

Mats Kumlien

”... ett personligt förhållande mellan parterna”

Om anställningsavtal och familjerätt

1 Tre frågor om rättens historia och systematisering

Rolf Nygren publicerade 1982 en uppsats om den första svenska lagstiftningen för begränsning av barnarbete. Han konstaterade då att 1800-talets rättsdoktrin ibland likställde tjänstehjon med hemmavarande barn. Båda kategorierna ansågs tillhöra familjen.¹ Rolf tangerade ett tema som behandlas i flera bidrag i den här Vänboken, nämligen familjerättens plats och funktion i den rättsvetenskapliga systematiken.

Jag vill bidra med några tankar om hur arbetsavtal diskuterades under 1800-talet, det vill säga innan arbetsrätten hade etablerats som självständig rättslig disciplin. En fråga gällde inom vilket rättsområde, obligationsrätt (avtalsrätt) eller familjerätt, det traditionella *tjänstehjonsförhållandet* hörde hemma. En annan fråga rörde vilka villkor från det traditionella tjänsteförhållandet som kunde appliceras på de nya typer av arbetsavtal som blev allt vanligare i arbetslivet. Dessa ”fria” avtal slöts ofta utan att parterna iakttog de strikta formregler som föreskrevs i 1833 års legostadga och 1864 års förordning om näringsfrihet.

Enligt Folke Schmidt (1900–1977) kom genombrottet ”för den moderna kontraktsrättsliga uppfattningen” av tjänsteförhållanden 1878,

¹ Nygren, Rolf, ”Barnarbete och avtalsfrihet”, i Sundin, J. (red): *Kontroll och kontrollerade* 1982, s. 197–266.

när Alfred Ossian Winroth (1852–1914) publicerade sin avhandling *Om tjänstehjonsförhållandet*.²

Innan Winroth tog till orda ska däremot den vanligaste uppfattningen ha varit att hänföra förhållandet mellan husbonde och tjänstehjon till familjerätten. Den främsta företrädaren för den uppfattningen var juristprofessorn Fredrik Schrevelius (1799–1865), som i en lång serie läroböcker i civilrätt bland annat behandlade arbetsavtal och då visade tydlig påverkan från den historiska skolans portalgestalt, Friedrich Carl von Savigny.³ Till bilden hörde som bekant att det nordiska rättsvetenskapliga samtalet under hela 1800-talet, och 1900-talet fram till andra världskriget, fördes under stark påverkan av den samtida debatten i Tyskland.⁴ Nordisk rättsvetenskap har ansetts följa den tyska med några decenniers förskjutning.⁵

Frågorna för den här uppsatsen är:

- *Var det på 1800-talet vanligt att sortera tjänsteavtal till familjerätt?*
- *Hur såg Winroth på tjänsteavtal?*
- *Är 1800-talets frågor relevanta för vår egen tid?*

2 The Big Bang

1800-talets politiska och rättsliga debatt utspelades i en period av omvälvande samhällsförändringar, och det gällde i högsta grad arbetslivets villkor. 1839 års fattigvårdskommitté konstaterade att den största utmaningen inte som tidigare var lösdrivare och fattigvårdsfall. De svåraste problemen fanns i stället bland jordbrukets daglönare och städernas lönearbetare, d. v. s. folk som försörjde sig på korttidsanställningar. Viktigaste

² Schmidt, Folke, *Tjänsteavtalet*, 1959, s. 12–13. Winroth, Alfred Ossian, *Om tjänstehjonsförhållandet enligt svensk rätt*, 1878.

³ Schrevelius, Fredrik, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. I, Inledning eller Allmänna Pränotationer*, 1844. Flera följande upplagor, bl.a. 1847, 1849, 1851, 1857, 1872.

⁴ Peterson, Claes, "Fredrik Schrevelius och den moderna personteorins upptagande i svensk civilrättsdoktrin" i *Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden. Festskrift tillägnad Erik Anners*, Stockholm 1982, s. 141–156. Peterson, C, "Äganderätt, avtalsfrihet och fördelning av företagets vinster. Vinstandelssystemet i svensk 1800-talsdebatt" i *Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Stockholm*, No. 3, Stockholm 1984.

⁵ Björne, Lars, *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia II*, 1998, s. 1, 13, 233, 427.

orsak till den sociala oredan var med andra ord att egendomslösa inte längre levde under kontroll och beskydd av någon godkänd husbonde.⁶

Benägenheten att "avskudda sig husbondeväldet och den lockande förespeglingen av självrådighetens fördelar" hade skapat miljöer som var oroande, inte minst ur statsekonomens synpunkt. När begreppet "familj" upphörde att uppfattas som den grundläggande enheten för produktion och socialt samspel, när hushållet inte längre fungerade som arbetsplats, då skakade många traditionella föreställningar om samhället.

De strukturella förändringarna samspelade med ideologiska, som i sin tur gav återklang i den rättspolitiska debatten. Här ställdes krav på frihet och jämlikhet mot mer konservativa ideal om värdet av kontinuitet och etablerade positioner.⁷

Förordningarna om näringsfrihet 1846 och 1864 innebar å ena sidan ökat utrymme för arbetsgivare och arbetare att bestämma villkoren för sina tjänsteavtal.⁸ Å andra sidan upprätthölls huvudregeln att den som betalade för arbete skulle inta ett slags föräldraroll gentemot den arbetande parten; vaka faderligt, upprätthålla ordning och sedlighet, skydda liv och hälsa för arbetaren, som i sin tur hade att tiga och lyda.⁹

Arbetslivets villkor förändrades visserligen, men de färgades fortfarande av traditionella principer. Ett uttryck för det var 1833 års legostadga, som hade tillkommit i en nostalgisk atmosfär av "back-to-basic" och som ett försök att hejda individualiseringen och återställa landets familje- och arbetsliv till vad man trodde hade gällt tidigare.¹⁰ Legostadgan hade nära samband med lösdriverilagarnas krav på årsanställning och hot om tvångsarbete för alla medellösa som inte slöt legoavtal med någon godkänd husbonde.

Men den svenska rättsliga regleringen gick i otakt med arbetslivet. Ute i verkligheten uppstod, som sagt, nya lösningar där arbetaren anställdes för bara några dagar eller veckor. Samma problem fanns i de flesta västeuropeiska länder, men varken de stora civilrättsliga kodifikationerna eller common law uppmärksammade arbetslivets behov av nya rättsliga kon-

⁶ *Underdånigt betänkande med dertill hörande handlingar angående fattigvården i riket, utom Stockholms stad*, 1839, volym 2, s. 16–17.

⁷ Hafström, Gerhard, *Den svenska familjerättens historia*, 1974, s. 104–107.

⁸ SFS 1846:39. SFS 1864:41.

⁹ SFS 1864:41, §§ 15, 17, 22. Göransson, Håkan, *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. De grundläggande förbuden mot stridsåtgärder i historisk och internationell belysning*, 1988, s. 87.

¹⁰ SFS 1833:43.

struktioner. De regler som fanns innehöll oftast offentligrättsliga åtgärder inom kriminalrätt och politi.

Inte förrän decennierna runt 1900 ersattes straff och tvångsåtgärder med avtalsrättsliga sanktioner som centrala instrument för att reglera arbetslivet. Även om vissa områden som hushållsarbete och lantbruk ännu dominerades av förindustriella former, så utvecklades då för majoriteten av övriga arbetsförhållanden ett nytt institut: *anställningsavtalet*.¹¹

Men det skedde sällan genom lagstiftning, utan det blev ofta domstolar som fall för fall utvecklade och preciserade anställningsavtalets förutsättningar och konsekvenser. Den processen var fylld av en konflikter mellan liberala-emanciperande och konservativa-patriarkala ideal.¹² Så var det också i den rättsvetenskapliga diskussionen.

3 Nytt och gammalt. Den historiska skolan

Svensk rättsvetenskap stod alltså under starkt inflytande från Tyskland. Det ger oss anledning att uppmärksamma hur den historiska skolans förgrundsgestalter, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) och Bernhard Windscheid (1817–92), förhöll sig till tjänsteavtal.¹³ Savigny publicerade på 1840-talet i åtta volymer det tongivande verket *System des heutigen Römischen Rechts*.¹⁴ Något senare utvecklade Bernhard Windscheid civilrätten i sina tre volymer av *Pandektenrecht*.¹⁵

Till den historiska skolan i allmänhet, och Savigny i synnerhet, har tillerkänts nya synsätt på fyra överlappande områden, nämligen doktriner om i) rättens nationella ursprung, historiska utveckling och organiska natur, ii) rättskällor, där inte minst sedvänjan bedömdes viktig, iii) över-

¹¹ Veneziani, Bruno, "The Evolution of the Contract of Employment" i Hepple, Bob (ed.) *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, 1986, s. 41–44. Vigneau, Christophe, *L'institutionnalisation du travail interimaire en Europe*, 1997, s. 108–115. Fox, Alan, *Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations*, 1974, s. 175–190. *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 1992, s. 1–23.

¹² Ramm, Thilo, *Per Una Storia della Costituzione del Lavoro Tedesca*, 1989, s. 39. Även Stolleis, Michael, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, 2005, s. 102–110.

¹³ För en närmare, och förmodligen mer rättvisande, diskussion av den historiska skolan hänvisas till bidragen i den här boken av Marie Sandström och Lars Björne.

¹⁴ Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, I–VIII, Berlin 1840–49.

¹⁵ Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I–II. 4:e, Düsseldorf 1874–75.

gången från status till personlig autonomi samt iv) en ny rättsvetenskaplig systematik.

Intressant för frågan om arbetsavtal är den distinktion som Savigny ville göra mellan å ena sidan rättens historiska, yttre och å andra sidan dess organiska, inre dimensioner. Savigny hävdade nämligen att alla rättsregler inte var lika värdefulla; en del hade tillkommit på grund av tillfälliga, politiska faktorer medan andra representerade rättens kärna, dess helhet. Ibland beskrev Savigny den "historiska" och föränderliga karaktären (i pejorativ bemärkelse) som motsats till rättens inre, oföränderliga väsen. Det inre systemet tillerkändes självständig existens i den positiva rätten och vetenskapens uppgift var att finna, inte uppfinna eller framställa detta inre system.¹⁶

Den historiska skolan ansåg alltså att rättens systematisering var viktig. Det system som man antog för civilrätt omfattade den än i dag accepterade indelningen i fem områden: *allmänna läror*, *sakrätt*, *obligationsrätt*, *familjerätt* och *arvsrätt*. Det ersatte delvis den indelning av civilrätt i *persona-res-actiones* som fanns i 1600- och 1700-talens läroböcker i romersk rätt, och även i nationell rätt.¹⁷

Hur motiverades den historiska skolans nya gränsdragning mellan familjerätt och obligationsrätt?

Savignys förklaring var utförlig. Han skrev att inom alla rättsområden fanns plikter, men de hade olika grunder. Obligationsrätten utgick från de inblandade personernas vilja. Inom familjerätten, däremot, byggde plikterna på personernas *status*.¹⁸ I motsats till obligationsrätten hade familjerätten en etisk beståndsdel (*ein sittliches Element*). Familjeförhållandet omfattade hela personen såtillvida att den "var en lem i den totala mänsklighetens organiska sammanhang" (*insofern sie ein Glied in dem organischen Zusammenhang der gesamten Menschheit ist*). Obligationsrättens skyldigheter var villkorliga och övergående, de kunde gälla en handling nu, en annan senare. Familjens relationer däremot bestämdes av människans organiska natur, och bar alltså nödvändighetens karaktär inom sig (*trägt also die Character der Notwendigkeit in sich*).

I familjen låg statens embryo, och den utvecklade staten hade familjerna, inte individerna som konstituerande delar. Familjen var bestämd

¹⁶ Björne 1998, s. 233. Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, 1984, s. 170–171.

¹⁷ Björne 1998, s. 251.

¹⁸ Savigny, *System I*, s. 345, 367, 369. Björne 1998, s. 251 f.

till att vara ett komplement till det ofullkomliga jaget, och familjerätten låg nära de arketypiska rätterna, *die Urrechten*. Liksom dessa var familjen i varje avseende exkluderad från den positiva rätten.¹⁹

Mot denna bakgrund är det kanske inte förvånande att Savigny placerade tjänsteavtalet inom ramen för familjens förutbestämda existens och nödvändiga bindning till människans organiska natur och inte bland obligationsrättens arbiträra och tillfälliga avtalsförhållanden.

Savigny position var alltså klar, tjänsteavtalet hörde till familjerätten och samma fält som relationer mellan makar eller föräldrar och barn.

Även här var motiveringen utförlig men kanske inte helt lättillgänglig. Sedan medeltiden hade flera nya institut vuxit fram i den germanska rättens mylla. Liksom familjerelationerna i det antika Rom var de instituten främst påverkade av "en etisk beståndsdel".

För att korrekt begripa institutens "natur", måste man sortera dem delvis till familjerätt, delvis till statsrätt. Bland dessa institut fann Savigny bland mycket annat den germanska livegenskapen. Genom en kontinuerlig germansk rättsutveckling hade med tiden uppstått en av de vanligaste rättsliga relationerna, nämligen den mellan husbonde och tjänare (*Dienstbotenrecht*).

Savigny medgav att den romerska rätten bara hade ett avtal för den relationen, nämligen *locatio conductio*, vilket varit tillräckligt i det romerska samhället som huvudsakligen var beroende av slavar. Situationen var annorlunda nu när, med Savignys egna ord: "vi inte har några slavar, varför detta förhållande har uppkommit".²⁰ Här, i rättens organiska framväxt, fann alltså Savigny motiveringen för att förhållandet mellan husbonde och tjänare hörde till familjerätten, inte avtalsrätten.

Savignys slutsats var emellertid inte okontroversiell. Snart fick avtalsrättsliga synsätt på arbetsförhållanden dominans i den rättsvetenskapliga diskussionen. Bernhard Windscheid betonade visserligen, precis som Savigny, att familjerätten hade "etiska" dimensioner. I *Pandektenrecht* skrev han att familjen utgjorde inte bara, eller ens primärt, ett rättsligt förhållande. Den styrdes främst av moraliska regler som bara innebar plikter, inte rättigheter.²¹ Inte desto mindre, i skarp kontrast till Savigny

¹⁹ Samtliga citat är hämtade från Savigny, *System I*, s. 343–346, 356.

²⁰ „Anders bey uns, die wir keine Sklaven haben, weshalb jenes Verhältniss geworden ist”. Savigny, *System I*, s. 366–367.

²¹ „Die Familie ist nicht allein, und nicht vorzugsweise, ein Rechtsverhältniß. Sie empfängt ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz, sie legt Pflichten auf und gibt nicht Rechte”. Windscheid 1874–75, I, s. 96. Björne 1984, s. 229–234.

begränsade Windscheid familjerätten till bara tre relationer: man–hustru, föräldrar–barn och förmyndare–myndling.²²

Tjänsteförhållandet förde Windscheid däremot utan vidare till hyra (*Miete*), och samma huvudområde som köpekontrakt och byte.²³ Huvudregeln beträffande arbetsavtalet *Dienstmiete* var att den arbetande parten var skyldig att fullgöra ”*die versprochenen Dienste*”, en formulering som senare skulle återfinnas i bestämmelsen om tjänsteavtal (*Dienstvertrag*) i *Bürgerliches Gesetzbuch* och även som tysk arbetsrätts ”*herrschende Meinung*”.²⁴

Windscheids avtalsrättsliga synsätt avvek från Savignys familjerättsliga linje. Likafullt nådde han till sist en slutsats som påminde om Savignys, nämligen att *locatio conductio operarum* även i sin moderna kontraktsversion innebar att den betalande parten fick vidsträckt rätt att förfoga över arbetarens tjänster.²⁵

Vilken uppfattning hade då svenska jurister? Anslöt man sig till Savigny, Windscheid eller skapade man rentav något eget?

4 Svensk doktrin om tjänsteförhållanden. Familj eller avtal?

Var den vanligaste uppfattningen före 1878 att tjänstehjonsavtalet räknades till familjerätten? Vilka belägg i de rättshistoriska källorna stöder den tesen?

Vi börjar med David Nehrman (-Ehrenstråle, 1695–1769), av många betraktad som den svenska rättsvetenskapens fader. När han 1729 och 1746 analyserade institutet *lega*, placerade han tjänstehjonsförhållandet under kategorin *locatio conductio operarum*. Beträffande relationens rättsliga fundament var Nehrman tydlig: skyldigheter och rättigheter utgick inte från de inblandade parternas status. Tvärtom, tjänarens plikter bygg-

²² Windscheid 1874–75, II, s. 836–930.

²³ Windscheid refererade till Institutiones 3. 24, Digesta 19.2 och Codex 4.65 i *Corpus Iuris Civilis*. Windscheid 1874–75, II, s. 491.

²⁴ Windscheid 1874–75, II, s. 499–500. BGB, § 611. *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1, 1992, s. 745–747.

²⁵ ”*Die Vermiethung der Dienste eines Fremden setzt die Befugniss voraus, über die Dienste desselben zu Gunsten Anderer zu verfügen.*” Windscheid 1874–75, II, s. 491, fn 2.

de på dennes fria medgivande att sluta avtal om *tjänstelega* med husbonden. Detta krav på samtycke grundade sig ”på *sielfwa Naturens Lag*”.²⁶

Nästan 150 år innan Winroth publicerade sin avhandling utarbetade alltså Nehrman obligationsrättsliga föreställningar om tjänstehjonsförhållandet.²⁷ Hans tankar dominerade svensk rättsvetenskap långt in på 1800-talet. Inom ramen för den här uppsatsen kan bara några belägg anföras.

Lars Tengwall (1746–1809), professor i juridik och filosofi i Lund, följde Nehrman tätt i spåren och placerade alla ”arbetslegor” inom obligationsrätten. Men förhållandet husbonden–hjonet färgades av en rad patriarkala inslag där, som Tengwall skrev, husbonden ”christeligen handterar, nödtorftigt kläder och föder den senare, som måste göra hvad skäligen af thet och fordras, utan sturskhet, försummelse eller fördom; således måste thet sota skorstenar, då ej tilgång är på wissa personer dertil ... äfven draga huden af sjelfdöda kreatur ...”.²⁸

Tjänarens allmänna arbetsförmåga stod till förfogande för husbonden som skulle sörja för uppsikt och omsorg på samma sätt som föräldrars rättigheter var avsedda att skydda och uppfostra familjens barn. All laglig maktutövning var för de underordnades bästa, den hade ”sin orsak i den lydandes förmån”.²⁹

Det är inte svårt att hitta fler exempel. Vid föreläsningar i Uppsala omkring år 1800 fick juriststudenterna höra att den enda grunden för att förvärva rätten till en annans arbetskraft var att den arbetande personen gett sitt uttryckliga samtycke och ingått ett avtal med en husbonde om arbetslega, *locatio conductio operarum*. Husbonden hade föräldramakt över hjonet, kunde bestämma över dess gärningar, men fick inte överlasta det med arbete som kunde skada hälsa, liv eller lemmar, utan skulle värna dess personlighet och dessutom vårda det vid sjukdom eller handikapp.³⁰

Utgångspunkten var den samma i Åbo akademi när Mathias Calonius i april 1811 lade ut texten om *Jurisprudentiam Civilem*. Han gjorde då

²⁶ Nehrman 1746, s. 73. Även Nehrman 1729, s. 239 (§ 3), 242 (§ 11).

²⁷ Nehrman drog dessutom en strikt linje mellan lega av saker, *locatio conductio rerum*, och lega av tjänster, *locatio conductio operarum* resp. *locatio conductio operis*. Nehrman 1729, Kap. 13, *Om ägendomshyra och lego*, s. 331, § 1, Kap. 5, *Om arbetslego*, s. 241, § 9.

²⁸ Tengwall 1802, s. 106–109, 179–190.

²⁹ Tengwall 1802, s. 21–22.

³⁰ *Anteckningar över föreläsningar i "Enskilte naturrätten"* förda av Tor August Odencrants vid studier i juridik vid Uppsala universitet omkring 1800. Uppsala Universitetsbibliotek.

en skillnad mellan instituten folkslega och kreaturslega. Folklega var i sin tur uppdelat i bestämt respektive obestämt arbete. I det senare fallet var hjonen skyldigt att lyda sina husbönder, vilka å sin sida skulle kläda, föda och vårda hjonen om de blev sjuka.³¹

Listan kan göras lång på de svenska rättsvetenskapsmän som placerade inte bara de nya "fria" avtalen, utan också det traditionella tjänstehjonsavtalet inom obligationsrätten. Avtalet behandlades ofta i nära anslutning till köp, och utan uttryckliga hänvisningar till familjerätt.³²

Således, författarna kan tyckas "moderna" i den meningen att de intog en avtalsrättslig position beträffande tjänstehjonsförhållandet. Inte desto mindre anspelade alla uttalat till relationen mellan föräldrar och barn. Skillnaden mellan familjerätt och obligationsrätt framstår med andra ord knappast som glasklar.

Inte heller bland författare med historiska infallsvinklar hittar man stöd för att det var vanligt att placera tjänstehjonsförhållandet inom familjerätten.³³ Men återigen, i samtliga fall framhöll man att avtalet hade en "etisk" karaktär, som skilde det från andra förmögenhetsrättsliga avtal.

5 Ett eko av Savigny? Schrevelius

Hur var det då med Fredrik Schrevelius syn på tjänsteavtalens hemortsrätt? Gav hans skrifter tydlig återklang av Savignys tankar?

Schrevelius läroböcker ger intryck av osäkerhet och självmotsägelser.³⁴ Han medgav att tjänstehjonsförhållandet hade sitt ursprung i ett avtal (*locatio conductio operarum*). Inte desto mindre placerade han det, i likhet med Savigny, inom familjerätten. Viktigare än rättsförhållandets upp-

³¹ Calonius, Mathias, *Föreläsningar i Jurisprudentiam Civilem*, april 1811. Manuskript B 414. Kungliga biblioteket, Stockholm.

³² Lundeqvist, Nils Wilhelm, *Juridisk Handbok för Medborgare af alla Klasser*, Stockholm 1833, s. 262–264. Carlén, Johan Gabriel, *Handbok i Svenska Lagfarenheten*, Stockholm 1843, s. 197–198. Palmén, Johan Philip, *Juridisk handbok för medborgerlig bildning*, 1859, s. 33–37. Olivecrona, Knut, *Förmögenhetsrätten efter Professor K. Olivecronas Föreläsningar, II Obligationsrätten*, 1860, s. 418–447. Backman, Johan Harder, *Handbok uti Twiste-, Utsöknings- och Rättegångsmål*, 1863, s. 331–345.

³³ Se t.ex. Lundell, Jacob, *Om Svenska Allmogens Dagsverkskyldighet*, I, 1842, s. 4, Wahlberg, Casper Johan, *Om Lega af jord å landet enligt Svensk Civilrätt*, 1870 och Ekelund, Carl Evert, *Föreläsningar öfver Romerska Privaträtten*, III, 1850–51, s. 176–180.

³⁴ Peterson 1982, s. 147.

hov, menade Schrevelius, var dess beskaffenhet, som var av mer personlig karaktär än vad som utmärkte vanliga obligationer.³⁵

Familjen, till skillnad från förmögenhetsrättens förhållanden, knöts samman av dels "Blodsbandet", dels "det naturliga Behofvet". Varje människa för sig var på sätt och vis endast en ofullständig varelse och behövde därför en annan såsom sitt supplement. På samma sätt som barnet behövde sin moder, behövde en ensam människa sitt tjänstehjon för att klara sig. Det fysiska och andliga föreningsbandet dem emellan var tillika ett *moraliskt*. Familjeförhållandet liksom utvidgade individen, så att den icke mera var en isolerad varelse, utan en "organisk lem af hela statskroppen".³⁶ Visst är ekot från Savigny omisskännligt.

Men Schrevelius uppmärksammade dessutom behovet av regler för de nya typerna av avtalsförhållanden inom arbetslivet vilka inte kunde sorteras till tjänstehjonsrätten. Han placerade därför det "fria tjänsteavtalet" under rubriken "Tjenstelega" och hävdade att dit hörde sådana avtal "vilkas förrättande fordrade någon vetenskap eller konst, *operae liberales*, men också *operae illiberales*", t.ex. kroppsarbetande daglönare. Eftersom den svenska lagen så gott som saknade bestämmelser för den typen av avtal måste tillämpliga regler hämtas ur sakens natur, allmän praxis men också ur befintliga regler rörande speciella typer av tjänstelega, såvitt de var av en "mera allmän användbarhet".³⁷

Schrevelius sorterade alltså tjänstehjonsförhållandet till familjerätten, samtidigt som han pekade på ett "friare" tjänsteförhållande, vilket otvivelaktigt hörde till obligationsrätten. Rättsföljderna för den kategorin ansågs emellertid på grund av avtalets "natur" vara de samma som för familjerättens förhållanden, men bara vad gällde hjonets förpliktelser.³⁸ Husbondens skyldigheter var inte lika självklart "naturliga".

³⁵ "... egentlig familjerätt. Dit höra 1) rättsförhållandet mellan äkta makar (äktenskap). 2) Rättsförhållandet mellan föräldrar och barn. 3) Rättsförhållandet mellan husbonde och tjenstehjon." Schrevelius 1844, s. 188. Schrevelius 1851, s. 208.

³⁶ Schrevelius 1844, s. 191–192.

³⁷ Schrevelius 1857, s. 550–551. Schrevelius 1872, s. 195–196. Peterson, C, 1982, s. 153, 305, Peterson 1984, s. 60.

³⁸ Schrevelius 1857, s. 551–552.

6 Tjänsteavtalen och 1800-talets svenska civillagsförslag

Det förändrade arbetslivets reglering diskuterades även på lagstiftarnivå. Den lagkommitté som tillsattes 1811 lämnade två förslag till en ny Handelsbalk, 1815 och 1826. Det senare ingick i det kända och kontroversiella utkastet till en omfattande svensk civillag efter modell av *Code Civil*. I likhet med sin franska förebild framhöll det svenska förslaget skillnaden mellan tjänsteavtal avseende specificerade resultat och avtal om ”vanligt”, ospecificerat arbete. Det senare avsåg enligt lagkommittén just *tjänstehjonsförhållandet*, vilket beskrevs som ett avtal där den arbetande parten hörde till den betalande partens hushåll och hade en obestämd lydnadsplikt. Det vore, skrev kommittén, lika betänkligt att genom speciella föreskrifter försöka precisera arbetsförhållandets skyldigheter och rättigheter som att bestämma gränserna för föräldrarnas makt och myndighet över sina barn.³⁹

Lagkommittén ersattes av en lagberedning som 1849 presenterade ett nytt förslag till civillag. Under tiden hade Schrevelius utvecklat sina tankar om att tjänstehjonsförhållandet hörde till familjerätten. Det förefaller nästan som en direkt replik när beredningen underströk att tjänstehjonsförhållandet inte hörde till familjerätten. Tvärtom, enligt beredningen handlade det om ett ”mellan fria kontrahenter ingånget fördrag”.

Men återigen var det en gränsdragning som med vår tids ögon kan framstå som oklar. Lagberedningen skrev att man inte fick förbise att det fanns ”ett närmare samband mellan tjenstehjonet och den egentliga familjen, än emellan denna och andra af husbonden legda arbetare”. Därför krävde ”naturlig billighet och rättvisa” att husbonden skulle ta hand om sina tjänare när de var sjuka, och inte minska deras lön på grund av kostnader för läkare och medicin.⁴⁰

Frågan om regleringen av arbetsavtal kom också upp i riksdagen. Vid sessionen 1828–30 föreslog alla fyra stånd att Karl XIV Johan skulle utvidga legostadgan till att omfatta nya yrkesgrupper. Tanken vann emel-

³⁹ LagCommiteen, Förslag till Handelsbalk 1815, s. 100, 108. LagCommiteen, Förslag till Allmän Civillag 1826, Förslag till Handelsbalk, s. 136–139, 195–196.

⁴⁰ Lagberedningen 1849, Förslag till Handels-Balk och Utsöknings-Balk m.m., Stockholm 1850, Handelsbalken, kap. 11, Motiv, s. 30, 39–40, 42–44, 105–106.

lertid inte kungens gehör. 1833 års stadga höll sig till det gamla –inneboende pigor och drängar – vilket innebar att allt större grupper inom arbetslivet kom att hamna utanför formell rättslig reglering.⁴¹

Det var alltså i den debatten, om den snabba förändringen av samhället i allmänhet och arbetslivet i synnerhet, som Fredrik Schrevelius 1844 försökte anpassa Savignys idéer till svenska förhållanden genom att karaktärisera tjänstehjonsförhållandet som en fråga för familjerätten. Men representerade han den ”vanligaste” uppfattningen?

7 Den vanligaste uppfattningen före Winroth?

Man kan alltså konstatera att juristprofessorer, akademiska lärare och lagförarbeten utgick från att tjänstehjonsförhållandet hörde till obligationsrätten. Före 1811 tenderade Tengwall and Calonius visserligen att hänföra frågan till *status familiae*, även om det handlade om avtal. Men avtalsrättsliga utgångspunkter dominerade och det gällde i ännu högre grad när man diskuterade de arbetsavtal som av olika anledningar ansågs falla utanför tjänstehjonsförhållandet.

Den slutsatsen gäller för tiden före 1800, med början vid Nehrman 1729, och hela den följande perioden fram till Winroths debut 1878. Dessutom, även om Schrevelius lokaliserade tjänstehjonsförhållandet till familjerätten, ansåg han för det första att det var byggt på ett avtal, och för det andra att den nya typen av ”fria” anställningsavtal hörde till obligationsrätten.

Uttalanden som kan anses hänvisa tjänsteavtalen till familjerätten utgjorde undantag. Men det fanns några få som kan tolkas i den riktningen.

Polyhistorn Ebbe Samuel Bring skrev 1817 i allmänna ordalag, och utan att gå in på tjänsteavtal, att familjeförhållandet borde uppfattas i vidsträckt mening, som en människas beroende till en annan.⁴² 1833, samma år som statsmakten genom legostadgan försökte vrida klockan baklänges, skrev Pehr Erik Bergfalk att lösdriverilagarnas bestämmelser om tjänstetvång för medellösa var tillkomna ur familjens ”dels af natursamband och dels

⁴¹ Riksdagens Protokoll 1828–30, Bihang 10, saml. 2. Underdånig skrifvelse nr 345.

⁴² Bring, Ebbe Samuel, *Grunderna till Swenska Civil-Lagfarenheten uti Systematisk Ordning*, I, Lund 1817, s. 117.

af den gemensamma eganderätten” framsprungna plikt att dra försorg om sina medlemmar och plikt ålägga dem arbete.⁴³

Ett åtminstone partiellt stöd för den linje som senare skulle utvecklas av Savigny och Schrevelius återfinns bara hos professorn i statsrätt, kyrkorätt, folkrätt m.m., Carl Olof Delldén. Han skrev att tjänstehjonsförhållandets rättigheter och skyldigheter inte till ”hela deras omfattning” kunde härledas från det juridiska avtal som var den ”yttre grunden” för deras inträdande, utan mycket mera berodde på ”inre och utur moraliska grunder uppkommande förhållanden”.⁴⁴

Sammantaget tycks det alltså klart att det var ovanligt att svenska jurister före Winroth öppet hänvisade till familjerätt när de diskuterade rättsförhållanden inom arbetslivet.

Men även den kategoriska slutsatsen behöver modifieras. Det är ofrånkomligt att alla inlägg som granskats här speglade tidens allmänna ambivalens genom att krydda avtalet med samma typ av patriarkala och etiska ingredienser, lydnad, lojalitet och omsorg, som också föreskrevs för familjelivet. Dessa prekontraktuella villkor byggde på lagstiftning, närmare bestämt reglerna i Handelsbalken och stadgorna om legohjon och lösdriveri. En fråga som idag anses som civilrättslig – arbetsavtal – analyserades i ljuset av traditionella administrativa och politirättsliga bestämmelser.

Beträffande de ”fria” arbetsavtal som av olika orsaker inte omfattades av tjänstehjonsbegreppet är bilden ännu mer sammansatt. Jurister, politiker och debattörer brottades med svåra samhällsfrågor. Hur skulle rättsystemet reagera inför den snabba förändringen av sociala, ekonomiska och intellektuella strukturer, inklusive familj och arbetsliv? Vilka delar av det gamla var värda att bevara, vilka skulle bort? Situationen var öppen mot slutet av 1800-talet.

⁴³ Bergfalk, Pehr Erik E, *Om Försvarslösa Personers Behandling*, Uppsala 1833, s. 5 f. Bergfalk blev sedermera professor i lagfarenhet och ekonomi samt inspektör vid Stockholms nation i Uppsala.

⁴⁴ Delldén, Carl Olof, *Försök till Granskning af Kongl. Lag-Comitéens Förslag till Handels-Balk*, Upsala 1826, s. 83.

8 Winroth

Vad ansåg Winroth? Hade hans åsikter något nyhetsvärde?

Winroths bok *Tjänstehjonsförhållandet enligt svensk rätt* från 1878 visar tydliga beröringspunkter med den historiska skolan. Här anknöts i allmänna ordalag till föreställningar om "den germaniske folkanden" och till den utvecklingstanke, som varit central hos Savigny. Winroth skrev att det inte räckte med undersökning av allmänna rättsprinciper och bilighet för att förstå gällande rätt. Tvärtom, en historisk framställning var nödvändig eftersom "all historisk utveckling har sin lösning och sitt intresse i det bestående".⁴⁵

Också i synen på rättskällor kan man läsa in släktskap med den historiska skolan, då Winroth förutom lagstiftning och förarbeten fäste stort avseende vid sedvänjan. Om varken lag eller avtal gav upplysning borde sedvänjan vara avgörande, eftersom det var mest sannolikt att parterna icke skiljt sig från vad som annars varit brukligt.

Däremot ville han inte, till skillnad från Savigny, tillmäta rättsvetenskapen någon särskild betydelse.⁴⁶ Det ställningstagandet är intressant i ljuset av att han själv, just i egenskap av vetenskapsman, visade stor rättskapande kreativitet.

Som framhållits placerade Winroth alla tjänsteavtal inom obligationsrätten och avvisade med eftertryck Savignys och Schrevelius idéer om att tjänstehjonsinstitutet skulle höra hemma i familjerätten. Winroth konstaterade visserligen att åtskilliga författare, synnerligen av tysk härkomst, hade behandlat tjänstehjonsförhållandet under familjerätten men det förfarandet syntes "dock ej locka till efterföljd". Det var inte i egenskapen av medlemmar av en familj utan som självständiga personer som parterna genom ett frivilligt avtal hade förvärvat rättigheter och ådragits sig förpliktelser. Och deras syften var renodlat ekonomiska.⁴⁷

I linje med en väletablerad tradition modererade han den avtalsrättsliga ståndpunkten. Winroth skrev att arbetarens vidsträckta och obestämda skyldigheter "måste anses vara sådane, hvilka ligga i aftalets natur".⁴⁸ Just den egenskapen, arbetsprestationernas obestämdhet, i tjänstehjonsinstitutet likaväl som i de nya avtalsformerna, var så mycket viktigare eftersom

⁴⁵ Winroth 1878, s. 20, 34. Sundell, Jan-Olof, *Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914*, 1987, s. 169–170

⁴⁶ Winroth 1878, s. 41–42.

⁴⁷ Winroth 1878, s. 11–20.

⁴⁸ Winroth 1878, s. 7.

avtalets speciella rättsverkningar ”ytterst härrörande från denna egenskap hos aftalets föremål, äro, i skarp motsats till hvad som förekommer vid öfriga aftal inom förmögenhetsrätten, af en öfvervägande ethisk natur”. Och de rättsverkningarna utgick ytterst från avtalets ändamål: att vara komplement till en annan människa.⁴⁹

Winroths uttalande var ingen tillfällighet. Tvärtom, i sitt följande författarskap skulle han gång på gång återkomma till den uppfattningen, som dessförinnan hade uttryckts av svenska jurister åtminstone sedan Nehrman, nämligen att många av tjänstehjonsförhållandets villkor också präglade förhållandet mellan föräldrar och barn, eller vice versa.⁵⁰

Redogörelsen hittills antyder knappast att Winroths åsikter om tjänstestavtal stod för något nytänkande i svensk rätt. Det kan dessutom nämnas att han inte heller själv försökte framstå som nydanare, utan tvärtom hänvisade till att Nehrman, Tengwall, Olivecrona m.fl. hade utgått från ett obligationsrättsligt synsätt. Han påpekade till och med att den avtalsrättsliga utgångspunkten också var dominerande i resten av Europa, med undantag från några tyska jurister under de allra senaste decennierna.⁵¹

9 En kontraktsrättslig uppfattning?

Ändå finns det fog för påståendet att Winroth i vissa avseenden kan betraktas som en banbrytare. Åtminstone tre skäl kan anföras.

För det första stod han för något nytt genom att vilja befria arbetslivets relationer från offentligrättsliga tvångsåtgärder och i stället reglera dem med renodlat civilrättsliga medel. Det kan ses som något av genombrott för en kontraktsrättslig uppfattning.

För det andra ville Winroth utvidga tjänstehjonsavtalets formella tillämpning till att gälla även intellektuellt arbete som utfördes utan att parterna nödvändigtvis bodde under samma tak. Det vill säga, den arbetspresterande kunde mycket väl ha sitt eget hushåll, till och med övervaka andra arbetare, så länge han fick ersättning genom lön.⁵² Den slutsatsen avvek tydligt från en sekelgammal ambition att fysiskt hålla samman husbonde och arbetare.

⁴⁹ Winroth 1878, s. 2, 11.

⁵⁰ Winroth, *Svensk civilrätt, III Föräldrarätt*, 1903, s. 152. Winroth, ”Legoaftal” i *Nordisk Familjebok*, 2:a, 1912, s. 54. Även Winroth 1878, s. 92, 197.

⁵¹ Winroth 1878, s. VI, fn 24.

⁵² Winroth 1878, s. 7–8.

För det tredje, och kanske viktigast. Winroth skisserade dessutom ansatser till en teleologisk metod. Den öppnade för att ett urval av tjänstehjonsförhållandets patriarkala regler och "naturliga" principer kunde tillämpas analogt på en större krets av arbetsrelationer än de som föll in under hans, uppenbarligen redan vida, definition av begreppet.

I det moderna samhället, menade Winroth, var tjänstehjonsförhållandets ändamål att tillförsäkra den tjänsteberättigade (husbonden) ett "visst kapital människostyrka". Värdet låg just i att prestationerna saknade ett förutbestämt innehåll och arbetskraften alltid stod till buds. Tjänarna kompletterade husbondens arbetsförmåga

"i de jembförelsevis gröfre sysslor, hvilka det dagliga lifvet för med sig vid skötseln och vårdnaden om familj, hem och hushåll, samt bereda honom äfven, derest han är i bättre sociala villkor än tjenarne, tillfälle att egna sig åt en hans begåfning mera anstående eller hans håg mera kär verksamhet [...]"

Tjenstehjonsaftalet är det aftal, hvarigenom en person berättigar en annan att under en viss tid använda hans krafter till hvarje skäligen arbete."⁵³

Winroth betonade att det fanns andra avtal som till innehåll och syfte mycket påminde om "en verklig tjenstehjonslega". Rättast vore att för de moderna tjänsteavtalen tillämpa de för tjenstehjonslega givna stadganden, som ägde "en mera ur sjelfva aftalets karakter härledd väsentlig eller naturlig beskaffenhet". Från de naturliga inslagen i tjenstehjonsavtalen borde man skilja de drag som av "historiskt förklarliga skäl erhållit en positivt egendomlig gestaltning".⁵⁴

Det är väl inte alltför långsökt att här finna beröringspunkter med Savigny, som på 1840-talet hade hävdad att en del rättsregler var tillkomna på grund av tillfälliga, politiska faktorer medan andra representerade rättens inre kärna.

Klyftan var kanske inte så djup mellan modernitetens Winroth och hans föregångare? Till sist nådde ju alla samma slutstation, nämligen att tjänsteavtal var "af en öfvervägande ethisk natur". Bakom en rökridå av naturliga avtalsvillkor kunde Winroth omfamna Savigny, Schrevelius och äldre naturrättstänkare.

Man kan därför tycka att frågan om tjänstehjonsförhållandet hör till offentlig rätt, familjerätt eller obligationsrätt framstår som en akademisk revirstrid och hårklyverier om nomenklatur. På samma sätt kan man reflek-

⁵³ Winroth 1878, s. 2–3.

⁵⁴ Winroth 1878, s. 10.

tera över vilken betydelse det har om civilrättsprofessorer anser arbetarens lydnads- och lojalitetsplikt vara en följd av plikternas ”naturliga” samband till tjänsten i stället för en konsekvens av arbetarens roll som lem i ett större organiskt sammanhang. Är det ändå inte metafysik alltigenom?

Förmodligen har skillnaden betydelse. Medan Savigny och senare Schrevelius hade använt sina metafysiska konstgrepp för att karaktärisera vissa arbetsavtal som familjerättsliga och därmed styrda av ”*Urrechten*”, kunde Winroth transplantera frågan till en avtalsrättslig kontext för att sedan extrahera dolda och naturliga villkor från det arbetsavtal som parterna ingått frivilligt.

Winroths metod att påträffa dolda och naturliga villkor i arbetsavtalet rörde legitimiteten för en framväxande rättsvetenskaplig disciplin: arbetsrätten. Ur ett liberalt, demokratiskt och ”modernt” civilrättsligt perspektiv kunde underkastelse och ojämlikhet i förhållande till en annan person bara grundas på frivilligt samtycke från den som underkastade sig. Winroths teleologiska metod, dolda villkor och naturliga principer föreskrevs inte av någon högre religiös eller sekulär auktoritet, utan beskrevs som ett utflöde från de avtalsslutande parternas fria vilja. Ur det perspektivet var det möjligen lättare att smälta Winroths anrättning av ett arbetsavtal som var kryddat med ett antal naturliga, inneboende villkor än de föregående författarnas hänvisningar till offentligrättslig lagstiftning, för att inte tala om Savignys och Schrevelius tal om arbetaren som en lem i den totala mänsklighetens organiska sammanhang.

10 Winroth går igen?

När Winroth skrev sin bok fanns inte arbetsrätten som självständig akademisk disciplin och frågan om de nya arbetsavtalens reglering var öppen. Bara några decennier senare hade *anställningsavtalet* etablerats som begrepp och fyllts med innehåll. Men det skedde som sagt sällan genom lagstiftning utan det föll som sagt på domstolar att precisera anställningsavtalets förutsättningar och konsekvenser. Så också i Sverige. Arbetsdomstolen (AD) började sin verksamhet 1929. Inom loppet av fyra år hade man avkunnat en serie domar som formade det moderna svenska anställningsavtalet. I avtalen, individuella som kollektiva, påträffade domstolen en uppsättning dolda klausuler, bland dem arbetsgivarens tolkningsföreträde och fria uppsägningsrätt likaväl som arbetstagarens långtgående lydnads- och lojalitetsplikter. Inte minst de sistnämnda har rättshistoriskt intresse.

1878 hade Winroth skrivit att de rättsliga konsekvenserna av tjänstehjonsförhållandet var ”i skarp motsats till hvad som förekommer vid öfriga aftal inom förmögenhetsrätten, af en öfvervägande ethisk natur”.

I fallet 1993:18 hade AD att bedöma uppsägningen av en hårfrisörska som på sin fritid och på eget initiativ hade klippt några grannar och tagit emot pengar för det, vilket ledde till att hennes arbetsgivare förlorade dem som kunder.

Domstolen förklarade att en anställd som på sin fritid konkurrerade med sin arbetsgivare visade allvarlig illojalitet. Gemensamt för de skilda aspekterna på lojalitet var ”tanken att anställningsavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer, utan att det skapar ett personligt förhållande mellan parterna”.

Det kan onekligen låta som ett eko från Winroth, men AD citerade ordagrant och hänvisade även uttryckligen till en lärobok i arbetsrätt, *Löntagar rätt* från 1988.⁵⁵

Samma ordalydelse återfanns emellertid redan i Folke Schmidts bok *Tjänsteavtalet* från 1959, där han dessutom skrev att ”som en särskild sida av tjänsteavtalet brukar framhållas arbetstagarens trohetsplikt eller vad jag kallar kravet på lojalitet mot arbetsgivaren”. Om man skulle ange en gemensam synpunkt, var det att arbetstagaren var ”skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision”. Schmidt skrev också att den tyska motsvarigheten kallades *Treuepflicht*, och refererade till en samtida handbok av Hueck och Nipperdey.⁵⁶

Dessa två författare, i sin tur, hade redan 1931 hävdade att enligt den tyskrättsliga uppfattningen (*nach deutsch-rechtlicher Auffassung*) bestod anställning inte bara i ett förmögenhetsrättsligt utbyte utan också personliga plikter mellan parterna, vilka styrdes av deras ömsesidiga trohet (*Treue*). Denna trohetsaspekt bestämde fortfarande arbetstagarens lydnadsplikt likaväl som hans tid, då denne inte arbetade. Följaktligen, på grund av personliga band mellan parterna, var arbetaren skyldig att tillgodose arbetsgivarens intressen och avstå från allt som skadade dessa intressen.⁵⁷

⁵⁵ AD 1993:18. Schmidt, F. m.fl., *Löntagar rätt*, 1988, s. 194.

⁵⁶ Schmidt, F. 1959, s. 241. Hueck, Alfred & Nipperdey, Hans Carl, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6:e, 1955–59, s. 220–221.

⁵⁷ ”das Interesse des Arbeitsgebers wahrzunehmen [...] und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt”. Hueck & Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 3–5:e, 1931, s. 179. Hueck, A., *Deutsches Arbeitsrecht. Ein Grundriss*, 1938, s. 65, 70. Hueck, A., *Der Treuegedanke in modernen Privatrecht*, 1947, s. 13.

Linjen från det tyska 1930-talet till AD:s rättsbildning kan tyckas vara tydlig. Men rötterna går djupare än så. Här finns betydligt äldre tanke-gods, som under det sena 1900-talet traderades och selekterades i samspel mellan svenska domare och juristprofessorer. När Schmidts bok kom ut i en ny upplaga 1994 grundades arbetstagarens skyldighet – att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget – på AD:s dom föregående år.⁵⁸

Mot den bakgrunden framstår kanske frågan om en rättslig reglering hör till den ena eller andra akademiska disciplinen som mindre intressant än frågan om vilka konsekvenser som regleringen får när den tillämpas i verkligheten?

⁵⁸ Schmidt, F. m.fl., *Löntagarrätt*, 1994, s. 257–258.

