
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 rättshistoria: 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 Kejsarlige regeringskonseljen	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

Kjell Å. Modéer

Östersjöområdets rättsliga kartor –
rättskulturella konstruktioner i förändring. 193

Rolf Nygren

Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen –
ett svenskt-finskt rättsarv. 207

Päivi Paasto

Om äganderättens ursprung i den nordiska
och den europeiska diskussionen på 1800-talet. 223

Claes Peterson

Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag –
en svensk kodifikationsstrid? 245

Heikki Pihlajamäki

”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”:
straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria 265

Marie Sandström

Den svenska modellen –
en juridisk metodlära i tre platta paket 291

Ditlev Tamm

Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab 311

Heikki Ylikangas

Twisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet 325

Författare 345

Heikki Pihlajamäki

”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 allmänneuropeiska 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:

Heikki Pihlajamäki

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 grävsta 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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 appellationsystemet 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 appellationskrifter 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/Weimar/Wien 1999, s. 41–65.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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 appellation i alla *peinliche Sachen*.

Ur den svenska rättshistoriens synvinkel är det ytterst intressant att se hur appellationsförbudets definition förändrades i Tyskland. *Augsburger Reichsabschied* 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 appellation förbjuden i inkvisitionsmål. Carpzovs syn på appellationen behärskade därefter den tyska diskussionen fram till P. J. A. Feuerbach och 1800-talets början.¹⁵

Det fanns element i inkvisitionsprocessen som inte främjade appellationen. 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 appellation 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 appellation 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 appellationen 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 domstolväsendet 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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, witterligit uppenbart Mord, Röfwerij på Skoghar, å allmenne vägar eller annorstädes, Derpå som skeer med Hemgång eller försåtligen å Kyrckio-

²⁰ Konung Gustaf Adolfs Rättegångsordinantie 1614 och Kongl. May:tz til Sverige Rättegångs Process som achtas skal uthi Hans Kongl. May:tz Konungzlige Hoffrätt samt en 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 Justitiowercket och Executions-Åhrender*. 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 straffrättslärda 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 uteslutna 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 våld 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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.

I *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 viktig 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. Edgärdsmännen 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 Edgärdsmän och förlikning passade naturligtvis dåligt ihop med appellation. 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* akusatoriska natur eftersom ingen klart definierad kategori av inkvisitoriska mål existerade.

²⁶ Jan Sundin, *För Gud, staten och folket: Brotts 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 magiakäsitäytksiä Suomessa 1600-luvun jälkipuolella (n. 1640–1712)*. Helsinki 1969, s. 266.

³⁰ Se Petri Karonen, Rahakkaista sovitteluista valtiovallan väliintuloon: Henkirikosten sovitte-
telu 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

Det är avslöjande att termerna *actor officialis*, *inquisitio* eller *accusatio* inte ens nämns t.ex. i Clas Rålamb's *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 rätt 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 hwad 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's argumentation är bekant från den europeiska diskussionen som under Rålamb's 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's 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, appellerades

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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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 vedermödor” om livs-saker 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 domstolsystem. 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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 anorlunda 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 appellationsystemet 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 appellationsystem 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 appellationsprocessen 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 appellationsprocessen på en total muntlighetsprincip, och just processens skriftliga form skulle säkert ha presenterat de största problemen för brottmålsparterna.

Det har redan framgått ovan att appellationsprocessen först och främst var ett kontrollinstrument för centralmakten. Lyckligtvis, ur den centraliserade svenska kungamakts synvinkel, var appellationsprocessen 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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 *Höghmähl* och *Nidermähl*. 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 appellation 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 undertecknade. 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 mödosamare även när underrättens beslut ändrades. Den svenska varianten av *iustitia alta et bassa*, leutationsprocessen, var effektiv eftersom den tillät hovrätten övervaka underrätter utan att behöva väga in parternas åsikter. Leutationsprocessen 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 leutererades 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 appellation

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, besvåra 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 appellation i modern mening, och det saknade ofta den devolutiva verkan i praktiken som var kännetecknande för den romerskkanoniska appellationen eftersom saken ofta blev remitterad till underrätten för ny behandling. Man kunde endast besvåra 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-Ehrenstråhle 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 förswar, 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 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.), *Förarbetena 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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 straffförfarandet 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 leuterationsförfarandet. 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 appellation inom rättspraxis. Det var egentligen delvis just genom att tillåta full straffrättslig appellation 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 appellationen i Sverige. Rättshistoriska jämförelser visar att frågan om straffrättslig appellation 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 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 appellation 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 appellation 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.

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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

”AT SYND OCH LASTER ICKE SKALL BLIFWA OSTRAFFADE” ...

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.