
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 konkubinatt 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 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 Línadal</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

Jukka Kekkonen

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 rättshistoriska 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 rätts-historiska 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 rättshistoriska 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 rättshistoriker (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

Rättsekonomin Kalle Määttä och rättshistorikern Heikki Pihlajamäki verk om rättsekonomihistoria⁴ är ett aktningvärt 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 företrädade 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 rikos-oikeushistoriaan*. 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 förklarningsgrunder 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 deklareringsgrunder 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 ”generell”, 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 arkitekturs 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 rättsekonominernas 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 samhällsliga strukturer, har ökat i popularitet. Till exempel inom ämnet kriminologi har sökandet efter kriminalitetens samhällsliga 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 rättsekonominernas 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 samhällseliga 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.

Tvärtemot 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 förklaringarnas (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 anknypa 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 vetenskapuppfattningen) 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, *Kenttäoikeudet. Välttämät rankaisutoimet Suomen sisällissodassa 1918*. Helsinki 2004.

¹⁹ Delvis gäller frågan också forskningspolitiska betoningar: är det mera intressant att forska i den rättsliga doktrinen 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 eftersträvansvärt 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 historievetenskapens 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.