–482, Stefan Collini, *Public Moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain, 1850–1930*, 1991, særlig s. 263–265. Sheldon Amos, *Science of Law*, 1874, bl.a. s. 4–6, kap IV s. 47–76 om "The Growth of Law".

²⁴ James Bryce, The Methods of Legal Science in *Studies in History and Jurisprudence II*, 1901, s. 172–208.

Bryce fremmet en historisk metode som var juridisk i det den avgrenset seg mot hhv "antiquarianism" og "general political and social history". De særlige metodeinstrumentene som den historiske metoden hadde utviklet var å forklare regler, begreper og prinsipper ut i fra "special conditions in the country or people where the law in question arose". Dette hadde brodd mot den analytiske retningen universelle rettsoppfatning idet retten bare kunne oppfattes som resultat av et kompromiss "between the past and the present"; Bryce så retten som en "living organism" i det "each nation" gjennom sin "Legal Consciousness" var "the maker and moulder of its law". Bare den historiske metoden kunne gjøre jurister i stand til å forstå retten – definisjonen av rettene temporale egenskaper dikterte karakteren av den juridiske metoden. Også den komparative metoden fremskaffet og analyserte et omfattende materiale med sikte på å avdekke felles trekk i historiske og samtidige rettssystemer. I dette lå tre aspekter. Den komparative metoden søkte å konstruere et system "which shall be Natural because it embodies what men otherwise unlike agreed in feeling to be essential". Naturlige utsagn hadde derved en relativ og tentativ karakter. Det andre aspektet var det 'filosofiske'. Metoden gjorde det mulig å komme "below words and names" og derved oppdage "identity of substance under diversity of description". Og endelig måtte den komparative metode ha et praktisk siktemål. Dette fremkom ved å vise til de særskilte virkemidler som "all (or most) systems" trengte for å realisere sine målsettinger. På denne måten førte Bryce flere overleverte betegnelser sammen til en ny omforent rettsvitenskapelig identitet.

I tekstene til Austin, Maine, Bryce og flere andre av samtidige finnes det altså en tydelig diskurs om rettsvitenskapens identiteter – i sentrum stod det historiske kontra det analytiske. Selv om enkelte intellektuelle forutsetningene for skillet kom fra den tyske debatten, var det de engelske kontekstene som ga meningsfylde til betegnelseskampene. Austin utformet nok sitt analytiske program med referanse til både Thibaut–Savigny-striden, men hans eget bidrag var dels så innovativt og dels en viderefortolker av Bentham-tradisjonen at dette samlet ga 'analytisk' ganske andre egenskaper enn det man kunne lese i Thibauts eller Hugos rettsvitenskapelige program. Også Maines historiske program fremstod som meget annerledes enn den tyske parallell i Savigny (selv om det også der fantes en mengde referanser), noe som fulgte av at Maine utvidet den historiske genese til transhistoriske komparasjoner, noe Bryce igjen omformet til et praktisk rettsdogmatisk program. Allikevel kjente de engelske 'historikere' en viss forpliktelse til Savigny, bare i kraft av det helt allmenne identitetskjenne tegn 'historisk'. På den måten ble det

generert temporale forbindelser mellom lands rettsvitenskaper, uavhengig av de mange underliggende forskjeller som også preget dem.

(2) Mitt andre skille angår oppdelingen i en *teoretisk og praktisk* rettsvitenskap, dette er betegnelser som med ulike omfang og variasjon er blitt brukt i bl.a. norsk og tysk rettsvitenskap. Skillet mellom det teoretiske og praktiske har i gitte rettsordninger både reelle og retoriske funksjoner idet det ble brukt til å gi seg selv identitet – og ikke minst – å gi den andre en pejorativ identitet. Dikotomien praktisk/teoretisk var da også en av de mest brukte betegnelser i tysk rettsvitenskap på 1800-tallet, ofte i så vid betydning at det ikke hadde særlig presis referanse. 1700-tallets 'praktische Jurisprudenz' ble på 1800-tallet møtt av andre former for relasjoner av teori–praksis – oftest uten at ordene ble brukt som betegnelse på selve rettsvitenskapelige programmet, men snarere som del av de kvalifiseringer som ble gitt.²⁵ I løpet av 1800-tallet ble forestillinger om det praktiske koblet til 'livet' eller 'det livsnære' i kontrast til det vitenskapelige-teoretiske; dette kunne utløse de rene identitetsdanser der betegnelsernes egenskaper stadig skiftet karakter. I debatten mellom f.eks. germanister og romanister var disse egenskaper en stående bestanddel.²⁶

I norsk rettsvitenskap rundt århundreskiftet ble det også ført interessante debatter om hvorledes egenskapene teori og praksis skulle knyttes til rettsvitenskapelig identitet. I sin kjente artikkel fra 1888 om rettsvitenskapens oppgaver søkte Francis Hagerup å strukturere denne relasjonen slik at hans program om en moderat konstruktiv rettsvitenskap (se også mer straks under) kunne bli realisert.²⁷ Følgelig måtte han gi begrepsparet en særskilt meningstilordning. Med praksis siktet Hagerup til enhver praktisk anvendelse av rett, om enn særlig domstolspraksis stod sentralt. Målet var – slik det lød i neste alle rettsvitenskapelige selvbilder – å angi hvilke metodiske betingelser som måtte foreligge for at teori og praksis skal kunne "virke gjensidig befruktende paa hindanden".²⁸ For å oppnå dette gjennomførte Hagerup det retoriske grep å etablere visse former av 'teori og praksis' – relasjonen som

²⁵ Grunnleggende Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" an der Wende zum 19. Jahrhundert*, 1979, s. 36 flg og 168 flg.

²⁶ Se de mange referanser hos Joachim Rückert, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1802–1880*, 1973, bl.a. s. 27 flg. og s. 244 flg.

²⁷ Francis Hagerup, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter i *TjR* 1888, s. 1–58.

²⁸ Se for det følgende Hagerup, *Den nyere Retvidenskab*, s. 44.

forkastlige, andre som anbefalelsesverdige. Og denne operasjonen skjedde på nivå av den allmenne identitetsdannelse: hvorvidt de forkastlige formene faktisk ble praktisert i rettssystemet eller ei var ikke tema.

Hagerup delte teori/praksis inn i to nye inndelinger: det fantes en teoretisk og praktisk praksis, og det fantes en teoretisk og praktisk teori. Dette skillet bygget igjen på at det var en forskjell mellom teoriens og det praktiske livs oppfatning av teori/ praksis-skellet: oppfatning i praksis av teorien (dvs. 'det praktiske livs' forståelse av praktisk teori) innsnevret for Hagerup teoriens arbeidsoppgaver og dermed vitenskapelighet: det "hersker ... hos vor Praxis endnu altfor meget den Forestilling, at kun den Teori er 'praktisk' ... som kasuistisk udvikler og kommenterer de gjældende Love saaledes, at Praxis kan finde Udtalelser, der direkte og mekanisk lader sig anvende paa de mødende Tilfælde". Dermed dannes det en praksis som ikke inkluderte teori i ordets vitenskapelige forstand; det ble en praktisk praksis uten innslag av tematisert teori. Denne posisjonen hang igjen sammen med en tilsvarende innskrenkende oppfatning i teoriens selvilde overfor praksis: den har "i altfor høi Grad været tilbøielig at betragte sin hele Opgave som tilendebragt, naar et Præjudikat havde 'løst' et Spørgsmaal". Hagerups ideell mål var imidlertid et langt mer integrert avhengighet mellom teoriens bruk av praksis og praksis' bruk av teorien. Det gjaldt å formulere den riktige koblingen av teoretisk praksis og praktisk teori. Dermed ville heller ikke teori og praksis bli oppfattet som "to grundforskjellige Virksomheder", men de ville kunne hente bestemte egenskaper av hverandre som gjorde dem i stand til bedre å realisere sin respektive funksjoner.

Å identifisere rettsvitenskapens egenskap gjennom relasjon av teori og praksis tangere et annet skille som er blitt oppstilt ganske nylig av Sverre Blandhol, både for rettsvitenskapshistorisk forskning og for mer aktuell bruk. Det dreier seg om skillet mellom en *pragmatisk* og *formalistisk* rettsvitenskap, ment som betegnelser for fortidige og nåtidige eksisterende rettsvitenskapelige retninger, i idealtypisk forstand. Blandhol knytter flere kriterier til pragmatismebetegnelsen, bl.a. anti-fundamentalisme, anti-formalisme, retorisk språkoppfatning, moderat skeptisisme, pluralisme og kontekstualisme.²⁹ Det dikotomiske i definisjonen er selvsagt også rettet mot den motsatte idealtypisk forståtte rettsvitenskap, den formalistiske. Denne oppdelingen kan også godt betraktes som uttrykk for skillet mellom det praksisorienterte og teoriorienterte: Blandhol definerer Ørsted og Schweigaard nett-

²⁹ Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, ms 2003, kap 1.5.

opp som pragmatister i deres egenskap av bl.a. å velge bort aksiomatiske vitenskapsmodeller og la kontingent praksis strukturere vitenskapelige oppgaver og metoder.³⁰ Denne dikotomi av nødvendighet og kontingens har vært en sentral identitetsprodusent i rettsvitenskapen, om enn gjennomgående har det rettsvitenskapelige hegemoni etter 1800 mer fokusert på kontingens enn nødvendighet; iallfall synes nettopp aksept av rettslig kontingens i ellers aksiomatiske systemer å indikere dette.

(3) Intet sted ble dette intrikate metaspråk om rettsvitenskapelig identitet (i form av inklusjon og eksklusjon av det ønskelige og det ikke-ønskelige) som fenomen i seg selv diskutert som i debatten om den såkalte '*begreps-jurisprudens*' ("*Begriffjurisprudenz*"), som også har hatt den noe videre – og mer sympatiske – betegnelsen 'konstruktivisme' – eller i den mer substantiverte form – 'den konstruktive retningen'. Konstruktivisme og begreps-jurisprudens er i uttallige metodetekster fra før århundreskiftet og frem til i dag blitt kontrastert med en rekke rettsvitenskapelige retninger som alle definerte seg mot den egenskap av formalisme og logikk som ble tilskrevet konstruktivisme – det være seg 'sosiologisk', 'frirettslig', 'interesse-jurisprudens', 'rettsrealisme' eller andre betegnelser som ville (og vil) begrepsfeste det faktisk-empiriske og det av-objektiviserte i betegnelsesapparatet som ledsaget de rettslige tolkninger. Iherings lenge forberedte lansering av betegnelsen 'begrepsjurisprudens' i 1884 var like spektakulær som lanseringen av historiebetegnelsen rett etter 1800, om enn med motsatt fortegn.³¹ Et av de interessante trekkene ved historien til 'begrepsjurisprudens' er nettopp betegnelsens funksjon av enhetsstiftende identitet i en uoverskuelig historisk tekstmasse som i tid omfatter meget av metodedebatter fra slutten av 1800-tallet og langt inn på 1900-tallet. Og denne oppgave retter seg mot en tekstmasse som først og fremst viser stor variasjon både hva betegnelsen 'begrepsjurisprudens' sikter til og ikke minst hvilke funksjoner betegnelsen ble gitt i forskjellige sammenhenger. Innen rammen av skiftende metodiske og ideologiske hegemonier har 'begrepsjurisprudens' blitt en takknemlig fi-

³⁰ Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, ms 2003, kap. 4 og 5.

³¹ Grunnleggende nå om tema begrepsjurisprudens er Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffjurisprudenz"*, 2004, for den historiske analysen av betegnelsen i tyskspråklig område se s. 26–112. Se også to tidligere viktige studier som historiserer temaet – Maximilliane Kriechbaum, *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, 1984, og Ulrich Falck, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffjurisprudenz*, 1989, se ellers litteraturanalsen hos Haferkamp s. 5–25.

gur som langt på vei har mistet sin historiske referanse (hvis den overhodet hadde en slik) – og det er blitt et generalisert medium for å konstatere det rettsvitenskapelige forkastlige.

På samme måte som skillet mellom det analytiske og det historiske ble også Iherings skille mellom den logiske (konstruktive) og den teleologiske (samfunnsrelaterte) metode tematisert og integrert i nordisk og norsk rettsvitenskapelig metodekanon.³² Betegnellesapparat som 'begrep', 'begrepsutvikling', 'konstruksjon', 'system', 'formallogisk', 'sosial', 'formål' inngikk i identitetskjenneegnene. Lars Björne har vist hvordan de nordiske metodetekstene knyttet rettsvitenskapelig identitet til det å inkludere og ekskludere på samme tid det konstruktive og det sosiale; det gjaldt å unngå "misbrukene" som en noe svevende Fredrik Stang kunne skrive, uten å si hva dette kunne være.³³ Hagerup – som knyttet sitt rettsvitenskapelige programs identitet til 'den konstruktive skole' – fremholdt denne dobbelthet av inklusjon og eksklusjon, av det å formulere metodenivået som et valg man gjør av begge goder uttrykt gjennom 'begrep' og 'samfunn'.

Hagerup måtte følge rekonstruere en Ihering som forenlig med sitt rettsvitenskapelige program: "En saadan Opgivelse af den juridiske Begrebskonstruktion, der vilde betyde intet mindre end Opgivelse af det, der giver den dogmatiske Retsforskning dens videnskabelige Karakter og i siste Instans betinger vor Evne til at beherske og overskue Retsstoffet og derigjennem ogsaa Sikkerheden og Letheden i dettes praktiske Anvendelse, en saa absurd Tanke er naturligvis ganske fjern fra Ihering." I dette inngikk det å drøfte spørsmålet om rettsreglers formål (f.eks. deres økonomiske eller samfunnsmessige) hadde betydning ved rettsvitenskapelige konstruksjoner av begreper på grunnlag av gjeldende rettsregler – en teleologisk eller logisk begrepsdannelse? Hagerups hovedsynspunkt var at skillet mellom begreper må skje "fordi det gjælder forskjellige Regler", ikke fordi "de forfølger forskjellige økonomiske Formaal". En juridisk konstruksjon som bygger på noe annet enn lovgivningens uttrykkelige bestemmelser kunne ikke ivareta formidlingsfunksjonen av gjeldende rett og en teleologisk begrepsdannelse ville innebære at teleologiske hensyn indirekte ble ført inn som rettskilde ved rettsanvendelsen. I lesingen av Hagerups tekster om metodeintegrasjon merkes at de er blitt skrevet under det tiltakende metodiske hegemoni som ikke lenger

³² Grunnleggende Lars Björne, *Den konstruktiva riktningen. Den nordiske rättsvetenskapens historia*. Del III 1871–1910, 2002, kap. III *passim*.

³³ Fr. Stang, *Indledning til formueretten*, 1911, s. 133–135 (s. 135).

programmatisk fokuserte på begrep og system som det fremste ved den rettsvitenskapelige identitet. Men denne vendingen innebar selvsagt ikke at slike systemhensyn ble irrelevante; i identitetsprosessene ble de bare skjøvet til side til fordel for ord og uttrykk som refererte seg mer til rettens sosiale mekanismer enn til de interne rettssystematiske. Og å diagnostisere diskrepansen mellom rettsvitenskapelige betegnelser og den faktiske praksis forblir meget vanskelig.

Disse debattene foregikk i modernismen tegn: 'moderne' var et sentralt ord – om enn et flyktig og motsigelsesfylt identitetskjennetegn – selv om det i den konkrete betegnelsesbruk nok kunne være forklarende i sitt programmatisk uttrykk.³⁴ Ett siste blikk, nå på amerikansk rettsvitenskapshistorisk forskning, viser bl.a. hvordan betegnelsen "classical" og "modern" er blitt brukt side om side for å begrepsfeste den amerikanske versjonen av den konstruktive retningen definert gjennom egenskaper ved retten som selvforstått autonomi, objektivitet og nøytralitet; Oliver Holmes pragmatisme må da forstås som et første brudd på denne retningen.³⁵ Modernitetens flertydighet ført imidlertid også med seg en mer omfattende bruk – som når ordet "modern" anvendes for å fange inn både den begrepsjuridiske retning (C.C. Langdell) og den noe senere konkurrerende pragmatiske samfunnsorienterte retning.³⁶ Da fjerner man seg fra det å betrakte rettsvitenskapelig praksis – og følgelig dens betegnelses- og identitetsdiskurser – på et detaljnivå. Både de konstruktive og de samfunnsorienterte retninger kan da godt betraktes som funksjonelt sett uttrykk for et felles metodisk grep, som en metodisk modalitet av den sammensatte rettslige modernitet.³⁷

³⁴ I England knyttet Fr. Pollock modernitetskriteriet til romersk rett, abstraksjon og rettslig universalisme og sluttet at romersk rettstenkning "are already more modern and abstract than ours" dvs den til Common Law se Fr. Pollock, Vocation of the Common Law i *Law Quarterly Review* 1895, s. 323–336 (her s. 331). Fra italiensk rettsvitenskap ble betegnelsen 'moderne' brukt noe annerledes gjennom "modernismo giuridico" som bl.a. Cesarini Sforza i 1912 kalte sin respons til friretsbevegelsen, se Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860–1950*, 2000, s. 102–108. På samme måte definerte Gunnar Astrup Hoel sitt rettsvitenskapelige program som "den moderne retsmetode" og som signaliserte overgangen fra "Konstruksjonsmetode til Beslutningsmetode", se Astrup Hoel, *Den moderne Retsmetode*, 1925, s. 9 flg. og 101 flg., sml. også Sverre Blandhol, Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrups Hoels forfatterskap i *TJR* 2004, s. 1–19 (her særlig s. 7–8).

³⁵ William M. Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought. Law and Ideology in America 1886–1937*, 1998, bl.a. s. 175 flg.

³⁶ Slik f.eks. Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, 1995, s. 13 flg.

³⁷ Se særlig Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, kap 8 (se særlig s. 384–393).

IV Avslutning

Er det da bare et tilfeldig forhold mellom rettsvitenskapelig praksis og de rettsvitenskapelige identitetsbetegnelser, mellom det som betegnes og tegnet? Hvis forskjellen mellom praksiser i 'realiteten' ikke er så stor – er da forskjellene i denne rettsvitenskapelige praksis bare modaliteter av de enkelte rettssystemers nokså likartede struktur og virkemåter? Hvis Puchta ikke var en representant for begrepsjurisprudens og Hagerup ingen konstruktivist, eller hvis Fr Stang ikke var frirettsforfatter – hva skiller da disse forfatternes rettsdogmatiske argumentasjon fra hverandre? Utvilsomt er det en god del tilfeldigheter i relasjonen mellom på den ene siden identitetsdiskursens utforming uttrykt i selvbetegnelser og på den annen side karakteren av den rettsvitenskapelige praksis. Identitetskjennetegn er derfor ikke avgjørende for vår tolkning av den rettsvitenskapelige praksis, men den er – når den engang er blitt knyttet som et navn til denne praksis – også uløselig bundet til våre tolkninger, enten bekreftende, avvisende eller undersøkende. 'Den konstruktive skoles' rettsvitenskapelige praksis uttømmes selvsagt ikke gjennom de egenskapene som ligger i den konstruktive skoles egen identitetsdiskurs (begrep, system, etc.). Men denne diskurs vil allikevel være viktig for både retningens egen og andres oppfatning av karakteren til den rettsvitenskapelige praksis. Over tid genererer imidlertid dette relasjonsspillet av betegnelse/identitet og rettsvitenskapelig praksis det som Jacques Derrida har kalt "utsettelse av mening": den uopphørlige bevegelse i de rettsvitenskapelige selvidentiteter viser til det foreløpige og motsigelsesfylte i all identitetsdiagnose – når Hagerup formulerer sin konstruktivistiske posisjon gjør han det i en tekst som samtidig rommer de beste argumenter mot konstruktivismen selv.

En annen måte å betrakte likheter og ulikheter i rettsvitenskapelig praksis er å forstå det som utslag av stil som artikulerer et bestemt vitenskapsspråk og vokabular, skapt av tid og sted. Rettsvitenskapelige tekster er også litteratur og som derfor også kan undersøkes gjennom estetiske kategorier, slik som 'stil'. Stil finnes både nomotetisk som en epokes stil og idiografisk som en enkeltforfatters stil – mellom disse kategoriene kan det være spenninger av forskjellig slag.³⁸ Språkets rolle i de rettsvitenskapelige tekstene er en viktig bestanddel i det som blir definert som og oppfattet som identitet, og det er følgelig glidende overganger mellom rettsvitenskapelig *stil* og

³⁸ Se et eksempel på dette Jens Evald, *Ragnar Knoph*, 2003, s. 86–92.

rettsvitenskapelig *mening*: Savignys litterære stil hentet meget av sin kapital fra den tyske idealistiske filosofiske språkføring som samtidig representerte et viktig meningsskikt i hans tekster. Men 'alt' er ikke bare tegnspill og litterær stil: Utover identitetsdiskursens estetiske og kulturelle karakter griper også det institusjonelle aspekt inn gjennom rettssystemets og rettsideologiens samfunnsfunksjoner i det den materielle struktur derved også er med på å forme rettsvitenskapelige identiteter.

Disse observasjonene har også føringer på det vi kan kalle den rettsvitenskapshistoriske metode. Det rettsvitenskapshistoriske normative i historiene til den rettsvitenskapelige identitetspraksis ligger i det doble i å både akseptere og ikke akseptere slike fortidige betegnelser. Særlig problematisk er nok kanskje en fortsatt bruk av de fortidige betegnelser som er dannet i polemiske situasjoner, og vi kan spørre hvor heldig det er historisk å generalisere slike selvbeskrivelser som historisk identiteter (selv om dette bare gjøre på et semantisk nivå)? De to store retninger på 1800-tallet – den historiske skolen och den konstruktive retningen – skulle vi heller finne andre betegnelser som ikke i så stor grad imiterer fortiden og som heller uttrykker en historisk refleksjon som denne fortid selv ikke kunne ha? På den annen side er dette historiske betegnellesapparatet del av det rettsvitenskapelige tekstkorpus og tradisjon, og følgelig vil det være del av den rettsvitenskapshistoriske tematisering. Uansett kommer vi ikke utenom det å bruke rettsvitenskaps-historiske representasjoner i vår begrepsfesting av de fortidige temporale enheter, og som gjennom våre tolkninger fortettes til identiteter.

Kjell Å. Modéer

Östersjöområdets rättsliga kartor – rättskulturella konstruktioner i förändring

Preambeln: Till Lars!

Rättshistoria är förvisso en spännande framtidsdisciplin! Vår tids rättsvetenskapliga teori- och metoddiskurser har på nytt berett plats för en historisk argumentation med såväl paradigmatiska (diskontinuerliga) som djupstrukturella (kontinuerliga) perspektiv. Lars Björne har genom sin gedigna forskningsinsats om den nordiska rättsvetenskapens historiska utveckling lagt grunden för fortsatt forskning om de nordiska juristernas kunskapsstrukturer och om juristkulturerna i de nordiska länderna. I denna artikel – tillägnad Lars – vill jag söka visa hur den komparativa rätten såväl i tid som i rum erbjuder viktiga forskningsområden också i vår europeiska region.

Kartan som metafor och rättsliga konstruktioner

Det är den portugisiska rättssociologen Boaventura de Sousa Santos som senast använt kartmetaforen för att illustrera och beskriva sina rättsliga konstruktioner.¹ Han ritar sina mentala kartor för att synliggöra en postmodern och postkolonial värld. Med hjälp av metaforiska begrepp som ”södern”, ”gränsen” och ”barocken” låter han oss upptäcka både skillnader och likheter mellan de globalt dominerande västerländska rättskulturerna och de i den postkoloniala tredje världen, i Latinamerika, Afrika och Sydostasien. Han lär oss upptäcka nya perspektiv.

¹ Boaventura de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 *Journal of Law and Society* 1987, 279 ff. – B. de Sousa Santos, *Three Metaphors for a new Conception of Law: The Frontier, the Baroque and the South*, 29 *Law & Society Review* 1995, s. 569 ff.

De Sousa Santos' viktigaste budskap är dock enligt min uppfattning, att han skapar medvetenhet om våra vetenskapliga *konstruktioner*. Kartan blir den konstruktion vi behöver i den nuvarande rättsvetenskapliga diskursen när dagens jurister å ena sidan ska försöka att tillämpa sina traditionella systematiska konstruktioner i en förändrad värld, och å andra sidan vill – eller kanske rättare måste komma bort från 1900-talets modernistiska begreppssfär. En sådan medvetenhet om vårt nuvarande modell- eller systembygge hjälper oss att bättre förstå de historiska rättssystemen – just som *konstruktioner*.

I denna artikel inskränker jag mig till att undersöka juristernas rättskultur och ställer frågan: hur har juristerna i Östersjöområdet konstruerat sina identiteter – och varför?

Rättslig komparation i tid och rum

För att kunna besvara den frågan måste vi utgå från rättsvetenskapens metadiscipliner, de som i Tyskland benämndes "Grundlagenfächer", dvs. rätthistoria, komparativ rätt och allmän rättslära. Juristernas identiteter är nämligen nära förbundna med de föreställningar som juristerna skapar om tid och rum med hjälp av sina rättsliga kunskapsstrukturer.

I detta sammanhang är det tillräckligt att gå drygt hundra år tillbaka, närmare bestämt till sekelskiftets Paris 1900. Där avhölls i anledning av sekelskiftet avhölls en imponerande världsutställning. Till den europeiska världsmetropolen kom folk från de mest skilda kulturer, nya tekniker och infrastrukturella fenomen hade gjort det möjligt att här sammanföra representanter för industri och handel från hela världen. Folkens kulturer skilde sig åt, men den nya industriella tekniken kunde nyttiggöras över hela världen.

I anledning av världsutställningen kom detta år också vetenskapsmän från hela världen till Paris. Där grundades exempelvis en världsförening för jämförande litteratur² och även juristerna samlades till en i dag legendarisk kongress i *Société française de législation comparé*. Därefter har regelbundet arrangerats internationella konferenser i komparativ rätt.³

² Carl Fehrman, *Litteraturhistorien i Europaperspektiv: Från komparation till kanon*. [Absalonserien 15], Lund 1999.

³ Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen 1971, s. 2. – Roderick Munday, *Accounting for an encounter*, i Pierre Legrand & Roderick Munday, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge 2003, s. 3.

Vid sekelskiftet 1900 fanns det särskilda skäl för juristerna att nyttiggöra komparativrättsliga perspektiv. Modernismen synliggjordes på skilda sätt i samhället. Sekularisering, urbanisering och industrialisering utgjorde viktiga förutsättningar för den moderna demokratins genombrott. De växande starka socialstaterna i Europa behövde legala förebilder med väl fungerande funktionella normativa begrepp. Denna funktionella ansats var den mest framträdande för den tidens komparativister. Det hade en viktig förklaring i den tidens nationalstatstänkande och den historiska rättsskolan. Rudolph von Jhering hade med en ironisk formulering identifierat den tyska rättsvetenskapen som begreppsjurisprudens, *Begriffsjurisprudenz*. I den moderna socialstaten iklädde juristerna rollen av socialingenjörer. Den främste franska representanten av den legislativa skolan var också samtidens kanske mest betydande komparatist, Edouard Lambert.

Det fanns emellertid också vid denna tid en annan grupp av rättsjämförare, som intog en helt annan rättsvetenskaplig position och som fann helt andra rättsjämförande forskningsuppgifter. De sökte sina förebilder hos Montesquieu och hos 1800-talets tyska universalhistoriker som Thibaut och Gans. De prioriterade i sina rättsjämförelser de kulturella och historiska sammanhangen. Med vår samtida terminologi arbetade den legislativa gruppen främst med normativa *texter*, de var regelorienterade, medan den andra fängslades av *kontextuella* frågeställningar. Den främste företrädaren för den kontextuella skolan var Lamberts lärare, Raymond Saleilles.

I 1900-talets fortlöpande moderniseringsprocess har Saleilles och hans företrädare för ämnet komparativ rätt konstant varit i minoritet, och denna grupp har successivt haft allt färre representanter.⁴ Denna dikotomisering av ämnets forskningsuppgifter för ett sekel sedan ska vi emellertid ha i minnet, när vi i dag jämför den med dagens rättsvetenskapliga situation. Finns det i dag en kontinuitet eller en diskontinuitet i vår tids komparativrättsliga perspektiv? Eller mer provocativt formulerat, kan vi överhuvudtaget bortse från de historiska och kulturella dimensionerna av ämnet, när vi i dag försöker att identifiera rättskulturerna i östersjöområdet?

⁴ Kjell Å. Modéer, *Der Verlierer als Sieger. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung – ein neuer Schulstreit*. I Kjell Å. Modéer (red.), *Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration. Festschrift till Heinz Mohnhaupt*. Stockholm 2002, 93 ff.

Modernismens lösningar

För vår analys står efterkrigstidens moderna västerländska rättssystem i fokus. De främsta företrädarna för den komparativa rätten under 1950- och 60-talen var i hög grad präglade av en tidsanda, som fortfarande hade andra världskriget som en skuggande fondbild. Tidens nyckelord var universalism. Det sena 1940-talets europeiska jurister var starkt påverkade av naturrättsliga föreställningar. De bidrog till att *konstruera* inte bara FN:s deklaration om mänskliga rättigheter, som antogs i Paris 1948, utan också Europarådets konvention för mänskliga rättigheter 1950.

Den tidens komparativister både i USA och i Europa försökte samtidigt att i sina konstruktioner finna universella, harmoniserande lösningar. Vilka grundvärden var gemensamma för oss människor? *Dignitatis humanae*, *human dignity*, *Menschenwürde* – vi finner denna värdestabila terminologi överallt: vid det andra vaticankonciliet 1962–65, i de amerikanska *civil rights*-diskurserna på 1950–60-talen och i den västtyska författningens preambel 1949. Dessa universalister fanns också bland rättskomparativisterna. Vid University of Chicago var det den tyske immigranten Max Rheinstein som var den främste representanten för denna skola, och i Europa var det dels i Frankrike René David, som utgav 1950-talets legendariska arbete, *Les grands systèmes de droit contemporains*,⁵ och dels kring 1970 de båda tyska komparativisterna Konrad Zweigert och Hein Kötz. Samtliga utgick från ett västerländskt perspektiv och skapade de moderna universella systemkonstruktionerna. René David talade om *rättsfamiljer*, Zweigert och Kötz om *rättskretsar*, och dessa territoriella enheter identifierades med hjälp av efterkrigstidens västerländska geopolitik: den romanska, den tyska, den anglo-amerikanska och den socialistiska rättskretsen. Till dessa rättskretsar fördes också de koloniala eller subalternas rättssystemen i Asien, Afrika och Latinamerika. Den romanska rättskretsen och dess *Codes Napoleon*-kultur omfattade exempelvis de länder i Afrika och Latinamerika, som under kolonialtiden tillämpat franska och spanska kodifikationer, och under den anglo-amerikanska rättskretsen och dess *case law*-kultur fogades exempelvis Sydafrika, Indien och Australien.

Zweigert och Kötz identifierade också en nordisk rättskrets. Den ansågs vara en hybrid, "*in between*", mellan *civil law*-systemen och *common law*

⁵ René David, Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris 2002.

-systemen. Den nordiska rättskretsen, som omfattade rättsordningarna i de nordeuropeiska länderna,⁶ lät inte inordna sig i varken *common law* eller *civil law* -kategorier.⁷ Historiskt och politiskt tillhörde Danmark, Island och Norge det *västnordiska* territoriet med politiskt och vetenskapligt centrum i Köpenhamn, medan Sverige och Finland bildade en *östnordisk* enhet med politiskt centrum i Stockholm och vetenskapligt i Uppsala.⁸ Dessa geopolitiska och rättskulturella kartor ändrades först i början av 1800-talet. Student-skandinavismen utgjorde en förutsättning för den rättsliga harmoniseringsprocess som från slutet av samma sekel involverade de skandinaviska länderna i ett lagstiftningssamarbete, som kom att harmonisera en stor del av civilrätten, framför allt avtalsrätten, köprätten, familjerätten, arvsrätten och upphovsrätten. De nordiska juristernas nätverk konsoliderades också från denna tid genom regelbundet återkommande Nordiska juristmöten och nordiska juridiska tidskrifter. Senare kom de gemensamma upplevelserna under andra världskriget att emotionellt svetsa samman en omfattande efterkrigs-generation av nordiska jurister.⁹

Efterkrigstidens komparativister ritade således sina rättssystematiska kartor utifrån ett västerländskt perspektiv med programmatiska och universalistiska värderingar och harmoniserande målsättningar. Följdriktigt blev övriga rättssystem i världen med detta perspektiv styvmoderligt behandlade. Fjärran östern, den islamiska rätten och det hinduiska rättssystemet erhöll exempelvis endast ca 30 avslutande sidor i Zweigerts och Kötz' 450 sidiga framställning. Det var ett påtagligt bevis för det fenomen som sedermera den postkoloniala devisen uttryckte: "vi och den andra", "*We and the other*". Det var en konstruktion som väl passade in i efterkrigstidens modernistiska synsätt, där den normativa positivistiska regelkomparationen nära nog hade monopol på den komparativa rätten.

⁶ Dvs. Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige.

⁷ Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band I: Grundlagen. Tübingen 1971, s. 339 ff.

⁸ Inger Dübeck, *De nordiske lovbøger 1683, 1687 og 1734*, Rättshistoriska studier, Bd 14. Lund 1988, s. 53 ff.

⁹ Kjell Å. Modéer, "*Den kulan visste var den tog!*" *Svenska juristers omvärldssyn 1935–1955. Festskrift till Per Henrik Lindblom*. Uppsala 2004, s. 443 ff.

Senmodernismens alternativ

Mot denna bakgrund kan vi nu närma oss den nu aktuella situationen, och vår tids behov av att konstruera nya rättsliga kartor.

En av den komparativa rättens främsta företrädare under efterkrigstiden, professor John Merryman på Stanford University, framhöll i en intervju för några år sedan att ämnets framtida *forskningsuppgifter* inte kan få påverkas av den dominerande formen av regelorienterad forskning, vilken han med rätta från ett rättsvetenskapligt perspektiv betraktade som en relativt trivial företeelse.¹⁰ Den postmoderna forskningen från 1970-talet och framåt kan beskyllas för många överdrifter och modeinslag av dagslände-karaktär, men för den rättsvetenskapliga forskningen har den, trots detta, varit av stor betydelse, genom att den lärt oss att se på rätten inte bara från det modernistiska *antingen – eller* perspektivet. I stället har den fragmentiserat bilden och ställt de monolitiska och positivistiska perspektiven i en offside-position. I dag ser vi rätten ur ett *både – och* perspektiv. Vi lever inte längre i homogena nationella rättskulturer. I stället är såväl stat som samhälle i våra dagar fragmentiserade i heterogena rättskulturer. Det måste därför vara rättsvetenskapens, och i synnerhet de komparativt orienterade rätthistorikernas uppgift att utifrån rätthistoriska och rättskulturella utgångspunkter utveckla nya modeller, nya strukturer och nya perspektiv på den rättsliga såväl makro- som mikronivå.

Den nya geopolitiska situationen efter ”die Wende” och Sovjetunionens sammanbrott ca 1990 har skapat helt nya förutsättningar – och utmaningar – för länderna i Östersjöområdet. Rättskulturer utsetes för påtagliga förändringar och stod nu inför ett vägskäl: antingen en dramatisk, revolutionär, paradigmatisks förändring, eller en kontinuerlig och evolutionär knuten till rättens djupstrukturer. I de flesta länderna runt Östersjön har frågan om diskontinuitet eller kontinuitet aktualiserats på ett påtagligt sätt.

I det återförenade Tyskland blev de nya Förbundsländerna inkorporerade i det västtyska rättsstatliga konceptet. Den västtyska författningen 1949 blev en konstitution också för det gamla DDR:s territorier. Rättskulturer i Sovjetunionens före detta satellitstater kom från ca 1990 framför allt att präglas av en ny författningskultur. De rättskretsar som Zweigert & Kötz hade konstruerat, var avsedda för privaträttsliga system, inte för offentligrättsliga.

¹⁰ Pierre Legrand, John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue, 47 *American Journal of Comparative Law* 1999, s. 4.

Juristkulturerna fick emellertid nu sina nya förutsättningar definierade i den politiska filosofins principer: Antingen en paradigmatiske förändring genom reception av Montesquieus *maktodelningslära* eller en kontinuerlig fortsättning med Rousseaus *folksuveränitet*. Författningsutvecklingen i de baltiska staterna, Polen och Tyskland under det senaste decenniet har påvisat svårigheterna att kunna implementera en författningsändring utan att samtidigt repliera på en ny generation av utbildade representanter för juristyrkena. Dessa vet hur begrepp som demokrati, rättsstat och mänskliga rättigheter – vilka samtliga klargör den författningsmässiga individuella friheten i förhållande till staten – ska tolkas.

I de nya förbundsländerna i Tyskland var det genom tillgången på västerländskt skolade jurister möjligt att genomföra en rättslig revolution, medan det i de övriga Östersjöländerna – just i anledning av denna brist på rättsstatligt fostrade jurister – uppstod en betydligt svårare och mer komplicerad rättskulturell situation.¹¹

Utvecklingen i de nordiska länderna har också blivit mer komplicerad. Det gamla harmoniseringskonceptet fick sin dödsstöt 1972, när det Nordiska juristmötet firade sin sekularfest i Helsingfors. Den dåvarande socialdemokratiska svenska regeringen under Olof Palme representerades vid detta tillfälle av den ställföreträdande justitieministern Carl Lidbom. Lidbom framförde den svenska regeringens lyckönskningar och tackade för det hittillsvarande framgångsrika nordiska lagsamarbetet, men nu hade detta enligt honom kommit till en slutpunkt. Den progressiva och reforminriktade svenska regeringen ville fortsättningsvis genomföra sina lagreformer i sin egen (snabbare) takt för att kunna genomföra den moderna välfärdsstaten. De övriga nordiska länderna fick gärna delta i det svenska lagstiftningsarbetet om de ville; om det inte var fallet tackade den svenska regeringen för det gångna århundradet och gick ensam vidare i reformarbetet av den svenska lagstiftningen.¹²

Sedan 1972 har Nordens rättskulturella kartor successivt förändrats. Samma år anordnades i Norge och Danmark folkomröstningar om ländernas deltagande i de Europeiska Gemenskaperna. Norge röstade nej och Dan-

¹¹ Om förhållandena i de nya förbundsländerna efter "die Wende", se Inga Markowitz, *Die Abwicklung*. München 1993. Densamma, Justice in Lüritz, 50 *American Journal of Comparative Law*, 2002, s. 819 ff.

¹² Kjell Å. Modéer, Asien börjar i Malmö. Om rättskulturer i Öresundsregionen, i Henrik Dam, Lise Dybdahl og Finn Taksøe-Jensen (red.), *Jura & Historie. Festskrift till Inger Dübeck som forsker*. Köpenhamn 2003, s. 81 ff.

mark röstade ja. Sedan 1973 är således Danmark med säravtal medlem av de Europeiska Gemenskaperna. 1994 genomfördes på nytt folkomröstningar i de nordiska länderna, nu om deltagande i den Europeiska unionen. Finland röstade ja, likaså Sverige om än mer tveksamt, och i Norge blev omröstningsresultatet än en gång negativt. Nu var Danmark, Finland och Sverige medlemmar, medan Norge och Island stod utanför.

De gångna tio åren efter omröstningarna visar också entydigt, att de nordiska länderna inte längre präglas av en harmoniseringskultur. Tvärtom, Finland har nära nog fullständigt anpassat sig till en EU-kultur, i Sverige är EU-kritikerna f.n. i flertal, och Norge har genom sitt ställningstagande 1994 kommit att stå utanför de europeiska nätverk som juristerna i de övriga nordiska länderna har tillgång till. Mot bakgrund härav kan man ställa den viktiga frågan: är den nordiska rättskretsen fortfarande en relevant konstruktion? Kanske vore det mot bakgrund av den uppkomna geopolitiska situationen bättre att jämföra de kontextuella skillnaderna i de nordiska ländernas rättskulturer – inte likheterna? Och kanske ska vi i dag försöka att finna nya parametrar för att identifiera rättskulturerna i Östersjöområdet?

Norden som en territoriell periferiregion i Europa är i dag inte lika självklar som tidigare. Den nya regionen i norra Europa har istället blivit Östersjöområdet. Den revolutionära förändringen av de rättsliga förhållandena i Östeuropa har beträffande rättskulturerna tillfogat intressanta dimensioner, nämligen de historiska, de traditionsmedvetna och det identitetsskapande. En rättslig identitet är per definition historiskt betingad.

Den kvardröjande modernismen

Modernismen ligger alltså bakom oss och därmed också efterkrigstidens gamla, modernistiska komparativrättsliga konstruktioner. I stället är det nu vår uppgift att försöka identifiera och utveckla de postmoderna eller senmoderna konstruktioner, som ska hjälpa oss att kunna rita de nya rättskulturella kartorna i vår region.

Den nya geopolitiska situationen i Östersjöområdet utgör inte den enda förändringsfaktorn. Också globaliseringsdiskurserna kan hjälpa oss i vår identifikationsprocess. De postkoloniala och postimperialistiska förhållandena i Asien, Afrika och Latinamerika har sina paralleller i satellitstaterna till f.d. Sovjetunionen. Dessa nya politiska och rättsliga förhållanden har också bidragit till nya perspektiv och metoder till den komparativa rätten. En viktig

nyhet är behovet av en kontextualisering av rättens makrosystem. En annan nyhet är de senaste decenniernas omfattande kulturdiskurs som också haft betydelse för den rättskulturella perspektiviseringen.¹³ Detta nya interdisciplinära förvetenskapligande av den komparativa rätten har under de senaste åren visat sig vara både mångsidig och fruktbar. I synnerhet i USA har dessa diskurserna vunnit stark terräng.

Det betyder att vi för närvarande är inne i en förändringsprocess i vilken de modernistiska metoderna framstår som traditionella och konservativa, medan de post- eller senmoderna perspektiven och metoderna utgör de kreativa förnyarna. Fortfarande är traditionalisterna, dvs. företrädarna för en regelorienterad komparativ rätt, i majoritet. Lamberts ättlingar företräder en pragmatisk och truistisk position, som hävdar att de flesta komparativa forskningsuppgifterna måste vara regelorienterade, och att den komparativa rätten i en av de multinationella advokatbyråerna styrd värld alltmer krasst koncentreras till en praktisk kommersiell nödvändighet, *practical commercial necessity*.¹⁴ Det är därför ”en relativt sett mycket liten grupp av rättsvetenskapsmän som föredrar att fokusera på och jämföra de skilda rättssystemens mer allmänt rättsliga och sociala kännetecken och till och med hela grupper av rättssystem”.¹⁵ Här är inte platsen att bemöta kommersiella eller kvantitativa argument, inte heller att hävda att en regelorienterad komparativ rätt skall förkastas. Varje rättsvetenskaplig disciplin utgår från regler och normer. Nej, förändringen innebär att texten förutsätter en kontext. Det är inte *antingen–eller* utan *både–och*.

En traditionell, positivistiskt orienterad regelkomparativist kan till och med uttala: ”En svensk komparativist som jämför sin egen lag med den i någon av de andra nordiska länderna behöver normalt sett inte ägna mycket tid att studera samhället där, för det kan anses var likt den i Sverige.”¹⁶ Frågan om en komparativist ska jämföra likheter eller skillnader reduceras av samma forskare till en fråga av rent pedagogisk natur, ”eftersom likheter och

¹³ Kjell Å. Modéer, Vad är rättskultur? Om vår tids historiska skolstrid vid juridisk fakultet. I Lars M. Andersson m.fl. (red.), *Rätten. En festskrift till Bengt Ankarloo*. Lund 2000, s. 384 ff.

¹⁴ Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*. Oxford 2003, s. 66.

¹⁵ Michael Bogdan, *On the value and method of rule-comparison in comparative law. Festschrift für Erik Jayme*. 2004, s. 1233 ff (1235).

¹⁶ ”A Swedish comparatist comparing his own law with that of one of the other Nordic countries does not normally have to devote much time to studies of the society there, because it can be presumed to be similar to Sweden.” Bogdan, a.a., s. 1239.

skillnader är två sidor av samma mynt: en likhet är ingenting mer eller mindre än brist på skillnader, och skillnader är ingenting annat än brist på likheter".¹⁷ I de nordiska länderna bör man enligt samme forskare av rent praktiska skäl intressera sig för att försöka hitta förklaringar till skillnader i stället för att presentera de i stort sätt uppenbara förklaringarna till likheterna, "i vart fall när de förväntade läsarna också kan förväntas vara medvetna om de nära historiska, geografiska, kulturella, språkliga, religiösa etc. banden mellan de nordiska länderna".¹⁸

Med detta modernistiska synsätt följer ett försvar av efterkrigstidens konstruktioner. Syftet med rättsfamiljerna blir med ett sådant perspektiv främst pedagogiskt. Deras huvudsakliga syfte blir att underlätta det för studenterna och andra att få en snabb introduktion till och överblick av den fantastiska mångfald av rättssystem som finns i världen idag.¹⁹ Också den senmoderna kritiken av de universalistiska rättssystemens euro-amerikanska dominans avfärdas med det pragmatiska argumentet att "så länge som de flesta läsare och studenter av kommersiella eller andra praktiska orsaker i första hand är intresserade av att lära sig den västerländska rätten" finns ingen anledning ändra den vetenskapliga positionen.²⁰ Vågar man påstå att den komparativa rättens modernistiska företrädare själva reducerat disciplinen från en forskningsposition till en mer pragmatisk utbildningsposition från vilken ämnets metodologiska och teoretiska frågor blir både obetydliga och oviktiga? I så fall kan hävdas att det modernistiska kunskapsparadigmet i Thomas Kuhns mening nu är fullbordat, och att det inte återstår annat än att skriva eller snarare bekräfta den slutliga läroboken.

¹⁷ "As similarities and differences are two sides of the same coin: a similarity is nothing more or less than lack of differences and a difference is nothing else than lack of similarity." Bogdan, a.a., s. 1240.

¹⁸ "When presenting the results of a comparison between legal rules of two closely-related legal systems, for instance the legal systems of the Nordic countries, it is normally more interesting to search for explanations for the differences that one has found than to provide the largely obvious explanations for similarities, at least when the addresses (the expected readers) can be expected to be aware of the close historical, geographical, cultural, linguistic religious, etc. ties between the Nordic countries. Bogdan, a.a., s. 1240.

¹⁹ "They serve mainly to facilitate students and others to obtain a quick introduction into and overview over the amazing multitude of legal systems existing in the world today." Bogdan, a.a., s. 1241.

²⁰ "It is, for example, wrong to criticise the prevailing divisions for being 'Euro-American-centric', i.e. for dealing in more detail with Western legal systems than with the legal systems of, for example, Africa, as long as most readers and students are, because of commercial and other practical reasons, primarily interested in learning about Western law." Bogdan, a.a., s. 1241.

Hur formuleras en ny rättslig kartografi?

Avslutningsvis kan därför frågan ställas: Vilka nya rättsjämförande metoder kan bidra till att utveckla en ny rättslig kartografi?

Som Ulrich Beck formulerat det: Om modernismen präglats av ett *an-tingen–eller* perspektiv, så utgår vår tids senmodernism från ett *både–och* perspektiv.²¹ För att kunna rita nya kartor krävs alternativa lösningar. Allt sedan 1800-talet har den komparativa rätten i första hand varit en privaträttslig angelägenhet. Eftersom nära nog samtliga länder runt Östersjön numera blivit medlemmar av den Europeiska Unionen, kommer deras rättskulturer också att utvecklas inom ramen för en form av federativ författningskultur präglad av integration. I framtiden måste således rättskulturerne inte bara jämföras utifrån ett privaträttsligt perspektiv utan också ur ett författningsrättsligt.

I den amerikanska Högsta domstolen framhöll den konservative domaren Antonin Scalia för några år sedan i ett avgörande, att "comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a constitution, though it [is] of course quite relevant to the task of writing one".²² *Mutatis mutandis* är detta uttalande i så måtto också relevant för den europeiska diskursen, eftersom förslaget till en ny europeisk författning för närvarande remitterats till medlemsländerna för ställningstagande. Den nya europaförfattningen omfattar inte bara institutionella regleringar; författningstexten är också inbäddad i det man vill betrakta som gemensamma kulturella, politisk-filosofiska värderingar. De politiska reaktionerna och de rättskulturella diskurserna i anledning av författningsförslaget tecknar redan det ett viktigt mönster för den nya rättskulturella kartbilden. I en alltmer gränslös värld med öppna gränser spelar överhuvudtaget den komparativa rätten en allt viktigare roll i uttolkningen av en ny författning, i vart fall i jämförelse med synen på den historiska konstitutionen i USA från 1787. 1990-talets nya författningar har andra tolkningsmönster. I Sydafrika har exempelvis författningsdomarna i tolkningen av den postkoloniala s.k. Mandela-författningen 1994 beträffande tillämpningen av dödsstraffet åberopat sig på utländska förebilder, när detta straff enligt domarnas uppfattning inte skulle tillämpas.²³ Komparativ kons-

²¹ Ulrich Beck, So macht Gleichheit Ungleiche aus uns allen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Feuilleton, Nr 235 (8.10.2004), s. 36.

²² *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 n. 11 (1997).

²³ "Germany after Nazism, Italy after fascism, and Portugal, Peru, Nicaragua, Brazil, Argentina, the Philippines and Spain all abolished capital punishment for peacetime offenses ... It is not unreasonable to think that similar considerations influenced the framers of our Constitution as well." – Ruti Teitel, Comparative Constitutional Law in a Global Age, [Book review], 117 *Harvard Law Review* (June 2004), s. 2588, fotnot 82.

titutionalism är ett idag växande forskningsområde, inom vilket såväl historiska och politiska kontexter som särskilt demokratiska transformationsprocesser erbjuder viktiga parametrar för rättskulturforskningen.²⁴

Ett annat raster för att identifiera de rättskulturella kartorna i Östersjöområdet kan förhållandet mellan rätt och religion erbjuda. I USA har professor Harold J. Berman hänvisat till de religiösa trossystemen som ett relevant kartraster för rättskulturer. Vid Östersjönationernas östgräns finner vi från norr Gammelstads senmedeltida stenkatedral längst in i Bottenviken vid Luleå via Åbo, Tartu, Vilnius, Krakow, Prag till Istanbul i söder en gammal historisk gräns mellan de romersk-katolska katedralerna och de grekisk-ortodoxa kyrkorna. I de senmoderna rättskulturer synliggörs religionerna på nytt, de spelar åter en viktig roll i nationernas offentliga liv. Sekulariserings- och avkristningsfenomen i en s.k. samhällsreligion, *civil religion*, konkurrerar med andra världsreligioner, ex.vis islam, inom vilken de familjerättsliga sharia-lagarna och sharia-domstolarna också gör anspråk på att åberopa sig på i vart fall informella jurisdiktioner. Religionernas plats i det offentliga rummet har påvisat behovet av en analys av förhållandet mellan politik, rätt och religion i det traditionellt protestantiska norra Europa.

Även om man kan finna likheter i rättskulturer runt Östersjön, har dessa överensstämmelser på senare tid blivit mångsidigare: historia som inspirationskälla i den nationella identifikationsprocessen, och användandet av en historisk argumentation såväl inom det reformistiska lagstiftningsarbetet som i rättstillämpningen betyder, att juristernas kunskapsstrukturer alltmer kommit att fokuserats på en nationell rättslig identitet. Det är en av paradoxerna i den integrationspolitik som den Europeiska Unionen och dess institutioner för närvarande bedriver. Pierre Legrands påstående att "*European Legal Systems are not Converging*"²⁵ kan bekräftas vid en jämförelse mellan policydiskussionerna på makronivån i den Europeiska Unionen och identifikationsprocessen på mikronivån i de enskilda medlemsstaterna.

Om man således tidigare i välfärdsstatens tidsålder främst jämförde funktionella rättsliga likheter, så har den komparativa rättsforskningen i den senmoderna marknadsorienterade staten alltmer blivit intresserad av kontextuella skillnader. Professor Reinhard Zimmermann talar ex.vis om blandade rätts-

²⁴ Vicki Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law, Cases and Material*. 1999.

²⁵ Pierre Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, 45 *International & Comparative Law Quarterly* 1996, s. 52 ff.

system och rättskulturer, *mixed legal systems / mixed legal cultures*.²⁶ En historisk analys av de rättsliga normernas och normstrukturernas ideologier, författningar, aktörer och juridiska yrkesroller kan lämna viktiga bidrag till identifieringen av rättskulturerna i varje land. I det 21:a århundradets alltmer uttalat mångkulturella och mångreligiösa sk. ”konglomeratstat”²⁷ finner vi intressanta likheter med 1600-talets uttalade konglomeratstat, i vilken varje stånd och socialgrupp hade sina egna rättsliga och judiciella privilegier att bevaka (*suum cuique*).

Det betyder avslutningsvis att de nya senmoderna rättskulturella kartorna i Östersjöområdet å ena sidan förmedlar en historiskt medveten och välgrundad kontinuitet och å andra sidan i förhållande till modernismens rättsjämförande konstruktioner demonstrerar en dekonstruktiv diskontinuität. Avsikten är att det stora nordiska rättshistoriska projektet om Nordens rättskulturella kartor i förändring, som inledes den 1 januari 2005 ska kunna bidra till att skapa nya kartblad till denna del av den Europeiska rättens atlas.

²⁶ Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law – The Civilian Tradition Today*. Oxford 2001.

²⁷ Harald Gustafsson, Stormaktstidens lapptäcke. Det svenska väldet på 1600- och 1700-talen var ett konglomerat, knappast en nationalstat. *Forskning och Framsteg*, Nr 2 (2003), s. 32 ff.

Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen – ett svenskt-finskt rättsarv¹

På kvällen den 22 juni 1866 var svenska adelsståndet församlat till plenum på Riddarhuset i Stockholm. Inget utskottsbetänkande låg på ståndets bord och inga beslut skulle fattas. Enda ärendet var ståndets hemförlovning, inte endast för denna riksdag, utan för alltid. Näst sist av de många talarna tog ståndets lantmarskalk, greve Gustaf Lagerbjelke till orda för att i enlighet med riddarhusordningens 42 § förklara Ridderskapet och adelns sammanträden avslutade. Det korta talet har blivit berömt för sin retoriska elegans, inte minst dess kärnfulla avslutning. Visserligen skulle ståndets första och högsta rättighet nu försvinna, framhöll Lagerbjelke, men ståndets skyldigheter mot fäderneslandet bestå, låt vara att denna patriotiska gärning nu fick ske under andra former. ”Lagar kunna förändras, rättigheter kunna upphöra, men kvar står plikterna mot fäderneslandet, och, bliva dessa plikter väl uppfyllda, föga bekymrar det den sanna adeln var uti samhället dess plats ställdes.” För att understryka stundens allvar och ge den en stark symbolisk manifestation blev, som det heter i ståndsprotokollet, ”Greve Lagerbjelke av

¹ Den svenska kommunala självstyrelsen i form av landsting och kommuner står idag inför stora utmaningar. De moderna landstingen och kommunerna tillkom genom 1862 års kommunallagar och har fram till idag utgjort ryggraden i den svenska lokala styrelsen. Av 1862 års kommunalrättsliga organ återstår visserligen yttre skal, men innehållet innanför skalen har förändrats totalt. Idag är landstingens viktigaste uppgifter att svara för den allmänna sjukvården, men den svenska allmänna sjukvårdens konstanta ekonomiska kris har nu lett till förslag om landstingens avskaffande. Inte heller den kommunala självstyrelsen är sig längre riktigt lik. Av självstyrelsen tycks mindre och mindre bli kvar för varje år som går. Staten lägger över den ena uppgiften efter den andra på kommunerna, vilka trots stora transfereringar av statliga skattemedel lider ständig brist på resurser att kunna fullgöra sina förpliktelser. På så sätt har den kommunala självstyrelsen – själva sinnebilden för svensk gräsrotsdemokrati – urholkats mer och mer. Denna uppsats innehåller tankar om den kommunala gräsrotsdemokratis förhistoria, ett svenskt-finskt rättsarv så gott som något. Det blir så småningom en bok av det hela. Fotnoterna får vänta till dess för att inte tynga framställningen alltför mycket.

Ridderskapets och Adelsn's Herrar ledamöter utbeledsagad kl. 9. e.m." Så markerades brottet i en mer än halvtusenårig politisk tradition, som med undantag av några få årtionden efter 1809 varit gemensam för både Sverige och Finland.

I

Ståndsförfattningens fall måste för många i samtiden ha tätt sig som en historisk vändpunkt, antingen som ett bevis på att samhällsutvecklingen gick åt fel håll eller som inledningen till något som hörde framtiden till. Under alla förhållanden kunde ståndsriksdagens avskaffande ses som ett brott i statsförfattningens historiska kontinuitet. Det har emellertid sagts att riksdagsreformen varit omöjlig, ja praktiskt taget otänkbar utan det kommunala reformprogram som antagits några år tidigare och som den 21 mars 1862 kungjorts genom förordningarna om kommunalstyrelse på landet, om kommunalstyrelse i stad, om kyrkostämman, kyrko- och skolråd samt om landsting.

Mellan 1860-talets svenska representations- och kommunallagsreformer fanns en klar skillnad. Den nya riksdagsordningen drevs igenom efter en intensiv politisk strid och under explosion av propaganda och politisk retorik. De nya kommunallagarna antogs i märklig endräkt, mot vilken de få motståndarna kunde göra tämligen litet. I motsats till representationsreformen har 1862 års kommunallagstiftning förblivit tämligen anonym, vilket kan förefalla desto märkligare som kommunallagarnas betydelse för Sveriges politiska liv väl tål att jämföras med den nya riksdagsordningens. Redan det faktum att första kammaren rekryterades på kommunal bas visar det nära sambandet mellan formerna för rikets och kommunernas styrelse.

I motsats till representationsreformen utgjorde förändringen av det kommunala styret inget brott mot det historiskt förgångna. Denna viktiga egenhet låg uttalad i denna tids lagstiftningsideologi, markerad med all tydlighet i det betänkande som riksdagens allmänna besvär- och ekonomiutskott avgav den 14 november 1857 med anledning av de tio motioner som väckts rörande ny kommunal styrelse. Två av dessa innehöll för övrigt fullständiga förslag till kommunallag.

Utskottet hade tagit del av utländsk lagstiftning i ämnet och kunde härigenom peka på att länder av Sveriges storlek med framgång prövat modern kommunallagstiftning. De länder utskottet främst hänvisade till var Belgien, Norge och Nederländerna. I den belgiska lagstiftningen, som f.ö. bifogades

utskottets betänkande i översättning, menade man sig finna uppslag till principerna om särskilda läns- och provinskommuner och om skilda författningar för land och stad men även beträffande detaljfrågor som val, rösträtt, församlingarnas arbetssätt och kompetens samt inte minst gränsdragningen mellan statlig och kommunal kompetens. I den norska kommunalrätten, som tillkommit 1837, året efter den belgiska, fann utskottet åtskilliga idéer, som gjorde det möjligt att förändra den svenska sockennämnden till en med distinkta uppgifter och klar myndighet utrustad kommunal nämnd. Likartade tankar kunde man finna även i de holländska kommunallagarna från 1850-talets början.

Det intressantaste momentet i utskottets framställning var emellertid inte benägenheten att knyta an till främmande rättsidéer och rättsregler utan blicken för historisk kontinuitet. I all lagstiftning var det angeläget att följa den historiska traditionens ledtråd, skrev utskottet, ”och denna nödvändighet framträder än mer tvingande, då lagen befattar sig med att utstaka de former, i vilka folkets dagliga liv bör röra sig. Men där den historiska tråden är avsliten, bör han sammanknytas, och där han helt och hållet fattas eller är för närvarande förhållanden obrukbar, där bör han tillskötas med nytt, som dock icke får leda ur den av traditionen anvisade ramen.”

Detta uttryckssätt röjer ett tankemönster, som rimmade väl med den historiska skolans konservativa lagstiftarideologi. Än tydligare visade utskottet sin konservativa attityd i sammanfattningen av det program, som utskottet ville lägga till grund för den kommunala författningsreformen: ”Kommunallagarna böra hava sina rötter fästade i folkets från forntiden ärvda seder och föreställningar, men lika fullt omfatta och tillfredsställa den närvarande samhällsutvecklingens behov.” Framstegsvilja och ansvar mot det historiskt givna hade därmed ingått en förening. Något detaljerat förslag avlämnade emellertid inte utskottet, endast en begäran om att Kungl. Maj:t måtte upprätta förslag till författning om landsting och i samband därmed även överse de författningar som angick kommunal styrelse på landet och i städerna.

1857 års utskottsskrivelse innehöll således endast en programförklaring för det nya lagverket, men en programförklaring av stor betydelse: Folket skulle styra, borde styra och var fullt kapabelt att styra sig självt genom sina kommunala organ. I mån av behov kunde detta ske genom representanter utsedda genom samfällda val. I juni 1858 gav Kungl. Maj:t utredningsuppdraget till en särskild kommitté som efter ett intensivt arbetsår kunde presentera ett förslag, vilket i sin tur framlades som proposition till riksdagen 1859/60. Propositionen godkändes i oktober 1860 efter några mindre

justeringar genom präste-, borgar- och bondeståndens samstämmiga beslut.

Låt oss ta utskottet på orden och något granska de rötter, med vilka de nya kommunallagarna ansågs vara fästade i folkets från forntiden ärvda seder och föreställningar.

II

Sockenorganisationen i Norden utbildades inte efter ett enhetligt mönster. I Danmark och Norge sammanhänge sockenbildningen med den kyrkliga administrationens framväxt. Den kristna indelningen övertog alltså inte någon förkristen administrativ indelning eller kultområde. För svenskt-finskt vidkommande råder delade meningar om sockenindelningens uppkomst. En äldre forskningsriktning betonade sambandet mellan hedniskt kultområde och kristen sockenindelning, men denna forskningstradition har på goda grunder kritiserats. En modernare forskningsriktning betonar att sockenbildningen skett genom att privatkyrkor blivit menighetskyrkor som i sin tur underhållits av särskilda sockenmenigheter. Det har också framhållits att socknen kan ha varit en del av ett militärt indelningsverk från förkristen tid. I mångt och mycket har denna debatt något av ofruktbart hypotessnickrande över sig, helt enkelt därför att källmaterialet är så tunt att en ståndpunkt knappast övertygar mer än en annan. Variationerna över det väldiga landområde som det tidigmedeltida Sverige utgjorde ger anledning tro att utvecklingen av sockenbildningen och sockensjälvstyrelsen varit tämligen varierad. Det finns säkert fler förklaringar än en enda.

Genom landskapslagarna klarnar bilden av socknen som administrativ gemenskap. Men vi måste då hålla i minnet att vi har att göra med rättsregler som tagit starka intryck av kanonisk rätt och knappast är uttryck för vad som i äldre rättshistorisk forskning ofta uppfattades som germanskt frihetspatos och germanska frihetsideal – vad som nu menas med det.

Sockenmännens skyldigheter mot församlingsprästen och församlingskyrkan, dess byggande och förmögenhet samt biskopen klargörs ingående i kyrkobalkarna. Vi skall här endast kort uppehålla oss vid en aspekt av dessa relationsförhållanden, nämligen förvaltningen av den lokala församlingens egendom och tillgångar. Det är nämligen här man för första gången kan se en början till vad som hundratals år senare kom att kallas kommunal självstyrelse.

Landskapslagarna gjorde skillnad mellan sockenkyrkans egendom och prästens underhållsgods. Byggandet av kyrka och prästgård samt anskaffande av inventarier låg på sockenmännens ansvar. Innebar detta att sockenmännen också fick delta i denna egendoms förvaltning? Det var sannolikt fallet. Förvaltningen delades mellan präst och församlingsbor. De för förvaltningen direkt ansvariga måste redovisa för sitt fögderi varje år inför sockenmännen. Redan av den stadga som biskop Brynolf av Skara utfärdade 1280, d.v.s. ungefär vid tidpunkten för västgötarättens kodifiering, hette det att kyrkans förmögenhet skulle sorgfälligt vårdas av två pålitliga församlingsbor tillsammans med sockenprästen, och inget av denna egendom fick utlånas *sine consensu parochianorum*, utan medgivande av sockenmännen. Den latinska pluralformen *parochianorum* kan tolkas på två sätt. Antingen syftar den på företrädare för sockenmännen eller sockenmännen som kollektiv. Den riktiga tolkningen är förmodligen den senare. Om detta vore fallet skulle den kyrkliga egendomen, *fabrica ecclesiae*, endast ha kunnat disponeras med sockenmännens samtycke.

Innebar detta även att det fanns ett forum för sockensjälvstyrelsen? Det kan tyckas rimligt. Landskapslagarna säger dock inget om detta, men i diplomaterialet förekommer ord som *sockenstämma*, *sockenting*, *kyrkoting* och *kyrkostämma* som namn på sockenstyrelsen. Av dessa är möjligen sockenstämma den äldsta benämningen.

Sockenstämmans kompetens i förhållande till häradstinget var förmodligen ganska svävande. Enligt landskapslagarna företogs under alla förhållanden en rad rättshandlingar inför de vid kyrkan församlade sockenmännen som lysning av hittegods, stämning av gäldenär, ingående av pant-, köpe-, skiftes- och gåvoavtal samt förlikningar, alltså ett stort antal rättshandlingar som lika väl kunde ha avgjorts på häradstinget. När dessa ärenden senare efter landslagens införande alltmer förlades till tinget, blev sockenstämman ett sammanträde med prästen som självskriven ordförande, där framför allt socknens kyrkligt ekonomiska angelägenheter avhandlades.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att sockensjälvstyrelsen varit väl utbildad redan under 1200-talet och innefattat en bred kompetens att fatta beslut i för sockenmännen gemensamma angelägenheter under tämligen flexibla beslutformer som kunde variera rätt mycket från stift till stift. Källmaterialet medger dock inte alltför säkra och detaljerade slutsatser. Att tala om sockenstämman som ett offentlighetsrättsligt organ i vår moderna mening är däremot inte möjligt. Stämman var de enskilda sockenmännens diskussions- och beslutsarena. Den fick sin legitimitet genom sockenmännen själva men

var definitivt inte något ombud för den kungliga centralmakten. En smula tillspetsat skulle man kunna säga att den kommunala demokratin föddes genom sockenstämman just därför att stämman var sockenmännens beslutsorgan, alltså i grund och botten en fri association.

III

Gustav Vasas egendomskonfiskationer fick lika förödande konsekvenser för sockensjälvstyrelsen i den gestalt den fått under medeltiden som för kulturlivet i stort. Reformationsbesluten i Västerås 1527 respekterade visserligen sockenmännens självständiga ekonomiska förvaltning men gav endast en frist under galgen. 1539 började den mer radikala och systematiska utplundringen av sockenkyrkornas tillgångar och beskattningen av församlingstiondet. I praktiken kan man nu se hur socknen fick karaktär av uppbördsdistrikt och hur präster och kyrkvårdar började fungera som uppbördsmän för skatt. 1545 skärptes indragningspolitiken. Utan ersättning indrogs en mängd sockenkyrko- och prästhemman. Den fiskala skörden blev stor. Av samtliga 13 700 indragna kyrkohemman var närmare hälften, 6 300, sockenkyrko- och prästhemman.

Trots dessa stora ekonomiska brandskattningar av de egendomar, som var det främsta föremålet för sockenmännens förvaltning och omsorg, levde själva styresformen vidare. Präster och kyrkvårdar förvaltade de rester av kyrkans fasta egendom, som fanns kvar, och redovisade inför sockenmännen. Av de få sockenstämmoprotokoll som bevarats får man ganska nedslående bild av oregelbundet hållna möten och sockenmän tvingade till investeringar i underhåll och nybyggen men utan nödvändiga ekonomiska resurser.

Det är nu möjligt att se hur en annan institution, *sexmännen*, växer fram. Sexmannainstitutionen var dock inte en skapelse av reformationen utan hade medeltida ursprung. Sexmännen spelade vid 1500-talets början en ganska märklig roll som beredande organ för sockensjälvstyrelsen. Sexmännen var under medeltiden sannolikt ingen fast inrättning inom sockenstyrets ram utan utsågs vid behov från fall till fall. Men det var definitivt det hårdnande kungliga greppet runt den lokala styrelsen som gjorde sexmännen permanenta.

Orsaken till det kungliga intresset för socknens egna angelägenheter var naturligtvis fiskal. Om inte förr så fick sexmännen sin legala ställning preciserad genom Johan III:s patent om tionde från 1572. Här föreskrevs en skyldighet för kronans och adelns fogdar att genom sockenpräster och sexmän i varje socken noga ge akt på att säden, när den blev uppskuren på åkern, där

räknades, så att man sedan kunde veta, hur mycket var och en borde skatta och inleverera till kyrkans magasin. Redan vid Älvsborgs första lösen 1569 hade f.ö. sexmännen i varje socken medverkat vid taxeringen. Det framgår inte hur dessa sexmän utsågs, men då räkning av tiondet måste genomföras varje år, ligger det naturligtvis nära till hands att tro att socknens egna förtroendemän fick ta på sig uppgiften.

Från 1603 finns en särskild instruktion för Uppsala ärkestifts sexmän bevarad. De framträder här som rena taxeringsintendenter med uppgift att räkna skördens storlek och närvara i kontrollsyfte vid tiondets upptagning, över vilket de måste föra räkenskaper. Just det fiskala draget i sexmännens uppgifter var påfallande. Utöver kontrollen av tiondeuppbörden hade de även skyldighet att föra bok över kyrkans inventarier, inkomster och utgifter. Boken skulle förvaras under tredubbla lås, till vilka sexmännen, prästen och kyrkvärdarna skulle ha varsin nyckel.

Det låg i sakens natur att kyrkans tjänare också skulle börja föra bok över församlingsborna. Det senare blev som bekant också fallet inom kort. Riskerade sexmännen därför under Karl IX att spela den inte alltför fagra rollen som underfogdar, räddades de emellertid till ett bättre öde genom det omfattande kyrkliga organisationsarbete, som inleddes under 1600-talets första hälft.

I den svenska reformerade kyrkans första stora legala urkund, 1571 års kyrkoordning, nämndes inte sockenstämman. Inte heller togs den upp i de två tidiga förslagen till ny kyrkolag från 1608 och 1619. Det talades endast om "församlingen", men det är möjligt att man med detta uttryck endast avsåg sexmännen. Efter denna tidpunkt klarnar linjerna dock snabbt.

IV

Under första hälften av 1600-talet fanns en rad lysande organisatörer på de svensk-finska biskopsstolarna. Tack vare deras insats blåstes både nytt liv och innehåll i sockensjälvstyrelsen. I betydande grad skedde denna nyordning av sockenstyrelsens former långt ifrån alltid med den världsliga makens goda minne, eftersom de sockenstadgor, kontraktsstadgor och stiftsstadgor, som kom att utgöra sockenstyrelsens legala grund, i hög grad tenderade till att gripa in på den världsliga lagstiftningens och inte minst rättskipningens område. Det var som bäddat för kompetenskonflikter mellan andlig och världslig rättskipning.

Från 1620-talets början befann sig kyrkan i en fas av stark nyordning. I 1627 års kyrkostadga för Västerås stift, tillkommen genom den kanske mest kände av kraftkarlarna på de svenska biskopsstolarna, Johannes Rudbeckius, mötte en sockenorganisation, som ställde ett kyrkoråd över kyrkvårdarna och andra kyrkans förtroende- och sysslomän bestående av sexmännen med uppgift att leda sysslomännens arbete, kontrollera dem och, inte minst viktigt, ha hand om den kyrkliga taxeringen. Sexmännen framstod således i denna kyrkliga lagstiftning som en styrande församling med ansvar fr. a. för socknens ekonomiska förvaltning och högsta administrativa ledning. Däremot verkar de inte ha haft hand om rättskipning. I varje fall tillkom vid 1629 års prästmöte i Västerås stift närmare bestämmelser om byvaktare med uppgift att övervaka församlingsbornas livsföring, anmäla dålig sedlighet och utdöma böter. Vi har alltså här helt enkelt att göra med en kommunalt organiserad polis.

Det är emellertid i arkivmaterialet från Linköpings stift som sockenadministrationen och sockenstyrelsen kan studeras tydligast i detaljerna. I stiftet härskade mellan 1603 och 1630 en biskop, som väl kunde mäta sig med Rudbeckius i pondus: Jonas Kylander. Han förefaller ha infört en sockenadministration med följande drag. I spetsen för socknen stod – med självskriven rätt – kyrkoherden. Denne hade vid sin sida en särskild sockendelegation, under vars ledning och kontroll kyrkans förtroendemän vårdade socknens och kyrkans angelägenheter. Gemensamt ansvarade de alla, var och en efter sitt stånd och ämbete, för god och kristlig ordning. Det är slående hur kyrkotukt av rent straffrättsligt slag förenades med administration av kyrkans egendom och ekonomi.

En särskild uppmärksamhet förtjänar sexmannainstitutionen, som i Kylanders stift inte bestod av sex utan tolv män, alltså precis som den världsliga nämnden. Det är dessa sexmän, som tillsammans med kyrkoherden utgör sockensjälvstyrelsens centrum. Sexmännen fungerade som ett utskott, vilket förberedde ärendena för sockenstämman, alltså en ordning som skulle komma att inflyta i kommunallagstiftningen först på 1800-talet. Detta om sex männens styrande roll.

Sexmännen var tillsammans med kyrkoherden ansvariga för kyrkotukten. Alla tukt- och disciplinärenden lades i deras händer, och stämman uteslöts helt från att ta befattning med dem. Överhuvudtaget är det förvånande, i vilken hög grad själva stämmans befogenheter kringskars. Den skulle visserligen besluta om de förslag, som sexmännen beredde och framlade, men stämman fick, som det karakteristiskt nog hette, ”blott med lydno och tysthet tillhöra” dem.

I ett avseende hade dock stämman behållit beslutanderätten, nämligen över anslag till sockenändamålen. I praktiken var detta en form av primitiv maktfördelning mellan ett beviljande organ och ett styrande. Det var dock knappast i Kylanders smak, och under hans efterträdare Jonas Petri tycks sexmännen ha skaffat sig kontrollen även över denna del av socknens styrelse.

Ändå har man nog, när man studerar linköpingsstiftets arkivmaterial, anledning fråga sig hur långt denna centralisering av sockenstyrelsen verkligen varit möjlig att driva. I många fall visade sig kyrkoherdarna tvingade till rena förhandlingar med sockenmännen för att få biskopens organisationsidéer materialiserade i formella sockenstadgor. I verkligheten måste vi räkna med att styrelseprinciperna varit högst varierande t.o.m. i stift ledda av sådana kraftnaturer som Rudbeckius och Kylander. Bönderna gav sig helt enkelt inte utan vidare för biskoparnas påbud.

Skilnaderna framträder inte minst om stiftens jämförs inbördes. I ärkestiftet organiserades de första verkliga kyrkoråden, men de sammansattes på ett helt annat sätt än linköpingsstiftets sexmannanämnder. Det kanske första kända exemplet är från Börje församling utanför Uppsala, vilket pastorat teologie professorn Erik Emporagius, senare biskop i Strängnäs, tillträdde 1642. I denna sockens kyrkoråd – som uttryckligen kallades med detta namn – presiderade kyrkoherden med komministern som vice preses. Men i rådet ingick även, som det hette, ”visse personer, som uti församlingens ärenden ex officio eller ämbetsplikt inrätta skola,” vilket konkret innebar prästerna, den i socknen bosatte domaren, nämndemännen, kyrkvårdarna och sexmännen.

Det är viktigt att notera att kyrkorådet i Börje tillsattes med sockenmännens samtycke, men av andra exempel från ärkestiftet att döma är det inte givet att samtycket var uttryck för en sorts primitiv demokratisk styrelseprincip, alltså att kyrkorådet var stämmans exekutiva organ. Ett av skälen till kyrkorådets särpräglade sammansättning kan nämligen ha varit att pastor endast kallat, som det hette i vissa protokoll, ”de förnämste av församlingen”. Den sociala stratifiering, som blev så märkbar under loppet av 1600-talet tog sig på detta sätt konkret rättslig gestalt i sammansättningen av församlingens beslutsorgan.

Någon för hela riket gällande reglering av sockensjälvstyrelsen skedde dock inte. I prästerskapets privilegier från 1650 inflöt dock genom ihärdigt arbete av fr. a. biskop Laurelius i Västerås en paragraf (23 §), som gav kyrkoherden makt att ”hålla sockenstämmor – uti sina sockenstugor och

sakristior”. Denna korta sats innehöll alltså det första av världslig rätt medgivna erkännandet åt sockensjälvstyrelsen men inget sades om denna styrelses form och befogenheter. Man räknade antagligen med att saken skulle komma att regleras i den kyrkolag, som förväntades bli fullbordad inom kort.

Av kyrkolagen blev dock intet. Världsliga och kyrkliga lagstiftare kunde inte enas, inte minst beroende på prästerskapets starka motvilja mot att se sig kontrollerade av kronan och adeln. Då kyrkolagsproblemet slutligen löstes genom 1686 års kyrkolag lämnades märkligt nog sockensjälvstyrelsen oreglerad utom på ett par mindre viktiga punkter. Sockensjälvstyrelsens offentliga rättsliga grund förblev således den oklara bestämmelsen i prästerskapets privilegier från 1650. I praktiken innebar det att kyrkan och socknarna var fria att förbli vid det gamla. Från församlingsbornas synpunkt sett medförde emellertid detta den negativa konsekvensen att sockensjälvstyrelsen kom att domineras av den lokale kyrkoherden.

I 1723 års prästerliga privilegier – också där i privilegiernas 23 § – korrigerades i någon mån dessa olägenheter. Det föreskrevs nämligen att två stämmor måste sammankallas varje år, och det uppställdes vissa formkrav för stämmans sammankallande. Men viktigare var att stämman måste sammankallas även på yrkande av sockenmän eller rent av en enda sockenman. Sockenmännen tillerkändes även en uttrycklig förslagsrätt vid stämma.

§ 23 i 1650 och 1723 års prästerliga privilegier kom härigenom att spela rollen som den första kommunallagstiftningen i Sverige-Finland, låt vara att 23 § även i 1723 års utformning var alltför materiellt tunn för att verkligen fungera som sådan lag. Den nämnde inget om när socknens räkenskaper skulle presenteras eller om uttagning av skatt och dagsverken, d.v.s. vad vi med ett modernt språkbruk skulle kalla budgetarbete och beskattning. Den tog inte heller upp formerna för beslutsfattandet och nämnde inget om rösträtt eller grunden för sådan, inte heller något om verkställighet av fattade beslut eller val av förtroendemän. Alla dessa grundläggande formfrågor fick därför varje socken själv besluta om. 23 § utgjorde härigenom en ramlag i teknisk mening, genom vilken sockensjälvstyrelsen i alla fall fick en legitim grund att vila på. Sällan har man väl med större rätt kunnat tala om kommunal frihet!

På dessa fria villkor levde sockensjälvstyrelsen under resten av 1700-talet, påverkad av endast några mindre och ganska oviktiga rättsliga nymodigheter. Från det tidiga 1600-talet till det sena 1700-talet var sockensjälvstyrelsens former helt kyrkligt präglade. Sockensjälvstyrelsen hade prästerna, inte minst de starka 1600-talsbiskoparna, att tacka både för sin existens, or-

ganisation, inriktning och kompetens. Först i början av 1800-talet var tiden kommen för ett mer enhetligt kommunalt styrelseskick, men praxis hade nu å andra sidan hunnit växa sig så stark att självstyrelsens former inte lätt kunde rubbas genom lagbud uppifrån. Tiden hade dock hunnit ändra förutsättningarna i så måtto att det uttalat religiösa draget i sockensjälvstyrelsen snart skulle få vika för mer sekulariserade principer. Separationen mellan Sverige och Finland betydde kanske i detta sammanhang rätt litet. Den kommunala organisationen var trots allt rätt oberörd av den stora rikskatastrofen.

V

Det oklara rättsläget för Sveriges del kunde i längden inte bestå, och efter framställning av både ständerna och högsta domstolen tillkom 1817 en förordning om sockenstämmor och kyrkoråd. I teknisk bemärkelse var denna förordning en kommunallag, den första som kanske förtjänar att kallas så. Den innehöll emellertid knappast mycket nytt men kodifierade praxis. Principiellt viktigt var att sockenstämman fick en tydligare offentligrättslig status. Praktiskt sett var förordningens betydelse större därför att den strukturerade sockenförvaltningens organisation, verksamhetsformer och kompetens. Ett par detaljer i förordningen kan vara värda att lyfta fram. Förordningen gjorde ej stämman obegränsat offentlig. Tillträde tillkom i allmänhet endast den som inom församlingen ägde fastighet. Principen för prästval hade även lagts till grund för rätt att rösta vid stämma.

Uteslutna från rätt att delta i sockenstämma blev således härigenom personer som innehade fast egendom med blott nyttjanderätt, t.ex. arrendatorer, trots att en arrendator ju mycket väl kunde driva socknens största jordbruk. Rösträtten blev inte heller lika för alla utan följde hemmanets oförmedlade mantal. Därmed var grunden legalt lagd för det senare så ökända och hatade ”fyrkväldet”. Betydelsefull var även bestämmelsen om kyrkoråd. Kyrkorådet skulle tillsättas av stämman i varje församling, och bestå av kyrkoherden som självskriven ordförande, kyrkvärdarna och ytterligare högst åtta ledamöter. Även detta var en lagfästning av praxis.

Ett speciellt intresse ägde givetvis den del av förordningens 6 § som reglerade sockenstyrelsens kompetens. I 1723 års prästerliga privilegier hade i kompetensen inräknats kyrkan och dess angelägenheter, bland vilka vissa särskilt nämndes: inkomster, räkenskaper, kyrkans byggnader samt utövan- det av kyrkotukten. Inom sockenstämmans kompetensområde föll även vad

som något oklart kallades ”enskilda ekonomiska mål och angelägenheter, församlingstarvor och beställningen angående”. Privilegierna skilde inte mellan ärenden, som gällde av Kungl. Maj:t ålagda skyldigheter och annat. Endast i det förstnämnda fallet kunde för alla sockenmän bindande beslut fattas, men stämman behandlade även andra frågor, som inte nämndes i privilegierna. De senare betraktades dock som privaträttsliga till naturen och bindande endast för dem som varit med om att fatta beslut.

1817 års förordning preciserade i 6 § sockensjälvstyrelsens kompetens. Det skedde dessutom på ett sätt som i ett senare perspektiv måste uppfattas som typiskt kommunalrättsligt. ”Till sockenstämmas handläggning höra alla mål, som röra kyrkans vård samt socknens eller för samlingens hushållning och allmänna angelägenheter.” Frågan är dock om stämman härigenom verkligen fick ett eget beslutsområde utöver stämmans av staten bestämda uppgifter. I hela 17 punkter framställdes nämligen vad lagstiftaren ansåg höra till stämmas kompetensområde. Denna uppräkningsuppgift visade dessutom inga nyheter, eftersom flertalet ärenden redan gällde som obligatoriska enligt författning eller utgjorde stark och hävdvunnen praxis. Uppräkningen var dock inte fullständig, eftersom den inleddes med ”såsom –”. Det har dock i forskningen ifrågasatts om inte detta i stället skall tolkas som en begränsning av sockensjälvstyrelsens frihet.

Förmodligen har de 17 punkterna inte uppfattats som absoluta begränsningar. Hur löst förordningen i själva verket tolkades visar kanske inte minst det faktum att 6 § inte tillät stämman att utdöma böter eller vite för vägran att följa stämmobeslut. Ändå fortsatte sockenstämmorna i många fall sin tidigare praxis att själva vitesbelägga tredskande sockenbor utan att detta påtalades. Här börjar man alltså se hur den kommunala associationen verkligen börjar se sig som offentligrättslig korporation utrustad med en viss straffmakt.

1817 års förordning saknade emellertid ganska påtagligt vissa grundläggande kvaliteter för att bli ett effektivt instrument för kommunal självstyrelse. Snabbt efter förordningens tillkomst satte kritiken in. En väsentlig oklarhet gällde rösträtten vid stämma. Genom kopplingen mellan fastighetsinnehav och rösträtt utestängdes efter hand ett allt större antal personer, som levde av handel, industri, tjänst och kapital. Vi bör ha i minne att den svenska industrin – den lilla som fanns vid denna tid – var lokaliserad till landet. En annan viktig frågeställning gällde den praktiska hanteringen av stämmans arbetsuppgifter. Ärendenas antal ökade kontinuerligt och kyrkoherden kunde inte avsätta obegränsad tid för förberedelse av ärendena utan nackdelar för sitt egentliga församlingsarbete. Det låg i och för sig i prästernas eget in-

tresse att minska kyrkoherdes roll i stämmans arbete men för övrigt också i linje med de världsliga intressen, som av rent principiella skäl ville minska prästens roll som ledare av sockenstyrelsen så mycket som möjligt.

Under 1830-talet, då intresset för ordnandet av den lokala självstyrelsen var ovanligt intensivt, gällde saken inte endast reform av sockenstämman utan skapande av rent sekulariserade kommunala styrelseformer. 1834/35 års riksdag hemställde t.ex. inte endast om reformering av sockenstämman och dess arbetsformer utan även om inrättande av en kommunstyrelse. Framstötarna bar i allmänhet liberal prägel. Impulserna vid decenniets slutskede kom delvis från Norge, vilket ju som nämnts fått den lokala självstyrelsen ordnad 1837 genom sina ”formandskapslagar”.

VI

Även rättsvetenskapen sysslade med kommunallagsfrågan. Professor Per Erik Bergfalk presiderade t.ex. vid inte mindre än fem disputationer 1838 om kommunala författningsfrågor, medan hans kollega Carl Olof Dellén, känd som anhängare till och introduktör av den historiska rättsskolan, producerade ett från praktisk synpunkt tämligen verklighetsfrämmande kommunallagsförslag. De sittande fattigvårds- och kyrkolagskommittéerna tog båda upp sockensjälvstyrelsens tema. I mängden av idéer och förslag skall vi emellertid här endast stanna inför två, nämligen professor Bergfalks reservation mot förslaget till kyrkolag och fattigvårdskommitténs förslag.

Bergfalk pekade på att den existerande sockenstämmoorganisationen höll på att växa ur en för trång kostym. Den hade, som han sade, utvecklats till ”tämligen omfattande kommunalstyrelser”. De kyrkliga ärendena var inte längre i flertal vid stämmoförhandlingarna och man borde därför ”i tid dela den hittills kända sockenstämman på landet i tvenne, nämligen en för kyrkliga och en för icke kyrkliga angelägenheter”. Endast i den förra borde kyrkoherden vara självskriven ordförande och bestämmelserna om denna stämma införas i kyrkolagen. I den andra stämman borde ordförandeskapet däremot ges till den, som kallades till uppgiften av sockenmännen och bestämmelserna om denna stämma vila på kunglig lagstiftningsmakt. Bergfalk skilde alltså inte endast mellan stämmorna med hänsyn till ärendenas natur. Han såg dem dessutom som helt olikartade offentligt-rättsliga institutioner.

I fattigvårdskommitténs berömda betänkande 1839 mötte däremot en helt annan lösning. De kommitterade var först och främst intresserade av att skapa

ett starkt organ av kommunal natur. Ordet "kommunal" användes flitigt av kommittén. Man sökte ingen uppsplätning av stämman efter ärendenas art. Detta "starka" organ skulle kallas sockennämnd, bestå av ordförande, vice ordförande, kyrkoherden och upp till ytterligare nio ledamöter. Det tekniskt intressanta ligger i att sockennämnden skulle spela rollen som sockenmenighetens fullmäktige, stå för alla verkställighetsärenden men äga endast begränsad beslutanderätt. Dess kompetens fastslogs i inte mindre än 33 punkter. Ändå förblev också i detta förslag sockenstämman överordnad sockennämnden, därför att stämman valde de kyrkliga och kommunala förtroendemännen, inklusive sockennämnden, beviljade anslag, meddelade ansvarsfrihet och fastställde reglementen för kommunens inrättningar.

Av alla förslag rörande sockensjälvstyrelsens utformning fram till 1800-talets mitt gick inget längre än just fattigvårdskommitténs då det gällde att bygga upp en fullmäktigeinstitution skild från stämman. Förebilden fanns tämligt tydligt att finna i de ungefär samtidigt tillkomna norska formandskapslagarna.

Den starka kommunalisering i detta begrepps egentliga betydelse, som präglade fattigvårdskommitténs förslag ogillades av stora delar av den allmänna opinionen inte minst sådan denna kom till uttryck då förslaget behandlades av den eljest så radikala 1840/41 års riksdag. Ogillandet riktades sig inte minst mot att den kommunala sockennämnden hotade sluka en god del av de uppgifter som av tradition betraktades som rent kyrkliga, och kanske än mer genom den starka markeringen av nämndens exekutiva uppgifter. Riksdagen ville helt enkelt behålla sockenstämman vid dess traditionella uppgifter. Sockennämnden kom visserligen att förverkligas men inte i den gestalt fattigvårdskommittén tänkt sig. Idébrytningarna visade i varje fall på behovet av att inrätta ett verkställande organ för sockenärendenas förvaltning.

1843 ersattes 1817 års förordning av en ny förordning. Vi skall här peka på de två viktigaste punkterna i förordningen: rösträtt och stämmans organisation. 1843 övergavs grundsatsen att binda rösträtt vid innehav av fast egendom. Rösträtt fick nu var och en som betalade ett visst skattebelopp. Omvänt skulle alltid skatteprestationen följa rösträtten. Det minsta bevilningsbelopp, som gav rösträtt var två riksdaler 24 skillingar, vilket ansågs motsvara värdet av fast egendom till en storlek av 1/16 mantal. Följden av denna regel blev att ett större antal sockenmän nu kunde få tillträde till stämman, låt vara att de där kanske inte kunde göra sig gällande på grund av mycket lågt röstinnehav.

Sockenstämman förblev även i denna förordning det beslutande organet för sockensjälvstyrelsen. Det har ganska träffande sagts att åren 1843 till 1862 utgjorde den arbetsammaste perioden i sockenstämmans hela historia beroende på ärendenas mängd och omöjligheten att delegera beslutsfattandet. Genom den nya folkskolestadgan och fattigvårdsförordningen fick stämman behandla skol- och socialärenden på en bredare bas än tidigare och dessutom på varje stämma. Den viktigaste nyheten i 1843 års förordning var dock att sockenstämman utrustades med preciserad beskattningsrätt av en vidare omfattning än tidigare. Inte heller 1843 års förordning om sockenstämma ägde de kvalitativa egenskaper som kunde göra den till ett lagverk för framtiden.

1858 tillsattes som vi tidigare sett en kommitté, vars arbete utmynnade i 1862 års kommunallagar. Ett par punkter i detta kommittéförslag skall nämnas. Kommittén tog steget fullt ut och skilde mellan kyrklig och borgerlig kommunalförvaltning. Inte minst av praktiska hänsyn visade sig detta ofrånkomligt. Varje socken skulle bilda ett kommunalsamhälle, men kommunen kunde även vidgas till att omfatta moderförsamling och annexförsamling. Den kommunalskatt, som var och en betalade, bestämde rösträttens storlek; röststyrkan hos varje röstberättigad förblev alltså proportionell mot taxerad inkomst eller innehav av förmögenhet. "Fyrkväldet" fick ytterligare bekräftelse genom de nya kommunallagarna och kom att bestå fram till den allmänna rösträttens genombrott ett halvsekel senare. Förmögenheten drog gränsen mellan politiskt myndiga och omyndiga. I vissa församlingar kunde hela röstmajoriteten finnas på en enda hand.

Kommittén föreslog en ganska egendomlig lösning av frågan om särskilda fullmäktige. Varje kommun borde ges frihet att själv avgöra om fullmäktige skulle inrättas eller ej. I kommunalfullmäktiges händer skulle med vissa undantag läggas kommuns beslutanderätt men den verkställande makten överlåtas till en särskild kommunalnämnd utsedd bland fullmäktige. Denna kommunalnämnd betraktades uttryckligen som efterföljare till den 1843 införda sockennämnden. I motsats till tidigare förordningar om sockenstämma preciserade kommittén inte den kommunala kompetensens omfattning utöver vad som framhölls i de fem korta orden att kommunen skulle handha "sina gemensamma ordnings- och hushållsangelägenheter."

Denna lösning var definitivt en kommunalrättslig framtidslösning. 1859 års kommunallagsbetänkande, som ju inom kort med blott mindre justeringar skulle förverkligas som 1862 års kommunallagar, utgjorde en viktig rätts-historisk gränsmarkering, låt vara att detta kanske inte stod särskilt klart för

1860-talets kommunalmän och väljare. Den nya kommunallagstiftningen kunde nämligen inpassas i den komplicerade organismteori, som omhulldes i den historiska rättsskolans och Boströmska statsrättsdoktrinen tider. Kommunallagarna betraktades som ett utflöde av statens maktbegrepp. Det lät förvisso tryggt konservativt, men av denna rättsteoretiska finess fattade 1862 års kommunalman förmodligen väldigt litet. Det för honom synbara var att han hade att göra med en lagstiftning på det invandas och tryggas grund. Den sågs knappast som ett brott i den historiska kontinuiteten, men den botade den kommunala självstyrelsens svagheter. Därför behövde det inte stå strid om kommunalförfattningen på samma sätt som kring representationsreformen. Utvecklingslinjen från de stora biskoparnas tid var därmed obruten, men den fria sockenassociationen hade förändrats totalt från en civil intresseförening för skötsel av i första hand den gemensamma församlings-ekonomi till ett offentligt maktorgan.

Om lantmarskalken, greve Gustaf Lagerbjelke 1862 fört klubban vid sin sockens sista stämma och då fått uppgiften att för evigt ajournera den gamla stämman, så hade han aldrig behövt bruka de ord han skulle komma att ta i sin mun, då han fyra år senare sände hem adelsståndet för alltid. Han hade kunnat säga, "Mina Herrar! Lagar kunna förändras och rättigheter upphöra. Vi skola nu för alltid skilja oss från den styrelseform som prövats genom sekler, men skola på det förgångnas grund bygga något för framtiden bättre." I den nya ordningen för kommunal självstyrelse i Sverige låg det gamla gemensamma svensk-finska rättsarvet dolt, och greve Lagerbjelke skulle säkert ha gillat detta, om han bara tänkt på saken.

Om äganderättens ursprung i den nordiska och den europeiska diskussionen på 1800-talet

INLEDNINGSVIS

Det som är utmärkande för Lars Björnes forskning i nordisk rättsvetenskapshistoria är hans metod att grundligt och heltäckande samla in och kartlägga all relevant nordisk litteratur. Björnes material inspirerar andra forskare att ta upp vissa enskilda frågor till mer ingående granskning. Mången fråga eller lära i den juridiska litteraturen i Norden kan förstås endast mot bakgrunden av den kontinentaleuropeiska lärobokstraditionen, vilket jag vill belysa med ett exempel. Exemplet gäller grunden för de rättsliga institutionerna, och då närmare bestämt grundvalen för äganderätten. Samtidigt är det frågan om vilken betydelse vi tillmäter den historiska skolan och den konstruktiva riktningen som underlag för de mer beständiga dragen i den juridiska begreppsapparaten.

Under 1900-talet har i synnerhet den konstruktiva riktningen stämplats som en i första hand otjänlig begreppscentrerad härledningspraktik, som man helt har velat lösgöra sig från. Björnes undersökningar fungerar som en bra motvikt till den onyanserade kritiken, eftersom han lyfter fram rättsvetenskapen på 1800-talet i all dess brokiga mångfald och ger sig i kast med ett flertal svåra och betydande frågor. Att Björne har valt att kalla den för 1800-talet karaktäristiska riktningen för konstruktiv i stället för begrepps-jurisprudens¹ har i själva verket enligt min mening en stor innehållslig betydelse: riktningens betydelse för begreppsbygget kommer då särskilt i blickfånget. De avgöranden som gäller själva begreppsfundamentet har för sin del betydelse också vid utkristalliseringen av de principer som präglar juri-

¹ Se Lars Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III. Den konstruktiva riktningen*. Lund 2002, s. 3.

diken, även om den mer detaljerade avvägningen av rättsligt relevanta faktorer med tiden till och med väsentligen förändras. Jag anser därför att det bärkraftiga i den konstruktiva riktningen inte skall sökas i den begreppscentrerade härledningspraktiken, som inte i sig har kunnat stå emot förändrade omständigheter och värderingar, utan i det begreppsfundament som går tillbaka till rättsvetenskapen på 1800-talet.

Mitt textexempel är från Fredrik Schrevelius (1799–1865) *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt*. Schrevelius var verksam främst som professor i juridik vid Lunds universitet under 1840–1860-talen, men särskilt hans systematiska framställning av civilrättens allmänna läror användes som läromedel såväl i Sverige som också i Finland så sent som vid seklets slut. I denna bemärkelse kan texten anses vara representativ för den tidens generella läroboksuppfattning. I det följande behandlar jag Schrevelius framställning bara med hänsyn till äganderättsinstitutionen och hur den underbyggs.

I den klassiska äganderättsfilosofin betraktades frågan om äganderättens uppkomst, ursprung och berättigande ända fram till Kant som ett spørsmål om möjligheten att med ensamrätt besitta jord.² Jorden var ett objekt med fundamentala resurser, men samtidigt någonting knappt till sitt väsen. Jorden ökade inte, vilket däremot andra resurser kunde tänkas göra. Om jorden delades in på basis av ensamrätt skulle den följaktligen ta slut, vilket aktualiserade frågan om äganderättens berättigande. Hegel var den första som bröt mot denna tradition genom att abstrahera objektet. När det gäller den äganderättsfilosofiska och den juridiska litteraturen är det ytterligare skäl att konstatera att ett flertal grunder (eller tänkbara grunder) har anförts för äganderätten samt att också dessa har setts över. De klassiska grunderna var varit ockupation, avtal och arbete. Också frihet, nytta, dygd eller förtjänst eller en avvägning och kombination av ett antal faktorer har ofta använts till att underbygga äganderätten.³

Den klassiska äganderättsdiskussionen väcker vårt intresse för hur man även i de juridiska texterna förhåller sig till i synnerhet frågan om jord-

² Se t.ex. Ralf Dreier, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht. *ARSP* 73/1987, s. 161.

³ T.ex. Eerik Lagerspetz, Omaisuuden filosofia. I verket Kaj Ilmonen (red.), *Moderniteetti ja moraali*. Saarijärvi 1998, s. 25 ff och Päivi Paasto, *Omistuksen juuret. Omistusoikeuden perustelua koskeva oppihistoriallinen tutkimus*. Jyväskylä 2004. Särskilt kapitel 2. [Päivi Paasto, Äganderättens ursprung. En lärdomshistorisk undersökning om grunden för äganderätten. Jyväskylä 2004. Övers. här]

relaterade rättigheter. I t.ex. Schrevelius text finns det inga mer ingående överväganden om saken, men i och med detta är den i själva verket en mycket typisk juridisk text.⁴ I den civilrättsliga litteraturen kommenteras saken i regel i samband med frågan om lagliga fång, så även hos Schrevelius. Trots att Schrevelius iakttagelser är knapphändiga på denna punkt, kan vi implicit skönja en förankring i någotslags allmänna premiss och norm i fråga om den ursprungliga rättens ursprung.

Först kommer jag att ta upp vad Schrevelius anför om äganderättens ursprung i en text vars primära syfte är att ge en systematisk framställning av gällande rätt (avsnitt 2). Mot vilken bakgrund skall det han säger förstås? Jag utreder frågan (i avsnitt 3) genom att koppla samman Schrevelius text med det jag kom fram till i min undersökning *Omistuksen juuret* [Äganderättens ursprung, se fotnot 3] om diskussionen om äganderättens grundvalar på 1800-talet. Syftet med min undersökning var att utreda bakgrunden till den knappa rättsvetenskapliga diskussionen i Finland, där svaret stod att finna i 1800-talets tyska litteratur, till en del i rättsfilosofin och till en del i den civilrättsliga traditionen. Jag anser att det traditionella sättet att handskas med äganderättsliga frågeställningar på ett intressant sätt belyser också Schrevelius uppfattningar. En viktig fråga i samband med äganderättens uppkomst, som dock i Schrevelius text förblir i det närmaste helt öppen, gäller förhållandet mellan det juridiska perspektivet och den mer filosofiska grunden. Den tyska litteraturen ger oss svaret också här.

SCHREVELIUS BEGREPPSAPPARAT

Fång och olika former av äganderättsförvärv

Schrevelius granskar frågan om äganderättsförvärv först mer allmänt för att sedan gå över till de lagliga fången. I översikten hänvisar han till två olika indelningsgrunder som har använts vid förvärv av egendom. Först bedömer Schrevelius begreppsparet *titulus/modus acquirendi* och därefter förteckningen över laga fång i jordabalken i 1734 års lag. Schrevelius underkänner dem båda som oklara och väljer i stället att utgå från indelningen ursprung-

⁴ Se närmare Paasto, *Omistuksen juuret*, s. 6–8.

liga och härledda (derivativa) fång.⁵ Schrevelius lösning motsvarar ståndpunkten i den tyska litteraturen, där indelningen titel/modus adquirendi förklarade sin betydelse kring sekelskiftet år 1800. Enligt Damian Hecker, väl bevandrad i äganderätsdefinitionernas lärdomshistoria, förstod man sig inte längre på indelningens relevans i det stadiet när man började ta avstånd från äganderättens naturrättsliga förankring.⁶ Också Schrevelius nämner att indelningen har tolkats på olika sätt, man har bl.a. skilt mellan närmare och fjärrare grunder, men att detta givetvis inte låter sig göras på hållbara grunder. Vidare säger Schrevelius att titulus saknade särskild betydelse som rättsgrund vid förvärv, eftersom samtliga rättshandlingar måste ha en rättslig grund. Det förefaller således uppenbart att Schrevelius inte har grepp om indelningens ursprungliga grundläggande betydelse, dvs. att Titul eller Titulus refererade till den ursprungliga äganderättsgrunden, medan modus adquirendi refererade till förvärvssättet.

Schrevelius anser att företeckningen i Sveriges rikes lag är något för omfattande och något för inskränkt, varför den inte kvalificerade sig som underlag för en systematisk framställning. Den indelning i ursprungliga och derivativa fång som Schrevelius prefererade motiverade han endast med att denna vid en närmare granskning av de fång som den tillämpades på visade sig fungera. För att ett fång skulle betecknas som ursprungligt krävdes att objektet inte tillhörde någon, medan de derivativa fången hade det gemensamt att äganderätten övergick från en person till en annan. Till de ursprungliga fången hänför Schrevelius occupatio (ockupation), accessio (accession) och specificatio (tillverkning), till de derivativa fången räknar han fång som baserar sig på hävd (innehav), domslut, arv och olika slags rättshandlingar. Eftersom Schrevelius tankar om äganderättens ursprung framgår endast av de avsnitt där han mer i detalj redogör för de olika sätten att förvärva egendom, presenterar jag nedan ett sammandrag av det han skriver om vissa av de ursprungliga fången.

⁵ Se Fredrik Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt II. Förmögenhetsrätten*. Lund 1847, § 116. I början av kapitlet nämner Schrevelius allmänt att han som källor har använt Loccenius och Sidenius (från 1600-talet) samt Lundius, Solanders och Hernberghs (från 1700-talet) texter om olika former av äganderättsförvärv.

⁶ Se Damian Hecker, *Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs*. Paderborn/München/Wien/Zürich 1990, s. 220–222.

Occupatio som typ av ursprungligt förvärv

Av de ursprungliga formerna av äganderättsförvärv får occupatio det största utrymmet hos Schrevelius närmast därför att ett flertal typer av occupatio behandlas efter varandra. Han för inget resonemang kring den allmänna innebörden av occupatio utan nöjer sig med en definition. Med begreppet occupatio avses enligt Schrevelius ett äganderättsförvärv som sker så att någon tar i besittning ett ting som vid tidpunkten för förvärvet inte tillhör någon annan, och då i avsikt att själv få äganderätten till det.⁷ Väsentligt vid occupatio är en *res nullius*-besittning och, i princip, en presumtion om förekomsten av occupatio-rätt. Att ett ting är herrelöst (*res nullius*) är ett villkor som hänför sig till objektet. För äganderätt krävs, utöver detta, bara besittningstagande i avsikt att tillägna sig tinget. En framställning av de olika typerna av occupatio visar å andra sidan att *res nullius*-villkoret inskränker rätten i rätt stor utsträckning.

Schrevelius anför fem huvudtyper av occupatio. Dessa är 1) jakt, 2) fiske, 3) fynd, 4) krigsbyte samt 5) jord och andra fastigheter. Av intresse är i synnerhet kategorin fynd, under vilken Schrevelius granskar sju olika slags objekt som kan upphittas, samt den sistnämnda kategorin, jordrelaterade ockupationsfång.⁸ Om fynd konstaterar Schrevelius *de facto* själv att det råder olika uppfattningar om begreppets betydelse. Han presenterar några av dem och förordar med viss reservation Calonius definition. Således kan övergivna ting och övergiven lös egendom enligt honom i regel uppfylla kriterierna på fynd, men i undantagsfall gäller detta även fastigheter och föremål som av naturen inte tillhör någon. Dessa kunde man eventuellt kalla för oegentligt fynd.⁹

Av detta sammanhang framgår det fortfarande inte varför Schrevelius tvekar i fråga om fastigheter, och varför han ändå anser det vara möjligt med

⁷ Se Schrevelius II § 117. De fyra definitionsenliga kriterierna är enligt Schrevelius följande: 1) tinget är *res nullius*, dvs. att (a) det aldrig har ägts av någon annan, eller (b) äganderätten har upphört, 2) tinget har tagits i besittning, 3) besittningstagaren har *jus occupandi*, dvs. att det inte finns något lagligt skäl som hindrar att tinget tas i besittning, och 4) tinget tas i besittning i avsikt att förvärva det. Här nämner Schrevelius fyra *res nullius*-situationer: (1a) vilda djur, fåglar och fiskar, samt (1b) tre situationer, nämligen att (1b.1.) ägaren har övergivit tinget (*res derelicta*) eller (1b.2.) ägaren har förlorat besittningen av ett vilt djur som han har fångat eller (1b.3.) staten inte längre respekterar ägarens äganderätt (*fiendeegendom*).

⁸ Se Schrevelius II om jakt § 118 och om fiske § 119.

⁹ Schrevelius II § 120.

fyndfång här. Schrevelius stakar ut gränsen i förhållande till de tjänliga objekten framför allt på den grunden att fynd inte får vara alltför inskränkt till omfånget, men inte heller alltför vidsträckt: för fynd gäller per definition att det skall kunna särskiljas från andra typer av occupatio och att de allmänna förutsättningarna för occupatio också då är för handen. Därför är bl.a. avgränsningen mot hävd viktig. Om det för att ett förvärv skall bli slutligt krävs en viss besittningstid, är det inte frågan om fynd-occupatio, utan om en blandning av occupatio och hävd. Enligt Schrevelius händer det ibland att fynd också är en kombination av occupatio och accessio. Som exempel kan nämnas en skatt, som en person hittar på någon annans mark: upphittaren kan inte tillägna sig skatten helt med stöd av sin occupatio-rätt, utan en del av skatten tillfaller markägaren med stöd av (dennes) accessio-rätt.

Särskilt om occupatio-rätten till jord

Schrevelius tar upp kategorin jord och andra fastigheter mer eller mindre som en avslutande kommentar till occupatio, innan han går över till de andra ursprungliga förvärvstyperna. När Schrevelius ger sig i kast med uppgiften är det skäl att notera hans första anmärkning. Han skriver att det i allmänhet anses att occupatio inte kan medföra äganderätt till en fastighet, eftersom de fastigheter som inte tillhör enskilda personer är kronans, varför de aldrig kan vara res nullius. Normalt förhåller det sig således på detta sätt, men Schrevelius anser att regeln tillåter undantag och modifikationer. Därefter gör han upp en lista över dem:¹⁰

- 1) ödehemman,
- 2) skatterätten för nyröjarna i Lappmarken,¹¹
- 3) vissa frälserättigheter för nybygghemman¹² samt
- 4) ödefiskerier, ödekvarnar, tegelbruk, torp och andra lägenheter som har övergivits, men som någon har tagit i bruk på nytt.¹³

Schrevelius avslutar avsnittet med att konstatera att det i enlighet med gällande lagar och förordningar i många fall som inbegriper övergivna fastighe-

¹⁰ Se Schrevelius II § 129.

¹¹ Här hänvisar Schrevelius till ett kungligt beslut från år 1762.

¹² Schrevelius nämner att förordningarna visserligen sedan dess har skärpts något.

¹³ I dessa fall krävs ytterligare skattemannarättighet enligt ett kungligt brev från år 1735.

ter de facto är möjligt att få äganderätt med stöd av occupatio.

Schrevelius dryftar inte mer generellt t.ex. den roll som arbete eller bearbetning spelar i sammanhanget. De ursprungliga fången behandlar han främst i samband med occupatio. De övriga typerna av ursprungligt förvärv (accession¹⁴ och tillverkning¹⁵) tas upp närmast som komplement; till en del förekommer de också i situationer där det är frågan om kombinationer av ursprungliga och derivativa förvärv.

När man kopplar samman det som Schrevelius anför här med det som han tidigare konstaterar om begreppet occupatio och förutsättningarna för occupatio, förefaller det som om äganderätten i allt väsentligt har kommit till genom ockupation, dvs. besittningstagande av ett herrelöst ting. Schrevelius lyfter inte fram någon egentlig regel, utan ser den som något man tar avstamp i, något som finns i bakgrunden men som visserligen anses ha tappat mycket av sina livsbetingelser. Enligt Schrevelius är det skäl att se över ståndpunkten. De divergerande tolkningarna gäller inte regelns innehåll, utan frågan om det med tanke på jordegendom finns sådana ting som är res nullius. Regeln gäller följaktligen fortfarande, men tillämpningsområdet har sedan dess begränsats, och detta därför att den förutsatta herrelösheten enligt gängse uppfattning inte längre kan gälla annat än vissa typers lös egendom. Schrevelius hävdar likväl att det fortfarande finns till och med herrelös jord eller att det åtminstone länge hade funnits, men att det primärt är frågan om jord som har övergivits och som av denna orsak genom res nullius åter faller under occupatio-rätten.

¹⁴ Enligt Schrevelius råder det delade meningar om accession skall betraktas som ett ursprungligt förvärv eller inte. Accessionen kunde egentligen utgöra ett mellanting mellan ursprungliga och derivativa förvärv, men i och med att den ofta hänförs till kategorin ursprungligt förvärv, gör också Schrevelius det. I annat fall skulle vi konfronteras med en mångfald förvillande indelningar. Se Schrevelius II § 130.

¹⁵ Schrevelius hävdar att en del personer ser också tillverkningen som en typ av accession, eftersom man vid tillverkning fogar en ny form till materien. När accession alltid handlar om materiella tillägg, är motiveringen enligt Schrevelius inte hållbar. Tillverkningen har likheter även med ockupationen. De indelningar och klassificeringar som Schrevelius använder är ingalunda självklara, utan försök att gruppera olika typer av fång i en situation där de olika typerna visar prov på en del förenande och en del särskiljande drag. Enligt Schrevelius definition är tillverkning det att ett ting omvandlas till ett annat slag (species), dvs. till någonting helt annat än vad det var tidigare. Att detta samtidigt ibland kan innebära förvärv av äganderätt, ibland inte, är däremot en helt annan fråga. Schrevelius tar upp dessa situationer i viss utsträckning, men bara som enskilda exempel, inte utifrån separata typindelningar. Se Schrevelius II § 135.

Bedömningar och ytterligare frågeställningar

När Schrevelius redogör för ockupationsförvärven lämnar han öppet vad de regler som han betecknar som allmänna har sin grund i. Han för inte heller fram något egentligt ursprungstillstånd eller någon viss tidpunkt som skulle ha varit utslagsgivande för ändrade uppfattningar. Han konstaterar kort och gott att all jord anses vara antingen i enskild ägo eller lyda under kronan, varför det inte var möjligt att genom *occupatio* förvärva fast egendom. Å andra sidan tar han upp nyröjningssituationer och situationer där övergivna fastigheter tas i besittning i akt och mening att visa att regeln trots allt fortfarande har ett visst tillämpningsområde.

När det gäller bakgrunden till de arvsrättsliga fången hänvisar Schrevelius däremot något diffust till både romersk rätt och historiens gång. Schrevelius konstaterar att förvärven genom arv har ett mycket nära samband med de ursprungliga förvärven. I början var det enligt honom så att arvet efter en död person genom *res nullius* tillföll den som först tog det i sin besittning. När den avlidnes närmaste anförvanter vanligen var personer som befann sig på ort och ställe, var det i regel också de som först tog kvarlåtenskapen i besittning. Ur denna sedvänja kom sedan denna rättighet till.¹⁶ Efter dessa anmärkningar fortsätter Schrevelius med att utreda vilka krav den svenska rätten i sin tur ställde på arvtagaren. Det som Schrevelius anför här gäller uttryckligen arvsbestämmelserna, men resonemanget bottnar i den generella regeln om äganderättsförvärv av herrelöst gods genom ockupation. I texten hänvisar Schrevelius samtidigt till *occupatio*-rätten som någotslags tidig samhällsregel, som har tjänat som underlag också för andra förmögenhetsrättsliga regelverk. Man tänker sig uppenbarligen att det närmast är den samhälleliga utvecklingen som har lett till att tillämpningsområdet för regeln så småningom har inskränkts.

Schrevelius text lämnar många intressanta frågor obesvarade, men det Schrevelius säger blir enligt mitt förmenande begripligt som en integrerad del av den dåtida civilrättsliga traditionen. Schrevelius stödde sig som känt såväl på inhemsk som på utländsk litteratur, och framhävde betydelsen av i synnerhet Savignys verk och den tyska rättsvetenskapen.¹⁷

¹⁶ Enligt Schrevelius innehöll den romerska rätten även undantag i fråga om de närmaste släktingarnas ockupationsrätt. Se Schrevelius II § 142.

¹⁷ Om Schrevelius bundenhet till systematiken i den tyska rättsvetenskapen se särskilt Lars Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II. Brytningstiden*. Lund 1998, s. 161 f och andra ställen.

Jag tar i det följande upp tre frågor. Först utreder jag hur den civilrättsbaserade juridiska begreppsapparaten handskades med det som anfördes om äganderättens ursprung och äganderättsförvärv. För det andra tar jag upp förhållandet mellan filosofernas och juristernas uppfattningar och för det tredje det historiska materialets inverkan på juristernas syn på äganderätten. Iakttagelserna återges i komprimerad form och baserar sig på min tidigare nämnda undersökning, där jag granskade den filosofiska grund för äganderätten som särskilt Kant och Hegel står för samt den uppfattning om äganderättens ursprung och grunden för äganderätten som ingår i den juridiska litteratur som romanisterna och germanisterna företrädde. Min undersökning visade att man i de rättsvetenskapliga texterna ser ockupationen som ett ursprungligt förvärv av orsaker som hänför sig dels till rättsvetenskapens funktion och källunderlag, dels till uppfattningen om historiens gång. Att äganderätten till ett herrelöst ting kan förvärvas av den som först tar det i sin besittning är en regel som härstammar från den romerska rätten, ”res nullius cedit primo occupandi”, och som bibehölls som en del av den civilrätt som i synnerhet romanisterna utvecklade. Grunden är inte bara historiskt betingad, utan har rötter också i rättsfilosofin, vilket ofta dock inte sägs explicit.¹⁸

FRÅGAN OM GRUNDEN FÖR ÄGANDERÄTTEN I DEN JURIDISKA OCH RÄTTSFILOSOFISKA LITTERATUREN PÅ 1800-TALET

Olika tolkningar av äganderättsgrunden

I den lärdomshistoriska litteraturen har frågan om vad som ligger till grund för äganderätten samband med framför allt förhållandet mellan ockupationsteorin och arbetsteorin. I den klassiska naturrätten hävdades att äganderätten uppkom genom ockupation och avtal. Därefter anses särskilt John Locke ha lanserat arbetet som ursprungsgrund för äganderätten. Att ockupationsteorin frångicks till förmån för arbetsteorin är i första hand en tolkning med filosofiska förtecken; i filosofin börjar det å andra sidan på 1700- och 1800-talen

¹⁸ Följande urval och sammandrag bygger på texten och källhänvisningarna i verket Päivi Paasto, *Omistuksen juuret* [Äganderättens ursprung, se fotnot 3].

också förekomma ett flertal andra grunder och nya infallsvinklar i frågan. Även i den rättsvetenskapliga litteraturen har man emellertid förfäktat tolkningen att övergången från ockupationsgrund till arbetsgrund skedde abrupt senast i slutet av 1700-talet. Det är särskilt tysken Manfred Brocker som hävdar att såväl den tyska som också mer generellt den europeiska rättsvetenskapen gick in för arbetsteorin så totalt att det sedan inte längre var möjligt att föreställa sig att någon annan grund ens hade existerat. Människans rätt till ett föremål ansågs ha kommit till genom hennes eget arbete, varför denna rätt samtidigt innebar en fullständig och unik dispositionsrätt över föremålet.¹⁹ Också Damian Hecker betonar att äganderätten definierades om i 1800-talets rättsvetenskap. Äganderätten blev således en absolut och exklusiv rätt till ett föremål; det stod i strid med rätten att över lag försöka reglera eller begränsa den. Enligt Hecker berodde detta dock inte så mycket på att ockupationsteorin hade fått ge vika för arbetsteorin, utan på att det inte längre anfördes några mer djupgående grunder.²⁰ Enligt dessa tolkningar var det den förändrade motiveringskutymen som samtidigt ledde till att äganderätten började definieras som en fullständig och obegränsad rätt på ett sätt som uteslöt möjligheten att reglera rättsställningsfrågan i linje med den moderna samhällsutvecklingen.

Min egen undersökning ger däremot vid handen att tolkningen av den omvälvning som skedde i fråga om grunden för äganderätten, dvs. att man övergav ockupationsteorin, den traditionella uppfattningen om äganderättens natur, för arbetsteorin, den moderna uppfattningen om äganderättens natur, inte i sig håller sträck. Det visade sig att man kunde ifrågasätta själva övergången lika väl som tidsfaktorn men också kopplingen mellan betydelsen av de reviderade äganderättsmotiven och äganderätsdefinitionen. Definitionen av äganderätt förändrades nog, men enligt rättsvetenskapen var konsekvensen inte den att inte äganderätten kunde begränsas, utan den att icke-begränsningskriteriet var en accentuerat begreppslig utgångspunkt, i förhållande till vilken inskränkningarna skulle ses som undantag, som i sin tur krävde separata grunder. I detta sammanhang går jag inte närmare in på denna tolkning. Resultatet av min forskning i de granskade Schreveliusexterna visar att någon påstådd markant övergång från ockupationsgrund till arbetsgrund aldrig materialiserades i den rättsvetenskapliga litteraturen. Schrevelius

¹⁹ Manfred Brocker, *Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*. Darmstadt 1992, särskilt s. 125 ff och s. 281–306.

²⁰ Hecker, *Eigentum als Sachherrschaft*, särskilt s. 201–265.

utgör med andra ord inget undantag; det han säger i äganderättsfrågan stämmer tvärtom väl överens med standpunkten i den vedertagna rättsvetenskapen. Jag hävdar dock inte att man inte i den juridiska litteraturen – den nordiska eller den tyska – skulle ha nämnt också arbetsgrunden som en ursprunglig äganderättsgrund, men jag påstår att man inte kan tala om någon dominerande teori här. Arbetsteorin började få understöd mot slutet av 1800-talet, men mest framträdande var den i den nationalekonomiska litteraturen. Ockupationen, stämplad som traditionell och övergiven i rättslitteraturen, förekom och förekommer fortfarande i denna stund i aktuella läroböcker som ursprunglig grund för äganderätten, även om någon större uppmärksamhet inte ägnas åt hela saken. Detta väcker en del intressanta frågor om t.ex. ockupationens ställning och lärans betydelse i den juridiska begreppsapparaten.

Äganderättsgrunden – de juridiska, filosofiska och historiska elementen

Drag i den juridiska traditionen

Bland det första man observerar när man undersöker grundvalen för äganderätten är hur olika frågan bemöts i den rättsfilosofiska och den juridiska litteraturen. I den filosofiska diskussionen fokuserar man på de stora utvecklingslinjerna samt på paradigmskiften och till och med alldeles specifika sådana (såsom övergången från ockupation till arbetsgrund). I den juridiska litteraturen förs just ingen diskussion alls. Den diskussion som trots allt förekommer når inte heller upp till gånge eller duglig filosofisk standard på området. I en typisk juridisk text är resonemanget kring äganderättens ursprung avsett att på sin höjd backa upp den juridiska framställningen av olika slags äganderättsförvärv. Man frågar sig hur detta är möjligt, när äganderätten å andra sidan är en särdeles grundläggande rättslig institution i den rättsuppfattning som präglar den konstruktiva inriktningen, den inriktning som väsentligen kom till under 1800-talet. Att äganderättsfrågan behandlas på ett visst sätt och i en viss omfattning i den rättsvetenskapliga litteraturen är enligt mitt förmenande uppenbart delvis därför att lärorna och materialet inom de olika rättsområdena är bundna till den juridiska traditionen, som givetvis finns där som ett slags skikt- och systemkonstruktion. Jag redogör för dessa inslag i min undersökning genom att separat granska dels systematiska framställningar av det civilrättsliga begreppsbygget, dels litteratur på

den egentliga materiella civilrättens område, och då ett urval texter av såväl romanister som germanister.²¹

Vad ger texterna vid handen? I de juridiska texterna om äganderätt och äganderättsliga system är konstellationen i allmänhet den att människorna har rätt att ta ett yttre ting i besittning. Utgångspunkten kan tas i Bibeln, men också i juridisknormativt material. I synnerhet romanisternas framställningar av äganderättsförvärv dikteras av premisserna i den romerska rätten, men också i de germanska alstren hänvisas till dem. Det är viktigt att ytterligare notera att både den romanist- och germanistrelaterade rättsvetenskapen lägger tyngdpunkten på fenomen och regler som har relevans för den gällande rätten. Detta illustreras på ett träffande sätt av Windscheids korta avsnitt om det äganderättskonstituerande fånget, där han hänvisar till stycket de acquirendo rerum dominio i Digesta 41.1. I samband med de olika typerna av äganderättsliga fång konstaterar Windscheid att fånget i de flesta fall gäller egendom som någon annan redan har äganderätt till, och att dessa förvärvslag är de viktigaste. Det förhåller sig dock inte alltid på detta sätt, och då tillfaller föremålet normalt den i vars besittning det är. Vidare finns det nya föremål: för de föremål som kommer till på organisk väg gäller regeln att de tillfaller ägaren till det kultiverade föremålet, för de nya föremål som kommer till genom människans egen verksamhet gäller regeln, dock med vissa begränsningar, att de tillfaller tillverkaren.

Det gäller att observera att det är de derivativa fången som är juridiskt centrala här. Perspektivet på de ursprungliga fången är däremot annorlunda i och med att dessa faller under en allmän regel, som visserligen aktualiseras endast i fråga om tämligen marginella objekt. Då hänvisas kanske till historien eller nämns bara de typiska fall där regeln fortfarande har någon tillämpning. När det gäller regeln ”herrelösa ting övergår i den första besittningstagarens ägo” åberopar t.ex. Windscheid ett visst stycke i Institutiones och tar upp fem situationer av äganderättskonstituerande fång i samband med herrelösa ting: 1. havsprodukter och öar som har stigit upp ur havet, 2. vilda djur, 3. föremål som har övergivits av ägaren, 4. skatter och 5. fiendeföremål.

Traditionen påbjuder således att de herrelösa föremålen skall tillhöra den som först tar dem i sin besittning. Regeln är likväl inte undantagslös. I den

²¹ Den första kategorin representeras av Savigny och Windscheid, den senare av romanisterna Thibaut, Mackeldey, Pütter och Schmid samt germanisterna Eichhorn, Beseler, Blunschli, Stobbe, Roth, Gerber och Gierke. Urvalet är inte täckande, men det styrs av en strävan efter att ta upp typiska och tematiskt särskilt belysande texter.

romerska rätten gällde regeln egentligen både lös egendom och fastigheter. Trots att t.ex. Windscheid inte tar upp denna fråga separat, kommer vissa av skribenterna – och då på den nu skisserade grundläggande begreppsnivån – fram till att det i praktiken inte finns någon sådan herrelöshet som avses i regeln, eftersom jorden normalt hör till något samfund eller någon enskild person eller lyder under staten; också jordens ställning som någon annans egendom diskuteras. Av romanisterna resoneras t.ex. Schmid på detta sätt. Han begrundar möjligheten att ockupera ett jordområde, men då gäller det bara sådan mark som först senare har blivit herrelös (dvs. har övergivits eller är obodd). Schmidt är i mångt och mycket, även om han är mer omständlig, inne på samma tankebanor som Schrevelius ovan.

Kategorierna i fråga kan således granskas i en snävare eller i en mer vidsträckt bemärkelse; vidare kan man hänvisa till material med klar förankring i den europeiska historien i jordrätt och då ta fasta på olika tidsstadier så att man hänvisar till drag i den romerska rätten, uppfattningar och rättigheter av germanskt ursprung eller tolkningar enligt vilka den ena inriktningen förstärks och den andra försvagas. Den viktigaste äganderätsrelaterade begreppsindelningen hos romanisterna gällde dikotomin äganderätt och rättigheter till någon annans föremål (*dominium/iura in re aliena*). Den grundläggande betydelse som äganderätten tillmättes i begreppsapparaten leder via den romerska rätten uttryckligen till sakrättsliga begreppsindelningar, dvs. till behovet att kunna skilja den primära ursprungsrättsliga ställningen från begränsade rättsställningar, och aktualiserar inte frågan om den ursprungliga rätten som grundval för någon samhällelig institution. Germanisterna är mer intresserade av ett flertal olika jordbesittningsformer som inte direkt föll inom ramen för den romerska rätten. Här är det dock skäl att observera att också germanisterna som förebilder för den vetenskapliga forskningen i tysk rätt använde sig av sådana kriterier som romanisterna på 1800-talet hade ansett vara rättsligt relevanta. Också germanisterna strävade efter att definiera äganderätten som fullständig dispositionsrätt över ett föremål. Parallellt tog de emellertid i större utsträckning än romanisterna in historiska element för att visa att äganderätten, den begreppsliga utgångspunkten till trots, på ett konkret plan hade en särdeles annan och även mycket växlande rättsställning.

Såväl romanisterna som germanisterna förfäktar att den ursprungliga grunden för äganderätten är ockupation. Också slutsatsen är densamma, nämligen att frågan om äganderättens uppkomst förblir marginell. Detta följer av att man söker svaret i historien, och då närmast i samfundets tillblivelsehistoria, varefter äganderätten som institution finns till och de viktigaste resur-

serna är fördelade. Det sagda står inte i strid med den romerska rätten utan befäster tvärtom det historiska skeendets betydelse; rent begreppsligt utgås således från att herrelösa föremål tas i besittning, varefter, dvs. under historiens gång, de juridiska förutsättningarna för att kunna tillämpa regeln i det närmaste har försvunnit. Juridiskt relevant är endast den omständigheten att de viktigaste resurserna, dvs. fördelningen av jorden, har lagt grunden för den ekonomiska systemstrukturen, och att det inte finns ett behov av att genom rättsvetenskapen ingripa i denna grundstruktur annat än vad gäller systembaserade överlåtelse i fråga om såväl fast som även lös egendom. Slutsatsen beaktades också vid beredningen av BGB, där man konstaterade att det inte var nödvändigt att i den riksomfattande civillagen ta in en allmän bestämmelse om förvärv av herrelösa fastigheter. ”Für das Rechtsleben ist es ziemlich gleichgültig, wie das rechtliche Schicksal der herrenlosen Grundstücke bestimmt wird. Grundstücke von einigem Werthe und Umfange, die keinen Eigentümer hätten, werden bei dem heutigen Stande der Bodenkultur schwerlich vorkommen.”

Både av romanisternas och av germanisternas framställningar framgår klart att tillämpningsområdet för ockupationen som äganderättsförvärv är inskränkt. Detta betyder å andra sidan inte att inte ockupationen i regel skulle uppfattas som en ursprunglig typ av förvärv, väl förenlig med begreppet äganderätt. Det förhåller sig visserligen så att själva utgångsläget inte längre finns till. Eftersom man ändå ser det som nödvändigt att gå tillbaka till början, kan man förstå det hela som så att ockupationen har gett upphov till systemet med jordäga. Utgångsläget måste föreställas som något i den stilen, trots att dagens fång mestadels är derivativa, sådana där allting har haft tidigare ägare. Det som nämns om ockupation hänför sig alltid till faktorer som är begreppsmässigt centrala för äganderätten, såsom kriterier för äganderätt, viljeyttringar och besittning. Genom ockupationen förklaras elementens eller dimensionernas ursprung. Först därefter är det möjligt att börja bygga upp ett på äganderätt baserat system. Ur denna synvinkel blir frågan om ursprungligt fång mer begreppslik än historisk.

Resultatet är på sätt och vis självklart, men ändå viktigt, eftersom vi får en förklaring till varför diskussionen i juristlitteraturen blev så knapp. Efter att det fundamentala hade redogjorts för var det angeläget att i första hand ta upp frågan om äganderättsöverlåtelse. När allting har en ägare, finns det inget annat juridiskt problem än vilka regler som skall gälla i olika situationer där ägaren upphör att existera eller förordnar om sin äganderätt.

Förhållandet mellan den juridiska traditionen och filosofin

Att den filosofiska och den juridiska diskussionstraditionen skiljer sig från varandra handlar egentligen mer om den generella differentiering som ägderum inom vetenskapen på 1800-talet. Det gäller då differentieringen mellan bl.a. filosofi och rättsvetenskap, men också i fråga om rättsvetenskapsinterna discipliner som rättsfilosofi, rättsteori och rättslära. Inom rättsvetenskapen blir man mer vetenskapsinriktad. Detta syns för det första i det allmänna begreppsbygget, där äganderätten definieras som en särskild rättighet som kategoriskt skiljer sig från andra rättigheter. Vetenskapsprägelns framgång också av den omständigheten att begreppsapparaten rensas från sådana icke-juridiska frågeställningar som tidigare (under den naturrättsliga fasen) har inbegripits i den och där begreppet äganderätt har uppfattats som en del av en mer omfattande tankebyggnad.

Vi kommer nu till paradoxen att äganderätten i 1800-talets juristdiskussion kategoriseras som en i relation till andra rättigheter distinkt rättighet, som därför måste underbyggas särskilt, men någon sådan argumentation, åtminstone inte särdeles brett upplagd eller ingående, går inte att finna i de granskade texterna; hänvisningar till andra områden stöter man dock på ibland. Hänvisningarna kan i sin tur gå i två riktningar, dvs. peka mot filosofin eller mot den historiska vetenskapen. Först tar jag upp förhållandet till filosofin, eftersom det i denna kontext uttryckligen är frågan om den disciplinrelaterade arbetsfördelning i vardande som nämns ovan.

När rättsläran på 1800-talet uttalat går in för att undersöka gällande rätt ("vad rätt är"), innebär det att varats väsen inte är centralt i juridiken, trots att vissa omnämnanden kunde få förekomma. För äganderättens del tar detta sig uttryck så att det inte i strikt filosofisk mening är nödvändigt att ange grunden för äganderätten i rättsvetenskapen eller i vart fall rättsläran, och detta uttryckligen därför att äganderätten som institution redan existerar och även förutsätts göra det på lagnivå: äganderätten är en del av den existerande samhällsstrukturen, till vilken hör regler som rättsläran koncentrerar sig på.

Den intressantaste kopplingen mellan juridik och filosofi gäller emellertid hur man förklarar äganderättsinstitutionens uppkomst. Trots att frågan undersöks mer genomgripande i filosofin och typiskt mer knapphändigt i rättsläran, står framställningarna inte i strid med varandra. De texter som jag granskade visar tvärtom att det som konkret förenar disciplinerna är just begreppet ockupation.

Hur förklarar man då ett sådant fenomen att faktisk besittning övergår i någonting som får juridisk relevans? Att någonting får juridisk relevans betyder helt enkelt att man börjar skydda en existerande och förvärvad besittning, dvs. en existerande rättsställning, för ingrepp från andras sida; ingreppen betraktas nu som rättskränkningar. Detta tankemönster av beständighet och kontinuitet tas in som grundelement i det rättsliga systemet uttryckligen i samband med grundvalen för äganderätten. Den som först tar någonting i besittning får tidsprioritet och följaktligen företräde framför andra. För ingrepp förutsätts då särskilda skäl (t.ex. förtjänst), några allmänna skäl finns inte att anföra. I min undersökning illustrerar jag det som är centralt i 1800-talets rättsfilosofiska diskussion om grunden för äganderätten genom Kant och Hegel, men i det följande åskådliggör jag dels skillnaden i perspektiv mellan rättsfilosofin och juridiken, dels samstämmigheten, med ett text-exempel från Wilhelm Traugot Krug (1770–1842).²² Krug har tagit intryck av Kant, men för den aktuella frågans vidkommande kan texten anses vara mer allmängiltig.

Vad säger då Krug? I fråga om äganderättens ursprung utgår han för det första från att samtliga föremål skall anses vara herrelösa från början och att alla har samma rätt till föremålen över lag. Äganderätt kan följaktligen uppstå bara genom att en person tar ett dittills herrelöst föremål i besittning och gör det till sitt, dvs. tillägnar sig det i syfte att själv behålla det. När man utifrån detta ger sig i kast med uppgiften att rationellt förklara äganderättens uppkomst såsom ett interpersonellt rättsligt förhållande med avseende på externa ting, måste man enligt Krug resonera utifrån abstraktioner av existerande, empiriska rättsförhållanden och reflexioner över nödvändigt betingade ursprungliga förhållanden mellan personer och föremål. Krug anser att detta går till på följande sätt:

Låt oss föreställa oss rationella varelser, dvs. personer, omgivna av ett otal yttre föremål. Föremålen kan utgöra medel för att säkerställa personernas utkomst och mål för verksamheten. Från början har personerna något eget bara i sig själva, men samtidigt dock också rätten till föremål i största allmänhet (i instrumentell mening). När ännu ingen har ting som klassificeras som egna, är samtliga ting herrelösa. Här finns likväl samtidigt den inneboende möjligheten att förvärva föremål. I och med att allting som inte kränker någon annans faktiska rätt rent juridiskt är tillåtet, är det fritt fram för var och en

²² Wilhelm Traugot Krug, *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*. Leipzig 1811.

att ta varje, fortfarande herrelöst föremål i sin besittning och göra det till sitt, eftersom detta inte kränker någon utomståendes äganderätt. Denna enda frihetsakt – okkupation – är således vägen också till faktisk extern äganderätt. Rätten till ett specifikt föremål kräver då ingen annan grund; förvärvssättet (modus acquirendi) omfattar samtidigt också förvärvsgrunden (titulus acquirendi).

Vidare konstaterar Krug att samma sak framgår också av den kända rättsregeln: *res nullius cedit primo occupanti*. Regeln förutsätter inte någon annan grund för den okupationsbaserade rätten till yttre föremål än denna samma akt, dock under förutsättning att det är frågan om herrelösa föremål. Krugs text visar således att den filosofiskt kanske rent av komplicerade motiveringen till äganderätten konkretiseras i den relevans som besittningen tillmäts. Besittningsgrunden är samtidigt något som filosofin har gemensamt med det juridiska källunderlaget, dvs. den romerska rätten. Den filosofiska grunden är en konstruktion av ursprungstillståndet och rör sig eventuellt på en annan nivå än den juridiska grunden, men dessa är förenliga. Äganderätten kommer till genom okkupation, eftersom den enskilde genom denna akt konkretiserar vars och ens ursprungliga nyttjanderätt till något föremål som ingen förut har haft bättre rätt till. I mer juridiska ordalag kan man säga att äganderätten kunde uppstå därför att okupationen inte kränker någon annans rätt, varför den är tillåten. Att okupationen inte ingriper i andras rättigheter beror på att föremålen är herrelösa.

Att grunderna likställs väcker naturligtvis en följdfråga: Behöver juristerna alls några filosofiska grundvalar, om rättsreglerna eller rättsläran redan dikteras av samma utgångspunkter? Å andra sidan anser mången jurist – såsom Schrevelius – att rättens ursprung inte kan begränsas till den positiva rätten.²³ I vilken omfattning det är nödvändigt att i rättsvetenskapen redogöra för den positiva rättens filosofiska grund är däremot en helt annan sak. Enligt mitt förmenande avspeglar den komprimerade tankebyggnaden ovan i stort sett de uppfattningar som kan antas ligga bakom de juridiska skrifterna, om man blev tvungen att klä dem i ord. Här ligger de filosofiska grundernas bestående bärkraft. Antagandena strider inte heller direkt mot de mer historiskt präglade hänvisningarna. De historieberättelser som juristerna ställvis stöder sig på försätter ursprungstillståndet långt tillbaka i tiden, medan Krug underbygger ursprungstillståndet på rationell väg, med filosofiska

²³ Se Fredrik Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt I. Inledning eller allmänna Praenotioner*. Andra upplagan. Lund 1851, s. 55 f.

medel. Bägge sätten att argumentera ger resultatet att herrelöshet och ockupation är nödvändiga tankekonstruktioner eller snarare grundsatser utifrån vilka det har varit möjligt att skapa ett äganderättsbaserat system över huvud taget samt förklara att det gällande systemet är sådant det är. Juristerna frågar just inte i sina texter om äganderätten är berättigad som institution eller inte, utan intresserar sig bara för hur man kunde tänkas finna grunder för den. Den positiva rätten behöver filosofin, men det betyder inte att de positivrättsliga institutionerna måste ifrågasättas. Man blir endast tvungen att försöka finna den bästa möjliga filosofiska motiveringen till dem. Detta tillfredsställer rättsvetenskapens behov.

Det som har sagts om äganderättens ursprung lämnar dock fortfarande vissa frågor obesvarade, men det är inte möjligt att närmare gå in på dem här. Äganderättens ursprungshistoria har betydelse också därför att man i äganderätten brukar se upphovet till andra grundläggande rättsliga institutioner, och då i synnerhet avtalet. Därför är det i själva verket samtidigt frågan om att underbygga hela den rättsliga grundstrukturen, inte bara om att ta ställning till den separata äganderättsfrågan. Berättelsen om äganderättens ursprung brukar ha en fortsättning, där det sägs att utövandet av de äganderättsbaserade rättigheterna ger upphov till avtalsinstitutet. Äganderätt innebär att rättssubjektet får använda ett föremål för att tjäna sina egna syften, varför äganderätten också omfattar rätten att överlåta föremålet till någon annan. Om det inte fanns någon överlåtelse rätt, skulle det egentligen inte heller finnas någon rätt. Överlåtelserna sker i sin tur genom avtal, som kräver parternas godkännande. Man kan således säga att avtalet på sätt och vis är en nödvändig följd av äganderättsförefintligheten eller rent av omfattas av äganderätten.

Den rättsfilosofiska och juridiska litteratur som jag granskade gav vid handen att den typiska rättsvetenskapliga diskussionen om äganderättens ursprung på 1800-talet stödde sig i allt väsentligt på material med rötter redan i 1700-talets diskussionstradition. Det är viktigt att observera att man i den juridiska litteraturen fortfarande höll sig till ockupationsgrunden, och att grunden fortfarande kunde vara också filosofiskt förankrad. Det hände att den juridiska argumentationen gick tillbaka till den romerskrättsliga primärregeln om att herrelösa ting tillhörde den första besittningstagaren, men vid behov kunde man anföra mer filosofiska motiv, där utgångspunkten var frihet och den på frihet baserade rätten till externa föremål som ännu inte var någon annans. De anförda grunderna var följaktligen förenliga. Med tanke på rättsvetenskapens funktion var det emellertid inte nödvändigt att beakta annat än juridiskt material samt tolkningstraditionen på området.

Förhållandet mellan den juridiska traditionen och historien

Jag konstaterade ovan att man i de juridiska framställningarna om äganderättens ursprung ofta på något sätt hänvisar till uppfattningar som har förts fram inom historievetenskapen. Genom att rikta intresset mot historien skapar det juridiska materialet redan i sig historia. Allmänt taget kan det juridiska materialet ses som historiskt i den bemärkelsen att det i rättsvetenskapen alltid är frågan om att fokusera på rättsordningen, dvs. de juridiska former som de existerande samhällsstrukturerna har antagit. De juridiska framställningarna brukar då sträcka sig en bit bakåt i tiden och omfatta redogörelser av hur de olika elementen har utvecklats historiskt. Detta leder till att historien, eller närmare bestämt den historievetenskapliga uppfattningen om hur samhället jämte samhällsordning har tagit form, integreras i de juridiska framställningarna. I detta sammanhang försöker man alltid särdeles konkret ta in någotslags kort historik över bosättnings- och samhällsinstitutionernas utveckling, som direkt förefaller att styrka någon viss äganderättsgrund. Här handlar det om hur jorden har koloniserats, hur resurserna har tagits i besittning och hur människorna efter hand har organiserat sig samhälleligt och statligt. Enligt denna inriktning har den äganderättsbaserande dispositionsrätten över jord, till följd av att någon slagit sig ned där, sin grund i besittningstagande och ockupation, och då "av naturen".

Det har också en viss betydelse i sammanhanget att frågan om äganderättens ursprung traditionellt granskas utgående från att det gäller en jordrelaterad rättighet. För jordens del kan man rätt obestridligt hävda att ockupationen med största sannolikhet även motsvarar det riktiga historiska händelseförloppet. Enligt bl.a. Adolph Wagner, en klassiker inom ekonomin, är den av juristerna gynnade ockupationsteorin historiskt sett mer riktig än den av nationalekonomerna gynnade arbetsteorin, och detta därför att ockupationen i sig alltid, och då talar vi om primitiva förhållanden, har föregått det stadium där jorden eller materien ytterligare har bearbetats på något sätt. I situationer där frågan om äganderättens ursprung granskas som en jordrelaterad rättighet är det också viktigt att lägga märke till att jordbruket ofrånkomligen leder till att faktorer som besittningstagande, besittning, röjning och odling vävs in i varandra. Kontroversen mellan ockupations- och arbetsgrunden skall därför inte uppfattas som om arbete eller bearbetning inte tillmättes någon betydelse. Att man förordar ockupationsgrunden betyder således inte att man åsidosätter arbetet. Saken uppfattas snarare så att det redan är besittningstagandet som har avgörande betydelse när det gäller jorden,

eftersom denna inte är resultatet av någons arbete eller ökar genom arbete.

Den juridiska litteraturen omfattar således en hel del historiskt förankrat material, men särskilt i fråga om äganderättens ursprung måste vi enligt min uppfattning separat ställa oss frågan, huruvida det ursprungstillstånd och det ockupationsbaserade ursprungsfång som förs fram i den juridiska litteraturen är påstående om historiska skeenden eller filosofiska konstruktioner.

I de granskade texterna talade juristerna om tidiga stadier, begynnelsestadier och en avlägsen forntid; begynnelsestadiet förlades rent av till någon viss tidpunkt såsom hednatiden, kejsartiden eller den tidiga germanska tiden. Det väsentliga i hänvisningarna förefaller å andra sidan inte att ha varit den historiska tidsbestämningen, utan behovet av att peka på en sådan utgångspunkt där det ännu inte fanns någon privat äganderätt. Man tänkte sig då en tidsperiod utan fast bosättning och etablerat åkerbruk. Det är frågan om ett ursprungstillstånd som i allt väsentligt kännetecknas av att jorden är herrelös. Att man utifrån detta anför att äganderätten har sitt ursprung i ockupationen kan tolkas som ett historiskt påstående, men inte heller här är juristtexterna benägna att utreda när och hur detta kunde tänkas ha ägt rum. Det finns smärre hänvisningar i texterna till en fråga som har sysselsatt historieforskningen, nämligen huruvida jorden skall anses ha blivit ockuperad kollektivt eller av enskilda. En del tog ställning för den senare varianten, men oftast konstaterades bara att saken var oklar. Detta förefaller inte att ha haft någon nämnvärd inverkan på berättelsen om äganderättens ursprung. Om det var ett samfund som hade förvärvat den ursprungliga äganderätten genom ockupation, aktualiserades frågan om privat äganderätt först när samfundet anvisade enskilda personer jord.

Ur juristernas synvinkel förefaller det således inte att vara så viktigt att utröna ockupationens tidstillhörighet eller dess olika stadier mer i detalj. Som viktigt ser jag endast det att ockupationen rent begreppsligt inbegriper besittningstagande av ett föremål och följaktligen besittning. Besittningen kan kallas faktisk eller rättslig, men de granskade texterna visar att ockupationen förlagd till ursprungstillståndet var viktig uttryckligen därför att det faktiska besittningstagandet i och med detta fick en juridisk innebörd. Att ett föremål tas i besittning och att besittningstagandet tryggas innebär samtidigt att någon får rätt till föremålet; i de juridiska texter jag undersökte förstod man detta i bemärkelsen ensamrätt, dvs. en rättighet som exkluderade alla andra. Kopplingen i fråga ger enligt min mening vid handen att man inte egentligen såg ockupationen som ett historiskt fenomen utan snarare som en konstruktion som var behjälplig vid det juridiska begreppsbygget. Ockupa-

tionen sades ha gett upphov till en exklusiv rättighet, trots att författarna allmänt tog upp det system av jordrelaterade rättigheter som hade funnits i tidens morgon, under medeltiden och långt in på nya tiden, ett system som kännetecknades av en mångfald begränsade och mångfasetterade rättigheter som följde av besittning, men inte äganderätten som ensamrätt.

Det förefaller således som om man för det mesta hade sökt äganderättens rötter i filosofin, vilket också är i linje med den långa traditionen av jurist-texter. Särskilt det naturrättsliga tänkandet med sin teori om samhällsfördraget har utgjort en mer eller mindre distinkt del av de rättslitterära alstren. Den filosofiska teorin om äganderättens ursprung har ofta till och med påverkat den rättshistoriska analysen så att dagens äganderätt har setts som ett resultat av historiens gång, medan fenomen av annan typ har avfärdats som historiska avvägar.

Det var å andra sidan inte möjligt att helt glömma den historiska utvecklingen. Det man också genom de filosofiska resonemangen måste berättiga var äganderätten sådan den var i dag, dvs. ett historiskt fenomen. Detta ställer vissa historiska krav på hur äganderätten underbyggs. Att grunden för äganderätten var historiskt förankrad behövde dock inte orsaka alltför mycket huvudbry. Det räckte att det historiska läget på 1800-talet förklarades utifrån en logisk utvecklingsgång. Mycket radikala grunder eller grunder som inte fann stöd i det juridiska materialet väckte inte allmänt gensvar hos rättslitteraturen. Att ockupationsgrunden var mer historiskt förankrad än t.ex. arbetsgrunden ser jag som en delorsak till att juristerna föredrog ockupationsgrunden framför arbetsgrunden, som rent filosofiskt eventuellt hade haft ett bättre förklaringsvärde när det gäller äganderätten.

AVSLUTANDE KOMMENTARER

Grunden för äganderätten är en fråga av permanent rättsligt värde, som hjälper oss att få grepp om det förmögenhetsrättsliga systemets strukturella grundvalar, utgående från vilka juridiken sedan kan koncentrera sig på att undersöka olika slags personrelaterade förmögenhetsrättsliga arrangemang och hur dessa har förändrats. I undersökningarna i fråga har personerna då rollen av dispositionsrättsinnehavare i förhållande till föremålen, och frågan gäller primärt vem som har bättre rätt än någon annan till något, och i vilka situationer detta aktualiseras. Äganderätts- och avtalsinstitutionerna ifrågasätts

inte i sig, utan med hjälp av dem anvisas aktörerna vissa positioner inom ramen för vilka de har möjligheter att agera. Förutom denna struktur är det skäl att observera att ockupationsgrunden också hade en särskild juridisk-begreppslig innebörd, nämligen att kollisioner på rättslig grund kunde avgöras utifrån tidsprioritet, med andra ord insikten om att den som hinner först har bättre rätt ("först till kvarn får först mala").

(Översättning från finska: *Lenita Häggblom*)

Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag – en svensk kodifikationsstrid?

År 1686 tillsattes av Carl XI en lagkommission med uppgift att utarbeta en ny lagbok, som skulle ersätta de medeltida stads- och landslagarna. Det var från början klart att det inte var fråga om en nyreglering av rätten, utan kommissionens arbetsuppgift var såtillvida begränsad, som att den endast skulle överse, förbättra och bringa stoffet i en god ordning. Dessutom, och inte minst viktigt, skulle lagtexten avfattas på det ”för tiden brukliga svenska språket”. Det som framkallat behovet av en lagöversyn var framför allt den splittring och motsägelsefullhet, som kommit att prägla den svenska rätten till följd av 1600-talets ymnigt förkommande punktlagstiftning. Det splittrade och i hög grad oöverskådliga rättsläget hade lett till att lagen fått utseendet av ”en sönderbruten marmorstens vägg lappad med små gråstenar”.¹ Lagkommissionens ansträngningar att sammanfatta rätten var i så mån framgångsrika som att en för stad och land till det yttre enhetlig rättslig reglering kunde antas på 1734 års riksdag.

1734 års lag har i den rättshistoriska forskningen inte överraskande be-tecknats som ”Sveriges sista medeltida lagbok”.² Till grund för denna karak-teristik ligger inte endast materiellrättsliga överväganden, d.v.s. att lagverket i huvudsak sammanfattade och återgav äldre rätt. Vad mer är, är att lagboken kan placeras in i en lång och kontinuerlig rättsteoretisk tradition, som har sina rötter i skolastikens metafysiska rättsuppfattning.³ Författarna av 1734

¹ Om den kritik av rättsläget som framfördes av riksrådet Gustaf Rosenhane på 1672 års riksdag se Posse, J. A., *Bidrag till svenska lagstiftningens historia*. Stockholm 1850, s. 150.

² P. A. Östergren, *Till historien om 1734 års lagreform*. Lund 1902, s. 47 f.; K. G. Westman, *De svenska rättskällornas historia*. Uppsala 1912, s. 59; Göran Inger, *Svensk rättshistoria*. Lund 1980, s. 133 f.; Erik Anners, *Svensk straffrättshistoria, del I*. Stockholm 1972, s. 34.

³ Se t.ex. Fritz Kerns analys av argumentet ”gammal och god lag”, som alltifrån medeltiden användes som en bestämning av den ideala lagstiftningen, Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*. Tübingen 1952, s. 16 ff och 30 ff. Se även Karl Griewank, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff*. F/M 1973, s. 18 om uttrycket ”Rückkehr zum alten Recht”.

års lag betraktade inte den lagstiftande makten som ett politiskt instrument, med vars hjälp samhället skulle förändras i enlighet med ett visst uppställt ideologiskt program. Det var sålunda karakteristiskt för denna syn på lagstiftningen, när kanslikollegiet i sitt uppdrag åt rikshistoriografen Jakob Wilde att författa lagens företal, underströk att det var viktigt att företalet gav vid handen att den nya lagboken egentligen inte var någon ny lag, utan endast en redaktionell översyn och sammanfattning av den äldre rätten. Företalet skulle därför innehålla en historia om Sveriges gamla lagar, som underströk att den nya lagboken egentligen inte var en ny lag, utan endast en förbättring av den gamla lagen.⁴ Denna förståelse av lagstiftningsinstrumentet kommer också väl till uttryck i företalet, som inleds med en redogörelse för lagens metafysiska fundament, nämligen dichotomien gudomlig respektive mänsklig lag:

Öfwer det förre hafwa Menniskiorne ingen frihet, utan måste nödvändigt blifwa wid then, som then Allwise uphofsmanen föreskrifwit; Men inrättningen til thet borgerliga selskapets wärn och bästa har han lemnat thet sunda förnuftet på förberörde grund at fastställa, påbiuda och förändra. Ju försiktigare thenna stadgad är, och ju nogare then handhafwes, ju lycksaligare gör den sina Följare.

Tidens syn på rätt och samhälle gav uttryck för en teleologisk-normativ etik. Rätt och etik utgjorde en ouplöslig enhet. Det normativa börat hade sin grund i varat eller i en tingens prestabiliserade ordning. Den positiva rätten realiserade ett i "tingens ordning och människans förnuft" liggande etiskt böra.⁵ Den hade således en metafysisk överbyggnad, nämligen naturrätten, den positiva rättens väsen eller idé. Med en sådan härledning var den positiva rätten ytterst ett uttryck för Guds vilja och inte en historiskt tillfällig lagstiftarvilja. Lagstiftare och rättstillämpare måste orientera sig mot den ideala grundnormen, nämligen *lex naturae*. Naturrätten utgjorde en given måttstock för lagstiftningen, som begränsade lagstiftarens möjligheter. Det är i detta sammanhang man skall förstå sådana tidstypiska uttryck som "gamal och god lag", "finna rätt", "förbättra lagen" etc. Lagstiftningen uppfattades därmed inte som ett instrument att efter tillfälliga politiska syften och ändamål åstadkomma förändringar i samhället. Lagstiftarens uppgift var

⁴ K. G. Westman, *De svenska rättskällornas historia*. Uppsala 1912, s. 93. Om författarskapet till det företal som så småningom antogs och trycktes med lagen se Westman, s. 94.

⁵ Claes Peterson, Rättslig enhet genom naturrätt? Naturrätten i 1700-talets skolfilosofiska rättsteori. *Juridisk Tidskrift* 1992–93, s. 620–642.

snarare att upprätthålla den, alla enskilda ändamål omfattande, normativt givna ordningen. Förändrade och i synnerhet fördärvade seder utgjorde därför ett viktigt incitament till lagstiftning. Denna tanke, som ger uttryck för den metafysiskt färgade uppfattningen att lagstiftningen i huvudsak skulle användas för att återställa en rubbad ordning, förekom som ett centralt argument i samband med tillkomsten av 1734 års lag.⁶ Lagstiftarens handlingssval grundade sig ytterst på ett överordnat socialtiskt ändamål, *salus publica*, som hade sin grund i ”Guds och naturlig lag och ordning”. Den naturrättsliga grunden, måttstocken för den positiva rätten, befann sig således utanför den maktpolitiska sfären, vilket innebar att suveränen, en absolut monark eller ett ständervälde, inte förfogade över dess innehåll.⁷

Exempel på att lagboken gav uttryck för en traditionell lagsyn är att de medeltida lagarnas balkindelning bibehölls som mall för inordningen av stoffet liksom den medeltida kasuistiska lagskrivningstekniken tillämpades. Lagens språkdräkt följer således idealet av en lagstil, som är ordknapp, arkaiserande och korthuggen och ger associationer till de medeltida landskaps- och landslagarnas uttryckssätt.⁸

När lagen antogs av 1734 års riksdag, betecknades lagen som ”en allmän beständig och trygglig Sveriges lag”, allt i enlighet med den ovan beskrivna lagstiftningssideologin. Tanken var uppenbarligen att lagen oförändrad skulle äga bestånd under oöverskådlig tid. Det visade sig dock att lagen på grund av sin kasuistik och knapphändighet blev svår att tillämpa. När tveksamhet uppstod om hur lagen skulle tillämpas, fick domarna för en auktoritativ uttolkning av lagtexten vända sig till lagkommissionen, som med ett kortare avbrott fortsatte sin verksamhet fram till 1808. Med hjälp av lagförklaringar och utlåtanden in casu kom lagkommissionen att såväl jämka som komplettera lagen. Denna ad hoc-mässiga rättsbildning, som väl närmast kan be-

⁶ Det s.k. Lindschöldska memorialet, som av forskningen anses ge uttryck för de övervägande, som kom att styra lagens tillkomst, avslutas med sentensen ”pravi mores occasionem dant bonis legibus”, se Claes Peterson, *Das schwedische Gesetzbuch von 1734: Ein Gesetzbuch mittelalterlicher Tradition oder reformerischer Aufklärungskodifikation? Zur Frage des Gesetzesverständnisses im schwedischen 18. Jahrhundert*, i Heinz Mohnhaupt (red.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1988, s. 119.

⁷ Claes Peterson, *Lagstiftning eller självreglering i ett rättshistoriskt perspektiv. Svensk Juristtidning* 2001, s. 220.

⁸ För en karakteristik av lagstilen i 1734 års lag se E. Marks von Würtemberg, *Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början*, i *Minnesskrift ägnad 1734 års lag*, Bd I. Stockholm 1934, s. 143 f.

skrivas som en mellan riksdagarna förekommande provisorisk lagstiftning, kom med tiden att betraktas som bestående rätt.⁹ Resultatet blev en omfattande stofftillväxt, som inte bara hotade den rättsenhet som uppnåts med lagboken, utan som i själva verket ledde till att rätten blev splittrad och oöverskådlig med en icke obetydlig rättsosäkerhet som följd. 1775, endast 40 år efter stadfästelsen av lagboken, blev det bristfälliga rättsläget föremål för en omfattande kritik av justitiekanslern Joachim Wilhelm Liljestråle. I ett akademital gav han uttryck för juristens frustration vid anblicken av det vidlyftiga regelmaterial, som domaren inte endast förväntades ha kunskap om utan som han även måste kunna tillämpa. Liljestråle konstaterade att "liksom vi fordom hade brist på lagar, så qväfvas vi nu af deras myckenhet".¹⁰ 1807 sammanställdes en vidlyftig lagsamling, vars syfte var att under de särskilda paragraferna i 1734 års lag sortera in alla de förordningar, lagförklaringar och utlåtanden, som tillkommit senare än lagen. Lagsamlingen vittnar på ett talande sätt om det "legislativa lappverk",¹¹ som uppstått under 1700-talets senare del.

1811 års lagkommitté

På den s.k. revolutionsriksdagen 1809–10 väcktes en rad motioner om en mer genomgripande översyn och revision av 1734 års lag. Lagutskottet konstaterade genom sin sekreterare, professor Johan Holmbergson, att det utan tvekan var en angelägen uppgift att såväl till den yttre formen förenkla lagarna som förbättra deras innehåll genom att inarbeta de tillägg och förändringar som tillkommit efter antagandet av 1734 års lag. I sammanhanget påpekades också att lagrevisionen skulle grunda sig på utredning av lagarnas historia. En kommitté tillsattes med uppgift att utreda frågan och utarbeta en plan för lagstiftningsprojektet. Kommitténs betänkande, som innehöll såväl en rekommendation om hur omfattande lagrevisionen borde bli som en instruktion för hur översynen skulle utföras, ledde till att en särskild lagkommitté tillsattes. Av betänkandet framgår att lagkommitténs uppdrag inte var mer vittgående än vad som varit fallet med Carl XI:s stora lagkommission. Parallellerna mellan de direktiv som lagkommissionen respek-

⁹ Se Würtemberg, s. 144.

¹⁰ J. W. Liljestråle, *Tal om Lag-Förbättring*. Stockholm 1775, s. 29.

¹¹ Würtemberg, s. 145.

tive lagkommittén hade att följa var påfallande.¹² Återigen var det endast fråga om att åstadkomma en lagförbättring. Det fastslogs således att den gamla lagens indelning i balkar och kapitel skulle tjäna som utgångspunkt för arbetet; att alla särskilda påbud som hörde till allmänna lagen skulle sammandragas och i lagen införas i den ordning ämnas natur fordrade; att ur lagen skulle uteslutas vad som inte stod i förhållande till förändrade omständigheter; att, där ändring eller tillägg erfordrades, sådana skulle få föreslås; att de läror skulle utredas, som var i lagen nödiga, men som den gällande lagen antingen saknade eller ofullständigt behandlade.¹³

Det finns inget i kommittébetänkandet som skulle kunna tolkas på annat sätt än att det återigen endast var fråga om att med bibehållandet av den gamla lagbokens form skapa enhet i det vildvuxna rättsstoffet. Man letar således förgäves efter spår av någon ny, radikal lagstiftningsideologi eller kodifikationsmodell.

De första åren av lagkommitténs tillvaro förefaller inte ha ägnats åt mer än att fördela arbetet mellan de olika kommittéledamöterna. En period av mer intensivt och planmässigt arbete inleddes när den liberalt sinnade häradshövdingen Johan Gabriel Richert inträdde i kommittén. Richert, som blev en drivande kraft i lagstiftningsarbetet, kom att tillsammans med de politiskt likasinnande ledamöterna assessorn Olof Zenius och advokatfiskalen Pehr Staaf att utforma grunderna för lagstiftningsprojektet. År 1826 framlade kommittén ett förslag till allmän civillag, som ger vid handen att lagkommittén följt ett annat ideal för sitt arbete, än den målsättning som lagutskottet formulerat och som riksdag och regering fastslagit 1811. Civillagsförslaget följdes 1832 av ett förslag till kriminallag. Av skäl som nedan skall framgå var det ingen tillfällighet att kommittén prioriterade arbetet på en civilrättscodex. Trots att förslaget till en allmän civillag till sin yttre utformning följde balkindelningen i 1734 års lag, framgår av de materiellrättsliga regleringarna att författarna haft den franska code civil till sin omedelbara förebild. Lagförslaget förkroppsligade därmed upplysningstidens och den tidiga liberalismens lagstiftningsprogram.¹⁴ Lagkommittén arbetade i ”upplysningens anda” med målet att skapa en till den individuella medborgaren

¹² Jfr det s.k. Lindschöldska memorialet, se Peterson, *Das schwedische Gesetzbuch von 1734*, s. 115 ff.

¹³ Württemberg, s. 147.

¹⁴ Olof Zenius hade redan 1809 gett uttryck för den upplysningstida socialmodellen och dess lagstiftningsideologi i en anonym broschyr med titeln ”Om näringsfrihet”. Se Peterson, *Lagstiftning eller självreglering*, s. 224 ff.

orienterad civilrätt; det innebar att individens självförverkligande genom eget flit och kapital trädde i förgrunden och att individens sociala, ekonomiska och rättsliga bundenhet i samhällets intermediära korporationer – framför allt stånd och skrän – skulle upplösas. Enligt förslaget skulle näringsfrihet införas, de extraordinära domstolarna, som i hög grad hängde samman med samhällsorganisationens korporativistiska struktur, skulle avskaffas, liksom kvinnan vid en viss uppnådd ålder automatiskt skulle bli myndig, för att nämna några exempel på sådana för det dåtida svenska samhället omvälvande nyheter. Det kanske intressantaste draget i civillagsförslaget är att det implementerade ett autonomt rättssubjekt, som befann sig långt från ståndssamhällets statustänkande.¹⁵ Genom att konstruera ett allmänt och likställt rättssubjekt skulle alla medborgare stå formellt lika inför lagen.¹⁶ Den abstrakta rättssubjektiviteten var sålunda tänkt att utgöra gravitationspunkten i privaträtten. Den fria partsviljan skulle således vara konstituerande för all privaträtt.

1826 års civillagsförslag gav även uttryck för en ny syn på lagstiftningsinstrumentet. Den i ett slag genomförda nyregleringen av privaträtten skulle styra in samhället i en liberalt emancipatorisk utveckling. I motiven till sitt förslag gav kommittén på ett oförtäckt sätt uttryck för ett sådant politiskt motiv. Förebilden var säkerligen den franska *code civil*, som var den första lagboken i ett ståndsfritt samhälle. Genom att i en kodifierad privaträtt befästa det liberala samhällets rättsideal kom *code civil* också att uppfattas som ”la vraie constitution de France”.

¹⁵ Om den s.k. statusläran se Claes Peterson, *Från romerskrättsligt statustänkande till en allmän europeisk rättssubjektivitet: den svenska utvecklingen 1750–1850*, i *Festskrift till Åke Frändberg*. Uppsala 2003, s. 201 ff.

¹⁶ Se t. ex. lagkommitténs motivering till att adelsmans forum privilegiatum skulle avskaffas: ”Den personliga rätten, att dömas av annan än vanlig domstol, är ett privilegium, härledande sig, liksom flera undantagslagar av enahanda art, från förhållanden, helt olika dem, som höra till närvarande statsskick. Nu för tiden hava den skillnaden, som fordom söndrade medlemmarna av vissa stånd och korporationer från menige man, förlorat sin betydelse. Alla är likar inför lagen. Den enas rätt är ej heligare, än den andras. Den domstol, som är god nog för en, är god nog för alla”, *Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag*. Stockholm 1826, Motiver, s. 255. Sett i ljuset av de strider som föregick ständsriksdagens avskaffande i mitten av 1860-talet är uttalandet utan tvekan radikalt.

Den tyska kodifikationsstriden

Inte överraskande framkallade 1826 års civillagsförslag en omfattande kritik, inte minst från juristernas sida. I de olika remissvaren och inläggen, inklusive lagkommitténs svar, som gjordes med anledning av lagförslaget, kan ett mönster urskiljas som påminner om den s.k. kodifikationsstriden i Tyskland under 1810-talet. Huvudkombattanterna i denna vetenskapliga strid var två civilrättsprofessorer och tillika romanister, nämligen A. F. J. Thibaut och F. C. von Savigny. De formulerade sina respektive positioner i vältaliga programskrifter, som numera räknas till juridikens klassiker. Kodifikationsstriden inleddes 1814 med att Thibaut detta år publicerade en skrift med titeln ”Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”, i vilken han mycket envetet pläderar för att enhet i den tyska såväl geografiskt som historiskt splittrade rätten endast kan uppnås med en kodifikation. Savigny svarade Thibaut med sin epokgörande skrift ”Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” som utgör en kritisk uppgörelse med Thibauts argumentation för kodifikationen som lösningen på Tysklands problem med den ytterst splittrade och oöverskådliga rätten. Det är tveklöst så att de svenska jurister, som yttrade sig i diskussionen om 1826 års civillagsförslag tagit intryck framför allt av de kritiska argument som Savigny riktade mot Thibauts förslag. Det förefaller som om Savignys kritik skapade en medvetenhet bland svenska jurister, framför allt domare och rättsvetenskapsmän, om de problem som var förbundna med den radikala omgestaltning av rätten, som en kodifikation av det slag som Thibaut pläderade för innebar. Det förefaller därför vara lämpligt att låta den tyska kodifikationsstriden bilda utgångspunkten för en bedömning av de svenska juristernas ställningstaganden när det gäller lagkommitténs lagförslag.

Thibauts kodifikationsförslag

Ett karakteristiskt drag för alla kodifikationsprojekt, inklusive den kodifikationsmodell som Thibaut förespråkade, är att de har sin upprinnelse i ett missnöje med den existerande rätten, som på grund av ett splittrat och i många fall motsägelsefullt innehåll omöjliggör en enhetlig och därmed förutsägbart rättstillämpning. Bristen på rättslig enhet har uppfattats och uppfattas som en hämsko på samhällsutveckling och framåtskridande. Likformighet och

försägarhet, förutsättningarna för rättstrygghet och stabil ekonomisk omsättning, kan inte garanteras om det systematiska sammanhanget i rätten går förlorad. I ett läge där rättslig splittring och rättsosäkerhet tillåts dominera den rättsliga verkligheten, sätts av lätt insedda skäl ofta tilltron till lagstiftningsinstrumentet som vägen ur dilemmat, eftersom varken praxis eller doktrin förefaller besitta den för ändamålet nödvändiga enhetsskapande kraften. En heltäckande kodifikation utgör ett radikalt ingrepp, vars syfte är att i ett slag, som en ”instant fix”, åstadkomma rättslig enhet och därmed hejda det som närmast kan beskrivas som ett rättsligt förfall. I detta scenario framstår kodifikationen rent av som en revolutionär handling: genom ett kirurgiskt snitt avlägsnas den sjuka, historiskt traderade rätten, som ersätts med en nyreglering av rätten i kodifikationens form. Det är således i huvudsak praktiska överväganden som driver fram en kodifiering av rätten. Den rättsliga enhet som uppnås genom kodifieringen förutsätts öka juristens förmåga att överblicka och behärska det juridiska stoffet. Den fasta utgångspunkten är en *förnuftsbaserad lagstiftning*, som är relativt oberoende av historiska förhållanden. Det innebär att kodifikationen måste uppnå en sådan abstraktion att den kan tillämpas på samma sätt oavsett tid och plats, d.v.s. all historisk särart måste undertryckas. Särskilt privaträtten uppfattas besitta en sådan karaktär, emedan den utgör en juridisk formalisering av marknadens neutrala varu- och penningrörelser, som endast styrs utifrån ekonomiska lagar. Det föreligger med andra ord en parallellitet mellan privaträttens rationalitet och de likaledes rationellt verkande marknadskrafterna. Båda sammanhangen uppfattas uttrycka en lagbundenhet, som är indifferent i förhållande till alla yttre historiskt föränderliga omständigheter. Ett karakteristiskt uttryck för detta synsätt återfinnes hos Thibaut, där han framhåller att stora delar av privaträtten ”så att säga endast är ett slags ren juridisk matematik”. Kodifikationen avses vara *heltäckande* eller *fullständig*, vilket i sin tur innebär att lagstiftaren måste göra sig till herre över den kasuistiska mångfalden genom att utveckla en syntetisk lagskrivningsteknik. Av fullständighetsidealet följer som ett corollarium att kodifikationen antas sakna luckor. Det innebär i sin tur att dess tillämpning endast kan ske i subsumtionens form. Domaren reduceras därför till att blott vara en subsumtionsautomat. Föreligger trots allt en lucka i lagen kan denna således inte slutas med en analogi. Inte heller tillåts domaren tolka lagtexten om det föreligger oklarheter. Om domaren saknar ledning om hur en regel skall tillämpas eller ett oreglerat fall skall lösas, skall han istället inhämta lagstiftarens beslut i frågan, d.v.s. en lagförklaring eller *référé législatif*.

Rätt identifieras med kodifikationen, som med andra ord betraktas som den enda rättskällan. Jeremy Bentham har i *A General View of a Code of Laws* (1804) formulerat denna tanke på ett närmast arketypiskt sätt, nämligen ”Whatever is not in the code of laws, ought not to be law”. Denna monistiska rättskällelära har historiskt sett haft ytterst negativa konsekvenser för övriga rättskällor, som till och med misstänkliggjorts och nedtryckts av lagstiftaren.¹⁷ Ovan har framgått att tolkningsförbudet och förbudet mot analogislut förvandlar domaren till en osjälvständig subsumtionsautomat. Även rättsvetenskapen drabbas, eftersom den heltäckande kodifikationen implicerar ett kommentarförbud. Det innebär att den rättsvetenskapliga verksamheten begränsas till att på ett deskriptivt sätt återge innehållet i lagtexten. Syftet med en kodifikation är enligt upplysningens program att åstadkomma såväl inre enhet, d.v.s. likformighet i rättstillämpningen, som yttre rättsenhet, d.v.s. uniform lagstiftning inom ett geografiskt avgränsat område. Kodifikationsidén har en stor attraktionskraft, eftersom den anses ställa ett verktyg till domarens förfogande, som borde garantera en enhetlig och därmed förutsebar rättstillämpning. Rättssäkerheten stärktes ytterligare av det förhållande att domaren bands vid lagens ordalydelse, vilket skulle förhindra att domaren smugglade in sina egna politiska och moraliska preferenser.

Savignys kritik

Upplysningstiden betraktade och framställde kodifikationen som ett stort civilisatoriskt framsteg, emedan den representerade radikal förnyelse och modernitet. Dessutom ansågs den ge rätten en yttre tyngd och auktoritet. Insikten att det är omöjligt att med en lagbok uppnå materiell fullständighet i rätten är emellertid en lika gammal sanning som kodifikationstanken själv. Det praktiska rättslivets oändliga variationer gör att man endast kan uttala sig ”ut in pluribus”. Frågan blir därför om det omfattande rättsliga stoffet överhuvudtaget kan behärskas med en kodifikation, eller om inre rättsenhet automatiskt följer av en heltäckande kodifikation? Oavsett om kodifikationen utformas enligt en kasuistisk eller syntetisk lagskrivningsteknik, så kan man konstatera att de så gott som uteslutande utgör en empirisk katalogisering. Om kodifikationen skall kunna erbjuda en väg till verklig rättslig enhet, så måste begreppet ges en annan innebörd, nämligen organisk enhet istället för

¹⁷ Fredrik II:s kabinettssorder från 1780 utgör ett exempel härpå.

empiriskt aggregat. Det är inte heller överraskande att den monistiska rättsskällelära, som kodifikationsideologin implicerar, inte avspeglar vad juristerna i verkligheten gör. När kodifikationen väl har införts, visar det sig nämligen att det är helt andra krafter än lagboken som styr den fortsatta rättstillämpningen och rättsutvecklingen.

Det är förvisso en banal sanning att säga att fullständighetsidealet är en utopi. Kodifikationen kan inte täcka alla fall som uppkommer. Med det kasuistiska upplägget skulle det förutsätta att lagstiftaren hade en kristallkula med vars hjälp han kunde blicka in i framtiden och förutse vad som kommer att inträffa, vilket i sig är en absurd tanke. En syntetiskt författad kodifikation, å andra sidan, måste, om den skall realisera fullständighetsidealet, vara så abstrakt utformad att den istället blir i det närmaste innehållslös. Ett illustrativt exempel på detta misslyckande utgör, enligt Savigny, *code civil*. Dess ofullständighet framgick av att det endast var ett fåtal fall, som kunde avgöras direkt efter lagtextens ordalydelse. Ett ytterligare exempel på att fullständighetsidealet var illusoriskt var det faktum att den till följd av de samhällseliga förändringarna ständigt måste underkastas revision. Det innebär i själva verket att kodifikationen endast vid tidpunkten för sitt ikraftträdande kommer att vara anpassad till de förhållanden den är skapad att reglera. Med tiden kommer därför kodifikationen närmast att te sig som ett lapptäcke.

I detta läge hänvisas juristen till andra obestämda, subsidiära rättskällor. Med hänsyn till att det ligger i kodifikationens begrepp att eliminera domarens skön i rättstillämpningen, framför allt genom att koppla en tolkningsförbud till tillämpningen av lagtexten, kan inte domaren redovisa eller motivera varför han dragit en viss slutsats på annat sätt än genom att hänvisa till sakens natur, allmänt rättsmedvetande eller sunt förnuft. Om argumentationen inte kan redovisas öppet och domaren tvingas hänvisa till politik och moral, öppnas dörren för all slags godtycklighet i rättstillämpningen. För att upprätthålla rättskipningen tvingas domaren att tolka och rättsbilda på egen hand. Skall kodifikationen kunna utesluta allt godtycke, måste den, enligt Savigny, garantera "eine mechanische Sicherheit der Rechtspflege". En sådan mekanisk säkerhet – logisk subsumtion – leder till stora problem i rättstillämpningen, eftersom allt hänsynstagande till de enskilda fallens särskilda omständigheter omöjliggörs.

Kodifikationens syfte är även att eliminera behovet av rättsvetenskaplig rättsbildning, vilket framför allt uttrycks genom kommentarförbudet. Den exklusiva ställning, som kodifikationen tillmättes, medför att den rättsveten-

skapliga teoribildningen, d.v.s. systematiseringen, försummas. Rättsvetenskapen kan därför inte bidra till att stoffet blir överskådligt och hanterbart. Trots den ”heltäckande” kodifikationen tenderar därför det rättsliga materialet att åter växa ohämmat. Paradoxalt nog understryker därför kodifikationen betydelsen av det rättsvetenskapliga arbetet, om än på ett indirekt sätt.

Typiskt för kodifikationen är att den undertrycker pluralismen i rättskällevärdet och blir därför snarare ett hot mot rättslig enhet än dess garant. Genom att undantränga övriga rättskällor blev konsekvensen en obalans i rättskällevärdet, varför rättstillämpningen inte kommer att ske på ett inom ramen för den juridiska metodläran kontrollerbart sätt. Det medför negativa konsekvenser för rättssäkerheten, eftersom det blir oklart på vilka grunder domaren fattar sina beslut.

Till grund för övertron på kodifikationens möjligheter ligger, enligt Savigny, uppenbarligen den felaktiga uppfattningen att all rätt härrör ur lagstiftning och vidare att kodifikationen skulle utgöra en fulländning av den positiva rätten. I själva verket förhåller det sig så att lagboken står i ett oupplösligt samband med övriga rättskällor, varför rätten inte låter sig identifieras uteslutande med lagstiftning. Rättsutvecklingen är istället resultatet av samverkan mellan olika rättskällor. Rättskällevärdet kan därför sägas vara ett uttryck för en arbetsfördelning jurister emellan. För att lösa sina respektive arbetsuppgifter betraktar lagstiftare, domare och rättsvetenskapsmän rätten ur olika perspektiv. Dessa olika perspektiv konkurrerar inte utan de snarare förutsätter och kompletterar varandra. På grundval av ett politiskt givet mandat fixerar lagstiftaren normer i lagtext, domaren tillämpar rätten i det enskilda fallet medan rättsvetenskaparens uppgift består i att genom en bearbetning av rättskällorna upprätthålla rättens systematiska enhet. De skilda juridiska aktörsgруппerna kan således inte överta varandras funktioner. Deras respektive bidrag till rättsbildningen är i denna mening exklusivt. Rättskällevärdet åskådliggör med andra ord ett subtilt och dynamiskt, för att inte säga dialektiskt, samspel mellan de olika rättskällorna. Rättsenheten realiseras i själva verket genom den ständigt pågående organiska process, som kännetecknar förhållandet mellan rättskällorna. Ur denna juridisk-metodologiska synvinkel måste slutsatsen bli ett skeptiskt förhållningssätt till kodifikationen, eftersom dess idé är att vara en exklusiv rättskälla, som utesluter andra rättsbildande faktorer. Om balansen i rättskällevärdet skall kunna upprätthållas, menar därför Savigny, att kodifikationen endast skall betraktas som en, låt vara ovanligt omfattande lagstiftningsprodukt, av flera rättskällor, som står i ett organiskt förhållande till varandra.

Den kritiska granskningen av 1826 års civillagsförslag

Av motiven framgår att lagkommittén med sitt förslag avsett att åstadkomma en rättslig förändring, som var radikal. Det var således inte fråga om någon gradvis förändring, utan målet var snarare att genomföra en momentan eller varför inte revolutionär omgestaltning av rätten eller som lagkommittén själv uttrycker sammanhanget:

”Då tänkesätten så förändrat sig, att ett äldre lagsystem ej mera uppfyller ett folks anspråk på rätt och aktningen för dess människovärde *måste detta system i dess helhet avskaffas*. Stillaståndet är farligt, och lappverken duga icke. Enhet och sammanhang i de särskilda bestämmelserna är fordringar, som ej kunna eftergivnas, då fråga är om stiftandet av god lag. Men det låter sig ej göra, att av stadganden, som utgått från olika tiders skiljaktiga begrepp och samhällsbehov, sammanflicka ett helt, som möjligen skulle kunna tillfredsställa dessa fordringar”.

Lagkommitténs mer eller mindre programmatiska förklaring uttrycker väl upplysningens och Thibauts kodifikationsdoktrin.

Visserligen framhöll kommittén att man i lagstiftningen inte kunde föregripa alla möjliga fall, men i enlighet med Jeremy Benthams kodifikationsprogram skulle man till domarens hjälp genom en konsekvent systematisk uppbyggnad av lagtexten kunna förutse fallens ”arter”: ”I acknowledge that it is not possible, to foresee them individually, but they may be foreseen in their species.” Lösningen var vad man brukar kalla en syntetisk lagskrivningsteknik. När domaren ställs inför ett oreglerat fall skall han, enligt lagkommittén, kunna falla tillbaka på lagens systematiska sammanhang:

”Där den (d.v.s lagen) tiger, skall domaren tala, ty rättvisan får ej ligga neder; men skall detta bliva möjligt, så måste han, med full tillförsikt till lagens enhet och consequence, kunna, från de förutsedda och beskrivna händelserna, sluta sig till vad han bör tänka och säga om dem, som ej tidigare varit kända: det är på detta sätt, som andan skall fylla vad i bokstaven brister.”

Lagtextens enhetliga utformning skulle garantera likformighet och rättssäkerhet. ”Enhet, skyndsamhet och säkerhet” var den formel som kommittén använde för att beskriva sin målsättning.

I motiven förekommer ett annat tema, som skulle kunna tolkas som en koncession åt historiska skolans synsätt. Kommittén framhåller nämligen nödvändigheten av att lagboken är kopplad till den historiskt framvuxna rätts-

traditionen. Sålunda understrykes vikten av den historiska kontinuiteten, när kommittén förklarar att dess ledstjärna varit att åstadkomma en lagbok för folket:

”Likasom själva folkstammen, under tidernas lopp, växer ut och omdanas, måste även lagen, varuti samhällslivet skall, så tillsägandes, överskåda sig självt från varje betydlig ståndpunkt på dess utvecklingsbana, gång efter annan utvidgas, omarbetas och, ur massan av de söndrade delar, som under olika tiders inflytande tillkommit, sammangjutas till ett nytt helt, med ett ord förnyngas; men den bör dock aldrig annorlunda omskapas, eller i annan form framträda, än att folket städse igenkänner och förstår den.”¹⁸

Trots denna modifierade inställning till kodifikationsprojektet som kommittén gav uttryck för, möjligtvis för att freda sig mot angrepp från historiska skolans talesmän, lät sig inte kritikerna nöjas.

Lagkommitténs förslag utkom av trycket i slutet av 1826, drygt ett år före nästa riksmöte. För att hinna med en behandling av lagförslaget på 1828 års riksdag remitterades det av regeringen till högsta domstolen och de tre hovrättspresidenterna. Dessutom ställdes förslaget genom ett kungligt cirkulär på remiss till allmänheten, vilket innebar att landshövdingar, domare och enskilda inbjöds att insända anmärkningar.¹⁹ Remisstidens slut var utsatt till 1 augusti 1827.

Av hovrätterna var det endast skånska hovrätten och Göta hovrätt som inkom med yttranden. Presidenten för skånska hovrätten uttryckte sig förbehållslöst positivt till projektet. Sverige behövde en ny lagbok och det framlagda förslaget var tillräckligt utarbetat för att kunna genomföras. Trots detta avstyrktes en omedelbar riksdagsbehandling av det skälet att strafflagsförslaget ännu inte var färdigt. Lagförslagen borde, enligt presidenten för skånska hovrätten, behandlas och antagas samtidigt.

Yttrandet från Göta hovrätt var däremot negativt. Göta hovrätts angrepp var framför allt inriktat på att kommittén överskridit sitt uppdrag, nämligen att

”... LagCommittén säkrast hade motsvarat allmänhetens förväntan och vunnit det med uppdraget åsyftade ändamål, om Committén till grund för LagFörslaget antagit 1734 års Lag och de däruti tid efter annan gjorda förändringar, sammanfört dem i systematisk ordning och återgivit dem i sådana

¹⁸ *Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag*. Stockholm 1826, Motiver, s. 1.

¹⁹ För en redogörelse för remissinstansernas handläggning av lagförslaget se Würtemberg, s. 166 ff.

ordalag, som språkets vunna utbildning fordrade, med uteslutande av de stadganden, som, genom den framskridande odlingen och därav uppkomna förhållanden, blivit överflödiga och mindre lämpliga, samt föreslående av andra, behovet motsvarande och av allmänna rösten påkallade, föreskrifter”.

I yttrandet framskymtar en misstro mot den omfattning, som projektet fått. Hovrätten hävdar att den omgestaltning av civilrätten som skulle bli fallet om förslaget upphöjdes till lag varken var nödvändig eller nyttig. Det förefaller som om Göta hovrätts kritik framför allt vilar på en formell grund. Det hade från början inte varit meningen att skapa en ny kodifikation à la code civil, utan avsikten hade endast varit att genom ett, låt vara i sig omfattande, redigeringsarbete av 1734 års lag och senare tillkomna författningar, undanröja det splittrade rättstillståndet. Yttrandet låter sig inte entydigt placeras in i tidens politiska diskussionsmönster, d.v.s. liberal respektive konservativ politisk argumentation. Flera av lagkommitténs radikala förslag till lagändring som t.ex. lika arvs- och giftorätt för man och kvinna lämnades utan anmärkning. I likhet med skånska hovrätten, föreslog Göta hovrätt att man skulle vänta in förslaget till kriminallag.

Av okänd anledning inkom inget yttrande från Svea hovrätt. Enligt senare uppgifter skulle en granskning ha påbörjats, men sedan runnit ut i sanden. Utan tvekan är det anmärkningsvärt att hovrätten inte ansett sig böra hör samma regeringens anmodan att komma in med ett yttrande. Passiviteten kan möjligen tolkas som ett uttryck för en principiell ovilja mot civillagsförslaget. I det yttrande som hovrätten avgav 1838 med anledning av kriminallagsförslaget antyds även en negativ hållning till civillagsförslaget som en alltför ingripande reform.²⁰

Högsta domstolens yttrande inkom först 1833. Förklaringen till att man dröjt så länge var dels att man avvaktat Svea hovrätts granskning av civillagsförslaget, dels att man inväntat förslaget till kriminallag. Högsta domstolens handläggning av ärendet ger intryck av att domstolen hyst samma ovilja mot lagförslaget, som tidigare Göta hovrätt gjort. Det allmänna omdöme som yttrandet utmynnar i var ytterst nedgörande. Först och främst konstaterar högsta domstolen att ”nu gällande Lag och Författningar blivit, icke allenast till framställningssättet, utan i de flesta fall även till innehållet, så omskapade, att de i LagCommitténs Förslag icke igenkännes”. Med hänsyn till att rätten

²⁰ *Kongl. Maj:ts och Rikets Svea Hof-Rätts Underdåniga Utlåtande öfver Lag-Committéns Förslag till Allmän Criminal-Lag*. Stockholm 1839, s. 6.

har sitt ursprung i folkets lynne, sedvanor och behov i deras historiska utveckling, framhöll domstolen att det var ett ytterst vådligt företag att genomföra ”en så beskaffad omskapning av hela Lagen”.²¹ Denna uppfattning rimmar väl med historiska skolans organiska historiesyn, vars konsekvens är ett avståndstagande från all genomgripande kodifiering av rätten, som innebär ett brott med dess historiska kontinuitet. Resultatet blir ett främlingsskap som får ytterst negativa konsekvenser för rättstryggheten. Domstolen gör sig i detta avseende inte endast till tolk för allmänheten, som måste anpassa sig efter en främmande rättslig reglering, som bryter med dess tänkesätt, vanor och behov, utan även domarens situation uppmärksammas. Rättstillämpningen riskerar att bli äventyrlig om domaren skall tillämpa ett helt nytt lagsystem som inte utgår från den historiskt givna grunden. Mot denna bakgrund ansåg inte högsta domstolen att civillagsförslaget kunde läggas till grund för en ny lagbok.

Två av justitieråden, Stråle och Themptander, avgav säryttranden, som ger en uppfattning om hur effektivt historiska skolans motstånd mot kodifikationstanken hade verkat även bland svenska jurister. Themptander hävdade att tiden gått förbi den typ av kodifikation, som lagkommittén föreställt sig att dess arbete skulle utmynna i.

”Man har längesedan övergivit den bländande förhoppningen, att en positiv lag i dessa ämnen (d.v.s. civilrättens olika delar) skulle kunna utstuderas, vilka vore för alla tider och länder passande.”

I enlighet med Savignys syn på användningen av lagstiftningsinstrumentet föreslog Themptander att lagstiftaren istället skulle ägna sin kraft åt partiella lagreformer, när så behövdes:

”Om man avbidar den tid, att allmänheten hinner inhämta, överväga och granska de nya åsikterna, vilka då kunna småningom, och i små portioner för varje gång, införas i den ordning, som nu gällande Regeringsform föreskriver.”

Rättens organiska utveckling fick enligt detta recept pågå ostörd och med all sannolikhet skulle en försiktig och avvaktande hållning garantera att lagstiftningen var synkroniserad med samhällets förändringar eller med Themp-

²¹ *Högste Domstolens Protocoll, vid Granskningen af Förslaget till Allmän Civil-Lag*. Stockholm 1836, s. 2 f.

tanders uttryckssätt: ”Det tillhör honom (d.v.s. lagstiftaren) endast, att såsom konceptist troget uppfatta vad han känner vara allmänhetens rådande opinion.”

Om lagstiftaren däremot väljer att som lagkommittén gjort bortse från den historiskt framvuxna gällande rätten, för att istället med en lagstiftning i kodifikationens form planera en radikal omgestaltning av rätten

”utsätter han sig för den nästan oemotståndliga frestelsen, att dels fördjupa sig i teoretiska satser, vilka ingen erfarenhet förut godkänt, och en framtida erfarenhet kommer att förkasta, dels och att imitera främmande lagstiftningar, vilka kunna vara goda för de länder, de tillhöra, men otjänliga för det han skriver”.

Här syftade Themptander på code civil, som spelade en framträdande roll i arbetet på civillagsförslaget. Trots sin kritik ger Themptander lagkommittén en eloge för att dess arbete resulterat i att lagstiftningen ”under de senare decennierna gjort större framsteg, än under mångdubbelt längre tid tillförne”. Themptander nämner också att flera av lagkommitténs partiella förslag blivit gällande rätt.

Stråle riktade i sin kritik framför allt in sig på att lagkommittén gett sig in på ett försök att förändra folkets allmänna tänkesätt. Istället för att utgå från de tankar som redan gett sig tillkänna i det allmänna rättsmedvetandet, hade lagkommittén uppställt tidigare för folket okända rättsgrunder och systematiska ansatser ”/.../ stödd på en beräkning, att Folket i framtiden skall finna dess föreskrifter riktiga”. Lagkommittén hade på grund av denna felaktiga utgångspunkt förflyttat sig ”ifrån verklighetens till den teoretiska spekulationsens område”. Lagstiftaren måste uppfatta i vilken riktning den allmänna rättsuppfattning går och anpassa sina lagstiftningsåtgärder efter denna framsynthet i annat fall är lagen gammal redan när den antagits, eftersom samhället och rättens är stadda i en ständigt pågående förändring. Men däremot, underströk Stråle, är det inte lämpligt

”/.../ att uppresa en ny Lagbyggnad, vartill grunden ej finnes vara lagd uti de redan befintliga Lagarna och den utveckling, de under tillämpningen erhållit. Man byter icke om Lag såsom man bortkastar en gammal klädnad och påtager en ny, utan den nya Lagen bör vara sådan, att man ej märker någon annan förändring, än att mera redighet, fullständighet och tydlighet vunnits, än den gamla Lagen med dess mångfaldiga tillägg och förändringar kunde giva. Folket älskar i allmänhet icke att ombyta Lag, utan vill anse det för rätt, som av ålder så varit betraktat, och om ett nytt lagbud meddelas, så måste det finna

gensvar i varje förnuftig medborgares sunda omdöme, eljest bliver det icke bestående.”

Högsta domstolens granskning ger inte primärt intryck av att vara styrd av politiska hänsyn. Det är istället juristens och framför allt domstolsjuristens yrkesperspektiv som präglar remissvaret. Det är juristens uppgift att värna om rättssäkerheten och i den meningen ligger det i yrkesrollen att vara konservativ och tillbakahållande. Alltför djupt gripande för att inte säga revolutionära förändringar i rätten gör att en osäkerhet uppstår om hur rättstillämpningen kommer att gestalta sig. Kraven på enhetlighet och förutsebarhet kan därmed inte på ett tillfredsställande sätt tillgodoses. Även effektiviteten och kvaliteten i rättstillämpningen blir lidande, emedan domaren måste ta sin utgångspunkt i ett normsystem, som saknar koppling till den historiskt framvuxna rätten. Om juristen och då framför allt domaren skall kunna utföra sina arbetsuppgifter på förväntat sätt, måste ny lagstiftning, på det sätt som såväl HD:s majoritet som Stråle och Themptander framhåller, ge uttryck för rättens historisk organiska natur. Det är således av avgörande betydelse att medborgarna i allmänhet och juristerna i synnerhet känner igen sig i regelsystemet.

HD:s remissvar fick en avgörande betydelse för lagförslagets vidare öde. Med den negativa hållning, som HD intagit var det omöjligt för regeringen att ställa en proposition om lagförslagets antagande. Istället överlämnades förslaget till riksdagen för kännedom och granskning. Resultatet blev en ostrukturerad debatt, som slutade med att beslut fattades om att man till nästa riksmöte skulle utarbeta tablåer över civil- och kriminallagsförslagen. Det förefaller som om frågan därmed var avgjord. Visserligen var den politiska situationen sådan att lagkommitténs förslag inte utan vidare kunde läggas ad acta, men den fortsatta handläggningen innebar att ärendet kom att dras i långbänk.²² Riksdagsdebatten om lagkommitténs lagförslag fortsatte långt efter det att det stod tämligen klart att det i sin ursprungliga form aldrig skulle bli upphöjt till lag. De av historiska skolan utvecklade argumenten mot kodifikationen kom därvidlag att upprepas som en ständigt åtföljande mantra. På 1850–51 års riksdag excellerade en yngre jurist, Erik Josias Sparre, med sina insikter i historiska skolans program. Sparre konstaterade att den kodifikationsmodell som tiden sett genomförd på olika håll i Europa grun-

²² För en redogörelse för den fortsatta behandlingen av lagstiftningsprojektet, se Würtemberg, s. 176 ff.

dade sig på uppfattningen att man kunde åstadkomma en lagbok som byggde på rena förnuftsskäl. Målet var därvid att uppnå en sådan fullständighet att ”domarens åtgärd skulle bli en blott bokstavig tolkning, en nästan mekanisk tillämpning därav”. ”Dessa åsikter, fortsatte Sparre, vila på den uppfattning av rätten att densamma hämtar sitt innehåll endast ur lagboken, att rätten icke är något annat än lagstiftarens i lagboken uttalade vilja”. Till skillnad från de länder där det stora kodifikationsprogrammet blivit verklighet hade det folkliga inslaget i rätten fortsatt att vara starkt i Sverige.

”Folket har kunskap om rätten, icke den tekniska utan den levande, sådan den finna uppfattad i vår gällande lag. Därav följer att den fattigaste arbetaren kan själv utföra sin talan inför rätta. Detta är en lycka, som icke är honom beskärd i många andra länder, där det är honom förbjudet att själv plädера sin sak, utan han nödgas även i den obetydligaste fråga söka biträde av dyrlejde advokater. Varför? Jo därför, att rätten i dessa länder är främmande för folket; därför att det tekniska gebitet inkräktat alltför mycket på den folkliga rättens område. I samma mån måste det sorgfälligt vårdas, i samma mån måste man vara rädd att bortkasta en lagbok, som innehåller rätts-grundsatser, vilka äro av folket väl kända, för att utbyta den mot en mer teknisk, och som just därigenom för nationen blir främmande.”

I likhet med tidigare HD framhöll Sparre hur viktigt det var att ”folket” och även juristerna kände igen sig i rätten. Kodifikationen skulle med andra ord kunna beskrivas som en lobotomering av rätten. När den väl genomförts skulle den skapa en känsla av främlingsskap, som det skulle ta lång tid att övervinna. Under tiden skulle dörren öppnas för godtycke och rättsosäkerhet.

Epilog

En kodifikation av det slag som lagkommittén föreställt sig kom aldrig till stånd. Den svenske lagstiftaren valde istället att gå de partiella lagreformernas väg på det sätt som HD en gång framhållit som ett ideal. Flera av civillagsförslagets ”radikala” reformförslag blev föremål för lagstiftning under 1840-talet. Det vittnar i sig om att motståndet inte i första hand gällt användningen av lagstiftningsinstrumentet för att reformera rätten utan istället var det den allomfattande kodifikationen, som var föremålet för den kompakta kritiken. Det var alltså mer fråga om form än innehåll. Kritiken följde i allt väsentligt historiska skolans argumentation. Savigny var inte lagstiftningsfientlig i allmänhet. Hans kritik riktade sig uteslutande mot kodifikationen, som en me-

tod att i ett slag åstadkomma en radikal rättsförnyelse, vars negativa följder för framför allt rättssäkerheten var oöverskådliga.

Avsaknade av en kodifikation kom inte överraskande att präglade utvecklingen av den svenska rättskälleläran på ett sådant sätt att det vid sidan av de s.k. civil law- och common law -traditionerna växte fram en särskild svensk modell.²³ Istället för den helt dominerande ställning som lagen kom att inta i de rättskällemodeller, som präglades av en kodifikation, kom den svenska modellen att kännetecknas av en rättskällepluralism. Lagen blev en av flera rättskällor i samverkan. Det innebar att utrymme även lämnades åt rättsbildning genom praxis och doktrin.

²³ Se Marie Sandströms bidrag ”Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket” i föreliggande volym.

”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”: straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria

Forskningsproblemet

När den första svenska hovrätten, Svea hovrätt, grundades 1614 tilläts appellation endast i civilmål. I denna artikel granskar jag varför appellation blev förbjuden i brottmål och varför den sedan tilläts igen vid mitten av sjuttonhundratalet.

Först skall det straffrättsliga appellationsförbudets utveckling i det europeiska *ius commune* i den medeltida och tidigmoderna perioden kort skissas. Därefter redovisar jag hur förbudet recipierades i den svenska lagstiftningen, rättslitteraturen och rättspraxisen. Det sista avsnittet försöker besvara forskningsfrågan ur en jämförande synvinkel.

Appellationsrättens utveckling är ett utmärkt exempel på det nära förhållandet mellan den allmän-europeiska och svenska rättsutvecklingen i den tidigmoderna tiden. Samtidigt berättar appellationsrättens utveckling någonting väsentligt om rättslig reception; ett gammalt rättshistoriskt diskussionstema. Rättshistoriska idéer och rättsliga institutioner recipieras sällan eller aldrig som sådana. Kontexter till vilka rättsliga lösningar emottas varierar och receptionens föremål förändrar sig därför också oundvikligen. Precis detta var även fallet med det straffrättsliga appellationsförbudets reception i Sverige: det svenska appellationsförbudet blev inte likadant som det europeiska.

Straffrättsligt appellationsförbud i *ius commune*

Den medeltida utvecklingen baserade sig på romerska rättskällor, framför allt C, 7, 65, 2. Den lyder så här:

Observare curabis, ne quis homicidarum veneficorum maleficorum adulterorum itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiatur appellans.

Enligt Codex-stället hade alltså den som hade bevisats (*argumentis convictus, testibus superatus*) ha begått ett visst grovt brott (*homicidium, veneficium, maleficium, adulterium, manifesta violentia*) och som hade erkänt (*confessus*) brottet ingen rätt att appellera. Passusen gav emellertid anledning till olika tolkningar under medeltiden. Brotslistan ansågs vanligen inte bindande, utan appellationsförbudet utvidgades även till andra grova brott. Det har i litteraturen frågats om det under medeltiden, för att utesluta appellation, krävdes att brottet var överbevisat genom både vittnen (*testibus*) och andra övertygande bevis (*argumentis*) och att brottet samtidigt dessutom hade erkänts. Enligt *communis opinio* räckte en i övrigt tillräcklig bevisning inte till att utesluta appellation om brottet inte hade erkänts. Åsikterna gick isär när det handlade om en motsatt situation, d.v.s. om den anklagade hade erkänt men att det inte fanns tillräckligt med andra bevis mot honom. Några rättslärda tyckte att appellation även då var tillåten eftersom det ju alltid var möjligt att den dömde skulle återta sitt erkännande (bl.a. den italienske rättslärde Angelus Aretinus de Gambilionibus), medan andra ansåg att erkännandet alltid hindrade appellation.¹ Exempelvis Accursius i sin *glossa ordinaria* och kommentatorerna Bartolus och Baldus tolkade de romerska rättskällorna så att de inte tillät appellation i fall där den anklagade hade erkänt eller om fallet annars var ”notoriskt”.²

De medeltida auktorerna talade alltså fortfarande om brottets grovhet såsom en grund för appellationsförbudet, men grovheten framstod tydligt som ett sekundärt argument.³ Detta har antagligen med själva brottsbegreppet att göra. När straffrätten började skilja sig från civilrätten under elfte och tolfte århundradet, förknippades straffbegreppet först och främst med de grövsta brotten. *Crimen* var redan definitionsmässigt ett grovt brott riktat mot sam-

¹ W. Wedekind, Wielant et Damhouder et l’appel en matière criminelle, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 44 (1976), s. 153–158. Enligt en *distinctio* som t. ex. finns i Prosperus Farinacius *Praxis et theoriae criminalis libri duo* (Frankfurt 1606) tilläts appellation om appellanten kunde presentera en orsak (*causa*) för appellation (p. III, cap. II, q. CI).

² Christian Szidzek, *Das frühneuzeitliche Verbot der Appellation in Strafsachen: Zum Einfluß von Rezeption und Politik auf die Zuständigkeit insbesondere des Reichskammergerichts*. Köln/Weimar/Wien 2002, s. 111.

³ Szidzek, s. 111.

hället. *Crimen* behandlades vanligen i en inkvisitorisk process och straffades med döden eller ett ”pinsamt” straff.⁴

Appellation förutsätter ett hierarkiskt domstolssystem. Enligt den hierarkiska principen organiserades under medeltiden först kyrkans domstolssystem. Organiseringen skedde redan på 1100-talet som en del av strävan att omorganisera kyrkans administration mera effektivt. I toppen av domstolssystemet stod *Rota Romana*, den katolska kyrkans högsta domstol, och under den ärkebiskops- och biskopsdomstolar.⁵ Kyrkrättslig appellation var även tillåten i brottmål vilket klart framgår av *Decretum Gratiani* (c. 20, C. II, q. 6): *Licet etiam in criminalibus causis appellare, nec uox appellandi denegatur ei, quem in supplicio sententia destinauerit.*⁶ Appellation var dock inte obegränsad. In disciplinmål var den utesluten liksom också i notoriska och erkända mål.⁷

I Frankrike kunde alla brottmål appelleras sedan senmedeltiden. När Parlement de Paris gavs rätten att fungera såsom högsta domstol för det franska kungariket år 1345, gavs den även rättigheten att döma i brottmål.⁸ I praktiken var denna jurisdiktion emellertid svår att förverkligas. När rätten att besluta i appellationsmål gavs åt en kunglig domstol togs samma rätt bort på ett annat håll, från de övre feodala domstolarna. Att godkänna den kungliga appellationsjurisdiktionen innebar samtidigt för de feodala domstolarna ett godkännande av en omfattande inskränkning av deras egna maktbefogenheter. För den franska kungamakten betydde det hierarkiska appellationssystemet rättslig kontroll över den lokala aristokratin.⁹

⁴ Den klassiska studien om den offentliga straffrättens uppkomst är av Viktor Achter, *Geburt der Strafe*, Frankfurt am Main 1951. Om den svåra gränsdragningen mellan den privata och offentliga straffrätten se även Dietmar Willoweits intressanta fallstudie, *Gewalt und Verbrechen, Strafe und Sühne im alten Würzburg: Offene Probleme der deutschen strafrechtsgeschichtlichen Forschung*, i Dietmar Willoweit (red.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts*. Köln/Weimar/Wien 1999, s. 215–238.

⁵ Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge 1982, s. 205–215. Den juridiska apparaturen hade vid 1200-talets början utvecklats till ett komplicerat regelverk. Se *Liber Extra* (1234), X, II, 28 (*de appellationibus, recusationibus et relationibus*), i *Corpus iuris canonici, pars secunda, post Aemilii Ludouici Richter*, instruxit Aemilius Friedberg. Graz 1959, sp. 409–443.

⁶ *Corpus iuris canonici, pars prior, post Aemilii Ludouici Richter*, instruxit Aemilius Friedberg. Leipzig 1879, sp. 472.

⁷ Szidzek, s. 114–115.

⁸ Serge Dauchy, *Das Parlement de Paris: Höchster Gerichtshof in Frankreich*, i Ingrid Scheurmann (red.), *Frieden durch Recht: Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806*. Mainz 1994, s. 366–367; Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*. Paris 1995, s. 68–70.

⁹ Szidzek, s. 153–154.

Vid första anblicken förefaller *Augsburger Reichsabschied* (1530) ha fört kejsarrikets straffprocess ännu längre i riktning mot ett totalt appellationsförbud än vad det hade gjorts i den medeltida rätten. *Reichsabschied* 95 § förbjöd nämligen en av kejsarrikets två högsta domstolar, *Reichskammergericht*, att ta emot appellationssskrifter i mål som gällde *peinliche Sachen*. Paragrafen lydde så här:¹⁰

§ 95. Item: Als jetzt etliche Zeit von Peinlichen Sachen Vielfältig an Unser Kayserlich Kammer-Gericht appellirt, auch diesselbe Appellation angenommen, darauff Proceß erkannt, und rechtlich gehandelt worden, und solches dem alten hergebrachten Gebrauch im Heiligen Römischen Reich zuwider: So setzen und ordnen Wir, daß hierffürter in Peinlichen Sachen keine Appellation angenommen, sondern damit nach altem hergebrachten Gebrauch gehalten werden soll.

Medan den medeltida rättsvetenskapen ansåg att appellation var otillåten i de fall där den anklagade hade erkänt eller som annars var notoriska, verkade den tyska kameralrätten nu kategoriskt förbjuda all straffrättslig appellation. Såsom Szidzek påpekar var kanske skillnaden mellan de medeltida auktoriteterna och *Augsburger Reichsabschied* trots allt inte så stor. Förbudet gällde enbart de grövsta brotten, sådana som kunde leda till ett pinsamt straff, alltså ett döds- eller kroppsstraff.¹¹

Det kameralrättsliga appellationsförbudets innehåll måste ses i kontexten av det ändrade brottsbegreppet. Efter att den inkvisitoriska straffprocessen hade utvecklats i påven Innocentius III:s kuria omkring år 1200, hade straffprocessens natur genomgått en djup förändring i hela Europa. Den inkvisitoriska processformen är egentligen en av de viktigaste landmärkena till vilken hela uppkomsten av straffrätten brukar härledas. I början av den moderna tiden hade inkvisitionsprocessen i praktiken (om inte i teorin) tagit över ackusationsprocessen i flesta delarna av Europa, t.ex. i många tyska territorier samt Frankrike¹²

¹⁰ Citerad i Szidzek, s. 29.

¹¹ Szidzek, s. 65–66.

¹² Enligt traditionell fransk rättshistoria tog inkvisitionsprocessen över redan från och med 1200-talet, se Adhémar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*. Paris 1882, s. 78–100. Nyare arkivforskning har emellertid visat, att den äldre ackusationsprocessen var levande ännu fram till 1500-talet. Se Esther Cohen, Inquiring Once More After the Inquisitorial Process, i Dietmar Willoweit (red.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts*. Köln/Wien 1999, s. 41–65.

och Spanien.¹³ De flesta brotten processerades inkvisitoriskt och inkvisitionsprocessen i sin tur var i praktiken avhängig av erkännandet som huvudsakligt bevismaterial, *regina probationum*.¹⁴ För att kort sammanfatta den europeiska situationen i början av den moderna tiden, kan man säga att om brott hade bevisats, var de i praktiken också alltid erkända och notoriska. Det var därför naturligt för den tyske lagstiftaren att ta ett steg till, och förbjuda appellations i alla *peinliche Sachen*.

Ur den svenska rättshistoriens synvinkel är det ytterst intressant att se hur appellationsförbudets definition förändrades i Tyskland. *Augsburger Reichs-abschied* sammankopplade fortfarande förbudet till brottets materiella beskaffenhet, till om brottet hade med *Leib und Leben* att göra. Däremot blev sammankopplingen med 1600-talets rättslitteratur klart processuell. Enligt Benedict Carpzov, den ledande tyska auktoriteten under seklet, var nämligen all appellations förbjuden i inkvisitions mål. Carpzovs syn på appellationsen behärskade därefter den tyska diskussionen fram till P. J. A. Feuerbach och 1800-talets början.¹⁵

Det fanns element i inkvisitionsprocessen som inte främjade appellationsen. Idén bakom inkvisitionsprocessen var att skapa en snabb, till och med summarisk straffprocess. Därför tillät inkvisitionsprocessen inte den anklagade att t.ex. presentera motbevis. Det är klart att man genom att begränsa appellations i erkända eller annars ur bevissynvinkel klara brottsfall redan under medeltiden hade velat försäkra sig om ett snabbt verkställande av straff.¹⁶ Utan tvivel gjorde appellationsförbudet straffprocessen snabbare och effektivare.

Straffrättsligt appellationsförbud var emellertid inte någon självklarhet som skulle ha följt automatiskt på grund av lagens interna logik. Tvärtom blev appellationsrätten en politiskt känslig fråga, inte enbart i Frankrike utan

¹³ I 1600-talets Spanien hade skillnaden mellan ackusations- och inkvisitionsprocessen försvunnit. De två processformerna hade förenat i en, där inkvisitionsprincipen var härskande. Se Ana Lucia Sabadell da Silva, *Tormenta juris permissione: Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel – dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens (16.–18. Jahrhundert)*. Berlin 2002, s. 68.

¹⁴ Se härom Heikki Pihlajamäki, *Evidence, Crime, and the Legal Profession: The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure*. Lund 1997, s. 22–33.

¹⁵ Szidzek, s. 132–134.

¹⁶ I rättslitteraturen tolererades skaffandet av erkännande med hjälp av tortyr ibland just för att hindra appellations i fall som annars var klara. För den spanska litteraturen, se Sabadell da Silva, s. 136–137.

även i Det heliga tyskromerska kejsarriket såsom Jürgen Weitzel har visat i sitt verk om civilrättslig appellations. Precis som i Frankrike var de territoriella härskarna i kejsarriket intresserade av att hålla centralmaktens judiciella maktbefogenheter begränsade.¹⁷ De territoriella makthavarna gillade inte alls idén om att jurisdiktionen i de fall som kunde leda till ett dödsstraff skulle övergå till Speyer, Weimar eller ett annat ställe där *Reichskammergericht* råkade sitta. I kejsarriket lyckades de territoriella härskarna också i praktiken begränsa centralmaktens judiciella makt i betydande utsträckning på den regionala nivån. *Reichskammergerichts* jurisdiktion formulerades som en politisk kompromiss och kejsarrikets högsta domstol kom att ha mycket litet att göra med brottmål. Appellationsförbudets tillkomst är ett bra exempel på kampen mellan regionala furstar och centralmakten.

De medeltida tolkningarna av de romerska rättskällorna tvingade inte nödvändigtvis de tidigmoderna härskarna till någon bestämd position med avseende på den straffrättsliga appellations. Även om *communis opinio* under medeltiden hade lutat sig åt ett relativt strängt straffrättsligt appellationsförbud var de rättslärda inte eniga om förbudets innehåll. Appellationen kunde organiseras exakt på det sätt som verkade politiskt önskvärt och möjligt, eller så kunde appellationsen helt förbjudas. Stöd för olika lösningar kunde hittas i doktrinen även om den franska appellationsvänliga vägen inte förefaller ha vunnit anhängare bland de mest kända medeltida auktorerna.¹⁸ Överallt var appellations i alla fall ett högst politiskt problem, såsom Antonio Padoa-Schioppa betonat.¹⁹ Appellationsproblemet måste ses som en del helheten i kontrollpolitiken som kronan och dess domstolar – utöver de lokala domstolarna – strävade att utöva.

Straffrättsligt appellationsförbud i den svenska lagen, rättslitteraturen och praxisen

Den europeiska rättshistoria visar att man kom fram till tämligen olika lösningar på olika håll. Det svenska arrangemanget, som utvecklade sig efter det hierarkiska domstolsväsendet i Sverige och grundades med hjälp av

¹⁷ Se Jürgen Weitzel, *Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht: Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland*. Köln/Weimar/Wien 1976.

¹⁸ Den franska medeltidsdoktrinen har tyvärr inte kunnat utforskas för den här artikeln.

¹⁹ Antonio Padoa-Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio I*. Milano 1967, s. 4.

rättegångsordinantia från år 1614 och rättegångsprocessen från år 1615, var bara en variant av temat.²⁰ Efter Svea hovrätts grundande 1614 visade det sig snart att en hovrätt var otillräcklig för ett relativt stort land och nya hovrätter grundades snabbt i Åbo (1623), Dorpat (1630) och Jönköping (1634). Modellen för hovrättsorganisationen hade tagits från Tyskland som sedan sextonhundratalet hade omvandlat sig till rättsutvecklingens dynamo i det protestantiska Europa. Efter reformationen främjade de allmänskulturella förhållandena en reception från Tyskland, och det var redan därför logiskt att det tyska appellationsförbudet blev ett lockande alternativ i Sverige.

Med de ovannämnda stadgandena, rättegångsordinantian och rättegångsprocessen grundades ett civilrättsligt appellationssystem. Lika klart är att ett straffrättsligt appellationsförbud fanns i bakgrunden, även om detta inte sades i klartext. Hovrättens befogenheter finns listade i stadgandena, men rätten att fatta beslut i straffrättsliga appellationsärenden finns inte med bland befogenheterna. Ordinantian fastställde att man inte skulle vädja till kungen utan att först ta saken till en lägre domstol (art. 7): *”Så skal och ingen här effter med någon Rättegångs-Saak ehwad nampn hon hafwa kan understå at begifwa sigh til oss förr än han hafwer först thesse förb:te och tager ther Doom åth Saaken medh mindre så kan wara at han hafwer orsaak sigh Rättelos at klaga och kan bewijsa at honom Åth Tinget Rätten förwägras”*. I punkt 17, för att undvika långa straffprocesser, stadgades det trots allt att kungen *”gifwe ... [hans] Landzhöffdingar, Statshållare och Befalningszman hwar i sitt Lähn Fullmacht och tilstånd effter laghligh, flytigh, nogha ransakning och Doom att rätta öfwer effterskreffne Missgärningar som Kätterij uthi then op- eller nedhstigande Linea, och uthi then förste och andre Gradu lineae inaequalis, Tidelagh, Wälddächt, Barnamördande, witterligt uppenbart Mord, Röfwerij på Skoghar, å allmenne vägar eller annorstädes, Derpå som skeer med Hemgång eller försåtligen å Kyrckio-*

²⁰ Konung Gustaf Adolphs Rättegångsordinantie 1614 och Kongl. May:tz til Sverige Rättegångs Process som achtas skal uthi Hans Kongl. May:tz Konungzlige Hoffrätt sampt een Underrättelse huruledes the afsage Domar ordenteligen skole exequeras 1615 i Johan Stiernhöök (red.), *Kongl. Stadgar, Förordningar, Bref och Resolutioner, ifråhn Åhr 1528 in til 1701 ångående Justitiwercket och Executions-Ährender*. Uppsala 1706, s. 136, 140. På grund av Magnus Erikssons lagstiftning har Inger visat att appellationsförbudet hade egentligen börjat recipieras redan före hovrätternas grundande, även om det ännu inte fanns någon fast instansordning. När det fanns ett erkännande i ett brottmål kunde man inte appellera till en kunglig domstol utan straffet kunde genast verkställas. Se härom Göran Inger, *Geständnis in der schwedischen Prozessrechtsgeschichte: Bis zur Gründung des Svea Hofgerichts 1614*. Lund 1976, s. 100–101, 215.

eller Tingswägh, doch så at ther med procederas effter föregången egen bekännelse och Doom å Häredz- eller Lagmansting eller Rådstugur i Städerne”.

Stadgandet var starkt påverkat av *ius commune*: straffet kunde genast verkställas om det fanns ett erkännande och om brottet var tillräckligt grovt. Såsom det sagts ovan hade europeiska straffrättslärdas sedan senmedeltiden lärt ut att appellations inte var möjligt i grova brottsfall när brottet hade erkänts. Då kunde domen verkställas omedelbart. Rättegångsstadgan punkt 17 är en klar reception av denna lära. Däremot kunde man vädja till mindre brott, *criminalia levia*, på samma sätt som civilmål. Man kunde då även ansöka om *beneficium revisionis* hos kungen.

Det bör ännu nämnas att rättegångsprocessen punkt 20 innehåller en lista av de fall som ingår i hovrättens kompetens. Brottmål hör inte därtill. Trots detta var underrätterna tvungna att underställa till hovrätten alla sina högmålsbeslut för att hovrätten sedan kunde besluta om den anklagade ”skall kunna benådas eller ej”. Detta s.k. leuterationsförfarande var också recipierat från Tyskland där motsvarande institutioner hade blivit allmänna med centraliseringen av straffprocessen under 1600-talet (*Bestätigungsrecht, Vorlagepflicht*).²¹ De fall där domen kunde verkställas omedelbart var naturligtvis uteslagna från leuterationsprocessen.

Appellationsförbudet tycks inte ha blivit något diskussionsföremål i lagberedningsarbetet på 1600-talet. Förbudet utgjorde en klar utgångspunkt för 1643 årets lagkommission,²² och förarbetena till 1734 års lag innehåller så gott som ingenting om temat.

I den knappa svenska straffrättslitteraturen skrevs relativt litet om det straffrättsliga appellationsförbudet. Den svenska straffrättens fader Claudius Kloot yttrade i *Then Swenska Lagfarenhetz Spegel* (1676) tydligt att ”uthi effterfälliande Saker eller Måål är ingen Appellation tillstadt / såsom / at ingen hafwer Wäld at Wädja emot Dom i Lijfssaker”.²³ Att Kloot var en anhängare till appellationsförbudet är inte särskilt överraskande redan av den anledningen att han var starkt påverkad av tysk rättsvetenskap och särskilt av Carpzov och hans *Practica nova imperiali Saxonica rerum crimi-*

²¹ Se Wolfgang Leiser, *Strafgerichtsbarkeit in Süddeutschland: Formen und Entwicklungen*. Köln, Wien 1971, s. 42–45, 224.

²² ”I livssaker have ingen wäld att wädja”. Se C. J. Wahlberg (utg.), *Åtgärder för lagförbättring 1633–1645*. Uppsala 1878, s. 125.

²³ Claudius Kloot, *Then Swenska Lagfarenhetz Spegel*. Göteborg 1676, s. 379.

nalium (1635).²⁴ Nyckelordet hos Kloot är emellertid ”livssak”, inte inkvisitorisk process, en term till vilken den tyske straffrättsvetaren hade anknutit förbudet. Begreppet livssak motsvarade det tyska begreppet *Leib und Leben* som hade varit centralt för appellationsförbudet i Tyskland före Carpzov. Förbudet definierades alltså fortfarande materiellt i Sverige, inte processuellt såsom det hade kommit att definieras redan i 1600-talets centraleuropeiska *ius commune* och tyska *gemeines Recht*. I Sverige kunde en sådan processuell definition inte fungera. Varför inte? Detta kräver en längre förklaring.

Ius commune fördelades brott vanligen i offentliga och privata.²⁵ Fördelningen hade utvecklats under medeltiden och hade sina rötter i den antika romerska rätten. I romarrätten, kunde offentliga brott (*delictum publicum*) åtalas av vem som helst, *quilibet de populo*, medan åtalsrätten vid privata brott (*delictum privatum*) lades endast hos den individ vars intressen brottet hade kränkt. Den medeltida straffprocessen grundades ännu på samma indelning: de offentliga brotten handlades inkvisitoriskt, de privata ackusatoriskt. En viktig ändring till den inkvisitoriska processens fördel skedde under senmedeltiden och i början av den moderna tiden hade den ackusatoriska processen redan förlorat kampen mot inkvisitionsprocessen. Redan på 1400- och 1500-talet processades i t. ex. Frankrike och kejsarriket en klar majoritet av alla brott inkvisitoriskt.

Även i Sverige hade den inkvisitoriska processen börjat avancera sedan Magnus Erikssons lagar i mitten av 1300-talet och särskilt kraftigt på 1500-talet. Inkvisitionsprocessen var emellertid en lärd process, en del av *ius commune*, och i sin mest utvecklade form helt beroende av universitetsutbildade jurister för att kunna tillämpas. Receptionen av inkvisitoriska processen måste därför avbrytas halvvägs i Sverige eftersom en lärd juristkår saknades som är viktigt förutsättning för receptionen.

Trots vissa inkvisitoriska drag kan den svenska straffprocessen bäst beskrivas som ett blandat system. Den svenska domaren nådde inte i den tidigmoderna perioden en lika aktiv roll som sina kollegor i den centraleuropeiska inkvisitionsprocessen, trots att domare också i Sverige fick rätt att påbörja en allmän inkvisition *ex officio* med det Kungliga Brevet 16.11.1682 när det spreds ett ”allmänt rykte” om ett begånget brott. Den officiella aktiviteten på straffrättens område avancerade också genom att det officiella

²⁴ Lars Björne, *Patrioter och institutionalister; Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del I: Tiden före år 1815*. Lund 1995, s. 33.

²⁵ För t.ex. Kastilien och Katalonien, se Sabadell da Silva, s. 68.

åklagarsystemet förstärktes på bekostnad av privata åklagares rättigheter på 1600-talet. Länsmannen fick i rättspraxis rätten att föra åtal i allvarliga brott om det inte fanns någon målsägande eller om han eller hon av något skäl inte ville eller kunde föra åtal. Länsmannens åtalsrätt var således subsidiär och i praktiken åtalade länsmannen sällan. Vid 1600-talets mitt skapades dessutom landfiskalsämbeten för att övervaka kronans intressen och åtala för brott som hade att göra med sådana intressen.²⁶ Städerna fick sina egna åklagare, stadsfiskaler vid 1600-talets mitt.²⁷ Trots strävandena att förstärka det officiella åklagarväsendet förblev målsägarnas ställning stark, inte minst på grund av rättsutbildningens låga nivå hos åklagarna. Målsägandens starka ställning och de allmänna åklagarnas motsvarande subsidiära position bevarades ännu i 1734 års lag.²⁸

Också andra arkaiska drag än den privata åklagarens starka ställning blev kvar i den svenska straffprocessen långt in på det sjuttonde århundradet. Edgårdsmännen avskaffades först år 1695, och de användes ännu åtminstone i häxprocesserna under senare hälften av 1600-talet.²⁹ Samtidigt förlikades straffmål, också livssaker, rutinmässigt t.o.m. på hovrättsnivå trots att kronan under en lång tid hade strävat efter våldsmonopol.³⁰ Edgårdsmän och förlikning passade naturligtvis dåligt ihop med appellationsprocessen. Dessa två typiska arkaiska institutioner representerade just den utvecklingsfas inkvisitionsprocessen försökte åsidosätta såväl generellt i Europa som i Sverige.

Det var med anledning av dessa omständigheter som *gemeinrechtlich* appellationsförbud inte kunde recipieras som sådant i Sverige. Förbudet kunde inte bero på processens inkvisitoriska *vis-à-vis* ackusatoriska natur eftersom ingen klart definierad kategori av inkvisitoriska mål existerade.

²⁶ Jan Sundin, *För Gud, staten och folket: Brott och rättskipning i Sverige 1600–1840*. Lund 1992, s. 68–69.

²⁷ Se Jaakko Forsman, *Anteckningar enligt Prof. Jaakko Forsmans föreläsningar i straffprocessen*. Helsingfors 1889, s. 161, enligt vilken stadsfiskaler nämns bland åklagarna i exekutionsstadgan av år 1659.

²⁸ Heikki Ylikangas, *Wallermann: kuusi vuosisataa kansan ja esivallan välissä*. Jyväskylä 1996, s. 86–90.

²⁹ För egentliga Sveriges del, se Bengt Ankarloo, *Trolldomsprocesserna i Sverige*. Stockholm 1984; och för Finland, Antero Heikkinen, *Paholaisen liittolaiset: noita- ja magiakäsitäytystä Suomessa 1600-luvun jälkipuolella (n. 1640–1712)*. Helsinki 1969, s. 266.

³⁰ Se Petri Karonen, Rahakkaista sovittelusta valtiovallan väliintuloon: Henkirikosten sovittelu Ruotsin kaupungeissa suurvalta-ajalla, i Jukka Kekkonen, Seppo Aalto, Esko Koivusalo, Markku Kuisma (red.), *Tie tulkintaan: Juhlakirja akatemiaprofessori Heikki Ylikankaalle 6. marraskuuta 1997*. Porvoo/Helsinki/Juva 1997, s. 248–269.

Det är avslöjande att termerna *actor officialis*, *inquisitio* eller *accusatio* inte ens nämns t.ex. i Clas Rålamb *Observatio iuris practicae* (1674), ett av den svenska 1600-tals rättslitteraturens viktigaste verk.³¹

Liksom för Kloot var *criminalia* även för Rålamb synonymt för livssaker. Såsom det framgick ovan, hade en motsvarande situation också rått i tysk straffrätt i början av 1500-talet. Rålamb förklarar det straffrättsliga appellationsförbudet med leuterationsinstitutet: eftersom livssaker underställdes automatiskt till hovrättens prövning, var appellation onödig. Appellationsförbudet var en del av ett system som fanns till för att försäkra ”at synd och laster icke skall blifwa otstraffade eller straffen längre upskutne”. Med hänvisning till tidens främsta processrättsliga auktoriteter, Andreas Gaill och Joachim Mynsinger, påstod Rålamb att samma system fanns också i andra länder:

”Sedan och wädies icke in Criminalibus, uthan saken blifwer elliest relationswijs till Konungsdom för thess execution dragen ther at censureras och hward feel wara kunde at rättas. Thetta skeer til then ände at synd och laster icke skall blifwa ostraffade eller straffen längre upskutne. Thetta är hoos oss icke allena skiäligit uthan och brukeligit i andre Land. Dock med uppenbara ogärning dråp med hemgång och försåth strides effter bekännelse och Häradz- och rådstudu dom uthan wijdare relation, til execution.”³²

Rålamb argumentation är bekant från den europeiska diskussionen som under Rålamb tid redan var flera hundra år gammal. Straffrättslig appellation kunde inte tolereras eftersom en appellation i onödan skulle uppskjuta straffet. Om den dömda hade erkänt och brottet var grovt, kunde man direkt framskrida till straffets verkställande. Det finns således ingenting särskilt originellt i Rålamb argumentation.

Det finns bara litet att säga om den svenska rättspraxisen avseende det straffrättsliga appellationsförbudet. Thunanders studie av Göta hovrätts praxis under 1600-talets två sista tredjedelar visar att brottmål inte appellerades till denna hovrätt utan enbart underställdes.³³ Andra studier har visat detsamma vad beträffar Dorpats hovrätt. De egentliga *criminalia*, d.v.s. grova brottmål vilka alltid behandlades inkvisitoriskt *à la ius commune* i Livland, appelleras-

³¹ Se Claes Rålamb, *Observatio iuris practicae*. Stockholm 1674.

³² Rålamb, s. 129.

³³ Se Rudolf Thunander, *Hovrätt i funktion: Göta hovrätt och brottmålen 1635–1699*. Lund 1993.

des inte alls till Dorpats hovrätt.³⁴ Antagligen var situationen likadan i andra hovrätter: appellationsförbudet var en realitet.

1600-tals svenska rättslitteratur och rättspraxis förefaller alltså inte avvika från tidens skrivna lag. Alla tre rättsnivåer var klart eniga om att det inte fanns någon möjlighet att appellera de domar som underrätter förkunnat i grova brottmål. Det centraleuropeiska straffrättsliga appellationsförbudet hade recipierats i början av 1600-talet tillsammans med inrättandet av ett hierarkiskt domstolssystem. Precis som i Europas andra delar grundades förbudet med det att det var nödvändigt att snabbt reagera på allvarliga brott. Samhällsfreden krävde en möjlighet att framskrida till straffets verkställighet kort efter domens avkunnande och erkännande och när brottet avsågs tillräckligt grovt. Den enda egentliga skillnaden gentemot det allmän-europeiska systemet var att appellationsförbudet i Sverige aldrig blev sammankopplad med den inkvisitoriska straffprocessen. Den beskrivna processformen förblev helt enkelt för svag under hela 1600-talet för att appellationsförbudet kunde ha definierats med hjälp av brottets processuella natur. I stället blev brottets materiala beskaffenhet avgörande. Begreppet livssak hade varit viktigt ännu i 1500-talets tyska rättslitteratur och även i svensk lagstiftning sedan senmedeltiden, och det var naturligt att anknyta appellationsförbudet till denna kategori av grova brott. På samma sätt hade man också gjort i *Augsburger Reichsabschied*, och brottets grovhet hade spelat en viktig roll även i den medeltida kommentatorlitteraturen.

Nu har förhoppningsvis det svenska straffrättsliga appellationsförbudets uppkomst och dess likheter och skillnader i jämförelse med det europeiska *ius commune* kartlagts. Det som kvarstår är förklaringen. Varför uppstod systemet i Sverige och vad var orsaken till att appellation tilläts under 1700-talet? Till dessa frågor skall jag vända mig till i nästa avsnitt.

Förklaringar: varför recipierades appellationsförbudet och varför det försvann?

Stig Jägerskiöld är en av de få forskarna som överhuvudtaget lagt märke till 1600-talets straffrättsliga appellationsförbud. Enligt honom berodde förbu-

³⁴ Pia Letto-Vanamo – Heikki Pihlajamäki, Funktion des Livländischen Hofgerichts (1630–1710), i Jörn Eckert – Kjell Å. Modéer (red.), *Geschichte und Perspektiven des Rechts im Ostseeraum*. München 2002, s. 129–146.

det på de negativa erfarenheter man hade om det motsvarande institutet i civilärenden. Civilappellation tog tid och man var rädd för att brottmål skulle dröja lika länge och brottslingar slutligen skulle undgå straff. Argumenten är alltså likartade med dem som redan märktes hos Rålamb. Såsom hovrättspresidenten Knut Kurck formulerade saken år 1668 att om man tillät appellation i brottmål ”skulle tjuven sent eller aldrig hänga och dråparen sällan undergå skarprättarens hand.”³⁵ De judiciella myndigheterna var först och främst bekymrade över hur en snabb verkställighet av straffet skulle kunna säkras.³⁶ Ofta hävdades att om brottslingar skulle slippa straff, skulle Guds vrede möta landet. Denna övertygelse är typiskt uttryckt i Kung Erik XIV:s Patent om högmålssaker från år 1563. Enligt patentet skulle Gud straffa hela kungariket med ”pestilentie, hunger, dyr tid och andre vedermodor” om livsaker inte skulle straffas med dödsdom. Naturrätten föranledde nödvändigheten att reagera hårt mot denna typ av allvarliga brott, ”ansseendes at Gud almechitig sielf så hafwer befaledt uthi sin helighe lag”.³⁷

Argumenten för nödvändigheten att snabbt reagera på allvarlig brottslighet kan inte förbises. Snabbheten och t.o.m. processens summariska karaktär var kännetecknande för hela den inkvisitoriska processen som var på väg till Sverige under 1500- och 1600-talet. Men snabbhetsargumentet var, som vi såg ovan, nästan ord för ord detsamma som hade uttryckts i den kontinentala diskussionen sedan medeltiden: ”*Ne crimina remaneant impunita*”, brott skall inte förbli ostraffade.³⁸ Snabbhetsargumentet var recipierat från den kontinentala diskussionen, vilket förstås inte betyder att de som använde argumentet inte tog den på allvar. På 1600-talet var ett argument desto mera övertygande ju mera traditionsenlig det var. Men det finns ändå skäl att fråga sig om strävan efter ett snabbt verkställande räcker till som förklaring för appellationsförbudet. I synnerhet precis efter den första hovrätten hade grundats år 1614 kunde lagstiftaren inte ha direkt erfarenhet av hur mycket appellation verkligen skulle förlänga processen. Å andra sidan måste man dock fråga sig om hotet med långa straffprocesser verkligen minskade på ett av-

³⁵ Stig Jägerskiöld, Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag, i *Svea hovrätt: Studier till 350-årsminnet*. Stockholm 1964, s. 312. Se även Thunander, s. 224.

³⁶ Jägerskiöld, s. 312.

³⁷ Stiernhöök, s. 48.

³⁸ Maximen formulerades antagligen först i Innocentius III:s kuria. Se Kenneth Pennington, Innocent III and the *Ius commune*: Text of Innocent's Consilium, i Richard Helmholz, Paul Mikat, Jörg Müller, Michael Stolleis (red.), *Grundlagen des Rechts: Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*. Paderborn 2000, s. 349–366.

görande sätt i början av 1700-talet när appellation tilläts. Det verkar osannolikt.

Man måste gå utanför den samtida förklaringen, snabbhetsargumentet, för att förstå varför straffrättslig appellation inte tilläts i 1600-talets Sverige. Man skulle kanske kunna lösa problemet genom att hänvisa till den utländska litteraturens vikt. Detta förefaller mig emellertid inte övertygande. Först och främst recipierade svenska rättslärda inte slaviskt allt det som producerades på den europeiska marknaden för straffprocessen. Själva inkvisitionsprocessen är ett bra exempel på en rättsinstitution som blev ofullständigt recipierad eller omformulerad i sin nya, svenska kontext. Den rättsliga tortyren är ett annat exempel. Som bekant blev tortyr en rättsligt reglerad institution i den europeiska *ius commune* under senmedeltiden. Tortyren introducerades dock i viss mån för det svenska rättslivet under senmedeltiden och 1500-talet, men blev aldrig tillåten som ett rättsligt reglerat instrument såsom i de flesta andra delarna av Europa.³⁹

Som det redan framgick ovan visar komparativ rättshistoria att *ius commune* inte var enig avseende det straffrättsliga appellationsförbudet. Appellation var tillåten i Frankrike och till viss grad i den kanoniska rätten även om den franska kungamakten i praktiken hade svårigheter att genomföra appellationsrätten mot de patrimoniala domstolshavarnas vilja. De sistnämnda var starkt emot appellationen som var ett relativt effektivt medel för kronan i dess strävan att kontrollera adelns rättsutövning. I kejsarriket lyckades *Reichsstände* verkligen förbjuda den straffrättsliga appellationen till *Reichskammergericht*. Szidzeks studie visar att det straffrättsliga appellationsförbudet på den högsta nivån, *Reichskammergericht*, däremot inte automatiskt ledde till motsvarande förbud på den territoriella nivån.⁴⁰ Samma ”kamp mot appellation”, för att använda Jürgen Weitzels uttryck, som hade skett på riksnivån ägde rum inom territorierna. Vissa territorier förbjöd appellation i brottmål, medan några tillät den inom territoriets eget domstols-system. Appellationsförbudet avseende *Reichskammergericht* reflekterade de territoriella furstarnas oavhängighet från centralmakten precis på samma sätt som appellationsrätten i Frankrike var ett tecken på centralmaktens styrka.

I 1600-talets början var Sverige ett av Europas mest centraliserade riken. Mellan kungamakten och folket stod endast ett tunt adelsskikt och efter reformationen dominerades kyrkan av staten. Det fanns praktiskt taget inga

³⁹ Se Pihlajamäki, s. 88–92.

⁴⁰ Szidzek, s. 103–104.

patrimoniala domstolar som skulle ha motsatt sig appellationen. Men det fanns ett annat viktigt hinder mot receptionen av appellationsinstitutionen i brottmål. Appellation hade nämligen ursprungligen vuxit fram i en helt annorlunda rättslig omgivning än den svenska. Appellationssystemet hade vuxit fram som en del av *ius commune* straffrättssystem i senmedeltidens kanoniska och därefter också i världsliga rätt. Appellation var en lärd romersk-kanonisk institution som opererade med hjälp av företablerade normer och som var svår att hantera utan professionella jurister. Appellationens skrivna och normbundna natur förutsatte jurister åtminstone i systemets mest utvecklade form. Saken blir klar när man kastar en blick på den katolska kyrkans kanoniska rätt och på den franska rätten, de två rättssystemen där appellationssystemet utvecklades först. I båda fallen stod många lärda jurister till förfogande. Liksom jag har försökt visa ovan, ledde den romersk-kanoniska rätten visserligen inte automatiskt till straffrättslig appellation. Men det tycks vara tvärtom: appellation förutsatte en viss reception av lärd rätt.

Hur passar då Sverige i den här bilden? Det står utom allt tvivel att den svenska rättskulturen var föga professionell vid hovrätternas grundande. Underrätterna fungerade praktiskt taget utan jurister fram till 1600-talets slut, och även på hovrättsnivå kunde man komma långt utan juridisk utbildning. Trots detta recipierades appellation i form av vad i det svenska systemet från och med grundandet av hovrätterna. Det började finnas advokater med någon form av juridisk utbildning eller åtminstone skrivkunniga personer som kunde hjälpa till med hovrättsprocessen i de största svenska städerna från och med 1600-talets början.⁴¹ Lika klart var det att den folkdel som mestadels stod åklagad i brottmål inte skulle tänkas kunna betala advokatarvoden. Lagstiftaren var säkert medveten om situationen och det måste ha verkat helt otänkbart att försöka etablera ett invecklat appellationssystem à la *ius commune* i den svenska straffprocessen. Det var rimligt för lagstiftaren att anta att de få advokaterna eller personer med något slags juridiska kunskaper som stod till förfogande först och främst skulle användas i civilärenden.

Det var kanske inte så mycket fråga om det tysk-romerska appellations-systemets juridiska svårhet – det var ju egentligen kännetecknande för den svenska rättskulturen att reception skedde i förenklad form. Appellation behövde inte heller recipieras i dess mest invecklade utländska form. Vad-

⁴¹ Om det finländska advokatväsendets uppkomst, se Pia Letto-Vanamo, *Suomalaisen asianajolaitoksen synty ja varhaiskehitys*. Helsinki 1989.

processens omvandling till appellation är i sig ett bevis för detta. Hur mycket som helst kunde appellationsinstitutionen emellertid inte förenklas. Appellationsprocessen var skriftlig till naturen även om det inte var ovanligt att också muntliga förhör organiserades i besvärsmål i hovrätterna.⁴² Det var dock inte tänkbart att organisera appellationen på en total muntlighetsprincip, och just processens skriftliga form skulle säkert ha presenterat de största problemen för brottmålsparterna.

Det har redan framgått ovan att appellation först och främst var ett kontrollinstrument för centralmakten. Lyckligtvis, ur den centraliserade svenska kungamaktens synvinkel, var appellation dock inte det enda instrumentet som stod till förfogande när kronan försökte vinna kontroll över de lokala domstolarna. Den europeiska rättsvetenskapen hade också utvecklat andra. I sin klassiska *Histoire de la procédure criminelle en France* avskiljer Adhémar Esmein tre olika mekanismer i senmedeltidens Frankrike. Först klassificerades vissa brottstyper som *cas royaux*, kungliga mål, vilka var reserverade enbart för de kungliga domstolarna. Dessa inkluderade bärande av vapen, brott mot kungliga myndigheter, myntförfalskning, olagligt fiske eller jakt på kunglig mark. Listorna var långa och brukade bli längre vid sekler. Ett annat rättssäkerhetsmedel hette *prévention (querela neglectae justitiae)* som stod till förfogande i de fall domstolen hade negligerat att erbjuda rättsskydd. Kungliga mål och *querela neglectae justitiae* är inga franska specialiteter, utan bekanta med samma eller olika namn från den medeltida kanoniska rätten och de sekulära rättssystemen överallt i Europa. Båda var viktiga medel för kungamakten i kampen mot den adliga jurisdiktionen och båda blev bekanta även i Sverige.

Det tredje kontrollmedlet som Esmein nämner är också typiskt för hela kontinenten och kanske den mest effektiva vad det beträffar straffprocessen. Straffrättskipning var nämligen indelad i hög och låg rättskipning (*Hoch- und Niedergerichtsbarkeit, iustitia alta et bassa, justice haute et basse*).⁴³ Det fanns högre domstolar som hade auktoriteten att behandla livssaker och andra som inte hade samma auktoritet. Rätten att fälla en dödsdom var ursprungligen en kunglig rätt (*ius regium, ius gladii*) som under senmedeltiden ofta brukade denna rätt förlänas feudalherrar. I kejsarriket kom detta att betyda en förläning till de territoriala herrarna med *Landeshoheit*, såsom i

⁴² Almquist, s. 54.

⁴³ Se *Handwörterbuch für Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlin 1971–1998, sp. 172–175, 983–987.

Fürstenprivilegien av kejsar Fredrik II under åren 1231–1232, och i andra europeiska regioner vanligen till hertigar och baroner. Arrangemanget hjälpte den medeltida höga aristokratin att vinna kontroll över sina vasallers judiciella aktiviteter som nu oftast kom att endast inneha *iustitia bassa*.⁴⁴

Ur vår synpunkt är det viktigaste i den franska och tyska utvecklingen att fördelningen i hög och låg rättskipning ursprungligen etablerades såsom ett medel för att reglera den juridiska kompetensen inom aristokratin, alltså mellan den högre och den lägre aristokratin inte mellan kronan och adeln eller kejsaren och territorialfurstarna. Det var otänkbart för centralmakten i Frankrike eller Det heliga tyskromerska kejsarriket att reservera hela *iustitia alta* för sig själv. Därför blev i stället just appellationsfrågan så viktig och politiskt omstridd i både Frankrike och Tyskland. Den politiska kampen kanaliserades till frågan om appellation eftersom kronan inte ens realistiskt kunde tänka sig att utnyttja rättskipningens indelning i *iustitia alta et bassa* för att förstärka sin judiciella makt.

I Sverige var läget i början av den tidigmoderna tiden helt annorlunda än i Frankrike eller kejsarriket. Sverige var en av de mest centraliserade av de europeiska kungarikena. De feodala privilegierna hade utvecklats svagt och det fanns överhuvudtaget tämligen litet av feodal hierarki i jämförelse med kejsarriket och Frankrike. Den judiciella strukturen var relativt enkel och enhetlig. Domstolarna stod under en betydligt svagare adlig kontroll än motsvarande underrätter i andra delar av Europa. I Sverige hade den lokala landsbygdsbefolkningen och städernas borgerliga skikt traditionellt relativt mycket att säga till om i sina ”egna” domstolar och domstolsärenden. Det var just och endast härads- och rådstugurätterna som den svenska kronan måste försöka få kontroll över, om den ville reglera straffrättskipningen effektivt.

Kontrollen genomfördes med hjälp av indelningen i högre och lägre rättskipning i en version som i Sverige hette leutation.⁴⁵ Det svenska leutationssystemet kan ses som en variant av den allmänneuropeiska indelningen i *iustitia alta et bassa*. I grövre brottmål, livssaker, var underrättens beslut inte slutligt utan saken måste underställas hovrätten som fattade det slutliga beslutet. Svea hovrätt var åtminstone från början avsedd som kungens dom-

⁴⁴ Bilden som ges här är förstas förenklad men torde representera de allmänna och viktigaste dragen av *iustitia alta et bassa*.

⁴⁵ Indelningen var i själva verket inte helt och hållet ny. Åtminstone använde Johan Stiernhöök sig antagligen av just den här kontinentaleuropeiska indelningen när han beskrev den medeltida svenska straffprocessens hierarki med termerna *Höghmåhl* och *Nidermåhl*. Johan Stiernhöök, *Om svears och götars forna rätt*. Stockholm 1981, orig. 1672, s. 234–236.

stol,⁴⁶ även om hovrätterna på 1600-talet omvandlades till ett slags adelns egna domstolar. Även om kungamakten hade ökat sin betydelse speciellt hos häradsrätterna sedan 1400-talet, framstod underrätterna ännu under 1500- och 1600-talet tydligt som lokala domstolar. De finansierades av den lokala befolkningen som också hade en stark representation i beslutsfattandet.

Ur centralmaktens synvinkel hade indelningen i lägre och högre straffrätts-skipning vissa fördelar. Systemet fungerade snabbt: åtminstone i Tartu hovrätt kunde leutationen ibland ta endast några dagar.⁴⁷ Leutation skiljde sig från egentlig appellations genom att vara en automatisk överbevakningsprocess. Det väsentliga var inte att den som hade dömts i underrätten skulle ha hörts i hovrätten, även om de sakfällda ibland också skrev appellationsenliga brev till hovrätten.⁴⁸ Leutationsproceduren gick till så att en referent läste igenom underrättens beslut, vilket hovrättsmedlemmarna sedan under-tecknade. Underrättsprotokollet sändes tillbaka till underrätten, och det gjordes en kort anmärkning i hovrättsprotokollen.⁴⁹ Underrättsbeslutet ändrades förstås ganska ofta, men detta skedde vanligtvis tämligen mekaniskt.⁵⁰ Underrättens dödsdom förvandlades vid vissa brott till ett lindrigare förvandlingsstraff, medan vid vissa andra brott kom leutation till lindrigare straff inte alls i fråga.⁵¹ Protokoll, åtminstone vid Tartu hovrätt, ger inget skäl att tro att själva leutationsprocessen skulle ha varit mycket mödosam-mare även när underrättens beslut ändrades. Den svenska varianten av *iustitia alta et bassa*, leutationsprocessen, var effektiv eftersom den tillät hovrät-ten övervaka underrätter utan att behöva väga in parternas åsikter. Leute-rationsprocessen krävde inga jurister eller andra satsningar på den dömdes sida vilket appellationsprocessen skulle ha gjort.

⁴⁶ Detta torde vara åtminstone den förhärskande synen på den gamla stridsfrågan. Se Sture Petré, Hovrättens uppbyggnad 1614–1615, i Sture Petré, Stig Jägerskiöld, Tord Nordberg (red.), *Svea hovrätt: studier till 350-årsminnet*. Stockholm 1964.

⁴⁷ I ett fall leuterades ett straffmål från Wendens landrätt i en vecka, och i ett annat fall tog leutationen endast tre dagar. Lettlands historiska riksarkiv, Bestand 112 / Fond 4 / 2, f. 95.

⁴⁸ Så var fallet åtminstone på 1800-talet, då systemet ännu fungerade i Finland. Se Heikki Pihlajamäki, On the Verge of Modern Law: Mitigation of Sentence in Nineteenth-Century Finland, i *Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte: Ius Commune*, 28 (2001), s. 269–294. Det är klart att om leutationsbeslutet fattades på tre dagar, fanns det ingen tid att reagera mot underrättens beslut.

⁴⁹ I Tartu lade några hovrättsråd ”*approbieret*” eller ”*confirmieret*” till sin underskrift. Se t.ex. Estlands riksarkiv, Pärnauischer Landgerichtsarchiv (914, 1/I, 47, leutationsbeslut).

⁵⁰ Se Thunander, s. 166.

⁵¹ Thunander, s. 73–77.

Mot full straffrättslig appellations

Den största förändringen vad gäller den skrivna svenska lagen sedan medeltiden skedde när 1734 års lag stiftades. En omfattande lag hade planerats sedan 1600-talets början och från och med år 1686 hade en specialkommission varit verksam. I den nya lagen kodifierades 1600-talets i många avseenden revolutionära rättsutveckling.

1734 års lag betydde en stor förändring också med avseende på besvärsinstitutionen. Rättegångsbalken 25: 5 lydde: ”i brottmål, ehvad the äro svårare eller mindre, hafve ej någor lov att vädja [...]; utom må then, som ej nöjes åt thes dom, besvära sig ther öfver i Hofrätten [...]”. Det ser ut som om en avgörande skillnad skulle ännu ha blivit kvar mellan civil- och straffprocessen. Såsom jag försöker visa hade skillnaden emellertid till största delen försvunnit eller var åtminstone på väg att försvinna.

För att förstå förändringen är nyckelordet besvär. Termens betydelse hade nämligen förändrats på ett avgörande sätt sedan 1600-talets början. Besvär (*querela*) hade utvecklats redan under medeltiden och 1500-talet som ett rättsmedel som stod till parter förfogande mot försumliga eller ohederliga domare. Detta ursprungligen kungliga prerogativ togs över av hovrätterna efter 1614. Efter 1615 hade det varit möjligt att genom besvär få underrättens straffdom omprövad i hovrätten. Detta förutsatte dock att brottet inte var ett av dem som enligt 1614 års rättegångsordinantia och 1615 års rättegångsprocess inte kunde exekveras omedelbart eller som skulle underställas hovrätten. Med andra ord kunde man alltså anföra *querela* endast i mindre brottsfall. Besvär var mer summariskt till karaktären än vad, och vid besvär kunde även underdomares förklaring infordras vilket inte skedde vid vad.⁵² Det viktigaste här är dock att besvär inte var någon materialrättslig appellations i modern mening, och det saknade ofta den devolutiva verkan i praktiken som var kännetecknande för den romersk-kanoniska appellations eftersom saken ofta blev remitterad till underrätten för ny behandling. Man kunde endast besvära sig om det hade skett fel i

⁵² Jan Eric Almqvist, *Svensk rättshistoria I: Processrättens historia*. Stockholm 1961, s. 54. Ungefär samtidigt recipierades också rättsinstitutet nullitetsbesvär från tysk-romersk *gemeines Recht*. Nullitet förelåg om domen var ogiltig på grund av väsentliga formella brister i den föregående processen eller i själva domen. Här kunde det vara fråga om t.ex. bristande stämning eller en dom som hade avkunnats trots att samma mål redan hade behandlats förut. Nullitetsbesvär saknade devolutiv verkan, eftersom hovrätten skulle vanligen remittera saken till underrätten för ny behandling samt förordna en ojävig domare.

rättegången vid underrätten, om parten hade förvägrats dom på grund av citationsfel eller något motsvarande – d.v.s. om underrättens dom processuellt var oriktig. Domaren kunde i sådana fall inkallas till hovrätten för att svara för sina fel och även hovrättens dom kunde därefter överklagas till justitierevisionen.⁵³

RB 25:5s ordalydelse och de diskussioner som fördes i lagkommissionen⁵⁴ visar att det var just på det här sättet som besvär var avsett att fungera ännu i 1734 års lag: som ett processuellt rättsmedel, inte materiellrättslig appellations i modern mening. Jaakko Forsman, en av Finlands första rättshistoriker, ansåg i sina föreläsningar att 1734 års lag på inget väsentligt sätt ändrade rättsläget, men att därefter "[ingrep] praxis här på ett helsosamt sätt".⁵⁵ Praxis förefaller verkligen ha ingripit. När David Nehrman-Ehrensträhle publicerade sin *Inledning til then Swenska Processum Criminalem* år 1759, hade tolkningen av RB 25:5 tydligt förändrats. Nehrman tycks inte se någon principiell skillnad mellan civilrättsligt vad och straffrättsligt besvär.⁵⁶ Han beskriver straffrättsligt besvär på följande sätt:

"Sedan skrifwer han som sakfäld är, sinä påminnelser emot sielfwa utslaget: om gierningen är bewist, och thes omständigheter rätteligen kommit i öfwerwägande hos Underdomaren, och om utslaget med Lagen är enligt, med mera; hwilket jag ej åter uprepa bör, althenstund thet som [tidigare i samma bok] finnes anfördt, om then anklagades försvar, til större delen wid thetta tilfället nyttias kan, besynnerligen när beswären anforde warde af then anklagade [...]".⁵⁷

Besvära sig kunde man alltså av alla möjliga skäl, såväl processuella som materiella. De besvärsgrunder som Nehrman beskriver är tydligt sådana som kräver om inte en advokat med juridisk slutexamen åtminstone en skrivkunnig person, helst med några juridiska kunskaper. Nehrman's betydelse och representativiteten av hans åsikter var under tiden enorma. Till följd av hans text kan man anta att en viktig förändring hade skett eller åtminstone

⁵³ Den sistnämnda processen reglerades i en förordning år 1682.

⁵⁴ Wilhelm Sjögren (red.), *Förfarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736 VIII*. Uppsala 1909, s. 250.

⁵⁵ Forsman, s. 400.

⁵⁶ Jfr. Göran Inger, *Erkännandet i svensk processrättshistoria II 1614–1948*. Lund 1994, s. 220–221.

⁵⁷ Nehrman, *Processum Criminalem*, XV: 13, s. 255.

höll på att ta plats: besvär hade förändrat sig till *appellatio* med samma betydelse av termen som den hade börjat förstås sedan 1600-talet och grundandet av hovrätterna.

Vad var orsaken till att appellationen utvidgades till straffrättsliga ärenden? Vad hade hänt mellan 1600-talets början och Nehrmans tid? För att förstå förändringen måste vi förstå börja med de orsaker som på 1600-talet hade hindrat receptionen av den tysk-romerska appellationen. Jag har ovan förklarat det svenska appellationsförbudet med att eftersom appellation var en institution av lärd *ius commune* passade den inte den relativt olärda svenska rättsvärlden av 1600-talets början. Advokater eller annan juridisk, eller åtminstone skriftkunnig hjälp som skulle ha kunnat bemästra ett appellations-system fanns inte. Mer eller mindre alla domare saknade juridisk utbildning. Det var just sådan juridisk hjälp det svenska samhället redan under 1700-talets mitt kunde erbjuda. Även om advokater var sällsynta i underrättsliga straffprocesser och de flesta åklagare fortfarande saknade juridisk utbildning, var ändå de flesta domarna universitetsutbildade. Läs-kunnigheten hade ökat väsentligt i Sverige på 1600-talet⁵⁸ och anklagade kunde nu vänta sig hitta åtminstone någon som kunde hjälpa dem med besvärsskriften som de själva inte kunde skriva.

En annan orsak till besvärsinstitutionens omvandling till egentlig appellation har med den svenska straffprocessens modernisering att göra. Som det har nämnts tidigare, var det svenska straffförandet ännu långt in på 1600-talet baserat på konsensuellt beslutsfattande. Appellation kunde *per definitionem* endast svårligen kombineras med förlikning eller edgärdsprocess, men däremot presenterade de förmoderna processdragen inga principiella hinder mot det automatiska leuterationsförandet. Den s.k. judiciella revolutionen på 1600-talet betydde att de förmoderna processdragen så småningom försvann. Edgärds-männen hade avskaffats år 1695 och brottmål förlikades inte lika mycket som tidigare, åtminstone inte längre på hovrättsnivå, vilket ännu hade skett under förra århundradet. Straffprocessen var nu betydligt fastare i professionella händer. Det var universitetsutbildade jurister som nu tolkade rätten, och det var en skriven rätt som de allt oftare tolkade. Det var endast logiskt att nu när staten hade lyckats vinna en relativt effektiv kontroll över hela straffsystemet tillät man

⁵⁸ Se R. A. Houston, *Literacy in Early Modern Europe: Culture and Education 1500–1800*. London 2002, s. 156–157, 167.

också full appellations inom rättspraxis. Det var egentligen delvis just genom att tillåta full straffrättslig appellations som man säkrade och fulländade det kontrollsystem man hade börjat skapa i och med grundandet av hovrätterna på 1600-talet.

Det finns ännu en tredje, idéhistorisk orsak som antagligen hjälpte till att etablera den straffrättsliga appellations i Sverige. Rättshistoriska jämförelser visar att frågan om straffrättslig appellations var ytterst politisk, mycket mera än motsvarande instrument i civilprocessen. Den som under *ancien régime* fick bestämma hur brottmål dömdes, bestämde också över vem som fick leva och vem som måste dö. På 1600-talet handlade det mycket mindre om den individuella personens rätt att appellera sig över ett rättsligt beslut än om den politiska makthavarens rätt att besluta om brottmål som en del av sina maktbefogenheter. Detta är dock inte självklart. Diskussionen kring individuella rättigheter hade nämligen redan börjat under senmedeltiden⁵⁹ och t.ex. idén om individens rätt att inte bli dömd utan en saklig rättegång hade introducerats redan i 1200-talet i glossatorernas texter.⁶⁰ Det var därför bara logiskt att rätten till appellations i såväl civil- och brottmål kom att anses som en individuell rätt i vissa texter åtminstone från och med 1500-talet. Här måste man hänvisa till Justus Oldekop som gick in i bekant polemik med Carpzov om appellationsrätten. Oldekop ansåg nämligen att rätten till appellations var en naturlig rätt. Den kunde inte tas bort genom lag eller sedvana, och appellationsförbudet skulle strida mot ”*dem Wohl des ganzen Staates*”. Att göra skillnad i detta hänseende mellan civil- och brottmål var enligt Oldekop ”*absurdum, iniquum, & absque ulla ius ratione*”.⁶¹

Oldekops ideologi blev dock inte ännu förhärskande under hans egen tid. I stället för de individuella rättigheternas ideologi behärskade idén om *ratio status* det tidigmoderna tänkandet fram till 1700-talet. *Ratio status*, samhällsintresse, var det som rättfärdigade de av härskarens handlingar som eftersträvade att upprätthålla samhällsordningen.⁶² Ideologin uppenbarade sig

⁵⁹ See Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150–1625*. Atlanta 1997, s. 81–82.

⁶⁰ Kenneth Pennington, Due Process, Community and the Prince in the Evolution of the *Ordo Iudiciarius*, <http://classes.maxwell.syr.edu/His381/procedure.htm>.

⁶¹ Iustus Oldekop, *Tractatus de appellatione in causis criminalibus*. Halberstadt 1655, s. 9.

⁶² Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I*. München 1988, s. 197–200.

konkret i straffprocessen som staten kunde använda sig av i namn av *ratio status*. På detta sätt kunde man rättfärdiga de grymmaste straffprocessuella metoderna, bl.a. tortyr. Såsom Mathias Schmoeckel har visat i sin bok om tortyrens avskaffande i Tyskland, började *ratio status* emellertid visa vägen till humanistiska synpunkter på 1700-talet.⁶³

Det är sannolikt att *ratio status* upplösning som förhärskande ideologi och dess stegvisa ersättande med individuella rättigheter bidrog också till appellationsförbudets åsidosättande i Sverige från och med senare hälften av 1700-talet. På det idéhistoriska planet hade upplysningstiden hämtat inflytande från Frankrike och det är inte helt uteslutet att upplysningstänkandet skulle ha främjat ett allmänt appellationssystem. Hypotesen är emellertid svår att bevisa och jag har inte funnit några texter som direkt skulle stöda den. Nehrman-Ehrensträhle skriver visserligen i sin *Inledning Til Then Swenska Processum Civilem* (1759) om hur möjligheten att söka ändring hos överdomaren och få underrättens dom ändrad redan finns skriven i Guds lag. Nehrman-Ehrensträhle grundar sitt påstående på två ställen i Bibeln, 2 Mos. 18 och 5 Mos. 1:17 där det talas om hur domare tillsatta av Mose skulle döma i mindre ärenden och hänskjuta svårare ärenden till Mose.⁶⁴ Om Nehrman-Ehrensträhle inte varit påverkad av upplysningsideologin – såsom Björne anser på goda grunder⁶⁵ – kan Nehrman ändå ha varit medveten om Justus Oldekops syn på appellation som en naturlig rätt, även om Oldekop inte nämns bland Nehrmanens källor. Man behöver alltså inte upplysningsideologin för att idéhistoriskt kunna förklara Nehrmanens syn på appellation såsom en individuell rätt. Rättslig individualism var på förmarsch överallt i väst, och detta oberoende av upplysningen.⁶⁶

⁶³ Se Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*. Köln/Weimar/Wien 2000, s. 536.

⁶⁴ Nehrman-Ehrensträhle, *Inledning Til Then Swenska Processum Civilem*. 1751, s. 380–381, XXX:14.

⁶⁵ Björne, s. 79–80.

⁶⁶ Appellationen fick kvarstå beroende på rättspraxis under en lång tid. I den finska lagstiftningen ändrades den gamla RB 25:5 först av en kejserlig förordning från år 1868, varmed besvär också formellt utgjorde det regelrätta rättsmedlet i brottmål. Vad och besvär förblev dock separata rättsmedel ända till 1978 då besvär utgjorde det allmänna rättsmedlet i både civil- och brottmål.

Sammanfattning

Modern appellation härstammar från glossatorernas och kommentatorernas medeltida rättsvetenskap. Medeltida rättsvetenskapsmän (t.ex. Accursius, Bartolus och Baldus) konstruerade det straffrättsliga appellationsförbudet kring C 65, 7, 2. Det kom ändå inte att råda någon enighet överhuvudtaget om varken förbudets exakta beskaffenhet eller dess lagenlighet, en situation som sedan speglades i det praktiska rättslivet. Appellation tilläts i vissa rättsordningar (kanoniska rätten, Frankrike), medan den förbjöds i många tyska territorier samt Det heliga tyskromerska kejsarrikets *Augsburger Reichsabschied* från 1530 som bl.a. reglerade förfarandet i den andra av kejsarrikets två högsta domstolar, *Reichskammergericht*.

När den svenska hierarkiska domstolsordningen skapades från och med år 1614, var den svenska lagstiftaren tvungen att ta ställning till appellationsproblemet. Den internationella processrättens historiografi brukar se de medeltida och tidigmoderna överdomstolarna som kontrollorgan som grundades först och främst för att förena rättslivet i sitt verksamhetsområde och för att minska de lokala domstolarnas makt. Sverige kan här knappast ses som ett undantag. Det var klart att brottmål måste fås under hovrättens kontroll på ett eller annat sätt. För vissa orsaker kom appellation emellertid inte i fråga såsom kontrollmedel i brottmål.

I Sverige tilläts appellation i civilärenden, där det redan vid 1600-talets början för stridsparter var möjligt att få juridisk eller åtminstone skriftkunnig hjälp. När det gällde brottmål var saken annorlunda. Juridisk hjälp stod vanligen inte till parternas förfogande. Före 1600-talets judiciella revolution var det arkaiska svenska strafförfarandet också föga passande till en lärd *ius commune* institution såsom appellation. Senare på 1600-talet rådde det klar enighet mellan lagstiftningen, rättslitteraturen och praxis om att straffrättslig appellation var otillåten. Underrättskontroll organiserades i stället för appellation på ett sätt som recipierats från Tyskland, med hjälp av den s.k. leutationen som innebar att underrättens domar i grova brottmål automatiskt refererades till hovrättens inspektion.

1734 års lag verkar ännu ha behållit en principiell skillnad mellan ett straffrättsligt besvär som sedan medeltiden hade stått till parternas förfogande i fall av processfel och vad som sedan 1600-talet naturligt användes som appellation. Trots detta beskriver Nehrman redan år 1759 de två rättsmedel på ett sätt som inte lämnar någon praktisk skillnad dem emellan. Det syntes sannolikt att skillnaden mellan det urgamla straffprocessuella besväret och

civilrättsligt vad var på väg att försvinna i rättspraxisen. Båda rättsmedlen blev nu i praktiken *appellatio*.

Vad var orsaken till denna förändring som tog plats i rättspraxisen? Vid 1700-talets mitt hade det svenska rättslivet förändrats väsentligt sedan 1600-talets början när hovrätterna grundades. Straffprocessens mest arkaiska drag hade till största delen försvunnit och det fanns juridiskt utbildade och skriftkunniga människor som kunde operera ett straffrättsligt appellationssystem. Ju längre 1700-talet avancerade, desto tänkbarare verkade appellation som en individuell rätt. Appellationen som förr hade verkat opassande för den svenska straffprocessen såg nu ut som ett möjligt rättsmedel.

Marie Sandström

Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket

De nordiska rättsordningarna har länge förbryllat företrädare för den komparativa rätten. Den rättstradition som vuxit fram i Sverige, Finland, Norge, Danmark och Island gäckar den komparativrättsliga etiketteringen. Likt ett illegitimt barn bryter de nordiska rättsordningarna symmetrin i den komparativrättsliga genealogin av rättsfamiljer. Alldeles särskilt motspännig förefaller den nordiska rättstraditionen vara i förhållande till den grundläggande dikotomin *civil law* – *common law*.

I det komparativrättsliga standardverket, *An Introduction to Comparative Law*, påpekade författarna, Konrad Zweigert och Hein Kötz, att de nordiska ländernas rättsystem är svåra att klassificera. Det är visserligen uppenbart att de inte tillhör *common law*-traditionen. De nordiska rättsordningarna har utvecklats oavhängigt av den medeltida engelska rätten. Inte heller epitetet *civil law* ger emellertid ett adekvat uttryck för de nordiska rättsystemens egenskaper. Detta uttryck förknippas nämligen med sådana rättsystem som präglats av romersk rätt och en kodifierad privaträtt. Det är visserligen omstritt, i vilken mån den romerska rätten har påverkat utvecklingen av de nordiska rättsordningarna, men det är uppenbart att de nordiska länderna inte följt Justinianus exempel. Till sist tvingas rättsvetenskapsmännen att konstatera att de nordiska rättssystemen bildar en alldeles egen – unik – rättsfamilj.

Swårigheterna att klassificera den nordiska rättstraditionen har uppenbarligen mycket litet att göra med den materiella rättens utformning. Det finns till exempel slående likheter mellan den engelska avtalsrättens betoning av *good faith* mellan avtalsparter och betydelsen av lojalitetsförpliktelser i svensk avtalsrätt. Andra aspekter av den svenska obligationsrätten bär i stället alla tecken på en reception av tysk pandektvetenskap. Ur ett funktionellt perspektiv förefaller dessutom alla utvecklade rättssystem att konvergera.

Inte heller bör, enligt min mening, orsaken till den nordiska rättens särart sökas i det vaga begreppet *rättskultur*. Det är meningslöst att söka den nordiska rättstraditionens unika karaktär i rättens dunkla djupstrukturer när den i själva verket befinner sig mitt framför våra ögon. Nyckeln till den nordiska rättens särställning återfinns nämligen främst i det juridiska hantverket. Det är således den nordiska juridiken, snarare än den nordiska rätten, som är unik.

Den ambivalens som ställer till problem för det komparativrättsliga systembygget präglar i högsta grad den juridiska argumentationen i de nordiska länderna. Den nordiska rättskälleläran ger syn för sägen: Lagstiftningen förefaller visserligen vara av utomordentligt stor vikt, men dess inflytande ter sig likväl begränsat. De högsta domstolarnas prejudikatbildning spelar en stor roll i den juridiska argumentationen, men ger samtidigt intryck av att vara hårt styrd.¹ Också den juridiska doktrinen ställning ter sig, åtminstone vid ett första ögonkast, svärbegriplig. Många praktiskt verksamma jurister vittnar om den juridiska doktrinen – ofta läroböckers – betydelse som den kronologiskt första rättskällan.² Samtidigt tvivlar också rättsvetenskapsmännen öppet på den juridiska doktrinen vetenskaplighet och bindande kraft.³ I detta avseende kan de nordiska juristerna liknas vid en person som inte kan bestämma sig för om han eller hon ska köpa *Aftonbladet* eller *Expressen*.

Dessa juristers ambivalens inför rättskällorna placerar således den nordiska rättstraditionen i ett slags komparativrättsligt *limbo*. Denna egendomliga mellanposition medför emellertid också vissa fördelar. En rad författare har framfört åsikten att den nordiska rättstraditionen skulle kunna överbrygga motsättningen mellan de kontinentaleuropeiska och anglo-amerikanska rättsordningarna:

”In many ways, this formation [Scandinavian law] has no analogue: it combines the (advantageous and unique) features both of common law and the Germanic legal system with the force of normative generalization. ... A

¹ Den lagtolkning som utmynnar i ett prejudikat beskrivs i allmänhet som ”bunden”.

² Se t. ex. Sandgren, Claes, Vad gör juristen? Och hur?, del I, i *Juridisk tidskrift* 1999–2000, s. 596f.

³ Se t. ex. Jan Hellners åsikt, att rättsvetenskapsmannen befinner sig ”utanför systemet” och att ingen domstol torde känna sig bunden att tillämpa vad den juridiska doktrinen uttalar, i *Rättsteori. En introduktion*. Stockholm 1994, s. 115. Notera den kritik som riktats mot denna uppfattning i Claes Petersons recension av Hellners *Rättsteori*, i *Förvaltningsrättslig tidskrift*, årg 1996, s. 175ff.

number of experts believe that the Scandinavian experience can serve as a model for relevant cooperation on a European scale.”⁴

Tanken är således att den skandinaviska rättsfamiljen skulle utgöra en slags metodologisk kompromiss mellan de två dominerande rättstraditionerna. I den meningen skulle de nordiska juristernas arbetssätt utgöra en potentiell exportartikel, som i likhet med IKEA:s platta paket kan erövra världen.

Syftet med detta bidrag är att belysa de nordiska juristernas metodologiska särprägel. Det har härvidlag varit nödvändigt att begränsa föremålet för undersökningen. Detta arbete avser främst den svenska juridiska metodläran. Mycket av det som anges vara typiskt för den svenska rättskällevärdet är emellertid representativt för nordisk rättskällevärdet. Det skulle inte heller vara möjligt att inom ramen för en uppsats undersöka den svenska juridiska metodläran i sin helhet; analysen gäller huvudsakligen rättskällevärdet. Avsikten är att beskriva den svenska rättskällevärdets utveckling under 1800- och 1900-talen. Tanken är inte att dessa rättshistoriska studier skulle ge en uttömmande och i varje detalj rättvisande bild av drivkrafterna bakom framväxten av en svensk rättskällevärdet. Antalet faktiska orsaker till denna läras särart är sannolikt oändligt. Mitt val av *historiska ögonblick* i den juridiska metodlärans utveckling ger i stället uttryck för en strävan att framhäva den unika karaktär som gör den svenska juridiska metoden till en potentiell exportprodukt.⁵ Den första anhalten på väg mot insikt i den svenska rättskällevärdets särprägel utgörs följaktligen av en analys av juristernas reaktion inför 1826-års civillagsförslag.

Den svenska kodifikationsstriden

Den svenska kodifikationshistorien är en sorglustig historia. I efterhand har 1800-talet kommit att uppfattas som ett mer eller mindre förlorat århundrade i svensk lagstiftningshistoria. Perioden beskrivs ofta som en obetydlig pa-

⁴ Alekseev, S., On some tendencies in world legal development and the Russian legal system, i *Review of Central and East European law*, nr 4, årg. 2001, s. 567 ff, jfr. Matteucci, The Scandinavian Legislative Cooperation as Model for European Cooperation, i *Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge*. Stockholm 1956, s. 136.

⁵ Läsaren bör följaktligen inte förvänta sig ett pionjärbete rörande de processer som beskrivs i detta bidrag. Framställningen grundar sig i allt väsentligt på lätt åtkomligt källmaterial och sekundärlitteratur. Arbetets eventuella nyhetsvärde består av urval och tolkning av materialet.

rentes mellan 1734 års lag och 1900-talets nordiska lagstiftningsprojekt. Det var också med djupt beklagande som Erik Marks av Würtemberg konstaterade, ”att trångsinne och obehöriga hänsyn fingo stå i vägen för antagande av den nya lagbok som för ett sekel sedan stod landet till buds”⁶. Egendomligt nog ger källorna en delvis annan bild; det som Marks av Würtemberg beskriver som en försutten möjlighet framstår i stället snarare som ett från början dödsdömt lagstiftningsprojekt. Det är bara döds kampen som ter sig ovanligt utdragen.

Den entusiasm för lagreformer som väckts av statsvälningen 1809 ebade snart ut. Under riksdagen 1809–1810 föreslogs visserligen att 1734 års lag skulle underkastas en fullständig revision, men i lagutskottet var tonfallet snarast skeptiskt. Utskottet uttalade visserligen genom sin sekreterare, professor Johan Holmbergson, att lagboken nog var i behov av en förenkling samt att författningarna i vissa delar måste anpassas till nya samhällsförhållanden. En saklig omarbetning av 1734 års lag skulle emellertid kräva ett gediget förarbete:

”En saklig omarbetning borde emellertid enligt utskottets mening föregås av utredningar om lagarnas historia och sammanhang, byggd på deras allmänna, filosofiska och politiska grunder, och för arbetet borde utdanas ett antal personer, som ägde användbar skicklighet för lagstiftning.”⁷

En sådan omfattande uppgift vore de svenska juristerna vid denna tidpunkt dock inte mäktiga. Det skulle därför, enligt lagutskottet, vara lämpligt att reformen inskränkte sig till en sammanfattning av de spridda lagförklaringarna och författningarna i en bekväm och naturlig ordning. En kommitté borde följaktligen tillsättas med uppdraget att förenkla och redigera de svenska författningarna. Det var således med ett mycket begränsat mandat som den Stora lagkommittén skred till verket.

Lagutskottets uppenbara olust inför tanken på en mer genomgripande reform av 1734 års lag bildar ett mönster för de svenska juristernas reaktion inför de förslag som lagkommittén utarbetade. Redan 1811 avgav kommittén sitt första utlåtande. Kommittén påpekade att de ändringar, tillägg och lagförklaringar som tillkommit sedan ikraftträdandet av 1734 års lag både till sin mängd och bristande inbördes enhetlighet försvårade såväl lagstift-

⁶ Marks av Würtemberg, Erik, Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början, i *Minnesskrift ägnad 1734 års lag*. Stockholm 1934, s. 198.

⁷ Citerat efter Marks von Würtemberg, a. a., s. 145 f.

ningsprojektet som rättstillämpningen. Detta konstaterande måste, enligt min mening, tolkas som kritik mot det begränsade mandat som kommittén givits. De snäva instruktionerna gjorde det i praktiken omöjligt för kommittén att tygla det oöverskådliga material som utgjorde svensk civilrätt. Trots denna reservation framlade lagkommittén 1826 ett förslag till en privaträttslig kodifikation.

Till sitt innehåll påminner 1826 års lagförslag starkt om franska *code civil*. I lagtexten framhävs den oinskränkta äganderätten och den närmast obegränsade avtalsfriheten som förmögenhetsrättens ledmotiv. Någon motsvarighet till den abstrakta systematiken i *code civil* kan emellertid inte återfinnas i det svenska civillagsförslaget. I motiven beklagade också kommittén att det inte varit möjligt att ge lagtexten en mer systematisk form. Felet var visserligen inte i första hand kommitténs.

”Då Kungl. Maj:t åt kommittén uppdrog att utarbета förslag till allmän civil- och kriminallag, lämnade tillika den föreskrift, att 1734 års lag, till dess yttre form och indelning i vissa balkar, därvid borde tjäna till grund och efterföljd. Det har således ej berott av kommittén att välja en mer systematisk uppställning, vilket visserligen eljest hade kunnat äga rum och, må hända, gjort arbetets utförande i hela dess vidd lättare...”⁸

Kommittén försäkrade emellertid, att den även utan denna föreskrift skulle ha tvekat att överge balkindelningen i 1734 års lag, ty lagen är främst en bok för folket. Kommittén fortfor:

”Likasom själva folkstammen, under tidernas lopp, växer ut och omdanas, måste även lagen, varuti även samhällslivet skall, så tillsägende, överskåda sig självt från varje betydlig ståndpunkt på dess utvecklingsbana, gång efter annan utvidgas, omarbetas och, ur massan av de söndrade delar, som under olika tidars inflytande tillkommit, sammangjutas till ett nytt helt, med ett ord: förnyngas; men det bör dock aldrig annorlunda omskapas, eller i annan form framträda, än att folket städse igenkänner och förstår den.”⁹

Kommitténs försäkran, att det har utgjort en ”tillfredsställelse, att i det formella så lämpa sig, mera efter folkets behov, än efter vetenskapsmannens fordringar” klingar något falskt. Lagförslagets upphovsmän tvingas slutligen att sätta sitt hopp till att bristen av systematik i uppställningen av de

⁸ Motiv till Giftermålsbalken, citerat ur Svensk historisk lagbok, i Häthén och Nilsén (red.), *Rättshistoriska källtexter*. Lund 2004, s. 222.

⁹ Marks av Württemberg, a. a., s. 222 f.

enskilda lagreglerna någorlunda kompenserades av ”enhet och sammanhang i själva föreskrifterna”.¹⁰

Då inte ens upphovsmännen bakom 1826 års civillagsförslag reservationslöst ställde sig bakom sin skapelse, är det knappast förvånande att den föreslagna lagtexten vann lite gehör bland jurister. Meningarna rörande lagförslagets materiella innehåll – särskilt reformerna av arvsrätten synes ha väckt ont blod – var visserligen delade. Lagförslaget präglades av ekonomisk liberalism, vilket naturligtvis inte tilltalade konservativt sinnade jurister. Den negativa inställningen till lagförslaget förklaras emellertid endast delvis av politiskt motstånd. I anledning av remissen till de juridiska fakulteterna år 1832 avgavs utlåtanden från såväl Uppsalas – Rabenius, Boëthius, Grubbe och Atterbom – som Lunds juridiska fakultet. Samtliga var negativa till förslaget. Kritikerna ansåg att civillagsförslaget såväl till sin form som till sitt innehåll i alltför hög grad avvek från gällande rätt.¹¹ Dessutom inkom en rad utlåtanden från privatpersoner. Carl Olof Delldén, universitetsadjunkt vid Uppsala universitet, hade redan 1826 publicerat sin kritik av civillagsförslaget i ett bihang till tidskriften *Svea*.¹² Delldén konstaterade inledningsvis, att det för närvarande inte förelåg något behov av en ny lagbok¹³. Av detta skäl, och då ”tidevarvet ej vore moget en ny lagbok”¹⁴, borde lagstiftarens inställning till lagreformer vara, ”att *intet* i våra lagar bör *omskapas*, så *litet* som möjligt *förändras*, och endast det för tillämpningen *aldra nödvändigaste tilläggas*”¹⁵. Delldéns inställning till civillagsförslaget var, enligt Erik Marks von Würtemberg, ett uttryck för den ”lagstiftningsfientliga” historiska skolan.¹⁶ Delldén återkom 1832 till frågan om civillagsförslaget och framförde då kravet, att lagreformen skulle inskränkas till att avse en redaktion av 1734 års lag.¹⁷

¹⁰ A. a., s. 223.

¹¹ Se Marks von Würtemberg, a. a., s. 171.

¹² Delldén, Carl Olof, *Försök till granskning af Kongl. Lag-Commitéens Förslag till Handels-Balk*, bihang till *Svea*, Upsala 1826.

¹³ A. a., s. 1.

¹⁴ Marks von Würtemberg, a. a., s. 166 fn 1. Enligt Marks von Würtemberg hade Delldén härvidlag inspirerats av Friedrich Carl von Savignys *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* från 1814.

¹⁵ Delldén, a. a., s. 117. Citerat efter Björne, Lars, *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia*, del II 1815–1870. Lund 1998, s. 166.

¹⁶ Marks av Würtemberg, a. a., s. 166.

¹⁷ Se Delldén, Carl Olof, *Anmärkingar vid Förslaget till Allmän Civil Lag*, Upsala 1829. Citerat efter Björne, a. a., s. 166.

Domstolarnas motstånd var mer försåtligt. De tre hovrätterna hade ombetts att yttra sig över lagförslaget. Endast två av hovrätterna avgav, efter mycket om och men, yttranden. Från Svea hovrätt hördes ingenting. Marks av Würtemberg ger i ”Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början” en målade beskrivning av domstolarnas egendomliga ointresse för århundradets lagreform. Remissförfarandet påminner närmast om en dokusåpa; förklaringen till de försenade och förkomna yttrandena är antingen att domstolarna var katastrofalt oorganiserade eller att de var osamarbetsvilliga. Domstolarnas reaktioner sträckte sig från talande tystnad och förhållningstaktik till öppet motstånd.

Det kan vara svårt att förstå motiven bakom kritiken av civillagsförslaget. Enligt Marks av Würtemberg skulle ju kodifikationen främst gynna rättstillämpningen, ty ”/t/orftig doktrin och då den skrivna lagen på det privaträttsliga området lämnade domstolarna och allmänheten utan ledning till och med i fråga om tämligen grundläggande spörsmål”¹⁸. Mängden av oordnat juridiskt material, i kombination med en outvecklad juridisk doktrin, hotade rättstillämpningens effektivitet och förutsebarhet. Syftet med lagförslaget var således att skapa en systematisk grund för domstolarnas och myndigheternas rättsanvändning. I ingressen till lagkommitténs motiv till rättegångsbalken i 1826 års civillagsförslag beskrivs syftet med reformen: att skapa en praxis som kännetecknas av ”enhet, skyndsamhet och säkerhet”. Också Marks von Würtemberg antog att ”/e/tt antagande av lagförslagets privaträttsliga balkar ... helt säkert icke blott [skulle] hava länt allmänheten till gagn utan även verkat befruktande på domstolspraxis och rättsdoktrin”¹⁹. De svenska domarna tycks emellertid inte ha sett saken på detta sätt.

En av de främsta drivkrafterna bakom upplysningens omfattande kodifikationer var utan tvekan missnöje med rättstillämpningen. Domstolarnas rättsanvändning var svårbegriplig för gemene man. Inte ens jurister kunde förutse utgången i många fall och till synes likartade fall behandlades olika av domstolarna. Denna brist på formell rättssäkerhet gav medborgarna intrycket av att domstolarnas rättstillämpning liknade ett lotteri. Skulden för sakernas tillstånd lades på domarkåren. Rättsosäkerheten i rättstillämpningen berodde, enligt detta synsätt, på att domarens godtycke – sympatier, antipatier och fördomar – avgjorde utgången i enskilda fall. Den radikala lösningen på detta problem var att ersätta domarens fria skön med en förutsebar och lik-

¹⁸ Marks av Würtemberg, a. a., s. 199.

¹⁹ A. a., ibidem.

formig tillämpning av lagtext. I och med införandet av en uttömmande och enhetlig lagbok – en kod – skulle domarrollen reduceras till *la bouche qui prononce les paroles de la loi* (Montesquieu). Med hjälp av tolknings- och kommentarförbud skulle domaren tvingas att tillämpa rätten på ett för medborgarna begripligt sätt. Ur domstolarnas synvinkel kan kodifikationen i stället betraktas som ett sätt att minska praxis betydelse som rättskälla. Följaktligen kan motståndet mot civillagsförslaget tolkas ur såväl metodologisk som politisk synvinkel.

Det finns en rad indicier som talar för att motståndet åtminstone till en del var av metodologisk art. När lagkommittén våren 1832 avlämnade sitt kriminallagsförslag, kunde den därmed ha slutfört en svensk kodifikation. Ville man, med Erik Marks von Würtembergs ord, reformen, var tiden inne att handla, då varje dröjsmål ökade pressen på lagstiftaren att förse rättssystemet med fristående lösningar på tidens problem.²⁰ Tiden, skulle det visa sig, var dock inte mogen för en svensk kodifikation. Högsta domstolens granskning dröjde och när yttrandet väl kom var det starkt kritiskt till lagförslaget. Lagförslagen gav upphov till en rad förvirrade riksdagsdebatter, som utmynnade i uppfattningen, att lagreformen skulle begränsas till att avse ett sammanförande av de på olika håll spridda bestämmelserna.

Trots att lagförslagen med tiden förlorade sin aktualitet, kvarstod många av de problem som skulle ha lösts av en ny lagbok. Dessa frågor behandlades i stället för sig och gav upphov till en rad enskilda författningar såsom till exempel preskriptionsförordningen och konkurslagen. I stora drag realiserades ändamålen bakom civillagsförslaget under 1800-talet, men gradvis och i form av *ad hoc*-lagstiftning som inte, i motsats till omfattande kodifikationer, hotade praxis ställning som rättskälla. Ett typiskt uttryck för denna inställning återfinns i regeringens nådiga brev den 14 april 1893, där lagberedningen beordrades att endast ägna sig åt de delar av handelsbalken som faller inom den allmänna privaträtten och som inte under senare tid undergått någon väsentlig omarbetning.²¹

Ett ytterligare indicium för hypotesen att motståndet mot lagförslaget bl.a. avsåg dess metodologiska konsekvenser är den nordiska kodifikationshistorien. Det danska förslaget till en nordisk civilrättslagbok, som framlades 1899, beskrivs av Zweigert-Kötz som *a bolder plan*. De svenska juristernas misstro mot lagstiftningsprojekt av denna magnitud förefaller

²⁰ A. a., s. 172 f.

²¹ Se a. a., s. 193.

också delas av jurister i övriga nordiska länder, då "the ambitious project of producing a civil code was shelved in favour for unifying specific areas of the law of property and obligations"²². Samma öde delades av Vinding Kruses förslag till nordisk civillagbok. Ett mönster kan således urskiljas i den nordiska kodifikationshistorien: Kodifikationsförslaget gav visserligen upphov till en våg av lagstiftningsprojekt – främst köplagen (1905) och avtalslagen (1915) – men endast i form av punktlagstiftning. De nordiska juristernas fäbless för *ad hoc*-lagstiftning har, enligt Zweigert-Kötz, medfört att de nordiska domstolarnas prejudikatbildning har varit särskilt intensiv:

"With the enactments we have mentioned the Scandinavian countries have developed a substantially unified law of contract: where there are no applicable statutory provisions the device of *analogy* is widely used by courts and writers alike."²³

Zweigert-Kötz konstaterade, att "the more advanced idea of codifying the whole of private law in a comprehensive manner has not worked out in any of the Scandinavian countries"²⁴. De tillade att detta också var "in line with the attitude of Nordic legal science"²⁵. Domstolarnas motstånd mot kodifikationsförslaget kan således förklaras med viljan att försvara domstolarnas prejudikatbildning. Detta kan emellertid knappast vara orsaken till rättsvetenskapsmännens motvilja.

Rättsvetenskapens guldålder

Syftet med kodifikationsförslaget – att öka graden av rättssäkerhet i rättstillämpningen – kan bara realiseras med hjälp av ett enhetligt och överskådligt juridisk material. Det var uppenbart att 1734 års lag, i kombination med mängder av lagförklaringar, inte motsvarade dessa krav. Därom var alla eniga. Frågan var emellertid, hur den önskade rättsenheten skulle uppstå. Lagkommittén, vars förmåga att skapa enhet i det juridiska materialet redan från början vingklippts av utredningens instruktioner, avsåg att skapa enhet i rätts-

²² Zweigert-Kötz, a. a., s. 291.

²³ A. a., s. 293.

²⁴ A. a., s. 295.

²⁵ A. a., ibidem.

tillämpningen genom lagförslagets sakliga enhet och konsekvens. När kodifikationsprojektet gick i stå, stod hoppet i stället till rättsvetenskapens systemskapande kraft. Det är emellertid inte alla former av rättsvetenskap som kan infria sådana förhoppningar.

En förutsättning för en rättsvetenskaplig lösning på domstolarnas problem är naturligtvis att rättsvetenskapsmännen intresserar sig för samma frågor som domarkåren. Detta är dock ingen självklarhet. Naturrättslärarna valde medvetet att beskriva en annan rättsordning än den som normalt kom till användning i domstolarna. Det första kravet på rättsvetenskapen måste således vara att den avser den positiva rätten. Den första kontinentaleuropeiska skolbildning som uppfyller detta krav är den historiska skolan i rättsvetenskapen. Inte heller detta är emellertid tillräckligt. Den positiva rätten kan betraktas ur en rad olika synvinklar och domarens perspektiv är bara ett av många. Enligt Friedrich Julius Stahl, historiska skolans främste ideolog, måste rättsvetenskapen, för så vitt den skall vara användbar för rättstillämpningen, främst avse den vid en viss tid och hos ett visst folk gällande rätten.²⁶ Rättsvetenskapens uppgift var således ytterst att ge en systematisk – vetenskaplig – form åt det juridiska material som fixerats i övriga rättskällor såsom lagstiftning och praxis.

Det var i och med den tyska kodifikationsstriden 1814 som den historiska skolan fick sitt genombrott vid de juridiska fakulteterna. I jämförelse med den tyska kodifikationsstriden kan den svenska motsvarigheten, som framgått ovan, knappast ens beskrivas som en skärmytsling. De svenska juristernas olust inför ett omfattande lagstiftningsprojekt förbleknar inför den motvilja mot en civillagbok som Friedrich Carl von Savigny gav uttryck för i *Vom Beruf*. Kodifikationsstriden i Tyskland var kort, intensiv och, framför allt, öppen. I polemiken mellan Savigny och Friedrich Justus Thibaut, utmejslades de två ståndpunkterna. Mot den *instant fix* på den tyska rättstillämpningens problem, som kodifikationsförespråkaren Thibaut erbjöd det tyska folket, ställde Savigny en mer långsiktig lösning. Rättens enhet skulle återupprättas med hjälp av den form av rättsvetenskap som idag benämns *rättsdogmatik*. Rättsvetenskapsmannen skulle söka rättens ledande grundsatser i dess utveckling. Med hjälp av rättsprinciper och juridiska begrepp skulle rättsvetenskapsmännen vara i stånd att skapa och omskapa rättens system.

²⁶ Stahl, Friedrich Julius, *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd.II. Heidelberg 1833, s. 169.

Det var således i den juridiska doktrinen som rättstillämparen skulle finna nyckeln till en rättssäker rättstillämpning. Denna lösning förutsätter emellertid att domarkåren ges en sådan utbildning att domarna är i stånd att på ett korrekt sätt använda den juridiska doktrinen. I Knut Olivecronas *Om den Juridiska Undervisningen vid Universitet i Upsala och om den Juridiska Fakultetens förflyttande till Stockholm* strålar dessa två tankegångar samman. Den svenska juristutbildningen hade under riksdagen 1856–58 utsatts för hård kritik. Kritikerna hade, enligt Olivecrona, redan ”brutit stafven öfver de Juridiska Fakulteterna vid Rikets Universiteter”²⁷. Olivecrona fann den kritik som framfördes under riksdagssessionerna djupt orättvis. Juristutbildningen hade visserligen under en lång tid varit precis så torftig som kritikerna påstod, men denna period låg åtminstone 20 år tillbaka i tiden. En av de främsta orsakerna till de juridiska fakulteternas nedgångsperiod under 1700-talet var, paradoxalt nog, en kodifikation:

”Det har ofta blifvit anmärkt, att så snart ett lands lagar blifvit codifierade, har det vetenskapliga lifvet på det juridiska fältet aftagit. Erfarenheten inom vårt fädernesland har verkligen äfven bekräftat detta förhållande. Ty under förra seklet finner man efter 1736 ett successivt aftagande i de juridiska studierna.”²⁸

Kodifikationer – detta gällde, enligt Olivecrona, även 1734 års lag – medför att rättens historia negligeras. Införandet av 1734 års lag hade inneburit att den romerska rätten inte längre var föremål för offentlig undervisning; ”Följden häraf blef den, att de studerande sedermera saknade den förberedande vetenskapliga grundläggning, som de förut inhemtat, under studium af denna främmande Rätts utbildade begreppsbestämningar och fina distinctioner”²⁹. Därmed nedsjönk de offentliga föreläsningarna så småningom till ”torftiga commentarier öfver allmänna lagens särskilda balkar eller till ytlig kasuistik”³⁰. Själva intresset för grundligare studier syntes vilja dö bort. Dessa negativa konsekvenser av 1734 års lag präglade juristutbildningen under 1700-talets andra hälft och de första decennierna av 1800-talet, då undervisningen inskränkte sig till att förse studenterna med knapphändiga förklaringar över

²⁷ Olivecrona, Knut, *Om den Juridiska Undervisningen vid Universitet i Upsala och om den Juridiska Fakultetens förflyttande till Stockholm*. Upsala 1859, s. 1.

²⁸ A. a., s. 12.

²⁹ A. a., ibidem.

³⁰ A. a., ibidem.

de särskilda balkarna, ”utan att de studerande någonsin fingo begrepp om jurisprudensen som vetenskap”³¹. Denna bekymmersamma situation kvarstod ända fram till 1835, då ”en egentlig reform” inträffade ”och en ny epok i den juridiska undervisningens historia” påbörjades.

Vårterminen 1835 inledde Carl Johan Schlyter, som kallats till Uppsala universitet såsom extraordinarie professor, sina föreläsningar i fäderneslandets rättshistoria:

”Genom honom fingo de juridiska studierna nytt lif, intresset för vår gällande Rätt växte på samma gång man lärde sig att i våra äldre lagar se källan till den bestående rättsförfattningen och att Rättens historia hos ett folk, på samma gång den troget afspeglar hela utvecklingen af dess rättsinstitutioner, målar en lefvande bild af folkets inre lif.”³²

Visserligen avsåg Schlyters föreläsningar endast svensk rättshistoria, men i enlighet med historiska skolans program gällde denna undervisning snarare rättens utveckling till gällande rätt än det förgångna i sig. Ernst Viktor Nordling, professor i romersk rätt, juridisk encyklopedi och rättshistoria, beskrev följaktligen sin föregångare som den man som öppnat ”banan för ett sannare begrepp om rätten”³³. Nästan samtidigt började dessutom universitetsadjunkten Pehr Erik Bergfalk föreläsa om den ekonomiska lagfarenheten på ett sätt som avvek från det hävdvunna. Han ordnade denna del av rätten till ett systematiskt helt genom vidsträckta historiska undersökningar. På detta sätt vann han ”den studerande ungdomens håg för ett vetenskapligt studium”³⁴. Trots att Schlyter efter en kort tid lämnade fakulteten för att återvända till sitt *alma mater*, innebar hans gästspel att fakultetens långa nedgångsperiod hade brutits.

De impulser till ett mera vetenskapligt studium, som väckte den juridiska undervisningen vid Uppsala universitet ur dess törnrosasömn, ledde också till en pedagogisk nyorientering. De äldre professorerna, med Jacob Edvard Boëthius i spetsen, hade använt sig av den så kallade kommentatoriska undervisningsmetoden. Han kommenterade sålunda kapitel efter kapitel i giftermåls-, ärfda- och jordabalken, vilket, enligt Olivecrona, är en metod

³¹ A. a., ibidem.

³² A. a., s. 14.

³³ Nordling, Ernst Viktor, Om Romerska Rättens, Juridiska Encyklopediens och Rättshistoriens betydelse för Rätts-studiet, i *Naumanns tidskrift* 1868, s. 702 f.

³⁴ A. a., s. 14 f.

som visserligen har sina fördelar, men som inte bibringar studenten ett ”klart begrepp om Civil-Rätten såsom vetenskap”³⁵. Inspirerad av Schlyter och Bergfalk hade dock Boëthius mot slutet av sin levnad försökt att lära ut civilrätten efter ett ordnat system. Olivecrona, som efter Boëthius död utnämndes till professor i civilrätt och romersk rätt, föredrog den dogmatiska lärometoden framför den kommentatoriska, då den gav studenten en klar bild av civilrättens ledande principer.³⁶

Trots att den dogmatiska lärometoden avsåg att ge de studerande en bild av rättens vetenskapliga sida, var syftet med denna pedagogiska reform inte i första hand att utbilda rättsvetenskapsmän. Tanken var i stället att studenten, ur sitt förråd av rättsvetenskapliga insikter, skulle hämta ledning för ett studium på egen hand ”samt att deras tankar skulle vändas till det praktiska målet – lagens tillämpning”³⁷. Betoningen skulle således inte läggas på inhämtande av passiv kunskap. Rättsvetenskaplig bildning måste istället, för att gynna rättstillämpningen, avse studentens självständiga vetenskapliga utveckling:

”... de studerande vid Universiteterna fordra av sina lärare vägledning till *vetenskapligt sjelfstudium, anvisning att på egen hand fortgå i studier*; de åtnöja sig i allmänhet icke med de lösligt meddelade vetenskapliga resultaterna; de vilja med ledning af sina lärare sjelfve forska och tilllegna sig vetenskapens innehåll.”³⁸

Den tyske filosofens, Joseph Wilhelm Friedrich von Schelling, uppmaning till alla studenter – ”Lerne nur, um selbst zu schaffen!” – måste alltså tolkas som en uppmaning till intellektuell kreativitet som inte stannade vid gränsen mellan vetenskap och samhälle. I stället fordra ”/s/amhällets högre intressen ..., att de, som skola danas att en gång inträda i samhällets tjänst såsom domare, icke blott ega viss detaljkunskaper uti fäderneslandets Rätt, utan hufvudsakligen en på historisk och filosofiska basis lagd, klar insigt i de den positiva Rätten genomgående allmänna grundprinciper”³⁹. Också den som erhållit en rent praktisk utbildning, en så kallad *routinier*, skulle visserligen kunna avgöra de okomplicerade fallen. Svåra fall – som antingen krävde

³⁵ A. a., s. 20 f.

³⁶ Se a. a., s. 21.

³⁷ A. a., s. 24.

³⁸ A. a., s. 95.

³⁹ A. a., s. 126.

tolkning eller utfyllnad – kräver emellertid en vetenskapligt bildad jurist, ty endast en sådan kan finna de systematiskt närbesläktade fall som kan användas som mönster för ett analogislut.⁴⁰

Av Olivecronas resonemang framgår att det utrymme som den uteblivna kodifikationen lämnat för juridisk kreativitet i praxis inte skulle behärskas av domarens fria skön. I stället måste kravet på en professionalisering av domarkåren betraktas som ett försök att i någon mån kvalitetssäkra domstolarnas prejudikatbildning. Domstolarnas kreativitet måste, enligt Olivecrona, styras av rättevetskapen. I detta avseende kan praxis och juridisk doktrin betraktas som rättskällelärans siamesiska tvillingar.

Om lagstiftarviljan och uppkomsten av en ny rättskälla

Historiska skolans förhoppning, att den juridiska doktrinen och juristutbildningen skulle utgöra såväl grund som gräns för domarnas juridiska kreativitet, kan te sig naiv. Ingenting hindrar den svenske domaren att utnyttja det utrymme för tolkning och utfyllnad som *ad hoc*-lagstiftning lämnar för sina egna syften. Denna misstanke är naturligtvis särskilt allvarlig i en rättstradition som uppfattar domaren som en ämbetsman, vars karriär helt bygger på den enskildes förtjänst och skicklighet. Folksuveränitetsprincipen, såsom den sedermera kom till uttryck i RF 1:1, utgör härvidlag en ytterligare komplikation. Folket har, genom sina valda representanter, den yttersta makten över rättens politiska och moraliska innehåll. Demokratiseringen av det svenska samhället under 1800- och 1900-talen satte följaktligen frågan om domarens fria skön på sin spets.

Förhållandet mellan juridisk kreativitet och politisk makt kommer särskilt tydligt till uttryck i tillkomsten av 1826 års civillagsförslag. Lagkommitténs instruktioner var förhållandevis snävt utformade. De politiska förutsättningarna för lagkommitténs arbete påverkade således i hög grad utformningen av lagförslaget. I sitt yttrande använde Högsta domstolen också instruktionerna som ett slagträ mot kommitténs förslag.⁴¹ Civillagsförslagets öde beseglades sannolikt av ett skifte i svensk politik från liberalism till

⁴⁰ Se a. a., s. 126f, jfr. Olivecronas beskrivning av den engelska juristutbildningen, se särskilt a. a., s. 65.

⁴¹ I sitt yttrande för Högsta domstolen ett resonemang om huruvida en redaktion av 1734 års lag innefattar en förbättring eller endast en förenkling av lagen.

konserverativism, vilket inte hindrade att en stor del av de juridiska reformer som föreslagits av lagkommittén ändå realiserades genom punkttagstiftning av mindre symboliskt värde. Den nya medvetenhet om lagstiftningens politiska laddning som ideologiernas framväxt medförde kom också till uttryck i det sätt på vilket lagstiftningsprocessen utformades. Det moderna remissinstitutet har till exempel sina rötter i det remissförfarande som följde på lagkommitténs förslag till civillag.

Det faktum att 1809 års statsvälkning givit upphov till kraven på en lagreform spelade sannolikt en roll för riksdagens beredvillighet att skicka lagförslaget på remiss. Förslaget till civillag var visserligen färdigt till 1828–1830 års riksdag, men Kungl. Maj:t beslöt trots detta att inte lägga fram förslaget, då det först skulle överlämnas till sakkunniga och andra upplysta mäns granskning, ”emedan all förändring av denna art borde med yttersta noggrannhet övervägas såsom enda utvägen att övertyga sig om allmänna tänkesättet”⁴². Förslaget hade redan tidigare gått på remiss till de tre hovrätterna och juridiska fakulteterna i Lund och Uppsala, men denna gång skulle remissförfarandet utsträckas till en vidare krets. I olika omgångar blev lagförslaget föremål för remiss till allmänheten⁴³. En rad privatpersoner, däribland Carl-Olof Delldén och Carl Johan Schlyter inkom med anmärkningar på förslaget. De lagstiftande organen gick ett steg längre när det gällde 1832 års kriminallagsförslag. Den 25 juni 1832 infördes nämligen följande annons i *Post- och Inrikes Tidningar*:

”Sedan Lagkommitténs Förslag till Allmän Kriminallag nu blifvit tryckt, så äger äger hvar och en att derwid göra de anmärkningar, hwartill han kan finna anledning, samt desamma inom detta års slut, till Justitie-Stats-Ministern insända; hwilket, på Kongl. Maj:ts Nådiga befallning tillkännifives.”⁴⁴

Dessa remisser till allmänheten var anmärkningsvärda då de saknade stöd i regeringsformen. I en motion till 1809 års riksdag hade assessorn i Svea

⁴² Hafström, Gerhard, *De svenska rättskällornas historia*. Lund 1970, s. 192.

⁴³ I Remiss till allmänheten. En laghistorisk studie, i *Festskrift till Halvar Sundberg*, Uppsala 1959, s. 7 gav Erik Anners följande definition på en remiss till allmänheten: ”Med remiss till allmänheten av ett lagförslag avses här ett förfarande, varigenom allmänheten – antingen på uttrycklig uppmaning eller på grund av bestående sedvana – beredes tillfälle att till viss myndighet avgiva yttrande över ett lagförslag genom att detsamma utgives av trycket, varvid det åligger myndigheten att ex officio upptaga de inkommande yttrandena till granskning”.

⁴⁴ Citerat efter Anners, a. a., s. 7.

hovrätt, Ifvar Fredrik Gabriel von Schantz, hemställt att en kommitté skulle tillsättas för att revidera den gällande lagstiftningen. Därvidlag borde också, enligt Schantz, allmänheten beredas tillfälle att yttra sig över kommitténs förslag. Lagutskottet tillstyrkte motionen i sin helhet och Kongl. Maj:t använde sig av detta institut i samband med såväl 1826 års civillagsförslag och 1832 års förslag till kriminallag. Efter 1832 har det emellertid inte förekommit några uttryckliga remisser till allmänheten, även om det naturligtvis står enskilda och organisationer fritt att inkomma med synpunkter på aktuella lagförslag.⁴⁵ Under 1800-talets andra hälft kom sålunda remissinstitutet i praxis att få den omfattning som det har idag. Trots att institutet *remiss till allmänheten* sålunda utgjorde en parentes i den svenska laghistorien är det av stort principiellt intresse för frågan om förhållandet mellan juridik och politik.

Erik Anners spårade det idéhistoriska ursprunget till detta remissinstitut till den lära om folksuveräniteten som utgjorde en bärande tanke bakom den franska revolutionen. Medborgaren hade, enligt detta synsätt, en rätt att deltaga i lagstiftningsarbetet. Därmed blev det också naturligt att ta hänsyn till medborgarnas åsikter i lagstiftningsprocessen.⁴⁶ Det ter sig följaktligen naturligt att anta att det föreligger en koppling mellan liberal ideologi och institutet *remiss till allmänheten*. Det finns emellertid en invändning mot detta antagande. När Friedrich Julius Stahl i sin polemik med Julius von Kirchmann konstaterade att den gällande rätten avvek från det tyska folkets rättskänsla, var hans lösning att på olika sätt förstärka folkets inflytande på lagstiftningsprocessen. Då Stahl ju knappast kan beskyllas för att ha hyst liberala åsikter, måste förklaringen till denna paradox sökas i kraven på demokratisering och politisering av lagstiftningsprocessen.

Behovet av politisk legitimitet kommer också till uttryck i lagkommitténs bruk av motiv. I motiven angav kommittén såväl de juridiska som politiska förutsättningarna för lagstiftningsarbetet. Hade civillagsförslaget blivit lag skulle de publicerade motiven säkerligen ha utgjort en värdefull indikation på lagstiftarens syfte med lagbokens helhet och delar. I Carl Schmidts *Juridiska Arkiv*, som utkom 1830–1862, blev de reformer som genomfördes under den aktuella perioden ”med värma omfattade, understödda och i sin rätta dager framställda, särskildt hvad beträffar strafflagarne och fängvården”⁴⁷.

⁴⁵ A. a., s. 7 f.

⁴⁶ A. a., s. 20 ff.

⁴⁷ Förord till första bandet av *Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning* (utg. C Naumann), årg. 1864.

När Christian Naumann 1864 tog upp Schmidts fallna mantel och påbörjade utgivningen av Naumanns tidskrift, fick redogörelserna för lagstiftningsprojekt en särskild avdelning. Däri intogs regelmässig de av högsta domstolen avgivna utlåtandena över lagreformer och eventuella motiv. *Juridiskt Arkiv* och *Naumanns tidskrift* gjorde således förarbetsmaterial tillgängligt för svenska jurister. Domstolarna var heller inte sena att använda detta material vid tolkning och utfyllnad av lagtexten. Därmed uppstod under 1800-talet gradvis en ny rättskälla, som i motsats till övriga rättskällor ger en beskrivningen av rättens tillkomstprocess snarare än dess resultat. I takt med att lagstiftningsprocessen professionaliserades – framför allt genom utvecklingen av utredningsväsendet – och politiserades, vilket främst kom till uttryck i betydelsen av direktiven och utformningen av remissförfarandet, ställdes ett såväl juridiskt högkvalitativt som politiskt godkänt material till de rättstillämpande juristernas förfogande. Domarens kreativitet tyglades inte längre enbart av rättsvetenskapsmännens systembyggande. Lättillgängliga motiv förvandlade sålunda Savignys historiska tolkningsprincip till kravet på domaren att i sin tolkning ta hänsyn till den historiska lagstiftarviljan såsom den framgår av förarbetena.

Ännu mot slutet av 1800-talet förekommer då och då kritik från rättsvetenskapsmän mot, vad de uppfattade som överdriven, förarbetsbundenhet. Om domarna låter sig ledas av uttalanden i förarbeten i tolkningsfrågor, minskar naturligtvis doktrinen möjligheter att påverka rättens materiella utformning. Denna friktion mellan lagstiftning och juridisk doktrin minskades emellertid då Axel Hägerström, uppsalaskolans grundare, brännmärkte rättspolitiska resonemang i juridisk doktrin såsom metafysik. Rättsvetenskapen beordrades tillbaka till sin kärnverksamhet – systematisering av det juridiska materialet – och avvägningen mellan olika värden anförtröddes den politiska beslutsprocessen. Därmed hade alla roller i spelet om rättskällorna fördelats.

En alldeles lagom rättskällelära

Ernst Viktor Norling inledde sina föreläsningar i den allmänna civilrätten med en beskrivning av den svenska rättskälleläran. Det vore, enligt Nordling, ett misstag att tro att rättskälleläran blott utgör en konvention. Istället ger varje rättskälla uttryck för ett särskilt sätt att skapa normer. Sedvanerätten, som utgör rättens allmänna källa ur vilka övriga rättskällor flödar, bygger på normbildning genom handling. Särskilt fasta och utbredda handlingsmön-

ster kan, om de omfattas av *opinio juris necessitatis*, ge upphov till rättsbud, som till och med kan utesluta tillämpning av dispositiv lag. I mer utvecklade rättssystem har den sedvanerättsliga rättsbildningen emellertid trängts undan av lagstiftning, som ”försiggår genom de organ, som därför äro särskildt tillsatta eller tagit sig makt att inom statens område bestämma och fastställa hvad, som skall vara rätt”⁴⁸. I förhållande till lagstiftningens abstrakta karaktär ”fullständigar och kompletterar [domstolspraxis] lagstiftningen och sedvanerätten i det han undersöker villkoren för deras tillämpning och äfven tillägger regler på de områden, dit de andra ej med sina bestämmelser trängt”⁴⁹. Den roll som Nordling tilldelade praxis i rättsskälrelära liknade den uppgift som ålagts rättsvetenskapsmännen, ty ”*rättsteorien eller doktrinen* söker att tolka rättsbuden och systematiskt utveckla, hvad rätten såsom enhet är, och gifver därigenom fasthet och begränsning åt de på annat sätt uppkomna rättsbuden, samt äfven anvisning på rättsatser, som ej i annan väg framkommit”⁵⁰.

Då rättsskällorna beskrivs på detta sätt är det uppenbart att slutresultatet inte kan vara en hierarkisk rättsskälrelära av traditionell typ. Nordling konstaterade också, att ”/e/n sådan uppställning af särskilda bredvid hvar andra ställda källor för rättsbildningen har det felet med sig, att man därigenom ej får något uttryck för enheten i rättsbildningen, ehuru en sådan enhet dock tydligen måste finnas”⁵¹. Enheten bakom rättsskällorna består av ett i tiden och rummet föränderligt rättsmedvetande, för vilket de olika rättsskällorna utgör organ.⁵² Detta innebär att rättsskällorna, trots att de ger uttryck för olika facetter av den gällande rätten, samverkar, snarare än konkurrerar, med varandra. Då rättsbildningen är normal, verkar dessa faktorer harmoniskt. Ibland kan emellertid denna harmoni övergå i konkurrens, vilket enligt Nordling är skadligt för rättssystemet i stort. Han anförde, som ett exempel på en sådan störning, införandet av *code napoleon* i de länder som ockuperades av Napoleons styrkor. I den svenska rätten hade emellertid den grundläggande harmoni mellan rättsskällorna bibehållits och hemligheten bakom denna utveckling var, enligt Nordlings mening, att varje rättsskälla ålagts sina

⁴⁸ Nordling, Ernst Viktor, Anteckningar efter professor Ernst Viktor Nordling, i *Svensk civilrätt. Allmänna delen*, ht 1877–vt 1879. Upsala 1882, s. 26.

⁴⁹ A. a., ibidem.

⁵⁰ A. a., ibidem.

⁵¹ A. a., s. 27.

⁵² Se a. a., ibidem.

begränsningar.

Den pluralistiska rättskällelära, för vilken Nordling gör sig till tolk, är på sätt och vis slutpunkten för den resa som den svenska rättskällelärans historia utgör. Frånvaron av kodifikationer, i kombination med en juridisk och rättsvetenskaplig kreativitet som inte står i motsättning till lagstiftarviljan, utgör drivkrafterna bakom framväxten av en särpräglad juridisk metod i de nordiska länderna. Risker är dock, att den unika rättskällelära som vuxit fram i de nordiska länderna offras i den pågående europeiseringen av rätten. I så fall kommer kanske rättshistoriker i framtiden att beskriva den nordiska rättskälleläran som en kort resit i den kamp mellan rättskällorna som präglar såväl *civil*- som *common law*-traditionen.⁵³

⁵³ Det europeiska parlamentet har två gånger beslutat att stödja en europeisk privaträttskodifikation. I detta avseende torde nordiska juristers skepsis inför omfattande lagstiftningsprojekt spela en mycket liten roll.

Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab¹

Lars Björne har med sit værk om den nordiske retsvidenskabs historie ydet et stort og vigtigt bidrag til ikke blot forståelsen af sammenhængen undertiden den manglende sammenhæng i nordisk retsvidenskab – han har også sat den nordiske retsvidenskab ind i en europæisk sammenhæng og dermed understreget i hvor høj grad den nordiske retsvidenskabs historie er en del af europæisk retsvidenskabs historie. Andre har skrevet om retsvidenskabens historie eller enkelte retsvidenskabsmænds historie, men ingen har formået med samme overblik og detailkendskab som Lars Björne at sætte tingene på rette plads. Hans vurderinger er ofte forsigtige, men så godt som altid træffende, og de bygger på den autoritet, som den forfatter nu en gang har, der simpelthen kan sit stof. Lars Björne har læst klassiske og mindre klassiske værker og på det grundlag sætter han retsvidenskabens historie i perspektiv. Det er vanskeligt at forestille sig, at nogen herefter vil skrive om nordisk retsvidenskab uden først at konsultere Björnes værk. Det betyder ikke, at den opgave at skrive om retsvidenskab i Norden herefter er løst en gang for alle. Mange detailstudier kan stadig gøres, og et og andet har Lars Björne da også ladet ligge, simpelthen fordi han ikke mener, at det pågældende forfatterskab er tilstrækkeligt givende fra et videnskabeligt synspunkt. Det gælder således den dansk-norske sprogske, forfatter og lærer Ludvig Holberg, som ganske vist ikke blev den, som introducerede naturretten i Danmark, men som alligevel har fået en lille plads i dansk retsvidenskabs historie som forfatter af en første populær fremstilling af denne nye rets- og samfundsfilosofi:

¹ Denne afhandling bygger på et indlæg ved en Holbergkonference i Sorø juni 2004 og vil i let ændret version blive publiceret i symposiumets akter.

”Holbergs naturrättsframställning är det dansk-norska juridiska verk från 1700-talet, vilket utförligast behandlast i den senare rättshistoriska forskningslitteraturen. Trots verkets spridning kan intresset främst förklaras med Holbergs berömmelse som skönlitterär författare. I synnerhet nordmännen har varit intresserade av den norskfödde Holbergs naturrätt. Holbergs framställning var dock främst en kompilation, vilket han själv främhöll redan på titelbladet (...).”²

Forfatteren af disse linjer er ikke uenig med ham i vurderingen af Holbergs værk, og heller ikke i den opfattelse, som uden at det siges dog antydes, at værket har fået ufortjent stor opmærksomhed eller måske snarere er tillagt overdreven betydning. Det er ikke mindst tydeligt, hvis man sammenligner omfanget af den især norske literatur om Holberg med de par sider, som et virkeligt storværk som Peder Kofod Anchers *En Dansk-Lovhistorie I–II*, 1769–1776 har fået med på vejen i hidtidige skildringen af den dansk-norske retsvidenskab. Også andre danske eller norske fremstillinger af naturretten er nok så bemærkelsesværdige som Holbergs, men de kan nu en gang ikke opbyde den særlige attraktion, at forfatteren tillige var de to tvillingeri-gers bedste bidrag til den lokale verdenslitteratur i det 18. århundrede.

Interessen for Holbergs naturret er da også først og fremmest knyttet til den omstændighed, at værket blev en art forløber for Holbergs senere forfatterskab. Som den argentinske forfatter Jorge Luis Borges har skildret det i et af sine mest berømte essays, kan eftertiden skabe sine egne forløbere, og netop sådan er det gået med naturretten, som næppe ville have optaget mange, hvis altså ikke det senere forfatterskab havde givet den en plads som forløber. Men – det hører dog med i historien, at Holbergs naturret i det 20. århundrede blev taget op af forfattere, som på en eller anden måde gik ind for en naturretsrenæssance. Mere end i noget andet land har en sådan interesse for naturretten været en del af den nyere retsvidenskabs historie, og på den måde blev Holbergs naturret også en art forløber.

Men i øvrigt skal der ikke på dette sted rokkes afgørende ved Björnes vurdering af Holbergs naturret i en nordisk retsvidenskabelig sammenhæng. Alligevel kan hans værker fortjene en lidt mere udførlig omtale end Björnes, og det er det, som skal forsøges her. At placere Holbergs naturret, der hvor den hører hjemme, nemlig som en forløber for forfatterens eget senere værk.

² Lars Björne, Patrioter och institutionalister, *Den nordiska rättsvetenskapens historia*. Del I. Tiden för 1815. Rättshistoriskt Bibliotek LII. Stockholm 1995, s. 180.

Holberg er en gigant i den dansk-norske litteratur, en for sin tid glimrende historiker og en både lærd, dybsindig og morsom essayist. Men jurist var han ikke, og vurderingen af hans litterære format påvirkes heller ikke afgørende af hans værk om naturretten – hverken i positiv eller i negativ retning. Værket udkom første gang 1715–1716 med den monstrøse titel: *Moralske Kierne Eller Introduction til Naturens og Folke-Rettens Kundskab. Uddraget Af de fornemste Juristers, Besynderlig Grotii, Pufendorfs og Thomasii Skrifter. Illustreret med Exempler af de Nordiske Historier og confereret med vore Danske og Norske Love, Recesser og Forordninger, I–II*. At værket oplevede yderligere fem oplag og en svensk og en tysk udgave skyldes hverken dets originalitet eller dets kvalitet, men derimod at Holberg med, hvad der efterfølgende skulle vise at være en fornem sans for det rette tidspunkt, havde udgivet et værk, der var behov for. Lige så lidt som seertallet, når det gælder en fjernsynsudsendelse i dag, i sig selv udsiger nogen sandhed om udsendelsens kvalitet, i lige så ringe grad er oplagstallene for Holbergs naturret et udtryk for, at værket skulle besidde særlige kvaliteter. Det mere end antyder da også den, som i 1934 søgte at vække værket fra glemselen, nemlig nordmanden Kaare Foss, som i sine prælimenære studier som indledning til Holbergs naturret skriver, at ”i *Moralske Kierne* selv er det lite som skulde la ane formgivende evner av en udsedvanlig karakter som Holbergs senere viste sig å vere”³. Senere skrev også den fremtrædende norske dommer Erik Solem en bog om Holberg som jurist. Det skete på et tidspunkt, hvor han som dommer i det norske retsopgør efter besættelsen havde gjort ganske særlige erfaringer med hensyn til spørgsmålet om ret og uret. Hans kendteste sag var processen mod Vidkun Quisling, der som bekendt blev dømt til døden. En beslutning, som for en dommer i det 20. århundrede uanset omfanget af Quislings forræderi kun har kunnet træffes efter modne overvejelser.

Solems bog har karakter af en oversigt, og selv nåede Kaare Foss ikke at fuldende de Holbergstudier, der skulle vise sammenhængen mellem det, vi anser som typisk ”holbergsk” og naturretten, men tråden blev taget op af F. J. Billeskov Jansen i den udgave af Holbergs værker i tolv bind, der udkom i årene efter 1969. I sin indledning til Natur- og Folkeretten, der bringes i værkets første bind, uanset at der er tale om værkets femte udgave fra 1751, skriver Holbergforskningens nestor:

³ Erik Solem, *Holberg som jurist*. Oslo 1947.

Hvilken Bog fra Holbergs Tid er den bedste Forberedelse til Holberg og den aandsretning, han tilhører? Svaret maa blive: den Bog, der her stilles foran i Forfatterskabet. Stiller vi Spørgsmaalet til Holberg selv, maa vi formulere det saaledes: hvilken Slags Bøger er det nødvendigt at læse? Og han vil da, som han har gjort det adskillige Gange, pege paa det samme Skrift, hans egen Natur- og Folkeret.⁴

Helt så overbevist om sit eget debutværks fortræffeligheder var Holberg dog næppe. Han var begavet nok til selv at indse værkets store afhængighed af andre og til at pege på det, som var hans egen indsats. I sit første levnedsbrev skrev han:

”I denne Tid skrev jeg endnu et lille Værk paa Dansk om Folkeret. Det hed *Introduktion til Natur- og Folkeretten efter Grotius’ og Pufendorfs Metode*. Disse havde sammen med Christian Thomasius hele Tiden været mine Forbilleder. I Stedet for romerretslige Lov- og Domssamlinger anføres danske og norske Love og Forordninger; og de historiske Eksempler man plejer at belyse Moralfilosofien med tages lige saa meget fra Nordens Historie som fra Roms og Grækenlands.”⁵

Der var ikke noget galt med Holbergs forbilleder. Han skrev sig direkte ind i den nordeuropæiske naturretstradition af protestantisk tilsnit. Ved siden af denne tradition trivedes også andre naturretsstrømninger. Særlig stærk var den indflydelse, der udgik fra den såkaldte spanske senskolastik, der talte navne som Vitoria og Suarez, og som stadig er en del af den katolske naturretstradition. Anderledes gik det den nordeuropæiske skole til hvilken også bør henregnes Christian Wolff, som Holberg ikke inddrager i sin fremstilling.

Det grundlæggende værk er den hollænderen Hugo Grotius’ *De jure Belli ac Pacis libri III*, som udkom i 1625. Allervigtigst for at forstå værkes banebrydende krakter er måske nogle få ord i de indledende Prolegomena (11): ”Et haec quidem quae iam diximus, locum habent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana...”. (Og det, som vi har sagt vil finde sted, uanset om vi forestillede

⁴ Ludvig Holberg, *Værker i Tolv Bind* ved F. J. Billeskov Jansen, 1969 f, bind I, s. 43. Holbergs naturret er citeret efter Ludvig Holberg, Bind I, hans levnedsbreve efter samme, Bind Tolv. (Henv. er i noterne anført som Holberg I og Holberg XII med sidetal). Holbergs epistler er citeret efter F. J. Billeskov Jansen, *Holbergs Epistler*, bind V, 1951.

⁵ Holberg XII, s. 109.

os, hvilket ikke kunne ske uden at være forbryderiks, at Gud ikke eksisterer eller, at mennesketlige sager ikke styres af ham...).

Hvad Grotius (1583–1645) bringer til udtryk er, at naturretens grund-sætninger, som han fremstiller dem, har gyldighed, uanset om Gud eksiste-rer, hvilket ville være en forbryderisk påstand, eller at Gud ikke blandede sig i menneskelige forhold. Naturretten har altså en gyldighed i sig selv uden hensyn til spørgsmålet om Guds eksistens og dermed spørgsmålet om natur-rettens afledning af guddommelige love. Den tradition for naturretstænkning fik sit grundskud med Kants filosofi og den såkaldte kopernikanske vending i tænkningen, som med Kants fornuftskritik førte den filosofiske interesse bort fra naturretten som genstand for erkendelse og over til det menneske-lige erkendelsesapparat og forudsætningerne for og begrænsningerne i den menneskelige erkendelse. Med den indsigt, som Kants tænkning gav, måtte naturretten få en drejning og indskrænkes til en langt mere formel overve-jelse over nogle grundlæggende moralprincipper, således den regel, at en-hver handling skulle kunne ophøjes til en almen norm for menneskelig ad-færd.

Holbergs værk har således en plads i en naturretlig tradition, der spænder over knap to hundrede år fra 1600-tallets begyndelse til 1700-tallets slut-ning. Holberg var udmærket klar over Grotius' kvaliteter som en banebryder inden for fremstillingen af krigens ret med både krigens forudsætninger og dens regler. Og ind i mellem krigens ret finder vi en lang række betragtning-er over vigtige grundlæggende juridiske spørgsmål som aftaler og erstat-ning, betingelserne for at straffe og meget andet. I sit tredje levnedsbrev skriver han:

”Der er dog visse Forfattere som jeg ikke kan blive træt af at læse. Grotius’ *De Jure Belli ac Pacis* vil altid være ny for mig, selv om den for længst har mistet Nyhedens Charme. Han har banet Vej for Moralfilosofien; utallige har fulgt i hans Spor, ingen har naaet ham. Hvert af hans ord er et Moralprincip, hver Forskrift et Orakelsvar; og hans Stil er saa Fornem at man skulde tro han var en af Oldtidens allerbedste Forfattere. De Spor hans Lære har sat sig vil blive staaende i al Evighed.”⁶

I den sidste påstand fik Holberg både ret og uret. Holberg kunne ikke for-udse Kants naturretskritik, men uanset denne kritik er der stor interesse knyttet til naturretten som historisk fænomen, og anerkendelsen af vigtige nutidige

⁶ Holberg XII, s. 205.

retsprincipper, som de universelle eller de europæiske menneskerettigheder kan føres tilbage til naturretslæren. Og Grotius' værk er meget langt fra at være en tør systematisk juridisk fremstilling. Det vrimler med citater af græske og latinske autores, af romerretten og af kirkefædrene, så der var nok nyt og spændende at finde for hver gennemlæsning.

Holberg gør ret i at betragte Grotius som epokegørende. Hans måde at betragte naturretten på havde også sine rødder i ældre tænkning, men han gav den ny form som grundlag for tidens moral- og samfundsfilosofi og altså også for retstænkningen. Men selvfølgelig er det vigtigt at holde sig for øje, at naturretten og overvejelserne over et retssystem med højere gyldighed end den positive lov kan følges langt tilbage i tiden og dukker op allerede i overvejelser i antikkens Grækenland om forskelle mellem nomos og fysis. Og det er også vigtigt at notere sig, at uanset, at der doceredes naturret ved universiteterne og læstes naturret af enhver, der ville kalde sig dannet, så levede retslivet sit eget liv både i Danmark og i det øvrige Europa. Dommerne dømte grundlæggende efter positive love og ikke efter naturretten, men holdningen til en række retlige fænomener påvirkedes af naturretten på samme måde, som jurister også i dag kan dømme uafficeret af herskende retsfilosofiske retninger, men alligevel i deres tankesæt være påvirket af det læste og på universitetet indlærte. Og hvor der savnedes lovbestemmelser, der trådte naturretten til og hjalp dommeren til at finde en fornuftig løsning.

Og i øvrigt var Holberg ikke den, som introducerede Hugo Grotius i Danmark. Det havde allerede to juridiske professorer, Chr. Reitzer ved Universitetet og Weghorts ved Det ridderlige Akademi gjort nogle år forinden, og det var Reitzer, som pegede på den opgave at introducere naturretten på dansk, et projekt, som lå langt fra, hvad den lidet produktive Reitzer selv kunne forventes at påtage sig.

Opgaven viste sig i første omgang heller ikke særlig taknemmelig. Holberg skriver selv: ”Dette Værk faldt imidlertid ikke i Publicums Smag, selv om det dels var klart og dels var nyttigt, især for Folk her i landet, som har mere Brug for naturretten end for noget andet.”⁷

Grotius havde adskillige efterfølgere, og af dem nævner Holberg især to, Samuel Pufendorf og Christian Thomasius, begge tyske. Thomasius, som var den yngre boed eog underviste i Halle, mens Pufendorf kom til at føre en mere omflakkende tilværelse, som bl.a. førte ham til det da nygrundlagte universitet i Lund, hvor han udgav sit hovedværk *De Jure naturae et gentium*,

⁷ Holberg XII, s. 109.

om Natur- og Folkeretten, i 1672. Og hermed står vi også over for den ultimative hovedkilde til Holbergs egen fremstilling af naturretten. Uden Pufendorf ingen Holberg, og meget af det, som vi er tilbøjelige til netop at anse for særlig ”holbergsk” kan i virkeligheden føres tilbage til Pufendorfs værk, der ligesom Grotius er en guldgrube af historisk viden og mere eller mindre troværdige beretninger fra antikken. Det lægger Kaare Foss bestemt ikke skjul på i sit værk om Holberg og naturretten. Tværtimod afslører han systematisk og grundigt, hvor meget Holberg har hentet hos Pufendorf og andre af samtidens naturretslærere, men først og fremmest fra Pufendorf, der også havde udsendt en kortere og enklere fremstilling af sin naturretslære i et format svarende til Holbergs. Det var Pufendorf, der ikke blot havde tænkt tankerne, men også sat dem i system og i øvrigt også havde fundet de mange citater fra historien og litteraturen, som Holberg kunne lukrere på, når han ikke en gang i mellem valgte sine danske eller nordiske eksempler.

I virkeligheden udsprang naturretsværket af et konkret behov for en fremstilling af almindelige retsgrundsætninger, der kunne virke udfyldende ved anvendelsen af dansk rets ultimative monument, Christian V’s *Danske Lov* fra 1683. Det var enevældens lovbog og noget af en præstation for sin tid. *Danske Lov* og dens norske modstykke *Norske Lov* var resultater af enevældens bestræbelser på en modernisering af samfundet og en centralisering af magt og ret. Det havde taget mere end tyve år at få lovbogen færdig, og resultatet var på flere punkter mere tilbageskuende end fremadrettet i den forstand, at en lang række af bestemmelserne i lovbogen byggede på ældre ret, mens der i lovbogen ikke var så mange bestemmelser af mere almen karakter for slet ikke at tale om bestemmelser, der kunne vejlede en dommer om, hvorledes en afgørelse skulle træffes, hvis der ikke lige i lovbogen fandtes en bestemmelse om det foreliggende tilfælde. Og her var det, at naturretten kom til at spille en vigtig rolle, for naturretten indeholdt både almene og mere konkrete retsgrundsætninger, der kunne vejlede, der hvor loven ikke indeholdt en klar regel. Det var Holberg klar over:

”De danske Love er nemlig saa kortfattede at hvis ikke Dommeren er godt inde i Naturretten, kommer han ofte i Knibe, eller rettere han kan ikke undgaa at tage Fejl. Det er lige omvendt i Tyskland og de andre lande Romerretten hersker; for dér kan den uerfarne Dommer, hvis han ikke stoler paa sin egen Dømmekraft, i én af de mange juridiske Bøger finde en Domsafgørelse han kan bruge, saa han ikke saa meget skal dømme selv som underskrive en Kendelse en anden har afsagt. Her til lands er det besværligere at fælde en Dom, for der er saa faa Retskilder at man ud fra ét Tilfælde maa forestille sig seks-

hundrede andre. Dette ville jeg gaa mere i Detaillér med, hvis det var min Opgave at skrive en Fortale til Danske Lov.”⁸

En sådan fortale, som Holberg her koketterer med, måtte komme ind på spørgsmålet om, hvordan dommeren skulle træffe sin afgørelse, når der savnedes en klar lovbestemmelse herom. Domssamlinger var der på det tidspunkt ingen af, og den juridiske litteratur var så sparsom, at den heller ikke kunne yde megen vejledning. Naturretten bød sig derfor til med løsninger, og et studium af dansk retspraksis i 1700-tallet afslører også en stor og stigende indflydelse fra naturretten. Det gjaldt landets øverste domstol, Højesteret, men også de lavere instanser.

Uddannede jurister var der endnu kun få af i Danmark og Norge. I 1736 indførtes en juridisk eksamen ved Københavns Universitet med det formål at højne dommernes og advokaternes kvalitet, men det var en langsom proces at uddanne tilstrækkelig mange på universitetsniveau. Den såkaldte latinske eksamen suppleredes derfor af en mere elementær prøve på dansk, og her kom Holbergs bog om naturretten ind i billedet som et godt bud på, hvordan de studerende kunne tilegne sig det andet hovedfag ved siden af dansk ret, nemlig naturretten. Der var ikke behov for en selvstændig og original fremstilling, men netop for en intelligent sammenskrivning af de europæiske hovedstrømninger inden for naturretten, og det mestrede Holberg med sin evne til at sætte sig ind i andres tanker og klart og godt at resumere og kommentere det læste. Og det gjaldt, selv om det kunne være ganske vanskeligt at rumme Pufendorfs flere tusinde sider i en lille bog på et par hundrede sider. Holbergs bog var altså lige præcis, hvad han selv kalder den, en introduktion til natur- og folkerettens kundskab, hverken mere eller mindre. Der var brug for en bog som Holbergs, der uden at være alt for tør og heller ikke løssluppen kunne forklare den, som ikke kunne læse latin, hvad naturret egentlig var for noget.

I sin bog om Ludvig Holbergs naturret giver Kaare Foss en lang række eksempler på, at Holberg med grundlag af Pufendorfs system og tankegang inddrager også andre naturretslærere og på den måde får sammenstykket et værk, der grundlæggende er uselvstændigt med hensyn til de enkelte synspunkter, men som dog som helhed har sit personlige præg. Og hertil medvirker jo dels Holbergs egne eksempler og dels hans egen letflydende pen. Tag nu f. eks. en passage i hans naturret, hvor han kommer ind på menneskelig blufærdighed:

⁸ Holberg XII, 109.

”Her synes Umagen værd at eftersee, hvoraf den Blufærdighed kommer, som de fleste Mennesker have at blotte deres naturlige Lemmer, hvilken Blufærdighed er saa stor, at den fast ikke kand overvindes. Det fortælles om de Milesiske Jomfruer, at, da der af en vis Aarsag var paakommen dem saadan Galskab, At de ligesom kieppedes om at hænge dem selv, og saadan Uleylighed paa ingen Maade kunde forebygges, blev omsider en Lov udgiven, at alle de, som saaledes havde omkommet dem selv, skulle bæres nøgne over Torvet, hvilket afskrækkede dem saaledes, at de afstode fra deres forrige Daarlighed. At give naturlig Aarsag til saadan Blufærdighed, er ikke saa læt; thi de hemmelige Lemmer ere ikke meere vanskabte end de andre, at man derfor besynderlig har fornøden at skiule dem, og, omendskiønt nogle ville bevise saadant af de første Forældres Blufærdighed, hvilke skammede sig ved at de var nøgne, saa staaer ikke desmindre det Spørgsmaal tilbage, hvorfor, de saa kaldte hemmelige Lemmer, skulle meere skiules end andre, besynderlig Munden, efterdi de første Mennesker syndede ved Æden, og derfor kunde have meest Aarsag til at skamme sig ved den Part af Legemet...”⁹

Kilden til denne lystige fremstilling kan findes i Pufendorfs store naturretsværk, 6. bog, kap. I, XXIX, hvor eksemplet fra Milet er omtalt, men dog uden Holbergs tilføjelse, at loven skulle have virket afskrækkende, og den havde han næppe heller megen dækning for. Pufendorf spørger også, hvorfor gennemførelsen af den menneskelige akt i andres påsyn skulle medføre rødmien, når vi både spiser og drikker offentligt, og dermed gennemfører handlinger, der er lige så naturlige og nødvendige for menneskeslægten opretholdelse, og hos Pufendorf finder vi også omtalen af, at nogle mener at kunne støtte dette på Bibelen og afvisningen af denne opfattelse med en henvisning til, at det var munden, som var det syndige organ – et argument, der muligt ikke i tilstrækkelig grad honorerer Bibelens metaforiske fremstilling af syndefaldet. I tilgift får læseren hos Pufendorf en lang række referencer og yderligere synspunkter, som Holberg ikke kommer ind på, og det skal han heller ikke bebrejdes, men heller ikke krediteres for. Det er også en kunst at kunne uddrage det væsentlige i en kortfattet form.

”Grundvolden af den naturlige Lov er, at ethvert Menneske saa vidt det staar til ham, maa holde ved lige Samquem og Forening, hvoraf føler, at hvad som udi almindelighed hjælper til saadan Samquem og Omgængelse, det haver den naturlige Ret befaleet, og, hvad som strider derimod er af samme Naturens Ret forbudet...” – Så enkelt beskriver Holberg grundlaget for naturretten, ønsket om at opretholde det menneskelige samfund.¹⁰

⁹ Holberg I, s. 266–267.

¹⁰ Holberg I, s. 80.

Der er ikke mange bortset fra specialister, som i dag læser Grotius eller Pufendorf, men deres engelske samtidige Thomas Hobbes har i en helt anden grad fået almen klassikerstatus, og hans hovedværk *Leviathan* er i dag let at få fat på endda som billigbog. Holberg kendte ham, var inspireret af, men ikke overbevist af hans sortseende antropologi og forskrækket over hans mekanistiske verdensbillede, der fungerede uden behov for Gud og Kristendom: ”Disse skrifter, som de ere bygde paa nye og selsomme Principiis holdes de af de fleeste for u-gudelige og vanskabte, besynderlig den Bog om *Leviathan*, der synes at vilde kulkaste baade Religion og Regering.”¹¹

Hobbes identificeres med rette med den sætning, at i naturstanden lever menneskene i en alles krig mod alle: ”they are in that condition which is called Warre and such a warre, as is of every man, against every man”¹². Derimod er det mere kompliceret, når han tillægges den sætning, som egentlig er formuleret af den romerske dramatiker Plautus, at menneskene er som ulve over for hinanden, *homo homini lupus*. Det nærmeste Hobbes selv kommer formuleringen af denne opfattelse er i forordet til hans værk *De Cive* fra 1651: ”To speak impartially, both sayings are very true; That Man to Man is a kind of God; and that Man to Man is an errant Wolfe.” I *Leviathan* derimod tales der ikke om ulve, men om krig. Kaare Foss taler i sin fremstilling af Holbergs naturret om ideen om naturstanden som en ”status lupinus”, en ulvetilstand, men det nærmeste man kommer en sådan beskrivelse hos Holberg er hans argument for nødvendigheden af love, at ”dersom den menneskelige Frihed ey var paalagt saadan en Tømme, da vilde de være verre end Løver, Ulve og Bjørne, slides og rives med hinanden”¹³.

Em omtale af Holbergs naturret ville være ufuldstændig, såfremt ikke Pufendorfs franske oversætter, huguenotten Jean Barberac blev nævnt. Han oversatte hele Pufendorfs naturretsværk og forsynede det med noter, hvori han kritisk tog stilling til Pufendorfs synspunkter. Oversættelsen fra 1706 er ikke uden elegance og den var en væsentlig forudsætning for udbredelsen af Pufendorfs tanker ud over den lærde republik. Også Holberg kendte naturligvis Barbeyracs oversættelse og hans kritiske synspunkter, og flere af dem gled naturligt ind i hans egen fremstilling. Barbeyracs oversættelser af både Grotius’ og Pufendorfs værker kom til at spille en vigtig rolle for naturretsmiljøet i byen Genève, hvor en ivrig læser var Jean-Jacques Rousseau.

¹¹ Holberg I, s. 57.

¹² Th. Hobbes, *Leviathan*, cap. 13.

¹³ I, s. 79.

Holberg læste selv Grotius på latin, og han fordanskede Pufendorfs naturretssynspunkter. Men Holberg læste naturligvis også fransk, og et af de værker, som i hans senere år i særlig grad optog ham var som bekendt franskmanden Montesquieus berømte værk om lovenes ånd fra 1748. Værket fik en enorm udbredelse og nød popularitet som ”århundredets bog”, så det ville have været mærkeligt, om ikke også en ivrig læser som Holberg havde været begejstret. Hans begejstring er så stor, at den vel kun, når det gælder nyere litteratur, kan sammenlignes med berømmelsen af Grotius’ hovedværk. Det blev han aldrig træt af at læse, og også *L’Esprit des Loix* fandt en plads på hans parnas, som han skriver i sin epistel 514:

”Jeg haver igiennemlæset det navnkundige Skrift, som nyeligen er kommet for Lyset, og som fører Titel af *Esprit des loix*. Jeg er eenig med andre, som holde det for et Mesterstykke, og admireres den berømmelige Forfatters nette Tanker, Skønsomhed og dybe Indsigt udi Stats-Sager, skjønt jeg underskriver ikke alle hans Domme; thi de fleeste Theses ere saadanne, hvorimod kan gjøres stærke Indvendinger af Historier og Erfarenheder: saa at derfor de samme, hvilke af Autor sættes som Axiomata, blive som forhen Problemata.”

Montesquieus opfattelse af naturloven som en almengyldig lov fulgte den traditionelle naturretsopfattelse, men det for ham særegne, som gjorde hans værk så vigtigt i samtiden var, at han i højere grad end med den almene naturret ønskede at beskæftige sig med de særlige omstændigheder, der betingede lovgivningen i et bestemt land. Hans kilder var mangfoldige, som det også gjaldt både Grotius og Pufendorf, men i modsætning til dem søgte han mindre at udfinde det almene end det særegne. Vigtigst i så henseende var et lands regeringsform. Den bestemte på afgørende måde lovgivningens indhold, men en lang række andre omstændigheder som religion og klima og meget andet, kom han også ind på, og her bevægede han sig på områder, hvor Holberg ikke kunne følge ham. I en række epistler (514–520) tog han stilling til dele af Montesquieus værk, og han sørgede endda selv for en oversættelse til fransk, der udkom som *Remarques sur quelques positions, qui se trouvent dans L’Esprit des loix*. Værket udkom i 1753, men kort efter døde Montesquieu, og vi har ingen vidnesbyrd om, at han skulle have læst, hvad hans dansk-norske beundrer havde at sige.

Holbergs hovedanliggende var en kritik af Montesquieus inddeling af statsformerne i monarki, despoti og republik med enten aristokratisk eller demokratisk styre. Holberg kunne ikke anerkende, at det danske enevældige monarki skulle rubriceres som despoti, hvad let kunne blive konsekvensen, hvis

man fulgte Montesquieus synspunkter. Det troede Holberg i hvert fald, men opfattelsen hvilede formentlig på en misforståelse af Montesquieu, der med despotier mente styreformer i orienten, mens de europæiske enevældige monarkier netop hørte under hans begreb om monarki, hvad enten der nu som i England var tale om et konstitutionelt monarki, eller, som i Danmark, om et monarki, hvor kongens magt ikke var begrænset af andre statsorganer.

Holberg mente ikke, at Montesquieu havde sondret på tilstrækkelig klar måde mellem begrænsede og ubegrænsede monarkier:

”Jeg siger alene, at han burde have forklaret sig tydeligere: skønt man kand sige, at Skriftet dered havde tabt noget af sin Pris, saasom vore Tiders Læsere ikke finde Smag i udi concise og veiget Stiil, hvorudi hver Paragraphus haver Anseelse af et Epigramma, saa at de vrage alt, hvad som de ved første Øyekast kand fatte. Derudi har Autor fortreffeligen reusseret.” (Epistel 514)

Og han slutter epistlen med at fremhæve:

”Man kand sige, at naar Regentere eller Øvrighed ere gode, saa ere alle Regieringer gode, enten de have navn af Monarchier, Aristocratier eller Democratier, og leder man efter Exempler, saa finder man, at Undersaattere have levet udi større Frihed og været mindre Byrder underkastede udi visse Monarchier end udi mange af de saa kaldne fri Republiquer...”

Holberg opponerede også mod ideen om, at klimaet skulle udøve en afgørende indflydelse på menneskenes udvikling. Han er således slet ikke så overbevist om, at der skulle bestå en modsætning mellem mennesker i Nord og i Syd, som hævded af franskmændene. Igen er det den gode regering og de gode love, der for Holberg står som det afgørende og ikke klimaet (Epistel 516).

I en af epistlerne giver han sig også i kast med den engelske forfatning (Epistel 517), der af Montesquieu var særlig fremhævet som forbilledlig. Det var Holberg ikke enig i, der var mange tvivlsspørgsmål i forfatningen, og han var ikke overbevist om, at man havde fundet den rette balance mellem statsmagterne.

Kvindens evne til at regere var et yderligere emne, hvor Holberg var uenig med Montesquieu, som mente, at det var mod fornuften og naturen, at kvinder var herrer i huset, mens han kunne anerkende, at det samme ikke gjaldt med hensyn til magten til at regere. Holberg skrev i samme epistel (518):

”Intet udi det heele Skrift har meere behaget mig ned de tvende Bøger, som ere skrevne om Religionen. De samme kand ikke læses for ofte.”

Han bebrejder Montesquieu hans manglende sans for Reformationens betydning, og han er ikke glad for Montesquieus udsagn om religionen, at

”hvad Middel Øvrigheden end betiener sig af for at tvinge os til at forlade den, saa synes det at man lader os intet beholde, naar man borttager den, og at man intet borttager, naar man lader os beholde den. Saadant og andet vil læses meere end engang, førend det kand forstaaes”.

Og han bebrejder Montesquieu, at han

”har rettet sig herudi efter nu regierende Smag, som ingen Behag finder uden i Stiil, som er sat paa Skruer...”.

Om det nu var en så rigtig bebrejdelse eller ej, får her stå hen. Holberg nåede i sit liv at indfange både naturretsopfattelsen hos Grotius og Pufendorf og at formidle den til et dansk publikum, og han nåede også at kommentere den helt nye og anderledes måde at forholde sig til naturretten på, som Montesquieus elegante og stadig læseværdige bog om lovenes ånd var et eksempel på. Hverken i sin naturretsfremstilling eller i sine kritiske epistler om Montesquieu nåede han det sublime. Allerstærkest står formentlig i dag, når det gælder epistlerne om Montesquieu, nr. 520 med en oversættelse af et brev fra Montesquieus fiktive jødiske pige, der mod inkquisition og tortur løfter den sande religions stemme. Det er en tekst, der kan røre en sten. Holberg havde sans for naturretten for Grotius og for Montesquieu. For de store europæere. Dem hørte han ikke selv til, når det gjaldt naturretten. Her var han en medløber, men det betyder jo ikke, at vi ikke i dag kan glæde os over både hans naturret og give den forløberstatus, og over epistlerne, som så klart demonstrerer hans lyst og evne til at forsvare sine standpunkter.

Holbergs naturretlige dannelse strømmer igennem både komedierne og værker som romanen om Niels Klim. Hvor naturretten hersker, der hersker fornuften og vice versa. Selv en soldat kan indse naturrettens fortrin. I *Erasmus Montanus* er det en løjtnant, der må belære studenten Erasmus om, hvad naturen fordrer også af den alt for lærde. ”Ey, det er Lapperie”, siger Erasmus om studierne af naturens ret og moralske sager. Men det havde han ikke ret i. I hvert fald ikke, hvis man holdt sig til naturrettens klassikere, når man havde læst Holbergs introduktion.

Der er således både god grund til, at Holbergs naturret har interesseret forskningen, og lige så gode grunde til, at værket kun kan få en marginal placering i Björnes monumentale fremstilling af nordisk retsvidenskabs historie.

Twisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet

Lantbrukets effektivisering som huvudmotiv

Storskiftet som startades 1749 räknas som en av frihetstidens mest betydelsefulla och långtgående prestationer.¹ I de samtida källorna framförs för genomförandet av storskiftet många övertygande skäl. De viktigaste av dem framkom i Jacob Faggots bok *Svenska lantbrukets hinder och hjälp* från år 1746. (Faggot blev följande år utnämnd till Svenska lantmäterikontorets överdirektör.) Faggot utgick ifrån uppfattningen enligt vilken ägoblandningen och tegtvånget, båda i främsta rummet en följd i av tegskiftet, var de värsta hindren för lantbrukets effektivisering. Dessa hinder måste avskaffas genom statsmaktens initiativ och resoluta åtgärder, dvs. med en ny skiftesreform, storskiftet, som borde sättas i gång utifrån ansökan från en enda delägare (ovillkorligt skiftesvitsord) i byn. Som förebild och modell för storskiftet använde Faggot enstaka hemman, som var en sällsynt företeelse i Sverige. Jordstyckenas antal per hemman måste reduceras kraftigt, helst till ett enda stort block. Alla samfälligheter borde försvinna och ersättas av privat äganderätt till jorden.²

Så Jacob Faggot. Riksdagen förhöll sig huvudsakligen positivt till förslaget, men bondeståndet ställde sig negativt till tanken att storskiftet bara kunde startas utifrån en ansökan från en delägare (det ovillkorliga vitsordet). San-

¹ Eli F. Heckscher, *Sveriges ekonomiska historia från Gustav Vasa II:2*. Stockholm 1949, s. 252–253.

² Juhani Saarenheimo, ”Isojako” i Viljo Rasila, Eino Jutikkala, Anneli Alitalo-Mäkelä (red.), *Suomen maatalouden historia I*. Jyväskylä 2003, s. 349. Överallt i norra Europa inleddes på 1700-talet statliga reformer med målet att avskaffa gemensamt ägda samfälligheter och utmarker och därigenom befrämja folkökning och rönjningar. Först avsevärt senare lade man mera tyngd på delningen av åker- och ängmarken. Dessa strävanden var mest framgångsrika i Danmark. Se närmare Ronny Pettersson, *Laga skifte i Hallands län 1827–1876. Förändring mellan regeltvång och handlingsfrihet*. Stockholm 1983, s. 54.

nolikt var bönderna rädda för att initiativtagaren skulle vara en ståndsperson och att deras möjlighet därmed att kontrollera operationen från första början skulle försvagas.³ Ståndet betvivlade också möjligheterna att enbart bilda ett stort block för ett hemman. De förutsatte ett större antal skiften, ett krav som sedermera år 1762 accepterades i lagstiftningen.⁴ Annars var böndernas inställning till reformen i riksdagen positiv.⁵

I lagstiftningen framskred man i början likväl försiktigt. Förordningen 1.3.1749 formulerades så här:

”I öfrigit böra Lantmätar wid delningar emellan Grannar i en By, särdeles, när de finna, at gjorden igenom Tegeskiften är mycket sönderdelad til smala rimsor och spiäll, med all flit och fogelighet föreställa Byemännen den skada, som dem deraf förorsakas, och i fall alle del-ägare derom ense äro, och dertil samtycka, då, efter jordmånens skilnad i art och godhet, jämka ägora för hwarje gård, så at de kunna få sina ägor på et ställe, eller åtminstone, om alle delägare därmed nöjgde äro, tilse, at de mindre Tegeskiften kunde förändras til så få Storskiften, som giörligt wara kan.”⁶

Det var klart för alla att meningen var att skapa ett fast och konstant jorddelningssystem som icke förändrades efter några års förlopp vilket regelbundet var fallet med tegskiftet. I storskiftet skiljdes hemmanens ägo-stycken från varandra med beständiga råmärken. Inom dessa råmärken åtnjöt ägaren en orubbad och stadig privat äganderätt.

De argument som framställdes för storskiftet verkar för eftervärlden så förnuftiga och övertygande att det är lätt att förstå att myndigheterna trodde storskiftet skulle bli accepterat med blott tjänstemännens förmaningar och rekommendationer. Detta skedde likväl inte. Endast få skiften sattes överhuvudtaget i gång och knappast ett enda slutfördes under de närmaste åren efter 1749. Resultatet var att riksdagen skärpte sin hållning.⁷ År 1757 (4.5.)

³ I olika delar av Europa hade särskilt adliga godsägare sedan länge försökt lösgöra sina jordegendomar från den gemensamma odlingen med byns bönder och skaffa en så stor andel som möjligt under sin kontroll från byns utmarker och samfälligheter. Pettersson 1983, s. 61–63, 67–69, 73, 79.

⁴ Det blev tillåtet för varje delägare att utföra högst fyra skiften i vardera åker och äng. Kalle Bäck, *Bondeopposition och bondeinflytande under frihetstiden. Centralmakten och östgötaböndernas reaktioner i näringspolitiska frågor*. Stockholm 1984, s. 189.

⁵ Sakari Kuusi, *Isonjaon alkuvaiheet Pohjanmaalla*. Helsinki 1914, s. 50–51; Bäck 1984, s. 215 ff.

⁶ Förordning, angående Lantmätare och deras förrättningar. Utdrag utur alle ifrån 1747 års slut utkomne Publique *Handlingar* ... Fierde Delen. Stockholm 1754, s. 2853–2854.

⁷ Kuusi 1914, s. 75 s; Kyösti Haataja, *Maanjaot ja talojärjestelmä*. Helsinki 1949, s. 68.

utgavs en ny förordning. Den här förordningen, i vilken man återvände till Faggots ursprungliga radikala idéer, kom med vissa undantag att bilda den rättsliga grunden för storskiftets förverkligande under lång tid framåt. I inledningen av texten konstaterades med hänvisning till engelska ingärdeslagen (parliamentary enclosure) att

”detta delningssätt wärkeligen är det bästa och säkraste medel til Landtbrukets uphjelpande, om hwar och en derigenom får alla sina ägor, hwar för sig, tilsammans och på et ställe, at sköta det bästa han wil och gitter”.⁸

Enskilda rönjningar utanför samfällda hemåkrar borde beaktas i skiftet fastän de inte hade blivit räknade till hemmans skattetal.⁹ Den här bestämmelsen föranledde åtminstone i Södra Österbotten en stor våg av ockupationer i byarnas utmark. Man ville skaffa mera ängmark som sedan i det kommande storskiftet väntades bli inberäknad som tillägg till hemmanets storlek.¹⁰ Den viktigaste bestämmelsen i 1757 års förordning var ovillkorligt vitsord, dvs. påbud att förverkliga delningen på grund av en delägares ansökan.¹¹ Det här systemet är i sin radikalism fortfarande närmast enastående i Europa.¹² I de områden där ”ref- och skatteläggningar” var på gång behövdes inga ansökningar. Där verkställdes storskiftet automatiskt på beslut av landshövningen.

I ljuset av de argument som poängterades i de ovan refererade förordningarna, tycks det i främsta rummet ha varit fråga om sådana åtgärder som med hjälp av jordens privata ägande syftade till jordbrukets effektivisering. Man trodde alltså att privat äganderätt till jorden skulle stimulera privat företagssamhet som sedan för sin del skulle leda till tillväxt inom spannmålsproduktionen. I den här bemärkelsen borde storskiftet räknas som ett slags

⁸ *Kongl. Maj:ts Kungörelse och Förordning, om hemmansägors läggande i Storskifte*. Stockholm 1761, s. 4601–4603.

⁹ Denna föreskrift förorsakade en mängd ockupationer av ängmarken på de områden där man väntade på inledningen av storskiftet under den närmaste framtiden. Jmf. Erkki Lehtinen – Ville Luho, *Lapuan historia I*. Vaasa 1963, s. 368; Heikki Ylikangas, *Tervasta teollisuuteen. Ylihärmän kehitys varhaisista ajoista nykypäiviin*. Vaasa 1989, s. 51. Senare avstod man från denna princip och följde endast hemmanets skattetal.

¹⁰ Tuuli Ojanperä-Oksa, Niittyvaltaukset ja niittyriidat Ilmajoen pitäjässä 1962–68. En magisteruppsats, historiska institutionen vid Helsingfors universitet, 1996 (otryckt), passim.

¹¹ Bäck 1984, s. 189.

¹² Heikki Ylikangas, Raja yhteiskuntarauhan edistäjänä i Vesa Annola & Brita Herler (red.), *Oikeustieteen rajoja etsimässä. Juhlaulkaisu Juha Toloselle 15.4.2001*. Turku 2001, s. 279–294.

modernisering som med tiden syftade till marknadsekonomi. Tolkningen i denna riktning åtnjuter ett ansenligt stöd bland forskarna.¹³

Storskiftets inledningskede på 1700-talet i Finland

Eftersom skatteläggningen i Södra Österbotten var på gång och storskiftet enligt lagen borde genomföras i samband med denna, blev Österbotten ett laboratorium för storskiftets förverkligande. Skiftet påbjöds att inledas i Laihela socken 1757. Åren 1757–1765 startades den nya delningen även i Storkyrö, Lillkyrö, Lappo och Kvevlax socknar.¹⁴ Från och med 1760 inled-
des arbetet i Tavastland och snart därefter i sydvästra Finland.¹⁵

Reformens mottagning var till en början sämre än man hade väntat sig. Motståndet framträdde på många ställen och på många sätt. I Laihela organiserade sig en liten opposition bakom kyrkoherden med invändningen att jordlotterna redan tidigare var i tillräckligt stora block. Reformen var alltså så väl onödig som skadlig och rentav moraliskt fördärlig. Kritiken skrämd myndigheterna. Det beslöts att invånarna behövde ett varnande exempel. Man utgick ifrån att förebråelserna riktade sig mot lagen, rikets ständers och Kungl. Maj:ts beslut och att de bar kännetecken på ett statligt brott vars forum var hovrätten, inte häradsrätten. Med hjälp av den här tolkningen kunde man kringgå häradsrätten vars nämndemän kanske hade förhållit sig alltför positiva till oppositionen. Åbo hovrätt avsatte kyrkoherden från sitt ämbete och dömde honom till märkbara böter.¹⁶

Det förekom likväl motstånd också efter den här tillrättavisningen. I Lappo klagades – även där under kyrkoherdens ledning – till och med över skiftenas alltför ringa antal, eftersom ansvaret att bygga upp gärdesgårdar över-

¹³ Jmf. Tuuli Ojanperä, *Maanjaot suomalaisessa historiankirjoituksessa* i Olli Rosenqvist (red.), *Maanjaot ja maaseudun kehitys*. Kokkola 1999, passim; Birgitta Olai, *Storskiftet i Ekebyborna. Svensk jordbruksutveckling avspeglad i en östgötasocken*. Uppsala 1983, s. 230–321; Bäck 1984, s. 188. Se även närmare Ulla Rosén, *Privategendom och jordfördelning. Om agrarkapitalismens framväxt i England, Danmark och Sverige*. *Scandia* 2/1991; Jöran Hoppe – John Langton, *Pesantry to capitalism. Cambridge Studies in Historical Geography* 23/1994; Jöran Hoppe, *Jordskiftena och den agrara utvecklingen* i Bengt M.P.Larsson – Mats Morell – Janken Myrdal (red.), *Agrarhistoria*. Stockholm 1997, passim.

¹⁴ Kuusi 1914, s. 101.

¹⁵ Juhani Saarenheimo, *Isojako Hämeessä. Hämeen historia* III:2. Hämeenlinna 1976, s. 265 s.

¹⁶ Saarenheimo 1976, s. 266–267; densamma 2003, s. 350–353.

fördes till den enskilda jordägaren.¹⁷ Under tegskiftet delades ingärdatungen mellan hemman i byn. Som huvudskäl till motståndet har man ansett vara en djupt rotad allmän oro inför alla slags förändringar, tvivel beträffande rättmätighet vid gradering av olika jordmån och misstankar angående ståndfolkets och kronans verkliga mål och strävanden.¹⁸

Det är relativt lätt att ur källorna gräva fram bevis om motståndet; svårare är det att undersöka hur omfattande stöd de protesterande fick bland bönderna och vem som hade varit initiativtagare till startandet av storskiftet. Så blir det förståeligt att man i den äldre litteraturen har lagt mera vikt på motståndet än på de flesta böndernas uppenbarligen tillmötesgående inställning till storskiftet. Motståndet förekom sällan i verkligheten och också då blott i en begränsad utsträckning. Ingenstans hade den en större, för att inte tala om avgörande, betydelse.¹⁹ Den nyare svenska forskningen har med rätta framhållit att böndernas villighet att acceptera storskiftet har varit avsevärt större än man har hittills trott.²⁰ Den nyare finska forskningen har omfattat samma tolkning.²¹ I själva verket framskred reformen efter det långsamma inledningsskedet förbluffande snabbt.²² På svenska sidan hade redan år 1769 mera än hälften av byarna i Gävleborgs län blivit delade. Mot århundradets slut tilltog farten överallt, i Finland särskilt i de västra och sydliga länen.²³ Åtminstone i ljuset av enskilda fall var det just storskiftet på 1700-talet som genomfördes relativt raskt och smärtfritt. Senare skiftet på 1800-talet framkallade mera tvister och medförde längre dröjsmål.²⁴

Skiftesoperationerna ledde i praktiken likväl inte till resultat såsom reformens namn antydde: dvs. till ett stort block. Jordlotternas mängd minskade på många ställen i Sverige till endast hälften vilket naturligtvis förorsakade ägoblandningens och tegtvångets fortsättning med alla dess påstådda och hårt kritiserade nackdelar.²⁵ I Finland var framgången kanske i någon mån

¹⁷ Lehtinen – Luho 1963, s. 366–367.

¹⁸ Saarenheimo 2003, s. 350.

¹⁹ Saarenheimo 1976, s. 267.

²⁰ Olai 1983, s. 227–228; Densamma 1987, s. 108–110; Bäck 1984, s. 215 s.

²¹ Ojanperä 1999, s. 13, s. 24, fotnot 8.

²² Jmf. *Maanmittaus Suomessa 1633–1683*. Helsinki 1983, s. 26–29; Bäck 1984, s. 208; Pettersson 1983, s. 58.

²³ Heckscher 1949, s. 253–255.

²⁴ Ylikangas 1989, s. 201 s.

²⁵ Heckscher 1949, s. 256.

bättre. I vissa, visserligen få socknar kunde man uppnå bara den genomsnittliga nivån för två block per hemman. Vanligtvis förblev resultatet mera anspråklöst.²⁶ Ängstyckenas antal var överallt större än åkerstyckenas, men i skogarna lyckades man bilda omfattande enhetliga enheter för skilda hemman. Enligt den grundligaste finska forskningen förblev tegtvånget i kraft i 20 av inalles 46 byar.²⁷ I ljuset av det rådande bristfälliga forskningsläget är det sannolikt att det här resultatet i allmänhet ungefär motsvarar verkligheten. Det av Faggot betonade huvudmålet realiserades alltså endast i begränsad utsträckning.²⁸

Vid betraktande av dessa uppgifter är det ännu svårare än förr att förstå varifrån det tillmötesgående härstammade som ovan påstods karaktärisera de flesta böndernas inställning till storskiftet. Var böndernas ändamål verkligen att sträva efter en sådan intensifiering av lantbruket som förordningarna efterlyste? Det verkar uppenbart att så inte var fallet. Inom forskningen har man inte kunnat fastställa någon tydlig och obestridd ökning av skördarna eller röjningarna.²⁹ Blotta privat ägandet av jorden förmådde inte på 1700-talet att ersätta brister i kunskap och arbetskraft eller eliminera de onekliga fördelar som tegtvånget medförde för de allra svagaste delägarna i byn. Visserligen tog storskiftets ivrigaste förespråkare aldrig hänsyn till att tegskiftet, som var huvudmål i deras kritik mot lantbrukets brister, hade innehållit några positiva drag. Likväl innebar ju tegtvånget att skifteslaget odlades

”med hela byns styrka precis på samma sätt som ett enda hemman (...) Envar hade sina trädeåker på ett och samma fält och vid samma tid dessa plöjdes och såddes (...) Alt skedde [tillsammans] på sin tid, så högbergningen eller byggande av gärdesgårdar.”³⁰

För en reell effektivisering av lantbruket ”hade man behövt annat slags teknik och annat slags information, men dessa förutsättningar saknades tills vidare”, skriver Juhani Saarenheimo. En tydlig tillväxt i skördarna ägde enligt Saarenheimo rum först sent på 1800-talet, inte tidigare.³¹

²⁶ Kuusi 1914, s. 160; Lehtinen – Luho 1963, s. 366.

²⁷ Saarenheimo 2003, s. 357.

²⁸ Kuusi 1914, s. 48–49.

²⁹ Ojanperä 1999, s. 15; Saarenheimo 1976, 277–287; Arvo M. Soininen, *Vanha maatalous-temme*. Helsinki 1974, s. 317.

³⁰ Ylikangas 1989, s. 218.

³¹ Saarenheimo 2003, s. 363.

Men nu tillbaka till böndernas villighet att gå med i storskiftet. Förklaringen därtill är fortfarande öppen. Tuuli Ojanperä har senast skildrat forskningsläget i Finland angående storskiftet. I sin i sig utmärkta artikel fäster hon uppmärksamheten vid den finska forskningens uppenbara knapphet vilket är överraskande med beaktande av storskiftets betydelse. Ojanperä anser att under rådande forskningsläge skulle man särskilt behöva sådana undersökningar där man via primära källor och enskilda fall försökte närma sig storskiftets regionalt starkt varierande problematik.³²

Med hänvisning till Ojanperäs ovan refererade uppfattning är det min avsikt att i det följande belysa konflikterna som i samband med storskiftets genomförande i Lappo sockens kyrkoby i Södra Österbotten uppstod mellan bönder och nybyggare. Aspiranter med olikartad social bakgrund försökte ännu under det pågående storskiftet göra intrång på byns utmark och där grunda officiellt bekräftade och registrerade nybyggen.

Grundandet av Haarakangas nybygge

Erik Johansson Kalliokoski föddes 1730 i Kauhava by som nu utgör en egen socken men som då som en relativt folkrik by hörde till Lappo förvaltningssocken. Erik Johansson ingick äktenskap 1755 med bondedotter Maria Eliasdotter Kalliokoski. Kalliokoski hemman föll Marias broder till föga; svärsonen Erik Johansson måste för sig och sin familj skaffa näring annorstädes. Dyligt förfarande var regel på orten på den tiden. Söner eller de två äldsta av dem ärvde hemmanet, ytterst sällan svärsönerna.

Erik Johansson började leta efter ett lämpligt nybygge. Han gick över Lappo å och lade märke till en torr plats på dess västra sida som låg ca två kilometer från ån och bredvid ån ängmarken som var röjd av Lappo kyrkobyns bönder, delvis redan på 1600-talet. Han gav platsen namnet Haarakangas eftersom två bäckar korsades ca en kilometer norrut därifrån. Han visste nog att Lappo bönder räknade området till kyrkobyns utmark, men förmodade själv att de inte skulle motsätta sig nybygget. Avståndet från Haarakangas till Lappo kyrkoby var mindre än två mil och avståndet till den närmaste grannen mot söder åtta och mot norr fem kilometer. Så lät han skriva en ansökan till landshövdingen för föranstaltande av en officiell syn i syfte att få tillstånd för ett vanligt nybyggarhemman.

³² Ojanperä 1999, s. 25.

I sin ansökan karaktäriserade Erik Johansson den tilltänkta platsen som ”en allmän utmark”. Han ville alltså framhäva att det var fråga om kronojord, inte om kyrkobyns utmark vars kamerala natur var – det tycks han ha vetat – omtvistad. Hur som helst verkställdes den ansökte och av landshövdingen förordnade synen under ledning av Lappo sockens kronolänsman med biträde av två nämndemän den 25 september 1766. Synemännen uppskattade att det vore möjligt att röja på platsen åkermark för sex tunnland och äng för 39 skrindland. Omkring det planerade bolet fanns det enligt syneprotokollen tillräckligt skogsmark för husbehov och för nödvändiga byggnader. Som vanligt uppskattade man att nybyggaren behöver 25 friår och att de efteråt blir skattlagda för 1/6 mantal.

Det här tillvägagångssättet motsvarade rådande praxis. Synen måste verkställas om landshövdingen gav order därtill och i syneprotokollen behandlades de fakta som gjordes även här. Men detta förfarande betydde inte att synemännen eller senare häradsrätten hade bifallit själva ansökningen. Så var inte heller fallet med denna operation. Redan i samband med syneinrättningen och senare (mars 1767) vid Lappo ting, där syneprotollen presenterades, lyfte kyrkobyns bönder en häftig protest mot det tilltänkta nybygget. De utgick ifrån uppfattningen att det inte var fråga om någon ”allmän utmark” utan det gällde Lappo kyrkobyns utmark som hörde till deras skattlagda ägor. Att tillåta nybyggets grundande där var av ”höga överheten förbjuden”, i synnerhet under den pågående jorddelningen, så som ständernas ekonomideputation, som ledde skiftesverksamheten i Österbotten och som i juni 1760 höll sitt möte i Lappo, hade försäkrat dem. Dessutom vädjade bönderna av vissa praktiska skäl. Det ansökta nybygget skulle ligga alltför nära kyrkobyn och tvinga bönderna till ett mycket mödosamt hägnadsarbete eftersom deras ängmarker löpte längs åstranden gentemot den mark som enligt ansökningen skulle komma att höra till nybygget.³³

Innan länskansliet hann ta ställning till den här ansökan, hade en annan aspirant kastat sitt nät i vattnet. Den avskedade soldaten Thomas Lilja följde Erik Johanssons exempel och sökte nybyggarrättigheter för en plats vid namn Karhunvuorensyrjä. Denna plats var i närheten (mindre än en kilometer) från den plats som Erik Johansson hade valt ut åt sig. (Platsen hör nu till byn vid namn Hellanmaa.) Även mot det här initiativet slog Lappo bönderna hårt

³³ Lappo häradsrättens prokoll som börjar 6.3.1767 § 25. Södra Österbottens domsaga KO a 90, f. 238v–239. Finska Riksarkivet (framdeles FRA).

och gjorde det den här gången med en klar framgång. Landshövdingen förkastade Liljas ansökan med motiveringen att

”denna kyrkobys marck ingen nybygge kunde tillåtas, at sig nedsätta, först för det, at thenne by vore för alla des innehafvande ägor skattlagd; för det andra at de flesta hemman thervid fådt tillökning i räntan, hvarunder skogen äfven granneliga blifvit beräknad, tillika med utmarcken, som står under storskifte, och genom nybyggies anläggande therå, för byamännen skulle blifva inkräckt, samt therutinnan förordsaka oreda, och för det tredje denna by är ifrån all samfällighet med andra åtskild, och i följe deraf äger sin enskilda marck som till andra icke uplåtas kan.”³⁴

Man hade kunnat tro att landshövdingen i Österbotten Lorenz Göös hade tillbakavisat Erik Johanssons ansökan med samma argument som han hade avslagit Thomas Liljas ansökan. Så gick det emellertid inte till. I sitt beslut (2.6.1767) hävdade landshövdingen först att avståndet från det planerade nybygget Haarakangas till Lappo kyrkoby var två mil och att det omkring Haarakangas fanns ”tienligt marck för åker och äng”. Han medgav att förordningen från år 1757 förbjöd grundandet av nybyggen eller torp på skattlagd jord utan ägarnas tillstånd, men förbigick med vaga och oklara argument både de ifrågavarande förordningens föreskrifter och böndernas hänvisning till ekonomideputationens försäkringar till dem på sommaren 1760. Lorenz Göös stödde sitt för den ansökande positiva beslut på den allmänna lagen (B.B. V. Cap. §§ 2 och 3), husesynsordningen från år 1681 (§§ 9 och 13), förordningen från år 1742 om lantkulturens upphjälpande och till slut Lappo byordningens 2. och 3. paragrafer, som förpliktade de enskilda ägarna att själv omgärda sina odlingar.³⁵

Det ovannämnda tryckta kungliga brevet 18.2.1757 innebär i själva verket en nyckel till storskiftets problematik. Det finns i synnerhet på 1760- och 1770-talet ett stort antal rättegångar där bönderna försvarade sina besittningar mot den av landshövdingen ledda kolonisationsverksamheten genom att åberopa just detta kungliga brev. I brevet förbjöds med klara ord grundandet av torp och nybyggen på frälse-, skatte- och kronojord utan ägarens tillstånd. I texten påminde man ändock att rikets ständer hade som sitt enda mål att ”landet måtte blifwa upodlat och Folck-nummern ökats”. I den andan hade

³⁴ Landshövdingens beslut har inte bevarats i original. Det här citatet om dess innehåll och motivering fanns medtaget i ägodelningsrättens dom 27.9.1769. Kangas byarkiv. Landsarkiv i Vasa (framledes LAV).

³⁵ Lappo ägodelningsrättens dom 27.9.1769. Kangas byarkiv. LAV.

ägarna ”fri- och rättighet, at på hemmanens enskilte ägor och utmark uptaga och bygga Torp och Nybyggen för sine barn och anhörige, fram för främmande”. Landshövdingarna borde likväl ”med alfware och eftertryck” framhålla ägarna ”att låta upodla sin jord och mark”.³⁶

Så som man kunde notera var landshövdingens i Vasa län argumentation rentav motsatt beträffande Karhunvuorensyrjä och Haarakangas nybyggen. Motiveringarna var i båda fallen ytterst motstridiga – varför det? Orsaken är okänd. En dunkel traditionsuppgift antyder på mutor,³⁷ som dåförtiden inte var helt obekanta.³⁸ I de officiella handlingarna finns det likväl inga tecken i denna riktning.

Lappo bönder hade kunnat fortsätta sin strid genom att vädja till kammarkollegiet i Stockholm, men överraskande nog öppnades för dem en annan duglig väg att gå vidare. Den med stor framgång belönade Erik Johansson eftersträvade ytterligare vinster och ansökte hos landshövdingen om att hans hemman borde bli utsett med behövliga skogstillgångar. Det vore enligt Erik Johansson lätt att göra i samband med det ännu pågående storskiftet i Lappo. Landshövdingen var av samma mening och anmodade Erik att vända sig till den nygrundade ägodelningsrätten i Lappo. Erik Johansson handlade efter rådet och lämnade den första juni 1768 sin ansökning till rätten.

Månaderna kom och gick men Erik Johansson hörde ingenting från Lappo. När han frågade efter saken fick han underliga, undvikande svar. Först 27.9.1768 tog ägodelningsrätten den ifrågavarande ansökan till behandling. För att motivera denna fördröjning meddelades i protokollet att den sökande inte i tid hade visat i skriftlig form landshövdingen för honom positiva svar (2.6.1767) varken för byns invånare, länets lantmätare Hans Löwendahl eller kronolänsman i Lappo Martin Holm. Erik Johansson gjorde det först sent på hösten då alla skogarna redan hade blivit delade.

Ägodelningsrättens svekfulla handlande hade sina orsaker. Lappo bönder ville i samarbete med ägodelningsrätten, kronolänsmannen och länets lantmätare skjuta upp behandlingen av Erik Johanssons ansökan ända fram till det skede då skogsdelningarna och i samband med dem hela storskiftet hade förts till slut. Då skulle fasta råmärken stå i hörnen av varje hemmans skogsslott för att hindra intrång av utomstående. Det är förklaringen till dröjsmålet. I själva behandlingen gick därefter allt snabbt. Rätten nöjde sig inte bara

³⁶ Modée IV, Stockholm 1761, s. 4590–4591.

³⁷ Samuli Paulaharju, *Härmän aukeilta*. Kolmas painos. Porvoo 1947, s. 19.

³⁸ Aulis Jussi Alanen, *Etelä-Pohjanmaan historia* IV:2. Vaasa 1948, s. 44–46.

med att avvisa Erik Johanssons ansökning. Med åberopande av instruktioner som Kungl. Maj:t 2.12.1766 hade givit för inledningen av ägodelningsrätterna i Österbotten, tog domstolen under sin domsrätt även frågan huruvida grundandet av Haarakangas nybygge överhuvudtaget var berättigat och lagenligt eller icke. Rätten brydde sig inte om det faktum att landshövdingens beslut redan hade vunnit laga kraft. Detta passade bra för bönderna. På grund av förordningen från 18 februari 1757, kammarkollegiets brev till landshövdingarna den 14 februari 1766 och det faktum att storskiftet hade inletts före Erik Johanssons ursprungliga ansökan till landshövdingen, antog de närvarande bönderna att nybygget var olagligt och borde förbjudas. Dessutom – så som de uttryckligen igen påminde om – hade ekonomideputationen, som höll sitt möte i Lappo på sommaren 1760 och presenterade metoder för skiftet, bekräftat för dem att så länge storskiftet vore i gång, skulle inga nybyggen komma att tillåtas. Dessa förordningar och löften ”trodde de utgöra det kraftigaste beskydsbref för alt intrång af främmande på theras tillhörigheter”. De anmärkte till sist på landshövdingens beslut angående Thomas Liljas ansökning eftersom landshövdingens motivering då fullständigt motsvarade deras argument. De ansåg till sist att det skydd för jordägare som fått den starkaste rättsliga bekräftelsen av överheten, ”aldrig skulle komma till fullbordan, om nybyggen utan åtenvändo skulle tillstädjas”.

Ägodelningsrätten som enligt föreskriften bestod av en ordförande och en representant från alla fyra stånden³⁹ ställde sig absolut på böndernas sida. Den godkände alla deras krav och grunder.⁴⁰ Uppmuntrade av domen gick Lappo bönderna så långt att de beslöt att förstöra och ödelägga Haarakangas nybygge. Förintelsen förverkligades omedelbart. En skara män reste till Haarakangas, slet ned timren från stugan och ladugården och forslade bort dem. Som en följd av dessa åtgärder hade Haarakangas bokförts som öde under de följande åren i de bevarade kyrkliga källorna.⁴¹

Erik Johansson gav sig av med sin familj till Kauhava till sin hustrus släktingar. Han var inte nedslagen. Han nöjde sig inte med Lappo ägodelningsrättens dom utan överklagade till kammarkollegiet i Stockholm. Kollegiet

³⁹ *Maanmittaus Suomessa 1633–1983*. Helsinki 1983, s. 22–23, 25. Ledamöterna i ägodelningsrätten var inte jurister i början. Först från och med 1775 förutsattes att ordföranden i rätten måste ha domares kompetens. Närmare Alanen 1948, s. 22, 33, 35–36, 40.

⁴⁰ Kopia av domen i Kangas byarkiv. LAV.

⁴¹ Mantalslängden från denna tid har icke bevarats.

bad först om ett utlåtande från landshövdingen i Vasa och gav (3.12.1771) därefter sitt utslag. Kollegiet upphävde den lokala ägodelningsrättens dom eftersom landshövdingens utslag

”hade redan vunnit laga kraft innan ägodelningsrätten sig med detta mål på förenämnde sätt befattat, och det i öfrigt icke tilkommit ägodelningsrätten, at härutinnan göra någon ändring”.

Landshövdingen på orten förpliktades att se till att sökande skulle bli försedda med behövlig skog tills det framdeles blev avgjort, ”huruvida kyrkobyn eller flere angränsande byar kunna bibehållas vid de ansenliga skogsrymder, som ägodelningsrätten dem tillagt”.⁴²

Det är lätt att se att juristerna i kammarkollegiet genast hade förstått varför ägodelningsrätten hade skjutit upp saken. Lika lätt kan man lägga märke till att kammarkollegiet höll för sannolikt att det i trakten fortfarande fanns ”ansenliga” skogstillgångar som även kunde räcka till för en fortsatt kolonisation.

Sverige var redan då i den mån en rättsstat att de som var missnöjda med kammarkollegiets dom inom sex månader kunde besvära sig hos Kungl. Maj:t. Det uppstod i Lappo en liten folkrörelse med syfte att skaffa rättvisa hos kungen. Den stigande trotsigheten dämpades inte fastän kammarkollegiet bara några dagar senare (14.12.1772) gav nytt bevis om sin linje. Kammarkollegiet godkände en ansökning där en avskedad soldat vid namn Jacob Hejduk bad om lov att grunda ett nybygge, kallat Ikola, i Naarasluoma by en kilometer mot norr från Haarakangas. (Naarasluoma bildade också en by i Lappo förvaltningssocken; byn täckte nuvarande Yli- och Alahärmä socknar). Hejduk hade gjort sin ansökning uppmuntrad av Erik Johanssons framgång redan år 1767, men efter många obekanta skeden i förhandlingen av saken hade landshövdingen 12.12.1770 förkastat ansökningen.⁴³ Landshövdingens argument är icke kända. Kanske hade det faktum en viss betydelse i saken att de två som misslyckades i Vasa (Lilja och Hejduk) var fattiga avskedade soldater, och den som lyckades (Erik Johansson) var en förmoden bonдемåg. I alla tre fall hade byamännen lika häftigt som enhälligt motsatt sig de tillämnade nybyggerna.⁴⁴

⁴² Kammarkollegiets utslag 3.12.1771. Kangas byarkiv. LAV.

⁴³ Ägodelningsrättens protokoll 22.7.1883–13.8.1783. Kyrkoarkiv i Alahärmä socken. Mikrofilm UK 55. FRA.

⁴⁴ Här hänvisar jag till en senare utkommande vidlyftigare undersökning gjord av mig.

Men tillbaka till Haarakangas nybygge. Det lyckades för kyrkobyns bönder att mobilisera alla bofasta bönder på den västra sidan av Lappo å och förena sig med en klagoskrift som riktades till kungen och i vilken alla de argument upprepades som de tidigare hade lagt fram i olika instanser. Besväret innehöll också en kopia av landhövdingens beslut där Thomas Liljas ansökning förkastades med precis samma argument med vilka de motiveerade sin åsikt. Huvudsaken var att enligt deras syn borde ägodelningsrättens dom accepteras och grundandet av ett nybygge i Haarakangas förbjudas.

Man fick invänta kungens avgörande ända till april 1773. Då hade kungen Gustav III. lyckats att stärka sin ställning; frihetstidens statsform hade upphävts och 1772 års regeringsform hade trätt i kraft. Trots detta ställde sig kungen fullt bakom kammarkollegiets utslag. Kungen bekräftade kollegiets utslag den 26.4.1773.⁴⁵

Striden om Hellanmaa nybygge

Strax efter kungens beslut hade blivit bekant hände det som Lappo bönderna mest hade fruktat. Beslutet sporrade andra aspiranter att pröva sin lycka på samma fält där Erik Johansson Haarakangas hade fått sin triumf. I augusti 1773 hämtades en ansökning som åter angick Hellanmaa, ett befintligt område bredvid Haarakangas, till Lappo häradsrättens behandling. Den ovan nämnda avskedade soldaten Thomas Liljas son Anders Thomasson stod bakom ansökningen. Han anhöll om tillstånd för ett nybygge på orten, kallad Hellanmaanluhta (= Karhunvuorensyrjä). Thomas Lilja hade efter det att hans ansökning hade blivit tillbakavisad år 1767 nöjt sig med att ingå (7.2.1770) ett torparkontrakt med Hantula hemman i Lappo kyrkoby. Under följande år hade han röjt relativt vidlyftiga åker- och ängstycken där. Nu ville hans son Anders få tillstånd att bilda ett nybygge på torpets ägor med ett beaktansvärt tillägg i skogen omkring.

På grund av Anders Liljas ansökning hölls en av landshövdingen förordnad syn på platsen den 12 september 1773. I synen stötte Lilja om möjligt på ännu hårdare och bryskare motstånd från jordägarnas sida än Erik Haarakangas, Thomas Lilja eller Jacob Hejduk tidigare. Lappo kronolänsman Martin Holm, som utträttade synen med hjälp av två nämndemän anslöt sig

⁴⁵ Kopia av kungens beslut i Kangas byarkiv. LAV.

till böndernas kritik eftersom han också var hemmansägare i Lappo kyrkoby. Bönderna meddelade att bakom dem fanns alla bönder i socken på den västra sidan av Lappo å, alltså inte bara Lappo kyrkobys invånare. I sitt skriftliga ställningstagande, underskrivet 17.8.1773, betonade de kraftigt att de på grund av att de litade på flere kungliga förordningar där storskiftets nyttighet framhövdes, hade gått med i skiftet och år 1769 kommit med stora kostnader så långt att även alla skogar hade blivit delade för hemmanen. Därför fanns det inte mera någon utmark i Lappo kyrkoby. Hemman hade råmärken i hörnen av sina skogsstycken och ägodelningsrätten hade bekräftat delningen 1770. Så här var de enligt vissa lagparagrafer i 1772 års regeringsform (§§ 2, 40 och 52) skyddade inom sina laga rår som avskiljde deras egendom från andras egendom. ”Hwad nytta hade wij af vår kostnader,” frågade bittra bönder i sin klagoskrift:

”då alle som wilja, finge plantera nybygge hwad de behagade? Och skall icke en ny ägoblandning orsakas? Samt hwad kraft hade då flere Kongl. Förordningar, som likväl försäkra oss om rolig besittning af våra ägodelar? På sådane grunder att förtiga andre gällande skäl, betsrida wij på det högsta nybyggs inrättningen å vår lagliga åtkomne ägendor, dem wij för oss ock våra barn förbehålle som orden lyda uti en Förordning.”⁴⁶

När ärendet behandlades vid Lappo häradsting den 16 november 1773, upplästes den här skrivelsen först. Därefter upprepade bönderna alla de juridiska och ändamålsenliga skäl som de hade framställt i olika instanser angående Haarakangas nybygge. Sedan utfrågades Anders Lilja hur han överhuvudtaget hade kommit på tanken att ansöka om rättigheter för ett nybygge på jordägarnas lagligt disponerade privata mark. Anders Lilja som tycks ha varit avsevärt chockerad och skrämmd svarade

”at han genom rychte i Wasa stad fått höra någon förordning vore utgiven det enhwar som wore hugad ägde tilstånd at uparbete nybygge å slike ägor som äro storskiftade, utan anseende om marcken hwarå nybygget sökes wore en skattehemmans innehafvaren tilhörigt, om ägodelninsrättens therå meddelte stadfästelse eller någon annan laglig åtgärd blifwit meddelt eller icke, och som flere andre löse personer utom svaranden hwilka dageligen sidstledne sommar hos Konungens Befallningshafwanden skola utan åtskilnad hwarest the sökt erhållit tilstånd til nybyggens utsyning, så förmodade svaranden jämväl det han som äfwen erhållit enahanda förmon, äga rättighet at förskaffa sig någon jord, hwaraf han med tiden kan hemta sig nödigt upphälle och hwarigenom til Kongl. Maj:tt och kronan äfwen förmon kan tilflyta.”

⁴⁶ Här stödde man sig på förordningen 18.2.1757.

Svaret var inte fullständigt obefogat. Landshövdingen hade låtit utbreda kopior om Kungl. Maj:ts bejakande svar på kammarkollegiets frågan, vore det möjligt att giva tillståndet att grunda nybyggen ”på de så kallade widlyftiga utmarker” till länets alla domstolar. Det här förfarandet visar att myndigheterna försökte bryta byarnas samlade och enhälliga motstånd vilket tog sin kraft av påståendet att byarna ägde sina utmarker samfällt också i det fall att dessa inte var delade mellan hemmanen. Precis så argumenterade bönderna i Naarasluoma by i rättegångar mot fyra aspiranter som år 1767 ansökte om tillstånd för nybyggen i Naarasluoma bys utmarker (i Lappo förvaltningssocken). Bönderna ansåg att kronan inte hade någon disponeringsrätt där, emedan flertalet av hemman, som samfällt ägde byns utmark, var skattehemman. Nybyggen var endast möjliga på kronojord, inte på skattejord. Kronobefallningsmannen Strömmer bestred att Naarasluoma utmark hade beaktats vid bestämmandet av hemmans skattetal. Dessutom existerade några krononybyggen i områdena. Det bevisade, betonade Strömmer att utmarken hade krononatur.⁴⁷ Det ifrågavarande kungliga svaret kunde man likväl inte tillämpa i Liljas fall, emedan Lappo kyrkobys utmark redan hade blivit delad mellan hemmanen. För att dämpa böndernas ursinne hastade Anders att tillägga att hans avsikt inte var att hålla nybygget för sig själv, fastän han mot förmodan skulle få tillstånd för det. Hans avsikt var att sälja det omedelbart till jordägarna i kyrkobyn.

I sitt utslag avvisade häradsrätten tanken att ansökningen gällde någon ”vidlyftig utmark”. Det var fråga om skattskyldig jord som efter alla nya och gamla lagrummen åtnjöt ett fullt och obegränsat ägarskydd. I synnerhet väddade man till förordningen 18.2.1757, eftersom där bokstavligen förbjöds grundande av torp eller nybyggen utan jordägarens tillstånd på frälse-, skatte- och kronojord. Rätten ansåg att Liljas ansökning var olaglig, syftade på egenvinst och var sett till sina verkningar fördärlig. Anders Lilja förpliktades att betala allena alla rättegångskostnader.⁴⁸

Landshövdingen förkastade Liljas ansökning. Den här rättegången förorsakade en vändpunkt i Hellanmaa bys historia. Ett krononybygge hade man grundat där, men det hade skett redan 1752. Därefter kom inga andra nybyggen. Hellanmaa, åtta kilometer lång och nu en mycket folkrik by, bestod

⁴⁷ Lappå häradsrätt 10.3.1767 §§ 45–48. Södra Österbottens domsaga KO a 90, f. 258–266. FRA.

⁴⁸ Lappo häradsrättsens protokoll 16.11.1773, & 156. Södra Österbottens domsaga KO a 98, f. 1485. FRA.

långt till 1800-talet bara av torp och hemman som befolkades av yngre söner och släktingar till kyrkobyns bönder. Här ser vi påtagligt den utveckling som åstadkom det släkttorpsystem man har sagt vara typiskt för just Södra Österbotten. Från och med den här uppgörelsen skulle man i Hellanmaa endast utöva hemmansklyvning, inte mera någon egentlig nybyggesverksamhet. Man tillämpade där konkret och bokstavligt förordningen från 18.2.1757.

Förklaring till böndernas positiva inställning till storskiftet

I litteraturen framhävs allmänt att två skäl var dominerande för motiveringen av storskiftet. Man anser att syftet var att öka spannmålsproduktionen och folkmängden.⁴⁹ De båda skälen spelade utan tvivel en betydande roll i processen, men av allt att döma i synnerhet ur regeringens och låt oss säga ur centralmaktens synvinkel. Man måste fråga om vanliga bönder på den lokala nivån redan på 1700-talet var så starkt intresserade av dessa mål att de räckte till för att få dem att ställa sig välvilliga till storskiftet. Strävade de verkligen efter större produktion genom egen företagsamhet som stimulerades av privat ägande av jorden och några få jordstycken? Eller var bönderna i de byar där man inledde storskiftet så djupt berörda av behovet att öka folkmängden i riket att de av detta skäl skulle ha accepterat reformen? Jag antar för min del att det viktigaste motivet för deras positiva inställning varit något annat.

I Lappo sockens historia konstateras att nybyggarverksamheten under 1700-talet förblev relativt obetydlig. Orsaken därtill meddelas ha varit ”böndernas motstånd, eftersom de var rädda för att deras ekonomiska möjligheter härigenom förminskades”.⁵⁰ I den Svenska Österbottens historia får ärendet en grundligare skildring. Där fastställs att grundandet av nybyggen nådde sin höjdpunkt på 1750-talet.⁵¹ Landshövdingen G.A. Piper hade för sin del kraftigt försökt befrämja kolonisation och för det andra fruktade det obesuttna folket att storskiftet som förväntades börja inom den närmaste framtiden, skulle förhindra deras möjlighet att få tillstånd för nybyggen. Det var allmänt bekant att bönderna kraftigt motsatte sig de främmande aspiranternas intrång på sina utmarker som skulle avskaffas vid skiftet. Därför hastade

⁴⁹ T.ex. Bäck 1984, s. 194.

⁵⁰ Lehtinen – Luho 1963, s. 324.

⁵¹ Jmf. Bäck 1984, s. 209; Ylikangas 1989, s. 89.

man att göra ansökningen före skiftets verkställande. Lantmätaren H. H. Aspegren i Pedersöre konstaterade att böndernas motstånd avskräckte ”till jordens uppodling tjänligt och ledigt folk” som sedan ”som inhysningar draga sig fram i uselhet”. Enligt Aspegrens uppfattning vore det bättre att de obesuttna kunde ”uppodla en del av ödemarker till samhällets nytta, folkmängdens ökande och egen utkomst”.⁵²

Storskiftet anknöt sig som en del av ett reformkomplex som syftade till folkmängdens ökning. Så var fallet med rättsliga åtgärder som tillät hemmansklyvningen och torpens grundande på skatte- och kronoböndernas jord och som ledde till skapande av tabellverket 1749. Genom att förbättra människornas ekonomiska möjligheter att gifta sig och bilda familj trodde man att rikets invånarantal skulle öka. Man tog alltså från och med 1740-talet en helt ny riktning i politiken som angick arbetskraften. I stället för att genom tvångsåtgärder (så som senast i legohjonstadgan från år 1739) försöka leda det existerande arbetsfolket till manufakturer, fabriker och stora lantgods, utgick man från antagandet att ett större invånarantal skulle tillåta alla behövande att få tillräckligt med arbetskraft till sitt förfogande.⁵³ Storskiftets uppgift i den här uppställningen var att öka antalet hemman och torp och därigenom avhjälpa folkbristen.⁵⁴

Men hur är det? Hur tänkte man att storskiftet skulle befrämja kolonisationen och röjningar? Det var ju så att nybyggen endast var möjliga på kronojord och storskiftets syfte var att avskaffa alla utmarker och samfälligheten som hade bildat förutsättningen för kronans nybyggarpolitik. Före storskiftet handlade man så att myndigheterna tolkade alla utmarker, dvs. de delar av byn som icke bestod av åkrar och ängar, men lade inom byns gränser till kronojord efter sin kamerala natur. Därför kunde landshövdingarna som kronans representanter disponera den, alltså ge lov att där grunda nybyggen. Den här tolkningen kränkte böndernas uppfattning, ty de påstod att byns

⁵² *Svenska Österbottens historia III*. Vasa 1890, s. 55.

⁵³ Heikki Ylikangas, *Käännekohdat Suomen historiassa*. Neljäs painos. Juva 1993, s. 75.

⁵⁴ Haataja 1949, s. 57. Birgitta Olai förstår utvecklingen så att den mycket kraftiga befolkningstillväxten från och med frihetstidens början tvingade regeringen att leta efter medel med vilka man kunde öka spannmålsproduktionen så mycket att befolkningen kunde försörjas. Hon tolkar inte regeringens politik så att man även med storskiftet strävade efter att fortfarande öka invånarantalet och därigenom avskaffa bristen på arbetskraft. Olai 1983, s. 226; Densamma 1987, s. 108. Kalle Bäck (1984, s. 194) är av en annan mening. Han konstaterar att ”den primära målsättningen var att modernisera den svenska landsbygden för att ge utrymme åt en större befolkning.”

bönder gemensamt ägde utmarkerna. Efter deras omdöme var det samfällda ägandet också ett slag av äganderätten som uteslöt andra, och råmärkena mellan byarna var giltiga tecken för ägandet av de områden som hade inberäknats i den skatt som de betalade. Just på grund av denna tolkning innebar storskiftets inledningsskede ett skärskådande av alla slags gränser. Rågångarna angick så väl gränslinjerna mellan byarna som socknarna och ännu även länsgränserna.⁵⁵ Följden av dessa motsatta tolkningar var en häftig sammandrabbning mellan bönderna och länsstyrelserna. Landshövdingarna rättade sig efter de order som de fick från regeringen, dvs. beviljade ansökan efter ansökan helt oaktat vem som sökte tillståndet. Nästan varje gång stötte ett för den ansökande positivt beslut av landshövdingen på enhälligt motstånd från byns bönder, vilket kunde pågå som en rättslig tvist ända till kammarkollegiet och kungen. Hårda strider avskräckte dem som tänkte pröva den här vägen för att skaffa sig ett skäligt uppehälle med hjälp av nybygget. De avstod hellre än gjorde sig till föremål för bybornas bittra vrede. Det fanns sällan så hårdkokta personer som t.ex. Erik Johansson Kalliokoski från Kauhava. Här ser vi den viktigaste orsaken till trögheten i kolonisationens framåtskridande. Resultatet motsvarade inte regeringens förhoppningar.

Med tiden insåg man på regeringsnivån var problemets kärna låg. Bönderna satte sig i själva verket i allmänhet inte mot kolonisationen på byarnas utmarker och på samfälligheter. De ville bara att de själva och inte kronan skulle kunna använda bestämmanderätten i denna verksamhet. Efter det att hemmansklyvning tilläts uppkom det vanligtvis en situation där de två äldsta sönerna ärvde hemmanet. De yngre sönerna och svärsönerna var tvungna att välja en annan levnadsbana. Om de försökte bli torpare eller nybyggare på byns utmark, mötte de ett precis lika stort motstånd från byns bönder som alla andra ansökande. Lösningen fanns i förordningen från 18 februari 1757. I den försäkrades bönderna att de hade all makt att bestämma vem som skulle få torpares eller nybyggares rättigheter inom sina lagligt bekräftade ägostrycken på marken. Det måste kraftigt understrykas att den här förordningen hade haft så gott som ingen betydelse, utan det hade den egentliga förordningen om storskiftet som utgavs bara några månader senare. De båda nämnda förordningarna hänger alltså tätt ihop med varandra och bygger tillsammans den viktigaste grunden till varför bönderna inställde sig positiva till storskiftets verkställande.

⁵⁵ Alanen 1948, s. 25.

I juni 1760 hölls mötet i Lappo för att inleda storskiftet. Representanter av ekonomiedeputationen som ledde delningsverksamheten i Österbotten betonade med eftertryck två väsentliga synpunkter för bönderna. För det första skulle man inte tillåta grundande av nybyggen på byns väldiga utmarker så länge skiftet skulle pågå. För det andra kunde bönderna därefter när skiftet hade fullbordats, på grund av förordningen från 18 februari 1757, kolonisera sin egen jord med sina söner och släktingar. Det tycks vara klart att dessa båda löften avgjorde böndernas inställning. De gick med på reformen för att nu äntligen få ett effektivt hinder mot främmande besökares intrång på sina marker.

Så skedde det inte sedan. Storskiftets förverkligande blev fördröjt; det pågick tio år i Lappo. Under dessa år fick länskansliet i Vasa många nya ansökningar från människor som ville pröva sin lycka som nybyggare. Landshövdingarna vacklade i sina beslut. En gång accepterade de ansökningen, en annan gång tillbakavisade de den. Bönderna upplevde landshövdingarnas agerande, som regelbundet stöddes av kammarkollegiet, som ett brott mot de löften som hade givits dem då när man ville övertala dem att gå med på storskiftet.

När man förstår reformen så här försvinner svårigheten att begripa varför bönderna var emot strävanden att samla tegarna till ett enda stort block och varför de godkände tegtvångets fortlöpande. Att minska ägoblandningen spelade givetvis en viktig roll även för dem men var inte det viktigaste.⁵⁶ Helt väsentlig var frågan om bestämmanderätten över byns utmarker. Den avgjorde böndernas inställning.

Den ovan skildrade spänningen mellan bönderna och myndigheterna pågick ända fram till år 1775 då den fick sin lösning. I förordningen från det nämnda året stadgades en maximal storlek för hemmanen, 600 hektar. Slutarealen i skifteslaget förblev som kronojord under landshövdingarnas bestämmanderätt.⁵⁷ Avgörandet gav kraft åt kronans kolonisationspolitik.

Hur duglig är den i den här artikeln formulerade förklaringen att tillämpas i andra delar av riket? Det har ofta betonats att skiftesförhållandena och således delägarnas beteende och attityder var starkt varierande i de olika delarna

⁵⁶ Kalle Bäck (1984, s. 195) har ansett att "ett storskifte på gemensamma utmarken kunde i skogsbygden framstå som väl så nödvändigt som ett inägoskiftet". Enligt hans tolkning var urmarkens odling mycket viktig för bönderna. Han tar inte upp frågan om utmarkens äganderätt och dess betydelse för kolonisationen.

⁵⁷ Alanen 1948, s. 41.

av landet. Jag förmodar för min del att frågan om ägandet av byarnas utmarker spelade en mycket viktig roll överallt i skogstrakterna och överhuvudtaget där kronan hade utövat samma kolonisationspolitik som var fallet i Österbotten. Så var fallet dessutom inte endast i Sverige. Ägoblandningen och tegtvånget som hade huvudvikten i Jacob Faggots resonemang hade inte den största betydelsen när man i många europeiska länder på 1700-talet eller redan tidigare vidtog statliga åtgärder för att reglera jordägandet. Överallt var det första målet i början att avskaffa samfällt ägda utmarker och samhälligheter. Först senare eller efter det samfällt ägda marker hade blivit delade trädde delningen av åkerjord och ängmarker i förgrunden.

Summa summarum: storskiftets egentliga drivkraft var inte ägoblandningen och tegtvånget så som man ganska allmänt har trott. Dess starkaste drivkraft på 1700-talet var frågan om ägandet av utmarker och samhälligheter. Storskiftet betydde inte heller något påtagligt steg mot marknadsekonomi. Mera marknadspolitiska element var inkluderade i liberaliseringen av arbetskraftspolitiken.

Författare

Inger Dübeck

Professor emerita, Århus universitet

Jyri Inha

Docent, Helsingfors universitet

Jukka Kekkonen

Professor, Helsingfors universitet

Mia Korpiola

Juris doktor, Helsingfors universitet

Toomas Kotkas

Juris doktor, Helsingfors universitet

Pia Letto-Vanamo

Docent, Helsingfors universitet

Sigurður Línfal

Professor emeritus, Islands universitet

Bo H. Lindberg

Docent, Linköpings universitet

Dag Michalsen

Professor, Oslo universitet

Kjell Å. Modéer

Professor, Lunds universitet

Rolf Nygren

Professor, Uppsala universitet

Päivi Paasto

Docent, Åbo universitet

Claes Peterson

Professor, Stockholms universitet

Heikki Pihlajamäki

Docent, Helsingfors universitet

Marie Sandström

Professor, Stockholms universitet

Ditlev Tamm

Professor, Köpenhamns universitet

Heikki Ylikangas

Professor emeritus, Helsingfors universitet

