

Lars Björne

Familjerätten i rättssystematiken

1 Inledning

Begreppet familj, *familia*, ingick redan i den romerska rätten. Begreppets omfattning var vidsträckt, då även slaverna i ett hushåll betraktades som yttre medlemmar i familjen. Trots att det utvidgade familjebegreppet endast omfattade slavar, medan fria personers kroppsarbete reglerades enligt det enligt senare systematik obligationsrättsliga konsensualavtalet *locatio conductio*, kom det utvidgade familjebegreppet senare länge att även omfatta tjänstehjonen. Det rättssystematiska begreppet familjerätt som ett eget rättsområde är däremot av betydligt senare datum, och det togs i allmänt bruk inom den rättsvetenskapliga litteraturen först under 1800-talet.¹

I de nordiska lagböckerna, Danske Lov (1683), Norske Lov (1687) och Sveriges Rikes Lag av år 1734, förekommer inte termen ”familj”, men detta betyder inte, att inte familjerättsliga frågor utförligt reglerades. 1734 års lag inleddes med Giftermålsbalken, som behandlade äktenskapet och dess rättsverkningar, medan förmynderskapsrätten ingick i Ärvdabalken (19–23 kap.). I Danske Lov och dess norska motsvarighet hittar man de familjerättsliga stadgandena i den tredje boken, ”Om Verdslig- og Huus-Stand”. Den tredje boken inleds med bestämmelser om kungens ämbets-

¹ Denna framställning bygger i huvudsak på mina tidigare undersökningar om rättssystematikens historia: Oikeusjärjestelmän kehityksestä, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Vammala 1979; 2. uppl., Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1986; svensk översätt. Rättssystemets utveckling, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, Helsingfors 2003; Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach am Main 1984; Nordische Rechtssysteme, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach am Main 1987, samt avsnitten över rättssystematikens historia i Den nordiska rättsvetenskapens historia, I–IV, Institutet för rätthistorisk forskning, Lund 1995 – Stockholm 2007.

män, adliga, borgare, näringsverksamhet i städerna och om bönder. Därefter följer kapitel om äktenskap (XVI), om förmynderskap (XVII–XVIII), om tjänstefolk på landet och i städerna samt om inhysesjon och lösdrivare (XIX), och det minst sagt brokiga innehållet avslutas med ett kapitel om judar och tattare (XXI). Bestämmelserna om tjänstefolk omedelbart efter de familjerättsliga kapitlen i egentlig mening tyder på ett inflytande från det romerskrättsliga vidsträckta familjebegreppet. Överhetens strikta kontroll över privatlivet syns i att lagböckernas straffrättsliga avsnitt innehåller talrika familjerättsligt präglade brott, ofta med drakoniska straffbestämmelser.

2 Bakgrunden: den tyska rättssystematikens utveckling

2.1 Familjerätten på 1700-talet

Även i Tyskland var Institutiones-ordningen *personae-res-actiones*, personer, saker (i vidsträckt bemärkelse) och käromål, vanlig både vid framställningar av *Gemeines Recht* och av den s.k. tyska rätten, varvid bland annat äktenskaps- och förmynderskapsrättsliga stadganden behandlades i samband med *personae*.² Inom personrätten var den på romersk rätt byggande *status*-läran förhärskande i europeisk doktrin ända fram till början av 1800-talet. Läran återspeglade också ståndssamhällets verklighet genom att man inte ens i teorin förutsatte någon juridisk jämlikhet (utom i det s.k. naturtillståndet före samhällenas uppkomst), utan varje människas rättsliga ställning var beroende av hennes status, som var sammansatt av flera komponenter. Indelningen i *status libertatis* (fri eller slav), *civilis* (medborgare eller främling) och *familiae* (familjefar, maka, barn) var hämtad från romersk rätt, medan man i *usus modernus pandectarum* tillfogade en fjärde indelning, *status naturalis* (t.ex. barn–vuxen eller kvinna–man).³ Genom statusläran fick familjerätten sin plats inom personrätten.

² Om privaträttssystematiken i den tyska juridiska litteraturen på 1700-talet, se Björne 1984, s. 131 ff.

³ Se närmare Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte (HRG), V, Schmidt, Berlin-Bielefeld-München 1997, sp. 286 ff. (J. Schröder), Peterson, Claes, Fredrik Schrevelius och den moderna personteoriens upptagande i svensk civilrättsdoktrin. Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden, Juristförlaget, Stockholm 1982, s. 141–156; här: s. 141 f.; Tamm, Ditlev, Maskeballer. Teorier om den juridiske person i den danske retsvidenskab

Trots Institutiones-läroböckerna började familjerätten utvecklas till ett eget, från *personae* fristående rättsområde redan under senare delen av 1700-talet. I motsats till läroböckerna i positiv rätt byggde naturrättsframställningarna sedan Samuel Pufendorf på en egen systematik utgående från den enskilde individen mot allt större grupper av människor, och i dessa framställningar behandlades den enskilda personens förmögenhetsrättsliga förhållanden före övergången till familjerätten.

Den nya indelningen med en helt självständig familjerätt lades dock till grund för dispositionen först i Gustav Hugos (1764–1844) "Institutionen des heutigen römischen Rechts" (1789), som består av en kort inledning och delarna "Realrechte", "Persönliche Obligationen", "Familienrechte", "Verlassenschaften" och "Proceß". Hugo avstod själv senare från systemet, men det togs allmänt i bruk genom Arnold Heises (1778–1851) föreläsningsdisposition "Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandektenvorlesungen" (1807). Heise indelade stoffet i "Allgemeine Lehren", "Dingliche Rechte", "Obligationenrecht", "Jura potestatis" (dvs. familjerätt), "Das gesamte Erbrecht" och "Die Restitutio in integrum".

2.2 Den historiska skolans privaträttssystem

Trots att ett slags "protofamiljerätt" hade blivit allt allmännare i olika dispositioner redan mot slutet av 1700-talet, blev den historiska skolans, närmare bestämt Friedrich Carl von Savignys (1779–1861), rättssystematik avgörande för stabiliseringen av det nya rättsområdet. För att skilja familjerätten och i synnerhet äktenskapsrätten från den övriga privaträtten, där avtalsfrihet rådde, antog Savigny Hugos och Heises femdelade s.k. pandekträttssystem. Den historiska skolan har prisats (eller klandrats) för att den avskaffade det naturrättsliga tänkandet, men också detta är en sanning med modifikation. Man avstod visserligen från ett självständigt naturrättssystem, men flyttade rättsmetafysiken in i den positiva rätten. Även rättssystematiken påverkades av denna metafysik. Medan man i tidigare systemlösningar främst strävade till en ändamålsenlig disposition, framhöll man nu, att direkt felaktiga systemlösningar var möjliga och även farliga, då de kunde splittra den genuina, nödvändiga kärna ("das Recht"), som fanns i den positiva rätten och som var värd att bevaras.

i det 19. århundrede. Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden, Juristförlaget, Stockholm 1982, s. 185–205; här: s. 188 f.

Den historiska skolan värderade rättssystematiken högt: Savigny påpekade redan i sin tidigaste produktion, att rättsvetenskapen var både historisk och filosofisk, dvs. systematisk, och han upprepade denna tanke i sina senare arbeten. I denna artikel behandlas främst en sida av den historiska skolans rättssystematik: skapandet av rättsområdet "familjerätt" som en central del av det nya privaträttssystemet.

Savigny opererade med två olika systembegrepp: ett *inre* system, som bildade en stor, "organisk" helhet, och ett *yttre* system, som var lika med dispositionen i systematiska framställningar.⁴ Det inre systemet hade klart metafysiska drag. Enligt Savigny hade det inre systemet en självständig existens i den positiva rätten; rättsvetenskapens uppgift var att finna, inte uppfinna, och framställa detta system. Framställandet var inte alltid lätt, eftersom man kunde förföras av skenbara, yttre gemensamma drag och förbise de verkligen existerande skiljelinjerna. Det inre systemets byggstenar var *rättsinstituten*, helheter, som i sin tur bestod av rättsregler. Rättsinstitutet kunde endast förstås med hjälp av rättssystemet. Det yttre systemets uppgift var också att avbilda det inre systemet, och det kan sålunda närmast jämföras med en karta. Savigny var beredd att godkänna en viss rörelsefrihet vid uppbyggandet av det yttre systemet, så länge det skedde inom ramen för det inre systemet.

Rättsinstitutet var det centrala begreppet i Savignys inre system. Rättssystemet var en av rättsinstitut bestående helhet, och Savigny betonade rättsinstitutens organiska natur. Rättsinstitutet bestod visserligen av rätts-satser, men de var samtidigt någonting annat än enbart de i dem ingående rättssatsernas summa. Savignys terminologi är vacklande, men han anknöt ofta rättsinstitutet till naturliga institut eller levnadsförhållanden (Savignys exempel: äktenskap = naturligt institut, monogami = rättsinstitut).

Savigny framställde teorin om det inre rättssystemet först i den första delen av "System des heutigen Römischen Rechts" (1840). Systemet av rättsinstitut byggde på de tankar som Friedrich Julius von Stahl (1802–1861) hade lagt fram på 1830-talet och som Savigny närmast nöjde sig med att modifiera. Stahl hade nämligen betecknat också själva de privaträttsliga rättsområdena (sak-, obligations-, familje- och arvsrätten) som rättsinstitut och därigenom bundit sig vid det s.k. pandekträttssystemet.

⁴ Se den utförliga framställningen av rättssystematiken i avsnittet Die Rechtsverhältnisse i Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, I, Berlin 1840, s. 331 ff.

Savigny undvek denna terminologi, och han kunde därför godkänna olika yttre system, dispositioner.

För det nya systemets popularitet var det av stor betydelse, att Savigny accepterade det. Han använde det tidigt i sina föreläsningar och diskuterade förbättringar i sin brevväxling med Heise. Savignys inställning blev allmänt bekant, då Heise tackade honom för flera förbättringsförslag i förordet till den andra upplagan av "Grundriß" (1816). Redan på 1820-talet var Heises system allmänt använt i läroböcker i pandekträtt, och det blev allt vanligare också i framställningar av den tyska privaträtten. Själv använde Savigny pandekträttssystemet i en tryckt framställning dock först i "System des heutigen Römischen Rechts" (1840–1849). Han försåg i det första bandet av "System" privaträttssystemet med den motivering, som varken Hugo eller Heise hade lämnat. Klart är, att det femdelade systemet som sådant endast var ett yttre system, en lämplig disposition för materialet i läroböcker. Rättsområdena familje-, sak- och obligationsrätt kunde skarpt avgränsas från varandra endast på en abstrakt nivå, och ordningsföljden sak-, obligations-, familje- och arvsrätt betecknades som mest ändamålsenlig, vilket ju inte kunde vara ett argument för ett inre, nödvändigt system. Savigny delade också familjerätten i "reines" och "angewandtes", varav den förstnämnda egentligen kom före förmögenhetsrätten, men han ansåg det återigen som ändamålsenligt att behandla hela familjerätten efter förmögenhetsrätten.

Trots detta talade Savigny också om felaktiga systemlösningar. Pandekträttssystemet var visserligen ett yttre system, men det avbildade samtidigt det inre systemet. Savigny motiverade systemet med olika slag av rättsförhållanden. Dessa kunde rikta sig på delar av naturen (sakrättigheter) eller på andra personers handlingar (obligationsrättigheter), helheten av dessa rättigheter utgjorde en persons förmögenhet. I förmögenhetsrätten behandlades människan som en självständig individ, men människan var också ett bristfälligt väsen, som behövde naturens helhet. Bristfälligheten kom för det första till synes i könsskillnaden; fullständighet uppnåddes via äktenskapet. Då människan var dödlig behövdes slutligen arvsrätten.

Savigny upprepar ständigt samma exempel på en felaktig systematik: det var fullständigt felaktigt att förena familjerätten med obligationsrätten.⁵ Den rationalistiska naturrättens anhängare hade nämligen ansett äktenskapet vara ett avtal bland andra civilrättsliga kontrakt. På detta sätt kunde man motivera en vidsträckt rätt till äktenskapsskillnad, vilken

⁵ Se närmare Savigny I, s. 345–367.

förekom även i Preussens Allgemeines Landrecht (ALR; 1794) och ökade Savignys motvilja mot denna kodifikation. Savigny motiverade den skarpa åtskillnaden av familje- och obligationsrätten med icke-juridiska argument. Familje- och obligationsrätten skiljde sig inte juridiskt från varandra, men obligationsrätten saknade en etisk grund ("sittliche Grundlage"), och därför var en åtskillnad nödvändig. Detta är också den enda situationen, då Savigny använder sig av det inre systemet som ett argument. En hänvisning till det inre systemet verkar ha varit en sista, metafysisk nödutväg, som man behövde tillgripa endast, då de juridiska argumenten tröt.

Familjerättens etiska grund betydde för det första, att man på detta område inte kunde acceptera den avtalsfrihet, privatautonomi, som annars var huvudprincipen inom avtalsrätten. Då däremot förmögenhetsrätten enligt Savigny helt saknade det etiska elementet, kunde man inte heller kräva någon hänsyn till den svagare avtalsparten, vilket hörde till den offentliga rätten. Den rike kunde därför låta den fattige gå under, antingen genom att vägra honom stöd eller genom ett hårdhänt indrivande av sina fordringar, och hjälpen mot detta hörde inte till privaträtten utan till den offentliga rätten, till fattigvården, till vilken den rike visserligen kunde tvingas att lämna sitt bidrag, även om detta bidrag kanske inte var direkt märkbart.⁶

Samtidigt som familjerätten blev en del av privaträtten försvann den i 1700-talsrättssystemen allmänna personrätten tillsammans med den traditionella Institutiones-dispositionen. Det var inte enbart frågan om ett namnbyte, utan personrätten urholkades innehållsmässigt mot slutet av 1700-talet, då statusläran så småningom förlorade sitt berättigande på grund av samhällsutvecklingen. I den naturrättsliga doktrinen hade människans naturliga jämlikhet och frihet endast existerat i det s.k. naturtillståndet, medan en människa i staten endast var en person, *persona*, i juridisk bemärkelse, om han hade vissa rättigheter och skyldigheter. Detta kom klart till uttryck ännu i ALR I, 1, 1 §: "Der Mensch wird, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt." Först i den franska Code civil (1804) och i Österrikes Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811) tillerkändes varje människa en oförytterlig rätt till personlighet: ABGB 16 §: "Jeder Mensch hat angeborene schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist damit als eine Person zu betrachten."

Code civil och ABGB återspeglade de redan inträdda förändringarna i

⁶ Savigny I, s. 370 f.

samhället. Redan Förenta Staternas konstitution hade stadfäst principen om människans frihet och jämlikhet, och under den franska revolutionen godkändes en deklaration om de mänskliga rättigheterna, vilket dock inte var något hinder för den revolutionära terrorn. Man bör också minnas, att upplysningens och den franska revolutionens frihet, jämlikhet och broderskap (*liberté, égalité, fraternité*) bara var avsedda för vita män i myndig ålder. Code civils familjerätt var mycket patriarkalisk med mannen som enväldshärskare i familjen. Endast de mest radikala tänkarna såg någon konflikt mellan jämlikhet och slaveri: den som frihetens förkämpe hyllade presidenten i Förenta Staterna Thomas Jefferson ägde själv slavar och använde sina slavkvinnor som älskarinnor.

Samhällsutvecklingen skedde långsammare i Tyskland än i Frankrike och Förenta Staterna, och under restaurationen efter år 1815 strävade man till att bevara de traditionella, förrevolutionära samhälls- och maktförhållandena. Statusläran ersattes dock i tysk doktrin under perioden 1820–1840 så småningom av läran om alla människors rättskapacitet.⁷ Först Savignys insats fick större betydelse, då det var frågan om personbegreppets utveckling. Fram till 1820-talet upprepade man ofta i Tyskland den traditionella statusläran; så t.ex. ännu i den fjärde upplagan av Hugos naturrättslärobok (1819) och i den fjärde upplagan av Albrecht Schwepes (1783–1829) romerska privaträtt (1828).⁸ I det andra bandet av "System" (1840), som behandlade fysiska och juridiska personer, definierade däremot Savigny begreppet 'person' eller 'rättssubjekt' utan att ens nämna statusläran. Utgångspunkten var att all rätt existerade på grund av den enskilda människans inneboende moraliska frihet. Begreppet person sammanföll med begreppet människa: varje enskild människa, och endast denne, hade rättskapacitet.⁹ Trots att Savigny inte nämnde detta, blev personrätten utan statusläran onödig. Av personrätten kvarstod endast familjerätten; de återstående allmänna frågorna om människans rättskapacitet och rätts-handlingsförmåga kunde placeras i den historiska skolans andra systematiska nyskapelse, de allmänna läroren eller den allmänna delen i början av privaträttssystemet.

⁷ HRG V, sp. 291 (J. Schröder).

⁸ Hugo, Gustav, Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des PrivatRechts, 4. Aufl., Berlin 1819, s. 206 ff.; Schweppe, Albrecht, Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, I, 4. Aufl., Göttingen 1828, s. 145 ff.

⁹ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, II, Berlin 1840, s. 2. Om Savignys personbegrepp, se även Peterson, s. 149 ff.; Tamm, s. 197 ff.

Savigny så att säga avslutade diskussionen om familjerättens rättsliga natur. I senare framställningar nöjde man sig i allmänhet med att plikt-skyldigt upprepa Savignys påstående om familjerättens etiska natur.¹⁰ En bidragande orsak till den lama diskussionen var, att man mot slutet av 1800-talet började förlora intresset för rättssystematiken. Rättssystemets vetenskaplighet glömdes snabbt, och de korta uttalandena om den redan traditionella systematiken behandlade denna närmast som en ändamåls-enlig disposition. Familjerätten som ett särskilt rättsområde kanoniserades slutligen som den fjärde boken i Bürgerliches Gesetzbuch (1896/1900).

3 Rättssystematiken i nordisk doktrin

3.1 De nordiska institutionalisterna

Även i nordiska framställningar av det egna landets positiva rätt var den all-mäneuropeiska Institutiones-ordningen *personae-res-actiones* förhärskande som förebild för dispositionen, i Sverige och Finland sedan 1600-talet, i Danmark-Norge sedan mitten av 1700-talet. Också i dessa arbeten utgjorde statusläran grunden för personbegreppet och därmed för hela person-rätten ännu i slutet av 1700-talet och början av 1800-talet. Som exempel på svensk doktrin kan här anföras Olof Rabenius (1730–1772), Matthias Caloni-
us (1738–1817) och Ebbe Samuel Bring (1785–1855) samt på dansk doktrin Lauritz Nørregaard (1745–1804) och Frederik Theodor Hurtigkarl (1763–1829).¹¹

Rabenius och med honom Caloni-
us påstod, att en människa betraktad utgående från en viss status var en person i juridisk bemärkelse.¹² En män-niska kunde ha många olika statusfaktorer, t.ex. som make, far, adelsman, präst. Begreppet 'juridisk person' användes av båda författarna även för att beteckna en människas juridiska ställning i allmänhet.¹³ Enligt Caloni-
us

¹⁰ Om utvecklingen efter Savignys "System", se Björne 1984, s. 213–249.

¹¹ Om äldre svensk doktrin om statusläran, se även Peterson, s. 142 ff.; om dansk, Tamm, s. 188 f.

¹² Claes Peterson uppmärksammade redan år 1982, att Caloni-
us' hela framställning av personerna inklusive statusläran var en delvis ordagrann upprepning av Rabenius' text, dock med förklarande tillägg och exempel. Se Peterson, s. 142 f. Om Caloni-
us' beroende av Rabenius, se även Björne, Lars, Matthias Caloni-
us och Olof Rabenius, Tidskrift utgi-
ven av Juridiska Föreningen i Finland 1986, s. 303–332.

¹³ Rabenius, Olof, *Primæ jurisprudentiæ communis Svecanæ lineæ*, I–VI, Upsaliae 1760–1763, s. 34; Caloni-
us, Matthias, *Praelectiones in Jurisprudentiam Civilem*, ed. W. Chydenius et V. Nordström, Helsingforsiae 1908, V:1–2.

var de fysiska personernas statusfaktorer tre, nämligen beroende av naturen eller den naturliga friheten, av familjen och av medborgarskapet (*status ... naturae sive libertatis naturalis, status familiae et status civitatis*). Enligt Calonius ingick frågan om kön, ålder och husbonde–tjänareförhållandet i *status familiae*. Familjebegreppet bestod därmed av tre förhållanden, nämligen mellan äkta makar, mellan föräldrar och barn samt mellan förmyndare och myndling och husbönder och legohjon.¹⁴ Det är redan av tidsmässiga skäl naturligt, att ännu Brings framställning (1817) främst byggde på den traditionella statusläran; i detta fall i dess vanliga svenska form, dvs. utan någon *status naturalis*. Enligt författaren behandlade personrätten läran om ”åtskilliga arter af personer”.¹⁵ Bring talade dock endast om ”de trenne personliga tillstånden: *frihet, civitet och familjeförhållanden*”.

I sitt dansk-norska privaträttssystem inledde Nørregaard personrätten med personernas ”*indvortes Stand*; ... fornemmelig de Inddeeler, som giøres efter Fødselen, efter Formen, efter Kiønnet, efter Siels og Legems Fuldkommenhed, og endelig efter Alderen”. Enligt ”den udvortes Stand” kunde personerna ”*deeles efter Formuen, Agtelsen, Friheden, Huusstanden og den borgerlige Stand*”.¹⁶ ’Det inre ståndet’ motsvarade alltså den tyska doktrinens *status naturalis*, ’det yttre’ *status libertatis, familiae* och *civitatis*, medan man i svensk-finsk doktrin inte lika noggrant följde denna lära. Hurtigkarl följde helt Nørregaards indelningar.¹⁷

3.2 Receptionen av pandektsystemet

Institutiones-ordningen behöll sin popularitet ännu under 1800-talets första årtionden. Hurtigkarls system följde 1700-talstraditionen i dansk rättsvetenskap, och Anders Sandøe Ørsted (1778–1860) var i sin ”Haandbog” bunden av Hurtigkarls disposition. Även Bring använde i sin korta lärobok Institutiones-ordningen – i detta fall dock inte på grund av konservatism, utan för att han följde Hugos nyaste skrifter, i vilka denne avstått från pandekträttssystemet. Johan Frederik Wilhelm Schlegel (1765–1836) följde ännu i sin rättsencyklopedi den av ”anseete Romerske Jurister og

¹⁴ Calonius, V:4–5, VI:1 ff. samt VII och Va–VIIa.

¹⁵ Bring, Ebbe Samuel, Grunderna till Swenska Civil-Lagfarenheten uti Systematisk Ordning, I, Lund 1817, s. 37.

¹⁶ Nørregaard, Lauritz, Forelæsninger over den Danske og Norske Private Ret, I, Kjøbenhavn 1784, s. 75 och 95.

¹⁷ Hurtigkarl, Frederik Theodor, Den Danske og Norske Private Rets første Grunde, I, Kjøbenhavn 1813, s. 62 ff.

navnlig Gajus” använda indelningen i personrätt, sakrätt och process, med tillägget att denna ”Orden fortiener vel at anbefales ved sin Simpelhed, men er dog ingenlunde nødvendig”. Schlegel kände redan till den av utländska författare använda nya dispositionen, ”saasom ved at afhandle Læren om Familie-Forholdene i Tingenes Ret eller efter samme m. m.”, men han hänvisade till vanans makt: ”Vore Danske Lovkyndige have udelukkende fulgt den i de Justinianske Institutioner herskende Orden, hvorved Ideen om dens Nødvendighed er bleven rodfæstet hos os.”¹⁸

Man har påstått, att först Johannes Ephraim Larsen (1799–1856) införde det Hugo-Heiseska systemet i sina föreläsningar i slutet av 1830-talet och att den första läroboken med den nya dispositionen kom ut först på 1840-talet (Schrevelius).¹⁹ Den första receptionen av pandekt-rätts-systemet hittar man dock redan i Christian Paulsens (1798–1854) tryckta föreläsningsdisposition från år 1823, som innehåller som ett eget avsnitt ”Læren om Familieforholdenes retlige Side eller Familieretten”. Paulsen inledde samtidigt den dansk-norska traditionen att fortfarande ställa upp en särskild personrätt i början av systemet. Paulsen motiverade samma år i ett långt senare tryckt tal sin disposition. Privaträttsystemet inleddes av ”Læren om Personernes Ret, thi disse ere Subjecterne for de private Retsforhold”. Till denna del hörde egentligen också läran om personerna ”betragtede i deres Familieforbindelse”, men då denna förutsatte ”et nøie Bekjendtskab med Retsobjecterne”, var det bättre att låta familjerätten följa på de delar, som behandlade rättsobjekten, dvs. den egentliga läran om ”Objecterne i Retsforholdene, Tingenes Ret” samt som tredje del ”Læren om Contracterne”.²⁰

Då Paulsens tal trycktes först i dennes samlade skrifter, var Peter Georg Bangs (1797–1861) lärobok i romersk privaträtt (1833–1835) det första i Norden publicerade verk, som även innehöll en motivering för pandekt-rättssystemet inklusive en särskild familjerätt. Det var naturligt att välja denna disposition i ett arbete, som behandlade romersk rätt, men Bang framställde inte privaträttssystemet som specifikt romerskt utan som allmängiltigt för positiva rättsordningar. Den första klassen av rättigheter var

¹⁸ Schlegel, Joh. Fr. Wilhelm, *Juridisk Encyclopædie*, København 1827, s. 66.

¹⁹ Stang, Fredrik, *Norsk formueret I*, Indledning til formueretten, Kristiania 1911, s. 153; Tamm, Ditlev, Fra ”Lovkyndighed” til ”Retsvidenskab”. Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørstedes privatretlige forfatterskab, Juristforbundets Forlag, København 1976, s. 54; så även Björne 1987, s. 236 och 238.

²⁰ Paulsen, Paul Detlev Christian, *Samlede mindre Skrifter, I*, København 1857, s. 22 ff.

de personliga rättigheterna, ”de i Naturretten saakaldte *jura personalitatis*”, men dessa rättigheter ”udgiøre sedvanligen ikke engang et særegent Hovedafsnit af Privatretten, men henføres til Læren om Rettighederne mod en bestemt Person ... med andre Ord til de obligatoriske Rettigheder”. Därefter följde ”den rene Familieret” och som den andra klassen av privata rättigheter ”Formuerettighederne”. Familie- och förmögenhetsrättigheterna utgjorde de privata rättigheternas två huvudklasser. Men då familjeförhållandena hade ”en høist vigtig Indflydelse” på förmögenhetsrättigheterna, så uppkom ”ved denne Combination den saakaldte *anvendte Familieret*”. Den sistnämnda kunde mycket väl framställas skilt från den rena familjerätten, men båda stod ”dog i en saa nøie Forbindelse med hinanden, at det er hensigtsmæssigst, ligesom det er sædvanligt, at begge foredrages i eet Afsnit, og at dette følger paa Fremstillingen af Formuesrettighederne”.²¹

Bangs åsikter är så överensstämmande med Savignys, att en påverkan från den sistnämnde är uppenbar. Bangs lärobok kom ut 1833–1835, första bandet av Savignys ”System” först år 1840. Bang, som betecknade sig som Savignys elev, hade emellertid följt dennes föreläsningar i Berlin, och han medgav också öppet, i hur hög grad hans romerska privaträtt var beroende av Savignys åsikter. Även Paulsens motivering för privaträtts-systemets uppbyggnad gick i samma riktning, och motiveringen visar, att den tycks ha varit allmänt känd, inte bara i Berlin, utan vid tyska universitet i allmänhet redan i slutet av 1810-talet. Det bör dock framhållas, att varken Paulsens eller Bangs motivering innehöll Savignys lära om familjerättens etiska grund, utan indelningen framställdes som en ren ändamålsenlighetsfråga.

I Fredrik Schrevelius’ (1799–1865) lärobok i svensk civilrätt (1844–1849) framställdes efter en allmän översikt ”Sveriges allmänna nu gällande civilrätt” i två delar, förmögenhetsrätten och familjerätten, av vilka den sistnämnda även omfattade arvsrätten. Schrevelius kunde inte godkänna den enligt honom vanligaste systematiken, som behandlade arvsrätten som en ”särskild hufvudafdelning af Civilrätten, koordinerad Sakrätten, Obligationrätten och Familjerätten”, då enligt svensk rätt arvsrätten var en följd av ”det personliga förhållande, som äger rum emellan Personer hörande

²¹ Bang, P. G., Lærebog i de til den Romerske private Ret henhørende Discipliner, I, Kjøbenhavn 1833, s. 3 f. och s. 5 f. Bang hade redan i sin provföreläsning, Juridisk Tidsskrift 17 (1831), s. 33, berömt de romerska juristerna för att dessa hade insett den grundläggande skillnaden mellan familjerättigheter och fordringsrättigheter, även om han också medgav, att de romerska ”Retslærde bedre anvendt end fremstillet Systemet”.

till samma ätt”.²² Detta är det främsta självständiga ställningstagandet i Schrevelius’ text, som annars är helt beroende av Savigny och ställvis en ordagrann översättning av ”System”, utan att förebilden ens nämns i detta sammanhang.

Enligt Schrevelius kallades en rätt att av en annan person fordra en handling en obligation, och ”inbegreppet af alla de rättsförhållanden, hvarigenom en Persons förmåga således är utvidgad, hans *förmögenhet*, sjelfva rättsförhållandena, *Förmögenhetsförhållanden* och inbegreppet af de Rättsinstituter, som derpå hafva afseende, *Förmögenhets-Rätt*”. Familjerättsförhållandena grundade sig på att människan var ”en ofullständig varelse”, som behövde ”en annan som sitt supplement”. Familjeförhållandena hade en ”moralisk karakter”, som saknades i förmögenhetsförhållandena, då ju den rike ”kan låta den fattige förmäga af hunger”. Schrevelius varnade i likhet med Savigny för föreställningen om en likhet mellan familjeförhållandena och de obligatoriska förhållandena.²³ Ehuru Schrevelius inte nämnde Savignys inre system, använde han argument, som är hämtade ur detta.

Larsens först år 1857 publicerade föreläsningar i privaträttens allmänna del är daterade 1837–1838 och hölls alltså innan Savigny gav ut det första bandet av ”System”, men i motsats till Bang hade Larsen inte hört på Savignys föreläsningar. I likhet med Paulsen behandlade Larsen personrätten omedelbart efter den allmänna delen; en lösning, som dock inte var obekant i framställningar av den tyska privaträtten.²⁴ I övrigt följde Larsen Hugos och Heises system. Janus Lauritz Andreas Kolderup-Rosenvinge (1792–1850) höll sig i sin rättsencyklopedi helt till pandekrättssystemet utan någon särskild personrätt.²⁵ Till och med Frederik Christian Bornemann (1810–1861), vars rättssystem var unikt i tidens nordiska litteratur, beaktade familjerätten. Hans system bestod av tre huvuddelar: människorätten, familjerätten och statsrätten.²⁶

Också i Norge var det nya privaträttssystemet bekant redan på 1840-talet. Peter Jonas Collett (1813–1851) betecknade i sina personrättsföre-

²² Schrevelius, Fredrik, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civil-Rätt*, I, Lund 1844, s. 189 f.

²³ Schrevelius I, s. 181 ff. och 191 f.; jfr Savigny I, s. 339–342, 347, 370 f. och 386.

²⁴ Se Larsen, J. E., *Samlede skrifter*, I, København 1857; Björne 1987, s. 148 f.

²⁵ Se Kolderup-Rosenvinge, J. L. A., *Grundrids af den juridiske Encyclopædie*, København 1849, s. 19.

²⁶ Bornemann, Frederik Christian, *Samlede Skrifter*, udg. ved C. Goos og Fr. Krieger, I, København 1863, s. 70 ff.

läsningar snarast traditionellt familjerätten som en del av personrätten. Motiveringen för familjerätten visar dock redan på den historiska skolans inflytande, då Collett konstaterade, att familjeförhållandet var "et Naturforhold" och att familjeförhållandenas "juridiske Side ikke udgør deres sande Væsen". Endast då människorna "tillige staar under en høiere sædelig Lov og kunne beherske deres Drifter, hjemfalder ogsaa dette Naturforhold til Lovgivningens Omsorg".²⁷

I sin lärobok i obligationsrätt (1859) talade Georg Frederik Hallager (1816–1876) om förmögenhetsrätten, som bestod av sak- och obligationsrätten, och om familjerätten.²⁸ I sin några år senare publicerade lärobok i arvsrätt skiljde Hallager, liksom tidigare Schrevelius, mellan romersk och nordisk rätt. Enligt romersk rätt var testamentsarvet regel, medan den legala arvsföljden på grund av släktskap var den normala i Norden. Det var därför endast i framställningar av romersk rätt motiverat att placera arvsrätten i sakrätten. I nordisk rätt var det däremot ändamålsenligt att behandla hela arvsrätten inom familjerätten för att undvika en onödig uppplittring av materialet.²⁹

I Finland dryftade först Johan Philip Palmén (1811–1896) civilrätts-systematiken (1859). Civilrätten betraktade enligt honom individerna från en antingen allmän eller särskild synpunkt, "såsom stående utom eller inom ett familjeförhållande". Indelningen av det andra huvudområdet, familjerätten, tyder på att Palmén hade läst sin Schrevelius. Uttrycket "familj" kunde förstås i "inskränkt och vidsträckt bemärkelse, allt eftersom blodsbandet anses omsluta antingen blott föräldrar och barn inom den trängre husliga kretsen, eller ock sträcket till omfattningen af en hel ätt eller släkt". På detta sätt uppkom skillnaden mellan den egentliga familjerätten samt arvs- och bordsrätten. I motsats till Schrevelius behandlade Palmén dock förmynderskapsrätten inom den egentliga familjerätten.³⁰

Pandekträttssystemet och därmed också familjerätten accepterades allmänt i Norden senast i slutet av 1850-talet. Även Bornemann, som förkastade den allmänt använda rättssystematiken, var i alla fall så påverkad av pandekträttssystematiken, att han talade om familjerätten som ett sär-

²⁷ Collett, P. J., *Forelæsninger over Personretten efter den norske Lovgivning*, I, Kristiania 1865, s. 1 och 8.

²⁸ Hallager Fr., *Den Norske Obligationsret*, I, 2. uppl., Kristiania 1859, s. 1 f.

²⁹ Hallager, Fr., *Den Norske Arveret*, Kristiania 1862, s. 1 f.

³⁰ Palmén, Johan Philip, *Juridisk handbok för medborgerlig bildning*, Helsingfors 1859, s. 33 och 37 f.; jfr Schrevelius I, s. 190.

skilt rättsområde.³¹ Det femdelade systemet användes dock rätt sällan som sådant, också av författare, som uttryckligen hänvisade till Savigny. Enligt Anton Wilhelm Scheel (1799–1879) bestod den danska privaträtten av en allmän del samt av person-, familje-, sak-, obligations- och arvsrätt.³² I det andra bandet av sin framställning av privaträttens allmänna del ändrade han dock i likhet med Savigny på rättsområdenas ordningsföljd, så att hela familjerätten uppträdde efter förmögenhetsrätten, men före arvsrätten. En särskild personrätt var enligt Scheel egentligen inte nödvändig inom privaträtten, eftersom de personliga rättsförhållandena och -instituterna till största delen hörde bl.a. till den offentliga rätten och straffrätten.³³ Norrmannen Fredrik Brandt (1825–1891) stannade halvvägs vid återgivandet av Savignys system; han fortsatte nämligen inte från rättsinstitutens ”natürliche Reihe”³⁴ och påstod därför, att privaträttssystemet bestod av tre huvuddelar: personrätten (inklusive familjerätten), förmögenhetsrätten och arvsrätten.³⁵ Knut Olivecrona (1817–1905) ställde i sina föreläsningar i förmögenhetsrätt familjerätten framför förmögenhetsrätten. Schrevelius hade visserligen i enlighet med romersk rätt först behandlat förmögenhetsrätten med motiveringen, att det i familjerätten fanns bestämmelser, som hörde till förmögenhetsrätten, men Olivecrona ansåg, att det inte fanns något skäl att inte först behandla familjerätten, ”om man i prænotationerna gjort sig bekant med begreppet af eganderätt, synnerligast som 1734 års Lagstiftare utgått från denna synpunkt”.³⁶

Flera författare (Schrevelius, Hallager, Olivecrona) betonade de olikartade förutsättningarna för en systematisering av romersk och av nordisk rätt, men Savignys argumentering i det första bandet av ”System” verkar ändå ha varit avgörande: åtminstone Schrevelius’, Scheels och Brandts framställningar är närmast sammandrag av Savignys text, trots att pandekträttssystemet egentligen var främmande för de nordiska rättsordningarna. Man talade plikttroget om väsensskillnaden mellan familje- och förmögenhetsrätten, fastän det i Norden inte fanns någon liberal lagstiftning om

³¹ Bornemann I, s. 71 f.

³² Scheel, A. W., *Privatrettens almindelige Deel*, fremstillet efter den danske Lovgivning, I, København 1865, s. 4.

³³ Scheel, A. W., *Privatrettens almindelige Deel*, fremstillet efter den danske Lovgivning, II, København 1866, s. 10.

³⁴ Se Savigny I, s. 380 ff.

³⁵ Brandt, Fr., *Tingsretten*, fremstillet efter den norske Lovgivning, Kristiania 1866–1867, s. 4 f.

³⁶ Förmögenhetsrätten efter K. Olivecronas föreläsningar, I, 1, s. l. & a., s. 5.

äktenskapsskillnad, som kunde ha frammanat denna reaktion. Däremot glömde man inte helt den inhemska rättens särdrag vid uppbyggandet av privaträttssystemet. Olivecrona hänvisade till ordningsföljden i 1734 års lag, och i de danska och norska systemen hittar man nästan alltid en personrätt, som motsvarade dispositionen i DL och NL samt dansk-norsk systemtradition, men som förblev främmande för de svenska och finländska juristerna. I flera system (bl.a. Hallager, Palmén, delvis även Collett och Schrevelius) förknippades arvsrätten med familjerätten eller betraktades som en del av den sistnämnda, ofta under en uttrycklig hänvisning till den legala arvsföljdens stora betydelse i nordisk rätt.

Rättssystematikens och familjerättens senare öden i nordisk doktrin påminner om motsvarande utveckling i Tyskland. Man hade aldrig ägnat frågan samma intresse som i tysk rättsvetenskap, och lämnade hela frågan, då intresset i den vetenskapliga förebilden sinade. Då den främst på danskt håll förespråkade nordiska civillagboken aldrig blev verklighet, kodifierades inte familjerätten som en helhet. Däremot var det nordiska lagstiftningssamarbetet allt sedan början av 1900-talet av stor betydelse bland annat inom äktenskapsrätten.

4 Familjerätten i dag – behövs den?

Familjerätten är sedan länge ett traditionellt område i den akademiska undervisningen i juridik. Vi har vid de olika nordiska universiteten professurer i familjerätt, ofta kombinerad med arvsrätt, och det har publicerats talrika läroböcker i familjerätt. Familjerättsliga monografier är kanske inte så vanliga, men sådana förekommer dock.

Å andra sidan kan man fråga sig, om vi idag verkligen behöver en privaträttslig familjerätt som en särskild disciplin. Familjerättsliga problem har alltmera fått offentlighetsrättsliga drag, d.v.s. flyttats över till socialrätten, där myndigheterna vid behov övervakar även familjens inre problem. Äktenskapsrätten, tidigare en central del av familjerätten, har minskat i betydelse bland annat genom uppluckrandet av äktenskapshindren och genom tillgången till fri äktenskapsskillnad samt genom avskaffandet av den juridiska skillnaden mellan inom äktenskapet födda och utomäktenskapliga barn. Familjerätten har samtidigt utvidgats till områden, som inte ingick i det traditionella familjebegreppet ens i dess ”tillämpade” form, man kan nämna registrerade partnerförhållanden och könsneutrala äktenskap.

Savigny drog en skarp gräns mellan familjerätten och förmögenhetsrätten, främst obligationsrätten, då familjerätten enligt honom präglades

av det etiska drag, som helt saknades i näringslivet. Man kan fråga sig, vad som överhuvudtaget blivit kvar av detta drag i dagens familjerätt, särskilt inom äktenskapsrätten. Däremot har dagens näringsliv försökt anamma etiska värderingar, som man påstår ha en viktig roll i företagets verksamhet. Dessa värderingar framhölls även i föredragen och diskussionerna under "Nordiske Formuerettsdager" i maj i år i Oslo. En skeptiker kan nog lätt anse, att det nutida framhävandet av etiska värderingar inom näringslivet är en läpparnas bekännelse för att dölja den allt mera ohämmade kapitalismens girighet, men man måste komma ihåg, att även det etiska inom 1800-talets familjerätt främst var ett ideal eller en vacker borgerlig fasad, som kunde användas för att täcka biggotteri, ojämlikhet, utnyttjande och våld.