

Max Lyles

Sedvanas omvandling till lag och rätt.

HD och sedvanerätten 1859–1886

”Domaren skal noga pröfva Lagens rätta mening och grund, och ther efter döma; men ej theremot, efter egen godtycko. Landssed, som ej har oskiäl med sig, må han ock rätta sin dom efter, ther beskrifven lag ej finnes.” Äldre Rättegångsbalken 1 kap. 11 §.

1 Inledning

Att seder, sedvanor och bruk utgjort historiska källor till en mängd olika rättsinstitut utgör en truism. I dessa fall har sedvanan fungerat såväl som en medelbar rättskälla till innehållet i senare stiftad lag som ett självständigt normerande inslag i rättstillämpningen och rättsbildningsprocessen, dvs. en direkt och självständigt fungerande normkategori, eller om man så vill ett direkt förpliktande faktum.

I litteraturen förekommer rättshistorien igenom talrika erkännanden av landssedens ställning som en kompletterande rättskälla. Från 1600-talet finner man exv. Claudius Kloots *Then Swenska Lagfarenheetz Spegel, uthi fyra Böcker fördeelt och beskrefwen* (Göteborg 1676) där författaren framhåller att hans framställning av svensk rätt har sin grund i såväl lag som i ”... gode loflige Bruuk och Sedwänjor” samt ”gode naturlige Skääl och förnufftige Ordseder, som också kunne brukas för Lagh, såsom Domare Reglorne fömäla”.¹ I enlighet med hävdvunna läror påpekar Kloot att rätten har två principiella uppenbarelseformer – den ena skriven, den andra oskriven – och följaktligen vilar rätten på mer än formell lagstiftning.²

¹ Inledning till Kloot, Claudius, *Then swenska lagfarenheetz spegel vthi fyra böcker fördeelt och beskrefwen aff Claudio Kloot. Medh Kongl. Mayt. ts special privilegio*, Götheborg, tryckt hoos Amund Grefwe, årh 1676.

² A.a., s. 6.

Skillnaden mellan den skrivna och den oskrivna rätten utgår från det faktum att rättskällorna som sådana har olika giltighetsgrunder.³ Lagstiftning är giltig i kraft av ett formellt instiftande medan övriga rättskällor är giltiga ikraft av utövande och acceptans, ty: ”Then obeskreffe Lagen är Lanzens Sedwänjo, hwilken är medelst ett långligt, öfweligt och skäalligt Bruuk införd.”⁴ Relationen mellan sedvänjan och den skrivna lagen kännetecknas av att sedvänjan endast är tillämplig i de fall där skriven lag saknas eller befinns vara obruklig.⁵ Kloot beskriver domarens bundenhet till sedvänjan på följande sätt: ”Ther man hafwer icke beskrifwen Lagh uppå, ther skal man bruka Lanzens skälige Sedwänjo, för Lagh och döma ther efter.”⁶ Och även om Claudius Kloot accepterar sedvänjan som en rättskälla så sker detta med hänvisning till domarreglernas uttryckliga erkännande av sedvänjan som rättskälla.

Fram till och med 1680-talet kännetecknades den svenska rättskällevärläran av relativt stor öppenhet.⁷ Men från och med Karl XI:s regeringstid kom den kungliga acceptansen av rättsnormer vars giltighetsgrunder låg utanför statsmaktens kontroll att minska.⁸ Och med tiden minskade även hovrätternas villighet att, utan utförliga resonemang och reservationer, godkänna rättsligt relevanta sedvänjor som juridiskt bindande.⁹

2 Svea rikes lag 1734 och landsseden

Svea rikes lag 1734 fortsatte enligt den tidigare linjen och i Rättegångsbalken 1 kap. 11 § infördes en hanteringsregel i den allmänna lagen enligt vilken domaren endast fick tillämpa landssed under förutsättning att skriven lag saknades och att landsseden efter prövning inte befanns var oskäligen eller orimlig. I sak utgjorde dessa föreskrifter ingen nyhet i svensk rätt. I såväl domarreglerna från 1500-talet som 1615 års rättegångsord-

³ Se t.ex. Meder, Stephan, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, 2. uppl., Tübingen, 2009, s. 9 ff.

⁴ Kloot, *Then swenska lagfarenheetz spegel*, s. 9.

⁵ A.a., s. 9.

⁶ A.a., s. 9 f.

⁷ Modéer, Kjell Å, *Historiska rättskällor i konflikt: en introduktion i rättshistoria*, Santérus, Stockholm, 2010, s. 86 ff.

⁸ Jägerskiöld, Stig, *Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1963, s. 101–110; Modéer, *Historiska rättskällor i konflikt*, s. 88.

⁹ Jägerskiöld, *Studier rörande receptionen av främmande rätt*, s. 199–214.

ning föreskrevs att domaren främst borde låta skriven lag ligga till grund för rättstillämpningen (även om det hierarkiska förhållandet mellan skriven lag och sedvanerätt ända fram till och med 1734 års lag inte var definitivt avgjort).¹⁰ Inom rättsväsendet var dock problemet 1600-talet igenom att svensk rätt ända fram till och med 1734 års lag kännetecknades av ett oklart rättskälleläge. För även om Kristoffers lands- och stadslagar stadfästes 1608 och 1618, för att sedan under 1600-talet tryckas i ett flertal upplagor och utgåvor, så skulle även de äldre landskapslagarna tillämpas parallellt med Kristoffers lands- och stadslagar ända fram till och med 1736.¹¹

3 1700-talet – David Nehrman om förhållandet mellan lag och sedvana

Under 1700-talet skedde inga större förändringar i uppfattningen om förhållandet mellan lag och sedvana.¹² Professor David Nehrman ger i sin *Inledning til then svenska iurisprudentiam civilem* (1729) uttryck för en sedvanerättsuppfattning som ligger nära Claudius Kloots uppfattning. Enligt David Nehrman's uppfattning, som stöds på praxis i form av kungliga brev, rättsfall med mera, är den skrivna lagen den främsta rättskällan och landsseden en subsidiär källa.¹³ Landsseden kan endast läggas till grund för rättstillämpning under förutsättning att skriven lag tiger eller saknas. Vidare skall domaren pröva landssedens normativitet på grundval av såväl dess faktiska existens, stadga, spridning som dess inneboende rationalitet.¹⁴ Dessa faktorer sammantagna implicerade lagstiftarens samtycke och därigenom även handlandets rättsenlighet. Rätten, eller det som Nehrman kallar ”lag”, grundar sig ytterst i lagstiftarens samtycke som antingen är uttryckligt, i form av skriven lag (*jus scriptum*), eller implicit, i form av lagstiftarens tystnad eller stillatigande samtycke, detta är vad som sedan kallas oskriven lag (dvs. *jus consuetudinarium* eller *jus*

¹⁰ A.a., s. 76 ff.

¹¹ Modéer, *Historiska rättskällor i konflikt*, s. 86 ff.

¹² Björne, Lars, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Patrioter och institutionalister: tiden före år 1815*, bd. 1, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm, 1995, s. 278–290.

¹³ Nehrman-Ehrenstråle, David, *Inledning til then svenska iurisprudentiam civilem 1729: Then svenska jurisprudentia civilis 1746*, Juridiska föreningen. Lund, 1979, s. 35 ff.

¹⁴ A.a., s. 35 ff.

non scriptum).¹⁵ På grund av sin tillgänglighet torde således den skrivna lagen i praktiken ha spelat en central roll i rättslivet under denna period, såväl för Nehrmans rättsuppfattning som för domstolarnas rättstillämpning, medan landsseden såväl i praktiken som i teorin spelade en subsidiär roll i rättskällelära och rättstillämpning.

4 1800-talets rättskällelära – lagstiftarens vilja och det allmänna rättsmedvetandet

Under 1800-talet sker ett skifte i sedvanerättsläran, medan den tidigare läran fäste stort avseende vid det faktiska utövandet av seden, så kom den nya doktrinen att uppmärksamma rättsövertygelsens betydelse för uppkomsten av sedvanerätt.¹⁶ 1700- och 1800-talens diskussioner om sedvanans rättsenlighet och rättsövertygelsens betydelse i sedvanerättsläran skiljer sig något. Medan den tidigare doktrinen poängterar lagstiftarens samtycke som en nödvändig förutsättning för uppkomsten av sedvanerätt, så poängterar 1800-talets doktrin rättsliga aktörernas subjektiva rättsövertygelse såsom den egentliga rättsgrunden till gällande sedvanerätt.¹⁷

5 Den nya uppfattningen: Ernst Viktor Nordlings sedvaneuppfattning

En företrädare för denna nya inriktning är Ernst Viktor Nordling (1832–1898). Enligt Ernst Viktor Nordling utgör sedvanerätten precis som lag, praxis och doktrin en formell rättskälla som egentligen endast formulerar och konkretiserar innehållet i den ursprungliga och egentliga källan till rätten i ett samhälle, det vill säga det allmänna rättsmedvetandet.¹⁸

¹⁵ A.a., *Inledning*, s. 35.

¹⁶ För en utförligare redogörelse, se Björne, Lars, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Brytningstiden: 1815–1870*, bd. 2, Institutet för rätthistorisk forskning. Stockholm, 1998, s. 299–211; *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Den konstruktiva riktningen: 1871–1910*, bd. 3, Institutet för rätthistorisk forskning: Stockholm, 2002, s. 306–315.

¹⁷ Se Fredrik Schrevelius framställning av sedvanerätt och annan oskriven rätt där författaren understryker rättsövertygelsens betydelse för sedvanerättens uppkomst: Schrevelius, Fredrik, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 1. Inledning eller allmänna pränotationer*, 2. uppl., Berling, Lund 1851, s. 6 ff och 48 ff.

¹⁸ Nordling, Ernst Viktor, *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk*

Skillnaden mellan folksedvänjan, lagstiftning, praxis och doktrin avser inte egentligt innehåll, utan endast *formen* för konkretiseringen av rättsmedvetandets innehåll. Folksedvänjan ger rättsmedvetandet konkretion genom utövandet, lagen genom stiftandet, praxis genom domstolarnas verksamhet och doktrinen genom vetenskaplig bearbetning av rättsatserna.¹⁹ Även om folksedvänjan ger det mest direkta uttrycket för rättsmedvetandets innehåll så innebär detta inte att rättstillämparen fritt kan använda sig av denna rättskälla. Tvärtom, en kritisk granskning och prövning av folksedvänjan, efter mönster hämtat från historiska skolans lärar, måste föregå upphöjandet av folksedvänjan till rättsnorm:

”1) *Folksedvänja*. Härom har man utvecklat en lära, som går särdeles långt i detalj. Man har antagit, att, om en rättsats gjort sig gällande i flere, på hvar andra följande rättsliga fall, den kan anses såsom konstant och för framtiden förbindande. Dock har man då ansett sig böra gifva några särskilda bestämmingar åt de olika fall, i hvilka folksedvänjan framträder. Man förklarar först, att sedvänjan endast då lemmar en förbindande rättsats, om de särskilda handlingarna af hennes tillämpning äro flere. Ut i själfva namnet sedvänja ligger fordran på ett upprepande af flere handlingar. Vidare skola handlingarna hafva vidtagits såsom grundande sig på en allmänt erkänd rättsgrundsats; de få således ej bero på enskildt godtycke. Vidare skola alla fallen, hvori tillämpningen skett, vara likartade, så att omständigheterna, som bestämma dem, hänvisa på en och samma rättsats. Slutligen antager man, att handlingarna ej få vara afbrutna af en eller flere på annat sätt utförda och således på annan rättsats hänvisande handlingar, emedan man då kan antaga, att den rättsuppfattning, af hvilken ifrågavarande rättsedvänja är ett uttryck, ej är allmän. I denna sista regel har man sökt göra en modifikation, så att man ej finge förneka tillvaron af en sedvänja, om en eller annan handling förekommit, som ej afgjorts i öfverensstämmelse med den; den är nog en rättsedvänja blott rättsatsen i de flesta fall gjort sig gällande.”²⁰

Nordling ställer sig dock något tveksam till den sedvanerättslära som han refererat till i citatet. Till att börja med medför denna typ av schematiska uppställningar av rättskällorna ett hot mot tanken på rättens enhet.²¹ Enligt Nordling bör det hållas i åtanke att rätten är något mer och större än de tekniska rättskällorna tagna var för sig. Rättens enhet utgör en

civilrätt: allmänna delen H. T. 1877–V. T. 1879, Juridiska föreningen i Upsala, Uppsala, 1882, s. 29.

¹⁹ A.a., s. 26 ff.

²⁰ A.a., s. 26.

²¹ A.a., s. 27.

syntes av de tekniska rättskällorna som motsvarar innehållet i det allmänna rättsmedvetandet.²² Således vilar även Nordlings rättskällelära på tanken att vare sig skriven eller oskriven rätt i egentlig mening utgör självständiga positiva rättskällor utan endast utgör uttryck för den enda egentliga positiva rättskällan, nämligen det levande och historiska allmänna rättsmedvetandet. Och vad gäller frågan om den verkliga grunden till rätten, om denna stod att finna i sedvanan eller rättsövertygelsen så var Nordling övertygad om den senares företräde:

”Då man uppställt sedvänjan såsom en rättskälla och noggrant utbildat läran därom, så tro vi, att man uti detta sista gått något för långt. Vi hafva ej något emot att uppställa sedvänjan såsom en särskildt utväg på hvilken rätten ur det allmänna rättsmedvetandet framträder i särskilda satser, men *man måste fasthålla, att det är det allmänna rättsmedvetandet, som är den ursprungliga grunden och källan för rätten*, ej sedvänjan.”²³

Rätten, i detta fall sedvänjan, härleder följaktligen sin legitimitet ur det allmänna rättsmedvetandet, inte ur de vägar som detta uttrycker sig. För Nordling är således lag, praxis, sedvänja och doktrin inte rättskällor i egentlig mening, utan endast rättskällor i teknisk mening, dvs. källmaterial med vilkas hjälp juristen kan skaffa sig kunskap om innehållet i den egentliga rättskällan – det allmänna rättsmedvetandet.²⁴

Även i frågan om förhållandet mellan den nu gällande rätten och framtida rättsutveckling så är Nordling kritisk mot ”den minutiösa uppfattning som yrkar”²⁵ att rättssedvänjor har en ovillkorlig giltighet. Enligt Nordling är denna uppfattning felaktig, eftersom det endast är när rättssedvänjorna har sin rot i det allmänna rättsmedvetandet som rättssedvänjorna lever och därmed blir rättsligt relevanta. I samma stund som sedvänjorna upphör att vara rotade i det allmänna rättsmedvetandet så upphör de även att vara levande och rättsligt förbindande. Följaktligen är varje annan uppfattning om sedvanerättsläran än Nordlings uppfattning uttryck för en rätthistoricism som innebär att fastslagna rättssedvänjor (och följaktligen även andra

²² A.a., s. 27.

²³ A.a., s. 27.

²⁴ Lyles, Max, ”Tradition, Conviction or Necessity? An Attempt at a Traditionalist Interpretation of the Uppsala School’s Theory of Legal Doctrine (with respect to the Legacy of the Historical School),” i *Rechtswissenschaft als juristische Doktrin: Ein rechtshistorisches Seminar in Stockholm 29. bis 30. Mai 2009.*, s. 160 ff.

²⁵ Nordling, *Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt ...*, s. 27.

rättskällor) för framtiden binder "rätten vid de former rättsmedvetandet en gång tagit."²⁶ En sådan antikvarisk uppfattning av rätten skulle, enligt Nordling, till och med strida mot rättsmedvetandets organiska och dynamiska natur och principiella frihet och oberoende i förhållande till det tillfälliga historiska innehållet i de s.k. tekniska rättskällorna.²⁷

Nordling kopplar frågan om de tekniska rättskällornas giltighet till deras överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet, för utan en sådan överensstämmelse är rättskällorna formellt sett inte giltiga.²⁸ För sedvanerätten innebär detta att seder och bruk endast kan aspirera på rättslig relevans och rättskällestatus om deras faktiska utövande kan legitimeras med hänvisning till en känsla av rättsenlighet – dvs. en materiell återkoppling till det allmänna rättsmedvetandets innehåll. Här finner man en koppling till kravet på *opinio juris sive necessitatis*, historiska skolans främsta kriterium för en bindande sedvana.²⁹ Enligt detta kriterium måste handlandet som sådant vara normstyrt för att handlandet skall anses vara rättsligt relevant. Det enskilda handlandet måste således kunna förklaras med hänvisning till det allmänna rättsmedvetandets krav, dvs. till den subjektiva föreställningen om förekomsten av en plikt eller en rättighet. Det är först i och med att den handlande handlar i enlighet med rättsövertygelsen som själva handlandet anses vara föranlett av den objektiva rättens rättsligt bindande krav snarare än andra, icke rättsliga krav.

6 Den äldre sedvanerättsuppfattningen

Ernst Viktor Nordlings samtida, Johan Christian Kreüger, företrädde en äldre och lagstiftningstrognare ståndpunkt.³⁰ Johan Christian Kreüger gör till en början en distinktion mellan *lag* och *rättskälla*. För Kreüger är det endast lagen som har bindande kraft för domaren. Landssed, praxis och doktrin utgör endast "rättskällor" dvs. källor ur vilka lagstiftaren öser material till lagstiftningsverksamheten.³¹ Det är först när landsseden uttryckligen har godkänts av lagstiftaren som landsseden får kraft av lag och kan

²⁶ A.a., s. 27.

²⁷ A.a., s. 27.

²⁸ A.a., s. 26 ff.

²⁹ Jämför även Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 1.*, s. 49 ff.

³⁰ Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia* 3, s. 311.

³¹ Kreüger, Johan, "Huru må man förstå 2 mom. af 11 § 1 kap. Rättegångsbalken 1734 års lag: Landssed, som ej har oskäl med sig, må han (domaren) ock rätta sig efter, der

läggas till grund för domarens domar.³² I Kreügers framställning ligger således en specifik betydelse av rättsbegreppet till grund för analysen. I stället för att, som romarna och de senaste romanisterna (Savigny m.fl.) likställa normkategorierna lag och landssed med varandra, så hävdar Kreüger att romarna har fel, ty lag och landssed är inte normativt likställd. Den skrivna lagen är förbindande, vilket landsseden inte är. Landsseden har, betraktat som ett normativt mönster, endast konsultativ funktion, utan strikt förpliktande innehåll, för domaren. Enligt Kreüger ger bestämmelserna i RB 1:11 uttryck för meningen att endast lagen är bindande för domaren, ty strängt taget har plägseden/landsseden aldrig haft självständig normativ status i någon historisk rättsordning. I själva verket erhåller seden endast rättslig relevans i form av rättegångspraxis (*juris prudens*), dvs. som ett av domstolen fastslaget rättesnöre, snarare än som en självständig norm. Enligt Kreüger har domaren att pröva landssedens rättsenlighet och skälighet innan han upphöjer landsseden till ”lag”. Sedvanerätten har således alltid varit beroende av andra aktörer än folket för sin bindande kraft, vilket ytterligare understryks av Kreüger när han påpekar att lagstiftarens uttryckliga eller underförstådda samtycke utgör en nödvändig förutsättning för att seden skall erhålla rättslig relevans.³³

Skulle landsseden befinnas vara rättsligt relevant så innebär detta inte att landsseden skall betraktas som en omedelbar rättskälla, utan lands-seden utgör endast ett *memento* för domaren. Enligt Kreüger är lands-seden vare sig identisk eller likställd med lagen och kan därför i egentlig mening aldrig konkurrera med lagstiftningen. Landsseden må aldrig upphäva lagen, eftersom lagen endast kan ändras och upphävas genom lag så skulle den domare som tillät landssed upphäva lag missbruka sin ställning.³⁴ Vad gäller kriterierna för sedvanans beaktande såsom rättsligt

beskrifven lag ej finnes?,” *Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning* (Naumanns tidskrift, NT) 1882, s. 575 f.

³² För motsatt uppfattning, se Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt. D. 1.*, s. 48 f.

³³ Denna tanke lever kvar in på 1900-talet. Se exv. Sjögren, Vilhelm, ”Domaremakts och rättsutveckling,” *Tidskrift för Retsvidenskab (TfR)* 1916, s. 341 ff.

³⁴ Kreüger, J., ”Försök till utredning af begreppet landssed,” i *Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning* (Naumanns tidskrift, NT), s. 204 ff.; Kreüger, Johan, ”Huru må man förstå 2 mom. af 11 § 1 kap. Rättegångsbalken 1734 års lag: Landssed, som ej har oskäl med sig, må han (domaren) ock rätta sig efter, der beskrifven lag ej finnes?,” *Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning* (Naumanns tidskrift, NT) 1882, s. 575 f. Denna lojalitet till lagstiftaren är återkommande i såväl det sena 1700-talets som

relevant så är dessa enligt Kreüger de sedvanliga.³⁵ Kreüger behandlar dock inte kravet på *opinio juris*, vilket i sammanhanget är följdriktigt eftersom landsseden enligt honom utgör en historisk källa till lagstiftning snarare än en självständig rättskälla, varför det saknas egentlig anledning att pröva om seden utövats under en rättsövertygelse (Kreüger är på det hela taget tämligen kritisk till uppfattningar liknande den historiska skolans sedvanerättslära).³⁶ För övrigt bör landsseden användas med försiktighet, dvs. tolkas och tillämpas *stricti juris* och framförallt inte utsträckas till att anses omfatta mer än vad den faktiskt reglerar.³⁷

7 Sedvana i praxis och ett lagstiftningsärende

Undersökningen av praxis och lagstiftning innehåller några exempel hämtade från en period omfattande cirka 30 år. I rättspraxis är frågor som rör frågeställningar om sedvana i form av handelsbruk relativt vanliga medan rättsfall som direkt rör landsseden är ovanliga. De tre HD-fall som jag presenterar har valts därför att sakfrågan avgörs med explicita hänvisningar till den eventuella förekomsten av en rättsligt förbindande sedvana, varigenom de principer som HD arbetat efter i fall rörande landssed som en rättskälla kan identifieras.

Lagstiftningsärendet, proposition 1886:2 *Förslag till förordning angående de svenska lapparne och de bofaste i Sverige samt till förordning angående renmärken* har valts därför att HD:s utlåtande i ärendet och propositionen i sin helhet innehåller ett flertal intressanta uttalanden om dels sedvanerättsens ställning som rättskälla dels dess roll i rättsbildningsprocessen. Lagstiftningsärendet gör saken något mer komplex eftersom HD inte uttalar sig auktoritativt och definitivt, som i prejudikatärendena, utan endast konsultativt i ett lagstiftningsärende.³⁸

tidiga 1800-talets doktrin på området. Se Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia* 2, s. 279 – 290.

³⁵ Kreüger, ”Huru må man förstå 2 mom. af 11 § 1 kap. Rättegångsbalken 1734 års lag: Landssed, som ej har oskäl med sig, må han (domaren) ock rätta sig efter, der beskrifven lag ej finnes?,” s. 577 f.

³⁶ A.a., s. 575 f.

³⁷ A.a., s. 580.

³⁸ HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884, s. 1, i Proposition 1886:2 *Förslag till förordning angående de svenska lapparne och de bofaste i Sverige samt till förordning angående renmärken* (Bihang till Riksdagens protokoll vid lagtima riksdagen i Stockholm år ... 1886. Samling 2. Afd. 2, Komitébetänkanden, m. m., Bd 1), Riksdagen, Stockholm, 1886.

8 Sedvana i rättstillämpningen

Tånghämtning

HD:s dom 14/10 1859 (ref. Schmidts Juridiskt arkif, JA 1860–61 s. 281) behandlar en tvist mellan två halländska byar, Hafverdahl och Särdaahl. Enligt byamännen i Hafverdahl hade de en på ålder baserad rätt att hämta tång på en strand tillhörande Särdaahls by. Särdaahls byamän förnekade att en sådan rätt existerade. Frågan som egentligen handlade om hävd enligt 15 kap. Jordabalken³⁹ och inte sedvana, är av intresse för denna undersökning eftersom sedvanerätt och hävd uppkommer under *liknande*, men inte identiska, omständigheter (domstolarna diskuterar främst sedvanefrågan). Den strand från vilka byamännen i Hafverdahl hämtade tången hade genom flera skiften frångått Hafverdahls by som till slut även saknade såväl väg som gränser till stranden. Byarna hade även tidigare legat i tvist om rätten till stranden och slutligen hade rätten till stranden tilldömts Särdaahl 1813. Oaktat det faktum att stranden tillhörde Särdaahls by hade Hafverdahls byamän under lång tid brukat hämta tång från stranden, och slutligen, efter det senaste skiftet 1845, hade byarna reglerat Hafverdahls tånghämtning genom avtal.

Eftersom tånghämtningsrätten varit omtvistad under lång tid fastslog HD i sin dom att Hafverdahls byamän inte lyckats visa att de före 1813 års utslag ”... utöfvat tångtåget som en deras hemman, oberoende af äganderätt till stranden, tillhörande rättighet”. HD menade således att bruket att hämta visserligen varit av varaktig karaktär, men att förekomsten av tvister och invändningar rörande detta bruks utövande samt det avtal som ingicks 1845 innebar att tånghämtningen inte kunde betraktas som en sedvana som utvecklats till sedvanerätt. Enligt en rättsteoretisk analys kunde tånghämtningen således inte anses vara utövad eller accepterad såsom en juridisk nödvändighet, dvs. under trycket av en allmän och tvingande rättsövertygelse, och tånghämtningen skulle därför sakna sedvanerättsstatus.⁴⁰

³⁹ JB 15:1: Thet är urminnes häfd: ther man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvad och ohindrad besuttit, nyttjadt och brukadt hafver, at ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesman först hertil komne äro.” 15:4 ”Förebär någon urmines häfd, som klandrad varder; vise tå med gamla och laggilda bref och skrifter, eller trovärdiga män, the ther om orten väl kunnige äro, och på ed sin vitna kunna, at the hvarken sielfve veta, eller af andra hördt, någon tid annorlunda varit hafva. Gitter han thet ej; vare tå then häfd utan krafft och verkan.”

⁴⁰ Jämför Schrevelius kortfattade hänvisning till betydelsen av *opinio necessitatis* och kra-

1 kap. 11 § RB: Fiskelag och oskälighetsdom

Frågan om tillämpningen av 1:11 RB togs upp i HD:s dom 23/10 1873 (ref. Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning, Naumanns tidskrift, NT1874 s. 493). Sakfrågan gällde om sterbhusdelägare kunde inträda som successorer i ett fiskelag eller ej. Då skriven lag saknades valde HD att, med direkt hänvisning till den sedvana som gällde å orten (landssed), bifalla sterbhusdelägarnas käromål. Enligt vad som vittnades om av nämnden i Orust häradsrätt så bildades ett fiskelag genom att ett antal fiskare gemensamt uppsökte en finansär (förskottsgivaren) som i utbyte mot en egen lott (andel) i fartyget förskotterade byggandet och utrustandet av en storsjöfiskebåt. Utöver denna lott i fartyget hade förskottsgivaren rätt att utse ytterligare en person (en halvlotteman) som förskottsgivaren, utöver sin egen ursprungliga lott, hade rätt att dela ytterligare en lott med. Om någon i fiskelaget avled, utsågs ytterligare en halvlotteman med vilken den avlidnes sterbhus delade förtjänsten.

I fallet hävdade dödsboet efter den avlidne att den döde (som avlidit innan båten färdigställdes) redan innan dödsfallet blivit delägare i fiskelaget, detta påstående bestreds av fiskelagets övriga medlemmar. Enligt fiskelaget hade den döde aldrig utgivit ett skuldebrev motsvarande dennes del av förskottet och hade därför aldrig blivit medlem i fiskelaget.

Häradsrätten fann att den döde, i enlighet med vad nämnden upplyst häradsrätten om blivit delägare i fartyget och att dödsboet var berättigat till den avlidnes andel i fartyget. Landsseden ifråga uppfyllde således de kriterier som krävdes för att den skulle anses vara rättsligt relevant. Hovrätten fann inte skäl att ändra häradsrättens dom. Nedre revisionen yttrade:

”... att enär upplyst blifvit att uti den ort, der parterne vore boende, sedvanligt vore, att, då en till ett fiskelag hörande fiskare afled, i hans ställe antoges en halvlotteman, och att den andel i fiskfångsten, som skulle belöpt på den aflidnes lott i fiskelaget, lika fördelades emellan halvlottemannen och den aflidnes sterbhusdelägare, nedre revisionen hemställde att Kongl. Maj:t måtte, med stöd af denna sedvänja och på den af domstolarne anförde skäl, pröfva rättvist gilla hofrättens domslut ...” (Sid. 500).

Vid föredragningen i HD bifölls Nedre revisionens betänkande enhälligt. (Om referatets rubrik ”Delägare i fiskelag eller icke? Tillämpning af det i 1 kap. 11 § rättteångsbalken förekommande stadgande: ’Landssed som

ven på sedvanans förnuftighet enligt Savigny i *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt*. D. 1., s. 49 ff.

ej har oskiäl med sig, må han (domaren) ock rätta sin dom efter, ther beskrifven lag ej finnes,” skall anses vara till någon ledning för analysen av rättsfallet så skulle HD funnit att landsseden var såväl bevisad som skälig.)

Prästboställen på Öland

Slutligen, i Naumanns tidskrift, NT 1879 s. 326, behandlade HD en fråga som på ett allmänt plan rörde frågan om prästeståndets privilegier och församlingarnas respektive kyrkoherdarnas befogenheter att genom upprepat bruk m.m. självständigt, och med förbindande verkan, reglera församlingarnas ansvar för underhåll för de kyrkliga boställena. Tvisten rörde om det var församlingen eller kyrkoherdens dödsbo som ansvarade för underhållet av ett öländskt prästboställe. Vid efterträdarens tillträdes-syn ansåg församlingen att ansvaret vilade på boställets innehavare, medan dödsboet, med hänvisning till existerande landssed på Öland, hävdade att underhållsansvaret vilade på församlingen. I målet fastslog den s.k. synerätten att eftersom församlingen av *ålder* byggt och underhållit boställets *samtliga* hus och byggnader, så var församlingen därmed förpliktad att avhjälpa de brister i underhåll som framkom vid tillträdessynen. Varken hovrätt eller högsta domstolens majoritet fann anledning att göra ändring i synerättens utslag och torde således ha erkänt den landssed som utövades på Öland som bindande för församlingen. HD:s minoritet (två justitieråd) ansåg dock att den förpliktelse som enligt kunglig resolution föranledd av prästeskapets besvär 1762 ålåg prästboställets innehavare *inte kunde åsidosättas* genom landssed. Församlingens långvariga sed medförde således inte att församlingen förpliktades att stå för vissa nybyggnationer på bostället.

9 Sedvana, sedvanerätt och lagstiftning

Under senare hälften av 1800-talet började statsmakterna att intressera sig för en reglering av förhållandena i Norrland, och en rad utredningar av bland annat samefrågan och renbetesrätten initierades. I proposition 1886:2, *Förslag till förordning angående de svenska lapparne och de bofaste i Sverige samt till förordning angående renmärken*, utreds samernas framtida rätt att bruka marken såväl inom som utom de s.k. lappmarkerna och skattefjällen. I den mån som inte lag reglerat vilken rätt samerna hade till bland annat renbete och visst uttag av virke m.m. ur annans skog, dvs.

den bofasta befolkningens fastigheter, så skulle enligt utredarna rättsförhållandena mellan samerna och den bofasta befolkningen bestämmas på grundval av vad som gällt enligt sed och gammalt bruk.⁴¹ I lagförslaget (1 §) fastslogs att samernas rätt omfattade såväl Norrbottens och Västerbottens läns lappmarker, särskilt avsatta områden i Jämtland som de områden som de trakter som samerna av sedvana besökt, och att denna rätt innebar att samerna, utan markägarnas tillstånd, fick använda sig av mark och vatten för sitt och renarnas underhåll. (Den del av renbetesrätten som berörs i denna artikel gäller endast *uppkomsten* av rättigheter och plikter mellan samerna och de bofasta på grundval av sedvana, inte rättigheternas och förpliktelseernas innehåll.)

Högsta domstolen riktade kraftig kritik mot utredarnas påståenden om förekomsten av sedvanerättsligt grundad betesrätt för samerna. Flera av högsta domstolens medlemmar var särskilt kritiska mot kommitténs användning av sedvanerättsargumentet som historisk källa till ny lagstiftning.⁴² Enligt högsta domstolen hade kommittén felaktigt lagt sedvanerätten i en del av landet (sedvana i Västerbottens och Norrbottens län) till grund för påståenden om faktiska förhållanden i en annan del av landet (Jämtland).⁴³ Från lagstiftarhåll ansåg man dock att HD:s ledamöter i sin kritik av utredningen underlät att skilja mellan rättstillämpnings- och lagstiftningsfrågor och att lagstiftaren därför kunde lämna högsta domstolens kritik utan avseende.⁴⁴

Av intresse i detta fall är den dikotomi mellan rättsbildning och rättstillämpning som HD:s kritik av utredningen belyser. Enligt HD använder kommittén en existerande sedvana och tillhörande sedvanerätt som motiv för denna sedvanas upphöjande till lag, vilket innebär att kommittén (felaktigt) använder sig av sedvana och sedvanerätt som rättspolitiska motiv för kommande lagstiftning och blandar därmed samman två olika rättsliga verksamheter. (Se Kreügers inställning till sedvanerätten ovan.)

⁴¹ *Förslag till förordning angående de svenska lapparne och de bofaste i Sverige samt till förordning angående renmärken*, Stockholm 1883, s. 5.

⁴² *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 1–12, i Proposition 1886:2.

⁴³ A.a., s. 1–12.

⁴⁴ A.a., s. 1–12.

10 Sedvanans förekomst och geografiska utbredning

Enligt den kommittéutredning⁴⁵ som förgick proposition 1886:2 saknades särskilda lagbud som tillerkände de svenska samerna rätt att företa sina vandringar ner till kustlandet. Enligt kommittén måste saken dock ses ur ett vidare perspektiv, för även om vandringsrätten saknade direkt lagstöd så borde man beakta att ”dessa Lapparnes flyttningar måste, då de af ålder allt hitintills opåtaladt egt rum, anses vara grundade på sedvanerätt.”⁴⁶ På grundval av sedvanans utövning samt frånvaron av de bofastas invändningar konstaterade således kommittén förekomsten av sedvanerätt till flyttning från fjällen ner till kustområdena. Sedvanerätten ifråga omfattade i och för sig endast Norr- och Västerbottens läns samer och deras vandringar, men utredarna ansåg att denna sedvanerätt även kunde utvidgas till att omfatta samegrupper utanför Norr- och Västerbottens län, ty ”enahanda rätt till vinterflyttningar, hvilken sades tillkomma de tvänne nordligaste länens Lappar, synes jämväl enligt sedvana tillkomma Lapparne inom Jemtlands län.”⁴⁷ Förekomsten av denna utvidgade sedvanerätt var dock inte oomtvistad. Tvärtom, hävdades det att de vandringarna till och från olika betesområden endast utgjorde en sedvana men inte sedvanerätt (dvs. vandringarna utgjorde endast ett bruk utan rättslig verkan); visserligen hade de bofasta fördragit sedvanan, men frågan var om de bofasta verkligen var förpliktade att erkänna sedvanan som rättsligt bindande.⁴⁸

Enligt utredarna hade de bofasta på senare tid börjat invända mot samernas vandringar, men eftersom de bofastas invändningar börjat luftas först efter det att sedvanan etablerats så saknade invändningarna rättslig betydelse.⁴⁹ Utredarnas argumentation tyder således på att de menade att den föreliggande sedvanan redan omvandlats till en rättsregel, en företeelse skyddad av sedvanerätt. Och slutligen, samerna var obestridligen de ursprungliga nyttjarna av området varför det i denna fråga var naturligt att den bofasta befolkningens anspråk och krav måste vika för samernas intressen.⁵⁰

⁴⁵ *Förslag till förordning angående de svenska lapparne och de bofaste i Sverige samt till förordning angående renmärken*, Stockholm 1883.

⁴⁶ *Förslag till förordning angående de svenska lapparne ...*, Stockholm 1883, s. 66.

⁴⁷ A.a., s. 66.

⁴⁸ *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 7 ff.

⁴⁹ Jämför NJA 2011 s. 109 där HD påpekar att invändningar mot en etablerad sedvana endast har rättslig relevans under sedvanerättens uppbyggnadsfas.

⁵⁰ *Förslag till förordning angående de svenska lapparne ...*, s. 70 f.

Högsta domstolens kritik

I sitt yttrande ifrågasatte HD kommitténs resonemang kring sedvanans geografiska utbredning och dess betydelse i lagstiftningsärendet. Enligt HD lade utredningen förekomsten av sedvana och sedvanerätt i en del av landet till grund för slutsatsen att en liknande sedvana och sedvanerätt även förekom i en annan del av landet, vilket enligt HD var betänkligt eftersom det innebar att de faktiska förhållandena i Norrbotten och Västerbotten utgjorde bevis om förekomsten av rättsligt relevanta sedvanor även i Jämtland (där sedvanans rättsliga status enligt HD inte var lika stark).⁵¹ HD:s kritik i detta sammanhang innebar att HD ifrågasatte om lagstiftaren (dvs. de kommitterade) verkligen hade mandat att frånga sedvanerättsläran och använda en annan metod vid bedömningen av sedvanans rättsliga relevans och omfattning än vad domstolarna i allmänhet fick göra. Svaret tycks ha varit nekande.

Utöver att låta sedvanan i Norr- och Västerbottens län presumera förekomsten av en sedvana i Jämtland lade kommittén även sociala argument och samhällsargument till grund för sina rekommendationer. De faktiska realiteter under vilka rennärningen utövades, t.ex. svårigheter att under vissa delar av året finna bete på grund av svåra väderförhållanden, utgjorde faktorer som *de facto* tvingat fram seden med vandringar till och från olika betesområden. Enligt kommittén utgjorde dessa argument därför "... stöd för det antagande, att de jemtländska Lapparnes här afhandlade sed eger verklig rättsgrund", dvs. att seden utövats under *opinio necessitatis* varmed även de jämtländska samernas flytt- och betesrättigheter var att anse som sedvanerättsligt skyddade.⁵² HD:s ledamöter fann dock argumentationen tveksam.

Justitierådet Östergren ansåg att syftet med lagförslaget var att ge samernas vandrings- och flyttningsrätt lagstöd.⁵³ Till stöd för denna lagstiftningsåtgärd ville de kommitterade stödja sig på en historisk källa, nämligen förekomsten av en, enligt Östergren, icke existerande sedvanerätt.⁵⁴ Det faktum att samerna sedan gammalt, opåtalat, överskridit lappmarkernas och skattefjällens områden var allmänt känt, men Östergren ansåg att upphöjandet av denna "[sed]vana till rätt" och genom lag fastställa den en gång för alla torde kräva starkare stöd än blotta påståendet om förekomsten

⁵¹ HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884, s. 1–12.

⁵² Förslag till förordning angående de svenska lapparne ... , s. 70.

⁵³ HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884, s. 3 f.

⁵⁴ A.a., s. 3 ff.

av en sedvanerätt. Enligt justitierådet Östergren var den underliggande sedvanans rättsliga status långt ifrån ostridig, och intressesättningarna kring markanvändningen i Norrland var skarpa. Därtill var den omstridda sedvanan alltför obestämd för att anses vara skäligen (jfr. RB 1 kap. 11 §) och kunde därför inte anses vara rättsligt bindande.⁵⁵

Även justitierådet, f.d. professor, Knut Olivecrona ansåg att lagstiftningsärendet inte kunde avgöras ensamt med hänvisning till sedvanerätten.⁵⁶ Till en början måste den rättsliga betydelsen av sedvanerätten undersökas. Enligt Olivecrona var sedvanerätten enligt RB 1:11 underordnad den allmänna lagen. Och den på sedvana grundade flyttningsrätten m.m. utgjorde därvidlag ett undantag från den allmänna lagens regler (som enligt Olivecrona dessutom främst skyddade jordägarnas intressen).⁵⁷ Olivecrona ansåg därtill att samernas "rätt" endast var en långvarig sedvana, ett bruk och en sed som saknade såväl rättsskydd som förpliktande verkan. Sedvanan ifråga var, enligt Olivecrona, tolererad men inte accepterad av de bofasta och utgjorde därför inte sedvanerätt.⁵⁸ Sammantaget vilade Olivecronas argumentation på hanteringsregeln i RB 1:11 enligt vilken domaren ålades att pröva sedvanans skälighet.⁵⁹ Olivecrona använde därmed RB 1:11 för att föra in samhällsargument i prövningen av sedvanans bindande kraft och hävdade att en kodifikation av den ifrågavarande seden skulle kränka "statens förnuftiga intressen", varför han måste avstyrka lagförslaget i denna del.⁶⁰ Enligt Olivecrona var det, ur ett allmänt samhälls- och utvecklingsperspektiv, föga förnuftigt att lagfästa samernas renbetesrätt eftersom en sådan åtgärd skulle medföra att samernas näringsfång kom att lägga hinder i vägen för den snabba utveckling som då skedde inom såväl skogsbruk som kommunikationer, samt hindra odling där sådan var möjlig.⁶¹

Olivecrona utvecklade sin argumentation mot lagförslaget och sökte underbygga sina invändningar ur ett rättsideologiskt perspektiv och

⁵⁵ Jfr. A.a., s. 5.

⁵⁶ A.a., s. 5–11.

⁵⁷ A.a., s. 7 f och 9 f.

⁵⁸ A.a., s. 7. Här används dock argumentationslinjer, dvs. ett poängterande av rättsövertygelsens betydelse, liknande de som använts av såväl Schrevelius (*Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 1.*, s. 48 ff.) och Nordling (*Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt ...*, s. 26 ff.).

⁵⁹ *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 6 f. Se även föregående fotnot.

⁶⁰ A.a., s. 7 och 11.

⁶¹ A.a., s. 7 ff.

poängterade att lagen skyddade äganderätten framför andra intressen. Exv. så kunde rätten till marken endast inskränkas eller upphävas genom hävd, servitut eller frivilliga pålagor, och då sedvanan vare sig utgjorde hävd, servitut eller avtal så var det enligt Olivecrona högst befogat att ifrågasätta rättsgrunden för införandet av en lagstadgad betes- och flyttningrätt som fick utövas på de bofastas bekostnad.⁶² I själva verket var möjligheterna att låta sedvanan gälla framför den skrivna lagen begränsade, för att inte säga obefintliga.⁶³

11 Avslutning

De fall som redogjorts för ovan visar att HD inte varit främmande för att, i enlighet med RB 1:11, godkänna landssed som en rättskälla och lägga den till grund för sina beslut. Domskälen är dock knapphändiga och det är därför vanskligt att dra några slutsatser om vilka bevekelsegrunder, eller vilka delar av sedvanerättsläran, som tillämpats av domstolarna i målen. De processuella kraven på bevisning innebär att kravet på landssedens faktiska existens och faktiska utövande i processen utgör en självuppfyllande processuell truism – dvs. åberopad landssed måste bevisas uppfylla kraven på stadga, utbredning och upprepning. Frågan om den betydelse som HD fäster vid rättsövertygelsen (*opinio juris sive necessitatis*) vid fastställandet av sedvanerätten är än svårare att besvara. Sedvanans transformation från *sakförhållande till rättsförhållande*, förvandlingen från fakta till norm, kan inte avgöras direkt på grundval av faktiska omständigheter, utan måste konstrueras mot bakgrunden av ett förmodat subjektivt moment (*opinio juris*) som har till funktion att tillhandahålla en normativ förklaring till det faktiska handlandets uniformitet. I HD:s argumentation antyds att sedvanans transformation till sedvanerätt, såtillvida som *opinio juris* har rättslig relevans, endast kan fastställas på grundval av frånvaron av avtal parterna emellan eller frånvaron av invändningar från någon av parterna. Enligt detta synsätt tycks förekomsten av ett avtal tala emot att den utövade sedvanan som sådan skulle föranletts, utövas och upprätthållits på grundval av en sedvanebildande pliktföreställning. Anledningen till denna bedömning är om parternas inbördes rättsförhållande *de facto* hade reglerats i avtal så utgjorde avtalet en presumption om att det stått parterna *fritt* att reglera de inbördes rättsförhållandena och i

⁶² A.a., s. 9 f.

⁶³ A.a., s. 9 f.

sådant fall kunde ingen tvingande sedvanerätt ha existerat – sedvanerätt gjorde avtalet överflödigt, medan avtal motbevisade den återopade sedvanerättens existens. Frånvaron av invändningar mot sedvanans utövande tyder på förekomsten av ett stillatigande samtycke från berörda parter, på ungefär samma sätt som frånvaron av invändningar mot sedvanan från lagstiftaren måste tolkas som ett godkännande av sedvanan som rimlig eller utan oskäl (se exv. Kreüger). Givet det svaga stöd som finns för de ovanstående resonemangen om hur HD fastställde förekomsten om en sedvanerättsgrundande rättsövertygelse är det måhända säkrare att anta att HD ur förekomsten av en objektiv omständighet, dvs. en tillräckligt stadgad sedvana, presumerat förekomsten av en motsvarande subjektiv inställning, dvs. en sedvanerättsgrundande rättsövertygelse.

I lagstiftningsärendet går argumentationen vidare och de ledamöter av HD som uttalar sig i ärendet ställer uttryckligen rättsliga argument mot samhällsargument. Sedvanerätt samt samernas sedvänjor och behov av betesmarker ställs mot lagstadgad äganderätt samt de bofastas näringar och behov, och HD finner att man måste avstyrka förslaget då de bofastas rättigheter och intressen väger tyngre än samernas. Vad gäller de enskilda sedvanerättskriterierna så tar HD upp dem till behandling i lagstiftningsärendet, men eftersom juridiska argument och rättspolitiska överväganden blandas i HD:s rekommendation är det svårt att avgöra vilken egentlig tyngd som lades vid de olika sedvanerättskriterierna; än antyds det att sedvanerätt faktiskt kan visas, än att sedvanerätten är obevisad och att samernas sedvanor därför saknar rättsligt stöd. Och skulle sedvanerätt ändå föreligga så kan denna inte utgöra ett rättspolitiskt argument för lagstiftning som åsidosätter och upphäver äganderätt och jordbruksnäringens intressen till förmån för samernas sedvanerätt till annans mark.