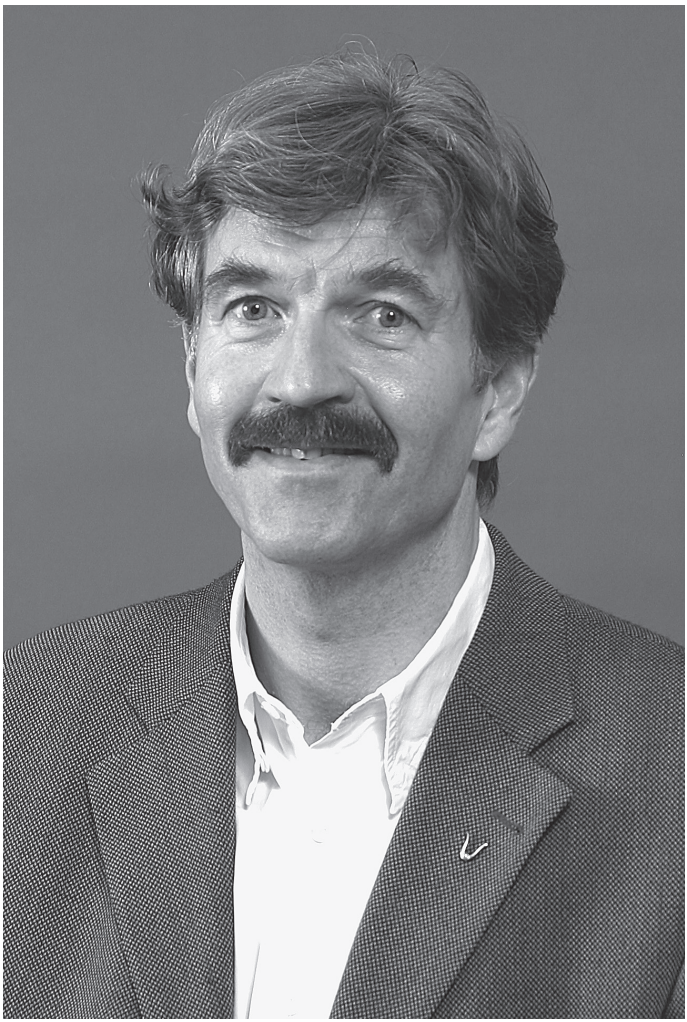
De lege

Juridiska Fakulteten i Uppsala

Årsbok 2016

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg



Arbetslinjer och långa linjer

Vänbok till Mats Kumlien

Redaktörer
Marianne Dahlén & Rolf Nygren

IUSTUS FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2016
Upplaga 1:1
ISSN 1102-3317
ISBN 978-91-7678-967-4
Produktion: eddy.se ab, Visby 2016
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Interak, Poland 2016

Förord

Sommaren 2016 går Mats Kumlien i pension efter många år som först universitetslektor och senare professor i rättshistoria. Som en uppskattning för en lång akademisk karriär med förtroendeuppdrag både inom och utom sitt universitet har vänner och kollegor skrivit en vänbok, som Juridiska fakulteten beslutat utge som dess årsbok, 2016 års upplaga av *De Lege*.

Bidragen i vänboken har fått titeln *Arbetslinjer och långa linjer*, som kan sägas inkludera flera dimensioner av Mats forskargärning. Arbetsrätten är ju ett område han ägnat sig åt bl.a. i boken *Continuity and Contract*, som handlade om utvecklingen mot det moderna anställningskontraktet. Där, och i andra texter visar han att ”arbetslinjen” inte är något nytt utan hör till de ”långa linjerna” i vår historia.

Andra exempel på långa linjer i Mats forskning berör straffrätt, barnrätt, filmcensuren och förvaltningsrättens framväxt i Norden. Bidragen har grupperats kring fyra teman som på olika sätt återkommit i Mats eget författarskap: Arbetsrätt och civilrätt, Juristrollen, Konstitutionell rätt och yttrandefrihet samt Rättsfilosofi och metod.

Juridiska fakulteten och författarna till vänboken överlämnar härmed *De Lege* 2016 som ett uttryck för varm och hjärtlig uppskattning för gjorda insatser till den juridiska undervisningens och forskningens fromma med förhoppningen att den nyvunna friheten från akademiska plikter av mer vardagligt slag nu kommer att ge Mats möjlighet och inspiration att sätta sig väl tillrätta vid det vetenskapliga skrivbordet. Framtiden är hans!

Uppsala i januari 2016

Marianne Dahlén *Rolf Nygren*

Innehåll

AVDELNING I: ARBETSRÄTT OCH CIVILRÄTT

Bruno Debaenst
The Birth of Modern Labor Contract in Belgium 13

Rolf Nygren
Juridiska fakulteten i Uppsala och Amsterdamuppropet – ett titthål ner i 1930-talets flyktingpolitik 33

Jørn Øyrehagen Sunde
Debt Slavery and Forced Labour 57

Martin Sunnqvist
Komparativ europeisk försäkringsrättshistoria. Forskningsöversikt och probleminventering 69

AVDELNING II: JURISTROLLEN

Lars Björne
Yttrandefriheten i Finland under 1920- och 1930-talen 85

Marianne Dahlén
En liten ond historia. Ras och rätt i Mussolinis Italien 103

Johan Hirschfeldt
Domares yttrandefrihet 117

Cyril Holm
"... på ett tillfredställande sätt förödande"
Ingemar Hedenius och ett formativt moment i svensk rättshistoria *129*

Kjell Å Modéer
Go West Young Man! 145
Om svenska juristers möten med amerikansk rätt

Elsa Trolle Önnerfors
"Det juridiska området är det för kvinnan minst lämpliga, och det sista som hon kommer att beträda"
– Kvinnliga pionjärer inom juridiken i Sverige 165

avdelning iii: konstitutionell rätt och yttrandefrihet

Görel Granström
Hatbrott och kön. En omöjlig kombination? 181

Dag Michalsen
Den norske grunnloven av 1814 og europeisk geopolitikk 1814–1818 191

Bo Wennström
Medborgarskapet som verktyg för makten 203

Victoria Enkvist
Spegel, spegel på väggen där, säg mig vad gällande rätt egentligen är 217

Mats Larsson
Staten och styrningen av svenska banker 225

avdelning iv: rättsfilosofi och metod

Thérèse Björkholm
"Believing so doesn't make it so, and neither does believing so for a really, really long time" 239

Mia Korpiola
”Signa sig med djävulens hand”: Självförbannelser och edsformulär i den svenska förmoderna rättskulturen 249
Titti Mattsson
Vetenskap på tvären 273
Carl Gustaf Spangenberg
Leopold – en straffrättshistoriens doldis 283
Ditlev Tamm & Pia Letto-Vanamo
Retshistorikerens kald – om at læse Dante, Kelsen og Weber i det 21. århundrede 295

Författarpresentationer 303

AVDELNING I

Arbetsrätt och civilrätt

Bruno Debaenst

The Birth of Modern Labor Contract in Belgium

In 2004, Mats Kumlien published his book '*Continuity and contract*', in which he reconstructs the historical emergence of the employee's duty of obedience in Sweden.[1] As a full blood comparative legal historian, Kumlien not only studied the Swedish case, but also analyzed the evolutions in other European countries such as Germany, France and Great-Britain.[2] Belgium however, was left out of his comparative analysis. This is not that surprising, as Belgium is only a tiny country without much importance on the European theater, often considered as a copy of big brother France.[3] Moreover, thorough studies on the history of labor contract in Belgium were simply lacking at the moment Kumlien was writing his book.[4]

In this contribution, I will try to fill this gap. First I will analyze the legal framework of the nineteenth-century labor contract in Belgium. Next I will concentrate on an interesting figure, Charles-Xavier Sainctelette, who in 1884 published a book containing a new theory, which implied

[1] Kumlien, 2004.

[2] Kumlien, 2004, p. 141–169.

[3] From 1795 till the defeat of Napoleon in 1813, the Belgian territories were part of the French Empire. As a result, French legislation, with the Napoleonic codes, was in force in these territories. After the French rule, this legislation remained in force. Also, from 1830 on, when Belgium became an independent Kingdom, Belgian law was still heavily influenced by French law, insofar that Belgium indeed could be considered a legal colony of France.

[4] At that time, there were a small number of studies on the history of the labor contract in Belgium, but these were mostly in Dutch and rather superficial. Meanwhile, more research has been done on the matter. For instance, in 2012, a conference was organized on the history of labor contract in Belgium. It resulted in the following publication: Debaenst, 2013.

a modern view on the labor contract.[5] Although Sainctelette's theory was rejected by the Belgian judiciary, it had a lasting impact, as it resulted in the 1900 Labor Contract Act, which was the legal basis of modern labor contract in Belgium.

Principles of the nineteenth-century labor contract in Belgium

The origins of the liberal, nineteenth-century Belgian labor contract go back to the French period (1795–1815). The French Revolution caused a number of fundamental economic changes, such as the replacement of the corporate structures by the freedom of enterprise,[6] followed by the coalition prohibition.[7] Less known is that these revolutionary accomplishments brought many problems in economic life, such as dishonest competition, poor product quality and unreliable workers.[8] When Napoleon reinstated a strong central power, he turned France into a police-state interfering in all aspects of life, including the economy.[9] Typical for Napoleon, he opted for a mix of revolutionary and reactionary elements,[10] which the Act of 22 Germinal XI (12 April 1803) '*relative aux manufactures, fabriques et ateliers*' illustrates.[11] In this text, almost nothing was said about the labor contract, with the exception of a few

[5] Sainctelette, 1884.

[6] The famous 'Decree D'allarde' of 2–17 March, 1791.

[7] 'Loi Le Chapelier' – Decree 14–17 June 1791.

[8] In a 2002 article, the French sociologist Alain Cottereau described the entreaties of the economic elite to reintroduce at least partially old regulation to end these abuses that disrupted economic life. Cottereau, 2002.

[9] After all, a well-organized economy was vital for a state that was constantly at war. Pacification of economic life, including labor relations, was urgent. In fact, the chaos of the previous years was used as legitimation for state intervention in industry. Kiefer, 1987, p. 10.

[10] One can refer to the Napoleonic approach towards the Church (where he also maintained revolutionary elements – such as the confiscation of church goods – but re-established the Church as state religion) and the bar (where the profession of 'avocat' was reintroduced, but within a new Napoleonic framework.

[11] It contained revolutionary accomplishments, such as the coalition prohibition (articles 6–8) and the limitation of the duration of the labor contract (article 15), but also prerevolutionary elements, such as a regulation of the apprenticeship (articles 9–11) and the workers passport ('livret', article 12). Act 22 Germinal XI (12 April 1803).

general principles, such as the obligation to respect the labor contract[12] and the limitation of its duration.[13] Shortly thereafter, the famous Napoleonic civil code was promulgated, also containing a few provisions on the labor contract.[14] One can wonder why the civil code did not contain more information regarding these important contracts in the world of labor.[15] This quandary is difficult to answer, as the preparatory works or discussions of the civil code remain silent.[16] There have been given a number of explanations,[17] but the most likely one can be found in the liberal view on labor at that time.

[12] The workers passport obviously had a disciplinary character, to limit the workers mobility, which was beneficial both for the government as well for the employers. Act 22 Germinal XI, article 14.

[13] The workers could not be hired for a period over a year. It was possible to foresee exceptions for certain categories of workers, such as foremen, who could make a written contract. Act 22 Germinal XI, article 15.

[14] In general, all contracts had to be respected according to good faith ('bonne foi'-article 1134). Further, article 1780 repeated the limitation of the labor contract in time. The code also discussed the contract of rent of work (contrat de louage d'ouvrage), in article 1710 described as the contract whereby one party worked for another who paid for this. (The terminology is not always very clear in the civil code: in article 1779 for example, there is mention of the 'louage d'ouvrage et d'industrie': 'Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un, 2° celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises, 3° celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés.' Heirbaut and Baeteman, 2004, p. 1765.)

[15] In the 1801 project of civil code by Louis Costaz, there were some stipulations about the necessary rules of interior order in the industry. Costaz foresaw in obligatory work place regulations, made by the employers and to be obeyed by the workers. These stipulations were not inserted in the final version of the civil code. Bodeux, 1896, p. 480.

[16] Brand mentions Locré, Favard en Bousque. He points at the fact that the labor contract has not been discussed in the 'Conseil d'état'. Brand, 2006, p. 67.

[17] Some scholars try to explain it by pointing at the fact that there were plans for a comprehensive Labor code ('Code du travail'), of which the Decree of 1803 was only the first step. (Cottereau, 2002, p. 1525.) This can explain why the code civil does not provide much information about the labor contract. It raises the question, however, why the authors of the civil code included these few rules überhaupt, when there was another code to follow. Another possible explanation is the fact that the writers of the civil code, Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu and de Maleville, due to lack of time, relied heavily on the eighteenth-century lawyer Pothier. In his works, Pothier himself did not pay much interest for the regulation of the labor contract, as this was part of administrative law. (Bürge, 1991, p. 475.) Yet another explanation for the scarcity of labor regulations in the civil code is more plausible: the labor relations at that time were foremost a local issue, with different regulations in the different economic sectors. Because of this, there

After the French revolution, workers saw themselves as 'citizen-owners' ('*citoyens-propriétaire*'), who regarded their labor with absolute freedom.[18] The civil code only procured the contractual framework (article 1711). Within this 'legal box', the contract parties negotiated the labor conditions (price, working conditions, etc.), without interference from the state. This revolutionary shift has been described as the transition from status to contract.[19] In the old system, everything was fixed by corporate regulations, while the new system was very flexible and gave almost total freedom to the contracting parties. Contractual freedom was the cornerstone of labor relations throughout the nineteenth century, with each worker as a '*petit entrepreneur*', who negotiated with his soon-to-be employer about labor and wage.

During the nineteenth century, new forms of industry and labor relations emerged, but the legal framework, as described above, remained the same, as the first Belgian railroad accident cases illustrate.[20] For the

was no need for national regulation. Several examples can illustrate this. For example, the local administrations promulgated local industrial regulation, if necessary. Also, in a number of industrialized departments, specific tribunals were installed to deal with the local labor conflicts ('conseils de prud'hommes'). (David, 1974, pp. 3–19; Olszak 1987, pp. 101–119.)

[18] Simitis, 2000, p. 187.

[19] Veneziani applied this transition from 'status' to 'contract' on the labor contract. Veneziani, 1986, pp. 31–72. According to Cornish, this transition from status to contract was a long evolution that took several centuries. Cornish, 2010, p. 625.

[20] Court of Appeal Brussels, 18 May 1868, Belgique Judiciaire 1868, 694–695; Cassation 7 May 1869, Pasinomie 1869, I, pp. 330–338. To give one illustration: On 20 December 1864, Lammertyn, a train driver at the Belgian State railroads, died when his locomotive collided with another train. The next year, on 29 March 1865, conductor Henri De Vos was condemned to one month imprisonment for this lethal accident. Two years later, on 21 February 1867, Lammertyn's widow started a lawsuit to remedy the damage she and her children had suffered because of the death of her husband. This lawsuit is very interesting because it offers a glimpse on the legal interpretation of the underlying labor relations, by the judiciary. The Belgian State (defendant, owner of the railroad and employer of Lammertyn) claimed that Lammertyn in exchange for his work got his wage and additional benefits such as the right on a pension for him and his widow and children ('en s'engageant à remplir l'emploi de machiniste au chemin de fer de l'Etat' and 'par le motif que l'auteur des demandeurs était lui-même employé de l'Etat et qu'en cette qualité ses droits auraient été nettement définis et restreints au traitement de son emploi, à la pension de retraite, à la pension pour cause d'infirmités accidentelles et à la participation aux caisses de secours'. The fact that Lammertyn had agreed to work for this wage and additional benefits, implied that he had accepted all the occupational risks. '(…) en acceptant l'emploi pénible et dangereux de machiniste au chemin de fer,

Belgian judges, the labor relationship was nothing more than the exchange of work for wage (and benefits): '*en leur payant le salaire, il ne fait qu'acquitter le prix du travail, et la pension n'a pas pour objet la réparation d'un dommage imprévu*'.[21] If a worker was injured during his occupation, he or his relatives could, based on extra-contractual liability rules, sue the employer to compensate the damage suffered. After all, the labor contract was only the exchange of labor for wage, nothing more, nothing less. The content of the labor contract was (only) the working power of the worker, having a price in accordance with its exchange value.[22] Labor as commodity. In 1884, this very narrow interpretation of the labor contract was contested by Charles-Xavier Sainctelette.

The 1884 theory of Charles-Xavier Sainctelette[23]

His starting point was (again) a railroad accident case.[24] The Brussels judges stated that the accident was due to the negligence of the railroad workers, but surprisingly, they did not base their decision on extra-contractual liability law, as before, but on contractual liability law![25] In a

l'auteur des demandeurs s'est soumis par avance aux dangers inséparables de cet emploi'). As a result, he could not sue his employer when an accident occurred. ('Ils trouvent dans leurs salaires et dans la pension, le cas échéant, une compensation du dommage qu'ils pourraient éprouver'.) Cassation 7 May 1869, Pasinomie 1869, I, 333. In another, similar law suit before the civil tribunal of Liège, the judges had a similar point of view: 'L'Etat objectait en outre que le salaire extraordinaire attribué aux machinistes du chemin de fer, les pensions relativement considérables assurées à leurs familles, avaient précisément pour but de compenser les chances qu'ils courent et mettaient la responsabilité de l'Etat à couvert'. Civil tribunal Liège 15 June 1872, Belgique Judiciaire 1873, 63.

[21] Cassation 7 May 1869, Pasinomie 1869, I, p. 338.

[22] Veneziani, 1986, p. 57.

[23] Already an article in 1883, but book with the elaboration of his theory dates from 1884.

[24] On the night of 20 June 1880, sergeant-major Thibaut became victim of an unfortunate accident: while leaning against a train door, the unlocked door opened and he fell on the rails. He was heavily injured and filed a lawsuit against the Belgian State. On 20 November 1881 the Court of Appeal of Brussels ruled its decision, in favor of Thibaut. Brussels 20 November 1881, Pas. 1882, II, 136.

[25] The judges wrote in their judgment that the administration of the Belgian railroads had concluded a contract with Thibaut to transport him with all the care necessary to warrant his safety. In this case, it was obvious that the Belgian State (as operator of railroads) had neglected this task, so it had to pay damages, according the articles 1147 and 1149 of the civil code.

number of following cases, the Court further developed this 'contractual obligation of guarantee' for the railroads.[26]

In the same period, Charles-Xavier Sainctelette was Secretary for Public Works ('*ministre de travaux publics*') and as such responsible for the administration of the Belgian Railroads.[27] This made him aware of these railroad accident lawsuits, which were likely at the forefront of his thoughts. Why did the court not ground its decision on extra-contractual liability law, as usual? Why did it apply contractual liability law? Could this 'obligation of guarantee' be applied on other contracts? Again, case law showed him the way. This time, a horrible railroad accident in Bas-Silly led to a number of law suits against the Belgian State. Most plaintiffs were passengers, who could base their action on the new 'obligation of guarantee' principle, as established by earlier case law. The train driver however, also victim of the accident, was forced to base his legal action on extra-contractual liability law and so, he had to deliver the (difficult) proof of a fault of the Belgian State as administrator of the Belgian Railroads. For Sainctelette, this unequal treatment between the passengers and the train driver made no sense.[28]

It was the prelude to his new legal theory on 'liability and guarantee' ('*de la responsabilité et de la garantie*'). Essentially, Sainctelaitte generalized the 'obligation of guarantee'-principle to all contracts. He started from the division between obligations '*out of contract*' and obligations '*out of tort*', between contractual and extra-contractual liability law. In a number of cases, contractual law foresaw the use of a '*guarantee*', to prevent or compensate any damage. If damage arose out of non-contractual wrong-doing, then the terminology was liability ('*responsabilité')*. In 1883 he had already published a small article in the *Belgique Judiciaire*,

[26] Sainctelette, 1884, p. 97.

[27] He was in office from 1878 till 1882.

[28] To illustrate this: during the session of the Chamber of Representatives on 12 December 1883, within the context of a discussion of reform of the commercial code, Sainctelette argued that all personnel of the Belgian Railroads had to be able to enjoy the 'obligation of guarantee'-principle. Eudore Pirmez, the president of the commercial code reform commission disagreed. He said that the 'obligation of guarantee'-principle only applied to transportation contracts. The railroad personnel only constituted part of this contract. Pirmez felt that railroad workplace accidents needed to be treated no different than workplace accidents in the mines and the factories. In his opinion, it was wrong to make an exception for one category of workers (railroad workers). He suggested the workplace accident problem should be dealt with later.

summarizing it as follows: '*La garantie naît du contrat; la responsabilité, de la loi d'ordre public*'.[29] Unfortunately, according to Sainctelette, in the past, the legislator had not always been very accurate with this terminology and '*de la loi, la confusion a passé dans la jurisprudence et dans la littérature*'.[30]

After two introductory chapters describing the general principles of his theory, Sainctelette applied it on a number of contracts involving the transport of goods and passengers, the insurance contract, some minor contracts such as the deposit contract and… the labor contract.

Sainctelette and the 'modern' labor contract

For his analysis of the labor contract, Sainctelette started from reality. He stated that modern industry could not be compared with the old, artisanal workshops. An artisan was a man who enjoyed great freedom in the execution of labor, which he conducted with his own force, skills, taste, personality, hands, etc. The modern industry on the contrary was not anthropocentric at all, as here the machinery was the most important. The modern industry was also characterized by a division of labor, wherein every worker played a specific role. The worker had become a soldier or even almost a machine, Sainctelette claimed.[31] By using the railroad example, he showed that everything had to be organized into detail in order to operate the complex mechanism in safety and every worker had to fulfill his specific task with accuracy.[32] Every little deviation could lead to catastrophes. Workers had to be obedient and to do what they were told.[33]

In his study Sainctelette only used the concept of '*labor contrac*t' once.[34] He primarily used the traditional terminology such as the '*contrat de louage de services*', or descriptions such as '*rapports entre patron et ouvrier*'. However, one should not attach too much importance to this. More important is his interpretation of the content of this contract between

[29] Sainctelette, 1883, p. 386.
[30] Sainctelette, 1884, p. 10.
[31] Sainctelette, 1884, p. 122.
[32] 'Le maître doit régler jusque les moindres détails avec une précision et une suite irréprochables' Sainctelette, 1884, p. 122.
[33] Sainctelette, 1884, p. 122.
[34] 'Je ferai, dans le cours de cet Essai, l'application, aux actions nées du contrat de transport et du contrat de travail (…)' Sainctelette, 1884, p. 39.

employer and employee. Although Sainctelette claimed he did not want to design a general theory on labor relations but only wanted to propose a suitable solution for the problem of workplace accidents, we do find in his study a clear interpretation of the labor contract.[35] In his eyes, this contract was much more than the mere exchange of work and wage. Authority ('*surveillance', 'autorité*') of the employer and subordination ('*subordination', 'dépendance directe*') of the employee were also important constitutive elements.

For Sainctelette, authority implied a number of things, such as the right to give clear and specific orders, to design the workplace, to install the machinery and to lead all operations involved.[36] In the labor contract, the employer was the one with authority, while the worker was subordinated. This subordination meant that the worker offered his services to another, that he was no longer in charge of the operations and that he worked in a specific environment organized by the employer. Also, the benefits of his labor were not his, but the employer's. Thus, this kind of 'dependent worker' was the exact opposite of the traditional independent, artisanal worker.[37]

According to Sainctelette, the authority of the employer was linked with a safety obligation. The employer had to make sure that his workers could work in a safe environment. If he wanted to reduce this obligation, he had to cut down his authority. In case law, one could find some examples of this safety obligation. To start with, employers were convicted because they had instructed inexperienced children to perform dangerous tasks that were not suitable for their age. Also, the employer had to take the necessary technical preventive measures, such as protective shields over moving parts of the machinery, to protect workers against their own clumsiness.

From retrospect, this interpretation of the labor contract appears very modern. In fact, any Belgian lawyer will immediately recognize the definition of the labor contract as grounded in 1900: '*the contract by which*

[35] Sainctelette, 1884, p. 115.

[36] '(…) que l'autorité ne résulte pas seulement du droit de donner des ordres précis et particuliers, elle est prouvée tout aussi bien par le droit de disposer l'ensemble du milieu où le fait le travail et de diriger l'ensemble de l'œuvre'. Sainctelette, 1884, p. 153; see also: 'd'après ses ordres, sous sa direction et sous son contrôle'. Sainctelette, 1884, p. 116.

[37] According to Sainctelette, an independent worker was his own master, who worked in his own environment, for his own account, with his own money and tools and on his own risk. Sainctelette, 1884, p. 152.

a worker commits himself to work under the authority of an employer in exchange for a wage'.[38] One potential danger of this retrospective point of view is that we would think of Sainctelette's ideas as obvious. In 1884, they were not. On the contrary, they were highly innovative.

In 2002, Cottereau wrote an article in the famous *Annales*.[39] He claimed that in 1886, Ernest Désiré Glasson, a famous French professor who specialized in civil law and legal history, published a text that was a rupture with the old labor doctrine, because his '*Le Code civil et la question ouvrière*' dared to criticize the civil code and to ask for a legislative update.[40] Glasson wondered why the authors of the civil code had 'forgotten' the workers and he proposed the legislator to fill this gap. Another important accomplishment of Glasson was the introduction of a new legal concept: the 'labor contract' ('*contrat de travail*'). Accordingly, Glasson had borrowed this term from Emile Delecroix.[41] Cottereau spoke about a dogmatic tour de force of Glasson: he explained that the French civil code made a distinction between two categories, the '*working contract*' ('*contrat de louage d'ouvrage*') and the '*services contract*' ('*contrat de louage de service*'). The main distinction between these two categories was the clear presence of subordination in the '*services contract*'. By inspiring the new '*labor contract*' on the '*services contract*', the subordination element was legally introduced in the majority of the labor relations.[42] This was an abrupt rupture with the past. After all, the absence of subordination was an essential element in most labor relations after the French revolution. At that time, the introduction of the principles of liberty and independence in the world of labor was seen as a major achievement in comparison with the dependency of the Ancien Régime labor relations.

The analysis of Cottereau is correct, with one important nuance: the so-called '*dogmatic tour de force*' was already applied earlier by our Sainc-

[38] Act 10 March 1900.

[39] Cottereau, 2002, p. 1521–1557.

[40] Glasson, 1886.

[41] Delecroix was a lawyer from Lille in the North of France, who had written an article in the 1885 Revue de la legislation des mines. Delecroix, 1885.

[42] 'Et c'est là que résidait l'innovation du 'contrat de travail', au-delà du changement de vocable: sous couvert de l'équation présupposée contrat de travail = louage de services, tous les contrats de salariat étaient rabattus au rang du louage de services; il s'ensuivait alors l'admission de la subordination comme catégorie juridique inhérente au contrat de travail.' Cottereau, 2002, p. 1524. To learn more about the further development of the concept 'labor contract' in French jurisprudence, see: Tholozan, 2004.

telette. The chronology is obvious. Sainctelette published his ideas in 1883–1884, while the texts from Glasson and Delecroix date from respectively 1886 and 1885. Moreover, I have above explained how Sainctelette came to his insights: inspired by Belgian railroad accident case law, he developed a new theory, which he also applied to labor relations.[43]

[43] For all clarity: Sainctelette was not the only one to come up with new solutions for the existing workplace accident problem: his ideas were part of a larger, innovative tendency in the Belgian-French legal world (and elsewhere: see Veneziani, 1986, pp. 31–72. Specifically for Germany: see Becker, 1995). Already as soon as 20 May 1880, Vavaseur published an article 'De la responsabilité des accidents de fabrique' in Le Droit (as quoted by Sainctelette, Commission du travail, 1887, p. 260). Vavaseur had noticed the many difficulties workers faced to be compensated for damage caused by a workplace accident. He suggested to alter article 1780 of the civil code, in order to oblige the employer to pay compensation, unless he could prove that the accident was due to a fault of the worker himself. He wanted to add the following phrase: 'Celui qui emploie les services d'un autre doit garantie des accidents résultant du travail, à moins qu'il ne prouve que les accidents sont dus à la faute de la victime'. This idea was soon adopted by Martin Nadaud, who submitted on 29 May 1880 the first proposal regarding workplace accident accident compensation in the French parliament: 'Lorsqu'un homme, louant son travail à un autre homme, s'est blessé ou tué à son service, l'employeur sera de plein droit responsable, à moins qu'il prouve que l'accident a été le résultat d'une faute commise par la victime.'. In a previous life, Martin Nadaud (° 17 November 1815) had been worker – and victim of a workplace accident himself: on 4 May 1831 he had fallen from the third floor into the basement and had broken both of his arms. He had to recover for three months and would forever be invalid. This personal experience explains his great interest for workplace accidents (Aminot, 1978, pp. 109–127). It was the start of the French parliamentary process that would finally result in the 1898 French labor insurance Act. Another example of this specific legal 'Zeitgeist' was Marc Sauzet, who also developed a new theory in 1883. (Sauzet, 1883) Inspired by the proposals in the parliament, he asked himself: when an employer has contracted a worker for the exploitation of a dangerous or unhealthy industry and this worker is victim of an accident or affected by an occupational disease, what is then the employer's responsibility? According to Sauzet, the answer to this question could be found in contemporary French case law, which stated that employers had to take all possible measures to warrant the worker's safety. In the current system, victims of a workplace accident had to prove their employer's mistake. Sauzet disagreed with this: he believed it should be the employer who had to prove he had taken all possible preventive measures and that the accident was due to coincidence or a mistake from the worker himself. In other words, he developed independently the same ideas as Sainctelette. Even though Sainctelette was not the only one to come up with new ideas, his theory was very well balanced and offered an excellent legal alternative for the procedural difficulties of workplace accident victims. Not surprisingly, his book was welcomed with great enthusiasm by his colleagues. Eminent French scholars such as Labbé, Planiol, Pascaud and Demangeat showed their appreciation. It is Sainctelette himself who mentions these names in his 1887 proposal (Commission du travail 1887, 261; see also Halpérin

Finally, it can be mentioned that the contemporaries already acknowledged the important role of Sainctelette in the development of these new ideas.[44]

The merits of Sainctelette's study lay first and foremost in its realistic approach of things. Sainctelette started from the reality as he saw it in daily life. *'L'examen du fait.'* From his background as practicing lawyer, he criticized the unworldly scholars who never left their libraries.[45] Not without a sense of humor, he tried to imagine how workers would react if someone would tell them that the legal scholars taught their students that the employer did not have authority over his workers. They would simply laugh and ask how they suddenly became so fortunate.[46] More in general he criticized legal scholars and called them conservatives.[47] He especially disliked the exegetic school, which he called '*la fâcheuse école du texte*'.[48] This school considered legislation as the most important source of law. The scholars limited themselves to comment on the existing codes, such as the civil code, without taking the reality of a changing society into account. After all, to the legal exegete, society had to adapt to the law and not the other way round.

Sainctelette on the contrary realized that the existing codes were not perfect. If a problem arose which could not be solved by existing legislation, one should be a little creative, just like the British lawyers.[49] After

2001, p. 271 and Saleilles, 1897, p. 13.) The theory of Sainctelette was even discussed in German doctrine. Bölderndorff for example wrote that Sainctelette's study was interesting for specialists of French law, 'obwohl auch andere Juristen das Studium derselben nicht betreuen werden' (Bölderndorff 1885). More in general the contractual theory led to huge debates among legal scholars in France (Hesse, 1979, p. 23).

[44] Joseph Blanc for example testified in his 1888 doctoral thesis: 'M. Sainctelette, ancien ministre de Belgique, à qui revient la mérite d'avoir le premier développé cette idée et de s'en être fait l'apôtre convaincu (…)', Blanc, 1888, p. 178.

[45] 'Voilà ce que c'est d'écrire des livres de droit sans sortir de sa bibliothèque. A force de lire, on désapprend d'observer. Si sensé et si savant que l'on soit, on est exposé, par l'ignorance volontaire où l'on se tient du fait, à professer des choses invraisemblables'. In this fragment, Sainctelette is criticizing Demolombe, one of the great French scholars of the exegetic school. Sainctelette, 1884, p. 125.

[46] 'En leur disant que, à l'école de droit, c'est un axiome que la surveillance de l'ouvrier par le patron est presque toujours impossible. Ils demanderaient, en souriant, de quelle fée la baguette magique leur aurait donc fait faire fortune.' Sainctelette, 1884, p. 126.

[47] '(…) de tempérament et d'habitude, les juristes sont conservateurs'. Sainctelette, 1884, p. 49.

[48] Sainctelette, 1884, p. 91.

[49] Sainctelette, 1884, p. 47.

all, law was nothing more than a problem-solving tool. When this tool did not fit the job, it needed to be slightly modified to fulfill the new expectations. In other words, Sainctelette had an instrumental view on law. As such, he can be considered an early representative of the so-called '*École de la libre recherché scientifique*', which would a decade later have François Gény as its most important representative.

A schism in Belgian case law

Sainctelette's theory soon led to a schism in Belgian case law.[50] All judges recognized that there was a contract underlying the labor relations, but the interpretation of it was very different. In the traditional, conservative vision, the contract of rent of work meant only work in exchange for wage. This minimalistic interpretation was the result of a literally, legal exegetic lecture of the '*contrat de louage d'ouvrage*' in the civil code. In the modern, progressive vision, the '*contrat de louage de services*' received a broader interpretation and the concrete labor conditions were also taken into account.

[50] In its 1886 judgment, the Cassation Court said that the obligation of guarantee did not make part of the essential elements of the 'contrat de louage', as the legislation did not mention this. Therefore, the employer was not held to offer an absolute protection to the employee. In short, Cassation rejected the Sainctelette theory. If the relatives of a workplace accident victim wanted to get compensation from the Belgian state (or other employers) then they had to deliver the necessary proof of a fault from the employer based on extra-contractual liability law. (Cassation 8 January 1886, Belgique Judiciaire 1886, 129–135). This opinion was shared by a number of other courts and tribunals. Nevertheless, at the same time, there were also a number of judges that stood positive towards Sainctelette's new theory and they granted compensation to the victims of a workplace accident or their relatives, based on the underlying labor contract and its presumed legal consequences: Commercial tribunal Mons 29 April 1885, Belgique Judiciaire 1885, 572–573, with comment from Sainctelette; Court of Appeal Liège 18 June 1885, Belgique Judiciaire 1885, 998–999, with comment from Sainctelette; Court of Appeal Brussels 2 November 1885, Belgique Judiciaire 1885, 1544–1546, with comment from Sainctelette; Court of Appeal Brussels 12 November 1885, Belgique Judiciaire 1885, 1553–1554; Tribunal Mons 14 November 1885, Belgique Judiciaire 1885, 1554–1556; Tribunal Charleroi 29 November 1885, Pasinomie 1886, III, 117; Commercial Tribunal Brussels, 28 April 1885, Belgique Judiciaire 1885, 571–572; Commercial Tribunal Antwerp 21 September 1885, Belgique Juciaire 1885, 1556–1557; Tribunal Brussels 29 December 1884, Belgique Judiciaire 1885, 8; Tribunal Namur 24 December 1884, Belgique Judiciaire 1885, 14; Tribunal Brussels 25 April 1885, Belgique Judiciaire 1885, 569.

This different interpretation implied a number of far reaching consequences. To the traditionalists, the worker had knowledge about the job content at the moment the contract was made. Thus, he not only knew what he was hired to do, but he also agreed on the risks that accompanied the specific labor. In other words, there was an acceptance of labor risks. Moreover, the risk was included in the wage. To the progressives on the other hand, it was impossible for the worker to foresee all risks, for he was put in a strange environment created by somebody else. So, he could not accept the risks unknown to him beforehand.

These two views in case law differed also on the authority of the employer. In the traditional vision, the employer had a certain authority towards the worker, but this authority was limited. After all, the worker had a complete freedom to conduct his daily tasks and it was impossible for the employer to have a constant supervision and control over all of his many workers. Sainctelette and his followers in the judiciary had a completely different vision on authority. In the modern industry, workers did not have any freedom at all. Their labor task was clearly defined and was part of a complex production process, which left utterly few freedom to conduct the way they pleased to.

These diametric opposed attitudes towards the labor agreement in regards to the acceptance of risk and authority, had a direct impact on the question of guarantee. To the traditionalists, the employer had no contractual obligation of guarantee at all because there was no legal ground for this in the civil code. He had to take a number of precautions, but this obligation was just an application of the principle that he had to behave as a 'good housefather', to prevent others from being hurt (= the normal extra-contractual liability rule). To the progressives, the obligation of guarantee was an integral part of the modern labor contract and the natural pendant of the labor risks to which the worker was exposed.

Put into a broader perspective, the conservatives opted for an abstract legal, a-contextual approach towards labor relations. They applied the legal rules on the concrete cases, without taking the underlying reality into account. "*Dura lex, sed lex*." These judges were not estranged from reality, but they preferred to hold to the rules, because they believed it to be their role. In other words, they were legists. One example can illustrate this: in the Masy Case, the judges from the Brussels Tribunal declared that judges had to apply legislation, as intended by the legislator.[51] Their task was not

[51] Brussels 7 August 1884, Belgique Judiciaire 1885, 1–6.

to make new interpretations themselves, *contra legem*, how humane and noble their intentions.

The progressives on the other hand opted for a pragmatic-juridical, contextual approach. They felt less bound by the literal text of the civil code and they had an eye for social reality. They understood, just as Sainctelette did, that the traditional legal view on the labor relationship was outdated and that there was a need to give a new content to the labor contract. In the existing system, workplace accident victims all too often remained helpless because of the heavy burden of proof which rested on their shoulders.

The conservative, traditional tendency in the judiciary would win the battle. The Cassation court ordered the judiciary to continue seeing the labor contract as a '*louage d'ouvrage*', the sheer rental of work, in which work was exchanged for money.[52] This was the result of a literal, exegetic reading of the civil code and a minimalistic interpretation of the labor relation.[53] Nothing less and certainly nothing more. When a worker contracted with an employer, he accepted voluntary all working conditions, included all the risks that accompanied labor. In other words, the worker accepted the professional risks.[54] Moreover, part of his wage had to be seen as a premium to cover these risks. The Sainctelette theory was thus rejected, as it did not fit in the exegetic reading of the civil code. The only way for his theory to become reality was through legislation.

[52] Cassation 6 January 1886, Belgique Judiciaire 1886, 129–135.

[53] 'Attendu que le louage d'ouvrage qui s'est, en effet, conclu entre Masy et l'Etat, est, suivant la définition de la loi, un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles. Que les seules obligations du maître sont donc de mettre l'ouvrier à même de faire l'ouvrage dans les conditions prévues par le contrat et de lui payer le salaire stipulé.' Brussels 7 August 1884, Belgique Judiciaire 1885, 3. 'Attendu qu'aucune disposition de loi ne définit ni ne précise la garantie que peut devoir le maître à l'ouvrier quant à de semblables dangers.' Cass. 6 January 1886, Belgique Judiciaire 1886, 134.

[54] 'Que si le travail est dangereux, comme celui d'un garde-convoi, d'un machiniste, d'un ouvrier mineur, d'un marin, c'est précisément pour le faire que l'ouvrier s'engage, qu'il en connaît les périls et consent librement à s'y exposer.' Brussels 7 August 1884, Belgique Judiciaire 1885, 3; 'Que celui-ci (= the worker) a accepté en connaissance de cause le travail qu'on lui a proposé et s'est soumis de son plein gré, en vue des avantages qu'il stipulait, aux dangers inhérents à ce genre d'ouvrage.' Brussels 2 November 1885, Belgique Judiciaire 1885, 1545; 'La victime a parfaitement connu tous les dangers de l'emploi qu'elle avait sollicité et elle en a retenu pour elle tous les risques.' Requisitoir van eerste advocaat-generaal Mesdach de ter Kiele. Cass. 6 januari 1886, Belgique Judiciaire 1886, 130.

The 1900 Labor Contract Act

On 24 January 1891, a commission was installed to write a project on the labor contract.[55] In their project, they defined the labor contract as follows:[56] '*The rent of services from workers or servants is a contract by which they engage to accomplish a task or services under the authority, the direction or the surveillance of an industrialist or employer, or the chief of a household, in exchange for a retribution by them*.' The commissioners noted that the essential point of this definition was that the work had to be done under the authority, direction and surveillance of an employer.[57] This element of authority of the employer in the execution of the contract was crucial to distinguish the labor contract from other kind of contracts. In other words, the commissioners adopted Sainctelette's insights in their proposal.[58] This was also the case in the 1896 and 1898 proposals,[59] and finally also in

[55] 'La Commission sera amenée à étendre son examen aux diverses formes d'assurances des risques ouvriers, proposées en Belgique et à l'étranger été même admises dans la législation de certains pays; mais l'objet essentiel de sa mission est l'avant-projet d'une loi sur le contrat de louage de services, (…). Commission instituée auprès du département de la justice pour la préparation de l'avant-projet d'une loi destinée à régler les effets du contrat de louage des ouvriers et des domestiques. Procès-verbaux des séances. Projet de loi. Rapport. Parliamentary pieces Chamber 1891–92, nr. 13, 17 November 1891, p. 5.

[56] 'Le louage de services des ouvriers et des domestiques est un contrat par lequel ils s'engagent à accomplir un travail ou un service sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'industrie ou patron, ou d'un chef de ménage, moyennant une rétribution à fournir par ceux-ci.' Commission instituée auprès du département de la justice pour la préparation de l'avant-projet d'une loi destinée à régler les effets du contrat de louage des ouvriers et des domestiques. Procès-verbaux des séances. Projet de loi. Rapport. Parliamentary pieces Chamber 1891–92, nr. 13, 17 November 1891, p. 36.

[57] 'Le point essentiel à noter dans la définition de l'article 1er, c'est que le travail ou le service doit se faire sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef.'

[58] In their motivation, they refer explicitly to Sainctelette: 'Le texte de la loi empêchera ainsi de se produire l'équivoque où M. de Courey (Le droit et les ouvriers) est tombé dans sa critique du système de M. Sainctelette, et que celui-ci a rectifiée suffisamment, à l'avance, dans son ouvrage, Responsabilité et Garantie, p. 119 n° 5, 120 n° 6, 153 n° 16, puis dans ses brochures. Proposition de lois, p. 18, et Accidents de travail, pp. 14 et suiv.' Commission instituée auprès du département de la justice pour la préparation de l'avant-projet d'une loi destinée à régler les effets du contrat de louage des ouvriers et des domestiques. Procès-verbaux des séances. Projet de loi. Rapport. Parliamentary pieces Chamber 1891–92, nr. 13, 17 November 1891, p. 58.

[59] Projet de loi sur le contrat de travail, Parliamentary Pieces Chamber, 27 November 1896, n° 26; Projet de loi sur le contrat de travail, Parliamentary Pieces Chamber, 24 February 1898, n° 7.

the 1900 Act, of which the first article proclaimed: '*The present act deals with the contract by which a worker agrees to work under the authority, the direction and the surveillance of an industrialist or employer, in exchange for a remuneration to be delivered by the latter*'.[60] In execution of this principle of authority, the worker had to execute his labor as a *pater familias*, when, where and how was convened and he had to act accordingly to the orders and instructions that had been given by his superior.[61] As such, the subordination of the worker had become an integral part of the labor contract, just as Sainctelette had explained in his 1884 theory.[62] In return, authority included the acceptance that labor was not just a commodity.[63]

Surprisingly enough, adding the element of authority (and subordination) in 1900 did not change fundamentally the nature of the Belgian labor contract, as it was only recognition of reality. Also, acknowledging the presence of authority and subordination did not change the fundamental liberal character of the labor contract.[64] The 1900 labor contract was as liberal as the preceding one, in the sense that it remained a contract between two so-called 'equal' parties. In reality, this was of course a legal fiction: the employer remained the strong party that could impose his conditions to a weaker party, the worker…

[60] 'La présente loi régit le contrat par lequel un ouvrier s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise ou patron, moyennant une rémunération à fournir par celui-ci (…)' Labor Contract Act, article one.

[61] Articles 8–10 Labor Contract Act. He had also to respect the rules and good manners. He was forbidden to do anything that could hurt his own safety of that of his co-workers or others. He also had to keep the tools and the raw materials in good order and could be held liable if these got destroyed because of his wrongdoing.

[62] 'Il faut noter, à l'article 8, la disposition qui fait à l'ouvrier le devoir d'agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont donnés par le chef d'entreprise ou ses préposés, en vue de l'exécution du contrat. Ces derniers mots ont leur importance: ils marquent que la subordination de l'ouvrier, vis-à-vis du chef d'entreprise, est contenue tout entière, au point de vue juridique, dans les bornes du contrat même. C'est ainsi qu'il faut entendre, en droit, l'autorité patronale dont parle l'article 1er.' Labor Contract Act, p. 83.

[63] 'Au point de vue du droit strict, le patron n'est pas libéré par cela seul qu'il paye le salaire convenu; le contrat de travail n'est point assimilable à une vente de marchandises: la prestation de travail met en jeu la personnalité même, physique et morale, de l'ouvrier.' Labor Contract Act, p. 84.

[64] As Secretary Cooreman put it in the Chamber:'Un autre caractéristique du projet de loi, c'est le respect de la liberté et de l'égalité juridique des contractants. Le contrat de travail est une convention synallagmatique où les obligations sont réciproques et établies avec tout le parallélisme que comportent les relations juridiques des parties en présence.' Parliamentary debates Chamber, 24 February 1899, p. 693.

Conclusion

In 1900, the juridical fiction of '*labor as commodity*' was finally abandoned in Belgium, for a more realistic approach towards wage labor.[65] As has been illustrated in this contribution, the introduction of '*authority and subordination*' in the modern Belgian labor contract is undeniable a legacy of Sainctelette and his original 1884 theory. This way, the Belgian case certainly deserves a place in Kumlien's comparative analysis of the historical emergence of the employee's duty of obedience.

Bibliography

Act 22 Germinal XI (12 april 1803) relative aux manufactures, fabriques et ateliers, *Pasinomie*, series I, XII, 64–66.

Aminot, Jean-Pierre, "Martin Nadaud et les accidents du travail", in: Histoire des accidents du travail 1978, p. 109–127.

Baker, John, The Oxford history of the laws of England, XIII, 1820–1914, Fields of development, Oxford University Press, Oxford 2010.

Becker, Martin, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland: vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaissereichs, Klostermann, Frankfurt am Main 1995.

Blanc, Joseph, Des délits des esclaves en droit roman – de la responsabilité des patrons en matière d'accidents en droit français, Chaspoul, Digne 1888.

Bodeux, Michel, Etudes sur le contrat de travail, Leuven 1896.

Bölderndorff, "Ch. Sainctelette (avocat, représentant, ancien ministre), De la responsabilité et de la garantie (accidents de transports et de

[65] This was acknowledged during the parliamentary debates. As an illustration the following statement of member of parliament Renkin: 'L'importance sociale du contrat de travail justifie encore l'intervention du législateur. Jadis, on le considérait comme une vente. L'ouvrier livrait son travail, le patron payait le salaire. Ils n'avaient point d'autres obligations. Mais cette conception ancienne et servile fait place de plus en plus dans les esprits à une conception plus humaine et plus juridique. On comprend de mieux en mieux aujourd'hui que ce contrat ne suppose pas seulement une livraison d'un travail, contre payement d'un salaire. On s'aperçoit qu'il intéresse directement la personne de l'ouvrier; son existence tout entière, sa santé physique et morale, son intelligence, sa liberté, sa vie et celle de sa famille en dépendent. (…) Le contrat est la vrai source de la misère ou de la prospérité des travailleurs. Et comme l'objet de ce contrat n'est point une chose, une marchandise, mais l'acte humain lui-même, il réclame des règles différentes de celles du louage des choses.' Parliamentary debates Chamber, 3 March 1899, p. 746.

travail), Bruxelles et Paris 1884, 8°, 258 p.", in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1885, p. 434–440.
Brand, Jürgen, Der Code civil als Brücke zum französischen und deutschen Arbeitsrecht, in: Dölemeyer, Mohnhaupt and Somma (red.), 2006, p. 61–104.
Bürge, Alfons, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Klostermann, Frankfurt am Main 1991.
Commission du travail, Rapports. Propositions des sections et conclusions, Lesigne, Brussels 1887.
Cornish, William, Part Three. Labour law, I, From Labouring to Employment: 1820–1867, in: Baker (red.), 2010.
Cottereau, Alain, "Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France XIXe siècle)", in: Annales HSS 2002, p. 1538–1539.
David, Marcel, "L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France", in: Droit social 1974, p. 3–19.
Debaenst, Bruno, Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief, Die Keure, Brugge 2013.
Decree 2–17 March 1791 'portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes', *Pasinomie*, series I, II, p. 230–234.
Decree 14–17 June 1791 'relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession', *Pasinomie*, series I, III, p. 22.
Decree 9 Frimaire XII (1 December 1803) 'relatif au livret dont les ouvriers travaillant en qualité de compagnons ou garçons devront être pourvus', *Pasinomie,* series I, XII, 287–288.
Delecroix, Emile, Le contrat de travail. Etudes des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs, in: Revue de la législation des mines 1885, p. 65–124.
Dölemeyer, Barbara, Mohnhaupt, Heinz and Somma, Alexander (red.), Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs, Rechtsprechung Band 21 Klostermann, Frankfurt am Main 2006.
Employee Contract Act of 7 August 1922, *Moniteur Belge* 16–17 August 1922.
Ewald, François, L'Etat providence, Grasset, Paris 1986.
Glasson, Ernest, Le code civil et la question ouvrière, Pichon, Paris 1886.

Halperin, Jean-Louis, Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, Paris 2001.
Heirbaut, Dirk and Baeteman, Gustaaf (red.), Cumulatieve editie van het Burgerlijk Wetboek. De huidige en de originele tekst met alle wijzigingen in België van 1804 tot 2004, Kluwer, Mechelen 2004.
Hepple, Bob (red.), The making of labour law in Europe. A comparative study of nine countries up tot 1945, Mansell, London 1986.
Hesse, Pierre-Jean, "Les accidents du travail et l'idée de responsabilité civile au XIXe siècle", in: Histoire des accidents du travail 1979.
Kieffer, Monique, "La législation prud'homale de 1806 à 1907", in: Le mouvement social 1987, p. 9–24.
Kumlien, Mats, Continuity and Contract. Historical Perspectives on the Employee's Duty of Obedience in Swedish Law, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 2004.
Labor Contract Act, 10 March 1900, *Moniteur Belge* 14 March 1900, *Pasinomie* 1900, n° 80.
Le Crom, Jean-Pierre (red.), Les acteurs de l'histoire du droit du travail, PUR, Rennes 2004.
Le Gall, Yves, Les comportements politiques face à la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, in: Histoire des accidents du travail 1981, p. 1–233.
Olsak, Norbert, "Les conseils de prud'hommes: un archétype judiciaire pour le mouvement ouvrier?" in: Le Mouvement social 1987, p. 101–119.
Sainctelette, Charles-Xavier, "Droit commercial. Du contrat de transport. Transport des choses. Obligations du voiturier. Difficultés principales", in: Belgique Judiciaire 1883, 386–387.
Sainctelette, Charles-Xavier, De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail), Bruylant, Brussels 1884.
Saleilles, Raymond, Les accidents du travail et la responsabilité civile, Rousseau, Paris 1897.
Sauzet, Marc, De la responsabilité des patrons envers les ouvriers, in: Revue critique de législation et de jurisprudence 1883, p. 596–640 and 677–704.
Simitis, Spiros, "The case of employment relationship. Elements of comparison", in: Steinmetz (red.), p. 181–202.
Steinmetz, Willibald (red.), Private law and social inequality in the industrial age. Comparing legal cultures in Britain, France, Germany and the United States, Oxford University Press, Oxford 2000.

Tholozan, Olivier, "L'apparition de la notion de contrat de travail dans les theses des facultés de droit (1890-1901)" in: Le Crom (red.), 2004, p. 59–68.
Veneziani, Bruno, "The evolution of the contract of employment", in: Hepple (red.), 1986, p. 31–72.
Workplace Regulation Act of 15 June 1896, *Moniteur Belge* 25 June 1896, *Pasinomie* 1896, 184–203.
Workplace Accident Compensation Act, 24 December 1903, *Moniteur Belge* 28–29 December 1903, *Pasinomie* 1903, 286–324.

Rolf Nygren

Juridiska fakulteten i Uppsala och Amsterdamuppropet – ett titthål ner i 1930-talets flyktingpolitik

Ett telegram kommer till Uppsala från Amsterdam

Natten mellan den 9 och 10 november 1938 drabbade en våg av våld och skadegörelse judarna i det stortyska riket. Pogromen blev känd som Kristallnatten med tanke på allt glassplitter som täckte gatorna i tyska städer sedan den nazistiska mobben krossat fönsterrutorna i tusentals judiska affärer och butiker.

Internationella reaktioner lät inte vänta på sig. Den 30 november sände Juridiska fakulteten vid Amsterdams universitet ut ett upprop till mer än ett hundra juridiska fakulteter och law-schools i Amerika, Europa och det Brittiska imperiet.[1] De holländska juristprofessorerna inbjöd kollegor att stödja ett upprop av följande lydelse:

> ”The faculties of the universities mentioned below noting with sorrow and dismay that in some countries innumerable people are being persecuted and tormented on account of their faith, race or political convictions and that

[1] Händelsen kom till min kännedom genom en grupp studenter, som läste fördjupningskurs under min ledning och skrev ett grupparbete om den juridiska fakulteten och nazismen under 1930-talet. De hade funnit material i fakultetens handlingar om en egendomlig händelse. De kunde inte riktigt förstå hur händelsen faktiskt skulle uppfattas. De intervjuade Torgny Segerstedt, universitetets rektor 1955–1978, som borde veta något om saken. Segerstedt hade tillträtt professuren i praktisk filosofi just 1938 men sade sig aldrig ha hört talas om uppropet.

> particularly in the so called concentration camps innocent people are without legal procedure subjected to inhuman treatment considering that the basic principles of justice are thus insufferably violated, voice their protest against this violation in view of their duty to uphold the principles of justice and the rights of man to appeal to the conscience of mankind to support them in this protest and decide to publish this resolution and to communicate it to their respective governments."[2]

Den fakultet som fick ta del av telegrammet bestod av professorerna Vilhelm Lundstedt, dekanus, Tore Engströmer, tillika universitetets rektor, Folke Wetter, Fritz H:son Brock och Åke Holmbäck samt docenterna Erik Fahlbäck, Åke Malmström och Per Olof Ekelöf. En ledamot, professorn Karl-Gustaf Westman, hade laga förfall på grund av uppdrag som justitieminister. Det var sannolikt den politiskt mest erfarna fakultet som Uppsala universitet kunnat mönstra under de senaste etthundra åren.

Fakultetssekreteraren framhöll att ett snabbt svar på uppropet var önskvärt, "huruvida de [d.v.s. fakultetens professorer och docenter] besluta att fakulteten skulle deltaga i den i bifogade telegram omnämnda opinionsyttringen". Dekanus Lundstedt begärde in synpunkter från sina kollegor och förslag till beslut. Rektor magnificus Engströmer föreslog som svar "att fakulteten såsom sådan icke kan eller får deltaga i en dylik opinionsyttring, huru behjärtansvärt dess syfte än är". Wetter, Brock och Holmbäck instämde i Engströmers förslag och beslut kunde tas formellt vid fakultetens sammanträde följande dag. I uppropet nämndes inte judarna över huvud taget. Uppropet pekade heller inte ut Tyskland utan talade om att övergreppen skedde "in some countries". I Kristallnattens kölvatten fanns naturligtvis bara en naturlig tolkning: uppropet gällde just de förföljda judarna i Tredje riket, och i fakultetsprotokollet uttrycktes detta klart: "[Telegram] från juridiska fakulteten i Amsterdam angående opinionsyttring i fråga om judarnas behandling i Tyskland som svar meddela att fakulteten som sådan icke kunde eller finge deltaga i en dylik opinionsyttring så behjärtansvärt dess syfte än vore."

Fakultetens svar löd: "As an authority of the state, the faculty of law at the university of Uppsala is unable to second the resolution proposed in your telegram of 30 November. Lundstedt, Dean."

[2] Samtliga handlingar i detta ärende finns i Juridiska fakultetens protokoll 15.12.1938 § 22 C–D.

Den 10 december 1938 kom svaret från Amsterdam, som meddelade att uppropet blivit en stor framgång men uppsalajuristernas skäl att avstå förstod man inte: ”Great success. Nearly hundred seconders. We do not understand your argument about state institution. Of the Dutch state universities four out of five second the resolution and so do many state universities in many countries, but if collective support [is] impossible, please write before [Tuesday] whether majority members will second individually.”

Ärendet hade nu tagit en ny vändning. Uppsalakollegorna inbjöds alltså att skriva på individuellt i stället för som fakultet. Ett nytt beslut protokollerades den 15 december. Även som privatpersoner avböjde uppsalajuristerna att skriva under uppropet. Dekanus meddelade därför Amsterdam om kollegornas ståndpunkt i en enda kärv mening: ”Regret but majority members individually decline. Lundstedt.”

Vad menade Lundstedt med den tvetydiga formuleringen ”majority members individually decline”?

Menade han att professorerna och docenterna avstod från att skriva på uppropet även som privatpersoner, eller menade han att det fanns en minoritet som var villig? Den kryptiska formuleringen kan kanske å ena sidan skyllas på att dekanus var ovan att formulera sig på engelska, men å andra sidan tyder inget på att det verkligen fanns en sådan minoritet. Alla hade ju varit eniga om den första skrivelsen, låt vara att de då talade kollektivt som fakultet. Vilken skillnad kunde det göra, om de nu skrev på i egenskap av enskilda forskare och lärare?

På vilket sätt kan juridiska fakultetens ställningstagande till det holländska uppropet, liksom studentkårens ökända Bollhusmöte två månader senare, sägas var kännetecknade för en svensk normalitet, ett politiskt korrekt förhållningssätt? PK, som det heter idag. Kan man hitta ett policymönster för hur akademiska flyktingar från Tyskland skulle behandlas? Låt oss koncentrera hela frågeställningen till att gälla enbart Juridiska fakulteten i Uppsala: Hur hanterade fakulteten ärenden rörande tyska flyktingars tillträde till juridiska studier under tiden fram till dess telegrammet från Amsterdam landade i fakultetens postlåda?

Ramverket om antagning och examina

Fram till höstterminen 1935 reglerades juridiska examina – juris kandidat (JK), juris licentiat och juris doktorsgrad – av en författning från 1904. De två högre graderna, som ju var forskningsinriktade, förutsatte

avlagd JK-examen för antagning till forskarstudierna. Behörig att antas för juridiska studier var den som godkänts i svensk studentexamen på latinlinjen, eller fyllnadsprövat med goda insikter i historia, filosofi, latin och ett främmande levande språk, eller som redan avlagt examen inom en annan fakultet. Författningen ställde inte krav på svenskt medborgarskap som behörighetsvillkor. I det regelverk, som från och med höstterminen 1935 ersatte 1904 års examensförfattning, ändrades inte behörighetsvillkoren för antagning till studier. Enligt båda författningarna handlade behörigheten att få skrivas in för avläggande av JK-examen om att den studerande avlagt svensk studentexamen enligt latinlinjens kursplan. Den som saknade någon del av latinlinjens kursmoment kunde fyllnadspröva i de delar som fattades.[3]

Dispens från antagningskraven kravet måste däremot ges av K. M:t efter hörande av de tre fakulteterna i Uppsala, Lund och Stockholm. Det var en minst sagt omständlig procedur, som tydligt visar hur småskalig studerandeinvandringen faktiskt var. Förfarandet innebar att en dispensansökan för studier vid Stockholms högskola remitterades för yttrande till de juridiska fakulteterna i Uppsala och Lund. På så sätt kom de senare fakulteternas ståndpunkter fram även i ärenden som inte var aktuella för deras egna beslut.

Regelverket skilde mellan några olika huvudfall av dispens från behörighetsreglerna. Det första gällde då en sökande avlagt studentexamen enligt en annan kursplan än latinlinjens. Det andra gällde då sökanden inte avlagt studentexamen över huvud taget, men avlagt t.ex. landsfiskalsexamen, och med hänvisning till denna samt praktisk yrkesverksamhet inte ansågs behöva gå omvägen över studentexamen. Den tredje gällde dispenssökande som avlagt utländsk studentexamen och/eller utländsk juristexamen. I den senare gruppen kunde ingå både svenska medborgare och utlänningar. Det visade sig att de allra flesta dispensfallen med utländska sökanden gällde studier för JK-examen vid stats- och rättsvetenskapliga fakulteten vid Stockholms högskola.

Vi kan ta utgångspunkten i dispensärendena under 1932, alltså en tid då ingen Hitler ännu styrde i Berlin. I Uppsala och Stockholm bedömdes fallen likartat. Under perioden januari 1932 till januari 1933 behandlade juridiska fakulteten i Uppsala ett antal dispensansökningar. Tyske medborgaren J. L. H. Lehmann, inskriven vid universitetet i Königsberg, ansökte i januari 1932 om tillstånd att få avlägga JK-examen vid Uppsala

[3] SFS 1904: 16; SFS 1935: 469.

universitet. Han hade inte avlagt svensk studentexamen. Om Lehman haft judisk bakgrund är oklart, hans efternamn kan tyda på det. Fakulteten tillstyrkte på villkor att sökanden fyllnadsprövade i svenska språket och svensk historia.[4]

Fakulteten betraktade alltså tysk studentexamen som likvärdig med svensk för antagning till studier i juridik förutsatt att fyllnadsprövning gjordes i svenska och svensk historia. Svenskt medborgarskap sågs inte som villkor för rätten att avlägga JK-examen, även om det svenska medborgarskapet ju var förutsättningen för att söka och erhålla vissa statliga tjänster, t.ex. domarbefattningar. Det är på den senare punkten svårt att se någon skillnad mellan uppsalafakultetens bedömning av fallet Lehman och två andra ärenden från samma år, då de sökande, båda med svenska namn men med finsk respektive fransk studentexamen, önskade dispens från kravet på avlagd svensk studentexamen. Bifall till ansökningarna tillstyrktes på villkor att sökandena fyllnadsprövade.[5]

Under 1932 stod tveklöst den dispenssökandes kompetens i centrum för uppsalafakultetens bedömning och så var det ju tänkt enligt examensstadgan. I något fall avstyrkte fakulteten ansökan rakt av då dispensyrkandet hamnat väl långt från examensstadgans villkor.[6] I ett fall kom professorerna att hamna i olika ståndpunkter om hur långt latinkravet borde upprätthållas. Reuterskiöld slog vakt om latinet medan Holmbäck förordade dispens för en sökande som avlagt FK-examen i naturvetenskapliga ämnen. Bägge ståndpunkterna kunde grundas på examensstadgan, som alltså visade sig öppen för olika tolkningar.[7]

Reuterskiöld fortsatte att kämpa för latinet. Då en kriminaltekniker, Harry Söderman[8], ansökte om att få avlägga JK-examen vid Stockholms högskola utan att fyllnadspröva i latin, avstyrkte Reuterskiöld med det något kuriösa skälet att Södermans kriminaltekniska metod ställde juridiken i beroendeförhållande till tekniken. Vad detta hade att göra med latinkravet framgår inte. Fakultetens flertal tillstyrkte bifall till Södermans ansökan med hänvisning till att hans redan avlagda fil. kand.-examen med matematisk-naturvetenskaplig inriktning enligt examensstadgan

[4] Juridiska fakultetens protokoll 30.1.1932 § 2.
[5] Juridiska fakultetens protokoll 15.9.1932 § 9, 15.12.1932 § 16.
[6] Juridiska fakultetens protokoll 17.3.1932 § 1.
[7] Juridiska fakultetens protokoll 29.10.1932 § 8, 15.12.1932 § 15, 31.1.1933 § 6.
[8] Harry Söderman blev senare en av den svenska polisens mest kända kriminaltekniker.

berättigade till avläggande av juridisk examen utan fyllnadsprövning i latin.[9]

Någon tvekan att bifalla ansökningar från studenter som antingen var utländska medborgare eller svenskar med utländsk studentexamen fanns alltså inte, förutsatt att de fyllnadsprövade enligt latinlinjens fordringar, vilket i nästan alla fall i praktiken betydde komplettering i svenska och svensk historia. Professorerna höll arbetsmarknadspolitiska bedömningar utanför dispensprocessen.

Med Hitlers tillträde som rikskansler i januari 1933 ändrades förutsättningarna. På våren 1933 iscensattes de första utrensningarna av forskare och lärare vid tyska universitet. Jurister med judisk bakgrund mötte svårigheter att fortsätta sin yrkesverksamhet och judiska studenter uteslöts från högre studier. Inte oväntat började tyska studenter och akademiker med judisk bakgrund att redan under våren 1933 ansöka om tillträde för studier vid svenska universitet. Någon massflykt från Tyskland var det inte fråga om, men i det rådande läget med hög arbetslöshet bland akademiskt utbildade kunde bifall till bara några få flyktingars ansökningar om att få avlägga svensk akademisk examen anses förvärra de inhemska akademikernas situation. Skärpningen av praxis berodde mer på intresse att säkerställa jobben för svenska akademiker än på odefinierad främlingsrädsla. Hur som helst ställdes nu arbetsmarknadsfrågan i antagningsprocessens centrum i Uppsala. Detta blev inte blev fallet i Stockholm. Praxis vid tillämpningen av examensstadgans behörighetsregler skilde sig plötsligt åt mellan de två fakulteterna.

Det hade börjat på försommaren 1933 med en ansökan från tyske medborgaren Rudolf Meidner – långt senare känd LO-ekonom och upphovsman till förslaget om löntagarfonder – om behörighet att avlägga JK-examen vid Stockholms högskola. Meidner skrev diplomatiskt och försiktigt att den tyska utvecklingen gjorde det tvivelaktigt om att kunna avsluta sina redan i Tyskland påbörjade studier på vanligt sätt; de tyska högskolorna var så överfulla, lärarkåren så växlande och ”genom reformer och särskilda bestämmelser, vilkas verkningar jag icke kan överskåda, försvåras uppbyggandet av en enhetlig studieplan”. Det var naturligtvis en minst sagt försiktig beskrivning av hur Meidner kommit i kläm genom nazisternas framfart inom den högre utbildningen. Meidner avsåg studera fr.a. nationalekonomi och hade redan bevistat föreläsningar i ekonomi och juridik vid Stockholms högskola och ”kommit till den överty-

[9] Juridiska fakultetens protokoll 29.10.1932 § 8.

gelsen, att den svenska och tyska andan hava så mycket gemensamt, att övergången icke betyder en fullständig omställning, utan bara en fortsättning i en annan riktning." Meidner framhöll att han inte skulle komma att ligga den svenska staten till last under studierna utan kunde leva på avkastningen från sin privata förmögenhet.[10]

Stockholmsfakulteten tillstyrkte bifall till Meidners ansökan, men i Uppsala blev resultatet det motsatta med argumentet att frågan om de svenska universitetens öppnande för utlänningar "i nuvarande tider med dess överproduktion av akademiskt bildade" borde avgöras i ett sammanhang och inte från fall till fall.[11] Stockholmarna prövade det enskilda fallet efter examensstadgan, vilket ju var precis vad de skulle göra. Uppsalaprofessorerna önskade med hänsyn till rådande arbetsmarknadsläge få generella riktlinjer utfärdade för att stadga upp praxis.

Innebar då detta att man i Uppsala med arbetsmarknadspolitiska argument ville styra antagningsproceduren i en riktning som hindrade judiska flyktingar att få uppehållstillstånd? Knappast. Låt oss se på ett närliggande fall, även det från 1933, som gällde den österrikiske medborgaren Ernst Hoor, som önskade avlägga både juris kandidat- och licentiatexamen vid Stockholms högskola. Hoor hade redan bestämt sig för forskarstudier i internationell rätt och hade praktisk erfarenhet från detta fält. Han var i färd med att fyllnadspröva i svenska språket och svensk historia för att uppfylla latinlinjens krav i dessa ämnen. Precis som Meidner försäkrade Hoor att han som ekonomiskt oberoende hade sitt uppehälle under studietiden säkerställt. Stockholmsfakulteten tillstyrkte ansökan på villkor att fyllnadsprövningen slutfördes.[12]

Men i Uppsala föll Hoors ansökan inte i god jord. Fakulteten hänvisade åter till frågan om universitetens och högskolornas öppnande för utlänningar; denna fråga borde mot bakgrund av överproduktion av inhemska, akademiskt bildade personer avgöras i ett sammanhang och inte från fall till fall, alltså samma motivering som fakulteten redan anfört i Meidners fall. Denna policy från fakultetens sida var emellertid litet av svepskäl, ty i det underlag till beslut som fakultetsnotarien sände ut gjorde professorerna en så extremt individuell prövning av Hoors ansö-

[10] Kopia av skrivelsen i Juridiska fakultetens protokoll 29.5.1933 § 13.

[11] Juridiska fakultetens protokoll 29.5.1933 § 13. (Dekanus Westman, professorerna Reuterskiöld, Engströmer, Wetter, Lundstedt, Brock och Holmbäck samt doc. Olivecrona.)

[12] Juridiska fakultetens protokoll 27.9.1933, § 3, bil. A–B.

kan att argumenteringen visade sig ha hamnat långt från examensstadgans regler. Med sin säreget byråkratiska stilkonst framhöll Reuterskiöld att en svensk juridisk examen med inriktning väsentligen på svensk rätt knappast kunde få någon betydelse för sökandens fortsatta arbeten inom internationell rätt och politik och att avläggandet av sådan examen ”lätteligen endast är första steget till upptagande som svensk medborgare med behörighet till samma tjänster och ämbeten som en sådan behörighets förlänande icke kan anses önskvärd samt enär intet hinder finnes för studiers bedrivande vid högskolan eller universiteten utan examen, avstyrker jag ansökningen”. Med Reuterskiöld instämde Westman, Engströmer, Lundstedt, Brock och Holmbäck.[13] Beslutet skulle alltså få den säregna följden att Hoor fick rätt att närvara vid föreläsningar men inte tentera. Det handlade, åtminstone på ytan, fortfarande om rop efter generella riktlinjer för utlänningars tillträde till högre utbildning i Sverige utifrån arbetsmarknadens behov. I verkligheten hade fakulteten gjort en ren och skär lämplighetsbedömning av om sökanden faktiskt *behövde* avlägga svensk juristexamen för sin kommande karriär som internationellt inriktad rättsvetenskapsman.

En månad senare låg åter ett remissärende på fakultetens bord, vilket gällde den tyske medborgaren Herbert Goldschmidt, som ansökte om att få avlägga juris kandidatexamen vid Stockholms högskola. Goldschmidt, som var av judisk härkomst, hade studerat juridik i Tyskland under två år, men ”förhållandena i Tyskland lägga emellertid för närvarande hinder i vägen för mig att omedelbart fortsätta mina studier vid ett tyskt universitet”. Goldschmidt var således ännu ett offer för den tyska raspolitiken. Beslutsmönstret upprepades. Stats- och rättsvetenskapliga fakulteten vid Stockholms högskola tillstyrkte ansökan på villkor att sökanden fyllnadsprövade i svenska språket och svensk historia. Uppsalafakulteten upprepade däremot åter sin gamla ståndpunkt att frågan om utlänningars tillträde till svenska universitet och högskolor med hänsyn till överproduktionen av inhemska akademiker inte borde avgöras från fall till fall utan i ett sammanhang.[14]

Vid en jämförelse mellan dispensansökningarna under 1932 och 1933 från personer med utländskt medborgarskap som Meidner, Hoor och Goldschmidt, och ansökningar från svenska medborgare som avlagt ut-

[13] Juridiska fakultetens protokoll 27.9.1933, § 3.

[14] Juridiska fakultetens protokoll 28.10.1933 § 4 med bilagor. Bakom det enhälliga beslutet stod dekanus Wetter samt professorerna Reuterskiöld, Engströmer och Holmbäck.

ländsk studentexamen, framträder en viktig skillnad. I de senare fallen blev det inte tal om att nykomlingarna skulle orsaka problem för svenska akademiker; det var tillräckligt för bifall att svenska medborgare med utländsk utbildningsbakgrund fyllnadsprövade enligt fordringarna för svensk studentexamen på latinlinjen,[15] en praxis som skulle bestå även under 1934. *Svenskt medborgarskap* blev plötsligt en del i behörighetsbedömningen, trots att examensstadgan inte alls nämnde villkoret svenskt medborgarskap.

Protektionismen som arbetsmarknadspolicy

Under 1934 tillkom för Uppsalas del den arbetsmarknadspolitiska bedömningen, och detta ställningstagande kunde fakulteten bygga direkt på 1927 års utlänningslag (*UtL*), som utformats för att skydda den inhemska arbetskraften. Med UtL följde att svenska medborgare skulle ha företräde till svenska jobb, och så hade lagstiftningen varit utformad sedan 1910-talet. Ett helt knippe inskränkningar mötte framför allt den utlänning som önskade bedriva näringsverksamhet. Som huvudregel gällde att utlänning endast fick bedriva handels- eller fabriksrörelse efter prövning av K. M:t, dock inte via handelsbolag eller aktiebolag. Utlänning fick inte heller utan K. M:ts tillstånd förvärva fast egendom eller gruva. Restriktioner gällde även utlännings möjlighet att förvärva aktier i svenskt aktiebolag. Med detta batteri av inskränkningar fanns det litet utrymme för utländska investerare. Protektionismen var satt i system.[16]

Individuella arbetstillstånd utgjorde det viktigaste medlet att hindra utlänningar att ta svenska jobb. I propositionen till UtL 1927 hade justitieminister Natanael Gärde[17] framhållit att den svenska arbetsmarknaden måste anses vara förbehållen svenska medborgare; en särskild myndighet, socialstyrelsen, hade att pröva om sådana omständigheter var förhanden som kunde föranleda avsteg från denna grundsats; tillstånd till arbetsanställning skulle därför i regel endast meddelas om det med hänsyn till utlänningens speciella kvalifikationer eller om det på grund av rådande arbetskraftsbrist inom ett yrkesområde var önskvärt och lämpligt att tillåta att utlänningen anställdes. Men så kom det viktiga humanitära undantaget: ”I särskilda fall, såsom då utlänningen längre tid vistats här i

[15] Juridiska fakultetens protokoll 8.12.1932 §§ 8–9, 15.12.1932 § 15–16.
[16] En översikt av regelverket finns sammanställd i 2 LU 1936, s. 10 ff.
[17] Gärde var liberal och tillhörde folkpartiets tillskyndare då partiet tillkom 1934.

landet eller synnerliga skäl av humanitär natur tala därför, bör dock detta tillstånd kunna meddelas, oaktat sådana omständigheter, som nyss sagts, ej äro för handen."[18]

UtL:s huvudregel var således att person med uppehållstillstånd fick arbetstillstånd om vederbörande fyllde ett behov på arbetsmarknaden, som inte tillgodosågs genom inhemsk arbetskraft, men att undantagsregeln om humanitära hänsyn ersatte huvudregeln i synnerliga fall, eller då utlänningen vistats länge i landet. Alla utlänningar måste ha särskilt tillstånd om de ville stanna i landet, men lagen innehöll det viktiga undantaget, som gav skydd åt sådana personer, som löpte risken att straffas i hemlandet för politiska brott.

Andra lagutskottet framhöll i sitt utlåtande över propositionen att man borde "bereda sammanslutningar av arbetsgivare eller arbetare inom verksamhetsområdet i fråga tillfälle att uttala sig" i alla fall som inte var av synnerligen brådskande natur eller det förelåg särskilda omständigheter.[19] Vad utskottet förordade var alltså samråd mellan de fackliga organisationerna och myndigheten socialstyrelsen då beslut skulle fattas *i enskilda fall*. Det blev alltså facket som i praktiken fick avgöra om en invandrad individ verkligen uppfyllde kriteriet att tillgodose ett behov på arbetsmarknaden som inte gick att fylla genom inhemsk arbetskraft. Denna egendomliga blandning av facklig och administrativ makt för beslut om arbetstillstånd åt invandrade utlänningar uttryckte i grund och botten samma höga uppskattning av fackets deltagande i förvaltning och rättskipning, som facket fick genom tillkomsten av arbetsdomstolen två år senare. 1927 var det fackliga inflytandet vid tilldelningen av arbetstillstånd knappast något problem, inte heller 1932.[20] Det rådde politiskt samförstånd mellan arbetsmarknadens parter om att skydda den inhemska arbetskraften från konkurrens av invandrade utlänningar.

De förslag till förändringar i UtL, som framställdes under åren som följde, gick ut på att bättre leva upp till grundsatsen att svensk arbetsmarknad var förbehållen svensk arbetskraft, med andra ord skärpt protektionism, men det medförde än så länge inget humanitärt problem. Men när Hitler väl kommit till makten och börjat transformationen av den tyska statsförvaltningen och högre utbildningen under våren 1933,

[18] D.v.s. brist i arbetskraft inom ett yrkesområde.

[19] 2 LU 1927: 32.

[20] UtL var tidsbegränsad till utgången av 1932. 1932 års riksdag förlängde sedan lagen att gälla till och med 1937.

dök de första tyska flyktingarna upp vid landets gränser. Svenska myndigheter behövde inte göra någonting för att stoppa flyktingarna. Arbetsmarknadsprotektionismen fanns redan på plats, men det krävdes en Hitlers brutalitet för att göra protektionismens konsekvenser riktigt tydliga.

Då 1934 års riksdag inleddes och Hitler suttit vid makten i ett år började flyktingarna dyka upp, om än fortfarande i fåtal. Den massiva uppslutningen kring skyddet av den inhemska arbetskraftens företrädesrätt till svenska arbeten var obruten. Det yrkades till och med på ytterligare restriktioner och effektivare kontroll av hur det gällande regelverket faktiskt efterlevdes.[21] Fackliga särintressen ventilerades utan krusiduller. I motioner med socialdemokratiska undertecknare yrkades att varje ansökan om inrese- och arbetstillstånd för utländska yrkesutövare måste remitteras till respektive fackförbund för yttrande samt att socialstyrelsen inte måtte få bevilja utländsk yrkesutövare inrese- och arbetstillstånd, om fackförbundet kunde visa att inhemsk arbetskraft inom det aktuella området fanns tillgänglig. Detta förslag, som lades fram i båda kamrarna, hade, om det bifallits, ställt socialstyrelsens beslut under fackligt veto. Även den ökande mängden utländska studenter vid svenska universitet uppmärksammades; det var inte önskvärt att utlänningar bereddes möjlighet att studera och avlägga examen vid svenska universitet, om det fanns risk for uppkomsten av ett inhemskt akademiskt proletariat.[22]

Andra lagutskottet beredde ärendet i riksdagen under ordförandeskap av professorn i rättshistoria, tillika uppsalafakultetens dekan Karl Gustaf Westman. Utskottet slog vakt om både UtL:s huvudregel och humanitära undantagsregel i befintliga formuleringar men framhöll att invandrarfrågan fordrade uppmärksamhet. Utskottet meddelade upplysningsvis att nästan fyrtio procent av invandrarna under de första fem månaderna av 1934 kommit från Tyskland, vilket var en markant förändring från tidigare år, då antalet tyska invandrare varit väsentligt färre.[23] Utskottet gick i huvudsak på linjen att skärpa kontrollen av UtL:s tillämpning.[24]

I Andra kammaren förekom en replikväxling värd att uppmärksamma mellan högermannen Karl Magnusson i Skövde och socialdemokraten

[21] MFK 1934: 249, MAK:129.

[22] MFK 1934:63 (Theodor Nilsson och Axel Sundberg), MAK 1934:22 (Carl Lovén).

[23] Utskottet redovisade högst kortfattat statistik per 1 juni 1934. Antalet beviljade tillstånd uppgavs vara 5 570, av vilka 4 070 var av socialstyrelsen beviljade arbetstillstånd, resten, 1 500, hade varit rena uppehållstillstånd, förnyade och nya. Den totala fördelningen var 38,2 % tyskar, 24,9 % finnar, 9,4 % norrmän och 8,2 % danskar.

[24] 2 LU 1934: 12.

Sigvard Cruse i Stockholm. Mot Magnussons påpekande att socialstyrelsen redan hade ett gott samarbete med fackliga organisationer och LO, invände Cruse, som tillhörde LO:s ledning, att det praktiska problemet med samarbetet mellan socialstyrelsen och LO var att de enskilda förbunden var missnöjda med styrelsens tillståndspraxis som de uppfattade som alltför frikostig; Sverige kunde inte hålla sina gränser öppna när andra länder stängde sina. Cruse vände sig inte mot att arbetstillstånd beviljades inom områden med kompetensbrist, ”liksom icke heller emot att man av humanitära skäl söka bereda arbete åt flyktingar, som kanske på grund av rasfanatism eller andra skäl vägras arbete och inkomst i sitt hemland. I den mån vi ha möjlighet att bereda sådana flyktingar arbete och utkomst i vårt land har jag för min del intet att erinra däremot”. Magnusson replikerade att antalet arbetstillstånd beviljade för utlänningar, säkerligen skulle ”bli mycket små i jämförelse med de siffror vi finge anteckna, därest alla de eller blott en del av dem, vilka nu på grund av rasförhållanden hava svårt att få sysselsättning inom vissa andra länder, skulle få en fristad här”.

Om uppsalafakulteten 1933 önskat få generella riktlinjer utfärdade av regeringen för att underlätta skapandet av fast praxis rörande antagning av utlänningar som fått uppehållstillstånd under UtL:s undantagsregler, så hade samma önskemål uttryckts av socialstyrelsen i början av 1934. Styrelsen hade ansökningar om uppehållstillstånd under handläggning vilka inkommit från ”tyska medborgare av icke-arisk härstamning”. Två hade avlagt akademisk examen i Tyskland och bedrev nu vetenskaplig verksamhet vid institutioner i Stockholm, en vid Stockholms högskola och en vid Handelshögskolan och en slutligen, som i Tyskland haft anställning i rättslivet, studerade utan av styrelsen känd studieort. Styrelsen önskade få in synpunkter från universitetskanslern och styrelsen för Sveriges förenade studentkårer.[25]

Kansler uppgav att Sveriges förenade studentkårer redan yttrat sig över de inkomna ansökningarna och då anfört att frågan om och i vilken utsträckning utländska forskare kunde beredas möjlighet att arbeta vid svenska vetenskapliga institutioner och ”därigenom meritera sig för framtida konkurrens med svenska forskare till lärostolar och andra vetenskapliga befattningar” var en fråga värd allvarligt övervägande. Kansler följde upp med formuleringar som rimmade väl med den mening som uppsalafakulteten artikulerat redan föregående år. Med de mycket

[25] Universitetskansler var Ernst Trygger, vars akademiska karriär börjat just som professor i processrätt vid Juridiska fakulteten i Uppsala.

begränsade utkomstmöjligheter som stod till buds inom de intellektuella yrkena, måste givetvis stor försiktighet iakttas, då det gällde att vid svenska universitet och högskolor bereda studiemöjligheter för sådana utlänningar, skrev kansler, ”om vilka man kan förmoda, att de icke gärna återvända till sitt hemland, och vilka därför måste förutsättas komma att så länge det är dem möjligt stanna i Sverige för att i sinom tid försöka att förvärva svenskt medborgarskap”. I de fall, då de akademiska myndigheterna haft att yttra sig över ansökningar av dylika utlänningar om rätt att avlägga ämbetsexamina, hade yttrandena helt naturligt i allmänhet gått i avstyrkande riktning. Kansler fortsatte: ”Svårare är det att fatta position till frågan om tillåtelse för sådana utlänningar att visats här i riket för bedrivande av studier i syfte att avlägga examen, som icke har karaktären av ämbetsexamen, eller för idkande av vetenskapliga specialundersökningar, utan direkt examenssyfte, ett spörsmål varom jag tidigare icke haft anledning att inhämta de akademiska myndigheternas principiella uppfattning.” Rektorsämbetena fick order av kansler att yttra sig snarast rörande spörsmålet.[26]

Juridiska fakulteten i Uppsala återgav i sitt remissvar till rektor – och rektor var ju juris professorn Engströmer! – sin tidigare uttalade ståndpunkt att fakulteten ville se frågan om de svenska universitetens och högskolornas öppnande för utlänningar ”i nuvarande tider med dess överproduktion av inhemska akademiskt bildade borde avgöras i ett sammanhang och ej från fall till fall.” Fakulteten hänvisade sedan till att 1934 års riksdag i skrivelse till K.M:t fäst uppmärksamheten på den ökade invandringen av tyska medborgare, vilka med hänsyn till börd eller åskådning inte ansåg sig kunna kvarbli i sitt hemland, särskilt riksdagens uttalande att sådana personer torde ha för avsikt att på sikt komma att konkurrera med den inhemska arbetskraften på skilda områden och att detta särskilt gällde studerande av judisk börd, som efter avlagd ämbetsexamen måste kunna räkna med permanent uppehållstillstånd. ”Samtliga sökande, varom nu är fråga, tillhöra den kategori studerande, som avses i riksdagens uttalande. Fakulteten åberopar detta uttalande såsom ytterligare stöd för sin ståndpunkt, att frågan om de svenska universitetens och högskolornas öppnande för utlänningar för närvarande bör avgöras i ett sammanhang och ej från fall till fall. I avvaktan på en så beskaffad prövning finner sig fakulteten förhindrad tillstyrka att tillstånd att avlägga juridisk examen över huvud

[26] Universitetskanslern till rektorsämbetet vid Uppsala universitet 29 mars 1934, bil. Juridiska fakultetens protokoll 9 april 1934 § 9A.

meddelas sådana studerande, som avses i riksdagens skrivelse. Till följd därav avstyrkas nu föreliggande ansökningar."[27]

Men hur var det då med en sökande som önskade antagning för forskarutbildning i juridik, alltså den aspekt på immigrationsfrågan som kansler ventilerat avslutningsvis i sin skrivelse? Den saken var för fakultetens del ovidkommande, hette det, eftersom den vetenskapliga examen som kunde avläggas vid en juridisk fakultet, juris licentiatexamen, förutsatte avlagd JK-examen." Därmed var även forskarutbildningen blockerad för tyska flyktingar. Återstod så de fall då någon utlänning utan examenssyfte önskade idka vetenskapliga studier i Sverige och utan syfte att kvarstanna. Jo, detta var enligt fakultetens mening ägnat att befordra det vetenskapliga samarbetet med utländska universitet och underlätta för svenskar att bedriva studier utomlands; tillfälle till sådana studier borde därför öppnas i all den utsträckning som praktiska och administrativa förhållanden medgav; inga hinder förelåg heller från fakultetens sida att ta emot sådana studenter.[28]

Det är slående hur komplext dispensförfarandet uppfattades av uppsalafakulteten på våren 1934 mot ett år tidigare. 1933 handlade antagningen av sökanden utan svensk studentexamen om tillämpning av examensstadgan. 1934 hade perspektivet förskjutits till att handla mer om tillämpningen av UtL och skyddet av den akademiska arbetsmarknaden än om examensstadgan.

Dispenspraxis mognar i Uppsala

Juridiska fakulteten fick samma dag den avgav sin remiss till rektor med anledning av universitetskanslerns skrivelse yttra sig över tre ansökningar om rätt att avlägga svensk juristexamen vid Stockholms högskola. Sökandena var tre tyska jurister, J. Fischler, B. Staedtler och E. Baburger.

Fischler hade arbetat som advokat fram till april 1933, då han måst lämna sitt yrke på grund av judisk härstamning. Han anförde att han numera helt saknade utkomstmöjligheter i Tyskland och därför sökt sig till Sverige på grund av personliga relationer. Efter ankomsten till Sverige i maj 1933 hade han av socialstyrelsen erhållit begränsat uppehållstillstånd. Fischler tillhörde en synagoga i Stockholm och höll som bäst på att

[27] Juridiska fakultetens protokoll 9.4.1934 § 8. I det eniga beslutet deltog dekanus Wetter samt professorerna Engströmer, Holmbäck, Lundstedt och Westman.
[28] Juridiska fakultetens protokoll 9.4.1934 § 9.

lära sig svenska. Med hänsyn till sin tidigare yrkeserfarenhet ansökte han om dispens från den propedeutiska kursen i JK-utbildningen.

Staedtler hade varit assessor i den preussiska statsförvaltningen, avlagt statsexamen och arbetat på habilitiationsavhandling i offentlig rätt. Han behärskade svenska och var gift med en svenska, med vilken han hade ett barn. Han uppgav att han förlorat sitt arbete ”till följd av kända politiska förhållanden”. Även Baburger hade yrkesbakgrund som advokat men fick som jude inte utöva advokatyrket i Tyskland.

Stockholmsfakulteten tillstyrkte bifall till ansökningarna på villkor att sökandena fyllnadsprövade för studentexamen i svenska och svensk historia. Fischler borde kunna dispenseras från den propedeutiska kursen. Stockholmsprofessorerna tog ingen hänsyn till akademikernas kärva arbetsmarknad, de prövade fortfarande ansökningarna enbart mot examensstadgans krav. I Fischlers fall framhöll de rakt på sak att de ”icke hava att i anledning av remissen pröva annat än sökandens förutsättningar att tillgodogöra sig undervisningen inom fakulteten…”[29]

I Uppsala såg man, inte överraskande, helt annorlunda på saken. Som underlag för fakultetens ställningstagande hade professor Westman skriftligen bedömt de tre sökandenas möjligheter att få stanna permanent i landet. Ansökan om uppehållstillstånd skulle prövas enligt utlänningslagen; enligt praxis torde ett meddelat uppehållstillstånd i allmänhet förlängas. Westman fortsatte: ”Sedan examen avlagts – vanligen efter åtskilliga års vistelse i riket – synes anledning finnas att antaga, att vederbörande utlänning, som själv torde anse, att möjlighet till vistelse och försörjning i hemlandet icke förefinnes, kommer att ingiva ansökan till Kungl. Maj:t att bliva upptagen till svensk medborgare.” Westman höll för troligt att flertalet nog kunde uppfylla de formella förutsättningarna för naturalisation – 21 års ålder, vistelse i landet sedan fem år, hederlig vandel och möjlighet att försörja sig själv och sin familj.[30]

Westman spelade här två olika roller. Som professor vid juridiska fakulteten upprättade han underlaget i de tre ärendena, men som ordförande i andra lagutskottet ledde han riksdagens beredning av den aktuella lagstiftningen. Hans kollegor hemmavid låste fast sig vid att bedöma ansökningarna utifrån arbetsmarknadens förutsättningar. Fakulteten hänvisade till riksdagens skrivelse om problemet med invandrad akademisk arbetskraft; de sökande tillhörde alla den kategori som avsågs i riksdagens

[29] Handlingarna i Juridiska fakultetens protokoll 9.4.1934 § 8.
[30] Juridiska fakultetens protokoll 9.4.1934 § 8 g–k.

uttalande. Fakulteten åberopade detta uttalande som ytterligare stöd för sin ståndpunkt att frågan om de svenska universitetens och högskolornas öppnande för utlänningar borde avgöras i ett sammanhang och inte från fall till fall. I avvaktan på riktlinjer från statsmakternas sida ansåg sig fakulteten förhindrad att tillstyrka bifall till de tre ansökningarna.[31]

Men hur såg uppsalafakulteten på gränsfall då sökanden avlagt utländsk studentexamen men var svensk medborgare? Ett sådant gränsfall var Hakon Auerbach, som efter tysk studentexamen och juridiska studier arbetat som domare från 1931 fram till 15 april 1933, då han utvandrat till Sverige och nu ville läsa juridik vid Stockholms högskola. Av handlingarna framgick inte om Auerbach utsatts för förföljelse. Han tillhörde efter bosättningen i Stockholm tyska Sankta Gertruds församling, en luthersk församling, vilket visar att han i varje fall inte praktiserade den judiska tron. Auerbach hade svensk bakgrund och återvunnit svenskt medborgarskap efter återkomsten från Tyskland. Det svenska medborgarskapet räddade Auerbachs sak inför uppsalaprofessorerna, som nu inte berörde akademikernas arbetsmarknad. De följde stockholmarna som tillstyrkt bifall till ansökan på villkor att sökanden fyllnadsprövade i svenska och svenskt historia för studentexamen.[32]

Ett likartat fall, nu med en norsk sökande, fick samma lyckliga utgång för sökanden, Birger Barth Magnus, som var norsk medborgare med juristexamen från Oslo universitet och sedan sex år boende i Sverige. Fakulteten aktualiserade inte heller i detta fall arbetsmarknadsprövningen.[33]

Sammanfattningsvis ger genomgången av 1934 års dispensansökningar vid handen att uppsalafakulteten ändrat kurs. Stockholmsfakulteten fokuserade, utan sidoblickar på den för akademiker så besvärliga arbetsmarknaden, uteslutande på de sökandes kompetens och förutsättningar att genomföra juristutbildningen framgångsrikt. Däremot hänvisade kollegorna i Uppsala till akademikernas höga arbetslöshet för att avstyrka ansökningar från studerande med utländsk examen, vilka saknade svenskt medborgarskap eller vistats länge i landet. Även om en sökande hade judisk bakgrund och flytt från naziregimens förföljelser, så avstyrkte uppsalafakulteten bifall med hänsyn till situationen på akademikernas arbetsmarknad. Det gjorde man inte i Stockholm.

[31] Juridiska fakultetens protokoll 9.4.1934 § 8.
[32] Juridiska fakultetens protokoll 29.9.1934 § 9.
[33] Juridiska fakultetens protokoll 30.5.1934 § 21.

Under 1935 behandlade uppsalafakulteteten inget dispensärende, och då fakulteten i mars 1936 yttrade sig över en remiss från universitetskanslern, svarade fakulteten att ingen utländsk undersåte bedrev juridiska studier vid universitetet, ”varför ett yrkande på strängare restriktioner i fråga om utländska undersåtars rätt att studera vid svenska universitet och högskolor icke kan grundas på fakultetens erfarenheter”.[34] Inte heller 1935 års riksdag aktualiserade flyktingakademikernas situation. Riksmötet var redan avslutat då Nürnberglagarna antogs i september 1935, vilka radikalt förvärrade judarnas ställning i det tyska samhället.

Arbetsmarknaden – en marknad för svenskar

1936 hade flyktingströmmarna från Tyskland till andra länder i Europa tagit fart på allvar. Hur regerade den svenska rikspolitiken? Låt oss se på ett par, tre förhållningssätt, artikulerade vid 1936 års riksdag.

Socialdemokraterna Branting, Ström och Gustavsson satte inte flyktingproblemet explicit i samband med förföljelsen av judar; det var ju fler tyskar än judar som flydde Hitler.[35] UtL föreföll, enligt deras uppfattning, betrakta de politiska flyktingarna som ett arbetsmarknadsproblem, som ”om de rest hit till landet för att konkurrera med svenska medborgare på vår arbetsmarknad”. Politiska flyktingar var inget arbetsmarknadsproblem, de hade inte sökt sig till Sverige frivilligt, de borde ges bästa möjligheter att få tillträde till arbetsmarknaden, och inte heller förhindras att ”vid härvarande högskolor fortsätta sina avbrutna universitetsstudier.” UtL:s undantagsbestämmelse tillämpades dessutom oenhetligt och enligt polismyndigheternas högst lokala praxis.[36] Dessa lokala variationer berodde på att UtL inte gav rättstillämparna tillräcklig vägledning, alltså precis vad uppsalajuristerna sagt. Den svävande formuleringen av UtL:s undantagsregel (att utlänning inte fick sändas åter till sitt hemland om ”han där sannolikt skulle tilltalas eller straffas för politiskt brott”) borde

[34] Juridiska fakultetens protokoll 21.3.1936 § 1.

[35] MFK 1936: 284 (Branting och Ström), MAK 1936: 604 (Gustafsson). Det bör påpekas att detta inte var någon partimotion.

[36] Stundom visades stor humanitet och förståelse för de olyckliga emigranterna, stundom trakasserades, jagades eller berövades de sin frihet som om de alls saknade varje människovärde. ”Understundom hava polismyndigheterna----hävdat den uppfattningen, att vederbörande politiska flyktingar icke äro berättigade att åberopa ifrågavarande bestämmelser, när de allenast hotas av koncentrationsläger.”

bytas ut mot tre regler som preciserade vem som var flykting,[37] när uppehållstillstånd fick beviljas sådan flykting,[38] samt överlåta till vederbörande myndighet att bedöma hur länge flyktingstatus skulle anses föreligga.[39]

Högerpartiets inställning kom fram genom två motioner, båda med partiledarna Gösta Bagge och Martin Skoglund i Doverstorp som första namn. Det konstaterades att Sverige uppvisade ett rejält invandringsöverskott. Av invandrarna hade 37 procent kommit från Tyskland sedan 1933, vilka fördelades på tre kategorier: dels politiska flyktingar som tillhörde av naziregimen förbjudna partier, dels nazistiska agitatorer, och dels judar som berövats sina existensmöjligheter i hemlandet. Motionärerna ville skärpa kontrollen av det redan befintliga regelverkets tillämpning, inte som de tre socialdemokraterna, precisera regelverket. Politiska agitatorer måste utvisas, asyl medges endast för kortast möjliga tid och endast i de mest ömmande fallen. Det stora bekymret utgjorde de invandrare (läs: judar) som miste sitt medborgarskap i hemlandet och därmed riskerade att inta samma ställning i Sverige som statslösa; om de kvarstannade en längre tid, måste de beviljas svenskt medborgarskap. Denna tvångssituation fick undvikas genom utökat viseringstvång. Inget sades om de rent praktiska problemen som sammanhängde med att förverkliga ett sådant mycket allmänt hållet önskemål.[40]

[37] ”Utlänning, som är politisk flykting, varmed förstås person, som på grund av politiska, konfessionella eller raspolitiska skäl tvingats till emigration från sitt hemland, skall icke hindras inkomma i riket, även om han saknar pass eller annan legitimationshandling. Sådan utlänning skall genom polismyndighetens försorg beredas tillfälle erhålla uppehållstillstånd och särskild legitimationshandling.”

[38] ”Politisk flykting må beviljas uppehållstillstånd så länge emigrationsgrunden består, eller till dess han av egen fri vilja vill avresa till annat land. Medellösa politiska flyktingar skola beviljas sådant uppehållstillstånd kostnadsfritt.”

[39] Utlänning får inte återsändas i det fall där ”han sannolikt skulle tilltalas, straffas eller på annat sätt förföljas av politiska skäl.” Motionen kastade alltså över bevisbördan för fortsatt flyktingstatus på rättstillämparen, inte längre på flyktingen, som enl. UtL måste göra sannolikt att han skulle tilltalas eller straffas för politiskt brott om han sändes tillbaka.

[40] ”Vi anse det högeligen påkallat, att regeringen snarast möjligt tager under övervägande åtgärder att kunna hindra en sådan oväl kommen invandring, som lätt försätter landet i en tvångssituation. Med hänsyn härtill måste man anse ett viseringstvång gentemot vissa länder som berättigat, så att man redan vid gränsen kan hindra ett inpasserande av sådana invandrare, som man ej önskar behålla här i landet. Det måste i tid understrykas det absolut nödvändiga i att förebygga invandringen hit av befolkningselement, som i flera viktiga hänseenden skulle kunna framkalla svårartade komplikationer.”

Andades högermotionerna motstånd mot judisk invandring? Ja, sannolikt, ty vad annat kunde avses än judiska flyktingar, när det talades om att förebygga invandring av befolkningselement, som i flera viktiga avseenden kunde föranleda svårartade komplikationer? Att detta är en rätt rimlig tolkning styrks av att högerpartiet även föreslog åtgärder inriktade på att förhindra utlänningar att investera i svenska företag och den vägen säkra uppehållstillstånd, en utveckling som partiet inte ansåg vara av godo för det svenska näringslivet.[41]

Endast det lilla nationella partiet, som låg nära de uttalade nazistpartierna ledda av Furugård och Lindholm, anlade rasbiologiska synpunkter på invandringspolitiken. Utöver tekniska förbättringar av regelverket borde även ingå ”biologisk invandringskontroll” så utformad ”att endast med oss i nationalitetshänseende närstående invandrare” borde få invandra.[42]

Ett enigt andra lagutskott, i vilket Karl Gustaf Westman fortfarande förde ordförandeklubban, föreslog att riksdagen skulle begära utredning av tekniska förbättringar i invandringskontrollen. Utskottet gjorde rent hus med förslaget att lägga rasbiologiska synpunkter på invandringen, men uppehöll sig vid de tyska medborgare, ”som med hänsyn till sin börd och åskådning” inte kunde stanna kvar i Tyskland. Sådana personer, skrev utskottet, fick antas slå sig ner här, konkurrera med den inhemska arbetskraften på skilda områden och ansöka om svenskt medborgarskap. Detta var säkert fallet med de studerande av judisk börd, vilka ingett ansökningar om att få avlägga examina vid svenska universitet och högskolor; hade de väl fått tillstånd och avlagt examen, ”torde de med visst fog kunna räkna med att få kvarstanna här i landet och arbeta i sitt yrke. Huru de svenska myndigheterna skola ställa sig till det spörsmål, som senast berörts, torde tarva ett allvarligt övervägande.”[43]

På något sätt låter orden bekanta. De hade, utan alltför vild gissning, varit i uppsalafakultetens säck innan de kom i utskottets påse, vilket tyder på att professor Westman haft ett gott grepp om både fakultetssäcken och utskottspåsen. Men mer skulle det bli av samma sort. Då riksdagens skri-

[41] De judiska investerarna kunde t.ex. inköpa ett antal aktier i ett lämpligt svenskt företag, ”och man kan sedan följa, hurusom det svenska inflytandet alltmer förminskas till förmån för det utländska. Även om detta vanligtvis sker på fullkomligt laglig väg, vilja motionärerna för sin del deklarera, att de ej anse denna tendens som sådan önskvärd eller lycklig för det svenska näringslivet. MFK 1936: 33, MAK 1936: 115.

[42] MAK 1936: 603 (Jacobsson m.fl.).

[43] 2 LU 1936: 53 s. 17.

velse kom på regeringens bord, satt redan Westman vid detta bord som justitieminister och det blev hans uppgift att lägga fram proposition om ny utlänningslag till 1937 års riksdag.

Till riksmötet 1937 framlade Per-Albin Hanssons samlingsregering med Westman som föredragande justitieminister förslag till reviderad utlänningslag, vars viktigaste nyhet bestod i att frågorna om uppehållstillstånd skulle centraliseras till en ny myndighet, utlänningsnämnden, men arbetstillstånd meddelas som tidigare av socialstyrelsen. I förslaget till UtL förklarades i 15 §: ”I ärende angående sådant tillstånd skall socialstyrelsen, där ej ärendet är av synnerligen brådskande natur eller andra särskilda omständigheter föreligga, inhämta utlåtande från offentlig arbetsförmedlingsanstalt för den ort, där arbetsanställningen skall innehavas, ävensom bereda sammanslutningar av arbetsgivare eller arbetare inom verksamhetsområdet i fråga tillfälle att uttala sig.” Samrådsprincipen skulle alltså gälla även framdeles, och justitieministern hade uttryckligen framhållit att rätten till politisk asyl inte automatiskt medförde rätt till arbetstillstånd. Första lagutskottet följde efter och pekade på att flyktingproblemet inte bara kunde betraktas uteslutande ur humanitär synpunkt. ”Som socialstyrelsen framhållit är det icke nog med att en flykting tillerkännes rätt att uppehålla sig här i riket; i många fall måste man även tillse att han erhåller arbete, varmed han kan försörja sig.” Men längre än så utvecklades inte denna tankegång utöver formuleringen att man från svensk sida inte borde ikläda sig internationella förpliktelser ägnade att inskränka friheten att föra den immigrationspolitik, som vid varje särskild tidpunkt kunde befinnas lämplig.[44]

Tre högermän önskade göra UtL permanent med tydligt framhävande av UtL:s ”huvudsakliga karaktär som skyddslagstiftning för den svenska arbetsmarknaden och folkrasen”, en tanke som inte vann sympati varken hos utskottet eller kamrarna.[45] Justitieministern gav svar på tal att rasfrågan inte hörde hemma i immigationsprocessen: ”Nu knorrade den ärade talaren också över att regeringen icke hade hört befolkningskommissionen över detta förslag. Är det då verkligen meningen, att om en politisk flykting kommer till vårt land, skall han underkastas besiktning av befolkningskommissionen för att man skall se, huruvida han ur rassynpunkt kan vara lämplig att få visas i vårt land? Det är i varje fall en synpunkt, som ingenstädes i världen förut har anlagts på de politiska

[44] Prop. 1937: 269. Första lagutskottet 1937: 59.
[45] Motion i AK 1937: 543.

flyktingarna, och jag tror icke, att en sådan prövning kan väl förenas med asylrättens begrepp."[46]

Även frågan om de intellektuella invandrarna skymtade förbi i kammardebatterna men självdog så snart den kommit upp.[47]

Två professorer utom Westman med anknytning till uppsalafakulteten fanns med i debatten: Reuterskiöld önskade få en permanent lagstiftning, inte som nu var tänkt en temporär gällande fram till 1942. Holmbäck yrkade bifall till utskottets betänkande men en kort motivering.[48]

1937 års UtL medförde en centralisering av uppehållstillstånden via den nytillkomna utlänningsnämnden och regeringen. Därmed fanns förutsättningar för att slippa den oenhetliga praxis som sänkt immigrationsprocessens rättsliga kvalitet. Beslut om uppehållstillstånd låg nu en gång för alla hos regeringen, men uppehållstillstånd var något annat än arbetstillstånd. Arbetstillstånd förutsatte meddelat uppehållstillstånd, uppehållstillstånd gav inte automatiskt arbetstillstånd. Meddelande av arbetstillstånd var en sak för socialstyrelsen, som var skyldig att i varje ärende samråda med arbetsförmedlingen och arbetsmarknadens parter. Det betydde i sin tur att just det fackliga inflytandet över beslutsprocessen bestod som det sett ut sedan 1927. Fack och arbetsgivare kunde visserligen inte inlägga veto mot utfärdande av arbetstillstånd, som de fann tveksamma ur allmän sysselsättningssynpunkt, men det är omvittnat att socialstyrelsen ogärna handlade mot fackets och arbetsgivarnas rekommendationer.

[46] AK 1937: 34 s. 91 ff.

[47] Högermannen Wistrand menade att man inte kunde släppa ur sikte "att det här gäller i vad mån befintliga arbetstillgångar och förtjänstmöjligheter skola reserveras för svenska medborgare eller inte. Och då är att observera, att de politiska flyktingarna till sin huvudpart tillhöra de intellektuella yrkena, för vilka ju utrymmet här i landet allt fortfarande är knappt. De tillhöra inte de yrkeskategorier, vilka man åtminstone för närvarande lätt och gärna kan giva sysselsättning utan att man därmed utestänger inhemsk arbetskraft och försörjningsmöjligheter för inhemska medborgare. Genom --- uppluckringen av begreppet politisk flykting kommer numera nästan varje utlänning, som uppgiver sig av politiska orsaker ha flytt till annat land, att behandlas som politisk flykting. Samtidigt som man noggrant prövar vanliga arbetssökande, som utan uppgivande av politiska skäl komma över som invandrarklientel, erhålla personer, som kanske många gånger på ganska lösa grunder presentera sig som politiska flyktingar, en viss gynnad position som konkurrenter på vår arbetsmarknad." FK 1937: 34 s. 56.

[48] Motion i FK 1937: 243; AK 1937: 34 s. 93.

Varför avböjde uppsalajuristerna att stödja uppropet från Amsterdam?

Låt oss nu avslutningsvis summera berättelsen. Vi börjar med att fråga oss hur den juridiska fakultetens ställningstaganden till antagningsärendena förhöll sig till UtL. Man kan först säga att fakulteterna i Stockholm och Uppsala gång på gång hamnade i olika slut, trots att de hade samma mål uppe till bedömning. Genom att enbart hålla sig till dispensreglerna öppnade stockholmarna dörren för utlänningar på ett helt annat sätt än upsaliensarna. Det var möjligt eftersom stockholmarna bortsåg från UtL. I Uppsala vägde man däremot samman UtL med dispensreglerna. Upsaliensarna betraktade juristutbildningen som en del av arbetsmarknadspolitiken. Svenska jobb skulle i första hand gå till infödda svenskar. Därför var man inte villig att öppna arbetsmarknaden för immigrerade jurister genom extensiv dispenspraxis. Två olika alternativ konkurrerade alltså med varandra, men det är svårt att komma ifrån att uppsalapraxis stod i bättre samklang med immigrationslagstiftningen än stockholmspraxis.

Man kan naturligtvis spekulera om varför man i Uppsala betonade UtL så envetet. Kanske berodde det på att uppsalaprofessorer var direkt involverade i lagstiftningsarbetet på UtL, något som inte var fallet med kollegorna från Stockholm. 1937 års UtL var signerad av en justitieminister som även var juris professor i Uppsala, medan andra fakultetsmedlemmar deltog direkt i riksdagsbehandlingen av kollegans proposition. Det fanns med andra ord rent personliga kontaktvägar mellan uppsalafakulteten och justitiedepartementet, mellan fakulteten och riksdagen. I Uppsala tog man, kanske inte så konstigt, för givet att det var UtL som reglerade invandringen av akademiker, inte reglerna rörande utländsk medborgares antagning till juristutbildning.

Men det fanns också andra skiljelinjer mellan de två fakulteterna. Uppsalafakulteten var en del av en statlig myndighet, Uppsala universitet, medan stockholmsfakulteten ingick i en privat högskola. Uppsalafakultetens ställning som statlig myndighet underströks tydligt, då fakulteten avböjde medverkan i uppropet från Amsterdam. Som statlig myndighet ansåg sig fakulteten inte kunna delta i politiska aktioner och opinionsbildning med aldrig så behjärtansvärt ändamål.

Ytterligare en omständighet hindrade uppsalafakulteten att agera politiskt, nämligen fakultetsledamöternas egen professionella självförståelse. Fakulteten var sedan trehundra år en del av statens rättsliga organisation precis som domstolarna. Om en statlig juridisk fakultet blandade sig i

vad som hörde till politiken, så överskred den sin behörighet. Politisk neutralitet var självklar, och detta trots att fakulteten aldrig förr eller senare haft en så tung bemanning av politiskt verksamma ledamöter som under just 1930-talet. Upsaliensarna var in i ryggmärgen medvetna om att de styrdes av lagen och inget annat. Ville de påverka lagstiftningen, så tog de på sig det politiska arbetets mödor men höll fakulteten utanför. För dessa rättsrealister var politisk neutralitet uttryck för basal professionalitet. Skillnaden mot dagens värdegrundssurrande myndigheter med egna slogans, fanor och symboler är direkt slående. Att Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet kunde hålla sig med en egen värdegrund utöver Sveriges Rikes Lag, gå i demonstrationståg under egen banderoll som stöd för en och annan utsatt grupp eller skriva på upprop med aldrig så behjärtansvärt syfte, som rector magnificus Engströmer uttryckte saken, fanns helt enkelt inte i fakultetsledamöternas föreställningsvärld. Varför skulle inte detta vara värt både heder och respekt från oss senare tiders barn?

Juridiska fakultetens beslut att inte ställa sig bakom uppropet från Amsterdam har på ett alldeles oförklarligt sätt försvunnit in i historiens glömska, och det blir desto oförklarligare som ett snarlikt agerande förorsakade storm i Uppsala bara ett par månader senare. Uppsala studentkår, samlad till så kallad allmän sammankomst den 17 februari 1939, avböjde att anta ens ett försiktigt formulerat uttalande till stöd för en generösare flyktingpolitik. Mötet, som hölls i gymnastikinstitutionens tennishall, ”Bollhuset”, blev den mest ökända händelsen i Uppsala universitets hela 1900-talshistoria. Ingen akademisk skandal kan tävla med Bollhusmötet i fråga om dåligt rykte. Men i ljuset av Juridiska fakultetens ställningstaganden i antagningsmålen borde Bollhusmötets dåliga rykte kunna förbättras avsevärt.

Nu börjar historieskrivningen plötsligt kompliceras. Under snart åttio år har Bollhusmötet framställts som en ondskans seger över humanitet och godhet. Men hur ska då Juridiska fakultetens hantering av Amsterdamuppropet framställas? Det handlade ju i grund och botten om samma sak: att delta i en opinionsyttring till förmån för judiska flyktingar som ville skaffa sig en trygg tillvaro i Sverige. Vi får kanske tills vidare lämna svaret öppet, men en sak måste trots allt sägas: Fakultetens ledamöter visste vad de gjorde. De var inga virrpannor ute på yttersta högerkanten utan högst kompetenta jurister med enorm erfarenhet av politiskt arbete i demokratins tjänst. Deras politiska värderingar fick dem att tycka illa om extremism, antingen den kom från vänster eller höger, men de för-

stod att uttrycka sina åsikter i andra fora än som representanter för den juridiska fakulteten.

Referenser

Uppsala Universitetsbibliotek, UUB: Uppsala Universitets arkiv: Juridiska fakultetens protokoll och handlingar, 1932–1939.

Riksdagstrycket: Första kammarens [FK] och Andra kammarens protokoll [AK], 1937; Första lagutskottets utlåtanden [1 LU], 1937; Andra lagutskottets utlåtanden [2 LU], 1927, 1934, 1936; K. M:ts Propositioner [Prop], 1937; Motioner i Första kammaren [MFK] och i Andra kammaren [MAK], 1934, 1936–37.

Svensk Författningssamling [SFS], 1904, 1935.

Jørn Øyrehagen Sunde

Debt Slavery and Forced Labour

Debt slavery or debt bondage is a term used to depict the situation of those hopelessly indebted. In the Nordic languages,[1] debt slavery is also a term used to describe contemporary social situations. The idea of debt slavery is today mainly linked to the phenomena as it is know from antiquity and preceding civilizations. Already in the Code of Hammurabi there are rules on indebted failing to meet claims for debt, and hence giving up himself, his wife, son, daughter, slave or maid to forced labour.[2] From Leviticus we see that debt slavery also seem to have been known among the Israelis.[3] Still, it is the ending of debt slavery in Greek and Roman law that has drawn attention to the legal institute. In Greek law, debt slavery was abolished by Solon in his famous reforms in 590s B.C.[4] The Greek historian Plutarch uses the incident to depict Solon as a man who resisted the temptation to become tyrant, and hence makes it a story of democracy.[5] The Greek philosopher Aristotle, on the other hand, makes the very abolition of debt slavery to a contribution to the Greek democracy: "There are three points in the constitution of Solon which

[1] Norwegian: *gjeldsslave*, Danish: *gældsslave*, Icelandic: *skuldir Þræll*, Swedish: *skudslav*, and Finnish: *velkaorja*.

[2] See chaper 117–119 in the online available translation of the Code of Hammurabi at http://mcadams.posc.mu.edu/txt/ah/Assyria/Hammurabi.html#Hammurabi.Law.117 (08. January 2016).

[3] See Leviticus 25: 39 in the online available translation of the *Bible* at http://www.o-bible.com/cgibin/ob.cgi?version=bbe&book=lev&chapter=25 (08. January 2016).

[4] Pavel Oliva, "Gesetze Solons und die athenische Polis", in *Folia philologica*, (1983), pp. 65–69 (66).

[5] See 13:2–3 and 14: 1–2 in the online available translation of Plutarch's *The Parallel Lives* at http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Solon*.html (08. January 2016).

appear to be its most democratic features: first and most important, the prohibition of loans on the security of the debtor's person".[6] Also the abolition of debt slavery in Roman law, called *nexum*, was mythologized. The Roman historian Levy linked it to increased liberty to the plebeians: "This year (326 B.C.) was marked by the dawn, as it were, of a new era of liberty for the plebs; creditors were no longer allowed to attach the persons of their debtors."[7] The Lex Poetelia Papiria, deciding that "the goods and not the person of the debtor shall be the security for the debt", was, according to Levy, enacted by all the people of Rome. The story might have been quite another one, but it illustrates the origins of the powerful moral and political connotations of the term debt slavery in contemporary debate.

It is the mythology of the events in Athens in the 590s and in Rome in the 320s B.C. that constituted the idea of debt slavery the have prevailed to this day. Because in western European law in general, there are not striking many traces of provisions concerning debt slavery after the abolition in Athenian and Roman law in antiquity. This despite that Tacitus claimed that among the Germanic peoples even personal freedom was a good that could be disposed over, and could for instance be lost when gambling:[8] "Strangely enough they [Germanic peoples] make games of hazard a serious occupation even when sober, and so venturesome are they about gaining or losing, that, when every other resource has failed, on the last and final throw they stake the freedom of their own persons. The loser goes into voluntary slavery; though the younger and stronger,

[6] The citation is taken from section 1 part 9 in the online available translation of Aristotle's *The Athenian Constitution* at http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.1.1.html (08. January 2016). The whole reasoning reads: "There are three points in the constitution of Solon which appear to be its most democratic features: first and most important, the prohibition of loans on the security of the debtor's person; secondly, the right of every person who so willed to claim redress on behalf of any one to whom wrong was being done; thirdly, the institution of the appeal to the jury courts; and it is to this last, they say, that the masses have owed their strength most of all, since, when the democracy is master of the voting-power, it is master of the constitution." See also section 1 part 3, 6, 10, 11 and 12.

[7] The citation is taken from book VIII: 28 in the online available translation of Levy's *The History of Rome* at http://mcadams.posc.mu.edu/txt/ah/Livy/Livy08.html (08. January 2016).

[8] Drew, 1973 p. 254 n. 16.

he suffers himself to be bound and sold."[9] One exception from the absence of provisions concerning debt slavery, is Lombard law. Liutprand, Lombard king between 712 and 1744, issued a provision saying that "if a man who is prodigal or ruined (…) commits theft or adultery or an breach of peace (scandalum) or injuries another man and the composition for this is twenty soldi or more, than a public representative ought to hand him over as a slave to the man who suffered such illegal acts." In this case the slavery was for life. If the compensation for the crime was less than twenty solidi, the slavery was limited in time.[10] King Aistulf, king between 749 and 756, made a provision based on the same principle of debt slavery to pay compensation for crimes.[11] In Irish, as in Lombard law debt slavery seem to mainly originated from the disability to pay compensation for crimes committed.[12] But when we find debt slavery mentioned for in *Senchus Már*, an Irish compilation of legal texts from the eighth century,[13] it could also stem from poverty.[14]

It seems that Karl von Amira sees debt slavery, *Schuldknechtschaft*, as a feature of Nordic law, since he links the reduction in this importance of the legal institute in the Norwegian Code of 1274 with "unnordische Einflüssen".[15] But debt slavery is not a dominant figure in Nordic medieval law in general. It is not at all mentioned in the Danish compilations of law.[16] We still find an in this context interesting regulation in the compilation for Scania, stating that a thief could be sentenced to do temporarily forced labour for the King.[17] In the Swedish compilations of law, we find similar arrangements in Östgötalagen and Södermannalagen that von Amira classifies as debt slavery.[18] In the Östgötalagen two provisions concerning forced labour in the sense that they deal with the right of a husband to pay the fines of his wife to free her from forced labour in the

[9] The citation is taken from chapter 24 in the online available translation of Tacitus' *Germania* at http://legacy.fordham.edu/halsall/source/tacitus1.html (08. January 2016).
[10] Drew, 1973 pp. 213–214.
[11] Drew, 1973 p. 237.
[12] Kelly, 2001 pp. 215–216.
[13] Hancock and O'Mahony, 1865 pp. 105–113. I am much obliged to Brage Thunestvedt Hatløy for the references to Irish law.
[14] See also Ginnell, 1894 p. 153.
[15] von Amira, 2. volume, 1973 p. 171.
[16] Mayer, 1960 p. 669–670.
[17] The compilation for Scania chapter 151 and 130. I am much obliged to Helle Vogt for this reference to Danish law.
[18] von Amira, 1. volume, 1973 pp. 125–133.

service of the King.[19] The single provision in the Södermannalagen concerns the same issue – payment of fines by forced labour.[20]

Regulations in Danish and Swedish law in the High Middle Ages on what might be regarded as debt slavery, is hence scarce. The few regulations there are on debt slavery, concerns the same issue as Lombard law; debt slavery as a mean to execute the payment of fines. It is hard to know if these provisions are the reminiscence of a previous much more extensive legal institute on debt slavery, or if they are the exceptions in a system where debt slavery was an otherwise unknown legal institute. Reminiscence or exception, the reason for the existence of the provisions might be that they made execution of fines effective in a system were imprisonment was not an alternative, and vengeance easily could be triggered off if royal execution of punishment for crimes failed. The arrangement with debt slavery is hence more a part of what we today define as public law than private law. The exception is Irish law, where debt slavery also had what we today define as a private law dimension.

Before the Norwegian code of 1274 and the Code of the towns from 1276, there were four compilations of law for each of the four legal provinces,[21] and compilations for the different Norwegian towns. But only the compilations for the legal provinces of Gulating and Frostating, and the compilation for the town Nidaros, have been preserved. And debt slavery is only a theme in a single provision in the Gulating compilation for the western part of Norway.[22] But, contrary to most of the regulations on debt slavery we have seen so far, this is a general rule on debtors, *skulldar mann,* and how to deal with those who cannot repay their debt. The provision in book IV chapter 15 contains a general justification of debt slavery: "Halda scal slict allt sem men verða a satter, oc

[19] The Östgötalagen, Vådamål 35 and 37.

[20] The Södermannalagen, Mannhelg 14. This seems also to be the case in Gutalagen chapter 2. See Peel, 2015 pp. 94-95 (2/37).

[21] The four Norwegian legal provinces were Gulating in Western Norway, Frostating in Middle and Northern Norway, Eidsivating in the interior Eastern Norway, and Borgarting in the costal Eastern Norway.

[22] This is previously treated by Brandt, 1870: 199–201, Robberstad, 1960 p. 672, and Iversen, 1994 p. 185–186. Brandt, and seemingly Robberstad, seem to regard The Forstatings compilation X-26, and the compilation for the town of Nidaros chap. 50 as rules regarding debt slavery, but they are solely rule on execution of debt not on debt slavery. This is also the reason why von Amira deals with far more provisions from more legal sources when dealing with debt slavery in Sweden, Norway and Iceland, that what is done in this article.

vatar vitu" – It shall be kept what is promised, and witnesses can confirm. The idea was that if you took up a loan, you were bound to keep your promise and repay it, with your own labour in the last resort. This is a reflection of the general principle in chapter 1 in book II on sales, which also deals with debt: no one shall take the property of others. To not repay debt proven by two witnesses is such a crime according to chapter 2: if two witnesses confirm the debt, but it is not repaid, the debtor will also be charged with robbery next to repayment. In many ways, the general principle justifying debt slavery in book IV chapter 15 is summing up and combining the essence of chapter 1 and 2 book II.

The provision is placed last in book IV on slaves and the freeing of slaves. It could otherwise have been put in book II on sales, since this book in general deals with debt. And this might have been the case for parts of the provision on debt slavery. Because chapter 15 in book IV in the Gulating compilation, being one of the longest in the compilation, has itself the appearance of a compilation – it bears evidence of being edited, and it might have been that all provisions on debt slavery at one point were somewhat randomly put together in this one single chapter. This would explain why the conditions for being put in debt slavery, and the punishment for selling a debt slave as an ordinary slave, appear twice, but in different wording and in different places in the provision. It should also be noted that when the professor in legal history, Knut Robberstad, in 1937 translated the Gulating compilation into modern Norwegian, he structured chapter 15 as if it consisted of 18 different parts.[23] And it might then be that it is actually a compilation of 18 individual rules on debt slavery. If that is the case, this is almost twice as many provisions concerning debt slavery that there is in the Icelandic compilation of law called *Grágás*, Grey Goose, which we soon will study closer.

According to book IV chapter 15 in the Gulating compilation, a debtor that could not repay his debt, should be offered to his kinsmen in a public assembly. Only if they did not choose to repay the debt, the debtor would become a debt slave. The formal procedure was somewhat stricter when the debtor was female than male. As a debt slave, the debtor could be beaten like ordinary slaves if he would not work, since the debt slave formally was without legal rights, *rett laus*, in relation to his master and his family. If anyone else hit the debt slave, his master had the same right to compensation as he had for his main slave. Instead of being put to

[23] Robberstad, 1952 pp. 95–97.

work, the debt slave could be sold for as much as he owed his master. But the debtor could only be sold as a debt slave and not as an ordinary slave, meaning that he was sold on the condition that he was a free man when the debt was repaid, and within the realm. But if the debt slave tried to escape his servitude, his master could choose to make him an ordinary slave. And if the debt slave refused to work, and the beating had no effect, the master could take him to the public assembly and again offer him to his kinsmen. If they this time as well did not pay for his freedom by repaying the debt, his master could bring him home and do with him as he liked; "hoggva af hanom hvart sem hann vill ovan æda nedan" – cut off what he likes above or below the belt.

If the debt was on three marks or less, a debtor could instead of entering servitude make one of his children a debt slave. If a debtor got a child while in servitude, and he could not manage to get anyone to take care of it, the child became the responsibility of his master. But the length of the servitude would increase with the cost of taking care of the child. If the debtor got several children, his kinsmen had to take them into care. If the debt was not repaid before the debtor lost his ability to work, his master would have to provide for him. This obligation the master could avoid by simply freeing the debt slave while he was still capable of working.

In the Gulating compilation for the western part of Norway, we do not encounter debt slavery as a mere measure to execute the payment of fines, but as a legal institute, and a social and economic phenomena in society. This was also the case for Iceland. This might not come as a surprise of two reasons. Firstly, Iceland was inhabited from the western part of Norway, which also remained its primary point of contact on the European mainland. Secondly, the story goes that Ulvjot from Iceland came to Norway to get aid from Torleiv Spake (the wise), who also advised King Håkon the Good on the Gulating compilation, to make what became the Icelandic laws in the tenth century.[24] However, there are few provisions in the Gulating compilation and in *Grágás* that are similar. This also counts for regulations on debt slavery – there are quite a few of them in both compilations of law, but the content is very different.

Grágás was, as the contemporary Norwegian collections of law, a compilation. That means that it was a private collection of legal rules, produ-

[24] See the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Are hinn Froðe Þorgilsson Íslendingabók* at http://www.heimskringla.no/wiki/%C3%8Dslendingab%C3%B3k_-_Overs%C3%A6ttelse (8. January 2016).

ced mainly through legislation, court practice and costume, that enjoyed a high status in the capacity of being a written document, but was still not a text with absolute authority. This is why *Grágás* exists in two manuscripts, *Konungsbók* and *Staðarhólsbók*, with similar but far from identical content. It is first with *Jarnsíða* in 1271/73 and *Jonsbók* in 1281, both issued by king Magnus the Law Mender, that Iceland got one authorized code of law. In these codes the importance of debt slavery was minimal. But if we focus on the Danish translation done by Vilhjámur Finsen in 1870 of *Konungsbók,* but with regards to *Staðarhólsbók*, we find ten provisions concerning debt slavery at least formally in use till 1271/73.

A formal criteria for taking a free man as a debt slave, was an announcement on the public assembly. On Iceland it seems this had to be done at Allthingi, the assembly common to all Iceland,[25] while in Gulating it is not specified what kind of assembly that could serve the purpose. Children of freed slaves could in Gulating even be taken as debt slaves if the announcement was made at a public assembly, a tavern or a legal meeting ordained by the Church. Debt slaves on Iceland lost their legal right to economic gain. If a debt slave gave an ice-bear the fatal blow or killed an outlaw, the master got the prize.[26] If a debt slave was the heir to someone killed, the right to compensation belong to his master unless his kinsmen bought him out of the servitude by repaying the debt.[27] He also lost his right to inherit land,[28] probably to keep the land in the family since it otherwise would be given to his master to cover the debt. Most interesting is that a person was obliged to enter servitude as a debt slave if the mother or father, with the mother being given preference to

[25] *Konungsbók* chapter 44 in the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Thingsordningsafsnittet, and chapter 110 at http://www.heimskringla.no/wiki/Her_begynder_Afsnittet_om_Manddrab (08. January 2016).

[26] *Konungsbók* chapter 14 in the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Kristenretsafsnittet (08. January 2016), and chapter 109b at http://www.heimskringla.no/wiki/Her_begynder_Afsnittet_om_Manddrab (08. January 2016).

[27] *Konungsbók* chapter 96 in the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Her_begynder_Afsnittet_om_Manddrab (8. January 2016).

[28] *Konungsbók* chapter 118 in the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Arveafsnittet (08. January 2016).

the father, needed care.[29] Debt slaves are on several occasions treated the same way as ordinary slaves.[30] That this had to be stressed, shows that they otherwise were differently treated.

Debt slavery in Icelandic law, was, like in the legal province of Gulating in Western Norway, a legal institute way beyond the execution of fines, and was a social and economic phenomenon next to being a legal one. There historical links between Icelandic law and the law of Gulating might be one the reason that debt slavery is a legal institute in both, while the difference in society and in legal development, caused a difference in content. It is harder to explain why there are so many detailed rules on debt slavery in *Grágás* and in the Gulating compilation, while this legal institute are not mentioned in the other contemporary Norwegian legal sources, hardly plays a role in other Nordic medieval legal sources from the High Middle Ages, and in western European legal sources from the Early Middle Ages.

One explanation could be that *Grágás* and the Gulating compilation are more literary than legal works, reflecting more the author's visions rather than social realities. To resort to such an explanation is especially tempting when facing the brutality in book IV chapter 15 in the Gulating compilation on how the master could treat debt slaves refusing to work: "hoggva af hanom hvart sem hann vill ovan æda nedan" – cut off what he likes above or below the belt. What first has to be noted is the extensiveness of the legal treatment of debt slaves, dealing with different detailed situations that we might imagine could occur and spur off legal uncertainty. Second, this kind of unpleasant brutality is not accidentally added to the compilation, or the consequence of a brut sense of humour with no relation to legal and social realities. Instead it is found throughout the Gulating compilation. A most telling example, are the rules on grave men, *grafgangs men*. The rule was that a former master of slaves had no duty to take care of them after they were freed. But if a freed slave and his wife, and their children, still asked their former master for support when in need, the former master should dig a grave at the churchyard,

[29] *Konungsbók* chapter 128 in the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Arveafsnittet (08. January 2016). See also chapter 127.

[30] *Konungsbók* chapter 9 in the online available translation of Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Kristenretsafsnittetittet, and chapter 110 at http://www.heimskringla.no/wiki/Her_begynder_Afsnittet_om_Manddrab (08. January 2016).

put the whole family in, and take care of the longest surviving.[31] An alternative was, according to another provision in the compilation, to take them in as debt slaves.[32] It should be noted that this last provision is in book XIII on naval defence of the realm, a chapter that was made by king Håkon the Good in the tenth century, and which remained royal domain.[33] Third, and most important, debt slavery was not abolished with the Norwegian Code of 1274, issued by king Magnus the Law Mender.[34] A man who had lost his property in an accident like a fire, ship wrecking or another kind of unfortunate event, got his duty to repay his debt postponed till God again had made him able to pay his dues. But if his poverty was not due to an accident, he had to enter forced labour to repay his debt. The master's right to beat him is not mentioned in this provision, but probably still remained, since beggars in general had no rights when begging if they could but would not work.[35] If escaping the forced labour, the debtor should be punished unless he deserved mercy. But it was unthinkable that the punishment should be lifelong slavery, just as it was unthinkable to give the master the right to cut off limbs if the debt slave refused to work. Forced labour was far less brutal in the Code of 1274 than in the Gulating compilation, just as it was far less brutal in *Jarnsíða* of 1271/73 and *Jonsbók* of 1281 than in Grágás, but it was not totally abolished, and became a part of royal legislation that in general was heavily influenced by new theological, philosophical and legal ideas.

Hence, that debt slavery is an abnormality in medieval legal sources, does not mean that the legal institute was not a part of law and society in Iceland and Western Norway. According to Orlando Patterson in *Slavery and Social Death* from 1982, "among the less commercially developed peoples, debt tended to create slaves by indirect cause."[36] An example of indirect caused debt slavery, is the pawning of a relative. This kind of debt slavery is not found in *Grágás* and the Gulating compilation. But according to Patterson "debt as a direct cause of slavery was more common among the commercially more advanced peoples."[37] This is the kind of debt slavery we find on Iceland and in the western part of Norway.

[31] The Gulating compilation IV-7/chapter 63.
[32] The Gulating compilation XIII-4/chapter 298.
[33] See The Gulating compilation XIII-21/chapter 314.
[34] The Norwegian Code of 1274 VIII-5.
[35] The Norwegian Code of 1274 VIII-5.
[36] Patterson, 1982 p. 124.
[37] Patterson, 1982 p. 125.

This were two societies that have unfriendly nature and poor agriculture in common, but which also had in abundance different kinds of natural resources, like fish and products of different kinds of game in the sea and the high mountains. In both societies, trade was therefore a prerequisite for wealth, and partly even played a role for survival. At the same time these were societies with a weak state formation, where the right,[38] and at time the duty,[39] to take vengeance played a central role in the legal system. Debt slavery made taking up loans and doing trade easier, but also prevented killings resulting from the non-payment of debts. It might be asked if debt slavery hence is a link between the commercial societies of Athens and Rome in antiquity, and Iceland and Western Norway in the High Middle Ages?

Trade played a significant role in society and the economy of other parts of Norway than the legal province of Gulating, in other parts of the Nordic countries, and in Western Europe in general. Other factors must hence also be taken into account. One factor of relevance might be that the kinship groups played for a long time a significant role in both the western part of Norway and on Iceland, like they did in Ireland. As we have seen, debt slavery was not possible unless the kinsmen refused to take on the duties of the debtor. Debt slavery was therefore not only a question of economic ruin, but of rejection of the kinsmen. Debt slavery was therefore in many ways less a question of the power relation between creditor and debtor, than of the relation between the debtor and his kinship group. As long as a kinship groups was a factor to be accounted for in society, debt slavery was less brutal than it first appears to be. In the Norwegian Code of 1274, the are no traces of kinship groups having a legal role in society any more. As we have seen, the most brutal aspects of debt slavery also vanished with this code.

Under any circumstance, we will leave the question open on why debt slavery appear in Icelandic and Western Norwegian law to an extent that is not known in other parts of the Nordic countries. What we can conclude is that it is not debt slavery on Iceland and in the western part of Norway that is the reason why debt slavery is a term still in use in contemporary debates, not even in the Nordic countries. That is a result

[38] See the Gulating compilation X-11/chapter 160, X-11/chapter 160, X-46/chapter 195, X-47/chapter 196, VI-20/chapter 121, X-35/chapter 184, XIII-20/chapter 314, XIII-20/chapter 314 and X-35/chapter 184.

[39] The Gulating compilation X-37/chapter 186, X-3/chapter 152 and X-22/chapter 171.

of the link made between debt slavery on one hand, and democracy and liberty on the other, in Greek and Roman history in antiquity. The decay of debt slavery as a legal institute on Iceland and in Western Norway went by unnoticed and unmythologized at the same time as the reduction of the importance of kinship groups in these societies in the thirteenth century.

Literature

Printed literature

von Amira, Karl, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, 1. volume: Altswedisches Obligationenrecht, de Gruyter, Berlin/New York 1973

von Amira, Karl, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, 2. volume: Westnordisches Obligationenrecht, de Gruyter, Berlin/New York 1973

Brandt, Fredrik, Trællenes rettsstilling efter Norges gamle Love, P.T. Mallings Bogtrykkeri, Kristiania 1870

Drew, Katherine Fischer (transl.) *The Lombard laws*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1973

Neilson Hancock, W., and Thaddeus O'Mahony (eds.), *Ancient Laws of Ireland*, *1 volume,* Dublin 1865

Kelly, Fergus, *A Guide to Early Irish Law, Dublin Institute for Advanced Studies,* Dublin 2001

Ginnell, Laurenc, *The Brehon Laws – a Legal Handbook,* London 1894

Iversen, Tore, Trelldommen – Norsk slaveri i middelalderen, Bergen 1994

Mayer, Poul, "Gæld, Danmark", Kulturhistoriskt lexikon för nordisk medeltid – från vikingatid till reformationstid, 5 vol.: Frälsebrev-Gästgiveri, Allhem, Malmö 1960

Patterson, Orlando, *Slavery and Social Death – A Comparative Study*, Harvard University Press, Cambridge, MA/London 1982

Oliva Pavel, "Gesetze Solons und die athenische Polis", *Folia philologica*, 1983

Peel, Christine (transl.), *Guta Lag and Guta Saga – the Law and History of the Gotlanders*, Routledge, London/New York 2015

Robberstad, Knut (transl.), *Gulatingslovi*, Samlaget, Oslo 1952

Robberstad, Knut, "Gæld, Norge", Kulturhistoriskt lexikon för nordisk medeltid – från vikingatid till reformationstid, 5 vol.: Frälsebrev-Gästgiveri, Allhem, Malmö 1960

Internet Digitalized sources/ literature

Aristotle's *The Athenian Constitution* at http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.1.1.html (08. January 2016). *Bible* at http://www.o-bible.com/cgibin/ob.cgi?version=bbe&book=lev&chapter=25 (08. January 2016).

Code of Hamurabi at http://mcadams.posc.mu.edu/txt/ah/Assyria/Hammurabi.html#Hammurabi.Law.117 (08. January 2016).

Vilhjálmur Finsen's *Are hinn Froðe Þorgilsson Íslendingabók* at http://www.heimskringla.no/wiki/%C3%8Dslendingab%C3%B3k_-_Overs%C3%A6ttelse (8. January 2016).

Vilhjálmur Finsen's *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid* at http://www.heimskringla.no/wiki/Gr%C3%A1g%C3%A1s (8. January 2016)

Levy's *The History of Rome* at http://mcadams.posc.mu.edu/txt/ah/Livy/Livy08.html (08. January 2016).

Plutarch's *The Parallel Lives* at http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Solon*.html (08. January 2016).

Tacitus' *Germania* at http://legacy.fordham.edu/halsall/source/tacitus1.html (08. January 2016).

Martin Sunnqvist

Komparativ europeisk försäkringsrättshistoria. Forskningsöversikt och probleminventering

En människa utsätts för olika typer av risker. Det finns en viss risk för att bostaden brinner ned eller att arbetsförmågan upphör. Handlar man med varor, kan de bli förstörda under en transport. Om en risk av denna typ förverkligas, kan de ekonomiska konsekvenserna bli kännbara.

Jus vigilantibus scriptum est – lagen är skriven för den vaksamma – är ett gammalt rättsligt ordspråk. Den som är noga med att hålla sig inom lagens ramar löper mindre risk att drabbas av negativa lagliga konsekvenser. Den som säkrar bevisning klarar bättre en framtida rättsprocess. Men lagen erbjuder också den förtänksamma människan möjligheter att neutralisera eller åtminstone minska de negativa ekonomiska konsekvenserna av att en risk förverkligas.

Detta har genom historien skett på väsentligen två sätt: Det ena är att alla i lokalsamhället eller i en grupp människor med liknande intressen genom lag är tvungna, eller genom avtal frivilligt har åtagit sig, att dela på den ekonomiska konsekvensen av att en risk förverkligas. Det andra är att de i förväg betalar, antingen frivilligt eller genom lagligt tvång, pengar till en kassa som sedan kan användas för att täcka den ekonomiska konsekvensen av att en risk har förverkligats.

Den första typen av fall utgör föregångare till försäkringsväsendet, eller om man så hellre vill, en tidig typ av försäkring. Ett exempel är den medeltida brandstoden. Den andra typen av fall omfattar dels nu förekommande hemförsäkringar, dels socialförsäkringssystemet.

Försäkringssystemen och deras föregångare har varit föremål för rättshistorisk forskning i olika hög grad i olika länder. En del av forskningen har snarare varit ekonomisk-historisk än rättshistorisk. Den nationellt anknutna forskningen har hittills dominerat. Det finns dock anledning att med en komparativt rättshistorisk ansats ta ett nytt grepp om försäkringsrättshistorien och undersöka vilka utvecklingslinjer som verkligen är unika för en viss rättsordning och vilka anknytningspunkter som finns mellan rättsordningarna.

Professor Phillip Hellwege i Augsburg har startat ett sådant projekt. Denna artikel utgör en översikt över den nordiska forskningen på området och några tankar om intressanta forskningsfrågor beträffande samspelet mellan rätten i de nordiska och de omgivande länderna. Som en del av underlaget för artikeln finns diskussionerna på den första konferens inom projektet som hölls i Augsburg den 5–7 november 2015.[1]

Forskningsläget i Norden

År 1920 upprättades *Wesmanns skandinaviske forsikringsfond* av Johan Wesmann. Fonden, som inte längre existerar, hade som uppgift att främja praktiskt och vetenskapligt samarbete på försäkringsväsendets område inom Norden.[2]

En av de första uppgifter fonden tog sig an var att ge ut översiktsverk över den nordiska försäkringshistorien. Således utkom år 1935 tre omfattande volymer om rättsutvecklingen fram till 1810-talet.[3] Författare till den danska delen var J. O. Bro Jørgensen, ekonomisk historiker och arkivarie vid det danska Rigsarkivet.[4] Författare till den norska delen var K. Lorange, kapten och någon tid sekreterare i den norska försäkringsföreningen.[5] Författare till den svenska delen var fil. dr Tom Söderberg, känd inte bara som ekonomisk historiker utan också för att han

[1] Deltagare var, förutom denna artikels författare, professorerna Phillip Hellwege (Augsburg), Maura Fortunati (Genua), Bruno Aguilera (Madrid), John Macleod (Glasgow), Bernard Harris (Strathclyde) och Jerónia Pons Pons (Sevilla) samt Maître de conférences Sophie Delbrel (Bordeaux) och de projektanknutna doktoranderna i Augsburg Michael Bachmann, Thomas Heuermann, Sinem Ogis och Laura Zampano.

[2] http://www.nft.nu/nb/wesmanns-skandinaviske-forsikringsfond.

[3] Bro Jørgensen, 1935, Lorange, 1935, och Söderberg, 1935.

[4] Se Gyldendal Den store danske, http://www.denstoredanske.dk/Dansk_Biografisk_Leksikon/Historie/Historiker/J.O._Bro-J%C3%B8rgensen, 31.12.2015.

[5] Se Hvem er Hvem 1930 s. 265.

var Hjalmar Söderbergs son och aktiv i motståndet mot nazismen.[6] I det sammanhanget kan nämnas att det i den tyska försäkringsrättshistorien från samma tid finns en del texter som är tydligt ideologiskt färgade; de framhäver det germanska arvet och nedvärderar sådant som överförts från andra länder.[7] Det är därmed intressant att ställa de ideologiskt färgade forskningsresultaten mot Söderbergs resultat, som kan antas vara fria från just den inriktningen av ideologiska ställningstaganden.

De tre banden skulle följas upp med tre ytterligare band om resten av 1800-talet. Så skedde också, om än med viss fördröjning. År 1963 kom det danska bandet ut och år 1967 det norska och det svenska.[8] Nu hade nya författare anlitats. Huvudförfattare till den danska delen var Alfred Thomsen, som var vicedirektör i ett försäkringsbolag. Författare till den norska delen var Karl Færden, f.d. administrativ direktör i Forsikringsrådet.[9] Bengt Bergander, som ansvarade för den svenska delen, var fil.lic. och lektor.

I och med detta hade den danska, norska och svenska (inklusive den finska till år 1809) försäkringshistorien fått en gedigen genomgång med mycket ny källforskning. Tom Söderbergs band utmärker sig genom grundlig analys av ett omfattande källmaterial. Till vilken sorts historia böckerna ska räknas är möjligen mera oklart. När det gäller de äldsta tiderna kan det sägas vara fråga om rättshistorisk forskning, eftersom det material författarna har haft att utgå från varit lagar och, efter hand, rättspraxis. Mer och mer blev det dock fråga om ekonomisk historia, inte minst vad gäller 1800-talet. Slutpunkt för böckerna är år 1914. Detta klargjordes uttryckligen, då det år 1967 ansågs att tiden efter år 1914 var för närliggande för att kunna kallas historia.[10]

Under 1900-talets första hälft utkom i Sverige en rad böcker som behandlade enskilda försäkringsföretag.[11] Böckerna utgavs i anslutning till dessa företags jubileer. De har ofta en lokalhistorisk anknytning. Eftersom brandförsäkringsbolagen på landet hade utvecklats ur den inom

[6] Se Vem är det 1985 s. 1080–1081.

[7] Se exempel hos Hellwege, 2014, s. 235 (med hänvisning till Georg Helmer, Entstehung und Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Brandversicherungsanstalten in Deutschland, Jena: Gustav Fischer, 1936, s. 95).

[8] Thomsen, 1963, Færden, 1967, och Bergander, 1967.

[9] Se Hvem er Hvem 1973 s. 168.

[10] Bergander, 1967, s. 6.

[11] Se för en översikt Söderberg, 1935, s. 13–14, och Bergander, 1967, s. 140.

häradet organiserade brandstoden innehåller dessa böcker ofta också en historisk genomgång av brandstodsväsendet.[12]

Det ekonomisk-historiska angreppssättet när det gäller försäkringsväsendet har fått allt starkare genomslag. Här märks framför allt docenten vid Södertörns högskola Mikael Lönnborg, som i sin avhandling år 1999 analyserade internationaliseringen av svenska försäkringsbolag under perioden 1855–1913.[13] En blick på hans publikationsförteckning visar att han efter avhandlingen fortsatt forskningen inom detta ämnesområde.[14]

Den hittillsvarande forskningen har varit fokuserad antingen på de nordiska ländernas nationella rättsutveckling, på enskilda företag eller på ekonomisk-historiska aspekter. Det innebär inte att internationella perspektiv helt saknas; tvärtom är de återkommande i de sex böckerna som Wesmanns fond gett ut. Dessa perspektiv används då för att förklara den nationella rättsutvecklingen. Man skulle kunna önska sig att redaktionen för de sex banden också hade gett ut ett sjunde band, innehållande en jämförande analys av rättsutvecklingen i de nordiska rättsordningarna. Något sådant ingick emellertid inte i planen för projektet. Projektet var inte heller rättshistoriskt utan försäkringshistoriskt, även om det inte hindrade att rättshistoriska angreppssätt fick betydande utrymme.

Utgångsläget är alltså nu följande: den nordiska försäkringshistorien är skriven för respektive land, men någon nordisk rättshistorisk komparation har inte gjorts i egentlig mening. Inte heller har någon komparation gjorts mellan de europeiska rättsordningarna. I stället är det ett genomgående fenomen att försäkringsrätten i varje land beskrivs som om den har utvecklats till betydande del utan samband med försäkringsrätten i omgivande länder. Redan en översikt över uppkomsten och utvecklingen av de olika typerna av försäkring i de olika länderna antyder emellertid vissa samband, som det finns anledning att göra en fördjupad analys av.[15] Det finns således anledning att analysera utvecklingen ur ett rättsligt – komparativt rättshistoriskt – perspektiv.

[12] Se t.ex. Åmark, 1932, och Forslid, 1935.

[13] Lönnborg, 1999.

[14] Se https://www.sh.se/p3/ext/content.nsf/aget?openagent&key=sh_personal_publ_sv_417171, 31.12.2015.

[15] Hellwege, 2014, s. 228–242.

Några intressanta frågor för vidare forskning

Brandstoden – något unikt nordiskt?

I Sverige är brandstoden en föregångare till brandförsäkringsväsendet på landet. Brandstoden innebar att häradets, eller en del av häradets, bönder enligt en viss taxa skulle bidra till återuppbyggnaden av byggnader som brunnit ned. Tom Söderberg har ingående analyserat brandstodens utveckling i Norden. Han har funnit att Skåne är brandstodens urhem i Norden.[16] Den utvecklades där senast vid 1100-talets mitt och finns reglerad i Skånelagen kap. 226. Brandstod gällde i fall där ingen kunde göras ansvarig för att elden kommit lös. Om branden orsakade skada till ett visst minsta värde, skulle den skadelidande föra frågan till häradstinget. Övriga häradsbor skulle bidra med en penning, en skäppa korn eller två skäppor havre. Brandstoden spreds – om än med skillnader i detaljer – till Östergötland senast vid 1200-talets första hälft och till Västmanland-Dalarna senast vid 1200-talets andra hälft. Parallellt utvecklades samma rättsinstitut på Island. Tom Söderbergs teori är att det är fråga om en ursprungligen sedvanemässig brandhjälp såsom samnordisk företeelse, vilken sedan blivit rättsligt reglerad på olika sätt i olika delar av Norden.[17]

Brandstoden kom genom Magnus Erikssons allmänna landslag ca år 1350 att omfatta hela landet. Utformningen var nu sådan att den skadelidande skulle anmäla frågan på tinget, och häradshövdingen skulle utse sex bofasta män som skulle värdera skadan. Var den värd 20 marker eller mer, skulle skadelidanden få brandstod av hela häradet. Var den värd 10 marker, skulle han få brandstod av halva häradet. Var den värd fem marker, skulle han få brandstod av en fjärdedel av häradet. Brandstod skulle vara en halv spann säd eller fyra svenska penningar.[18] Brandstodsväsendet bekräftades åter i 1734 års lag; dock skulle brandstod utges efter hemmantalet, och häradsborna skulle på tinget i närvaro av landshövdingen enas om vilka ersättningsbelopp som skulle utges. När eldsvåda hade inträffat skulle häradsrätten pröva ersättningsbeloppet.[19]

[16] Söderberg, 1935, s. 21–46; se även Bro Jørgensen, 1935, s. 16–36.

[17] Söderberg, 1935, s. 21–46. Betr. Island även Bro Jørgensen, 1935, s. 18–19.

[18] 28 kap. 6 § byggningabalken i Magnus Erikssons landslag; 37 kap. 2 § byggningabalken i Kristoffers landslag, se Werner, 1726, s. 510–512.

[19] 24 kap. 4–6 §§ byggningabalken i 1734 års lag.

Inte bara Söderberg utan även Bro Jørgensen har övervägt om den lagfästa brandstoden utvecklats ur en gammal sedvana.[20] Bro Jørgensen har kort hänvisat till en som det får uppfattas liknande sedvanerättslig förhistoria i Elbmarsken, Ditmarsken och Eiderstedt samt i östra Preussen.[21] Det finns också uppgifter om ett liknade rättsinstitut i Flandern. Där fanns det i städernas eller byarnas rättsordningar från 1100-talet och, ännu tydligare, från 1200-talet regler om att övriga stads- eller bybor skulle bidra med bestämda belopp till den som drabbats av eldsvåda. Även där har en sedvanemässig bakgrund kunnat skönjas bakom den rättsliga regleringen.[22]

Detta ger upphov till frågan om det i ytterligare jurisdiktioner finns spår av en sedvanemässig brandhjälp. Bakgrunden är sannolikt inte mer komplicerad än att det i bondesamhället och det tidiga stadssamhället fanns en insikt om att ömsesidig hjälp på lång sikt var till fördel för helheten samt även att övriga bybor möjligen ändå hade fått ta ansvar för dem som blivit utan bostad och möjligheter att försörja sig själva. Det kan tänkas att sedvanan i vissa områden utvecklats till lagstadgad brandstod samtidigt som den i andra områden mer och mer kommit ur bruk och eventuellt ersatts av andra mekanismer.

Stadsbrandförsäkring – hur spreds idéerna?

I den begränsade litteratur som finns om hur gillen och skrån fungerade i Norden har inte de försäkringsliknande funktionerna fått stor uppmärksamhet.[23] Det är emellertid känt att de medeltida gillena i Danmark hade funktionen att ge medlemmarna hjälp vid bl.a. sjukdom, fattigdom, brand och skeppsbrott. Enligt skrået för Knutsgillet i Malmö från år 1256 skulle alla bröder ge tre penningar i hjälp till en broder vars kök, rum eller lada med korn brann ned. I skrået från ca år 1350 användes begreppet brandstod för denna ömsesidiga brandhjälp.[24] Tom Söderberg har antagit att användandet av begreppet brandstod berott på ett inflytande från den omgivande bygdens rättsspråk.[25]

[20] Söderberg, 1935, s. 21–46, och Bro Jørgensen, 1935, s. 20 och 36.
[21] Bro Jørgensen, 1935, s. 19–20.
[22] Trenerry, 1926, s. 252–256.
[23] Se framför allt Lindström, 1991.
[24] Bro Jørgensen, 1935, s. 53–54.
[25] Söderberg, 1935, s. 37–38.

Gillen och skrån var en gemensam europeisk företeelse, varför det är intressant att undersöka hur utbredda denna typ av regler om hjälp bröder emellan vid bl.a. brand var. Det kan konstateras att brandförsäkringen i städerna inte var reglerad på samma sätt som på landet, eftersom brand i en stad ofta spred sig så att hela staden eller en stor del av denna brann ned. Ett exempel är den stora branden i London, som ägde rum år 1666. Denna brand ska ha gett upphov till både det moderna brandförsäkringsväsendet i Storbritannien och grundandet år 1676 av Hamburgs General-Feuer-Cassa.[26]

Tom Söderberg har emellertid ansett att den affärsmässiga brandförsäkringen i städerna utvecklades ur sjöförsäkringen, som tidigt omfattade även brandskador ombord samt också hamnbodar och varulager på land. Brandförsäkringen har därmed uppkommit före branden i London. När det gäller frågan om Hamburgs General-Feuer-Cassa kan ha utgjort en förebild för nordisk brandförsäkring har Söderberg kunnat konstatera att svenska förslag förelåg både före och efter inrättandet av kassan i Hamburg. Han har därför dragit slutsatsen att ”brandförsäkringstanken vid denna tid [torde ha] legat i luften flerstädes i Europa och idéförbindelser av komplicerad art ha varit verksamma”.[27] Komparativ rättshistorisk forskning kan ge bättre underlag för analysen av hur dessa komplicerade idéförbindelser verkade.

Sjöförsäkringens nederländska rötter

Tom Söderberg har ingående analyserat den svenska sjöförsäkringslagstiftningens nederländska rötter.[28] I 1667 års sjölag[29] finns en särskild försäkringsbalk med 18 kapitel. Balken byggde på Amsterdams sjöförsäkringsstadga av år 1598 med tillägg och förändringar fram till år 1662. I första kapitlet stadgades att avtal som inte överensstämde med balken var ogiltiga. Det andra kapitlet handlade om försäkringsavtals ingående. Sådana avtal skulle ingås skriftligen enligt ett formulär som skulle tryckas på svenska och tyska i Kungl. Maj:ts namn. Det som skulle läggas till i formuläret var endast skeppets och skepparens namn, resrutten, samt en specifikation av varorna. Specifikationen ”förderfwelige och oförderfwe-

[26] Hellwege, 2014, s. 236.
[27] Söderberg, 1935, s. 311.
[28] Söderberg, 1935, s. 97–145.
[29] Se Schmedeman, I, 1706, s. 478 ff.

lige Wahror" kunde omfatta alla möjliga typer av varor, men om någon ville försäkra "myntat eller omyntat Guld och Silfwer, Pärlor, Edlastenar och annor Clenode, eller och hwariehanda Krigstyg, eller ting the til Örlig höra, alt tolikit skal med sine rätta namn införas".

Tom Söderberg kunde år 1935 konstatera, att detaljerna i det nederländska sjöförsäkringsväsendet på 1600-talet inte hade undersökts mera djupgående.[30] Forskningen har emellertid gått vidare sedan dess, och bl.a. har D. De Ruysscher i ett antologibidrag helt nyligen tagit upp frågor om innehållet i försäkringsavtal i Antwerpen under 1600-talets andra hälft. Den inte särskilt exakta specifikationen "förderfwelige och oförderfwelige Wahror" ligger väl i linje med de standardiserade specifikationer som förekom i Antwerpen och som har sin förklaring i att intresset av att bevara affärshemligheter talade för viss vaghet. Även där måste emellertid särskilt värdefulla varor, som guld, mynt, diamanter och vapen, anges uttryckligen, vilket inte hindrade att även dessa typer av varor vid 1600-talets slut kom att kunna försäkras under de mer vaga begreppen.[31]

Den svenska sjöförsäkringsrättens innehåll spreds till 1683 års Danske Lov och till en för Riga år 1672–73 utarbetad stadsrätt.[32] I Danmark torde emellertid bestämmelserna inte ha praktiskt tillämpats.[33] Tom Söderberg har redovisat uppfattningen att den svenska sjölagens bestämmelser snarare återgav de nederländska formellt gällande rättsreglerna än den där praktiskt tillämpade rätten,[34] vilket i likhet med vad De Ruysscher funnit skulle innebära att avvikelser från lagtexten varit förutsedda enligt vad som tillämpades i internationell handel. Även här behövs således nya historiska jämförelser.

Varför spreds tontinerna till Danmark men inte till Sverige?

Italienaren Lorenzo di Tonti (1630–1695) lanserade en idé, som innebar att ett flertal personer betalade in belopp till en kassa, varefter räntorna betalades ut till ännu levande inbetalare. Ränteutbetalningarna till återstående delägare växte i takt med att andra delägare dog. Denna typ av livränteförsäkringar kallas tontiner.

[30] Söderberg, 1935, s. 97.
[31] De Ruysscher, 2015, s. 144–168, ssk. s. 156–158.
[32] Söderberg, 1935, s. 142–143.
[33] Bro Jørgensen, 1935, s. 140–141.
[34] Söderberg, 1935, s. 136–137.

År 1652 hade den danske generalpostdirektören Povl Klingenberg träffat Tonti, och Klingenberg lyckades intressera kung Fredrik III för konceptet. År 1653 organiserades verksamheten under namnet ”Det frugtbringende Selskab”, och tanken var att kapitalet, när den sista inbetalaren hade avlidit, skulle tillfalla staten. Försöket misslyckades dock på grund av för få intressenter. Även nya försök på 1690-talet misslyckades. Vid denna tid fanns visserligen möjlighet till sannolikhetsberäkning av personers livslängd, men denna möjlighet utnyttjades inte utan skönsmässiga bedömningar gjordes. År 1757 gjordes ett försök som lyckades, och den sista intressenten dog år 1840. Även år 1792 gjordes ett lyckat försök, och i det fallet upplöstes tontinen år 1880, då de återstående tolv intressenterna beslöt att dela fonden. Den sista tontinen upprättades år 1800 och bestod ännu år 1892. Enligt medlemsförteckningar var det inte bara danskar som var intressenter i tontinerna.[35]

I Sverige fanns vid 1700-talets mitt en tanke på att använda de tabeller om befolkningens storlek och sammansättning, vilka grundade sig på folkbokföringen, till beräkning av tontiner och livräntor. Tontiner angavs vid denna tid vara en försäkringsgren, ”ännu okänd i Sverige”.[36] Trots försök tidigast på 1660-talet och senast på 1820-talet kom aldrig någon tontin att inrättas i Sverige.[37] Tontinen är en rättsfigur som infördes i vissa europeiska länder men inte i andra.[38] Här finns alltså möjlighet att med ett tydligt exempel analysera hur en rättsfigur kan tas emot eller inte tas emot i olika rättsordningar på grund av olika – eller trots lika – förutsättningar.

Internationella, nationella och lokala aktörer

En viktig del i försäkringsrättshistorien är individer som fått idéer som sedan legat till grund för rättshandel eller rättslig reglering. Kontakten mellan Lorenzo di Tonti och Povl Klingenberg har nyss nämnts. När det gäller sjöförsäkringsreglernas spridning från Nederländerna till Sverige har kommerserådet Henrik De Moucheron – med en bakgrund i internationell handel och sjöförsäkringsrätt – haft stor betydelse.[39]

[35] Anon., ”Tontiner i Danmark” i Nationaløkonomisk Tidsskrift, Bind Ny række, 10 (1892), s. 366–373.
[36] Hjelt, 1900, s. 39.
[37] Söderberg, 1935, s. 441–446 och 500–501.
[38] Hellwege, 2014, s. 238–239.
[39] Söderberg, 1935, s. 134–138.

Inte bara aktörerna på ett internationellt plan är betydelsefulla. Som redan konstaterats bekräftades brandstodsväsendet i 1734 års lag, men häradsborna skulle på tinget i närvaro av landshövdingen enas om vilka ersättningsbelopp som skulle utges.[40] Häri ligger en grund till de brandstodsbolag som kom att bildas på 1800-talet.

Som ett exempel på hur brandstodsbolag organiserades kan nämnas historien bakom Rönnebergs m.fl. härads brandstodsbolag. Brandstodsbolaget hade år 1834 inrättats på initiativ av en lokal jordägare, friherre Gustaf Coyet på Rönneholm. Friherre Coyet skrev till landshövdingen som uppmanade häradshövdingen och lagmannen S. T. Cassel att kalla samman häradsborna för att överlägga i frågan. Vid dessa överläggningar visade det sig att häradsborna i Luggude härad var oeniga med häradsborna i Rönnebergs och Onsjö härader om önskvärdheten i bildandet av bolaget. Resultatet blev att häradsborna i Rönnebergs och Onsjö härader samt de boende i Ottarps socken i Luggude härad bildade brandstodsbolaget. Varje ägare eller innehavare av hemman var tvungen att delta, om han inte kunde visa att han tillhörde en annan brandstodsförening. Försäkringen var ömsesidig, och ersättning uttaxerades av delägarna i proportion till försäkringsbeloppet. I varje socken valdes en kommitté på sockenstämma under ledning av församlingens pastor. Däröver fanns en brandstodsnämnd, som valdes under överinseende av häradshövdingen av ombud utsedda av delägarna sockenvis.[41] Detta exempel visar att brandförsäkringen på landet var nära anknuten till lokalsamhällets aktörer – den jordägande adeln, häradshövdingen, prästen och bönderna.

Vilka konstitutionella och kontraktuella problem finns vid ändring av försäkringsåtaganden?

En bärande tanke med försäkringssystemet är att den som har betalat in sin premie också ska få den ersättning som avtalet ger rätt till. Änke- och pupillkassorna hade stadgar som bekräftades av Kungl. Maj:t. I rättsfallet NJA 1907 s. 188 hade kyrkoherden C. H. Levin åt sin dotter Elma förvärvat rätt till pension från prästerskapets änke- och pupillkassa. Vid den tidpunkt då han hade förvärvat denna rätt gällde den för efterlevande barn, bl.a. om de efter 21 års ålder på grund av kroppssjukdom inte kunde försörja sig. Därefter, men innan Elma Levin – som hade försörjt sig själv

[40] 24 kap. 4–6 §§ byggningabalken i 1734 års lag.
[41] Forslid, 1935, s. XV–XX.

men inte längre kunde det på grund av sjukdom – ansökte om pension, ändrades bestämmelsen till att bara avse fall då kroppssjukdomen förelåg då barnet fyllde 21 år eller fadern frånträdde sin löneinkomst.

Frågan var om denna, av konungen beslutade ändring, kunde innebära att dotterns anspråk enligt den tidigare gällande lydelsen hade upphävts. Efter att ha fått avslag på sin begäran om pension och enligt reglementet besvärat sig hos Kungl. Maj:t i ecklesiastikdepartementet, stämde hon kassans direktion inför domstol. Samtliga instanser förklarade att den pensionsrätt som fadern förvärvat åt henne ”icke lagligen kunde anses hafva blifvit upphäfd” genom ändringen. Av referatrubriken framgår att Högsta domstolen ansett dels frågan om retroaktiv lagstiftning, dels frågan om samma sak kunde prövas i administrativ väg och därefter i domstol, väsentliga i målet.

Rättsfallet har föranlett olika tolkningar av vad Högsta domstolen gjorde i konstitutionellt hänseende.[42] Under alla förhållanden hade kyrkoherden Levin förvärvat en rätt till sin dotter enligt då gällande reglemente, och den rätten hade inte upphört genom ändringen av reglementet. Detta åskådliggör en viktig försäkringsrättslig aspekt av rättsfallet, nämligen den trygghet som ligger i att den försäkring som försäkringstagaren betalat för verkligen gäller.

Motsvarande fråga kan uppkomma beträffande socialförsäkringar, pensioner och andra statliga åtaganden. I Norges grundlag stadgar 97 § att ingen lag får ges tillbakaverkande kraft. Å ena sidan måste välfärdssystem kunna ändras efter hand, men å andra sidan ligger det i bl.a. pensionsåtaganden att enskilda ska kunna inrätta sig efter att dessa gäller. I Rt. 1996 s. 1415 fann norska Høyesterett att domstolarna kunde pröva grundlagsenligheten i ändringar i välfärdssystemen, men att endast klart orimliga eller orättfärdiga ändringar var oacceptabla i förhållande till förbudet mot retroaktiv lagstiftning.[43]

Denna typ av konstitutionella begränsningar av statens möjligheter att ändra försäkringsåtaganden, eller för den delen rättsliga regler som säkerställer att enskilda kan lita på att privata aktörer uppfyller sina åtaganden, är av stor betydelse för försäkringsrättens funktion. Detta kan få betydelse inte minst om omfattningen av statens åtaganden inom ramen för den nordiska välfärdsmodellen kommer under omprövning.

[42] Se härtill Sunnqvist, 2014, s. 329–330.
[43] Se härtill Sunnqvist, 2014, s. 868–871.

Avslutning

I det föregående har endast några exempel på intressanta forskningsfrågor nämnts. Frågan om en sedvanemässig brandhjälp i jurisdiktioner även utanför delar av Norden har övergått till lagstadgad brandstod eller liknande bestämmelser handlar om gränsen mellan sedvana och rätt och utvecklingen över denna gräns. Ett bredare underlag från fler delar av Europa kan klargöra på vilka olika sätt konsekvenserna av brand på landsbygden hanterats rättsligt och om det finns tecken på en mer spridd äldre sedvana än som hittills kunnat konstateras.

Även när det gäller brandförsäkringen i städerna finns olika spår i historieskrivningen om rättsutvecklingen. Ett pekar på sjöförsäkringen, ett på gillenas ömsesidiga hjälpverksamhet och ett på landsbygdens brandförsäkringsväsende. Även här kan ett bredare underlag ge en bättre bild av förutsättningarna och utvecklingen.

Exemplet med sjöförsäkringen visar att det finns pågående europeisk forskning som det nordiska forskningsläget kan anknytas till och vidareutvecklas med hjälp av. Inte minst intressant är att undersöka hur olika aktörer – både internationellt, nationellt och lokalt – bidragit till att rättsliga lösningar spridits. En jämförelse av konstitutionella eller avtalsrättsliga begränsningar av möjligheterna att ändra gjorda åtaganden kan också bli av stor betydelse.

De frågor som tagits upp i det föregående visar sammanfattningsvis att det finns anledning att göra jämförelser mellan rättsutvecklingen i de nordiska länderna och i övriga europeiska länder. En komparativt rättshistorisk analys ger underlag för en bättre förståelse av rättsutvecklingen och en mer nyanserad bild av vad som utgör nationella egenheter respektive gemensamt rättsligt tankegods.

Källförteckning

Anon., ”Tontiner i Danmark” i Nationaløkonomisk Tidsskrift, Bind Ny række, 10 (1892).

Bergander, Bengt, Försäkringsväsendet i Sverige 1814–1914, Stockholm: Försäkringsinspektionen, 1967.

Bro Jørgensen, J. O., Forsikringsvæsenets Historie i Danmark intil det 19. Aarhundrede, København: Forsikringsforeningen, 1935.

De Ruysscher, D., ”Normative Hybridity in Antwerp Marine Insurance (c. 1650- c. 1700)” i Seán Patrick Donlan och Dirk Heirbaut (red.),

The Laws' Many Bodies. Studies in Legal Hybridity and Jurisdictional Complexity, c. 1600-1900, Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
Forslid, Erik, Rönnebergs m.fl. härads brandstodsbolag 1834–1934, Landskrona 1935.
Færden, Karl, Forsikringsvesenets historie i Norge 1814–1914, Oslo, 1967.
Gyldendal Den store danske, http://www.denstoredanske.dk/Dansk_Biografisk_Leksikon/Historie/Historiker/J.O._Bro-J%C3%B8rgensen, 31.12.2015.
Hellwege, Phillip, "Die historische Rechtsvergleichung und das europäische Versicherungsrecht" i Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 131. Band, Germanistische Abteilung, 2014.
Hjelt, August, Det svenska tabellverkets uppkomst, organisation och tidigare verksamhet, Helsingfors 1900, s. 39
Hvem er Hvem 1930 och 1973.
Lindström, Dag, Skrå, stad och stat. Stockholm, Malmö och Bergen ca 1350–1622, Uppsala: Almqvist & Wiksell 1991.
Lorange, K., Forsikringsvesenets historie i Norge inntil 1814, Oslo: Grøndahl, 1935.
Lönnborg, Mikael, Internationalisering av svenska försäkringsbolag. Drivkrafter, organisering och utveckling 1855–1913, Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis, 1999.
Schmedeman, J. (red), Kongl. Stadgar […], band 1, Stockholm 1706.
Sunnqvist, Martin, Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel, Stockholm: Institutet för Rättshistorisk Forskning, 2014.
Söderberg, Tom, Försäkringsväsendets historia i Sverige intill Karl Johanstiden, Stockholm: Norstedt, 1935.
Thomsen, Alfr., Forsikringsvæsenets Historie i Danmark i det 19. Aarhundrede, København, 1963.
Trenerry, C. F., The Origin and Early History of Insurance Including the Contract of Bottomery, London: P. S. King & Son, Ltd., 1926.
Vem är det 1985.
Werner, Johan Henrich (red.), Swerikes Rijkes Lands-Lag […], 2 uppl., Stockholm, 1726.
Åmark, K., Allmänna Brandförsäkringsverket 1782–1932. Minnesskrift, Stockholm 1932.

AVDELNING II

Juristrollen

Lars Björne

Yttrandefriheten i Finland under 1920- och 1930-talen

Mats Kumlien har i sin artikel ”Roller och regler. Om spektakel i rättshistorien” behandlat inskränkningar i yttrandefriheten och censuren på ett begränsat område, teaterkonsten, men han har samtidigt gett en översikt över yttrandefrihetens och censurens historia sedan den gustavianska tiden och fram till våra dagars Sverige. För en läsare i den gamla östra rikshalvan i kungariket Sverige är utgångspunkten gemensam, men redan efter det finska krigets slut och freden i Fredrikshamn i september 1809 har yttrandefrihetens historia i de gamla riksdelarna tidvis utvecklats i helt olika riktningar.

Enligt Kumlien kan de skyddsvärda objekten för censuren och därmed också inskränkningarna i yttrandefriheten ”delas in i fem överlappande typer: landets säkerhet, de styrandes maktställning eller anseende, grundläggande religiösa värden, den officiella moralen (framför allt sexualmoralen) samt individers säkerhet, anseende eller hälsa”.[1] I våra dagars nordiska länder med grundlagsskyddad yttrandefrihet har endast det första, landets säkerhet, och det sista skyddsobjektet, individens skydd, reell betydelse vid bestämmandet av yttrandefrihetens gränser, även om det åtminstone i Sverige och i Finland finns allt tydligare strävanden att inskränka yttrandefriheten även på andra områden i den s.k. politiska korrekthetens namn. De styrandes maktställning eller anseende är inte och kan inte vara ett skyddsobjekt i en fungerande demokrati, där politikerna måste tåla hård, och som de kan tycka, även orättvis kritik för sina göranden och låtanden. I denna artikel behandlar jag inskränkningarna i

[1] Kumlien, s. 5.

yttrandefriheten just på denna punkt i Finland under 1920- och 1930-talen, då landet levde i efterdyningarna av inbördeskriget 1918.

Det autonoma storfurstendömet Finland 1809–1917: yttrandefrihetens korta historia

Under nästan hela den så kallade autonomitiden rådde förhandscensur. Denna hade gamla anor sedan den svenska tiden med undantag av den kortlivade Tryckfrihetsförordningens giltighet 1766–1772. År 1809 var man endast tvungen att förnya administrationen av censuren. Dels ville man förhindra införandet och spridandet av olämplig utländsk litteratur, dels förhandsgranska de fåtaliga i Finland publicerade tryckalstren. År 1823 skärptes kontrollen av landets tidningar och tidskrifter, och Rysslands index över förbjudna skrifter utsträcktes att gälla även i Finland. Kejsardömets censurförordning 1828 utgjorde grunden för storfurstendömets nya motsvarande förordning 1829, som förblev i kraft ända till 1865. Censuren skärptes ytterligare på 1840-talet, och detta skedde delvis redan före det europeiska revolutionsåret 1848. Höjdpunkten nåddes med 1850 års s.k. språkförordning, som förbjöd publicerandet av all finskspråkig litteratur med undantag av andaktslitteratur och skrifter med ekonomiskt innehåll. En liberalisering inträdde dock så småningom redan under förra delen av 1850-talet. Redan 1854 fick de finskspråkiga tidningarna åter publicera utländska nyheter, och hela språkförordningen upphävdes 1860. Liberaliseringens höjdpunkt nåddes, då man på lantdagens initiativ på försök införde tryckfrihet år 1865.

Tryckfrihetsförordningen 1865 var en halvmesyr, som närmast stadfäste rådande praxis. Nytt var emellertid, att förhandscensuren helt avskaffades, men tidningsförläggarna måste betala en stor garantisumma, och tryckfrihetsbrott beivrades med höga böter, vid bristande medel med fängelse. Det bör därför betonas, att förhandscensur till och med kunde vara ett bättre alternativ än en begränsad tryckfrihet med åtal och stränga straff. Då följande lantdag kanske även därför vägrade att förlänga giltighetstiden för förordningen som sådan utan ändringar, återinfördes censuren utan lantdagens medverkan genom en kejserlig förordning år 1867. Mot slutet av autonomitiden fick yttrandefriheten allt snävare villkor, i synnerhet under de s.k. ofärdsåren 1899–1917. Under det korta tövädret efter Rysslands nederlag 1905 i kriget mot Japan avskaffades förhandscensuren och man antog en lag angående yttrande-, församlings- och

föreningsfrihet. Lagen förblev dock en principdeklaration. Den följdes aldrig av närmare stadganden om de nya rättigheternas förverkligande och innehåll, eftersom förryskningspolitiken återupptogs med ny kraft redan år 1908. Då Finland blev självständigt 1917, hade landet aldrig upplevt en längre period med full yttrandefrihet, och bristen på en sådan tradition var tydligt märkbar i det politiska livet under självständighetens första årtionden.

Den tunga självständigheten 1917–1918

Februarirevolutionen i Ryssland ledde till att tsar Nikolaj II abdikerade och makten övertogs av den temporära regeringen, som upphävde alla förryskningsåtgärder från år 1890. Revolutionen kom som en överraskning, inte minst i Finland, och ännu långt fram på hösten var de finska ledande politikerna beredda att godkänna en försvaret och utrikespolitiken omfattande union med Ryssland. Först bolsjevikernas kupp, Oktoberrevolutionen, ledde till att senaten, Finlands regering, och lantdagen med borgerlig majoritet ville upplösa alla band med Ryssland. Finland förklarade sig självständigt 6.12.1917.

Inrikespolitiskt blev läget allt mera spänt på sommaren 1917. Den 1916 valda lantdagen hade socialdemokratisk majoritet. Då denna lantdag i juli antog den s.k. Maktlagen, som överförde all makt till lantdagen själv, upplöste den temporära regeringen lantdagen och utlyste trots socialdemokraternas protester nyval, som ledde till borgerlig majoritet. Redan på hösten 1917 förberedde man sig på båda sidor på en väpnad konflikt och började grunda ”vita” skyddskårer respektive röda garden. På kvällen 27.1.1918 inleddes den röda revolutionen i Helsingfors, och nästan samtidigt började skyddskårerna i Österbotten avväpna de ryska trupperna och inleda stridshandlingar mot de röda gardena.

Inbördeskriget i Finland januari–maj 1918 är ett av de blodigaste i europeisk historia. Trots att kriget varade endast drygt tre månader, var offrens antal över 36 000, dvs. omkring en procent av landets hela befolkning. De under själva krigshandlingarna stupades antal var förhållandevis litet, medan huvudparten av förlusterna berodde på den ”vita terrorn”, utan rättegång dödade ”röda” på den förlorande sidan (över 7 000), samt de av svält och sjukdomar avlidna eller godtyckligt avlivade på fånglägren sommaren 1918 (över 11 600).

Det är något av en paradox, att Finland efter inbördeskriget fick ett demokratiskt statsskick. Dels berodde detta på, att man i det ryska storfur-

stendömet Finland i den s.k. autonomitidens slutskede 1899–1917 hade kämpat för folkstyrelse mot de autokratiska förryskningssträvandena och under Rysslands korta svaghetsperiod efter nederlaget i kriget mot Japan 1905 t.o.m. lyckats erhålla en på allmän och lika rösträtt, även för kvinnor, grundad lantdag. En övergång till en öppen diktatur var därför otänkbar även för den segrande vita sidan, och lantdagen sammanträdde omedelbart efter kriget, dock i stympat skick, eftersom nästan hälften av riksdagsmännen, så gott som alla socialdemokraterna, inte fick delta. Å andra sidan önskade den segrande sidan en stark regeringsmakt, då man ansåg, att den allmänna rösträtten hade medverkat till socialisternas starka ställning och i sista hand till inbördeskriget.

Man kan säga, att den segrande sidan endast motvilligt accepterade ett republikanskt och demokratiskt statsskick, och detta endast på grund av den förändrade utrikespolitiska situationen. Senaten i Vasa, den vita sidans regering, hade begärt och fått hjälp av tyska trupper under inbördeskriget. Samma regering hade med Tyskland ingått ett statsfördrag som gjorde Finland till ett tyskt protektorat med begränsad självständighet. Ännu i oktober 1918 valde den stympade lantdagen trots omfattande motstånd i synnerhet från agrarpartiets sida en tysk prins till Finlands kung. Redan en månad senare led emellertid tyskpolitiken skeppsbrott på grund av Tysklands nederlag i första världskriget. Den utrikespolitiska kursändringen och närmandet till den segrande ententen förutsatte republik och demokrati, vilket kom att prägla den nya grundlagen. En eftergift för högern var presidentens omfattande maktbefogenheter.

Trots att Finland enligt den nya regeringsformen var en demokrati, verkade inbördeskriget länge på det politiska livet.[2] Samtliga röda, den förlorande sidan, dömdes år 1918 i snabbrättegångar av tillfälliga statsförbrytelsedomstolar, medan de för senare lands- eller högförrädisk verksamhet åtalade dömdes enligt Rättegångsbalken i någon av landets tre hovrätter. I dessa s.k. kommunisträttegångar dömdes under perioden 1919–1944 närmare fyratusen personer till frihetsstraff. Då det gällde det i Moskva verksamma finska kommunistpartiets underjordiska verksamhet var tillämpandet av stadgandena i 1889 års Strafflag (SL) inte något problem. Från år 1920 övergick dock kommunisterna till taktiken att grunda öp-

[2] Den nedanstående texten bygger i huvudsak på Björne 1977, s. 220–250 och Björne 1980. En svenskspråkig översikt över de politiska rättegångarna i Åbo hovrätt finns i Björne, Lars, Realism och skandinavisk realism. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del IV. 1911–1950, Stockholm 2007, s. 497–507.

pet verksamma vänstersocialistiska partier, som deltog i riksdagsvalen och som mest (1922) fick 27 av 200 mandat. Dessa partier förbjöds med jämna mellanrum, och deras medlemmar dömdes för förberedelse till högförräderi (SL 11:4), trots att de endast deltagit i offentlig och i och för sig laglig verksamhet, såsom valarbete eller deltagande i riksdagens verksamhet eller endast för medlemskap i något av de socialistiska partierna eller t.o.m. i partiets ungdomsförbund eller idrottsförening. Hovrätternas schablonartade motivering var, att den förening, som den anklagade hade tillhört, var en fortsättning till en tidigare förbjuden förening eller i sista hand hade kontakter med kommunistpartiet i Moskva. Den anklagades personliga skuld avfärdades med att ange när han/hon varit medlem i en förening eller suttit i riksdagen. De återkommande partiförbuden och de talrika kommuniströttegångarna gör, att Finland närmast kan betecknas som en halvdemokrati under perioden. Under dessa förhållanden var det uppenbart, att begränsningar i yttrandefriheten låg nära till hands, då t.o.m. spridandet av kommunistiska skrifter ledde till domar för förberedelse till högförräderi.

Yttrandefrihet – men inte för alla

Den första ”socialistlagen” 1919–1930

Den nya grundlagen, Regeringsform för Finland 17.7.1919/94, stadfäste yttrandefriheten och förbjöd all censur: ”Finsk medborgare äger ordets frihet samt rättighet att genom tryck utgiva skrift eller bildlig framställning utan att hinder härför må i förväg läggas …” (§ 10 mom. 1). Enligt moment 2 i samma paragraf gavs närmare stadganden om yttrandefrihetens utövande genom lag. Redan tidigare, 4.1.1919, hade man antagit en Tryckfrihetslag, som byggde på den ovan nämnda lagen om yttrandefrihet m.m. från år 1906.

Så långt var allt gott och väl. Samma dag som tryckfrihetslagen godkändes antog man emellertid också en lag om tillägg till Strafflagens 16 kapitel, SL 16:24, som kriminaliserade framförandet av uppenbart grundlösa uppgifter om bland annat landets regering.

> 24 §. (4.1.1919/1) Den som offentligen i folksamling framställer eller genom skrift eller annorledes utsprider uppenbart grundlösa uppgifter, vilka äro ägnade att nedsätta regeringen, folkrepresentationen eller dess utskott eller offentlig myndighet, eller att väcka missaktning för deras åtgärd eller för den lagliga samhällsordningen, eller att äventyra allmän ordning, straffes

med böter. // Åsyftade framställningen eller uppgiften väckande av sådan missaktning, som ovan är sagt, eller ock den allmänna ordningens äventyrande, vare straffet böter minst etthundra mark eller fängelse i högst ett år.

Godkännandet av ”socialistlagen” visar, att man i den av de borgerliga partierna helt dominerade stympade lantdagen var mera intresserad av att bestraffa missbruk av tryckfriheten än av att ge de slagna röda en obegränsad yttrandefrihet. Det är naturligt att lantdagens fåtaliga socialdemokrater häftigt motsatte sig lagförslaget och krävde att det skulle förkastas. Även en del av det till den vita sidan hörande agrarpartiets riksdagsmän yttrade betänkligheter, och en av partiets ledande representanter Juho Niukkanen förenade sig med socialdemokraternas förslag att förkasta lagen.[3] Enligt Niukkanen skulle lagen leda till att varje landsortspolis skulle komma att framlägga sin personliga uppfattning om alla möten och tal, och domstolarna skulle döma enligt denna åsikt, dvs. detta system skulle vara detsamma som under den ryska polisens tid.[4]

Stadgandet kriminaliserade framförandet av uppenbart grundlösa faktauppgifter, och tidens ledande straffrättsvetenskapsman i Finland, den tidigare professorn i straffrätt och från 1923 justitieråd, alltså medlem av Högsta domstolen, Allan Serlachius framhöll, att bestämmelsen kriminaliserade framförandet av oriktiga fakta, men inte gällde värdeomdömen och åsikter. Som ett exempel på ett sådant felaktigt omdöme nämnde han påståendet ”Högsta domstolen fäller klassdomar”. Serlachius medgav, att det inte alltid var lätt att avgöra, om ett nedsättande uttalande innehöll ett faktapåstående eller en åsikt, varvid man måste beakta innehållet och inte formen. I oklara fall måste man följa regeln ”in dubio mitius” (vid tvivel det för den åtalade mildare alternativet). Serlachius framhöll dock, att stadgandet just på grund av detta skäl var bristfälligt.[5]

Rättspraxis på 1920-talet

Jag har i min doktorsavhandling 1977 även undersökt Åbo hovrätts praxis, som byggde på SL 16:24, och begränsar här min översikt till dessa mål. I motsats till hög- och landsförräderimålen behandlades brotten

[3] Valtiopäivät 1918, Pöytäkirjat, s. 214 f.
[4] Valtiopäivät 1918, Pöytäkirjat, s. 156.
[5] Serlachius, s. 352 f.

mot SL 16:24 i normal ordning med underrätterna, rådstuvu- och häradsrätterna, som första instans.

Benämningen ”socialistlagen” visade sig vara berättigad, då av Åbo hovrätts 80 fällande utslag enligt denna paragraf samtliga, med undantag av två osäkra fall, riktade sig mot vänstern, både socialdemokrater och socialister/kommunister. Även de frikända hörde till vänstern, vilket visar på en ensidig praxis vid väckandet av åtal. De första åtalen väcktes redan 1919, då bl.a. det socialdemokratiska partiets ordförande Väinö Tanner dömdes för partiets för riksdagsvalen tryckta valmanifest ”Sorron yöstä nouskaa” (ur inledningsorden i Internationalen: ung. Res er upp ur förtryckets natt).

Referatet av rättspraxis rörande SL 16:24 måste här koncentrera sig på två frågor: vem eller vad skyddades för förtal, och hur konstaterade domstolarna att en uppgift var ”uppenbart grundlös”?

Under förhållandena efter inbördeskriget var det naturligt, att vänsterns bitterhet främst riktade sig mot ordnings- och rättsapparaten. Åtalade fälldes för missaktning av bl.a. myndigheterna i domstolarna, fångvårdsstyrelsen, Detektiva Centralpolisen och Ekenäs tvångsarbetsinrättning, som var främst avsedd för politiska fångar. Av lagens ordalydelse kunde man inte avgöra, om dess skyddsobjekt endast var den samtida sittande regeringen och myndigheter, eller om man också kunde döma personer, som yttrat någonting om tidigare regeringar eller offentliga myndigheter. Domstolarna godkände utan tvekan den sistnämnda tolkningen. Bland de dömda fanns personer, som hade kritiserat den redan avgångna regeringen eller 1918 års vita armé. Naturligtvis skyddade man däremot inte den ryska tidens regeringar eller myndigheter.

I rättspraxis avstod man redan under förra delen av 1920-talet att kräva de framförda uppgifternas grundlöshet som förutsättning för straffbarheten. För en fällande dom räckte det, *att* en tidningsartikel ansågs ”till sin hela allmänna ton vara sådan”, att den var ägnad att väcka förakt för regeringen och det lagliga samhällsskicket, *att* en publicerad bild av utan dom avrättade kvinnliga rödgardister 1918 hade en sådan inverkan, *att* man hade påstått att de rödas motiv i inbördeskriget hade varit ädlare än de vitas eller *att* man framställt uppgifter med ett förvrängande och hemlighållande av fakta. Det är därmed klart, att även åsikter och värdeomdömen var straffbara. Därtill kunde både åtalet och den fällande domen grunda sig på framförandet av uppenbart riktiga uppgifter. Det är inte förvånande, att även domstolarna omfattade ’den officiella sanningen’ om inbördeskriget, och ansåg, att påståenden om den vita terrorn

vara uppenbart oriktiga. Även om man vid denna tidpunkt kunde vara av olika åsikter om den vita terrorn, kan man också hitta rättsfall, i vilka domskälen, enligt vilka de framförda uppgifterna var grundlösa, är helt obegripliga. Åbo hovrätt dömde en av ledarna för Finlands Socialistiska Arbetarparti till frihetsstraff, därför att denne i sitt tal på ett arbetarmöte hade påstått, att arbetarrörelsens anhängare hade satts i fängelse endast därför, att de försökt grunda ett nytt arbetarparti. Hovrätten hade själv ett par år tidigare dömt partiets grundare endast på grund av det konstituerande mötet. Samma utslag innehöll även drag av ofrivillig komik, då den åtalade dömdes till fängelse även därför, att han i sitt tal på det nämnda arbetarmötet hade framfört den grundlösa uppgiften, att talarna på olika arbetarmöten hade dömts till fängelsestraff. Även teaterpjäser utsattes för annan än konstnärlig kritik. Tammerfors Skoarbetares amatörteater hade framfört en pjäs ”Voitetut sankarit” (de besegrade hjältarna) om de röda fångarna efter inbördeskriget, och pjäsens författare, regissör och skådespelare dömdes både enligt SL 16:24 och dessutom för lovordande av brott enligt SL 16:8,2, även detta ett nytt stadgande från år 1919.

Rättspraxis vid tillämpandet av SL 16:24 följde samma linje som man även använde i kommuniströttegångarna. Lagstadgandena tolkades utvidgande, och redan i mitten av 1920-talet hade domskälen helt lösgjort sig från lagens ordalydelse.

Den andra ”socialistlagen” 1930–1939

Trots att rättspraxis redan på 1920-talet hade varit betydligt strängare än vad ordalydelsen i SL 16:24 enligt normala lagtolkningsregler förutsatte, började man på sommaren 1930 under den fascistoida Lapporörelsens blomstringstid genom en lagändring utvidga lagstadgandets tillämpningsområde. I regeringens proposition nämndes visserligen inte kommunisternas verksamhet, men i riksdagen ansåg man det vara självklart, att lagen var riktad mot kommunisterna.[6] Regeringen konstaterade i sin motivering bara, att kravet på straffbarhetens begränsning till spridandet av uppenbart grundlösa uppgifter hade visat sig vara för snävt, eftersom den i paragrafen nämnda skadliga verkan kunde uppnås även på andra sätt. Propositionen innehöll även ändringar i Tryckfrihetslagen, så att en tryckskrift med brottsligt innehåll kunde dömas förbruten, perio-

[6] Valtiopäivät 1930, Pöytäkirjat, s. 1032 f.

disk tryckskrift, som innehöll brott mot bl.a. SL 16:24, kunde ”genom domstols utslag indragas för en tid av högst ett år”, och indragningen skulle ”anses gälla även annan tryckskrift, som utgives för att ersätta den indragna tryckskriften” (37 §).[7] Den sistnämnda bestämmelsen kunde tolkas så, att man kände till den fars som indragningsmakten i Sverige under Karl Johans tid hade blivit. Trots socialdemokraternas motstånd godkändes lagförslaget av riksdagen och det nya lagstadgandet löd:

> 24 §. (31.7. 1930/273) Den som offentligen i folksamling framställer eller genom skrift eller annorledes utsprider grundlösa uppgifter, vilka äro ägnade att nedsätta regeringen, folkrepresentationen eller dess utskott eller offentlig myndighet, eller att väcka missaktning för deras åtgärd eller för den lagliga samhällsordningen, eller att äventyra allmän ordning, straffes med böter. Lag samma vare, där någon genom hemlighållande av väsentliga omständigheter eller eljest genom förvrängning eller med användande av kränkande eller nedsättande uttryck eller framställning på förenämnda sätt framställer eller sprider uppgifter eller uttalanden, vilka äro ägnade att åstadkomma sådan verkan som ovan är sagt. // Åsyftade framställningen eller uppgiften väckande av sådan missaktning, som ovan är sagt, eller också den allmänna ordningens äventyrande, vare straffet böter eller fängelse i högst ett år.

Även denna gång var man inte heller inom högern helt nöjd med det nya stadgandet. I synnerhet den helt nya senare meningen i paragrafens 1. moment förorsakade betänkligheter, denna gång bland Svenska folkpartiets riksdagsledamöter, och även en finsk riksdagsman medgav, att lagförslaget innehöll större inskränkningar i yttrandefriheten än vad som var fallet i andra västerländska lagstiftningar. De svenskspråkiga riksdagsledamöterna Ernst Estlander, Georg Schauman och Rafael Colliander, som motsatte sig lagförslaget, konstaterade, att den nya SL 16:24 inte hade någonting att göra med kampen mot kommunismen, utan att den tvärtom var ett allvarligt hot mot hela tidningspressen.[8] I sin mot lagutskottets utlåtande anmälda reservation konstaterade socialdemokraterna, att tillägget i 24 § skulle försvåra även en saklig och välmotiverad kritik,[9] och en riksdagsledamot gick så långt, att han karakteriserade sitt i lagförslagets tredje riksdagsbehandling hållna anförande som ett begravnings-

[7] Hallituksen esitys n:o 56 vuoden 1930 valtiopäiville, Asiakirjat I–II.
[8] Valtiopäivät 1930, Pöytäkirjat, s. 1087 f. och s. 1092 ff.
[9] Se not 7.

tal vid den döda yttrandefrihetens bår. Han konstaterade samtidigt, att landets medborgare inte längre var lika inför lagen, eftersom man inom extremhögern kunde framföra vilka yttranden som helst, utan att myndigheterna grep in.[10] Det är ett anmärkningsvärt faktum, att man i riksdagen tydligen inte hade kunskap om 1920-talets rättspraxis, som hade gått lika långt som den nya 24 §.

Även om den förnyade paragrafen innehöll ett omnämnande av grundlösa uppgifter, betydde 1. momentets nya, senare mening, att man kunde gripa in mot all form av samhällskritik. Iögonenfallande är uttrycket ”genom hemlighållande av väsentliga omständigheter eller eljest genom förvrängning”, som man i liknande form kan hitta redan i ett Åbo hovrätts utslag år 1922 (se ovan). Trots att man gått mycket långt i inskränkandet av yttrandefriheten, räckte detta inte för 1930-talets lagstiftare, utan paragrafen ersattes år 1934 interimistiskt med en Lag om förhindrande av för stat och samhälle skadlig uppvigling, här: Uppviglingslagen, som var i kraft till slutet av år 1936.

Rättspraxis enligt den nya SL 16:24

På grund av en allt strängare rättspraxis på 1920-talet fick 1930 års lagändring ringa betydelse, och även målens antal förblev i stort sett oförändrat. Det nya var, att medan rättegångarna på 1920-talet hade riktat sig som gott som uteslutande mot vänsteranhängare, så väcktes åtalen på 1930-talet mera opartiskt mot företrädare för olika politiska riktningar, då vänstern försvagats och extremhögern kraftigt förstärkts. Även om också de frikända var ganska jämnt fördelade på partifältets ytterflyglar, visar domskälen en större förståelse för högersinnade anklagade. Då de gällde dessa, ansåg domstolarna ofta, att den under åtal ställda skriften inte innehöll någonting brottsligt, medan de till vänstern hörande åtalade kunde frikännas på den grund, att de inte av en eller annan anledning var ansvariga för den i och för sig brottsliga skriften. Den dömdes politiska övertygelse inverkade även på straffet, som enligt SL 16:24 var böter eller fängelse i högst ett år. Majoriteten av kommunisterna och socialisterna dömdes till fängelse, socialdemokraterna klarade sig oftast med böter, även om också frihetsstraff användes, medan de högersinnade inte behövde vara rädda att förlora sin frihet.

[10] Valtiopäivät 1930, Pöytäkirjat, s. 1088 f.

Några utslag på 1930-talet visar, hur man försvårade i synnerhet den socialdemokratiska tidningspressens verksamhet. Den ansvarige redaktören för partiets huvudorgan Suomen sosiaalidemokraatti dömdes för spridandet av sådana ogrundade uppgifter, ”om vars riktighet man inte skaffat sig tillförlitlig utredning före deras publicerande”. Den ansvarige redaktören för en socialdemokratisk lokaltidning dömdes för spridandet av grundlösa uppgifter, då man citerat en artikel i den i Stockholm utkommande tidningen Arbetaren. Enligt artikeln hade en man mördats i fängelset, där behandlingen varit sådan, att han dött bakom galler. Den dömdes skuld motiverades med påståendet, att han ”såsom i Finland boende och därför kännande härvarande förhållanden måste ha förstått, att sådana händelser var omöjliga i Finland” – ett föga övertygande argument åtminstone för den del av befolkningen, som hade 1918 års fånglägerkatastrof i färskt minne. Å andra sidan var det efter lagändringen 1930 likgiltigt, om de uttalanden, som var föremål för åtal, var grundlösa eller inte.

Uppviglingslagen 1934–1936

Botten nåddes under Uppviglingslagens giltighetstid, då det enda som återstod av yttrandefriheten var avsaknaden av förhandscensur. I regeringens proposition till riksdagen[11] framhölls det att de kommunistiska talarna visserligen hade försvunnit, men att det i offentligheten fortfarande framställdes nedrivande kritik, enligt vilken landets förhållanden var sämre än vad de i verkligheten var, och därigenom underblåste hat och omotiverad bitterhet mellan samhällsklasserna. En ny lag mot en sådan uppvigling var nödvändig, och regeringen nämnde också det möjliga införandet av en direkt censur genom grundandet av en journalistkammare med obligatoriskt medlemskap och disciplinär makt över medlemmarna. Det var också nödvändigt att skärpa straffen, då domstolarna nöjt sig med att utdöma bötesstraff vid offentligt missbruk av yttrandefriheten. Lagen godkändes slutligen enhälligt.[12] I lagutskottet hade man diskuterat, om lagen krävde ett stiftande i grundlagsordning,[13] men diskussionen gällde närmast de skärpta bestämmelserna om kvarstad och indragning av tidningar och tidskrifter.

[11] Hallituksen esitys n:o 7 vuoden 1934 valtiopäiville, Asiakirjat I.
[12] Valtiopäivät 1934, Pöytäkirjat I, s. 941.
[13] Hallituksen esitys n:o 7 vuoden 1934 valtiopäiville, Asiakirjat I.

> 1 §. (14.4.1934/155) Var, som offentligen i folksamling framställer eller genom tryckskrift eller annorledes utsprider grundlösa uppgifter eller med hemlighållande av väsentliga omständigheter eller eljest genom förvrängning eller med användande av kränkande eller nedsättande uttryck eller framställningssätt framställer eller sprider uppgifter eller uttalanden, vilka äro ägnade att nedsätta riksdagen, regeringen, offentlig myndighet eller gällande stats- och samhällsordning eller att grovt kränka religiösa eller sedliga grundsatser eller att nedsätta nationella minnen, dömes till minst femtio dagsböter eller fängelse i högst två år. Lag samma vare, där någon på förutnämnt sätt framställer eller utsprider uttalanden eller uppgifter, vilka äro ägnade att skada Finlands förhållande till utländska makter eller att, genom allmänhetens förvillande eller förledande, äventyra allmän ordning eller väcka oro bland allmänheten. // Åsyftade framställningen, uttalandet eller uppgiften åstadkommande av sådan verkan, som i 1 momentet är sagt, vare straffet fängelse i minst tre månader.

De nya skyddsobjekten var alltså religiösa och sedliga grundsatser samt nationella minnen. Vidare kriminaliserades framförandet av uppgifter och åsikter, som var ägnade att skada Finlands förhållande till främmande makter – ett förebud för en ny, bestående lagstiftning efter andra världskriget. Slutligen var det också förbjudet att väcka oro bland publiken. Dessutom skärptes straffsatserna betydligt jämfört med SL 16:24. Det är förvånande, att diskussionen under riksdagsbehandlingen var tämligen lam. En representant för det finska fascistpartiet Isänmaallinen Kansanliike, IKL (fosterländska folkrörelsen), som var en efterträdare till den efter Mäntsäläupproret 1932 upplösta Lapporörelsen, påstod att lagen främst riktade sig mot hans parti, och att den redan i offentligheten hade kallats Lex IKL.[14] En socialdemokratisk riksdagsledamot på partiets vänsterflygel Karl Harald Wiik nämnde ironiskt, att regeringen kanske efter lagens ikraftträdande kunde publicera en förteckning över de i lagen skyddade nationella minnena, och att varje ny regering borde uppdatera förteckningen, då som bekant, uppfattningen om de nationella minnena förändrades med tiden.[15]

[14] Valtiopäivät 1934, Pöytäkirjat I, s. 81.
[15] Valtiopäivät 1934, Pöytäkirjat I, s. 88.

Uppviglingslagen i rättspraxis

Under Uppviglingslagens korta giltighetstid 14.4.1934–31.12.1936 var SL 16:24 tillfälligt satt ur kraft, och man tillämpade Uppviglingslagens 1 § på dessa yttrandefrihetsbrott. Riksdagsmannens ovan nämnda påstående, att lagen främst riktade sig mot IKL, visade sig vara grundlöst, då av Åbo hovrätts 26 fällande utslag jämnt hälften, tretton, riktade sig mot anhängarna av detta parti eller partiet närstående kretsar. Åtta domar riktade sig mot vänstern, av de dömda var tre möjligen kommunister. De övriga dömda utgjorde ett heterogent sällskap, man kan dock särskilt nämna den kände pacifisten, fil. dr Felix Iversen.

Av de nya skyddsobjekten enligt Uppviglingslagen nämndes i Åbo hovrätts rättspraxis varken religiösa eller sedliga grundsatser. Det allmännaste domskälet i de fällande domarna (nio fall) var, att de åtalade genom sina yttranden hade skadat Finlands förhållande till främmande makt. Samtliga utom två fall gällde representanter för den yttersta högern, vilka hade skadat Finlands förhållande till Sovjetunionen, de skandinaviska länderna eller Estland. Iversen dömdes för att ha skadat förhållandet till Tyskland, då han i en artikel i fredsvännernas tidskrift Rauha (Fred) hade kallat Hitler, Göring och Goebbels en våldets och omoralens ohyfsade trio och betecknat dem som brutala mordbrännare och verkställare av blodbad. Iversen kom undan med ett bötesstraff, trots att han samtidigt dömdes enligt SL 14:2 för ärekränkning emot vänskaplig stats överhuvud.

Tre fällande domar gällde nedsättandet av nationella minnen. Den brokiga samlingen skyddsobjekt bestod av jägarrörelsen, dvs. de unga män som under världskriget gått över till fienden genom att resa till Tyskland och där skaffa sig militärutbildning, självständighetsdagen, som skändats i ett festtal genom påståendet, att arbetarna hade viktigare göromål än att fira alla möjliga småfester, och slutligen nationalskalden Johan Ludvig Runebergs diktsamling ”Fänrik Ståls sägner”, som parodierats på en offentlig nöjestillställning.

Sammanfattning och konklusioner

Ovanstående översikt visar, att tryckfriheten i Finland var hela tiden hotad, tidvis så gott som upphävd under perioden mellan inbördeskriget och vinterkriget, trots att yttrandefriheten åtnjöt grundlagens skydd. Hur var det då möjligt att yttrandefriheten måste fungera under så snäva villkor, då det demokratiska statsskicket bevarades och inte ens var hotat,

med undantag av åren 1930–1932. Inskränkningarna i yttrandefriheten verkar inte ens ha varit beroende av inrikes- eller utrikespolitiska kriser, då Uppviglingslagen antogs vid en tidpunkt, då det inrikespolitiska läget hade stabiliserats, och Finlands utrikespolitiska läge inte var oroväckande. Man vågar anta, att den främsta orsaken till yttrandefrihetens trängda läge var den så gott som fullständiga avsaknaden av en yttrandefrihetstradition i Finland. Utvecklingen i Sverige ledde till en ökande yttrandefrihet redan efter den oegentligt som en revolution betecknade statskuppen 1809, och enligt den sena frihetstidens tradition var Tryckfrihetsförordningarna 1810 och 1812 av grundlags natur. Trots att tryckfrihetsåtalen var talrika under Karl Johans regeringstid, stadfästes i det svenska samhället så småningom uppfattningen, att yttrandefriheten var en naturlig rättighet för alla medborgare.

I Finland gick utvecklingen efter 1809 i rakt motsatt riktning. Yttrandefriheten, liksom självständigheten, kom som en överraskning åren 1917 och 1918, och trots att man var ense om, att censurförhållandena under autonomitiden hade varit av ondo, så hade en styrd opinionsbilding blivit en tradition i samhället. Alla partier var beredda att svära i yttrandefrihetens namn, men man ansåg samtidigt, att denna frihet endast gällde den egna gruppen. Särskilt inom högerkretsarna ansåg man, att allt ifrågasättande av *deras* sanning var ett missbruk av yttrandefriheten, en i autoritära stater inte ovanlig tolkning. Denna inställning var i synnerhet framträdande inom den extrema högern. Fascistpartiet IKL krävde på 1930-talet högljutt fullständig yttrandefrihet för sina åsikter, medan man samtidigt ivrigt fordrade ett fullständigt förbud för den röda, marxistiska, nedrivande uppviglingen. Det bör framhållas, att detta krav inte gällde den vid denna tid redan helt olagliga kommunismen, utan syftade på den socialdemokratiska opinionsbildningen. Den negativa inställningen till yttrandefriheten var dock inte förbehållen extremhögern och -vänstern. Den i en västerländsk demokrati under fredstid enastående Uppviglingslagen hade en regering ledd av det enligt egen uppfattning liberala Framstegspartiet som upphovsman. Socialdemokraterna och en del av Svenska folkpartiets representanter stred på 1930-talet på yttrandefrihetens sista barrikader, men tidens anda påverkade även dem. Också socialdemokraterna var beredda att godkänna Uppviglingslagen, om denna hade varit i kraft endast till slutet av 1935, och de motsatte sig slutligen inte lagen i dess ursprungliga form. Orsaken var tydligen den allmänna uppfattningen, att lagen främst riktade sig mot IKL.

Yttrandefriheten var dock en i Regeringsformen medborgarna garanterad rättighet, och den kunde inte åsidosättas utan diskussioner och protester. I Finland har man under självständighetstiden motiverat inskränkningar i yttrandefriheten på två sätt: man har antingen hänvisat till utrikespolitikens krav eller till folkets enighet. Utrikespolitiska hänsyn har använts närmast efter andra världskriget, medan skyddandet av folkets enighet var det allmännaste argumentet på 1920- och 1930-talen.

Frammanandet av enigheten torde ha uppstått redan under 'ofärdsåren', förtrycksperioderna i autonomitidens slutskede, då partisplittringen försvårade motståndet mot förryskningssträvandena. Samtidigt blev språkstriden allt häftigare och arbetarrörelsen allt starkare. Den svenskspråkige författaren Bertel Gripenbergs novell "En dröm om folkviljan" (1907), i vilken han förutspådde ett inbördeskrig mellan det gammalfinska partiet och socialisterna på den ena sidan och de svenskspråkiga på den andra, visar inställningen i vissa kretsar. Gripenbergs dystopi blev verklighet år 1918, men med något annorlunda frontlinjer; språkstriden glömdes temporärt på grund av andra, viktigare gemensamma mål. Det självständiga Finland var dock inrikespolitiskt djupt splittrat.

På grund av de här skisserade förhållandena hade den svenske 1700-talsförfattaren Jacob Wallenbergs konstaterande "Parti är fria staters liv" ingen möjlighet att vinna genklang i Finland. Ett skämtsamt, ofta upprepat uttryck är, att Finland är ett så litet land, att det ryms endast en sanning åt gången i det. Detta påstående kan anses även karakterisera det politiska klimatet under tiden mellan inbördeskriget och vinterkriget. I vida kretsar ville man inte se någonting positivt i flerpartisystemet. Fascismen med sitt krav på nationell enhet hade därför goda förutsättningar att få anslutning i Finland. Uppkomsten av Lapporörelsen skedde i den nationella enighetens tecken. Det kan nämnas, att vissa kretsar inom rörelsen till och med planerade att få socialdemokraten Väinö Tanner till diktator. Samtidigt uppmanade man kommunistiska arbetare att förkasta sin kommunistiska ideologi och ansluta sig till rörelsen. Det är klart, att rörelsens enhetssträvanden på dess egna villkor var dömda att misslyckas. Då Lapporörelsen radikaliserades, tog även stora borgerliga kretsar avstånd från den. Lapporörelsens arvinge IKL hade dock fortfarande i sitt program kravet på avskaffandet av partibundenheten, som splittrade landet, trots att IKL själv blivit ett parti bland andra partier.

Då man på 1930-talet betonade den nationella enigheten, vände sig detta även mot IKL. Enighet och enhet var dock omöjliga att uppnå, och man fick ty sig till ett surrogat: yttrandefrihetens begränsande, vilket

dolde meningsskiljaktigheterna. Då extremvänstern hade tystats, märkte man plötsligt, att det fortfarande existerade splittrande och nedrivande kritik i samhället. Svaret var Uppviglingslagen, med vilken man skyddade bl.a. nationella minnen och moraliska värderingar.

Hans Petter Graver har i sin nyligen utkomna, tankeväckande bok ”Judges Against Justice” undersökt domarkårens inställning till rättsstatens idé och individens rättigheter, då nya makthavare har omvandlat staten i autoritär riktning och utfärdat nya lagar, som strider mot centrala rättsprinciper, och dessutom har utövat lagstridigt våld mot sina motståndare. Graver har som exempel använt det nationalsocialistiska Tyskland 1933–1945, rättsskipningen i de av tyskarna ockuperade länderna 1940–1945, apartheidregimens Sydafrika samt militärdiktaturerna i Argentina, Brasilien och Chile på 1970- och 1980-talen. Gravers slutsatser är deprimerande: med få, men dock remarkabla undantag har domstolarna anpassat sig till den nya regimen, utan invändning tillämpat mot klara rättsprinciper stridande ”lagar” och nekat att ge offren för statligt våld rättsskydd. I vissa fall, särskilt i Tyskland från år 1933, t.o.m. ivrade domstolarna att tolka den nya lagstiftningen i enlighet med den nazistiska ideologin långt utöver det som själva lagtexten gav anledning till.[16]

De finska domstolarna kan inte jämföras med domstolarna under de ovan nämnda autoritära regimerna. Finska domstolar dömde efter en lagstiftning, som antagits av lant-/riksdagen i grundlagsenlig väg. Trots detta hade vissa lagar präglats av inbördeskriget och de politiska motsättningarna. Yttrandefriheten hörde nog till den grundlagsstadgade demokratins rättigheter, men SL 16:24 betydde redan i sin ursprungliga form en betydande inskränkning i yttrandefriheten, då man i en demokrati också måste ha rätt att framlägga även avsiktligt felaktiga uppgifter om regeringen och myndigheterna. Felaktiga påståenden bör rättas genom en fri och öppen diskussion, inte genom godtyckliga åtal och domar. Domstolarna i Finland har fortfarande inte i praktiken och har aldrig haft någon rätt att tolka lagars grundlagsenlighet, men då SL 16:24 klart inskränkte den i grundlagen skyddade yttrandefriheten, borde stadgandet som ett undantag enligt allmänt omfattade lagtolkningsregler ha tolkats snävt. Såsom ovan har visats, var detta dock inte fallet. Det diametralt motsatta var praxis: domstolarna både tolkade stadgandet utvidgande och i vissa fall helt negligerade *nulla poena sine lege*-principen, med andra ord de åsidosatte straffrättens centrala regler.

[16] Graver, s. 53–88.

På samma sätt som i de egentliga politiska rättegångarna mot å ena sidan socialister och kommunister, å den andra upprorsmännen från Mäntsälä visade domstolarna en betydligt större förståelse för högerns representanter. Vid sidan av den åtalades politiska åsikter verkar även dennes sociala ställning ha påverkat straffutmätningen. Det var inte endast fil. dr Iversen, som fick ett milt straff. Väinö Tanner, som var utbildad jurist och direktör för det stora kooperativa handelsföretaget Elanto, klarade sig med böter för socialdemokraternas valmanifest, medan många arbetare, som endast hade spridit manifestet, dömdes till fängelse. Graver har visat, att politisk eller social samhörighet med de makthavande minskar domarnas motståndskraft och deras benägenhet att försvara rättsstatens idé.[17]

Trots att de finska domarna inte utsattes för något yttre tryck eller riskerade repressalier, motsvarade deras verksamhet inte rättsstatens krav, inte ens då det gällde de här behandlade yttrandefrihetsmålen. Favoriserandet av åtalade med högersympatier och användandet av i brottmål förbjuden utvidgande lagtolkning samt t.o.m. negligerandet av *nulla poena sine lege*-principen visar, att de finska domstolarna inte var opartiska, utan att de var ”vita” domstolar.

Källförteckning

Björne, Lars, Sananvapaus 1920- ja 1930-luvulla (Yttrandefriheten på 1920- och 1930-talet), i Pirkko Leino-Kaukiainen (red.), Sensuuri ja sananvapaus Suomessa (Censuren och yttrandefriheten i Finland), Helsinki 1980, s. 122–131.

Björne, Lars, ”… syihin ja lakiin eikä mielivaltaan …” Tutkimus Turun hovioikeuden poliittisista oikeudenkäynneistä vuosina 1918–1939 (”… på skäl och lag och ej på godtycke …” En undersökning om de politiska rättegångarna i Åbo hovrätt åren 1918–1939), Vammala 1977.

Graver, Hans Petter, Judges Against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack, Berlin Heidelberg 2015.

Hallituksen esitys n:o 56 vuoden 1930 valtiopäiville (Regeringens proposition nr 56 till 1930 års riksdag), Asiakirjat (Handlingar) I–II.

Hallituksen esitys n:o 7 vuoden 1934 valtiopäiville (Regeringens proposition nr 7 till 1934 års riksdag), Asiakirjat (Handlingar) I.

[17] Se Graver, passim och s. 239 ff.

Kumlien, Mats, Roller och regler. Om spektakel i rättshistorien, i Mats Kumlien och Kjell Å Modéer (red.), Rätt och drama. Text och kontext, Lund 2004, s. 5–38.
Serlachius, Allan, Suomen rikosoikeuden oppikirja (Lärobok i finsk straffrätt), II, Helsinki 1924–1926.
Valtiopäivät, Pöytäkirjat (Lant-, Riksdagen, Protokoll) 1918, 1930, 1934.

Marianne Dahlén[1]

En liten ond historia. Ras och rätt i Mussolinis Italien

Det här är berättelsen om en artikel som jag råkade få syn på när jag letade efter något helt annat. Det är en mikrohistoria om en internationellt framstående italiensk rättsvetenskapsman som konfronteras med en ond lag.

En grundläggande princip för den juridiska professionen är att vara lojal med rättsordningen. En fråga som alltför sällan diskuteras är om det finns tillfällen då den principen inte längre gäller. I den obligatoriska kursen rättshistoria och allmän rättslära i juristprogrammet i Uppsala, där Mats Kumlien undervisat i flera decennier, diskuteras dock alltid frågan om juristers makt att tillämpa lagen med både goda och onda resultat. Som exempel läser vi om juristerna i nazi-Tyskland. De fyllde generalklausulerna i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) med nationalsocialistiskt innehåll och tillämpade Nürnberglagarna. Führerns önskningar var det yttersta ändamålet. Icke-lojala och judiska jurister byttes ut.[2] I kursen brukar vi diskutera om det finns en gräns där man som jurist ska sluta att vara lojal med lagen. Det är en fråga om moral och grundvärderingar som alla jurister bör ha reflekterat över innan de ger sig ut i den så kallade verkligheten.

En vacker höstdag 2014 satt jag i samhällsvetenskapliga biblioteket vid universitetet i Florens och gick igenom årgångar av tidskriften *Il Diritto di Autore*. Jag letade material till ett forskningsprojekt om det immaterialrättsliga skyddet för mode och textilprodukter i Italien och i Sverige.

[1] Tack till Alessandro Simoni för kommentarer och för inbjudan till juridiska fakulteten i Florens.

[2] Müller, s. 69–73, 113–117, 293–296.

Banden var vackert inbundna med blommiga mönster på pärmarna. *Il Diritto di Autore* grundades 1930 och har sedan dess varit den främsta italienska tidskriften för upphovsrätt. Sedan starten har den getts ut fyra gånger per år och den följer upphovsrättens utveckling i krönikor och kommentarer, redovisar och kommenterar aktuella rättsfall och följer internationell lagstiftning. Många av tidskriftens författare har och har haft framträdande positioner i den italienska rättsvetenskapliga eliten, många med flera roller som professorer, advokater och experter i lagstiftningskommissioner och internationella delegationer.

Efter att ha gått igenom registren till samtliga årgångar av tidskriften framträdde – som en sidoeffekt skulle man kunna säga – en berättelse om nittonhundratalets upphovsrättshistoria. Den tekniska utvecklingen inom kultur- och underhållningsbranschen passerade revy. Den nya teknikens utmaningar för upphovsrätten avhandlas intensivt i perioder: talfilmen, radion, grammofonen, teven, jukeboxen, videon och MP3-spelaren. Från 1950-talet och framåt är även design och varumärken ett återkommande ämne. Egentligen bara vad man kan förvänta sig, men ändå spännande med ett helikopterperspektiv på samhällsutvecklingens utmaningar på rättsordningen.

Något jag inte var beredd på i *Il Diritto di Autore* var att konfronteras med raslagar. Jag var naiv. I ett nummer från 1942 får jag syn på en artikel med rubriken *Sulla tutela delle opere alla cui creazione hanno partecipato elementi ebrei*.[3] På svenska: ”Skyddet för verk skapade av judiska element”. En helt chockerande titel bland all ”vanlig” immaterialrätt. Jag börjar läsa artikeln. Den gav kalla kårar längs ryggraden där jag satt i det moderna och ganska trevliga biblioteket och – som jag trodde – på armlängds avstånd från fascism och nazism. Artikeln innehöll en ingående – och strikt rättsvetenskaplig – diskussion av hur de immateriella rättigheter skulle hanteras som blivit utan rättighetshavare sedan en lag antagits som skulle ”exkludera judiska element från underhållningsbranschen”: *Legge 19 Aprile 1942-XX, n. 517, esclusione degli elementi ebrei dal campo dello spettacolo*.[4] Inte med ett ord kommenterades lagens perversa innehåll. Författaren, Valerio De Sanctis, var en mycket känd italiensk immaterialrättsjurist med en lång och lovordad karriär fram till sin död 1985.

[3] De Sanctis 1942, s. 109–112.

[4] *Gazzetta ufficiale d'Italia del Regno d'Italia n. 126, 28 maggio 1942.*

Var De Sanctis lojal med raslagarna av övertygelse – trodde han själv på fascismens idéer? Eller försökte han skydda sina egna intressen, t.ex. som internationellt framstående immaterialrättsexpert? Var han rädd för konsekvenser för sig själv och sin familj? Kanske kan artikeln ses som ett uttryck för ”den lille mannens husbehovsversion av Kant” som Hanna Arendt skriver om i *Den banala ondskan*: Eichmann hänvisade i sitt försvar vid rättegången mot honom i Israel 1961 till att ”principen för hans (onda) handlingar (att utrota alla judar) var identisk med landets lag”, till skillnad från originalversionen av Kants kategoriska imperativ ”handla endast efter den maxim genom vilken du tillika kan vilja att den blir en allmän lag”. Eller var det till och med så att författaren var en ”perfekt byråkrat” enligt Arentds terminologi, en man som inte bara lydde lagen utan handlade som han vore stiftare av den lag han skulle lyda?[5]

De italienska raslagarna

Mussolini införde de första italienska raslagarna mot judar 1938. De publicerades under rubriken *Difesa della Razza* (Försvar av rasen) och följdes av många fler raslagar beträffande judar och afrikaner i Östafrika fram till 1943. Lagarna inskränkte och utsläckte judars civila och medborgerliga rättigheter. Historiker har tonat ned Mussolinis rasbiologiska motiv till lagarna och hållit fram hans önskan att stärka alliansen med Hitler, men nyare forskning har modifierat den bilden och Mussolinis självständiga motiv, frikopplade från Hitler och nazi-Tyskland har i stället lyfts fram.[6] Det fanns utrikespolitiska, koloniala motiv till Mussolinis rasism. Efter ockupationen av Etiopien 1936 ville Mussolini motverka de ”äktenskapsliknande” förbindelser mellan vita och svarta som förekom i Italienska Östafrika, då det ansågs kunna leda till en ”blandras” som utgjorde ett hot mot den ”latinska rasen”. Redan 1937 och 1939 infördes lagar mot ”relationer av äktenskapsliknande karaktär” mellan italienska medborgare och östafrikanska ”undersåtar”, och ingen italiensk medbor-

[5] Arendt s. 138–39. Arents tes om den banala ondskan har kritiserats, särskilt av Stangneth, som menar att Eichmann var en övertygad och medveten aktör i judeutrotningen.

[6] Se Sarfatti, Zimmerman, och Livingston. Den italienska historikern Renzo De Felice publicerade 1961 *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, boken var banbrytande genom att De Felice haft tillgång till arkivmaterial som inte tidigare varit tillgängligt. Hans arbete är grundläggande, men har kritiserats för att ha fokuserat för mycket på Tysklands roll och förminskat Mussolinis ”inhemska” rasism grundad på ideologi och biologi.

gare fick vistas längre än sex månader i Etiopien utan sin hustru.[7] Straffet för ”blandäktenskap” var ett till fem års straffarbete.[8] Från raslagarnas införande i november 1938 till september 1943 då Italien ockuperades av Tyskland, bedrev Italien på egen hand omfattande förföljelse av den judiska befolkningen. Judars medborgerliga fri- och rättigheter inskränktes och slutligen internerades judar i ”inre exil”. Äktenskap mellan icke-judar och judar blev illegala.[9] År 1939 förbjöds judar att arbeta som läkare, tandläkare, ingenjörer, arkitekter och journalister. Inom några veckor avskedades över 500 judar från sina arbeten, bl.a. 96 professorer och ca 200 andra universitetslärare. Judar exkluderades från allt, från att vistas på populära semesterorter till sådana ytligt sett triviala saker som att införa dödsannonser i tidningar, äga radioapparater och ha sitt namn i telefonkatalogen – inget var för smått för att lämnas oreglerat i genomförandet av de italienska judarnas ”civila död”.[10] Fram till den tyska ockupationen 1943 hade den judiska befolkningen minskat till en fjärdedel, både genom emigration och genom att många judar konverterade. Med den tyska ockupationen gick förföljelserna in i en sista fas, då den ”Den slutliga lösningen” genomfördes även på italienskt territorium.[11]

Artikeln i *Diritto di Autore*

På ett ytligt plan ser De Sanctis artikel ut som vilken rättsvetenskaplig artikel som helst. Artikeln är helt juridisk-teknisk, lagens omoraliska och orättfärdiga innehåll nämns inte med ett ord, inte heller finns någon hänvisning till medborgerliga fri- och rättigheter, normgivning eller annat. De Sanctis håller sig strikt till ”lagens bokstav”. Han inleder med att beskriva lagens innehåll: ett förbud mot visning och spridning av verk inom underhållningsbranschen (*il campo dello spettacolo*) – musik, teater, film – som skapats av eller med deltagande av ”judiska element”. Överträdelser straffades med böter – alltså ett lindrigare straff än för att t.ex. ingå äktenskap mellan icke-judisk och judisk person, som straffades med fängelsestraff. Lagen förbjöd all visning, uppförande, projicering, inspelning av musik, import eller i försäljning av artistiskt innehåll där judar

[7] Sarfatti s. 99.
[8] Sale s. 54–56.
[9] *Difesa della razza.*
[10] Se t.ex. *Circolare 20 giugno 1941 – Prot. n. 2251/30 R.*
[11] Zimmerman, s. 7.

deltagit i framställningen. Vidare förbjöds uppförande av dramatik, litteratur, musik, vetenskap eller konst som skapats av judar. Även utländska filmer inkluderades. Även inom underhållningsbranschen skulle judiska personer alltså ”elimineras” civilrättsligt – det som kallades ”civil död” i Nazityskland.[12]

Lagen placeras till att börja med i sitt sammanhang: Den är kopplad till den generella raslagen där definitionen av vem som ska *klassificeras* som ”judisk” finns (artikel 8).[13] Sedan diskuteras ingående vilka lagens effekter kommer att bli, dels för det De Sanctis kallar ”det objektiva skyddet”, alltså skyddet av själva verket som sådant och dels för det upphovsrättliga skyddet i både nationell och internationell lag. Det är intressant att notera att De Sanctis tar upp internationella konventioner. Han medverkade själv intensivt i internationella kretsar, vilket borde gjort det särskilt svårt för honom att försvara lagarna i ett internationellt sammanhang. De Sanctis hittar lösningen på hur de ”eliminerades” f.d. rättigheter ska hanteras: han menar att en analogi med reglerna om så kallade osedliga verk, verk som strider mot lag och goda seder är möjlig. Han lägger dock själv till att lagen på grund av ”sin natur” inte får tolkas extensivt. Legalitetsprincipen är uppenbarligen närvarande någonstans i hans medvetande – även om det inte får några konsekvenser för framställningen. De Sanctis skriver att lösningen är självklar: det är inte själva skyddet av verket som upphör eftersom lagen enbart träffar de uppräknade formerna av spridning av verket till allmänheten, vilket han menar framgår av lagtexten. Därmed har han också hittat en väg att runda de internationella åtagandena: genom att själva skyddet av verket ligger fast, dels utanför Italien för verk skapade av italienska judar, dels i Italien för verk skapade av utländska judar. Han hänvisar också till Bernkonventionens artikel 17 som skyddar medlemsstaternas rätt att kontrollera eller förbjuda spridning, framförande eller utställning av något verk eller produktion om landets myndigheter anser det nödvändigt.[14] Därefter diskuteras att inom- och utomkontraktuella förhållanden måste hållas isär. De Sanctis framhåller att det bara är i underhållningsbranschen upphovsrätten berörs, och närmare bestämt bara i de fall som uppräknats i lagen.

[12] Müller s. 115.

[13] *R.D. L. 17 novembre 1938-XVII, n, 1728 sulla difesa della razza, Legge 29 giugno 1939 1939-XVII, n. 1054 sulla diciplina dell'esercizio delle professioni.*

[14] Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, signerad i Bern den 9 september 1886. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/ (besökt 2016-01-07).

Endast de verk som räknas upp blir blockerade och förbjudna att uppföra och sprida om upphovsmannen är judisk. All övrig användning förblir skyddad av upphovsrätten. Däremot hindrar lagen upphovsmannens arvingar att ärva rättigheterna till verket (även om de inte är judiska i lagens mening). Beträffande utomkontraktuella förhållanden – avtal om överföring av rättigheter som ingåtts före lagens ikraftträdande – anser han att den som övertagit rättigheten ska fullgöra avtalet, alltså betala. Gäller det däremot t.ex. skivkontrakt, som ju är en förpliktelse om framtida utbetalningar, utsläcks skyldigheten att betala. Avtal som ingåtts efter lagens ikraftträdande blir nulliteter. Till slut för han en ingående diskussion om olika lösningar när ett verk är skapat av en judisk och en icke-judisk upphovsman tillsammans. Beroende på om det går att särskilja de individuella prestationerna menar De Sanctis att man kan ”frigöra” upphovsmännens delar i verket och tillämpa lagen på den judiska delen av verket.

Artikelns analys, metod och ton känns välbekant för jurister. Jargongen är typiskt rättsvetenskaplig och artikeln ger en överblick över lagen med alla möjliga tillämpningsproblem och förslag på lösningar utifrån en strikt inomjuridisk och teknisk diskurs. Jag undrar hur De Sanctis tänkte och kände när han skrev artikeln. Ville han bidra till judarnas ”civila död”? ”Gjorde han bara sitt jobb”? Eller var han av något skäl tvingad att vara lojal med lagstiftningen men tyckte att innehållet i lagen var motbjudande? Han försöker rättfärdiga lagen i förhållande till internationella åtaganden, och han är hela tiden angelägen om att framhålla att lagen inte får tolkas extensivt. Reflekterade han över det perversa i att föra sådana resonemang kring en lag som i sig stred mot all rättsstatlighet och legalitet, mot själva människovärdet?

Årgången 1942 av *Diritto di Autore* var den sista som kom ut under krigsåren. Under 1943 och 1944 avbröts den ordinarie utgivningen. På tidskriftens hemsida kan man idag läsa en historik där fascist-åren visserligen omnämns, men bara helt kort med kommentaren att ”tidskriftens andra decennium var sorgliga år för Italien och hela Europa”.[15] I själva verket fanns redan från starten 1930 en hel del rent fascistisk retorik i tidskriften, ja själva syftet med tidskriften var att göra upphovsrätten mer fascistisk. I den första artikeln i det första numret av *Diritto di Autore* 1940 blickar De Sanctis tillbaka på tidskriftens första decennium. När tidskriften startades 1930 hade Mussolini suttit vid makten sedan 1922. Tre män stakade ut vägen för tidskriften: Alfredo Rocca,

[15] http://www.rivistadirittodiautore.siae.it/RivistaDA_Info.asp (besökt 2016-01-07).

Mussolinis justitieminister och arkitekten bakom den fascistiska juridiken, Giuseppe Bottai, minister för korporationerna och Roberto Forges Davanzati, ordförande för det italienska författar- och publicistförbundet (Società Italiana degli autori ed editori SIAE). Målsättningarna var att tidskriften skulle försvara och studera upphovsrätten, nationellt och internationellt, och sprida ”det nya italienska juridiska tänkandet” till omvärlden. Den skulle företräda ”den fascistiska upphovsrättslagen” som byggde på korporationerna. Efter en genomgång av vad som publicerats under decenniet, avslutar De Sanctis med att konstatera att det pågår ett krig, och att Italien och Tyskland med sina ”segerrika vapen kommer att forma ett nytt Europa”. Vidare förklarar han hur den italienska och tyska upphovsrätten nu representerar en ”levande tanke, rik på nya idéer utan band till gamla förlegade traditionella begrepp”, och han konkluderar att Italien och Tyskland tillsammans nu övertagit den ledande ställning inom upphovsrätt som Frankrike tidigare hade haft. Slutligen skriver han att den ökade politiska makt som kommer att bli följden av Italiens och Tysklands seger medför ett stort ansvar i alla samhällssektorer, och att ”den lyckliga förbindelsen” mellan den tyska och den latinska kulturen utgör den ”aktiva kraften i Europa”. Till sist kommer ändå en reservation: basen måste vara ”det italienska tänkandet”.[16] Det visar sig alltså att hela det ursprungliga syftet med tidskriften var att anpassa upphovsrätten till fascismen.

En italiensk rättsvetenskapsman under nittonhundratalet

Valerio De Sanctis var alltså *Il Diritto di Autores* grundare och ansvarige utgivare (*direttore responsabile*) fram till sin död 1985. Han förekom också flitigt som författare i tidskriften under hela perioden. De Sanctis föddes 1892 i Orvieto och dog 1985 i Rom. Han var en framstående expert på upphovsrätt, både i Italien och internationellt. I De Sanctis dödsruna i Copyright, WIPOs månatliga tidskrift för upphovsrätt, beskrivs han som ”tveklöst” en av nittonhundratalets framstående experter på immaterialrätt och som den italienska upphovsrättslagens fader.[17] Som många

[16] …”l’Italia e la Germania, con le loro armi vittoriose, forgiano una nuova Europa.” De Sanctis 1940, s. 9–14.

[17] Masouyé.

italienska jurister hade han två professioner, dels som advokat vid Italiens högsta domstol, dels som lärare vid Internationella universitetet i Rom. Han var under många år juridisk rådgivare i det italienska författarförbundet (SIAE) och därefter hederspresident i förbundets lagkommitté. De Sanctis var en flitig författare och publicerade mer än 400 artiklar och en mängd monografier, det mesta handlade om upphovsrätt. Mellan 1943 och 1983 var det De Sanctis som skrev ”Letters from Italy” till WIPOs tidskrift *Copyright*. De Sanctis tog aktiv del i lagstiftningsarbetet. Som medlem i *Comitato consultativo permanente per il diritto di autore della Presidenza del Consiglio dei Ministri* som arbetade på uppdrag av premiärministern hade han stort inflytande över den italienska upphovsrättslagen från 1941 som med vissa ändringar gäller än idag.[18] Hans inflytande var även stort vid revisionen av den italienska patent-, varumärkes- och mönsterrätten under 1960-talet. Även internationellt innehade De Sanctis en mängd prestigeuppdrag. I dödsrunan i Copyright nämns inte fascisttiden. Inte heller i dödsrunan i *Il Diritto di Autore* 1985 nämns något om eventuell lojalitet mot fascistdiktaturen, däremot nämns det faktum att upphovsrättslagen kom till under fascisttiden. Efter Mussolinis fall 1943 fick De Sanctis – som det beskrevs – det delikata uppdraget att återställa SIAEs uppgifter och beslutande organ ”till ett demokratiskt samhällsklimat”.[19]

Långt senare skriver De Sanctis en minnesruna över sin avlidne kollega Mario Ghiron.[20] Bland de obligatoriska uppgifterna om Ghirons gärning som immaterialrättsprofessor och advokat, väljer De Sanctis ut ett av många personliga minnen som band honom till sin avlidne kollega, vilket fångade min nyfikenhet. Ghiron kom från en judisk familj men konverterade till katolicismen och gifte sig med en katolsk kvinna. När raslagarna trädde ikraft tvingades han lämna sin verksamhet som professor och advokat och under den tyska ockupationen arresterades han och gick sen i ”inre exil”. En kväll i september 1943 sökte Ghirons hustru upp De Sanctis och bad honom rädda Ghirons advokatbyrå och juridiska bibliotek i Rom undan tyskarna. De slöt så ett skenavtal i form av ett kontrakt där De Sanctis formellt tog över Ghirons verksamhet och bibliotek, och därmed kunde det som inte redan förts bort av tyskarna räddas. Efter kriget återgick byrån och biblioteket till Ghiron som fort-

[18] *Legge sul diritto di autore del 22 aprile 1941*, n. 633.
[19] Valerio De Sanctis minnesruna i *Diritto di Autore* 1985, s. 460–61.
[20] De Sanctis 1955.

satte som professor och advokat fram till sin död. Kanske tyder räddningsaktionen på att De Sanctis var lojal med de fascistiska lagarna för att skydda sin egen karriär som framstående jurist snarare än av övertygelse.

De Sanctis var medlem i den kommission som tillsattes 1937 för att modernisera upphovsrättslagen från 1925, men även Ghiron var med i kommissionen (men fick snabbt frånträda alla uppdrag när raslagarna infördes 1938). Uppdraget till kommissionen var att anpassa upphovsrätten till det fascistiska samhället, där relationerna mellan stat och medborgare och mellan medborgare och medborgare fått en ny form: korporativismen. Retoriken i direktivet till kommissionen är typisk: utvecklingstakten i den fascistiska staten sägs vara oändligt snabb, förändringar som tidigare tagit ett halvt sekel att genomföra är redan gjorda, hela landets rytm har blivit snabbare.[21] Fascismen hyllade ungdom, styrka och hög fart. De Sanctis var i efterhand mycket stolt över den nya upphovsrättslag som antogs 1941.[22]

Min genomgång visar att även Ghiron anpassade sig till fascistretoriken. I en recension från 1937 av Ghirons kursbok i industriellt rättsskydd (*Corso di diritto industriale*), lovprisar anmälaren Ghiron för att han lyssnat in den politiska stämning som den moderna rätten grundas på. Han citerar ur boken: ”Det gemensamma intresset i våra institutioner står högt över det individuella” … och ”därför, medan det individuella intresset av patenten rör ett temporärt åtnjutande av juvelen, så gäller det kollektiva intresset det eviga, den oavbrutna utvecklingen av det träd som växer under seklers gång.”[23] Ghirons anpassning till den fascistiska juridiken och retoriken räddade honom dock inte undan judeförföljelserna.

Juristerna i Mussolinis Italien

Hur agerade då andra jurister och rättsvetenskapsmän under den här perioden? Generellt inom akademin accepterades lagarna utan något som helst motstånd. Roberto Finzi skriver att den mentala attityden vid universiteten var ”en avgrund av ignorans vilken påverkade även de mest klipska och kultiverade hjärnorna”. Men han visar också att det fanns en

[21] *La Riforma della legge sul diritto di autore 1937.*

[22] Masouyé s. 471.

[23] ”L’importanza collettiva delle nostre istituzioni è di gran lunga superiore a quella individuale”…”cosicché, mentre l’importanza individuale del brevetto concerne il temporáneo godimento della gemma, l’importanza colletiva concerne i perpetuo, ininterrotto sviluppo dell’albero ultra secolare.” De Sanctis 1937, s. 141.

hel del solidaritet med de judiska kollegorna, dock bara i privata sammanhang, offentligt uppfyllde man regimens önskningar.[24] Juristerna spelade dessutom en central roll för genomförandet av raslagarna. I sin bok från 2014, *The Fascists and the Jews of Italy: Mussolini's Race Laws, 1939–1943* skriver Livingston att de italienska juristerna hade ett visst mått av oberoende jämfört med Hitlers och Stalins jurister, och att några få modiga jurister använde sig av detta oberoende för att minska lagarnas skadeverkningar.[25] Den beskrivningen stöds även av annan senare forskning.[26] Trots det visade en majoritet av juristkåren stor lojalitet med fascistregimen. Juristernas implementering, tolkning och tillämpning av lagarna var avgörande för genomförandet.[27] Fascistifieringen av juristkåren skedde gradvis och mycket långsammare än nazifieringen av de tyska juristerna. Mussolini förstod att det var viktigt att inte provocera, och tog till skillnad från Hitler gradvis kontroll över juristerna. Men när väl den totalitära fascistiska staten var etablerad blev det en rusning av jurister till fascistpartiet och det fanns inte längre något motstånd mot övergången från en liberal rättsordning till en totalitär, auktoritär och korporativ ordning. Många framstående italienska jurister hade sedan Italiens enande höga positioner i regering och parlament och de fortsatte att vara starkt representerade i makteliterna under fascisttiden. Den mest framträdande juristen i fascistregimen var Alfredo Rocco, justitieminister och hjärnan bakom övergången till en totalitär rättsordning.[28] Det fanns några få motståndare. En av de mest kända är florensprofessorn Piero Calamandrei.[29] Men det finns skuggor även över honom. Å ena sidan var han en av de intellektuella undertecknarna av ett anti-fascistiskt manifest 1925 och han var efter 1943 aktiv anhängare av motståndsrörelsen, å andra sidan var han en centralgestalt bakom den fascistiska italienska civilprocesslagen 1942. Hans motstånd före 1942 har beskrivits som ”ljumt” och ”periodvis”.[30]

Livingston ställer frågan om lagarnas formella och juridisk-tekniska karaktär bidrog till att de trots det orättfärdiga innehållet ändå accepterades av den italienska allmänheten. Livingston och Dezalay & Garth anser

[24] Finzi s. 101–102.
[25] Livingston s. 226.
[26] Fabre, Capristo, och Finzi i Zimmerman, Dezalay & Garth.
[27] Livingston s. 230.
[28] Dezalay & Garth s. 71.
[29] Merlini 2005 och 2007.
[30] Barbera s. 44–51.

att den juridiska eliten fungerade som ”juridiska tekniker” som hjälpte till att skapa den fascistiska juridiken. Konflikter mellan den juridiska professionen och den politiska ideologin överbryggades genom juridisk teknik.[31] Det finns sammanfattningsvis en konsensus bland historiker att italienska jurister gav sitt samtycke till fascismen, antingen på grund av övertygelse, eller på grund av egenintresse.

En banal ondska?

I den här artikeln har jag försökt förstå hur det kunde komma sig att en jurist som De Sanctis kunde skriva artikeln om utraderandet av judars upphovsrätt som om det vore vilken juridisk-teknisk fråga som helst. Vad händer när jurister konfronteras med en orättfärdig lag? Att jämföra De Sanctis med Eichmann är naturligtvis både felaktigt och djupt orättvist. Det har jag inte heller gjort i det här kapitlet. Jag har diskuterat juristens roll och ansvar för lagar och beslut som strider mot grundläggande rättsstatliga principer och mänskliga rättigheter och föreslagit att ett sätt att förstå det specifika fall jag beskrivit är i termer av ”den banala ondskan”.[32] De Sanctis är ett tydligt exempel på en sådan konflikt mellan å ena sidan grundläggande rättsstatliga principer och en ond regim å den andra. Vilka inre konflikter som fanns hos De Sanctis vet vi ingenting om, men vi kan konstatera att de flesta akademiker och jurister agerade som De Sanctis. Och det är troligt att han kände lojalitet med sin judiske kollega Ghiron. Var De Sanctis en övertygad fascist eller befann han sig i ”en avgrund av ignorans”? Om det kan vi bara spekulera. I praktiken bidrog han tillsammans med sina kollegor till implementeringen av en djupt orättfärdig lag.

Referenser

Agoglia, Paolo. *La Storia, Diritto di Autore,* http://www.rivistadirittodiautore.siae.it/RivistaDA_Info.asp.

Arendt, Hanna. (1996). *Den banala ondskan: Eichmann i Jerusalem*. ([Ny utg.]). Göteborg: Daidalos.

Baerbera, Alessandro (2015). ”Luci e ombre su Calamandrei”, *Storia in Rete* Febbraio-Marzo, s. 44–51.

[31] Livingston s. 71, Dezalay & Garth s. 226.

[32] Müller s. 116.

Capristo, Annalisa, ”The Exclusion of Jews from Italian Academies”, i Zimmerman, J.D. (red.) (2005). *Jews in Italy under Fascist and Nazi rule, 1922–1945*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
De Felice, Renzo (1961). *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*. Torino: Einaudi.
De Sanctis (1937). ”Nuove pubblicazioni. Mario Ghiron, Corso di Diritto Industriale”, *Diritto di Autore*, s. 141–42.
De Sanctis, (1940). ”Dieci anni della rivista”, *Diritto di Autore*, s. 9–14.
De Sanctis, Valerio. (1942) ”Sulla tutela delle opere alla cui creazione hanno partecipato elementi ebrei”, *Il Diritto di Autore*, s. 109–112.
De Sanctis, Valerio (1955). ”Mario Ghiron”, s. 39–44.
Dezalay, Yves & Garth, Bryant G. (2011). *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*. Abingdon: Routledge.
Fabre, Giorgio, ”Mussolini and the Jews on the Eve of the March on Rome”, i Zimmerman, J.D. (red.) (2005). *Jews in Italy under Fascist and Nazi rule, 1922–1945*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
Finzi, Roberto, ”The Damage to Italian Culture: The Fate of Jewish University Professors in Fascist Italy and After, 1938–1946” i Zimmerman, J.D. (red.) (2005). *Jews in Italy under Fascist and Nazi rule, 1922–1945*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
La Riforma della legge sul diritto di autore.(1937). Costituzione di una commissione di studio, Ministerio per la Stampa e la Propaganda – Direzione Generale per il Teatro ”Direttive ed elementi di studi per la reforma della legge sul diritto di autore”. *Roma 1937-XV.* Publicerad i *Diritto di Autore* s. 38–42.
Livingston, M.A. (2014). *The Fascists and the Jews of Italy: Mussolini's Race Laws, 1938–1943*. Cambridge [England]: Cambridge University Press.
Masouyé, C., ”Orbituary, Valerio De Sanctis (1892–1985)”, *Copyright*, No. 12, December 1985, s. 471–71.
Merlini, S. (2005). *Piero Calamandrei Rettore dell'Università di Firenze*. Milano, Giuffré.
Merlini, S. (2007). *Piero Calamandrei e la costruzione dello stato democratico*. Roma-Bari Laterza.
Müller, Ingo (1991). *Hitler's justice: the courts of the Third Reich*. London: Tauris.
Pallas, Hynek (2015). ”Adolf Eichmann var inte en banal mellanchef i massmordet på judar.” DN den 29 december.

Provvedimento per la Difesa della razza Italiana. Regio Decreto Legge 17 novembre 1938-XVII n. 1728. Publicerad i *Difesa della Razza. Raccolta completa di provvedimenti legislativi e ministeriali coordianti e annotati*. (1938) Casa editrice Carlo Colombo, Roma.

Sale, Giovanni (2009). *Le leggi razziali in Italia e il Vaticano*. Milano: Jaca Book.

Sarfatti, M. (2006). *The Jews in Mussolini's Italy: from equality to persecution*. Madison, Wis: University of Wisconsin Press.

Stangneth, B. (2014). *Eichmann before Jerusalem: the unexamined life of a mass murderer*.

Valerio De Sanctis minnesruna i *Diritto di Autore* 1985, s. 460–61.

Zimmerman, J.D. (red.) (2005). *Jews in Italy under Fascist and Nazi rule, 1922–1945*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Johan Hirschfeldt

Domares yttrandefrihet

Ett av Mats Kumliens forskningsområden är arbetsrätten. Frågan om domares yttrandefrihet, som här ska behandlas, har naturligtvis en konstitutionell dimension men måste också ses som en arbetsrättslig fråga – närmare bestämt hör den till den offentliga arbetsrätten.

Frågan om domares yttrandefrihet i Sverige kan i förstone tyckas enkel, ja t.o.m. mycket enkel. Domaren har väl precis som andra offentligt anställda samma tryck- och yttrandefrihet som vanliga medborgare. Detsamma gäller väl också de andra positiva opinionsfriheterna: informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet. De senare kommer jag inte behandla här.

Men så enkelt är det inte och frågan blir också allt viktigare i de tider vi lever i inte minst med användningen av nya sociala medier. Jag kommer begränsa mig till de anställda yrkesdomarna och deras yttrandefrihet. Nämndemännen lämnar jag utanför.

Först presenterar jag frågan utifrån bestämmelserna i regeringsformen (RF), tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL). Sedan nämns regleringen av domarens rättsställning, som ju är tydligt konstitutionellt förankrad. Därefter presenteras Europakonventionen och Europadomstolens praxis. Sedan tas några yrkesetiska synpunkter på frågan upp. Artikeln avslutas med några slutord.

Grundlagarna

En domare åtnjuter alltså den yttrandefrihet som definieras i 2 kap. 1 § RF enligt följande: ”Var och en är gentemot det allmänna tillförsäkrad yttrandefrihet: frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor…”

Yttrandefriheten är dock inte absolut utan relativ. Den kan enligt 2 kap. 20 § RF begränsas genom lag. Den närmare begränsningsregeln finns i 2 kap. 23 § RF vars första och andra stycke lyder:

> Yttrandefriheten och informationsfriheten får begränsas med hänsyn till rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskildas anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott. Vidare får friheten att yttra sig i näringsverksamhet begränsas. I övrigt får begränsningar av yttrandefriheten och informationsfriheten göras endast om särskilt viktiga skäl föranleder det.
>
> Vid bedömandet av vilka begränsningar som får göras med stöd av första stycket ska särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.

När det gäller yttranden skyddade av tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen är regleringen mycket detaljerad. Där finns ju den straffrättsliga regleringen och förfaranderegelrna angivna och de reglerna får ändras endast genom ändring i dessa grundlagar.

Så länge vi rör oss på det område där det gäller en domares yttrande som inte kommer i närheten av domarens tjänsteutövning är rättsläget tämligen klart. Om ett yttrande inte har det minsta med tjänsten att göra eller inte ens på objektiva grunder kan sägas ”smitta” tjänsten finns inga särskilda yttrandefrihetsrättsliga problem som rör personens egenskap av domare. Domaren är då att se som vem som helst i yttrandefrihetshänseende med de rättigheter och skyldigheter som vi alla har när vi yttrar oss offentligt. Om domaren gjort sig skyldig till brott genom ett yttrande, dvs. här ett brott utom tjänsten kan det dock ytterst leda till att domaren skiljs från sin anställning som domare, 11 kap. 7 § RF.

På samma sätt kan man säga att rättsläget är tämligen klart så länge det rör området där det bestämt går att säga att domaren med sina yttranden är skyldig att eller har rätt att agera inom ramen för sina tjänsteuppgifter enligt lag och förordning. Här finns bestämmelser om sekretess- och tystnadsplikt som är straffsanktionerade i tryckfrihetsförordningen, yttrandefrihetsgrundlagen och brottsbalken. I övrigt är det givetvis så att en domare måste åtnjuta ett starkt skydd för sina yttranden i tjänsten. Fullgörandet av tjänsteuppgifterna kan t.ex. kräva att uppgifter i en dom om en enskild person, som i ett annat sammanhang skulle kunna anses

nog så integritetskränkande, måste lämnas för att domskälen ska anses tillräckligt välmotiverade.

Problemet är gråzonen däremellan. Jag återkommer till den. Först något om grundreglerna på det yttrandefrihetsrättsliga området och om domarens rättsställning.

Författare och andra medverkande, meddelare och anskaffare av information åtnjuter ett anonymitetsskydd enligt reglerna i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen på grund av ensamansvaret för utgivare av periodisk skrift och motsvarande medier samt skyddas av meddelar- och anskaffarfriheten.

Av särskilt intresse är här de anknytande reglerna i 3 kap. 4–5 §§ TF om efterforsknings- och repressalieförbuden. En myndighet, dvs. också den offentliga arbetsgivaren, får inte efterforska meddelare annat än när det är tillåtet enligt grundlagarna och då i vissa former. Det undantaget gäller främst de s.k. meddelarbrotten, se reglerna i 7 kap. 3 § TF. Den offentliga arbetsgivaren får heller inte ingripa mot någon för att denne brukat sin tryck- eller yttrandefrihet eller medverkat till sådant bruk. Man kallar detta för repressalieförbudet som innefattar ett förbud mot sådana åtgärder som bl.a. avskedande, uppsägning, meddelande av disciplinpåföljd eller liknande såsom t.ex. att tvingas byta arbetsuppgifter.

På tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden är efterforsknings- och repressalieförbuden särskilt kriminaliserade. De har emellertid betydelse även på det område av yttrandefriheten som ligger utanför dessa grundlagar, eftersom de i JOs och JKs tillsynsverksamhet tillämpas som allmänna principer.

Om en domare, utan att vara anonym, skriver en bok är han eller hon ensam ansvarig för den. Men om domaren ger information för publicering till en tidning anonymt är han eller hon är skyddad mot offentliga myndigheter genom förbudet mot att efterforska källor. Också om domaren ger tidningen informationen för offentliggörande öppet under sitt eget namn, skyddas han eller hon mot repressalier från offentliga myndigheter. Detta gäller med de undantag som nyss nämnts, se 7 kap. 3 § TF. Härtill kommer ett straffrättsligt ansvar för författaren eller den ensamansvarige utgivaren av en periodisk skrift och motsvarande medier för de brott som anges i den s.k. brottskatalogen i 7 kap. 4 § TF och när det gäller offentliggöranden av vissa hemliga uppgifter enligt 7 kap. 5 § TF.

Den offentliga arbetsrätten

Domare har ju ett särskilt starkt anställningsskydd som motiveras med domarmaktens konstitutionella funktion. En domare får skiljas från anställningen endast om han eller hon genom brott eller grovt eller upprepat åsidosättande av skyldigheterna *i anställningen* (kurs. här) visat sig vara uppenbart olämplig att inneha anställningen eller har uppnått gällande pensionsålder eller enligt lag är skyldig att avgå på grund av varaktig förlust av arbetsförmågan (11 kap. 7 § RF). Vidare finns här en garanti för att frågan ska kunna prövas i domstol (11 kap. 9 § RF).

Medan en domares brott i tjänsten prövas i allmän domstol med särskilda forumregler gäller att grovt eller upprepat åsidosättande av skyldigheterna i anställningen är förseelser som prövas i disciplinär ordning av Statens ansvarsnämnd och ytterst i Arbetsdomstolen. Regler om avskedande och disciplinförfarandet finns i lagen om offentlig anställning och lagen om fullmaktsanställning.

För justitieråden i Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen är anställningsskyddet dock starkare än för andra domare, se 11 kap. 8 § RF. De är undantagna från disciplinära sanktioner. När det gäller brott i *utövningen av anställningen* (kurs. här) gäller särskilda forumregler och endast JO eller JK kan väcka åtal. För annan brottslighet, t.ex. brott mot tystnadsplikt utanför tjänsteutövningen, gäller vanliga regler.

Slutligen bör erinras om bisysslereglerna i lagen om offentlig anställning. Det finns där i 7 § är ett förbud mot s.k. förtroendeskadliga bisysslor: ”En arbetstagare får inte ha någon anställning eller något uppdrag eller utöva någon verksamhet som kan rubba förtroendet för hans eller någon annan arbetstagares opartiskhet i arbetet eller som kan skada myndighetens anseende.” Detta bisyssleförbud har en anknytning till jävsfrågorna.

Åter till frågan om gråzonen

Problemen ligger som sagt i gråzonen. Gränsen mellan ett agerande inom tjänsten resp. utanför egenskapen av domare, som privatperson, kan nämligen vara mycket svår att dra i vissa situationer.

En första fråga gäller i vilka situationer en domare kan sägas företräda domstolen, dvs. myndigheten, som sådan. En myndighet företräder det allmänna och det är *gentemot* (kurs. här) det allmänna som yttrandefri-

heten skyddas. Det är inte myndigheterna som har yttrandefrihet utan myndigheterna har att fullgöra författningsenliga skyldigheter och utöva sin makt under lagarna. Skyddsreglerna i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen slår då inte till för dem.

T.ex. kan en generaldirektör som uttalar sig om en ren tjänsteangelägenhet på ett osakligt sätt förstås kritiseras av JO eller JK med stöd av 1 kap. 9 § RF. Tjänstefelsansvar och ansvar för brott mot tystnadsplikt kan naturligtvis också aktualiseras för vissa yttranden i tjänsten.

Också en domare som gör uttalanden som rör egna avgöranden, t.ex. vid en av domstolen särskilt ordnad presskonferens, efter avkunnande av en dom, måste därvid anses företräda myndigheten. Domaren åtnjuter som myndighetsföreträdare då inte meddelarfrihet och repressalieförbudet gäller inte mot domaren i en sådan situation.

Det kan också finnas andra situationer då en domare, särskilt förstås en domstolschef, måste anses företräda domstolen när han eller hon gör uttalanden. Hit bör höra fall då det tydligt framgår att uttalandena görs i egenskap av domare och med anknytning till tjänsteuppgifterna på domstolen. Utanför tjänsten faller dock förstås en domares uttalanden i en ren debattartikel om t.ex. domstolarnas rättspraxis i någon fråga – om det inte rör ett pågående mål som domaren är ansvarig för vill säga.

De organ som utövar tillsyn över domare, som JO och JK, är och ska vara försiktiga när de ska göra bedömningen. De tenderar allmänt sett att ge yttrandefriheten företräde framför en expansiv syn på vad som kan hänföras till tjänsten. Med hänsyn till det konstitutionella skyddet för yttrandefriheten är detta en viktig uppgift för JO och JK.

I några ärenden har JO och JK tagit upp legitimitetsaspekten, argumentet att den offentliga tjänsten måste omfattas med allmänhetens förtroende och dess betydelse vid bedömningen av offentliga tjänstemäns privata yttranden och pekat på att principen att en tjänstemans offentligt uttalade åsikter är en privatsak inte torde kunna upprätthållas fullständigt undantagslöst (JO 2010/11 s. 605 och JK:s beslut 2011-09-20; dnr 5394-10-31).

När denna legitimitetsfråga togs upp i JO-ärendet var det främst betydelsen av iakttagande av jävsreglerna som stod i centrum. I 4 kap. 13 § rättegångsbalken finns jävsreglerna för domare. Vad som närmast är av intresse är väl här den allmänna jävsgrunden i p. 10 om att jäv föreligger om någon annan särskild omständighet föreligger, som är ägnad att rubba förtroendet för domarens opartiskhet i ärendet. Iakttas inte jäv på denna grund kan det skada förtroendet för rättsväsendet i samhället.

Problemet är att dock att denna regel är vag och ställer stora krav på den enskilde domarens goda omdöme. När det ska tillämpas gäller det att ha i minnet den princip som lyder: ”Justice must not only be done but must be seen to be done.” Samtidigt får ogrundade jävsskäl inte fresta till ett åsidosättande av tjänsteuppgiften.

En annan aspekt här är att såväl kravet på att myndigheterna ska vara opartiska och sakliga, som skyddet av yttrandefriheten, är regler på konstitutionell nivå. Det kan därför enligt JO i vissa situationer föreligga en konflikt där olika bestämmelser på samma konstitutionella nivå måste vägas mot varandra. Om en sådan avvägning ger resultatet att ett offentligt uttalande av en tjänsteman bör ge upphov till åtgärder av myndigheten (= arbetsgivaren), får dessa naturligtvis inte vara mer ingripande än vad som är absolut nödvändigt för att hantera den intressekonflikt som uppkommit.

Ett intressant disciplinfall handlar om hur gränsen ska dras mellan yttrandefriheten för en domare och domarens ansvar i anställningen hos domstolen. Fallet är färskt och belyser också riskerna med spontan användning av sociala medier.

I detta fall, från år 2015, varnades en domare för att ha brutit mot kraven på uppförande och professionalitet av Statens ansvarsnämnd. Det handlade om kritiska kommentarer som domaren hade skrivit på sin privata Facebook-sida, tillgänglig för 127 vänner men också offentligen, om en viss advokat som hade agerat i ett mål i den domstol domaren tillhörde, ett mål som hade handlagts av en annan domare där. Ansvarsnämnden anförde att inlägget hade en sådan direkt anknytning till domarens anställning att det förhållandet att han skrivit inlägget på fritiden inte hindrade en prövning i disciplinär ordning. En varning blev följden. Nämnden fortsatte:

> En domare bör – i såväl yrkeslivet som privat – sträva efter att uppträda på ett sådant sätt att allmänhetens förtroende för den dömande verksamheten upprätthålls. En domare ska i sin tjänsteutövning iaktta oväld samt behandla parter och andra professionellt och med respekt. Det är alltså av stor vikt att domaren i sina kontakter med omvärlden visar självbehärskning och uppträder på ett sätt som inger förtroende och respekt. (Se bl.a. Sveriges domstolars publikation God Domarsed, Om etik och ansvarstagande, 2011.)

Något om Europakonventionen

Yttrandefriheten enligt Europakonventionens art. 10 omfattar enligt Europadomstolens praxis också domare och andra offentliga tjänstemän. I domstolens praxis tillmäts domares yttrandefrihet stort skyddsvärde bl.a. med hänsyn till bland annat den växande betydelsen av maktdelning och vikten av att värna om rättsväsendets oberoende (*Harabin v. Slovakien*; 29 juni 2004). Begränsningarna i yttrandefriheten enligt andra stycket i art. 10 gäller inte olika personkategorier utan ett antal sakligt grundade restriktioner:

> Eftersom utövandet av de nämnda friheterna medför ansvar och skyldigheter får de underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, till den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolars auktoritet och opartiskhet.

I domstolens praxis kan man se att uttrycket ”medför ansvar och skyldigheter” leder till att särskilda begränsningar av de offentliga tjänstemännens frihet kan motiveras på grund av deras särskilda funktion i samhället.

I ett centralt yttrandefrihetsrättsfall (*Handyside v. Storbritannien;* 30 september 1975) ansågs att vid bedömningen av skälen för att begränsa yttrandefriheten måste man ta hänsyn till den särskilda situationen för den som utövar yttrandefriheten och de arbetsuppgifter och ansvarsområden som åligger honom på grund av denna situation. Således kan olika standarder vara tillämpliga på olika kategorier av personer, såsom tjänstemän, soldater, poliser, journalister, förläggare, politiker etc., vars uppgifter och ansvar måste ses i förhållande till deras funktion i samhället. Europadomstolen har därför ansett att det är en skyldighet för domstolarna att, med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall, avgöra om en riktig balans har uppnåtts mellan den grundläggande rättigheten för den enskilde till yttrandefrihet och det berättigade intresse för en demokratisk stat att säkerställa att dess statsförvaltning korrekt främjar de syften som anges i art. 10 andra stycket.

När frågan om begränsningar av en domares yttrandefrihet bedöms beaktas samtliga konkreta omständigheter. Särskild betydelse ska tillmätas vilken sorts domarämbete domaren innehar, innehållet i uttalandet,

det sammanhang i vilket det gjordes samt påföljdens natur och stränghet. Även de former under vilka avgörandet fattats är av betydelse. Frågan om hur proportionalitetstestet i fråga om just en domare och dennes uttalanden faller ut belyses av bl.a. rättsfallen *Baka v. Ungern*; kammaravgörande 27 maj 2014, nu fört till Grand Chamber, *Wille v. Liechtenstein*; 28 oktober 1999 och *Kudeshkina v. Ryssland*; 26 februari 2009. I samtliga dessa fall har Strasbourgdomstolen i sina avgöranden ansett att domarens yttrandefrihet kränkts.

Domstolen har emellertid också hållit fram att de skyldigheter och det ansvar som bildar utgångspunkt i art. 10 punkt 2 har särskild betydelse i fall som gäller domares yttrandefrihet, eftersom det kan förväntas av offentliga tjänstemän som tjänstgör i rättsväsendet (the Judiciary) att de ska uppträda med återhållsamhet när de utövar sin yttrandefrihet i alla situationer där rättsväsendets auktoritet och opartiskhet kan tänkas sättas i fråga.

Man kan kanske säga att Europadomstolen lägger större vikt vid legitimitetsaspekten och gör det med en särskild begreppsbildning jämfört med vad som hittills skett i Sverige. Men det bör också nämnas att även Europadomstolen vid proportionalitetsbedömningen fäster stor vikt vid allmänintresset av att samhälleligt viktiga frågor skulle kunna behandlas fritt även av offentliga tjänstemän.

Vid prövningen har domstolen alltså att göra en känslig avvägning mellan olika skyddsvärda intressen. Därvid gäller det såvitt rör utsagor av rättsväsendets aktörer förstås inte minst betydelsen av att skydda rätten till en rättvis rättegång enligt den centrala art. 6 i konventionen. Denna rättssäkerhetsaspekt bildar kärnan i legitimitetsspörsmålet. Det kan för övrigt nämnas att kravet på rättvis rättegång fördes in också i regeringsformen i samband med 2010 års grundlagsändringar, 2 kap. 11 § RF. Bestämmelsen har redan fått självständig betydelse – utöver Europakonventionens tillämpningsområde – i Högsta domstolens praxis, se ett pleniavgörande, *NJA 2015 s. 374*. Där har det gällt rätten till ersättning av staten för rättegångskostnader i ett visst fall.

Domares yrkesetik och yttrandefriheten

Frågan om domaretik har på senare år ägnats en hel del uppmärksamhet. I många länder finns formella regelsamlingar – av normerande eller rekommenderande natur. I Sverige har en annan linje valts. Inte minst mot bakgrund av den tillsyn som JO och JK utövar över domare har det

ansetts bättre att inte tynga yrkeskåren med ytterligare ”pålagor”. I stället har valts en lösning där de domaretiska frågorna diskuteras i strukturerad form i en särskild publikation kallad *God domarsed (*med tre delar *Grundsatser och frågor, Om etik och ansvarstagande* och *Om tjänsteansvar och tillsyn)*. Frågan om domarens yttrandefrihet ses där som en fråga om gott uppträdande och bemötande. Först anfördes:

> En vid tolkning av begreppet domaretik innefattar även frågor om domarens uppträdande och bemötande. En domares uppträdande kan inverka på parters och allmänhetens förtroende för dels den enskilde domarens arbete, dels den dömande verksamheten i stort. Som tidigare nämnts visade den enkätundersökning med allmänheten som Förtroendeutredningen lät genomföra att medborgarna har större förtroende för domare än för domstolarna som institutioner.
>
> Allmänheten har befogad anledning att kräva att den dömande verksamheten säkrar en likformig rättstillämpning. Men detta betyder samtidigt inte att alla domare ska vara stöpta i samma form. En domare måste kunna verka med sin personlighet också i sin rättstillämpande verksamhet.
>
> Domaren bör – i såväl yrkeslivet som privat – sträva efter att uppträda på ett sådant sätt att allmänhetens förtroende för den dömande verksamheten upprätthålls eller förstärks. I detta sammanhang avses med begreppet allmänhetens förtroende de uppfattningar och värderingar som delas av den väl upplysta allmänheten. Domarna måste stå pall mot hot och påtryckningar från sådana grupper som vill få gehör för mer eller mindre fördomsfulla särintressen. Som tidigare anförts innebär det att en domare kanske måste acceptera vissa restriktioner även i sitt privatliv. Samtidigt ska framhållas att den enskilde domaren måste ha betydande frihet att självständigt välja att leva det privatliv som han eller hon vill och göra sina livsstilsval. Kravet på korrekt uppträdande får inte leda till att domaren isolerar sig från samhällslivet i övrigt. En domare bör dock tänka på hur hans eller hennes agerande eller uppträdande påverkar det egna anseendet men även kollegornas och domstolarnas anseende i stort.

I publikationen togs sedan utövandet av domarens yttrandefrihet upp. Detta sågs först som en fråga om domarens uppträdande i yrkesrollen:

> Enligt offentlighets- och sekretesslagen gäller sekretess för vissa uppgifter hos domstol. Övriga uppgifter som domaren fått kännedom om i sin tjänsteutövning är offentliga. Enskilda kan dock ha ett intresse av att spridning inte heller sker av andra integritetskänsliga – men inte sekretessbelagda – uppgifter. Hur bör en domare förhålla sig i detta avseende, t.ex. i relationen med massmedia? Bör en domare avstå från att återge vissa uppgifter

som han eller hon fått kännedom om i samband med tjänsteutövningen? Här kan bara konstateras att för de flesta domare följer det sig säkert naturligt att inte i onödan blottlägga enskilda personer.

Allmänhetens förtroende för domstolarnas verksamhet påverkas positivt genom information och därmed ökad kunskap om verksamheten. Varje domare har här en möjlighet att lämna sitt positiva bidrag. Det kan ske i många olika former och med stöd av yttrandefriheten. Ytterst måste också en domare offentligt kunna påtala missförhållanden i den egna verksamheten. Också då ställs krav på omdömesgillhet och saklighet.

Därefter behandlades domaren som privatperson:

> Spridande i det privata umgänget av uppgifter som en domare fått vetskap om i sitt arbete är en aspekt på yttrandefriheten. För de flesta domare faller det sig säkert naturligt att iaktta diskretion och inte i onödan skvallra om de parter som domaren har mött i sitt yrkesliv. Yttrandefrihet kan också handla om att i massmedia ge uttryck för en viss personlig uppfattning. Här kan bara ges den generella riktlinjen att en domare inför uttalandet bör överväga om detta kan påverka det egna men även kollegors och domstolens anseende.
>
> En ytterligare aspekt på yttrandefrihet är hur en domare bör förhålla sig till deltagande i olika typer av sociala medier. Utgångspunkten bör naturligtvis vara att det är upp till den enskilde domaren att själv avgöra i vilken utsträckning han eller hon vill medverka i sådana. Domaren kan säkert även i arbetslivet ha nytta av det privata användandet av sociala medier, eftersom det bl.a. ger insyn i och kunskap om moderna kommunikationsmetoder. Liksom beträffande uttalanden i massmedia bör en domare dock överväga vilka inlägg som görs. En domare bör också vara medveten om att deltagande i sociala medier i vissa fall kan medföra att han eller hon delvis avhänder sig kontrollen över den fortsatta utvecklingen. Ett blogginlägg i text och bild kan tas ur sitt sammanhang och få snabb spridning i traditionella massmedia. Även utifrån en säkerhetsaspekt bör domaren överväga vilken information som han eller hon lämnar om sitt privatliv.

I handledningen uppmärksammades också domares bloggande. Det pekades här på värdet av att domare deltog i den rättspolitiska debatten men också på betydelsen att ha förtroendet för domstolarna i åtanke och att vissa uttalanden ibland kunde ge upphov till en jävsproblematik.

Frågan om domares och andra offentliga tjänstemäns användning av Facebook privat och i arbetet är inte bara en etisk fråga. Som visats i det föregående har den betydelse också i tillsyns- och disciplinära sam-

manhang. Det finns också avgöranden av Arbetsdomstolen i frågan såvitt gäller andra kategorier av offentliganställda.

Slutord

I ett nu pågående mål i domstol ställs yttrandefrihetsrättsliga frågor för domare på sin spets. Har uttalandena gjorts av domaren som privatperson eller under förhållanden som gör att staten kan tillskrivas ansvar för dem? Det gäller ett mål där käranden, Sture Bergwall, hävdar att staten på europarättslig grund bär ett skadeståndsansvar för justitierådet Göran Lambertz' uttalanden om Bergwall såsom en kränkning av den s.k. oskuldspresumtionen i Europakonventionens art. 6. JK företräder staten i målet och har bestridit ansvar. Bakgrunden till JK:s inställning i målet framgår av ett beslut med avslag i det tidigare avgjorda skadereglerings-ärendet (JK:s beslut 2014-11-24; dnr 730-14-40).

Domarens skyldigheter i tjänsten inrymmer vissa krav och restriktioner på vad som ska och får yttras. Domarens frihet att som privatperson yttra sig, även om frågor som rör domstolarnas verksamhet, skyddas som framgått här av yttrandefriheten både enligt svenska grundlagar och av Europakonventionen. Det känsliga gränsdragningsproblemet uppstår när yttrandet har anknytning till domarens tjänsteutövning. Då kan faktorer som behovet av legitimitet för rättsväsendet, kravet på rättvis rättegång, opartiskhet, saklighet, iakttagande av bisysslereglerna och frihet från jäv men också allmänintresset av en fri samhällsdebatt med deltagande av rättsväsendets aktörer behöva vägas in vid prövningen.

Den prövningen är rättslig under lagarna och en personlig fråga i yrkesetiken.

Källförteckning

Här hänvisas till några arbeten som rör artikelns fråga och där rättspraxis, JO- och JK-uttalanden av betydelse tas upp.

Axberger, Hans-Gunnar, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2014

God domarsed (kan laddas ned eller beställas på http://www.domstol.se/Ladda-ner--bestall/Rapporter/God-domarsed/)

Larsson, Per, *Skyddet för visselblåsare – i arbetslivet en konstitutionell och arbetsrättslig studie*, Jure, Stockholm 2015

Persson, Pernilla, *Domares yttrandefrihet – ett hot mot rättssäkerheten?* Examensarbete, Lunds universitet, 2015, se http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=7374289&fileOId=7374290

Report on the freedom of expression of judges, adopted by the Venice Commission, CDL-AD(2015)018. Se http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)018-e

Cyril Holm

”… på ett tillfredställande sätt förödande”*

Ingemar Hedenius och ett formativt moment i svensk rättshistoria

Axel Hägerström och Ingemar Hedenius är utan tvekan två centrala aktörer i svensk rättsvetenskap. Hägerström bildar skola och får stor uppmärksamhet internationellt samtidigt som värdenihilismen och hans kritik av rättsvetenskapen får enormt genomslag i Sverige. Hedenius spelar en central roll i den svenska rättsvetenskapen när han introducerar den så småningom helt dominerande analytiska filosofin och när han framgångsrikt utmanar Hägerströms och de skandinaviska rättsrealisternas kritik av rättsvetenskapens vetenskapliga legitimitet.

Det formativa moment som avses i rubriken omfattar Axel Hägerströms kritik av rättsvetenskapen[1] och denna kritiks efterföljd, däribland Hedenius bidrag. Hedenius klassiska kritik av Hägerström och de skandinaviska rättsrealisterna i boken *Om rätt och moral*[2] kom att få ett avgörande inflytande på hur rättsvetenskapen uppnådde ett fruktbart *modus operandi* under efterkrigstiden. Vetenskapliga insatser som uppnår klassikerstatus tenderar dock att refereras flitigt samtidigt som de i motsvarande grad ofta

* Citatet är hämtat ur Svante Nordin, *Humaniora i Sverige: Framväxt – Guldålder – Kris* (Stockholm: Atlantis, 2008), s. 11, och beskriver Nordins gymnasieupplevelse av att ha konfronterat Ciceros odödlighetsresonemang med ”den logiska analysens kalla stål”. Detta ”kalla stål” hade Nordin lärt sig använda efter att ha studerat Hedenius och kristendomens envig i boken *Tro och vetande* (Stockholm: Albert Bonniers förlag, 1949). I den här artikeln är det förstås Axel Hägerström och de skandinaviska rättsrealisterna som får möta Hedenius ”knäveck av järn, [och] … handled av stål”.

[1] Axel Hägerström, *Till frågan om den objektiva rättens begrepp* (Uppsala: Almqvist & Wicksell, 1917). Se också Axel Hägerström, ”Är gällande rätt uttryck av vilja,” i *Festskrift tillägnad Vitalis Norström* (Göteborg: Wettergren & Kerber, 1916).

[2] Ingemar Hedenius, *Om rätt och moral* (Stockholm: Tiden, 1941). Se också Ingemar Hedenius, ”On Law and Morals,” *The Journal of Philosophy*, vol. 56, nr. 3 (1959), s. 117–125.

blir mindre lästa. Den här artikeln handlar dels om vad Hedenius faktiskt säger i sin kritik, dels om hur vi kan passa in detta danande kapitel i svensk rättshistoria i ett längre historiskt perspektiv på rättsvetenskapen.

Inledning

Hedersdoktorn vid Juridiska fakulteten i Uppsala, Ingemar Hedenius (1908–1982) – professor i praktisk filosofi vid Uppsala universitet – var en av de mest tongivande svenska samhällsdebattörerna under efterkrigstiden. Hans polemik gällande kristendomen och rätten att förfoga över sitt eget liv – även dess slutpunkt – var mycket uppmärksammad och inflytelserik. Genom att gå till storms mot nazismen och genom sitt starka försvar för rättsstaten blev han en intellektuell och moralisk förebild för många. Hans förnuftstro och kulturradikalism var tydligt i takt med tidens strömningar och det ”moderna” Sverige som växte fram under det kalla kriget.

Men Hedenius spelar också en central roll för hur rättsvetenskapen kom att förstå sitt uppdrag under efterkrigstiden. Idéhistorikern Simon Larsson menar att Hedenius är en centralgestalt i rättsvetenskapens självbild under en period när statsvetenskapen och nationalekonomin lämnar juridisk fakultet och bygger egna identiteter under företrädare som Herbert Tingsten och Gunnar Myrdal.[3] Joel Samuelsson utvecklar detta tema och menar att den så kallade rättighetsdebatten – som tog sin utgångspunkt i en opposition mot Hägerströms kritik av rättighetsbegreppet – kom att få ett avgörande inflytande på hur svensk förmögenhetsrätt omdefinierades efter Uppsalaskolans generalangrepp på rättsvetenskapen. I frågan om rättsvetenskapens vetenskapliga status hade Hedenius en viktig roll, enligt Samuelsson, när han på bred front introducerar den analytiska filosofin. Hedenius var också den som lyckades bryta Uppsalaskolans dominans i det rättsvetenskapliga samtalet med *Om rätt och moral*; efter den boken var inte Uppsalaskolans perspektiv längre det dominerande.[4]

*

[3] Simon Larsson, ”Mellan två kunskapsregimer. Rättsvetenskapen och politiken under 1930- och 40-talet,” *Retfaerd*, vol. 145, nr. 2 (2014), s. 54–77.

[4] Joel Samuelsson, *Tolkning och utfyllning: Undersökningar kring ett förmögenhetsteoretiskt tema* (Uppsala: Iustus, 2008), s. 298–299; och kapitel 7, speciellt avsnitt 7.4.

Från att ha haft en självklar plats inom akademien blev rättsvetenskapens ställning prekär genom Uppsalaskolans påverkan; rättsvetenskapen syntes helt enkelt utesluten ur den vetenskapliga gemenskapen.[5] Att nationalekonomin och statsvetenskapen lämnar juridisk fakultet och bygger starka egna institutioner under starka företrädare, understryker rättsvetenskapens akademiska isolering. Utvecklingen var en nesa för ett ämne som länge var den enda samhällsvetenskapen vid universiteten, och på vars grundval universitetsväsendet en gång tog sin början. Med *Om rätt och moral* (1941) övertygar Hedenius samtiden om rättsvetenskapens vetenskapliga status, samtidigt som han medverkar till att rättsvetenskapen delvis omformulerar sitt uppdrag.[6]

Idag framstår Hägerströms och de skandinaviska rättsrealisternas avfärdande av rättsvetenskapen som överdriven; att utesluta rättsvetenskapen från det vetenskapliga fältet bidrar inte till vetenskapens sökande efter att beskriva och förstå människan och hennes samhällen. Hedenius kritik framstår fortfarande som skarpsinnig, men vi bör fråga oss vad hans återupprättande av rättsvetenskapen innebär utöver det till synes självklara, nämligen att rätten som den beslutats i gängse former utgör ett empiriskt underlag som kan undersökas med vetenskapliga anspråk. Idag har vi en bredare förståelse av vad vetenskapen kan omfatta, och det är inte på samma sätt kontroversiellt att undersöka inte helt empirinära företeelser med anspråk på att bedriva vetenskap. Oavsett vad Hedenius kritik innebär – och oavsett vilket vetenskapsteoretiskt kriterium vi föredrar – står det faktum kvar att Hedenius är en viktig aktör i ett skeende när svensk rättsvetenskap delvis omformulerar sitt uppdrag och kräver åter sin status vid akademin. I det ljuset är Hedenius bidrag av stort rättshistoriskt intresse.

*

Artikeln är upplagd så att det inledande avsnittet presenterar Hägerströms metaetiska teori, och konsekvenserna av denna teori för rättsvetenskapen.

[5] Johan Strang, ”The Scandinavian Value Nihilists: The Crisis of Democracy in the 1930s and 1940s,” *Nordeuropaforum*, vol. 19 (2009), s. 37–63; och Ivar Agge, ”Till frågan om rättsvetenskapens gränser,” i *Festskrift tillägnad Nils Herlitz* (Stockholm: P. A. Norstedt & Söner, 1955), s. 2–6.

[6] Larsson, ”Mellan två kunskapsregimer. Rättsvetenskapen och politiken under 1930- och 40-talet,” s. 54–76. Se också Per Olof Ekelöf, ”Är den juridiska doktrinen teknik eller vetenskap,” i *de lege*, Juridiska fakulteten i Uppsala, årsbok 1991 (Uppsala: Iustus, 1991 [1951]), s. 91–93.

I ett andra avsnitt koncentrerar jag mig (i) på Hedenius kritik av Hägerström och de skandinaviska rättsrealisterna, och (ii) på hur denna kritik påverkar synen på rättsvetenskapens vetenskapliga status.

I en avslutande del kommenterar jag hur vi kan passa in det relativt sett korta formativa moment, som behandlas i den här artikeln, i en berättelse om rättsvetenskapens förståelse av sitt uppdrag sett ur de ”långa linjernas perspektiv”.[7]

Värdeomdömen och rättsvetenskap

Uppsalaskolan inom filosofin kan sägas utgöra en uppgörelse med den dessförinnan dominerande idealistiska filosofin som till stor del ägnat sig åt systembyggande metafysik. Man fullföljer denna uppgörelse genom att avstå från filosofiskt systembyggande och genom att använda logisk analys. Skolans grundare är Axel Hägerström. Cambridgeskolan och Wienskolan företräder liknande program inom filosofin och är ungefär samtida med Uppsalaskolan.

Även om Uppsalaskolan alltså inte är en unik företeelse finns det dock – enligt Hedenius – en idé som tillförsäkrar Uppsalaskolan och Axel Hägerström en plats i framtida översikter av filosofin.[8] Denna idé, eller filosofiska teori, är värdenihilismen. Om denna teori är sann, har den enligt Hedenius stor betydelse för moralfilosofin, och i förlängningen för rättsvetenskapen inklusive rättsfilosofin.

Värdenihilismen uttalar sig om värdeomdömen, det vill säga normativa utsagor av typen, ”du ska hjälpa personer i nöd”, ”alla personer har lika stort värde”, eller, ”att dela med sig är bra”. Den teori som värdenihilismen framförallt vänder sig mot är värdeobjektivismen. Enligt denna är värdeomdömen påståenden som kan vara sanna eller falska. Värdeomdömet ”du ska hjälpa personer i nöd” har sanningsvärde och är sant eller

[7] *La longue durée* är ett uttryck som brukar användas och som bra beskriver uppfattningen att den historiska vetenskapen bör fokusera på förändringar av samhällsstrukturer över långa tidsspann. Detta i motsats till ett fokus på enskilda händelser eller personer. Tanken är att *la longue durée* säger något av mer fundamental betydelse om historien än beskrivningar av händelser och personer. Vanligtvis tillskrivs uttrycket den franske historikern Fernand Braudel – se till exempel Fernand Braudel, ”Histoire et sciences sociale, la longue durée,” *Annales E.S.C.*, okt-dec (1958), s. 725–753 – men även Lucien Febvre och Marc Bloch brukar nämnas i samband med begreppet.

[8] Hedenius, *Om rätt och Moral*, s. 14. Av utrymmesskäl kommer jag fortsättningsvis inte att ange referenser till *Om rätt och moral*. Redogörelsen följer dock nära bokens upplägg.

falskt, enligt värdeobjektivismen.[9] Enligt värdenihilismen, däremot, är värdeomdömen inte påståenden, och de är vare sig sanna eller falska: Värdeomdömen uttrycker känslor, preferenser och attityder; de skall uppfattas som interjektioner av typen ”usch!”, ”fy sjutton!”, ”bra!”.

Det är naturligt att tänka sig att ett värdeomdöme som ”du ska hjälpa personer i nöd” har sanningsvärde i den meningen att personen som uttrycker värdeomdömet, tycker att du ska hjälpa personer i nöd. Det är dock en central del i värdenihilismen att värdeomdömen inte på något vis är påståenden som kan vara sanna eller falska, således inte heller påståenden om vad någon person tycker, till exempel personen som uttalar ”du ska hjälpa personer i nöd”.[10]

Vi märker att det i värdenihilismen finns en skillnad mellan *föreställningar om* (påståenden), och *inställningar till* (ungefär interjektioner), som Lars Bergström uttrycker det.[11] Denna skillnad framstår emellertid som långt ifrån solklar. Personligen lutar jag åt att teorier som är oklara sällan är bra, ungefär på samma sätt som många menar att enkla vetenskapliga teorier är bättre och vackrare än de som är mindre enkla. Mitt värdeomdöme i den här saken är dock inte ett påstående – inte heller om min egen uppfattning – enligt värdenihilismen. Häri ligger värdenihilismens radikalitet.

Inom filosofin skiljer man mellan satser och påståenden. Satserna ”Sven is a good human being” och ”Sven är en god människa” ger båda utryck för samma påstående, nämligen att Sven ist ein guter Mensch. Det är just påståenden som den värdenihilistiska teorin uttalar sig om, och närmare bestämt värdepåståenden (värdeomdömen). I denna grundläggande mening är värdenihilismen en semantisk teori, eftersom den handlar om hur man ska förstå språkliga uttryck.

Utöver språkfilosofin undersöker filosofin bland annat (i) vad som kan sägas finnas i världen, (ii) den grundläggande naturen hos det som finns i världen, (iii) människans medvetande, och (iv) hur vi kan få kunskap. Värdenihilismen får konsekvenser för framförallt (i) i den meningen att

[9] Till skillnad från naturalismen, enligt vilken värdeomdömen är ett slags empiriska satser som har sanningsvärde, säger värdeobjektivismen att värdeomdömen är icke-empiriska satser som uttalar att något har en viss värdeegenskap. Dessa värdeegenskaper kan etableras som värdefakta som i termer av sakförhållanden kan ha sanningsvärde. Se Lars Bergström, *Grundbok i värdeteori* (Stockholm: Thales, 1992), s. 61.

[10] Jämför värdesubjektivismen enligt vilken ett värdeomdöme ses som en rapport om vad värdeomdömets avsändare faktiskt tycker, se Bergström, *Grundbok i värdeteori*, s. 25–26.

[11] Bergström, *Grundbok i värdeteori*, s. 25.

värdeegenskaper – till exempel bra, dålig, rätt, fel – som värdeomdömena tycks uttala sig om, helt enkelt inte finns.[12] När vi hos de skandinaviska rättsrealisterna möter uppfattningen att rättsordningen inte finns, kan vi spåra bakgrunden i denna värdenihilismens ontologiska konsekvens.

Uppsalaskolans filosofiska program hade för avsikt att filosofin skulle närma sig de exakta vetenskaperna genom den logiska metoden och genom att undvika filosofisk spekulation. Om nu värdeomdömen varken är sanna eller falska, kan de heller inte bli föremål för vetenskapliga undersökningar, vars huvudsakliga uppgift är att skilja mellan sant och falskt. Moralfilosofin – uppfattad som vetenskap – kan enligt detta program inte syssla med normativ etik, det vill säga frågor om vad som är rätt och fel. Däremot kan moralfilosofin syssla med metaetik, alltså frågor *om* och *hur* man kan rättfärdiga påståenden i den normativa etiken. Hägerströms värdenihilism är alltså en metaetisk teori.

Med Uppsalaskolans uteslutning av den normativa etiken från det vetenskapliga fältet följer enligt Hägerström också den normativa rättsvetenskapen.[13] Hägerström menar – enligt Hedenius – att rättsvetenskapen i detta avseende inte är en vetenskap. I frånvaro av högre värden, skall rättsnormer uppfattas som ett påtryckningsmedel för att medborgarna skall fullgöra maktens fordringar på dem.[14] Undersökningar av dessa ”realistiska” aspekter av rätten kan vara vetenskapliga.

[12] Värdenihilismen får också konsekvenser för (iv) eftersom vi inte kan ha kunskap om något som inte finns.

[13] Med den normativa rättsvetenskapen följer begrepp som rätt, rättighet och plikt. Enligt värdenihilismen refererar inte dessa begrepp och de har ingen kognitiv mening. Se Dag Prawitz kritik av denna ståndpunkt i Dag Prawitz, ”Om moraliska och logiska satsers sanning,” i red. Lars Bergström, Harald Ofstad och Dag Prawitz, *En filosofibok tillägnad Anders Wedberg* (Stockholm: Bonniers, 1978), s. 144–155. Det kan tilläggas att Hedenius ytterligare kritiserar Hägerströms och Lundstedts analys av rättsbegreppen. Den kritiken fokuserar på deras uppfattning att rättsbegreppen har ett delvis mystiskt idéinnehåll, och på deras förståelse av det filosofiska meningsbegreppet. Se *Om rätt och moral*, s. 61–63, och kapitlet ”Det Hägerström-Lundstedtska misstaget”, samt Wilhelm Lundstedt, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget: Sju föreläsningar samt efterskrift* (Uppsala: Almqvist & Wicksells boktryckeri, 1942).

[14] Karl Olivecrona uppfattar rätten som en tvångsapparat. Detta innebär inte nödvändigtvis att medborgarna uppfattar rätten som en tvångsapparat; Olivecrona menade att vi är psykologiskt disponerade att lyda rättsreglerna eftersom vi har accepterat konstitutionen som utgångspunkt för maktutövning. Se Karl Olivecrona, *Om lagen och staten* (Köpenhamn: Einar Munksgard, Lund: Gleerup, 1940), kapitel 4. Se också Torben Spaaks diskussion i Torben Spaak, *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy*, vol. 108, The Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2014), kapitel 10.

Detta att bortse från högre värden, och istället ge en ”realistisk” bild av hur rätten faktiskt fungerar, är kärnan i rättsrealismen i alla dess varianter. Den amerikanska rättsrealismen fokuserar mycket på beskrivningar av hur domare i realiteten dömer; den skandinaviska rättsrealismen kritiserar jurister och rättsvetenskapsmän för att göra ogrundade metafysiska antaganden. Det torde dock vara riktigt att båda inriktningarna tycks vara intresserade av mänskligt beteende snarare än av normer, rättigheter, skyldigheter och så vidare. Rättsrealismen i dess skandinaviska och amerikanska skepnader är fortsatt föremål för mycket stort internationellt intresse.[15]

Rättsvetenskapens vetenskaplighet

Som vi har sett är värdenihilismen, som Hedenius framställer den, primärt en semantisk teori som säger hur vi ska förstå värdepåståenden (värdeomdömen), alltså normativa språkliga uttryck. Som vi också har sett, följer av detta att normativ etik – men även normativ rättsvetenskap – inte är förenliga med vetenskap.

De flesta jurister arbetar dock inte primärt med normativa rättssatser, som till exempel satsen ”mord straffas med fängelse”, utan med mer handfasta rättssatser av typen ”enligt svensk rätt straffas mord med fängelse”. Denna typ av rättssatser är inte normativa, utan deskriptiva (empiriska), och säger något om verkligheten, i det här fallet vad som är svensk rätt i ett visst avseende. Deskriptiva (empiriska) rättssatser är utan tvivel påståenden som har sanningsvärde och kan vara sanna eller falska; som sådana kan de också bli föremål för vetenskap.

Som framhållits är värdenihilismen en semantisk teori om normativa satser och värdesatser; den uttalar sig inte om deskriptiva satser. Det miss-

[15] Brian Bix, ”Ross and Olivecrona on Rights,” *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 34 (2009), s. 103–119; Enrico Pattaro red., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 1–12, se särskilt vol. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law* (Dordrecht: Springer, 2015); Enrico Pattaro, *Il realismo giuridico come alternative al positivismo giuridico* [Legal realism as an alternative to legal positivism], introduktion till Karl Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico* [Law as fact], översättning Enrico Pattaro (Milano: Etas Kompass, 1972), s. 1–55; Patricia Mindus, *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*, vol. 87, The Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2009); Torben Spaak, *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy*, vol. 108, The Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2014); och Max Lyles, *A Call for Scientific Purity: Axel Hägerström's Critique of Legal Science*, vol. 65, Rättshistoriskt bibliotek; skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Ohlin (Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2007).

tag som Hedenius menar att framförallt Hägerströms efterföljare – Wilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona – gör sig skyldiga till,[16] är att inte tillräckligt skilja på värdenihilismens tillämpning vad gäller de normativa respektive deskriptiva rättssatserna. När Lundstedt och Olivecrona hävdar att hela rättsvetenskapen inte är en vetenskap, och att rättordningar inte existerar, menar Hedenius att de missförstår värdenihilismens tillämpningsområde. Lundstedt och Olivecrona tycks – enligt Hedenius – tro att värdenihilismen har konsekvenser för både normativa och deskriptiva rättssatser.[17] Men, menar Hedenius, frågan om en rättsordning existerar, eller frågan om vad som är gällande svensk rätt, är empiriska frågor. Följaktligen kan påståenden om en rättsordnings existens, eller påståenden om vad som är gällande svensk rätt, vara sanna eller falska. I det ljuset är det inte på något sätt kontroversiellt att hävda att de deskriptiva (empiriska) rättssatserna kan studeras vetenskapligt, alldeles oavsett vad värdenihilismen säger om de normativa rättssatserna.

För att skilja mellan de normativa och de deskriptiva rättssatserna inför Hedenius sin berömda distinktion mellan äkta rättssatser (normativa rättssatser) och oäkta rättssatser (deskriptiva rättssatser). För att skilja mellan dessa menar Hedenius att de rättssatser i vilka man kan införa ett ”bör” är *äkta rättssatser* (normativa rättssatser). I satsen ”mord straffas med fängelse” låter sig ett ”bör” införas. Däremot går detta inte i satsen ”enligt den svenska strafflagen straffas mord med fängelse”. Denna typ av rättssatser kallar Hedenius *oäkta rättssatser* (deskriptiva rättssatser). Hedenius distinktion har blivit allmänt accepterad, även internationellt.[18]

De oäkta rättssatserna är deskriptiva (empiriska) och är sanna eller falska; det vill säga – de oäkta rättssatserna – kan studeras vetenskapligt. På så sätt återger Hedenius rättsvetenskapen dess vetenskapliga status i samtiden.

[16] Möjligtvis begår också Hägerström själv detta misstag, men det är mer oklart.

[17] Noga taget menar Hedenius nog att Lundstedt och Olivecrona inte är tillräckligt uppmärksamma på – alternativt inte är medvetna om – att värdesatser ibland uttrycker något normativt och ibland något deskriptivt.

[18] Se t.ex. Eugenio Bulygin, ”Norms, Normative Propositions, and Legal Statements,” i red. Guttorm Fløistad, *Contemporary Philosophy: A New Survey*, vol. 3, *Philosophy of Action* (Haag: Nijhoff, 1982), s. 127; Georg Henrik von Wright, *Norm and Action* (London: Routledge & Keegan Paul, 1963), s. 103–105; och Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, översatt från tyska av Anders Wedberg (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1945), s. 162–164.

På basis av sin distinktion mellan äkta och oäkta rättssatser utvecklar Hedenius sedan en egen teori om vad som utgör gällande rätt[19] (som inte utförligt behandlas här, men som bl.a. utvecklas i det opublicerade manuskriptet *Rättsfilosofiska grundfrågor*,[20] som utgör en fortsättning på *Om rätt och moral*), en teori som är en variant av den så kallade domstolsrealismen.[21]

Avslutningsvis kan igen framhållas att Hedenius distinktion inte är märkvärdigare än att den gör tydligt att påståenden om vad som är fallet,

[19] Utifrån sin distinktion mellan äkta och oäkta rättssatser uppställer Hedenius en teori om den för rättsvetenskapen centrala frågan om vad som är en gällande rättsregel. Först och främst slår Hedenius fast att de oäkta rättssatserna, i det avseendet att de kan vara påståenden om sakförhållanden, är satser som uttalar sig om huruvida en viss regel gäller. Huvudproblemet blir då att avgöra om de sakförhållanden föreligger som gör att vi kan säga att en oäkta rättssats innebär att en rättsregel är gällande rätt. Hedenius menar nu att en rättsregels giltighet är en fråga om sakförhållandet hos vissa myndighetspersoners agerande, d.v.s. tillämpar dessa myndighetspersoner en viss regel.

Hedenius bemöter en första viktig invändning mot hans resonemang när han diskuterar de fall i vilket en rättsregel har varit gällande men inte tillämpats av myndighetspersoner därför att handlingar som eventuellt skulle kunna vara rättstridiga regleras så effektivt av lagen att de inte förekommer. För detta ändamål inför Hedenius den filosofiska termen hypotetiska faktum. Dessa hypotetiska faktum innebär att *om* något varit fallet, *så* skulle ett givet sakförhållande ha inträffat. Hedenius menar att vi kan kalla denna tillämpning av rättsregler för ett sådant hypotetiskt faktum eftersom *om* en handling hade brutit mot regeln, *så* hade regeln tillämpats av därför avsedda myndighetspersoner. Det hypotetiska faktum att en rättsregel skulle tillämpas om det fanns handlingar som inte följde bestämmelsen gör att vi kan tala om de rättsregler som rent faktiskt inte tillämpas som gällande rätt. Hedenius hävdar vidare att den hypotetiska formen är en generell egenskap hos rättsreglerna.

[20] Hedenius arkiv, Carolina Rediviva, arkivkartong 642 c:1.

[21] Ingemar Hedenius, ”Ett argument mot den rättsfilosofiska domstolsrealismen,” i red. Lars Bergström, Harald Ofstad och Dag Prawitz, *En filosofibok tillägnad Anders Wedberg* (Stockholm: Bonniers, 1978), s. 62–66. Med Hedenius teori att de oäkta rättssatserna kan vara sanna eller falska, följer att det också finns oäkta moraliska satser. De sakförhållanden som utgör grund för att tala om dessa såsom varande sanna eller falska satser är enligt Hedenius de moraliska regler som faktiskt tillämpas i gruppen eller samhället ifråga. Moraliska och rättsliga rättssatser skiljer sig dock med avseende på sanktioner. De moraliska reglerna åtföljs av ett ganska vagt moraliskt ogillande, medan de rättsliga reglerna åtföljs av en mycket specifik påföljd. När man handlar i enlighet med de moraliska rättsreglerna är dock den sociala reaktionen starkt positiv, enligt Hedenius, medan att handla i enlighet med de rättsliga reglerna inte ger någon reaktion alls. Hedenius menar visserligen inte att varje rättsregel handlar om verkställigheten av en påföljd. Däremot menar han att även de regler som inte gör det, står i ett sådant intimt samband med de regler som gör just det, och slutsatsen för Hedenius blir att enskilda rättsreglers kraft i slutändan beror av regelmässigt utövad tvångsmakt.

enligt till exempel svensk rätt, är en empirisk fråga som kan undersökas vetenskapligt på basis av vad svensk rätt ger för handen. Att Hedenius distinktion har påverkat rättsvetenskapen att undersöka empiri av detta slag – och att Hedenius distinktion således är av stort rättshistoriskt intresse – står klart. Det förtjänar dock att tilläggas att även om Hedenius distinktion kan verka klar nog, så är det i praktiken inte alltid en helt lätt sak att skilja på äkta och oäkta rättssatser.

Ett intressant fall på det hela taget: Hedenius och *la longue durée*

Axel Hägerström är sedan länge betraktad som historia och han har på senare tid studerats ifrån ett rättshistoriskt perspektiv av framförallt Max Lyles[22] (och från ett rättsfilosofiskt perspektiv av Patricia Mindus[23]). Om vi följer Lars Björne kan nu tiden vara mogen för att också studera Ingemar Hedenius ur ett rättshistoriskt perspektiv.[24] Hedenius har visserligen blivit föremål för forskning, men det är främst hans roll i efterkrigstidens politik och samhällsdebatt[25] samt hans kritik av kristendomen[26] som studerats, och mindre hans rättsvetenskapliga arbeten.[27] Det kan påpekas att Hede-

[22] Max Lyles, *A Call for Scientific Purity: Axel Hägerström's Critique of Legal Science*, vol. 65, Rättshistoriskt bibliotek; skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Ohlin (Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2007).

[23] Patricia Mindus, *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*, vol. 87, The Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2009).

[24] Lars Björne, *Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia*, Del IV, *1911–1950*, vol. 62, Rättshistoriskt bibliotek; skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Ohlin (Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2007).

[25] Ola Sigurdson, *Den lyckliga filosofin: Etik och politik hos Hägerström, Tingsten, makarna Myrdal och Hedenius* (Stockholm/Stehag: Brutus Östlings Bokförlag Symposion, 2000); och Andrus Ers, *Segrarnas historia: Makten, historien och friheten studerade genom exemplet Herbert Tingsten 1939–1953* (Riga: Bokförlaget h:ström – Text och Kultur, 2008).

[26] Peder Thalén, *Den profana kulturens gud: Perspektiv på Ingemar Hedenius uppgörelse med den kristna traditionen* (Lund: Nya Doxa, 1994); Sebastian Rehnman, *Gud, kunskap och vara: Kunskapsteori och metafysik hos Ingemar Hedenius* (Nora: Nya Doxa, 2002); Johan Lundborg, *När ateismen erövrade Sverige: Ingemar Hedenius och debatten kring tro och vetande* (Nora: Nya Doxa, 2002); och Rainer Carls, *Om tro och vetande: Ingemar Hedenius kristendomskritik i ett halvsekelperspektiv* (Malmö: Arcus, 2001).

[27] Dessa inskränker sig egentligen till, Torben Spaak, "The Legal Philosophy of Ingemar Hedenius," i red. Enrico Pattaro och Corrado Roversi, *Legal Philosophy in the Twentieth*

nius – utöver kritiken av Hägerström och de skandinaviska rättsrealisterna – lämnade ytterligare bidrag till rättsvetenskapen genom flera insatser som rättsanalytiker, samt genom insatser som rättskritiker och rättsideolog.[28]

*

I den här artikeln har jag så långt fokuserat på Ingemar Hedenius bidrag till rättsvetenskapens fruktbara *modus operandi* under efterkrigstiden, som detta bidrag uttrycks i *Om rätt och moral*. Avslutningsvis tänker jag nu kommentera hur vi kan förstå det relativt sett korta formativa moment som behandlas i den här artikeln – och i vilket Hedenius spelar en viktig roll – som en del av en berättelse om rättsvetenskapens tolkning av sitt uppdrag sett ur de ”långa linjernas perspektiv”.

Under rättshistoriens gång har det funnits fler exempel på förändringar i hur rättsvetenskapen har tolkat sitt uppdrag. Om vi studerar de ”långa linjerna” kan vi identifiera några huvudfrågor som har varit särskilt avgörande. En sådan fråga är rättens förhållande till en absolut standard. Sofisterna i Aten iakttog de olika rättssystemen i Greklands statsstater

Century: The Civil Law, vol. 12, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence (Dordrecht: Springer, 2015), s. 435–442; och Åke Frändberg, ”Ingemar Hedenius och rätten,” *Filosofisk tidskrift*, årg. 30, nr. 2 (2009), s. 88–103.

Däremot har det skrivits en hel del om andra företrädare för den skandinaviska rättsrealismen, se t.ex. Björne, *Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia*, Del IV, *1911–1950*; Torben Spaak, *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy*, vol. 108, The Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2014); Mauro Zamboni, ”Legal Realisms and the Dilemma of the Relationsship of Contemporary Law and Politics,” i *Perspectives in Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup*, vol. 48, Scandinavian Studies in Law (Stockholm: The Stockholm University Law Faculty, 2005); Jes Bjarup, *Reason, Emotion and the Law: Studies in the Philosophy of Axel Hägerström* (Aarhus: Press of the Faculty of Law, 1982); och Patricia Mindus, *A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström*, vol. 87, The Law and Philosophy Library (Dordrecht: Springer, 2009).

Det har också skrivits en hel del om Uppsalaskolan inom filosofin, se t.ex. Svante Nordin, *Från Hägerström till Hedenius: Den moderna svenska filosofin* (Lund: Doxa, 1983); Staffan Källström, *Värdenihilism och vetenskap: Uppsalafilosofin i forskning och samhällsdebatt under 1920- och 30-talen* (Acta Universitatis Gothoburgensis, 1984); Johan Strang, *History, Transfer, Politics: Five Studies on the Legacy of Uppsala Philosophy* (Tampere: Juvenes Print, 2010); och Anders Lundahl, *Det filosofiska arvet från Uppsala* (Lund: Nya Doxa, 1997).

Slutligen kan kort nämnas två omistliga böcker för forskning om Hedenius: Svante Nordin, *Ingemar Hedenius: En filosof och hans tid*, Vitterhetsakademiens skriftserie Svenska Lärde (Köping: Natur och Kultur, 2004); och Ann-Mari Henschen-Dahlquist, *En Ingemar Hedenius bibliografi* (Stockholm: Thales, 1993).

[28] Frändberg, ”Ingemar Hedenius och rätten,” *Filosofisk tidskrift*, s. 88–103.

och drog slutsatsen att det inte finns fog för att hävda något rättssystems företräde; enligt deras synsätt finns det inte någon absolut standard som låter oss hävda något sådant. Sokrates utmanar detta synsätt när han tömmer giftbägaren för sin tro på skyldigheten att lyda lagen.

I grekiskt, romerskt och katolskt rättsligt tänkande är idén att den mänskliga rätten har att förhålla sig till en absolut standard starkt närvarande. Oavsett om denna absoluta standard är gestaltat förnuft eller gudomlig uppenbarelse, karakteriserar vi denna idétradition som naturrättslig. Detta är på sätt och vis en *misnomer*, men den kan användas för att illustrera rättsvetenskapens och naturvetenskapens gemensamma användning av begreppet lag. I grekiskt vetenskapligt tänkande studerade man naturen och människan med samma iver att finna regelbundenheter – eller ”lagar” – oavsett om dessa ”lagar” gällde naturen eller människan. En ”naturlag” beskriver ett bestämt sätt varpå *naturen* uppför sig, alldeles oavsett vad människan har för åsikter om detta. På samma sätt är en ”naturrätt” en av *naturen* given – inte av människor beslutad – absolut standard för människan.

Med tiden har begreppet lag inom rättsvetenskapen och naturvetenskapen kommit att få olika betydelser. Inom rättsvetenskapen uppfattar vi för det mesta en lag som något som har beslutats i gängse demokratiska former, men vi behöver inte gå längre än till nationalekonomin för att hitta ett samhällsvetenskapligt ämne vars användning av begreppet lag mer överensstämmer med naturvetenskapen än med rättsvetenskapen. Om vi till exempel tänker på *the law of supply and demand*, eller *the law of diminishing returns*, ser vi detta. Ursprunget till begreppet lag är dock gemensamt.

Idén om en absolut standard är relaterad till den djupt rotade föreställningen att människan har att uttyda den existerande rätten, inte att skapa ny rätt; härskaren styr inom ramen för den spelplan som ges av lagen, och de rättslärda kan endast upptäcka den lag som redan existerar. Med nationalstaternas framväxt under den tidigmoderna tiden uppstår dock ett behov av att aktivt skapa rätt, inte minst för att på ett effektivt sätt administrera de nya rikena, men också för att adressera de sociala missförhållanden som industrialiseringen med tiden ger upphov till. Detta behov bemöts av Jeremy Bentham. Tidigare hade rättsvetenskapen sökt att i den av människan skapade rätten efterlikna den absoluta standard som ges av naturrätten. Man hade försökt utröna vad denna absoluta standard bestod i, för att med den som förlaga skapa lag. Benthams ”kopernikanska revolution” inom rättsvetenskapen består i att rättens absoluta

standard inte längre behöver sökas i ett abstrakt förnuft, eller i gudomlig uppenbarelse. Istället är denna standard direkt tillgänglig för människan genom utilitarismen. Denna ”kopernikanska revolution” blir startskottet för vittomfattande sociala reformer. I förlängningen ligger de här tankegångarna bakom idén att det är den politiska maktens uppgift att skapa det goda samhället, och att det främsta medlet för att genomföra denna uppgift är lagstiftning; människans *vilja* kan utveckla rätten och samhället till vad de *bör* vara.

Med den vetenskapliga revolutionen, upplysningen och de politiska revolutionerna under 1700-talets sista fjärdedel, följde det mänskliga förnuftets oinskränkta herravälde. Det tycktes helt enkelt inte finnas någon gräns för den mänskliga förmågan. Denna *Weltanschauung* förmedlas träffande i Jules Vernes romaner – *En världsomsegling under havet*, *Till jordens medelpunkt* och *Jorden runt på 80 dagar* är att alla bra exempel – men inom vetenskapsteorin får den sitt kanske mest idealtypiska uttryck i Auguste Comtes positivism, enligt vilken, enkelt uttryckt, endast det som är empiriskt iakttagbart kan ligga till grund för vetenskap. Mot bakgrund av naturvetenskapens framgångar hade detta kriterium för vetenskaplighet ett enormt inflytande, och det är utifrån detta inflytande som vi ska förstå de olika ”positivismer” som uppstår inom en rad samhälls- och humanvetenskaper som är måna om sin vetenskapliga status, däribland rättsvetenskapen. Det är ett eko av detta vetenskapsteoretiska kriterium vi hör i Axel Hägerströms fördömande av rättsvetenskapen som ovetenskaplig. Likväl använder Hedenius med självklarhet samma vetenskapskriterium när han klargör relationen mellan värdenihilismen och de normativa respektive deskriptiva rättssatserna, samt framhåller det uppenbara, nämligen att de oäkta rättssatserna – som uttalar sig om empiriska fakta – kan ligga till grund för en rättsvetenskap med anspråk på vetenskaplig status.

*

Axel Hägerströms arbeten och den skandinaviska rättsrealismen är viktiga bidrag till rättsvetenskapen även i ett internationellt perspektiv; programmet är både radikalt och välkänt. I *Om rätt och moral* bryter Hedenius detta perspektivs dominans i Sverige med en genomgripande kritik av dess syn på rättsvetenskapen.

Som vi sett utmanades rättsvetenskapens vetenskapliga identitet både av Uppsalaskolan och av att statsvetenskapen och nationalekonomin lämnade juridisk fakultet. Inte minst genom förlusten av statsvetenska-

pen försköts tyngdpunkten i rättsvetenskapen bort från frågor om rätten i förhållande till demokrati och rättsstat. Hedenius argumenterade på ett sätt som i samtiden är avgörande för att återge rättsvetenskapen dess vetenskapliga status. Samtidigt fortsätter hans orädda sökande efter en sanning – inte minst vad gäller hans motstånd mot nazismen och hans försvar av demokrati och rättsstat – att vara en inspiration. Juridiken är ett centralt instrument för att utöva makt, men den bär också många av de idéer som vi förknippar med ett skydd mot alltför vidsträckt makt, idéer som till exempel demokrati och rättsstat. Att dessa idéer är väl artikulerade och tydliga inom rättsvetenskapen, är inte mindre viktigt nu än på Hedenius tid.

Källförteckning

Agge, Ivar. (1955). ”Till frågan om rättsvetenskapens gränser.” I Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm: P. A. Norstedt & Söner.

Bergström, Lars (1992). Grundbok i värdeteori. Stockholm: Thales.

Bix, Brian. (2009). ”Ross and Olivecrona on Rights.” Australian Journal of Legal Philosophy, vol. 34, s. 103–119.

Bjarup, Jes. (1982). Reason, Emotion and the Law: Studies in the Philosophy of Axel Hägerström. Aarhus: Press of the Faculty of Law.

Björne, Lars. (2007). Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del IV. 1911–1950. Vol. 62. Rättshistoriskt bibliotek; skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Ohlin. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning.

Braudel, Fernand. (1958). ”Histoire et sciences sociale, la longue durée.” Annales E.S.C. okt–dec, s. 725–753.

Bulygin, Eugenio. (1982). ”Norms, Normative Propositions, and Legal Statements.” I Philosophy of Action. Redaktör Guttorm Fløistad. Vol. 3. Contemporary Philosophy: A New Survey. Haag: Nijhoff.

Carls, Rainer. (2001). Om tro och vetande: Ingemar Hedenius kristendomskritik i ett halvsekelperspektiv. Malmö: Arcus.

Ekelöf, Per Olof. (1991). ”Är den juridiska doktrinen teknik eller vetenskap.” I de lege. Juridiska fakulteten i Uppsala, årsbok. Uppsala: Iustus.

Ers, Andrus. (2008). Segrarnas historia: Makten, historien och friheten studerade genom exemplet Herbert Tingsten 1939–1953. Riga: Bokförlaget h:ström – Text och Kultur.

Frändberg, Åke. (2009). ”Ingemar Hedenius och rätten.” Filosofisk tidskrift, årg. 30, nr. 2, s. 88–103.
Hedenius, Ingemar. (1941). Om rätt och moral. Stockholm: Tiden.
Hedenius, Ingemar. (1945). Rättsfilosofiska grundfrågor. Hedenius arkiv. Carolina Rediviva. Arkivkartong 642 c:1.
Hedenius, Ingemar. (1959). ”On Law and Morals.” The Journal of Philosophy, vol. 56, nr. 3, s. 117–125.
Hedenius, Ingemar. (1978). ”Ett argument mot den rättsfilosofiska domstolsrealismen.” I En filosofibok tillägnad Anders Wedberg.
Redaktörer Lars Bergström, Harald Ofstad och Dag Prawitz. Stockholm: Bonniers.
Henschen-Dahlquist, Ann-Mari. (1993). En Ingemar Hedenius bibliografi. Stockholm: Thales.
Hägerström, Axel. (1916). ”Är gällande rätt uttryck av vilja.” I Festskrift tillägnad Vitalis Norström. Göteborg: Wettergren & Kerber.
Hägerström, Axel. (1917). Till frågan om den objektiva rättens begrepp. Uppsala: Almqvist & Wicksell.
Kelsen, Hans. (1945). General Theory of Law and State. Översatt från tyska av Anders Wedberg. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
Källström, Staffan. (1984). Värdenihilism och vetenskap: Uppsalafilosofin i forskning och samhällsdebatt under 1920- och 30-talen. Acta Universitatis Gothoburgensis.
Larsson, Simon. (2014). ”Mellan två kunskapsregimer. Rättsvetenskapen och politiken under 1930- och 40-talet.” Retfaerd, vol. 145, nr. 2, s. 54–76.
Lundborg, Johan. (2002). När ateismen erövrade Sverige: Ingemar Hedenius och debatten kring tro och vetande. Nora: Nya Doxa.
Lundahl, Anders. (1997). Det filosofiska arvet från Uppsala. Lund: Nya Doxa.
Lundstedt, Vilhelm. (1942). Det Hägerström-Lundstedtska misstaget: Sju föreläsningar samt efterskrift. Uppsala: Almqvist & Wicksells Boktryckeri.
Lyles, Max. (2007). A Call for Scientific Purity: Axel Hägerström's Critique of Legal Science. Vol. 65. Rättshistoriskt bibliotek; skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Ohlin. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning.
Mindus, Patricia. (2009). A Real Mind: The Life and Work of Axel Hägerström. Vol. 87. The Law and Philosophy Library. Dordrecht: Springer.
Nordin, Svante. (1983). Från Hägerström till Hedenius: Den moderna svenska filosofin. Lund: Doxa.

Nordin, Svante. (2004). Ingemar Hedenius: En filosof och hans tid. Vitterhetsakademiens skriftserie Svenska Lärde. Köping: Natur och Kultur.
Olivecrona, Karl. (1940). Om lagen och staten. Köpenhamn: Einar Munksgard, Lund: Gleerup.
Pattaro, Enrico. (1972). Il realismo giuridico come alternative al positivismo giuridico [Rättsrealismen som ett alternativ till rättspositivismen]. Introduktion till Karl Olivecrona, La struttura dell'ordinamento giuridico [Law as fact]. Översättning Enrico Pattaro. Milano: Etas Kompass.
Prawitz, Dag. (1978). "Om moraliska och logiska satsers sanning." I En filosofibok tillägnad Anders Wedberg. Redaktörer Lars Bergström, Harald Ofstad och Dag Prawitz. Stockholm: Bonniers.
Rehnman, Sebastian. (2002). Gud, kunskap och vara: Kunskapsteori och metafysik hos Ingemar Hedenius. Nora: Nya Doxa.
Samuelsson, Joel. (2008). Tolkning och utfyllning: Undersökningar kring ett förmögenhetsteoretiskt tema. Uppsala: Iustus.
Sigurdson, Ola. (2000). Den lyckliga filosofin: Etik och politik hos Hägerström, Tingsten, makarna Myrdal och Hedenius. Stockholm/Stehag: Brutus Östlings Bokförlag Symposion.
Spaak, Torben. (2014). A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy. Vol. 108. The Law and Philosophy Library. Dordrecht: Springer.
Spaak, Torben. (2015). "The Legal Philosophy of Ingemar Hedenius." I Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Redaktörer Enrico Pattaro och Corrado Roversi. Vol. 12. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Dordrecht: Springer.
Strang, Johan. (2009). "The Scandinavian Value Nihilists: The Crisis of Democracy in the 1930s and 1940s." Nordeuropaforum. vol. 19, s. 37–63.
Strang, Johan. (2010). History, Transfer, Politics: Five Studies on the Legacy of Uppsala Philosophy. Tampere: Juvenes Print.
Thalén, Peder. (1994). Den profana kulturens gud: Perspektiv på Ingemar Hedenius uppgörelse med den kristna traditionen. Lund: Nya Doxa.
von Wright, Georg Henrik. (1963). Norm and Action. London: Routledge & Keegan Paul.
Zamboni, Mauro. (2005). "Legal Realisms and the Dilemma of the Relationsship of Contemporary Law and Politics." I Perspectives in Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup. Vol. 48. Scandinavian Studies in Law. Stockholm: The Stockholm University Law Faculty.

Kjell Å Modéer

Go West Young Man!

Om svenska juristers möten med amerikansk rätt[1]

Prolog

Amerikanska influenser på svensk rätt är i hög grad ett resultat av de aktörer, resenärer, pilgrimer som varit förmedlare av desamma. Därför blir det aktörs- och nätverksperspektivet jag lägger på min framställning.

Utgår man från det långa perspektivet beträffande svenska juristers kontakter med och påverkan av amerikansk rätt är Alexis de Tocqueville (1805–1859) definitivt en bra utgångspunkt.[2] Hans arbete *De la démocratie en Amerique* blev som bekant en klassiker på 1830-talet, och det arbetet lästes av den politiska och rättsliga eliten i Europa på 1830–40-talet och föranledde också en Tocqueville-diskurs inom europeisk statsrätt.[3] Vi fick också en svensk översättning, *Om folkväldet i Amerika* (1840) och de svenska amerikaresenärer, som trädde fram i slutet av 1840-talet gjorde i hög grad sina resor i Tocquevilles fotspår. Det gäller såväl juridikprofes-

[1] Överarbetat anförande hållet vid seminariet *Objection your honour? Amerikanska influenser på svensk rätt* arrangerat av SINA, Uppsala den 19 januari 2015.

[2] Betr. tidigare influenser ex. vis betr. politisk teori: Harald Elovson, *Amerika i svensk litteratur 1750–1820. En studie i komparativ litteraturhistoria*, C.W.K.Gleerups Förlag: Lund 1930.

[3] Bernd Hüttemann, *Europäisches Regieren und deutsche Interessen*. Demokratie, Lobbyismus und Art. 11 EUV, Erste Schlussfolgerungen aus „EBD Exklusiv, 16. November 2010 in Berlin. I: *EU-in-BRIEF*. Nr. 1, 3. – Martin Hecht, *Modernität und Bürgerlichkeit: Max Webers Freiheitslehre im Vergleich mit den politischen Ideen von Alexis de Tocqueville und Jean-Jacques Rousseau*, Berlin 2011, Berlin: Duncker & Humblot, 1998. – Om den svenska översättningen av Tocquevilles arbete, Martin Sunnqvist, *Konstitutionellt kritiskt dömande: Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*, Rättshistoriskt bibliotek Bd 61, Vol. 1, Jure: Stockholm 2014, 156 ff.

sorn från Uppsala Per Bergfalk som Fredrika Bremer, vilka tillsammans anträdde färden till USA 1849–50. För den tidens jurister handlade resan i hög grad om att studera fängelseväsendet och dess utformning. Oscar I:s s.k. gula bok om reformbehovet beträffande det svenska fängelseväsendet var i hög grad inspirerad från USA genom Tocqueville.[4] I Norden framträdde i denna Tocqueville-diskurs en kader jurister, som var benägna att revidera den svenska grundlagen i enlighet med amerikansk författningsrätt. Där var Norge den främsta företrädaren för en maktdelningslära à la Montesquieu – och den amerikanska författningen.

Under 1800-talets första hälft utgjorde den franska rätten, och framför allt Napoleons fem lagar en viktig referens för reforminriktade svenska jurister och politiker, men därefter blev det den tyska rätten och tysk rättsvetenskap som från ca 1870 utgjorde den stora inspirationskällan. Den svenska rätten tog mycket starka intryck av den tyska rättskulturen ända fram på 1930-talet, ja i praktiken fram till andra världskrigets utbrott.

Men efter kriget blev situationen helt annorlunda. Då ägde en påtaglig vindkantring rum. De rättsliga reformimpulserna, som tidigare hade kommit från söder, kom nu istället från väster. I Norge kallades denna intellektuella vindkantring för *vestvendingen*, och de nordiska juristerna anpassade sig successivt till det nya rättsliga klimatet.

Samtidigt var de svenska juristerna i rättsligt avseende förhållandevis förändringsobenägna. Generellt sett kan man beträffande den svenska rättskulturen under mellankrigstiden konstatera, att framväxten av den moderna rättsrealismen genom Uppsalaskolan och en alltmer påtaglig rättspositivism skapade en rättslig identitet grundad i nationalstaten, folkhemmet. Efter det demokratiska genombrottet framträdde också en alltmer artikulerad folksuveränitetsprincip. Juridik och politik hörde ihop. Tron på den idealistiska och autonoma rättsstat som Rudolf von Jhering gett uttryck för åren kring 1870 blev allt blekare. Den juridiska makten synliggjordes nu inte längre från domare och domstolar utan ifrån politiker i regering och riksdag. Följdriktigt blev de politiska förarbetena en alltmer betydelsefull rättskälla för de svenska juristerna. Fredrik Sterzel har ur konstitutionell synvinkel karakteriserat perioden 1920–1974 som

[4] Marie Hafström, *Om Straff och Straff-Anstalter – den s.k. Gula boken. En undersökning om tillkomsten av en betydande fångvårdsskrift*. Rättshistoriska studier Bd 3, Lund 1968, 255 ff.

”det författningslösa halvseklet”.[5] Välfärdsstaten konstruerades med hjälp av det moderna ämnet förvaltningsrätt – inte av statsrätt.

I USA blev det svenska folkhemmet redan på 1930-talet en förebildlig modell. Den amerikanske journalisten och författaren Marquis Childs’ bok *Sweden – The Middle Way*, kom i sin första upplaga 1936,[6] och han beskrev i lyriska termer det svenska kooperativa samhället, och Harvardprofessorn i förvaltningsrätt (administrative law) Felix Frankfurter levererade på löpande band sina studenter, s.k. *Happy Hot Dogs*, till sin vän Franklin D. Roosevelts administration i Washington.[7] Och i Wisconsin omsatte den progressive guvernören och advokaten Philip La Follette i Madison den s.k. *Wisconsin Idea,* dvs. den New Deal som Roosevelt lanserat på den nationella nivån. Också La Follette följde noga den nordiska socialdemokratin och den politiska utvecklingen i de skandinaviska länderna. Roosevelt skickade 1938 en kommission till England och Sverige för att informera sig om den moderna kollektiva arbetsrätten. När kommittén kom till Sverige var Saltsjöbadsavtalets privatautonomi i vardande. Arbetsmarknaden utgjorde ett viktigt studieobjekt.[8]

Detta exempel visar att den amerikanska påverkan på svensk rätt i hög grad också har motsvarats av en svensk påverkan på amerikansk rätt. Det fanns en interaktion i det rättskulturella utbytet. Influenserna gick i båda riktningarna. Samtidigt är det viktigt understryka, att den amerikanska rätten till sin karaktär i hög grad är regional och begränsad, i ett historiskt perspektiv är den provinsiell, *parochial*. Det är författningen och *Supreme Court* som försöker hålla samman en mångdimensionell amerikansk *civil religion* i Robert N Bellahs mening.[9] Roosevelts New Deal försökte att skapa stora nationella reallokerande ekonomiska program och en transparent mellanstatlig rätt *inter-state law*, men när Harry Truman tog över efter Franklin D. Roosevelt 1945 gick luften helt ur New Deal-program-

[5] Fredrik Sterzel, Författningens föränderlighet, I: Margareta Brundin & Magnus Isberg (red.), *Maktbalans och kontrollmakt: 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv* (Stockholm: Sveriges riksdag, 2009), 473.

[6] Marquis Childs, *Sweden – The Middle Way*, New Haven: Yale University Press, 1936.

[7] Sujit Raman, *Felix Frankfurter and his Protégés: Re-examining the “Happy Hot Dogs”*, Journal of Supreme Court History, Vol 39, Issue 1 (2014), 79–106.

[8] Kjell Å Modéer, *Finalisten som katalysator: En jurist i Franklin D. Roosevelt’s New Deal: Lloyd Garrison från New York*. I: Lars Heuman (red.), Festskrift till Per Olof Bolding, Juristförlaget: Stockholm 1992, 323–371.

[9] Robert N Bellah, *Civil religion in America*, Dædalus, Journal of the American Academy of Arts and Sciences, numret ”Religion in America,” Winter 1967, Vol. 96, No. 1, 1–21.

men, och de progressiva New Deal-juristerna lämnade storpolitiken i Washington för att istället bli välbeställda lobby-advokater.[10]

När vi nu ska se på hur svenska jurister påverkades av amerikansk rätt från 1940 och framåt vill jag föreslå en uppdelning av teori och praxis. Rättsvetenskap och juristutbildning är områden på universitetsnivå där påverkan hela tiden varit stort. Här har det alltsedan 1940-talet förelegat en stark påverkan. Beträffande praxis ser jag också en klar skillnad mellan advokaternas påverkan å ena sidan samt lagstiftning och domstolspraxis å den andra. Därutöver är det också en skillnad mellan påverkan från den konstitutionella rätten och den materiella rätten, främst civilrätten.

Låt oss börja 1941. Det året utkom Alva och Gunnar Myrdals reportagebok *Kontakt med Amerika*.[11] Det är ett märkligt tidsdokument. Makarna Myrdal återvände med en finsk fraktbåt till Sverige på försommaren 1940 efter ett par forskningsår i USA. De var ”mittsjöss” i livet och mittsjöss på Atlanten mellan Amerika och Sverige på väg hem ”mitt i ett världskrig”. ”Båten kränger våldsamt och nitrocellulosatunnorna på fördäck bumpar dovt och farligt mot varann. Man avläser sina instrument och studerar korten – och man väntar. Man styr mot det som ännu ingen ser.”[12] Bildspråket är påtagligt konkret. Myrdals ger en mycket insiktsfull skildring av USA under Franklin D. Roosevelts *New Deal*. En mer uttalad plaidoyer för det moderna Amerika hade inte sett dagens ljus sedan Fredrika Bremer publicerade sina intryck från sin USA-resa i *Hemmen i den nya världen* (1853–54).[13] Makarna Myrdals bok är en parallellskildring till Marquis Childs bok *Sweden – The Middle Way*.

Makarna Myrdal jämförde USA och Sverige. ”Det finns överhuvudtaget något i själva andan av amerikanskt samhällsliv, som även den mest fosterländska svensk endast kan önska att vi bleve mer smittade av: något dynamiskt, djärvt och experimentaliskt i metoderna men konservativt i principerna, något ungdomligt och idealistiskt. Det finns i Amerika en anspråkslöshet och värma i de personliga relationerna människorna emellan, som stämmer med vår svenska teori men ej i samma grad med vårt dagliga liv. Först och sist är Amerika grundmurat demokratiskt. Den

[10] Kjell Å Modéer, *Juristernas nära förflutna: Rättskulturer i förändring*, Santérus Förlag: Stockholm 2009, 237.

[11] Alva och Gunnar Myrdal, *Kontakt med Amerika*, Albert Bonniers Förlag, Stockholm 1941.

[12] Alva och Gunnar Myrdal (1941), 27 f.

[13] Fredrika Bremer, *Hemmen i den nya verlden: en dagbok i bref, skrifna under tvenne års resor i Norra Amerika och på Cuba*, Norstedt: Stockholm 1853–54.

amerikanska demokratin är ett skott på samma gamla stam som vårt nordiska samhällsetos också vuxit från. Och den demokratin kommer att stå. *Vi har aldrig råd att inte vara våra vänners vän. Vi har det allraminst nu i Nordens ödestyngda prövningstid."*[14] Myrdals bok innehåller en lysande beskrivning av det amerikanska kulturlivet, vilket också dragits med i New Deal-andan med dess sociala medvetenhet. "Konst och kultur får alltmer av en social tendens och konsumtionen av konst och kultur demokratiseras. - - - Det kan utan överdrift sägas att all litteratur i Amerika som gör anspråk på litterärt värde har fått även ett socialt värde."[15]

När Gunnar Myrdal återvände till Sverige 1940 hade han under ett par år ha samlat material i sydstaterna till det arbete, som skulle placera honom centralt i den internt amerikanska *civil rights*-rörelsen, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*.[16] Det utkom 1944 och utlöste en intensiv debatt. Frågan är om avgörandet i U.S. Supreme Court 1954, Brown v. Board of Education,[17] hade fått en annan utgång om inte Myrdals bok hade kommit ut. I dag är Myrdals arbete en amerikansk klassiker.[18]

När vinden ändrade sig från syd till väst: Nordiska jurister i förändringsperspektivet 1945–1975

Så kom fredsslutet 1945, och den ungdomsgeneration som på grund av kriget inte hade kunnat göra några studieresor, såg plötsligt framtidens ljusa horisont. I Lund tillhörde doktoranden Axel Adlercreutz de första utlandsresenärerna. Han hade våren 1945 fått ett stipendium från British Council, och han for i augusti samma år med ett lastfartyg över det minerade Nordsjön till London för att starta sina doktorandstudier i arbetsrätt vid *London School of Economics*.[19] Adlercreutz' doktorandresa

[14] Alva och Gunnar Myrdal (1941), 30.
[15] Alva och Gunnar Myrdal (1941), 172 f.
[16] Gunnar Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, Harper and Row, Publishers, New York 1944.
[17] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
[18] David W. Southern, *Gunnar Myrdal and Black-White Relations: The Use and Abuse of An American Dilemma,* 1944–1969, Louisiana State University Press: Baton Rouge 1987.
[19] Axel Adlercreutz, *Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige*. I:

indikerade något nytt. De unga svenska juristernas studieresor gick inte längre söderut utan västerut. Inspirationen för den unga juristgenerationen stod att hämta i England och USA – inte i Västeuropas ruiner.

Myrdal hade nära kontakt med juristprofessorerna både i Stockholm och Uppsala och efter sina år i USA var han helt övertygad om att den svenska juristutbildningen behövde reformeras efter amerikanska förebilder.[20]

Samma resultat kom en annan tidig efterkrigsresenär fram till: Folke Schmidt, som på 1940-talet var professor i civilrätt i Lund, senare professor i arbetsrätt i Stockholm. Han fick också uppslag till nya undervisningsmetoder under en vistelse vid de juridiska fakulteterna på Columbia, Harvard och Chicago strax efter andra världskrigets slut. Väl tillbaka i Lund verkade han för att undervisningen mer än tidigare skulle vara probleminriktad och utgå från konkreta fall. Han skrev en artikel i Svensk Juristtidning (SvJT) om sin pilgrimsresa till USA.[21] Uppsalajuristen Björn Ahlander, som under sin doktorandtid tillbringade ett år i USA, skrev också i SvJT en artikel om sina erfarenheter och behovet av svenska reformer.[22]

Den intellektuella kompassens omorientering i Norden 1945 var uppenbar. Den s.k. *vestvendingen,* ändrade kompassnålens riktning från söder till väster, från en traditionsbunden tyskspråkig inspirationskälla till en anglo-amerikansk, modern och framåtblickande. Det var en omorientering i språk, kultur och intellektuell interaktion som i retrospektiv framstår som paradigmatisk. I Norge skapade det norska redaretablissemanget ekonomiska förutsättningar för de norska juristerna att åka till USA och att där låta sig påverkas av en universitetsmodell som var mer demokratisk och transparent än den elitistiska och hierarkiska kontinentaleuropeiska. Begreppet *Bildung* ersattes med *Education*. Den amerikanska institutsmodellen öppnade inte bara i Norge utan i hela Norden upp för en samverkan mellan samhällsvetenskaperna och rättsvetenskapen. Det skapades på fakulteterna rättsvetenskapliga institut efter amerikanska förebilder.[23]

Adlercreutz, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, [Skrifter utgivna vid Juridiska fakulteten i Lund Nr 168], Juristförlaget i Lund: Lund 2009, 25 f.

[20] Gunnar Myrdal, *Den juridiska vetenskapens ställning och de juridiska studiernas anordning i Sverige*, SvJT 1945, 357 ff.

[21] Folke Schmidt, *Amerikansk juristutbildning*, SvJT1947, 411.

[22] Björn Ahlander, *Moderna tendenser i amerikansk juristutbildning*, SvJT 1949, 578.

[23] Fredrik W. Thue & Kim G. Helsvig: *Universitetet i Oslo 1811–2011, Bok 5, 1945–*

Institutt for kriminologi och strafferett grundades 1954 med Johs. Andenæs som föreståndare och Nils Christie som docent. Det följdes av ett motsvarande institut i sjörätt (1955) och ett i privaträtt (1956). Samtliga fick bibliotek, inventarier och driftsmedel från Anders Jahres fond. Det mest förnyande institutet var *Institutt for rettssociologi og forvaltningslære* med Torstein Eckhoff som ledare och Vilhelm Aubert som hans ersättare. För norsk – och nordisk – rättsvetenskap blev detta institut det mest inflytelserika och det som fick störst internationell genomslagskraft. Oslo blev ett nav för den nordiska rättssociologiska forskningen. Aubert intog en principiell forskningsposition. Han avvisade en samhällsvetenskap vars mål var att bli ett redskap för en styrande administrativ elit. I välfärdsstatens norska rättsvetenskap blev därför det teoretiska perspektivet viktigare än det pragmatiska.

De nordiska juristerna mötte också amerikanska jurister på kontinentaleuropeiska mötesplatser. Salzburg-seminarierna, *Salzburg Seminars in American Studies*, med en nod på *Columbia Law School* blev från 1947 en form av ”intellektuell Marshall-plan” och ett viktigt forum för 1950-talets unga jurister.

Av de amerikanska juristfakulteterna var *Columbia Law School* något av en introduktionsfakultet för de svenska jurister som under efterkrigstiden sökte sig till USA.[24] Den store Sverigeambassadören på Columbia var Walter Gellhorn (1906–1995), professor i *administrative law*, med särskilt intresse för den svenska ombudsmannainstitutionen, som han utgav en bok om 1966.[25] Han tog med engagemang emot svenska jurister som kom till New York och hjälpte dem att skapa förutsättningar för studier i USA.

Efterkrigstiden öppnade också upp för kontakter i USA för de seniora, tidigare tyskorienterade juristerna. Rättsrealisten Karl Olivecrona (Lund) hade kontakter med Roscoe Pound (Harvard), Jan Hellner (Stockholm) med Albert Ehrenzweig (Berkeley) och Guido Calabresi (Yale) för att bara nämna ett par exempel. Här möter vi en spännande forskningsuppgift för stor för denna översiktsartikel.

1975: Den store transformasjonen, Unipub: Oslo 2011, 180 ff. Jfr Kjell Å Modéer, [Rec.] Historisk Tidsskrift 2013, nr 3, 473–480.

[24] Kjell Å Modéer, *Åke Lögdberg: 31/3 1913–27/8 2002. Minnesord*, Årsberättelse / Kungl. Humanistiska vetenskapssamfundet i Lund 2003–2004, 49 f.

[25] Walter Gellhorn, *Ombudsmen and Others, Citizens' Protectors in Nine Countries*, Harvard University Press: Cambridge 1966.

Tysk rättskultur i USA: Juristemigranternas påverkan på amerikansk – och indirekt svensk rätt

Det förelåg något paradoxalt i de svenska juristernas möten med sina amerikanska kolleger under efterkrigstiden. Åtskilliga av de mest framstående juristerna vid de amerikanska topp-universiteten under denna tid var tyska jurister. De var judiska rättsvetenskapsmän, som hade förvisats från Nazityskland och som hade fått sin nya identitet i USA som exiljurister. De blev där framstående rättskomparatister och utvecklade den komparativa rätten och den internationella privaträtten som rättsvetenskapliga discipliner i USA.[26] I Chicago verkade Max Rheinstein, på University of California/Berkeley Albert Ehrenzweig, Stefan Riesenfeld, David Daube, Friedrich Kessler – och inte minst Hans Kelsen.

Jag väljer att här lyfta fram Max Rheinstein.[27] Han hade haft sin första karriär som komparatist i Tyskland, men kom till USA 1933 och hade redan efter ett par år fått tjänst som professor i komparativ rätt vid *University of Chicago School of Law*, där han sedan var verksam fram till 1970-talets början. Om honom har John N. Hazard sagt att han blev ”a window on Europe for students and teachers of the United States and also a sympathetic interpreter of the United States to Europeans”.[28]

Efter andra världskriget stannade han kvar i USA, men hade nära kontakter med Tyskland, där han bland annat hade återkommande sommarkurser i Frankfurt am Main. Sommaren 1951 tillbringade Rheinstein i Frankfurt, och Europabesöket detta år omfattade också en föreläsningsturné till Köpenhamn, Lund, Uppsala och Stockholm i september – oktober samma år. Ursprungligen var Oslo också med i planeringen, men planerna ändrades.

Turnén började i Köpenhamn, där professor Ussing var hans värd. Därefter kom han till Lund, där han föreläste över ämnet ”*Judicial Practice and Legal Doctrine in the United States of America*”, och därefter höll

[26] Marcus Lutter, Ernst C. Stiefel und Michael H. Hoeflich (utg.), *Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen 1993.

[27] Kjell Å Modéer, *Max Rheinstein och nordisk rättsvetenskap*. Meddelande i Videnskabernes Selskab, Köpenhamn den 12 mars 2015. http//kjellamodeer.wordpress.com

[28] Reimer von Borries, *Max Rheinstein 1899–1977*, 8. – Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung: Deutsche Juristen in Amerikanischen Exil, http://dajv.de.

han en seminarieövning över samma ämne med fakultetens dekan Karl Olivecrona som ordförande.

I Uppsala föreläste han på tyska den 27–28.9 över ämnet ”*Methoden des Rechtsdenkens in den Vereinigten Staaten von Amerika*”. Där var civilrättsprofessorn (och komparatisten) Åke Malmström hans värd och vid Stockholms högskola höll Rheinstein den 1.10. samma föreläsning på dåvarande Stockholms högskola på Norrtullsgatan – men nu på engelska – ”*Methods of Legal Thought in the United States of America*”. Föredraget blev en stor framgång. Seve Ljungman skrev till Rheinstein, att stockholmsfakulteten var ense om att besöket var det bästa man haft med en utländsk gästföreläsare. Kontaktpersonen i Stockholm måste ha varit Folke Schmidt, som under sin amerikaresa 1945 också hade besökt Chicago – men då kanske mer för att träffa rättsrealisten Karl Llewellyn än Max Rheinstein.

Rheinstein kom i stället till Oslo den 9.12.1955 och höll där tre föreläsningar över ämnet ”*The Practical Significance of Theories in Private International Law*”. Alla de gästföreläsningar Rheinstein gav i Europa marknadsförde samtidigt hans institution i Chicago och de forskningsprojekt han representerade.

Det var ett nordiskt nätverk med juridiska forskare, som byggdes upp kring Rheinstein under 1950-talet. Nordiska forskare deltog i hans omfattande familjerättsliga projekt om äktenskapsskillnad, det var både sociologer och jurister. Den svenskfödde kriminologiprofessorn Thorsten Sellin var med, liksom också sociologiprofessorn i Lund Gösta Karlsson. Vid en familjerättskonferens i Santiago de Compostella 1956 deltog Carl Jacob Arnholm från Oslo och Folke Schmidt från Stockholm, året därpå i Chicago deltog Ilmari Melander från Finland och sociologen Gösta Karlsson från Lund.

Vid ett annat tillfälle blev det återkoppling vid den fjärde komparativa kongressen i Hamburg 1956, där bl.a. Seve Ljungman redogjorde för auktorrättskommitténs betänkande.

I efterkrigstidens svenska rättsvetenskap blev Folke Schmidt en intressant utåtriktad aktör. Han var under efterkrigstiden en dominerande forskare inom både den internationella privaträtten och arbetsrätten. Han tillbringade längre forskningsperioder i USA både vid University of Pennsylvania och Univ. California/Los Angeles. Folke Schmidt kom i kontakt med Rheinstein redan genom föreläsningsturnén 1951, och de båda hade genom åren en omfattande korrespondens och bytte regelbundet skrifter. Bland annat sände Rheinstein till Schmidt sin sista

skrift ”*Einführung in die Rechtsvergleichung*”,[29] en *minor classic* som han intressant nog endast gav ut på tyska. Schmidt sände varje år ett band av *Scandinavian Studies in Law*, som ju Schmidt hade initierat och utvecklat för att öppna upp kontakterna med den engelskspråkiga världen. När Schmidt var i USA 1963 inviterades han av Rheinstein att komma till Chicago 1964. Denne skrev till dekanen och presenterade honom som ”one of the outstanding legal scholars of Scandinavia. - - - Schmidt also plays an influential role in Scandinavia, both in the Academic world and in politics ”.[30] Rheinstein försökte få Schmidt engagerad i *International Encyclopedia of Comparative Law*, men denne värjde sig. Schmidt hade då lämnat civilrättsprofessuren bakom sig och blivit professor i arbetsrätt.

1957 firade juridiska fakulteten i Stockholm sitt 50-årsjubileum och markerade jubelåret genom att utnämna ett antal både ut- och inländska hedersdoktorer, av dem två internationellt kända amerikanska komparatister, Max Rheinstein (Chicago) och Hessel E. Yntema (1891–1966) (Michigan/Ann Arbor).

Hedersdoktoraten stimulerade till ett utökat samarbete med svenska rättsvetenskapsmän. I början av 1960-talet tog en nordisk yngre jurist i Chicago initiativet till ett rättsseminarium i Sverige med professorer från Chicago och nordiska jurister. Max Rheinstein blev entusiastisk över förslaget och tog kontakt med Seve Ljungman i Stockholm, som starkt rekommenderade förslaget. Det resulterade i ett *Scandinavian-American Legal Seminar* på Hässelby slott utanför Stockholm i slutet av augusti 1965.

Från Chicago kom åtta professorer, från Norge Carl Jacob Arnholm, Hans Petter Lundgaard, Knut Selmer och Erling Selvig, från Stockholm Hilding Eek, Jan Hellner, Lars Hjerner, Folke Schmidt, Gunnar Lagergren, Jacob Sundberg och Gillis Wetter, från Uppsala Åke Malmström och Stig Strömholm, från Göteborg Kurt Grönfors, från Helsingfors Heikki Jokela, Zacharias Sundström och Antti Suviranta, från Danmark och Århus Stig Jörgensen, samt från Köpenhamn Mogens Koktvedgaard, Ole Lando och Halvor Lund Christiansen.

[29] Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, [Utgiven och med inledning av Reimer von Borries. Beck: München 1974. (Juristische Schulung: Schriftenreihe der Juristischen Schulung: 17).

[30] MR till Dean Neal, 19.1.1964. – Max Rheinstein Papers, Ser. II Correspondence, Box 43, Folder 18, University of Chicago Library.

Temat för konferensen var: Hur skall man kunna utforma internationellt likalydande lagar angående handeln mellan olika länder? ”Man kan lämpligen likna den nuvarande situationen med två skilda uppfattningar om hur en bibeltext ska tolkas”, sa Folke Schmidt till en journalist. ”Vårt mål är helt enkelt att söka att förbättra framgångssättet vid internationell utformning av lagar, särskilt rörande köp och avtal.” Max Rheinstein framhöll att USA hade en del att lära av de nordiska länderna. ”På många områden, inte minst på handelns, har ni både moderna och förnuftiga lagar, medan vi i USA tyvärr släpar runt på gammalt arvegods från England, som inte alltid passar in i vår moderna tid. - - - Det har också lyckats er att skapa likalydande lagar i Norden, och trots att det gäller fyra länder i förhållande till USAs 50 stater, tror vi att era erfarenheter skulle kunna vara till gagn för oss.”

Tillbaka i Chicago efter två veckors intensiva diskussioner konstaterade Rheinstein, att alla deltagarna hade uttryckt en önskan om fortsatta och stärkta ömsesidiga kontakter.

Seminariet följdes upp när den *VIIth International Congress of Comparative Law* hölls i Uppsala i början av augusti 1966 med professor Åke Malmström som värd. Flera svenska jurister bidrog med föredrag.[31] – Max Rheinstein var givetvis där också.

Rättsvetenskapen i USA och dess påverkan på svensk rättsvetenskap: Law & Society, Critical Legal Studies, Law & Economics, Law ands…

Jag tvekar inte att påstå att utvecklingen av den amerikanska rättsvetenskapen, *American scholarship*, har varit den mest inspirerande för svenska rättsvetenskapsmän från 1940-talet och framåt. Anledningen är naturligtvis de öppna, tvärvetenskapliga perspektiven vid amerikanska *law schools*. Alla svenska rättsvetenskapsmän som sedan 1970-talet har missionerat om mer tvärvetenskap och interdisciplinära studier har blivit inspirerade av den amerikanska *law ands*-rörelsen.[32] *Law and society, law and economics, law and medicine, law and humanities.* Genom att anställa sociolo-

[31] Åke Malmström (red. & inledning), *Swedish national reports to the VIIth International Congress of Comparative Law*, Almqvist & Wiksell: Uppsala 1966.

[32] Mark Galanter & Mark Alan Edwards, *Introduction: The Path of the Law Ands*, Wisconsin Law Review 1997, 375 ff.

ger, ekonomer, medicinare och humanister vid amerikanska *law schools* har ”American jurisprudence” varit enormt inspirerande och berikande också för efterkrigstidens svenska rättsvetenskapsmän. Den kontextuella juridiken har blivit vår tids rättsvetenskap. Vi har fått ett förhållande till teori och metod som går utöver den schabloniserade teoribildning och dogmatiska metod som sedan 1950-talet i svensk rättsvetenskap kommit att kallas ”traditionell rättsvetenskaplig metod”.[33] Jag tar gärna mig själv som ett exempel. När jag ser tillbaka på mina traditionellt deskriptiva s.k. vetenskapliga alster före mitt år vid University of Virginia i Charlottesville 1984–85 är det så tydligt att de tillkommit i ett annat kunskapsparadigm. Mötet i USA med rättshistoria som teori, som metod, som argumentation blev för mig som en kopernikansk vändpunkt.[34] Det intellektuella klimat som präglar en amerikansk *School of Law* (i vart fall vid *”the top ten”)* i förhållande till den som dominerades av pragmatiska analyser av politiska lagförarbeten var starkt beroendeframkallande.

Jag ska ta upp bara ett par rättsliga metadiscipliner som haft betydelse för den svenska rättsutvecklingen – och som kan ledas tillbaka till aktörer med anknytning till amerikansk rättsutveckling. Rättssociologi, rättshistoria, rättsekonomi – och *Critical Legal Studies*, de kritiska rättsteorierna, som till en början var knutna till en marxistiskt influerad rättsteori men vars företrädare i dag i hög grad är aktiva och drivande i de rättsliga globaliseringsdiskurserna.

Rättssociologin i USA går tillbaka till Roscoe Pound på Harvard, via Louis Brandeis *”sociological brief”* till framväxten av den första *Law and Society*-kursen vid University of Wisconsin med Lloyd Garrison och Willard Hurst som kursansvariga.

Rättshistorikern Willard Hurst (University of Wisconsin/Madison) var katalysatorn för utvecklingen av de alternativa rättsskolorna i USA, dvs. alternativen till den dominerande amerikanska rättsrealismen, *legal realism*. Hurst utvecklade ett rättshistorieämne som inte sysslade med engelsk medeltida rätt eller koloniala rättsförhållanden. Han sysslade med de sociala och ekonomiska förhållanden som påverkade utvecklingen av den moderna amerikanska rätten. Han skrev om timmerindustrin i Wis-

[33] Per Olof Ekelöf, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* [Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Lund 14], C.W.K.Gleerup: Lund 1951. – Björn Ahlander, *Är juridiken en vetenskap?* Gebers: Stockholm 1950. Se även: Eva Maria Svensson, *De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion*, Juridisk Publikation 2014, 211 ff.

[34] Kjell Å Modéer, *Signifikanta biomständigheter: Reflektioner efter tjugofem år som professor i rättshistoria*, Från Schlyters lustgård: rättshistoriska uppsatser 3:2004.

consin – ett arbete som civilrättsprofessorn i Lund Per Stjernquist blev mycket inspirerad av. Han skrev ett motsvarande empiriskt arbete om den svenska skogsindustrin och var som den förste professorn i rättssociologi i Sverige starkt påverkad av Hurst.

En rättshistoriker som utvecklat Hursts idéer är Lawrence Friedman på *Stanford Law School.* Han fick betydligt större genomslagskraft på svensk rättsvetenskap. Genom sina många resor till Europa var han också betydligt mer fysiskt synlig för de svenska kollegerna på konferenser och gästföreläsningar. Boel Flodgren i Lund tillhörde dem som blev influerad av Friedman under ett år på Stanford, vilket också hennes avhandling i arbetsrätt bär vittne om.[35]

För mig personligen har också mina regelbundna besök på Stanford varit av stor betydelse. Både Lawrence Friedman och Robert ”Bob” Gordon har som rättshistoriker varit viktiga inspiratörer för mig. Lawrence Friedman genom sina arbeten om rättslig kontextualitet, om rättsliga kulturer, *legal cultures*, och Bob Gordon genom sin historiska professionsforskning, om den amerikanska moderna rättsliga professionen, advokathistoria samt om det historiska argumentet.

När exempelvis den unge indiske advokaten Abhinav Chandrachud beskriver den ”intellectually exhilarating academic environment - - - at Stanford Law School”, som Lawrence Friedman och Deborah Hensler är en del av, kan man bara instämma: ”a place where we were encouraged to cast off the chains on traditional doctrinal scholarship, to think outside the box and to pursue what we were genuinely passionate about with unhindered intellectual freedom.”[36]

Rättsekonomin har främst sina rötter på Yale och i Chicago. Till Sverige introducerades detta ämne på 1980-talet exempelvis av Carl Martin Roos[37] och Lars Göran Skogh och nationalekonomen Ingemar Ståhl drev ämnet under ett antal år. Men det ämnet fick aldrig den genomslagskraft i Sverige som det fick i USA med Richard Posner (Chicago) som föregångsman.

[35] Boel Flodgren, *Att leva mitt i omvandlingen*, I: Kjell Å Modéer & Martin Sunnqvist (red.), De kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap, Museum Tusculanums Forlag: Københavns universitet 2010, 144 f.

[36] Abhinav Chandrachud, *An Independent, Colonial Judiciary: A History of the Bombay High Court during the British Raj, 1862–1947*, Oxford University Press: New Delhi 2015, xii.

[37] Carl Martin Roos, *Varför rättsekonomi?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, Årg. 106 (1993), 227 ff.

Märkligt nog kom inte heller den amerikanska *Critical Legal Studies*-rörelsen att få några uttalade svenska profeter, till skillnad från kollegerna i både Norge och Finland vilka omfamnade denna politiserade teoribildning. Den påverkan från radikal kritisk och marxistisk inspirerad jurisprudens som vi fick främst på 1970-talet kom främst från kollegerna i våra grannländer.[38]

Den stora påverkan från amerikansk rättsvetenskap kom på 1980-talet. Både *The Fulbright Program* och *American Council of Learned Societies* delade ut generösa stipendier som gav möjlighet för yngre forskare att tillbringa en tid i USA. I Lund var vi flera yngre forskare som fick denna förmån. Aleksander Peczenik åkte till Bob Summers på Cornell, Reinhold Fahlbeck till Ann Arbor/Michigan, Lotta Westerhäll till Yale och jag själv till University of Virginia. Jag blev avrådd av min kollega i Cambridge (UK), Peter Stein, att åka till Harvard. ”Åk inte till Harvard! Ingen kommer att bry sig om dig där”, sa han. ”Åk till Virginia: Där blir du väl omhändertagen!” Det stämde, jag fick utmärkta kontakter vid *Mr Jefferson's University*, vilka jag bibehållit genom åren.

Uppsalafakultetens framgångsrika utbytesprogram med University of Minnesota Law School går också tillbaka till tidigt 1980-tal.

I det här sammanhanget bör också nämnas alla de unga ambitiösa svenska jurister som – utan att snegla på en akademisk karriär – åkte till exempelvis Harvard, Berkeley och Charlottesville på ett LLM-år för att studera amerikansk rätt. De har också med sina nyförvärvade perspektiv i hög grad bidragit till nya perspektiv på svensk rätt.

Epilog. Juristrollernas förändring från domarkultur till advokatkultur – och åter till en domarkultur genom Comparative Constitutional Law

De svenska juristerna har traditionellt fått en juristutbildning inriktad mot domarkarriären. En grupp som emellertid bidragit till att utveckla den svenska rätten är affärsjuristerna. Också här kan vi se en påverkan från USA. Den svenska affärsjuridiska advokatbyrån utvecklades kraftfullt under efterkrigstiden framför allt genom dess internationella klien-

[38] Juhana Mikael Salojärvi, *A Menace to Society: Radicalism and Legal Scholarship in the United States, Scandinavia, and Finland, 1965–1980*, [Akad.avhandl.] Helsinki 2013. Rec. av Kjell Å Modéer, Retfaerd 2014.

ter. Många internationella företag med amerikansk bakgrund etablerade sig i Sverige efter 1945 och fick dotterföretag här. De svenska advokatkontakterna med amerikanska (och engelska) kollegor fick stor betydelse för utvecklandet inte bara av en internationaliserad advokatroll utan också för den dramatiska förändringen av advokaternas infrastruktur, främst genom de s.k. *mega law firms,* deras organisation och utveckling.

Efter 1989 har Amerika-influenserna kommit in i en ny kontext. USA har gått i bräschen för den globaliserade rätten. Den dåvarande dekanen på Stanford Paul Brest framhöll redan i slutet av 1980-talet att Stanford skulle bli en "*global law school*". Duncan och David Kennedy på Harvard Law School är exempel på forskare som i betydande grad bidragit till förvetenskapligandet av en global rättsordning.[39]

Å andra sidan kom murens fall, det nya Europa och EU-rätten att skapa helt nya impulser och influenser för de svenska juristerna. Sveriges anslutning till EU 1995 medförde att de genom den svenska ratificeringen av Maastrichtavtalet kom in i ett nytt rättsligt paradigm, präglat av både maktdelning och konstitutionalism. De högsta domstolarna i Luxembourg och Strasbourg sätter i dag sin prägel också på de svenska rättsliga diskurserna. Och domstolarna har än en gång kommit i fokus, nu när välfärdsstaten eroderar. Det innebär att också intresset för den amerikanska *Supreme Court* och dess domares *judicial jurisprudence* har blivit allt mer intressant och inspirerande.

Och på rättsvetenskapens område har mångfald blivit ett nyckelord. De avancerade diskurserna på Harvard, Stanford och Berkeley i dag är mer globala än nationella, *more global than parochial*. Och som jag velat understryka, vi har i mycket våra kollegor i USA att tacka för att de inspirerat oss till våra rättsvetenskapliga perspektiv – vilket inte minst Du, Mats, har fått uppleva i vår gemensamma samvaro såväl med våra kollegor vid de årliga mötena i *American Society for Legal History* som med domare i U.S. Supreme Court (!). Go West Young Man!

[39] Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Legal Thought, 1850–2000*, I: David M Trubek & Alvaro Santos (red.), The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal, Cambridge University Press: New York 2006. – David Kennedy, *The Mystery of Global Governance*, I: Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman (red.), Ruling the world? Cambridge University Press: New York 2009, 37 ff.

Källor och litteratur

University of Chicago Library
Max Rheinstein Papers, Ser. II Correspondence, Box 43, Folder 18.

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

Internet-källor

Reimer von Borries, Max Rheinstein 1899–1977, 8. – Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung: Deutsche Juristen in Amerikanischen Exil, http://dajv.de

Kjell Å Modéer, Max Rheinstein och nordisk rättsvetenskap. Meddelande i Videnskabernes Selskab, Köpenhamn den 12 mars 2015. http://kjellamodeer.wordpress.com

Litteratur

Axel Adlercreutz, Hur arbetsrätten blev ett undervisnings- och forskningsämne i Sverige. I: Adlercreutz, Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser, [Skrifter utgivna vid Juridiska fakulteten i Lund Nr 168], Juristförlaget i Lund: Lund 2009.

Björn Ahlander, Moderna tendenser i amerikansk juristutbildning, SvJT 1949, 578.

Björn Ahlander, Är juridiken en vetenskap? Gebers: Stockholm 1950.

Robert N Bellah, Civil religion in America, Dædalus, Journal of the American Academy of Arts and Sciences, numret ”Religion in America,” Winter 1967, Vol. 96, No. 1, 1–21.

Fredrika Bremer, Hemmen i den nya verlden: en dagbok i bref, skrifna under tvenne års resor i Norra Amerika och på Cuba, Norstedt: Stockholm 1853–54.

Abhinav Chandrachud, An Independent, Colonial Judiciary: A History of the Bombay High Court During the British Raj, 1862–1947, Oxford University Press: New Delhi 2015.

Marquis Childs, *Sweden – The Middle Way*, New Haven: Yale University Press, 1936.

Per Olof Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? [Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Lund 14], C.W.K.Gleerup: Lund 1951.

Harald Elovson, Amerika i svensk litteratur 1750–1820. En studie i komparativ litteraturhistoria, C.W.K.Gleerups Förlag: Lund 1930.

Boel Flodgren, Att leva mitt i omvandlingen, I: Kjell Å Modéer & Martin Sunnqvist (red.), De kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap, Museum Tusculanums Forlag: Københavns universitet 2010, 144 f.

Mark Galanter & Mark Alan Edwards, Introduction: The Path of the Law Ands, Wisconsin Law Review 1997, 375 ff.

Walter Gellhorn, Ombudsmen and Others, Citizens' Protectors in Nine Countries, Harvard University Press: Cambridge 1966.

Marie Hafström, Om Straff och Straff-Anstalter – den s.k. Gula boken. En undersökning om tillkomsten av en betydande fångvårdsskrift. Rättshistoriska studier Bd 3, Lund 1968.

Martin Hecht, Modernität und Bürgerlichkeit: Max Webers Freiheitslehre im Vergleich mit den politischen Ideen von Alexis de Tocqueville und Jean-Jacques Rousseau, Berlin 2011, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

Bernd Hüttemann, *Europäisches Regieren und deutsche Interessen*. Demokratie, Lobbyismus und Art. 11 EUV, Erste Schlussfolgerungen aus EBD Exklusiv, 16. November 2010 in Berlin. I: *EU-in-BRIEF*. Nr. 1, 3.

David Kennedy, The Mystery of Global Governance, I: Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman (red.), Ruling the world? Cambridge University Press: New York 2009, 37 ff.

Duncan Kennedy, Three Globalizations of Legal Thought, 1850–2000, I: David M Trubek & Alvaro Santos (red.), The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal, Cambridge University Press: New York 2006.

Marcus Lutter, Ernst C. Stiefel und Michael H. Hoeflich (utg.), Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, Tübingen 1993.

Åke Malmström (red. & inledning), Swedish national reports to the VIIth International Congress of Comparative Law, Almquist & Wicksell: Uppsala 1966.

Kjell Å Modéer, Finalisten som katalysator: En jurist i Franklin D. Roosevelt's New Deal: Lloyd Garrison från New York. I: Lars Heuman (red.), Festskrift till Per Olof Bolding, Juristförlaget: Stockholm 1992, 323–371.
Kjell Å Modéer, Juristernas nära förflutna: Rättskulturer i förändring, Santérus Förlag: Stockholm 2009.
Kjell Å Modéer, Signifikanta biomständigheter: Reflektioner efter tjugofem år som professor i rättshistoria, Från Schlyters lustgård: rättshistoriska uppsatser 3:2004.
Kjell Å Modéer, Åke Lögdberg: 31/3 1913–27/8 2002. Minnesord, Årsberättelse / Kungl. Humanistiska vetenskapssamfundet i Lund 2003–2004, 49 f.
Alva och Gunnar Myrdal, Kontakt med Amerika, Albert Bonniers Förlag, Stockholm 1941.
Gunnar Myrdal, An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy, Harper and Row, Publishers, New York 1944.
Gunnar Myrdal, Den juridiska vetenskapens ställning och de juridiska studiernas anordning i Sverige, SvJT 1945, 357 ff.
Sujit Raman, Felix Frankfurter and his Protégés: Re-examining the "Happy Hot Dogs", Journal of Supreme Court History, Vol 39, Issue 1 (2014), 79–106.
Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, [Utgiven och med inledning av Reimer von Borries. Beck: München 1974. (Juristische Schulung: Schriftenreihe der Juristischen Schulung: 17)
Carl Martin Roos, Varför rättsekonomi?, Tidsskrift for Rettsvitenskap, Årg. 106 (1993), 227 ff.
Juhana Mikael Salojärvi, A Menace to Society: Radicalism and Legal-Scholarship in the United States, Scandinavia, and Finland, 1965–1980, [Akad.avhandl.] Helsinki 2013.
Folke Schmidt, Amerikansk juristutbildning, SvJT1947, 411.
David W. Southern, Gunnar Myrdal and Black-White Relations: The Use and Abuse of *An American Dilemma,* 1944–1969, Louisiana State University Press: Baton Rouge 1987.
Fredrik Sterzel, Författningens föränderlighet, I: Margareta Brundin & Magnus Isberg (red.), *Maktbalans och kontrollmakt: 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv* (Stockholm: Sveriges riksdag, 2009).

Martin Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande: Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel, Rättshistoriskt bibliotek Bd 61, Vol. 1, Jure: Stockholm 2014.
Eva Maria Svensson, De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion, Juridisk Publikation 2014, 211–226.
Fredrik W. Thue & Kim G. Helsvig: Universitetet i Oslo 1811–2011, Bok 5, 1945–1975: Den store transformasjonen, Unipub: Oslo 2011.

Elsa Trolle Önnerfors

”Det juridiska området är det för kvinnan minst lämpliga, och det sista som hon kommer att beträda”[1] – Kvinnliga pionjärer inom juridiken i Sverige

Under de senaste åren har det faktum att de kvinnliga juriststudenterna idag är i majoritet på juristprogrammen vid de svenska universiteten uppmärksammats på flera håll, inte minst i media. Aktuell statistik visar dessutom att det idag finns en kvinnlig majoritet inom många juristyrken, exempelvis domare, åklagare, biträdande jurister på advokatbyråer och doktorander inom juridik vid universiteten.[2]

Hur blev det så här? För bara drygt hundra år sedan fanns det inga kvinnliga jurister alls i Sverige. Ja, det fanns knappt några universitetsutbildade kvinnor överhuvudtaget, och en högre utbildning var länge långt ifrån en självklarhet för kvinnor. I de flesta europeiska länder fick kvinnor rätt att avlägga juridisk examen vid universiteten först kring sekelskiftet 1900. För svenskt vidkommande infördes rätten att avlägga juridisk examen i slutet av 1800-talet, men det skulle dröja många år innan de kvinnliga juristerna växte i antal. En förklaring till varför de kvinnliga juristernas inträde på den rättsliga arenan dröjde fanns i det faktum att kvinnor i rättsligt hänseende länge inte var jämställda med männen. Åren 1850–1920 brukar kallas för emancipationsepoken, och under den här perioden genomfördes flera reformer i liberalismens anda som ledde till

[1] *Tidskrift för hemmet* 1881:1, s. 25.

[2] För aktuell statistik, se t.ex. *Jusektidningen* nr 2/2015.

ökad jämställdhet. År 1858 blev ogifta kvinnor myndiga vid 25 års ålder (myndighetsåldern sänktes till 21 år 1884), och kunde därmed i allt större utsträckning själva bestämma över sina liv. Under andra hälften av 1800-talet hade också större delen av arbetsmarknaden öppnats för kvinnor. På 1840-talet fick kvinnor rätt att ägna sig åt hantverk och vissa handelsyrken, och 1864 infördes näringsfrihet. Var och en skulle i princip få ägna sig åt vilket yrke som helst, och allt fler kvinnor kunde nu försörja sig själva även om de ofta var relativt lågavlönade. Många fick jobb inom den framväxande industrin, och det var också vanligt att kvinnor arbetade som exempelvis folkskollärare och inom posten, telegrafin och televerket. Kvinnorna kunde dock inte söka statliga tjänster som krävde kunglig fullmakt och en akademisk examen, mer om det nedan.[3]

Kvinnor och högre utbildning

I Sverige infördes 1842 grundläggande och obligatorisk folkskola för både pojkar och flickor. Men det var länge långt ifrån självklart att även kvinnor skulle få ägna sig åt högre studier. Kvinnor hade under 1800-talet inte formell rätt att läsa vid universiteten. Ju längre tiden gick, desto svårare blev det emellertid att hitta skäl för att hindra kvinnorna från att skaffa sig en akademisk utbildning. Vid mitten av 1800-talet började en del riksdagsmän, och inte minst kvinnorna själva, att kräva förändringar. Frågan togs upp av riksdagen, som vid tiden var splittrad i frågan. Framför allt prästeståndet ville inte att kvinnor skulle få studera vid universiteten överhuvudtaget, då detta skulle äventyra kvinnans naturliga arbetsfält och hennes roll som maka och mor. De andra tre stånden var dock av åsikten att frågan borde utredas vidare.[4] Två yrken ansågs trots allt vara särskilt lämpade för kvinnor, nämligen läkare och lärare.[5] Däremot menade många riksdagsledamöter att kvinnor inte passade till att bli präster och jurister, då dessa yrken ansågs kräva en, som man sade, högre nivå av moraliskt och rättsligt medvetande.[6] År 1870 fick kvinnor rätt att skrivas in vid universiteten, och tre år senare fick de även formell rätt av avlägga universitetsexamen (med undantag av examen i teologi och högre juri-

[3] Wieselgren s. 7–17.
[4] Carls s. 237 ff.; Wieselgren s. 10 ff.
[5] Gärde Widemar s. 14 f.
[6] Dübeck s. 46 f.; Svensson s. 13.

disk examen).[7] Sverige var därmed först ut av de nordiska länderna med att låta även kvinnor erhålla en juridisk examen.[8]

Det blev dock ingen anstormning av kvinnor till universiteten, och antalet kvinnliga studenter ökade långsamt.[9] De första kvinnliga studenterna betraktades ofta med skepsis av omgivningen. Långt in på 1900-talet fanns en stereotyp bild av de kvinnor som sökte sig till universiteten: de var antingen vackra kvinnor som ville hitta en äkta make under studietiden, eller inte fullt så vackra kvinnor som behövde skaffa sig en utbildning för att kunna försörja sig själva då de inte kunde räkna med att gifta sig.[10] De första generationerna av kvinnliga studenter kom framför allt från borgerliga hem med god ekonomi där försörjningen inte utgjorde något problem, och där studietraditionen i familjen var viktig.[11]

År 1914 hade cirka 435 kvinnor i Sverige avlagt en akademisk examen. De flesta av dem hade varit inskrivna vid den filosofiska fakulteten, men många hade också läst medicin och naturvetenskap. Ytterst få hade däremot studerat juridik och teologi. Den första (och enda) kvinnan som studerade juridik under 1800-talet var Elsa Eschelsson. Hon tog en filosofie kandidatexamen i Uppsala 1885, och avlade senare som första kvinna såväl en juris kandidatexamen 1892 som en juris doktorsexamen 1897.[12] I jämförelse med andra akademiska utbildningar, så ökade antalet kvinnliga juriststudenter väldigt långsamt. Fram till tiden för första världskrigets utbrott 1914 hade enbart fem kvinnor avlagt en juris kandidatexamen i Sverige: två i Uppsala (ovan nämnda Elsa Eschelsson 1892 och Eva Andén 1912), en i Lund (Anna Bugge Wicksell 1911) och två i Stockholm (Hilma Hansson och Märta Björnbom 1913).[13]

[7] K. Br. den 3 juni 1870; K. Br. den 7 november 1873.

[8] I Danmark fick kvinnor lov att avlägga juridisk examen 1875, i Norge 1884 och i Finland 1901 (Dübeck s. 41).

[9] I Uppsala skrevs Betty Pettersson in som den första kvinnliga studenten 1872. Åtta år senare (1880) påbörjade de första kvinnliga studenterna i Lund, Hildegard Björck och Hedda Andersson, sina studier (Matrikel s. 2, 6 och 35).

[10] Carls s. 243 ff.

[11] Carls s. 239 f.

[12] Dübeck s. 46 f; Svensson s. 13.

[13] Matrikel s. 2, 7, 12, 17 och 49.

Kvinnliga akademiker

Från 1870-talet hade alltså kvinnor rätt till högre utbildning, men att sedan få utöva det yrke som de hade utbildat sig till var en helt annan sak och långt ifrån en rättighet. Detta gällde särskilt de juridiska yrkena. De informella hindren låg till största delen i allmänhetens traditionella uppfattning om vad som ansågs vara manligt och kvinnligt. De kvinnor som ville studera var också i praktiken tvungna att välja mellan studierna och ett yrkesliv eller att gifta sig och skaffa familj: valet stod mellan ”myrten eller lager”.[14]

Formella hinder fanns emellertid också, inte minst i form av en paragraf i 1809 års regeringsform (RF). I § 28 stadgades nämligen att endast infödda svenska män hade rätt till statliga tjänster. Detta gällde tjänster som utfärdades av kungen genom en fullmakt, och omfattade ämbeten som exempelvis domare och universitetslärare.[15] Vid nedtecknandet av RF hade syftet med paragrafen varit att hindra utlänningar från att få viktiga befattningar i den svenska statsapparaten. Några universitetsutbildade kvinnor hade ju inte funnits då bestämmelsen tillkom, så det var ingenting som man hade behövt ta hänsyn till. Kring sekelskiftet 1900 satte emellertid bestämmelsen effektivt stopp för kvinnor att få tillträde till statliga ämbeten. Problemet hade kunnat lösas ganska enkelt. Man hade till exempel kunnat byta ut ordet ”man” i lagtexten mot ”medborgare” eller ”person”, ett förfarande som hade tillämpats på många andra äldre lagbestämmelser, men intresset för en ändrad skrivelse av paragrafen var tämligen svalt. Detta ledde fram till en situation där kvinnor i slutet av 1800-talet hade rätt till högre utbildning, men inte alltid rätt att söka de tjänster som utbildningarna ledde fram till.

I Sverige har Elsa Eschelsson i Uppsala blivit en symbol för den orättvisa behandlingen av kvinnor i den akademiska världen vid den här tiden. Elsa Eschelsson var som ovan nämnts den första kvinnan som tog en juris kandidatexamen, och hon blev även Sveriges första kvinnliga juris doktor. Hon uppskattades för sin kompetens och publicerade en imponerande mängd vetenskapliga skrifter, men många av de manliga kollegorna såg ned på henne. Hennes juridiska introduktionskurs kallades allmänt för ”Tant Elsas Kindergarten”, och flera professorskollegor

[14] Markusson Winkvist s. 181–184.
[15] RF 1809 § 28 (Hildebrand s. 159).

motarbetade henne öppet.[16] Detta gällde inte minst hennes främsta antagonist, civilrättsprofessorn Alfred Ossian Winroth, som brukade säga till studenterna att det bästa de kunde göra var att glömma allt som Elsa Eschelsson hade lärt dem.[17]

Saker och ting ställdes på sin spets då Elsa Eschelsson ansökte om att bli professor i början av 1900-talet. År 1909 hade lydelsen av § 28 i 1809 års RF ändrats: även kvinnor skulle nu kunna utnämnas och befordras till statliga tjänster. Det fanns dock en hake. Grunderna för tillsättningarnas genomförande skulle fastställas av kung och riksdag i ett senare skede. En kommitté tillsattes därför för att se över grunderna för kvinnors utnämning till vissa statliga befattningar.[18] År 1911 presenterade kommittén sitt betänkande, där det uttalades att ogifta kvinnor och änkor (alltså inte gifta kvinnor) kunde få tillträde till vissa högre statliga befattningar, men långt ifrån alla. Flera juridiska professurer tillhörde undantagen, bland annat professurerna i civil-, straff- och processrätt. Detta motiverades med att eftersom kvinnor inte fick vara domare, så kunde de inte heller inhämta den praktiska kunskap och kompetens som krävdes för dessa tjänster. Däremot kunde kvinnor utnämnas till professorer i rent teoretiska ämnen, som inte krävde någon praktiskt juridisk erfarenhet.[19] Det visade sig att de instanser som skulle komma att beröras av lagändringen inte alls var särskilt positivt inställda. Inte minst universiteten i Lund och Uppsala hade en klart uttalad konservativ syn på frågan om kvinnornas tillträde till statliga ämbeten. Många oroade sig för att universiteten skulle översvämmas av kvinnor om spärrarna togs bort. Andra var rädda för att kvinnorna skulle roffa åt sig de tjänster som männen, familjeförsörjarna, ansågs vara berättigade till. Särskilt juristerna var kritiska till en eventuell lagändring. Juridiska fakulteten i Uppsala uttalade i sitt remissvar att en kvinna inte borde tillåtas söka en professur överhuvudtaget.[20] Elsa Eschelsson anhöll hos Kungl. Maj:t om att få dispens för att trots detta få bli professor i civilrätt ändå, men hennes ansökan avslogs.[21] Elsa Eschelsson, som under vintern 1910/1911 hade varit sjuk och sänglig-

[16] Markusson Winkvist s. 192; Svensson s. 13.
[17] Wieselgren s. 114.
[18] Wieselgren s. 87–93.
[19] Betänkande 1911 s. 30 och 84.
[20] Svensson s. 13; Wieselgren s. 100 och 109 f.
[21] Gärde Widemar s. 218.

gande, fick alltså inte bli professor i sitt ämne civilrätt. Hon tog väldigt illa vid sig av alla motgångar och avled i mars 1911.[22]

De kvinnor som disputerade under 1900-talets första hälft hamnade i en slags besvärlig mellanställning. Som kvinnliga doktorer betraktades de inte som riktiga kvinnor, men de ansågs inte heller ha männens egenskaper och sågs därför inte heller som riktiga vetenskapsmän och forskare.[23] Dessutom kunde de på grund av bestämmelserna i § 28 i 1809 års RF inte söka professorstjänster eller andra statliga tjänster. Först 1958, mer än sextio år efter Elsa Eschelssons disputation, fick Sverige sin andra kvinnliga doktor i juridik, då Gunvor Wallin detta år disputerade i familjerätt, och därmed blev den första kvinnliga juris doktorn i Lund.[24]

Under 1910-talet gick utvecklingen allt tydligare mot det demokratiska genombrottet i Sverige. Det moderna samhället stod för dörren. År 1919 fattade riksdagen beslut om allmän och lika rösträtt för män och kvinnor, och genom 1920 års Giftermålsbalk blev alla kvinnor, gifta såväl som ogifta, myndiga. Tiden var nu mogen att på nytt ta upp frågan om kvinnors tillträde till statstjänster. År 1923 utfärdades en behörighetslag som likställde kvinnor med män i fråga om behörighet att inneha statlig tjänst, dock återigen med vissa angivna undantag.[25] Lagen gav exempelvis inte kvinnorna tillträde till de högre domartjänsterna, men gav dem i alla fall möjlighet till tingstjänstgöring (se nedan). Detta räckte för att uppfylla kravet på den domarkompetens som krävdes för högre juridisk examen och för att söka professurer i civilrätt, straffrätt och processrätt. År 1949 avskaffades behörighetslagen, och § 28 ändrades i sin formulering då ”svenske män” byttes ut mot ”svenska medborgare”.[26]

Det dröjde dock ända till 1975 innan den första kvinnliga professorn i juridik utsågs, då Anna Christensen detta år utnämndes till professor i civilrätt i Lund.[27] Den första kvinnliga juristprofessorn i Stockholm var Ulla Jacobsson 1979, och först ut i Uppsala var Lotta Vahlne Westerhäll

[22] Svensson s. 18; Wieselgren s. 111–119. Vissa forskare gör gällande att Elsa Eschelsson medvetet tog livet av sig med en överdos sömntabletter, medan andra menar överdoseringen var en olyckshändelse (Svensson s. 18).

[23] Markusson Winkvist s. 198 f.

[24] Dübeck s. 48.

[25] SFS 1923:249. Lagen trädde ikraft 1925.

[26] Wennberg s. 576; Wieselgren s. 244 f.

[27] Dübeck s. 48 f. Gunvor Wallin var verksam om biträdande professor i Lund under åren 1969–1978, men Anna Christensen var den första kvinnan som blev ordinarie professor (Dübeck s. 48).

1986.[28] Trots att kvinnorna sedan 1970-talet har utgjort majoriteten av studenterna på grundutbildningarna på universiteten, och trots att hälften av alla som doktorerar idag är kvinnor, så är det bara knappt var fjärde professor som är kvinna totalt sett. När det gäller professorerna i juridik så utgör kvinnorna idag 29 %.[29]

Kvinnliga advokater

Även om de kvinnliga studenterna tog sig igenom den juridiska utbildningen, så var deras möjligheter att få tillämpa sina kunskaper i praktiken länge begränsade. På grund av § 28 i 1809 års RF hade männen i praktiken monopol på de statliga tjänsterna. Det fanns dock en profession som inte omfattades av förbudet, nämligen advokatyrket (som inte var en statlig tjänst). Advokatbanan blev många gånger räddningen för de kvinnliga jurister som i början av 1900-talet ville göra karriär i det praktiska rättslivet. Detta berodde inte på att advokaterna var en yrkesgrupp där männen hade större tolerans mot kvinnor än andra jurister, tvärtom. Ett problem i sammanhanget var också den oklara praxis som fanns vad gällde vem som fick uppträda som rättegångsombud. Reglerna för rättegångsombud fanns i rättegångsbalken i 1734 års lag, och i kap. 15:2 fastslogs att: ”De, som för andra må tala och svara, skall vara oberyktade, ärliga, rediga och förståndiga män.” Frågan var om ”män” skulle tolkas bokstavligt eller om det skulle utläsas som ”medborgare”. Praxis på området var oklar, och lagen tillämpades inte enhetligt i landet. Det förekom att domare vägrade att låta kvinnor att uppträda som rättegångsombud, och helt enkelt kastade ut dem ur rättssalen.[30]

Frågan om kvinnors rätt att verka som rättegångsombud hade varit uppe till diskussion i riksdagen i slutet av 1800-talet. Flera riksdagsmän ville ha ett klargörande kring hur paragrafen i 1734 års lag skulle tolkas. Det skulle dock visa sig svårt att få till en ändring av lagen. Det här var ingen populär reform, och många jurister uttryckte sitt missnöje. Framför allt ledamöterna i riksdagens första kammare framförde kritiska åsikter. Häradshövdingen Axel Ölander yttrade följande angående en eventuell lagändring i riksdagsdebatten 1897:

[28] Wennberg s. 571.

[29] Uppgifterna gäller för år 2014 (*Rapporten personal vid universitet och högskolor*, publicerad på SCB den 4 maj 2015).

[30] Lundgren s. 65 ff.; Modéer s. 132 f.

> ”Nog torde vi hafva tillräckligt med män, som äro lämpliga att föra andras talan inför rätta, utan att vi behöfva vända oss till qvinnorna. Jag anser, att den föreslagna förändringen är onödig och onyttig och till och med i vissa afseenden skadlig.”[31]

Riksdagsdiskussionerna kring lagförslaget gav återigen uttryck för dåtidens syn på kvinnor i allmänhet och kvinnliga jurister i synnerhet. Men det fanns också de som inte var lika skeptiska. Riksdagsmannen och tillika advokaten Philip Leman, som hade varit med och grundat Sveriges Advokatsamfund 1887, anförde i riksdagsdebatten att många överdrev ”den våda, som [lagens] antagande skulle kunna medföra”, och att hans erfarenhet av mål med kvinnliga ombud var att ”rättskipningen icke blifvit lidande” i dessa fall.[32] Leman såg inga problem med att låta en kvinna som visade lämplighet för advokatverksamhet, också utöva yrket. Slutligen slog Leman fast att om lagförslaget blev verklighet, så behövde ingen ”befara att blifva öfverlupen af qvinliga advokater.”[33]

Efter omfattande diskussioner antogs 1897 en lag som en gång för alla fastslog att även kvinnor hade rätt att uppträda som rättegångsombud i domstol. Frågan löstes genom att ordet ”män” helt enkelt togs bort ur lagtexten.[34] De som hade varit oroliga för att bli ”överlupna av kvinnliga advokater” i domstolarna fick, precis som Philip Leman förutspådde, inte sina farhågor besannade. Det skulle dröja mer än tjugo år från lagändringen innan Sveriges Advokatsamfund prövade den första ansökan från en kvinna.[35]

År 1918 blev Eva Andén (den andra kvinnan i Sverige som hade avlagt en juris kandidatexamen) den första kvinnliga ledamoten av Advokatsamfundet. Samfundet hade i sina stadgar inga formella hinder mot att kvinnor skulle kunna bli medlemmar. I stadgarna stod enbart att sökanden skulle vara ”svensk medborgare”, inte att sökande skulle vara ”svensk man”. Men Eva Andéns inträdesansökan uppfattades ändå som

[31] 1897 års riksdag. Första kammaren protokoll 1, nr 6, s. 53.
[32] 1897 års riksdag. Första kammaren protokoll 1, nr 6, s. 55.
[33] 1897 års riksdag. Första kammaren protokoll 1, nr 6, s. 56.
[34] SFS 1897:98.
[35] Redan före Eva Andéns inträde i Advokatsamfundet fanns det flera kvinnliga rättegångsombud (ofta benämnda sakförare) som emellanåt använde sig av advokattiteln utan att vara medlemmar av Advokatsamfundet (Modéer s. 133 f). Ett exempel är Märta Björnbom, som var verksam i Stockholm redan tidigt 1910-tal (”Vår första kvinnliga advokat” s. 373 f.).

någonting mycket anmärkningsvärt av samtiden, och hon fick stor uppmärksamhet i pressen. Tre år senare fick Advokatsamfundet sin andra kvinnliga ledamot i Matilda Staël von Holstein, som arbetade hos Eva Andén innan hon öppnade en egen advokatbyrå.[36] Idag utgör kvinnorna mer än hälften av de biträdande juristerna, och nästan var tredje advokat är kvinna. Andelen kvinnor inom advokatbranschen ökar stadigt, men de kvinnliga delägarna är fortfarande i klar minoritet.[37]

Kvinnliga domare

I slutet av 1910-talet togs som sagt frågan om kvinnors rätt till statliga tjänster och ämbeten upp på nytt. En av de mest omdebatterade frågorna vid den här tiden var huruvida kvinnor skulle få bli domare. Motståndarna menade att kvinnor var ”väsentligt mera beroende av tillfälliga och oberäkneliga impulser från känslolivets område” än män, och av den anledningen inte lämpliga att bli domare.[38] Domaren skulle vara en auktoritet i rättssalen, och då krävdes det en man.[39] I upprörda insändare i tidningarna kunde man läsa uttalanden som följande: ”Skulle inte en ung kvinnlig domares silkesstrumpesbeprydda ben komma att distrahera advokater, åklagare och allmänhet?”[40] Förespråkarna menade å andra sidan att domarens auktoritet inte hängde på en grov röst och fysisk styrka. Domaren hade andra medel för att upprätthålla ordningen i rättssalen. Emilia Bromée, ordförande i den kommitté som skulle granska de kvarstående tjänstehindren i RF, påpekade träffande beträffande statliga chefsbefattningar att ”[d]et är sant, att de flesta kvinnor icke äga förutsättningar för att bekläda högre befattningar i statens tjänst, men detta gäller helt visst också flertalet män.”[41]

Kommittéledamöterna som hade utarbetat förslaget till 1923 års behörighetslag hade varit positivt inställda till kvinnliga domare, och menade att motviljan mot dem skulle gå över med tiden om man bara gav dem en

[36] Lundgren s. 71.

[37] Uppgifter från Advokatsamfundet är från 2014. Andelen kvinnliga biträdande jurister var 58 %, kvinnliga advokater 29 % och kvinnliga delägare knappt 20 %. (https://www.advokatsamfundet.se/Hilda/Hilda/Kvinnor-i-rattsvasendet-och-advokatkaren/Advokatkaren/).

[38] Proposition 1922:241 s. 79.

[39] Proposition 1922:241 s. 46; Gärde Widemar s. 80.

[40] Lundgren s. 73.

[41] Betänkande 1920 s. 53.

chans. Domstolens auktoritet var inte beroende av domarens kön, utan av domarens personlighet.[42] Men flera remissinstanser, bland annat landets då tre hovrätter, gjorde fortfarande gällande att domarbefattningar borde förbehållas män.[43] Detta ledde till att den slutliga propositionen innehöll åtskilliga undantag för att överhuvudtaget kunna röstas igenom i riksdagen.[44] Ett undantag gällde domartjänsterna, om vilka det stadgades att: ”Konungen äger meddela särskilda bestämmelser angående villkoren för kvinnans tillträde till domartjänst”. Det betydde i praktiken att domartjänsterna undantogs från behörighetslagen. Lagen gav dock kvinnor möjlighet att tjänstgöra som tingsnotarier och nämndemän.[45] År 1933 jämställdes formellt villkoren för både män och kvinnor som ville gå vidare på aspirantutbildningen för att med tiden bli domare.[46]

Under 1930- och 1940-talen kom allt fler kvinnor in på arbetsmarknaden, och det blev dags för en ny översyn av lagstiftningen. Som ovan nämnts avskaffades alla särbestämmelser på 1940-talet, och nu fastslogs en gång för alla likställigheten mellan män och kvinnor vad gällde statliga ämbeten (med ett enda undantag: präster). Därmed öppnades möjligheten fullt ut för kvinnor att bli domare, även när det gällde de högre domartjänsterna.[47]

Lagändringarna till trots strömmade det dock inte in kvinnliga domare till domstolarna. De kvinnliga juristerna var en minoritetsgrupp inom alla juridiska yrkesgrupper fram till det politiskt omvälvande 1960-talet då en verklig brytpunkt kom. Detta sammanföll med årtiondets studentrevolter som gjorde upp med gamla strukturer och värderingar. Antalet universitetsutbildade kvinnliga jurister hade nu ökat betydligt i antal, och allt kvinnor fler gjorde karriär som praktiskt verksamma jurister. Nu förlorade till slut den äldre (och manliga) juristkulturen sin dominans.

År 1963 utnämndes Anna-Lisa Vinberg till Sveriges första kvinnliga häradshövding.[48] Fem år senare, 1968, fick Högsta domstolen sitt första kvinnliga justitieråd. Hon hette Ingrid Gärde Widemar, och hade tidi-

[42] Betänkande 1920 s. 70–73. Samma inställning återfinns i proposition 1922:241 s. 48.
[43] Proposition 1922:241 s. 44–51.
[44] Proposition 1922:241 s. 2 f och 50 f.
[45] SFS 1923:249 1 § 2 mom.
[46] Gärde Widemar s. 82.
[47] Wennberg s. 576.
[48] *Vem är det? Svenskt biografisk handbok 1977*, s. 1111. Anna-Lisa Vinberg var verksam som häradshövding i Hisings, Sävedals och Kungälvs domsaga fram till 1970, och efter tingsrättsreformen som lagman i Sävedals tingsrätt till 1973.

gare varit verksam som advokat och folkpartistisk riksdagsledamot i flera år. Bara detta, att utnämna en politiker och advokat till justitieråd, var ett traditionsbrott och upprörande nog för många. Att hon dessutom var en kvinna gjorde inte saken bättre. Till första sammanträdet anlände Ingrid Gärde Widemar iklädd rödrosa dräkt, och stack verkligen ut bland idel gråklädda herrar.[49] Idag är sex av 16 ledamöter i Högsta domstolen kvinnor, och i skrivande stund har domstolen dessutom en kvinnlig ordförande, Marianne Lundius.[50]

Avslutning

Det har tagit drygt 100 år att uppnå en balans mellan andelen kvinnor och män bland de svenska juristerna. Sverige liksom exempelvis Finland och Frankrike ligger tämligen bra till vad gäller jämställdheten, medan länder som England och USA har en något lägre andel kvinnliga jurister. Sämst i jämställdhetshänseende är bland andra Japan och Sydkorea, där andelen kvinnliga jurister bara utgör några procent av juristkåren. Om man blickar ut över världen, så verkar det vara så att de praxisbaserade common law-systemen är mer ofördelaktigt för kvinnor än civil law-systemen när det gäller att komma in på den juridiska arbetsmarknaden. Förändringar tycks komma snabbare i länder där man genom lagstiftning kan försöka förändra rådande strukturer, jämfört med länder där förändringar i första hand kommer inifrån systemet självt genom ändrad praxis. Detta visar att det är inte bara är en utan många olika faktorer som påverkar hur lätt eller svårt det är att inkludera nya grupper i det praktiska rättslivet.[51] Idag är kvinnorna sedan flera år i majoritet på de svenska juristutbildningarna, och de kvinnliga studenterna har i genomsnitt bättre betyg på juristprogrammets kurser än vad de manliga studenterna har. Det är också fler kvinnor än män som slutför utbildningen och tar sin examen. De kvinnliga juristerna utgör hälften (om inte mer) av de jurister som sedan anställs vid advokatbyråer, domstolar och hos Åklagarmyndigheten. Nästan sju av tio av dem som idag antas till domarutbildningen är kvinnor.[52] Men de kvinnliga juristerna återfinns än idag i mindre utsträckning på toppositioner. Männen är fortfarande i majoritet när det

[49] Nilsson och Åsbrink s. 313.
[50] http://www.hogstadomstolen.se/Justitierad/.
[51] Schultz s. xxv–lxii.
[52] *Sveriges domstolar. Årsredovisning* 2014 s. 100.

exempelvis gäller delägarskap på advokatbyråer och professorstjänster i juridik.[53] Det ska dock bli mycket spännande att följa utvecklingen under de kommande åren.

Källförteckning

1897 års riksdag. Första kammaren protokoll 1, nr 6.

Betänkande och förslag i fråga om kvinnors tillträde till statstjänster. I. Kvinnors tillträde till fullmaktstjänster, Stockholm 1920. [cit. Betänkande 1920]

Carls, Lina: ”Bland nuckor och våp i den akademiska världen. Kvinnliga studenter 1873-1970”. I: *Förbjuden frukt på kunskapens träd. Kvinnliga akademiker under 100 år (red. Britt Marie Fridh-Haneson och Ingegerd Haglund),* Stockholm 2004.

Dübeck, Inger: ”Kvinder i nordisk retsvidenskab”. I: *Tidskrift for Rettsvitenskap* 1987.

Gärde Widemar, Ingrid: *Hatt och huva. Hur stat och kommun tillämpa behörighetslagens principer*, Stockholm 1945.

http://www.hogstadomstolen.se/Justitierad/ (sidan besökt den 3 januari 2016).

https://www.advokatsamfundet.se/Hilda/Hilda/Kvinnor-i-rattsvasendet-och-advokatkaren/Advokatkaren/ (sidan besökt den 3 januari 2016).

Jusektidningen nr 2/2015.

Kungl. Maj:ts proposition nr 241 till riksdagen med förslag till lag innefattande bestämmelser angående kvinnas behörighet att innehava statstjänst och annat allmänt uppdrag m.m. given Stockholms slott den 31 mars 1922. [cit. Proposition 1922:241]

Kvinnor arbetar, män gör karriär. En kartläggning av juristers karriärvägar i Sverige, rapport från AllBright 2014.

Lag (1897:98) angående ändrad lydelse af 15 kap. 2 § rättegångsbalken. [cit. SFS 1897:98]

Lag (1923:249) innefattande bestämmelser angående kvinnas behörighet att inneha statstjänst och annat allmänt uppdrag. [cit. SFS 1923:249]

Lundgren, Valborg: ”Våra första kvinnliga advokater”. I: *Från advokatens verkstad. Uppsatser utgivna med anledning av Sveriges Advokatsamfunds 100-årsjubileum 1987*, Stockholm 1987.

[53] *Kvinnor arbetar, män gör karriär. En kartläggning av juristers karriärvägar i Sverige*, rapport från AllBright 2014.

Markusson Winkvist, Hanna: *Som isolerade öar. De lagerkransade kvinnorna och akademin under 1900-talets första hälft*, Stockholm 2003.
Matrikel över svenska kvinnor som avlagt examen vid universitet eller högskola, Stockholm 1914. [cit. Matrikel]
Modéer, Kjell Å.: *Skånska advokater. Från prokuratorer till samfundsadvokater*, Lund 1992.
Nilsson, Olle – Åsbrink, Brita: *Stjärna på en liberal himmel!: Ingrid Gärde Widemar, advokat, riksdagsledamot, första kvinnan i högsta domstolen*, Stockholm 2005.
Proposition 1922:241 med förslag till lag angående kvinnors behörighet att inneha statstjänst m.m. [cit. proposition 1922:241]
Rapporten personal vid universitet och högskolor, publicerad på SCB den 4 maj 2015 (http://www.scb.se/uf0202/#c_li_27840, sidan besökt den 3 januari 2016).
Schultz, Ulrike. ”Introduction: Women in the World’s Legal Professions: Overview and Synthesis”. I: *Women in the World’s Legal Professions. Ed. Ulrike Schultz and Gisela Shaw*, London Hart Publishing, 2003.
Skrivelse till Kanslersembetet för universiteten i Upsala och Lund anf. Rättighet för qvinlig studerande vid universiteten att aflägga akademiska examina den 7 november 1873. [cit. K.Br. den 7 november 1873]
Svensson, Eva-Maria: *Forskaren Elsa Eschelsson. En modern civilist i tiden*, Stockholm 2011.
Sveriges domstolar. Årsredovisning 2014, Jönköping 2015.
Sveriges regeringsformer 1634–1809 samt koungaförsäkringar 1611–1800 (utg, Emil Hildebrand), Stockholm 1891. [cit. Hildebrand]
Tidskrift för hemmet 1881:1
Transumt af Kongl. Maj:ts Nådiga Skrifwelse till Sundhets-Collegium, angående rättighet för qwinna till lärareyrkets utöfning den 3 juni 1870. [cit. K.Br. den 3 juni 1870]
Underdånigt betänkande. 27, Förslag till grunder, med tillämpning af hvilka infödda svenska kvinnor må kunna af konungen utnämnas och befordras till vissa befattningar, Stockholm 1911. [cit. Betänkande 1911]
Vem är det? Svenskt biografisk handbok 1977, Stockholm 1976.
Wennberg, Suzanne: ”Kvinnans intåg på juridiska fakulteten i Stockholm”. I: *Juridiska fakulteten 1907–2007 (red. Claes Peterson)*, Stockholm 2007.

Wieselgren, Greta: *Den höga tröskeln. Kampen för kvinnas rätt till ämbete*, Lund 1969.
”Vår första kvinnliga advokat”. I: *Idun* nr 1913:23.

AVDELNING III

Konstitutionell rätt och yttrandefrihet

Görel Granström

Hatbrott och kön. En omöjlig kombination?

I december 2015 presenterade Utredningen om transpersoners straffrättsliga skydd m.m. sina förslag. Bland annat föreslogs att regleringen av hets mot folkgrupp, olaga diskriminering och förolämpning utvidgas så att de också omfattar skydd för transpersoner, samt att straffskärpningsregeln förtydligas.[1] Om utredningens förslag går igenom kommer det straffrättsliga skyddet för transpersoner att vara, i alla fall på papperet, ett av de bättre i Europa och detta är ett stort steg i den svenska lagstiftarens strävan att säkerställa rätten till likabehandling och skyddet av mänskliga rättigheter.

Redan i början av 2000-talet, när regleringen av hets mot folkgrupp senast ändrades för att inkludera skydd mot hets på grund av sexuell läggning, diskuterades om även transpersoner skulle omfattas av skyddet. Regeringens svar var då, att man inte ifrågasatte att enskilda transpersoner ofta drabbades av hot och kränkningar, och att detta var oacceptabelt, men att bestämmelsen om hets mot folkgrupp var ett skydd för kollektivt bestämda grupper. Man menade att det inte fanns belägg för att hets mot transpersoner skulle vara så vanligt förekommande, att det skulle motivera någon ytterligare inskränkning i yttrandefriheten.[2] Samtidigt konstaterades att det var viktigt att rättsväsendet uppmärksammar förekomsten av, och ökar kunskapen om, hot och trakasserier riktade mot transpersoner. Och drygt tio år senare, i juli 2014, tillsattes så en utred-

[1] SOU 2015:103. Dessutom föreslogs att termen könsöverskridande identitet eller uttryck skulle förändras till ”könsidentitet eller könsuttryck”, samt att begreppet ras skulle utmönstras ur lagtexten och ersättas med begreppet ”föreställningar om ras”.

[2] Prop. 2001/02:59, s. 38 f.

ning med direktiv att, utifrån bland annat de synpunkter som framfördes i det tidigare lagstiftningsärendet, undersöka förutsättningarna för att utvidga skyddet till att även inkludera gruppen transpersoner.[3]

Inom brottsofferforskningen diskuteras emellanåt hur det kommer sig att vissa grupper av offer ses som särskilt utsatta och i behov av stöd och skydd, medan andra grupper har svårare att få sina behov tillgodosedda.[4] En sådan grupp, där detta kan tydliggöras, är offer för hatbrott där det inom själva brottsoffergruppen kan ges exempel på att vissa grunder för utsatthet har lättare att få legitimitet och rättsligt skydd än andra.[5] Jag tänker därför i den här artikeln, med utgångspunkt i utredningens förslag, diskutera om det inte är dags att inkludera ytterligare en grupp när vi talar om behov av skydd mot hets mot folkgrupp och möjlighet till straffskärpning, nämligen kvinnor som grupp. Jag vill alltså diskutera möjligheten att lägga till kön som skyddad grund, och då särskilt med sikte på hanteringen av förekomsten av könsbaserade kränkningar och våld. Kan man se könsbaserade kränkningar som hatbrott?

Våld i nära relationer och hatbrott – en bakgrund

Skyddet för individen i den offentliga och den privata sfären har historiskt sett alltid varit en fråga om makt. Makt att definiera det skyddsvärda subjektet, att definiera vad som varit lagligt respektive olagligt, och makt att definiera vad som ska anses utgöra den offentliga respektive den privata sfären.[6] Utvecklingen har gått mot ett alltmer tydligt fokus på individens rättigheter, först i termer av manliga individers rättigheter, men har under senare delen av 1900-talet kommit att inkludera även kvinnor och barn. I slutet av 1900-talet uppmärksammades även behovet av en utvidgad rättighetsdiskurs avseende det som kom att kallas identitetsbaserade rättigheter, och då omfattades även rättigheter kopplade till etnisk tillhörighet, sexuell läggning, funktionsnedsättning och religiös tillhörighet.[7]

Könsrelaterat våld, framför allt i termer av mäns våld mot kvinnor, började ses som ett allvarligt samhällsproblem under 1970-talet och ledde till krav på rättsliga reformer.[8] Med början under 1980-talet och

[3] Kommittédirektiv 2014:115.
[4] Se t.ex. van Dijk, 2009, Christie, 1986.
[5] Se t.ex. Chakraborti and Garland, 2015, Mason-Bish, 2011.
[6] Walklate, 2007.
[7] Jenness and Grattet, 2001.
[8] Heimer m.fl. (red.), 2014, Lindström, 2004.

fram till nutid har allt större fokus lagts på skydd för offer för detta våld, med rättsliga reformer som skyddade först kvinnor och barn men sedan även offer för våld i samkönade relationer. Könsrelaterat våld, och framför allt våld i nära relationer, har dock hela tiden setts som något som tillhör den privata sfären.

Hatbrott, dvs. brott där den som blir utsatt för brottet blir det på grund av att förövaren haft som motiv till brottet att kränka en person på grund av att hen definierats av förövaren som avvikande från det som ses som ”normalt” i termer av föreställningar om ras, etnicitet, religion eller sexuell läggning, har varit kriminaliserade i den svenska lagstiftningen sedan slutet av 1940-talet. Först i form av kriminalisering av rasistiska uttalanden, genom brottet hets mot folkgrupp år 1948 och därefter genom införandet av brottet olaga diskriminering år 1971. Stadgandet om hets mot folkgrupp innebar en inskränkning av yttrandefriheten med syftet att främja allmän ordning och säkerhet och motiverades ursprungligen av behovet att hantera den tilltagande antijudiska propagandan.[9] Lagrummet skyddade inledningsvis grupper mot kränkningar som kopplades till offrens ”härstamning eller trosbekännelse” något som senare kom att definieras i termer av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse.

Olaga diskriminering kriminaliserades så att Sverige skulle leva upp till sina åtaganden enligt rasdiskrimineringskonventionen och för att det ansågs att kriminaliseringen av hets mot folkgrupp borde kompletteras med ett stadgande som tog sikte på rasdiskriminering av enskilda individer.[10] Resultatet blev att den som driver näringsverksamhet, eller är anställd hos den som driver sådan verksamhet, inte får negativt särbehandla personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller – efter en lagändring år 1987 – sexuell läggning.

Det var först under 1990-talet som ett mer uttalat individperspektiv fick genomslag och år 1994 infördes en särskild straffskärpningsgrund för fall där ett motiv för brottet varit att kränka ”en person, en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller annan liknande omständighet.”[11] Lagreformen presenterades i samband med att

[9] Se SOU 1944:69 samt Prop. 1948:80.

[10] Se SOU 1968:68 samt Prop. 1970:87.

[11] Prop. 1993/94:101, s. 23. Sexuell läggning som skyddad grund lades till i själva lagtexten år 2002, men omfattades enligt lagens förarbeten redan år 1994. Se Granström, 2012.

regeringen lade förslag om lagstiftningsåtgärder som dels skulle motverka brottslighet med rasistiska motiv och dels motverka etnisk diskriminering i arbetslivet. Brotten ansågs ha ett särskilt högt straffvärde och det fanns därför anledning att tydligare markera att kränkningar av rasistisk och liknande slag var omständigheter som borde ägnas särskild uppmärksamhet vid straffvärdebedömningen.[12]

Hatbrottets olika konstruktioner

Hatbrottskonstruktionen ser olika ut i olika länder och detta kan förklaras med den historiska utvecklingen.[13] I vissa delar av världen, som t.ex. Europa, har andra världskrigets konsekvenser lagt grunden för skydd för religiösa minoriteter och fokus har varit på förövare som företrädare för högerextrema grupper. I andra delar av världen, som t.ex. USA, har ras varit den mest framträdande skyddsvärda grunden. Den engelska lagstiftningen påminner om den svenska avseende kriminaliseringen av hatbrott. Man har definierat ras, etnicitet, religion och sexuell läggning som skyddade grunder, men har valt att inte inkludera kön som skyddad grund och alltså inte heller definiera könsrelaterat våld som hatbrott.[14] Samtidigt skyddas i viss lagstiftning transpersoner, och transgender ses i såväl i den svenska som den engelska rättskulturen som en fråga om köns(överskridande)identitet.

Hatbrott som rättslig och social konstruktion har diskuterats länge.[15] Beroende av utgångspunkt har diskussionerna rört både den konkreta tillämparnivån och den mer principiella nivån. Diskussionerna har förts inom professionen, dvs. av de rättsliga aktörerna, på den politiska nivån i form av förslag till lagändringar, och inom den vetenskapliga diskursen, både inom rättsvetenskapen och inom övrig samhällsvetenskap. På tillämparnivån har frågorna främst handlat om hur lagen ska tolkas, hur den ska användas och vilka som är skyddsobjekten. Dessa frågor återfinns också på den politiska och vetenskapliga arenan, där behov av förtydliganden genom lagreformer diskuteras och möjliga förklaringar till bristande tillämpning och låga lagföringar analyseras och debatteras. En dimension som tillkommer på den politiska och vetenskapliga arenan är

[12] Prop. 1993/94:101, s. 22.
[13] Chakraborti, 2014.
[14] Schweppe, 2012.
[15] Chakraborti and Garland 2015, Gerstenfeld, 2004.

frågan om själva den rättsliga konstruktionens legitimitet.[16] Kan man över huvud taget se vissa brott som värre än andra, utifrån förövarens motiv, och är det en tillräcklig grund för att införa särregleringar i form av möjlighet till straffskärpning när sådana motiv kan identifieras? Om man ser den rättsliga konstruktionen som legitim, hur avgörs vilka faktorer som ska definieras som särskilt skyddsvärda, dvs. vad är det som säger att vissa former av hat eller fördomar ska ses som mer allvarliga än andra?

Varför skyddas inte kön?

Kön skyddas således inte i den svenska hatbrottsregleringen. Men Sverige är inte på något sätt unikt, kön är generellt sett inte en av de mest framträdande skyddade grunderna i olika länders hatbrottsregleringar. Det finns dock länder som sett annorlunda på frågan, både inom EU och i exempelvis ett antal delstater i USA, och alltså definierat kränkningar kopplade till kön som hatbrott.[17] I sammanhanget är det dock viktigt att poängtera, att det i Sverige finns en vetenskaplig och politisk diskurs där könsrelaterat våld, främst i form av mäns våld mot kvinnor, ses som ett allvarligt samhällsproblem, och där dessa brottsoffer ses som särskilt utsatta, och som i behov av skydd och stöd. Men det har inte funnits något större intresse för att diskutera denna sorts kriminalitet och denna sorts utsatthet i termer av att vara offer för hatbrott.

Ett försök kan dock nämnas, nämligen Kvinnovåldskommissionens utredning Kvinnofrid som presenterades år 1995. Där föreslogs att könsrelaterade kränkningar och våld också skulle ses som hatbrott, dvs. att det skulle vara möjligt att argumentera för ett högre straffvärde i enlighet med straffskärpningsregeln när det kunde konstateras att det fanns ett könsbaserat motiv till brottet. Förslaget fick dock inte gehör hos regeringen som istället avvisade förslaget med motiveringen att möjligheten till straffskärpning avsåg att ge skydd till särskilt utsatta grupper, att utredningens förslag skulle leda till ett mycket brett tillämpningsområde, något som kunde riskera att bestämmelsen förlorade sin mening, samt att det var tveksamt om kvinnor (och män) just i denna egenskap hade ett behov av ett sådant generellt skydd.[18]

[16] Jacobs and Potter, 1998.
[17] Gill and Mason-Bish, 2013. Exempelvis kan nämnas att Belgien, Frankrike och Polen.
[18] SOU 1995:60, s. 295, Prop. 1997/98:55, s. 86 f. Se även Granström, 2009.

Dessa argument är intressanta, då de är ofta återkommande också i andra länders diskurser kring möjligheten att inkludera kön som skyddad grund. Nämligen att hatbrottsstadganden är tänkta att fungera som ett skydd för minoriteter som historiskt sett blivit utsatta och fortfarande riskerar att utsättas för övergrepp av en majoritet.[19] För att sådana stadganden ska kunna göra skillnad kan inte den grupp som skyddas vara för stor, då är det inte frågan om ett minoritetsskydd längre. Ett annat argument som brukar föras fram är att om alltför många nya grupper skyddas, då urvattnas skyddet, dvs. egentligen ett argument som kan kopplas ihop med minoritetsargumentet, dock med det tillägget att det tydligen inte går att skydda allt för många olika minoriteter på en gång.

När det gäller specifikt kön som skyddad grund är det inte ovanligt att argumentet förs fram på temat att könsbaserade kränkningar, särskilt i form av våld i nära relationer, inte kan ses som hatbrott då relationsvåldet är just relationellt. Dvs. att offer och förövare har eller har haft en relation.[20] De som för fram detta argument menar ofta att hatbrott istället utmärks av att offren för hatbrott är utbytbara, att förövaren sällan har en specifik individ i åtanke, utan kränker en person på grund av vad förövaren anser att personen representerar.

Mer som förenar än som skiljer åt?

Dessa invändningar, att könsrelaterade kränkningar och våld inte skulle kunna ses som hatbrott kan dock bemötas. Kön – som i de allra flesta fall då associeras med skydd för kvinnor som grupp – blir rent omfattningsvis problematiskt då kvinnor som grupp sällan är i minoritet i ett samhälle. Samtidigt uppfylls det andra kriteriet som ofta förs fram vad gäller gruppen kvinnor, dvs. att det ska handla om en grupp som historiskt sett varit förtryckt eller förföljd.[21] Här finns, tillsammans med argumenten som omsluter många länders sexualbrottslagstiftning, en utgångspunkt i maktperspektivet som borde kunna användas som argument för ett inkluderande även i hatbrottsregleringen. Dvs. att kvinnor som grupp historiskt sett har varit diskriminerade, att kvinnor som grupp även i vår samtid statistiskt sett är de som utsätts för mest könsrelaterat våld, oavsett om förövaren är känd eller okänd, och att könsrelaterat våld, oavsett om

[19] Perry, 2001.
[20] Mason-Bish, 2011.
[21] Chakarborti and Garland 2015.

vi talar om våld i nära relationer, om sexuella trakasserier eller om våldtäkt, oftast drabbar just kvinnor.[22]

Argumentet att könsbaserade kränkningar eller våld inte kan ses som hatbrott eftersom hatbrott utmärks av brist på relation mellan offer och förövare motbevisas av den hatbrottsforskning som tvärtom visar att det inte alls är ovanligt att det är just grannar, familj eller arbetskamrater som är förövare vid olika hatbrott. Det finns alltså ofta en relation även i dessa situationer. Likaväl som mycket av de könsbaserade kränkningar som kvinnor utsätts för, t.ex. på nätet, utförs av för dem helt okända personer.[23]

Ytterligare en aspekt som faktiskt visar på fler gemensamma nämnare än olikheter är föreställningen om hatbrott som ett budskapsbrott. Hatbrott har av tradition definierats som ett budskapsbrott, dvs. att räckvidden för de kriminella handlingarna är så mycket längre än avseende det direkta offret. Hatbrottet sänder ett budskap till de grupper och individer som identifierar sig med offret. Samma resonemang går att applicera på könsrelaterat våld.[24] Våldet sänder ett budskap, oavsett om det handlar om våld i nära relationer eller överfallsvåldtäkter, till de som identifierar sig med offret, oavsett om det är någon som lever i en våldsam relation, eller någon som känner sina möjligheter att röra sig fritt utomhus begränsas av rädslan att utsättas för våldtäkt.

Är lösningen att inkludera kön?

Den här artikeln tog sin utgångspunkt i den nyligen presenterade utredningen med förslag om förstärkt straffrättsligt skydd för transpersoner och det kan därför vara lämpligt att avsluta med en kort reflektion kring utredningens förhållningssätt till kön. Utredningen konstaterar att uppdraget har handlat om att lämna förslag angående ett utökat skydd för transpersoner, och att man som ett led i detta föreslår att benämningarna könsidentitet och könsuttryck ska användas i lagtexten och att benämningarna kan ha nackdelar, främst genom att avgränsningen mot grunden kön kan bli besvärlig i rättstillämpningen.[25] Som man konstaterar

[22] Kelly, 1988, Hoyle, 2007.
[23] Mason-Bish, 2011.
[24] Hodge, 2011.
[25] SOU 2015:103, s. 260 f.

så har man inte haft i uppdrag att överväga ett straffrättsligt skydd för grunden kön.

> Diskrimineringsgrunden kön tar sikte på könstillhörighet i traditionell mening, det vill säga tilldelat kön. Kön har dock också andra aspekter än tillhörighet. De andra aspekterna är identitet och uttryck, och det är dessa två senare aspekter som nu ska ges straffrättsligt skydd.[26]

Så det ska understrykas; utredningen har inte haft anledning att diskutera en möjlig utvidgning av hatbrottsregleringens tillämpning till att också omfatta könsrelaterade kränkningar eller våld. Men, det hindrar inte att frågan bör diskuteras.

Att ställa frågan om varför kön inte ses som skyddad grund i den svenska kontexten när hatbrott diskuteras innebär att uppmärksamma att de val som lagstiftaren gör, när man ger vissa grupper av brottsoffer skydd men exkluderar andra, kräver en genomtänkt argumentation. Frågan om möjligheten att definiera könsrelaterat våld som hatbrott handlar också om lagens grundläggande normativa funktion, och väcker därför andra principiella frågor som har en större räckvidd än just frågan om konstruktionen av hatbrott och vilka offergrupper som ges skydd för sin utsatthet. En aspekt av detta är att en diskussion behövs om lagens symbolverkan. Hatbrottsregleringar i olika länder har historiskt sett handlat om att sända ett budskap om rätten till likabehandling och skydd mot kränkningar och diskriminering, om inkluderande och tolerans.

På liknande sätt sänder regleringar som kriminaliserar hatbrott ett budskap till den enskilde förövaren, som av domstolen får höra att det hen gjort medför en straffskärpning på grund av motivet för brottet, men framför allt till samhället i övrigt genom att lagstiftaren tar ställning och meddelar att viss form av brottslighet ses som allvarligare än annan då den strider mot grundläggande idéer i ett demokratiskt samhälle om rätt till likabehandling och skydd mot diskriminering.

De signaler som sänds ut till de offergrupper som inte omfattas av skyddet, i det här fallet offer för könsrelaterat våld, måste också tas på allvar. I den svenska kontexten har könsrelaterat våld setts som ett allvarligt samhällsproblem och en företeelse som kräver och också medfört lagreformer. Men den svenska lagstiftaren har stannat i en förståelse av våldet som något som tillhör den privata sfären. Ointresset att diskutera köns-

[26] SOU 2015:103, s. 261.

relaterat våld som en form av hatbrott rimmar illa med den maktanalys som ligger till grund för mycket av de kriminaliseringar som genomförts inom straffrättens område och därför behövs en kritisk granskning av argumenten, för att undersöka om det finns utrymme för en annan rättspolitisk diskussion.

Litteratur

Chakraborti, Neil och Garland, Jon, Hate crime: Impact, causes and responses, 2 ed., SAGE, London 2015.

Chakraborti, Neil, ”Re-Thinking Hate Crime: Fresh Challenges for Policy and Practice”, Journal of Interpersonal Violence 2014, 1–17.

Christie, Nils, ”The ideal victim”, i Ezzat A. Fattah (ed.), From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System, Macmillan, London 1986, s. 17–30.

Gerstenfeld, Phyllis B., Hate Crimes: Causes, Controls and Controversies. Sage Publications, Los Angeles 2004.

Gill, Aisha. K. och Mason-Bish, Hanna, ”Addressing violence against women as a form of hate crime: limitations and possibilities”, Feminist Review 105 2013, 1–20.

Granström, Görel, ”The Use of Experts in the Legislative Process – Using Swedish Law Reform in the Area of Domestic Violence as an Investigatory Example”, Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation Vol. 3, No. 3, 2009, s. 323–349.

Granström, Görel, ”Straffskärpningsregelns användning vid hatbrott – en fråga om domstolens frihet eller brottsoffrets rättssäkerhet?”, i Heber, Anita, Tiby, Eva och Wikman, Sofia (red.), Viktimologisk forskning. Brottsoffer i teori och metod, Studentlitteratur, Lund 2012.

Heimer, Gun, Björk, Annika och Kunosson, Chrystal (red.), Våldsutsatta kvinnor – samhällets ansvar, 3 uppl., Studentlitteratur, Lund 2014.

Hodge, Jessica P., Gendered Hate: Exploring Gender in Hate Crime Law, Northeastern University Press 2011.

Hoyle, Carolyn, ”Feminism, Victimology and Domestic Violence”, i Walklate, Sandra (ed.), Handbook of Victims and Victimology, Willan Publishing, Devon 2007, s. 146–174.

Jacobs, James B. och Potter, Kimberly, Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics, Oxford University Press, Oxford 1998.

Jenness, Valerie, och Grattet, Ryken, Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement, Russell Sage Foundation, 2001.

Kelly, Liz, Surviving Sexual Violence, Polity Press, Cambridge 1988.
Kommittédirektiv 2014:115 Stärkt skydd för transpersoner och översyn av vissa termer.
Lindström, Peter, ”Violence against Women in Scandinavia: a Description and Evaluation of two new Laws Aiming to Protect Women”, Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, Vol. 5, Issue 2, 2004, 220–235.
Mason-Bish, Hanna, ”Examining the Boundaries of Hate Crime Policy: Considering Age and Gender”, Criminal Justice Policy Review, 24 (3), 2011, 297–316.
Perry, Barbara, In the Name of Hate: Understanding Hate Crime, Routledge, New York 2001.
Proposition 1948:80 med förslag till lag om ändring i strafflagen m.m.
Proposition 1970:87 angående godkännande av konvention om avskaffande av rasdiskriminering m.m.
Proposition 1993/94:101 Åtgärder mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering i arbetslivet.
Proposition 1997/98:55 Kvinnofrid.
Proposition 2001/02:59 Hets mot folkgrupp m.m.
Schweppe, Jennifer, ”Defining Characteristics and Politicising Victims: A Legal Perspective”, Journal of Hate Studies, 10, 2012, 173–98.
SOU 1944:69 Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten.
SOU 1968:68 Lagstiftning mot rasdiskriminering. Betänkande avgivet av Utredningen angående förbud mot rasdiskriminering.
SOU 1995:60 Kvinnofrid. Huvudbetänkande av Kvinnovåldskommissionen.
SOU 2015:103 Ett utvidgat straffrättsligt skydd för transpersoner m.m. Betänkande av Utredningen om transpersoners straffrättsliga skydd m.m.
Walklate, Sandra, Imagining the Victim of Crime, Open University Press, Berkshire 2007.
van Dijk, Jan, ”Free the Victim: A Critique of the Western Conception of Victimhood”, International Review of Victimology, Vol. 16, 2009 1–33.

Dag Michalsen

Den norske grunnloven av 1814 og europeisk geopolitikk 1814–1818

Innledning

Å vedta en grunnlov er ikke bare en intern nasjonal handling, men det er også en internasjonal handling. Å vedta en grunnlov er som også oftest resultat av utenrikspolitiske prosesser der stormakter og andre eksterne aktører er innblandet på forskjellige måter. Dessuten vil den vedtatte grunnloven senere ofte ha effekter utover det nasjonale, gjerne ved at den mer eller mindre indirekte inngår i det normative grunnlaget for mellom- og overstatlige prosesser. Intet viser dette tydeligere enn de komplekse interaksjoner på mange nivåer i dagens EU mellom forfatninger, internasjonal rett og innenriks- og utenrikspolitikk.

Mitt bidrag her er å gjøre noen merknader til dette temaet for den norske Grunnloven av 1814. Kort sagt kan den norske Grunnloven av 1814 forstås som en geopolitisk normativ fortetning i et intenst internasjonalt klima, etter nær 25 års kontinuerlig krig fra 1792 til 1814–15. Slik ble Grunnloven del av den internasjonale normative orden som Wienerkongressen instituerte i 1814–1815. Alt dette leder frem til mitt metodiske hovedpoeng, nemlig at Grunnloven (ja en hver grunnlov) også var en *internasjonal normativ handling*. Som internasjonal normativ handling må Grunnloven av 1814 derved sees i lys av det konglomerat av rettslige regimer og normative diskurser som kom til i løpet av revolusjons- og Napoleonskrigene. I det følgende vil jeg nevne et par perspektiver ved denne omfattende historien.[1]

[1] Jeg har tidligere behandlet dette spørsmålet mer utførlig i Dag Michalsen, Grunnloven fra mai til november i 1814: Internasjonale dimensjoner i: Bjørg Seland (red), *Selvstendig-*

Grunnloven av 1814 som internasjonal normativ handling

Den norske Grunnloven var i 1814 først og fremst et direkte resultat av internasjonale hendelser, av krig og fred, av internasjonale traktater og komplekst diplomati. Kieltraktaten av 14. januar 1814 mellom kongene av Danmark-Norge og Sverige bestemte at Norge skulle overføres fra kongen av Danmark-Norge til kongen av Sverige.[2] Denne traktaten var fremtvunget av alliansesystemet i Napoleonskrigenes siste del, særlig fra 1812 av, og var en direkte utløper av den nye geopolitiske orden som var i ferd med å dannes da, og som skulle bli det postnapoleonske Europa.[3]

Men selv om nye geopolitiske forhold var en nødvendig forutsetning for forløpet i Norge i 1814, måtte selvsagt norske aktører handle da forutsetningene oppstod. Elitegrupper i Norge forsøkte vinteren 1814 å forhindre realiseringen av Kieltraktatens bestemmelse om å overføre Norge fra det danske eneveldet til det nye konstitusjonelle Sverige. Kongens stattholder og arveprins Christian Frederik brukte den inngåtte Kieltraktaten til å mobilisere et opprør mot overføringen fra Danmark til Sverige. At Christian Frederik primært var styrt av dynastiske interesser synes nokså opplagt – det dreide seg på lang sikt om å bevare Norge for fellesmonarkiet på en eller annen måte. For å oppnå dette formålet måtte han inngå kompromisset med den norske eliten ved å erklære Norges selvstendighet, noe som altså var i strid med Kieltraktaten. Og den eneste måten å erklære selvstendighet på, med håp om at dette skulle få rettslige konsekvenser, var å vedta en grunnlov. I all hovedsak tok aktørene det for gitt at de norske selvstendighetshandlingene våren 1814 – rettet mot konsekvensene av Kieltraktaten – var å forhindre at Norge ble overført fra Danmark til Sverige. Men å rette all kritikk mot Kieltraktaten var nok også et spill for galleriet, for uten Kieltraktaten fantes det overhodet ikke rettslig grunnlag for Norge til å bli trukket ut av det danske eneveldet. Norske elitegrupper ville altså i realiteten ha den ene delen av Kieltraktaten, nemlig bestemmelsen om at Norge skulle ut av eneveldet, men ikke den andre delen, nemlig overføringen til det da konstitusjonelle Sverige.

het og nasjonsbygging. 1814–2014 (Oslo 2014) s. 15–33 der også deler av den følgende teksten er hentet fra.

[2] Se perspektivet hos Bo Stråht, *Union och demokrati. De Förenade rikena Sverige-Norge 1814–1905* (Nora 2005) s. 47–106.

[3] Paul Schroeder, *The Transformation of European Politics 1763–1848* (Oxford 1994) s. 445–516.

At Norge kom ut av det danske eneveldet, skyldtes politisk sett utelukkende den svenske kronprinsen Karl Johans politikk fra 1812.[4] I samforstand med tsar Alexander 1 godtok Karl Johan tapet av Finland til Russland.[5] Samtidig koblet Karl Johan seg til den nye alliansen mellom Russland og Storbritannia rettet mot Napoleon. Slik solgte Karl Johan sin store plan om et skandinavisk område i form av en union mellom Sverige og Norge som stormaktenes betaling for å få Sverige med i sluttkampene mot Napoleon. Hvis ikke Karl Johan hadde gjort dette diplomatiske fremstøtet i en situasjon der Russland og Storbritannia nærmet seg hverandre for å finne frem til koalisjonsplaner overfor Napoleon, ville Norge utvilsomt ha forblitt en del av det danske eneveldet. Det var altså dette grepet – å trekke Norge ut av det danske eneveldet – som var den første grunnleggende forutsetning for å skape en egen politisk enhet av Norge.

Den andre grunnleggende forutsetning var at Sverige ikke okkuperte Norge for å oppnå sitt mål om å overta Norge fra Danmark. Etter slaget ved Leipzig i 1813 gikk Karl Johan nordover for å få Norge ut av Danmark. Han tvang den danske Frederik 6. til å gi fra seg Norge, ikke ved å hærta Norge, men ved å okkupere Holstein, under sterk russisk støtte. På grunnlag av Kieltraktaten forlot dansk administrasjon Norge, men ingen svensk kom i stedet, noe som ville ha vært den normale prosedyre hvis Sverige hadde okkupert det som var målet, nemlig Norge. Dette fysiske maktvakuumet ga mulighet for det norske grunnlovsarbeidet fra februar av, og så lenge Karl Johan var opptatt med krig og politikk på kontinentet.

Å vedta en forfatning i 1814 var altså ikke bare en nasjonal handling; det var like mye en internasjonal handling, både politisk og rettslig. Da Riksforsamlingen på Eidsvoll vedtok 17. mai-forfatningen, var dette i strid med stormaktenes interesser slik dette var nedfelt i Kieltraktaten og andre tilhørende internasjonale avtaler. Europa stod foran en ny organisering som skulle besegles på kongressen i Wien, som startet tidlig på høsten 1814. Der ble det lagt til grunn at Norge skulle knyttes til Sverige og derigjennom også til den europeiske allianseorden basert på

[4] Grunnleggende Jørgen Weibull, *Carl Johan och Norge 1810–1814. Unionsplanerna och deras förverkligande* (Lund 1957).

[5] Se fra finsk perspektiv, Lars Björne, *Hotet från Öster. Drag i finsk och även norsk konstitutionell historia fram till 1809/1814* (Oslo 2014) s. 105–156.

internasjonal traktatrett. Derfor oppfattet stormaktene Eidsvollsgrunnloven som å være i strid med det internasjonale samfunnets normeringer.

Denne problemstillingen ble ytterligere skjerpet i internasjonale fora fordi Sverige med grunn kunne spørre: Hadde Danmark hatt noe med tilkomsten av Eidsvollsgrunnloven å gjøre, og hadde den danske kongemakten følgelig bevisst handlet i strid med Kieltraktaten? Dette var gjenstand for omfattende diplomatiske diskusjoner (som jeg kommer tilbake til), der Sverige selvfølgelig fremholdt at den sentrale personen i det norske opprøret var en dansk arveprins. Stormaktene sendte kommisjonærer til Danmark og Norge på sommeren 1814 for å finne ut av det som i England het "the Norwegian rebellion", men dette ledet ikke til endringer i deres sentrale anliggende: at Norge skulle i union med Sverige og unionens utforming måtte bygge på denne sentrale geopolitiske premiss.[6]

Grunnloven og napoleons- og wienerkongresstidens nye internasjonale normkonglomerat

Grunnloven av 1814 ble skrevet inn i et Europa preget av en høy grad av internasjonalisert rett, av et sammensatt normkonglomerat. Med internasjonalisert rett mener jeg her ikke bare folkerett, men rett hvis innhold ble standardisert eller utformet med sikte på å dekke store geografiske områder. Standardiseringen bygde da dels på en stormakts eller flere stormakters politisk-rettslige normeringer, som så i større eller mindre grad ble gjennomført i de enkelte land eller territorier. Før 1814 var Napoleons mange reguleringer av særlig betydning. De hadde dels form av normeringer som omfattet de delene av Europa som Frankrike kontrollerte direkte og indirekte (som Danmark-Norge), dels var det reguleringer Napoleon initierte overfor ulike stater. I løpet av sine år ved makten sørget Napoleon for bl.a. over 30 forfatninger rundt om i Europa.[7]

Den økonomiske bakgrunnen for dannelsen av staten Norge i 1814 var mer enn vanskelig, særlig gjaldt dette følgene av handelsblokadene

[6] Se kildegrunnlaget, Yngvar Nielsen, *Aktstykker vedkommede Stormagternes Mission til Kjøbenhavn og Christiania i Aaret 1814*. Videnskabsselskabets Skrifter. 1895. S. 65–66.

[7] For de rundt 30 napoleonske forfatninger rundt om i Europa, se Hans Fenske, *Der moderne Verfassungsstaat. Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert* (Paderborn 2001) s. 186–211.

som rådet mellom Frankrike og England under siste delen av krigen. Da Napoleon etter flere slag kontrollerte hele Kontinental-Europa fra rundt 1806, satte han i verk den såkalte *kontinentalblokaden* mot England for å tvinge landet til et militært oppgjør, eller i hvert fall å bringe landet i konkurs. Gjennom en hel rekke internasjonale beslutninger i årene 1806 og 1807 normerte Napoleon i realiteten hele Europas økonomiske politikk med nye, skarpe merkantilistiske dreininger. Formålet var å hindre England i å selge varer. Mot dette kom de like viktige motbeslutninger fra den britiske regjeringen.[8] Danmark med Norge var blitt tvunget til å slutte seg til Napoleons kontinentalblokade ved en særskilt traktat med Frankrike 31. oktober 1807.[9] I dens artikkel 6 forpliktet Danmark seg til å gjennomføre en rekke forordninger for å støtte opp under denne gigantiske blokaden.

Å reorganisere et helt kontinents handelssystem, som både skulle tjene økonomiske og militære hensikter, førte etter hvert med seg et overveldende antall rettslige, militære, administrative, sosiale og økonomiske tiltak. Dette ledet igjen til fortløpende akutte dilemmaer om hva som kunne eksporteres eller importeres. Likeledes førte det til en rekke tilsiktede, og enn flere utilsiktede, virkninger i økonomien. Samlet strukturerte denne napoleonske normmengden alle lands økonomiske lovgivning. Napoleons fortløpende traktater og de mange forfatninger og lovkodifikasjoner han initierte over store deler av kontinentet, skapte nye normative bånd i Europa av stor virkning og betydning. Derved oppstod det også i løpet av Napoleonskrigene nye suverenitetsordninger i Europa, ordninger som gjorde det mulig å lovregulere nokså likeartet over større deler av Europa, og da særlig innenfor det napoleonske regimet og dets mange vasallstater og allierte.[10] Overhodet fantes det i Napoleons styre en tendens til å gi militær og administrativ makt en tydelig normativ mening.

Grunnloven av 1814 ble nettopp til på denne tiden da Europas maktstrukturer gjorde det mulig å lage normordninger som dekket store områder. At dette skjedde i krig og okkupasjonslignende tilstander er opplagt, men historisk er det interessante at disse politiske prosessene skjedde

[8] Eli Heckscher, *Kontinentalsystemet: den stora handelsspärrningen för hundra år sedan: en ekonomisk-historisk studie* (Stockholm 1918) kap II og III md skarp kritikk av kontinentalblokadens økonomiske konsekvenser. Jeg går ikke nærmere inn i den omfattende økonomisk-historiske debatten om kontinentalblokadens mangfoldige følger.

[9] Johan Tønnessen, *Kaperfart og skipsfart 1807–1814* (Oslo 1955) s. 21–36.

[10] Stuart Woolf, *Napoleon's Integration of Europe* (London 1991) s. 83–132.

med så omfattende og tydelige normative grep som de gjorde og at de normative ordningene hang politisk og rettslig så nært sammen.

Grunnlovgivernes forhold til internasjonal politikk våren og høsten 1814

Den norske Riksforsamlingen hadde våren 1814 særskilte erfaringer fra og forventninger til internasjonal politikk noe som fikk betydning for utformingen av Grunnloven. Å skrive en grunnlov i 1814 var altså også å tolke sitt lands utenrikspolitiske situasjon. De fleste grunnlovgivende forsamlinger i Europa og Latin-Amerika i perioden var like mye opptatt av utenrikspolitikk som innenrikspolitikk – og de to temaene hang uansett nøye sammen. Det var krig og utenrikspolitisk relaterte unntakstilstander som oftest hadde foranlediget en ny forfatning rundt om i verden i tiårene rundt 1800, som i Norge i 1814. Denne strukturelle situasjonen formet den grunnlovgivende prosessen.[11]

På Riksforsamlingen på Eidsvoll i april og mai 1814 fikk selvstendighetspartiet – som var i flertall – drevet gjennom at det ikke skulle diskuteres utenrikspolitikk. Å diskutere utenrikspolitikk ville ha ført til at man måtte ta standpunkt til unionspartiets syn, nemlig at Riksforsamlingen ikke hadde et *internasjonalt mandat* til å lage en grunnlov uavhengig av Kieltraktaten. Og langt på vei var dette riktig. På Eidsvoll var de alle klar over at hele grunnlovsprosjektet hang helt sammen med de utenrikspolitiske konjunkturer – nemlig utfallet av Napoleonskrigene. Men her viser også Eidsvolls selvstendighetsparadoks seg. På den ene side ville de sette til side Kieltraktaten, som var påtvunget dem av stormaktene, men som nettopp var det rettslige instrumentet som overhodet hadde gjort det mulig å sitte på Riksforsamlingen på Eidsvoll i første omgang. Det var gjennom den traktaten den danske kongen var blitt tvunget til å oppgi Norge, og gi suvereniteten tilbake til det norske folk. Men på den annen side burde Riksforsamlingen i april og mai 1814 like mye frykte for en ny seier for Napoleon (som da for øvrig reelt sett var nokså usannsynlig, men det var vanskelig å vite sikkert på Eidsvoll). Dette ville bare ha ført til at København (gjennom Napoleon) på nytt hadde fått kontroll over Norge. Da de på Eidsvoll 1. mai fikk vite at Napoleon hadde abdisert, gikk det

[11] Se inngående for sammenhengen mellom unntakstilstander og forfatninger generelt Dag Michalsen (red.) *Unntakstilstand og forfatning* (Oslo 2014).

et støkk gjennom forsamlingen. Egentlig burde de ha vært fornøyde, hvis da ikke ideen var – som mange i Sverige sa – at Grunnloven var en snedig måte å koble seg tilbake til Danmark på gjennom valget av Christian Frederik som konge.[12]

Men hvordan var det ekstraordinære Stortingets blikk på internasjonal politikk da Eidsvollsgrunnloven ble forhandlet frem til Novembergrunnloven, etter krigen med Sverige på sommeren, etter fredsavtalen på Moss i august og etter forhandlingene mellom de svenske utsendingene og det ekstraordinære sammensatte Stortinget om den nye reviderte Grunnloven på høsten, vedtatt i 4. november 1814 og følgelig kalt Novembergrunnloven? Utvilsomt hadde den norske politiske eliten vært gjennom en realitetsorientering fra våren til høsten 1814. Stormaktsutsendingene hadde fortalt den norske regjeringen at union med Sverige var uunngåelig. Den påfølgende krigen med Sverige på sommeren viste med all tydelighet at Norge ikke hadde militær makt til å forsvare noen form for selvstendighet. Wienerkongressens samling fra september av hadde vist styrken i stormaktenes politikk, også overfor Norden, som nå skulle sanksjoneres i omfattende traktater.

Men ikke bare det ekstraordinære Stortinget på høsten 1814 kjente presset. Det samme gjorde Karl Johan, som måtte få unionen med Norge i orden før de ekstremt kompliserte forhandlingene på Wienerkongressen førte til uforutsigbare konstellasjoner som kunne gi en fordel for Danmark. Hvis det kom til konflikter mellom Russland og de andre stormaktene, kunne dette bli farlig for Karl Johans norgespolitikk, som først og fremst bygde på hans avtale med tsaren. Derfor var det i Karl Johans interesse at det var fremdrift i forhandlingene i Christiania om revisjon av Grunnloven i oktober, og at dette skjedde i samforstand med stormaktene. Kongressen fulgte nøye med på hva som skjedde i nord. Uten Stortingets vedtak av Novembergrunnloven og valget av den svenske kongen til norsk konge ville ikke Russland ratifisere sin separate fredstraktat med Danmark, en ratifisering som ville avslutte nordarméens okkupasjon av Holstein.[13] Det samme gjaldt flere av Kieltraktatens mange øvrige bestemmelser om territorielle eierskifter som følge av at Danmark hadde

[12] Se den suverene og ironiske svenske kritikken av Riksforsamlingen på Eidsvoll: Hans Järta, *Sändebref till Herr von Holten. Af en svensk* (Stockholm 1814), en tekst som er for lite lest i Norge.

[13] Grunnleggende for kildefortolkningen George Nørregaard, *Danmark og Wienerkongressen 1814–15* (København 1948) s. 47–70.

fått svensk Pommern i kompensasjon for tapet av Norge. Dette ville kunne involvere flere av de tyske statene som var sentrale aktører på kongressen: Slik hang en rekke europeiske territorielle og politiske forhold intimt sammen med Stortingets vedtakelse av Novembergrunnloven og det samtidige valget av den svenske konge som norsk konge.

Grunnloven i et nytt internasjonalt kongressystem etter 1814

Kieltraktaten, det norske grunnlovsarbeidet og den nye norsk-svenske unionen ble del av den internasjonale rettsordenen og det politiske systemet fra 1814–1815. Dette gjaldt både generelt og helt konkret. Det følgende dreier seg om det konkrete: Mellom 1815 og 1823 stod tolkningen av Kieltraktaten i sentrum for en langvarig konflikt mellom Sverige og Norge på den ene siden og Danmark på den andre. Kieltraktaten bestemte at ved atskillelsen skulle den dansk-norske fellesgjelden (som særlig var oppstått under Napoleonskrigene) fordeles mellom Danmark og det nye selvstendige Norge. For Norge var dette en svært stor utgift på et tidspunkt da staten hadde lite midler.[14] Danmark – som også var på fallittens rand etter krigene – ville selvsagt ha oppfylt denne delen av Kieltraktaten. Karl Johans posisjon var at Sverige-Norge ikke burde oppfylle denne forpliktelsen fordi Danmark ikke hadde oppfylt sine forpliktelser i henhold til Kieltraktaten. Det primære argumentet var Karl Johans påstand om at Danmark hadde stått bak Norges opprør mot Kieltraktaten, og følgelig hadde ikke danskekongen oppfylt traktaten. Sverige hadde jo vært tvunget til å gå til krig for å få oppfylt avtalen. Også andre deler av avtalen, som Sveriges overføring av svensk Pommern, ble da utsatt. Danmark påstod selvfølgelig at kongemakten slett ikke hadde initiert den norske motstanden på Kieltraktaten. Av stor betydning var også stormaktsutsendingene som hadde besøkt Norge sommeren 1814 og undersøkt saken, og som mente at det ikke var ført tilstrekkelig bevis for at Danmark stod bak det norske opprøret mot Kieltraktaten.

Uten stormaktenes mellomkomst ville det vært umulig å løse konflikten mellom Sverige(-Norge) og Danmark. Og uten stormaktenes ønske om et fredelig Europa ville det lett ha kommet til krig mellom Sverige og Danmark, en krig Sverige sikkert hadde vunnet. Gjennom Wienerkon-

[14] Francis Sejersted, *Den vanskelige frihet. Norge 1814–1850* (Oslo 2001) s. 37–42.

gressen hadde stormaktene søkt å skape et stabilt Europa, hvis karakter var resultatet av det omfattende traktatverket som var oppstått 1814–1815. Mellom stormaktene foregikk det dragkamper i den dansk-norske gjeldssaken. Russland tenderte til å holde med Sverige, mens England holdt med Danmark, særlig fordi England la stor vekt på prinsippet om at traktater skulle overholdes etter ordlyden. I de langvarige forhandlingene som kom ut av konflikten, spilte igjen stormaktskommissærenes rapport fra sommeren 1814 en viktig rolle fordi den ble ansett som et slags rettslig bevis som alle parter måtte godta. Siden kravet om at traktatene måtte holdes stod så sentralt, satte det Sveriges (og Norges) holdning i et slags vanry fordi det her kunne forstås som en flagrant manglende traktatoppfyllelse fra Sverige-Norge (om enn Sverige mente at den manglende oppfyllelsen heller lå hos Danmark).

Til slutt kom saken på bordet under Kongressen i Aachen i 1818, som var det første kongressmøtet etter Wien. Nyere forskning fremhever at Wienerkongressen og det påfølgende kongressystemet representerte et vendepunkt i folkeretten idet dette innledet et nytt internasjonalt sikkerhetssystem basert på det som er blitt kalt *legalt hegemoni*.[15] Det som skjedde i Wien, var en ny rettslig form for løsning av internasjonale konflikter: Stormaktene (Storbritannia, Preussen, Østerrike, Russland, Frankrike) initierte nye saksbehandlingsregler og materiell rett som bygde på traktaters overholdelse, i hvert fall de traktatene som var inngått under kontroll av stormaktene. Stormaktene mente at de hadde kompetanse til å organisere Europas statssystem på grunnlag av deres felles forståelser og oppfatninger. Dette var igjen resultat av en rekke forhandlinger som hadde kommet til uttrykk offentlig i flere sentrale dokumenter, også i en ny forståelse av en europeisk politisk offentlighet. Men når stormaktene var enige, oppstod etter deres syn et felles mandat til å handle på vegne av alle i Europa, også om det skulle innebære væpnet intervensjon. Dette synet kom til uttrykk på mange måter, som da den britiske utenriksminister Castlereagh karakteriserte dette internasjonale beslutningssystemet som jevngodt med å gi stormaktene som helhet "the efficiency and almost simplicity of a single state".[16]

[15] Gary Simpson, *Great Powers and Outlaw States* (Cambridge 2004) s. 91–115.

[16] I brev til statsminister Liverpool av 20.10 1818, sitert etter Simpson op cit. 2004 s. 114.

Det var dette stormaktsystemet som viste seg ved gjennomføringen av Kieltraktaten og dens bestemmelse om den dansk-norske gjeldsdelingen. Som det heter i protokollen fra Aachenmøtet:

> "Konferansen har ikke bare anerkjent retten, ja selv plikten for de allierte, til å intervenere i konflikten mellom Danmark og Sverige, men konferansen har også bestemt den form som den mener er mest hensiktsmessig for en slik intervensjon, ved å slutte seg til dette kollektive vedtak som er rettet fra de fire hoffene til hoffet i Sverige".[17]

Dette gikk så langt at stormaktene antydet at hvis Sverige fortsatte å bryte traktaten, ville stormaktene vurdere å bryte de diplomatiske forbindelsene med Sverige *og i så fall la Norge gå tilbake til Danmark*. Kanskje har kong Karl Johan (fra 1818) – som ble rammet av dette stormaktsystemet – litt rett når han i et samtidig brev til en oppbrakt tsar sammenlignet stormaktenes beslutning i Aachen med Napoleons suverenitetsutøvelse i tiåret før.[18] Det Karl Johan med rette antydet, var at det fantes en kontinuitet i de måtene som internasjonal suverenitet ble skapt på under Napoleons regime, og over i det nye kongressystemet. Fra vårt ståsted ser vi at kongressystemet nok ligner mer på dagens moderne system, fordi det da som nå krevdes enighet mellom alle eller de fleste stormaktene for å handle legitimt. Slik kan det hevdes at det etter Wienerkongressen oppstod en slags overnasjonal rettslig orden.

Avslutning

Gjennom den internasjonale politiske prosessen fra 1814 til 1818 ble den norske Grunnlovens internasjonale rolle forankret. Dette skjedde i diplomatiske, konstitusjonelle og politiske former. Grunnloven var skapt internasjonalt, både som følge av forfatningens internasjonale sjanger og forfatningens betydning som et internasjonalt rettslig instrument. Det var geopolitiske prosesser som krig og fredsslutninger som sikret dens tilkomst i 1814 og fortsatte eksistens etter 1814 (i motsetning til svært mange andre forfatninger som forsvant stille ut av historien mellom 1791

[17] Tillegg til protokoll Sub nr. 31 av 12 9bre(?), 1818./Til Count de Fiquelmont/Keiserens representant til Kongen av Sverige/Aix-la-Chapelle, 14. november 1818. Jeg takker Karin Schneider (Wien/Innsbruck) for å ha sendt kopier av de ennå upubliserte protokollene (på fransk) fra kongressen i Aachen. Oversettelsen er min.

[18] Om Karl Johans brevhistorie med Tsaren i 1818, se Nørregaard 1960 op cit s. 70–73.

til 1815). Og etter 1814/1815 – i et nytt Europa med mindre toleranse overfor radikal folkesuverenitet – overlevde Grunnloven, dels fordi den i Novembergrunnlovens form sikret unionen med Sverige, og dels fordi den heller ikke utgjorde en trussel mot den nye europeiske stabilitetsorden. Slik har Grunnloven av i dag blitt et av de få levende beviser for den moderne forfatningsformens lange linjer tilbake til tiårene rundt 1800.

Bo Wennström

Medborgarskapet som verktyg för makten

Mats Kumlien har alltid intresserat sig för det offentligas förhållande till den enskilde. Det började med hans avhandling (*Uppfostran och straff: studier kring 1902 års lagstiftning om reaktioner mot ungdomsbrott*)[1] och avspeglas tydligt i hans senaste studier om förvaltningsrättens framväxt. I detta kapitel ska nya frågor om medborgarskapet diskuteras. Traditionellt har det nutida medborgarbegreppet kopplats till rättigheter, individuella rättigheter. Men i takt med minskat politiskt engagemang i form av lägre valdeltagande och färre medlemmar i politiska partier i västvärlden har försök gjorts att minska demokratiska underskott via mer eller mindre innovativa omdefinitioner av förhållandet mellan medborgarna och det offentliga. Jag syftar på sådana fenomen som medborgardialoger, medborgarlöften, *co-production* av offentlig verksamhet och kanske främst idén om offentligt värdeskapande (*public value*). Mer om dessa fenomen nedan.

Den fråga jag kommer att diskutera är: håller medborgarskapet på att förvandlas från något baserat på individuella rättigheter, i form av ekonomiska, politiska och social rättigheter, till ett verktyg för att hantera politiska, ekonomiska och andra problem som offentlig verksamhet har? Mer rakt på sak formulerat: håller medborgarskapet på att förvandlas till ett verktyg för makten?

[1] Kumlien, 1997.

Medborgarskapet och rättigheter

När jag skrev boken *Rättens individualisering*[2] fördjupade jag mig i debatten om medborgarskapet. Det är onödigt att upprepa allt det jag sa då. Och, det ska påpekas, detta var innan Mats Kumlien gjorde mig uppmärksam på hur frågan diskuterades i början av 1900-talet i Sverige inom förvaltningsrätten. Genom att han gjorde det såg jag också tydligare kopplingen mellan medborgarskap och juridik och inom denna den tydliga kopplingen till förvaltningsrätten. Mer om detta nedan.

Diskussioner om medborgarskap har ofta tagit två vägar, revolutionärt eller evolutionärt. Revolutionärt i form av att en kritisk händelse har angivits som födelsen för en viss tids medborgarskap. ”Revolutionen” kan ha varit sådant som en samhällsomvälvning eller ny en konstitution. Granskar man dessa ”revolutioner” närmare ser man att de sällan varit så omvälvande som det påstås. Men behovet att hänga upp medborgaskapet vid en viss tid på en ”berättelse”, sann eller osann, verkar ha varit stort. Evolutionära idéer om medborgarskap utnyttjar just sådana berättelser. En klassisk metafor för det evolutionära medborgarskapsbegreppet är den om ”allt större ringar på vattnet”. Först ses då medborgarskapet som något enbart förbehållet noblessens män för att sedan utökas till andra män och sedan i vidare ringar sprida sig vidare och vidare för att inkludera slavar, kvinnor etc.[3] Vad den evolutionära bilden av medborgarskapet bortser från, säger Isin, är att det alltid har funnits ”*multiple and overlapping networks of power and jurisdiction*”. Den evolutionära bilden bygger vidare på idé om ”inkludering” och ”exkludering”, om detta säger Isin följande:

> The closure theories that define citizenship as a space of privilege for the few that excludes others neglect a subtle but important aspect of citizenship: that it requires the constitution of these others to become possible. The problem with the logics of exclusion and enclosure is that they assume that such identities as “woman” and “immigrant” preceded citizenship and were excluded from it.[4]

Vi skulle kunna fördjupa det sagda med att anlägga ett nietzscheanskt synsätt på frågan, det vill säga hans syn på ett begrepps historia. Nietzsche

[2] Wennström, 2005.
[3] Se vidare ibid. s. 220 ff.
[4] Isin, 2002, s. 4.

menade att när det gäller en sådan historia, han tog straffet som exempel, är visst varaktigt och annat flytande, som han uttrycker det.[5] Där det varaktiga representeras av bruk, akter, procedurerna etc. och det flytande av meningarna, syftena, förväntningarna som knyter an till exempelvis procedurerna. I exemplet med straff är ”att låsa in någon” exempel på en ”varaktig” procedur som använts under lång tid men meningen, syftena, förväntningarna på inlåsningen har skiftat, varit ”flytande”.

Orsaken till ”någontings” uppkomst, säger Nietzsche, och den slutliga nyttan, den faktiska användningen av detta något, och inordnandet av det i ett system av ändamål, är saker som ligger på skilda plan. Det redan existerande, blir Nietzsches slutsats, tas alltid i bruk för nya ändamål, utnyttjas för nya syften vilket innebär nytolkning, tillrättalägganden, varvid det hittillsvarande ”ändamålet” med nödvändighet kommer i skymundan eller helt och hållet försvinner. Ett begrepps hela historia kan därför sägas vara en fortlöpande kedja av ständigt nya interpretationer och omstöpningar, vilkas egentliga orsaker sinsemellan inte behöver stå i något samband med varandra.

Men allt nytt, alla nya ändamål och nytolkningar, är inte bra. Det jag ämnar diskutera här är om den nya syn på medborgarskapet, som kan framskymta när exempelvis medborgarlöften och offentligt värdeskapande diskuteras, verkligen är av godo? Mer om detta längre fram.

Tre former av rättigheter

Kärnan i dagens medborgarskap brukar beskrivas utifrån rättigheter av två slag. Å ena sidan borgerliga rättigheter, i form av civila och politiska rättigheter, å andra sidan sociala rättigheter. Marshall talar till och med om olika former av medborgarskap, ett politiskt och ett socialt medborgarskap.[6] Till det skulle man kunna lägga ett ekonomiskt medborgarskap. Civila rättigheter är kärnan i det ekonomiska medborgarskapet, det vill säga möjligheten att vara part i ett avtal, att ha rättslighandlingsförmåga, att vara ett rättssubjekt osv. Det politiska medborgarskapet består i rätten att kunna vara politisk, i dess fulla innebörd av att kunna välja och bli vald och till det också agera politiskt. Det ekonomiska och politiska medborgarskapet innebär till stor del en frihet från att framförallt det offentliga intervenerar inom den fria sfär som skapas av dessa medbor-

[5] Nietzsche, 1994.
[6] Marshall, 1963.

garskapsrättigheter. Det sociala medborgarskapet däremot är av en annat karaktär. Dess rättigheter består, enligt Marshall, av:

> … the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to share to the full in the social heritage and to live the life of a civilized being according to the standard prevailing in the society.[7]

Sociala rättigheter kan inte enligt Marshall härledas från exempelvis demokratiska principer om majoritetsstyre, utan är, som Marshall uttrycker saken ”*the right to receive*”. Det är utryck för den form av social etik som varje välfärdsstat bygger på, att hjälpa de svaga och skydda de utsatta från att slås ut och bli svaga.

Medborgarskapets aktiva och passiva sida

När jurister idag diskuterar medborgarskapet är det på ett snarlikt sätt som statsvetare diskuterar frågorna på. Därmed har det politiska medborgarskapet hamnat i fokus för mycket av debatten. I och för sig viktiga frågor som rör möjligheten att vara politisk för medborgaren. Men som ovan sagts, medborgarskapet inbegriper mer än det politiska medborgarskapet. I ljuset av detta var det intressant när Mats Kumlien visade mig vägen till vissa källor från början av 1900-talet angående stats- och förvaltningsrätt. Vi kan ta Reuterskiöld som ett exempel. Han skriver om medborgarskapets aktiv och en passiv sida.

> Medborgarskapets passiva sida består däri, att medborgaren såsom undersåte är underkastad viss stats personella makthöghet… Medborgarskapets aktiva sida består däri, att medborgaren såsom statsborgare är tillerkänd vissa fri- och rättigheter.[8]

Det här är skrivet långt före välfärdstatens förverkligande och de av Marschall benämnda sociala rättigheterna.

Det mest intressanta för denna diskussion är vad Reuterskiöld säger om medborgarskapets passiva sida. Men Reuterskiöld ger också uttryck för något annat när det gäller förvaltning som kommer att vara intressant i det följande, när polisen diskuteras, nämligen att den till en del är, som han uttrycker saken, till ”för sin egen skull”:

[7] Ibid. s. 74.
[8] Reuterskiöld, 1919, s. 9 f.

> Gemensamt för samtliga dessa grenar [av förvaltning] är dock, att den statliga verksamheten inom dem är till så att säga för sin egen skull, eller med andra ord att denna verksamhet är nödvändig för statens eget bestånd, d. v. s. för möjligheten att öfver hufvud utveckla en statlig verksamhet genom egna organ. Ingen stat kan nämligen existera utan maktorgan för upprätthållande af inre och yttre frid eller för vård om statens eget nödvändiga ekonomiska underlag; och ingen kulturstat, tillhörande visst statssystem, kan heller undvara organ för den lika nödvändiga förbindelsen med andra stater inom statssystemet eller för den egna inre kautelariska och exekutiva rättsvården vid sidan af organen för själfva rättsskipningen.[9]

Att förvaltningsverksamhet bara skulle kunna vara ”till så att säga för sin egen skull” kan se ut som en hädisk tanke idag. Men det han räknar upp är främst fyra saker, som har den karaktären, som ses ovan, förutom rättsskipning: organ för inre och yttre ordning och säkerhet, finansmakt, organ för ”utrikesförhållanden”, organ för kautelariska, ”förebyggande”, och exekutiva åtgärder. Vad Reuterskiöld beskriver är kärnan i den byråkratiska staten, mer om denna nedan.

Medborgarskapet på drift

Men mycket har hänt sedan Reuterskiölds dagar. Maktförskjutningar av olika slag har gjort att nationalstaternas ställning försvagats. Vi kan tala om en förskjutning av makt i två olika riktningar. Dels interna förändringar inom nationalstaterna genom maktförskjutningar, privatiseringar, avregleringar etc. som försvagat staten i sig och centralmakten. Dels externt för de suveräna staterna genom uppkomsten av nya rättsliga ordningar, exempelvis regionalt och globalt.[10]

De externa förändringarna brukar hänföras bland annat till globalisering. Främst åsyftas då sådant som internationell rörlighet för kapital, tjänster och varor; framväxten och tillväxten av globala, regionala och transnationella politiska institutioner; nya typer av sociala nätverk skapade av informationstekniken och slutligen närvaron, tillgängligheten och assimilationen av andra kulturer.[11]

Att vara medborgare har påverkats av dessa nämnda förändringar. Det ekonomiska medborgarskapet påverkas på så vis att när staten och dess

[9] Reuterskiöld, 1905, s. 253.
[10] Wennström, 2010.
[11] Ibid. s. 4 f.

institutioner inte är lika starka kan det vara svårt för den enskilde att hävda sig som rättssubjekt.

Vad gäller det politiska medborgarskapet innebär förskjutningen av makt från nationalstaterna till exempelvis regionala organ som EU en hel del för delaktigheten i beslut.[12] I det välkända Brunnerfallet ställdes detta på sin spets.[13] Tyska författningsdomstolen ifrågasatte starkt EU:s demokratiska legitimitet.

Vad gäller det sociala medborgarskapet har de flesta välfärdsstater upplevt problem med att bibehålla välfärdsstatliga system intakta. Orsakerna till detta har varit såväl ekonomiska som politiska. Politiskt, från 1980-talet och framåt, genom ett ifrågasättande i många länder av välfärdsstaten i sig och dess modeller.

Om vi påminner oss om den nietzscheanska ståndpunkten, som redovisades ovan, så var den att det redan existerande alltid tas i bruk för nya ändamål, utnyttjas för nya syften vilket innebär ny- och omtolkningar. Begreppet medborgare, vill jag hävda, är utsatt för en sådan förändring idag. Mer om detta nedan.

Statens tre ansikten

I takt med att nationalstaternas villkor förändrats har också staten förändrats. I andra sammanhang har jag talat om statens tre ansikten idag.[14] För inte så många år sedan hade staten ett ansikte, den byråkratiska staten. I sig en landvinning, för den byråkratiska staten kan förknippas med industrisamhället och behovet av ordning och reda, förutsebarhet, något så när likabehandling och begränsad korruption. Den byråkratiska staten var en regelstyrd verksamhet där de enskilda tjänstemännen hade ett eget professionellt ansvar.

Men från 1980-talet och framåt har staten också skaffat sig ett nytt ansikte, kontraktsstaten. Det är de interna förändringarna inom nationalstaterna som skapat detta nya ansikte. Genom att allt mer offentlig verksamhet har upphandlats har det offentliga fått en annan uppgift än tidigare. De enskilda tjänstemän som under professionellt ansvar tidigare utförde uppgifter har i allt större grad ersatts av att offentlig verksamhet som sker, så att säga *by proxy,* genom just upphandling. I och med det blir

[12] Se en utförlig diskussion om detta Walker, 2008.
[13] BvR 89/155.
[14] Se exempelvis Wennström, 2014a.

både tjänstemannens och myndighetens uppgifter andra och styrs till stor del av det ramverk som skapats av olika former av upphandlingsregler.

Vi lever idag, sägs det ofta, i ett nätverkssamhälle. För att få saker gjorda måste man därför ”göra saker tillsammans”, heter det. Om verkligen nätverkssamhället är här eller inte är en debatt i sig. Dock kan märkas en uppluckring av den byråkratiska staten, med sina tydliga rågångar och enkla funktionsindelningar, genom att allt mer samarbeten söks, för att få saker gjorda. Samarbeten mellan stat och kommun, mellan olika myndigheter eller mellan offentliga och privata aktörer. Det här är statens tredje ansikte, nätverksstaten, staten som på mer eller mindre jämlik fot agerar med andra.

Nätverksstaten märks i tre riktningar.[15] Uppåt, internationellt till sådant som EU och FN, vertikalt för myndigheter i länder och mellan länder med andra myndigheter och organisationer i dessa länder och ”nedåt” i samarbete med frivilliga och NGO:s. Ett fenomen som NGO:n *Missing people* hade nog exempelvis varit svår att tänka sig på den enbart byråkratiska statens tid.

Public value-rörelsen och medborgarna

1995 publicerade Mark Moore *Creating Public Value: Strategic Management in Government*.[16] Syftet med Moores förslag i boken angående offentlig sektor var att utveckla en teori som skulle kunna användas till att undervisa ledare inom offentlig sektor om offentligt ledarskap och management. Moore kommer, som han säger, med ett djärvt påstående: ”*The task of a public sector manager is to create public value*.”[17] Centralt för hela förslaget Moore kommer med är just begreppet ”värde”.

Moores idéer måste nog ses mot bakgrund av de som sagts här om statens nya ansikten, om det offentligas ändrade roll. Vad Moores idé om värde främst frambringar är ett kundtänkande vad gäller medborgarnas förhållande till det offentliga. I bland annat SOU 2013:40, Att tänka nytt för att göra nytta – om perspektivskiften i offentlig verksamhet, har inriktning anammats.

[15] Wennström, 2013.
[16] Moore, 1995.
[17] Ibid. s. 296.

> Den breda definition av begreppet värdeskapande … kan ses i ljuset av den skolbildning som benämns Public Value och som sedan 1990-talet beskriver även myndigheters verksamhet som just värdeskapande.[18]

Spårar vi de svenska idéerna om värdeskapande offentlig verksamhet vidare hamnar statliga Innovationsrådet i fokus:

> Innovationsrådet har använt begreppet kund som samlande benämning på dem myndigheten är till för, alltså människor, företag eller vad som i situationen är en passande benämning (elev, brukare, asylsökande, boende etc.). Med ”kundorientering” menar Innovationsrådet således en nödvändig, och i många offentliga verksamheter självklar, utveckling där den del av offentlig verksamhet som vänder sig till enskilda hörsammar, tolkar, agerar och även utvecklar verksamheten utifrån kundens behov, förutsättningar och krav.[19]

Public value-idén ger generellt tjänstemän mer makt. Det var också en av Moores utgångspunkter för det ramverk han presenterade, att stärka ledare inom offentlig verksamhet, genom att ge dem verktyg för ”värdeskapande”.

Det kan konstateras att idéerna också uttrycks tidigare i 2010 års förvaltningspolitiska proposition.[20] Sedan har de också tagits upp av myndigheter som Migrationsverket och Försäkringskassan. De är också mycket viktiga för den pågående omorganisationen av Polisen. Den nye rikspolischefen, vilken varit generaldirektör för både Migrationsverket och Försäkringskassan och även ordförande för Innovationsrådet och för utredningen som ledde fram till SOU 2013:40, sa så här i ett tal kort tid efter sitt tillträde som rikspolischef:

> … det offentliga och det offentligas roll i förhållande till medborgarna håller på att utvecklas i Sverige just nu. Jag tror inte att de flesta av er faktiskt har reflekterat över den här rollfördelningen som några av oss andra har gjort.[21]

I en kort essä skriver han i samma ämne dessutom:

> Det statliga Innovationsrådet använder begreppet ”kund” som benämning på de som myndigheten är till för. Det kan nog provocera vissa inom Poli-

[18] SOU 2013:40, s. 54.
[19] Ibid. s. 69.
[20] Prop. 2009/10:175.
[21] Eliasson, 2015a.

> sen. Men många faktorer som brukar användas för att beskriva tjänstekvalitet ur ett kundperspektiv är giltiga för Polisens verksamhet.[22]

Jag kommer nedan att fördjupa mig i vad ett kundtänkande får för konsekvenser för en myndighet som Polisen. Därmed också den nya användningen av begreppet medborgare som synonymt med kund. Dessutom är jag fascinerad av hur relativt enkla och grunda teorier snabbt kan få ett stort genomslag i dagens förvaltningspolitiska debatt och till och med påverka hur myndigheter arbetar.

Medborgarna och polisen

En idé som följer med *public value*-strategin är den att offentliga ledare, tjänstemän, ska söka stöd och legitimitet för sina beslut hos medborgarna som en del i ”kundanpassningen”. En kritik mot Moores idéer har därför varit att han ger en oproportionerligt stor politisk roll till offentliga ledare och därmed undergräver den legitima auktoritet som valda politiska ledare bör ha. Som Rhodes och Wanna uttrycker det hela:

> … if public managers adopt a public value approach they are being asked to rebel against standard politics …[23]

Andra har invänt att Rhodes och Wanna tar i väl mycket i sin kritik.[24] Men jag befarar att deras kritik inte överdriver, snarare tvärt om. I SOU 2013:40 sägs:

> För de verksamheter som har tydliga ”kunder” är en viktig del i verksamhetens legitimitet att ”kundnöjdheten” är tillfredsställande. En nära dialog med dem verksamheten är till för i syfte att förstå de behov som finns och vad som skapar värde för dem är då viktigt.

Det hela låter harmlöst till dess att man kopplar detta till Polisen och den ambition som idag finns att grunda dess verksamhet på sådant som medborgardialog och medborgarlöften. Tillbaka till rikspolischefens tidigare nämnda tal:

[22] Eliasson, 2015b.
[23] Rhodes & Wanna, 2007.
[24] Alford & O’Flynn, 2009.

> Vad är medborgarlöften? Jag ska med några enkla ord tala om vad det är för någonting. Det är Polisens sätt att fråga medborgarna vad det är hos dem som subjektivt skapar otrygghet hur vi kan komma överens … rikta de insatser som behövs för att åtgärda alla de sakerna.[25]

Det som sker med införandet av tanken på medborgarlöften är, enligt min mening, en förflyttning från representativ demokrati mot ”deliberativ” demokrati, så att beslut då fattas efter någon form av rådslag eller överläggning där samtalet, kommunikationen, är i fokus. Frågan är bara, bör polisverksamhet verkligen vara deliberativt grundad? Vi återkommer till den frågan nedan.

Medborgardialoger i sig kan spåras politiskt till olika diskussioner om demokratins ställning idag. Tankar på en ny form av medborgardialog börjar idag ofta med ett konstaterande om att det finns ett demokratiskt underskott. Intresset för att rösta sjunker i många västländer. Färre personer är engagerade i politiska partier. Grunden för den representativa demokratin blir därmed svagare. Till det kommer en oro för marginalisering av vissa grupper av medborgare och hela områden, ja, hela bostadsorter, som leder till att alla inte befaras komma till tals inom ramen för dagens demokrati.

Svaret politiskt på dessa problem har blivit att finna nya former för kommunikation mellan medborgarna och den politiska makten. Dialogen ska, är tanken, fungera stödjande till den representativa demokratin och minska det demokratiska underskottet.

Det är alltså en politiskt förankrad dialog. SKL (Sveriges kommuner och landsting) har engagerat sig i frågan. 2006 startade SKL ett medborgardialogprojekt. 2011 tog SKL sedan ett kongressbeslut på att satsa på medborgardialog.

Men den dialog som Polisen beslutat att införa är av ett annat slag. Det är en dialog utifrån just *public value*-strategin som ett verktyg för de offentliga ledarna att styra en viss offentlig verksamhet.

Tre uppenbara risker med alla form av medborgardialog brukar anges. Dialogerna riskerar att undergräva den representativa demokratin. Urvalet av ”medborgare” som deltar riskerar att inte bli representativt. Möjligheten till manipulation är stor. Manipulationer dels från grupper av välorganiserade medborgare, dels från de tjänstemän som utifrån dialogen ska legitimera sina beslut.

[25] Eliasson 2015a.

Men för att förstå den fulla vidden av problemet med *public value*-idéer, medborgardialog etc. inom polisiär verksamhet måste polisens förhållande till medborgliga rättigheter klargöras.

Polisen och rättigheterna

Polisens uppgifter beskrivs i de två första paragraferna i polislagen. I första paragrafen anges först ett syfte med verksamheten ”att upprätthålla allmän ordning och säkerhet samt att i övrigt tillförsäkra allmänheten skydd och annan hjälp”. I andra paragrafen räknas utan inbördes rangordning upp en rad uppgifter, som att exempelvis att ”förebygga, förhindra och upptäcka brottslig verksamhet och andra störningar av den allmänna ordningen eller säkerheten” och att ”utreda och beivra brott som hör under allmänt åtal”.

Det finns inte någon direkt relation mellan Polisens uppgifter och den enskilde vad gäller dennes medborgerliga rättigheter. Indirekt kan det finnas en sådan på det sätt som Reuterskiöld påpekade om verksamheter som i sig är nödvändiga för staten.[26] Tvärt om påpekas både i syftesbestämmelserna och på andra ställen i polislagen att det är ”allmänheten” som är Polisens främsta kontrapart. Läser man förarbeten etc. ser man att begreppet ”allmänheten” är valt med omsorg och att det är grunden för att ingripanden av olika slag från polisens sida ska kunna få genomföras.

Det sagda förstärks ytterligare av det Reuterskiöld kallar för medborgarskapets passiva sida, ”att medborgaren såsom undersåte är underkastad viss stats personella makthöghet”. Man skulle kunna säga att en stor del av polisens verksamhet är förankrad på medborgarskapets passiva sida. Polisens förhållande till medborgarna har därmed små likheter med ett kundförhållande. Tvärtom är integritet från Polisen och polismannens sida en grundförutsättning för verksamheten. ”Kundanpassning” är inte ett viktigt värde, när det exempelvis gäller att beivra brott eller upprätthålla ordning. I en stor del av polisens verksamhet, exempelvis när det gäller att beivra brott, styrs dessutom denna till stora delar av formella regler i rättegångsbalken och andra bestämmelser som förundersökningskungörelsen. ”Förhandlingsutrymmet” är därvid minimalt.

Idén att förankra Polisens verksamhet utifrån en dialog med ”kunderna” är nog en synnerligen dålig idé. Varför har kundidén då fått sådant genomslag? Det hör nog ihop med andra modeidéer idag angående refor-

[26] Jfr Weber 1948.

mering av offentlig verksamhet, då framför allt idén om processorientering. Processorientering innebär också ett kundtänkande. Så här förklaras det hela på ett populärt sätt:

> Processynsättet innebär att betrakta verksamheter horisontellt samt utifrån och in. I stället för att fokusera på den hierarkiska organisationen med dess funktioner (enheter) med olika uppgifter och mål, ses och förstås verksamheten i termer av processer. Dessa löper i allmänhet horisontellt genom verksamheten oberoende av organisatoriska gränser. Grunden för processynsättet är att betrakta verksamheten utifrån och in, det vill säga med utgångspunkt i de behov processens kunder och andra intressenter har. I offentlig sektor handlar det om medborgarna och företag enskilt (som brukare av välfärdstjänster och samhällsservice) och kollektivt (som medborgare med behov av ett fungerande rättsväsende med mera).[27]

Polisens nya arbetsordning genomsyras av dessa tankegångar om processorientering. Svårigheten är bara den, som redan sagts, att en stor del av Polisens verksamhet baseras på annat. På ett formellt förhållningssätt utifrån rättsstatliga idéer som speglas i polislagens, polisförordningen och rättegångsbalkens utformning. Det för långt att gå in i detalj avseende dessa frågor här.[28] Oroande är det dock att ensidiga idéer, moden, managementtänkande etc. kan få så stor påverkan på diskussionen om hur offentlig verksamhet bör organiseras idag. Ja, även få faktisk inverkan på hur den organiseras.

Tar vi specifikt omtolkningen av begreppet medborgare som kund spär Nietzsches ord ytterligare på oron att: ”Ett begrepps hela historia kan därför sägas vara en fortlöpande kedja av ständigt nya interpretationer och omstöpningar, vilkas egentliga orsaker sinsemellan inte behöver stå i något samband med varandra.”

Håller medborgarskapet på att förvandlas till ett verktyg för makten?

Än har nog inte allt rättighetsskydd slängts över bord men svaret på frågan om medborgarskapet håller på att förvandlas till ett verktyg för makten är att det finns mycket oroande tendenser i tiden.

[27] Stigendal, 2004.
[28] Wennström, 2014b.

Till en del går dessa oroande tendenser att spåra till att dagens statliga utredningsväsende inte håller den klass det en gång gjorde. Därmed blir offentlig verksamhet lätt rov för enkla slagfärdiga teorier som går att fördjupa sig i, så att säga, på en kafferast, som exempelvis offentligt värdeskapande, *public value*. Problemen som dessa teorier säger sig ha ett svar på är visserligen existerande. Staten har ”fått nya ansikten” med allt vad det medför. Men lösningarna som de grunda teorierna erbjuder löser tyvärr inte problemen utan riskerar istället att förvärra dem och skapa nya problem.

Källförteckning

Offentligt tryck

Regeringens proposition 2009/10, 2010 års förvaltningspolitiska proposition

Statens offentliga utredningar 2013/40, Att tänka nytt för att göra nytta – om perspektivskiften i offentlig verksamhet

Rättsfall

Bundesverfassungsgericht, BvR 89/155

Litteratur

Alford John & O’Flynn Janine, Making Sense of Public Value: Concepts, Critiques and Emergent Meanings, International Journal of Public Administration, vol. 32, 3–4, s. 171–191, 2009

Eliasson Dan, Samarbeta, lyssna och tänk nytt i Blåljus i gryningen: Antologi om framtidens Polis, red. Emma Nilsson, Polisförbundet, Falun 2015

Isin Engin, Being Political: Genealogies of Citizenship, University of Minnesota Press, Minneapolis 2002

Kumlien Mats, Uppfostran och straff: studier kring 1902 års lagstiftning om reaktioner mot ungdomsbrott, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 1997

Marshall T. H., Sociology at the Crossroads, Heinemann, London, Melbourne & Toronto, 1963

Moore Mark, Creating Public Value: Strategic Management in Government, Harvard University Press, Harvard Mass. 1995
Nietzsche Friedrich, Om moralens härstamning, Rabén Prisma, Stockholm 1994
Reuterskiöld C. A., Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt III, Samhällsförfattningen, Almqvist & Wiksell Uppsala & Stockholm 1919
Reuterskiöld C. A., Statens moderna förvaltningsuppgifter, Statsvetenskaplig tidskrift 1905 vol. 8, s. 250–269
Rhodes R. A. W & Wanna John, The Limits to Public Value, or Rescuing Responsible Government from the Platonic Gardens, Australian Journal of Public Administration, vol. 66, 4, 2007, s. 406–421
Walker Neil, Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders, International Journal of Constitutional Law vol. 6, 2008, s. 373–96
Weber Max, Max Weber: Essays in Sociology, Routledge and Kegan Paul, London 1948
Wennström Bo, Rättens individualisering: Mot en ny juridisk antropologi, Juridiska fakulteten, Uppsala 2005
Wennström Bo, Rättens nya landskap, Uppsala Faculty of Law, Working papers 2010:4, Uppsala 2010
Wennström Bo, The Horizontal State: States and Agencies in a World Whithout Boundaries, i Aspects of sovereignty, red. Per Sevastik, Martinus Nijhoff Publishers, s. 143–160, Leiden 2013
Wennström Bo, Svensk polis: Pusselbiten som inte passar in, Jure, Stockholm 2014

Övriga källor

Eliasson Dan, Tal hållet vid Brås konferens Råd för framtiden 24 mars 2015, http://www.bra.se/bra/forebygga-brott/arbeta-kunskapsbaserat/rad-for-framtiden/rad-for-framtiden-2015.html
Stigendal Lars, Processbaserad verksamhetsstyrning i offentlig sektor, Kvalitetsmagasinet 2, http://kvalitetsmagasinet.se/processbaserad-verksamhets-styrning-i-offentlig-sektor/, november 2004
Wennström Bo, Vad bråkar de om? http://www.polisprofessorn.se, november 2014

Victoria Enkvist

Spegel, spegel på väggen där, säg mig vad gällande rätt egentligen är

> Det brukar sägas att tolkning är svårt, och man kan fråga sig vad som egentligen menas med det. Det är i så fall, märk väl, en tolkningsfråga, och då kan vi säga, som alltid när det är fråga om tolkning, att svaret måste vara beroende av sammanhanget. Sammanhanget kan variera.[1]

En vanlig utgångspunkt i rättsvetenskapliga studier är att rättsvetare undersöker vad som *är* gällande rätt. Redan på juristprogrammets första termin får nyblivna studenter lära sig att gällande rätt är vad som kan utläsas av de olika rättskällorna. Rättskällor är i detta avseende lagbestämmelser, förarbetsuttalanden, rättspraxis, sedvänjor samt juristers och andra experters uppfattningar.[2] Rättskällorna är därmed både ett redskap och det objekt som skall tolkas.

Fokus i denna text är förarbetenas roll i den gällande rätten, på grund av att de har en central roll i det svenska rättssystemet. I sökandet efter *gällande rätt* är förarbeten en intressant källa eftersom den är skapad i det förflutna och ändå är avgörande i tolkningen och tillämpningen av rätten idag.

Ett exempel på när äldre förarbeten tillmäts stor vikt är fri- och rättigheterna i regeringsformens andra kapitel. Förarbetena är från mitten av 1970-talet men trots att det närmare 50 år gamla är de vägledande för hur fri- och rättigheterna i vår grundlag tolkas och tillämpas idag vid såväl lagstiftning som tillämpning av lag.[3]

[1] Samuelsson J, Tolkningslärans gåta s. 20.
[2] Strömholm S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 321.
[3] Enkvist V, Religionsfrihetens rättsliga ramar s. 28.

Rättskällorna

Den skrivna lagen är det som i första hand skall tolkas. Det är också den viktigaste rättskällan bland annat med hänvisning till legalitetsprincipen. I 1:1 st. 3 RF där legalitetsprincipen uttrycks, framgår att normens innehåll ska framgå av lagtexten. En tolkning av lagens ordalydelse kan ibland göras genom att läsa lagtexten.[4] Ordalydelsen kan dock vara vag och språkligt sett kan ordalydelsen vara tydlig men betydelsen av orden svårförståelig, vilket kan sägas vara fallet med en del av rättighetsreglerna i 2 kap regeringsformen. Det gäller bland annat 2:1 p. 6 RF, vilket är den regel som denna text kommer att handla om. Bestämmelsen stadgar om rätten till religionsfrihet.

Eventuella otydligheter i lagens ordalydelse kan ibland klargöras av en genomgång av förarbetena. Förarbetena har sin plats högt uppe i rättskällehierarkin bland annat på grund av att motiven till den föreslagna lagen och dess utformning brukar finnas angivna i förarbetena. Där kan också anvisningar och rekommendationer hur lagen bör förstås i olika situationer återfinnas.[5]

> I förarbetena finns ofta upplysningar, som gör det lättare att få grepp om den verklighet lagen är avsedd att reglera och förstå lagens funktion i denna verklighet.[6]

Vad betyder då detta? Vilken verklighet avses egentligen och hur ska citatet egentligen förstås, verkligheten vid lagens tillkomst eller den verklighet som finns i nuet? Det kan vara en viktig distinktion. Genom förarbetena får läsaren grepp om lagstiftarens verklighets(be)skrivning av den tid i vilken förarbetet kom till. Hur kan då detta vara viktigt när det gäller att finna vad som är *gällande* rätt nu?

Förarbeten är i visst måtto barn av sin tid och att använda gamla förarbeten i moderna sammanhang kan ge upphov till diverse problem. Exempelvis kan de syften som ansågs legitima vid förarbetets skapelse vara utdaterade vid eventuell tillämpning ett halvt sekel senare.

Men varför har då förarbeten ansetts och anses än idag vara så betydelsefulla i det juridiska hantverket? Anledningarna är många. Ett starkt

[4] Bull T, Mötes- och demonstrationsfriheten s. 319. Se även Strömholm S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 334.
[5] Lehrberg B, Praktisk juridisk metod s. 83.
[6] Lehrberg B, Praktisk juridisk metod s. 83.

argument för förarbetenas betydelse är kopplingen till lagstiftningsprocessen och de folkvalda. Förarbeten är så att säga uttryck för lagstiftarens vilja och visar grundläggande värden i samhället i det ögonblick som lagen antogs. Förarbeten kan sägas ge en bild av hur lagstiftaren förstod verkligheten i det ögonblick förarbetet skrevs.

Vi återgår till exemplet med rättighetskapitlet i RF. Här kan sägas att förarbetena liksom regleringarnas utformning är resultat av politiska kompromisser. Syftet med rättighetskapitlet i 1974 års regeringsform var att kodifiera det då gällande rättsläget enligt praxis, vilket medförde att likheten mellan vanlig lag och grundlag blev stor.[7] Även om syftet var att kodifiera praxis var det svårt för lagstiftaren att nå politisk enighet vid rättighetskapitlets tillkomst, vilket kan vara förklaringen till att det sägs mycket lite om hur reglerna skall tolkas och tillämpas. Bristen på information om hur specifika regler såsom till exempel religionsfriheten ska tolkas och tillämpas gör att också den text som finns i förarbetena måste tolkas och förstås med utgångspunkt i hur samhället såg ut då och vilken roll religionen och minoritetsgrupper hade i samhället.

Även om förarbetenas betydelse har haft och har stor betydelse i rättstillämpningen har de dock, i och med en alltmer internationell rättsmiljö, kommit att försvagas och förändras. En av anledningarna är att den internationella rätten har kommit att få allt större betydelse och påverkan på det inhemska systemet. Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR) ett exempel på ett rättighetskomplex som rättstillämparen har att ta hänsyn till inte minst på grund av att EKMR sedan 1995 är svensk lag. Konventionen brukar beskrivas som dynamisk och föränderlig då rättigheternas betydelse förändras genom Europadomstolens praxis. De förarbeten som finns till konventionen tillmäts i princip ingen betydelse.[8] Enligt 2:19 RF får inte lag som strider mot EKMR stiftas och redan befintliga lagar ska tolkas konventionskonformt, vilket till viss del utmanar svenska förarbetens ställning som rättskälla.

[7] Bengtsson B, Om expropriation och grundlagstolkning i Festskrift till Henrik Hessler s. 38 f.

[8] Cameron I, An Introduktion to the European Convention on Human Rights s. 71.

Religionsfriheten – ett exempel

Ett exempel på en bestämmelse när såväl tolkningsproblem som legitimitetsproblem har uppstått på grund av tid och förändrad diskurs är regleringen av religionsfriheten i regeringsformen. Ordalydelsen i RF 2:1 p. 6 är från 1974:

> Var och en är gentemot det allmänna tillförsäkrad frihet att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion.

Är det alltid möjligt att avgöra vad som avses med ordalydelsen? 2:1 p. 6 RF kan tyckas tydlig men vad betyder egentligen ”frihet”, ”religion”, och ”utöva i 2:1 p. 6 i RF?

Om vi börjar med begreppet religion i lagtexten. Vad betyder det? I förarbetena till rättighetskapitlet uttrycks att alla stora religioner omfattas av regleringen men också mindre välkända religioner torde omfattas. I lagtexten finns det inte en juridisk generellt användbar definition, vilket bland annat kan bero på att det inte finns någon entydig bild av vare sig religion eller religionsfrihet. Ett annat problem med en juridisk gångbar religionsdefinition är att om definitionen ska omfatta olika former av religion krävs en vid och ur juridiskt hänseende tämligen intetsägande definition. En snävare och mer ”juridiskt givande” definition riskerar att stänga ute alltför många olika religiösa grupper och sammanslutningar som egentligen borde kunna betecknas som religiösa.

Det kanske inte är nödvändigt att definiera religion för att kunna diskutera religionsfriheten men förståelsen varierar beroende på vilken förförståelse läsaren har och vilken utgångspunkt som finns i grunden, samt kanske också vilken fråga som ställs och i vilket sammanhang den ställs. Möjligen kan det skapas en förståelse av religionsfriheten inte genom att försöka avgöra vad det *är* utan genom vad det *inte är*.[9]

Nästa begrepp som ställer till problem i 2:1 p. 6 RF är ordet utöva. Den tolkning som antyds i förarbetena står i direkt konflikt med ordalydelsen i regleringen vad gäller utövabegreppet, i varje fall ur ett allmänspråkligt perspektiv. Lagtexten ger sken av att det finns en absolut rätt att utöva sin religion. Vad skriver de i förarbetena?

Här kan vi tolka förarbetena till andra kapitlet i RF på olika sätt. Det första är att den oenighet om rättighetsreglernas innebörd som rådde vid tillkomsten inte speglar dagens samhälle och lagstiftare, varför förarbe-

[9] Andersson H, Barthesianska mediationer s. 84.

tena inte kan ges en alltför betydande roll vid lagtolkningen.[10] Förarbetena kan dock inte negligeras helt då de har en framträdande ställning i den svenska rättskällehierarkin. I och med att rättighetsreglerna sågs över 2010 är emellertid argumentet mot att tillmäta förarbetena från 1974 på grund av ålder inte lika tungt vägande idag som tidigare. Om lagstiftaren hade velat ändra på något hade dessa ändringar genomförts vid grundlagsrevisionen år 2010.

Språkets betydelse

Vad säger förarbetena om religionsbegreppets betydelse i grundlagsregleringen och vad avses egentligen med begreppet utöva? Vad var lagstiftarens syfte?

Vad säger texten och kan texten förstås på olika sätt? Här är språket avgörande. Hur har språket och begreppen har använts i förarbetena? Det är bland annat med språkets hjälp som juristen, ja inte bara juristen, utan människor i allmänhet uttrycker sina åsikter. Språket används för att förmedla en ståndpunkt och i texter, såväl i allmänna som juridiska texter.[11]

Beroende på vilka begrepp som används förmedlas ett budskap både direkt genom det uttalade men också indirekt genom det outtalade. Med andra ord påverkar både det medvetna och omedvetna språket den rättsliga diskursen. Mot bakgrund av det ovan sagda kan förarbetena sägas erbjuda *en* form av verklighetsbeskrivning. I och med att förarbetena används som stöd i den juridiska tolkningsprocessen kan det vara värt att ibland fundera på vilken verklighetsbild som förmedlas av vem och i vilket syfte.[12] Närmare bestämt, vem säger vad och varför?

Hur olika begrepp uppfattas är beroende av beskrivaren men också av läsaren och dennes förförståelse. Den som närmar sig texten i till exempel förarbetena, i ett vetenskapligt syfte, kan bland annat fundera över om ordvalen medvetet gjorts av beskrivaren för att markera olika värderingar. När det gäller religionsfriheten ger varken lagtext eller förarbetena till rättighetskapitlet i regeringsformen tydliga svar. För att få en indikation på hur religionsfriheten har tolkats och tillämpats finns det därför anledning att undersöka hur religionsfriheten har tolkats när lagstiftning som berör religion har stiftats. Ett exempel på detta kan bland annat återfin-

[10] Bull T, Mötes- och demonstrationsfriheten s. 320.
[11] Bull T, Mötes- och demonstrationsfriheten s. 296 ff.
[12] Andersson H, Barthesianska mediationer s. 77.

nas i förarbetena till såväl omskärelselagen som till en utredning rörande religiöst motiverad slakt. I dessa förarbeten används begreppet rituell för att beskriva religiöst motiverade utövanden. Användningen av begreppet rituell fick kritik bland annat från de religiösa grupper som berördes. I ett remissvar gällande Statens Jordbruksverks rapport om slakt av obedövade djur uttryckte bland annat de judiska församlingarna att ordet ”ritualslakt” är förkastligt eftersom konstruktionen, enligt jordbruksverket, är gjord för att leda tanken till ritualmord.[13]

Vilka ord som används företeelser påverkar hur företeelsen ifråga uppfattas. En del av de ord och begrepp som har använts av lagstiftaren när det gäller vissa företeelser kan, som ovan påvisats, tolkas både negativt och positivt. Valen av begrepp kan avslöja förutfattade meningar hos lagstiftaren. Även om slutresultatet, det vill säga tolkningen och tillämpningen av en lag skulle blivit densamma oavsett vilket begrepp som används kan begreppsanvändningen få konsekvenser för själva synen på rättigheten och den fortsatta synen på rättigheten.

Avslutande kommentar

Förarbeten är en bra illustration av hur lagstiftaren har sett på religionsfrihet vid olika tidpunkter. Förarbeten kan ses som ideologiska texter och speglar i så måtto lagstiftarens syn på världen. Det huvudsakliga syftet med förarbeten kan sägas vara att lyfta fram argument som rättfärdigar olika politiska handlingar. Förarbetena erbjuder mot bakgrund av detta läsaren en kunskap och insikt i lagstiftarens syn på omvärlden.

Förarbeten är så att säga barn av sin tid i den meningen att de är skrivna i den kontext som den aktuella lagen kom till. Förarbetena erbjuder därför ett material för den som vill spåra de juridiska och politiska argumenten för och emot frågan som behandlas och hur dessa argument har förändrats över tid.

Den rådande diskursen kan förändras men förarbetena kom till i en specifik diskurs vilken är cementerad i det skrivna ordet Legitimitetsproblem kan uppstå när förarbetena inte passar in i den kontext och diskurs som verkligheten utgör i nuet. Samtidigt utgör det som varit en viktig beståndsdel i förståelsen av nuet, vilket gör förarbetena till en viktig del av förståelsen för rätten. För att kunna genomföra till exempel systematisk

[13] SOU 1999:9 s. 12 och prop. 1987/88:93 s. 28.

tolkning, ändamålstolkning och även teleologisk tolkning är en övergripande kunskap om bakomliggande värden en förutsättning.

Rättspraxis, framför allt från prejudicerande instanser, och doktrin väger upp risken för att rätten ska bli alltför statisk. Dessa rättskällor har också sitt ursprung i förarbetena då hänsyn tas till förarbetena när praxis och doktrin utarbetas. När språket inte är tillräckligt tydligt i förarbetena krävs det tolkning för att läsaren ska förstå. Även förarbeten måste således tolkas. Juridisk tolkning är ”Att tolka är att försöka respektera texten och att försöka komma fram till vad texten egentligen betyder.”[14] Det kräver en reflektion över samspelet mellan politik och juridik och genom detta samspel blir det tydligt att juridik inte är något som *är* utan något som *blir*, något som formas över tid.

Avslutningsvis kan sägas att ord är makt och ord ger möjlighet att skapa och påverka normer. Lagstiftarens roll är att skapa normer, vilket den gör på olika sätt. Ett sätt är att beskriva och forma verkligheten på det sätt som den finner vara bäst.

[14] Samuelsson J, Melander J, Tolkning och tillämpning s. 68.

Mats Larsson

Staten och styrningen av svenska banker

Utveckling av företagande och näringsliv har varit direkt kopplade till samhällets institutioner. Lagstiftning och andra offentliga regelverk var avgörande för industrialismens framgångar samt tillkomsten av företag och en fungerande marknad. Men i det samhälle som växt fram har staten haft flera roller att fullgöra. Den finansiella marknaden och bankerna har både ur utvecklings- och regleringsperspektiv haft en särskild position. Genom banker har sparkapital ackumulerats och gjorts tillgängligt för låntagare som jordbruk, företag och offentlig verksamhet – det vill säga grunden för den ekonomiska tillväxten. Detta har resulterat i ett särskilt intresse för banksystemet från statsmakternas sida. Framväxten av ett styrande regelverk kombinerades med andra både direkta och indirekta åtgärder, vilka ibland verkade i samma riktning och ibland motverkade varandra.

Syftet med detta kapitel är att lyfta fram statens olika roller i det finansiella systemet för att analysera den långsiktiga interaktionen mellan dessa – särskilt relationen mellan statens roll i regelutvecklingen och andra roller som staten intagit på den finansiella marknaden. Särskild uppmärksamhet kommer också att ägnas åt händelser som påverkat regelutformningen.[1]

Denna långsiktiga analys av banksystemets institutionella omvandling utgår från tillkomsten av bankrörelselagen från 1903. Denna var principiellt viktig eftersom den tillkom samtidigt med införandet av Riksban-

[1] Huvudobjektet för analysen i detta kapitel är de svenska affärsbankerna, men dessa diskuteras utifrån sin position på finansmarknaden som utöver banker även innefattar aktörer som till exempel hypoteksinstitut, finansbolag och försäkringsbolag.

kens ensamrätt för sedelutgivning, och dessutom innehöll ett flertal nya regler. Analysen sträcker sig över ett sekel och innefattar således flera genomgripande revideringarna av bankrörelselagen, samt införandet av den så kallade riksbanksregleringens bestämmelser som i början av 1950-talet var utformade som frivilliga överenskommelser mellan Riksbanken och finansmarknadens aktörer, men som med tiden även blev lagstadgade.

Statens roller i det finansiella systemet

Karaktäriseringen av det finansiella systemet utgår vanligtvis från systemets marknader och aktörer och relationen mellan dem. Oftast skiljer man mellan bank- och marknadsorienterade finansiella system. Det som då avgör systemets tillhörighet är hur näringslivets finansiering är organiserad. Om företagen har ett stort beroende av lån från framför allt banker för sin finansiering är systemet bankorienterat. Om företagen däremot förlitar sig på emittering av olika värdepapper – som aktier, certifikat eller obligationer – brukar det finansiella systemet betecknas som marknadsorienterat. Den principiella skillnaden mellan dessa två finansiella system illustreras av bankernas roll. I det bankorienterade system har bankerna en viktig roll som mellanhand för att omfördela kapitel mellan sparare och låntagare – framför allt företag. Ofta har bankerna i detta system också omfattande insyn i företagens verksamhet och kanske även delägande. I det marknadsorienterade systemet sker företagens kapitalanskaffning direkt genom kontakter med köpare av företagets värdepapper. Bankerna fyller dock en funktion som ”market maker” för att underlätta för företagen att etablera kontakter med blivande intressenter i företaget och bidra till att ge bolaget legitimitet. I ett globalt perspektiv brukar länder som USA och Storbritannien betraktas som marknadsorienterade medan Tyskland, Japan och Sverige ansetts vara bankorienterade. Under 1900-talets sista decennier skedde emellertid en förskjutning i de globala regelverken så att det marknadsorienterade inslaget ökade i ett flertal nationella finansiella system.[2]

Vilket finansiellt system som utvecklas i ett land påverkar också utformningen och användningen av statens roller. Om ett finansiellt system är starkt beroende av bankerna växer behovet av att skydda dessa från

[2] SOU 1988:38 bilaga 12. Hörngren, Viotti, Myhrman & Eliasson (1987).

fallissemang eller andra problem, vilket kan påverka regelverkens utformning men även aktivera andra av statens roller i systemet.[3]

Det statliga intresset för finansmarknaden i allmänhet och bankerna i synnerhet utvecklades kraftigt mot slutet av 1800-talet. Det var också under denna period som statens positioner eller roller i det finansiella systemet definierades. Ansvaret för bankverksamhetens regelverk är en av statens viktigaste roller. Oavsett vilken typ av finansiellt system som utvecklats i ett land syftar dessa regelverk till att underlätta och effektivisera transaktionerna i systemet. Men en viktig restriktion är att regelverken samtidigt måste ta hänsyn till det finansiella systemets stabilitet. I Sverige har detta framför allt yttrat sig i olika skydd för systemets småsparare, det vill säga olika begränsningar av de risker som är förknippade med sparares insättningar hos bankerna. För att reglerna ska efterlevas är det också viktigt att de inte strider mot samhällets normer.[4] Men detta betyder inte att lagstiftningen är oföränderlig utan att regelverken måste anpassas för att inte bli otidsenliga. Detta visas bland annat av introduktionen av regelverk för nya finansiella instrument på 1980-talet.

Statens roll som kontrollör av det finansiella systemet är nära relaterad till ansvaret för marknadens reglering. Kontrollaspekten är direkt kopplad till regelverkens struktur och tillkomsten av Bankinspektionen är också reglerad i lagstiftningen. Redan under 1870-talet införde staten via en enklare kontroll av bankerna genom finansdepartementets och därefter civildepartementets försorg. Successivt utökades denna kontroll för att 1907 resultera i inrättandet av Bankinspektionen som ett särskilt ämbetsverk. Detta förbättrade avsevärt möjligheten till en effektiv kontroll av bankernas verksamhet, vilket var nödvändigt efter tillkomsten av 1903 års bankrörelselag. Införandet av den nya bankrörelselagen 1911 stärkte ytterligare behovet av en väl fungerade kontrollorganisation. Bankernas verksamhet hade nämligen vuxit avsevärt samtidigt som regelverken blivit mer detaljerade. Men inspektionen hade också en normerande roll genom ansvaret för att tolka lagstiftningens intentioner och klargöra oklarheter. I samband med 1900-talets finansiella kriser aktiverades inspektionen ytterligare. Efter kriserna 1907–08 och i början av 1920-talet gjordes omfattande analyser av krisernas utveckling på initiativ av bank-

[3] Larsson (1998), s. 25–30. Benämningen statliga roller omfattar olika typer av statliga aktiviteter från regering och riksdag till Riksbank och Bankinspektion.

[4] Zysman (1990), Larsson (1998).

inspektören, vilka framför allt utvärderade de bankbolag som drabbats av kris men även regelverkens utformning och inspektionens arbete.[5]

Trots regelverk som skyddar bankerna i det finansiella systemet och kontroll av marknad och verksamhet, har det inte gått att undvika finansiella kriser. Förutom kriserna 1907–08 och på 1920-talet har den svenska finansmarknaden drabbats av kriser på 1930-talet, 1990-talet och 2008–09. Med undantag för kriserna 1907–08 och 2008–09 har staten tvingats gå in med direkt lån för att förhindra en kollaps för en eller fler av marknadens aktörer. Staten har således även haft en roll som ”lender of last resort”, det vill säga som garant för det finansiella systemet och dess funktion. Statens självpåtagna ansvar har inte primärt gällt aktörerna utan det finansiella systemets funktion. Å andra sidan skulle en eller flera okontrollerade konkurser bland bankerna minska allmänhetens förtroende för aktörer och system, och risken för att bankernas insättare skulle ta ut sina innestående medel skulle öka – vilket påtagligt skulle förvärra krisen. Staten har dock inte något primärt intresse av att försvara bankernas ägarkapital, utan krediter till ägarna – till exempel genom garantier för ägartillskott – är ofta det mest effektiva sättet att även skydda det finansiella systemet. Statens roll som det finansiella systemets garant är inte och kan inte vara officiell och känd i förväg. Om den vore det skulle risken för att bankerna agerade opportunistiskt öka, eftersom de hade vetskap om att de kunde förvänta stöd från staten i händelse av ekonomiska problem. Det statliga finansiella stödet har av tradition riktats till bankerna. Skälet till detta har varit bankernas centrala position för en fungerande finansmarknad – jämfört med andra finansiella aktörer – samt bankernas viktiga funktion som mottagare av insättningsmedel från privatpersoner och banker, vilket förutsätter att tilltron till systemet och dess aktörer kan upprätthållas.[6]

Staten har i Sverige också haft rollen som ägare i det finansiella systemet. Ägarrollen kan aktiveras som en konsekvens av brister på marknaden eller som en medveten önskan att förändra sammansättningen av aktörer på marknaden. I Sverige har det funnits flera anledningar till varför staten gått in som ägare till bankverksamhet. När Postsparbanken bildades på 1880-talet var det framför allt för att uppmuntra nysparandet och ge landsbygdsbefolkningen bankservice. Från socialdemokratiskt håll

[5] Söderlund (1964) s. 6–8. SFS 1911:74. SFS 1903:101. Sjögren (1994). Benckert (1976).

[6] Larsson (1998) s. 33–34. Larsson & Sjögren (1995). Guttentag & Herring (1983).

fanns under 1920-talet en politisk önskan att driva en offentlig bankverksamhet i motsats till privatbankerna, men det var inte detta som gjorde att staten faktiskt gick in som bankägare. Det var istället den finansiella krisen som 1923 – av rädsla för en mer omfattande bankkollaps – gjorde att staten tvingades ta över Svenska Lantmännens Bank och bilda Jordbrukarbanken, vilken ombildades till Kreditbanken 1950. I likhet med andra affärsbanker arbetade denna bank på den öppna marknaden, men samtidigt utnämndes Kreditbanken till statlig anvisningsbank vilket gav en stabil grundmarknad för banken. Samtidigt sågs det statliga bankägandet från den socialdemokratiska regeringen som en viktig motvikt till andra banker och ett sätt att stimulera konkurrensen.[7]

Drivkraften bakom statens ägarengagemang i banksektorn är delvis en konsekvens av behovet av finansiella tjänster. Beställarrollen skulle kunna vara helt fristående från övriga roller, men i ett historiskt perspektiv har den kopplats samman framför allt med ägarrollen. Under 1800-talet fylldes statens behov av finansiella tjänster av Riksbanken. Men allteftersom denna renodlade sina centralbanksfunktioner minskade den kommersiella verksamheten i betydelse. Från mellankrigstiden ökade statens behov av finansiella transaktioner påtagligt och än mer tydligt blev detta när transfereringssystemen i ekonomin ökade i betydelse efter andra världskriget. I 1950-talets ekonomi framstod den statliga användningen av en egen affärsbank för sina transaktioner som helt naturlig, men med tiden omvärderades detta synsätt och från 1980-talet skedde även en renodling av statens roll som beställare av finansiella tjänster och ägarrollen. Privatiseringen av den statliga affärsbanken har dessutom skett gradvis.[8]

Denna korta beskrivning av statens roller på finansmarknaden visar att staten inte är någon monolit. Även om man kan se utformningen av finansmarknadens regelverk som en av statens absoluta huvuduppgifter, måste denna roll betraktas i sitt sammanhang, det vill säga i relation till andra statliga uppgifter. Genom sina olika roller kan staten komma att representera motstridiga intressen. Situationen kompliceras också av att statliga aktörer samtidigt kan inta flera roller på marknaden. Riksbanken har således varit en aktör på den kommersiella marknaden samtidigt som man ansvarat för delar av regelutformning och statlig maktutövning. Bank- och senare Finansinspektionen har också intagit en mellanroll genom att man dels uttolkat regelverken och efterlevnaden av lagstift-

[7] Eliasson & Larsson (1992). Klahr (1988). Samuelsson (1978).
[8] SOU 1949:13. Larsson (1998) s. 30–31.

ningen, samtidigt som man diskuterat marknadsutvecklingen med bankerna och fungerat som en organisation vars intressen delvis sammanfallit med bankerna.

Relationer mellan statens roller

Det statliga ansvaret för samhällets institutioner är grundläggande för en stabil ekonomisk utveckling. Detta gäller inte minst det regelverk som utformats för banker och bankmarknad. Rollen som ansvarig för bankregleringen kan uppfattas som överordnad övriga roller. Detta visas bland annat av att Bankinspektionens funktion regleras i banklagstiftningen och den statligt ägda banken är underordnad lagstiftningen. Rollen som garant är däremot inte reglerad i lagstiftning utan aktiveras när situationen så kräver. Detta sker då genom särskilda förordningar som antas av riksdagen.

Statens roller som regelansvarig, kontrollör och garant är naturligt nära förbundna med varandra. Vid finansiella kriser intensifieras Bankinspektionens kontroller för att i tid kunna motverka de problem som kan uppkomma på marknaden. Inspektionens snabba agerande visades både under krisen 1907–08 och 1920-talets kris. Efter båda dessa krisperioder redogjorde bankinspektörerna noggrant för sitt arbete med att rädda problemtyngda banker från konkurs. Detta innebar bland annat hjälp med omorganisation av bankers verksamhet och förmedling av kontakter.[9] Vid finansiella kriser aktiverades relationerna mellan reglerings-, kontroll och garant rollen, med det gemensamma målet att lösa de finansiella problemen. Insatserna förfaller ha koordinerats på flera nivåer; regering, Riksbank och Bankinspektion, men själva aktiveringen av rollen som garant föll på regering och riksdag.

Kriser leder ofta till en översyn av regelverken. Både efter det tidiga 1920-talets deflationskris och efter 1930-talet Kreugerkrasch tillsattes utredningar som gjorde bedömningar av vilka problem som drabbat det finansiella systemet och vad som kunde göras för att komma tillrätta med problem. Efter 1920-talets kris skedde en viktig inskränkning i bankernas rätt att äga och handla med aktier under eget namn – som hade införts i 1911 års bankrörelselag. Detta var inte särskilt förvånande eftersom spekulationer i aktier under 1910-talet framstod som en viktig orsak till kreditförlusterna i början av 1920-talet. Efter Ivar Kreugers självmord

[9] Benckert (1976), Sjögren (1994).

i mars 1932 och genomlysningen av Kreugerkoncernens engagemang avskaffades bankernas aktieförvärvsrätt helt. Sambandet mellan bankernas kreditförluster och aktiespekulation var emellertid inte lika tydliga som efter 1920-talet kris, utan förändringarna i regelverken ska snarast ses som ett försök att allmänt minska riskerna i systemet. Detta var viktiga förändringar i regelverken som innebar en återgång till den politik som funnits före 1911, men på flera områden gjordes inga förändringar i regelverken trots att de varit upp till diskussion. Några ytterligare krav på reglering av lånesäkerheter infördes således inte och inte heller infördes några restriktioner på enhandskrediter – trots att Kreugerkoncernen stått för nästan 30 procent av Skandinaviska Bankens utlåning.[10] Inom dessa områden behölls istället en stark självreglering, vilket var en fortsättning på den tradition som funnits rörande bankernas utlånings- och placeringsstrategi.[11]

Samtidigt innebar bankernas självreglering att Bankinspektionens roll för att normera bankverksamheten aktiverades. Genom insamling av statistiskt material från bankerna och platsbesök på bankkontoren fick inspektionen en nära kontakt med aktörerna på marknaden. Trots inspektionens kontrolluppdrag kunde de fungera som en samtalspartner för bankerna och med ”mjuka åtgärder” bidra till att utveckla säkerheten på finansmarknaden.[12] Samtidigt kunde detta innebära att bankernas självreglering begränsades och att tillgången på konkurrensmedel blev sämre.

Några år efter andra världskriget genomgick det finansiella systemet en institutionell omvandling som förändrade relationerna mellan flera av statens roller. För att underlätta den statliga – socialdemokratiska – politiken efter andra världskriget infördes gradvis en strikt reglering av alla finansiella instituts utlåning och placeringar. Ansvarig för denna politik var Riksbanken, men denna agerade inte självständigt utan utifrån politiska prioriteringar motiverade av regeringens politik. Detta innebar att Riks-

[10] SFS 1911:74. Larsson & Lönnborg (2014). SFS 1921:310,

[11] Bakom 1903 års bankrörelselag fanns en önskan att behålla självregleringen på bankmarknaden. Detta visades bland annat av bankinspektör Robert Benckerts uttalande på Nationalekonomiska föreningen 1903. Benckert, som var en av de ansvariga för 1903 års bankrörelselag, konstaterade då i och med att lagstiftningen presenterades att det inte var önskvärt att tvinga fram ett visst beteende hos bankerna. Istället borde bankerna självmant förstå och ändra sin verksamhet i de situationer den inte var sund. Detta uttalande visar också på Bankinspektionens dubbla relation – kopplad till både reglering och marknad i det finansiella systemet. Affärsvärlden nr 15, 9 april 1903.

[12] Rooth (1988).

bankens traditionella roll att upprätthålla ett stabilt penningvärde kompletterades med nya uppdrag och styrmedel och således även en ny roll i det finansiella systemet. För att styra kapital till de av regeringen prioriterade samhällssektorerna – främst elkraftutbyggnad och bostadsbyggande – infördes regler som starkt begränsade bankernas utlåningsmöjligheter. Denne kreditstyrning kompletterades med maximi- och minimiräntor vid såväl ut- som inlåning, som fastställdes av Riksbanken. Detta innebar att bankerna i stort sett förlorade möjligheten att konkurrera med räntan och att tillgången på kapital på den öppna marknaden begränsades. Istället gick en ökad andel av bankernas kapital till placeringar i statens och bostadsinstitutens obligationer. Dessa regleringar infördes gradvis under början av 1950-talet som ”frivilliga överenskommelser”, men kom sedan att kodifieras i ett flertal specialregler 1962.[13]

Detta nya regelsystem stod i direkt motsatsförhållande till bankrörelselagstiftningens intention där reglerna framför allt riktades mot att skydda insättarkapital och garantera företagens ekonomiska stabilitet, medan utlåning, placeringar och räntesättning lämnades åt bankernas självreglering. För bankerna innebar den nya marknadssituationen att man ställdes inför nya regelverk som inte alltid var helt tydligt utformade från Riksbankens sida.[14] Detta gjorde att bankernas möten med Riksbankens ledning kompletterades med separata möten mellan enbart affärsbankerna för att diskutera och förstå Riksbankens intentioner och även komma överens om räntesättningar. Som en följd av de striktare reglerna blev Bankinspektionens verksamhet alltmer kontrollerande.

Riksbankens regleringsåtgärder dominerande finansmarknaden fram till tidigt 1980-tal då de – inför en anpassning till den internationella marknaden – snabbt avskaffades, Denna så kallade avregleringen av den svenska finansmarknaden var egentligen inte alls någon avreglering utan innebar en återgång till de traditionella styråtgärder som kodifierats i den nya bankrörelselagen från 1955, vilken i stora delar överensstämde med 1911 års bankrörelselag.[15]

Statens roll som ägare på finansmarknaden har en direkt koppling till statens roll som garant. I samband med 1920-talets finansiella kris inrättades ett särskilt institut – kreditkassan – för att hjälpa affärsbanker i nöd.

[13] Larsson (1998).

[14] Jonung (1993). Efter affärsbankernas separatmöten publicerades ofta ränteöverenskommelserna i svenska dagstidningar.

[15] SFS 1911:74, SFS 1955:183.

Ett flertal banker fick på detta sätt tillgång till garantikapital som möjliggjorde rekonstruktioner. För en bank ansågs dock situationen så besvärande att traditionella räddningsåtgärder borde undvikas. Istället kom staten att gå in som ägare till den ombildade Jordbrukarbanken. Denna banks rörelse slogs i början av 1950-talet samman med kontor som övertogs från konkurrentbanker och ombildades samtidigt till Kreditbanken, som var den statliga anvisningsbanken.[16] Den statliga affärsbanken skapades således som en konsekvens av statens roll som garant.

Den statliga bankens verksamhetshistoria har, som konstaterats, varit nära kopplad till statliga beställningar av finansiella tjänster. I detta ligger en inneboende motsättning – är det effektivt att vara både beställare och leverantör? Denna fråga har inget självklart svar utan kan framför allt utifrån teoretiskt perspektiv ifrågasättas. En bank som vet att de har en stabil kundkrets är inte särskilt motiverade att effektivisera verksamheten och kanske till och med kan tänka sig att ta högre risker än andra banker, särskilt om staten är huvudägare. Detta har ännu inte blivit undersökt och inte heller går det att bestämt uttala sig om det statliga ägandet bidrog till att Nordbanken drabbades så hårt av 1990-talets bankkris.

På samma sätt som införandet av riksbanksregleringen innebar en regimförändring för den svenska finansmarknaden, kom avveckling av dessa regelverk att innebära en ny förändring av den finansiella regimen. Från 1980-talets början blev det svenska finansiella systemet mindre detaljreglerat, samtidigt som nya finansieringsinstrument som derivat och optioner utvecklades. Det svenska finanssystemet utvecklades under de följande decennierna alltmer i en marknadsorienterad riktning där regelverken anpassades till den Europeiska Gemenskapen, vilket i många avseenden innebar en mindre detaljerad styrning av bankverksamheten

Referenser

Affärsvärlden nr 15, 9 april 1903.

Benckert, R. (1976), Benckerts testamente: Konfidentiella anteckningar angående Bankinspektionens verksamhet/ utg genom Ernst Söder-

[16] Kreditbanken gick på 1970-talet samman med Postbanken och bildade PKbanken, vilken i sin tur fusionerade med Nordbanken under 1990-talet och övertog detta namn. Efter storfusion med fler andra nordiska banker bildades Nordea 2000, som fortfarande har ett visst statligt ägande.

lund. Stockholm: Samfundet för utgivandet av handskrifter rörande Skandinaviens historia.
Eliasson, G. & Larsson, M. (1992), Staten som bankägare – från Jordbrukarbanken till Nordbanken. Stockholm: SNS Occasional Paper nr 35, februari 1992.
Guttentag, J. & Herring, R. (1983), The Lender-of-last resort function in an International context. Princeton, N.J: Princeton University.
Hörngren, L., Viotti, S., Myhrman, J. & Eliasson, G. (1987), Kreditmarknadens spelregler. Stockholm: SNS förlag.
Klahr, H. (1988), PKbanken, historien om en affärsbank, Stockholm: PKbanken.
Jonung, L. (1993), Riksbankens politik 1945–1990. I: Werin, L. (red) Från räntereglering till inflationsnorm. Det finansiella systemet och Riksbankens politik 1945–1990. Stockholm: SNS förlag.
Larsson, M. (1998), Staten och kapitalet – det svenska finansiella systemet under 1900-talet. Stockholm: SNS förlag.
Larsson, M. & Sjögren, H. (1995), Vägen till och från bankkrisen. Stockholm: Carlssons.
Larsson, M. & Lönnborg, M. (2014), Finanskriser i Sverige. Lund: Studentlitteratur.
Samuelsson, K. (1978), Postbanken. Postsparbank och postgiro – 1884–1925–1974. Stockholm.
SFS 1903:101, Lag angående solidariska bankbolag, lag angående bankaktiebolag.
SFS 1911:74, Lag om bankrörelse.
SFS 1921:310, Lag om ändrad lydelse av 254 a § i lagen den 22 juli 1911.
SFS 1955:183, Lag om bankrörelse.
Sjögren, H. (red) (1994), Bankinspektör Folke von Krusenstjernas vitbok. Anteckningar från bankkrisen 1922/23. Uppsala Papers in Financial History no 3/1994.
SOU 1949:13, Förslag om inrättande av statlig affärsbank. Stockholm: Frizes.
SOU 1988:38 bilaga 12. Ägarna och kontrollen över företaget – en jämförande studie av sex länders finansiella system. Stockholm: Allmänna förlaget.
Söderlund, E. (1964), Skandinaviska banken i det svenska bankväsendets historia. Stockholm: Skandinaviska Banken.

Zysman, J. (1990), Governments, Markets and Growth: Financial Systems and the Politics of Industrial Change. Ithaca, N.Y.: Cornell U. P.

AVDELNING IV

Rättsfilosofi och metod

Thérèse Björkholm

"Believing so doesn't make it so, and neither does believing so for a really, really long time"

History is always present in the here and now, possibly dipping below the horizon in the whirlwind of contemporary events, but never completely disappearing. Because history colours the way we think of things, (what is imaginable, possible to question, "the way things are"), our attitudes (including the prejudices we inherit), the practices we engage in, indeed, even the words we use have a history (and its clandestine power can be great, the memorable words of Bathsheba come to mind: "It is difficult for a woman to define her feelings in language, which is chiefly made by men to express theirs."[1]). It might not be obvious to us, we live in contemporary times, and the wealth of new experiences, inventions and ideas often obscures how much of daily existence is a motley of the new, the old and the really old. But now and then echoes from the past break through the noise of the present, and we realise that although perhaps we've come a bit further on (whether the direction is right is, of course, another matter), we also carry with us the past. Indeed, even when we rebel, rise up against seemingly unacceptable historical remnants, we implicitly confirm the power of what has been. As William Faulkner memorably put it in Requiem for a Nun: "The past is never dead. It's not even past."

In today's world, the past in the form of traditions of thought and cultural practices is as potent a force as it's ever been. Maybe it's because the future appears rather bleak, maybe it's because things in the present appear really precarious, maybe because of the increasing movement of

[1] Thomas Hardy, Far from the Madding Crowd, ch. 51. (Penguin Books).

people across borders, or maybe there are other forces in play, the past has become a prime motivation in the present, not just in individual lives (adhering to past traditions, passing them on to the next generation), but also for policies (legal and political) that ostensibly aim to protect a past that is in danger of disappearing. But the past can also become a prison, compartmentalising people, placing them within confines whose borders are determined precisely by age-old religious and ethno-cultural practices and traditions. How to navigate these perilous waters? Undoubtedly, being anchored in the past can be extremely important, belonging, being part of and taking part in a tradition, but just as important is to avoid an unthinking acceptance of its present embodiments – not least in addressing "the persistently grotesque subjugation of women"[2] in today's world. Violations of women's rights are often legitimised precisely by appeals to traditions that can be traced back millennia, traditions that are presented as unquestionable aspects of "who we are", and women are then made the repositories of these identities.

But isn't there a way to reconcile the past with the present? These are of course extremely complex issues, but let's begin with one aspect of this complexity, namely, what are we valuing when we value a diversity of traditions and practices? Cherishing them, transmitting them to new generations, being anchored in reality by ties to the past – of course this can be valuable? But I believe we must tread carefully here – rhetoric can easily cloud the vision of even the most clear-sighted. Diversity is a good thing, it opens up possibilities, provides a mirror to things done and believed, allows a possible fruitful clash of ideas. And belonging is also good, being part of, understanding oneself against a background of ideas, being rooted in a history that gives meaning to what otherwise would be a merely transitory existence. But is every tradition worth holding on to? Might there have been mistakes in the past that we, rather than uncritically accept, ought to reconsider? More controversially perhaps, given tendencies in today's world – maybe we ought to tweak, perhaps even abolish traditions and practices, those that are wrong and harm individuals, and whose only justification is that "this is what we've always done", and "we believe this to be right".

Because as the title of this essay has it: believing so doesn't make it so and neither does believing so for a really, really long time. You might not believe that phi-ing is wrong to do, but if phi cannot be justified (made

[2] Amartya Sen's The Idea of Justice (Allen Lane: Penguin Group, 2009), p. 103.

intelligible as a human good, a valuable aspect of being and doing), then you believe falsely, and what you do is wrong. And this is true also if there are many of you who believe this, (this just means that there are many who believe falsely), and whether or not this belief has a long history (this just means that falsehood can be perpetuated throughout the ages, and that untold lives can be destroyed in the process). Think of the widespread, not always articulated, but terribly mistaken belief that women are "differently human" as expressed in and given context through religious and ethno-cultural traditions and practices.

Does this make you a bit nervous, am I not perilously close to criticising others and telling them that they're wrong in what they do? No, I'm not perilously close, I'm right in there, in a critical engagement with tradition and practices that I might belong or not belong to. And I believe this is important, because one reason why many wrongs are perpetuated in today's world is precisely ignorance, thinking that you're in the right, while acting in ways that are completely unjustifiable. But I admit, many hesitate, and there are many ways to explain this hesitation – fear of confronting others, mistakenly thinking that respecting people means respecting whatever beliefs they happen to have (arguably a fallacy of the first order), maybe falling into the trap of characterising critical engagement as arrogantly "telling others". Fear there might be, (in recent times, this fear has been proven tragically realistic), and of course we must think about how we engage others (whether they're people you "belong with" or not), but critical engagement is absolutely essential. The point of contention is not the explanatory claim that "we believe that women are differently human" (of course you do, that's why I'm challenging you), but the claim that "women are differently human".

But maybe you will object – yes, truth matters, but maybe other things matter too, and among these things is precisely the respect for tradition. In other words, that culture represents a domain of reasons that justify in their own right. I believe this is a fallacy, and in the following I will try to answer this objection in more detail. But to begin with a bit of terminological clearing up – culture as I understand this concept is essentially a domain of practice, that is, through culture we're handed ideas about what ought to be done, what's good, right and what gives meaning to existence, and in this way being part of a culture is inescapable, indeed, we wouldn't be able to function without such a context. But this way of thinking of culture, descriptively as a domain of practice, "what we

do" and "what we believe" cannot answer the justificatory question of whether we ought to do phi or believe p.

To expand a bit, there are actually two versions of this fallacy. The first is of a more rhetorical type, and is typically found in arguments that begin with a description of what traditionally is done, and then move to a claim that there is a right, not always conclusive, but nonetheless a right to continue doing this. But this is clearly fallacious: there are perfectly valid explanations why we hold on to traditions, whether religious or ethno-cultural – expressions of belonging, fear of transgressing boundaries, maybe fear of the unknown[3], and, of course at times, the importance of what they embody. But whatever the explanation, that we do something can never settle the normative issue of whether we should be doing this, or whether there is a right to do this. At best, what is done to people is not bad or worthless, perhaps it is even positively good. At worst, it means that wrongs are perpetuated under the guise of being a right of sorts – violence against women, racial and religious taboos that speak of shame and defilement, and exclusion of homosexuals. It is always important to get the facts right, ("is this really what the tradition requires"), but it takes further and other arguments to decide the normative issue of whether this is what we or they really should be doing.

The other version of this fallacy is not as easy to pinpoint, but here is one way to put it. That which constitutes reasons to do phi are those evaluative properties that make intelligible why phi is worth doing, or why phi is valuable. It is also these evaluative properties, that we turn to in assessing of what people do. "Why do you do that?" "Because" (and then hopefully we're given a reason that makes intelligible why phi is worthwhile or the thing to do). But if the only answer is that the practice is part of the Chinese or the Inuit culture or belong to the Catholic tradition, you've arguably not provided an answer that could justify anything. That it is a Chinese tradition or practice can explain why a Chinese person would do this (maybe even feel duty-bound to do it), maybe it can also provide a motive for a Chinese person to do it, ("maybe I should phi since this is what other Chinese people do"), but, again, neither point to any justification for why phi is the thing to do.

[3] Canetti, Crowds and Power, "There is nothing that man fears more than the touch of the unknown. He wants to see what is reaching toward him and to be able to recognise or at least classify it", p. 15.

Take table manners: in China they eat with chopsticks, in Europe they eat with knives and forks. Does the fact that people come from China give them a reason for eating with chopsticks, or is this not rather the explanation of why they eat with chopsticks rather than European implements? The reason Chinese people eat with chopsticks is (and here I improvise) that it is good to eat with implements (cleaner, perhaps more hygienic, etcetera), and chopsticks are one of many types of implements that can be used, the one as good as the other. Put differently, the normative considerations that justify and make intelligible what the Chinese do (eating with chopsticks) have to do with health and cleanliness, not that this is what they do and always have done in China, which is simply a descriptive fact that explains why this specific implement is chosen.

It might be objected that this example is too easy, but I think it generalises well. The fact that I am Swedish is a descriptive fact about who I am, but as such it does not necessarily provide me with any reason to do anything. True enough, it can be a normatively relevant fact, but only, I would argue, given the presence of other normative considerations. For example, to whom do I pay taxes and how much, given that there is a normative reason to contribute to public expenditures. Further, being a Swede can also give rise to certain expectations regarding the way I should behave and how I should respond to the reasons there are – a case in point I think are reasons of respect – and this of course can also be normatively relevant.[4] Another way in which 'being a Swede' as such could give rise to a reason (and not just be normatively relevant) are those situations in which I want to manifest to others that I am a Swede, ("Hey, I do what Swedes do!"), but the question is how strong this reason would be in individual cases. Finally, the fact that I was brought up in this culture probably explains a lot of the things I believe to be true regarding what ought to be done or ought not to be done. However, when challenged why I believe the things I do and why I act accordingly, hopefully I can provide reasons other than "because I am Swedish", namely reasons that point to real normative properties, that alone can make intelligible to others not only that this is what we do around here, but why we believe this to be the right thing to do.[5]

[4] I am indebted to David Enoch for raising the point about legitimate expectations.

[5] Cf. Thomas Nagel, "Universality and the Reflective Self", in The Sources of Normativity: "To decide from the reflective standpoint what to do you have eventually to stop thinking about yourself and think instead about the question at issue – not in this case

It is this distinction that is often muddled in today's debate surrounding the problems that diversity raises: many times the descriptive fact that a practice is Chinese or Catholic or Inuit and has been since time immemorial etcetera is taken as a reason for doing x, y and z, or for there being a right to do x, y and z, but in case the argument just made is correct, this is a fallacy. At most, this fact can explain why an otherwise valuable thing, for example being respectful, is done in a certain peculiar way, and why those who happen to be born into that culture (a purely arbitrary fact) do it in this way. But it alone cannot provide any justification, because being Chinese or Catholic or Inuit (or any other term denoting cultural belonging) are not evaluative properties. Rather they are arbitrary facts about persons who just happen to be born in a place that happens to have certain borders and a certain history, and maybe also a certain culture (or more likely cultures in the plural). It is true, and in this critics might be right, that coming to understand this could be corrosive of practices whose only justification is "this is what we always have done". But in case there are no reasons to act as tradition prescribes, or there are good reasons why people ought not to act in this way, or believe as they've always believed (that women are "differently human" comes to mind), then why would corrosiveness be a problem?

Have I been too quick here? Perhaps it could be objected that the fact that a certain practice is part of the historical traditions of a certain group makes it theirs in a thicker sense, so that merely by being a part of this culture as such constitutes a reason to act as tradition prescribes. Joseph Raz, in Value, Respect and Attachment recounts the story by Saint-Exupéry of the little prince who grows attached to a rose, and because of this attachment, the rose is no longer just an ordinary rose, but one with a particular value to the little prince. He has made it his, and this gives it a value that other roses do not have. Maybe a particular tradition to which Chinese people are attached could be seen as analogous to the prince's rose. To take part in this tradition, play the role it assigns them, is part of who they are, their identities as Chinese. Perhaps it even gives their lives meaning, most certainly it has a meaning for the Chinese, which it does not have for others, precisely because it is their tradition. Is this not enough for it to constitute a reason to act accordingly? Not really, as Raz

about what entities the world contains, but about whether what has made you want to do something really is a reason to do it. The answers to such questions may partly determine your identity, but they don't derive from it," p. 206.

rightly points out concerning the rose, attachment, even when embraced willingly, is not enough to confer value on an object. It must be a valuable attachment for this to be the case, remember, what the little prince is attached to is a rose, a beautiful flower.

Put in other words, mistakes can be made in these contexts, and if this is so, then the practice that is based on such a mistaken idea, however deeply rooted and however much it forms part of people's identities, is without value. For traditions and practices cannot become valuable just because people are attached to them, or believe that they are "as they ought to be and cannot but be". In other words, there is no escaping the evaluative question: Can this thing we do be justified?

Why is this important? Assume you encounter a Chinese person, who, on being asked why he does phi, answers, "because I'm Chinese and this is an age-old Chinese tradition", the answer might be fine in the case of chopsticks, because we understand without further ado what is good about eating with implements, and why not chopsticks? But what if the practice that he engages in is less obviously of value or positively of disvalue. In China, prior to the revolution in the early twentieth century, there was a cultural tradition to the effect that if you were a woman born into the higher echelons of society, (but the practice was imitated in other strata of society too), the bones in your feet were broken just a few days after birth, and bound to create what essentially with time were deformed feet.[6] Not only was this an excruciatingly painful and drawn out process, it also meant that these women for the rest of their lives were incapacitated and thus completely reliant on the assistance of others. Now I'm sure that those who engaged in this practice believed that they were acting as they should, otherwise why did so many participate in this practice, maybe even the women who were subject to the ordeal thought so too. It is also likely that had they been asked, they might have been able to explain why this was done (part of Chinese traditions from time immemorial, a way to control female sexuality by effectively secluding them in their homes), but it is less likely that they would be able to come up with an explanation that would make it intelligible why this is a valuable practice, without relying on false beliefs ("women are differently human"), prejudices ("women are weak and must be protected") or mistaken facts.

[6] Cf. Gusset & Palmer, The Religious Question in Modern China, (University of Chicago Press, 2011), pp. 70–71 et passim, Gerry Mackie, "Ending Footbinding and Infibulation: A Convention Account", American Sociological Review 61 (1996), pp. 999–1017.

In the domain of values there are of course difficult issues, but not everything can credibly be thought of as valuable: we're dealing with human beings and how they as human beings ought to be treated.

Here then we come to the nexus between intelligibility and value with which I began. The problem is not that Chinese people did something that others do not do, but that they do something that others (and possibly, indeed probably, some of their own) could not do, because what they do has no comprehensible value. Assume that the Chinese practice of bound feet had not been eradicated in the beginning of the twentieth century, and that to this day, Chinese women were thus incapacitated. Is there any way that this could be explained as contributing to the value of their lives – the women's, that is? As something that could be seen as an instantiation of something that is intelligible as a human value.[7] And in case this is not so, but the practice can only be explained by invoking false values, perhaps themselves the result of factual mistakes, or metaphysical mistakes about the nature of women – that women are divinely created to be the handmaidens of men, and thus must be confined to the home, that the allure of women is a danger to men's ability to contemplate the higher heavens, and thus must be hidden away, possibilities are endless – then why would the fact that this is a Chinese tradition make any normative difference? Rather, what we face is a practice that is objectively wrong (because it gives rise to chronic pain, incapacitation, and makes women completely dependent on others etcetera). They thought they had a reason to do what they did because this is what they have "always done", but they were wrong – the distinction that is often muddled in the debate, between the descriptive and the evaluative, remains clear.

In conclusion, there is nothing uniquely privileged in the idea of the past, rather traditions of thought and cultural practices must be assessed as other phenomena in the normative domain, by trying to discover what values this or that practice embodies. And when we question a certain practice, our own or that of others, what we want to know is whether it can be made intelligible why this is not just the thing to do (tradition, religious commands, ideological decrees), but the right thing to do (justifiable in terms of true values). Catholics, Chinese and Inuits do

[7] Maybe one could point to an aesthetic value, that this made them more beautiful according to the cultural norms of China. But even then, surely, an argument could be made that this aesthetic reason is not strong enough to outweigh the moral reasons there are not to engage in this practice, and can be explained by the pain, the incapacitation et cetera.

things differently and there is nothing problematic about that, indeed, if anything, it adds to the beauty of things. But with respect to diversity, not everything is intelligible as a valuable aspect of living together, most certainly not the things that inflict harm, humiliate and demean a person or that portray her as of lesser worth. Unfortunately, and too often, these things are done to women, and often in the name of past traditions and practices. And then what is done is wrong, period.[8]

As a coda, let's turn from China to the Nordic countries, which of course have had their own traditions and practices, things people have been attached to, practices they adhered to, but that we now view with dismay – and not that long ago. Read Ibsen's A Doll's House, and hear the response of Torvald when Nora questions the practices that imprison her and treat her as a child, without agency: "Can you not understand your place in your own home? Have you not a reliable guide in such matters as that? – have you no religion?" Clearly this idea of denying women agency, denying them education, denying them employment and a life of their own, was in the Nordic countries, as in most other countries of the world at the time (and till this day in many countries) a deeply rooted tradition that many believed was right and good, but just as clearly Torvald was wrong, what he and his contemporaries did couldn't be justified, in fact it was demeaning to women, treating them as children unable to lead their own lives on their own terms. And luckily for me and other women, there were those who realised that however long the history and however deeply rooted in their religion and culture these ideas were, they must be done away with. And this happened – but the Nordic culture remains and flourishes, just with certain aspects – oppressive, demeaning and morally unjustifiable absent.

[8] Admittedly, in case one rejects this idea that culture (religious or ethnic) doesn't have a value apart from the way its various expressions contribute to the value of individual lives (and this includes women's lives), the argument doesn't go through. And maybe this is the real tragedy in today's world, that there are those who just do not think in this way, but rather treats individuals as expendable items in the name of "advancing a culture".

Mia Korpiola

”Signa sig med djävulens hand”: Självförbannelser och edsformulär i den svenska förmoderna rättskulturen[1]

Den svenska medeltida och tidigmoderna rättskulturen baserade sig på eder vars effektivitet förutsatte en religiös världssyn.[2] Där härskade Gud över människorna, djävulen lockade folk till synden, och himmelska fröjder eller ofattbara pinor väntade själen efter den yttersta domen. Man bad att Gud skulle välsigna individen och folket. Välfärd ansågs vara ett tecken på Guds gunst och välsignelse, medan motgångar och olyckor kunde uppfattas som förorsakade av Hans förbannelse och straff. Även människor välsignade och förbannade andra och sig själva. Men eder och förbannelser tillhör inte enbart den kristna kulturen utan de har urgamla rötter i antikens samhällen. Magi i form av förhandlingar med gudomligheter torde dessutom ha funnits i alla kulturer.[3]

Edssvärandet var en solenn rättslig akt som hade långa anor även i Norden. Enligt Ragnar Hemmer var eden under hedendomen ”en magisk eller besvärjelselik självförbannelse som sväraren ansågs bringa sin egen förstörelse med om han eller hon svor falskt.” Germanska eder svors särskilt på vapen eller armringar i namn av de hedniska gudarna. Under

[1] Jag vill tacka hjärtligt Bruce Brasington, Maijastina Kahlos och Nalle Valtiala för hjälpen.

[2] T.ex. Holmbäck och Wessén 1946, s. xlix–lxvi; Letto-Vanamo 1995, s. 61–101; Hemmer 1950, s. 118, 129–130. Om eder i den medeltida processrätten, se, t.ex. Brasington, kommande.

[3] T.ex. Fraser 1922; Wilson 1948; Gager 1999; Ogden 1999; Hummel 2006; Keil 2001, s. 164–167; Little 1993, s. 59–69, 89–90, 150–154; Schmidt-Wiegand 1977.

kristendomen vädjade sväraren till Gud för sanningen i sitt påstående.[4] Vissa runstenar från slutet av den germanska järnåldern och vikingatiden innehåller förbannelser över dem som förstörde stenarna eller gravarna. Likaledes svor vikingarna – eller ruserna – eder i samband med avtal med det bysantiska riket på 900-talet.[5] Möjligen finns de äldsta kända svenska edsformulären i Äldre Västgötalagen – forskare har diskuterat deras möjliga hedniska ursprung.[6] I en stor del av de rikliga svenska tidigmoderna laghandskrifterna finns edsformulär som ju dagligen behövdes i det praktiska domar- och lagskipningsämbetet. Dessa formulär innehåller en viss variation som delvis kan basera sig på deras tidsmässiga stratifiering – de representerar och blandar olika skikt.

I denna artikel utforskar jag dessa edsformulär och fokuserar på deras självförbannande inslag. Jag har gått igenom ett osystematiskt valt antal laghandskrifter och därför kan mina tankar kring edsformulär snarare anses som tentativa. Men, som jag kommer att demonstrera fanns de magiska elementen kvar i de konditionala självförbannelser de svenska tidigmoderna ederna innehöll. Några utvalda edsformulär med de sammanhängande förklaringarna ges ut i slutet.

Svenska senmedeltida och tidigmoderna edsformulär med självförbannelser

De svenska medeltidslagarna reglerar hur ederna användes som bevis, hur man utfäste, klandrade eller efterskänkte eder, vem som fick motta och svära eder, när man fick svära eder, att den förstavades, och så vidare. Edernas viktiga drag var solenniteten, den rituella karaktären och offentligheten.[7] Den lärda rätten definierade eden som ett löfte eller en utsaga om sanning med Gud som vittne.[8] Under den katolska tiden tycks man i

[4] Hemmer 1950, s. 118, 129; Hamre 1958; Stein-Wilkeshuis 2002, s. 156–157, 163–164; Habbe 2005, s. 121–160.

[5] Jacobsen 1935; Stein-Wilkeshuis 2002.

[6] T.ex. Om mandråp 2–3, Äldre Västgötalagen [härefter Vgl I] i Svenska landskapslagar [härefter SLL] 5, Holmbäck och Wessén (red.), s. 23–24. Om möjligt hedniskt ursprung, se Leffler 1895, s. 156–158.

[7] Om ritualbegreppet, se Habbe 2005, s. 30–37, 62–66.

[8] Brasington på kommande.

Sverige oftast ha svurit med fingrarna på helgedomar som i lagmanseden,[9] eller ”på boken”,[10] dvs. möjligen en mässobok[11] eller evangelierna, som även den kanoniska rätten nämnde.[12] Eder på sakramentet, dvs. Kristi kropp och blod, nämns även i Norden.[13] Men ibland antecknades att vittnen svor ”på korset” – dvs. troligen ett krucifix. När det till exempel gällde att med ed stadfästa äktheten hos dokument och skriftliga vittnesbrev skulle man lägga två fingrar på ett krucifix och svära.[14]

Men lagarna tiger i allmänhet om edernas ordalag. Äldre Västgötalagen, vars existerande manuskript har daterats till 1200-talets slut, är ett undantag. Enligt den skulle varje tolvmannaed ”göra Gud sig nådig eller vred” (*guþ hylla at sær ok at græmya*). I en ed sade man: ”Vare Gud mig och mina vittnen nådig, så sant som […], som jag nu bär vittne om.”[15] Detta betydde att om edsmännen svor rätt, skulle Gud vara dem huld och välvillig, medan de villigt drog på sig Guds hämnd och straff om deras ed var falsk.

Eftersom ederna dock var en väsentlig del av den svenska rättskulturen, är det inte överraskande att man däremot hittar svenska edsformulär i 1500- och 1600-talets laghandskrifter. Eftersom dessa böcker oftast var bruksföremål, innehöll de naturligtvis texter som behövdes i det praktiska rättslivet. Det finns dock även äldre, senmedeltida laghandskrifter, som visar att dessa formulär härstammar från den katolska medeltiden. T.ex. handskriften B 20 på Uppsala universitetsbibliotek innehåller den typiska formen för edsformulär under rubriken ”Huilkin man som swär eedh wpa messo book”.[16]

[9] Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui, 12: Konung Christoffers landslag, Schlyter (red.), Tingsmaala balker 1, s. 237; Brasington på kommande.

[10] T.ex., *Arboga stads tänkebok 1*, Noréen och Wennström (red.), 4.7.1471, s. 71: ”*lado sina hændir oppa bokena ok bado sig swa gud til hælp*.” Se även ibid., 28.6.1456, s. 60; ibid. 3.7.1456, s. 60: ”*bad* […] *sik swa gud til hælp ok lade sina hand oppa bokena ok al hælgon ath han* […].”

[11] Som, t.ex. UUB B 20, fol. b v konstaterar.

[12] Se, t.ex. Hamre 1958, sp. 496; Nielsen 1958, sp. 501; Decretales Gregorii IX, Friedberg (red.), X 2.7.7, sp. 268; Brasington på kommande.

[13] Nielsen 1958, sp. 501.

[14] T.ex. SST från år 1592, 1, Almquist (red.), 22.4.1594, s. 212, ibid., 29.7.1594, s. 243; ibid., 9.4.1595, s. 307.

[15] Om mandråp 2, Vgl I i SLL 5, Holmbäck och Wessén (red.), s. 23; Om mandråp 1:2, Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui, 1: Westgötalagen, Collin och Schlyter (red.), s. 10–11: ”*Sva se mær gud hull. ok uattum minum at sva kum […], sum iak bær nu vitni til*”.

[16] UUB B 20, fol. b v. Enligt bibliotekskatalogen är detta pergamentscodex från förra

Hulkin man som swær eedh wpa messo book ha*n* swær edhin j triggia handa metto fførst sigh*er* ha*n* swa alt thz som sc*ri*ffwtt ær j thesso book ok j th*e*n helgho læst, badhe gudz gambla lagh ok swa the nyo laghin com*m*e mik aldregh til help ell*e*r trost, om iak falss sigh*er* j thesso*m* edh

Anna*n* tiidh swær ha*n* swa ok leggie hand wpa book ok sigh*er* alt thz got som iak giort haffw*er*, kom*m*e mik ald[*rech* – slitage och hål] til help fo*r*e th*e*n? [Jesu Christi?] ænlite, om iak falss sig[*her j* – slitage och hål i texten] thessom edh

Tridhia tiidh swær han swa all the godh ordh ok bøner som gøno*m* mi*n* mwn æro saghda ok bidhna sidha*n* førsti sin*n* iak kun*n*e twnggo ok mwn røra kom*m*e mi*n* siell aldrigh til helsso ell*e*r hughnadh om iak falss sigh*er* j thesso*m* eedh som mik forsaghdir.

Exempel på formuläret hittas även i vissa danska handskrifter åtminstone på latin.[17] Fast de flesta eder är i tredje person singularis, tilltalas edstagaren direkt i vissa laghandskrifter i andra person singularis.[18] I vissa handskrifter i bruk i den finska rikshalvan finns det edsformulär även på finska, eftersom det ansågs viktigt att eden skulle förstås av de som svor den.[19]

Gudomligheten bevittnade hur representanter för lokalsamhället, centralmakten och möjligtvis även kyrkan orkestrerade individens offentliga och ritualiserade självförbannelse i edsform. Ordalagen innebär att edstagaren bekräftar att det han eller hon säger är sant och att ifall eden ändå är falsk skall inte Guds ord i Gamla eller Nya Testamentet eller edstagarens goda gärningar, ord eller böner någonsin hjälpa, gagna eller trösta själen. Det hotas med straff både i detta och i det nästkommande livet.[20] Analytiskt har eder klassificerats i två kategorier: assertoriska eder som bekräftar sanningen av ett påstående i nuet och promissoriska eder som innehåller ett löfte riktat mot framtiden. Eder med självförbannelser kombinerar

hälften av 1400-talet. Eden verkar vara skriven med en senmedeltida hand. Se även en annan senmedeltida version i KB B 173, fol. 126r. Enligt katalogen är laghandskriften från senare hälften av 1400-talet, dock med yngre tillägg.

17 Nielsen 1958, sp. 504.

18 T.ex., KB B 121, fol. 17v.

19 T.ex., UUB B 2, fol. 20r–20v.

20 Danet och Bogoch 1992, s. 147. Se även Schmidt-Wiegand 1977, s. 84, 87; Keil 2001, s. 165–167.

båda: edstagaren försäkrar sanningen av sina ord och lovar undergå ett visst straff i framtiden om påståendet inte stämmer eller om löftet bryts.[21]

I den senmedeltida eden för lagmän som togs på helgedomar bad man Gud och helgedomarna om hjälp, sedan följde innehållet och i slutet vädjades igen till Gud för att Han skulle vara edsmannen huld och välvillig, om eden hölls.[22] Slutet innehåller en positiv konditional bedjan, men den kan uppfattas som en tyst konditional självförbannelse, eftersom edsmannen *e contrario* auktoriserade Gud att bestraffa honom för edsbrott. Konditionala självförbannelser kunde även ackompanjeras av kyssar, eftersom vissa svenska edsformulär nämner att edstagaren skulle kyssa Den Heliga skrift vid svärandet.[23] Detta väcker associationer till Judas Iskariot, som ju bedrog Jesus med en kyss. I högmedeltida kyrkliga texter nämns Judas i samband med exkommunicering, och han ansågs vara sin egen domare och bödel.[24]

Edsformulären i UUB 20 är tidiga exempel på grundformerna av de tidigmoderna svenska ederna, och i handskriften medföljer även en förklarande del, möjligen avsedd att läsas vid edstagandet. Den handens symbolik som man hade lagt på Den Heliga skrift och som man använde till eden förklarades t.ex. i laghandskriften KB B 145, troligen från slutet av 1500-talet. De tre fingrarna man skulle svära med symboliserade treenigheten. Tummen representerade Gud Fader, pekfingret Jesus eller Guds Son, medan långfingret stod för Gud den Helige Ande. De två återstående, ring- och lillfingret, symboliserade människosjälen och Gud Skaparen.[25] Andra laghandskrifter förklarade detta på ett annat sätt: ring- och lillfingren representerade den dyrbara själen och den ringare kroppen, medan hela handen stod för Gud som hade skapat alla kreatur på jorden.[26] I en annan version svor man med två fingrar ”på bok”. Dessa två ”betecknade att man vetande och viljande gav sin själ i djävulens våld”, medan de tre övriga nedhängande fingrarna symboliserade att man

[21] Wilson 1948, s. 129–130.

[22] Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui, 12: Konung Christoffers landslag, Schlyter (red.), Tingsmaala balker 1, s. 237: ”swa see mik gudh hulder som jak thetta halder”.

[23] UUB B 173, fol. 126r: ”Trydhia som han kysse bokena […]”; LUB, Jur. Lag: Landslag, Christoffers m.m. 9, fol. 21r; KB B 156, fol. 2r.

[24] Vodola 1986, s. 14–15; Little 1993, s. 9, 56, 58, 65, 94–97; Danet och Bogoch 1992, s. 141, 144, 148; Brasington 2012, s. 113, 115, 117.

[25] KB B 145, fol. 2r (se bilagan).

[26] UUB B 2 b, fol. 19r.

skiljde sig från den heliga treenigheten.[27] En person som svor falskt ansågs hamna i allvarlig själavåda genom att utlämna sig i Satans våld och hans eller hennes hand förvandlades genom meneden till djävulens hand. Av detta medföljde att han eller hon i framtiden signade sig, åt och drack med djävulens hand samt med den utförde alla sina gärningar.[28] En laghandskrift tillägger att inga goda gärningar som personen gjorde efter meneden skulle komma till godo eller hedra Gud utan i stället djävulen, som skulle vara hans eller hennes följeslagare dag och natt.[29]

Dessa kyrkliga ritualer verkar magiska i våra ögon, men forskare har poängterat att kategorierna magi och religion är ytterst olämpliga för att förstå de religiösa realiterna under den tidigare medeltiden. Linjen mellan dessa två var helt enkelt diffus.[30] Dessa magiska tendenser delades av den katolska kyrkan som även omformulerade dem enligt sina doktriner. Under medeltiden (ca 900–1200) använde kloster och kyrkliga institutioner sig av komplicerade, detaljerade och färggranna förbannelser särskilt i samband med egendomstvister. Förbannelserna baserade sig på varnande bibliska exempel och fördömanden i en mycket gammaltestamentlig stil. Dessa accompanjerades av iscensatta ritualer, laddade med symbolik, i vilka t.ex. kyrkklockor ringdes, krucifixen och helgedomarna togs ner och lades på kyrkgolvet, ibland omgivna av taggiga kvistar, och förbannelseliturgier lästes av munkar eller präster.[31] Även högkyrkliga exkommunikationsritualer innehöll performativa och sakrala symboliska element. Till exempel Gratianus' *Decretum* (ca 1120–1150) beskriver hur en exkommunikation utfördes av en biskop. Tolv präster stod omkring honom, var och en med ett brinnande ljus i handen. Dessa ljus kastades på marken och trampades i fötterna. Därefter lästes den exkommunicerades namn och orsaken därtill.[32]

[27] KB B 116, fol. 10r.
[28] Se även KB B 116, fol. 10r.
[29] KB B 156, fol. 2r.
[30] Hen 2015, s. 198.
[31] Little 1993, bl.a. s. 8–13, 40–51, 116–118, 131–143, 186–187; Jaser 2013, s. 121–122. För bibliska förbannelser, se Hummel 2008, s. 223–233.
[32] Decretum Gratiani, Richter (red.), C 11 q. 3 c. 106, sp. 577: "*Modus et forma excommunicationis. Debent duodecim sacerdotes episcopum circumstare, et lucernas ardentes in manibus tenere, quas in conclusione anathematis uel excommunicationis proicere debent in terram et conculcare pedibus; deinde epistola per parrochias mittatur, continens excommunicatorum nomina et causam excommunicationis*." Se även Vodola 1986, s. 45–46; Little 1993, s. 267.

Det verkar tämligen uppenbart att de svenska edsformulären hade kyrkligt ursprung eller åtminstone hade påverkats starkt av kyrkan. Det har gemensamma drag med det svenska bannlysningsformulär som vi känner från en senmedeltida formulärhandbok från Linköpings stift. Exkommunikationen uteslöt den hårdnackade syndaren i Guds och alla helgonens namn ”av allt det goda som gjordes både i himmelriket och på jorden” ända tills han gjorde bättring för det brott som förorsakade bannet.[33] I eden uteslöt edssväraren dock sig själv genom sin självförbannelse. I samma anda innehöll de tidigare svenska medeltidsbreven förbannelser eller hotelser om exkommunicering, även om de i jämförelse med de ovan nämnda franska och engelska malediktionerna var färglösa och formelartade.[34] De liknar något de anglosaxiska juridiska dokumentens förbannelser men tycks ha varit mer standardiserade.[35] Dessutom blev de mer sällsynta med tiden, t.ex. i mitten av 1300-talet hittar man dem inte lika ofta i dokument. På samma sätt miste man efter år 1200 intresset för förbannelseformulär på kontinenten på grund av skriven rätt och den standardisering den medförde, den rättsliga receptionen, klarare egendomsnormer och den växande roll som jurister spelade.[36]

I praktiken hittade edsformuläret sin väg även till skriftliga bekännelser som när Ericus Olai, den före detta kyrkoherden i Tåby, svor att han aldrig hade kränkt borgmästardotterns mödom i Söderköping. Han tog eden med handen på Bibeln vädjande vid sin heder, ära och sin själs

[33] Formularia Lincopensis, Öberg (red.), I 30, s. 57: ”[…] ij gudzs oc alla hælga manna <nampn> […] Den for thy han ær wtlykt aff allo the godo som görs bodhe j himirike ok jordriche thel the stwndh han bætra the broth som han hawer owirfarit j thesso samma male han ær fore skuldhadher […].”

[34] Dock t.ex. Diplomatarium Suecanum 1 [härefter DS], Liljegren (red.), dok. 51, s. 74: ”*infringentes. perpetue anathematis uinculis si non resipuerint ex auctoritate domini nostri iesu christi. genitricis quoque perpetue uirginis MARIE eiusdem domini nostri omniumque sanctorum obligamus*”; ibid., dok. 65, s. 93: ”*maledictionem patris & filij & spiritus sancti incurrat*”; ibid., dok. 139, s. 163: ”*se in diuino iudicio anathematis gladio multandum*”; ibid., dok. 182, s. 206: ”*domini nostri iesu christi & beate marie atque omnium sanctorum maledictioni subiaceat nisi penituerjt & resipiscat*”; ibid., dok. 823, s. 682:”*dei atque omnium sanctorum excommunicationi subiaceat*”; ibid., dok. 843, s. 682: ”*iram dei & uindictam omnium sanctorum sibi acquirere pro certo sciat*”; DS 4, Hildebrand (red.), dok. 2672, s. 69: ”*sub interminacione maledictionis eterne*”; DS 5, Hildebrand (red.), dok. 3633, s. 102 ”*Sub interminacione maledicciones perpetue inhibentes*”; Svenskt diplomatarium 2, Silfverstolpe (red.), dok. 938, s. 16: ”*sub interminacione maledicciones eterne et obtestacione diuini judicii*”.

[35] För de anglosaxiska, se Danet och Bogoch 1992, s. 137–144, 147–151, 157.

[36] Little 1993, s. 111–112, 230–233.

salighet till Guds ”helige ord och evangelium och allt det goda som han förväntade sig av Gud i himlen både andligt och lekamligt”. Detta bekräftade Ericus ännu med frasen ”Så sant Gud mig hjälpe till liv och själ och all lycksalig välfärd”.[37] Trots detta framkom det att han hade gjort sig skyldig till mened. Självförbannelser hade även relevans i andra rättsmål som bekräftelse av sanning, som när bonden Mårten i Svartsjölandet misstänktes för hordom år 1597 i Stockholms konsistorium. Efter sin ålderstigna hustrus död hade han förlovat sig med pigan som hade fött ett barn sex månader senare. Båda parterna nekade dock till lägersmålet medan hustrun levde. Mårten hade dessutom deklarerat att om han fördolde den synden, måtte Gud då straffa honom för det.[38] På samma sätt meddelade den adliga Ingeborg Tönnesdotter Tott (1600–1660) att hennes mor Elin Johansdotter [Måneskiöld] (d. ca 1640) genom hotet av en förbannelse hade krävt ett löfte av henne på sin dödsbädd att Ingeborg inte skulle låta sin syster Brita ärva. Modern vädjade till Gud att Han i ett sådant fall skulle förbanna henne till liv och själ. När Ingeborg berättade detta för Svea hovrätt bekräftade hon sanningen av historien genom den förbannelse som hon drog på sig om hennes ord var osanna.[39]

Även den höggravida Malin Vilhelmsdotter, den rike handelsmannen Blasius Dundees (d. 1621) hustru, yttrade solenna och rituella konditionala självförbannelser för att rentvå sig från anklagelserna för äktenskapsbrott. Fast misstankarna och indicierna mot henne var starka och en präst och hennes egen mor hade frågat henne i många prästers närvaro om hon var skyldig, nekade hon envist till brottet.[40] Tre timmar före förlossningen drack hon ceremoniellt ett glas vin i närvaro av flera vittnen, yttrande en självförbannelse: ”Gud give att jag må dricka min död uti

[37] Riksarkivet [härefter RA], Skrivelser till Kung. Maj:t från konsistorierna i Göteborg (1624–1840), Linköping (1552–1836) och Uppsala (1613–1739), Linköping 1552–1836, 14.11.1581: ”Beplichtendhes migh mz handh åleggende vpå thenn helige Bibbel, widh min Sielsaligheet, heder och ähre, och på hans helige ordh och ewangelium, och altt thz godhe som iag skall aff gudj i himelenn förmode, både vdi Andeligh och Lekamligh motte, […] Så sant migh Gudh hielpe till Lijff och siel och all Lÿcksaligh wellfärdh […].”

[38] Stockholms stadsarkiv, Stockholms domkapitel, Protokoll, A I:1 1595 1/9–1600 19/7, 14.12.1597, fol. 108.

[39] RA, Svea hovrätt, huvudarkivet, E VI a 2 aa:126, Liber causarum 99, pars 3, skrivelse av Ingeborg Tott, 19.9.1649: ”[D]er efter emedhan hon siuck war, sadhe hon till migh, desse ord […] Ingebor Tönnis dotter, låter du Brijta Tönnis dotter erfua medh tigh, så Gudh för banna digh till liff, och Siäl, och om denna orden icke ähro af henna falne, will iagh at den förbannelssen öffuer migh skall gå.”

[40] 27 Oct. 1600, STb från år 1592 3, Sleman (red.), s. 124.

detta glas – icke allena den timliga utan också eviga helvetes död – om någon annan än Blasius Dundee är barnets fader."[41] Drycken hon drack för att bevisa sin oskuld i fråga om äktenskapsbrottet hon var anklagad för kan vara en hänvisning till det bibliska förbannelsebringande vattnet (4 Mos. 5:11–31), som den misstänkta otrogna hustrun skulle dricka medan prästen läste en förbannelseed över henne.

När Malins förlossningssmärtor var som värst sade hennes mor i närvaro av barnmorskan och fyra andra kvinnor: "Nu ser jag att du är skyldig." Malin hade svarat med en ytterligare självförbannelse: "Om jag är skyldig eller vet av någon annan man än Blasius, må Gud giva att det jag föder utav mig måtte vara likt ett djävulsbeläte och icke människas" – "och att det måtte gå igenom hennes mun och icke där det bör gå ut."[42] Dessa orubbliga nekanden och självförbannelser under smärtorna och det akuta dödshotet som förlossningen innebar var så övertygande att Malin Vilhelmsdotter lyckades producera elva hederliga kvinnor som friade henne från anklagelserna. Eder precis före dödsstunden eller på dödsbädden hade speciellt bevisvärde i det förmoderna Sverige.[43]

Edsformulär son "kulturella fönster": tentativa tankar om ålder och religionsskifte

Genom edsformulär lär vi oss mera om den tidigmoderna rättskulturen. Vi bör säkert anta att det kunde finnas flera lokala edsvarianter med vissa skillnader. Till exempel KB B 145 förklarade detaljerat hur Jesus hade lidit och uppoffrat sig för människorna och vilken evig pina, tortyr och straff som på domedagen väntade i dödsriket i händerna på "helvetes bödlar" den menediga, dömd av "den stränga domaren".[44] Dessutom fanns det olika eder för olika tillfällen. Med tiden tycks vissa laghandskrifter ha graderat de tre ederna: en för "ringa saker", en andra för "middel saker"

[41] 3 Nov. 1600, Sleman (red.), s. 126: "Gudh gifue at iagh må dricka minn dödh vthi detta glaß icke allenest thenn timeliga, vthann och then ewiga hälwetes dödenn, om någenn annann hörer barnet till vthan Blasius Dundij."

[42] 27 Oct. 1600, STb från år 1592 3, Sleman (red.), s. 124: "[o]m iagh ähr skÿldigh eller wet vtaf någen mann mere ähnn Blasius, så Gudh gifue at thet iagh föder vtaf migh måtte wara licht et diäfwuls beläthe och icke människios, och at det måtte gå genom hännes mundh och icke der det bör gå vth."

[43] Korpiola, kommande.

[44] KB B 145, fol. 2v–3r (se bilagan).

och en tredje – den längsta och mest högtidliga – för högmålssaker.[45] I en laghandskrift på Lunds universitetsbibliotek hittar vi edsformuläret om betalandet av rätta tionden som innehåller en förbannelse av allt ens arbete på åker och äng om man inte har betalat rätt tionde.[46] Till och med arvingar som bekräftade dödsboets egendom genom svärande kunde ha speciella eder.[47]

Även om ederna för det mesta verkar vara varianter av standardformer, kan de ha modifierats vid behov. Till exempel i en text från dalafogden Karl Broms år 1622 tycks denne ha diskuterat ett hormål med ståthållare Philip von Scheiding (1578–1646) och Israel Olofsson, länsmannen i Mora. Broms verkar ha haft en kritisk inställning till människors benägenhet att ta eder, vilket förorsakade själavåda. Eftersom människorna enligt honom fruktade mera det timliga straffet än det eviga, måste ederna modifieras. Därför föreslog han att eden skulle innehålla texten: ”om iagh ähr skyllig thenne Ret så gudh wende all mijn lycka i olycka, och alt mitt arbitte gonge mott och alldrigh medh”.[48] I detta delade Broms tydligen den skepsis mot eder som Olaus Petri (1493–1552) hade uttryckt i sina domarregler. Enligt Petri var eder – och därför även mened – vanliga i Sverige. På grund av detta tyckte han att domaren inte skulle ”lätteligen låta någon til laggång”.[49] Det edsformuläret som har tecknats före Karl Broms’ text – möjligen för att användas just i det ovan nämnda horsmålet – hänvisar i större detalj till allt som inte skulle hjälpa eller trösta menedaren och hans eller hennes själ. Eden nämner även Guds ”eviga, rättvisa och stränga dom”.[50]

[45] T.ex., KB B 116, fol. 10r–10v.

[46] LUB, Jur. Lag, Landslag, Christoffers m.m. 9, fol. 22r (se bilagan).

[47] KB B 130, fol. 107r–107v: ”Jagh N.N. bedher migh så Gudh hielpa, hans helga ordh och Evangelium, så och alt thet godha migh wedherfaras skall här i thenna, så och i then, tilkommande werlden, bådhe till liff och Siel, ähre och wälfärdh […], är som iagh nu sworitt hafuer, Så will och skall iagh achtas, hållas och straffas såsom en ärolöös meeneedigh Skiiälm och Bösswicht Till lif, ähre och godz, Så sant hielpe migh Gudh till lif och Siäl”.

[48] KB B 165b, Carl Broms, 9.5.1622, fol. 26v.

[49] Olavus Petri, ”Domareregler”, s. 306–308.

[50] KB B 165b, fol. 26r: ”Om Edhe*n,* Alt thz gott som gudt haff*uer* skapat fförst aff ahn cristi hielpia dyrebar ordt, ok helgie sacramenta och hans helgia regementhe, J him*me*lens, och himmels krafft, wndh*er* himelen, wädrett ok wedzens[!] krafft oppa Jordhene och iordens Kraffh*er* Kom*m*e mik ell*er* mine säll J Gudz rike Her på iordh*en* Jnfför gudz ewige rettwisse strenge dom, Kom*m*e mik aldrigh tilhielp ell*er* tröst, om iak nogh*en* tedt brukatt ell*er* handladt haff*er* mitt thenne quinnen: N: som […] är mik fförelagt Om hor

De senmedeltida rättsliga ederna innehöll hänvisningar till helgon. Till exempel i formulären i KB B 121 åberopas alla ”helgon i himmelrike”, medan det i samband med eden konstateras i KB B 145 att menedaren motsade och avsade sig Gud, Jesus och den Helige Ande samt ”alla Guds gode helgonn och wtwalde”.[51] Efter religionsskiftet putsade man troligen bort vissa katolska och papistiska drag som helgonen från ederna. Sammaledes tycks hänvisningar till botgörelse och kyrkoplikt som går att finnas i vissa handskrifter ha försvunnit från de flesta eder.[52] Den senmedeltida KB B 173 hade till och med konstaterat i slutet att biskopen hade domsrätten i alla edssaker och att de inte skulle falla under världslig jurisdiktion.[53] Dock diskuterar någon laghandskrift möjligheten att genom öppen bekännelse och ånger för missgärningarna kunna upphäva självförbannelsen.[54]

Den medeltida kyrkan bidrog till att formulera ederna, förklara deras symbolik och ge dem betydelse. Efter reformationen kan även teologer som Olaus Petri ha modifierat edsformulär. Svenska utdrag från bibeln, t.ex. Ananias’ och Safiras varnande exempel (Apostlagärningarna 5:1–10), Psalmerna (140, 146) och Syraks bok (21:1–2, 23:9–11 och 28:18) hittas ibland tillsammans med edsformulär – även i samband med ett utdrag från Petris domareregler.[55] Olaus Petri motsatte sig eder på kors och förklarade att man med ”helgedomar” menade ”den heliga rätten och lagen som i boken skriven är”. Därför skulle man lägga handen på ”boken” när man tog eden.[56] Möjligtvis översatte någon från Åbobiskopen Mikael Agricolas (b. 1554–1557) krets ederna även till finska. Versionen inne-

Alt thz scriffuit ahn är j bok både J thz nygia ok gambla testamenthe ok alt the iak bedit haff*uer* sedan iak fförst lerde Bedia kom*m*e mik aldrigh tilgode oc tröst om mik orettelig suär j thenna ed.”

[51] KB B 121, fol. 17v, ”Så bider Jag Migh Gudh hielpa och alla helgo*n* i him*m*elrijche, att thena eeden som Jagh nu sueria will, schall wara rättir och eÿ wrånger”; KB B 145, fol. 3v. Jämför med Formularia Lincopensis, Öberg (red.), I 30, s. 57: ”[…] ij gudzs oc alla hælga manna <nampn>” och Biskop Hans Brasks registratur, Gunneng (red.), s. 105.

[52] Dock KB B 116, fol. 10r; KB B 121, fol. 17v; LUB, Jur. Lag: Landslag, Christoffers m.m. 9, 20v; KB B 156, fol. 17v: ”Til thess han gör therföre […] wppenbara boot och bättringh, som kÿrkionnes rätt wtwijsar.”

[53] KB B 173, fol. 126r: ”Och ægh*e*r biscoper alla man*n*a edhe randzsaka och komæ ey til werlzlag.”

[54] KB 131, fol. 11r: ”ther till han sigh bekänner och wppenbarar, Och ijder och ångher haffwer för sina missgerninghar.”

[55] UUB B 2, fol. 19v–20v (se bilagan); Olavus Petri, ”Domareregler”, s. 308.

[56] Olavus Petri, ”Kommentar till Stadslagen”, s. 317.

håller inga hänvisningar till helgon, och den citerade finska bibeltexten (Jes. 44:22) är tämligen identisk med den i den finska översättningen av Gamla Testamentet som bär Agricolas namn. Å andra sidan presenteras inte eden tillsammans med samma bibelcitat som den svenska versionen i samma laghandskrift, vilket tyder på att den inte är någon direkt översättning av den längre svenska texten utan självständig.[57]

Man kan kanske tentativt förmoda att de edsformer som innehåller förbannelser representerar ett äldre skikt av eder, medan senare eder är mer neutrala. När man jämför den vanliga domstolseden med den som togs av medlemmarna i riksrådet (*iuramentum consiliariorum regni*) enligt biskop Hans Brasks register kan man konstatera att dess självförbannelse är mycket vag. Eden börjar med en invokation: ”Jag beder mig så Gud till hjälp, Jungfru Maria och Sankt Erik konung.” Sedan följer innehållet i trohetseden till kungen, riksrådet och riket samt tysthetseden. Eden slutar med en ytterligare valediktorisk invokation: ”Så se mig Gud, hulda Jungfru Maria (*huller Iomfru Maria*), alla Guds helgon och de helgedomar jag vidrörde (*aaholler*)”.[58] Svea hovrätts domares tjänsteed är likaså tämligen lidelsefri: ”Jagh N. N. lofwar och swär wedh Gudh, och på thet helige Evangelium […] migh så sant Gudh hielpe, bådhe till Lijff och Siäll etc.”[59] I det stora hela verkar det som om mer professionella och byråkratiserade system, kyrkliga och värdsliga, tycks ha haft mindre behov av detaljerade självförbannelser.[60]

Edsformulär och deras självförbannelser kan uppfattas som ”fönster” till den medeltida och tidigmoderna världssynen och rättskulturen. De visar vad man fruktade och ansåg vara viktigt i livet.[61] Ederna har kallats ”primitiva”, ”arkaiska” och ”irrationella” bevismedel.[62] Jag vill inte engagera mig i diskussioner om sådana klassificeringar möjligen verkar en aning anakronistiska i samhällen som trodde på andar, skärselden och den sista domen. Men edernas centrala position i rättegångsförfarandet gör det viktigt att förstå hur den kulturella logiken bakom dem fungerade och hur de fick sin legitimitet. Analyser av edernas ordalag och

[57] UUB B 2, fol. 20r–20v.

[58] Biskop Hans Brasks registratur, red. Gunneng, s. 105: ”Iak bed*e*r mik swa gud til hielp Iomfru Maria oc s*anc*te Eric konu*n*g […] Swa se mik gud huller Iomfru Maria oc alla gudz helga*n* ’ oc the helgadoma iak aaholl*e*r.”

[59] Svea hovrätt, Huvudarkivet, A I a 1:1, fol. 2r–2v.

[60] Se även Malmer 1996.

[61] Danet och Bodoch 1992, s. 158.

[62] T.ex. Caenegem 1973, s. 63–67; Lévy 1965, s. 10–11.

deras självförbannelser är steg åt det hållet. Eder – fast utan självförbannelseelementen – har ännu i våra dagar haft en viktig roll i rättegångar. Gud, Bibeln och vittneseden försvann från de finska rättssalarna först 1.1.2016, vilket visar mycket lång kulturell kontinuitet mellan rätt och religion även i Norden.

Källförteckning

Arboga stads tänkebok 1, Erik Noréen och Torsten Wennström (red.), Samlingar utgivna av Svenska fornskriftsällskapet [härefter SFSS], Serie 1, Svenska skrifter, häften 173, 175–176, Svenska fornskriftsällskapet, Uppsala 1935–1937.

Biskop Hans Brasks registratur. Textutgåva med inledning, Hedda Gunneng (red.), SSFS, Serie 1, Svenska skrifter 85, Svenska fornskriftsällskapet, Uppsala 2003.

Brasington, Bruce C., ”A Twelfth-Century Summula on Anathema and Excommunication”, i Canon Law, Religion and Politics. Liber amicorum Robert Somerville, Uta-Renate Blumenthal et al. (red.), Catholic University of America Press, Washington D.C. 2012, s. 107–117.

Brasington, Bruce C., Order in the Court. Medieval Procedural Treatises in Translation, Brill, Leiden, kommande.

Caenegem, R. C. van, The Birth of the English Common Law, Cambridge University Press, Cambridge 1973.

Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui 1. Westgötalagen, H. S. Collin och C. J. Schlyter (red.), Z. Haeggström, Stockholm 1827.

Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui 12. Konung Christoffers landslag, C. J. Schlyter (red.), Berlingska Boktryckeriet, Lund 1869.

Danet, Brenda och Bogoch, Bryna, ‘Whoever Alters This, May God Turn His Face from Him on the Day of Judgment’. Curses in Anglo-Saxon Legal Documents” i The Journal of American Folklore 1992, 132–165.

Decretales Gregorii IX, Corpus Iuris Canonici 2, Aemilius Friedberg (red.), B. Tauchnitz, Leipzig 1879.

Decretum Gratiani, Corpus Iuris Canonici 1, Aemilius Ludovicus Richter (red.), Ch. G. Kayser, Leipzig 1833.

Diplomatarium Suecanum 1, Johan Gustaf Liljegren (red.), Stockholm, 1829.

Diplomatarium Suecanum 4, Bror Emil Hildebrand (red.), Stockholm, 1853, 1856.

Diplomatarium Suecanum 5, Bror Emil Hildebrand (red.), Stockholm, 1858, 1865.
Fraser, A. D., ”The Ancient Curse. Some Analogies” i The Classical Journal 1922, s. 454–460.
Formularia Lincopensia. Zwei spätmittelalterliche Briefsteller aus dem Bistum Linköping (Cod. Upsal. C 204). Textkritische Gesamtausgabe mit Einleitung und Register, Jan Öberg (red.), Acta Universitatis Stockholmiensis, Studia Latina Stockholmiensia 40, Stockholms universitet, Stockholm 1997.
Gager, John G., Curse Tablets and Binding Spells from the Ancient World, Oxford University Press, Oxford 1999.
Habbe, Peter, Att se och tänka med ritual. Kontrakterande ritualer i de isländska släktsagorna, Vägar till Midgård 7, Nordic Academic Press, Lund 2005.
Hamre, Lars, ”Edgärdsman – Norge” i Kulturhistorisk leksikon for nordisk middelalder 3, Rosenkilde og Bagger, Köpenhamn 1958, sp. 492–499.
Hemmer, Ragnar, Suomen oikeushistorian oppikirja I, Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja 46, SLY, Helsinki 1950.
Hen, Yizhak, ”The Cambridge History of Early Medieval West” i Magic and Witchcraft in the West from Antiquity to the Present, David J. Collins (red.), Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 184–206.
Holmbäck, Åke och Wessén, Elias, ”Inledning” i Svenska landskapslagar 5, Hugo Gebers Förlag, Stockholm 1946, s. xi-cxvi.
Hummel, Pascale, Mala dicta. Essai sur la malédiction et la calomnie dans l’Antiquité classique. Philologicum, Paris 2008.
Jacobsen. Lis, Forbandelseformularer i nordiske runeinskrifter, Kungl. vitterhets historie och antikvitets akademiens handlingar 39:4, Kungl. vitterhets historie och antikvitets akademien, Stockholm 1935.
Jaser, Christian, Ritual Excommunication. An ‘Ars Oblivionalis’? i Memory and Commemoration in Medieval Culture, Elma Brenner and Mary Franklin-Brown (red.), Ashgate, Abingdon 2013, s. 119–139.
Keil, Martha, ”Rituals of Repentance and Testimonies at Rabbinical Courts in the 15th Century”, i Oral History of the Middle Ages. The Spoken Word in Context, Gerhard Jaritz och Michael Richter (red.), Medium Aevum Quotidianum, Sonderband 12, CEU Medievalia, Krems och Budapest 2001, s. 164–176.

Korpiola, Mia, "'At Death's Door'. The Authority of Deathbed Confessions in Medieval and Early Modern Swedish Law" i Preparing for Death in Medieval and Early Modern Northern Europe, red. Anu Lahtinen och Mia Korpiola, Brill, Leiden, kommande 2016.
Leffler, Leopold Fredrik, "Hedniska edsformulär i äldre Vestgötalagen" i Antiquarisk tidskrift för Sverige 1895, s. 149–159.
Lévy, Jean-Philippe, "L'Evolution de la preuve des origines à nos jours. Synthèse générale" i *La Preuve, 2. Moyen âge et temps modernes*, Société Jean Bodin, Bryssel 1965, s. 9–70.
Little, Lester K., Benedictine Maledictions. Liturgical cursing in Romanesque France, Cornell University Press, Ithaca 1993.
Malmer, Elin, "De försvunna ederna. Samhällets rationalisering och avskaffandet av tro- och huldhetseden samt befattningsederna" i Scandia 1996, s. 235–267.
Nielsen, Herluf, "Edsformular" i Kulturhistorisk leksikon for nordisk middelalder 3, Köpenhamn, Rosenkilde og Bagger, 1958, sp. 499–504.
Ogden, Daniel, "Binding Spells. Curse Tablets and Voodoo Dolls in the Greek and Roman World" i Witchcraft and Magic in Europe 2. Ancient Greece and Rome, The Athlone Press, London 1999, s. 1–90.
Olavus Petri, "Domareregler" i Samlade skrifter 4, Sveriges kristliga studentrörelses förlag, Upsala 1917, s. 301–311.
Olavus Petri, "Kommentar till Stadslagen" i Samlade skrifter 4, Sveriges kristliga studentrörelses förlag, Upsala 1917, s. 315–346.
Schmidt-Wiegand, Ruth, "Eid und Gelöbnis, Formel und Formular im mittelalterlichen Recht" i Recht und Schrift im Mittelalter, Peter Classen (red.), Vorträge und Forschungen 23, Jan Thorbecke Verlag, Sigmaringen 1977, s. 55–90.
Stein-Wilkeshuis, Martina, "Scandinavians Swearing Oaths in Tenth-Century Russia. Pagans and Christians", Journal of Medieval History 2002, s. 155–168.
Stockholms stads tänkeböcker från år 1592, 1, Daniel Almqvist (red.), Stockholms stadsarkiv, Stockholm 1939.
Stockholms stads tänkeböcker från år 1592, 3, Folke Sleman (red.), Stockholms stadsarkiv, Stockholm 1953.
Svenska landskapslagar 5, Åke Holmbäck och Elias Wessén (red.), Hugo Gebers Förlag, Stockholm 1946.
Svenskt diplomatarium 2, Carl Silfverstolpe (red.), Kungl. Riksarchivet, Stockholm 1879–1887.

Vodola, Elisabeth, Excommunication in the Middle Ages, University of California Press, Berkeley 1986.
Wilson, John A., ”The Oath in Ancient Egypt” i Journal of Near Eastern Studies 1948, s. 129–156.

Otryckta källor

Kungliga Biblioteket:

Laghandskrift B 116
Laghandskrift B 121
Laghandskrift B 121b
Laghandskrift B 130
Laghandskrift B 145
Laghandskrift B 156
Laghandskrift B 165b
Laghandskrift B 173

Lunds universitetsbibliotek:

Jur. Lag, Landslag, Christoffers m.m. 9

Riksarkivet:

Skrivelser till Kung. Maj:t från konsistorierna, Linköping (1552–1836)
Svea hovrätt, Huvudarkivet, A I a 1:1
Svea hovrätt, Huvudarkivet, E VI a 2 aa:126, Liber causarum 99, pars 3

Stockholms stadsarkiv:

Stockholms domkapitel, Protokoll, A I:1 1595 1/9–1600 19/7

Uppsala universitetsbibliotek:

Laghandskrift B 2
Laghandskrift B 20
Laghandskrift B 173

Bilaga

Kungliga Biblioteket [Stockholm], Laghandskrift KB B 145, fol. 2r–4r:

Hwart menniske som will swäria någhonn eedh, hann skall wplÿffte trij finger som är twmilfingerenn, peekefingeren, och thett middelste finger, Widh thenn förste finger som är twmilfingeren förstås gwd fader, widh peekefingeren Gudz Son, och widh thenn tredie finger, Gud thenn helige ande. The andra twå små fingre böÿer han nidh i handenne, Thenn ene betÿder menniskionnes ÿpperlige siell som ligger skiwlt i menniskionn, Then Femte fingerenn och mindste, betÿdhas enn eniste och alzmechtig gud och skapare, som haffwer skapat menniskionn och all creatur både i himmelen och på iordenne.

Hwilkenn menniskia ther nu är så ogudachtigh och sigh sielff så fienndsk, at hann swär enn falsk eedh, eller icke hålder thenn eedh som hann sworit haffwer, hann sÿnnder I så motto som hann wille seÿa, om iagh swär falskeliga tå straffa migh Gudh fader, Gudz Sonn (2v) och Gud thenn helige annde, at Gudz thenn himmelske faderens skapalse, när hann skapta migh och alla menniskior effter sitt egit belette, ther till medh all hanns faderlige godheet, nådh och barmhertigheett komma migh icke till gagnn, men at iagh som enn motwilligh, hårdnackit öffwerträdare och sÿnndare, bliffwe straffat ewinnerlig vdi helffwette.

Jtem hwilkenn menniske som Swär Falskelige eller icke hålder thenn Sworne eedh, hann taalar lika som hann wille seÿa. Om iagh swär Falskelige Så straffa mig Gudh Fader, Gudh Sonn och Gudh thenn helige ande, ath Gudz sonns, wår herris Jesw Christi ödmiuke manndoms anammelsze, och hanns kåstelige blodighe swetth och oskÿldige bittra pino, hans helige dÿrbara blodh som bleff wtguttitt för menniskionnes Sÿnder, hans Försmädelige dödh, hans wnderlige wpständillse, och hans helige och weldige himmelfärdh. Och alt thz Jesus christus wår eniste midlare haffwer förwärffwath (3r) sina wtwallde, wara altsamanns migh thill förgeffwis, och hielpa migh icke thill saligheett, Men att thenn Herre Christws wara migh på then ÿterste dagh en Strängh domare, ther migh för mina misgierninger skwll dömer och fördömer mz sin stränga dom, till ewigh pino, och antwarda migh helffwetes Bödler i woldh, at pinas ewinnerligha.

Jtem Hwem som Falskelige swär, eller icke hålder sin Sworne eedh, hann taalar liika som han wille säÿa, Om iagh swär falskeligha, tå straffa migh gud fader, Sonn, och thenn helige annde, at thenn helige andes gierninger, hwilckenn ther är wtgånngin, och sändt the helige Apostle och alla trogne christnne till tröst, icke komma migh till hielp, menn at iag bliffuer wtelÿcht jfrå thenn christelige kÿrckes menighet, och icke niuter theras bön gåt åth, eller bliffuer delachtig ther vthi. Och at Euangelij tröstelige predickenn intidh hielpa migh, till mine sÿnders förlåtillse, Och at iagh icke wpstå till thenn herligheet, som the trogne christne äro bereth aff (3v) ewigheett. Menn at iag bliffwer förskuttin mz Liff och siell, i thenn ewige fördömelsenn,

Huilckenn menniske som falskelige swär, han mootseger och affseger Gud Fader, Gud Sonn och Gud thenn helige annde, och alla Gudz gode helgonn och wtwalde, och giffwer sigh mz Liff och siell dieffwulenn och alt hanns sällskap i hellwete i wolldh ther at bliffwa och råd mz them Vdi helffwetes grunnd till ewigh tijdh, hwar slät ingenn förlöszningh ähr.

O menniske betännck thetta gannska flittelige, och märck hwilcken gräselig hård och stränngh dom, thw giffwer öffwer tigh sielff, när dw swär falskelige. Jt fromt och christet hierta motte well förfäras, och skielffwa therföre efftertÿ enn falsk eedh haffwer sådant mz sigh, at en meennedigh menniske giffwer sigh sielff ifrå gud, wtelÿcker sigh ifrå alla hanns welgierninger timelige och ewige. Och affsÿnndrar (4r) sigh ifrå thenn gannska christeliga menigheet, och well wara ewigh förtapat och fördömd mz Liff och siell. Therföre råder iagh hwar christenn, wachta sigh för falska eeder, och förlåter at swaria falsk så frampt han haffwer sin siells wellfärd och saligheet kiär, thz wnna osz gud alzmechtig för sin Sons Jesw Christi skwldh. Amen.

Uppsala universitetsbibliotek, Laghandskrift UUB B 2,18v–19v:

Huilckin som eedh swär å Boock, han schall sweria i triggia handha mått o. Först sägher han.

I. Altt thett gått, som schriffuit ståår i Boock och i thett heligha lästh och Ewangelium, bådhe i Gudz gamble lagh och så i the nyia, komme migh aldrigh till hielp eller tröst, om iagh falschtt swäri thessom eedhe.

II. Till thett andra säger han, och legger hand på book. Altt thett gått som iagh giordtt haffuer, komme migh aldrigh til hielp för Jhesu Christi anlethe, om iagh swär falscht i thessom eedhe.

III. Thill thett Tridhie Swär han och sägher. Alle the godhe Ordh och Böner som igenom min mun, äre sagdhe och bidhin, sedhan förste sin iagh kunde min tungo och mun röra komme min sieell aldrigh til hielp eller hugnath, om iagh falsktt swär i thessom eedhe, som migh nu är förelagdh.

Märch och Wijdare.

Huilckin man som falschtt swär å Book, märckie han här sijn wådha, Then tijdh han sighnar sigh, thå signar han sigh medh dieffuuls handh, och när han dricker och äther, gör han och sammaledes, och alla the gärningar som han gör, the gör han medh dieffuuls handh, till thess han haffuer vppenbara schrifft tagith och fulkomnath. Syrach 21 min son haffuer tu syndat så wendt igen, och bidh att thett förra giordtt är, må ock förlåtit warda, fly för syndena såsom för enorm orm, hennes tänder äro såsom leyons tänder och dräpa menniskiorna.

Edher vthdraghne, som vthi höghwichtighe saaker staffuas schola.

Jagh N.N. Bedher migh så Gudh Alzmechtigh, till hielp och tröst som schaptt haffuer himmel och Jordh, och altt thett ther vthi är, medh sitt ewiga ordh. Att then eedh som iagh swär, eller swäria will, schall wara reen och icke meed, rätter och icke orätter.

Till thett första Altt thett godha som Gudh schapat haffuer vthi himmel och Jordh och altt thett godha som vthi thett gambla och Nyia Testamenttet schriffuit och vthtryckt är. Thett Jhesus Chr*ist*us migh och alle Christne till liiff och sieels saligheet, giordtt och bewijsat haffuer kome migh aldrigh till godho, nyttho eller gagnn vthi thenna wärden (19r) eller framdeels i annor wärdh till lijff och siäll, om iagh thenne eedhen orättelighen swär.

Till thett andra Altt thett godha som giordtt är eller göras kan vthi then Christeligha församblingh öffuer all wärdenne igenom then helige Andhas kraffth och nådh, och altt thett godha iagh nu ägher eller här effter äghandes warder, bådhe i löst och fast, komme migh eller mina ärffuingar, frendom eller wennom aldrigh till hugnath eller gledie godha eller gagnn, till liiff och siäll, om iagh thenne eedhen orättelighen swär

Till thett tridhie Alle godha löffthe och tilseyelsse som Gudh Alzmechtigh ossz Christne menniskior, genom döpelsen och Sacramentet vthlåffuat haffuer genom Jhesu Christi ordh och helighe Ewangelium, thett ewigha liffs vpståndelsse och arffuedeell vthi Gudz rijke tilsagdth är komme migh aldrigh till godho och gagnn eller saligheet till lijff eller siäll, om iagh thenne eedh orätt swär.

Ett sätte, huru man schall swäria thå han will gå lagh medh een annan, och thå han så swär, Thå scheer thett vthan Gudz förtörnilsse, och vthan all siäla wådha.

Jagh Bedher migh [nw] Gudh til hielp, att aff the schäll lijknelsse som, iagh weet aff Sakenne, och aff the Vmgengelsse, och medhäld, som iagh haffuer hafft medh thenne men, troor iagh att hans eedh är reen och icke meen. I sådana måtto swär han rätt och vthan siäla wådha.

En förmaningh till alla them som falscheligha swåria och hwar såsom man schall märckia eller förstå, medh Fingers wphöghningh eller håndh lägningh.

Till thett första, medh the tree finger, som är Twman, förståås Gudh Fadher, medh thett andra Gudz son, och medh thett tridhie Gudh then helighe Andha, såsom the vnder menniskligheten äre förborgadhe. The effterste tw finger som bliffua inbögdhe i handen, Thett första betydher then kåsteligha siälen, såsom hoon vnder menniskligheeten är förbårgen och fördoldh. Thett fämpthe och minste fingredh, betydher, kråppen, som förstår att wara then ringeste emooth siälenn. Och widh heele händen märcker och betydher een Gudh, som alle Creathwr vppå (19v) Jordhenne schapath haffuer. Huilckin mennischia så oförwåghen swär i alla måtto, som han wille så seyia. Om Jagh nu falscheligha swär, så bedher Jagh migh Gudh Fadher, Gudz Son och Gudh thenn helighe Andha till hielp. etc.

Syrach 23 Wän icke tin mun till att swäria och föra Gudz nampnn fåfengt, ty licka som een drengh then offtha stupat warder icke är vthan strijmor, alt så kan och icke then wara vthan syndh reen, som offtha swär. Och then som åfftha swär han syndhar, och pläghan, schall icke bliffua iffrå hans huse. Swär han, och förstår thet icke så syndar han lickuel, förstår han thett, och förachtar thett, så syndar han twefalt, män swär han förgeffues, så är han än thå icke vthan syndh, hans hws schall hårdeligha straffat wardha. Acto: 5 om Anania och Saphira Syrach 28 många äro falne genom swärdhz Egh, män aldrigh så många, som för onda tungor. Psal 140 En ond mun schall ingen lycko haffua på Jordhenne, och een wrånghwiiss ond menniska schall föriaghat och omstört wardha, ty iagh

weet att herren schall vthrätta thens elendes saack, och thens fattigas rätt. psal 146 herren bewarar the fremlingar och fadherlösa, och vphåller En kronar, och tilbaka wänder the ogudhachtighas wägh.

LUB, Jur. Lag: Landslag, Christoffers m.m. 9, fol. 20v–22r:

Om then som swer sig meen

Hwilken Mann eller quinna som falst swär åå Book, Märke och höre her sinn siele wåde, Then thid han signar sig, thå signar hann sig med diefuulens hånd, thenn thid han ätter, thå sätter hann mätten j sinn mun med diefuulens hånd, Och thenn thid hann dricker sammaledes, Och alla the gärninga som hann gör, them gör hann alla med diefuulens hånnd, ther thill hann hafwer schriftad sig och thagitt oppennbara bättring.

Här effter fölier Edenn

Såå beder iag mig Gudh hielpa Att thenne eedenn iag nw sweria will hann schall wara retter Och icke wrånger, *etc*.

Läg handena på Bokena (21r) Och Sägh *etc*.

Altt thed gode Gudh schop, både J Nÿia lag och J the gamble lag, thed komme mig aldrig thilgode hwarken thill liiff eller siell Om iag thenna eden oretteliga suär.

Kÿss wpå Bochena Och sägh

Allt thed gode som iag hafwer giordt vdj minna lifzdagar, Och ähnn göre schall och altt thed godz iag äger både löst och fast. Thed komme aldrig mig eller minom Arfuingom thill glädie eller godo hwarkenn thill liiff eller siell, Om iag thenne edenn oretteliga swer.

Enn annan Eed förbettrat

Jagh beder mig så gud Alzmectig thill hielp Och tröst som schapatt hafwer himmell och Jord Och altt thz som ther vdj ähr, med sitt Ewiga Ord, Att thenn eed som iag nw swär heller sweria will, skall wara Reen och iche meen. Retter och iche orettar,

Förste Artikelen

Altt thed gud schapatt hafwer vdi himmell och Jord, och altt thz goda som wdj thz gambla och Nÿa (21v) Testamennte, schrifwidt vttrÿcht och vttrettat, ther Jesus Christus mig och alla Christnna thill liiffz och sielz saligheet giordt och bewist hafwer komma mig Aldrig thilgode nÿtte heller gagnn J thenna wärlden heller framdeliis J Andra wärld thill liiff och siell om iag thenna eden oretteliga swär,

Andra Artikelen

Altt thz gode som giort heller göres schall vdi thenne Christeliga försambling öfwer all werlden igennom thenn helge Andes kraftt och nåd och altt thz gode iag nw äger heller ägandes warder här efther både wdj löst och fast komme mig och minnom Arfuingom frendom och wennom, aldrig thill hugnatt heller glädie, gode heller gagnn thill liiff och siell, om iag thenne edenn orettelig swär,

Tridie Artikelen

Alle the gode lÿfte och thilseijelsse som gud alzmectig oss Christnne Männischior igennom döpelsse Vttlåfwatt hafwer, igennom Jesu Christi helge ordh och Ewangelium, thette ewige lijffz vpstånndelse och arfwadell vdi gudz riike thil salighz komme mig aldrig thil gode heller gagnn, thil (22r) liff och siell, Om iag thenne edenn orettelig suär.

En Eed till att Swäria at man haf:r giort rät Tijonde,

Jagh beder mig så gud hullann, och thz heliga Sacramente, Att iag epter mitt bäste förstånnd och samwett hafuer giordt rettann Tijonnde och altt thed som ähr schrifuitt J book och J the heliga Läst, både Gudz gambla Lag så och Nÿia, Thesliegest altt thz gode som iag giordt hafwer och alle

the gode ord som igenom min mund ähre sagde och bedenn sedann iag kunde Tungan J min mund röra komme mig aldrig thilhielp. Tröst heller hugnatt och mitt arbete både på åker och ännng wari förbannatt, om iag Annatt wett, ähnn iag hafwer giordt rettann Tijonnde.

Titti Mattsson

Vetenskap på tvären

Introduktion

Det har allt sedan 1970-talet funnits en enighet hos både forskarsamhället och bland våra politiker i Sverige att det finns kunskapsvinster att inhämta i den tvärvetenskapliga forskningen.[1] Under 2000-talet har denna utveckling blivit påtaglig även för forskaren i rättsvetenskap. En trolig anledning är att juristerna har fått ett ökat intresse av att delta i projekt rörande samhället och dess förändringar också med experter utanför rättsvetenskapens område. Ytterligare en anledning till förändringen mot ökade tvärvetenskapliga inslag i den rättsvetenskapliga forskningen är sannolikt de ökade kraven på externfinansiering för att kunna bedriva forskning. Rättsvetaren har, liksom forskare inom andra vetenskapsområden, fått ge sig i kast med forskningsrådens krav och där bland annat funnit önskemål om större forskningsprojekt med tvärvetenskapliga inslag. Jag har haft förmånen att vara ledamot i Vetenskapsrådets beredningskommitté för rättsvetenskap och filosofi (HS-D) under Mats Kumliens ledning åren 2013–2015. I kommitténs arbete ingår att lämna förslag till vilka forskningsansökningar som ska finansieras av VR. En trend som kunnat skönjas är att rättsvetare alltmer arbetar i forskargrupper med kollegor inom andra vetenskapsområden alternativt med kollegor inom skilda rättsvetenskapliga områden.

Vad finns det då att säga om denna utveckling mot en ökad tvärvetenskaplighet för den rättsvetenskaplige forskaren? Vilken förändrad situation föreligger? Vidare: är den på kors och tvärs med de traditionella forskningsuppgifterna, eller ligger tvärvetenskapliga samarbeten snarare i

[1] Denna artikel utgår från en presentation vid den nationella konferensen i offentlig rätt vid Uppsala universitet den 21 oktober 2015.

linje med en förväntad utveckling av den rättsvetenskapliga forskningen? Dessa frågor kommer jag att behandla i artikeln. Eftersom min egen forskargärning begränsar sig till socialrätten kommer det fältet att vara utgångspunkten för presentationen.

Artikeln inleds med att jag kort beskriver hur tvärvetenskap definieras och vad tvärvetenskaplig forskning kan innebära. Jag ger därefter några exempel på olika typer av tvärvetenskapliga projekt från socialrättens område i Sverige. Vissa svårigheter med tvärvetenskaplig forskning behandlas också. Jag avslutar med ett par reflektioner rörande rättsvetarens roll för den fortsatta tvärvetenskapliga forskningen.

Trenden tvärvetenskaplig forskning

I forskningspolitiska diskussioner har under många år framhållits de kunskapsvinster som finns att inhämta i den tvärvetenskapliga forskningen. Samtidigt har man betonat att den ämnesbaserade grundforskningen är en förutsättning för en sådan utveckling. Tvärvetenskapen ska alltså ingalunda vara ersättande utan i stället kompletterande. Vid en förfrågan till svenska forskarsamhället 2005 ansåg cirka 60 % av svenska forskare att det arbetade tvärvetenskapligt.[2] Det var en hög siffra då och den skulle sannolikt bli ännu högre om vi ställde samma fråga till forskarsamhället idag.

Tvärvetenskapliga forskningsprojekt inom rättsvetenskapen är ingalunda nytt. Det omfattande forskningsprogrammet Barn som aktörer som pågick under åren 1999–2009 vid Juridiska Fakulteten vid Uppsala universitet är ett belysande exempel på ett program som innefattade såväl forskare från olika rättsområden – familjerätt, folkrätt, processrätt, avtalsrätt, rättshistoria, offentlig rätt och socialrätt – som forskare från socialt arbete och kriminologi. Här finns förstås flera andra projekt med tvärdisciplinär betoning. Det nämnda programmet är dock särskilt passande att nämna i sammanhanget eftersom både Mats Kumlien och jag var verksamma som forskare i det.

[2] Vetenskapsrådet 2005, s. 9.

Tvärvetenskapens ramar

Vad är då tvärvetenskap? Här finns olika sätt att försöka besvara denna fråga. En möjlighet är att söka allmänna definitioner. Nationalencyklopedin anger följande definition:

> ”allmän benämning på vetenskapligt samarbete mellan forskare eller forskargrupper från skilda discipliner. Detta kan ha formen av större forskningsprojekt eller mindre informellt samarbete mellan individuella forskare.”[3]

Med en sådan förståelse ska ett tvärvetenskapligt projekt innefatta forskare från olika vetenskapsdiscipliner, och skärningspunkten bestå i att man samarbetar utifrån sina sakkunskaper och metoder, begreppsbildningar och material.

Ett annat sätt att beskriva tvärvetenskap är att studera vilka olika typer av forskningssamarbeten och metoder som kan sägas ingå i den tvärvetenskapliga forskningen. Här finns ett antal begrepp att förhålla sig till. Tvärvetenskapen sägs, för det första, kunna vara antingen *interdisciplinär* eller *multidisciplinär*. Medan den förra sägs kräva mer samarbete mellan forskarna är den multidisciplinära en forskningsprocess där de enskilda forskarnas arbeten löper parallellt med varandras. Den multidisciplinära forskningen kräver således mindre integration. Den interdisciplinära forskningen, däremot, innebär en fördjupad samverkan mellan olika forskningsdiscipliner.[4]

Ett annat begrepp som förekommer i tvärvetenskapliga sammanhang är *mångvetenskap*. Med en multidisciplinär arbetsprocess utförs mångvetenskap, medan en interdisciplinär process utgör *integrerad forskning*. Vidare förekommer begreppet *transdisciplinär* forskning, Här avses sådan forskning som involverar forskningens avnämare.

Ytterligare ett sätt att söka ramarna för vad som är tvärvetenskaplig forskning är att använda sig av de stora forskningsfinansiärernas definitioner. Vetenskapsrådet definierar exempelvis tvärvetenskapliga projekt enligt följande:

> Med ett tvärvetenskapligt forskningsprojekt menas/…/ ett forskningsprojekt som för sitt genomförande behöver sakkunskaper, metoder, terminologi, data och forskare från mer än ett av Vetenskapsrådets ämnesområden[5]

[3] http://www.ne.se.
[4] Se bl.a. Vetenskapsrådet 2005.
[5] http://www.vr.se.

Medicin och hälsa, Naturvetenskap och teknikvetenskap, Humaniora och samhällsvetenskap samt Utbildningsvetenskap.

Med en sådan förståelse avser man alltså att tvärvetenskap utgörs av forskningsprojekt som spänner över flera vetenskapliga ämnesområden såsom de indelas av Vetenskapsrådet. Eftersom juridiken ryms inom ämnesområdet Humaniora och samhällsvetenskap innefattar forskning med statsvetare, sociologer, filosofer, historiker och andra humanister eller samhällsvetare *inte* tvärvetenskaplig forskning med denna definition. En sådan snäv förståelse av vad tvärvetenskap innefattar bör dock användas med försiktighet eftersom den främst är avsedd att användas för att indela forskningsprojekt i olika beredningsprocesser i samband med en ansökan.

Några exempel på tvärvetenskapliga projekt inom socialrätten

Eftersom socialrätten är den del av rättsvetenskapen som jag själv är verksam inom får mina exempel på tvärvetenskapliga projekt hämtas härifrån. Socialrätt indelas traditionellt i tre ämneskategorier: socialtjänst, hälso- och sjukvård samt socialförsäkringar. Vid en genomgång av pågående projekt som redovisas på fakulteternas hemsidor kan man notera att det finns pågående tvärvetenskapliga projekt inom varje kategori.[6] Projekten är av varierande storlek och av olika karaktär. Mindre projekt är vanliga och består av två till tre forskare. Ett exempel på ett sådant projekt rör arbetsoförmåga inom socialförsäkringssystemet och innefattar en jurist och en läkare.[7]

[6] Vetenskap och beprövad erfarenhet, VBE Lund, Biobank Cloud, FP07 (Uppsala) BBMRI-ERIC (Uppsala), B3Africa, Horizon 2020 2015–2018 (Uppsala) Right to Health. The Impact of Religion: Challenges for Society, Law and Democracy – A Linnéaus Centre of Excellence (Uppsala), Expertis, evidens och etik i beslut om tvångsvård – en tvärvetenskaplig undersökning av det kunskapsteoretiska gränslandet mellan medicin och juridik (Göteborg), eHealth (Lund), Forskning på beslutsoförmögna (Lund), Centre for the Rights of the Child (Stockholm), Åtgärder för familjehemsplacerade barn (Lund), People ageing with a neurological disability and the use of health apps (Lund), All Rights Reserved? Barriers towards EUropean CITIZENship (bEUcitizen), Göteborg), Rätten, välfärden och arbetsmarknaden (Umeå), Äldrerätt (Lund), Arbetsförmåga ur rättsligt och medicinskt perspektiv (Umeå) m.fl.

[7] Arbetsförmåga ur rättsligt och medicinskt perspektiv (Umeå).

Ett annat mindre projekt rör forskning på beslutsoförmögna och innefattar en jurist, en filosof och en medicinetiker. Detta sist nämnda projekts övergripande syfte är att studera vilka avvägningar som görs – och bör göras – i ärenden som rör etikprövning av forskning på forskningspersoner med nedsatt beslutsförmåga. Fokus är etikprövningslagen (2003:460) och etikprövningsnämndernas beslut. Genom att arbeta tvärvetenskapligt ges möjlighet att ta ett fördjupat grepp på etikprövningsfrågan. Förutom det rättsdogmatiska arbetet med att analysera lagregleringen samt Centrala etikprövningsnämndens beslut utifrån rättsliga principer och ramar finns även kompetensen att behandla de etiska diskussioner och avvägningar som lagen och besluten innehåller. Vidare kan gruppen föra flerdimensionella diskussioner under vilka omständigheter forskning på beslutsoförmögna personer borde vara tillåten, eller ställa grundläggande frågor såsom hur denna kategori forskningspersoner bör avgränsas. Gruppen har också kommit att delta i debatten kring registerforskningen, närmare bestämt i fråga om de register som finns rörande beslutsoförmögna. Dessa anses vara av stor betydelse för Sverige som forskningsnation, men ställer samtidigt centrala rättsliga och etiska frågor rörande ställföreträdarskap, samtycke och solidaritet – frågor som också behandlats i anslutning till Utredningen om beslutsoförmögna personers ställning, som år 2015 lämnade sitt betänkande.[8]

Det blir emellertid alltmer vanligt att rättsvetaren även ingår i större forskargrupper än de tidigare nämnda. I dessa stora projekt, eller program som de ofta benämns, erbjuds möjligheten att delta i ett arbetslag som kan kombinera ett antal olika perspektiv och expertområden med syftet att genomföra en konstruktiv och kritisk granskning av ett fält eller skapa en helhetssyn inom ett visst forskningsfält. En stor grupp forskare erbjuder vanligen en stor och bred forskningsmässig kapacitet där rättsvetenskapen kan utgöra en liten del av hela projektet.

E-hälsa är för närvarande ett mycket expansivt område, som är tämligen obeforskat och oreglerat. Det är ett exempel på ett forskningsfält som är i behov av en granskning av befintliga möjligheter och utmaningar. En forskargrupp med tio personer från fem fakulteter vid Lunds universitet har under 2015/16 haft till uppgift att undersöka e-hälsoområdet från ett tvärvetenskapligt perspektiv. Det övergripande målet med programmet är att bidra till förståelsen av hur e-hälsotjänster och system kan utvecklas, införas, användas och göras begripliga som hållbara lösningar

[8] SOU 2015:80.

som utvecklar vården och välfärden. Det handlar med andra ord om att bidra till en flervetenskaplig teoretisk och empirisk förståelse av denna expansiva informationsmiljö för hälso- och sjukvården och för samhället i stort. Ett annat forskningsprogram vid samma universitet är Vetenskap och beprövad erfarenhet (VBE), finansierat av Riksbankens jubileumsfond. Programmet pågår 2015–2020 och knyter samman forskare från områdena filosofi, psykologi, kognitionsvetenskap, juridik, medicin och företagsekonomi. Att ta hänsyn till vetenskap och beprövad erfarenhet har under de senaste årtiondena blivit alltmer vanligt som lagkrav från hälso- och sjukvård, till skola, universitet, socialt arbete och flera andra offentliga verksamheter. I programmet avser man att ta tillvara de erfarenheter som finns och göra jämförelser med andra begreppssystem och andra länder. Förutom att ge nya teoretiska insikter och ny empirisk kunskap är avsikten med programmet att ta fram redskap som kan ha betydelse för styrning och granskning av det offentliga. En del av programmet innefattar att undersöka hur det juridiska begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet tillämpas av domstolar och myndigheter, och kartlägga eventuella problem som den nuvarande tillämpningen av begreppet ger upphov till.[9]

Inom rättsvetenskapen kan forskning som sker inom ramen för vetenskapsämnet men där olika rättsområden möts också kallas tvärvetenskaplig, ofta med beteckningen interdisciplinär. Detta är sedan länge ett vanligt sätt att samarbeta på för rättsvetaren men har sannolikt ökat under det senaste decenniet. En pådrivande faktor torde vara att flertalet forskare numera är beroende av extern finansiering för att få forskningstid. Forskningsfinansiärerna förespråkar inte sällan större projekt med fler än en forskare och med en bredare ansats än den traditionella, och inte sällan med ett tema som man vill ha in forskningsprojektet inom. Rättsvetenskapen placeras också ofta som en del av den samhällsvetenskapliga-humanistiska forskningen hos finansiärer och som sådan kan projekt ibland behöva vara tematiska, vilket talar för att man behöver samarbeta.

Denna interdisciplinära forskning är ofta fruktbar och mindre komplicerad, eftersom vi i grunden arbetar inom samma vetenskapliga disciplin. Det finns förstås många exempel på sådan forskning i Sverige och Norden. Ett exempel på en forskargrupp som arbetat interdisciplinärt i tjugo års tid är Norma vid Juridiska fakulteten i Lund. Här samlas socialrättare, arbetsrättare och familjerättare i forskningsfrågor som förenar. En sådan

[9] Se vidare VBE:s hemsida, http://www.vbe.lu.se/start, hämtat 2015-12-14.

fråga är äldrerätten. Vi lever i en tid av en omfattande demografisk förändring. Man räknar med att den totala befolkningen i arbetsför ålder i Europa kommer att falla med nästan 21 miljoner fram till 2030, och att antalet personer i åldern 80+ kommer att öka med 60 % under samma tidsperiod. År 2050 beräknas mer än en fjärdedel (27 %) av befolkningen i Europa vara 65 år och äldre.[10] Detta skapar förstås en mycket utmanade situation för våra samhällsfunktioner, för ekonomin och för arbetsmarknaden. Utvecklingen inverkar på flera rättsvetenskapliga områden, där de tre nämnda – socialrätt, arbetsrätt och familjerätt – innefattar centrala komponenter som gruppen analyserar i ett äldrerättsligt perspektiv. Forskargruppens sammansättning gör det möjligt att behandla skilda frågor och ämnen med anknytning till äldres rättsliga ställning och de samhällsfunktioner som aktualiseras (äldreomsorg, hälso- och sjukvård, arbetsmarknad, socialförsäkringssystem m.fl.) ur både nationella och EU-rättsliga perspektiv.

Ett annat exempel på interdisciplinär forskning är det omfattande projektet En likvärdig skola, med säte vid Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet. Det övergripande syftet med projektet är att analysera skollagstiftningen i ljuset av lagstiftarens ambitioner att åstadkomma en likvärdig skola. Huvudfrågan är om systemet är konstruerat på ett sådant sätt att det faktiskt uppfyller – eller kan uppfylla – förverkligandet av ambitionen att tillhandahålla en likvärdig utbildning av högsta kvalitet oavsett huvudman, geografisk hemvist, elevernas egenskaper och förutsättningar, eller om systemet tvärtom är utformat på ett sätt som hindrar ett sådant förverkligande.[11] Projektet innefattar fyra rättsvetenskapliga forskare och löper under tiden 2016–2019.

Att delta i tvärvetenskaplig forskning är inte givet

Det är inte nödvändigtvis hindersfritt att arbeta tvärvetenskapligt. Min egen erfarenhet är emellertid att flera hinder kan undvikas om man har en medvetenhet kring de svårigheter som kan uppstå och planerar arbetet i gruppen utifrån dessa. Ibland är man exempelvis den enda juristen i forskargruppen. Något man då kan behöva se upp med är att man inte begränsas i sin medverkan till de deskriptiva delarna, det vill säga bak-

[10] WHO 2012, s. 3.

[11] Juridiska fakulteten i Uppsala hemsida, http://www.jur.uu.se/Start/Nyheter/tabid/5446/language/sv-SE/Default.aspx?MessengerId=22046, hämtat 2015-11-13.

grundsinformation av typen ”vad lagen säger”, och även kan delta med de andra forskarna i de mer analytiska delarna av projektet. Sannolikt grundar sig sådana ansatser i tvärvetenskapliga sammanhang på okunskap om rätten som vetenskap. Här har rättsvetaren både ett ansvar och en pedagogisk uppgift att utmana föreställningen om att juridiken inte skulle vara en vetenskap med sina egna metoder och analysverktyg som förtjänar att vara med också utanför de inledande delarna av projektet.

Vilka forskningstraditioner man har inom sitt forskningsfält kan variera och dessa uppmärksammas när man skapar en tvärvetenskaplig forskargrupp. Det kan röra stort som smått, såsom formerna för samarbete, grupp/individuella arbetsmoment, hur skrivandet ska gå till, var publiceringen ska ske eller ordningen på namn i författarförteckningen av en artikel. Det finns exempelvis skilda publiceringstraditioner inom olika fält. Medan rättsvetaren traditionellt publicerar det mesta som ensamförfattare är traditionen den motsatta inom andra vetenskapsområden såsom medicin och teknologi. I de fall som man ändå är flera författare inom rättsvetenskapen placeras vanligen författarna i bokstavsordning. Inom vissa andra discipliner är det otänkbart, och istället är traditionen att ordningen bestäms av insatsens storlek, projektledarstatus eller befattning.

I fråga om publicering i tidskrifter uppkommer också frågan om till vilka tidskrifter som gruppen ska skicka sin produktion. Här kan det finnas flera alternativ, där en viss tidskrift kan gynna de forskare som företräder ett specifikt forskningsfält men vara av mindre värde för andra forskare att publicera i, exempelvis om tidskriften faller utanför det egna vetenskapsområdet. Att författa vetenskap som är tvärdisciplinär kan ibland också vara svårplacerat publikationsmässigt. Många tidskrifter är vetenskapsinriktade, och det kan i vissa fall vara knepigt att hitta ett lämpligt forum för publicering.

Långa linjer för tvärvetenskaplig forskning med rättsvetenskapliga inslag

Min sista fråga är då i vad mån den tvärvetenskapliga forskningen ligger i linje med utvecklingen av rättsvetenskapen framöver.

Under 2014 tog Vetenskapsrådet fram en skrift med hjälp av forskare för att analysera forskningspolitiska vägval som kan komma att främja svensk forskning under de kommande 5–10 åren. Arbetet gick under benämningen *Forskningens framtid* och resultatet finns i en slutrapport

med samma namn från 2015. Det här materialet är också basen i Vetenskapsrådets underlag till regeringens forskningsproposition.

Vad säger man då om tvärvetenskap inom vårt ämnesområde – humaniora och samhällsvetenskap? Under rubriken ”Tvärvetenskap och ämnesbaserad forskning i samspel” betonas vikten av att inte skilja tvärvetenskaplig forskning från annan forskning och istället låta dessa samspela. Ett sådant förhållningssätt antas kunna leda till att god tvärvetenskap utvecklas och i vissa fall även att nya kunskapsfält och ämnen etableras. Genusvetenskapen tas som exempel på ett ämne som utvecklats i gränslandet mellan många kunskapsfält och som idag utgör ett starkt eget forsknings- och utbildningsämne. Stöd för tvärvetenskap menar man inte bör särskiljas från – utan ske integrerat med – stöd till ämnesbaserad forskning. Tvärvetenskapliga samarbeten har inget egenvärde, utan är bäst på att behandla specifika problem. Det sker både genom att kunskap inhämtas från ett område till ett annat och att nya forskningsfält integrerar kunskap från olika områden

Trenden inom den samhällsvetenskapliga forskningen går mot ett betydande inslag av tvärvetenskap, internationellt orienterade forskningsfrågor och internationella samarbeten. Det förefaller givet att rättsvetenskapen bör fortsätta denna redan påbörjade utveckling och ingå i de vetenskapliga sammanhang där det kan tjäna sitt syfte. Samhällets ständiga förändring formar och omformar kunskapsbehov och kunskapsintressen – och därmed också förutsättningar för kunskapens organisering i ämnen eller på andra sätt. Tvärvetenskapen fyller här en roll att komplettera – och möjligen till och med stundom utmana – den mer ämnesbaserade forskningen.

Tvärvetenskapens kanske främsta fördel är möjligheten att kunna studera flera av de utmaningar som samhället står inför på ett både bredare och djupare plan än vad ensamforskaren kan. Exempel på sådana samhällsutmaningar är demografiska förändringar, migration, urbanisering, klimatförändring, välfärdsförändringar och hälsoproblem. Likaså innebär den tekniska och medicinska utvecklingen sådana påtagliga förändringar för vår dagliga tillvaro att andra discipliner bör medverka och påverka denna utveckling. Här menar jag att den rättsvetenskapliga forskningen har en viktig funktion att fylla, genom att tillsammans med forskare från andra discipliner anta några av dessa utmaningar.

Det finns som framkommit vissa prövningar med tvärvetenskapliga forskningsinsatser som bör beaktas. Vetenskapssamhället bygger på ett övergripande plan på ganska strikta och vedertagna ämnesindelningar,

begreppsanvändningar och vetenskapssammanhang. Att gå mellan dessa indelningar har förstås sina fördelar och bör uppmuntras. Men det är samtidigt inte nödvändigtvis den enkla vägen till en vetenskapligt framgångsrik karriär. I takt med att rättsvetaren i ökad utsträckning ingår i större tvärvetenskapliga sammanhang kan flera av de svårigheter som idag kan upplevas av den som bedriver mycket tvärvetenskaplig forskning förhoppningsvis undvikas. Kompetens bör mätas utifrån vetenskaplig skicklighet oavsett forskningsinsatsernas tvärvetenskaplighet eller ej. Eller som sades i inledningen till Vetenskapsrådets rapport för några år sedan där tvärvetenskapens roll behandlades: Om katten är svart eller vit spelar ingen roll, huvudsaken är att den fångar råttor![12]

Källförteckning

Nationalencykopedin.

SOU 2015:80 Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning.

Vetenskapsrådet, Tvärvetenskap – en analys, Vetenskapsrådets rapportserie 10:2005, Stockholm 2005.

Vetenskapsrådet, Forskningens framtid. Vägval för forskningens framtidssystem. Målbild och rekommendationer, Stockholm 2015.

WHO, Regional Committee for Europe, Strategy and action plan for healthy ageing in Europe 2012–2020, Copenhagen 2012.

Juridiska fakulteten i Uppsalas hemsida, http://www.jur.uu.se/Start/Nyheter/tabid/5446/language/sv-SE/Default.aspx?MessengerId=22046, hämtat 2015-11-13.

VBE:s hemsida, http://www.vbe.lu.se/start, hämtat 2015-12-14.

NE:s hemsida, http://www.ne.se, hämtat 2015-12-14.

VR:s hemsida, http://www.vr.se, hämtat 2015-12-14.

[12] Vetenskapsrådet, Tvärvetenskap – en analys, Vetenskapsrådets rapportserie 10/2005 s. 8.

Carl Gustaf Spangenberg

Leopold – en straffrättshistoriens doldis

Förgäves söker man efter hans namn i den straffrättshistoriska litteraturen. Ändå framförde han redan vid slutet av 1700-talet idéer om straffrätten som sedan främst förknippats med Johan Gabriel Richert och försöken under 1800-talet att reformera den svenska straffrätten. Vem är han? Det är författaren, akademiledamoten och hovmannen Carl Gustaf af Leopold (1756–1829).[1]

”Om Straff-Lagarne”

Det var den av ortodoxin färgade brutala straffrätten i *Sveriges rikes lag* (1734 års lag) som gällde, när Leopold 1799 publicerade en artikel (i två delar) under rubriken *Om Straff-Lagarne*.[2] Han inledde med att hänvisa till en av upplysningsfilosofins främsta företrädare:

> Strafflagarna, säger Montesquieu, äro ett ibland de säkra kännetecken, som utvisa en nations lynne, dess grovhet eller odling. Som de nödvändigt, för att äga bestånd, måste vara grundade på den allmänna opinionen om rättvisa, förändra de sig också av sig själva efterhanden, med seder och tänkesätt, ifrån barbariska till mildare.[3]

[1] Carl Gustaf Leopold adlades af Leopold 1809. En omfattande biografi (fem band) av Olle Holmberg gavs ut 1953–65. Leopold har senare behandlats av Torkel Stålmark (2005): *Medelmåttan: ett porträtt av Carl Gustaf af Leopold*. Se även Allan Sjödings artikel om Leopold i *SBL*, Band 22 (1977–79), s. 570 f.

[2] *Läsning i blandade ämnen* n:o 27 & 28 (1799). Om Leopolds artikel, se Axel Nyblaeus (1873), *Den filosofiska forskningen i Sverige från slutet af adertonde århundradet* etc., s. 154 f., och Olle Holmberg (1962), *Leopold under Gustaf IV Adolf 1796–1809,* s. 85 f.

[3] *Läsning i blandade ämnen* n:o 27 & 28 (1799) s. 47. Artikeln finns även omarbetad i *Carl Gustaf af Leopolds Samlade Skrifter*, Tredje Bandet (andra upplagan 1816), s. 256–288.

Straffrätten måste utvecklas och förbättras för att motsvara nutidens krav. Rättvisare och mildare straff var målet. Att så ännu inte blivit fallet i Sverige berodde enligt Leopold på de laglydigas likgiltighet för de straffades lidanden. Men om man någon gång ”skuddar bort sömnaktigheten, då ser man upp och förundrar sig”.[4] Bristen på proportionalitet mellan straff och brott kunde få allvarliga konsekvenser:

> Utövas de [straffen] med en arbiträr grymhet, utan proportion till förbrytelserna, så förvillas begreppen om gärningarnas natur, och samhällsstyrelsen förlorar i denna viktiga gren sin starkaste kraft, nämligen den allmänna övertygelsen om straffens rättvisa.[5]

Leopold satte sitt hopp till upplysningen. Den skulle ”ofelbart” leda till att man en dag kommer att rysa för de grymheter som utövats.[6]

Det fanns enligt Leopold tre anledningar till varför obalansen mellan brott och straff uppstått:

> Den första orsaken ligger däri, att man sträckt bestraffningsnitet utom brottets följder för samhället; sett i dem annat än förbrytelser emot allmänt väl, nämligen Guds förtörnelse, moralisk styggelse, stridighet emot Skriftens läror, underdånighetsbrott o.s.v.; och då man genom konsekvensmakeriet givit dessa brott vad grad av storlek man för gott funnit, har man därefter uppdrivit straffen.[7]

Straffrätten hade således kommit att omfatta mer än vad som var nödvändigt för att skydda samhället. Straffen hade trissats upp av religiösa och moraliska skäl och tillämpades dessutom godtyckligt.

Därefter gick Leopold till angrepp mot den förhärskande teorin om de grymma strafformernas avskräckande verkan:

> Den andra orsaken, varigenom proportionen emellan förbrytelse och straff kommit att åsidosättas, har varit fördomen, att straffens grymhet desto starkare avskräckte från brotten; en sak, vilken av all erfarenhet bestrides. […] Det som göres för att avskräcka, kan ej för starkt avskräcka: så har man sagt fordom, och så tycks man ännu tänka i vissa avseenden. Men att följa en sådan regel; att under möjlighet av desto större trygghet, förtrampa mänskligheten, och vara barbar på slump och måfå, det är ej att upphinna en

[4] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 51.
[5] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 52.
[6] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 52.
[7] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 53 f.

> lagstiftares sublima ändamål: det är att till bödelns blotta åtgärd inskränka visheten av detta vördnadsvärda kall.[8]

Leopold anslöt sig alltså till en av upplysningstidens viktigaste invändningar mot de brutala strafformerna: de var kontraproduktiva. Genom ”plågans grymhet” överflyttades i stället sympatierna till den som straffades, vilket i sin tur ledde till att man vände sig mot den stat som straffade.[9]

Slutligen tog Leopold även upp de sociala förhållandenas roll för hur straffrätten kommit att utformas:

> Den tredje orsaken till det ojämna förhållandet emellan straffen och förbrytelserna, har varit den ganska olika lottning av fördelar, den starka kontrasten emellan myckenhetens släta tillstånd och det ringare antalets vällevnad […]. Därigenom har hänt, att de grymmaste kroppsstraff, ja väl även dödsstraff, blivit stadgade emot det obetydligaste inbrott i de högres rättigheter, och att en hjort skjuten på en frälseherres jord, medfört lika hårda följder, som ett människomord.[10]

Egendomsrätten var visserligen helig, försäkrade Leopold. Men det var först när varje människa ”genom samhällets visa inrättningar” kunde skaffa sig ett tillräckligt uppehälle som brotten kunde få ett riktigt straffvärde.[11] Med en senare tids terminologi menade han således att straffrätten blivit en klasslagstiftning.

Om lagarna är dåliga, bränn dem och skriv nya, hade Voltaire proklamerat. Lika djärvt formulerade sig inte Leopold. Men han framhöll att lagar faktiskt kan ändras, och att strafflagar – till skillnad mot grundlagar vilka endast fick ändras med återhållsamhet och försiktighet – tveklöst borde korrigeras när ”vissa gärningar blivit långt hårdare ansedda än de förtjäna”.[12]

Leopold avvisade även farhågorna att mildare straff skulle leda till ökad brottslighet. Det fanns många exempel på att grymma straff mildrats utan att det lett till flera brott, påpekade han. Snarare var det tvärtom

[8] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 54 och n:o 29, 30 & 31 (1799), s. 10.
[9] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 54.
[10] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 55.
[11] A.a. n:o 27 & 28 (1799) s. 55 f.
[12] A.a. n:o 29, 30 & 31 (1799) s. 8.

så att ”grovhet i seder och lynne” hade underhållits genom de barbariska straffen.[13]

Bestämt invände Leopold också mot att straffet skulle få utgöra en hämnd:

> ”denna tillfyllestgörelse för det sårade sinnet, denna till viss grad billiga iver mot ondskan, som vi tänka oss i själva Religionen, hos själva den högsta Heligheten, som nästa alltid tyckes fordra något mer än blotta förekommandet av vidare skador”.[14]

Skulle den enskildes ”förtrytelse” tillfredsställas riskerade man en ”övermätning” av straffet. Det var i stället gärningarnas verkningar på samhället som borde ”beräknas av den borgerliga straffmakten”, inget annat. Och eftersom straff medför ”förstörelse” hade ingen rätt att tillfoga någon straff för ”påstådda inre sinnesfördärv” när inte enskilda eller hela samhällsordningen ofredades. ”Sådan är förnuftsrätten i detta ämne, och utom den gives ingen”, fastslog Leopold.[15]

Leopolds uppfattningar om straffrättens mål och medel stod i tydlig kontrast mot den äldre åskådningen att straffrätten skulle följa Guds bud, uppfostra människor till goda kristna, bekämpa synden, straffa syndaren och därmed avvända Guds vrede. Den ”borgerliga straffmakten” hade enligt Leopold betydligt mer begränsade och sekulära syften. Ofromma och omoraliska handlingar skulle straffas ”blott och endast för deras följder till allmän skada och efter måttet därav”.[16]

Några decennier senare framförde Johan Gabriel Richert (1784–1864) liknande synpunkter i en skrift med nästan samma titel: *Försök. Om Strafflagarna* (1813).[17] Men när Richerts skrift framför allt berörde straffrättens systematik, så var Leopolds artikel mer ideologiskt inriktad och betydligt skarpare i sin kritik av rådande förhållanden.

[13] A.a. n:o 29, 30 & 31 (1799) s. 9 f. och 13 f.
[14] A.a. n:o 29, 30 & 31 (1799) s. 19.
[15] A.a. n:o 29, 30 & 31 (1799) s. 9 och 37 f.
[16] A.a. n:o 29, 30 & 31 (1799) s. 37.
[17] Skriften återutgiven och kommenterad av Nils Jareborg (1976) i *Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg* etc., s. 123–144. Om Richert se bl.a. Christian Häthén, *Straffrättsvetenskap och kriminalpolitik: de europeiska straffteorierna och deras betydelse för svensk strafflagstiftning 1906–1931: tre studier,* s. 152 f. och Kjell Åke Modéer, Johan Gabriel Richert, i *SBL*, band 30 (1998–2000), s. 149 f.

Om hädelse, barnamord och slaveri

Som exempel på förlegade straff tog Leopold bland annat upp *hädelsebrottet*. Enligt 1 kap. 1 § missgärningsbalken (1734) skulle den som uppsåtligen ”med ord eller skrifter” lastade och smädade ”Gud, hans heliga ord och sakramenter” mista livet. Leopold menade att en ”försmädelse emot det högsta väsendet” visserligen måste straffas allvarligare än den ”synbara” skada som uppkommer. Men följderna skulle beaktas bara ”så långt de sträcka sig till sammanlevnadens förfång”. Det var inte i första hand för religionens skull utan för samhället som hädelsen skulle beivras av den världsliga makten. I sådana fall borde dessutom tillämpas ”mindre förstörande straff, än de som utsättas för brott av den grövsta omedelbara våldsamhet”:[18]

> En försmädelse, utvräkt av ursinnighet mot det Högsta Väsendet, kan och bör visserligen näpsas med allvarsamhet, ehuru liten verkan den också må kunna hava till skada på förnuftiga människor. Men jag frågar: är det någon dödlig makts rättighet, att bestraffa detta brott *efter höjden av dess moraliska vanart*, det vill säga för att *hämnas Gud*? eller är det blott människors rätt, och följaktligen blott samhällsmaktens, att straffa däri det för den skadliga, som av exemplet följer eller kunde följa? Och i det fallet, bör en sådan galenskap, eller om man hellre vill, en sådan sinnets vanart, straffas lika med ett människomord?[19]

Hur förkastlig hädelsen än kunde vara i moraliskt hänseende så var inte ett dödsstraff proportionellt i jämförelse med straffrätten i övrigt. Leopold pläderar inte för en avkriminalisering, men straffet borde mildras och samhällets skyddsbehov vara dess enda legitima ändamål.

I en recension i samma tidskrift kom Leopold också in på frågan om vilka åtgärder som kunde vidtas mot *barnamord*. Han vände sig såväl mot bestraffningen av utomäktenskapliga relationer som mot dödsstraffet för barnamord:

> ”Lindring av publika straff för olovlig kärlek, är ej nog; de bör vara inga. Aldrig var ett fel genom blotta sina naturliga följder, hårdare straffat. […] Dödsstraffet på barnamörderskor, förbättrar intet och förekommer intet.

[18] *Läsning i blandade ämnen n:o 27 & 28* (1799) s. 53 f.

[19] *Läsning i blandade ämnen n:o 29, 30 & 31* (1799) s. 37. Kursiveringarna här och annorstädes är från originaltexten.

> Det är ej straffets hårdhet, men visshet som gör det. Lagstiftare! varen mänskliga; åtskiljen brott av arghet och brott av ångest.[20]

Leopold ställde sig också skeptisk till de olika åtgärder som föreslagits för att komma tillrätta med barnamorden. Det enda medel som kunde vara någorlunda effektivt var att minska skammen för barnaföderskan: ”Faran för vanäran, smärtan över förspilld lycka i äktenskap: se där de rätta och sanna orsakerna” till detta brott. Därför lovprisade Leopold Gustaf III:s förordning 1778 om ”okänd moder” och inrättandet av barnhus.[21]

I en annan recension uppmärksammade Leopold även *slaverifrågan*. Han uppmanade till läsning av en från engelskan översatt skrift (av abolitionisten Thomas Clarkson) som gav ”förskräckande exempel” på behandlingen av slavarna samtidigt som man kunde glädja sig över förnuftets seger över det ”orättvisaste och oerhördaste tyranni” som förekommit och som visat prov på människohjärtats ”djävulskhet”.[22] I de olika ämnen som Leopold engagerade sig i pläderade han alltså genomgående för humanitet, förnuft och rättvisa.

”Om svenska Tryckfriheten”

Tryckfriheten var ett annat område där Leopold särskilt intresserade sig för de straffrättsliga aspekterna. I artikeln *Om svenska Tryckfriheten. Försök att bestämma dess nuvarande lagliga gränsor* (1797) kritiserade han godtycket vid bedömningen av påstådda tryckfrihetsbrott.[23] ”Oviljan, hatet, hämnden, kunna ofta förfölja oskulden och vara lyckliga nog att därtill finna skimrande skäl”, skriver Leopold och tänkte säkert på en process han själv varit med om och kommit ut ur med böter och blotta förskräckelsen.[24]

Orsaken till godtycket var att man inte skiljde ”det *enskilda ogillandet”* från ”en *laglig straffbarhet”*. Den distinktionen var enligt Leopold

[20] *Läsning i blandade ämnen n:o 1* (1797), s. 86.
[21] A.a. n:o 1 (1797), s. 84 och 86.
[22] A.a. n:o 1 (1797), s. 91.
[23] A.a n:o 1 (1797), s. 1–30. Om denna artikel, se Elmar Nyman (1953) Indragningsmakt och tryckfrihet 1785–1810, s. 106 f. och Olle Holmberg, a.a., s. 92 f.
[24] Om detta fall, se senast Carl Gustaf Spangenberg (2015), Före och efter 1766. Den svenska censuren och tryckfriheten – en rättshistorisk översikt, i *Filologi og sensur. Bidrag till en konferanse avholdt av Nordisk Nettverk for Edisjonsfilologer* etc. Redigerat av H. Boe, C. Janss & S. Brenne Taugbol, med där angiven litteratur.

en förutsättning för ”hela det allmänna samhällsförnuftets trygghet”.[25] Han pläderade alltså för en lagbunden rättstillämpning och maktutövning som en fundamental förutsättning för rättssäkerheten i samhället.

Även i artikeln om tryckfriheten tog Leopold upp hädelsebrottet som exempel. Inledningsvis berörde han en uppfattning som var vanlig i hans samtid (och som han också anknöt till i artikeln om straffrätten), nämligen att hädelsen var uttryck för någon form av galenskap som därför inte kunde straffas på vanligt sätt:

> Under medgivande av den antagna meningen att detta verkligen är ett brott, i ordets rätta förstånd tagit, och icke snarare blott den uslaste, den ömkansvärdaste av alla galenskaper, kan man visserligen ej annat än också gilla det stränga straff som lagen därföre stadgar. Men för att rättvist straffa ett brott, måste man ju också med visshet igenkänna det; det vill säga med visshet åtskilja det ifrån allt vad som ej är samma brott; vad som till äventyrs *blott synes* vara det.[26]

Om det ändå skulle ses som ett riktigt brott så krävde rättvisan att man inte dömde efter godtyckliga gränsdragningar utan efter ”*laglig straffbarhet efter bevis*”. Lagen måste därför med ”tillförlitlig tydlighet, utvisa vad som skall straffas”. Gör lagen detta beträffande gudsförsmädelsen? På denna retoriska fråga gav Leopold det villkorade svaret:

> Ja, om hon rätt förstås, om man fastställer hennes mening efter den klara lydelsen av hennes ord; om man ej lånar henne nitets eller självrådighetens smärre avsikter, tvärtemot alla Lagars stora ändamål, som är att vara ett lika tydligt, lika nödvändigt band på alla; Styrande eller Lydande, Domare eller de som skall dömas. Men vilka kännetecken utsätter hon då på Gudförsmädelsen? Inga; och det med största vishet. Huru vill hon då att den skall igenkännas? Utan tvivel blott genom sin egen tydliga natur av klar mening och grov skamlöshet.[27]

Håller man sig till lagens egentliga innebörd så kunde enligt Leopold dess tillämpning begränsas i förhållande till det som ”nitet, farhågan, ömtåligheten, tankehafset tycka sig finna”. Alldeles självförklarande var tydligen ändå inte lagtexten; Leopold preciserade som synes dess betydelse till att endast gälla yttranden som var tydliga, grova och skamlösa.

[25] *Läsning i blandade ämnen n:o 1* (1797), s. 8.
[26] A.a n:o 1 (1797), s. 9 f.
[27] A.a n:o 1 (1797), s. 11.

Med sin vanliga försiktighet tog han ett exempel långt från dåtida svenska förhållanden. En muslim hade kallat Muhammed en lögnprofet och därmed smädat sin religion. Det var en ”direkt och påtaglig” grov tillvitelse för vilket han kunde dömas efter ”Turkisk rättvisa”. Men om han i stället hade sagt: ”Utan tvivel brukade Mahommet rockärmar större än hela kalifatet, större än hela Asien, eftersom månen stundom passerade därigenom fram och tillbaka”, då kunde detta tolkas på olika sätt och med eller utan ond avsikt, vilket kunde leda till en godtycklig bedömning: ”Men det är högst nödvändigt för den allmänna tryggheten, att ingen på någons blotta förmodan, icke en på tios eller hundrades, varken brännes eller spetsas, eller på något annat sätt misshandlas”.[28]

”Den lilla argheten”

Kommen så långt kände Leopold det nödvändig att försvara sig mot att han tillät ”undanflykter för Religionsbegabberiet och annan självsvåldig skrivart”.[29] Det var inte det ohöljda hädandet som han menade skulle få passera. Men det måste finnas en säkerhetsventil för ”den lilla argheten”. Utan den öppnades vägen för förföljelse av författarna:

> Jag påstår att den lilla argheten som aldrig gör stor skada, hellre må passera fritt under sin glesa mask, så länge hon blott vårdar sig att bära någon, än att allt hållas för mask åt argheten, och att hon sökes och förföljes under varje påstådd skymt av likhet; varav snart skall hända att allt som skrives, tyckes likna henne, och att det bästa, det renaste, det nyttigaste förnuft måste oupphörligen bäva att misskännas. Jag påstår att lagarna böra vördas i allt, men främst och heligast i deras stora princip, den allmänna tryggheten: att Skribentens trygghet, utgör därav en ganska viktig del: och att det lilla strafflösa självsvåld, vartill denna trygghet någon gång kunde förleda, alldeles icke är av den fara för Samhället, att man därför skulle uppoffra en del av dess största och nödvändigaste fördelar.[30]

De nitiska hade alltid lätt för att missförstå och misstänkliggöra. Man utgick från sitt ”enskilda ogillande i stället för laglig straffbarhet”, en kritik som Leopold upprepade med flera variationer. Allt kallades vid ”samma grymma namn” och ”underkastas möjligheten av samma grymma straff”.

[28] A.a n:o 1 (1797), s. 13 f.
[29] Det var för en tendentiös översättning av Luther som Leopold hade dömts 1795/96.
[30] *Läsning i blandade ämnen n:o 1* (1797), s. 15 f.

Så snart man såg möjligheten av något som kunde strida mot läran, så behandlas den ”satiriske skribentens hemligaste löje” lika med ”de rysligaste grovheter som kunna utvräkas av ursinnigheten mot den Högsta Varelsen”.[31] Straffrättens tillämpning måste därför inskränkas på tryckfrihetens område.

”Nitet”

Att det motsatta förhållandet rådde berodde enligt Leopold på ett ”missförstått nit”, att man inte förstod vad som var det ”rätta och det nyttiga”. Det fanns enligt Leopold tre särskilda drivkrafter bakom ”nitet”. Först var det *övertygelsen* att sådant som kunde ”tyckas menligt för gudalära eller samhällsstyrelse, också ofelbart skadar religion och samhälle”. Sedan var det *förtrytelsen* över att en ”vrång avsikt, blott listig nog att insvepa sig i en viss förledande tvetydighet” skulle kunna leda till att man undgick straff. Slutligen var det *farhågan* att ”minsta ökade trygghet för skribenten” skulle leda till ett missbruk av tryckfriheten som till sist kunde ”förorsaka varjehanda verkliga oordningar”.[32]

Endast brott som begicks genom verkliga gärningar borde beivras på grund av den skada de åstadkommer. Diffusa ”ord- eller meningsbrott” ledde sällan till någon skada innan man letade fram dem ur ”deras gömsle” och därmed gav dem ”liv och födsel; vilket icke torde vara det bästa medlet att mota deras verkan”.[33] Effekten av ingripandet kunde alltså bli den motsatta. Leopold var dock medveten om att detta var uppfattningar om hädelsebrottet som kunde ifrågasättas:

> Men vad, invänder någon, skulle då ”ilskan, fronderiet, irreligionen, onäpsta få framsmyga deras gift? Onäpsta få förolämpa regering, gudadyrkan, medborgare, endast med iakttagande att dölja deras arghet under floret att ett visst tvetydigt ordaförstånd, varav orden som ligga utanpå blott skulle höra under lagarna; men ej alldeles meningen som igenomlyser dem? Skall då all förnuftsvishet, all moralisk conviction om brottets verklighet, vika för detta grova hyckleri, denna dubbla mask av laghån och laglydnad, som vänder efter behag till den fromma sidan eller den grinande?[34]

[31] A.a n:o 1 (1797), s. 19 och s. 15 f.
[32] A.a n:o 1 (1797), s. 13 f. och 23 f.
[33] A.a n:o 1 (1797), s. 28 f.
[34] A.a n:o 1 (1797), s. 29 f.

Detta var ”skimrande” invändningar som balanskonstnären Leopold sade sig varken vilja undvika eller förringa. Han lovade att med ”grundlighet” besvara dem. Artikeln slutade dock abrupt med följande information till läsaren: ”Fortsättn. e. a. g.” Någon fortsättning en annan gång blev det dock aldrig.[35]

Leopold skulle ändå återkomma till ämnet på ett för tryckfrihetens framtida utveckling normerande sätt. Den definition av tryckfriheten, som han anses ha författat, och som ingick i RF 1809 – och som nu står som portalparagraf till dagens TF – kan ses som en kärnfull sammanfattning av hans artikel om tryckfriheten 1797 och dess plädering för en lagbunden och återhållen tillämpning av straffrätten på detta område:

> Med tryckfrihet förstås varje svensk mans rättighet att, utan några av den offentliga makten i förväg lagda hinder, utgiva skrifter, att sedermera endast inför laglig domstol kunna tilltalas för deras innehåll, och att icke i annat fall kunna därför straffas, än om detta innehåll strider emot tydlig lag, given att bevara allmänt lugn, utan att återhålla allmän upplysning”.[36]

Varför okänd?

Carl Gustaf af Leopold var alltså en av dem som i den offentliga debatten vid sekelskiftet 1700/1800 utförligt, engagerat och vältaligt förmedlade upplysningstidens rättspolitiska idéer till en läsande allmänhet – bland dem kanske även den unge Richert. Alldeles betydelselös för den samtida opinionsbildningen kan han inte ha varit även om hans kriminalpolitiska tankar inte fick något omedelbart genomslag. Varför är han då ett okänt namn i svensk straffrättshistoria?

En förklaring kan vara Leopolds försiktighet. Som hovman var han rädd om sitt dagliga bröd. Orden om att buga djupt för den höge dåren, så djupt att han inte ser dig le, har blivit bevingade.[37] Under Gustaf IV Adolfs tid (”Järnåren”)[38] var författarnas frihet starkt begränsad. Artik-

[35] A.a n:o 1 (1797), s. 130.

[36] § 86 regeringsformen (1809), numera 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen (1949). Om Leopolds artikel om tryckfriheten och om denne som upphovsman till § 86, se senast Johan Hirschfeldt (2009), ”Den återerövrade tryckfriheten 1809” i *Maktbalans och kontrollmakt* etc. s. 393–400.

[37] Så i Pelle Holms *Bevingade ord*, flera upplagor (under uppslagsordet *djup*). Citatet är hämtat från Leopolds dikt *Predikaren* och anses främst syfta på Gustaf Adolf Reuterholm.

[38] Thomas von Vegesacks beteckning för denna period i *Smak för frihet* etc. (1995), s. 151 f.

larna publicerades också anonymt i den av Georg Adlersparre (1760–1835) utgivna tidskriften *Läsning i blandade ämnen*.[39] När senare Jakob Albrekt Flintberg (1751–1804) i sitt av många lästa *Lagfarenhetsbibliotek* (1796–1807) refererade till Leopolds idéer om straffrätten var det därför enbart till tidskriften han hänvisade.[40] Att Leopold inte var jurist eller rättsvetenskapsman kan naturligtvis också ha bidragit till att han inte har uppmärksammats.

Men om Leopold nu inte blivit ett namn i den svenska straffrättens historia, så förtjänar avslutningsvis ändå hans sammanfattande omdöme om straffens historia att citeras:

”Vilken hiskelig mängd av onyttiga grymheter!”[41]

[39] Om denna tidskrift, se Kerstin Anér (1948), *Läsning i blandade ämnen: studier i svensk press- och litteraturhistoria*.

[40] Se del 5 (1803), s. 4.

[41] *Läsning i blandade ämnen* n:o 29, 30 & 31 (1799) s. 13.

Ditlev Tamm & Pia Letto-Vanamo

Retshistorikerens kald – om at læse Dante, Kelsen og Weber i det 21. århundrede

Tema

Næppe mange af os jurister, der endte med at blive retshistorikere, havde drømt om, at netop dette lidt esoteriske fag skulle blive vores "kald" for nu at springe ud i det og benytte det ord, som sociologen *Max Weber* gav en særlig klang i sine to afhandlinger om politik og videnskab, hvor han talte om "kald." Retshistorien befinder sig, som ordets bestanddele så klart viser, netop et sted mellem historien og juraen eller kombinerer de to, uden at det er helt klart, hvad der er hvad og hvordan. Retshistorikeren er lidt af hvert eller måske ingen af delene. En del jurister, der blev retshistorikere, er måske i virkeligheden i højere grad humanister, der kunne have ønsket, at de var gået den vej. Andre, som de, der skriver disse linjer, har forsonet sig med tanken om, at retshistorikere på en gang kan være jurister, som synes at det er spændende at beskæftige sig med andet end gældende ret, og samtidig være en slags historikere, for hvem netop retten og dens fænomener udøver en særlig fascination, som faktisk kan formidles til andre både jurister og historikere. Historien har så meget stof, som er godt at lære af, også hvis man egentlig har samtiden som sit felt. Og det er netop en af retshistoriens vigtige pointer. Vi studerer historien ikke blot for dens egen skyld, men fordi historien er en del af vores forståelse af nutiden og med til at forme den. Historien og ikke mindst retshistorien gør os til bedre jurister – synes vi selv.

Med det udgangspunkt skal her fortælles to historier om jurister, der lærte af historien. Begge hører til deres fags fremmeste, selv om de kom

vidt omkring. Den ene, *Hans Kelsen* (1881–1973), blev en af det 20. århundredes største statsretslærere og verdenskendt for sin "rene retslære" og tanker om forfatningsdomstole, mens den oprindelig som jurist uddannede *Max Weber* (1864–1920) blev indbegrebet af en "founding father" for moderne sociologi og anvendes vidt og bredt, men han glemte i sit nærmest uoverskuelige forfatterskab ikke juraen og dens betydning. Begge lærte af historien. Kelsen indledte sin akademiske løbebane 1905 med en afhandling om middelalderens politiske tænkning, mens den multidisciplinære Weber samtidig, – nemlig 1904–1905 – omend efter tyve års forstudier publicerede sin fortælling om reformationens etik og kapitalismens ånd, der blev banebrydende for forståelsen af hans begreber om både religion og økonomi, men også politik, rationalitet og meget mere.

Dante og Kelsen

Vi begynder med Kelsen og *Dante Alighieri* (1265–1321), forfatteren af *La Divina Commedia*, Den guddommelige Komedie, om en rejse gennem Helvede og Skærsilden til Paradis, der har fundet sin plads som et af alle tiders største litterære værker. Juristen kan her i Dantes Paradis finde den romerske kejser Justinian, hvis store lovsamling fra 530–534 blev grundlaget for det juridiske studium i middelalderen, og i Helvede møde adskillige paver. Dante var mere til kejsere end til paver, og han skrev engang i årene mellem 1308 og 1318 et mindre kendt statsretligt værk med titlen *De Monarchia,* om monarkiet. Det var netop dette Dantes statsretlige værk, som blev genstand for Hans Kelsens første videnskabelige arbejde. I en afhandling, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, som han publicerede som 24-årig i 1905, placerede han Dantes værk på en måde i middelalderens statsretsfilosofi, der fortsat anses som autoritativ. I Italien omtales Kelsens afhandling stadig som den mest grundige beskæftigelse med Dantes og hans samtids statsteori.

Dantes værk er en stillingtagen i den politiske kamp mellem kejser og pave, der også blev en del af Dantes egen skæbne. Dante hørte til kejserpartiet, og han vender sig kraftigt imod pavens magtprætentioner, som de bl.a. fandt udtryk i pave Bonifacius VIII's bulle *Unam sanctam* fra 1302, hvor paven gjorde gældende, at kirken stod mellem Gud og kejseren. Dante ville påvise, at kejseren havde sin magt direkte fra Gud og ikke med paven som mellemmand. Hans værk om monarkiet er inddelt i tre bøger ligesom den guddommelige komedie. Den første bog handler om

det verdslige herredømme, om dets ide og formål, som er at fremme den universelle fred. Dantes anliggende er først og fremmest at finde midlet til at opretholde freden mellem stridende magter. I første bog besvarer Dante tre spørgsmål. Det første er, om monarkiet er nødvendigt for velfærd i verden. Det andet er, om det romerske folk har ret til en monark, og det tredje om monarkens ret kan afledes direkte fra Gud eller kun indirekte gennem paven. Dantes konklusioner er forudsigelige; monarkiet er nødvendigt, det romerske folk har en legitim ret til en monark, og denne kan aflede sin magt direkte fra Gud. Værkets anden bog handler om opnåelsen af fred, mens den tredje behandler forholdet mellem kirke og stat. For Dante er der ingen tvivl om, at omdrejningspunktet er Gud og hans ordning.

Dante stod ikke alene med sin skepsis over for pavens magtprætentioner. Den delte han med en af middelalderens andre helt store statsretlige tænkere, den uomgængelige lidt yngre Marsilius af Padova (1275–1342), hvis *Defensor pacis,* fredens forsvarer, fra 1324 betragtes som et af middelalderens mest banebrydende politiske værker. Også Marsilius argumenterede mod pavens magtprætentioner og hævdede, at kejsermagten var uafhængig af paven. Bogen var skrevet ind i en konkret politisk sammenhæng, hvor kejser Ludvig af Bayern var blevet ekskommunikeret af pave Johannes XXII efter at have besat dele af Italien. Marsilius kom vidt omkring. I de teser, hvormed han afsluttede sit værk opererede han fremsynet – men egentlig i Aristoteles' ånd – med en "lovgiver", som bestod af borgerne som en enhed eller et flertal af dem.

For Kelsen blev beskæftigelsen med Dantes værk en mulighed for at forene humanistiske og juridiske interesser, og selv om det er en helt anden Kelsen, vi møder her, end i de senere værker, så peger hans interesse for middelalderens statsteori frem mod hans senere engagement i international ret og den almindelige retslære. Kelsen bevægede sig naturligvis med sine personlige erfaringer fra det 19. og 20. århundredes europæiske historie langt bort fra Dantes forankring i en guddommelig orden. For ham blev det afgørende den effektivt gennemførte orden på grundlag af en viljesbestemmelse truffet efter en rationel drøftelse af de implicerede interesser. Staterne og ikke det universelle imperium var for ham instrumentet til at nå frem til en stabil ordning. Den konstitutionelle stat var udgangspunktet og målet.

Weber

Vort andet eksempel handler om Max Weber og protestantismens etik som inspireret af calvinismen, en tanke, som også i sig selv med dens forgreninger til betragtninger om betydningen af den rationelle ret er en lærerig historie for retshistorikeren. Mens Kelsens værk om middelalderens statsret i dag kun kendes af specialister, indtager Webers værk *Die protestantische Ethik und der 'Geist' des Kapitalismus* stadig en central plads i diskussionen om forholdet mellem religion og samfund. Det er et omtvistet værk, og Webers tolkning er ikke hævet over kritik. Max Weber var uddannet som jurist, men hans interesser strakte sig til økonomi, historie, religion og sociologi og meget mere, som indgik i hans multidisciplinære univers. Med sit hovedværk *Wirtschaft und Gesellschaft*, der består af en lang række forskellige skrifter, herunder en fremragende og krævende fremstilling af retssociologien, gav han en syntese af sin viden, der bygger på indsigt i så mange forskellige videnskabsgrene. Weber er især kendt for sine tanker om idealtyper, herskabsformer, om forskellige former for rationalitet og bureaukratiets opståen.

Hans vigtigste bidrag til religionssociologien handlede netop om reformationen. Bogen om sammenhængen mellem protestantismen og kapitalismen er et indlæg om reformationens mere overordnede betydning og dermed også interessant for retshistorikere, der beskæftiger sig med reformationens betydning for lov og ret i de nordiske lande. Tesen om sammenhængen mellem calvinismen og kapitalismens ånd ægger stadig og illustrerer, hvordan en sociologisk klassiker med mere end hundrede år bag sig, stadig kan vække debat.

Udgangspunktet for hans undersøgelse er forholdet mellem den etiske stræben efter vinding og protestantisk kristendom. Max Weber greb dermed tingene an på en anden måde end Karl Marx, hvis materialistiske historietænkning lod idéerne aflede af de materielle forhold. Den kapitalistiske ånd, som gik ud på vinding, var for ham ikke en følge af kapitalismens opståen, men eksisterede før. Webers udgangspunkt var det stadig aktuelle spørgsmål om, hvorfor det blev Europa og ikke Kina eller Indien, der blev det sted, hvor en moderne kultur udvikledes. Svaret hang for ham sammen med en særlig form for rationalitet, som han også fandt, når det gjaldt lov og ret. Et rationelt og dermed forudsigeligt retsvæsen var en forudsætning for kapitalismen, som måtte kunne forlade sig på forudsigelige retsafgørelser eller administration. Kun i Vesten fandt man efter Webers opfattelse en rationel ret skabt og anvendt af uddannede

jurister, og det var også kun i Vesten, at man fandt et borgerskab og et religiøst grundlag for livsførelsen, som kunne føre til den form for rationalitet, som kunne lede til en moderne rationel stat med ret og embedsværk. Samtidig påviste Weber, at der ingen sammenhæng er mellem romerretten og dens udbredelse i Europa og kapitalismen. Tværtimod. Kapitalismens retsinstitutter som gældsbreve, veksler, aktieselskaber og sikring af pant hører hjemme i middealderens juridiske verden.

Centralt for forholdet mellem den protestantiske etik og kapitalismens "ånd" står kaldstanken eller på tysk *Beruf*. Weber definerer kaldet som tanken om, at pligtopfyldelse er det højeste indhold, den enkeltes moralske aktivitet kan antage. Kaldstanken fremhæves som en af de betydeligste følger af reformationen og Luthers lære, men det er ikke hos Luther og hans efterfølgere, at forbindelsen til kapitalismens ånd etableres, men hos Calvin. Weber fremhævede Luthers modstand mod åger og renter, og at Luther indskærpede, at man skal blive i sit kald og stand, som man nu en gang er sat i. Denne traditionalisme anså Weber som i strid med kapitalismens ånd. Weber analyserede calvinismen og de protestantiske retninger som pietisme, metodisme og baptisme, der som retninger primært er optaget af spørgsmålet om sjælens frelse.

Calvinismen som protestantisk retning slog igennem i England og Skotland, Schweiz og Holland, og det var den, som de franske huguenotter tilhørte. Weber fremhæver dogmet om prædestinationen, udvælgelsen til nåden, som noget, der adskilte de calvinistiske tanker fra Luthers, hvor denne tanke aldrig blev noget centralt. Mens den evangelisk-lutherske retning lærte, at nåden kan mistes og genvindes tro, var for calvinisterne tanken om udvælgelsen central. Kun en mindre del af menneskene er udvalgt til frelsen. Det er med udgangspunkt i denne prædestinations- eller forudbestemmelseslære, at Weber argumenterer for calvinismens betydning for den kapitalistiske ånd. Den udvalgte kristne er til for at øge Guds ære i verden ved udførelsen af hans bud og kun derfor.

Weber taler om den rationale livsførelse på kaldsideens grundlag som en af de fundamentale bestanddele af den moderne kapitalistiske ånd og tillige af den moderne kultur, og at den er affødt af den kristne askeses ånd. Med betoningen af kaldstanken blev arbejdet ligeledes fremhævet som et af Gud foreskrevet mål i sig selv og manglende lyst til arbejde som et tegn på, at man ikke hører til de udvalgte. Rigdom som følge af arbejde er kun noget negativt, når den fører til dovenskab og passiv livsnydelse, mens den, der arbejder sig op fra fattigdom ved hårdt arbejde og derved bliver rig, fortjener ros. Sammenhængen mellem den calvinistiske

kaldstanke og kapitalismens "ånd" som kapitaldannelse på grundlag af en asketisk opsparingsiver er således en følge af ønsket om at fremstå som udvalgt.

Webers tese om forholdet mellem den protestantiske etik og kapitalismens ånd har fået stor betydning for synet på reformationens betydning i Europa, men hans stimulerende teser om en sådan sammenhæng står langt fra uimodsagt. En udbredt indvending går på det paradoksale i, at den kapitalistiske ånd vinder frem, mens den protestantiske etik bliver trængt tilbage. En anden indvending er, at Weber så bort fra den samtidige økonomiske udvikling i England i det 16. og 17. århundrede og dens betydning for kapitalismens opståen. Det er i den sammenhæng blevet nævnt, at det ikke var den calvinistiske frelselære, men evnen til at etablere og arbejde i fællesskab, der fik betydning for kapitalismens opståen. Ikke asketiske mennesker, som er bange for den endelige dom, men fællesskabsorienterede mennesker, der skaber den form for selskabsdannelser, der gør det muligt i fællesskab at opnå succes på markedet, er det afgørende. Man har også peget på, at Weber som religiøst "umusikalsk" i sit værk slet ikke kom ind på og viste forståelse for den egentlige kerne i reformationen som religiøs bevægelse.

Retshistorie som kald

Weber understregede selv, at der var tale om et forarbejde, og dette forarbejde har siden været grundlaget for adskillige nye undersøgelser. En af de mere paradoksale effekter af Webers popularitet, er, at man i højere grad diskuterer Webers tese om reformationens betydning end det, som reformatorerne selv tænkte og skrev. Også retshistorien handler ikke blot om at forholde til andres teser om historien. Retshistorikeren har ansvaret for, at der løbende produceres ikke blot synspunkter på det, som andre har skrevet om et emne, men også præsteres selvstændig historisk forskning. Retshistorien skal være kritisk, men den skal også være med til at skabe ny viden. Retshistorikerens felt er i modsætning til andre juristers hele historien. Retshistorikeren har venner og kolleger fra mange tidsaldre og er i dialog med dem som med sine samtidige.

I forhold til historikeren er retshistorikerens felt netop rettens historie og ikke al historie. Klassikere som Dante, Kelsen og Weber hører til retshistorikerens vennekreds. Kelsen er i dag med sine tanker om domstolsprøvelse af lovens forhold til forfatningen mere aktuel end nogensinde. Dantes værk er stadig interessant ikke blot som et værk af en af

alle tiders største digtere, men også fordi tanken om stabilitet og fred i nationalstaternes Europa netop nu er så aktuel, som den var i Italien på Dantes tid. Vi må i dag konstatere, at det europæiske fællesskab er i krise i forhold til ønsket om at opretholde staternes vilje, og at vi formentlig lige nu er så fjernt fra realiseringen af Europas enhed som nogensinde i det europæiske fællesskabs historie. Webers tanker om protestantisme og kapitalisme rejser spørgsmålet, om Nordeuropas økonomiske succes i forhold til Sydeuropa hænger sammen med religionen. Der er ingen klare svar.

At beskæftige sig med "klassikerne" er en udfordring, og retshistorien er et "kald" i Webers forstand, hvorfor ellers tage udfordringen op? Belønningen er fascinationen ved at kunne hellige sig beskæftigelsen med de to grundelementer i menneskets tilværelse, der her er forenet: historien og retten i dens mange forgreninger.

Litteratur

Dantes De Monarchia findes i talrige moderne udgaver og i oversættelse til engelsk, tysk, fransk eller italiensk. Kelsens afhandling findes på tysk og i italiensk og spansk oversættelse. Max Webers tanker om protestantismens etik og kapitalismens ånd publiceret 1904–05 som to afhandlinger i Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik (Bd. XX og XXI) kan endda læses i dansk oversættelse. Anbefales kan også Max Weber: Udvalgte tekster 1–2 (2003) m. bl.a. oversættelse af dele af Webers posthumt udgivne tekst Wirtschaftsgeschichte med tanker om kapitalismen og et rationelt retssystem. Anbefales som en helt ny fremstilling kan Peter Ghosh: Max Weber and the Protestant Ethic, Oxford 2014.

Författarpresentationer

Thérèse Björkholm är universitetslektor vid Juridiska fakulteten, Uppsala Universitet

Lars Björne är Professor emeritus i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Turun yliopisto (Åbo universitet)

Marianne Dahlén är docent i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Bruno Debaenst är JDr i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Universitetet i Ghent, Belgien

Victoria Enkvist är JDr i konstitutionell rätt vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet och universitetslektor, Juridiska institutionen, Stockholms universitet

Görel Granström är docent i rättsvetenskap vid Juridiska institutionen, Umeå universitet

Johan Hirschfeldt är f.d. hovrättspresident, ordförande i Institutet för Rättshistorisk Forskning, Stockholm

Cyril Holm är JDr i allmän rättslära vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Mia Korpiola är professor i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Åbo universitet

Mats Larsson är professor i ekonomisk historia vid Uppsala universitet och chef för det tvärvetenskapliga forskningscentrat Uppsala Centre for Business History (UCBH)

Pia Letto-Vanamo är forskningsdirektör och professor vid Juridiska fakulteten, Helsingfors universitet

Titti Mattsson är professor i offentlig rätt vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet

Dag Michalsen är professor i rettshistoria vid Juridiska fakulteten, Universitetet i Oslo

Kjell Å Modéer är seniorprofessor i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet och gästprofessor i rättsvetenskap vid Luleå Tekniska universitet

Rolf Nygren är professor emeritus i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Carl Gustaf Spangenberg är universitetslektor i rätthistoria vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Jørn Øyrehagen Sunde är professor i rättsvetenskap vid Juridiska fakulteten, Universitetet i Bergen

Martin Sunnqvist är JDr i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet och rådman vid Malmö tingsrätt

Ditlev Tamm är professor i rättshistoria vid Köpenhamns universitet

Elsa Trolle Önnerfors är universitetslektor i rättshistoria med särskild inriktning mot familjerätt vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet

Bo Wennström är professor i rättsvetenskap vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet