
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
---	---

Inger Dübeck

Forholdet mellem konkubinat og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral?	9
---	---

Jyri Inha

Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calenius och upphovet till lagenlighetsstillsyn i den Kejsarliga regeringskanseljen	35
---	----

Jukka Kekkonen

Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen	51
---	----

Mia Korpiola

Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxon ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen	65
---	----

Toomas Kotkas

Lemminkäinen-sånger i <i>Kalevala</i> – en historia om arkaisk rätt	101
---	-----

Pia Letto-Vanamo

Internationella idéer och den nationella realiteten	115
---	-----

Sigurður Línal

At sælge viden	129
----------------------	-----

Bo H. Lindberg

Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid.	143
--	-----

Dag Michalsen

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

Päivi Paasto

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

INLEDNINGSVIS

Det som är utmärkande för Lars Björnes forskning i nordisk rättsvetenskapshistoria är hans metod att grundligt och heltäckande samla in och kartlägga all relevant nordisk litteratur. Björnes material inspirerar andra forskare att ta upp vissa enskilda frågor till mer ingående granskning. Mången fråga eller lära i den juridiska litteraturen i Norden kan förstås endast mot bakgrunden av den kontinentaleuropeiska lärobokstraditionen, vilket jag vill belysa med ett exempel. Exemplet gäller grunden för de rättsliga institutionerna, och då närmare bestämt grundvalen för äganderätten. Samtidigt är det frågan om vilken betydelse vi tillmäter den historiska skolan och den konstruktiva riktningen som underlag för de mer beständiga dragen i den juridiska begreppsapparaten.

Under 1900-talet har i synnerhet den konstruktiva riktningen stämplat som en i första hand otjänlig begreppscentrerad härledningspraktik, som man helt har velat lösgöra sig från. Björnes undersökningar fungerar som en bra motvikt till den onyanserade kritiken, eftersom han lyfter fram rättsvetenskapen på 1800-talet i all dess brokiga mångfald och ger sig i kast med ett flertal svåra och betydande frågor. Att Björne har valt att kalla den för 1800-talet karaktäristiska riktningen för konstruktiv i stället för begrepps-jurisprudens¹ har i själva verket enligt min mening en stor innehållslig betydelse: riktningens betydelse för begreppsbygget kommer då särskilt i blickfånget. De avgöranden som gäller själva begreppsfundamentet har för sin del betydelse också vid utkristalliseringen av de principer som präglar juri-

¹ Se Lars Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III. Den konstruktiva riktningen*. Lund 2002, s. 3.

diken, även om den mer detaljerade avvägningen av rättsligt relevanta faktorer med tiden till och med väsentligen förändras. Jag anser därför att det bärkraftiga i den konstruktiva riktningen inte skall sökas i den begreppscentrerade härledningspraktiken, som inte i sig har kunnat stå emot förändrade omständigheter och värderingar, utan i det begreppsfundament som går tillbaka till rättsvetenskapen på 1800-talet.

Mitt textexempel är från Fredrik Schrevelius (1799–1865) *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt*. Schrevelius var verksam främst som professor i juridik vid Lunds universitet under 1840–1860-talen, men särskilt hans systematiska framställning av civilrättens allmänna läror användes som läromedel såväl i Sverige som också i Finland så sent som vid seklets slut. I denna bemärkelse kan texten anses vara representativ för den tidens generella läroboksuppfattning. I det följande behandlar jag Schrevelius framställning bara med hänsyn till äganderättsinstitutionen och hur den underbyggs.

I den klassiska äganderättsfilosofin betraktades frågan om äganderättens uppkomst, ursprung och berättigande ända fram till Kant som ett spørsmål om möjligheten att med ensamrätt besitta jord.² Jorden var ett objekt med fundamentala resurser, men samtidigt någonting knappt till sitt väsen. Jorden ökade inte, vilket däremot andra resurser kunde tänkas göra. Om jorden delades in på basis av ensamrätt skulle den följaktligen ta slut, vilket aktualiserade frågan om äganderättens berättigande. Hegel var den första som bröt mot denna tradition genom att abstrahera objektet. När det gäller den äganderättsfilosofiska och den juridiska litteraturen är det ytterligare skäl att konstatera att ett flertal grunder (eller tänkbara grunder) har anförts för äganderätten samt att också dessa har setts över. De klassiska grunderna var varit ockupation, avtal och arbete. Också frihet, nytta, dygd eller förtjänst eller en avvägning och kombination av ett antal faktorer har ofta använts till att underbygga äganderätten.³

Den klassiska äganderättsdiskussionen väcker vårt intresse för hur man även i de juridiska texterna förhåller sig till i synnerhet frågan om jord-

² Se t.ex. Ralf Dreier, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht. *ARSP* 73/1987, s. 161.

³ T.ex. Eerik Lagerspetz, Omaisuuden filosofia. I verket Kaj Ilmonen (red.), *Moderniteetti ja moraali*. Saarijärvi 1998, s. 25 ff och Päivi Paasto, *Omistuksen juuret. Omistusoikeuden perustelua koskeva oppihistoriallinen tutkimus*. Jyväskylä 2004. Särskilt kapitel 2. [Päivi Paasto, Äganderättens ursprung. En lärdomshistorisk undersökning om grunden för äganderätten. Jyväskylä 2004. Övers. här]

relaterade rättigheter. I t.ex. Schrevelius text finns det inga mer ingående överväganden om saken, men i och med detta är den i själva verket en mycket typisk juridisk text.⁴ I den civilrättsliga litteraturen kommenteras saken i regel i samband med frågan om lagliga fång, så även hos Schrevelius. Trots att Schrevelius iakttagelser är knapphändiga på denna punkt, kan vi implicit skönja en förankring i någotslags allmänna premiss och norm i fråga om den ursprungliga rättens ursprung.

Först kommer jag att ta upp vad Schrevelius anför om äganderättens ursprung i en text vars primära syfte är att ge en systematisk framställning av gällande rätt (avsnitt 2). Mot vilken bakgrund skall det han säger förstås? Jag utreder frågan (i avsnitt 3) genom att koppla samman Schrevelius text med det jag kom fram till i min undersökning *Omistuksen juuret* [Äganderättens ursprung, se fotnot 3] om diskussionen om äganderättens grundvalar på 1800-talet. Syftet med min undersökning var att utreda bakgrunden till den knappa rättsvetenskapliga diskussionen i Finland, där svaret stod att finna i 1800-talets tyska litteratur, till en del i rättsfilosofin och till en del i den civilrättsliga traditionen. Jag anser att det traditionella sättet att handskas med äganderättsliga frågeställningar på ett intressant sätt belyser också Schrevelius uppfattningar. En viktig fråga i samband med äganderättens uppkomst, som dock i Schrevelius text förblir i det närmaste helt öppen, gäller förhållandet mellan det juridiska perspektivet och den mer filosofiska grunden. Den tyska litteraturen ger oss svaret också här.

SCHREVELIUS BEGREPPSAPPARAT

Fång och olika former av äganderättsförvärv

Schrevelius granskar frågan om äganderättsförvärv först mer allmänt för att sedan gå över till de lagliga fången. I översikten hänvisar han till två olika indelningsgrunder som har använts vid förvärv av egendom. Först bedömer Schrevelius begreppsparet *titulus/modus adquirendi* och därefter förteckningen över laga fång i jordabalken i 1734 års lag. Schrevelius underkänner dem båda som oklara och väljer i stället att utgå från indelningen ursprung-

⁴ Se närmare Paasto, *Omistuksen juuret*, s. 6–8.

liga och härledda (derivativa) fång.⁵ Schrevelius lösning motsvarar ståndpunkten i den tyska litteraturen, där indelningen titel/modus adquirendi förklarade sin betydelse kring sekelskiftet år 1800. Enligt Damian Hecker, väl bevandrad i äganderätsdefinitionernas lärdomshistoria, förstod man sig inte längre på indelningens relevans i det stadiet när man började ta avstånd från äganderättens naturrättsliga förankring.⁶ Också Schrevelius nämner att indelningen har tolkats på olika sätt, man har bl.a. skilt mellan närmare och fjärrare grunder, men att detta givetvis inte låter sig göras på hållbara grunder. Vidare säger Schrevelius att titulus saknade särskild betydelse som rättsgrund vid förvärv, eftersom samtliga rättshandlingar måste ha en rättslig grund. Det förefaller således uppenbart att Schrevelius inte har grepp om indelningens ursprungliga grundläggande betydelse, dvs. att Titel eller Titulus refererade till den ursprungliga äganderättsgrunden, medan modus adquirendi refererade till förvärvssättet.

Schrevelius anser att företeckningen i Sveriges rikes lag är något för omfattande och något för inskränkt, varför den inte kvalificerade sig som underlag för en systematisk framställning. Den indelning i ursprungliga och derivativa fång som Schrevelius prefererade motiverade han endast med att denna vid en närmare granskning av de fång som den tillämpades på visade sig fungera. För att ett fång skulle betecknas som ursprungligt krävdes att objektet inte tillhörde någon, medan de derivativa fången hade det gemensamt att äganderätten övergick från en person till en annan. Till de ursprungliga fången hänför Schrevelius occupatio (ockupation), accessio (accession) och specificatio (tillverkning), till de derivativa fången räknar han fång som baserar sig på hävd (innehav), domslut, arv och olika slags rättshandlingar. Eftersom Schrevelius tankar om äganderättens ursprung framgår endast av de avsnitt där han mer i detalj redogör för de olika sätten att förvärva egendom, presenterar jag nedan ett sammandrag av det han skriver om vissa av de ursprungliga fången.

⁵ Se Fredrik Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt II. Förmögenhetsrätten*. Lund 1847, § 116. I början av kapitlet nämner Schrevelius allmänt att han som källor har använt Loccenius och Sidenius (från 1600-talet) samt Lundius, Solanders och Hernberghs (från 1700-talet) texter om olika former av äganderättsförvärv.

⁶ Se Damian Hecker, *Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs*. Paderborn/München/Wien/Zürich 1990, s. 220–222.

Occupatio som typ av ursprungligt förvärv

Av de ursprungliga formerna av äganderättsförvärv får occupatio det största utrymmet hos Schrevelius närmast därför att ett flertal typer av occupatio behandlas efter varandra. Han för inget resonemang kring den allmänna innebörden av occupatio utan nöjer sig med en definition. Med begreppet occupatio avses enligt Schrevelius ett äganderättsförvärv som sker så att någon tar i besittning ett ting som vid tidpunkten för förvärvet inte tillhör någon annan, och då i avsikt att själv få äganderätten till det.⁷ Väsentligt vid occupatio är en *res nullius*-besittning och, i princip, en presumtion om förekomsten av occupatio-rätt. Att ett ting är herrelöst (*res nullius*) är ett villkor som hänför sig till objektet. För äganderätt krävs, utöver detta, bara besittningstagande i avsikt att tillägna sig tinget. En framställning av de olika typerna av occupatio visar å andra sidan att *res nullius*-villkoret inskränker rätten i rätt stor utsträckning.

Schrevelius anför fem huvudtyper av occupatio. Dessa är 1) jakt, 2) fiske, 3) fynd, 4) krigsbyte samt 5) jord och andra fastigheter. Av intresse är i synnerhet kategorin fynd, under vilken Schrevelius granskar sju olika slags objekt som kan upphittas, samt den sistnämnda kategorin, jordrelaterade ockupationsfång.⁸ Om fynd konstaterar Schrevelius *de facto* själv att det råder olika uppfattningar om begreppets betydelse. Han presenterar några av dem och förordar med viss reservation Caloniuss definition. Således kan övergivna ting och övergiven lös egendom enligt honom i regel uppfylla kriterierna på fynd, men i undantagsfall gäller detta även fastigheter och föremål som av naturen inte tillhör någon. Dessa kunde man eventuellt kalla för oegentligt fynd.⁹

Av detta sammanhang framgår det fortfarande inte varför Schrevelius tvekar i fråga om fastigheter, och varför han ändå anser det vara möjligt med

⁷ Se Schrevelius II § 117. De fyra definitionsenliga kriterierna är enligt Schrevelius följande: 1) tinget är *res nullius*, dvs. att (a) det aldrig har ägts av någon annan, eller (b) äganderätten har upphört, 2) tinget har tagits i besittning, 3) besittningstagaren har *ius occupandi*, dvs. att det inte finns något lagligt skäl som hindrar att tinget tas i besittning, och 4) tinget tas i besittning i avsikt att förvärva det. Här nämner Schrevelius fyra *res nullius*-situationer: (1a) vilda djur, fåglar och fiskar, samt (1b) tre situationer, nämligen att (1b.1.) ägaren har övergivit tinget (*res derelicta*) eller (1b.2.) ägaren har förlorat besittningen av ett vilt djur som han har fångat eller (1b.3.) staten inte längre respekterar ägarens äganderätt (*fiendeegendom*).

⁸ Se Schrevelius II om jakt § 118 och om fiske § 119.

⁹ Schrevelius II § 120.

fyndfång här. Schrevelius stakar ut gränsen i förhållande till de tjänliga objekten framför allt på den grunden att fynd inte får vara alltför inskränkt till omfånget, men inte heller alltför vidsträckt: för fynd gäller per definition att det skall kunna särskiljas från andra typer av occupatio och att de allmänna förutsättningarna för occupatio också då är för handen. Därför är bl.a. avgränsningen mot hävd viktig. Om det för att ett förvärv skall bli slutligt krävs en viss besittningstid, är det inte frågan om fynd-occupatio, utan om en blandning av occupatio och hävd. Enligt Schrevelius händer det ibland att fynd också är en kombination av occupatio och accessio. Som exempel kan nämnas en skatt, som en person hittar på någon annans mark: upphittaren kan inte tillägna sig skatten helt med stöd av sin occupatio-rätt, utan en del av skatten tillfaller markägaren med stöd av (dennes) accessio-rätt.

Särskilt om occupatio-rätten till jord

Schrevelius tar upp kategorin jord och andra fastigheter mer eller mindre som en avslutande kommentar till occupatio, innan han går över till de andra ursprungliga förvärvstyperna. När Schrevelius ger sig i kast med uppgiften är det skäl att notera hans första anmärkning. Han skriver att det i allmänhet anses att occupatio inte kan medföra äganderätt till en fastighet, eftersom de fastigheter som inte tillhör enskilda personer är kronans, varför de aldrig kan vara res nullius. Normalt förhåller det sig således på detta sätt, men Schrevelius anser att regeln tillåter undantag och modifikationer. Därefter gör han upp en lista över dem:¹⁰

- 1) ödehemman,
- 2) skatterätten för nyröjarna i Lappmarken,¹¹
- 3) vissa frälserättigheter för nybygghemman¹² samt
- 4) ödefiskerier, ödeckvarnar, tegelbruk, torp och andra lägenheter som har övergivits, men som någon har tagit i bruk på nytt.¹³

Schrevelius avslutar avsnittet med att konstatera att det i enlighet med gällande lagar och förordningar i många fall som inbegriper övergivna fastighe-

¹⁰ Se Schrevelius II § 129.

¹¹ Här hänvisar Schrevelius till ett kungligt beslut från år 1762.

¹² Schrevelius nämner att förordningarna visserligen sedan dess har skärpts något.

¹³ I dessa fall krävs ytterligare skattemannarättighet enligt ett kungligt brev från år 1735.

ter de facto är möjligt att få äganderätt med stöd av occupatio.

Schrevelius dryftar inte mer generellt t.ex. den roll som arbete eller bearbetning spelar i sammanhanget. De ursprungliga fången behandlar han främst i samband med occupatio. De övriga typerna av ursprungligt förvärv (accession¹⁴ och tillverkning¹⁵) tas upp närmast som komplement; till en del förekommer de också i situationer där det är frågan om kombinationer av ursprungliga och derivativa förvärv.

När man kopplar samman det som Schrevelius anför här med det som han tidigare konstaterar om begreppet occupatio och förutsättningarna för occupatio, förefaller det som om äganderätten i allt väsentligt har kommit till genom ockupation, dvs. besittningstagande av ett herrelöst ting. Schrevelius lyfter inte fram någon egentlig regel, utan ser den som något man tar avstamp i, något som finns i bakgrunden men som visserligen anses ha tappat mycket av sina livsbetingelser. Enligt Schrevelius är det skäl att se över ståndpunkten. De divergerande tolkningarna gäller inte regelns innehåll, utan frågan om det med tanke på jordegendom finns sådana ting som är res nullius. Regeln gäller följaktligen fortfarande, men tillämpningsområdet har sedan dess begränsats, och detta därför att den förutsatta herrelösheten enligt gängse uppfattning inte längre kan gälla annat än vissa typers lös egendom. Schrevelius hävdar likväl att det fortfarande finns till och med herrelös jord eller att det åtminstone länge hade funnits, men att det primärt är frågan om jord som har övergivits och som av denna orsak genom res nullius åter faller under occupatio-rätten.

¹⁴ Enligt Schrevelius råder det delade meningar om accession skall betraktas som ett ursprungligt förvärv eller inte. Accessionen kunde egentligen utgöra ett mellanting mellan ursprungliga och derivativa förvärv, men i och med att den ofta hänförs till kategorin ursprungligt förvärv, gör också Schrevelius det. I annat fall skulle vi konfronteras med en mångfald förvillande indelningar. Se Schrevelius II § 130.

¹⁵ Schrevelius hävdar att en del personer ser också tillverkningen som en typ av accession, eftersom man vid tillverkning fogar en ny form till materien. När accession alltid handlar om materiella tillägg, är motiveringen enligt Schrevelius inte hållbar. Tillverkningen har likheter även med ockupationen. De indelningar och klassificeringar som Schrevelius använder är ingalunda självklara, utan försök att gruppera olika typer av fång i en situation där de olika typerna visar prov på en del förenande och en del särskiljande drag. Enligt Schrevelius definition är tillverkning det att ett ting omvandlas till ett annat slag (species), dvs. till någonting helt annat än vad det var tidigare. Att detta samtidigt ibland kan innebära förvärv av äganderätt, ibland inte, är däremot en helt annan fråga. Schrevelius tar upp dessa situationer i viss utsträckning, men bara som enskilda exempel, inte utifrån separata typindelningar. Se Schrevelius II § 135.

Bedömningar och ytterligare frågeställningar

När Schrevelius redogör för ockupationsförvärven lämnar han öppet vad de regler som han betecknar som allmänna har sin grund i. Han för inte heller fram något egentligt ursprungstillstånd eller någon viss tidpunkt som skulle ha varit utslagsgivande för ändrade uppfattningar. Han konstaterar kort och gott att all jord anses vara antingen i enskild ägo eller lyda under kronan, varför det inte var möjligt att genom occupatio förvärva fast egendom. Å andra sidan tar han upp nyrojningssituationer och situationer där övergivna fastigheter tas i besittning i akt och mening att visa att regeln trots allt fortfarande har ett visst tillämpningsområde.

När det gäller bakgrunden till de arvsrättsliga fången hänvisar Schrevelius däremot något diffust till både romersk rätt och historiens gång. Schrevelius konstaterar att förvärven genom arv har ett mycket nära samband med de ursprungliga förvärven. I början var det enligt honom så att arvet efter en död person genom *res nullius* tillföll den som först tog det i sin besittning. När den avlidnes närmaste anförvanter vanligen var personer som befann sig på ort och ställe, var det i regel också de som först tog kvarlåtenskapen i besittning. Ur denna sedvänja kom sedan denna rättighet till.¹⁶ Efter dessa anmärkningar fortsätter Schrevelius med att utreda vilka krav den svenska rätten i sin tur ställde på arvtagaren. Det som Schrevelius anför här gäller uttryckligen arvsbestämmelserna, men resonemanget bottnar i den generella regeln om äganderättsförvärv av herrelöst gods genom ockupation. I texten hänvisar Schrevelius samtidigt till occupatio-rätten som någotslags tidig samhällsregel, som har tjänat som underlag också för andra förmögenhetsrättsliga regelverk. Man tänker sig uppenbarligen att det närmast är den samhälleliga utvecklingen som har lett till att tillämpningsområdet för regeln så småningom har inskränkts.

Schrevelius text lämnar många intressanta frågor obesvarade, men det Schrevelius säger blir enligt mitt förmenande begripligt som en integrerad del av den dåtida civilrättsliga traditionen. Schrevelius stödde sig som känt såväl på inhemsk som på utländsk litteratur, och framhävde betydelsen av i synnerhet Savignys verk och den tyska rättsvetenskapen.¹⁷

¹⁶ Enligt Schrevelius innehöll den romerska rätten även undantag i fråga om de närmaste släktingarnas ockupationsrätt. Se Schrevelius II § 142.

¹⁷ Om Schrevelius bundenhet till systematiken i den tyska rättsvetenskapen se särskilt Lars Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II. Brytningstiden*. Lund 1998, s. 161 f och andra ställen.

Jag tar i det följande upp tre frågor. Först utreder jag hur den civilrättsbaserade juridiska begreppsapparaten handskades med det som anfördes om äganderättens ursprung och äganderättsförvärv. För det andra tar jag upp förhållandet mellan filosofernas och juristernas uppfattningar och för det tredje det historiska materialets inverkan på juristernas syn på äganderätten. Iakttagelserna återges i komprimerad form och baserar sig på min tidigare nämnda undersökning, där jag granskade den filosofiska grund för äganderätten som särskilt Kant och Hegel står för samt den uppfattning om äganderättens ursprung och grunden för äganderätten som ingår i den juridiska litteratur som romanisterna och germanisterna företrädde. Min undersökning visade att man i de rättsvetenskapliga texterna ser ockupationen som ett ursprungligt förvärv av orsaker som hänför sig dels till rättsvetenskapens funktion och källunderlag, dels till uppfattningen om historiens gång. Att äganderätten till ett herrelöst ting kan förvärfvas av den som först tar det i sin besittning är en regel som härstammar från den romerska rätten, ”res nullius cedit primo occupandi”, och som bibehålls som en del av den civilrätt som i synnerhet romanisterna utvecklade. Grunden är inte bara historiskt betingad, utan har rötter också i rättsfilosofin, vilket ofta dock inte sägs explicit.¹⁸

FRÅGAN OM GRUNDEN FÖR ÄGANDERÄTTEN I DEN JURIDISKA OCH RÄTTSFILOSOFISKA LITTERATUREN PÅ 1800-TALET

Olika tolkningar av äganderättsgrunden

I den lärdomshistoriska litteraturen har frågan om vad som ligger till grund för äganderätten samband med framför allt förhållandet mellan ockupationsteorin och arbetsteorin. I den klassiska naturrätten hävdades att äganderätten uppkom genom ockupation och avtal. Därefter anses särskilt John Locke ha lanserat arbetet som ursprungsgrund för äganderätten. Att ockupationsteorin frångicks till förmån för arbetsteorin är i första hand en tolkning med filosofiska förtecken; i filosofin börjar det å andra sidan på 1700- och 1800-talen

¹⁸ Följande urval och sammandrag bygger på texten och källhänvisningarna i verket Päivi Paasto, *Omistuksen juuret* [Äganderättens ursprung, se fotnot 3].

också förekomma ett flertal andra grunder och nya infallsvinklar i frågan. Även i den rättsvetenskapliga litteraturen har man emellertid förfäktat tolkningen att övergången från ockupationsgrund till arbetsgrund skedde abrupt senast i slutet av 1700-talet. Det är särskilt tysken Manfred Bocker som hävdar att såväl den tyska som också mer generellt den europeiska rättsvetenskapen gick in för arbetsteorin så totalt att det sedan inte längre var möjligt att föreställa sig att någon annan grund ens hade existerat. Människans rätt till ett föremål ansågs ha kommit till genom hennes eget arbete, varför denna rätt samtidigt innebar en fullständig och unik dispositionsrätt över föremålet.¹⁹ Också Damian Hecker betonar att äganderätten definierades om i 1800-talets rättsvetenskap. Äganderätten blev således en absolut och exklusiv rätt till ett föremål; det stod i strid med rätten att över lag försöka reglera eller begränsa den. Enligt Hecker berodde detta dock inte så mycket på att ockupationsteorin hade fått ge vika för arbetsteorin, utan på att det inte längre anfördes några mer djupgående grunder.²⁰ Enligt dessa tolkningar var det den förändrade motiveringskutymen som samtidigt ledde till att äganderätten började definieras som en fullständig och obegränsad rätt på ett sätt som uteslöt möjligheten att reglera rättsställningsfrågan i linje med den moderna samhällsutvecklingen.

Min egen undersökning ger däremot vid handen att tolkningen av den omvälvning som skedde i fråga om grunden för äganderätten, dvs. att man övergav ockupationsteorin, den traditionella uppfattningen om äganderättens natur, för arbetsteorin, den moderna uppfattningen om äganderättens natur, inte i sig håller sträck. Det visade sig att man kunde ifrågasätta själva övergången lika väl som tidsfaktorn men också kopplingen mellan betydelsen av de reviderade äganderättsmotiven och äganderättsdefinitionen. Definitionen av äganderätt förändrades nog, men enligt rättsvetenskapen var konsekvensen inte den att inte äganderätten kunde begränsas, utan den att icke-begränsningskriteriet var en accentuerat begreppslig utgångspunkt, i förhållande till vilken inskränkningarna skulle ses som undantag, som i sin tur krävde separata grunder. I detta sammanhang går jag inte närmare in på denna tolkning. Resultatet av min forskning i de granskade Schreveliusexterna visar att någon påstådd markant övergång från ockupationsgrund till arbetsgrund aldrig materialiserades i den rättsvetenskapliga litteraturen. Schrevelius

¹⁹ Manfred Bocker, *Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*. Darmstadt 1992, särskilt s. 125 ff och s. 281–306.

²⁰ Hecker, *Eigentum als Sachherrschaft*, särskilt s. 201–265.

utgör med andra ord inget undantag; det han säger i äganderätsfrågan stämmer tvärtom väl överens med ståndpunkten i den vedertagna rättsvetenskapen. Jag hävdar dock inte att man inte i den juridiska litteraturen – den nordiska eller den tyska – skulle ha nämnt också arbetsgrunden som en ursprunglig äganderättsgrund, men jag påstår att man inte kan tala om någon dominerande teori här. Arbetsteorin började få understöd mot slutet av 1800-talet, men mest framträdande var den i den nationalekonomiska litteraturen. Ockupationen, stämplad som traditionell och övergiven i rättslitteraturen, förekom och förekommer fortfarande i denna stund i aktuella läroböcker som ursprunglig grund för äganderätten, även om någon större uppmärksamhet inte ägnas åt hela saken. Detta väcker en del intressanta frågor om t.ex. ockupationens ställning och lärans betydelse i den juridiska begreppsapparaten.

Äganderättsgrunden – de juridiska, filosofiska och historiska elementen

Drag i den juridiska traditionen

Bland det första man observerar när man undersöker grundvalen för äganderätten är hur olika frågan bemöts i den rättsfilosofiska och den juridiska litteraturen. I den filosofiska diskussionen fokuserar man på de stora utvecklingslinjerna samt på paradigmskiftet och till och med alldeles specifika sådana (såsom övergången från ockupation till arbetsgrund). I den juridiska litteraturen förs just ingen diskussion alls. Den diskussion som trots allt förekommer når inte heller upp till gänge eller duglig filosofisk standard på området. I en typisk juridisk text är resonemanget kring äganderättens ursprung avsett att på sin höjd backa upp den juridiska framställningen av olika slags äganderättsförvärv. Man frågar sig hur detta är möjligt, när äganderätten å andra sidan är en särdeles grundläggande rättslig institution i den rättsuppfattning som präglar den konstruktiva inriktningen, den inriktning som väsentligen kom till under 1800-talet. Att äganderätsfrågan behandlas på ett visst sätt och i en viss omfattning i den rättsvetenskapliga litteraturen är enligt mitt förmenande uppenbart delvis därför att lärorna och materialet inom de olika rättsområdena är bundna till den juridiska traditionen, som givetvis finns där som ett slags skikt- och systemkonstruktion. Jag redogör för dessa inslag i min undersökning genom att separat granska dels systematiska framställningar av det civilrättsliga begreppsbygget, dels litteratur på

den egentliga materiella civilrättens område, och då ett urval texter av såväl romanister som germanister.²¹

Vad ger texterna vid handen? I de juridiska texterna om äganderätt och äganderättsliga system är konstellationen i allmänhet den att människorna har rätt att ta ett yttre ting i besittning. Utgångspunkten kan tas i Bibeln, men också i juridisknormativt material. I synnerhet romanisternas framställningar av äganderättsförvärv dikteras av premisserna i den romerska rätten, men också i de germanska alstren hänvisas till dem. Det är viktigt att ytterligare notera att både den romanist- och germanistrelaterade rättsvetenskapen lägger tyngdpunkten på fenomen och regler som har relevans för den gällande rätten. Detta illustreras på ett träffande sätt av Windscheids korta avsnitt om det äganderättskonstituerande fånget, där han hänvisar till stycket de acquirendo rerum dominio i Digesta 41.1. I samband med de olika typerna av äganderättsliga fång konstaterar Windscheid att fånget i de flesta fall gäller egendom som någon annan redan har äganderätt till, och att dessa förvärvslag är de viktigaste. Det förhåller sig dock inte alltid på detta sätt, och då tillfaller föremålet normalt den i vars besittning det är. Vidare finns det nya föremål: för de föremål som kommer till på organisk väg gäller regeln att de tillfaller ägaren till det kultiverade föremålet, för de nya föremål som kommer till genom människans egen verksamhet gäller regeln, dock med vissa begränsningar, att de tillfaller tillverkaren.

Det gäller att observera att det är de derivativa fången som är juridiskt centrala här. Perspektivet på de ursprungliga fången är däremot annorlunda i och med att dessa faller under en allmän regel, som visserligen aktualiseras endast i fråga om tämligen marginella objekt. Då hänvisas kanske till historien eller nämns bara de typiska fall där regeln fortfarande har någon tillämpning. När det gäller regeln "herrelösa ting övergår i den första besittningstagarens ägo" åberopar t.ex. Windscheid ett visst stycke i Institutiones och tar upp fem situationer av äganderättskonstituerande fång i samband med herrelösa ting: 1. havsprodukter och öar som har stigit upp ur havet, 2. vilda djur, 3. föremål som har övergivits av ägaren, 4. skatter och 5. fiendeföremål.

Traditionen påbjuder således att de herrelösa föremålen skall tillhöra den som först tar dem i sin besittning. Regeln är likväl inte undantagslös. I den

²¹ Den första kategorin representeras av Savigny och Windscheid, den senare av romanisterna Thibaut, Mackeldey, Pütter och Schmid samt germanisterna Eichhorn, Beseler, Blunschli, Stobbe, Roth, Gerber och Gierke. Urvalet är inte täckande, men det styrs av en strävan efter att ta upp typiska och tematiskt särskilt belysande texter.

romerska rätten gällde regeln egentligen både lös egendom och fastigheter. Trots att t.ex. Windscheid inte tar upp denna fråga separat, kommer vissa av skribenterna – och då på den nu skisserade grundläggande begreppsnivån – fram till att det i praktiken inte finns någon sådan herrelöshet som avses i regeln, eftersom jorden normalt hör till något samfund eller någon enskild person eller lyder under staten; också jordens ställning som någon annans egendom diskuteras. Av romanisterna resoneras t.ex. Schmid på detta sätt. Han begrundar möjligheten att ockupera ett jordområde, men då gäller det bara sådan mark som först senare har blivit herrelös (dvs. har övergivits eller är obebodd). Schmidt är i mångt och mycket, även om han är mer omständlig, inne på samma tankebanor som Schrevelius ovan.

Kategorierna i fråga kan således granskas i en snävare eller i en mer vidsträckt bemärkelse; vidare kan man hänvisa till material med klar förankring i den europeiska historien i jordreätt och då ta fasta på olika tidsstadier så att man hänvisar till drag i den romerska rätten, uppfattningar och rättigheter av germanskt ursprung eller tolkningar enligt vilka den ena inriktningen förstärks och den andra försvagas. Den viktigaste äganderättsrelaterade begreppsindelningen hos romanisterna gällde dikotomin äganderätt och rättigheter till någon annans föremål (*dominium/iura in re aliena*). Den grundläggande betydelse som äganderätten tillmättes i begreppsapparaten leder via den romerska rätten uttryckligen till sakrättsliga begreppsindelningar, dvs. till behovet att kunna skilja den primära ursprungsrättsliga ställningen från begränsade rättsställningar, och aktualiserar inte frågan om den ursprungliga rätten som grundval för någon samhällelig institution. Germanisterna är mer intresserade av ett flertal olika jordbesittningsformer som inte direkt föll inom ramen för den romerska rätten. Här är det dock skäl att observera att också germanisterna som förebilder för den vetenskapliga forskningen i tysk rätt använde sig av sådana kriterier som romanisterna på 1800-talet hade ansett vara rättsligt relevanta. Också germanisterna strävade efter att definiera äganderätten som fullständig dispositionsrätt över ett föremål. Parallellt tog de emellertid i större utsträckning än romanisterna in historiska element för att visa att äganderätten, den begreppsliga utgångspunkten till trots, på ett konkret plan hade en särdeles annan och även mycket växlande rättsställning.

Såväl romanisterna som germanisterna förfäktar att den ursprungliga grunden för äganderätten är ockupation. Också slutsatsen är densamma, nämligen att frågan om äganderättens uppkomst förblir marginell. Detta följer av att man söker svaret i historien, och då närmast i samfundets tillblivelsehistoria, varefter äganderätten som institution finns till och de viktigaste resur-

serna är fördelade. Det sagda står inte i strid med den romerska rätten utan befäster tvärtom det historiska skeendets betydelse; rent begreppsligt utgås således från att herrelösa föremål tas i besittning, varefter, dvs. under historiens gång, de juridiska förutsättningarna för att kunna tillämpa regeln i det närmaste har försvunnit. Juridiskt relevant är endast den omständigheten att de viktigaste resurserna, dvs. fördelningen av jorden, har lagt grunden för den ekonomiska systemstrukturen, och att det inte finns ett behov av att genom rättsvetenskapen ingripa i denna grundstruktur annat än vad gäller systembaserade överlåtelse i fråga om såväl fast som även lös egendom. Slutsatsen beaktades också vid beredningen av BGB, där man konstaterade att det inte var nödvändigt att i den riksomfattande civillagen ta in en allmän bestämmelse om förvärv av herrelösa fastigheter. ”Für das Rechtsleben ist es ziemlich gleichgültig, wie das rechtliche Schicksal der herrenlosen Grundstücke bestimmt wird. Grundstücke von einigem Werthe und Umfange, die keinen Eigentümer hätten, werden bei dem heutigen Stande der Bodenkultur schwerlich vorkommen.”

Både av romanisternas och av germanisternas framställningar framgår klart att tillämpningsområdet för ockupationen som äganderättsförvärv är inskränkt. Detta betyder å andra sidan inte att inte ockupationen i regel skulle uppfattas som en ursprunglig typ av förvärv, väl förenlig med begreppet äganderätt. Det förhåller sig visserligen så att själva utgångsläget inte längre finns till. Eftersom man ändå ser det som nödvändigt att gå tillbaka till början, kan man förstå det hela som så att ockupationen har gett upphov till systemet med jordägande. Utgångsläget måste föreställas som något i den stilen, trots att dagens fång mestadels är derivativa, sådana där allting har haft tidigare ägare. Det som nämns om ockupation hänför sig alltid till faktorer som är begreppsmässigt centrala för äganderätten, såsom kriterier för äganderätt, viljeyttringar och besittning. Genom ockupationen förklaras elementens eller dimensionernas ursprung. Först därefter är det möjligt att börja bygga upp ett på äganderätt baserat system. Ur denna synvinkel blir frågan om ursprungligt fång mer begreppslig än historisk.

Resultatet är på sätt och vis självklart, men ändå viktigt, eftersom vi får en förklaring till varför diskussionen i juristlitteraturen blev så knapp. Efter att det fundamentala hade redogjorts för var det angeläget att i första hand ta upp frågan om äganderättsöverlåtelse. När allting har en ägare, finns det inget annat juridiskt problem än vilka regler som skall gälla i olika situationer där ägaren upphör att existera eller förordnar om sin äganderätt.

Förhållandet mellan den juridiska traditionen och filosofin

Att den filosofiska och den juridiska diskussionstraditionen skiljer sig från varandra handlar egentligen mer om den generella differentiering som ägde rum inom vetenskapen på 1800-talet. Det gäller då differentieringen mellan bl.a. filosofi och rättsvetenskap, men också i fråga om rättsvetenskapsinterna discipliner som rättsfilosofi, rättsteori och rättslära. Inom rättsvetenskapen blir man mer vetenskapsinriktad. Detta syns för det första i det allmänna begreppsbygget, där äganderätten definieras som en särskild rättighet som kategoriskt skiljer sig från andra rättigheter. Vetenskapsprägelns framgång också av den omständigheten att begreppsapparaten rensas från sådana icke-juridiska frågeställningar som tidigare (under den naturrättsliga fasen) har inbegripits i den och där begreppet äganderätt har uppfattats som en del av en mer omfattande tankebyggnad.

Vi kommer nu till paradoxen att äganderätten i 1800-talets juristdiskussion kategoriseras som en i relation till andra rättigheter distinkt rättighet, som därför måste underbyggas särskilt, men någon sådan argumentation, åtminstone inte särdeles brett upplagd eller ingående, går inte att finna i de granskade texterna; hänvisningar till andra områden stöter man dock på ibland. Hänvisningarna kan i sin tur gå i två riktningar, dvs. peka mot filosofin eller mot den historiska vetenskapen. Först tar jag upp förhållandet till filosofin, eftersom det i denna kontext uttryckligen är frågan om den disciplinrelaterade arbetsfördelning i vardande som nämns ovan.

När rättsläran på 1800-talet uttalat går in för att undersöka gällande rätt ("vad rätt är"), innebär det att varats väsen inte är centralt i juridiken, trots att vissa omnämnanden kunde få förekomma. För äganderättens del tar detta sig uttryck så att det inte i strikt filosofisk mening är nödvändigt att ange grunden för äganderätten i rättsvetenskapen eller i vart fall rättsläran, och detta uttryckligen därför att äganderätten som institution redan existerar och även förutsätts göra det på lagnivå: äganderätten är en del av den existerande samhällsstrukturen, till vilken hör regler som rättsläran koncentrerar sig på.

Den intressantaste kopplingen mellan juridik och filosofi gäller emellertid hur man förklarar äganderättsinstitutionens uppkomst. Trots att frågan undersöks mer genomgripande i filosofin och typiskt mer knapphändigt i rättsläran, står framställningarna inte i strid med varandra. De texter som jag granskade visar tvärtom att det som konkret förenar disciplinerna är just begreppet ockupation.

Hur förklarar man då ett sådant fenomen att faktisk besittning övergår i någonting som får juridisk relevans? Att någonting får juridisk relevans betyder helt enkelt att man börjar skydda en existerande och förvärvad besittning, dvs. en existerande rättsställning, för ingrepp från andras sida; ingreppen betraktas nu som rättskränkningar. Detta tankemönster av beständighet och kontinuitet tas in som grundelement i det rättsliga systemet uttryckligen i samband med grundvalen för äganderätten. Den som först tar någonting i besittning får tidsprioritet och följaktligen företräde framför andra. För ingrepp förutsätts då särskilda skäl (t.ex. förtjänst), några allmänna skäl finns inte att anföra. I min undersökning illustrerar jag det som är centralt i 1800-talets rättsfilosofiska diskussion om grunden för äganderätten genom Kant och Hegel, men i det följande åskådliggör jag dels skillnaden i perspektiv mellan rättsfilosofin och juridiken, dels samstämmigheten, med ett textexempel från Wilhelm Traugot Krug (1770–1842).²² Krug har tagit intryck av Kant, men för den aktuella frågans vidkommande kan texten anses vara mer allmängiltig.

Vad säger då Krug? I fråga om äganderättens ursprung utgår han för det första från att samtliga föremål skall anses vara herrelösa från början och att alla har samma rätt till föremålen över lag. Äganderätt kan följaktligen uppstå bara genom att en person tar ett dittills herrelöst föremål i besittning och gör det till sitt, dvs. tillägnar sig det i syfte att själv behålla det. När man utifrån detta ger sig i kast med uppgiften att rationellt förklara äganderättens uppkomst såsom ett interpersonellt rättsligt förhållande med avseende på externa ting, måste man enligt Krug resonera utifrån abstraktioner av existerande, empiriska rättsförhållanden och reflexioner över nödvändigt betingade ursprungliga förhållanden mellan personer och föremål. Krug anser att detta går till på följande sätt:

Låt oss föreställa oss rationella varelser, dvs. personer, omgivna av ett otal yttre föremål. Föremålen kan utgöra medel för att säkerställa personernas utkomst och mål för verksamheten. Från början har personerna något eget bara i sig själva, men samtidigt dock också rätten till föremål i största allmänhet (i instrumentell mening). När ännu ingen har ting som klassificeras som egna, är samtliga ting herrelösa. Här finns likväl samtidigt den inneboende möjligheten att förvärva föremål. I och med att allting som inte kränker någon annans faktiska rätt rent juridiskt är tillåtet, är det fritt fram för var och en

²² Wilhelm Traugot Krug, *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*. Leipzig 1811.

att ta varje, fortfarande herrelöst föremål i sin besittning och göra det till sitt, eftersom detta inte kränker någon utomståendes äganderätt. Denna enda frihetsakt – ockupation – är således vägen också till faktisk extern äganderätt. Rätten till ett specifikt föremål kräver då ingen annan grund; förvärvssättet (modus adquirendi) omfattar samtidigt också förvärvsgrunden (titulus adquirendi).

Vidare konstaterar Krug att samma sak framgår också av den kända rättsregeln: *res nullius cedit primo occupanti*. Regeln förutsätter inte någon annan grund för den ockupationsbaserade rätten till yttre föremål än denna samma akt, dock under förutsättning att det är frågan om herrelösa föremål. Krugs text visar således att den filosofiskt kanske rent av komplicerade motiveringen till äganderätten konkretiseras i den relevans som besittningen tillmäts. Besittningsgrunden är samtidigt något som filosofin har gemensamt med det juridiska källunderlaget, dvs. den romerska rätten. Den filosofiska grunden är en konstruktion av ursprungstillståndet och rör sig eventuellt på en annan nivå än den juridiska grunden, men dessa är förenliga. Äganderätten kommer till genom ockupation, eftersom den enskilde genom denna akt konkretiserar vars och ens ursprungliga nyttjanderätt till något föremål som ingen förut har haft bättre rätt till. I mer juridiska ordalag kan man säga att äganderätten kunde uppstå därför att ockupationen inte kränker någon annans rätt, varför den är tillåten. Att ockupationen inte ingriper i andras rättigheter beror på att föremålen är herrelösa.

Att grunderna likställs väcker naturligtvis en följdfråga: Behöver juristerna alls några filosofiska grundvalar, om rättsreglerna eller rättsläran redan dikteras av samma utgångspunkter? Å andra sidan anser många jurist – såsom Schrevelius – att rättens ursprung inte kan begränsas till den positiva rätten.²³ I vilken omfattning det är nödvändigt att i rättsvetenskapen redogöra för den positiva rättens filosofiska grund är däremot en helt annan sak. Enligt mitt förmenande avspeglar den komprimerade tankebyggnaden ovan i stort sett de uppfattningar som kan antas ligga bakom de juridiska skrifterna, om man blev tvungen att klä dem i ord. Här ligger de filosofiska grundernas bestående bärkraft. Antagandena strider inte heller direkt mot de mer historiskt präglade hänvisningarna. De historieberättelser som juristerna ställvis stöder sig på försätter ursprungstillståndet långt tillbaka i tiden, medan Krug underbygger ursprungstillståndet på rationell väg, med filosofiska

²³ Se Fredrik Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt I. Inledning eller allmänna Praenotioner*. Andra upplagan. Lund 1851, s. 55 f.

medel. Bägge sätten att argumentera ger resultatet att herrelöshet och ockupation är nödvändiga tankekonstruktioner eller snarare grundsatser utifrån vilka det har varit möjligt att skapa ett äganderättsbaserat system över huvud taget samt förklara att det gällande systemet är sådant det är. Juristerna frågar just inte i sina texter om äganderätten är berättigad som institution eller inte, utan intresserar sig bara för hur man kunde tänkas finna grunder för den. Den positiva rätten behöver filosofin, men det betyder inte att de positivrättsliga institutionerna måste ifrågasättas. Man blir endast tvungen att försöka finna den bästa möjliga filosofiska motiveringen till dem. Detta tillfredsställer rättsvetenskapens behov.

Det som har sagts om äganderättens ursprung lämnar dock fortfarande vissa frågor obesvarade, men det är inte möjligt att närmare gå in på dem här. Äganderättens ursprungshistoria har betydelse också därför att man i äganderätten brukar se upphovet till andra grundläggande rättsliga institutioner, och då i synnerhet avtalet. Därför är det i själva verket samtidigt frågan om att underbygga hela den rättsliga grundstrukturen, inte bara om att ta ställning till den separata äganderättsfrågan. Berättelsen om äganderättens ursprung brukar ha en fortsättning, där det sägs att utövandet av de äganderättsbaserade rättigheterna ger upphov till avtalsinstitutet. Äganderätt innebär att rättssubjektet får använda ett föremål för att tjäna sina egna syften, varför äganderätten också omfattar rätten att överlåta föremålet till någon annan. Om det inte fanns någon överlåtelse rätt, skulle det egentligen inte heller finnas någon rätt. Överlåtelserna sker i sin tur genom avtal, som kräver parternas godkännande. Man kan således säga att avtalet på sätt och vis är en nödvändig följd av äganderättsförefintligheten eller rent av omfattas av äganderätten.

Den rättsfilosofiska och juridiska litteratur som jag granskade gav vid handen att den typiska rättsvetenskapliga diskussionen om äganderättens ursprung på 1800-talet stödde sig i allt väsentligt på material med rötter redan i 1700-talets diskussionstradition. Det är viktigt att observera att man i den juridiska litteraturen fortfarande höll sig till ockupationsgrunden, och att grunden fortfarande kunde vara också filosofiskt förankrad. Det hände att den juridiska argumentationen gick tillbaka till den romerskrättsliga primärregeln om att herrelösa ting tillhörde den första besittningstagaren, men vid behov kunde man anföra mer filosofiska motiv, där utgångspunkten var frihet och den på frihet baserade rätten till externa föremål som ännu inte var någon annans. De anförda grunderna var följaktligen förenliga. Med tanke på rättsvetenskapens funktion var det emellertid inte nödvändigt att beakta annat än juridiskt material samt tolkningstraditionen på området.

Förhållandet mellan den juridiska traditionen och historien

Jag konstaterade ovan att man i de juridiska framställningarna om äganderättens ursprung ofta på något sätt hänvisar till uppfattningar som har förts fram inom historievetenskapen. Genom att rikta intresset mot historien skapar det juridiska materialet redan i sig historia. Allmänt taget kan det juridiska materialet ses som historiskt i den bemärkelsen att det i rättsvetenskapen alltid är frågan om att fokusera på rättsordningen, dvs. de juridiska former som de existerande samhällsstrukturerna har antagit. De juridiska framställningarna brukar då sträcka sig en bit bakåt i tiden och omfatta redogörelser av hur de olika elementen har utvecklats historiskt. Detta leder till att historien, eller närmare bestämt den historievetenskapliga uppfattningen om hur samhället jämte samhällsordning har tagit form, integreras i de juridiska framställningarna. I detta sammanhang försöker man alltid särdeles konkret ta in någotslags kort historik över bosättnings- och samhällsinstitutionernas utveckling, som direkt förefaller att styrka någon viss äganderättsgrund. Här handlar det om hur jorden har koloniserats, hur resurserna har tagits i besittning och hur människorna efter hand har organiserat sig samhälleligt och statligt. Enligt denna inriktning har den äganderättsbaserande dispositionsrätten över jord, till följd av att någon slagit sig ned där, sin grund i besittningstagande och ockupation, och då "av naturen".

Det har också en viss betydelse i sammanhanget att frågan om äganderättens ursprung traditionellt granskas utgående från att det gäller en jordrelaterad rättighet. För jordens del kan man rätt obestriddligt hävda att ockupationen med största sannolikhet även motsvarar det riktiga historiska händelseförloppet. Enligt bl.a. Adolph Wagner, en klassiker inom ekonomin, är den av juristerna gynnade ockupationsteorin historiskt sett mer riktig än den av nationalekonomerna gynnade arbetsteorin, och detta därför att ockupationen i sig alltid, och då talar vi om primitiva förhållanden, har föregått det stadium där jorden eller materien ytterligare har bearbetats på något sätt. I situationer där frågan om äganderättens ursprung granskas som en jordrelaterad rättighet är det också viktigt att lägga märke till att jordbruket ofrånkomligen leder till att faktorer som besittningstagande, besittning, röjning och odling vävs in i varandra. Kontroversen mellan ockupations- och arbetsgrunden skall därför inte uppfattas som om arbete eller bearbetning inte tillmättes någon betydelse. Att man förordar ockupationsgrunden betyder således inte att man åsidosätter arbetet. Saken uppfattas snarare så att det redan är besittningstagandet som har avgörande betydelse när det gäller jorden,

eftersom denna inte är resultatet av någons arbete eller ökar genom arbete.

Den juridiska litteraturen omfattar således en hel del historiskt förankrat material, men särskilt i fråga om äganderättens ursprung måste vi enligt min uppfattning separat ställa oss frågan, huruvida det ursprungstillstånd och det ockupationsbaserade ursprungsfång som förs fram i den juridiska litteraturen är påstående om historiska skeenden eller filosofiska konstruktioner.

I de granskade texterna talade juristerna om tidiga stadier, begynnelsestadier och en avlägsen forntid; begynnelsestadiet förlades rent av till någon viss tidpunkt såsom hednatiden, kejsartiden eller den tidiga germanska tiden. Det väsentliga i hänvisningarna förefaller å andra sidan inte att ha varit den historiska tidsbestämningen, utan behovet av att peka på en sådan utgångspunkt där det ännu inte fanns någon privat äganderätt. Man tänkte sig då en tidsperiod utan fast bosättning och etablerat åkerbruk. Det är frågan om ett ursprungstillstånd som i allt väsentligt kännetecknas av att jorden är herrelös. Att man utifrån detta anför att äganderätten har sitt ursprung i ockupationen kan tolkas som ett historiskt påstående, men inte heller här är juristtexterna benägna att utreda när och hur detta kunde tänkas ha ägt rum. Det finns smärre hänvisningar i texterna till en fråga som har sysselsatt historieforskningen, nämligen huruvida jorden skall anses ha blivit ockuperad kollektivt eller av enskilda. En del tog ställning för den senare varianten, men oftast konstaterades bara att saken var oklar. Detta förefaller inte att ha haft någon nämnvärd inverkan på berättelsen om äganderättens ursprung. Om det var ett samfund som hade förvärvat den ursprungliga äganderätten genom ockupation, aktualiserades frågan om privat äganderätt först när samfundet anvisade enskilda personer jord.

Ur juristernas synvinkel förefaller det således inte att vara så viktigt att utröna ockupationens tidstillhörighet eller dess olika stadier mer i detalj. Som viktigt ser jag endast det att ockupationen rent begreppsligt inbegriper besittningstagande av ett föremål och följaktligen besittning. Besittningen kan kallas faktisk eller rättslig, men de granskade texterna visar att ockupationen förlagd till ursprungstillståndet var viktig uttryckligen därför att det faktiska besittningstagandet i och med detta fick en juridisk innebörd. Att ett föremål tas i besittning och att besittningstagandet tryggas innebär samtidigt att någon får rätt till föremålet; i de juridiska texter jag undersökte förstod man detta i bemärkelsen ensamrätt, dvs. en rättighet som exkluderade alla andra. Kopplingen i fråga ger enligt min mening vid handen att man inte egentligen såg ockupationen som ett historiskt fenomen utan snarare som en konstruktion som var behjälplig vid det juridiska begreppsbygget. Ockupa-

tionen sades ha gett upphov till en exklusiv rättighet, trots att författarna allmänt tog upp det system av jordrelaterade rättigheter som hade funnits i tidens morgon, under medeltiden och långt in på nya tiden, ett system som kännetecknades av en mångfald begränsade och mångfasetterade rättigheter som följde av besittning, men inte äganderätten som ensamrätt.

Det förefaller således som om man för det mesta hade sökt äganderättens rötter i filosofin, vilket också är i linje med den långa traditionen av juristtexter. Särskilt det naturrättsliga tänkandet med sin teori om samhällsfördraget har utgjort en mer eller mindre distinkt del av de rättslitterära alstren. Den filosofiska teorin om äganderättens ursprung har ofta till och med påverkat den rättshistoriska analysen så att dagens äganderätt har setts som ett resultat av historiens gång, medan fenomen av annan typ har avfärdats som historiska avvägar.

Det var å andra sidan inte möjligt att helt glömma den historiska utvecklingen. Det man också genom de filosofiska resonemangen måste berättiga var äganderätten sådan den var i dag, dvs. ett historiskt fenomen. Detta ställer vissa historiska krav på hur äganderätten underbyggs. Att grunden för äganderätten var historiskt förankrad behövde dock inte orsaka alltför mycket huvudbry. Det räckte att det historiska läget på 1800-talet förklarades utifrån en logisk utvecklingsgång. Mycket radikala grunder eller grunder som inte fann stöd i det juridiska materialet väckte inte allmänt gensvar hos rättslitteraturen. Att ockupationsgrunden var mer historiskt förankrad än t.ex. arbetsgrunden ser jag som en delorsak till att juristerna föredrog ockupationsgrunden framför arbetsgrunden, som rent filosofiskt eventuellt hade haft ett bättre förklaringsvärde när det gäller äganderätten.

AVSLUTANDE KOMMENTARER

Grunden för äganderätten är en fråga av permanent rättsligt värde, som hjälper oss att få grepp om det förmögenhetsrättsliga systemets strukturella grundvalar, utgående från vilka juridiken sedan kan koncentrera sig på att undersöka olika slags personrelaterade förmögenhetsrättsliga arrangemang och hur dessa har förändrats. I undersökningarna i fråga har personerna då rollen av dispositionsrättsinnehavare i förhållande till föremålen, och frågan gäller primärt vem som har bättre rätt än någon annan till något, och i vilka situationer detta aktualiseras. Äganderätts- och avtalsinstitutionerna ifrågasätts

inte i sig, utan med hjälp av dem anvisas aktörerna vissa positioner inom ramen för vilka de har möjligheter att agera. Förutom denna struktur är det skäl att observera att ockupationsgrunden också hade en särskild juridisk-begreppslig innebörd, nämligen att kollisioner på rättslig grund kunde avgöras utifrån tidsprioritet, med andra ord insikten om att den som hinner först har bättre rätt ("först till kvarn får först mala").

(Översättning från finska: *Lenita Häggblom*)