De lege

Juridiska Fakulteten i Uppsala

Årsbok 2011

Redaktör för serien
Mattias Dahlberg

Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle – rättshistoriskt och komparativt

Vänbok till Rolf Nygren

Redaktörer
Maarit Jänterä Jareborg
Mats Kumlien

IUSTUS FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2011
ISSN 1102-3317
ISBN 978-91-7678-802-8
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Layout omslag: IdéoLuck AB
Tryck: Edita, Västerås 2011
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

Förord

I juni 2011 upphörde Rolf Nygrens 27 år långa innehav av professuren i rättshistoria vid Uppsala universitet. Rolf lämnade samtidigt Stiftelsen för Rättshistorisk Forskning (Olinska stiftelsen) där han under en lika lång tid varit ordinarie ledamot.

Som ett litet tack för Rolfs insatser under de här åren, som även innefattat många förtroendeuppdrag, såsom ett långt prefektskap, ordnade den Juridiska fakulteten, i samarbete med Olinska stiftelsen, ett symposium till Rolfs ära på temat ”Familjerätt och rättsfamiljer ur såväl mikro- som makroperspektiv”. Idén till temat kläcktes av seniorprofessorn i rättshistoria vid Lunds universitet Kjell Åke Modéer. Symposiet ägde rum den 13 juni 2011.

I denna Vänbok tillägnad Rolf Nygren återges anförandena från symposiet tillsammans med ett antal andra bidrag inom en något utvidgad tematik. Artiklarna återspeglar Rolfs decennielånga mångdisciplinära engagemang för ämnen såsom historia, samhälle, familjerätt, rättsjämförelser, religion och värderingar.

Juridiska fakulteten, liksom Rolfs övriga här medverkande vänner och kolleger, lyckönskar Rolf till den nyvunna värdigheten som fakultetens seniorprofessor och ser framemot en fortsatt vital forskargärning.

Uppsala i september 2011

Maarit Jänterä-Jareborg *Mats Kumlien*

Innehåll

AVDELNING I: RÄTTSFAMILJER OCH RÄTTSSYSTEMATIK – ALLMÄNT OCH SPECIFIKT

Lars Björne
Familjerätten i rättssystematiken 13

Jaakko Husa
Familjer inom jämförande juridik – släktforskning, ätter och stamtavlor eller någonting annat? 29

Mats Kumlien
”… ett personligt förhållande mellan parterna”
Om anställningsavtal och familjerätt 43

Dag Michalsen
Rettsvitenskapelig metaspråk i endring – en skisse 63

Gunnar Petri
Copyright och Droit d’auteur 71

Heikki Pihlajamäki
Rättssystem i komparativrättsliga konstruktioner: det nordiska perspektivet 85

Marie Sandström
Familjerättsvetenskap – rättsvetenskapens tulipanaros? 95

AVDELNING II: DEN NORDISKA FAMILJERÄTTEN I OMVANDLING

Margareta Brattström

Makars namnskick – har hustrun alltid tagit sin makes släktnamn? 117

Johan Hirschfeldt

Inte är väl regleringen för ingående av äktenskap värderingsfri? 135

Mia Korpiola

Svensk familjerätt efter reformationen: förändringar i fokus 145

Anna Singer

Den utomäktenskapliga fadern – en man utan rättigheter? 167

Caroline Sörgjerd

Äktenskapets roll i det föränderliga svenska samhället: 1734–2011 185

Elsa Trolle Önnerfors

”Ja, det är det swåresta, att det är så gammalt och gångbart”
Synen på bröstarvingars arvsrätt under 1600-talet 207

Helle Vogt

Nye perspektiver på familierettens historie.
Nordisk middelalder – Individ, familie, slægt 229

AVDELNING III: RÄTTEN I DET FÖRÄNDERLIGA SAMHÄLLET

Marianne Dahlén
Barnarbetsförbudets socioekonomiska realism 245

Görel Granström
Familjen och brottsoffret 259

Christian Häthén
Prygel, hunger och mörker.
De affliktiva straffen i svensk civil och militär strafflag under reformperioden 1901–1914 271

Max Lyles
Sedvanas omvandling till lag och rätt.
HD och sedvanerätten 1859–1886 287

Kjell Å. Modéer
Transparens och djupstruktur – Folkrätten i rättshistorien 305

Ann-Christine Petersson Hjelm
Emigrantexport: ett sätt för lokalsamhället att bli av med ”icke önskvärda element”?
Den svenska och irländska fattigvårdens förhållningssätt 327

AVDELNING IV: SKÄRNINGSPUNKTEN JURIDIK OCH TEOLOGI

Carl Reinhold Bråkenhielm
Svenska kyrkans lära i skärningspunkten mellan juridik och teologi 351

Christer Thornefors
Näs annex 1:1 – en medeltida donation i nutidens rättsordning 363

AVDELNING V: ISLAMISK RÄTT – EN UTMANARE UNDER UTVECKLING

Jan Hjärpe

Det rättsligt religiösa perspektivet belyst från aktuell shariaproblematik 375

Maarit Jänterä-Jareborg

Om polygami i dagens samhälle – särskilt ur ett svenskt perspektiv 389

Mosa Sayed

Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten 413

Författarpresentation 435

AVDELNING I

Rättsfamiljer och rättssystematik – allmänt och specifikt

Lars Björne

Familjerätten i rättssystematiken

1 Inledning

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

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

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

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

2 Bakgrunden: den tyska rättssystematikens utveckling

2.1 Familjerätten på 1700-talet

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

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

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

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

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

2.2 Den historiska skolans privaträttssystem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[5] Se närmare Savigny I, s. 345–367.

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

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

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

Code civil och ABGB återspeglade de redan inträdda förändringarna i

[6] Savigny I, s. 370 f.

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

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

[7] HRG V, sp. 291 (J. Schröder).

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

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

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

3 Rättssystematiken i nordisk doktrin

3.1 De nordiska institutionalisterna

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

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

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

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

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

[13] Rabenius, Olof, Primæ jurisprudentiæ communis Svecanæ lineæ, I–VI, Upsaliæ 1760–1763, s. 34; Calonius, Matthias, Praelectiones in Jurisprudentiam Civilem, ed. W. Chydenius et V. Nordström, Helsingforsiae 1908, V:1–2.

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

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

3.2 Receptionen av pandektsystemet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Larsens först år 1857 publicerade föreläsningar i privaträttens allmänna del är daterade 1837–1838 och hölls alltså innan Savigny gav ut det första bandet av "System", men i motsats till Bang hade Larsen inte hört på Savignys föreläsningar. I likhet med Paulsen behandlade Larsen personrätten omedelbart efter den allmänna delen; en lösning, som dock inte var obekant i framställningar av den tyska privaträtten.[24] I övrigt följde Larsen Hugos och Heises system. Janus Lauritz Andreas Kolderup-Rosenvinge (1792–1850) höll sig i sin rättsencyklopedi helt till pandekträttssystemet utan någon särskild personrätt.[25] Till och med Frederik Christian Bornemann (1810–1861), vars rättssystem var unikt i tidens nordiska litteratur, beaktade familjerätten. Hans system bestod av tre huvuddelar: människorätten, familjerätten och statsrätten.[262]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[31] Bornemann I, s. 71 f.

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

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

[34] Se Savigny I, s. 380 ff.

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

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

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

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

4 Familjerätten i dag – behövs den?

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

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

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

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

Jaakko Husa

Familjer inom jämförande juridik – släktforskning, ätter och stamtavlor eller någonting annat?

1 Introduktion

Jurister tycker om att tänka att juridiken är inte bara en praktisk sak utan också en akademisk gren, och att olika typer av juridik, t.ex. rättsdogmatik (normativ rättsvetenskap), rättshistoria, rättssociologi, rättsteori och jämförande rätt, på något sätt också är vetenskap. I första hand, talar vi om *jurisprudens* som är ett vetenskapligt sätt att studera juridiken.[1] Å andra sidan brukar man också tänka att juridiken och andra vetenskapsgrenar är *annorlunda*; de har inte särskilt mycket gemensamt med biologi, medicin och rättsdogmatik. Det betyder att när man försöker förklara på vilket speciellt sätt juridiken är vetenskaplig man måste göra vissa teoretiska reservationer. Det här gäller troligen alla rättsvetenskapliga grenar och jämförande rättsvetenskap är inte något undantag.

Om man läser teoretisk och metodologisk litteratur om jämförande juridik inser man ganska snart att om man talar om världens rättssystem, eller i bredare mening om rättsfamiljer, och för olika sätt att klassificera rättsordningar brukar man göra reservationer: det här är *inte samma sak* som i biologin när man klassificerar olika arter och klassifikationen som

[1] I själva fallet översättning från latins *iuris prudentia* (som begrepp används t.ex. av Ulpianus: *"Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia …" Digesta 1.1.10*) är inte rättsvetenskap men "praktisk klokhet om rätt" som är också känt från grekisk filosofins φρόνησις, men man är van vid att följa tysk modell som bytte ut *prudentia* med *scientia* i början av 1800-talet: *Rechtsgelehrsamkeit* blev *Rechtswissenschaft*. Se också J. Schröder, Theoretische und praktische Jurisprudenz. Die Verwissenschaftlichung der Rechtsgelehrsamkeit um 1800. *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* (1993) s. 229–240.

framkommer är inte vetenskaplig *i egentlig bemärkelse*. Men, även om den klassifikationen inte är vetenskaplig taxonomi kan den vara nyttig på många olika sätt – det påstår man i all fall.

Inom den jämförande juridikens teori har det varit – och är även idag – mycket populärt att försöka klassificera olika rättsystem och konstruera större grupper av vissa rättstyper t.ex. *common law*, kontinental europeisk (tysk-romersk) rätt, islamisk rätt osv.[2] Som rättsvetare är vi mer än vana vid att använda sådana kategoriska begrepp; det faller sig så naturligt att säga ”okej det där är typiskt för *common law* men inte för nordisk rätt” eller ”i sådana rättsordningar som har sin yttersta historiska grund i den romerska rätten brukar man tänka att …”. Att tänka kategoriskt och på makronivå har mycket djupa rötter i allmänt rättsvetenskapligt tänkande när man talar om andra rättsordningar. Men även om vi är så vana vid att använda de här kategoriska makrobegreppen vet vi förvånansvärt litet om vad de här makrobegreppen egentligen är. Vilka teoretiska och praktiska grunder har de?

I den här presentationen försöker jag på teoretisk nivå förklara vad de här makrobegreppen är och varför vi använder sådana också i 2010-talets rättsvetenskap. Nyckelargumentet här hävdar att även om ”rättsfamilj” (eller andra makrobegrepp som t.ex. rättskultur eller rättstradition) inte är ett helt objektivt sätt (med andra ord inte är vetenskapligt i strikt mening) att beskriva verkligheten för olika rättssystem kan det vara nyttigt och ha en annan viktig funktion för rättsvetenskaplig tänkande. Diskussionen som följer koncentrerar sig på begreppet rättsfamilj. Jag kommer även att använda några centrala idéer från social vetenskaplig diskursteori och allmän vetenskapsteori i det avslutande kapitlet.

2 Den globala rättens ätter och klassificeringar

Antikens grekiska filosof *Herakleitos* sade att ”allt flyter och ingenting står till” men det verkar inte vara så i makrokomparativ rättsvetenskap.[3] Idén med makrokomparativ rättsvetenskap har nämligen alltid varit densamma: att kunna gruppera hela världens rättsordningar i större grupper

[2] J. Husa, Legal Families, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law (ed.) Jan Smits. Edward Elgar. Cheltenham/Northampton. 2006 s. 382–393.

[3] På klassisk grekiska: ”τὰ ὄντα ἰέναι τε πάντα καὶ μένειν οὐδέν” (källa: Platon, Kratylos, 401 avsnitt rad 5). Se mer om Herakleitos och hans filosofi i Roman Dilcher, Studies in Heraclitus. Hildesheim. Georg Olms. 1995.

för att kunna överkomma den empiriska pluralitet som råder i rättens värld. Från filosofins historia vet vi att filosofen *Leibniz* drömde om världens rättskarta som han 1667 kallade *theatrum legale mundi*. Viljan att teoretiskt behärska global rättslig pluralism har alltid varit stark inom alla slags makrokomparativa klassificeringsförsök.[4] Det är kanske lite överraskande att som makrobegrepp har rättsfamilj ingenting att göra med familjerätt (d.v.s. del av civilrätten). Men precis som i en familj kan man ha släktingar också i rättens värld. I rättens värld man kan ha mödrar, fäder, syskon, barn, kusiner och kanske även familjens svarta får.

Med en rättsfamilj menar man att det finns en viss grupp rättsordningar som *är historiskt relaterade* till varandra liksom man i en familj eller i en ätt är besläktade med varandra. Till exempel kan man föreställa sig att den nordiska rättsfamiljen är en kusin till den tysk-romerska rätten, kanske lite mer självständig och lantlig än rättsordningarna i kontinental-Europa men i alla fall en familjemedlem, medan *common law* förblir en mycket avlägsen släkting. Med andra ord: man använder en metafor från genealogin så att en rättslig släkt är en grupp rättsordningar som har en känd gemensam förfader som t.ex. *ius commune* eller den engelska *common law*. Den här författarens eget rättssystem (Finland) är en del av nordisk rätt som är en del av den kontinentala rättsfamiljen som i sin tur hör till den större västerländska rättstraditionen.

Man kan gå längre med metaforerna: den kubanska rättsordningen är den socialistiska rättens änka medan den kinesiska rätten är den socialistiska rättens mäktiga men otrogna hustru som har många oäktingar med *common law* och tysk-romersk rätt. Det här är någonting som klart skiljer begreppet rättsfamilj från andra liknande begrepp: rättskultur, rättskrets eller rättstradition innehåller inte den inbyggda idén om att rättsystem är släkt med varandra. Alltså, makrokomparativ rättsvetenskap avser doktrinen om rättsordningens släktförhållanden d.v.s. rättens stamtavla och den använder systematisering och taxonomi som sin främsta metod. Men det här är inte allt som rättsfamilj som makrokomparativt försök att behärska den globala rättens pluralism innebär.

Systematisering, gruppering och klassificering av världens rättssystem är kärnan i makrokomparativ juridik. Denna disciplin jämför hela rättssystem, inte bara specifika juridiska problem i en liten skala.[5] Att använda sig av synsättet på rättsfamiljerna strävar endast efter att besvara en

[4] Se C. Varga, Legal Traditions. Acta Juridica Hungarica (2005) s. 177–198.

[5] Se E. Örücü, Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach, in

grundfråga: kan det stora antalet rättssystem i världen delas in i några få större helheter, d.v.s. familjer, sfärer eller något motsvarande? Jämförande juridik har i decennier försökt att på makronivå få en uppfattning om bredden av rättsystemen som finns i världen. Inom den jämförande juridiken har man alltid fascinerats av att tänka på och gestalta juridik som en representant för en större kategori. Kunskapsbehovet av att rita en juridisk världskarta har oförnekligen varit en drivande kraft. Även i dag finns det en drift att höja sig över de komplexa detaljerna på mikronivå och en önskan att gestalta juridiken som ett globalt fenomen. För vissa komparativt inriktade rättsvetare innebär globalt tänkande ett behov av att betona dessa gemensamma nämnare, d.v.s. det som är liknande (integrativ komparation) medan det för andra innebär ett behov av att inse och understryka skillnaderna mellan rättssystemen (kontrastiv komparation).[6]

3 Juridisk genetik?

Vad som förefaller klart är det faktum att ingen specifik klassificering eller gruppering kan betraktas som den rätta eftersom alla klassificeringar och grupperingar måste i metodologisk mening blicka bakåt och bygga upp sin taxonomi på hur situationen var när uppgifterna samlades in samt vilka specifika drag som beaktades. Därför är alla grupperingar av en relativ natur.[7] Vad som är rätt är levande och förändras ständigt även om vissa kulturella och traditionellt djupt rotade drag förändras anmärkningsvärt långsamt. I enlighet med de ofrånkomliga begränsningarna i juridikens historia följer inte någon specifik systematisering något logiskt mönster. Dessa systematiseringar återspeglar i stora drag den historiskt rotade juridiken som gradvis antar nya former.[8]

Från 1800-talet till 2000-talet har otaliga avvikande klassificeringsförsök gjorts. Emellertid har man inom den rättsjämförande disciplinen

M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Oxford. Hart Publishing. 2004 s. 359–75.

[6] R. B. Schlesinger, The Past and Future of Comparative Law, American Journal of Comparative Law (1995) s. 477–81.

[7] Se H. Heiss, Hierarchische Rechtskreiseinteilung:Von derRechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?', Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (2001) s. 396–424.

[8] J. Husa, Classification of Legal Families Today – Is It Time for a Memorial Hymn?, Revue internationale de droit comparé (2004) s. 11–38.

medgett att det är så gott som omöjligt att konstruera ett klassificeringssystem som ens skulle komma i närheten av den typ av taxonomier som utvecklats av zoologer, botaniker eller släktträd som tagits fram av släktforskare.[9] Den största svårigheten med att klassificera rättsfamiljer ligger i att hitta ett lämpligt indelningskriterium. Tidigare har klassificeringsförsöken i stort sett gjorts på basen av ett eller flera kriterier men det moderna synsättet är att beakta flera olika kriterier som innehåller faktorer som anses relevanta.[10] Trots att det finns en del skillnader, är de element som beaktats mycket likartade: historia, ideologi, juridisk stil, juridisk argumentation och tänkande, juridisk kodifieringsnivå, rättsligt resonemang, rättens strukturella system, rättsväsendets struktur, anda och mentalitet hos juridiska aktörer, juristutbildning, rättens relation till religion och politik, rättens ekonomiska grund, det rättsliga tänkandets filosofiska bakgrund, rättens källdoktrin, det empiriska ikraftträdandet hos formella juridiska regler, traditionens roll i juridiken, paradigmatiska samhällsuppfattningar om rätten osv.[11]

På 2010-talet finns det många konkurrerande uppfattningar om ”rättsfamiljer” inom den jämförande juridiken. I synnerhet begreppen ”rättskultur” och ”rättstradition” utmanar begreppet rättsfamilj.[12] Emel-

[9] M. Bogdan, Comparative Law, Stockholm. Kluwer/Norstedts/Tano. 1994 s. 82–83.

[10] Å. Malmström, The System of Legal Systems. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law, Scandinavian Studies in Law (1969) s. 129–49.

[11] Se t.ex M. Sarfatti, Introduzione allo Studio del Diritto Comparato, Turin. Giapichelli. 1993; P. Arminjon, B. Nolde och M. Wolff, Traité de droit comparé, Paris. Librairie générale. 1951; E. Martínez-Paz, Introduccion al estudio del derecho civil comparado, Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1960; M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, Munich. Beck. 1987; G. Eörsi, Comparative Civil (Private) Law: Law Types, Law Groups, the Roads of Legal Development, Budapest. Akadémiai Kiadó. 1979; R. David med C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris. Dalloz. 1982; J. H. Merryman, The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America, 2nd edn, Stanford, CA. Stanford University.1985; M. A. Glendon, Michael Wallace Gordon och Christopher Osakwe, Comparative Legal Traditions: Texts, Materials, and Cases on the Civil Law, Common Law, and Socialist Traditions, with Special Reference to French, West German, and Soviet Law, St. Paul, MN. West Publishing Co.; Press. 1985; P. De Cruz, Comparative Law in a Changing World, London. Cavendish. 1995; A. Gambaro och R. Sacco, Sistemi giuridici comparati, Turin. UTET. 1996. Se även J. Husa, Johdatus oikeusvertailuun, Helsinki. Lakimiesliiton kustannus. 1998.

[12] H. P. Glenn, Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law, Oxford. Oxford University Press. 2000. Boken har redan tre senare editioner 2004, 2007 och 2010.

lertid finns det många som hävdar att man borde tala om kulturfamiljer (juridiska sådana) istället för endast om rättsfamiljer eftersom begreppet rättsfamilj uppfattar rätten som isolerad från den omgivande kulturen.[13] Därutöver har begreppen ”rättsfär” och ”rättskomponenter” föreslagits.[14]

Utan att gå djupare med begreppen, har idén om familj vissa fördelar såsom tidigare konstaterats. Vi kan sålunda utvidga denna metafor och tala om familjemedlemmar. Vi kan tala om nära eller avlägsna släktingar och således kan vi tala om *juridisk genetik*, d.v.s. historiska förhållanden mellan olika rättssystem.[15] Ändå är det en mycket komplex fråga huruvida det finns s.k. föräldrasystem och om dessa skall ges prioritet över andra system. Klassificeringen av rättssystem enligt familjeprincipen har rätteligen anklagats för att vara alltför västerländsk och därmed även partisk i grunden. Den metodologiska kapaciteten inom komparativ juridik att verkligen förstå kulturellt avlägsna eller kulturellt sett annorlunda system har följaktligen ifrågasatts.[16]

Man bör i varje fall påminna sig om att begreppet ”rättsfamilj” inte är en vetenskapligt exakt beskrivning av en samling rättsystem utan en analytisk struktur som ger en grov överblick över rättssystemen, vilket kan användas för mer detaljerade komparativa studier. Som sådant innehåller begreppet ”rättsfamilj” såväl empiriska som analytiska drag. Först och främst är det en bred kunskapsmatris inom makrokomparativ juridik.[17] I allmänhet godtar även de som annars betraktar begreppet ”rättsfamilj” med misstänksamhet dess pedagogiska värde: klassificeringen av rättssystemen i form av släktrelationer underlättar studier av utländsk rätt samt erbjuder en allmän översikt över ett system för en student som inte kan fördjupa sig i substansinnehållet i ett utländskt rättssystem.

[13] M. Van Hoecke och M. Warrington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. International and Comparative Law Quarterly (1998) s. 495–536.

[14] L.-J. Constantinesco, Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (1981) s. 161–78 och R. Sacco, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, American Journal of Comparative Law (1991) s. 1–34 och (II)s. 343–401.

[15] A. Watson, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2nd edn, Athens, GA. University of Georgia Press. 1993.

[16] H. Henrÿ, Kulturfremdes Recht Erkennen: Ein Beitrag zur Methodenlehre der-Rechtsvergleichung, Helsinki. Forum Iuris. 2004.

[17] J. Husa, Legal Families in Comparative Law – Are They of Any Real Use?, Retfærd (2001) s. 15–24.

4 Rättsliga stamtavlor, släktforskning och andra försök

Vid den första internationella kongressen i komparativ juridik i Paris år 1900 presenterade *Esmein* (1905) en klassificering baserad på ett flertal kriterier.[18] Indelningen baserades på historia, geografi och religion. Esmein beaktade också ras som ett indelningskriterium. Han framlade fem olika rättsfamiljer vilka var romersk, tysk, anglosaxisk, slavisk och islamisk rätt. Afrikansk och asiatisk rätt uteslöts. Den här systematiseringen framstår för oss inte som helt föråldrad i dag, mer än 100 år senare. Och det är lätt att se att dagens klassificeringssystem av rättsfamiljer redan fanns då. Tidens gång har inte utmanat grundelementen: romersk-tysk rätt, *common law* och ”övriga” system. Utvecklingen av den Europeiska unionen har emellertid förorsakat en del ändringar i klassificeringsförsöken.[19]

De tidigare klassificeringarna konstruerades i ett väldigt annorlunda intellektuellt klimat jämfört med det som råder i dag. Många klassificeringskriterier som användes då granskas idag med väldigt kritiska ögon. Det här gäller inte bara Esmein. Vi kan också nämna *Sauser-Halls* (1913) ökända klassificering som baserades på att mänskligheten delades in i olika raser.[20] Den här gränsdragningen resulterade i arisk eller indoeuropeisk rätt, semitisk, mongolisk (gällde främst Kina och Japan) och de barbariska folkens rätt (d.v.s. främst afrikaner och melanesier). I dag kan den här typen av klassificering, som så uppenbart är baserad på ett rasistiskt tänkande, inte betraktas som någon giltig form av makrokomparativ juridik. Ras som ett klassificeringskriterium kommer oåterkalleligen helt enkelt inte på fråga inom modern komparativ juridik som en akademisk övning.

Då vi närmar oss den moderna komparativa juridiken hittar vi ett inflytelserikt grupperingsförsök gjort av *Arminjon, Nolde* och *Wolff* (1951).[21] Det grundade sig starkt på privaträtt och beaktade historia, juridiska källor, juridisk teknik, juridiska termer och begrepp samt kultur. Ändå omfattade deras försök i hög grad även språk vilket gav upphov till sju rättsfamiljer. Dessa var fransk, tysk, skandinavisk, engelsk, rysk, islamisk och hinduisk

[18] P. Esmein, Le droit comparé et enseignement du droit, in Congrès international de droit comparé – Actes, vol. I, 451, Paris: s.n. (1905).

[19] Se t.ex. J. Smits, Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries, in Methodology and Epistemology of Comparative Law (ed.) Mark Van Hoecke, Oxford. Hart. 2004 s. 229–245.

[20] G. Sauser-Hall, Fonction et méthode du droit comparé, Geneva. Kündig. 1913.

[21] Arminjon et al. (1951).

rätt. *Arminjons, Noldes* och *Wolffs* klassificeringsförsök ser på många sätt rätt modernt ut. De flesta av dem beaktade individuella elementen som beaktas även idag även om de förändringar som ägt rum i världen i allmänhet har placerat deras gruppering i den komparativa juridikens historia. Trots detta är deras gruppering av rättsystemen den intellektuella grunden för *Zweigerts och Kötz'* (1998) välkända taxonomi (se nedan).[22]

Som en sista representant för tidigare klassificeringar nämns här *Schnitzers* (1961) strävan att konstruera ett system som skulle återspegla både juridikens historia och de tidigare gjorda klassificeringsförsöken.[23] *Schnitzer* delade in rättsystemen i världen i fem familjer vilka var de primitiva folkens (i vid bemärkelse) rätt, kulturfolken i Medelhavsområdets rätt, den euro-amerikanska rättsfären, religiös rätt som omfattar judisk, kristen och islamisk rätt, samt de afrikanska och asiatiska folkens rätt. I den här klassificeringen delades den euro-amerikanska rättsfären ytterligare in i fyra grupper: romersk, tysk, slavisk och angloamerikansk rätt. Inom dessa undergrupper identifieras t.ex. fransk, italiensk, tysk, nordisk, baltisk, sovjetisk, polsk, ungersk, amerikansk och engelsk rätt. Schnitzers tendens att betona kulturen har i dag många efterföljare inom den komparativa juridiken även om formen är en annan. Den moderna tendensen att understryka vikten av juridisk mentalitet och juridiken som en form av kultur kan t.ex. ses som ett slags arvinge till det här synsättet.[24]

5 Paradigm – stamtavlan står still

Det finns två starka och uppenbarligen hållbara moderna grupperingar som överlevt såväl förändringar som kritik. Dessa grupperingars akademiska styrka har vuxit till följd av de otaliga upplagor och översättningar av de ursprungliga verken till andra språk under årens lopp. Dessa två är de klassificeringar som gjorts å ena sidan av *David* och å andra sidan av *Zweigert och Kötz*. Trots att de av dem framtagna systemen utgör den grund på vilken den komparativa juridiken har byggts under de senaste 40 åren är deras position allt annat än säkerställd. Zweigerts och Kötz' system anses t.ex. inte korrekt eller tillfredsställande för nuvarande behov

[22] K. Zweigert and H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd edn, Oxford. Clarendon Press. 1998.

[23] A. F. Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre, I, 2nd edn, Basel. Basel Recht und Gesellschaft. 1961.

[24] P. Legrand, Fragments on Law-as-Culture, Deventer. Tjeenk-Willink. 1999.

men ändå finns systemet och upphovsmännens specifika tänkesätt kvar. I den här meningen hade de här systemen – och har fortfarande i någon utsträckning – en implicit paradigmatisk karaktär fastän de bestrids av den jämförande juridikens kritiska teori.[25]

David (1982) är mycket känd för sin inflytelserika indelning av rättssystemen i s.k. ”Grands Systèmes”, som bygger på den historiska grunden av privaträtt främst inom väststaterna.[26] Han är en komparativ forskare som placerade begreppet ’*famille de droit*’ i förgrunden för makrokomparativ rätt. Han urskiljde fyra stora rättsfamiljer: romersk-tysk, *common law*, socialistisk rätt samt filosofiska eller religiösa system. I den sistnämnda gruppen inkluderade han muslimsk rätt, hinduisk rätt, rätten i Fjärran Östern samt afrikansk rätt dit även Madagaskar räknades. Dock var Davids sista grupp inte en rättsfamilj i egentlig mening eftersom systemen som gruppen omfattade var sinsemellan oberoende vilket kontrasterade mot systemen i de övriga genuina rättsfamiljerna. De huvudsakliga klassificeringskriterierna var ideologi och rättsteknik även om större vikt lades vid det första kriteriet. Även *Eörsis* socialistiska rättsapproach (1979) betonade starkt betydelsen av ideologiska faktorer, d.v.s. ett samhälles ekonomiska grundstruktur medan den klassificeringen delade in rättssystemen i olika typer enligt deras aktuella utvecklingsstadium.[27]

David tilldelade den nu nästan försvunna socialistiska rätten stor betydelse. Anledningen till detta var att han i sitt tänkande ansåg att komparativ rätt var ett redskap med hjälp av vilket det kalla krigets fiender kunde finna en gemensam grund att stå på. David ville hitta gemensamma drag inom juridiken i socialiststaterna och väststaterna. Det här systemet har varit det populäraste och dess metodologiska effekt är fortfarande uppenbar trots att den socialistiska rätten har kollapsat. Taxonomin och klassificeringen inom Grands Systèmes-indelningen accepterades länge som rimlig av många trots att dess svagheter var kända.[28]

Davids indelning av rättsfamiljerna inom den makrokomparativa rätten har i praktiken ersatts av *Zweigert*s och *Kötz*’ (1998) inflytelserika

[25] D. Kennedy, The Methods and Politics of Comparative Law, in P. Legrand och R. Munday (eds.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge. Cambridge University Press. 2003 s. 345–433.

[26] Se David (1982). [Ursprungligen 1969]

[27] Se Eörsi (1979).

[28] J. L. Esquirol, René David: At the Head of the Legal Family, in Annlise Riles (ed.), Rethinking the Masters of Comparative Law, Oxford/Portland, Oregon. Hart Publishing. 2001 s. 212–253.

och utbredda klassificering av rättsfamiljerna, vilken nu anses vara den mest renlärige. Deras gruppering skiljer sig egentligen inte så mycket från Arminjons, Noldes och Wolffs. Zweigert och Kötz skiljer nu ut efter den socialistiska rättens hopfallande, romanistiska, germanska, nordiska rättsfamiljer tillsammans med *common law*. Utöver dessa grupper tillägger de även den Kinesiska Folkrepublikens rätt, japansk rätt, islamisk rätt samt hinduisk rätt. De utgår från en mängd kriterier istället för ett enda kriterium. Deras viktigaste kriterium är ett rättssystems stil: då man jämför rättssystemen måste man förstå ett rättssystems stil och använda de karakteristiska dragen som basis för att klassificera dem i grupper. Precis som sina närmaste föregångare utgår Zweigerts och Kötz' klassificering från privaträtten.

Flera enskilda faktorer måste beaktas då man klassificerar ett rättssystem. Dessa är den historiska utvecklingen, det distinkta juridiska tänkandet, karakteristiska rättsinstitutioner samt juridisk ideologi och dess källor. I det här avseendet är Zweigerts och Kötz' klassificeringssystem en kombination av många tidigare kännetecken i tidigare klassificeringsförsök. Deras viktigaste nyhet var, redan i de tidiga tyska upplagorna, att de skiljer på romersk (d.v.s. fransk) och tysk rätt. Zweigert och Kötz erkände dessutom att det är problematiskt att placera in rättsliga hybridsystem i en enda familj eller grupp. I likhet med David betonade de också att deras indelning tjänade syftet att åskådliggöra de stora rättsystemen i världen.[29]

6 Nytt paradigm – ätter utan familjerelationer?

Trots omfattande kritik finns ett även nyare försök att klassificera och omgruppera de olika rättssystemen i världen. Ett intressant försök har gjorts av *Mattei* (1997).[30] Han ansåg att de gamla kategoriseringarna var föråldrade och efterlyste en nyare modell. Mattei utgår ifrån juridisk teori och *Max Webers* rättssociologi. Mattei särskiljer tre normtyper som påverkar mänsklighetens beteende. Den viktigaste punkten är att undersöka

[29] Det här betyder att Zweigert och Kötz är epistemologiskt och metodologiskt mycket nära David's Grands Systèmes metod. Och, här verkar funka också för klassificeringar av Glendon et al. och (1985) och Gambaro & Sacco (1996).

[30] U. Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, American Journal of Comparative Law (1997) s. 5–44.

varifrån juridiska normer kommer. Han indelar de juridiska källorna i tre huvudgrupper: juridisk, filosofisk eller religiös tradition. Mattei anser att det i varje rättssystem finns många olika drag men att ett av dem kan anses vara dominerande, d.v.s. ett hegemoniskt mönster i ett individuellt system.

Den föreslagna klassificeringen eller taxonomin består av grenarna professionell rätt, politisk rätt och traditionell rätt. I gruppen professionell rätt finns *common law* samt romersk-tysk rätt vilka skiljs åt inom politiskt och juridiskt beslutsfattande. Dessutom är rätten i hög grad sekulariserad. Inom den politiska rättens gren bestäms rättsutövning och juridiska processer i stor utsträckning av politiska relationer. Här finner man det före detta Sovjetunionens rättssystem och en del asiatiska system. Traditionell rätt omfattar enligt Mattei de system inom vilka man inte skiljer på rätt och religion eller alternativt filosofiska-religiösa traditioner. Dessa rättssystem är t.ex. islamisk rätt och hinduisk rätt och inkluderar även asiatiska och konfucianska rättsuppfattningar. Den föreslagna taxonomin har utvecklats i syftet att skapa ett nytt system som åtminstone i någon mån skulle ha en förklarande eller förutsägande funktion i jämförande rättsstudier. Men Matteis problem är att han helt utesluter de genealogiska släktbanden inom juridiken. Inom rättshistoria förefaller en sådan klassificering kall och livlös, t.o.m. som en klinisk klassificering eller nästan som en rättsvetenskaplig obduktion.

7 Avslutande reflexion – inte bara stamtavlor?

Inom samhällsvetenskaperna har man i årtionden diskuterat förhållandet mellan verklighet och språk. Kortfattat kan man sammanfatta denna debatt med att realisterna hävdar att verkligheten ligger utanför språket och att språket enbart är ett redskap för denna utanförliggande verklighet. Å andra sidan menar konstruktivisterna att vissa språkliga element (i synnerhet sådana som berör människan, samhället och kulturen) inte bara beskriver verkligheten utan även konstruerar vår bild av verkligheten och sålunda också bidrar till att konstruera verkligheten i sig. Man kanske inte håller med något av dessa ytterlighetsperspektiv, men sett utifrån den komparativa juridikens makrokonstruktioner förefaller konstruktivisternas argument förnuftigt. Vi talar inte endast om rättssystem och endast på ett sätt som objektivt beskriver verkligheten. Istället påverkas denna realitet av *hur* vi talar om den. Om vi följer den här argumentationslinjen är den makrokomparativa konstruktionerna egentligen *diskurser* snarare än vetenskapligt exakta grupperingar.

Enligt kulturteoretikern och sociologen *Stuart Hall* är en diskurs ”en grupp påståenden som ger ett språk för att kunna diskutera – d.v.s. ett sätt att presentera – en särskild sorts kunskap om ett ämne”.[31] Dessa diskurser skapas genom språk och språkutövning, d.v.s. de uppstår egentligen inte från någon realitet i empirisk mening. Deras förhållande till den sociala verkligheten är märklig: det finns sätt att tala om och även handla i riktning mot en idé. En av nyckelinsikterna gällande diskurser är att ”vem som helst som skapar en diskurs måste sätta sig i en position s*om om* de själva vore föremålet för diskursen”.[32] Det här är i hög grad hur komparativister talar om makrokonstruktioner; de talar inte om något som existerar utanför dem själva utan om något som de själva är inneslutna i.[33]

Diskurs är en grupp påståenden som producerar ett språk som gör det möjligt att tala om en viss information som anknyter till ett visst objekt, d.v.s. diskursen ger ett språkligt verktyg med hjälp av vilket vi kan förmedla information. När man alltså talar om t.ex. nordisk rätt och detta sker inom den makrokomparativa juridikens diskurs, då kan man förstå nordisk rätt på ett visst sätt då man talar om den och en viss ordning framträder i ämnet. Medan diskussionen pågår begränsas också andra möjliga sätt att diskutera nordisk rätt. Andra framställningssätt blir svåra, om inte rentav omöjliga eftersom man är tvungen att använda den makrokomparativa juridikens språkbruk om man vill hålla sig inom dess professionella diskurs. Det här språket i sin tur består av påståenden (prejudikat vs. lagstiftning, delat rättssystem vs. enhetligt rättssystem, positiv rätt vs. rättspraxis o.s.v.) vilka skapas genom att ett komparativistiskt språkbruk används. Ett möjligt sätt att ta itu med de problem som berör rättsfamiljer är att inse att de är berättelser som vi skapar för oss själva: skapelser *som inte bara beskriver verkligheten utan även påverkar hur vi förstår denna verklighet.*[34]

Då man t.ex. forskar i nordisk rätt och redan har en uppfattning om vad nordisk rätt egentligen är, dras slutsatserna inte ur intet – det finns redan en viss struktur och ett visst teoretiskt språk som ofrånkomligen

[31] S. Hall, The West and the Rest: Discourse and power, in (eds.) Hall, Held, Hubert and Thompson, Modernity: An introduction to Modern Societies. Blackwell, MA. Malden. 1996 s. 185–225, s. 201.

[32] Hall (1996) s. 202 (översättning och kursivering av/i original).

[33] Se även H. Andersson, Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion, in (red.) Minna Gräns och Staffan Westerlund, Interaktiv rättsvetenskap. Universitet i Uppsala. Uppsala. 2006 s. 11–46.

[34] Jfr R. Cotterell, Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically. Journal of Law and Society (1998) s. 171–192.

håller oss i sitt grepp. Situationen är rätt så långt densamma som en gång beskrevs av vetenskapsfilosofen *Otto Neurath* på följande vis:

> 'Det finns inget sätt att använda helt säkert etablerade rena regelmässiga meningar som en vetenskaplig utgångspunkt. Ingen *tabula rasa* existerar. I likhet med sjömän måste vi alla bygga upp vårt skepp igen på öppet hav och kan aldrig ta isär det och bygga upp det på torra land med de finaste materialen … Vaga språkliga sammansättningar förblir alltid på ett eller annat sätt beståndsdelarna i skeppet.'[35]

Om det verkligen är så här verkar vi fortsätta att berätta dessa berättelser om rättsliga släktträd för oss själva eftersom vi måste stanna kvar ombord på våra skepp för att inte drunkna i de utländska rättsystemens hav. Amerikansk *common law*, kontinental rätt liksom nordisk rätt (betraktad som kusin till tysk-romersk rätt) utgör element i en organiserad makrokomparativ diskurs. Ändå är dessa begrepp inte bara berättelser om vi betraktar dem som diskurser. Den här dimensionen av begreppet rättsfamiljer har betydelse: vi tenderar att söka efter släktband även om det inte finns några, och vi uppfattar vår egen rättstradition som en del av en större stamtavla antingen imaginär eller verklig. Med andra ord: "Dold samstämmighet är bättre än öppen" som *Herakleitos* uttryckte det.[36]

[35] O. Neurath, Protocol sentences, in Logical Positivism (ed.) A.J. Ayer. Free Press. Glencoe. 1959 s. 199–208, s. 201. (Svensk översättning av original.)

[36] På klassisk grekiska: "'Αρμονίη ἀφανὴς φανερῆς κρείσσων" (Källa: Plutarkhos, De animae procreatione in Timaeo 27, s. 1026.)

Mats Kumlien

”… ett personligt förhållande mellan parterna”

Om anställningsavtal och familjerätt

1 Tre frågor om rättens historia och systematisering

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

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

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

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

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

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

Frågorna för den här uppsatsen är:

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

2 The Big Bang

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[8] SFS 1846:39. SFS 1864:41.

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

[10] SFS 1833:43.

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

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

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

3 Nytt och gammalt. Den historiska skolan

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[17] Björne 1998, s. 251.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Svensk doktrin om tjänsteförhållanden. Familj eller avtal?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[29] Tengwall 1802, s. 21–22.

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

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

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

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

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

5 Ett eko av Savigny? Schrevelius

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

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

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

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

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

[34] Peterson 1982, s. 147.

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

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

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

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

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

[36] Schrevelius 1844, s. 191–192.

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

[38] Schrevelius 1857, s. 551–552.

6 Tjänsteavtalen och 1800-talets svenska civillagsförslag

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

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

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

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

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

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

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

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

7 Den vanligaste uppfattningen före Winroth?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 Winroth

Vad ansåg Winroth? Hade hans åsikter något nyhetsvärde?

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

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

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

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

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

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

[46] Winroth 1878, s. 41–42.

[47] Winroth 1878, s. 11–20.

[48] Winroth 1878, s. 7.

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

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

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

9 En kontraktsrättslig uppfattning?

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

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

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

[49] Winroth 1878, s. 2, 11.

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

[51] Winroth 1878, s. VI, fn 24.

[52] Winroth 1878, s. 7–8.

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

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

> ”i de jemförelsevis gröfre sysslor, hvilka det dagliga lifvet för med sig vid skötseln och vårdnaden om familj, hem och hushåll, samt bereda honom äfven, derest han är i bättre sociala villkor än tjenarne, tillfälle att egna sig åt en hans begåfning mera anstående eller hans håg mera kär verksamhet […]
>
> Tjenstehjonsaftalet är det aftal, hvarigenom en person berättigar en annan att under en viss tid använda hans krafter till hvarje skäligt arbete.”[53]

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

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

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

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

[53] Winroth 1878, s. 2–3.
[54] Winroth 1878, s. 10.

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

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

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

10 Winroth går igen?

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

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

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

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

Det kan onekligen låta som ett eko från Winroth, men AD citerade ordagrant och hänvisade även uttryckligen till en lärobok i arbetsrätt, *Löntagarrätt* från 1988.[55]

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

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

[55] AD 1993:18. Schmidt, F. m.fl., *Löntagarrätt*, 1988, s. 194.

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

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

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

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

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

Dag Michalsen

Rettsvitenskapelig metaspråk i endring – en skisse

1 Rett, verdi og samfunnsstruktur

I 2002 skrev Rolf Nygren en artikkel med navnet "Legal Culture and World Value Mapping" der han med utgangspunkt i den dagjeldende *World Value Surveys* (WVS) analyserte den vestlige familierettens historie.[1] WVS er et av de største samfunnsvitenskapelige innsamlingsprosjekter som har vært gjennomført om verdiholdninger i verden og representerer en interessant, om enn problematisk, modell for å forstå sammenhenger mellom samfunnsstruktur og verdiendringer.[2] Nygren drøftet modellen ved å gjennomgå rettslige verdiholdninger til det "ektefødte" og "uektefødte" barn, et tema som historisk sett har vært innvevd i spørsmål om eiendomsrett til jord og følgelig til organiseringen av samfunnet. I Nygrens rettshistoriske verdikartlesing basert på WVS endte europeisk kristen familierett i vår tids asiatiske og islamske samfunn. Den svenske familierettsordningen under protestantismen forble på dette stedet av kartet til langt opp på 1800-tallet. De store sprangene skjedde fra midten av 1800-tallet og frem til i dag. I løpet av denne tiden flyttet de svenske familierettslige sosiokulturelle verdiholdninger først til innstillinger representert i dagens ortodokse Europa, over til verdioppfatninger tilsvarende det nåtidige katolske, til den utpost av protestantisk modernitet som landets verdiholdninger stort sett uttrykker i dag.

[1] Se for det følgende Rolf Nygren, Legal Culture and World Value Mapping i: Kjell Å Modéer (red.), *Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration* (Stockholm 2002) s. 111–139; sml Dag Michalsen, Hva er 'europeisk rettskultur'? i: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2004 s. 20–49 (her særlig s. 35–38).

[2] Se full oversikt http://www.worldvaluessurvey.org/ (sist lest 4.9.2011).

Av dette temporalt bevegelige verdikart gjorde Nygren enkelte observasjoner om rettskulturenes foranderlighet som følge av sosiale og økonomiske omforminger, bl.a. i kjølvannet av industrialiseringen. Det svenske samfunnets radikale skifte i verdisystem fra rundt 1800 og frem til i dag viser rettskulturelle ordninger i stadig endring, og i all sin bøyelighet, empirisk konstatert. Like viktig som slike historiske observasjoner var imidlertid en enn mer grunnleggende metaobservasjon: At de kriterier for å vurdere nivåer og stadier av modernitet, med tilsynelatende empirisk belegg, vil måtte bli en risikofylt forskningsaktivitet fordi metaspråket selv er alt annet enn stabilt og at det kartet som tegnes av verdens verdier er en forutinntatt tolkning som vil se annerledes ut i andre deler av verden. Alle modeller som involverer verdier og rettskulturelle mentaliteter er en modalitet av fortolkerens historisk forankrede forståelse av forestillinger om hva som utgjør et godt samfunn, og som i en viss epoke hos oss selv er blitt kalt modernitet.

Av disse observasjonene fulgte mange spørsmål om forholdet mellom rett og verdi, og jeg skal her bare nevne ett av dem. Hvordan kan man overhodet tenke seg realiseringen av en felles europeisk rett når de samfunnene som skal praktisere denne retten, spriker slik i sine verdioppfatninger seg i mellom? Med all tydelighet viste verdikartet dette, der Polen da syntes nærmere India enn Norden i verdiholdninger. Men denne tilsynelatende opplagte slutning kan også betraktes annerledes: Den kulturhistoriske analysen av familieretten viser nettopp at kulturelle holdninger er skiftende på ulike måter, også internt i det enkelte land – for hva er nå 'India'? Og dette er tydelig nok også i nordiske land, ikke bare i de nye pluralistiske verdiholdninger som følger av innvandringer og annen sosial mobilitet. Selv om Sverige, Irland, Estland og Polen i dag ligger langt fra hverandre på et nåtidig historisk situert og ideologisk definert verdikulturatlas, er det lite som utelukker fremtidige konvergerende prosesser eller nye former for ulikheter.

2 Rettsvitenskapelig metaspråk

Dette tema skal nå innsnevres noe ved å se på rettsvitenskapens rolle overfor samfunnets skiftende verdier. Utvilsomt finnes det sammenhenger mellom på den ene siden samfunnets verdipraksiser og på den annen rettsvitenskapens og rettshistoriens grunnleggende vokabular som jeg her kaller metaspråk. For rettshistorikere (og rettsvitenskapshistorikere) oppstår studiet av det rettsvitenskapelige metaspråk på to nivåer: Dels i

fortidens juridiske diskurser der metaspråket konstitueres fortløpende, dels finnes det som mer eller mindre utalte vokabular i nåtidig rettshistorisk forskningen som utvikler slike språk. Blant det sist neunte er som kjent uttrykk som rettsfamilier, rettskultur og andre enhetsbetegnelser på retten, det være seg nåtidig eller fortidig. Eller det angår verdiformuleringer som ofte sammenfattes i ideologiske stikkord av forskjellig slag. Etter mitt skjønn er det rettsvitenskapelige metaspråket en selvsagt del av det juridisk-akademiske vokabularet. Og enn videre: Det er normativt sett intet mål å standardisere dette metaspråket, fordi det er del av rettsvitenskapens seismologiske iakttakelser av vår verdirelasjon til omverden. Derfor bør det alltid inngå i rettsvitenskapens tematiseringer av sin vitenskapspraksis.

Rettsforskningen vil altså alltid mer eller mindre uttrykkelig generere metadiskurser som adresserer ideologiske og kulturelle egenskaper ved retten. Uansett hvor praktisk, dogmatisk eller utilitaristisk rettsvitenskapen fremstår som, oppstår identitetsprosesser av den art i rettsvitenskapens møte med samfunn og ideologier. For å virke i samfunnet, må rettsvitenskapen iaktta, bearbeide, formidle og produsere verdier. Dens rolle i samfunnet krever et metaspråk som nettopp kommuniserer i tidens verdier og ideologier, som kan formulere rettslige modaliteter ved sider av samfunnets heterogene verdiunivers. I det meste av rettsforskning vil dette bare være underforstått, kanskje fraværende, i en mindre del av den vil det utgjøre hovedsaken, i spennet mellom bekreftende ideologiproduksjon og kritisk ideologianalyse.

Med rettsforskningens metadiskurser siktes det til litt forskjellige typer. Det har vært rettsvitenskapelige grunnlagsoppfatninger om rettens gyldighet og metodikk. I perioder har dette språket virket relativt samlende på det juridiske forskersamfunnet, slik som i den skandinaviske rettsrealismens glansdager. En annen diskurs har søkt grunnlag i rettens kulturelle egenskaper, slik som i nasjonalitet eller vestlig universalitet. Eller har metadiskurser vært rettsvitenskapelige uttrykk for ideologiske grunnposisjoner, slik som det sene 1800-tallets liberalisme, etterkrigstidens velferdsmodell eller dagens vanskelige samordninger av frihetlig marked og den nye menneskerettighetskonfesjon. I sin symbolske kraft har slike metadiskurser gitt identitet til en hel epoke eller til en bestemt rettsvitenskapelig retning. I en tid da rettsvitenskapens enhet synes konstant truet av en veldig kvantitativ økning av forskere og en sterk fagspesialiserende tendens, bl.a. uttrykt i et stort antall spesialtidsskrifter, synes nettopp det å identifisere metaspråket å få en særlig betydning som et slags symbol for det som måtte være igjen av

rettsvitenskapens enhet. Debatter om juridisk metode, politisk innretning og rettsvitenskapens samfunnsoppdrag blir den felles arena som dette nye heterogene rettsvitenskapelige univers kan samles om.

Som rettsvitenskapshistoriker er det særlig fristende å studere fortidens rettsvitenskapelige metaspråk. Vel er det like viktig å undersøke rettsforskningens rettskildebruk, materiellrettslige bidrag og rettsvitenskapens politiske holdninger og deltakelse. Men mye av denne rettsvitenskapens multitasking kan dessuten observeres gjennom det å identifisere og systematisk undersøke metaspråkets karakter og funksjon. Metaspråkets historiske skiftninger minner oss også om at 'rettsvitenskap' da som nå ikke er identiske fenomener til tross for rettsvitenskapens iboende tendens til essensialistiske selvforståelser.[3] Nettopp ved å studere det skiftende metaspråket som preger en viss tids rettsvitenskap kan man komme noe nærmere det historisk kontingente i rettsvitenskapens doble karakter av vitenskap og rettssystemaktør.[4]

3 Francis Hagerups rettsvitenskapelige metaspråk, ca 1900

Det finnes mange eksempler på en slik metadiskurs i rettsvitenskapen. Mitt eksempel i det følgende er hvordan norske rettsforskere rundt 1900 skulle håndtere forståelsen av den kulturelle identiteten til norsk rett i spenninger mellom det som da i internasjonal rettsvitenskap ble kalt 'romersk' og 'germansk' rett sammenholdt med tradisjonelle forestillinger om det norske?[5] Det fantes en lang debatt i norsk rettsvitenskap på 1800-tallet om betydningen av romersk rett for norsk rett, rettsvitenskap og rettskulturelle selvforståelse. En rekke forfattere utformet rettsvitenskapelige metaspråk i møte med disse kulturelle, ideologiske og sosiale spenningene, og i særdeleshet gjaldt dette rettsvitenskapsmannen og politikeren Francis Hagerup (1853–1921).

[3] Se i den retning Dag Michalsen, The Nominalistic Argument in Interpreting Past Legal Texts i: Michalsen (red.), *Reading Past Legal Texts* (Oslo 2006) s. 134–157 og de kritiske merknadene hos Lars Björne, Anmeldelse av Michalsen (red.), Reading Past Legal Texts i: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008, s. 121–126.

[4] Hans Petter Graver, Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi i: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 230–249 (særlig s. 234 flg.).

[5] Jeg bygger på Michalsen, *Romerrettsideologi* (Oslo 2008) s. 288 flg. der et detaljert kildebelegg gis.

Etter 1870 begynte 'romersk rett' i tiltakende grad å bli del av norsk privatrett, særlig formuerett, men også annet. Dette utløste mange debatter om rettskildegrunnlag, samfunnsformer og tilgrunnliggende rettsideologi i norsk rett. Både i metodelitteratur og formuesrettslitteratur inngikk en virksom aktivisering og bruk av romersk rett i dette ordets mange betydninger. Romersk rett hadde selvsagt ikke noen entydig enhet i disse tekstene. Dels gikk det et hovedskille mellom bruken av klassisk romersk rett og den moderne tyske pandektvitenskapen, dels gikk det skiller innen denne moderne romanistiske rettsvitenskapen selv, bl.a. basert på graden av tolkningsfrihet overfor de romerske rettskildene. Mest var romersk rett kanskje et symbol på europeisk rett, det var ideen om å koble og begrunne norsk rett til Europa gjennom den romerske rettens antikke normativitet og, som de så ofte sa, den romersk rettens aktualitet, dens såkalte universalitet. Dette skjedde midt i disse tiårenes veldige sosiale transformasjon og industrialisering. I tillegg til denne 'romerske' retten i vid forstand av ordet, var også annen internasjonal formuerettslig litteratur av betydning for norsk rettsvitenskap, slik som den øvrige nokså likeartede nordiske litteraturen, den konkurrerende germanske tyske rettsvitenskapen, og endelig, den engelske common law-litteraturen som reflekterte disse debattene på lignende måter.[6] Hele dette nye tekstunivers ble gjort til del av norsk rettsvitenskap.

Gjennom dette veldige tilfang av nye tekster konstituerte norsk metode- og privatrettslitteratur seg rundt 1900. Lesingen av disse bidragene viser hvor sammensatt rettsvitenskapens tekster var blitt, sammenlignet med noen tiår tidligere. Og det var blitt mer sammensatt i to relasjoner. Det ene angikk rettssystemet i mer formell forstand, det andre angikk samfunnets kulturelle prosesser, og alt måtte formidles i et nytt spesifikt metaspråk som reflekterte og tematisere disse nye tendensene i rettssystem og rettskultur, et metaspråk der nøkkeluttrykkene var slikt som det universelle romerske, rettens siviliserende utvikling, den juridiske metodes enhet, konflikter mellom sosial og privat kapitalisme og meget mer.

Hagerups rettsvitenskapelige metaspråk må forståes som del av samfunnets kulturelle prosesser. De rettsvitenskapelige tekstene ble del av kulturelle koder og de utfoldet rettskulturelle verdensbilder i stadige skiftninger mellom historiske og aktuelle modeller for rett, rettsvitenskap og samfunn. Disse bildene var vitenskapelige i sin karakter og sine anbe-

[6] Det følgende bygger særlig på Michalsen, *Romerrettsideologi* (2008) s. 248 flg.

falinger, men det fantes i tillegg et sterkt symbolsk nivå. Dette var av stor betydning for både tekstproduksjon og lesing. Det symbolske var på mange måter det mest sammenvevende av disse kodene: Det ble i seg selv et symbol for en bestemt forståelse av rett, kultur og vitenskap. Dette peker på det som kan kalles intertekstualiteten i denne rettsvitenskapens tekstproduksjon. Hagerups tekster bygde på og koblet seg til et vell av andre likeartete tekster: Tematiseringen av den aktuelle og normative betydningen av romersk rett var del av en større kommunikasjon om emnet, både komparativt og historisk.

Å sammenligne den metodiske og formuerettslige tilnærming i norsk rettslitteratur fra rundt 1850 med Hagerups nye fra rundt 1900 viser store forskjeller som reflekteres i dette rettsvitenskapelige metaspråk der aktualiteten av og universaliteten ved romersk rett gjorde det mulig i rettssystemet å produsere nye rettsdogmatiske og metodiske oppfatninger. Rettsvitenskapens legitimitet for rettsskapende virke stod sentralt. I dette rettsvitenskapelige metaspråk viste dette seg til en rettskulturell metafysikk som bestod av pendlinger mellom det antikke og det moderne og i rettsvitenskapelige holdninger til de juridiske grunnbegrepers historiske og universelle egenskaper. Det samme gjorde den frie bruk av komparasjon og seleksjon av nye rettsvitenskapelige og rettsdogmatiske tilnærminger for bruk i rettssystemet. Det rettsvitenskapelige metaspråk ble slik sett en utløser for rettsforskernes fortløpende rettsvitenskapelige aktiviteter i rettssystem og vitenskapssamfunn.

4 Avslutning

Rolf Nygrens drøftelse av forholdet mellom rett og samfunnets verdioppfatninger har som vi har sett en side til en historisk forståelse av rettsvitenskapens metaspråk. Det er all grunn til å understreke de lange linjer i rettsvitenskapens historie i det å tematisere en hver tids rettsvitenskap som bærer av så vel rettsteori som samfunnsteori og kulturteori. Innholdet av dette metaspråket varierer selvsagt historisk. Men rettsvitenskapen og rettshistorien har som del av sin fortolkningskapasitet stadig mulighet til å reformulere dette som del av det samfunn vi tilhører. Å undersøke det foranderlige rettsvitenskapelige metaspråket er å vise at rett ikke bare er rettssystemenes eller rettstradisjonenes historie, men like meget internasjonaliseringens, kommunikasjonens og resepsjonenes historie. Å studere det rettsvitenskapelige metaspråket er derfor å studere rettens egen ideologiske fortolkningshistorie. Disse observasjonene er med på å

begrunne at rettsvitenskapshistoriske studier nettopp kan få en mer aktuell rettsvitenskapelig verdi, særlig gjennom de rettslige diskursers betydning for rettsordeners identitetsdannelser og selvforståelse.

Gunnar Petri

Copyright och *Droit d'auteur*

Under Rolf Nygrens tid som ansvarig för rättshistorieämnet vid universitetet i Uppsala har en vidgning av forskningsområdet ägt rum. Hans eget intresse för tryckfrihetsfrågor och förtrogenhet med konstitutionell rättshistoria gjorde det kanske naturligt att han från början med vänlig entusiasm omfattade projektet att införliva också en specialstudie av upphovsrättens historia i sortimentet från den uppsaliensiska rättshistorieverkstaden. I vart fall kom en sådan studie till stånd, vilket inlemmade även Sverige i en familj av rättstraditioner vilkas upphovsrättshistoria på senare tid har börjat bli belyst på ett systematiskt sätt.[1]

Ett av Rolf Nygrens intresseområden är rättsfamiljer i historisk belysning, och detta var också ämnet för ett seminarium till hans ära med anledning av hans avgång från sin professur under försommaren 2011.

Ett studium av rättsfamiljer kan fokuseras på *samlade* rättstraditioner, deras utveckling, möten och inbördes influens. Det kan också inriktas på ett *enskilt rättsinstitut*, tillkommet för att lösa ett och samma rättsliga problem, men inom ramen för *olika* samlade rättsfamiljer. Ett sådant perspektiv kan ge stoff för belysning av de bredare rättsfamiljernas egenart, men kan naturligtvis också föranleda slutsatsen att familjeolikheterna med tiden utjämnas av likheterna när likartade rättsliga problem gradvis får sin lösning. Eller, annorlunda uttryckt, att vägen blir krokig och påverkad av djupt liggande strukturer men att slutresultatet ändå tenderar att bli misstänkt likartat.

Upphovsrättens historia kan erbjuda ett sådant exempel. Upphovsrätten är ett sent rättsinstitut, framfött ur det tidigmoderna privilegiesystemet, uppväxt under 1800-talet och med uppnådd mannaålder under 1900-

[1] Gunnar Petri: Författarrättens genombrott, Stockholm 2008

talet. Det finns de som anser att den under 2000-talet redan har sett sina bästa dagar. Upphovsrätten är numera universell, ganska likformig och har under årens lopp måst ackommodera sig med rättsfamiljer av de mest skilda slag. Dessutom finns en väletablerad uppfattning om en skiljaktighet vad gäller upphovsrättens utveckling mellan två av de mest välkända och väletablerade rättsfamiljer som finns, nämligen *common law*-traditionen och *civil law*-traditionen.

För att vara mera precis: från fransk sida har sällan ett tillfälle missats att framhäva den egna uppfattningen om upphovsrätten som en upphovsmannens rätt, en *droit d'auteur,* i kontrast mot den anglosaxiska världens begrepp *copyright,* mindre upphovsmannaorienterat och mera präglat av praktiska hänsynstaganden.

En avspänd diskussion över demarkationslinjerna har inte underlättats av att det här föreligger ett fundamentalt och olösligt översättningsproblem. Det franska uttrycket *droit d'auteur* återges i alla fransk–engelska lexika med *copyright*, och tvärtom i alla engelsk–franska. *Upphovsrätt, Urheberrecht* etc. anses i relevanta lexika betyda *copyright* på engelska och *droit d'auteur* på franska. Det svenska uttrycket *upphovsrätt* återges följaktligen med *copyright* i en engelsk text och med *droit d'auteur* i en fransk och båda dessa ord med *upphovsrätt* i en svensk text. Men i franska språket används också ordet *copyright*, och att *le copyright* är något annat och sämre än *le droit d'auteur* står klart för varje franskspråkig läsare. Där betyder det helt enkelt angloamerikansk upphovsrätt, en distinktion som den icke franskatalande världen saknar. Kanske avspeglar detta en mera avspänd relation till frågan.

I den högstämda retorik som ofta har ackompanjerat strävandena efter ett förbättrat rättsligt skydd för konstnärliga prestationer av olika slag har internationalistiska och kulturchauvinistiska tongångar bildat en gemensam orgelpunkt. Få språk tycks lämpa sig så väl för att sammanfoga dessa i grunden oförenliga begrepp till ett välljudande helt som just franskan. I sitt berömda inledningstal vid öppnandet av den internationella litterära kongress 1878 som skulle bli en upptakt till Bernkonventionen angav Victor Hugo tonen i form av ett vackert litterärt verk, senare ständigt citerat, bearbetat och plagierat:

”La France est d'interêt public. La France s'élève sur l'horizon de tous les peoples. Ah! Disent-ils, il fait jour, la France est là! (*Oui! Oui! Bravos répétés.)* Qu'il puisse y avoir des objections à la France, cela étonne; il y en a pourtant; la France a des ennemis. Ce sont les ennemis même de la civilisation, les ennemis du livre, les ennemis de la pensée libre, les ennemis

de de l'émancipation, de l'examen, de la délivrance; ceux qui voient dans le dogme un éternel maître et dans le genre humain un éternel mineur."[2]

I mera vetenskapliga sammanhang är tonen inte så bombastisk men inte desto mindre tydlig. I standardverket *Le droit d'auteur* av senare tiders ledande exponent för upphovsrättslig forskning i Frankrike, Henri Desbois, beskrivs skillnaden mellan *droit d'auteur*-tradition och *copyright*-tradition utan namns nämnande men med tydlig adress: "L'auteur est protégé comme tel, en qualité de créateur, parce qu'un lien l'unit à lobjet de sa création. Selon la tradition francaise, le parlement a répudié la conception, dans laquelle les oeuvres d'esprit sont protégées, en vertu de considérations d'opportunité, afin de stimuler l'activité littéraire et artistique."[3]

Dessa formuleringar är uttryck för två tankeföreställningar, i Frankrike gärna kallat diskurser, som är så spridda att de mer eller mindre omedvetet omfattas av de allra flesta som på ett eller annat sätt sysslar med upphovsrätt. Den ena är att upphovsrätten, till det mänskliga skapandets bästa, under heroisk kamp drivits fram av upphovsmannaintressen, inte minst franska sådana, stödda på en teori om det immateriella verket, oskiljbart förenat med sin upphovsman. Den andra föreställningen är att den anglosaxiska världen dels erbjudit generellt sett lägre skyddsnivåer, dels präglats av en mera nyttobetonad, mera kommersiell och mera producentinriktad syn på upphovsrätten i allmänhet och dels varit mindre aktiv i spridandet av upphovsrätten över världen.

Dessa tankeföreställningar har knappast blivit föremål för någon mera seriös sammanfattande granskning, och så kan naturligtvis inte heller bli

[2] "Frankrike står för det gemensamma bästa. Frankrike stiger upp över horisonten för alla världens folk. Ah! säger de, dagen bryter, Frankrike är här! (Ja! Ja! Upprepade bravorop.) Att man kan ha invändningar mot Frankrike är förvånande, men de finns: Frankrike har sina fiender. De är själva civilisationens fiender, bokens fiender, den fria tankens fiender, fienderna till frigörelse, granskning och befrielse, de som ser en evig mästare i dogmen och mänskligheten som evigt omyndig." Oeuvres complètes, Vol. 11, s. 993–998, Paris 1985.

[3] "Upphovsmannen är skyddad just såsom sådan, genom sin ställning som skapare av ett verk, eftersom han är förenad med ett band till denna sin skapelse. I den franska traditionen har lagstiftaren avvisat uppfattningen att litterära och konstnärliga verk skall skyddas på grund av nyttobetingade överväganden i syfte att stimulera litterär och konstnärlig verksamhet." Cit. från Jane Ginsburg: A tale of two copyrights, Revue international du Droit d'auteur 1991, nr 147, s. 174.

fallet inom ramen för denna korta artikel.[4] De bygger på en uppfattad skillnad mellan utvecklingen inom ett specifikt rättsområde, upphovsrätten, inom två stora och erkända rättsfamiljer, *civil law*-traditionen och *common law*-traditionen. Vid ett studium av rättsfamiljer i ett komparativt perspektiv kan det därför vara av intresse att fråga sig om de skillnader som faktiskt finns vad gäller upphovsrättens utveckling i framför allt Frankrike å den ena sidan och Storbritannien/USA å den andra kan återföras på grundläggande drag i dessa båda rättsfamiljer, t.ex. om den ena kan betecknas som *law-made* och den andra som *judge-made.*

En granskning av upphovsrätten inom *civil law*-traditionen resp. *common law*-traditionen kan lämpligen inledas med att rikta ljuset mot själva tillkomstprocessen eller upphovsrättens födelse i de båda rättsfamiljerna. Därefter bör belysas hur upphovsrätten, sedan den väl slagit igenom, faktiskt utvecklats inom de båda rättstraditionerna, och då särskilt med hänsyn till sådana aspekter av upphovsrätten som kan tänkas variera med graden av upphovsmannaförankring.

Till sist kan frågan ställas om vilken rättstradition som *de facto* kommit att spela störst roll för att ge den till sin natur gränsöverskridande upphovsrätten den universella ställning som den numera faktiskt har.

Upphovsrättens rötter sträcker sig långt tillbaka i historien då begrepp som författarära, författaransvarighet och plagiat började göra sig påminda redan under handskriftsepoken. Dess grund lades emellertid i och med uppfinnandet av boktryckarkonsten och dess snabba spridning över det senmedeltida Västeuropa, och denna grund var solitt romerskrättslig och helt gemensam för å den ena sidan England och å den andra Frankrike, Italien och det Tyska riket.

Redan under senantiken fanns en omfattande lagstiftning rörande monopol och privilegier, så småningom sammanfattade i kejsar Justinianus' *Codex.* Där återfinns mycket av den moderna tidens negativa syn på monopol, men också en uttalad rätt för kejsaren att meddela *privilegia* som undantag från den allmänna lagen till förmån för gemenskaper, institutioner eller enskilda för att bedriva viss verksamhet. Sådana *privilegia* borde emellertid alltid vara motiverade av det allmänna bästa och fick inte övergå till en möjlighet att ta ut oberättigade övervinster. I så fall var det fråga om ett förkastligt *monopolium.*

[4] Två studier som berör ämnet är Jane Ginsburgs ovan anförda uppsats och Frédéric Rideau: La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne: une convergence oubliée, Aix-en-Provence 2004.

Redan några decennier efter det att Gutenberg hade tryckt sin första bok gjorde sig behovet av eftertrycksskydd påmint. Att detta skulle ta sig formen av ett privilegium för viss en angiven utgåva, i allmänhet riktat till boktryckaren och begränsat i tiden, tedde sig snart självklart. Tydliga rättsliga förebilder fanns ju redan till hands.

Lika självklart var att privilegiegivningen hörde hemma hos furstemakten, i England under *royal prerogative.* Sådana privilegier för tryckande av enskilda verk, varigenom de under en viss tid skyddades mot eftertryck, började följaktligen utfärdas av kungamakten såväl i England som i Frankrike och i det Tyska riket under början av 1500-talet. Så långt kan ingen skillnad spåras.

Såväl i England som i Frankrike kom vidare privilegiesystemet att gradvis generaliseras och läggas i händerna på kraftfulla protektionistiska boktryckarskrån. Dessa organisationer blev också, med privilegiesystemets hjälp, nyttiga instrument för den allomfattande censur som utvecklades parallellt och hand i hand med privilegiesystemet.

Så långt var händelseförloppet lika i de båda länderna. Men under 1600-talet blev utvecklingen av de institutionella och politiska förutsättningarna alldeles olika. I England utbröt öppen konflikt mellan kungamakt och parlament redan i början av 1600-talet för att sedan kulminera i inbördeskrig, parlamentsvälde, militärdiktatur, kungamaktens restauration, ny revolution och slutligen etablerandet av en konstitutionell parlamentarisk monarki. I Frankrike däremot stärktes kungamakten gradvis för att nå sin högsta höjd i Ludvig XIV:s envälde.

Dessa skillnader kom att bli avgörande för upphovsrättens utveckling i de båda länderna och medförde att England kom att bli det första land i världen som utfärdade en lag om författarrätt, den berömda *Statute of Anne* från 1710, upphovsrättens födelseattest.

Det faktum att England under 1600-talet genomgick en omvandling i riktning mot parlamentarism, *rule of law*, liberalism och yttrandefrihet kan naturligtvis, om man så vill, sägas vara en essentiell del av vad som kännetecknar den engelska rättstraditionen. Vad som då åsyftas är något som (ohistoriskt) brukar sägas ha sin grund redan i *Magna Charta* från 1215 och som sedan utvecklades genom *Habeas corpus* och *Bill of Rights* under senare delen av 1600-talet. I detta spelar *common law* närmast rollen av en spärr mot godtycklig lagstiftning från både kungamaktens och parlamentets sida. Det var emellertid inte den starka ställningen för *common law* eller dess domares förmåga att gradvis anpassa den till nya behov som gav förutsättningarna för *the Statute of Anne.* Den var en följd av den engelska

upplysningsfilosofin, personifierad i John Locke, parlamentets växande makt, accepterandet av en relativt fri opinionsbildning och, framför allt, avskaffandet av censuren. Så länge censur råder saknar upphovsmannen den ideella rättens mest grundläggande del, rätten att själv få bestämma över sitt verk och spridningen av det. När censuren avskaffats, viket skedde i England 1695, skapades förutsättningarna för utvecklingen av en upphovsrätt.

Ingen av dessa förutsättningar uppstod i Frankrike under dess *grand siècle*, 1600-talet. Det skulle dröja nästan hundra år efter censurens avskaffande i England innan censuren i Frankrike avskaffades 1789 under revolutionens första år. När så väl hade skett blev utvecklingen i komprimerad form densamma som i England. Två kortfattade upphovsrättslagar utfärdades 1791 och 1793.

Omständigheterna var likartade. En reglering genom en protektionistisk boktryckarorganisation hade avskaffats och tryckfrihet införts. Upphovs-mannen/författaren blev ansvarig för sitt verk och fick också rätten till det. I bägge fallen skedde det genom lagstiftning.

Den bakomliggande retoriken var också likartad. I båda fallen handlade det om en motvilja mot eviga förlagsprivilegier, ett lockeanskt präglat naturrättsinflytande, en önskan att stimulera värdefullt litterärt skapande och en avvägning mot ett allmänt intresse av fri tillgång till verk, en *domaine public.* I den engelska lagens titel betecknas den som ”An act for the Encouragement of Learning” och dess preambel anger dess syfte vara ”the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books”.

I den franska exegetiken kontrasteras dessa förment nyttoorienterade formuleringar mot den schwungfulla retorik som rapportören i den franska nationalförsamlingen, Isaac Le Chapelier, använde för att motivera den nya lagen om rätten till framförande av dramatiska verk 1791: ”la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable … la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage fruit de la pensée d’un écrivain[5]”, och dessa uttryck citeras lika ofta som Victor Hugos. Dessa citat är emellertid nästan undantagslöst ryckta ur sitt sammanhang. I själva verket är Le Chapelier, om man läser hela hans anförande, minst lika upptagen med att motivera en *domaine public,* och detsamma gäller faktiskt Victor Hugo.

[5] ”Rätten till det verk som skapas ur en författares tanke är den heligaste, den mest legitima, den som är svårast at attackera, den personligaste av alla äganderätter.”

På samma sätt återges ständigt den retoriskt slående titel, ”La déclaration des droits du Génie”[6], som näste rapportör, Joseph Lakanal, gav sitt förslag 1793 om en reproduktionsrätt avseende litterära och konstnärliga verk. Därmed gjordes en tydlig parallell till deklarationen om mänskliga rättigheter från 1789 med dess äganderättsgaranti. I själva verket var den föregående diskussionen om Lakanals båda lagförslag lika präglad av en avvägning mellan incitament och allmänna intressen som den engelska nästan hundra år tidigare. De närmaste tillskyndarna var Jean-Antoine-Nicolas de Condorcet och Emmanuel-Joseph Sieyès, två herrar eminent medvetna om vikten att värna allmänintresset. Deras omsorgsfulla förarbeten, där inte minst den engelska lagstiftningen tjänar som föredöme, citeras aldrig.

Likheterna i tillkomstprocessen är alltså slående. Ingen skillnad hänförlig till *common law*-tradition eller *civil law*-tradition kan spåras när väl de yttre förutsättningarna i form av krossade förläggarmonopol och avskaffad censur förelåg.

Den stora skillnaden mellan det engelska och det franska exemplet är det enkla faktum att England kom nästan hundra år före. När *the Statute of Anne* röstades igenom i Parlamentet 1709 fanns inga direkta förebilder. Närmast till hands låg att bygga på *the Statute of Monopolies* från 1624. Den var trots sitt namn en lag som riktade sig mot monopol och starkt kringskar kungens möjligheter att utfärda näringsprivilegier. Samtidigt lade den grunden för ett för sin tid avancerat patentsystem som gav en uppfinnare en tidsbegränsad rätt att utnyttja sin uppfinning. Det tedde sig därför 1709 naturligt att hämta skyddstiderna från patenträtten och ge författaren en rätt till sitt verk som tog sin början vid publiceringstillfället och begränsades till 14 år eller 28 år om författaren levde vid den första periodens utgång.

En knytning av skyddstiden till författarens livstid i stället för till publiceringstidpunkten är naturligtvis ett avgörande steg i riktning mot starkare upphovsmannaanknytning för upphovsrätten. I de franska lagarna från 1791 och 1793 knöts också skyddstiden till författarens livstid, i det första fallet till fem år och i det andra till tio år efter hans död. Den kunde också, liksom i England, ärvas. Det skulle emellertid inte dröja längre än till 1814 innan skyddstiden även i England anpassades till att gälla under hela författarens livstid eller 28 år efter publicering om detta gav längre resultat. Detta förlängdes 1842 till 42 år efter publicering eller sju år efter

[6] Deklarationen om snillets rättigheter.

upphovsmannens bortgång, vilketdera som gav längst skyddstid. Kritiken mot det engelska systemet för inte använda upphovsmannens livstid som en utgångspunkt för skyddstidsberäkning tar alltså i allt väsentligt fasta på en situation som rådde då någon författarrätt över huvud taget endast existerade i England och inte alls i Frankrike.

Författarrätten i England skapades alltså genom en *statute of Parliament* och inte genom *common law.* Förlagen argumenterade emellertid ända till dess att frågan avgjordes 1774 för att en grundläggande parallell evig rätt till mångfaldigande av ett verk skulle föreligga enligt *common law*, och de fick stöd av sådana eminenta jurister som William Blackstone och lord Mansfield. I *Donaldson v. Becket* förlorade de i överhuset, och sedan dess har det varit klarlagt att den engelska upphovsrättens fortsatta utveckling skulle vara *law-made* och inte *judge-made.* Även om denna diskussion om författarrättens natur fördes i termer av tillämpligheten av *common law* är det emellertid tydligt att diskussionen i grunden handlade om huruvida författaren hade någon naturrättsligt grundad äganderätt till sitt verk, och om denna äganderätt i så fall, i likhet med andra äganderätter, varade för evigt. Det är värt att notera att en precis likadan argumentation under samma tid drevs av de franska förläggarna i samma syfte, nämligen att tillförsäkra förlagen en evig rätt till sina förvärvade manuskript. I båda länderna underkändes denna naturrättsliga argumentation.

Under hela upplysningsperioden hade de franska författarna att kämpa mot dubbla handikapp. I allmänhet förbjöds deras verk av censuren och fick i stället spridas genom pirattryck och smuggling från Holland eller Genève. Om de mot förmodan slank igenom censuren fanns i princip bara förlagsprivilegier att tillgå. Den engelska upplysningens författare hade både tryckfrihet och författarrätt. Dessutom hade de en rätt som är själva kärnan i den ideella rätten, nämligen en självständig rätt att själv kontrollera den första spridningen av sitt verk.

Denna primära ideella rätt, rätten till första publicering, var erkänd av *common law* långt före *the Statute of Anne* och kom inte att överflyglas av denna, som endast omfattade författarrättens ekonomiska sida. Under 1800-talet skedde sedan en utveckling i *common law* i riktning mot en rätt till att erkännas som upphovsman och en rätt att ingripa mot förvanskningar.

Det är kanske på den ideella rättens område man skulle vänta sig att den förmenta skillnaden i upphovsmannaförankring skulle framstå som tydligast. Här slås man emellertid av ett förvånande fenomen. Tvärtemot vad man skulle vänta sig är den ideella rätten i både Frankrike och Tysk-

land praktiskt taget helt och hållet utvecklad i rättspraxis, och detta egentligen först under 1800-talets senare del och 1900-talet. Vissa nedslag i tysk lagstiftning kom i slutet av 1800-talet, men i Frankrike först under 1900-talet. Såväl i det ledande *common law*-landet som i de ledande *civil law*-länderna skedde alltså utvecklingen under lång tid utan ingripande från lagstiftarna. I praktiken kan hela 1800-talet sägas ha passerat innan någon divergens kan iakttas rörande den praktiska tillämpningen av den ideella rätten i Storbritannien och kontinentaleuropa.

I Frankrike, som med rätta måste betecknas som den ideella rättens hemland, utvecklades emellertid främst i doktrinen en stark medvetenhet om den ideella rätten, och även i Tyskland bidrog rättslärda med en teoretisk grundval. Inte för inte hade Immanuel Kant redan 1785 förklarat författarrätten för en ”ius personalissimum”[7]. Så skedde inte i England. Kanske kan detta ha berott på den allmänna anglosaxiska motviljan mot teoretiskt kannstöperi i lagstiftningssammanhang.

Att det föreligger skillnad som gör sig påmind under 1900-talet vad gäller den ideella rätten mellan Storbritannien och kontinenten är dock tydligt. Hur viktig den har varit i praktiken är en annan sak. De engelska upphovsmännens efterlevande har inte tillgång till en evig ideell rätt, en vacker fransk tanke. Men inte ens i Frankrike 2001 lyckades det för Victor Hugos ättlingar att nästan 200 år efter författarens födelse och 116 år efter hans död stoppa en nyskriven fortsättning på *Les misérables*. Domstolen tog intryck av Victor Hugos eget starka betonande av *domaine public*.[8]

En bärande tanke i modern upphovsrätt är att rättigheterna föds i själva skaparögonblicket och inte är beroende av registrering hos myndighet eller andra formaliteter. Eftersom sådan registrering ända in i sen tid i USA har varit en förutsättning för åtnjutande av betydelsefulla rättigheter uppfattas detta av många som en historisk skillnad mellan *copyright*-världen och *droit d'auteur*-världen. Sådan registrering och leverans av pliktexemplar var också från början en förutsättning för att en författare skulle kunna göra sina rättigheter enligt *the Statute of Anne* gällande och levde sedan kvar länge för att slutligen formellt avskaffas 1908. Mindre känt är att precis samma skyldigheter ursprungligen gällde i de flesta europeiska länder. De franska revolutionsdekreten innehöll sådana bestämmelser, och dessa förblev formellt gällande ända till 1925. Då

[7] Den mest personliga av rättigheter.

[8] *Hugo contre SA Plon*, Tribunal de Grande Instance Paris, 1ère chambre, 1ère section, 12 septembre 2001.

hade systemet, som var tillkommet för att underlätta rättighetsbevakning (och tillförsäkra de statliga biblioteken bokleveranser), redan spelat ut sin roll och blivit obsolet.[9]

Samma utveckling ägde rum också på flera andra håll i Europa, där registreringsplikt ursprungligen förelåg. Registreringssystemen var anpassade till en tid då tryckta skrifter var de huvudsakliga objekten för rättigheterna och publiceringstidpunkten var viktig för skyddstidsberäkningen. De fungerade inte för senare tiders mångfald av verktyper och utnyttjandeformer. Sammanfattningsvis kan inte synen på registreringsplikten åberopas som en skillnad mellan Storbritannien och Kontinentaleuropa. En annan sak är det med USA, där detta förblev ett hinder mot ratificering av Bernkonventionen ända till 1988.

Storbritannien och Frankrike var båda vid 1800-talets början sedan länge betydande kulturländer med en stor produktion och export av litterära och konstnärliga verk. Franska och engelska författare översattes i större utsträckning än författare från några andra språkområden. Dessa länder hade därför från början ett likartat naturligt intresse av en internationell reglering av upphovsrätten.

De skilde sig i detta avseende från länder vilkas litterära alster tilldrog sig mindre intresse i utlandet men som i gengäld var beroende av ett inflöde från ledande kulturländer. Denna klassiska skillnad mellan kulturimporterande och kulturexporterande länder har sedan dess präglat internationaliseringen av upphovsrätten.

Frankrikes första insats för spridningen av upphovsrätten skedde med vapen i hand. På så sätt infördes i de napoleonska arméernas fotspår franskpräglad upphovsrätt i Nederländerna, västra Tyskland och Norditalien. Denna missionerande insats fick dock kort varaktighet, och metoden manade inte till efterföljd.

Den lösning som i stället erbjöds var bilaterala avtal med andra länder om ömsesidigt skydd. Såväl Storbritannien som Frankrike var under 1800-talets första hälft drivande i att träffa sådana avtal med andra länder, och vid mitten av 1800-talet kom Europa att täckas av ett finmaskigt spindelnät av olika sådana bilaterala avtal med olika skyddsnivåer och skyddstider. Det viktigaste av dessa avtal träffades 1851 mellan de båda stormakterna på området, Storbritannien och Frankrike.

[9] Jmfr. Stef van Gompel: Copyright Formalities and the Reasons for their Decline in Nineteenth Century Europe, in Ronan Deazley, Martin Kretschmer, Lionel Bently (ed.): Privilege and Property, Essays on the History of Copyright, Cambridge 2010.

Utanför detta system stod USA. Där hade *the founding fathers* i konstitutionen infört en möjlighet för unionen att lagstifta om upphovsrätt, och en federal sådan lag kom också till stånd redan 1790 efter modell av *the Statute of Anne* med en fjortonårig skyddstid som kunde förnyas en gång. Skyddstiden fastställdes sedan 1831 till 28 år, men fortfarande räknat från publiceringstidpunkten och beroende av registrering. Två viktiga markörer vad avser upphovsmannaanknytning kom därmed att utebli.

Utlänningar undantogs uttryckligen från allt skydd i syfte att möjliggöra fri tillgång till verk från det gamla moderlandet – någon motsvarande export från USA till England var inget man räknade med. USA kom på detta sätt att från början inta den för kulturimporterande länder typiska attityden till ett internationellt erkännande av upphovsrätten. Det skulle man sedan komma att fortsätta med trots att USA före århundradets slut växt till världens största ekonomi med den högsta individuella levnadsstandarden, den mest utbredda läskunnigheten, den mest avancerade tryckeriindustrin och ett stigande antal internationellt erkända och spridda upphovsmän.

Denna situation medförde en stigande irritation i framför allt England, och framstående författare som Trollope och den i USA omåttligt populäre Dickens reste på föreläsningsturnéer i USA för att bilda opinion för ett avtal om åtminstone bilateralt skydd. Också den brittiska regeringen engagerade sig i frågan, och under en period försågs till och med den brittiska ambassaden i Washington av engelska förlagsintressen med en handkassa för att mjuka upp medlemmar av kongressen. Problemet komplicerades av att Kanada, där brittisk lag i princip borde gälla, i grunden hade samma inställning som USA. Dessa båda länders långa gemensamma gräns var också i praktiken omöjlig att stänga för smuggling. De rödrockade gränspoliserna fann det varken rimligt eller möjligt att genomsöka oskyldiga resandes bagage på jakt efter tjuvtryckta böcker vilkas ursprung man ändå inte kunde fastställa.

Ett första försök att bryta det komplicerade systemet med överlappande bilaterala avtal gjordes av Frankrike 1852. Napoleon III, som just hade kommit till makten, hade tidigare själv som pamflettförfattare och journalist visat intresse för saken. Med en flott gest tillförsäkrades utländska rättighetshavare skydd för sina verk i Frankrike utan särskilda avtal eller formaliteter. Detta har ofta beskrivits (och annonserades) som en altruistisk åtgärd, baserad på idén om en litterär och konstnärlig äganderätt som liksom annan äganderätt inte kände några gränser. Vid närmare beseende erbjöd Frankrike dock utlänningarna endast det skydd dessa själva hade i

hemlandet, och detta endast efter en del inte okomplicerade formaliteter. Någon nationell behandling, alltså ett utsträckande av det egna skyddet till utländska medborgare, var det inte frågan om. Denna gest kom därför att få ringa betydelse i praktiken.

Missnöjet inom berörda kretsar, främst författare, med den rådande ordningen blev emellertid allt starkare i takt med att marknaden för deras verk snabbt växte och rättighetsförhållandena blev alltmer komplicerade. I Tyskland var problemet först att få bukt med den inomtyska eftertrycksverksamheten. Detta hade under Preussens ledning genomförts vid mitten av 1800-talet. Men det var först efter enandet 1871, ackompanjerat av antagandet av en ny rikstysk upphovsrättslag på den preussiska lagens grund, som Tyskland kunde börja spela en roll i internationaliseringen av upphovsrätten.

För att få till stånd en multilateral reglering krävdes i praktiken medverkan från alla de tre ledande länderna på området, Tyskland, Frankrike och Storbritannien. När en sådan uppslutning kom till stånd blev Bernkonventionen möjlig. Till de första signatärmakterna 1886 hörde dessutom Spanien, Belgien, Italien och Schweiz. De europeiska kolonialmakterna medförde sina *dominions* och kolonier. Den stora frånvarande var USA, vilket väckte stor besvikelse. Utanför förblev dessutom, förutom USA, Ryssland, Kina och Österrike-Ungern. De nordiska länderna anslöts i början av 1900-talet, och efter första världskriget inlemmades de nya europeiska stater som uppstod i och med Versaillesfreden.

Därmed blev den kraftfulla harmoniseringsfas vad avser upphovsrätt som inleddes 1886 och fortsatte med revisionskonferenserna i Paris 1896 och i Berlin 1908 att bli en rent europeisk angelägenhet. Före första världskriget hade i praktiken enighet uppstått om skyddstider, avskaffande av formalitetstvång, bearbetningar, nya teknologier och, vilket länge var en svår stötesten, översättningar. Vid revisionskonferensen i Rom 1928 tillfördes den ideella rätten.

Medan detta framgångsrika harmoniseringsarbete pågick inom Bernunionen sattes USA under allt starkare tryck, framför allt från England, men även från en del inhemska internationellt framgångsrika författare. Men också starka motintressen, inte minst tryckeriindustrin och dess fackföreningar, organiserade sig. Inte förrän 1891 öppnade kongressen i USA den formella möjligheten att ingå bilaterala avtal på upphovsrättsområdet, men då endast under förutsättning av samtidig publicering och av att all fabrikation, alltså tryckning av skrifter eller pressning av grammofonskivor, ägde rum i USA. Detta var den protektionistiska s.k. *manufacturing clause,*

som därefter under lång tid styrde USA:s relationer till andra länder. Att ansluta sig till Bernkonventionens höga minimiskydd och krav på nationell behandling var det inte tal om.

Och USA fortsatte att hålla sig på sin kant. USA lade också viss vikt vid en mindre förpliktande internationell konvention, UCC*, Universal Copyright Convention,* som hade förberetts under mellankrigstiden och kom till stånd 1952 under UNESCO:s auspicier. Den kom att omfatta huvudsakligen latinamerikanska stater och blev inte den brygga till Bernkonventionen som ursprungligen var avsikten. Den innehöll inga bindande regler om skyddstider och tillät också bibehållande av formalitetskrav. Missnöje med UNESCO kom under 1980-talet USA att åter börja intressera sig för Bernkonventionen, och en reformering av den amerikanska upphovsrätten inleddes. År 1988 ratificerade kongressen äntligen USA:s anslutning till Bernkonventionen, ganska precis hundra år efter dess tillkomst. Det fanns dock de som ansåg att USA beviljades inträde utan att helt uppfylla konventionens krav vad avsåg ideell rätt.

USA vaknade sent upp till insikten om att vara världens främsta (populär)kulturexportör, men effekterna blev dramatiska. Efter några år anslöt sig även Ryssland och Kina till Bernkonventionen, som också inlemmades i GATT-systemet genom det s.k. TRIPS-avtalet (Trade Related aspects of Intellectual Property Rights) från 1994. Anslutning till Bernkonventionen gjordes obligatoriskt för tillträde till GATT:s efterföljare, WTO (World Trade Organisation). Men, karaktäristiskt nog, med undantag för dess bestämmelser om den ideella rätten. Bernkonventionen, med dess kraftfulla harmonisering och krav på likabehandling, blev äntligen i verklig mening världsomfattande, men på amerikanska villkor.

Vilka slutsatser kan då dras av denna kortfattade framställning av ett stort och komplicerat sammanhang?

England och Frankrike är trots tillhörigheten till olika rättsfamiljer båda omistliga delar av den europeiska tradition som har skapat den upphovsrätt som i dag har blivit universell, och dess genesis är likartad i båda länderna. Deras nationella rättstraditioner har lagt grunden till den europeiska upphovsrätten, och den ena kan inte sägas ha spelat mindre roll än den andra. De skillnader som finns i avseende på tidsmässig anpassning, doktrinutveckling, lagstiftningsteknik etc. kan inte hänföras till *civil law*- resp. *common law*-tradition. De har ytterligare utjämnats av samarbetet inom EU.

Till *common law*-traditionen hör emellertid också det gamla moderlandet Englands mest framgångsrika kolonisering, USA. Det är främst

genom en omedveten assimilering av Storbritannien och USA när det gäller upphovsrättshistoria som föreställningen om en djup klyfta mellan en upphovsrättslig *common law*-tradition, *le copyright*, och en kontinentaleuropeisk *civil law*-tradition har uppstått. En klyfta föreligger verkligen, men den löper i Atlanten.

Den slutliga globaliseringen av upphovsrätten har nu genomförts av USA med bryska handelspolitiska metoder. Hur den kommer att stå sig i en framtid med nya maktkonstellationer återstår att se. Kanske har i grunden den kinesiska synen på upphovsrätt mera gemensamt med de gamla censur- och privilegieordningarna i Europa än med upplysningens och liberalismens *Statute of Anne.*

Heikki Pihlajamäki

Rättssystem i komparativrättsliga konstruktioner: det nordiska perspektivet

1 Den nationella rättshistoriens förlust av dominans

Alla geografiska synvinklar på rätten är historiskt baserade. De föds och dör, och det finns ingenting självklart i dem. Rättshistorien såsom självständig disciplin föddes som nationell rättshistoria ungefär samtidigt som den nationellt inriktade rättspositivismen på 1800-talet. Den europeiska rättsvetenskapen – vare sig *Begriffsjurisprudenz* eller *école d'éxegèse* – var därefter inte längre baserad på historia på samma sätt som den hade varit under *ius commune*-perioden.

Den nationella rättsvetenskapen är alltså ett kontingent fenomen, det vill säga ett fenomen i tid och rum. Detsamma gäller förstås den europeiska rättsvetenskapen och den europeiska rättshistorien, som föddes efter andra världskriget som en biprodukt eller till och med en viktig beståndsdel av den politiska europeiseringsprocessen. Världspolitikens och ekonomins globalisering har, i sin tur, likadana speglingskonsekvenser på rätten och rättshistorien.

Mot denna bakgrund torde det vara klart att det nordiska perspektivet på rätten, om en sådan finns, också måste ha ett historisk-politiskt ursprung. Innan vi går närmare in på den nordiska rättskulturen, måste vi ta ställning till själva begreppet. Begreppet rättskultur har definierats på flera olika sätt. Här utgår jag från Patrick Glenns definition. Den kanadensiske komparatisten har ersatt hela begreppet med ett annat som heter rättstradition (*legal tradition*).

Glenn betonar att traditionerna ändrar sig och är i ständig kontakt med varandra. Det finns inga ”rena” traditioner, utan alla har tagit element från andra traditioner. Under senaste tiden har utbytesprocessen accelererat. Traditionerna kan ofta vara diffusa och svåra att definiera.[1]

Glenns tankar kan vidareutvecklas. Från den nordiska synvinkeln framgår det klart att ett rättssystem samtidigt kan tillhöra flera rättstraditioner. Engelsk rätt är samtidigt del av *common law*-traditionen, men den delar även vissa egenskaper med de andra västerländska rättstraditionerna. Spansk rätt är visserligen en del av den europeiska rättstraditionen, men kan också anses utgöra del av den spanska rättskretsen eller den romaniska rättsfamiljen. Ungefär detsamma kan sägas om den nordiska rättstraditionen, såsom vi senare skall se.

Vikten av olika traditioner hos en viss rättskultur kan också förändras. Rättskulturer är inga bestående enheter. Rättens globala amerikanisering är ett nutida exempel på detta. Flera sådana rättskulturer, som förr inte hade påverkats av den amerikanska rätten, gör det nu i stigande grad. Den italienska rätten, som exempelvis traditionellt har tillhört den europeiska rätten, *ius commune*- traditionen, mer än kanske något annat rättssystem, har under de senaste årtiondena tagit in många amerikanska element. *Trust* är nu en del av Italiens rättssystem, och *plea bargaining* har också introducerats i Italien.

Rättstraditionerna är alltså dynamiska. Förändringarna sker först och främst genom företeelser såsom *legal transplants*[2], *legal transfers*[3], *legal irritants*[4], *legal transpositions*[5] eller *legal translations*[6], beroende på vilka

[1] H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 30–32.

[2] Det har skrivits enormt mycket om *legal transplants.* Termen introducerades först av Alan Watson i sin *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Athens: University of Georgia Press, 1974).

[3] David Nelken, ”Towards a Sociology of Legal Adaptation”, i David Nelken – Johannes Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures* (Oxford: Hart, 2001), 7–54.

[4] Gunther Teubner, ”Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *Modern Law Review* 61 (1998), 11–32.

[5] Esin Örücü, ”Law as Transposition”, *International and Comparative Law Journal* 205 (2002), 205–208.

[6] Máximo Langer, ” From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal* 45:1 (2004), 1–64.

terminologiska val man vill ansluta sig till.[7] När man tänker på rättstransplanter, måste man oundvikligen också tala om rättslig kommunikation.[8] För att rättslösningar på samhälleliga problem skall kunna ges spridning krävs vissa medel. Ett gemensamt språk är ett av dem. Rättsvetenskapens språk var latin i den tidigmoderna perioden. Det fanns endast få jurister i Norden som kunde bekanta sig med de europeiska rättslärdas texter, och samtidigt var det oundvikligt att *ius commune*-rättsvetenskap skulle översättas till de nationella språken för att nordiska domstolar skulle kunna ta del av den. Med översättandet menar jag inte enbart den språkliga översättningen utan åtminstone lika mycket den kulturella.[9]

Från den nordiska rättens synvinkel är frågan om inflytningskanalerna utomordentligt viktig. Rättstransplanter rör sig inte automatiskt, utan det behövs kanaler för att de skall kunna kommuniceras. Typiska sådana kommunikationskanaler är rättslitteratur och rättsliga studier. Jurister själva kan förvandla sig till rättsliga kommunikationskanaler; man behöver endast tänka på de franska hugenottjuristernas exodus till Nederländerna efter 1572.

Vilka slags kommunikationskanaler byggdes inom Norden och utifrån Norden? När, hur, och varför har vi kunnat börja tala om ”nordisk rätt”?

2 Medeltiden och den tidigmoderna perioden: den nordiska rättens ursprung?

För att en ny rättstradition skall kunna uppstå måste det finnas kommunikationskanaler som binder ihop den blivande rättstraditionens delar. Mer konkret kan man knappast tala om en svensk rättstradition före 1300-talets landslagar och säkert inte förrän Sverige fick sin första valkonung. Konungen utövade viss rättsmakt, och landslagarna förenade rikets rättssystem – åtminstone beträffande den skrivna rätten.

[7] Terminologiska val är säkert betydelsefulla, eftersom de reflekterar användarens förståelse av rättsteorin. Här skall emellertid inte ingås i sådana debatter.

[8] Om rättslig kommunikation, se Richard Ross, ”Legal Communications and Imperial Governance: British North America and Spanish America Compared”, i Christopher L. Tomlins – Michael Grossberg (eds.), *Cambridge History of Law in America, Vol. 1,Early America (1580–1815)* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 104–143; och Heikki Pihlajamäki, ”Europäische Rechtskultur? Rechtskommunikation und grenzüberschreitende Einflüsse in der Frühen Neuzeit”, *Clio@Themis* 2 (2009).

[9] Se närmare Langer.

Men såvitt vi vet fanns inga betydelsefulla kontakter emellan de nordiska rikena under medeltiden eller den tidigmoderna perioden. De finska och svenska studerandena riktade sina utländska studieresor till andra länder än Danmark, och efter reformationen först och främst till norra Tyskland och Nederländerna.[10] Danskarna var lika litet intresserade av Sveriges relativt obetydelsefulla universitet.[11] Om något utbyte kan man, ens teoretiskt, tala om först efter det att Köpenhamns universitet grundades i slutet av1400-talet och Uppsala universitet (som grundades 1477) började fungera på riktigt i början av 1600-talet.

Någon nordisk rättslitteratur fanns inte heller före 1600-talet. Ur en bredare synvinkel är de fåtaliga undantagen – till exempel Olaus Petris skrifter – inte särskilt viktiga. Den rättslitteratur som lästes eller hade lästs av de fåtaliga juristerna i Norden var europeisk och inte nordisk. Efter det att den danska och svenska rättslitteraturen började växa fram på 1600-talet handlade det framför allt om beskrivningar av den nationella skrivna rätten med hjälp av den europeiska rättens modeller. Johannes Loccenius, Claudius Kloot, Clas Rålamb och David Nehrman[12] i den svenska rättslitteraturen koncentrerade sig på inhemsk rätt och var av denna anledning föga till nytta för danska eller norska rättsvetare. Den dansk-norska rättskulturens första betydliga namn, till exempel Christen Ostersen Veile och Henrik Ernst,[13] blev inte heller lästa vid de svenska universiteten. Det utvecklades inga sådana juridiska lösningar som skulle ha spritt sig till de andra nordiska länderna såsom delar av någon gemensam nordisk rättskultur.

Man kan alltså knappast hävda att någon gemensam nordisk rättskultur skulle ha uppstått under medeltiden eller den tidigmoderna perioden. Rättskulturer växer ihop med hjälp av rättsliga kommunikationskanaler. Om sådana inte finns, finns inte heller någon gemensam rättskultur.

[10] Se Lars Niléhn, *Peregrinatio academica: det svenska samhället och de utrikes studieresorna under 1600-talet* (Lund: Gleerup, 1983); och Jussi Nuorteva*, Suomalaisten ulkomainen opinkäynti ennen Turun akatemian perustamista 1640 (*Helsinki: Suomen Kirkkohistoriallinen Seura, 1997).

[11] Se Vello Helk, *Dansk-norske studierejser fra reformationen til enevaelden 1536–1660, med en matrikel over studerende i udlandet* (Odense: Odense Universitetsforlag, 1987).

[12] Om tidig svensk rättslitteratur, se Lars Björne, *Patrioter och institutionalister: Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del I: Tiden före 1815* (Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1995), 23–37.

[13] Om tidig dansk rättslitteratur, se Lars Björne, *Patrioter och institutionalister: Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del I: Tiden före 1815* (Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1995), 51–55.

Innan vi går vidare in på 1800-talet är det viktigt att lyfta fram ännu en fråga. Att rättskulturer liknar varandra kan också utryckas så att de delar vissa rättskulturella drag. Till exempel visar komparativ forskning att så gott som alla primitiva rättskulturer använder gudsdomar som bevismedel. Sådana rättskulturer är typiskt starkt benägna till konsensus i stället för materiell sanning.

Att dela rättskulturella drag är emellertid inte samma sak som att höra till samma rättskultur. Orsakerna till att rättskulturer liknar varandra i ett eller flera hänseenden är ofta funktionella.

För att fortsätta exemplet ovan brukar primitiva rättskulturer inte ha någon stark centralmakt, vilken skulle möjliggöra ett starkt domstolsväsende – utan vilken materiell sanning inte kan tas som processmål. Liknande omständigheter producerar liknande resultat.

Ändå liknade de nordiska förmoderna rättsordningarna varandra både processuellt och materiellt. Detta var fallet både inom de olika rikena under medeltiden och mellan de olika rikena under den tidigmoderna perioden. Likheterna kan inte anses ha berott på intensiv växelverkan mellan de olika områdena utan snarare på liknande omständigheter; ungefär likadana relationer mellan kungamakt, kyrkan och släkterna; svag eller icke-existerande rättslig profession; svaga städer och svag adel; och så vidare.

Även om de nordiska rättssystemen inte påverkade varandra skedde en integration av en annan typ. Den katolska kyrkans roll växte i det medeltida Norden och kyrkans lärda öppnade nya rättsliga kommunikationskanaler. Kyrkans rättsreformer påverkade framför allt äktenskaps- och testamentsrätten samt bevisrätten, även om den kanoniska rättens reception förblev svagare än i många andra europeiska regioner.[14] Trots receptionens svaghet kan man ändå säga att de nordiska rättsordningarna i alla fall närmade sig den lärda europeiska rättskulturen. Tendensen fortsatte i den tidigmoderna perioden genom att rättsliga studier påbörjades vid de nordiska universiteten enligt den allmäneuropeiska modellen, även om inflytandet av *ius commune* även då förblev jämförelsevis svagt.

Det var inte enbart de romerskrättsliga materiella reglerna som recipierades utan också den rättsvetenskapliga metodologin. *Usus modernus pandectarum*, den förhärskande rättsvetenskapliga skolan i 1600–1700-talens

[14] Om den kanoniska rättens inflytande i Norden under medeltiden, se Mia Korpiola (ed.), *Nordic Perspectives on Medieval Canon Law* (Helsinki: Matthias Calonius Society, 1999).

Tyskland, blev ett viktigt sätt att idka rättsvetenskap även i Norden. Den praktiskt orienterade skolan gav nordiska rättsvetenskapsmän en fungerande modell, med hjälp av vilken den nationella lagens institut kunde ordnas vetenskapligt, romerskrättsligt.[15] Det handlade härvid ofta om nordiska ”översättningar” av europeiska lösningar, adaptationer till nordiska förhållanden. Till exempel den romersk-kanoniska bevisrätten recipierades i stora drag, utom de finaste doktrinära detaljerna. Den lärda bevisrätten recipierades också utan den rättsliga tortyren, som i andra europeiska regionerna hade varit ett viktigt element i den lärda bevisrätten. I Norden kunde det inte finnas någon plats för tortyr, framför allt därför att lekmän innehade en helt annan roll i domstolsväsendet än i de länder där tortyren användes mera flitigt, t.ex. Tyskland och Frankrike.[16]

3 1800-talet: den nordiska rättskulturen föds

De borgerliga revolutionernas århundrade, 1800-talet, gav upphov till den nordiska rättskulturens uppkomst. Innan vi går in på den nordiska utvecklingen, bör dock kort nämnas att de kommunikationskanaler till Europa som öppnats genom den tidigmoderna perioden blev alltmer viktiga under 1800-talet. Det humboldtianska universitetet, det mest moderna på sin tid, lockade studenter från världens alla delar, även från Norden. Därtill påverkades också den tyska rättsvetenskapens kreativitet. Begreppsjurisprudensen, den förnämsta bland de tyska rättsvetenskapliga exportprodukterna, skulle knappast ha uppstått om den tyska rätten hade kodifierats på 1800-talet.

Det faktum att man studerade i Tyskland stimulerade också den nationella rättsvetenskapen i Norden. Den danska rättsvetenskapen var länge den mest utvecklade: Anders Sandøe Ørsted har betraktats som den mest inflytelserika rättsvetenskapsmannen i Norden.[17] Han lästes i vida kretsar inte bara i Danmark och Norge, utan också i Sverige. Mot sekelslutet började det bli helt självklart att nordiska rättsvetenskapsmän bekantade sig med grannländernas litteratur – även om utbytet inte var särskilt balanserat:

[15] Om den svenska rättsvetenkapens metodologi och i synnerhet om den s.k. institutionalismen, se Björne, 23–25.

[16] Se Heikki Pihlajamäki, ”The Painful Question: The Fate of Judicial Torture in Early Modern Sweden,” *Law and History Review* 25 (2007), 557–592.

[17] Om Ørsteds betydelse, se Lars Björne, *Brytningstiden, Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del II: 1815–1870* (Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1998), 428–429.

danska författarna lästes av de flesta nordiska kollegorna, medan den finska rättslitteraturen, trots att den var mestadels skriven på svenska, förblev okänd för de flesta rättsvetenskapsmännen i de andra länderna.

1800-talet var också nationalismens århundrade, vilket kan synas svårt att anknyta till uppkomsten av en övernationell rättskultur såsom den nordiska. På den rättsliga nivån ledde nationalismen nämligen till nationell positivism, som, bland annat, förnekade den romerska rättens och *ius communes* universella karaktär. All rätt var nu nationell rätt, och mot århundradets slut började rätten i allt större utsträckning att förstås såsom en kodifierad, skriven parlamentslag. Den nationella tendensen förorsakade, paradoxalt nog, den nordiska rättskulturens födelse.

Det var nämligen så att den komparativa rättsvetenskapen uppstod såsom en av den nationalistiska rättsvetenskapens sidoprodukter. Pragmatiska västerländska lagstiftare, som inte ville uppfinna hjulet på nytt, började tidigt samarbeta med sina utländska kollegor på 1800-talet. Samma komparativa tendens spred sig även till rättsvetenskapen. Karl Mittermaier, den tyska straffrättsvetaren, är ett typiskt exempel på en rättsvetenskapsman som hade breda kunskaper om andra länders straff- och processrättsliga system.[18] För att nämna ett annat exempel; Eduard Gans publicerade ett ”universalrättsvetenskapligt” verk i arvsrätt redan i 1824–1835.[19] Utvecklingen under 1800-talet ledde så småningom till uppkomsten av den jämförande rätten som utvecklades till en disciplin med egna professurer, tidsskrifter och konferenser. På vägen dit har konferenserna organiserade av *Société international du droit comparé* i Paris (1900) och Haag (1932) vanligen nämnts såsom viktiga milstolpar.[20]

Det juridiska samarbetet började i Norden på allvar 1872, när traditionen av de nordiska juristmötena påbörjades. Samarbetet mellan rättsvetenskapsmän ledde till flitigt lagstiftningssamarbete, vars konkreta resultat blev de nordiska köp- och avtalslagarna vid sekelskiftet samt den nordiska äktenskapsrätten.

[18] Om Mittermaier, se Wilfried Küper (ed.), *Carl Joseph Anton Mittermaier (1787–1867)* (Heidelberg: Decker und Müller, 1988).

[19] Eduard Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung 1–4* (Berlin, Maurer: 1824–1835).

[20] Om den komparativa rättsvetenskapens tidiga skedar, se Carlos Petit, ”From Paris to the Hague: Edouard Lambert and Droit Commun Legislatif” in Claes Peterson (ed.), *History and European Private Law: Development of Common Methods and Principles* (Lund: Insitutet för rätthistorisk forskning, 1997), 137–150.

Den nordiska rättskulturen föddes inte utan kontext. En viktig sådan var den politisk-kulturella skandinavismen, som påverkade politiken och kulturlivet i alla nordiska länderna på 1800-talet.[21] Nationalismen var alltså inte endast riktad mot nationalstaten, utan i viss mån var den också regionalt inriktad. Detta är inte ett helt unikt fenomen i världen: situationen med den latinamerikanska *hispanismo* är i stort sett jämförbar med skandinavismen.[22] Den kulturella sammanhörighetens vikt var stor, och den kunde även utöva inflytande trots de politiska systems olikhet; Finland var ju del av det autokratiska ryska imperiet, och Danmark förblev absolutistiskt styrt intill 1849, medan Norge och Sverige hade blivit konstitutionella kungariken redan i seklets början.

Den nordiska eller skandinaviska andan spred sig alltså till rättens område under 1800-talet. Denna anda kommer till tydligt uttryck även i det s.k. Helsingforsavtalets preambel från år 1962 (Danmark, Finland, Island, Norge, Sverige):

> ”Danmarks, Finlands, Islands, Norges och Sveriges regeringar, vilka vilja ytterligare främja den nära gemenskap, som i fråga om kultur samt om rätts- och samhällsuppfattning råder mellan de nordiska folken, (…) vilka eftersträva enhetliga regler i de nordiska länderna i så många avseenden som möjligt (…)”

Men av vilka slags ingredienser kom den nordiska rättsidentiteten till? Hur identifierar vi den nuförtiden? Till vilka slags särdrag hänvisar vi när vi talar om ”nordisk rätt”?

4 Den nordiska rättsidentitetens huvuddrag: några exempel

Den nordiska rättstraditionen kännetecknas åtminstone av följande drag, vilka är typiska för de nordiska länderna och atypiska för de kontinentala rättssystemen. För det första, den nordiska privaträtten kodifierades inte på 1800-talet, vilket i och för sig utgör en betydande rättsepistemologisk

[21] Om skandinavismen, se Kari Haarder Ekman, *”Mitt hems gränser vidgades”: en studie i den kulturella skandinavismen under 1800-talet*, (Stockholm: Stockholms universitet, 2010); och Åke Holmberg, *Skandinavismen i Sverige vid 1800-talets mitt (1843–1863)* (Göteborg: Göteborgs universitet, 1946).

[22] Se Heikki Pihlajamäki, ”La invención del derecho indiano: las raíces cosmopolitanas de la disciplina”, *Revista chilena de historia del derecho* 22 (2010), 583–592.

skillnad mellan nordiska och kontinentala jurister. Medan privaträtten i alla andra kontinentala länder är organiserad i kodifikationer, utgår man i Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige från enskilda lagar.

För det andra, den skrivna rättens betydelse har traditionellt varit stor i Norden medan de ”konkurrerande” rättskällorna (*ius commune*, stadsrätten, feodalrätten o.s.v.) har spelat klart mindre roll än annorstädes i Europa. Detta är lätt att förstå, när man tänker på hur svaga de konkurrerande rättproducerande maktpolerna varit: både städerna och adeln har traditionellt kännetecknats av relativ svaghet i förhållande till centralmakten.[23]

För det tredje, de nordiska rättsordningarna känner ingen notarinstitution i internationell mening. Detta är inte heller någon obetydlig detalj, utan något som ur den kontinentala juristens synvinkel till och med ser ut som hänsynslöshet mot rättssäkerhetsidealen.[24] För oss nordbor är det mer en fråga om att undvika onödig byråkrati.

För det fjärde, typiskt för de nordiska rättsordningarna är den professionella juristens traditionellt sett svaga ställning. Den professionella juristkåren är ett sent fenomen överallt i Norden, vilket motsvaras av lekmannens traditionellt starka ställning.[25]

Andra nordiska särdrag skulle säkert också kunna identifieras,[26] men dessa fyra ovan angivna drag har gemensamt något särdeles viktigt, nämligen en praktisk attityd gentemot rätten. Det är klart att mycket av det ovan sagda håller på att ändras. Lekmän har redan förlorat mycket av sitt tidigare inflytande och den tendensen fortsätter, medan den professionella juristen blir alltmer viktig inom flera rättsområden. Även om ett notarsystem knappast ligger inom synhåll i Norden och även om nationella privaträttskodifikationer inte diskuteras här, förorsakar rättens

[23] Se Jaakko Husa – Kimmo Nuotio – Heikki Pihlajamäki, ”Nordic Law – Between Tradition and Dynamism” i Jaakko Husa – Kimmo Nuotio – Heikki Pihlajamäki (eds.), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism* (Antwerp – Oxford: Intersentia, 2007), 19.

[24] Se härtill de följande artiklarna i Mathias Schmoeckel – Werner Schubert (eds.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Tradition* (Baden-Baden: Nomos, 2007): Ditlev Tamm, ”Geschichte des Notariats im Dänemark”, 429–441; Heikki Pihlajamäki, ”The Notary Public in the Legal History of Finland and Sweden”, 441–462; och Hans Fredrik Marthinussen – Jørn Øyrehagen Sunde, ”Notarius publicus in Norwegian Legal History”, 463–482.

[25] Husa – Nuotio – Pihlajamäki, 15–18.

[26] Se Husa – Nuotio – Pihlajamäki, 21–36.

europeisering och globalisering nog omvälvningar också i den nordiska rättsskälleläran.

Den turkiska komparatisten Esin Örücü har sagt att ”[a]ll legal systems are mixed legal systems”.[27] Betyder det att de nordiska rättssystemen håller på att förlora sin identitet och också bli ”blandade system” (”mixed”)? Säkert, åtminstone delvis, men att tala om den nordiska rätten som en utrotningshotad art skulle vara överdrivet. Rättskulturer brukar vara resistenta: ändringar kan ske snabbt på ytan, men mera långsamt på djupnivån. Om den nordiska rättskulturen dör ut, sker detta antagligen långsamt, lika långsamt som de nordiska språken kanske någon dag försvinner.

[27] Esin Örücü, ”What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?”, *Electronic Journal of Comparative Law* 12 (2008), 1–18, 11.

Marie Sandström

Familjerättsvetenskap – rättsvetenskapens tulipanaros?

Det är med rättsvetenskapliga discipliner som med människor: Somliga är oemotståndliga, andra blir först efter en tids bekantskap kära vänner och några förblir, trots alla ansträngningar, främlingar. Familjerätten tillhör, vad mig anbelangar, den sistnämnda kategorin. Jag finner familjerätten märkligt oattraktiv. Frågan är dock varför just detta rättsområde väcker så påtagligt negativa känslor hos en person som annars hyser en stark kärlek till juridiken.

Det är naturligtvis frestande att söka orsaken till min aversion mot familjerätten i det förflutna. Jag måste också medge att jag har en del smärtsamma minnen förknippade med denna disciplin. Mitt första möte med familjerätten var, till exempel, knappast lyckat: Under ett seminarium i ämnet hade jag – vid denna tidpunkt en artonårig juris studerande – givits i uppgift att muntligt redovisa en promemoria i ämnet. Det hela utvecklade sig till en veritabel golgatavandring, när jag förtvivlat sökte finna eufemismer för uttryck som jag fann stötande, men inte rimligen kunde undvika i en diskussion rörande faderskapstalan.

Inte heller som rättsvetenskapsman har jag lyckats försona mig med familjerätten. Jag minns en *hearing*, där en framstående företrädare för disciplinen ägnade en halvtimme åt att måla det svenska samhällets moraliska förfall i bjärta färger. Många av dess företrädare förefaller att ha ägnat avsevärd tid åt att beklaga tidens gång eller möjligen bristen på ”gång”. Det kvarvarande intrycket är att familjerätten är ett oordnat, oprecist och – i alla fall för en jurist – kuriöst känsloladdat ämne.

Jag är dock långt ifrån ensam om att känna främlingskap inför familjerätten; faktum är att jag befinner mig i det bästa sällskap jag överhuvudtaget kan föreställa mig. Den rikaste, vackraste och mest begåvade rättsvetenskapsmannen i rättens historia – Friedrich Carl von Savigny – fann också familjerätten irriterande.

Friedrich Carl von Savigny och rättsinstitutsläran

Savignys dubier gällde främst familjerättens lämplighet som föremål för rättsvetenskapliga studier: Han noterade att familjerätten förefaller göra motstånd mot rättsvetenskapsmannens försök att stöpa dess stoff i en vetenskaplig form. De uppenbara problem som kombinationen av familjerätt och vetenskap genererar är dock i hög grad, om inte uteslutande, en följd av den revolution i rättsvetenskapen som Savigny och hans vapendragare i historiska skolan genomförde under den första halvan av 1800-talet. Företrädarna för denna skola bröt nämligen helt med den naturrättsliga tradition som tidigare hade varit förhärskande: Naturrättslärarna antog nämligen att jurisprudensens vetenskaplighet var direkt avhängig juristens val av objekt för sina studier. Endast den jurist som väljer bort den bristfälliga positiva rätten till förmån för den gudomliga naturrätten kan således kalla sig rättsvetenskapsman. I linje med upplysningens och romantikens filosofiska kritik förkastade emellertid historiska skolan detta grundläggande axiom med motiveringen att det var såväl teoretiskt som praktiskt ohållbart. I dess ställe satte Savigny antagandet att juridikens teori och praktik har samma föremål – den positiva rätten – om än betraktat ur olika synvinklar. Historiska skolan är således den första rättsvetenskapliga skolbildning som konsekvent tar rättsvetenskapens *funktion* i rättssystemet, snarare än dess kunskapsteoretiska art, till utgångspunkt för sin vetenskapssyn.

Historiska skolan lanserade ett helt nytt program för det rättsvetenskapliga och, i förlängningen, juridiska studiet. Detta program, som närmast kan betecknas som en avsiktsförklaring[1], brukar betecknas *rättsinstitutsläran* och markerar tveklöst höjdpunkten i skolans utveckling. Första bandet av Savignys främsta verk, *System des heutigen römischen Rechts*, ägnas åt en fyllig beskrivning av skolans program för studiet av civilrätten. Savigny kan emellertid inte sägas vara lärans egentlige upphovsman. Han hänvisar i sin redogörelse för rättsinstitutet till andra bandet i Friedrich Julius Stahls arbete, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, som hade publicerats redan 1833.[2] I Stahls arbete ges en långt mer raffinerad – och,

[1] Det rör sig nämligen inte i första hand om ett försök att beskriva rättssystemet i en viss tid och på en bestämd plats. Istället är det skolans främsta föresats att föreskriva en ny och i tiden bättre ordning för rättsstudiet. Denna lära bygger dock på ett, som historiska skolan uppfattade det, mer realistiskt betraktelsesätt på rättssystemet.

[2] Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, bd I, Berlin 1840, s. 10. Savigny hänvisar till Stahls redogörelse för rättsinstitutets karaktär och funktion

för den som gitter forcera den tunga språkdräkten, mer precis – framställning av rättsinstitutsläran; i jämförelse ter sig ofta Savignys version grov och en aning naiv, vilket möjligen avspeglar författarens relativa ointresse för den rättsfilosofiska grunden för det rättsvetenskapliga studiet. Trots bristerna i Savignys framställning erbjuder *System* en oöverträffad inblick i den nya rättsvetenskapliga metodikens konsekvenser för de olika civilrättsliga disciplinerna.

Savignys pragmatiska inställning till rättsstudiet kommer till tydligt uttryck i det sätt på vilket han leder läsaren in i det nya rättspositivistiska paradigmet. Om rättsvetenskapen skall förstås utifrån sin funktion, så måste varje försök att identifiera rättens vetenskaplighet ta sin början långt bortanför rättsvetenskapens gränser. Utgångspunkten för Savignys argumentation är ett naturligt – eller, med andra ord, oskolat – perspektiv på rätten:

> ”Betraktar vi rättstillståndet, såsom det omger och genomtränger oss från alla sidor i det verkliga livet, så förefaller det vid första ögonkastet utgöra en till den enskilde personen tillhörande makt: ett område, på vilket dennes vilja härskar med vårt medgivande. Denna makt kallar vi denne persons *rätt*, vilket är synonymt med befogenhet. Många kallar detta rätten i subjektiv mening.”[3]

En persons rätt – eller rättighet – blir, enligt Savignys mening, som mest påtaglig då den betvivlas eller till och med bestrids av andra. Därmed kan en tvist uppstå, som kan komma att avgöras av en domare genom ett beslut eller en dom. I detta fall måste juristen – domaren och eventuella ombud – avgöra om rättigheten överhuvudtaget existerar och i så fall vilket omfång den har. Genom domarens beslut eller dom ges rättigheten ett offentligt erkännande och den kan därefter läggas till grund för stat-

i rättssystemet, se Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd II, del I, s. 165 f. Jfr Wilhelm, Walter, *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, Stockholm 1989, s. 34 fn 138.

[3] Savigny, a.a. s. 7: ”Betrachten wie den Rechtszustand, wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn”. Samtliga tyskspråkiga citat i denna uppsats har med få undantag översatts av författaren. Citaten återfinns i original i fotnotstexten.

liga ingripanden mot den eller de som utan grund bestrider rättighetens existens.[4]

Vid närmare eftertanke står det emellertid klart att detta ”naturliga” betraktelsesätt är allt annat än naturligt: Påståendet, att den subjektiva rätten i domslutet ges ett erkännande, är – om än inte direkt felaktigt – åtminstone ofullständigt. Varken domstolen eller rättigheten kan i strikt mening sägas avgöra tvistens utgång. Av domskälen framgår istället att rättigheten istället måste betraktas som ett blekt återsken, en reflex, av något annat, som samtidigt kan antas utgöra bevekelsegrunden bakom domstolens ställningstagande. Den som uppfattar den subjektiva rätten som sitt föremål har således begått samma misstag som den som spänner vagnen framför hästen. Rättigheten saknar en egen, självständig, existens och härleds därför ur något annat. Juristen måste följaktligen identifiera det rättsliga avgörandets reella grund och ”[d]enna finner vi”, enligt Savigny, ”i rättsförhållandet”[5].

Rättsförhållandet

För att fullt ut förstå och korrekt tillämpa rätten måste juristen ta sin utgångspunkt i ”rättsförhållandets levande konstruktion i varje givet fall”, ty däri vilar det ”intellektuella element” som höjer rättspraxis över det blott mekaniska hantverket[6]. Det var dock inte tillräckligt att ge en allmän beskrivning av rättsförhållandet. För att korrigera de många missuppfattningar som rådde rörande rättstillämpningens verkliga natur, ansåg sig Savigny tvungen att ge läsaren prov på den argumentation som tar sin utgångspunkt i rättsförhållandet. Han hämtade sina exempel ur digesterna, *lex frater a fratre*:

> ”Två bröder står under sin faders förmyndarskap. Den ene ger den andre en försträckning. Mottagaren [av försträckningen] betalar tillbaka den efter faderns död och frågar sig, om han kan kräva tillbaka den utgivna summan såsom en misstagsbetalning.”[7]

[4] Se a.a., s. 7.

[5] A.a. ibidem: ”Diese nun finden wir in dem Rechtsverhältniß”.

[6] A.a., s. 8: ”Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem bloßen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen”.

[7] A.a. ibidem: ”Zwey Brüder stehen in der Gewalt ihres Vaters. Einer giebt dem Anderen ein Darlehen. Der Empfänger zahlt dieses nach der Vaters Tod zurück, und es fragt sich,

Rättsfrågan i detta fall, huruvida ett återkrav – *condictio indebiti* – är berättigat, kan enligt Savignys mening bara besvaras på ett godtagbart sätt av den domare som förmår betrakta tvisten ur rättsförhållandets helhetsbild. Om rättsfrågan betraktas ur ett dylikt rättsförhållandeperspektiv, framträder ett antal enskilda element som vart och ett utgör en länk i den argumentationskedja som leder fram till en lösning på problemet. I det aktuella fallet är försträckningsgivarens rätt avhängig husfaderns förmyndarskap över de båda bröderna, försträckningen från den ene brodern till den andre samt ett *peculium*[8], som försträckningstagaren har fått från sin fader. Det som synes vara en samling disparata rättsfakta är istället moment i en aristotelisk historia, där rättsligt relevanta fakta ställs samman i en sammanhängande räcka. I *frater a fratre*-fallet binds händelseförloppet samman av faderns död, arvet efter honom och återbetalningen av försträckningsbeloppet.[9] Av Savignys exempel framgår att rättsförhållandet dels är en enhet av flera delar, dels befinner sig i en fortskridande utveckling.[10] Det är ur denna organiska enhet som rättstillämparen skall hämta argument för sitt avgörande.

Alla de egenskaper som saknas i den subjektiva rätten återfann Savigny istället i generösa mått i rättsförhållandet. Rättsförhållandets ”Gesammtanschauung” knyter samman enskildas rättigheter och skyldigheter till en sammanhängande ordning, samtidigt som dessa rättigheter avslöjas som blott intellektuella konstruktioner av det enklaste slag. Det ”naturliga” har således förbytts i sin absoluta motsats; den subjektiva rätten representerar för Savigny en skadlig förkonstling så länge som den inte livas av ett rättsförhållandeperspektiv:

> ”Denna [grundval] finner vi i *rättsförhållandet*, av vilket varje enskild rättighet endast utgör en särskild, genom abstraktion avskiljd, sida, så att domen

ob er dieses gezahlte Geld, als irrig gezahlt, wieder fordern könne”. Jfr Africanus, D. 12.6.38.

[8] Enligt *ius civile* kan en *pater familias*, eller annan förmyndare, ge sin myndling eller slav tillåtelse att med hans godkännande inneha särskild egendom (*peculium*). Denna egendom ingick visserligen i strikt juridisk mening i husfaderns förmögenhet, men uppfattades i vardagslivet som myndlingens eller slavens egen. Effekten av detta institut var således att söner och slavar i praktiken kunde uppträda såsom fria medborgare, i alla fall så länge som förmyndaren inte hade anledning att återkalla sitt godkännande, se Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 2 upplagan, München 1971, s. 344.

[9] Savigny, a.a. s. 8.

[10] Jfr Mecke, Christoph-Eric, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen 2009, s. 560.

över en enskild rättighet endast kan vara riktig och övertygande i den mån den utgår från rättsförhållandets helhetsuppfattning."[11]

Rättsförhållandet tjänar följaktligen ett bestämt syfte i den juridiska argumentationen. Betraktad ur ett rättsförhållandeperspektiv ter sig, för första gången, den subjektiva rätten enhetlig. Den helhetsuppfattning, som insikt i rättsförhållandet medför, inskränker sig visserligen till grundläggande konsekvens, snarare än verklig systemenlighet, men denna naturliga enhet[12] legitimerar i hög grad utfallet av tvisten.

Den enhet som uppstår ur rättsförhållandet är dock av ett ovanligt slag: Normalt brukar rättens inre ordning sakna tidslig dimension – rätten "är" helt enkelt i kraft av sin egenskap att vara gällande – men det sammanhang som frambringas av juristens rättsförhållandeperspektiv präglas istället av liv och riktning. I motsats till de "döda" rättigheterna ger studiet av rättsförhållandet juristen ett begrepp om rättens organiska natur, ty det "uppenbarar sig dels i sammanhanget av varandra ömsesidigt bärande och beroende beståndsdelar, dels i den fortgående utveckling, som vi kan upptäcka i [rättsförhållandet], i form av dess uppkomst och förgänglighet"[13]. Det rör sig således om en rättslig enhetlighet som inspirerats av den aristoteliska *entelechin*, enligt vilken alla kunskapsobjekt antas sträva mot självidentitet, i dess efterkantianska och idealistiska form. Rätten – i likhet med alla andra fysiska, och därmed historiska – företeelser utvecklas således genom en process av självförverkligande, varigenom dess ändamål gradvis realiseras.[14]

[11] Savigny, a.a. ibidem: "Diese nun finden wir in dem *Rechtsverhältniß*, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, aus Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht.".

[12] Om innebörden av begreppet *naturlig* i Savignys författarskap, Sandström, Marie, *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*, Lund 1989, s. 140, fn 79 och 80, Rückert, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, s. 286 samt Wilhelm, a.a. s. 40 f. Redan i *Marburger Methodenlehre* hänvisade Savigny till rättsvetenskapen som "eine Wissenschaft nach den eigenen Gesetzen ihrer Natur …, oder ein Ideal von ihr", se Savigny, Friedrich Carl von, *Marburger Methodenlehre*, Stuttgart 1951, s. 47.

[13] A.a. s, 7 f.: "Das Rechtsverhältniß aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in der Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens".

[14] Detta är för övrigt den filosofiska grundvalen för användningen av teleologiska argument i juridiken.

Det faktum att rättigheter uppkommer, utvidgas, inskränks, och till slut utslocknar, medför att juristen – i synnerhet domaren – måste ställa sig frågan, vilka drivkrafterna bakom den subjektiva rättens föränderliga karaktär kan tänkas vara. Det finns, enligt min mening, inget skäl att anta att Savigny menade att rätten utvecklas autonomt eller, med andra ord, av sig själv.[15] En sådan långtgående hypostasering av rätten brukar i allmänhet tillskrivas den senare begreppsjuridiska skolan och förefaller direkt omöjlig att förena med Savignys berömda passus om rättens beroende av sin omvärld:

> ”Rätten har ingen existens i sig; dess väsen är istället själva det mänskliga livet, sett ur en särskild synvinkel.”[16]

Allt talar istället för att begreppet *rättsförhållande* för såväl Savigny som hans kollega, Stahl, utgjorde nyckeln till förståelsen av rättens fortgående utveckling: När rättsfrågan betraktas ur rättsförhållandets synvinkel inordnas den strikt juridiska analysen in i sin samhälleliga och historiska kontext. Rätten framstår då som den verkligen är, som *en* aspekt av det mänskliga livet i stort. I denna mening kan rättsförhållandet sägas utgöra inbegreppet av rättens externa relationer till omvärlden och historien. Därmed ändrar den juridiska argumentationen sin karaktär: Rättens dogmatiska ”är” övergår nästan omärkligt i rättsgenetikens ”vardande”.

Savignys framställning av rättsförhållandet kan te sig smått schizofren: Hur kan ett begrepp innefatta vad som i praktiken är en dikotomi mellan rättens dogmatik och dess genetik? Svaret på denna fråga – det rör sig i detta fall, som så ofta när det gäller historiska skolan, om en dialektisk enhet, inte om identitet – är starkt präglat av tidens idealistiska filosofi och ger, enligt Savignys mening, en bild av rättens och rättsbildningens verkliga karaktär. En slående parallell till Savignys ambivalenta definition av rättsförhållandet erbjuder den juridiska termen *rättsfakta*: Historiska fakta rörande ett särskilt fall – till exempel husfaderns död i *frater a fratre*-fallet – har av rättsordningen givits juridisk relevans, eller – *vice versa* – rättsliga normer som förankrats i fakta, och kvalificeras då som

[15] Enligt Walter Wilhelm föregrep Savigny, och eventuellt också Stahl, begreppsjuristernas hypostasering av rättssystemet, se Wilhelm, a.a. s. 32 ff., särskilt s. 37. De anförda argumenten är dock inte helt övertygande.

[16] Savigny, Friedrich Carl von, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1 uppl, Berlin 1814, s. 30: ”Das Recht hat kein Daseyn für sich, seyn Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen”.

rättsfakta. På liknande sätt kan rättsförhållandet sägas avse såväl rättens realisering som samhällets reglering. Spänningen mellan ”rätt” och ”förhållande” i begreppet *rättsförhållande* illustrerar således mekanismerna bakom rättens materiella utveckling, nämligen växelverkan mellan rätt och samhällsförhållanden.

Ingen – inte ens juristen – torde idag betvivla sanningshalten i Savignys påstående, att rättens utveckling endast kan förstås utifrån sin samhälleliga och historiska kontext. Ändock representerade denna fokusering på rättsbildningen ett tydligt avsteg från den fram till 1800-talet förhärskande naturrättsläran. Det är ingen överdrift att påstå att framhävandet av rättsförhållandet utgör ett led i övergången till ett rättspositivistiskt synsätt. Därmed är emellertid inte sagt att tankegången är oproblematisk. Denna nyhet i den juridiska och rättsvetenskapliga metoden utgör ett uppenbart hot mot en av grundpelarna i – ja, själva syftet med – rättsinstitutsläran. Skolans målsättning var nämligen inte, i första hand, att reformera rättsvetenskapen för dess egen skull. Istället skulle den nya rättsvetenskapen utgöra den huvudsakliga garanten för en rättssäker rättstillämpning.[17] Rättsförhållandets juridiskt ”öppna” karaktär – antalet tänkbara externa relationer är i det närmaste oändligt – förefaller vara oförenlig med ett krav på likformighet och förutsebarhet. För att undanröja denna potentiella konflikt i historiska skolans program, måste mängden relevanta argument kvalificeras och begränsas. Savignys, och historiska skolans, lösning på detta problem är lika enkel som genial: Även om rätten i verkligheten inte har några bestämda gränser till sin omvärld, så står det juristen fritt att uppställa fiktiva gränser för den juridiska argumentationen.

[17] Historiska skolan, och Friedrich Julius Stahl i synnerhet, har spelat en avgörande roll för utvecklingen av *civil law*-traditionens rättsstatsideal. I en berömd passus definierade Stahl rättsstaten på följande sätt: ”Der Staat soll *Rechtsstaat* seyn, das ist die Losung, und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d.i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen”, se Stahl, Friedrich Julius, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage der christlicher Weltanschauung*, 2 avd., 2 uppl, Tübingen 1845, s. 106. Stahls rättsstatsbegrepp har ofta – kritiskt – karaktäriserats som enbart formellt. Likformighet och förutsebarhet i rättstillämpningen är dock ett, enligt Stahls mening, oeftergivligt krav på en rättsstat.

Rättsinstitut

Det stod klart för Savigny att rättens materiella sida – enskilda rättigheter och dynamiska rättsförhållanden – bara utgjorde en sida av rättsordningen. I den subjektiva rättens motsats fann han också lösningen på problemet med att förena ett rättsförhållandeperspektiv med det rättsstatliga kravet på rättssäkerhet i rättstillämpningen:

> ”En dom över enskildas rättigheter och skyldigheter är bara möjlig genom kopplingen av särskilda fakta till en allmän regel, som reglerar de enskilda rättigheterna. Sådana regler kallar vi helt enkelt *rätten*, eller den allmänna rätten. Vissa kallar dem rätten i objektiv mening.”[18]

I motsats till den subjektiva rätten, som i princip saknar gränser, är den objektiva rätten precis och avgränsbar, ty rättsregler hör *par definition* till en eller annan rättskälla. Den norm som ännu inte, eller inte längre, kommer till uttryck i en av konventionen erkänd rättskälla, antas sakna juridisk relevans, oavsett dess övriga kvaliteter. Detsamma gäller naturligtvis sådana regler som aldrig någonsin kommer att upptas i en rättskälla. I linje med den kontinentaleuropeiska rättstraditionen, men i strid med historiska skolans förment lagstiftningsfientliga rättskällelära[19], hävdade Savigny att rättsregeler i synnerhet kommer till uttryck – ”erscheint im sichtbarer Gestalt” – i lagen, ”welches ein Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel ist”[20]. Gränserna för den objektiva rätten sätts således av rättskälleläran och rättskällornas innehåll. Om domarens rättsförhållandeperspektiv hindrar rättstillämpningen från att bli helt mekanisk, så är rättsregelns roll i den juridiska metoden att garantera rättstillämpningens enhet och konsekvens.

[18] Savigny, a.a. s. 9: ”Das Urtheil über das einzelne Recht ist nur möglich durch Beziehung der besonderen Thatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelne Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir *das Recht* schlechthin, oder das allgemeine Recht: Manche nennen sie das Recht im objectiven Sinn”.

[19] Det rör sig om en gammal vantolkning av historiska skolans kritik av upplysningens stora kodifikationsprojekt. Motståndet mot kodifikationsplanerna har regelmässigt (över) tolkats som ett uttryck för en allmän fientlighet mot lagen som rättskälla. Det finns inget i Savignys skrifter som tyder på annat än att han, som i ovanstående passus, erkände lagstiftningens primat över andra rättskällor, se Sandström, Marie, Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket, *Norden, rätten, historia: Festskrift till Lars Björne*, Helsingfors 2004, s. 291 ff..

[20] Se Savigny, a.a. ibidem.

Savigny kände sig uppenbarligen särskilt väl till mods när framställningen bytte fokus från rättens materiella till dess formella sida. Det är knappast någon tillfällighet att han bara i förbigående och synbarligen avvisande berör begreppet *objektiv rätt*. I likhet med Conan Doyles fiktive detektiv, Sherlock Holmes, som kallade den formidabla Irene Adler *the woman*, såg Savigny ingen anledning att kalla de normer som nedlagts i rättskällorna för något annat än *rätten*. Hans kollega, Stahl, föredrog istället uttrycket *gällande rätt*, som han definierade som ”den gällande (positiva) rätten hos ett bestämt folk vid en bestämd tid”[21]. Oavsett vilket begrepp som används, så är det uppenbart att detta är en del av rättssystemet till vilket juristen har en särskild hemortsrätt. Den probersten som avgör vilka argument som har juridisk relevans håller rätten fri från just sådana icke-juridiska argumentationsmönster som rättsförhållandeperspektivet introducerar till den juridiska argumentationen. Savignys ståndpunkt kan te sig motsägelsefull: Antingen hör rättsförhållandet hemma i den juridiska argumentationens eller ej. Savigny ansåg sig dock tvungen att göra en distinktion mellan de fall där juristen finner en tillämplig rättsregel, som inte ger ett uppenbart orimligt resultat, och de, vari den tillämpliga regeln måste skapas. I båda fallen – i såväl enkla som svåra fall – skall rättstillämpningen möta de krav på förutsägbarhet och likformighet som ställs i en rättsstat, men på olika sätt. I de svåra fallen, såsom till exempel *frater a fratre*-fallet, måste juristen, om än motvilligt lämna tryggheten i rättskällorna och söka sig ut i rättsförhållandenas utmarker. Vid denna punkt övergår den rena rättstillämpningen i rättsbildning.[22]

Saken skall dock ta ytterligare en oväntad vändning. Vid en närmare betraktelse står det emellertid, enligt Savigny, klart att detta *för juristen* ”självklara” betraktelsesätt i själva verket bygger på en grov förenkling. Föreställningen om rättsliga avgöranden som logiska syllogismer, vari kombinationen av bestämda fakta med en rättsregel med logisk-deduktiv säkerhet leder till en bestämd slutsats om existensen av vissa rättigheter, motiveras endast av vissa praktiska behov och ger inte en uttömmande beskrivning av rättstillämpningens, och än mindre rättens, komplexitet. Lagreglerna utgör, enligt detta synsätt, bara toppen på ett isberg av rätts-

[21] Stahl, *Die Philsophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd II, del I, s. 169: ”das geltende (positive) Recht eines bestimmten Volkes zu einer bestimmten Zeit”. Rörande betydelsen av begreppet *gällande rätt* och den rättsdogmatiska fiktionen i Stahls författarskap, se Sandström, Marie, The Concept of Legal Dogmatics Revisited, *Epistemology and Ontology: IVR Symposium*, Lund 2003 s. 133 ff.

[22] Ren rättstillämpning övergår i prejudikatbildning.

ligt relevanta föreställningar och argument. Den rättsvetenskapliga analysen måste följaktligen tränga än längre ned i det rättsliga avgörandets djup. Denna gång skall dock juristen vända sig in i, och inte ut ur, rätten.

> ”På samma sätt som domen i en enskild tvist endast är av en begränsad och avledd natur och endast får en levande rot och övertygandekraft genom rättsförhållandeperspektivet, så förhåller det sig med rättsregeln. Ty också rättsregeln, liksom dess [främsta] framträdelseform i lagen, har sin djupare grund i *rättsinstitutsperspektivet*, och dess organiska natur visar sig också såväl i det levande sammanhanget mellan beståndsdelarna som i dess fortskridande utveckling.”[23]

Av Savignys beskrivning framgår att rättsinstitutet, i motsats till rättsförhållandet, är uteslutande rättsligt till sin natur. Det saknar således rättsförhållandets ambivalens och kan inte tjäna som en mellanled mellan rätten och andra sidor av det mänskliga livet. Vilken är då rättsinstitutets funktion i historiska skolans program? Svaret ligger i hänvisningen till rättsinstitutets organiska karaktär: Genom ett rättsinstitutsperspektiv lyfts rätten, och därmed den juridiska argumentationen, till sin mest allmänna nivå. Från en sådan upphöjd position är juristen förmögen att urskilja de stora linjer som, i såväl tid som rum, förbinder rättens alla särskilda delar; på detta sätt förbinds ”nu” med det föregående ”då”[24] och de enskilda rättsreglerna antas stå i ett dialektiskt förhållande till varandra, så att de i hög grad bestämmer varandras omfattning och innebörd.

Det förefaller oundvikligt att rättsinstitutets enhetlighet förr eller senare kommer att komma i konflikt med den naturliga ordning som Savigny menade härrörde ur rättsförhållandets helhetsbild. Detta är dock en förhastad slutsats: Rättsförhållandets naturliga enhet är förhållandevis svag. På sin höjd kan ett rättsförhållandeperspektiv ge upphov till viss konsekvens i rätten. Rättsinstitutet, däremot, förvandlar en mängd löst sammansatta

[23] Savigny, a.a. s. 9: ”So wie aber das Urtheil über einen einzelnen Rechtsstreit nur eine beschränkte und abhängige Natur hat, und erst in der Anschauung des Rechtsverhältnisses seine lebendige Wurzel und seine überzeugende Kraft findet, auf gleiche Weise verhält es sich mit der Rechtsregel. Denn auch der Rechtsregeln, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des *Rechtsinstituts*, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitende Entwicklung”.

[24] Detta drag i skolans program gör dess verksamhet historisk till sin natur, utan att den för den skull kan beskyllas för att vara antikvarisk. Se, angående den organiska historiesynen, Wilhelm, a.a. s. 11 ff.

rättsregler till ett system av rättsliga normer. I denna mening är således rättsinstitutet överordnat rättsförhållandet:

> ”När vi således inte stannar vid det omedelbara intrycket, utan istället går in på sakens natur, så förstår vi att i verkligheten står varje rättsförhållande under ett motsvarande rättsinstitut, såsom dess urtyp, och behärskas av detta på samma sätt som ett enskilt avgörande behärskas av rättsregler.”[25]

På samma sätt som i redogörelsen om rättsförhållandet exemplifierade Savigny, med hjälp av *lex frater a fratre*, vad som kan avses med ett rättsinstitut. I detta fall aktualiserades en rad olika, men sammanhängande institut, såsom faders förvärv genom barnen, myndlingarnas särskilda förmögenhet (*peculium*) och det därmed sammanhängande avdraget till fadern (*deductio*), fordringens övergång genom arv,[26] konfusion av fordringar och skulder[27] samt, naturligtvis, återkravet (*condictio indebiti*). Samtliga exempel utgörs av juridiska begrepp, som i sin tur länkar tanken till motsvarande rättsprincip eller lära. Det är knappast förvånande att rättsinstitutsperspektivet kommer till sitt starkaste uttryck i rättens mest påtagliga systemenheter.

Det fanns, enligt Savigny, ytterligare en betydelsefull skillnad mellan rättsförhållandet och rättsinstitutet. Rättsförhållandet är, genom sin koppling till samhällslivet och det enskilda fallets omständigheter, mer eller mindre givet. I kontrast till denna bundenhet till historiska och samhälleliga fakta ter sig rättsinstituten som rena intellektuella konstruktioner, som juristen först skapar en och en, för att sedan godtyckligt kombinera på olika sätt[28]. Savigny påpekade emellertid att detta dogmatiska drag i rättsläran har en gräns. Alla rättsinstitut är nämligen underkastade själv systemtanken, så att alla institut ömsesidigt bestämmer varandra. Följden

[25] Savigny, a.a. s. 9 f.: ”Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniss unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinen Typus [Ideal}, steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel”. Savigny hänvisar i denna passus till Stahls beskrivning av rättsinstitutet – se Stahl, a.a., s. 165 f. – men det är trots detta långt ifrån säkert att de verkligen menade samma sak med detta uttryck.

[26] Se Savigny, a.a. s. 10.

[27] Konfusion innebär att en person har kommit att bli såväl borgenär som gäldenär avseende en och samma förpliktese.

[28] Detta förefaller vara en träffande beskrivning av det sätt på vilket Rudolf von Jhering konstruerade *culpa-* och *dolus in contrahendo*-läran med hjälp av ett antal disparata citat ur Digesterna.

är att dithän systemet som helhet rör sig, dithän rör sig också instituten. Även om det dogmatiska ”godtycket” följaktligen har sina gränser, så hade Savigny funnit det element i rättssystemet som befinner sig längst bort – men aldrig är avskuret – från det mångfaldiga och obegränsade samhällslivet.[29] Denna upphöjda och avlägsna plats i rättssystemet passade som handen i handsken för de jurister som i högre grad än andra har givits eller tagit uppdraget att vidmakthålla rättens systematiska enhet. Rättsinstitutsperspektivet återfinns således i sin renaste form hos rättsvetenskapsmännen.

Rättsinstitutsläran är i många avseenden revolutionär: Den gav upphov till en i grunden förändrad juridisk metodlära, vilket resulterade i en ny juristroll. En påtagligt icke-metafysisk rättsvetenskap, med den huvudsakliga uppgiften att vidmakthålla den systematiska enheten i den positiva rätten, ersatte naturrättsläran. Inspirerade av upplysningens och romantikens skepsis inför det absoluta gav juristerna upp sökandet efter det perfekta rättsystemet och nöjde sig istället med att skapa enhetlighet i den positiva rätten. Frågan är dock om inte den enskilt mest betydelsefulla nyheten i historiska skolans program rör förhållandet mellan rättsvetenskap och rättstillämpning. Tidigare hade rättsvetenskapsmännen, enligt Savigny, uppfattat teori och praxis som två skilda – ja, till och med motsatta – element i rättssystemet. Dikotomin mellan teori och praxis i äldre rätt var naturligtvis en direkt konsekvens av den dualism som präglade den klassiska naturrättsläran. Savigny och den historiska skolan fann dock denna ståndpunkt ohållbar, då teori och praxis visserligen har olika uppgifter, vilket innebär att rättsvetenskapsmän och praktiker använder sina juridiska kunskaper på olika sätt, men det juridiska tänkandets art och riktning har dessa två verksamhetsgrenar gemensamt[30]. Endast den teori som har sina rötter i juridikens praktik kan således sägas vara verkligt rättsvetenskaplig, likväl som praxis utan teori antas urarta till rena *ad hoc*-avgöranden.

[29] Se a.a. s. 10 f.

[30] Se a.a. s. 11. Denna uppfattning om det juridiska tänkesättet eller metoden utgjorde det främsta skälet till att historiska skolan förkastade tanken på en lärlingsutbildning, under vilken studenter bibringas nödvändiga kunskaper och färdigheter av praktiskt verksamma jurister, till förmån för en akademisk juristutbildning, lika för såväl blivande rättsvetenskapsmän som praktiker.

Familjerättsvetenskapen – mellan naturliga och konstruerade rättsinstitut

Historiska skolans rättsinstitutslära gör, oavsett version, anspråk på att beskriva hur ett välfungerande rättsystem *bör* fungera, snarare än hur det faktiskt fungerar. Måttstocken för systemets funktion, och därmed dess yttersta och icke-bevisbara förutsättning, är kravet att rättstillämpningen i och utanför domstolarna skall förutsägbar och likformig. Om man godtar denna förutsättning, så kan läran bara värderas med utgångspunkt i graden av måluppfyllelse. Alla delar av rättssystemet måste, enligt Savigny, samverka för att uppnå målet, en rättssäker tillämpning. Inte ens rättsvetenskapen undkommer detta krav. Rättsvetenskapens funktion, och därmed dess natur, består i att bidra till god rättstillämpning genom systematisering av det rättsregler som fixerats i erkända rättskällor. På detta sätt sattes rättsdogmatiken i den juridiska vetenskapens huvudfåra. Denna uppgift kan rättsvetenskapsmannen bara utföra i den mån han eller hon lyckas genomföra en avancerad balansakt: Rättsvetenskapen får visserligen inte avskärmas från det omgivande samhället och historien – naturrättslärarna hade redan begått det fatala misstaget – men måste samtidigt bedrivas med viss distans till sin omgivning med risk för att den annars förlorar sin vetenskapliga karaktär. Detta innebär i praktiken att den akademiskt skolade juristen måste förmå balansera rättsförhållande- och rättsinstitutsperspektiv på ett för rättsvetenskapen passande sätt.

Svagheten med Savignys beskrivning av den optimala rättsvetenskapen är att den ännu så länge endast är formell. Först när den rättsvetenskapliga metoden tillämpas kan dess innehåll och konsekvenser bedömas. Savigny ägnade därför åtskilliga sidor i första bandet av *System* åt att beskriva den rättsvetenskapliga metoden i dess relation till civilrättens olika discipliner. Utgångspunkten för analysen, och för rättsvetenskapen i sig, är de civilrättsliga rättsförhållanden som utgör grunden för den subjektiva civilrätten. I materiell mening består ett rättsinstitut av ett förhållande mellan fria väsen som har givits en rättslig bestämning i de regler som återfinns i rättskällorna.[31] Rättsförhållandet har således två distinkta, men samtidigt oupplösligt förenade sidor: dels dess materiella stoff – ”denna relation i sig”[32] – dels dess rättsliga bestämning. Tagen i sin helhet avser privaträt-

[31] Se a.a. s. 333.

[32] A.a. s. 333: ”jene Beziehung an sich”.

ten att skydda individens frihet[33]. Emellertid förutsätter paradoxalt nog den individuella friheten sin motsats: Fria väsen är bara möjliga om deras frihetssfär beskärs.[34] Detta är privaträttens uppgift och *raison d'être*.[35] Alla mänskliga relationer hör således inte hemma på rättens område. Förutsättningen för att ett förhållande mellan fria väsen skall uppfattas såsom rättsligt bestämt är att det har behov av och är mottagligt för en rättslig reglering genom tillkomsten av rättsregler. Det finns i detta hänseende tre alternativ:

> ”Mänskliga förhållanden som helt, andra som alls inte och ytterligare sådana som endast delvis hör till rättsområdet, eller behärskas genom rättsregler.”[36]

För att avgöra till vilken av dessa kategorier en rättsvetenskaplig disciplin hör, måste dock de enskilda ämnenas särskilda rättsförhållanden preciseras närmare. Om civilrätten är det område, där – med Savignys ord[37] – den individuella viljans oavhängiga herravälde råder, så måste nästa steg i analysen vara att söka upp de föremål, på vilka denna vilja kan inverka, utan att uppnå herravälde. Däri ligger nämligen de begränsningar som utgör rättsvetenskapens studieobjekt. En sådan analys resulterar automatiskt i en översikt över de olika typerna av möjliga rättsförhållanden som kan vara föremål för rättsvetenskapliga studier.[38]

Möjliga föremål för det individuella rättssubjektets fria vilja skulle, enligt Savigny, kunna vara rätten till sig själv, till det ofria samt till andra fria väsen. Av olika skäl godtog han inte att de så kallade *ursprungliga rättigheterna*, till exempel rätten till liv eller frihet, skulle utgöra en del av den positiva rätten. Det är enbart förvärvade rättigheter som intresserar honom, och detta medför att endast relationer till antingen döda ting eller personer kan räknas till rättsförhållandena[39]. Rätten till en i tiden

[33] Savignys betoning av rättssubjektens principiella, men inte obegränsade, autonomi är naturligtvis ett utflöde av tidens liberala föreställningar och har sannolikt sin grund i de kapitalistiska produktionsformerna.

[34] Se a.a. s. 331 f.

[35] Tillskapandet av detta ”sichern, freyen Raum” innebär att civilrätten uppställer gränser för varje individs autonoma sfär, ty ett rum existerar endast i och genom sina begränsningar (väggar!), se a.a. s. 332.

[36] A.a. s. 334: ”Menschliche Verhältnisse, die ganz, andere die gar nicht, noch andere die nur theilweise dem Rechtsgebiet angehören, oder durch Rechtsregeln beherrscht werden”.

[37] A.a. ibidem: ”unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens”.

[38] Se a.a. ibidem.

[39] Se a.a. s. 338.

och rummet begränsad sak kallas i sin renaste form äganderätt och avser ett nästan obegränsat herravälde över tingen. I jämförelse med sakrätterna är rätten till andra fria väsen avsevärt mer begränsad; om vi kunde äga andra väsen, så är de *par definition* inte längre fria, utan förslavade.[40] Följaktligen måste en sådan rätt avse en begränsad aspekt av den andres fria väsen, nämligen en handling som antingen skall utföras eller underlåtas i enlighet med en annans vilja. Handlingen är således inte längre fri, utan är underkastad rättighetsinnehavarens – fordringsägarens – vilja. En förpliktelse har således uppstått, som speglar borgenärens herravälde över gäldenären[41]:

> ”Genom de båda typerna av rätt, sakrätter likväl som förpliktelser, utbreds den berättigade personens makt över hans väsens naturliga gränser. Helheten av förhållanden, som på detta sätt utvidgar den enskildes makt, kallar vi förmögenhet och helheten av de därmed sammanhängande rättsinstituten *förmögenhetsrätt*.”[42]

På förmögenhetsrättens område är således rättsförhållande och rättsinstitut kompatibla. Därav följer att såväl sak- som obligationsrättens rättsförhållanden kan underkastas ett studium ur ett rättsinstitutsperspektiv. Familjerätten däremot, skall det visa sig, trilskas. Den gör motstånd mot att stöpas i en vetenskaplig form.

I ett särskilt avseende skiljer sig familjerätten från den föredömliga förmögenhetsrätten. På obligationsrättens område kan en person ha en rättsligt reglerad relation till en annan utan att för den skull förlora sin abstrakta personlighet. Varje rättssubjekt uppfattas som en för sig bestående person, som i kraft av sin individuella vilja, utvidgar och begränsar sin frihetssfär i förhållande till andra, främmande, personer:

> ”Helt annorlunda förhåller det sig med den andra möjliga relationen till andra personer … I detta fall betraktar vi inte den enskilda människan såsom en för sig bestående person, utan som en del av den organiska helhet

[40] Se a.a. s. 338 f.

[41] Se a.a. s. 339.

[42] A.a. s. 339 f.: ”Durch beide Arten der Rechte also, das Eigenthum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach außen, über die natürlichen Gränzen ihres Wesens, erweitert. Die Gesammtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben, und die Gesammtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögenrecht”.

som utgör hela mänskligheten. Då dess sammanhang med denna stora helhet alltid förmedlas genom bestämda individer, så är dess förhållande till individen grunden för en ny, och helt unik typ av rättsförhållanden."[43]

Dessa rättsförhållanden kännetecknas, i motsats till dem som återfinns på obligationsrättens område, av att den enskilde personen inte uppfattas såsom ett självständigt väsen. Istället måste den enskilde individen betraktas som osjälvständig och i behov av ett komplement. Uppdelningen av mänskligheten i kön innebär, till exempel, att varken män eller kvinnor kan anses vara bärare av den mänskliga naturen. Endast genom en rättsligt reglerad relation – äktenskapet – blir mannen eller kvinnan, enligt Savigny, hel. Ett annat exempel avser den rättsliga regleringen av mänsklig fortplantning: Den enskilde individens begränsade livstid ger upphov till ett behov och erkännande av ett antal kompletterande rättsförhållanden knutna till människans reproduktion, som inte bara ger arten utan också individen ett visst fortbestånd.[44] Helheten av dessa "kompletterande" rättsförhållanden – äktenskap, förmyndarskap och släktskap – kallade Savigny *familjen* och de därmed sammanhängande rättsinstituten *familjerätt*.[45]

Familjerättens relationer, och därmed dess rättsinstitut, skiljer sig från förmögenhetsrättens rättsförhållanden på en rad punkter: Obligationsrätten har en enskild handling till sitt föremål, medan familjerätten avser personen i sin helhet. Obligationens innehåll är av tillfällig art, då den kan avse den ena eller den andra handlingen. Familjeförhållandena, som i hög grad är betingade av människans organiska natur, ter sig snarare som mer eller mindre nödvändiga. Den förmögenhetsrättsliga förpliktelsen, obligationen, är i regel av övergående natur, medan familjeförhållanden har en mer permanent karaktär.[46] Familjerättens institut är således närmare besläktad med de ursprungliga rättigheterna än med förmögenhetsrätten. De ursprungliga rättigheterna hör, enligt Savigny, överhuvudtaget

[43] A.a. s. 340: "Ganz verschieden davon ist die zweyte mögliche Beziehung zu fremden Personen, die nunmehr dargestellt werden soll. Hier betrachten wir den einzelnen Menschen nicht als ein für sich bestehendes Wesen, sondern als Glied des organischen Ganzen der gesammten Menschheit. Indem nun sein Zusammenhang mit diesem großen Ganzen stets duch bestimmte Individuen vermittelt ist, so ist seine Beziehung zu diesen Individuen die Grundlage einer neuen, ganz eigenthümlichen Art von Rechtsverhältnissen".

[44] Se a.a. s. 340 f.

[45] Se a.a. s. 342.

[46] Se a.a. s. 343.

inte hemma i den positiva rätten och familjen kan endast delvis uppfattas som en angelägenhet för juristen.[47]

På den skala som sträcker sig mellan två extremer – de icke-juridiska ursprungliga rättigheterna och den rent juridiska förmögenhetsrätten – hamnar familjeförhållanden i en obekväm mittenposition – ett slags juridiskt *limbo*[48] – där endast de relationer som kan betecknas som positivrättsliga eller juridiska kan inordnas under ett rättsinstitut. Grunden för vart och ett av dessa förhållanden – äktenskap, förmyndarskap och släktskap – utgörs av ett naturförhållande som till och med sträcker sig bortanför den mänskliga naturens tidsliga och rumsliga begränsningar, in i *jus naturale*. En väsentlig del av de förhållanden som är kopplade till föreställningen om familjen är således till sin natur föremål för tro eller övertygelse, men inte för rättsvetenskaplig analys:

> ”Härav följer att familjeförhållanden endast till en del är av juridisk natur; ja, vi måste tillägga, att den juridiska sidan av deras väsen just är den minsta, då de viktigaste hör till ett helt annat område än rätten.”[49]

Familjen har i själva verket tre uppenbarelseformer som inte helt kan skiljas från varandra: den naturliga, eller mindre juridiska, den sedliga och den rättsliga formen. Savigny gav en föga smickrande bild av familjen i normativt hänseende. Den behärskas inte helt av vare sig rätten eller moralen, utan befinner sig i en slags intellektuell spagat mellan dessa båda normativa system. Savigny anför ett exempel som illustrerar detta dilemma: De naturliga familjeinstituten har i historien tjänat som mönster för utvecklingen av konstruerade institut i den positiva rätten. Dessa institut skiljer sig från de naturliga på en avgörande punkt då de inte vilar på en nödvändig, naturligt-sedlig grund, utan endast får sin legitimitet genom den föränder-

[47] A.a. s. 344: ”Das Familienrecht liegt daher näher als das Vermögensrecht den sogennanten Urrechten, und wie diese oben von dem Gebiet des positiven Rechts gänzlich ausgeschlossen worden sind, so muß von der Familie behauptet werden, daß sie nur theilweise dem Rechtsgebiet angehört, anstatt daß das Vermögen ganz und ausschließend in dasselbe fällt”.

[48] A.a. ibidem.

[49] A.a. s. 347: ”Hieraus folgt, das die Familienverhältnisse nur zum Theil eine juristische Natur an sich tragen; ja wir müssen hinzu setzen, daß die juristische Seite ihres Wesens gerade die geringere ist, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechts angehört”.

liga och särpräglade positiva rätten. De konstruerade instituten hör således helt till den positiva rätten och förutsätter inga utflykter i *jus naturale*.[50]

Det är uppenbart att förmögenhetsrätten, med sina konstruerade institut, utgör ett närmast idealiskt föremål för den rättsvetenskapliga bearbetningen. Såväl sak- som obligationsrätten saknar det naturligt-sedliga inslag som ställer till problem för vetenskapen när det gäller de normer som reglerar familjen. Förmögenhetsrätten består istället, enligt Savigny, av ”rena, blotta rättsförhållanden”[51] som ägnar sig väl för systematisering under rättsinstitut. Den naturliga invändningen, att också förmögenhetsrätten innefattar ett sedligt element, var visserligen riktig – alla former av mänskligt handlande omfattas av föreställningar om goda seder – men i förmögenhetsrätten saknar denna sedliga grundval juridisk relevans. Moraliska argument godtas inte av rättsordningen:

> ”Skillnaden ligger alltså däri, att familjeförhållanden endast ofullständigt behärskas av rättslagen, så att en stor del av dem helt överlämnats till sedliga influenser. Över förmögenhetsförhållandena har rättslagen däremot givits ett absolut herravälde, utan hänsyn till den moraliska eller omoraliska utövningen av rättigheten.”[52]

Den yttersta orsaken till Savignys skepsis inför familjerätten var således att den inte helt och hållet kan sägas höra till den positiva rätten. Stora delar av familjerätten befinner sig således just utanför rättsvetenskapens räckvidd. Savigny hade således, enligt min mening, goda skäl att känna främlingsskap inför familjerätten.

Like a monstrous carbuncle?

Varför väcker då familjerätten sådana blandade känslor? När tronföljaren till den brittiska kronan, prins Charles, informerades om planerna på en ultramodern tillbyggnad till ärevördiga *National Gallery*, fällde han

[50] Se a.a. s. 356 f. Savigny påpekade att denna precisa distinktion mellan naturliga och konstruerade institut, eller mellan positivrättsliga institut och institut grundade i *jus naturale*, inte återfinns i den romerska rätten, se a.a. s.363.

[51] A.a. s. 370: ”reine, bloße Rechtsverhältnisse”.

[52] A.a. s. 370 f.: ”Der Unterschied liegt also darin, daß das Familienverhältniß von Rechtsgesetzen nur unvollständig beherrscht wird, so daß ein großer Theil desselben den sittlichen Einflüssen ausschließend überlassen bleibt. Dagegen wird in den Vermögensverhältnissen die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt, und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts”.

den legendariska kommentaren, att den planerade tillbyggnaden var ”like monstrous carbuncle on the face of a much-loved and elegant friend”. Charles upprördhet orsakades åtminstone delvis av de varma känslor han uppenbarligen hyser för den ursprungliga byggnaden. Han hade sannolikt inte protesterat lika häftigt om förslaget hade avsett en tillbyggnad till, låt oss säga, *the Gherkin*. Det var således knappast den fula bölden i sig som orsakade känsloyttringen, utan kombinationen av ett välkänt och älskat ansikte och den vanprydande deformiteten. På liknande sätt förhåller det sig kanske med familjerätten. I familjerätten varsnar juristen drag som han eller hon är yrkesmässigt betingad att älska. Samtidigt går det inte i längden att ignorera den gigantiska böld som dess ”naturliga” karaktär representerar för den rättspositivistiskt skolade juristen. I denna mening representerar familjerätten en ständig utmaning för den som söker sanningen om rätten.

AVDELNING II

Den nordiska familjerätten i omvandling

Margareta Brattström

Makars namnskick – har hustrun alltid tagit sin makes släktnamn?

”I enlighet med gammal sedvänja förvärvar hustrun vid vigseln mannens släktnamn.”[1]

1 Inledning

I familjerättsliga sammanhang möts man ofta av påståenden om att det är en gammal sedvänja att en kvinna genom äktenskap förvärvar sin makes släktnamn. Allt sedan början av 1900-talet har en sådan sedvänja framställts som ett historiskt faktum av gammalt datum.[2]

Vid närmare granskning finns det dock gott om exempel på kvinnor som varit gifta men som inte haft samma släktnamn som sin make. Drottning Margareta Eriksdotter Leijonhufvud (1516–1551), som var gift med Gustav Vasa, är ett sådant exempel. Hon var Sveriges drottning från 1536 fram till sin död och mor till kungarna Johan III och Carl IX. Ett annat exempel är Ebba Brahe (1596–1674), som var gift med Jacob De la Gardie. Hon brukar beskrivas som svensk brukspatron, entreprenör, hovdam, grevinna och mor till Magnus De la Gardie. Ytterligare ett exempel på en kvinna som inte bytte till sin makes släktnamn är Hedvig Charlotta

[1] F. Schmidt, Äktenskapsrätt, 5:e uppl. med supplement av Å. Saldeen, Norstedts förlag. 1980. s. 45.

[2] Se t.ex. NJA II 1921 (Den nya giftermålsbalken) s. 52; G. Stjernstedt, Våra Äktenskapslagar. Tidens förlag. 1921. s. 104; J. E. Almqvist, Den svenska familjerättens historia. Stockholm. 1946. 2:a uppl. s. 46; Schmidt a.a. s. 45; L.-G. Sund, Familje- och arvsrätt – en introduktion. Liber. 1990. s. 11; A. Agell, Äktenskap Samboende Partnerskap. Iustus förlag. 1998. 2:a uppl. s. 49; C. Sörgjerd. Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape. Uppsala universitet. 2011. s. 48.

Nordenflycht (1718–1763). Hon blev änka två gånger, efter korta äktenskap. Hennes första make hette Jöns Tideman och hennes andra Jacob Fabricius. Nordenflycht är bland annat känd för att vara en av de första kvinnorna i Sverige som kunde försörja sig som författare. Siri von Essen (1850–1912) och Harriet Bosse (1878–1961) var båda skådespelare och vid olika tidpunkter gifta med August Strindberg. Ingen av dem tog sin makes namn. Det visar sig att även mindre kända svenska kvinnor behållit sitt släktnamn när de gift sig. Som exempel kan nämnas den småländska borgaren Johanna Lillberg (1772–1812). Av dödsboken framgår att hon var gift med Samuel Peter Björkegren. På Öland föddes Anna Kajsa Lindström 1845. Hon var piga och gifte sig 1871 med Anders Peter Wester – utan att byta släktnamn.[3]

Historien är, som så ofta, mångfasetterad. Lika väl som det finns kvinnor som behållit sitt släktnamn när de ingått äktenskap finns det sådana som bytt till sin makes släktnamn. Den kända Uppsala-profilen Malla Silfverstolpe (1782–1861) är ett exempel på det sistnämnda. Hon hette Montgomery som ogift. Ett annat exempel är Wilhelmina von Hallwyl (1844–1930), skaparen av Hallwylska palatsen och dess samlingar av bland annat konst och konsthantverk. Hennes namn som ogift var Kempe. Det finns också kvinnor som verkat under ett namn, men som egentligen burit sin makes släktnamn. Sveriges första kvinnliga professor, känd under namnet Nanna Svartz (1890–1986), hette egentligen Nanna Malmberg. Hon var gift med Nils Malmberg. Även Sveriges första kvinnliga statsråd hade ett annat namn än det hon varit känd under. Karin Kock (1891–1976) hette nämligen Karin Lindberg och var gift med Hugo Lindberg.

Den bild som skisserats genom exemplen med olika kvinnors släktnamn, ger vid handen att den familjerättsliga verklighetsbeskrivningen angående makars namnskick – som bland annat ges i det inledande citatet av Schmidt – inte stämmer med vad som faktiskt förevarit. I den här uppsatsen kommer jag att utreda dels vad modern namnforskning säger om namnbruk, dels vilka lagregler vi haft på området och hur de varit motiverade. Makars släktnamn kommer vara fokus för undersökningen. Avslutningsvis finns reflektioner över hur historien har beskrivits och hur den kan förmedlas. Rolf Nygren och hans nyfikenhet att diskutera historiska uppgifter i en nutida kontext har varit en inspirationskälla när det gäller ämnesvalet för uppsatsen.

[3] Muntlig uppgift från Sonja Entzenberg, hämtad från hennes pågående forskningsstudie om släktnamnsskicket på Öland 1860–1920.

2 Namnbruk

Namn används som ett medel för att identifiera personer. I många sammanhang räcker det med *förnamn*, såsom Eva eller Johannes. Historiskt sett var det länge tillräckligt med förnamn. När det uppkom ett behov av ytterligare bestämning av en person började man använda så kallade *tillnamn*.[4] De har varit viktiga för att bland annat skilja mellan personer med samma förnamn.[5] I vilken utsträckning tillnamn använts har skiftat mellan såväl samhällsklasser som var i landet en individ levt och verkat.[6]

Det finns flera olika typer av tillnamn. Patronymikon (fadersnamn) och metronymikon (morsnamn) är en typ. De växlade mellan generationer; Anders barn kunde få tillnamn Andersson respektive Andersdotter och Ingeborgs son kunde som tillnamn få Ingeborgsson. Binamn är en annan typ av tillnamn.[7] De syftar på en persons kroppsliga eller andliga förhållanden, exempelvis Elin Kattahierne och Erik Läspe och Halte. Ytterligare former av tillnamn utgörs av hemorts- och yrkesbeteckningar, såsom Stina i Hagen och Sune Gjutare.

Tillnamnen var länge individuella för en viss person. Så småningom började *släktnamn* användas. Det innebar att delar av en persons namn gick i arv mellan olika generationer i rakt nedstigande led.[8] Utöver att fungera som identifikationsmedel för att beteckna en viss person kom namnet därmed också att visa familjetillhörighet. Det var adeln som under 1300-talet började använda släktnamn, ett bruk som fick en bred spridning bland just den samhällsgruppen på 1600-talet. Vid sistnämnda tidpunkt började städernas borgare att ta efter bruket med släktnamn. Användning av släktnamn har i övrigt börjat vid skilda tidpunkter i olika samhällsgrupper. Det

[4] E. Brylla, Svenskt tillnamnsskick i kvinnoperspektiv. I Personnamn och social identitet, Red. T. Andersson, E. Brylla och A. Jacobson-Widding. Kungliga Vitterhets Historie och Antikvitets Akademien. 1998. s. 229 f.

[5] S. Entzenberg, Det får ju vara någon ordning på torpet! Svenska personnamnsregler i ett historiskt perspektiv. Sofi. 2006. s. 9; O. Höglund, Namnlagen – En kommentar. Norstedts Juridik. 1998. 2:a uppl. s. 13.

[6] Se t.ex. O. Brattö, Personnamn i Bohuslän. Göteborg. 1995; I. Modéer, Svenska personnamn, utgiven av B. Sundqvist och C-E Thors. Studentlitteratur. 1989. 3 uppl. s. 119 ff.; L. Ryman, Salanus, Tunström och Sporrong, Tillnamnsbruk och framväxten av släktnamn i Uppland. Umeå. 2002 s. 40 ff. Det är vad som kan kallas det officiella namnbruket som namnforskare oftast granskat (genom bl.a. kyrkoböcker).

[7] Höglund a.a. s. 13.

[8] Enzenberg 2006 s. 9 f.; Höglund a.a. s. 14 f.

är också skillnad mellan olika delar av landet.[9] I slutet av 1800-talet var det dock mer eller mindre bara patronymika tillnamn som fungerade som alternativ till släktnamn och det hade då också blivit vanligt med släktnamn som slutade på son.[10]

Vilket tillnamn en individ haft har byggt på ett företrädesvis patriarkalt namnbruk.[11] Patronymikon har varit betydligt mer frekvent förekommande än metronymikon, och när släktnamn började användas var det faderns tillnamn som fördes vidare till barnen. Fler män än kvinnor har historiskt sett haft tillnamn.[12]

Beträffande makars namnskick kan konstateras att så länge tillnamn i annan form än släktnamn användes, hade makar olika sådana namn. Inte heller övergången till släktnamn innebar automatiskt att makar fick ett gemensamt släktnamn. Visserligen finns det enstaka exempel från 1600- och 1700-talet på att kvinnor i övre sociala skikt tog sin makes släktnamn. Den första kvinna man känner till som skrev sig med sin makes släktnamn är grevinnan Juliana Brahe (1642–1701), född Wrangel.[13] Makarna Brahe är bland annat kända för att de gjorde om sitt residens, Skokloster slott, till fideikommiss. Ett annat tidigt exempel på namnbyte är författaren Sophia Elisabeth Brenner (1659–1730), född Weber. En sed med gemensamt släktnamn för makar slog dock inte igenom i alla sociala grupper förrän på 1800-talet, eller rent av så sent som i början av 1900-talet.[14]

Förändringen beträffande makars namnbruk har förklarats med att det var en europeisk sed att kvinnan tog sin makes släktnamn och att seden fick

[9] G. Utterström, Släktnamn i Sverige för hög och för låg. En historisk betraktelse. I Slektsnamn i Norden. Red. K. Kruken. Norna-förlaget. 1995. s. 58 f. Enligt Ryman a.a. s. 41 ff. saknade två tredjedelar av den svenska adeln släktnamn så sent som år 1610. En dramatisk ökning av andelen adliga med släktnamn skedde dock i samband med antagandet av Riddarhusordningen 1626. Enligt samma källa började allmogen på landet inte att använda släktnamn förrän på 1800-talet.

[10] Brylla 1998 s. 236.

[11] Brylla 1998 s. 230 ff.; Entzenberg 2006 s. 47.

[12] Jfr Ryman a.a. s. 55.

[13] Ryman a.a. s. 55.

[14] Brylla 1998 s. 237; S. Entzenberg, Professor Nanna Svartz eller Fru Nanna Malmberg? Släktnamnsbruk hos gifta kvinnor 1920–1982. I Språk och kön i nutida och historiska perspektiv. Redaktörer: B.-L. Gunnarsson, S. Entzenberg och M. Ohlsson. Skrifter utgivna av Institutionen för nordiska språk vid Uppsala universitet 71. 2007. s. 198; Modéer a.a. s. 132; Ryman a.a. s. 55.

fäste i Sverige genom utländskt inflytande.[15] De första svenska kvinnor som tog sin makes släktnamn hade utländsk bakgrund – de nyss nämnda Juliana Brahe och Sophia Elisabeth Brenner hade båda tyskt påbrå. Bruket att kvinnor bytte till sin makes släktnamn spred sig från högre samhällsgrupper till lägre. Kopplingen mellan namn och samhällsställning kommer till uttryck på flera sätt i namnskicket. Förändringar av namnbruket kan sägas spegla utvecklingen av samhället och även omdaningar i genussystemet.[16]

Under hela 1900-talet har de flesta makar använt mannens släktnamn som sitt gemensamma namn.[17] Bland kvinnor som var kända för en bred allmänhet vid tidpunkten när de ingick äktenskap var det dock, i vart fall under första delen av 1900-talet, relativt vanligt att de inte använde sig av sin makes släktnamn i officiella sammanhang.[18] Nanna Svartz och Karin Kock, som nämndes i inledningen, utgör två exempel. En annan variant som förekommit är att kvinnan använde dels sin makes släktnamn, dels sitt släktnamn som ogift som ett dubbelnamn eller tilläggsnamn. Mellannamn, som regleras i 1982 års namnlag, har samma funktion som tilläggsnamn men får inte bäras med bindestreck mellan de två namnen.[19] Som tilläggsnamn (mellannamn) har kvinnor ofta använt sitt släktnamn som ogift, medan släktnamnet varit gemensamt med maken.[20] Genom 1982 års namnlag skedde ytterligare en terminologisk förändring, istället för släktnamn används efternamn.[21]

I slutet av 1900-talet började makar i viss utsträckning använda kvinnans efternamn som gemensamt namn. Fortfarande är det dock allra vanligast att makar tar mannens efternamn som gemensamt namn.[22] År 2010 tog 62 % av alla nygifta makar mannens namn, men endast 10 % tog kvinnans efternamn som gemensamt namn. Det är relativt vanligt att båda makarna behåller sitt eget efternamn, år 2010 var det 22 % som utnyttjade den möjligheten.

[15] Ryman a.a. s. 56 f.
[16] Jfr Brylla 1998 s. 241.
[17] Brylla 1998 s. 237 f.; Entzenberg 2007 s. 201 ff.
[18] Entzenberg 2007 s. 201 ff.
[19] Höglund a.a. s. 34 och 165.
[20] Brylla 1998 s. 238.
[21] I texten används termen släktnamn för tiden före 1982 års namnlag och termen efternamn för tiden därefter.
[22] Namnstatistik, SCB 2011 s. 5. Informationen är hämtad 2011-08-20 på www.scb.se/Statistik/BE/BE0101/2011M05/Namnstatistik.pdf

En tydlig trend på 2000-talet är att makar antingen behåller sina gamla namn eller tar ett helt nytt gemensamt efternamn i samband med vigseln. Ibland bildas det nya namnet av delar av vardera makens tidigare efternamn. Som exempel kan nämnas Wallencrona, som kommer från hustruns namn Kronvall och makens Wallgren, samt Nordenjack bildat av Nordén och Jacobson.[23]

3 Lagreglering av personnamn

3.1 Fram till 1921

Sättet att bruka namn har i hög grad utvecklats utan att lagstiftning använts. Istället har förändringar skett spontant och utgjort en spegling främst av ett ständigt föränderligt behov av former för att identifiera individer. I några få fall har samhället ingripit med lagregler, och då för att hindra eller påskynda en viss utveckling av bruket av namn.[24] Så sent som på slutet av 1800-talet fanns för folk i gemen inte några lagregler om förvärv av namn eller skydd för namn i vidsträckt mening.

Det första exemplet på bestämmelser om namn är från 1626 och berörde adeln. Avsikten var att komma till rätta med det missbruk av deras namn som adeln ansåg att ofrälset ägnade sig åt. Manskap inom krigs- och sjöväsendet samt olika typer av brottslingar brukar nämnas som grupper som snyltade på adliga namns renommé.[25] Av 23 § i 1626 års riddarhusordning framgick att ingen fick ta en levande eller utdöd adelssläkts namn eller vapen. Skyddet för vissa typer av adliga namn stärktes därefter flera gånger, bland annat i en kunglig resolution 1682 och i kungliga brev 1705, 1757 och 1887.

Ett annat exempel på reglering av namnbruk gäller militärer och sjömän.[26] I båda fallen kan förmodligen behovet av att veta var olika personer befann sig och om de överhuvudtaget levde, förklara förekomsten av lagregler. Av hävd har en soldat inte fått byta namn utan att regementschefen eller motsvarande gett sitt tillstånd, något som sedermera fram-

[23] Brylla, Utvecklingen av svenskt släktnamnsskick under 1900-talet. I Slektsnamn i Norden. Red. K. Kruken. Norna-förlaget. 1995. s. 73.

[24] Jfr Entzenberg 2006 s. 11; Höglund a.a. s. 16.

[25] Jfr Entzenberg 2006 s. 13, som bland annat återger en undersökning avseende personer upptagna i polisregistret 1878–94. Av dem som upptagits med adliga namn visade det sig vid en närmare granskning att mindre än 10 % av personerna var adliga.

[26] Enzenberg 2006 s. 10 f.; Höglund a.a. s. 16 f.

gick av 1889 års tjänstereglemente för armén. För sjömän var det enligt 1667 års sjölag förbjudet att byta namn, både hemma och utomlands. Av ett kungligt reglemente från 1870 framgår dock att en sjöman kunde byta namn efter anmälan till och godkännande av ombudsmannen för sjömanshusen.

Industrialiseringen av Sverige och den därmed sammanhängande inflyttningen till städer på 1800-talet medförde nya behov av att kunna identifiera individer. I debatten om namnlagstiftning på slutet av 1800-talet framfördes bland annat att behovet av obligatoriska släktnamn hade ökat eftersom det förelåg svårigheter att särskilja individer. Den begynnande framväxten av välfärdssamhället – med pensioner – ansågs också påvisa ett behov av att kunna identifiera berättigade personer.[27] Dessutom framfördes att individen hade rätt till sitt namn, att det skapade familjesamhörighet och därför borde skyddas från intrång. Frånvaron av namnlagstiftning påstods uppfattas av andra civiliserade stater ”såsom bevis på en fördröjd utveckling och underlig brist på familjekänsla”.[28] Andra ansåg dock att släktnamn inte brukades i en omfattning som gjorde lagstiftning mot intrång nödvändig.[29]

Namnfrågan framskymtar i flera olika ärenden i riksdagen. I samband med lagstiftning avseende varumärkes- och firmarätt, som ledde till 1884 års varumärkeslag och 1887 års firmalag, uppkom fråga om namnskydd för personer.[30] En näringsidkare använde nämligen ofta, på samma sätt som nuförtiden, sitt namn som både varumärke och firma. Det ansågs därmed föreligga en förväxlingsrisk av släktnamn och firma. Det var dock svårt att skapa ensamrätt för en firma så länge den anknöt till ett släktnamn och det dessutom stod var och en fritt att anta och byta släktnamn. Särskild lagstiftning angående släktnamn avvisades av departementschefen. Däremot infördes förbud mot att obehörigen registrera varumärke eller firma i annans namn.[31] Lösningen har i efterhand tolkats som ett uttryck för att tillgodose kapitalets – köpmännens – intressen i samband med industrisamhällets genombrott snarare än att skydda befintliga släktnamn.[32]

[27] Entzenberg 2006 s. 22 f.

[28] Citatet kommer från Sigfrid Wieselgrens motion i första kammaren 1896 och är hämtat från Entzenberg 2006 s. 13.

[29] Entzenberg 2006 s. 17

[30] Entzenberg 2006 s. 11 f., Höglund a.a. s. 17.

[31] Höglund a.a. s. 28. Motsvarande skydd finns fortfarande, se varumärkeslagen (1960: 644) 14 § 1 st. 4 p. samt firmalagen (1974:156) 10 § 1 st. 4 p.

[32] Entzenberg 2006 s. 12.

Att det förelåg ett behov av namnregler för att identifiera individer påtalades på 1890-talet i samband med lagstiftning om kyrkobokföring. Befolkningen ansågs på vissa orter gärna byta namn på ett okontrollerat sätt. Resultatet blev att det i 1894 års förordning angående kyrkobokföring angavs att vid namnbyte skulle antecknas dels det nya namnet, dels det gamla inom parentes.[33]

Riksdagen uttalade 1898 att lagstiftning om namnfrågan var påkallad. Uttalandet resulterade dock inte i någon allmän namnlag men i 1901 års förordning angående antagande av släktnamn. Det huvudsakliga syftet med förordningen var att uppmuntra fler medborgare att anta släktnamn, vilket skulle göra det lättare att identifiera olika individer.[34] Tillämpningen av förordningen fick dock till följd att den tidigare fria rätten att byta släktnamn inskränktes. Med tiden blev praxis avseende beviljande av namnbyte allt strängare.[35]

Namnförordningen från 1901 var formellt ett komplement till bestämmelserna om kyrkobokföring. Den innehöll inga bestämmelser om makars gemensamma släktnamn, däremot om att makar endast i gemenskap fick göra anmälan eller ansökan om namn. Dessutom fanns det en bestämmelse om frånskild hustrus rätt att återta det släktnamn hon haft före äktenskapet. Förordningen har tolkats som en rätt men inte någon skyldighet för en hustru att bära sin makes släktnamn.[36]

Några år senare, 1915, infördes genom en förordning förtydliganden till reglerna för förande av kyrkoböcker. Innebörden av regleringen var att personers för- och tillnamn skulle antecknas i kyrkoboken. Förtydligandena innebar också att en hustru skulle antecknas med sin makes tillnamn, med bifogande av ordet född samt det tillnamn hon burit som ogift.[37] Följden blev att svenskar antecknades i kyrkoböckerna med såväl förnamn som släktnamn samt att makar antecknades med mannens släktnamn som gemensamt namn – utan att det fanns någon lag som angav att var och en skulle ha släktnamn, eller att en hustru skulle ta sin makes släktnamn.

Samma år, 1915 antogs en lag om äktenskaps ingående och upplösning, som bland annat innebar en stark liberalisering när det gällde möj-

[33] Entzenberg 2006 s. 12
[34] Entzenberg 2006 s. 20.
[35] Entzenberg 2006 s. 26; Höglund a.a. s. 19.
[36] Jfr Entzenberg 2006 s. 48.
[37] Entzenberg 2006 s. 48.

ligheten att upplösa äktenskap genom skilsmässa.[38] Om makarna var överens om att det förelåg djup och varaktig söndring godtogs det som grund för hemskillnad eller äktenskapsskillnad. Lagen innehöll också en regel som berörde makars namn. Det var en mycket speciell situation som träffades av regeln, när äktenskapet ingåtts trots att det förelegat äktenskapshinder. För det fall mannen inte varit medveten om hindret (god tro) men kvinnan känt till det (ond tro), hade mannen möjlighet att i samband med målet om återgång av äktenskapet yrka att kvinnan förbjöds att bära hans namn.[39]

Med tanke på att personuppgifter hämtats från kyrkoböckerna har 1915 års förordning om kyrkoböckers förande haft en stor påverkan på det allmänna släktnamnsbruket.[40] Vad som är något förvånande är att det finns flera exempel där regleringen påstås ha skett i familjerättslig lagstiftning, och i något fall påstås att hustruns skyldighet att byta namn kodifierades 1915.[41]

3.2 1921–1963

År 1921 presenterades ett förslag till namnlag.[42] Det innehöll dels bestämmelser om att man skulle ha rätt att byta namn om det var ”så allmänt förekommande att de[t] i väsentlig mån förlorat egenskapen att vara så särskiljande”,[43] dels ett förespråkande av en obligatorisk språkgranskning av nya namn. Förslaget genomfördes inte, vilket bland annat kan förklaras med att de redan vidtagna åtgärderna (jfr 3.1) lett till en för dåtiden tillräcklig namnstabilitet.

[38] Se vidare A. Agell och M. Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap. Iustus förlag. 2011. 5:e uppl. s. 39 f.

[39] Lag 12 nov. 1915 om äktenskaps ingående och upplösning 5 kap. 8 §.

[40] Entzenberg 2007 s. 203.

[41] Jfr t.ex. Modéer a.a s. 132 – där det påstås att bruket att hustrun bär mannens släktnamn kodifierades 1915. I Dir. 2009:129 (En översyn av namnlagen) s. 1 anges att familjerättsliga regler om namnförvärv tillkom under åren 1915–1920. Vad som avses med ”tillkom” är något oklart – att regler utarbetades eller antogs? Som kommer att framgå av avsnitt 3.2 lagreglerades en hustrus skyldighet att bära sin makes namn först genom den nya giftermålsbalken, som infördes 1921.

[42] Entzenberg 2006 s. 25

[43] Citatet kommer från juridikprofessor Gösta Eberstins lagförslag, hämtat från Entzenberg 2006 s. 25.

Däremot infördes samma år, 1921, den nya giftermålsbalken, som innehöll de första bestämmelserna i svensk rätt om en skyldighet att byta namn. Av 5 kap. 15 § följde att:

> ”Hustrun erhåller med vigseln mannens släktnamn; dock må hon bära sitt eget och mannens namn i förening om hon gör en anmälan därom i den ordning Konungen bestämmer.”

Att en sådan reglering kom till stånd är av flera skäl svårt att förklara i efterhand. För det första förefaller den inte ha fyllt något reellt behov eftersom den sammanföll med vad som vid den tidpunkten redan var ett allmänt utbrett namnbruk (jfr ovan under 2). För det andra kan regleringen om makars namn sägas strida mot utgångspunkten för den nya giftermålsbalken:

> ”att makarna böra, så långt möjligt är, ställas bredvid varandra såsom lika fria och självständiga personer utan någon i lag stadgad rätt för den ena att bestämma vare sig över den andre eller över familjens gemensamma angelägenheter.”[44]

Hur kunde utgångspunkten för hela den nya giftermålsbalken förenas med en lagbestämmelse om att hustrun skulle erhålla mannens släktnamn? Lagberedningen motiverade sitt förslag om makars namn på följande sätt:

> ”Den personliga gemenskap mellan makarna, som äktenskapet medför, synes böra erhålla sitt uttryck däri, att bägge makarna hava samma släktnamn. … i anslutning till härskande ordning icke blott i vårt land utan bland kulturfolken i allmänhet, [föreslås] den regeln, att hustrun med vigseln erhåller mannens släktnamn.”[45]

Även lagutskottet ansåg att det var en lämplig ordning att en hustrus ”borgerliga namn” var det samma som hennes makes, eftersom det var ett uttryck för den personliga gemenskap som följde av ett äktenskap. Dessutom ansågs det vara en användbar ordning med hänvisning till det alltmer utvidgade statliga försäkringsväsendet.[46] Lagutskottet påpekade dock att kravet på namnbyte inte hindrade en kvinna från att i praktiken använda sitt tidigare namn, exempelvis om kvinnan var en känd konstnär, författare

[44] NJA II 1921 s. 6.
[45] NJA II 1921 s. 54.
[46] NJA II 1921 s. 55.

eller affärsidkare. Denna rätt kom inte till uttryck i lagtext men användes i praktiken, exempelvis av professor Nanna Svartz och statsrådet Karin Kock.

Vid riksdagsbehandlingen av förslaget till giftermålsbalk fanns det, beträffande bestämmelsen om hustruns släktnamn efter äktenskaps ingående, motförslag. De gick ut på att en kvinna skulle kunna välja att behålla sitt eget släktnamn och inte behöva ta sin makes. Lagutskottets förslag antogs dock – i första kammaren med röstsiffrorna 53 för och 51 emot, i andra kammaren med 88 för och 61 emot.[47] Bland de mest frekvent åberopade argumenten för lagutskottets förslag var att en annan ordning skulle hota namnstabiliteten och skapa oreda i släktnamnssystemet.[48] Dessutom var sammanhållningen i äktenskapet ett återkommande argument.

Utformningen av den nya giftermålsbalken var resultatet av ett gemensamt nordiskt projekt och motsvarande regler om makars egendomsordning infördes i hela Norden. Lagstiftningen var progressiv och innebar bland annat ett avskaffande av mannens målsmanskap över hustrun, att vardera maken ägde sin egendom och själv ansvarade för sina skulder under ett äktenskap samt att vardera makens nettotillgångar (giftorättstillgångar) delades lika vid upplösning av äktenskapet. Frågan om makars släktnamn fick dock olika lösningar i de nordiska länderna. Både Norge och Danmark reglerade frågan i separata lagar och inte i äktenskapslagstiftningen.[49] Innehållet i deras lagar skilde sig åt – i Danmark fick en hustru även fortsättningsvis rätt att själv välja att behålla sitt namn. Den norska lagens innehåll motsvarade den svenska bestämmelsen i giftermålsbalken. Detsamma kom att föreskrivas i den finska äktenskapslagstiftningen.[50]

I efterhand har namnfrågans reglering i den nya giftermålsbalken tolkats som ett utslag av statens generella intresse av kontroll över medborgarna samtidigt som det var mindre komplicerat att lagstifta om hustrurs släktnamn än om en allmän släktnamnsplikt.[51] Genom giftermålsbalken kom också kärnfamiljen i fokus, varpå frågan om familjens, det vill säga mannens, släktnamn tolkats som en sorteringsprincip för kärnfa-

[47] NJA II 1921 s. 55.

[48] Entzenberg 2006 s. 66.

[49] K. Melby, A. Pylkkänen, B. Rosenbeck, C. Carlsson Wetterberg, Inte ett ord om kärlek – Äktenskap och politik i Norden ca 1850–1930. Makadam Förlag. 2006. s. 237.

[50] Melby m.fl. a.a. s. 239 och s. 366.

[51] Entzenberg 2007 s. 205.

miljen.[52] Sammanhållningen i äktenskapet fick beträffande namnfrågan företräde framför strävanden att i övrigt likställa könen. Yvonne Hirdman menar att det bakom giftermålsbalkens paragrafer skymtas ett upputsat idealtypiskt genuskontrakt som innefattar stereotypa föreställningar om könen.[53] Hirdmans åsikt har tydlig bäring på namnfrågan. En kvinnas släktnamn ansågs tydligen inte vara ett alternativ som makars gemensamma namn och kunde därmed inte heller fungera som en sammanhållande faktor för äktenskap.

3.3 1963 års namnlag

Det dröjde fram till 1963 innan Sverige fick en egentlig lagfäst namnrätt, genom namnlagen. Lagen trädde i kraft den 1 januari 1964. I lagförarbetena till namnlagen framhålls att namn dels är viktiga som offentligrättsligt identifikationsmedel, dels har ett värde för den enskilde – inte minst som en symbol för familjen och dess anknytning bakåt och framåt i tiden.[54] Syftet med lagen var att bota bristen som följde av att det saknades en enhetlig namnlagstiftning där å ena sidan offentligrättsliga intressen kunde vägas mot privaträttsliga och å andra sidan en avvägning kunde ske mellan familjerättsliga och immaterialrättsliga intressen.[55]

Namnlagen innehöll bestämmelser om såväl familjerättsliga som administrativa förvärv av namn. Dessutom reglerades skydd för släktnamn, förvärv av förnamn, vad som kunde orsaka förlust av släktnamn samt förfaranderegler för mål och ärenden om namn. Följden av lagstiftningen blev bland annat att den som inte hade ett tillräckligt särskiljande släktnamn eller ett ”mindre tjänligt namn” hade rätt att byta, däremot inte andra.

Beträffande makars släktnamn fördes den tidigare gällande huvudregeln, från giftermålsbalken, vidare till namnlagen.[56] Genom äktenskapet fick således en hustru automatiskt sin makes släktnamn. En hustru kunde också, liksom tidigare, bära sitt eget släktnamn som ogift som så kallat tilläggsnamn framför mannens släktnamn. Behovet av namnstabilitet angavs vara ett viktigt skäl för att inte ändra rättsläget.[57]

[52] Entzenberg 2007 s. 199.
[53] Y. Hirdman, Genus – om det stabilas föränderliga former. Liber. 2001. s. 148.
[54] NJA II 1963 (Namnlagen) s. 91
[55] Jfr NJA II 1963 s. 92.
[56] Se 6 § i 1963 års namnlag.
[57] Entzenberg 2006 s. 66.

En väsentlig nyhet som infördes genom namnlagen var att en kvinna fick möjlighet att behålla sitt namn som ogift – under förutsättning att hon innan äktenskapets ingående anmälde sitt val till pastor eller vigselförrättare. Därmed upphävdes alltså den lagstadgade skyldighet som införts 43 år tidigare och som innebar att en hustru fick sin makes släktnamn genom vigseln! För det fall en kvinna varit gift tidigare och ville behålla det släktnamn hon erhållit därigenom fordrades dock att namnmyndigheten medgav en sådan önskan. Det krävdes särskilda skäl för att hon skulle få tillstånd att behålla namnet från det tidigare äktenskapet, exempelvis att det förelåg namngemenskap med hennes barn eller att hon tidigare gjort sig känd som yrkeskvinna eller politiker under namnet.[58]

För det fall en kvinna valde att inte ta sin makes släktnamn som sitt kunde hon ta mannens släktnamn som tilläggsnamn. Ett skäl för att införa den möjligheten angavs vara att tillgodose ett praktiskt behov för gifta kvinnor att bland annat under resor och vid vistelse på hotell visa sin samhörighet med sin make.[59] Motiveringen säger, enligt min mening, något om kvinnosynen på 1960-talet.

Namnlagen från 1963 innebar en möjlighet – om än en krånglig sådan – för makar att ta hustruns släktnamn som gemensamt namn. Det förutsatte för det första att hustrun innan äktenskapet anmälde att hon inte skulle byta släktnamn. För det andra fick mannen efter äktenskapets ingående ansöka hos namnmyndigheten om att få byta till hustruns släktnamn.[60] Begäran kunde beviljas under förutsättning att det förelåg synnerliga skäl, vilket det mycket sällan ansågs göra.[61]

Argument som kunde tala för och emot mer flexibla och jämställda regler för makars namnbruk ventilerades såväl i samband med riksdagsbehandlingen av 1963 års namnlag som vid flera tillfällen dessförinnan.[62] Diskussionerna var stundtals häftiga, och i efterhand kan man uppfatta en del inlägg som ganska komiska.

[58] NJA II 1963 s. 111 f.

[59] NJA II 1963 s. 113.

[60] Jfr 12 § i 1963 års namnlag och NJA II 1963 s. 120 f.

[61] Entzenberg 2007 s. 200; Höglund a.a. s. 21. Jfr B. af Kleen, Jorden de ärvde. Svante Weylers bokförlag. 2009. s. 324. af Kleen beskriver sina föräldrars försök att få författarens mammas släktnamn (af Kleen) som gemensamt namn. Försöket avbröts sedan de insett att första steget för att möjliggöra ett namnbyte bestod i att inhämta samtycke av samliga bärare av efternamnet.

[62] Jfr Entzenberg 2006 s. 50 ff.

> En ledamot i riksdagens första kammare var emot att en make skulle kunna ta sin hustrus släktnamn och anförde ”Det är inte lämpligt med ett dubbelsidigt namnskick med en viss valfrihet. Det bör inte gå för oss män att byta namn så som vi skaffar oss en ny kostym.”[63]

I efterhand har antagandet av 1963 års namnlag tolkats som en följd av en stark övergripande önskan att slutligen reglera namnfrågornas många aspekter i en gemensam lag, och att den önskan ledde till att lagen antogs trots vissa brister.[64]

3.4 1982 års namnlag

Regleringen av namn blev återigen föremål för riksdagsdiskussion från slutet av 1960-talet, trots att 1963 års namnlag då inte hade många år på nacken.[65] En utredning tillsattes 1972 för att se över lagstiftningen. Efter ett omfattande nordiskt samarbete antogs en ny namnlag 1982; den gäller fortfarande.[66]

Den var främst två omständigheter som lade grunden för ny lagstiftning. För det första hade användningen av personnummer minskat namnets betydelse som identifikationsmedel och därmed också minskat behovet av namnstabilitet. För det andra ansågs det viktigt att en modern namnlagstiftning gav uttryck för strävandena efter jämställdhet mellan kvinnor och män.[67] Sammantaget ledde detta till att det infördes större möjligheter för den enskilda att bestämma vilket namn han eller hon ska ha. Som en följd av detta ersattes termen släktnamn med *efternamn*.[68] Regler om makars efternamn fick en könsneutral utformning, företräde gavs inte för någon av makarnas namn.

Av 9 § namnlagen framgår att de som ingår äktenskap ska anmäla vilket efternamn var och en av makarna ska bära. Just anmälningsskyldighet kan ses som en viktig markering av att företräde inte ges för ett visst namnbruk.[69] Makar kan välja antingen att ta den enes efternamn som gemen-

[63] Citatet är hämtat från Entzenberg 2006 s. 61.
[64] Entzenberg 2006 s. 61.
[65] Entzenberg 2006 s. 61 f.
[66] Namnlag 1982:670.
[67] Prop. 1981/82:156 (om namnlag) s. 14.
[68] Jfr Entzenberg 2006 s. 36.
[69] Jfr prop. 1981/82:156 s. 18 f. och lagens slutliga utformning. Förslaget i propositionen var att respektive make skulle behålla sitt eget namn om makarna inte anmälde ett

samt, eller att var och en behåller det efternamn som de hade vid tiden för äktenskapets ingående. En begränsning av valfriheten gäller dock för det fall en av makarna erhållit sitt efternamn genom ett tidigare äktenskap; de nya makarna kan då inte ta det namnet som gemensamt efternamn.

Beträffande mellannamn gäller två viktiga förändringar i förhållande till reglerna om tilläggsnamn enligt 1963 års namnlag. För det första kan antingen hustrun eller maken ha ett mellannamn (ny terminologi i 1982 års lag, jfr ovan under 2). Tidigare var det en rätt som bara gällde för hustrun. För det andra krävs inte längre något särskilt tillstånd för att som mellannamn behålla ett namn som erhållits genom tidigare äktenskap. Regleringen av mellannamn innebär att makarna kan antingen ha ett gemensamt efternamn samtidigt som en av makarna har sitt tidigare efternamn som mellannamn, eller att makarna har olika efternamn och en av makarna har den andra makens efternamn som mellannamn. Båda makarna kan dock inte ha mellannamn.

Under äktenskapet har var och en av makarna vissa möjligheter att byta efternamn, 10 § namnlagen. Avsikten är att en make under äktenskapet ska kunna göra samma namnförvärv som varit möjliga i samband med äktenskapets ingående. Följden är att det är tillåtet att under äktenskapet införa namngemenskap en gång och därefter upplösa den genom att byta tillbaka till namnet som ogift.[70]

Vid riksdagsbehandlingen antogs 1982 års namnlag med stor majoritet – 240 röster för och 70 emot. Lagen ansågs väl anpassad till samtiden och även rustad för framtiden. De som var emot den nya lagen ansåg bland annat att en fullständig valfrihet mellan mannens och kvinnans efternamn kunde splittra namnsamhörigheten inom familj och släkt samt framhöll den manliga namntraditionens betydelse för familjens sammanhållning.[71]

3.5 Framtiden

För närvarande är namnlagen återigen föremål för utvärdering.[72] En parlamentarisk kommitté har fått i uppgift att presentera ett betänkande i mars 2013. Beträffande makar och deras alternativ för namnval är det främst

gemensamt efternamn, men ändrades vid riksdagsbehandlingen till en allmän anmälningsskyldighet.

[70] Höglund a.a. s. 87.

[71] Prop. 1981/82:156 s. 14 och Entzenberg 2006 s. 63.

[72] Dir. 2009:129.

reglerna om mellannamn som berörs av utvärderingen, de anses vara svårbegripliga för allmänheten. Kommittén ska därför överväga huruvida regleringen är ändamålsenlig. Som en tänkbar förändring nämns en möjlighet för båda makarna att bära mellannamn, en variant som ska kunna användas för att markera familjesamhörighet.[73] Vid en jämförelse mellan diskussionerna de senaste hundra åren av makars släkt- eller efternamn är det märkligt vilken varierad innebörd som getts för ett och samma ord – familjesamhörighet – vid skilda tidpunkter.

4 Avslutning

Berättelser om vår historia bygger i bästa fall på fakta. Ett av skälen till att historien kan utvärderas och omvärderas i oändlighet är det kända fenomenet att det som presenterats som historia i vissa fall utgör myter snarare än fakta.[74] ”Finns det inte en passande historia kan man alltid hitta på en.”[75] När det gäller makars släktnamn och specifikt skyldigheten för en hustru att ta sin makes namn är bristen i överensstämmelse mellan vad som utgör fakta och berättelse intresseväckande. Ett exempel är Jan Eric Almqvists påstående i Den svenska familjerättens historia från 1946.

> ”Från slutet av 1600-talet och början av 1700-talet finnas … åtskilliga förordningar i ämnet, som direkt utsäga, att hustrun skulle antaga mannens tillnamn, och att om mannen hade någon titel eller rang, hustrun skulle vara även därav delaktig.”[76]

Genom att studera dels namnbruk genom tiderna, dels lagregleringar av personnamn går det att konstatera att Almqvists påstående om reglering av makars namn är felaktigt. Visserligen angavs i 1734 års giftermålsbalk att ”hustrun följe ock mannens stånd och villkor”,[77] men det var först genom den nya giftermålsbalken från 1921 som en kvinna förvärvade makens släktnamn genom äktenskapet. Almqvist är dock inte ensam om att skildra regleringen, och traditionen, att mannens släktnamn blir makarnas gemensamma som betydligt äldre än vad den faktiskt är. Han har bland annat säll-

[73] Dir. 2009:129 s. 4.
[74] Jfr bl.a. E. Hobsbawm, Om historia. Prisma. 1999. t.ex. s. 19, 37, 40, 227 och 301.
[75] Hobsbawm a.a. s. 17.
[76] Almqvist a.a. s. 46.
[77] Se 9 kap. 1 § 1 st. in fine. Däremot fanns inga bestämmelser om makarnas släktnamn i 1734 års giftermålsbalk.

skap av riksdagsledamöter och författare till svensk familjerättslitteratur.[78] Vilken bevekelsegrund var och en haft för att gestalta historien på ett visst sätt har inte undersökts här. En i sammanhanget mer väsentlig fråga är vilken historia om makars namnbruk som ska berättas fortsättningsvis. För egen del vill jag framhålla vikten av att hädanefter presentera fakta varvid bristen på lagstiftning medför att forskningen om namnbruk måste ges en stor plats.

Sammanfattningsvis kan konstateras att traditionen att hustrun tagit sin makes släktnamn är en tämligen modern företeelse, den fick inte fäste bland en bred allmänhet förrän på 1800-talet. Det har förelegat en lagreglerad skyldighet med motsvarande innehåll under en begränsad tidsperiod, nämligen under 43 år från 1921 till 1964. Att kvinnor behövt ta sin makes efternamn utgör i svensk rätt en historisk parentes. Det är en intressant och motsägelsefull parentes, som dock fått stor genomslagskraft på namnbruk i modern tid.

[78] Jfr ovan not 2 samt avsnitt 3.

Johan Hirschfeldt

Inte är väl regleringen för ingående av äktenskap värderingsfri?

1 Rubrikens fråga

Riksdagen beslutade 2009, efter en splittrad och långvarig beredning, på civilutskottets initiativ att införa en könsneutral utformning av bestämmelserna om ingående av äktenskap i 1 kap. 1 § äktenskapsbalken med uttryckssättet: ”De två som ingår äktenskap med varandra blir makar.” Samtidigt ändrades lagregleringen av vigselfrågorna.[1]

I förarbetena anslöt sig civilutskottet[2] till följande uttalande som lagutskottet tidigare hade gjort i anslutning till antagandet av 1994 års lag om registrerat partnerskap:[3]

> Det bör inte ankomma på samhället att – genom lagstiftningen eller på annat sätt – ge uttryck för några värderingar när det gäller människors sätt att ordna sin samlevnad.[4]

Men är denna, till synes neutrala utgångspunkt, verkligen principiellt hållbar? Är det inte i stället i egentlig mening just värderingar man ”ger uttryck för” genom att lagstifta på visst sätt och måste man då inte diskutera dem först? Till belysning av frågan är det fruktbart att studera litet amerikansk rättsfilosofi. Så det blir här i någon mån ett möte mellan rättsfamiljer. Detta hoppas jag gläder vännen Rolf Nygren.

[1] Äktenskaps- och partnerskapsutredningens betänkande (SOU 2007:17) Äktenskap för par med samma kön – Vigselfrågor, prop. 2008/09:80 och bet. 2008/09:CU19.

[2] Bet. 2008/09:CU19, s. 10.

[3] Bet. 1993/94:LU28, s. 8 f.

[4] I lagutskottets betänkande följde sedan en mening: ”Samhället har i stället en skyldighet att tillgodose det uppenbara behov som finns genom att erbjuda även enkönade par möjligheten att bilda familj med juridiska rättigheter och förpliktelser som följd.”

2 Lagstiftningsförändringarna

En rättshistoriskt initierad läsekrets behöver sannerligen inte påminnas om att just äktenskapsrättens utveckling i hög grad präglats av att samhällen genomgår successiva lagstiftningsförändringar på området. Därvid uttrycks nya samhälleliga värderingar. Det räcker att gå till redovisningen i läroböckerna för att se detta.

Genom 1920 års giftermålsbalk jämställdes man och hustru. Samhällelig neutralitet till olika samlevnadsalternativ kan sägas ha blivit en alltmer representativ hållning på området. Göran Inger[5] har framhållit att 1972 års familjelagssakkunniga i sitt betänkande[6]

> avspeglade … den förändring i värderingar och beteendeförhållanden, som inträffat i det svenska samhället framför allt under de tre senaste årtiondena. Det är det sekulariserade samhället, som präglar detta betänkande, ett samhälle, som dessutom inte har något intresse av om de enskilda medborgarna lever tillsammans i lagligen stadfästa äktenskap eller om de lever tillsammans under äktenskapsliknande förhållande, ehuru de icke är gifta med varandra. Varje individ skall själv bestämma, hur han eller hon vill ha det.

Därefter kom 1987 års reformer med den parallella tillkomsten av äktenskapsbalken, lagen om sambors gemensamma hem och lagen om homosexuella sambor. En lag om registrerat partnerskap tillkom 1994. De båda sambolagarna slogs samman 2003. Registrerade partner gavs möjlighet att adoptera barn gemensamt 2003 och fick tillgång till assisterad befruktning 2005.

Lagstiftningen om könsneutrala äktenskap är, som sagt, på plats sedan 2009. Nästa värdeladdade fråga som nu tornar upp sig för regering och riksdag gäller krav på ändringar av 1972 års lag om fastställelse av könstillhörighet. Där har Socialstyrelsen till regeringen överlämnat en rapport där bl.a. kravet på sterilisering vid könsbyte föreslås bli struket.[7]

[5] Göran Inger, Svensk rättshistoria, s. 272, Liber Läromedel Lund,1980.

[6] SOU 1972:41 Familj och äktenskap.

[7] Socialstyrelsens rapport Transsexuella och övriga personer med könsidentitetsstörningar – Rättsliga villkor för fastställelse av könstillhörighet samt vård och stöd, 2010.

3 Lagstiftningsärendet om könsneutrala äktenskap

Äktenskaps- och partnerskapsutredningens med f.d. justitiekanslern Hans Regner som särskild utredare ställdes inför den svåra uppgiften enligt direktiven att redovisa samtliga skäl som talar för eller emot att äktenskap ska kunna ingås av par med samma kön.

I ett bakgrundsavsnitt hänvisar utredaren särskilt till lagutskottets ovan citerade uttalande om att lagstiftaren inte ska ge uttryck för värderingar.[8] Vidare nämner han följande, närmast motstridiga, uttalande av regeringen i propositionen om partnerskap och adoption:[9]

> Liksom annan lagstiftning är partnerskap och adoption i grunden en fråga om värderingar, här framför allt synen på familjebildning och föräldraskap, som samtidigt skall avgöras sakligt och rationellt. I detta fall skall bedömningen utgå från vad som kan antas vara bäst för barnen.

Utredaren diskuterar sedan äktenskapet som en del av den svenska rättsordningen och dess anknytning till familjebildning som social institution. Han inleder sina överväganden:[10]

> En redovisning av skälen för eller emot ett vidgat äktenskapsbegrepp måste grundas på vad som sagts i den allmänna debatten eller som annars har en viss allmängiltighet. Rena känsloskäl som exempelvis kan bero på en persons inställning till homosexualitet måste lämnas åt sidan. Inte heller kan religiösa uppfattningar om homosexualitet som en mänsklig företeelse ges utrymme. Det kan inte vara min uppgift att värdera sådana uppfattningar som kan ha en rent religiös bakgrund. Inte heller kan jag välja eller vraka bland olika skäl för den ena eller andra lösningen beroende på min personliga uppfattning. Det måste i stället bli en fråga om skäl som kan mätas med en någorlunda objektiv måttstock. Redovisningen som lämnas i det följande har utformats från denna utgångspunkt. En annan utgångspunkt har varit äktenskapets betydelse som familjebildning. I den allmänna debatten om äktenskap för par med samma kön synes nämligen oftast äktenskapet som familjebildning ha stått i fokus.

[8] SOU 2007:17, s. 123.
[9] Prop. 2001/02:123, s. 29 f.
[10] SOU 2007:17, s. 220 f.

Härefter diskuterar utredaren skälen för och emot äktenskap för par med samma kön och förordar att äktenskapet ges en könsneutral reglering.

Remissinstansernas bedömningar av förslaget redovisas i propositionen.[11] Bland de synpunkter som framförs kan här nämnas att nuvarande lagstiftning anses diskriminerande eller särbehandlande eller kan uppfattas som godtyckligt särbehandlande. Förslaget bedöms leda till en positiv attitydförändring till gagn för barnen till homosexuella – barn som särbehandlas om deras föräldrar inte har samma möjligheter som heterosexuella föräldrar. Att äktenskapet som en institution värnar om familjebildningen behöver inte förbindas med biologisk reproduktion i snäv mening.

De religiösa samfundens syn på äktenskapet skiljer sig åt. För en del är vigseln ett sakrament, för andra inte. Några religiösa remissinstanser framhåller dels att äktenskapet är den enda samlevnadsform som medger faderskapspresumtion och därmed sammanlänkar föräldraskapets biologiska, juridiska och sociala dimensioner, dels att en utvidgning av äktenskapsbegreppet kan leda till krav på ytterligare ändringar, t.ex. att ”syskon av samma kön eller månggifte ska godtas.”

Det sista uttalandet är språkligt sett något oklart – men det är väl en oro för bl.a. samkönade syskonäktenskap som avses.

Civilutskottet anförde i skälen för sitt förslag om en lagändring bl.a. att det för sin del inte kunde finna annat än att det som kommer till uttryck i lag återspeglar vad som är sanktionerat av samhället i stort och normerande för de vardagliga levnadsförhållandena. En åtskillnad mellan äktenskap och registrerade partnerskap kunde då uppfattas som en signal om att det finns skäl att göra skillnad. Invändningen att könsneutrala äktenskap strider mot traditionen bemötte utskottet så här:

> Att ett begrepp under lång tid har haft en viss innebörd i något avseende är, som utskottet ser det, i sig inte ett skäl att behålla det. Genom åren har lagens regler om innebörden och förutsättningarna för ett äktenskap ändrats väsentligt. Att nu göra en ändring som innebär att lagen bättre svarar mot de levnadsvanor och värderingar som idag finns i samhället är enligt utskottets mening inget brott mot den traditionen.

Utskottet menar vidare att motiven för den äktenskapliga regleringen är fristående från religiösa värderingar. Trosuppfattningarna kan inte vara

[11] Prop. 2008/09:80, s. 12 ff.

avgörande för lagens utformning. Men det är enligt utskottet möjligt att inrätta reglerna så att de inte kommer i konflikt med de religiösa värderingarna, t.ex. genom att vigselförrättarna inom trossamfunden har en viktig roll som ”företrädare för det allmänna” i vigselverksamheten.[12]

4 Vigselplikt?

I anslutning till införandet av könsneutrala äktenskap aktualiserades också vigselfrågor. Något obligatoriskt civiläktenskap kommer inte i fråga. Att det för borgerliga vigselförrättare ska vara obligatoriskt att viga alla, även samkönade par är naturligtvis en given utgångspunkt. Eftersom även vigsel inom trossamfund är en form av myndighetsutövning och denna befogenhet därmed måste delegeras till privata subjekt, ska enligt regeringsformen regleringen av vigselrätten ske i lag. Så sker i lagen om rätt att förrätta vigsel inom trossamfund. Den lagen gäller nu även för Svenska kyrkan. En vigselförrättare inom ett samfund med vigselrätt är dock enligt en uttrycklig lagbestämmelse inte skyldig att förrätta vigsel (4 kap. 3 § andra stycket äktenskapsbalken).

Utredaren behandlade den sistnämnda frågan närmare.[13] Ska det råda vigselplikt för vigselförrättare inom trossamfunden eller för samfunden eller ska det kravet inte ställas? Utgångspunkten var här gällande rätt där det inte förelåg någon vigselplikt för samfunden eller deras befattningshavare. I stället gäller samfundens interna föreskrifter. Det kan ställas krav på medlemskap eller annan tillhörighet. Vigsel kan nekas på rent läromässiga eller själavårdsmässiga skäl.

Utredaren nämner den ena linjens diskrimineringsargument liksom den andras, den som hävdar religionsfrihetsargumentet och som tillägger att vigsel är gudstjänst och att det över huvudtaget inte är möjligt att ”separera” myndighetsutövningen från den religiösa liturgin.

Utredaren gör sedan en bedömning utifrån rättsliga utgångspunkter. Han redovisar bestämmelserna i diskrimineringslagen, 16 kap. 9 § brottsbalken om olaga diskriminering, 1 kap. 9 § RF om likabehandling inför lagen samt målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § RF om att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Utredaren anser att den sistnämnda bestämmelsen, även om den inte är rättsligt bindande, fordrar en intresse-

[12] Bet. 2008/09:CU19, s. 10 ff.
[13] SOU 2007:17, s. 274 ff.

avvägning i frågan om vigselplikt. Härefter behandlas frågan om en vigselplikt strider mot religionsfriheten (2 kap. 1 § första stycket sjätte punkten RF och Europakonventionens art. 9). Slutsatsen blir att en vigselplikt i allt fall tangerar religionsfriheten och att nuvarande ordning bör behållas.

Detta blir också lagstiftarens slutsats: ”(O)m trossamfundets verksamhet är varaktig och samfundet har en sådan organisation att det på goda grunder kan antas att äktenskapsbalkens bestämmelser om vigsel och därmed sammanhängande åtgärder kommer att tillämpas”, kan trossamfundet ges tillstånd att förrätta vigsel.

Denna villkorsformulering i 1 § lagen om rätt att förrätta vigsel inom trossamfund är inte uppbyggd på några redovisade värderingar i sak utan kan ses som en närmast rent teknisk hänvisning till äktenskapsbalkens reglering av frågan.

I sammanhanget kan nämnas att det på ett angränsande område finns en helt annorlunda villkorsformulering som uttryckligen är värdebaserad. Det gäller villkoren för statsbidrag till trossamfund. I 3 § lagen om stöd till trossamfund stadgas, att statsbidrag får lämnas endast till ett trossamfund som ”bidrar till att upprätthålla och stärka de grundläggande värderingar som samhället vilar på”. I förarbetena till bestämmelsen utvecklas innebörden av bestämmelsen. I propositionen anför departementschefen:[14]

> Ett trossamfund som skall komma i fråga för statligt stöd i form av statsbidrag bör enligt regeringens uppfattning bedriva en verksamhet som direkt eller indirekt upprätthåller och stärker de grundläggande värdena i det svenska samhället. I detta ligger att samfundet utövar sin verksamhet med respekt för alla människors lika värde samt bidrar till en normbildning i samhället som överensstämmer med demokratins idéer. En förutsättning för statsbidrag bör således vara att trossamfundet bidrar till att upprätthålla och stärka samhällets grundläggande värderingar. För att anses bidra till att upprätthålla och stärka samhällets grundläggande värderingar bör trossamfundet motverka alla former av rasism och andra typer av diskriminering samt våld och brutalitet. Samfundet bör också verka för att utveckla förutsättningarna för jämställdhet mellan kvinnor och män. Vidare bör samfundet verka för att dess medlemmar och betjänade vägleds av etiska principer som är förenliga med samhällets grundläggande demokratiska värderingar. Detta innebär dock inte något krav på att t.ex. samfundets lära eller åskådning skall utformas i demokratisk ordning. Inte heller krävs det att beslutsprocessen i samfundet vid utseende av exempelvis präster vilar på demokratisk grund. Av väsentlig betydelse är i stället att trossamfundet

[14] Prop. 1998/99:124, avsnitt 4.4.2.

verkar för att dess medlemmar och betjänade deltar i samhällslivet och att samfundet klart markerar avståndstagande från antidemokratiska strömningar i samhället.

Utredaren påpekar att dessa förutsättningar är allmänt hållna och anser dem vara inriktade på andra faktorer än dem som är av betydelse för att vigslar ska kunna förrättas inom ett trossamfund.[15] Samtliga remissinstanser lämnade också utredningens bedömningar i fråga om kraven för vigseltillstånd utan invändningar. Frågan berörs sedan inte i förarbetena till 2009 års lagstiftning.

Jag återkommer till den i avsnitt 6.

5 En amerikansk rättsfilosof resonerar

Utredaren redovisar i betänkandet en ambitiös genomgång av utländsk rätt och nämner att äktenskap för par med samma kön numera är tillåtna i Nederländerna, Belgien, Spanien, Kanada och i delstaten Massachusetts, USA.

Medan Nederländerna och Belgien knyter rättsverkningarna av ett äktenskap till en obligatorisk borgerlig vigsel, är den spanska ordningen lik den svenska. Detsamma gäller Kanada, där domstolsargumentationen för den nya ordningen var uttalat konstitutionell till sin natur.

Så till USA. Idén till den här texten kommer från min sommarläsning om amerikanska förhållanden på området i ett arbete skrivet av rättsfilosofen och Harvardprofessorn Michel J. Sandel.[16] Sandels stimulerande pedagogiska grepp är att röra om i kronologin för rättsfilosofin och den politiska filosofin och att diskutera utifrån praktiska men ibland hårt vinklade exempel. Jag gör här, som amatör på området, ett litet försök till extrem sammanfattning av Sandels fängslande framställning.

Sandel börjar med utilitarismens, Benthams mesta möjliga nytta-princip och Adam Smiths diskussion om frihet. Sedan kommer libertianismen med den minimalistiska synen på statens uppgifter och med företrädare som Hayek, Milton Friedmann och Nozick. Här använder Sandel för diskussionen frågor om handel med mänskliga organ, om assisterade självmord

[15] SOU 2007:17, s. 271.

[16] Michael J. Sandel, JUSTICE What's the right thing to do?, Penguin Books, London, 2010. Sandels seminarier med Harvardstudenter i ämnet finns också fritt tillgängliga på Internet, se http://www.justiceharvard.org/. Frågan om samkönade äktenskap behandlas där i det avslutande avsnittet 12.

och om samtycke till kannibalism. Därefter följer ett kapitel om rättvisa och marknad med en diskussion om sådant som värnplikt eller yrkesarmé. Han behandlar rättsliga problem som kan följa på avtal om inseminerat havandeskap eller surrogatmödrakontrakt efter in vitro fertilisering. Därefter är det dags för Immanuel Kant och hans kategoriska imperativ. Kants politiska teori sägs avvisa utilitarismen till förmån för en rättviseteori byggt på ett socialt kontrakt. Sedan följer John Rawls och hans rättviseargumentation eller hans lika-värdesprincip, grundad på ett ”blindtest” eller, med hans egna ord, ett test gjort bakom en slöja av okunskap (a veil of ignorance). Det finns enligt Rawls moraliska gränser för vad som kan avtalas. Ett samtycke är inte alltid tillräckligt för att grunda ett avtal och ibland kan en förpliktelse uppstå utan samtycke (det senare exemplifieras med ett fall, ett betalningsanspråk för en av David Hume inte beställd reparation av hans uthyrda hus i Edinburgh). Därefter behandlas antidiskriminering och ”affirmative action”. Sandel pekar här på att människor har olika uppfattningar om ”honor and virtue” och att uppfattningar i ett samhälle om olika sociala institutionernas roll kan vara omstridda och spända. Kants och Rawls filosofi försöker enligt Sandel finna en grund för rättvisa och rättigheter som är neutral i förhållande till konkurrerande uppfattningar om innebörden av det goda livet. Det rätta har enligt dem företräde framför det goda. Så är det dags för Aristoteles. För att bestämma om rättigheter måste syftet och ändamålet för den aktuella sociala praktiken (”the *telos* of the social practice in question”) bestämmas. När frågor om syfte och ändamål för en praktik prövas så innebär det, åtminstone till en del, att man också prövar och argumenterar kring vilka värden denna praktik ska gynna (”honor and reward”). Ställningstaganden till rättvisa och rättigheter fordrar alltså argumentation om innebörden av ”det goda livet”. Ändamålet med en god konstitution är att forma goda medborgare och utveckla deras goda karaktär. Sandel betonar betydelsen av att det förs en diskussion om sådana ting. Om liberalerna drar sig för diskussionen om frihet och rätt och nöjer sig med att förhålla sig neutrala så störtar fundamentalisterna in och tar över.

Sandel tar upp diskussionen om samkönade äktenskap. Olika syn på äktenskapets syfte och olika positioner till frågan behandlas. Han refererar ett viktigt rättsfall på området.[17] Den ideala libertianska lösningen att helt privatisera äktenskapet och låta människor lösa sina varierande

[17] Goodridge v. Dept. Of Public Health; Massachusetts Supreme Court, dom den 18 november 2003. Rättsfallet nämns också i SOU 2007:17, s. 180.

samlevnadsfrågor genom privata avtal redovisas och drivs resonemangsvis till sin spets. Också tre personer kan väl samtycka till att gifta sig med varandra. Ja, en person kan väl få gifta sig med sig själv. Om nu någon ställer upp på att förrätta ceremonin.

Här skjuter jag in: Denna argumentation kan i förstone förefalla absurd och irrelevant. Men tänk då på att det var några remissinstanser i det svenska lagstiftningsärendet som varnade just för liknande framtida konsekvenser om könsneutrala äktenskap införs i Sverige, se avsnitt 3 ovan.

Sandel sammanfattar slutligen:

> The real issue in gay marriage debate is not freedom of choice but whether same-sex unions are worthy of honor and recognition by the community – whether they fulfill the purpose of the social institution of marriage.
> – – –
> And this carries us onto contested moral terrain, where we can't remain neutral towards competing conceptions of the good life.

6 Till sist

Ser man bakom proklamationen om neutralitet i det svenska lagstiftningsärendet finner man också mycket riktigt att det där i förarbetena finns en sådan diskussion som Sandel fordrar. Utredaren är här utförlig och allsidig. Han skriver också om kärlek och om behovet för människor med olika sexuell läggning att såväl mellan sig som utåt få visa känslor och sin önskan att leva tillsammans i ett varaktigt och ömsesidigt förpliktande förhållande. Han prövar argumentet barnalstring som syftet för äktenskap och behandlar barnens bästa-argumentet. Han tar upp också ”urvattningsargumentet”, dvs. att andra samlevnadskonstellationer på sikt kan komma att inkluderas i äktenskapet. Mera pragmatiska argument som att äktenskapsbalken bygger på neutralitet i fråga om hur makarna förhåller sig till varandra och att lagstiftaren medvetet inskränkt sig till att tillhandahålla praktiska lösningar tas upp. Remissinstanserna fortsätter diskussionen om olika värden.

I det lagstiftande civilutskottets uttalanden tas avstampet i neutralitetsprincipen men sedan återspeglas argumentationen i värdefrågorna väl. Den refereras dock naturligt nog mer kortfattat och med återhållsamhet men de värdegrundade invändningarna mot förslaget bemöts och värdeargument för förslaget anges. Utskottet stöder sig bl.a. uttryckligen på ett yttrande av teologiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet om att det finns goda skäl att hävda att par av samma kön har rätt att

få stöd i lag för sin samlevnad på ett sätt som inte framstår som mindre värdefullt än heterosexuella pars samlevnad.

Åter så till de i lag angivna villkoren för trossamfunden när det gäller statsbidrag respektive vigselplikt. Båda frågorna har tveklöst religiösa dimensioner men som vi sett ovan i avsnitt 4 är villkoren helt olika till sin utformning.

En reflexion som här inställer sig är att det tycks vara lättare för lagstiftaren att lägga ut texten i värdetermer i en fråga om statsbidrag än i en familjerättslig fråga. I båda fallen handlar det dock om samma allvarliga sak: På vilka utgångspunkter ska offentligrättslig myndighetsutövning vila? Låt vara att myndighetsutövningen i det senare fallet är delegerad till trossamfundet med dess vigselförrättare ”som företrädare för det allmänna” och att den myndighetsutövningen tillåts vara fakultativ – för att inte säga rent diskretionär. Motiveringen för detta är att religionsfriheten fordrar detta. Och visst, här föreligger en reell värdekonflikt.

Vill man undvika den, är lösningen ett obligatoriskt inregistrerande civiläktenskap i kombination med en rättslig avreglering av alternativet vigsel inom trossamfund. Så har man också löst konflikten i Nederländerna och Belgien. Klokt, tycker jag.

Så allra sist: Vad blir svaret på rubrikens fråga? Den blir nej. Neutralitetsargumentet må vara ett gott tekniskt avstamp. Men visst ställer väl likavärdesprincipen högre krav än bara teknisk neutralitet. Så ett ställningstagande från lagstiftarens sida måste grundas på en diskussion om värderingar och värdekonflikter. Att denna operation sedan också kommer till ett tydligt uttryck i det aktuella ärendet är ett rimligt anspråk på en god lagstiftare.

Mia Korpiola

Svensk familjerätt efter reformationen: förändringar i fokus

1 Inledning: en konservativ reformation

Sverige är – som känt – det första reformatoriska landet utanför Tyskland. Den nya kyrkliga ordningen blev bekräftad vid riksdagen i Västerås år 1527. Vid det laget hade den katolska kyrkans rätt verkat i Sverige i ungefär fyra sekel. Den kanoniska rätten hade gjort sitt bästa för att omvandla det svenska samhället så att den bättre skulle motsvara dess ideal och syften. Inom familjerätten hade det hänt mycket. Kyrkan hade introducerat nya rättsinstitut, som t.ex. testamentet som hade romerskrättsliga anor. Den hade lyckats förändra den tidigare uppfattningen om äktenskapet och (om)definierat äkta börd och släktskap på ett sätt som till stor del kom att godkännas i Sverige.

Den svenska reformationen var ingen populär folkrörelse som spontant skulle ha fått med sig den svenska allmogen utan den började och fortsatte i konservativ anda utan radikala inslag som t.ex. anabaptister. Därför skedde det få snabba rättsliga förändringar. Många aspekter av familjerätten, som ofta anses förvandlas särskilt långsamt, förblev oomvandlade av reformationen. När jag i min artikel granskar reformationens inverkan i Sverige lyfter jag fram förändringarna, inte den dominerande stabiliteten. Denna snabba titt fokuserar i synnerhet på några teman: jurisdiktion, äktenskapsrätt, disciplinering och patriarkalism.

2 Jurisdiktion

Reformatorernas tankar spred sig i landet men vilket rättsligt innehåll skulle de få? En av de fundamentala skillnaderna mellan den katolska och lutherska kyrkan var äktenskapets status. Reformatorerna angrep den katolska kyrkans doktrin att jungfrudom värderades högre än äktenskap. Delvis av denna anledning ansågs äktenskapet nu även vara tillåtet – till och med rekommenderat – för präster. Under medeltiden hade äktenskapet uppfattats som ett av kyrkans sju sakrament, men detta bestreds av reformatorerna. När äktenskapet miste sin sakramentala status, fanns det få absoluta grunder varför kyrkan skulle ha exklusiv jurisdiktion över äktenskapet. Sakramentaliteten hade även lagt grunden till doktrinen om äktenskapets oupplöslighet, och i alla reformatoriska länder tilläts därför skilsmässor fast de i praktiken kunde vara mycket svåra att få.

Hur skulle domsrätten i Sverige organiseras i äktenskapsmål efter reformationens begynnelse? 1527 års riksdag i Västerås har traditionellt kallats ”reformationsriksdagen”, och där gjordes kungen *de facto* till överhuvud i kyrkan genom Västerås recess, som kungen sedan kompletterade med Västerås ordinantia. Dessa upprätthöll biskoparnas befogenhet att döma i äktenskapsmål fast eventuella sakören skulle redovisas för kungen.[1] Verkställandet av dessa statuter tycks dock ha förorsakat problem. Åtminstone var Gustav Vasa (reg. 1523–1560) tvungen att påminna fogdar och förläningsinnehavare om att äktenskapsmålen ännu tillhörde biskoparnas jurisdiktion och att dessa betalade eventuella böter direkt till de kungliga kassakistorna utan inblandning av andra.[2]

För sin del skrev Laurentius Petri Nericius (1499–1573), Olaus Petris bror och den första lutherska ärkebiskopen i Sverige, en förklaring av Västerås ordinantia. Enligt honom tillhörde all domsrätt kungen och hans ämbetsmän. Men eftersom den kyrkliga överheten och dess domare så länge hade innehaft hela ansvaret för att binda och lösa äktenskap, hade de världsliga myndigheterna (lagmän, häradshövdingar, borgmästa-

[1] Västerås ordinantia (1527), Svenska riksdagsakter jämte andra handlingar som höra till statsförfattningens historia under tidehvarvfet 1521–1718, I:1. Redaktörer Emil Hildebrand och Oscar Alin. Norstedt. 1887. s. 90–91; Laurentius Petris förklaring av Västerås ordinantia, Handlingar till Sverges reformations- och kyrkohistoria under Konung Gustaf I, I. Redaktör P. E. Thyselius. Handlingar rörande Sverges inre förhållanden under Konung Gustaf I, I. C. A. Bagges. 1841. s. 88.

[2] Plakat om konungs- och biskopssakören (1528), Handlingar till Sverges reformations- och kyrkohistoria, I a.a. s. 164–167.

re och råd) blivit ovana vid att döma i sådana saker. Dessutom var äktenskapsmål förknippade med människornas samveten och själar. Detta var en vidare förklaring till varför kyrkan traditionellt hade haft jurisdiktionen över äktenskapsmål – men bara så länge de världsliga myndigheterna beviljade detta. Denna princip upprepades även i kyrkoordningen 1571 som konstaterade att ”*Echtenskaps saker ändoch the meer lyda vnder werdzlig dom, än Kyrkionnes*.”[3] Kyrkoordningen konstaterade direkt att synnerligen svåra fall skulle hänskjutas av biskopen till ”överhetens händer”, särskilt om de inte kunde avgöras utan dess makt och auktoritet.[4]

Detta skedde också i praktiken. Vid många tillfällen – i problematiska eller politiskt känsliga fall – vände sig biskopen, domkapitlet och prästerskapet till fursten för råd och auktorisation. När till exempel prästen Nils från Askersund ville skilja sig från sin fru Kristin Hermansdotter som han levde i osämja med och som hade rymt flera gånger från sin man, tyckte biskopen och kapitlet i Strängnäs att det inte fanns grunder för skilsmässa enligt kyrkoordningen. Frun var ju ännu ”frisk och sund”. De förmanade prästen till tålamod tills de kunde konsultera hertig Karl av Södermanland (1550–1611, kung 1604–1611), ”*wår nådige herre och furste*”. Tydligen var det furstliga svaret jakande eftersom skilsmässan beviljades följande år.[5] När den gamle adelsmannen Bengt Arendsson [Örnflycht] till Granhammar år 1595 ville gifta sig med sin hushållerska och konkubin Anna, som hade arbetat för honom i sju år, var sonen Åke Bengtsson starkt emot giftermålet våren 1596. Trots svårigheter i förhållandet ville Bengt Arendsson gifta sig med Anna.[6] Eftersom sanktioner mot adelns ofrälse äktenskap diskuterades inom adeln tycks ärkebiskopen och kapitlet ha varit ovilliga att auktorisera giftermålet. Därför meddelade de Bengt Arendsson att han kunde anhålla om lov av riksföreståndaren, hertig Karl, att ingå äktenskap med kvinnan. Detta tillstånd som Bengt Arendsson ansökte om, auktorisationen till ärkebiskopen, går att hitta i hertigens registratur. Efter att

[3] Laurentius Petris förklaring av Västerås ordinantia, Handlingar till Sverges reformations- och kyrkohistoria I a.a. s. 88–89; Ordning om Biscopar, Den svenska kyrkoordningen 1571 jämte studier kring tillkomst, innehåll och användning [härefter KO 1571]. Redaktör Sven Kjöllerström. Håkan Olssons Förlag. 1971. s. 166.

[4] Ordning om Biscopar, KO 1571 a.a. s. 166.

[5] T.ex. stiftsynoderna 1583 ja 1584, Svenska synodalakter efter 1500-talets ingång: 2. serien, Strängnäs stift [härefter SSA 2:I]. Redaktör Herman Lundström. Skrifter utgifna af kyrkohistoriska föreningen, II:4. 1909–1911. s. 5–8.

[6] 28.5.1595, 23.9.1595, Uppsala domkapitels arkiv A I:1. Protokoll 1593–1608. Upplands landskapsarkiv. Uppsala.

adelsmannen presenterade hertigens brev till kapitlet och det konstaterades att hans söner inte längre motsatte sig äktenskapet beviljade ärkebiskopen Bengt Arendsson och Anna lov att ”med det snaraste hålla bröllop”. Den glade brudgummen gjorde en donation till domkyrkan som ett tecken på sin tacksamhet.[7]

Dessutom vände sig prästerskapet till fursten eller de världsliga myndigheterna för extra stöd gentemot folket eller tjänstemännen. Domkapitlen behövde även ibland utnyttja de världsliga myndigheternas verkställande makt. Ett exempel på detta är när Nils Jordans från Kalmar blev bestraffad för att ha slagit sin hustru ”*lemmelös*” och uppfört sig som en ”*argh tyrran emot henne*”. Inte bara var han tvungen att genomgå kyrkotukt, dvs. risslitning och vattenljutning, därutöver skulle borgmästarna kasta honom i stadens kista till dess att han var beredd att göra bättring.[8] Det ökade samarbetet mellan kyrkliga och världsliga myndigheter resulterade i den strikta kyrkotukten på 1600-talet. Även den statistiskt ökande sexuella brottsligheten under reformationstiden kan till en stor del förklaras genom en intensifierad kontroll av lokalsamhällen av kyrkans och kronans män.[9]

Influenserna från utländsk rätt kom till en viss del att byta form under denna period: reformatorernas texter, tyska kyrkoordningar och romersk-tysk rätt kom att utöva större inflytande i Sverige under reformationstiden medan den kanoniska rättens inflytande minskade. Även Bibeln framhävdes. Olaus Petri (1493–1552) publicerade sitt verk *Een liten boock om sacramenten* år 1528. Helt i överensstämmelse med Martin Luthers och de övriga reformatorernas tankar, konstaterade Olaus Petri i boken att ”papisternas” påstående att äktenskapet var ett sakrament saknade Bibelns stöd. Tvärtom var äktenskapet en sekulär sak som tillhörde den världsliga överheten.[10]

[7] 7.9.1596, Hertig Karl till ärkebiskopen angående Bengt Arendssons giftermål, Hertig Karls registratur, vol. 23 1596, E01030, 4/6 (på mikrokort). Riksarkivet. Stockholm. s. 73.

[8] Ärkebiskop Abrahams räfst. Redaktör Otto Holmström. Skrifter utgifna af Kyrkohistoriska föreningen, IV:1. 1901. s. 23. Se, t.ex., även stadgan av hertig Karl (1583), SSA 2:I a.a. s. 9–11.

[9] T.ex. S. Aalto, Kirkko ja kruunu siveellisyyden vartijoina. Seksuaalirikollisuus, esivalta ja yhteisö Porvoon kihlakunnassa 1621–1700. Bibliotheca Historica, 12. Suomen Historiallinen Seura. 1996. s. 148–177.

[10] Om ächteskapet, Een liten boock on sakramenten (1528), Samlade skrifter af Olavus Petri I. Upsala. 1914. s. 399.

Bibeln hänvisades till i allt högre grad efter reformationen. Fast Bibeln hade varit en viktig auktoritet redan för den kanoniska rätten fick den större betydelse under den lutherska ortodoxins tid. T.ex. Johan Skytte hade många hänvisningar till Mose bok i sin kommentar till stadsrätten från år 1608.[11] Samma gällde de domareregler som enligt Jan Eric Almquist möjligen skrevs av Jöns Jöransson Lilliesparre (af Fylleskog) (d. 1623~1624) runt 1611. Dessa i hög grad processrättsliga regler visade med stöd av Bibelns auktoritet varför en domare inte skulle grunda sin dom bara på en mans vittnesbörd.[12] Ett ytterligare tecken på detta var utgivandet av verket *Lex Politica Dei*, översatt av Henrik Jönsson Careel (Teetgren, d. 1628) år 1607 som innehöll tematiskt arrangerade rättsliga bibelcitat. Så småningom – och särskilt efter 1608 då utdrag ur Mose lag via verket *Lex Politica Dei* publicerades som appendix till Sveriges landslag – blev Bibeln en direkt anlitad rättskälla för domstolar.[13]

[11] Se, t.ex., Johan Skyttes kommentar till den svenska stadsrätten 1608, I. Redaktör Jan Eric Almquist. Skrifter utgivna av rättsgenetiska institutet vid Stockholms universitet, 4. 1962; L. Björne, Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia, I. Tiden före år 1815. Rättshistoriskt bibliotek, 52. Institutet för rättshistorisk forskning. 1995. s. 22–23.

[12] Domareregler från den yngre Landslagens tid med inledning och kommentar. Redaktör Jan Eric Almquist. 1951. s. 56. Om författarens identitet, se J. E. Almquist,"Inledning". Domareregler från den yngre Landslagens tid med inledning och kommentar. Redaktör Jan Eric Almquist. 1951. s. 14–15. Lilliesparre var aktiv som lagläsare i Västbo härad långa perioder mellan 1590-talet och 1613. Han blev assessor i Svea Hovrätt år 1614, se G. Elgenstierna, Den introducerade svenska adelns ättartavlor med tillägg och rättelser, IV. 1928. s. 759, och S. Petrén, "Hovrättens uppbyggnad 1614–1654". Svea hovrätt. Studier till 350-årsminnet. P. A. Norstedt & Söner. 1964. s. 62–63.

[13] T.ex. SSA 2:I a.a. s. 22; Ärkebiskop Abrahams räfst a.a. s. 60–61; Biskoparnas och några prästers utlåtande angående Sturemorden, 28.10.1568, Svenska riksdagsakter jämte andra handlingar som höra till statsförfattningens historia under tidehvarvfet 1521–1718, 2. Redaktör Emil Hildebrand. Kongl. Riksarkivet. 1899. s. 247–248. Om receptionen av Mose lag, se även H. Munktell, "Mose lag och svensk rättsutveckling". Lychnos, Lärdomshistoriska samfundets årsbok. 1936. s. 131–150. Om Lex Politica Dei samt Henrik Jönsson Careel, se M. Takala, Lex Dei – Lex Politica Dei. Lex Politica Dei -teos ja aarle IX:n lainsäädäntö. Suomen Kirkkohistoriallisen Seuran Toimituksia, 160. Suomen Kirkkohistoriallinen Seura. 1993; G. Haggrén, "Teetgren, Henrich Jönsinpoika". Suomen kansallisbiografia, 9. Suomen Historiallinen Seura. 2007. s. 690–691.

3 Förändringar inom äktenskapsrätt

Eftersom reformatorerna förnekade äktenskapets sakramentala status blev skilsmässa igen möjlig. Periodens början stämplades först av förvirring: hur och på vilka grunder kunde man i praktiken få skilsmässa? Det finns exempel på åländska präster från 1540-talet som skilde äkta par utan biskopens auktorisation (*vttan cappittelz och biispes loff och minne*).[14] Det fanns även ”gör det själv-skilsmässor” mellan människor som tycks ha trott att de nu själva kunde komma överens om att skilja sig. T.ex. år 1555 ertappade Barbro Siffredsdotter från Finland sin bortlupne man Erik Arvidsson i Enköping tillsammans med en annan kvinna, hustru Sesila, hans nya fästmö. Barbro ville inte ha sin bigamist till man tillbaka och gav upp honom efter en förlikning samt mot en kompensation i säd.[15] Kyrkoordningen av år 1571 fastslog äktenskapsbrott och övergivande som de huvudsakliga grunderna för skilsmässa, men man kan finna enstaka mål med andra motiveringar.[16]

Förvirringen ersattes så småningom av rättspraxis och nya normer: Articuli Ordinantiae (1541), Vadstena artiklar (1552) och 1571 års kyrkoordning bör nämnas särskilt.[17] Inom äktenskapsrätten skedde endast små förändringar avseende äktenskapshinder på grund av släktskap, svågerskap och fadderskap. Bara det sista, dvs. andlig skyldskap, avskaffades i praktiken helt. Även om man kunde argumentera för en snävare tolkning av de förbjudna leden med hänvisning till Guds lag, dvs. Gamla Testamentet, kom den svenska lutherska kyrkan att upprätthålla den gamla kyrkliga traditionen.[18] Den katolska kanoniska rättens auktoritet uppehölls ännu inom

[14] 3.7.1545, Ålands saköreslängder, Bidrag till Finlands historia [härefter BFT], II:1. Redaktör Reinhold Hausen. 1892. s. 43.

[15] 14.10.1555, Enköpings stads tänkeböcker 1540–1595. Redaktör Sven Ljung. Samlingar utgivna av Svenska fornskifts-sällskapet, 65. 1960–1965. s. 77–78.

[16] Om åtskildnat j Echtenskap, KO 1571 a.a. s. 124–126; M. Korpiola, ”Lutheran Marriage Norms in Action: The Example of Post-Reformation Sweden, 1520–1600”. Lutheran Reformation and the Law. Redaktör Virpi Mäkinen. E. J. Brill. 2006. s. 143–153.

[17] Articuli Ordinantiœ (1541), ”Bidrag till Svenska kyrkans historia i sextonde århundradet”. Redaktör. Otto Ahnfelt. Lunds universitets årsskrift 31 (1895). s. 12–17; Vadstena artiklar (1552), Svenska förarbeten till kyrkoordningen av år 1571. Redaktör Sven Kjöllerström. Samlingar och studier till svenska kyrkans historia, 2. 1940. s. 60–72.

[18] T.ex. Om ächteskapet, Een liten boock on sakramenten (1528), Samlade skrifter af Olavus Petri, I a.a. s. 400–402; Mikael Agricola, Käsikiria Castesta ia muista Christikunnan Menoista (1549), Mikael Agricolan teokset, III. WSOY. 1931. s. 17–18; Ordning om echtenskapet, KO 1571 a.a. s. 118–119; Korpiola 2006 a.a. s. 160–167.

äktenskapsrätt och vid räknande av förbjudna led. Detta konstaterade bl.a. Johan Skytte (1577–1645) tydligt i sin kommentar till stadsrätten (1608): ”*Här står om kyrckionnes rätt. Ther medh meener han jus canonicum, thet är påfvarätten, hwilcken wij ännu i monga stycker bruka och synnerligen in supputatione graduum och elliest i giftermålsträtor*.”[19] Även om den kanoniska rätten inte helt miste sin forna status kan man upptäcka att dess roll var på nedgång. Ett nytt intresse för utländsk rätt, romersk rätt i synnerhet, går att skönja.[20] De lärda svenska juristerna hade studerat i Europa och bekantat sig med kontinentala rättsliga strömningar. I sina verk registrerade de skillnader mellan svensk och utländsk (i praktiken tysk-romersk) rätt.[21] Den romerska rätten kunde inspirera lagreformprojekt och lagtolkning och den kom att användas i detta syfte, vilket jag kommer att demonstrera här nedan.

En annan het fråga rörde prästäktenskap. Kunde präster ingå giltigt äktenskap eller inte efter reformationen? De första prästäktenskapen ingicks redan på 1520-talet såsom exempelvis Olaus Petris offentliga vigsel i Stockholm år 1525, men frågan om prästäktenskaps giltighet förblev juridiskt oklar under några årtionden. Hade barn födda inom sådana äktenskap rätt att ärva eller inte? Den frågan avgjordes i början av 1540-talet. Då bekräftades det att prästbarn, som under medeltiden hade kategoriskt klassificerats som horbarn och därför varit helt utan arvsrätt, numera kunde ärva och ansågs vara födda inom lagligt äktenskap. Men de mer diskret ingångna tidiga prästäktenskapen fortsatte att förorsaka problem i detta hänseende. De reformatoriska åbokanikerna Peder Särkilahti (d. 1529) och Jakob Wenne d.y. (d. trol. 1532) hade båda trolovat eller gift sig, men dött snart efter detta. Ännu fyra årtionden efter dessa äktenskap tvistades det om barnens fäderne. Jakob Wennes och Peder Särkilahtis syskon och deras arvingar bestred barnens äkta börd och gjorde anspråk på deras fadersarv. Jakob Wennes sons rätt att ärva bestyrktes slutgiltigt år 1569 genom vittnesbrev från två åbobiskopar, medan Särkilahtis barns äkta börd bekräftades två år senare, år 1571.[22]

[19] G 3, Johan Skyttes kommentar till den svenska stadsrätten 1608 a.a. s. 25.

[20] Se, t.ex. M. Korpiola, ”On the Reception of the Ius Commune and Foreign Law in Sweden, ca. 1550–1615”. Clio@Thémis 2. Tillgänglig på (citerad 17/8 2011): http://www.cliothemis.com/On-the-Reception-of-the-Jus.

[21] T.ex. Johan Skyttes kommentar till den svenska stadsrätten 1608 a.a. passim.

[22] Ca 18.5.1524, dok. 6164, Finlands medeltidsurkunder, VIII. Redaktör Reinhold Hausen. Finlands statsarkiv. 1935. s. 134; Handlingar rörande finska kyrkan och prästerskapet, I. Redaktör K. G. Leinberg. 1892. s. 122–123; 22.12.1563, dok. 200, BFH IV.

År 1650 beviljades prästerskapet även privilegiet att prästdöttrar fick ärva enligt stadslagen, alltså lika mycket som prästsöner, dvs. deras bröder.[23] Detta modellerades troligen enligt prästhustrurnas giftorätt. Kung Johan III (reg. 1568–1592) hade nämligen beviljat prästerskapet det privilegiet att prästänkor som bodde på landsbygden hade giftorätt i mannens bo enligt stadslagen i stället för landslagen. Detta betydde hälften av boet. Prästerna hade dock giftorätt enligt landslagen, dvs. två tredjedelar.[24] Denna praxis gynnade änkan eller änklingen och skyddade alltså den efterlevande maken i ett prästäktenskap.

Prästäktenskapet och prästfamiljen skulle vara förebilder i fråga om sedlighet och respektabilitet på församlingsnivå. Kyrkoordningen krävde att prästerna skulle föra ett exemplariskt leverne och att de och deras ”hus, fru och tjänstefolk” skulle bete sig sedligt, ärligt och kristligt. Detta skulle även speglas i deras yttre leverne. Prästfruarna skulle vara ”ärliga och oberyktade”, vare sig pigor eller änkor.[25] Prästerna och deras hushåll lyckades dock inte alltid att leva upp till sin ideala modellfamiljeuppgift, vilket synodalakter och domkapitelsprotokoll vittnar om.

Det formlösa katolska äktenskapet hade aldrig gjort stor succé i Sverige, eftersom det baserade sig på verbala handlingar i varierande tidsform, dvs. antingen presens (äktenskap) eller futurum (fästning/trolovning). Detta harmonierade illa med den medeltida svenska äktenskapsprocessen, som handlade om konkreta handlingar och formaliteter snarare än om ord. Därför betydde den svenska reformationen till en viss grad formalitetens återetablering.[26] Kyrkoordningen av år 1571 krävde flera delfaktorer för att en trolovning skulle vara giltig. Föräldrarnas tillstånd krävdes därtill samt vittnen och ”laga gåvor” från brudgummen till bruden.[27] Den lutherska

Redaktör Reinhold Hausen. 1912. s. 181; 23.6.1566, dok. 318, BFH IV a.a. s. 314–315; 10.8.1564, dok. 268, BFH IV a.a. s. 268; 13.7.1566, dok. 320, BFH IV a.a. s. 316–317; 28.3.1569, dok. 396, BFH IV a.a. s. 380–381; Korpiola 2006 a.a. s. 136–143.

[23] R. Hemmer, Suomen oikeushistorian oppikirja, II. Helsinki. 1954, s. 69.

[24] Statuter från Uppsala consilium 1572, Svenska riksdagsakter jämte andra handlingar som höra till statsförfattningens historia under tidehvarvfet 1521–1718, 2 a.a. s. 441; Hemmer, a.a. s. 33.

[25] Itt sett att ordinera prester, KO 1571 a.a. s. 146, 154–156.

[26] M. Korpiola, Between Betrothal and Bedding: Marriage Formation in Sweden, 1200–1600. The Northern World, 43. E. J. Brill. 2009. s. 297–323; M. Korpiola, ”The Two Husbands of Helleka Horn: Interpreting the Canon Law of Marriage in Late Medieval Sweden”. ”Panta rei”. Studi dedicati a Manlio Bellomo, 3. Redaktör Orazio Condorelli. Il Cigno Edizioni. 2004.

[27] Ordning om echtenskapet och Om åtskildnat j echteskap., KO 1571 a.a. s. 118, 126.

kyrkan kunde på många sätt bygga på det arbete den katolska kyrkan redan hade utfört i fyrahundra år. Under medeltiden hade lysningen och vigseln etablerats som steg i den svenska äktenskapsprocessen.[28] De hade blivit allt viktigare även bland folket fast trolovningen (eller fästningen) oftast skedde utan kyrklig kontroll, och samlag och samboende i många fall följde efter trolovningen. Detta gillade inte kyrkan. Inte heller ansåg prästerskapet att det var tillåtet för det trolovade paret att flytta ihop före vigseln. Prästerna skulle förrätta trolovningar i kyrkobyggnaden och redan då försäkra sig om att det inte fanns några äktenskapshinder.[29] Tiden mellan trolovningen och vigseln skulle även förkortas.[30] Men förbuden upprepades så ofta både på stifts- och riksnivå att de verkar ha varit tämligen ineffektiva. Samma bild får man när man läser visitationsprotokoll och kyrkliga domböcker: allmogen övergav endast långsamt sina traditionella bröllopsseder, även om vissa drakoniska synodalstatuter hotade med bannlysning av allt fästfolk som inte ville vigas.[31]

Betonandet av det äkta ståndets betydelse ledde till att en brud/brudgum *in spe* skulle ha allvarligt och eftertänksamt sinne. Man skulle inte ge sig förhastat in i äktenskapet utan man skulle – som Kyrkoordningen uttryckte det – ”ge sig tid till ett fullkomligt betänkande”.[32] Man skulle förstå vad man var på väg att göra och vad ett äktenskap innebar. I praktiken betydde detta att den kanoniska äktenskapsåldern skulle höjas med ett par år från 12 år eller respektive 14 år. Även Finlands reformator Mikael Agricola (ca 1507–1557) instämde i detta.[33] Likhet mellan parterna betonades. Detta betydde att äktenskap mellan gamla och unga avråddes eller t.o.m. avslogs. Kyrkomötet i Linköping år 1600 ansåg att giftermål med mycket stor

[28] Korpiola 2009 a.a. s. 183–229.

[29] T.ex. stiftsynoderna 1583, 1584, 1585, SSA 2:I a.a. s. 4, 13, 27; Stiftsynoden 1604, Svenska synodalakter efter 1500-talets ingång: 1. serien, Uppsala ärkestift [härefter SSA 1:I]. Redaktör Herman Lundström. Skrifter utgifna af kyrkohistoriska föreningen, II:3.1903. s. 9.

[30] T.ex. stiftsynoden 1583, SSA 2:I a.a. s. 4.

[31] T.ex. stiftsynoden 1583, SSA 2:I a.a. s. 4. Se även Stadga av hertig Karl (1583), SSA 2:I a.a. s. 10; Nils Söderlind, ”’Troloffning medh festningh och wielse’ under reformations tidevarvet”. Kyrkohistorisk Årsskrift [härefter KÅ] 1970. s. 45–80; Korpiola 2009 a.a. s. 307–314, 323–335.

[32] Ordning om Echtenskapet, KO 1571 a.a. s. 119.

[33] T.ex. Vadstena artiklar (1552), Svenska förarbeten till kyrkoordningen av år 1571. a.a. s. 61; Ordning om Echtenskapet, KO 1571 a.a. s. 119–120; Nils Söderlind, ”’Lagha’ ålder och ’olika’. Ett bidrag till äktenskapsålderns historia”. KÅ 1967. s. 69–76; Mikael Agricola, Käsikiria Castesta ia muista Christikunnan Menoista (1549), a.a. s. 17.

ålderskillnad, ”*när allt för gammal och vngh komma tilhopa*”, var olagliga och skulle avskaffas.[34] Prästerna kunde bli disciplinerade om de tillät ”olika giftermål”, eller som det förklarades, ”*olijka är enn vngh drengh och gamall käring*”.[35] Även om praktiska orsaker och materiella faktorer (t.ex. tillgång till resurser som jord och egendom, tillgång till tjänster eller medlemskap i yrkesskrån) bidrog till äktenskap mellan unga och äldre skulle äktenskapsbeslutet övervägas – ju större olikhet desto längre och allvarligare. Eftersom äktenskapet ansågs bevara det äkta paret från sexuella synder genom att ge parterna en acceptabel kanal för deras kroppsliga behov, kunde en stor åldersskillnad störta den yngre maken/makan i fördärvet när den äldre blev sjuklig, sängliggande eller impotent. Under sin räfst fick ärkebiskop Abraham Angermannus (ärkebiskop 1593–1599) t.ex. ta itu med sin namnes hordoms last. Abraham i Ramnaboda från Söderåker socken hade nämligen begått hor med sin piga och avlat barn med henne. Det ansågs som en förmildrande omständighet att hans fru hade varit ”*en gammal suag och vthlefuad quinna*”.[36]

”Likheten” mellan kontrahenterna skulle även gälla deras moral. År 1599 ställde sig Stockholms konsistorium skeptiskt till äktenskapet mellan Anders Målare och hans trolovade som kallades ”*wacker Margreta*” utan normalt patronymikon. Detta tyder troligen på att Margreta var känd som prostituerad i staden. Prästerna sköt upp saken för att Margreta hade ”*tillförenne leffuatt uthi mÿckin lösachtigheett*” och gav parterna en åtta dagar lång betänketid under vilken de skulle rådfråga sina ”goda vänner”.[37] En månad senare begärde paret igen tillstånd att vigas. Konsistoriet beviljade vigseln men konstaterade att om inte formaliserandet av förhållandet skedde då skulle paret anges för överheten.[38] I ett liknande fall några år tidigare hade herr Hans, kyrkoherden på Södermalm, vägrat viga Per Andersson och änkan Valborg utan att ha konsulterat *capitularibus* på grund av giftermålets ”olikhet”. Han var ”en ung karl” och hon ”en ålderstigen kvinna” som dessutom hade ett dåligt namn och rykte. Kyrkoherden fruktade dessutom att om mannen var borta i kronans tjänst skulle Valborg återuppta

[34] Acta Sÿnodica Lincopiæ Anni 1600 Mense Junij, VaLA. LiDA, A I a:1 Protokoll 1600–1632, 2; Kyrkotuktstadga (1560), Svenska förarbeten till kyrkoordningen av år 1571 a. a.s. 51; Söderlind 1967 a.a. s. 79–86.

[35] Stiftsynoden 1616, SSA 2: I a.a. s. 74.

[36] Ärkebiskop Abrahams räfst, a.a. s. 6; Söderlind 1967 a.a. s. 80–86.

[37] 2.5.1599, Stockholms domkapitel, A I:1 Protokoll 1595–1600 (härefter SDP). Stockholms stadsarkiv (härefter SStA). s. 147.

[38] 13.6.1599 SDP. SstA. s. 150.

”sitt förre onda och ogudaktiga väsen”. Efter att paret hade stämts till konsistoriet manades de ”högeligen” att betänka sig väl och för detta ändamål bestämdes om en 14 dagars betänketid. Per och Valborg insisterade ändå på att få gifta sig med varandra och detta beviljades. Dock blev de förmanade att leva ett ärligt, gudfruktigt och redligt liv. Men detta hjälpte föga. Konsistoriets värsta farhågor sannades när Valborg började bete sig värre än förr och höll en ”uppenbar horekrog” på Södermalm förorsakande stor förargelse med sitt ogudaktige leverne.[39] Sådant liv och levnadssätt kunde inte tolereras. Detta var både kyrka och stat alltmer eniga om.

4 Disciplinering av folket

Kyrkan försökte disciplinera folket med ännu hårdare tag än tidigare, men adeln visade sig vara en särskilt svår nöt att knäcka. Det var besvärligt eller till och med omöjligt att hindra kungahuset eller adelsmän att bryta mot kyrkans förbud. Gustav Vasas giftermål med Katarina Gustavsdotter Stenbock (1535–1621), hans andra gemål Margareta Eriksdotter Leijonhufvuds (1516–1551) systerdotter, visar att kungen gjorde som han själv behagade.[40] Lika litet gick det att hindra Erik Gustavsson Stenbocks (1538–1602) och Magdalena Svantesdotter Stures (1539–1610) kusinäktenskap, fastän ärkebiskop Laurentius Petri uttryckligen hade förbjudit det och han även hade skrivit en bok för att argumentera varför kusinäktenskap var förbjudna.[41] Det verkar som om prästerskapet kände sig allt för vanmäktigt för att ta itu med frälsemän och -kvinnor, vars

[39] 11.3.1608, Stockholms stads tänkeböcker från år 1592, VI. Stockholms stadsarkiv. 1963. s. 294–296.

[40] Svenska riksdagsakter jämte andra handlingar som höra till statsförfattningens historia under tidehvarvfet 1521–1718, I:2. Redaktör Emil Hildebrand. Norstedt. 1888. 614–619.

[41] Laurentius Petri, Om förbudhen skylskap och swågerskap. Een liten vnderwijsning / Ther aff gott Christet folck och må haffua förwarning / at the icke byggia ächtenskap vthi förbodhna ledher. Uppsala. 1572; Malin Stures bortröfvande. Anno 1573 när Malin Sture bortfördes från Hörningholm. Sigrid Stures berättelse upptecknad af Anna Baner nu ånyo utgifven. Redaktör Carl Magnus Stenbock. De hundra böckerna, 3. 1916; M. Korpiola, ”Marrying Off Sons and Daughters: Attitudes to the Consent of Parents and Guardians in Early Modern Sweden”, Less Favored – More Favored. Proceedings from a Conference on Gender in European Legal History, 12th–19th Centuries, September 2004. Redaktörer Grethe Jacobsen och andra. 2005. Tillgänglig på (citerad 17/8 2011): http://www.kb.dk/export/sites/kb_dk/da/publikationer/online/fund_og_forskning/download/A14_Korpiola.pdf, s. 6–9.

äktenskap ansågs förargelseväckande eller som bröt mot det sjätte budet. Från senare perioder vet vi att adelsmän var den grupp i samhället som proportionellt begick mest sexualbrott.[42] Det kyrkliga disciplinerandet eller bestraffandet av dessa tycks ha varit mycket sällsynt, enligt det bevarade källmaterialet.[43] Ärkebiskop Abrahams visitation av Linköpings stift var dock ett undantag, vilket kanske bidrog till ”räfstens” senare dåliga rykte.[44] Prästerskapet klagade över även att många sexualbrott begicks på herrgårdar och att dessa brott förblev ostraffade.[45] Landsborna och tjänarna stod under sina herrars och fruars beskydd. I synodalstatuter beordrades prästerna att övervaka församlingen och ange brottslingarna till prosten. En präst som inte gjorde detta utan fortsatte ge brottslingar tillträde till gudstjänsten hotades med suspendering.[46]

Men systemet var lika effektivt som dess svagaste länk. På samma sätt som på medeltiden fortsatte kontrollen av äktenskapshinder att vara de individuella församlingsprästernas ansvar: vissa av prästerna var samvetsgranna, medan andra var vårdslösa eller rentav korrupta. Betyg kunde förfalskas och vittnen kunde missta sig eller ljuga. De stora geografiska avstånden inom riket gjorde det lätt för utsocknes män och kvinnor att ge sig ut sig för ogifta – sanningsenligt eller ej. Det var ännu lättare att lova äktenskap eller att trolova sig med flera.[47] Trots att bigamister hota-

[42] Aalto a.a. s. 162–172.

[43] M. Korpiola 2004, ”Kyrkotukt för hela folket: Hertig Gustafs av Saxen ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1590-talet”, Norden, rätten, historia – Festskrift till Lars Björne. Redaktörer Jukka Kekkonen och andra. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja, 11. Suomalainen lakimiesyhdistys. 2004 s. 65–99; M. Korpiola, ”Kerstin Oxenstierna’s Lost Maidenhead: Honour, Sin and Matrimonial Law in Late Sixteenth-Century Sweden”. Inter amicos. Liber amicorum Monique Vleeschouwers-van Melkebeek. Redaktörer Michiel Decaluwé och andra. Iuris scripta historica, XXVI. Wetenschappelijk comite voor rechtsgeschiedenis, Koninklijke Vlaamse acadiemi van België voor wetenschappen en kunsten, 2011 s. 243–268; M. Korpiola, ”The Fall and Restoration of Elin Tönnesdotter’: Land, Noble Property Strategies and the Law in Early Seventeenth-Century Sweden”. The Trouble with Ribs: Women, Men and Gender in Early Modern Europe. Redaktörer Anu Korhonen och K. P. L. Lowe. COLLeGIUM, 2 (citerad 17/8 2011) tillgänglig på: http://www.helsinki.fi/collegium/e-series/volumes/volume_2/index.htm.

[44] T.ex. Ärkebiskop Abrahams räfst a.a. s. 6, 61–62, 90, 92.

[45] T.ex. SSA 2:I a.a. s. 31; Korpiola 2004 a.a. s. 86–90.

[46] T.ex. se Acta Sÿnodica Lincopiæ Anni 1600 Mense Junij, Landsarkivet i Vadstena (härefter VaLA). Linköpings domkapitels arkiv (härefter LiDA), A I a:1 Protokoll 1600–1632, 2.

[47] T.ex. Ärkebiskop Abrahams räfst, a.a. s. 1; Korpiola 2009 a.a. s. 328–335.

des med halshuggning i Christoffers landslag – ett straff som regelbundet även fastställdes – och skilsmässa efter reformationen blivit en beaktansvärd lösning i många fall, tycks många ha varit beredda att ta risken.[48] Tvegiftsfall fortsatte att dyka upp i svenska domböcker. Till exempel blev postiljonen Per Påvelsson år 1576 anklagad inför Stockholms råd för att ha två hustrur och en trolovad. Den första kvinnan, ”*hans förste och rätte hustru*” som han hade två barn med, bodde i Västergötland. Den andra hustrun bodde i Stockholm, medan den tredje, hans trolovade, vistades i Söderköping.[49] Krigen och de kringvandrande inhemska och utländska trupperna ansågs bidra till en viss instabilitet av äktenskapsinstitutionen.[50] Soldaterna stod utom församlingspräster nas kontroll. I allmänhet skulle kontrollen förbättras genom att man introducerade register över vigslar och trolovningar som alla präster skulle föra.[51]

Kyrkan försökte avskaffa eller begränsa folkliga bröllopsseder som firandet av mökvällar. Kyrkoordningen klagade över den allmänna oseden som fick människor att sitta och vaka hela natten före bröllopet. Sedan kom de till kyrkan följande dag ”druckna och fulla”. Bröllopsfolket kunde störa gudstjänsten och förorsaka förargelse i församlingen. Dessutom vändes deras tankar ifrån ”det alvarsamma betänkandet som var och en bör ha vid brukandet av Herrens Nattvard”.[52] Även ärkebiskop Abraham Angermannus upprepade under sin visitation av Linköpings stift att mökvällar skulle avskaffas. Ifall församlingen trotsade sin kyrkoherde och fortsatte med oseden skulle han vägra förrätta gudstjänst i socknen och i stället ”*föra kyrkonycklen in till domkyrkan*” tills de hårdnackade församlingsborna lydde sin pastor.[53] Kampanjen fortsatte energiskt under hela 1600-talet. Den svenska forskaren Nils Söderlind har ansett att den även var framgångsrik: ”[u]ppenbart är dock att prästerskapet genom böter och andra påtryck-

[48] Törkeitten asioiden kaari (högmålsbalken) 5, Kuningas Kristoferin maanlaki 1442, red. Martti Ulkuniemi. SKS: n toimituksia, 340. 1978, s. 132–133.

[49] 29.8.1576, Stockholms stads tänkeböcker 1576–1578. Redaktör Joh. Ax. Almquist. Stockholms äldre stadsböcker, II. Ny följd, 5. Kungl. samfundet för utgifvande af handskrifter rörande Skandinaviens historia och Samfundet Sankt Erik. 1943. s. 86.

[50] T.ex. Prästerskapets klagomålspunkter, SSA 2:I a.a. s. 30–31.

[51] Stiftsynoden 1608, SSA 1:I a.a. s. 17.

[52] T.ex. Ordning om Echtenskapet, KO 1571 a.a. s. 123; Stiftsynoden 1607, SSA 1:I a.a. s. 14. Se även N. Söderlind, ”Svenska prästerskapet och folkliga bröllopsseder under 1600-talet”, KÅ 50 (1950), s. 1–52; Korpiola 2009 a.a. s. 335–341.

[53] Ärkebiskop Abrahams räfst a.a. s. 6.

ningsmedel lyckades utrota eller förändra gamla folkliga traditioner och givit upphov till nya".[54]

Mot 1500-talets slut kunde kyrkan utvidga disciplineringen av folket till nya fronter. Detta varslade det följande seklets lutherska högortodoxi med den stränga kyrkotukten. I slutet av 1500-talet började den svenska kyrkan kontrollera sexualiteten och äktenskapsprocessen genom barn. Dopet blev ett medel att utreda om ett barn var av äkta börd eller ej, vem dess föräldrar var och vilket förhållande de hade sinsemellan.[55] T.ex. synodalstatuterna antagna i Strängnäs (1585) föreskrev att oäkta barn inte skulle döpas på en söndag utan på en söckendag för att man skulle skilja "*emillan ontt och goott*".[56] Kyrkotagningsceremonin utvecklades så att den poängterade skillnaden mellan omoraliska slampor och respektabla hustrur. Dessa kunde kyrkotagas på skilda dagar och tider eller med skilda ceremonier och böner. Huvudsaken var att löskonor inte skulle behandlas på samma sätt som "ärliga och gudfruktiga äkta kvinnor".[57]

I Linköpings stift beslöts år 1600 – helt i enighet med kyrkoordningen 1571 – att löskonor skulle kyrkotagas först efter att de hade avgivit löfte om att göra bot och bättring. Om kvinnan igen födde ett nytt oäkta barn, skulle hon skickas till prosten efter att hon hade fått en sträng behandling i församlingen. Synodalstatuterna fortsatte lakoniskt: "*kommer hon tridie reso igen, sendes till domkÿrkion att slijtha Rijs*." I Strängnäs skulle en kvinna som födde sitt tredje oäkta barn exkommuniceras och behandlas "som en hedning" tills hon gifte sig.[58] Förhärdade synderskor kunde inte förvänta sig barmhärtighet. När ärkebiskop Petrus Kenicius (ärkebiskop 1609–1636) tillfrågades på stiftsynoden år 1614 hur man skulle behandla en löskona som födde sin sjunde oäkting, svarade han kort att man skulle tillkännage det för den "höga överheten och låta svärdet gå".[59]

[54] Söderlind 1950 a.a. s. 1.

[55] Korpiola 2009 a.a. s. 370–380. Se, t.ex. Stadga för pastorer (1551), Svenska förarbeten till kyrkoordningen av år 1571. Redaktör Sven Kjöllerström. Samlingar och studier till svenska kyrkans historia, 2. Stockholm. 1940 s. 41.

[56] Stiftsynoden 1585, SSA 2:I a.a. s. 25.

[57] T.ex. Om Kyrkiogångs Hustrur, Nova Ordinantia (1575), Kyrko-Ordingen och Förslag dertill före 1686, I. Redaktör O. v. Feilitzen. Handlingar rörande Sveriges historia, 2. serien, 2. Kongl. Riks-archivet. 1872. s. 226; Stiftsynoden 1585, SSA 2:I a.a. s. 24; Stiftsynoderna 1607 och 1608, SSA 1:I a.a. s. 19; Korpiola 2009 a.a. s. 374–380.

[58] Om barnaqwinnors Kyrkiogång, KO 1571 a.a. s. 65; Acta Sÿnodica Lincopiæ Anni 1600 Mense Junij, VaLA. LiDA, A I a:1 Protokoll 1600–1632, 2; Stiftsynoden 1585, SSA 2:I a.a. s. 24.

[59] SSA 1:I a.a. s. 33.

5 ”När fäderna bestämde”? Patriarkalism och arvsrätt

Man har kallat reformationsperioden för en tid ”då fäderna bestämde”.[60] Till en viss grad stämmer detta även för Sverige fastän man bör ta hänsyn till att trenden hade inletts redan under senmedeltiden. I den så kallade hustavlans värld var Gud världsfadern, kungen riksfadern och enligt samma logik var mannen hus- eller familjefadern.[61] Reformatorerna predikade att barnen skulle lyda sina föräldrar men att fadern eller förmyndaren inte fick vara tyrannisk. Barnen skulle gifta sig med en person som deras föräldrar godkände, men om dessa var oresonabla, ondskefulla eller girigbukar, kunde t.ex. kungen auktorisera äktenskapet – föräldraoppositionen till trots. Det poängterades även för de svenska prästerna att inga giftermål skulle få ske utan föräldrars eller giftomäns ”vilja och samtycke”.[62]

Det har nämnts här ovan att den romerska rätten kom att användas som inspirationskälla i Sverige för att legitimera och därmed förstärka patriarkala tendenser. I sina verk började svenska jurister observera skillnader i förhållande till svensk rätt och kommentera dem. Ett tämligen tidigt exempel är domarereglerna från ca 1611. Författaren har några anmärkningar angående eller härstammande från den ”*allmännelige rätten*” med vilken han troligen menade (tysk-)romersk rätt. Han kritiserade den svenska lagens myndighetsålder (*laga ålder*) på femton år och ansåg den ”*allmännelige rättens*” myndighetsålder, dvs. 25 år, vara ”*nyttigare*” för föräldralösa barn.[63] Detta kanske skulle ha skyddat barnen men samtidigt även utökat föräldrarnas eller förmyndarnas makt över dem.

Något som kanske kan tolkas som ett vidare tecken på växande patriarkalism är att gifta kvinnors rätt att upprätta testamente begränsades i lagen. De medeltida kyrkobalkarna hade inte tagit ställning till det på något sätt, men under 1600-talet tycks den uppfattningen ha vuxit fram att gifta kvinnor behövde makens tillstånd för att göra testamente. Om

[60] Steven Ozment, When Fathers Ruled: Family Life in Reformation Europe. Harvard University Press. 1983, s. 135–154.

[61] Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, I. Verlag C.H.Beck. 1988. s. 338–342.

[62] T.ex. Articuli Ordinantiœ (1541), ”Bidrag till Svenska kyrkans historia i sextonde århundradet” a.a. s. 16–17; Mikael Agricola, Käsikiria Castesta ia muista Christikunnan Menoista (1549), a.a. s. 17; Korpiola 2005 a.a. s. 9–15, 20–27.

[63] Domareregler från den yngre Landslagens tid med inledning och kommentar a.a. s. 60.

mannen avhöll sig från att bevilja detta utan goda grunder, kunde domstolen auktorisera testamentet i stället. Ändå fick flickor fyllda femton år på vissa villkor bestämma över sin kvarlåtenskap genom testamente.[64] Under andra hälften av 1600-talet fick svenska domstolar ta ställning till testamenten som var modellerade på tysk rätt. Dessa kunde förbigå änkans rättigheter till giftorätt enligt svensk lagstiftning och i stället gynna sönerna genom att grunda fideikommiss. På samma sätt utgick vissa svenska adliga från att om arvstvisten rörde gods i Livland skulle livländsk rätt tillämpas i stället för svensk rätt, men detta ansåg inte Svea hovrätt. Domstolarna var även ibland tvungna att ta ställning till äktenskapsförord – ett rättsinstitut som var främmande för den inhemska traditionen, men vanligt t.ex. i Tyskland.[65]

Låt vara att man i tidigare forskningslitteratur har identifierat stormaktstiden som en viktig period för utvecklingen inom testamentsrätten, hade förändringarna en längre förhistoria.[66] Mycket tyder på att det i Sverige under reformationsperioden började växa fram en attityd enligt vilken arvsrätten borde göras beroende av barnens uppförande gentemot föräldrarna, familjen och släkten. Det verkar som om testamenten under den svenska reformationstidens användes mer explicit än tidigare för att värdera släktingarnas beteende. De som av testatorn ansågs ha uppfyllt sina plikter som släktingar belönades, de andra bestraffades. Till exempel det testamente som den högadliga Filippa Eriksdotter (Fleming) (d. 1578) upprättade några dagar före sin död demonstrerar mycket tydligt hur illa hon ansåg att hennes bror och målsman, riksråd och friherre Klas Eriksson Fleming (ca 1535–1597) hade behandlat henne. Hon angav fyra orsaker till att lämna sin bror utan arv. Två av dessa hade att göra med hur brodern, som hennes målsman, hade förfogat över hennes arv efter föräldrarna. Filippa förnekade att hon skulle ha fått sin fulla arvslott eller avkastningen av sina gods för fem år. Den tredje orsaken var broderns skuld till systern. Den fjärde och viktigaste orsaken var Klas Flemings underlåtenhet att ta hand om henne, sin syster, under hennes sista

[64] Testamentsstadgan 1686, Kongl. Stadgar, Förordningar, Bref och Resolutioner Ifrån Åhr 1528 in til 1701. Redaktör J. Schmedeman. 1706. s. 993–994; Hemmer a.a. s. 81.

[65] C. G. Bergman, Testamentet i 1600-talets rättsbildning. Lunds universitets årsskrift, N. F. Avd. 1, Bd 14, Nr. 8. 1918. 20–21, 33–34, 99–101; E. Trolle Önnerfors, Justitia et Prudentia. Rättsbildning genom rättstillämpning – Svea hovrätt och testamentmålen 1640–1690. Juridiska fakulteten, Lunds universitet. 2010. s. 255; Testamentsstadgan, Kongl. Stadgar, Resolutioner a. a. s. 992–993.

[66] Bergman a.a. s. 12–13.

sjukdom och att besöka henne. Han hade inte visat henne den kärlek som en broder skulle och därmed hade han brutit emot släktskapsbandet. I stället skulle den ”villiga och lydiga” brorsdottern Anna Joakimsdotter Fleming bli Filippas huvudarvinge.[67]

På samma sätt argumenterade deras äldre fränka, Birgitta Johansdotter (Fleming), beträffande orsakerna till att hon ville ge sin son Ivar Torstensson (Ram) sina morgongåvogods. Om motiven var sanna eller ej går inte fullkomligt att bekräfta, men sanningshalten spelar mindre roll än deras argumentativa och accepterade värde. Enligt Birgitta hade några av hennes barn ”icke varit henne hörsamma och lydiga och icke heller visat henne den rätta hörsamheten och kärleken, som lydiga barn ägde och förpliktade var sina kära föräldrar”. Men sonen Ivar hade mot modern alltid varit ”älsklig, hörsam och lydig”, och detta ville hon belöna.[68]

Hörsamhet, lydnad och hänsyn till släktens intressen förväntades av familjemedlemmar – även söner. De som ”*sitt stånd befläckie*” eller agerade ”*sin slächt til neesa och waanäre*” skulle bestraffas genom egendomsförlust.[69] Under medeltiden hade föräldrarna bara kunnat göra sådana döttrar arvlösa som mot föräldrarnas vilja gifte sig eller lät sig lägras.[70] Ett besynnerligt testamente från reformationstiden som faktiskt värderar döttrarnas beteende i förbindelse med deras arvsrätt upprättades år 1609 av amiral Bengt Severinsson Juusten (adlad Gyllenlod) (ca 1550–1609).[71] I den långa urkunden tar han ställning till sina döttrars moral under en mycket turbulent period i Sveriges historia. Enligt faderns testamente hade Elin Bengtsdotter Juusten (d. f. 1630) mist sin mödom ”olagligen”. Hon hade blivit våldtagen av en annan adelsman, Juustens vapenbroder, underamiral Bengt Larsson till Hammarstorp (ca 1550–1616).[72] Fadern hade inte fört saken till rätten utan väntade nu att våldsmannen skulle

[67] A. Lahtinen, Anpassning, förhandling, motstånd. Kvinnliga aktörer i släkten Fleming 1470–1620. Översättning Camilla Frostell. Svenska Litteratursällskapet i Finland – Bokförlaget Atlantis. 2009. s. 145–153; A. Mäkelä-Alitalo, ”Fleming, Filippa”. Suomen kansallisbiografia, 2. SKS, Helsinki. 2003, s. 806–807.

[68] Lahtinen a.a. s. 104–105.

[69] Citaten från Gunilla och Ermegård Tönnesdotter Totts odaterade skrivelse till Svea Hovrätt, Liber Causarum, E VI a 2 aa:53. Huvudarkivet. Svea Hovrätt. Riksarkivet.

[70] Se, t.ex., Naimiskaari (giftermålsbalken) 3, Kuningas Kristoferin maanlaki 1442, a.a. s. 44.

[71] V.-M. Syrjö, ”Juusten, Bengt”. Suomen kansallisbiografia, 4. SKS. 2004. s. 544–545; J. Ramsay, Frälsesläkter i Finland intill stora ofriden. Söderström. 1909. s. 169–170.

[72] Om Bengt Larsson till Hammarstorp, se O. Helander. Hammarstorp (Hammarsudd) och Sisshammar i Husby-Sjutolfts socken, Trögds härad, Uppland: personer och bebyg-

återkomma till riket från krigsfångenskap i Polen. För dessa orsakers skull ville Bengt Juusteen ”*medh gått Samuett henne fattigan Faderligh vänskap och fulla arfzrätt icke afskära, hvarken i fast eller Lööst*.”[73]

Men Elins syster Anna (d. 1633) var en annan sak. Hon hade mist sin mödom ”*icke vålldtechttlige uthan lättfärdeligha*” fastän omständigheterna även i hennes fall var mycket speciella. Anna hade ”givit sig i mannens våld” – mannen här var troligen adelsjunkern Henrik Hansson Lindelöf av Hintsholm (d. 1639), som hon hade en oäkta son med – i faderns största ”elände och övermåttiga fattigdom” fruktande ”svält och nakenhet”, vilket dock uppfattades som lättfärdighet. Med detta syftar Bengt Juusten troligen sina egna förhållanden. Han hade varit kungatrogen under stridigheterna mellan kung Sigismund (reg. 1592–1599) och dennes farbror, den ambitiöse hertig Karl av Södermanland (senare Karl IX, reg. 1604–1611). Eftersom Karl vann inbördeskriget och var Sveriges *de facto*-härskare från och med 1598, fick Sigismunds anhängare plikta för sin lojalitet med både liv och egendom. Bengt tillbragte ett par år (1597–1599) i fångenskap i Sverige, innan han återfick först sin frihet och sedan år 1602 sina konfiskerade gods. Dessa undantagsförhållanden hade antagligen lett till att adelsfamiljens ena dotter hade våldtagits och den andra hade begått lägersmål – kanske även levat i konkubinat. Detta förklarar troligen också varför föräldrarna var beredda att ge henne sin ”fullkomliga tillgift, förlåtelse och vänskap” och igen unna dottern Anna arvslotten nästan helt.[74] Enligt lagen dög bara döttrars sexuella förbrytelser som grund för deras arvlöshet. Sönerna kunde inte göras arvlösa, oberoende av hur de betedde sig, om de inte försökte eller lyckades ta livet av sina föräldrar.

Emellertid vittnar de svenska lagmanuskripten från 1500-talets andra halva och 1600-talets början om förändringar i denna uppfattning. Kanske ett tjugotal manuskript innehåller en lista från justiniansk rätt (*Novellae* 115.3) i starkt modifierad form, om de grunder som föräldrarna lagligen kunde använda sig av för att lämna sina brottsliga, vanvördiga eller obarmhärtiga barn utan arv (*causas ingratitudinis*). Vissa manuskript nämner

gelse från tiden då Karin Månsdotters syster bodde på Hammarstorp till 1900-talet. Stockholm. 1997. s. 19–21, 34–64.

[73] Bengt Severinssons (Gyllenlod) testamente, DelaGardieska Archivet, eller Handlingar ur Grefl. DelaGardiska Bibliotheket på Löberöd, V. Redaktör P. Wieselgren. N. P. Lundberg. 1834. s. 13. Enligt Jully Ramsay (a. a.s. 170) gifte sig båda döttrarna med adelsmän trots att de hade mist sin mödom.

[74] Bengt Severinssons (Gyllenlod) testamente, DelaGardieska Archivet V, a.a. s. 14; Syrjö a.a. s. 544; Ramsay a.a. s. 170.

att listan härstammar från romersk rätt, andra var formulerade som om grunderna redan var giltiga i landet.[75] I *Novellan* var listan över barns arvlöshetsgrunder kompletterad med en lista över orsaker vilka auktoriserade barn att lämna sina föräldrar utan arv (Nov. 115.4).[76] Dessa påträffas dock inte i laghandskrifter. Detta mycket selektiva receptionsförsök vittnar om de patriarkaliska tendenserna i landet som fann välkommen inspiration i romersk rätt.

I början av 1600-talet gjordes försök att introducera möjligheten att göra barn arvlösa genom att recipiera samma *Novella* 115.3 i Sverige även genom att förändra lagen. Den justinianska listan hittas i det adliga lagförslaget som härstammar från den så kallade Rosengrenska lagkommissionen från ca 1604. Förslaget presenterar dock de båda justinianska listorna med arvlöshetsgrunder tillsammans. Även barn skulle ha kunnat utesluta föräldrar från arv i enighet med *Novella* 115.4.[77] Till och med det

[75] Novellae 115.3, Corpus iuris civilis, 3. Redaktörer Rudolfus Schoell och Gulielmus Kroll. 1895. s. 536–544. T.ex. Jur. Lag: Landslag, Christoffers m.m. 9. Lunds universitetsbibliotek. Lund. s. 27r–27v: Hwrv Man må förbrÿtta Sitt Arff/ Vtw Keisare Lagenn in libro _Autentica._/ Thed ähr merkiande, Att ingenn mann eller quinna/ schall drifwa sidt barnn ifrå sidt retta Arff, Vtann/ för sinn egenn Vanschÿlligheet schuld och merkeliga Saak,/ som finnes J lagenn, som ähr/

1. Om Sån bär wäriande hand, med wredes handamåll/ å fader eller moder,/
2. Om hann gör thöm grofwann orett,/
3. Om hann kärir å fader eller moder för någonn schamlig/ sach, hwilcken iche ähr mott Richsens höfdinge eller rådh,/
4. Om han hafuer omgänge med Truldoms Kompanom,/
5. Om hann warder Tolchitt Sielfwer,/
6. Om hann hugzar dräpa föräldra Sinna,/
7. Om hann ligger när faders hustru och friillo,/
8. Om föräldra hafwa eller thaga storann schada af hans/ geldh,/
9. Om Sonn will eÿ låfwa för föräldra, personn eller/ geld efter Sinna macht./
10. Om hann eller honn förmenar föräldra Sinna thesta-/mente gifwa eller göra,/
11. Om Son gifwer Sig med schemma gest eller lägrar An-/nat Kögle Speel Vthann Så med schiäll, fader hafwer/ öfwatt Samme Kånnst,// (27v)
12. Om dåttrenn öfwar Skörtt lefwernne, Vthann Så/ med schiäll, Att fader eller moder hafwa försummatt/ att gifta honna Jnnan thes hon war xxv åra gamull,/
13. Om föräldra blifwe wille eller osÿnoga, om Son eller/ dåtter förmå att hielpa att föreståa efter Sinna/ machtt,/
14. Om fader blifwer gripinn, och Sonn will eÿ hielpa,/ han af fengelse och J friiheet igenn.//

[76] Novellae 115.4, Corpus iuris civilis, 3 a.a. s. 544–546.

[77] Erfda Balken 2, Det Rosengrenska lagförslaget, Lagförslag i Carl den Niondes tid (härefter LCNT). Handlingar rörande Sveriges historia, 2:1. Stockholm. 1864, s. 320–321.

parallella lagförslaget som bär Karl IX:s namn skulle ha utvidgat föräldrarnas möjlighet att måttfullt begränsa sina uppstudsiga barns arvsrätt. Inspirationskällan torde även här ha varit *Novella* 115.3, eftersom barn som förhindrade sina föräldrar att göra testamente – något som uttryckligen nämns i den justinianska rätten – kunde bestraffas med förlust av halva arvslotten.[78]

Som bekant förverkligades lagreformförsöket ändå inte förrän 1734 års lag trädde i kraft men trenden fortsatte. Båda lagförslagen hade skilt mellan lydiga eller "*hörighe*" barn och avkomlingar som var "*motvillige emot fader och moder ock willia föllia och lyda theras rådh, när the them till godho och rättelse underwijsa och förmana*". Därför skedde det missöden för barnen medan föräldrarna fick lida av "*stor sorg och bekymber*". Särskilt det Rosengrenska lagförslaget konstaterade öppet att arvlöshetsmöjligheten ansågs nyttig för att säkra att barnen bättre "*måge blifwa håldne under föräldrernas lydno och hörsamhet*".[79] Även kommentarlitteraturen visar tecken på växande stöd för uppfattningen om att arvlöshetsgrunderna borde utvidgas. Linköpings borgmästare Hans Olofsson, som fick sin kommentar till stadslagen färdig år 1621, uttryckte först samma åsikt som Johan Skytte: söner som gifte sig mot föräldrarnas vilja kunde inte göras arvlösa på samma sätt som döttrar. Men sedan fortsatte han med att avslöja sina värden:

> Thett sÿnes wäl Rätt och lijkt/ wara, att fadren må göra sin son arflöös, för gifttermåls-/handlinger skull i så måtto, om sonen tagat sigh hustru, mooth/ faders eller moders wilia, och giffter sigh uthi ett oährligit/ Embethe, som ähr Rackare eller bödels Embethe, med så skääl/ om fadren icke sådant Embethe hafuer brukat /: Kan och/ fadren göra sin son arflöös om sonen slåår sin fader/ eller moder, eller och ståår i försåått att wilia dräpa them,/ Såsom och för andra grofua saaker skull, som föräldrar-/na högdt angåå. *etc.*/[80]

Som det synes hade även Linköpings borgmästare fått influenser från romersk rätt – möjligen genom den justinianska listan över grunderna för

[78] Erfda Balker 29, Carl den Niondes lagförslag, LCNT a.a. s. 148; Erfda Balken 2, Rosengrenska lagförslaget, LCNT a.a. s. 320

[79] Erfda Balker 29, Carl den Niondes lagförslag, LCNT a.a. s. 148.

[80] G 2:1, Hans Olofssons kommentar på stadslagen. UUB 190a. Uppsala universitetsbibliotek. Uppsala. s. 19: "1. faller här uthaf en fråga, om sonen tager sigh hustru mooth/ faders och moders wilia, om han skall wara samma laagh/ undergifuin som dotheren?/ Swaras Neÿ; Tÿ thett/laa-/gen icke uthrÿckligen författar, kan man icke uthaf beslu-/ta någon fullkomligh dom."

arvlöshet som går att hitta i lagmanuskript. Ett tecken på ett allt större tryck på att använda arvlöshetsmöjligheten mot tredska barn går att finna hos Benedictus Crusius (d. 1633), som i sin tolkning av landslagen tog ett steg framåt. Olikt Johan Skytte före honom, ansåg han att giftermålsbalken i Christoffers landslag borde tolkas så att det inte var förbjudet att göra även söner arvlösa – inte bara döttrar – om de gifte sig eller begick lönskaläge utan föräldrarnas lov.[81] Den romerska rätten erbjöd nyttiga verktyg som även kunde recipieras mycket selektivt – utan att ge barnen motsvarande möjligheter enligt den romerska rätten – för att stärka de svenska fädernas auktoritet.[82]

6 Sammanfattning

Efter reformationen blev kungen den svenska kyrkans överhuvud. Även om den kanoniska rättens auktoritet ifrågasattes av reformatorerna och fastän Bibelns roll som rättskälla växte såväl i de världsliga som även de kyrkliga domstolarna, spelade den äldre katolska kyrkorätten fortfarande en betydande roll. Äktenskapet miste sin sakramentala status och därmed ansågs äktenskapsmål tillhöra världsliga domstolar, låt vara att kyrkan fick fortsätta att utöva sin auktoritet och jurisdiktion i dessa mål. De största förändringarna inom äktenskapsrätten gällde beviljandet av både skilsmässa och prästäktenskap. I många äktenskaps- och familjerättsliga frågor byggde den lutherska kyrkan på det fundament som den katolska kyrkan hade uppfört under loppet av flera sekel.

Kyrkan kom att samarbeta tätt med den världsliga överheten i syfte att disciplinera folket. Vissa grupper i samhället (bl.a. adeln och soldater) var svårare att hantera då det gällde att ställas till svars för sina överträdelser och missdåd, men i allmänhet var skillnaden mellan 1530 och 1630 markant. Klara patriarkala tendenser t.ex. i äktenskaps- och arvsrätt går att skönja under reformationsperioden. Denna trend var allmäneuropeisk på samma sätt som merparten av de förändringar som jag har beskrivit i min artikel. Tyvärr har jag inte kunnat diskutera den svenska utvecklingen i ett europeiskt perspektiv på grund av temats omfattning. Dessutom har jag för det mesta diskuterat förändringar, vilket dock inte torde skymma

[81] Vår äldsta kommentar till landslagen: Juris professor B. Crusius föreläsningar vid Uppsala universitet hösten 1630 efter studenters anteckningar. Redaktör Jan Eric Almquist. Uppsala universitets årsskrift, 1927. Juridik, 2, 1927, s. 27.

[82] Se även Trolle Önnerfors a.a. s. 259–265.

det faktum att den rättsliga kontinuiteten var mycket stor. Till sist kan man konstatera att flera svenska medeltida och reformatoriska familjerättliga områden ännu inte är kartlagda. Man får hoppas på mycket mer forskning i framtiden vad gäller till exempel den rättsliga receptionen och de utländska influensernas roll i reformationstidens Sverige.

Anna Singer

Den utomäktenskapliga fadern – en man utan rättigheter?

1 Inledning

Utomäktenskapliga barns rättsliga ställning var vid förra sekelskiftet föremål för omfattande uppmärksamhet. Rolf Nygren har genom sin forskning bidragit till vår förståelse av rättsutvecklingen när det gäller dessa barn. Inte minst har han givit oss en tydlig bild av de skäl som låg bakom de regler om fastställande av faderskap och arvsrätt som så småningom infördes.[1] Inspirerad av detta vill jag i det följande uppmärksamma det utomäktenskapliga barnets ständigt närvarande skugga – den utomäktenskapliga fadern.

Frågan som ställs är om det nu, hundra år senare, är dags att uppmärksamma den utomäktenskapliga – den ogifta – fadern och *hans* intressen av att få bli erkänd som far. Hur ser vi på honom idag och hur har vi sett på honom i ett historiskt perspektiv? Är han en förälder att räkna med? Kan det vara så att vår syn på en ogift far fortfarande präglas av ett synsätt som har sina rötter långt tillbaka i tiden då äktenskapet gav ramarna för vem som hörde ihop med vem? Insikten om att en företeelse är historisk kan, med Ronny Ambjörnssons ord, ge oss en sådan distans till vår belägenhet som gör att vi kan ta ställning till den på ett mer rationellt sätt.[2] Förhållningssättet är enligt min mening särskilt befogat på familjerättens

[1] Se t.ex. Nygren, R., Arvsrätt och tom fattigvårdskassa. I: Festskrift till Anders Agell, Iustus förlag 1994 s. 455–475; Nygren, R., Interpreting Legitimacy. Journal of Family History Vol. 28 no 1 2003 s. 149–160; Nygren, R., Spridda tankar om Utomäktenskapliga barns eländiga rättsställning under de år då Sverige lämnade medeltiden, alltså 1811 till 1866. Föredrag vid Juridiska fakulteten i Uppsala, mars 2011.

[2] Ambjörnsson, R., Familjeporträtt. Essäer om familjen, kvinnan, barnet och kärleken i historien. Gidlunds 1978 s. 6.

område där många av nu gällande regler framstår som närmast givna av naturen men som vid en närmare granskning visar sig vara formade av politiska och ideologiska ställningstaganden i en sedan länge svunnen tid.

Regler för att identifiera och rättsligt utpeka ett barns far lagfästes i svensk rätt först i början av 1900-talet. Tonvikten låg vid denna tid inte på mannens rätt att identifieras som far, utan i huvudsak på barnets rätt att förutom en mor också få en far när barnet fötts utom äktenskap. Barn ansågs ha rätt till två föräldrar. På så sätt skulle barnen dels kunna ges den omsorg som ansågs nödvändig men också försörjning. Tillgodoseendet av barnets och samhällets intressen stod i fokus. Faderns eget intresse av att få sitt faderskap rättsligt bekräftat tilldrog sig inte någon uppmärksamhet i lagstiftningssammanhang.

Under de senaste decennierna har det i den allmänna debatten kontinuerligt framförts klagomål på att fäder systematiskt missgynnas av det rättsliga systemet vad gäller möjligheterna att faktiskt kunna utöva sitt föräldraskap.[3] När det gäller möjligheterna att få del i det rättsliga och faktiska vårdnadsansvaret för ett barn är det både frånskilda och aldrig gifta fäder som anser sig missgynnade. Till detta kan läggas att män som inte är gifta eller sammanboende med barnets mor vid barnets födelse emellanåt också har svårigheter att över huvud taget bli erkända som fäder. Det har hävdats att dessa män är diskriminerade i förhållande till den gifta fadern. Detta är inte någon ny insikt – tvärtom. Frågan om den ogifta faderns möjligheter att få sitt faderskap rättsligt fastställt har uppmärksammats under lång tid.[4] Vad som är intressant är att rättsläget, trots kontinuerlig uppmärksamhet, inte har förändrats. Utvecklingen av synen på individens mänskliga rättigheter ger dock idag näring åt tanken att en mans intresse av att få sitt faderskap rättsligt etablerat kan vara på väg att erkännas. Det finns därför anledning att än en gång återvända till den ogifta faderns rättsliga ställning.

[3] Se t.ex. Ds 1995:2 Pappagruppens slutrapport.

[4] Se t.ex. Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies 1984 s. 1250–1291; Singer, A., Mannens talerätt vid fastställande av faderskap, SvJT 1992 s. 549–582; Saldeen, Å., Något om faderns rätt. I: Festskrift till Anders Agell, Iustus förlag 1994 s. 545–580. Ett sentida exempel är advokat Øivind Østberg, Far og barn. Anförande vid 39:e Nordiska juristmötet, Stockholm 18–19 augusti 2011.

2 Fastställande av den ogifta mannens faderskap

Att tala om det utomäktenskapliga barnet och den därmed sammanhängande fadern blir meningsfullt först när äktenskapet har etablerats som en norm för samlevnad och barnalstrande.[5] Dessförinnan förefaller mannens ställning som far ha varit upp till hans eget avgörande.[6] Det är genom kyrkans inflytande som frågan huruvida barnet har äkta eller oäkta börd – är fött inom eller utom äktenskap – får betydelse.[7] I 1734 års lag, GB 5:1, föreskrevs att barn födda eller avlade under äktenskap eller äktenskapsliknande förhållanden hade äkta börd vilket innebar att de ansågs vara barn till moderns make.[8] Den rättsliga betydelsen av detta var bland annat att barnet ärvde båda sina föräldrar. Det oäkta barnet, fött utom äktenskap, hade enligt ÄB 8:7 inte arvsrätt efter sina föräldrar men väl rätt till ett nödtorftigt underhåll, enligt praxis fram till 15 års ålder.[9] För att underhållsskyldighet skulle föreligga måste dock mannen på något sätt ha identifierats som far. Några regler rörande fastställande av faderskap fanns inte vilket får antas ha inneburit att det – i de fall mannen inte var gift med barnets mor – var upp till honom själv att avgöra om han ville stå som far eller inte.

Denna möjligen bekymmersfria tillvaro för den utomäktenskapliga fadern kom till ett slut genom 1917 års lag om barn utom äktenskap. Lagen innebar, har det sagts, att mannens rätt att vara anonym avskaffades.[10] Med lagberedningens ord var det dags att med kraft inskärpa föräldrarnas, och i synnerhet faderns, ansvar. Någon möjlighet att kontrollera att det var barnets genetiska far som gavs rättslig status som far fanns inte. Man fick därför nöja sig med att slå fast att han, som lagberedningen så pregnant formulerade det, ”fullbordat vad som enligt naturens ordning kan hava givit upphov åt barnet”.[11] En delikttanke bakom faderskapsfastställelsen

[5] Malmström, Å., Föräldrarätt, P.A. Norstedt & Söners förlag 1967 s. 2, ssk not 2.

[6] Se vidare Hafström, G., Den svenska familjerättens historia, Juridiska föreningen i Lund, 9 uppl. 1975 s. 84–85.

[7] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. III Förslag till lag om barn utom äktenskap m.m. Stockholm 1915 (cit. LB III), s. 57; Malmström, Å., Föräldrarätt s. 2.

[8] Singer, A., Föräldraskap i rättslig belysning, Iustus förlag 2000 s. 125.

[9] Hafström, G., Den svenska familjerättens historia s. 86.

[10] Hafström, G., Den svenska familjerättens historia s. 89.

[11] LB III s. 161.

är skönjbar! Möjligen som ett skydd för mannens intressen gavs det utomäktenskapliga faderskapet vid denna tid inte särskilt långtgående rättsliga följder; det innebar endast att mannen behövde betala nödigt underhåll.[12]

För att regleringen skulle få effekt tillskapades ett väl organiserat system för att fånga in den utomäktenskapliga fadern. Institutet barnavårdsmannen inrättades och gavs rätt att väcka talan om fastställande av faderskapet vid domstol i de fall mannen inte frivilligt erkände det. Att mannen själv skulle ges möjlighet att på eget initiativ få sitt faderskap rättsligt bekräftat fanns inte ens med som en teoretisk möjlighet. Sådan var synen på den ogifta fadern vid denna tid.

Efter införandet av 1917 års lag försvann den ogifta fadern som förälder i stor utsträckning ur lagstiftarens fokus. Det handlade istället om barnets rätt till arv efter honom, en rättvisefråga som hade stort politiskt stöd.[13] Med i diskussionerna fanns även hänsynen till de utomäktenskapliga barnens försörjning. En arvsrätt skulle kunna fungera som en avlastning för samhällets försörjning av dessa barn.[14] Samtidigt rådde samsyn kring att innan arvsrätt kunde medges var det nödvändigt att med stor säkerhet kunna fastställa det genetiska eller biologiska faderskapet. Arvsrätten ansågs grundad på blodsband. Rätt till arv ansågs dessutom kräva en social samhörighet mellan arvlåtare och arvtagare, något som inte antogs finnas mellan den ogifta fadern och hans barn. Mannens, genom äktenskapet, ”legitima” familj hade därtill intressen som vägde tungt vid avgörandet av om utomäktenskapliga barn skulle ges rätt till arv.[15] I sammanhanget fick det även betydelse att samhället ansågs ha ett intresse av att markera att äktenskapet var av största vikt och betydelse, något som talade emot ett totalt likställande mellan barn födda i och utom äktenskap.[16]

Arvsrätt efter fadern för barn födda utom äktenskap infördes slutligen år 1969.[17] Arbetet med att avskaffa skillnaderna i föräldraskapets rättsverkningar mellan barn födda av gift respektive ogift mor hade då i princip nått sin slutpunkt. År 1976 avskaffades också, till sist, den terminologiska

[12] LB III s. 76–77.

[13] Se vidare Nygren, R., Arvsrätt och tom fattigvårdskassa s. 462 ff.; Inger, G., Grunden för arvsrätt. I: Rättsvetenskap och lagstiftning i Norden. Festskrift tillägnad Erik Anners, Juristförlaget 1982 s. 54 ff.

[14] Nygren, R., Arvsrätt och tom fattigvårdskassa s. 462 ff.

[15] LB III s. 123 ff.

[16] LB III s. 75–76.

[17] SOU 1965:17 Fastställande av faderskapet till barn utom äktenskap; prop. 1969:124 angående vidgad arvsrätt för utomäktenskapliga barn m.m.

skillnaden mellan barn födda av gift respektive ogift mor genom att beteckningarna barn födda i, respektive utom, äktenskap togs bort ur lagen.[18]

En grundläggande skillnad kvarstår dock, alla reformer till trots. Förfarandet för att fastställa faderskap är fortsatt olika beroende på om mannen är gift eller inte med barnets mor. I samband med 1976 års reform diskuterades om inte den rådande ordningen, enligt vilken den födande kvinnans make utan särskild åtgärd får rättslig status som barnets far – vad som brukar kallas faderskapspresumtionen –, borde avskaffas till förmån för ett, för alla barn, enhetligt förfarande för fastställande av faderskap. Faderskapspresumtionen för moderns make hade tidigare uppfattats som ett skydd för barnet i och med att barn födda i äktenskap i rättsligt hänseende hade en mer gynnad position i jämförelse med barn födda utom äktenskap, bland annat vad gällde arvsrätten. När denna skillnad inte förelåg längre fanns inte heller samma behov av en ”automatiskt” verkande presumtionsregel för fastställande av faderskap. Faderskapspresumtionen behölls dock eftersom den var enkel att tillämpa och därtill, inte minst, antogs ge ett materiellt riktigt resultat.[19] Faderskapet till barn födda av ogift mor skulle som tidigare fastställas genom erkännande, numera bekräftelse, eller dom.

1917 års ordning för fastställande av den ogifta faderns faderskap är än idag i princip den rådande. Rätt att väcka talan om fastställelse av faderskap tillkommer barnet. Det underåriga barnet företräds av sin mor, om hon är vårdnadshavare, eller av socialnämnden. Följden är att faderskap till barn födda av ogift mor – i motsats till faderskap till barn födda av en mor som är gift – måste fastställas genom särskilda åtgärder.[20] Med andra ord, den utomäktenskapliga fadern har från barnets födelse en avvikande ställning i jämförelse med barnets mor och hennes make när det gäller att erhålla rättslig status som förälder.

Efter 1976 års reform har det vid flera tillfällen diskuterats om det vore möjligt att ersätta den särskilda ordning som idag måste iakttas för

[18] Ds Ju 1975:17 Faderskap och vårdnad; prop. 1975/76:170 Faderskap och vårdnad. Beteckningarna äkta respektive oäkta barn hade avskaffats genom 1917 års lag (1917:377) om äktenskaplig börd, respektive lag (1917:376) om barn utom äktenskap.

[19] Prop. 1975/76:170 s. 131 ff.

[20] Nygren, R., Interpreting Legitimacy s. 149 ff. beskriver hur lång tid som gick innan skillnaden mellan äkta och oäkta – legitima och illegitima – barn försvinner ur den svenska lagregleringen. Frågan som kan ställas är väl om den trots förändringar i lagens ordalydelse, verkligen har försvunnit.

att fastställa den ogifta mannens faderskap.[21] Ett alternativ är att införa en presumtionsregel liknande den som finns för den gifta mannen för en man som sammanbor med barnets mor. Ett annat alternativ är att man låter faderskapet fastställas genom att föräldrarna gemensamt anmäler faderskapet till folkbokföringsregistret. Redan vid remissbehandlingen av 1976 års lagförslag ifrågasattes det också om inte den man som anser sig vara far till ett barn borde ges möjlighet att själv väcka talan. Departementschefen ansåg då, för egen del, det vara ”uteslutet att införa en ordning enligt vilken en utomstående man skulle kunna påkalla utredning av faderskapet till ett barn som har fötts under ett äktenskap och till vilket alltså moderns make är att anse som far”.[22] Inte heller ansågs det finnas behov av en talerätt för en man som menar sig vara far till ett barn fött av ogift mor. Hans intressen ansågs väl tillgodosedda genom möjligheten att till barnavårdsnämnden anmäla att han uppfattade sig vara barnets far.[23]

Den återkommande slutsatsen har varit att den ”nuvarande ordningen ger betryggande garantier för att det verkligen är den biologiske fadern och inte någon annan som fastställs som far till ett barn”.[24] Att mannen själv skulle kunna ha ett skyddsvärt intresse av att få sitt faderskap rättsligt bekräftat berörs inte. Han har, som nämnts, enligt nuvarande ordning möjlighet att vända sig till socialnämnden som, i de fall faderskapet inte fastställts för den födande kvinnans make, enligt FB 2:6 har en skyldighet att verka för att en blodundersökning sker av modern, barnet och mannen och även rätt att väcka talan om fastställande av faderskap. Detta anses fortfarande tillgodose mannens intresse i tillräcklig grad. Om modern är gift saknas dock denna möjlighet. En man som tror sig vara far till ett barn fött av gift mor har inte några möjligheter att på eget initiativ få sitt faderskap prövat.[25]

Faderskapet fastställs i första hand på grund av äktenskap. Endast om detta inte är möjligt kan den ogifta faderns faderskap fastställas men

[21] Se t.ex. Ds 1995:2 Pappagruppens slutrapport; SOU 1995:79 Vårdnad, boende och umgänge s. 76 ff.; Ds 1999:57 Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar. Se också exempelvis bet. 2005/06:LU9; bet. 2008/09:CU10; bet. 2009/10:CU8; bet. 2010/11:CU18.
[22] Prop. 1975/76:170 s. 140. Denna åsikt framfördes redan av lagberedningen år 1915, LB III s. 195.
[23] Prop. 1975/76:170 s. 140.
[24] Bet. 2010/11:CU18 s. 9.
[25] Se vidare Singer, A., Mannens talerätt vid fastställande av faderskap s. 549–582. Se också nedan avsnitt 5.2.

måste då, i motsats till den gifte mannens faderskap, styrkas med bevis om genetisk släktskap för att godtas. Det är mot denna bakgrund svårt att komma ifrån slutsatsen att en ogift far faktiskt befinner sig i en missgynnad position när det gäller att få sitt faderskap rättsligt bekräftat. En sådan ordning stämmer dessutom illa med de senaste decenniernas utveckling av synen på föräldraskap – om och om igen betonas betydelsen av barnets rätt till två, aktiva, föräldrar.

3 Den omvårdande fadern

I samband med att reglerna om fastställande av faderskap reformerades år 1976 infördes en möjlighet för föräldrar som inte var gifta med varandra att ha gemensam vårdnad om sina barn, oavsett om de bodde tillsammans eller inte, under förutsättning att de var överens om att ha ett gemensamt ansvar. Ett gemensamt vårdnadsansvar för särboende föräldrar ansågs bland annat ge bättre möjligheter att tillgodose barnets behov av ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar.[26] I realiteten handlade det här om att ge barnet möjlighet till en bättre kontakt med sin far. I samma anda infördes år 1974 föräldraförsäkringen som ersatte moderskapsförsäkringen. Fäder fick på samma villkor som mödrar rätt till ersättning för vård av barn. Syftet var att ge föräldrar möjlighet att dela ansvaret för barnets omvårdnad.[27]

Reformerna kan ses som ett uttryck för en förändrad syn på faderns roll i barns liv, ett synsätt som hade vuxit fram i synnerhet från 1960-talet och framåt. En bidragande orsak var säkerligen den ökande separationsfrekvensen som fick till följd att allt fler fäder förlorade kontakten med sina barn. Vårdnadsreglerna speglade fram till mitten av 1970-talet fortfarande vad som beskrivits som en föråldrad syn på förhållandet mellan barn och föräldrar,[28] och innebar att vårdnadsansvaret för barn vid en separation ofta gavs till barnets mor. I de fall föräldrarna inte kunde komma överens tvingades man välja mellan en av föräldrarna och det blev ofta modern i egenskap av barnets primära omsorgsgivare.

[26] Prop. 1975/76:170 s. 142. Ett annat syfte med den införda möjligheten var också att minska antalet vårdnadstvister i domstol.

[27] Prop. 1973:47 angående förbättrade familjeförmåner inom den allmänna försäkringen, m.m.

[28] SOU 1979:63 Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m. s. 47.

I spåren av 1976 års reform fick Utredningen om barnets rätt i uppdrag att se över bland annat vårdnadsreglerna. Målsättningen var att åstadkomma en reglering som satte barnets intressen i centrum. Barnets behov av ett stabilt och varaktigt förhållande till sina föräldrar lyftes fram av utredningen.[29] Eftersom ett gemensamt vårdnadsansvar förutsatte att föräldrarna var överens, utökades tillgången till samarbetssamtal i socialförvaltningens regi genom en lagändring år 1983.[30] Fäder hade börjat uppfattas som fullt gångbara föräldrar.

De följande reformerna av vårdnadsreglerna har slagit fast att barn har ett intresse även av en far som inte (längre) är gift med barnets mor. Erfarenheterna av gemensamt vårdnadsansvar för särboende föräldrar var goda.[31] År 1990 blev det därför möjligt att förordna om ett gemensamt vårdnadsansvar även om en av föräldrarna, i realiteten modern, helst ville ha ensam vårdnad.[32] Ett gemensamt vårdnadsansvar för särboende föräldrar gjordes genom 1998 års reform till vad som i praktiken får beskrivas som huvudregel genom att möjlighet gavs att förordna om gemensamt vårdnadsansvar även om den ena föräldern motsätter sig detta.[33] Faderns ”rätt” till barnet har i dessa sammanhang givits samma skydd som moderns, uttryckt i termer av barnets rätt till två föräldrar. Retoriken anger att fäder är i samma position som mödrar i förhållande till barnet när det gäller ansvaret för barnets omsorg. Att pappor är lika bra som mammor är också något som speglas i 2005 års ändring i den dåvarande partnerskapslagen som gjorde det möjligt för par med samma kön att ansöka om adoption.[34] Samtidigt har förslag på ett ”automatiskt” gemensamt vårdnadsansvar från det att faderskapet till barn födda av ogift mor fastställts, avvisats med hänvisning till att en sådan regel skulle omfatta även föräldrar som inte bor tillsammans. Detta har inte ansetts lämpligt eftersom sådana föräldrar inte självklart har en sådan relation att de skulle kunna få ett gemensamt vårdnadsansvar att fungera till barnets bästa.[35]

Att även fäder kan, och bör, ta hand om barn, och att det är bra för barn med en fars omvårdnad, är således insikter som i allt större utsträckning

[29] SOU 1979:63 s. 111–112.
[30] Prop. 1981/82:168 om vårdnad och umgänge m.m. s. 46–50.
[31] Prop. 1990/91:8 om vårdnad och umgänge s. 32.
[32] Prop. 1990/91:8 s. 31 ff.
[33] Prop. 1997/98:7 Vårdnad, boende och umgänge s. 48 ff.
[34] Prop. 2001/02:123 Partnerskap och adoption. Det skall dock noteras att möjlighet att adoptera gemensamt endast tillkommer äkta makar och registrerade partner.
[35] Se t.ex. Ds 1999:57 s. 61.

har präglat utvecklingen av regelsystemet under senare år. Fortfarande är dock möjligheterna för en ogift man att få sitt faderskap fastställt begränsade när barnets moder inte samtycker till det. Därmed begränsas också mannens möjligheter att få del i vårdnadsansvaret. Mannens rätt som far är fortfarande i hög grad knuten till äktenskap eller äktenskapsliknande samlevnad med barnets mor.

4 FN:s konvention om barnets rättigheter

Reformerna av reglerna rörande förhållandet mellan föräldrar och barn har under de senaste decennierna styrts av ambitionen att ge barnet rätt till båda sina föräldrar. Mot denna bakgrund är det av intresse att kort beröra vad FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) kan ha att säga om den ogifta faderns rättsliga ställning. Omfattas han av barnets mänskliga rättigheter?

Barnet har enligt konventionens artikel 7 en rätt att, så långt det är möjligt, få vetskap om sina föräldrar och att bli omvårdat av dem. Tolkningen av barnkonventionens samtliga artiklar skall ske med beaktande av den princip som slås fast i artikel 3, nämligen att barnets bästa alltid skall komma i främsta rummet.[36] Innebörden av artikel 7, tolkad mot bakgrund av artikel 3, torde innebära att staten har en skyldighet att faktiskt se till att barnets föräldrar identifieras vid barnets födelse. Enda undantaget är när det skulle anses strida mot barnets bästa att faderskapet fastställs, något som torde vara fallet endast i extrema undantagsfall.[37] Vem det är som skall anses vara förälder i konventionens mening får avgöras med beaktande av den sociala eller rättsliga definitionen i det samhälle barnet föds.[38] Barnet ges också en rätt enligt artikel 7 att bli omvårdat av båda sina föräldrar, en rätt som enligt UNICEF innebär att en frånvarande förälder måste vara mer aktiv än att bara betala underhåll.[39] Barnet har alltså rätt till två föräldrar som utövar faktisk omvårdnad. Ytterligare stöd för barnets rätt till två föräldrar kan hämtas i artikel 8 som föreskriver att barnet har rätt att behålla sin identitet, innefattande

[36] Barnkonventionen skall läsas som en helhet vilket innebär att de grundläggande principerna i artiklarna 2 (icke diskriminering), 3 (barnets bästa), artikel 6 (rätten till liv) och artikel 12 (respekt för barnets åsikter) skall beaktas.

[37] UNICEF, Handbok om barnkonventionen, UNICEF 2008 s. 93–94.

[38] UNICEF, Handbok om barnkonventionen s. 93. Stöd för ett sådant synsätt kan också hämtas i konventionens artikel 5.

[39] UNICEF, Handbok om barnkonventionen s. 95.

bland annat släktförhållanden som de erkänns i lag. Men rätten till identitet innefattar också kännedom om genetiskt ursprung.

Till synes ger således barnkonventionen stöd för den ogifta faderns anspråk på att få sitt faderskap rättsligt erkänt, låt vara att det inte är hans egen rätt vi talar om här utan barnets rätt. Ändå förefaller barnkonventionen ha haft mycket liten inverkan på synen på den ogifta faderns rätt att, i förekommande fall, få sitt faderskap erkänt. En förklaring skulle kunna vara att principen om barnets bästa har, och skall ha, stor genomslagskraft men den saknar en definition i förhållande till fastställande av faderskap. Vad som är barnets bästa kommer i avsaknad av tydliga definitioner i stor utsträckning att bedömas mot bakgrund av en allmänt rådande syn på vad som är bra för barn. En talerätt för en ogift man som anser sig vara far till ett barn har hitintills inte ansetts ligga i barnets intresse. En annan bidragande orsak till barnkonventionens till synes begränsade inverkan på synen på den ogifta fadern kan möjligen utläsas av konventionens preambel där det bland annat slås fast att konventionsstaterna

> är övertygade om att familjen, såsom den grundläggande enheten i samhället och den naturliga miljön för alla dess medlemmars och särskilt för barnens utveckling och välfärd, bör ges nödvändigt skydd och bistånd så att den till fullo kan ta på sig sitt ansvar i samhället.

I konventionens preambel sägs också att konventionsstaterna

> erkänner att barnet, för att kunna uppnå en fullständig och harmonisk utveckling av sin personlighet, bör växa upp i en familjemiljö, i en omgivning av lycka, kärlek och förståelse.

Barnets bästa enligt konventionen är av allt att döma en familj. Den utomäktenskapliga fadern passar kanske inte alltid in i bilden av familjen som barnets givna uppväxtmiljö.

5 Europakonventionen och den ogifta fadern

5.1 Rätt att få faderskapet fastställt när barnet saknar rättslig far

FN:s konvention om barnets rättigheter är inte det enda människorättsinstrument som lyfter fram rätten till familj och rätten till respekt för föräldraskapet som en mänsklig rättighet. Ett för svensk rätts vidkommande viktigt instrument är den Europeiska konventionen angående skydd för

de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Konventionen gäller sedan år 1995 som lag i Sverige.[40] Artikel 8 stadgar att var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv. Fastställande av faderskap anses falla inom tillämpningsområdet för artikel 8 och har prövats vid ett flertal tillfällen.[41] Skyddet enligt artikel 8 gäller jämväl förhållandet mellan den utomäktenskapliga fadern och hans barn även om inte något de facto familjeliv föreligger.[42] En fråga som har bedömts av Europadomstolen är i vilken utsträckning en man som anser sig vara far till ett barn skall ha möjlighet att få detta fastställt, med andra ord, rätten att få faderskap grundat på genetisk släktskap fastställt. Domstolen har vid ett flertal tillfällen förklarat att även om syftet med artikel 8 i första hand är att skydda individerna mot godtyckliga ingripanden från myndigheter så kan det föreligga ”positive obligations inherent in an effective respect for private or family life”.[43]

I målet Mikulić mot Kroatien (2002), som rörde ett utomäktenskapligt *barns* möjligheter att få faderskapet fastställt, berörs vikten för barnet av att få det genetiska faderskapet fastställt. I sitt avgörande betonar domstolen att respekt för individens privatliv kräver att var och en måste ges möjlighet att klarlägga detaljerna rörande sin identitet som människa och att en individs rätt till sådan information är viktig eftersom den har betydelse för formandet av hans eller hennes personlighet.[44]

I ett nyligen avgjort mål har *mannens* intresse av att få sitt faderskap rättsligt bekräftat också ansetts skyddat av Europakonventionen. Målet Krušković mot Kroatien (2011) gällde en man som på grund av att han var omyndigförklarad inte kunde få sitt faderskap fastställt genom en bekräftelse. Domstolen konstaterade att Krušković inte på eget initiativ kunde få faderskapet fastställt i annan ordning. Faderskapet kunde fast-

[40] Se vidare Danelius, H., Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, tredje upplagan, Norstedts Juridik 2010, kap. 11 s. 322 ff. angående utomäktenskapliga barn och faderskap.

[41] Se t.ex. Johnston m.fl. mot Irland (dom 18.12.1986), Keegan mot Irland (dom 24.05.1994), Kroon m.fl. mot Nederländerna (dom 27.10.1994), Nylund mot Finland (beslut 29.06.1999), Mikulić mot Kroatien (dom 04.09.2002), Yousef mot Nederländerna (dom 05.11.2002), Różański mot Polen (dom 18.05.2006), Krušković mot Kroatien (dom 21.06.2011, inte slutlig).

[42] Se t.ex. Mikulić mot Kroatien (dom 04.09.2002) §§ 50–55.

[43] Krušković mot Kroatien (dom 21.06.2011, inte slutlig) § 28.

[44] Mikulić mot Kroatien (dom 04.09.2002) §§ 54. Se också Gaskin mot Förenade Konungariket (dom 07.07.1989) § 39.

ställas genom en dom om en socialmyndighet förde talan mot honom. Det fanns dock inte någon skyldighet för myndigheten att göra detta. Domstolen fann att en sådan ordning inte tillgodosåg faderns grundläggande intresse av att få den biologiska sanningen rörande en viktig aspekt av sitt privat- och familjeliv klarlagd och att få detta rättsligt erkänt. Domstolen fann vidare att den rådande ordningen inte heller tillgodosåg det utomäktenskapliga barnets intresse av att erhålla information rörande en viktig aspekt av sin personliga identitet, nämligen vetskap om vem som är biologisk förälder.[45]

Europadomstolens avgöranden pekar på att både barnets och mannens intresse av att få genetiskt faderskap fastställt faller inom ramen för artikel 8. Begränsningar i möjligheterna att få faderskapet fastställt måste därför motiveras med hänvisning till andra, tyngre vägande, intressen.

Den svenska regleringen rörande mannens talerätt, eller snarare avsaknad av sådan, har uppmärksammats vid några få tillfällen.[46] I RH 1995:85 berörde domstolen frågan om avsaknaden av en talerätt för mannen kunde anses strida mot Europakonventionen. Domstolen fann att det av Europadomstolens dåvarande praxis inte kunde utläsas att mannens avsaknad av egen talerätt skulle anses strida mot konventionen. Möjligheten för mannen att vända sig till socialnämnden ansågs tillräcklig.[47] Högsta domstolen har i målet NJA 2007 s. 684 i sina domskäl berört frågan om mannens talerätt och konstaterat att det inte torde ”vara möjligt för en man, som påstår sig vara far till ett barn, att väcka talan om fastställande av faderskapet, eftersom en sådan talan enligt 3 kap. 5 § FB skall föras av barnet”.[48] Någon koppling till Europakonventionen görs inte i det sammanhanget.

Det anses således klart att en man som vill få sitt faderskap fastställt inte har möjlighet till detta enligt svensk rätt. Frågan är om en sådan ordning kan antas strida mot Europakonventionens artikel 8. Att mannen har ett rättsligt skyddat intresse av att få, med Europadomstolens ord, den biologiska sanningen om sitt faderskap klarlagd och även rättsligt erkänt, är fastslaget. Av betydelse blir om den möjlighet mannen har att

[45] Krušković mot Kroatien (dom 21.06.2011, inte slutlig) §§ 33–34, 41.

[46] NJA 1970 s. 347, varom mer nedan, RH 1995:85 och NJA 2007 s. 684.

[47] Tilläggas kan att barnet i målet var avlidet, vilket innebar att socialnämnden saknade talerätt. Europadomstolen har i senare fall, Znamenskaya mot Ryssland (dom 02.06.2005) funnit att faderskapet till ett avlidet barn borde fastställas på begäran av modern.

[48] Se också Vängby, S., ”Barnets bästa” och europarätten. I: Festskrift till Torkel Gregow, Norstedts Juridik 2010, s. 400 ff.

anmäla till socialnämnden att han anser sig vara far kan anses tillräcklig för att skydda hans intresse.

I Krušković mot Kroatien hade mannen, i likhet med vad som gäller enligt svensk rätt, möjlighet att anmäla sitt faderskap till sociala myndigheter som kunde föra talan mot honom för att få faderskapet fastställt. Det faktum att de sociala myndigheterna i Kroatien inte hade någon skyldighet att föra talan ansågs innebära att skyddet för mannens intresse var otillräckligt. En motsvarande bestämmelse återfinns i svensk rätt i FB 2:1. Där sägs att socialnämnden är skyldig att försöka utreda vem som är far till ett barn, i de fall faderskapet inte fastställs genom faderskapspresumtionen för moderns make enligt FB 1:1, och ”se till” att faderskapet fastställs. Ordalydelsen till trots har detta i praktiken tolkats som ett uttryck för att en skyldighet att väcka talan föreligger. Socialnämnden får dock enligt FB 2:7 lägga ner sin utredning under vissa omständigheter. Bortsett ifrån de fall då det inte går att utreda faderskapet, kan ett nedläggningsbeslut fattas om samtycke till adoption av barnet har lämnats eller om det av särskilda skäl finns anledning att anta att fortsatt utredning eller rättegång skulle vara till men för barnet eller utsätta modern för påfrestningar som innebär fara för hennes psykiska hälsa. Någon absolut skyldighet att väcka talan föreligger således inte.[49] Socialnämndens beslut att lägga ner en utredning kan överklagas hos länsstyrelsen vars beslut i sin tur kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Det är dock inte givet att en man som anser sig vara far till ett barn har sådan processuell ställning att han har rätt att överklaga beslutet.[50]

Det skulle mot denna bakgrund kunna hävdas att den svenska ordningen inte i tillräckligt hög grad skyddar mannens intresse av att få sitt faderskap fastställt och att han därmed inte ges ett effektivt skydd för sin rätt enligt Europakonventionens artikel 8. I vart fall kan konstateras att skyddet för mannens intresse av att få sitt faderskap fastställt kommer att bli beroende av bedömningar i det enskilda fallet, något som skulle kunna anses strida mot Europakonventionen. Den svenska ordningen

[49] I NJA 1970 s. 347 väckte en man talan om fastställande av sitt faderskap när socialnämnden lagt ner faderskapsutredningen med hänvisning till risken för moderns psykiska hälsa. Hans talan avvisades av HD med hänvisning till att han saknade talerätt. JO har i ett beslut den 19 april 2001, dnr 1342-1999, uttalat att en faderskapsutredning av hänsyn till barnets mycket starka intresse av att få faderskapet fastställt, endast i undantagsfall bör läggs ner. Cit. från Socialstyrelsen, Att fastställa faderskap 2005, s. 96. Se även ovan avsnitt 4, särskilt not 37, angående barnets rätt till två föräldrar.

[50] Se vidare Singer, A., Mannens talerätt vid fastställande av faderskap s. 563–564.

innebär också att mannens eget intresse inte ges rättsligt erkännande. Att hans rätt skulle behöva vara begränsad av hänsyn till barnets intressen framstår inte som övertygande, eftersom barnets intresse av att få faderskapet fastställt anses ostridigt.

5.2 Fastställande av genetiskt faderskap när barnet har en rättslig far

Möjligheterna för en man – som anser sig vara genetisk far till ett barn – att få sitt faderskap fastställt när barnet redan har en rättslig far har också prövats av Europadomstolen. I dessa fall sker en avvägning mellan mannens, barnets och i vissa fall moderns intressen. Det faktum att Europakonventionen anses innefatta ett skydd för ett de facto familjeliv, oberoende av genetisk släktskap, får också betydelse i sammanhanget.

I målet Nylund mot Finland[51] hade modern och Nylund levt tillsammans när barnet avlades. De separerade strax därefter och när barnet föddes hade modern gift sig med en annan man som med stöd av faderskapspresumtionen blev barnets rättsliga far. Nylund saknade möjligheter att, utan medverkan från barnets mor eller rättsliga far, få sitt faderskap till barnet prövat. Europadomstolen fann att Nylunds relation till barnet, enbart genetisk släktskap, inte kunde anses falla under skyddet för familjeliv enligt artikel 8. Inte heller ansåg domstolen att avsaknaden av en möjlighet att få faderskapet prövat och fastställt kunde anses innebära en kränkning av Nylunds rätt till skydd för privatlivet. Domstolen fann att det var försvarligt att den nationella domstolen gav större vikt åt barnets och barnets existerande familjs intressen att behålla sin rättsliga position än åt Nylunds intresse av att få sin genetiska släktskap fastställd. Domstolen uttalade att hänsyn till rättssäkerhet och skydd för familjerelationer motiverar att stater använder sig av en presumtionsregel som anger att moderns make är barnets rättsliga far. Domstolen noterade därtill att barnet självt vid fyllda 15 år hade möjlighet att få faderskapet omprövat. Nylunds talan togs därför inte upp till prövning.

I Nylund mot Finland fanns ett faderskap fastställt genom faderskapspresumtionen, en presumtion som gav upphov till rättsliga band som domstolen fann skyddsvärda. Ett senare mål, Różański mot Polen, rörde frågan om en genetisk fars möjligheter att få sitt faderskap prövat och fastställt när en annan man erhållit rättslig ställning som far till barnet genom en

[51] Nylund mot Finland (beslut 29.06.1999).

faderskapsbekräftelse.[52] Różański hade levt tillsammans med barnets mor två år före och två år efter barnets födelse. Hans faderskap hade inte fastställts. Istället hade en annan man fastställts som far till barnet genom bekräftelse lämnad när barnet var fyra år. Różański saknade enligt polsk rätt möjlighet att på eget initiativ få sitt faderskap fastställt. Det saknades också riktlinjer för hur det redan fastställda faderskapet skulle kunna omprövas. Myndigheterna befanns ha behandlat frågan om omprövning av det fastställda faderskapet på ett slentrianmässigt sätt genom att inte väga Różańskis intresse av att få sitt faderskap fastställt mot barnets och den rättsligt etablerade familjens intresse. Domstolen fann därför att Różańskis rätt enligt artikel 8 hade kränkts.

Europadomstolens avgöranden indikerar att skyddet för den genetiska faderns rätt att få sitt faderskap fastställt avseende ett barn som redan har en rättslig far är begränsat. Hänsynen till barnets bästa och till bestående familjeband förefaller tillmätas större betydelse än klarhet om genetiskt ursprung, även om mannens intresse i viss utsträckning beaktas. En omständighet av betydelse synes vara om mannen på något sätt etablerat en de facto föräldrarelation till barnet. Nylund hade inte det och hade heller inte enligt sin framställan i domstolen någon sådan avsikt. Różański å andra sidan hade haft en föräldrarelation till barnet och hade också, utan framgång, försökt få sitt faderskap fastställt, redan innan faderskapet bekräftades av en annan man. Att hänsynen till barnets bestående familjeband tillmäts betydelse framkommer också i Europadomstolens avgörande i målet Yousef mot Nederländerna.[53] Yousef ville erkänna faderskapet till ett barn fött utom äktenskap men barnets mor hade motsatt sig detta. När modern avled togs barnet om hand av hennes bror. Yousef vill få sitt faderskap rättsligt erkänt för att få rätt att själv ta hand om barnet. Domstolen fann dock att de nationella domstolarna inte hade kränkt hans rätt enligt artikel 8 eftersom vägran att erkänna hans faderskap rättsligt skedde med hänvisning till skyddet för barnets rätt att ha kvar sin existerande familj.

I svensk rätt har den man som anser sig vara far till ett barn som har en rättslig far, i princip inte några möjligheter att på eget initiativ få sitt faderskap prövat och fastställt. I de fall faderskapet finns fastställt genom faderskapspresumtionen – i de fall där modern är gift vid barnets födelse – har socialnämnden möjlighet enligt FB 2:9 att utreda om någon annan

[52] Różański mot Polen (dom 18.05.2006).

[53] Yousef mot Nederländerna (dom 05.11.2002).

man kan vara far till barnet. En sådan utredning kan göras på begäran av barnets vårdnadshavare eller mannen i äktenskapet, om det anses lämpligt. Den man som anser sig vara far har inte någon rätt att begära utredning men socialnämnden kan även på eget initiativ inleda en sådan, något som, åtminstone teoretiskt, skulle kunna ske efter påstötning av den man som anser sig vara far.[54] Socialnämnden skall dock inte inleda någon undersökning som kan vara till men för barnet. Om barnets rättsliga föräldrar motsätter sig en utredning torde det endast i verkliga undantagsfall kunna antas att en utredning inte skulle vara till men för barnet, i synnerhet med tanke på värdet för barnet att få behålla sina existerande familjeband. Därtill kan läggas att socialnämnden saknar talerätt i mål om hävande av faderskapspresumtionen. Barnet och den rättsliga fadern är de enda taleberättigade i ett mål om hävande av faderskapspresumtionen.

Inte heller i de fall faderskapet fastställts genom en faderskapsbekräftelse har socialnämnden möjlighet att utreda faderskapet. Det är mannen som lämnat bekräftelse och barnet som har talerätt i mål om ogiltigförklaring av en faderskapsbekräftelse.

Barnet är således alltid taleberättigat i ett mål om hävande av faderskap. Barnets talan i ett sådant mål kan föras av barnets vårdnadshavare, i de flesta fall modern, eller en god man. Socialnämnden kan, om det anses befogat, enligt socialtjänstförordningen 5:3 anmäla behov av god man för barnet. Överförmyndaren får i en sådan situation ta ställning till om förutsättningar för ett förordnande om god man föreligger. God man kan förordnas enligt FB 11:2 om det kan antas att barnets ställföreträdare har ett intresse som strider mot barnets intresse. Överförmyndaren kan också på eget initiativ förordna god man i en sådan situation. Den gode mannen får i sin tur ta ställning till om det ligger i barnets intresse att föra talan om hävande av faderskapsbekräftelsen mot de rättsliga föräldrarnas vilja. Det torde inte gå att ange under vilka förutsättningar en sådan talan kan anses ligga i barnets intresse. Mot bakgrund av hur regelsystemet i övrigt är utformat när det gäller synen på en ”utomstående” mans anspråk på erkännande av sitt faderskap förefaller det inte sannolikt att en talan skulle väckas i dessa fall. En omständighet att beakta är det faktum att en man som rättsligt utpekas som far också med automatik blir den som får alla rättigheter och skyldigheter i förhållande till barnet. Någon möjlighet att pröva exempelvis vem som skall ha vårdnadsansvar

[54] Prop. 1975/76:170 s. 305.

för barnet oberoende av det rättsliga faderskapet finns inte i svensk rätt. Följden torde bli att barnets intresse av att få behålla ett fastställt familjerättsligt förhållande kommer att väga tungt vid bedömningen av om en god man skall förordnas för barnet.

6 En ljusning i sikte?

Genomgången visar att en man som anser sig vara far till ett barn fortfarande, mer än 100 år efter att de första reglerna om fastställande av faderskap infördes i svensk rätt, inte givits en självständig möjlighet att få sitt faderskap fastställt. Trots en retorik som lyfter fram betydelsen av fadern, och en reglering som i vissa avseenden ställer höga krav på honom, är det svårt att komma ifrån intrycket att regelsystemet fortfarande i stor utsträckning bygger på ett synsätt som har sina rötter långt tillbaka i tiden. Det är familjen etablerad genom äktenskapet, och numera även vad som har beskrivits som en äktenskapsliknande samlevnad, som ger dess medlemmar full status. Regelsystemets konstruktion förefaller i hög grad bygga på en syn på faderskap som knutet till modern och ett bestående eller antaget familjeliv.

Under senare år har dock allt fler familjerättsliga frågor upphöjts till frågor avseende mänskliga rättigheter.[55] Rätten till familj och föräldraskap blir rättigheter som också den enskilda individen kan göra gällande. Så också mannens rätt att få sitt faderskap till ett barn rättsligt erkänt. Äktenskapet som grund för rättslig status som förälder har börjat förlora i betydelse. Mot den bakgrunden framstår begränsningarna av mannens talerätt i svensk rätt som allt svårare att motivera.

Vid avgörande av frågor om faderskapsfastställelse är det dock helt klart att barnets intressen i sammanhanget måste tillmätas stor tyngd. Det råder idag enighet om att i frågor som rör barn så är det barnets intressen som skall sättas främst. Barnet har ett befogat intresse av att få ha kvar ett familjeliv som etablerats, även om det skulle bygga på ett föräldraskap som inte överensstämmer med genetiskt släktskap. Samtidigt som betydelse av ett bestående familjeliv betonas, lyfts värdet för barnet av klarhet i sina personliga förhållanden, inkluderat genetiskt släktskap, fram som viktigt. En ordning som underlättar klarläggandet av detta är därför önskvärd. En

[55] Se vidare Jänterä-Jareborg, M. & Singer, A., Folkrätten i familjerätten – familjerätten i folkrätten. I: Stern, R. & Österdahl, I., Folkrätten i svensk rätt, Liber förlag 2011 (under utgivning).

fråga som dock torde kräva övervägande innan en talerätt kan införas är den om föräldraskapets rättsverkningar. Kanske kan en lösning där ett rättsligt fastställt faderskap inte omedelbart medför samtliga rättsverkningar knutna till föräldraskapet, såsom vårdnadsansvar, vara en väg att gå. På så sätt skulle möjlighet ges att fastställa ursprung, till gagn för både barn och far. Den utomäktenskapliga faderns rätt skulle ges självständigt erkännande, samtidigt som barnets intresse av skydd för sitt de facto familjeliv i de fall sådant redan finns etablerat kan tillgodoses. En möjlighet att begränsa faderskapets omedelbara rättsverkningar liknar på många sätt den ordning som infördes år 1917, men denna gång som ett sätt att skydda barnets intressen. Detta visar kanske att inget är nytt under solen – det är bara perspektivet som växlar.

Caroline Sörgjerd

Äktenskapets roll i det föränderliga svenska samhället: 1734–2011

1 Inledning

Vad karakteriserar äktenskapet idag? Vilka värderingar kommer till uttryck i regleringen och vilken betydelse har civilståndet ”äkta makar”? Hur har det rättsliga erkännandet av andra samlevnadsformer påverkat äktenskapet som institution? Dessa frågeställningar är exempel på spörsmål som behandlades ingående i min doktorsavhandling 2011.[1] I jakten på kunskap om äktenskapets innersta väsen – dess essens – blev det tidigt tydligt för mig att en förståelse för äktenskapet som institution idag krävde ingående kunskap om dess historiska, religiösa och kulturella funktioner i det föränderliga svenska samhället.

Innebörden av äktenskapet som institution ställdes på sin spets i samband med antagandet av 2009 års könsneutrala äktenskapsreglering. Beslutet att öppna upp äktenskapet för par av samma kön var inte i första hand en fråga om att ge tillgång till äktenskapets rättsverkningar. Genom lagen om registrerat partnerskap hade par av samma kön redan tillgång till i princip samma regler som äkta makar. Reformen 2009 handlade istället främst om rätten till civilståndet som äkta makar och om symbolvärdet av själva namnet äktenskap.

I denna uppsats har jag valt att beskriva och analysera de förändringar i samhället och lagstiftningen som äktenskapet som institution genomgått

[1] Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape – Legal Challenges of Changing Cohabitation Models in Sweden, Uppsala universitet 2011. Avhandlingen utkommer hösten 2011 på Intersentia förlag med den reviderade titeln: Reconstructing Marriage – The Legal Status of Relationships in a Changing Society. Se http://www.intersentia.co.uk/serie.aspx?serieCode=EFL&serieId=3&langId=2.

i Sverige. Dispositionsmässigt är analysen strukturerad utifrån fyra betydelsefulla lagändringar på äktenskapsrättens område: äktenskapsregleringen i 1734 års lag, 1920 års giftermålsbalk och 1970-talets reformer (som inarbetades i 1987 års äktenskapsbalk) samt 2009 års könsneutrala äktenskapsbalk.

2 Äktenskapet enligt 1734 års lag

> ”[…] Gud sielf hafwer stichtat ächtenskapet, och satt mannen till qwinones hufwud, at han skall wara hennes förman, regera henne i gudz fruchtan, til thet bästa, ther til älska henne, såsom Christus älskade församlingen, och gaf sig sielf i döden för henne.”[2]

2.1 Kyrkans roll och äktenskapets samhällsfunktion

Genom 1734 års lag blev en och samma lag tillämplig i hela riket. Innan 1734 års lag antogs återfanns äktenskapsregleringen i de olika landskapslagarna. Dessa landskapslagar nedtecknades för första gången på 1000- och 1100-talet utifrån gamla germanska seder och bruk som i århundraden bevarats genom en muntlig tradition.[3] Införandet av en lag som tillämpades i hela riket innebar ökad enhetlighet jämfört med de olika landskapslagarna som kunde skilja sig åt innehållsmässigt från en region till en annan. I stora drag fungerade äktenskapet enligt landskapslagarna som en privat ekonomisk uppgörelse mellan två familjer, avklarad utan offentlig inblandning. Äktenskapet var alltså i första hand en ekonomisk familjeangelägenhet och inte en privat fråga att avgöra för det blivande brudparet.[4]

[2] Handbok, ther vti är författat, huruledes gudstiensten med christelige ceremonier och kyrckioseder, vti wåra församlingar skall blifwa hållen och förhandlad, förbättrad och förmehrad i Stockholm åhr 1599, öfwersedd åhr 1608, och numera efter nyia kyrckioordningen inrättad åhr 1693, s. 107 f.

[3] För en sammanfattande redogörelse för landskapslagarnas ställning i förhållande till och möte med den kanoniska rätten, se Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, s. 41–43.

[4] För en utförlig redogörelse för äktenskapets tidiga ställning och roll i det svenska samhället, se Carlsson, Lizzie, Jag giver dig min dotter, trolovning och äktenskap i den svenska kvinnans äldre historia, I och II, Nordiska bokhandeln, 1965 and 1972, skrifter utgivna av institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Olin.

I och med 1734 års lag blev kyrklig vigsel förrättad av präst inom den svenska kyrkan[5] obligatoriskt för att ett äktenskap skulle anses vara juridiskt giltigt. Religiösa influenser inom äktenskapets område förefaller ha bidragit till att flytta äktenskapets fokus från att primärt utgöra en ekonomisk familjeangelägenhet till en frivillig union grundad på två människors kärlek till varandra.[6] Redan i 1693 års kyrkohandbok betonades i vigselritualen mannens skyldighet att behandla sin hustru med respekt, på samma sätt som Gud respekterar människan.[7] Det fanns till och med en alternativ formulering i den kyrkliga vigselritualen, som var avsedd att tillämpas när de äkta makarna inte förväntades få några gemensamma barn. I vigselritualen talas om *”änkebrudar och de som är utom förhoppning om livsfrukt”*.[8] Den alternativa ordalydelsen, som egentligen var en bön, innebar att äktenskapet som en gemenskap välsignades istället för parets framtida fruktsamhet.[9] Det faktum att värdet av äktenskapet som en gemenskap mellan två människor erkändes av kyrkan, i linje med den bibliska synen att det inte är bra för mannen att vara ensam,[10] signalerar att kopplingen mellan äktenskap och reproduktion inte var absolut nödvändig i 1600- och 1700-talets Sverige. Relevansen av denna koppling skulle komma att ifrågasättas vid ett flertal tillfällen under 1900-talet och ställas på sin spets på ett symboliskt plan i samband med antagandet av en könsneutral äktenskapslagstiftning.

Den svenska kyrkans monopol på att förrätta vigsel innebar en möjlighet för kyrkan att ”strama upp” och påverka det moraliska klimatet i landet. Kyrkan strävade efter att begränsa sexuella handlingar till äktenskapet i

[5] Begreppet ”Svenska kyrkan” infördes i lagtext först 1860, när andra trossamfund än den evangeliskt lutherska erkändes genom dissenterlagen. Tidigare talas istället i termer om ”den svenska kyrkan” eller ”kyrkan i Sverige”.

[6] Från 1000-talet och fram till reformationen 1593 kom de religiösa influenserna från den katolska kyrkan och därefter från den evangelisk-lutherska. Det är oklart i vilken omfattning kanonisk rätt fick genomslag i Sverige. Se Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, särskilt s. 42–46 och s. 70.

[7] Handbok, ther vti är författat, huruledes gudstiensten med christelige ceremonier och kyrckioseder, vti wåra församlingar skall blifwa hållen och förhandlad, 1693, s. 119.

[8] Handbok, ther vti är författat, huruledes gudstiensten med christelige ceremonier och kyrckioseder, vti wåra församlingar skall blifwa hållen och förhandlad, 1693, s. 119. Jag har moderniserat stavningen något för att göra betydelsen begriplig. I texten står det: ”Enkiebrudar/och them som äro utom förhoppning om lifsfrucht”.

[9] Handbok, ther vti är författat, huruledes gudstiensten med christelige ceremonier och kyrckioseder, vti wåra församlingar skall blifwa hållen och förhandlad, 1693, s. 119 f.

[10] 1 Mosebok 2:18.

reproduktionssyfte. Att knyta sexualitet och reproduktion till äktenskapet förefaller inte uteslutande ha varit en tros- och moralfråga för den svenska kyrkan, även om äktenskapet var betydelsefullt enligt den lutherska tron såsom en guds gåva till mänskligheten.[11] Kyrkans och kungens gemensamma intresse av att bevara och stärka äktenskapet var även en praktisk fråga, som åsyftade att skapa ett fungerande samhälle i en tid då vår tids sociala skyddsnät saknades helt. För att förstå resonemanget krävs det att vi ser tillbaka på 1700-talets familjemönster.

I 1700-talets Sverige var familjen uppbyggd enligt en patriarkal struktur inom ramen för äktenskapet. Familjen ombesörjde flera viktiga uppgifter, exempelvis barnomsorg och äldreomsorg, uppgifter som idag till stor del tagits över av välfärdsstaten. Storfamiljen, bestående av flera generationer och eventuellt även av tjänstefolk, utgjorde en viktig produktionsenhet i det svenska bondesamhället.[12] Mannen var familjens överhuvud och kvinnans förmyndare, men det ska betonas att den gifta kvinnan hade en betydelsefull roll som ”husfru” med ansvar för hemmet och tjänstefolket.[13] Sexuella förbindelser utanför äktenskapet hotade familjeenheten genom risken för barn födda utanför äktenskapet och därmed ensamstående mödrar, vilka saknade ett välfärdsamhälle att vända sig till. Äktenskapet kan alltså till viss mån sägas ha fungerat som ett skydd för individen. Sett ur ett samhälls- och skyddsperspektiv är det förståeligt att den svenska kyrkan tillsammans med staten visade ett särskilt intresse för äktenskapet som institution och aktivt sökte motverka äktenskapsskillnad.[14]

I 1734 års lag kunde äktenskapsskillnad medges genom domstolsbeslut på två grunder: hor eller egenvilligt övergivande.[15] Kungen kunde

[11] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken I, förslag till lag om äktenskaps ingående och upplösning m.m., 1913, s. 79.

[12] SOU (1938:57), Slutbetänkande, avgivet av Befolkningskommissionen, s. 38. Se även Österberg, Eva, Historiska perspektiv, Kyrkan, äktenskapet och konstruktionen av det ”normala”: samlevnadsformer i historiskt perspektiv, Kärlek, samlevnad och äktenskap, Rapport från en offentlig hearing den 6–9 september 2004, Svenska kyrkans teologiska kommitté, s. 44. Se dessutom Schmidt, Folke, Äktenskapsrätt, femte upplagan, P. A Norstedt & söners förlag, 1974, s. 22.

[13] Andersson, Gudrun, Myndig eller omyndig? Kvinnans rättsliga och samhälleliga ställning under stormaktstiden, Kvinnorna och rätten från stormaktstid till rösträttstid, Granström, Andersson, Jansson och Oja, 1996, s. 17

[14] SOU (1972:41), Familj och äktenskap I, s. 87.

[15] Grunderna för upplösning av äktenskap enligt 1734 års lag analyseras av Sörgjerd, Caroline, i Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 68 f.

dessutom genom dispens bevilja äktenskapsskillnad på andra grunder, vilket skulle komma att få ökad betydelse under det följande århundradet.[16] I praktiken var äktenskapsskillnad emellertid svårt att få till stånd på 1700-talet,[17] vilket hängde samman med att kyrkan ansvarade för den obligatoriska medlingen mellan makarna innan äktenskapsskillnad kunde utdömas av världslig domstol. Medlingen syftade till att avskräcka från äktenskapsskillnad genom att prästerna upplyste makarna om att äktenskapsskillnad var djävulens verk, en synd och ett brott mot Gud.[18] Kungens och kyrkans intresse av att motverka äktenskapsskillnad visade sig också i att domstolen, i vart fall i teorin, kunde utdöma ansenliga böter när endast en av makarna ville skilja sig.[19]

2.2 Ofullkomnade äktenskap

Kyrkans och kungens gemensamma arbete med att styra alla sexuella handlingar till äktenskapet lyckades inte helt. Sexuella förbindelser utanför äktenskapet kriminaliserades visserligen i 1734 års lag,[20] men så kallade ofullkomnade äktenskap erkändes ändå i giftermålsbalken. Regleringen om de ofullkomnade äktenskapen, i 1734 års lag och i kyrkolagstiftningen, utgör ett tidigt exempel på lagstiftning till skydd för en svagare part och illustrerar svårigheterna med att genom lagstiftning helt styra människors sexuella beteenden. De gamla germanska äktenskapssederna fanns kvar i samhället, med ”fästningen” (landskapslagarnas motsvarighet till den kyrkliga termen trolovning) som det bindande momentet för äktenskapets ingående, och ett visst rättsligt erkännande blev nödvändigt av praktiska och sociala hänsyn.

[16] Dispens kunde medges exempelvis pga. att ena maken led av en obotlig sjukdom. Även avsky mellan makarna kunde enligt praxis vara ett skäl för dispens. Se Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 69.

[17] Jägerskiöld, Stig, Kring tillkomsten av 1734 års lag, Rättshistoriskt bibliotek, trettiosjunde bandet, skrifter utgivna av institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Olin, A.-B Nordiska Bokhandeln, 1984, s. 15.

[18] Inger, Göran, Svensk rättshistoria, upplaga 4:1, Liber ekonomi, 1997, s. 93.

[19] Se 1734 års giftermålsbalk, 12 kap. 3 §.

[20] Kriminaliseringen hävdes 1864, men sexuella relationer utanför äktenskap kunde alltjämt medföra böter. Se 1734 års giftermålsbalk, 12 kap. 3 §. Enligt Jacob Sundberg verkar möjligheten att utdöma böter endast ha tillämpats i situationer när en kvinna blivit gravid och hennes familj väckt talan om underhåll. Se Familjerätt i omvandling, institutet för rättsvetenskaplig forskning [LV], P. A Norstedt & söners förlag, 1969, s. 53.

Det är något oklart hur regleringen i 1734 års lag om de ofullkomnade äktenskapen tillämpades, men innebörden torde i korthet ha varit att en domstol kunde besluta att sexuellt umgänge *efter trolovning* kunde erkännas som ett äktenskap, 3 kap. 9 § giftermålsbalken.[21] Även sexuellt umgänge *utan trolovning* kunde ge upphov till vissa rättsverkningar, 3 kap.10 § giftermålsbalken. Förmodligen kunde bestämmelsen i 3 kap.10 § dock endast ge upphov till samma rättsverkningar som en trolovning – inte som ett formellt äktenskap.[22] Det råder stor osäkerhet kring hur den senare bestämmelsen tillämpades i praktiken, men den förefaller ha använts för att erkänna förhållanden mellan personer som inte kunde (eller ville) ingå äktenskap i den svenska kyrkans regi, exempelvis för att de tillhörde ett annat trossamfund eller för att de ingått äktenskap enligt de gamla germanska sedvänjorna.[23] Vidare fanns en bestämmelse som medförde att ett barn fött utanför äktenskapet kunde erkännas som ”äkta”, 5 kap.1 § giftermålsbalken. Rättsverkningarna av ett ofullkomnat äktenskap erkändes inte bara i 1734 års lag utan även i 1686 års kyrkolag, 15 kap.13,14 §§.

I litteraturen har paralleller dragits mellan å ena sidan reglerna om de ofullkomnade äktenskapen och å andra sidan den moderna samboregleringen.[24] Det finns vissa likheter, men också betydande skillnader. En grundläggande skillnad mellan ofullkomnat äktenskap och samboende utom äktenskap är att samboregleringen förutsätter att samlevnad har förelegat, medan regleringen av de ofullkomnade äktenskapen förefaller ha tillämpats för att tvinga mannen att ta ansvar för en kvinna med vilken han haft en sexuell förbindelse utan att det förelegat något samboende. Vid en jämförelse förefaller reglerna om ofullkomnat äktenskap ha varit mer omfattande materiellt än samboregleringen. Sambolagen omfattar endast en rätt till häften av värdet av den gemensamma bostaden och

[21] För en redogörelse av ofullkomnade äktenskap i Sverige, se Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 59–65. Se även Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 96–105.

[22] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 102.

[23] Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 64 f. Se även Sundberg, Jacob, Familjerätt i omvandling, 1969, s. 50 f.

[24] Se t.ex. Agell, Anders, the Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation, a Journey without a Destination, Scandinavian Studies in Law, 1980, s. 19 f. Se även Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 64.

bohaget, som anförskaffats för gemensamt bruk.[25] Reglerna om ofullkomnade äktenskap förefaller i vissa situationer, som angetts ovan, ha kunnat ge upphov till samma rättsverkningar som ett äktenskap.

En grundläggande likhet är att de båda regleringarna kan sägas ha föranletts av ett praktiskt behov i samhället och syftat till att skydda den svagare parten. En mer övergripande reflektion är att det är tänkbart att rättsligt erkännande av utomäktenskapliga sexuella relationer från 1700-talet och framåt lade grunden till en liberal moralisk inställning till samboende utom äktenskap i Sverige på 1900-talet.[26] En sådan historisk parallell mellan de båda fenomenen – ofullkomnat äktenskap och samboende utom äktenskap – skulle kunna förklara varför rättsligt erkännande av sambor – genom särskilda ”sambolagar” 1973, 1987 och 2003 – inte var särskilt kontroversiellt i Sverige.[27]

3 Jämställdhet i lagen – 1920 års giftermålsbalk

3.1 Bakgrund: kyrkans förändrade roll i samhället

Under de nästan 200 år som 1734 års lag var i kraft, dvs. fram till antagandet av 1920 års (nya) giftermålsbalk, genomgick det svenska samhället påtagliga förändringar. Den svenska kyrkans starka ställning försvagades och dess vigselmonopol utmanades. Mot slutet av 1700-talet tillerkändes andra trossamfund än den svenska kyrkan rätten att viga sina medlemmar, och borgerlig vigsel infördes under andra hälften av 1800-talet, som ett alternativ för par som inte kunde gifta sig i kyrklig regi.[28] Sedan 1908 står den borgerliga formen för äktenskaps ingående öppen för alla, som ett alternativ till kyrklig vigsel.[29]

Svenska kyrkans förändrade roll i det svenska samhället medförde att lagberedningen i förarbetena till 1920 års giftermålsbalk ifrågasatte om kyrklig vigsel överhuvudtaget borde finnas kvar som ett alternativ till den

[25] Sambolag (2003:376) 3 §.

[26] Se Bradley, David, Family Law and Political Culture, Modern Legal Studies, Scandinavian Laws in Comparative Perspective, Sweet & Maxwell, 1996, s. 3.

[27] Lag (1973:651) om ogifta samboendes gemensamma bostad, Lag (1987:232) om sambors gemensamma hem och Sambolag (2003:376).

[28] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 279.

[29] Lagen den 6 november 1908 om äktenskaps ingående.

borgerliga formen, eller om ett så kallat obligatoriskt civiläktenskap istället borde införas som den enda rättsligt erkända formen för äktenskaps ingående.[30] Så blev emellertid inte fallet, eftersom valfrihet i detta avseende ansågs ha en stark samhällelig förankring och ansågs gynna äktenskapet som samlevnadsform.

Vidare noterade lagberedningen i 1913 års betänkande att kyrklig vigsel i samhället verkade vara förknippad med en särskilt stark symbolisk betydelse som den civila formen saknade. Ett försök att minska den symboliska skillnaden gjordes genom att ordet ”vigsel” tillämpades på båda formerna för ingående av äktenskap.[31] Tidigare hade termen ”giftermål” tillämpats på borgerligt förrättade äktenskap, medan termen ”vigsel” varit reserverad för äktenskap förrättade i kyrklig regi. Det kan noteras att en liknande terminologisk diskussion fördes även senare, på 2000-talet, i samband med införandet av en könsneutral äktenskapsbalk. Då gällde frågeställningen huruvida ordet äktenskap skulle tillämpas på formella relationer mellan två personer av samma kön.[32]

År 1915, i samband med utarbetandet av 1920 års giftermålsbalk, befarade lagberedningen att avskaffande av kyrklig vigsel skulle kunna medföra att färre personer ingick äktenskap och istället valde att leva tillsammans utanför äktenskapet. Med andra ord var farhågan att ett par, som verkligen värdesatte tillgång till en juridiskt giltig kyrklig vigsel, skulle avstå helt från att ingå äktenskap om sådan möjlighet avskaffades.[33] Argumentet, om än något långsökt, visar att äktenskapet vid tillkomsten av 1920 års giftermålsbalk alltjämt betraktades som en särskilt eminent form för samlevnad, värd att bevara och skydda från ”hotet” av den framväxande tendensen att bo tillsammans som ett par utanför äktenskapets juridiska ramar. År 1915 avskaffades dessutom regleringen om de ofullkomnade äktenskapen, vilket kan ses som ett implicit försök att stärka äktenskapet genom att motarbeta sexuella relationer utanför äktenskapet.

[30] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 280.

[31] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 282.

[32] SOU (2007:17), Äktenskap för par med samma kön, vigselfrågor, Betänkande av äktenskaps och partnerskapsutredningen, s. 232 f. Denna diskussion återges och analyseras av Sörgjerd, Caroline, i Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 228–230.

[33] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 280.

3.2 Mot ökad jämställdhet mellan kvinnor och män

> ”[…][M]akarna böra, så långt möjligt är, ställas bredvid varandra såsom lika fria och självständiga personer utan någon i lag stadgad rätt för den ena att bestämma vare sig över den andre eller över familjens gemensamma angelägenheter.”[34]

Den gifta kvinnans frigörelse från mannens målsmanskap var den största nyheten i 1920 års giftermålsbalk. När kvinnan blev myndig krävdes flera lagändringar. Genom 1920 års giftermålsbalk, som ersatte 1734 års äktenskapsreglering, fick gifta kvinnor full rättshandlingsförmåga. Nya regler om makars förmögenhetsförhållanden infördes – giftorättssystemet – som med vissa tillägg tillämpas än i dag. Gifta män och kvinnor fick således samma rättigheter och skyldigheter att disponera över sin egendom.[35] Vidare erkändes kvinnorna, tillsammans med männen, som vårdnadshavare till barnen.

Sammantaget innebar inte 1920 års giftermålsbalk att kvinnor och män i någon betydande utsträckning förändrade sina invanda roller i familjen. Det generella mönstret var att kvinnorna arbetade i hemmet medan männen stod för familjens försörjning. En nyhet var dock att dessa olika sätt att arbeta i familjens intresse – genom hushållsarbete eller förvärvsarbete – i lagen behandlades som lika viktiga: *”Makarna äro pliktade att, var efter sin förmåga, genom tillskott av penningar, verksamhet i hemmet eller annorledes bidraga till att bereda familjen det underhåll, som med avseende å makarnas villkor må anses tillbörligt. […]”*[36] Kvinnans arbete i hemmet behandlades alltså som lika betydelsefullt som mannens förvärvsarbete. Lagstiftaren uppmuntrade upprätthållandet av traditionella könsroller i samhället såsom förenligt med familjens bästa. Det ansågs till och med förnedrande för frånskilda kvinnor att tvingas till förvärvsarbete.[37] I linje med detta synsätt infördes regler om underhållsskyldighet efter äktenskapsskillnad.

Nya regler om äktenskapsskillnad antogs 1915 och inarbetades i 1920 års giftermålsbalk. En ny politisk ideologi återspeglades i den internatio-

[34] NJA II 1921, Den nya giftermålsbalken I, s. 6.

[35] Regleringen beskrivs av Sörgjerd, Caroline, i Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 91–93.

[36] 1920 års giftermålsbalk 5 kap.2 §.

[37] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken, 1913, s. 448.

nellt sett progressiva lagstiftningen.[38] Utgångspunkten var att det inte längre ansågs eftersträvansvärt att genom avskräckande medlingsverksamhet och restriktiva skilsmässogrunder till varje pris hindra makar från att bryta upp från ett äktenskap. Syftet med medlingen, som kunde utföras i kyrklig eller statlig regi, var nu att hjälpa makarna att förstå varandra, istället för att avskräcka dem från att skiljas.[39] Äktenskapsskillnad blev således tillgänglig efter ett års hemskillnad, på grund av lång och varaktig söndring mellan makarna. Makarnas ord räckte som bevisning för att söndringen bestod efter hemskillnaden.

För fall när endast den ena maken ville avsluta äktenskapet så introducerades en så kallad skilsmässokatalog i giftermålsbalken, bestående av sju olika grunder för äktenskapsskillnad.[40] Enligt denna katalog kunde äktenskapsskillnad erhållas på begäran av ena maken när den andra maken: (1) begått bigami, (2) haft sexuellt umgänge med annan än maken, (3) smittat maken med en könssjukdom, (4) gjort sig skyldig till mordförsök eller grov misshandel av maken eller deras barn, (5) dömts för vissa typer av brott, (6) missbrukade alkohol eller (7) var mentalt sjuk. Äktenskapsskillnad förblev dock i praktiken ovanligt förekommande i Sverige på 1920 och 30-talen.[41]

Betydelsen av 1920 års giftermålsbalk bör inte underskattas, även om gifta män och kvinnor på 1920-talet fortfarande huvudsakligen levde i enlighet med ”traditionella” könsroller, och kvinnorna därmed fortsatte att vara beroende av sina män för sin egen och barnens försörjning. En stor förtjänst av 1920 års giftermålsbalk består i att den kan sägas ha lagt den rättsliga grunden till kommande lagreformer på familjerättens område – särskilt från 1970-talet och framåt – som haft ökad jämställdhet mellan kvinnor och män som målsättning.

[38] Se Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 104–107, för jämförelser med spansk, fransk, nederländsk och tysk reglering om äktenskapsskillnad.

[39] Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 97 f.

[40] Katalogen infördes först i 1915 års lag och inkorporerades sedan i 1920 års giftermålsbalk, 11 kap.7–13 §§.

[41] En viss stegring av antalet äktenskapsskillnader kan dock noteras. År 1925 uppgick siffran till 1 748 äktenskapsskillnader och tio år senare uppgick siffran till 2 718. Se SOU (2007:17), s. 203, med hänvisning till Statistiska centralbyrån.

4 1970-talets lagändringar och 1987 års äktenskapsbalk

4.1 Bakgrund: Folkhemmet och välfärdsstaten

Jämställdhetstanken som kom till uttryck i 1920 års giftermålsbalk fick successivt ökad praktisk genomslagskraft i det svenska samhället. Det socialdemokratiska partiet spelade en central roll i Sverige när det gällde att överföra de familjerättsliga värderingarna om jämställdhet till samhället och familjen. Mot slutet av 1920-talet, en tid som kännetecknades av hög arbetslöshet och alarmerande låg nativitet, kom den socialdemokratiska idén om Folkhemmet som en grund för etablerandet av en svensk välfärdsstat politiskt lägligt.[42]

Det svenska folkhemmet är ett centralt begrepp i socialdemokratins historia. Det var den dåvarande partiledaren Per Albin Hansson som 1929 lanserade begreppet ”Folkhemmet” som en del av partiprogrammet.[43] Tanken var att hemmet motsvarade ett idealiskt samhälle i miniatyr. Det demokratiska hemmet, där familjen ansvarar för varandra, jämfördes med det välfärdssamhälle som partiet ville skapa, där det offentliga tar ett stort ansvar för medborgarna.

Den socialdemokratiska valsegern 1932 blev början på 40 år av obruten regeringsmakt, under vilken välfärdsstaten i stort sett etablerades. En följd av detta blev att ansvaret för familjemedlemmarnas välbefinnande till viss del flyttades över från familjemedlemmarna till staten, exempelvis genom införandet av subventionerad barnomsorg och äldreomsorg. Dessa reformer bidrog till att göra det möjligt för kvinnor att kombinera föräldraskap och familjeliv med förvärvsarbete.[44]

Samhällsvärderingarna vad gäller synen på sexualitet förändrades från 1930-talet och framåt. Frågor om sexualitet var föremål för en statlig utredning som resulterade i 1936 års sexualrapport, där sexualvanor och sexualmoralen i det svenska samhället analyserades på djupet för att försöka komma till rätta med de låga födelsetalen.[45] Kopplingen mellan

[42] Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 111. För en redogörelse för socialdemokratin, välfärdsstaten och folkhemmet, se s. 110–117.

[43] Protokoll, Andra Kammaren, 1928, s. 11.

[44] Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 114 f.

[45] SOU (1936:59), Betänkande i sexualfrågan.

sexualitet och reproduktion försvagades successivt i takt med att jämställdheten mellan kvinnor och män ökade i det svenska samhället. Därmed så kom sexualiteten efter hand att betraktas som en personlig angelägenhet och ett uttryck för intimitet mellan två människor, istället för att i första hand vara en fråga om reproduktion.[46] Mot denna bakgrund blev även sexuella relationer utanför äktenskapet mer accepterade.

I sexualrapporten från 1936 uttrycktes en tillåtande attityd mot sådana sexuella relationer, så länge det rörde sig om långsiktiga kärleksrelationer och inte tillfälliga sexuella förbindelser.[47] Det är sannolikt att det tidiga ställningstagandet i 1936 års sexualrapport vad gäller sexuella relationer utanför äktenskapet banade väg för den första samboregleringen 1973 – lag (1973:651) om ogifta samboendes gemensamma bostad. Den förändrade synen på sexualitet och reproduktion, och toleransen för sexuella relationer utom äktenskap, öppnade troligtvis även upp för rättsligt erkännande av samkönade parrelationer.[48]

4.2 Äktenskap med ”svängdörrar”?

> ”[…] [S]åväl äktenskapets uppkomst som dess bestånd skall bygga på parternas fria vilja att leva tillsammans under äktenskapets regelsystem. Detta innebär att makes vilja att upplösa äktenskapet alltid skall respekteras.”[49]

Under 1970-talet genomfördes i Sverige flera internationellt sett ”progressiva” lagändringar på familjerättens område.[50] Hur påverkades äktenskapet som institution av dessa reformer? Något tillspetsat kan det hävdas att äktenskapet genom 1970-talets reformer förvandlades till en institution ”med svängdörrar”, dvs. karakteriserad av mer eller mindre fritt in-

[46] Detta poängterades i Kyrkostyrelsens skrivelse (2009:6), Vigsel och äktenskap, s. 50. Även tillgången till p-piller som preventivmedel på 1960-talet bidrog till den nya synen på sexualitet.

[47] SOU (1936:59), s. 76.

[48] Se avsnitt 5 nedan.

[49] Prop (1973:32), Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken, m.m.; given Stockholms slott den 9 mars 1973, s. 74.

[50] Termen ”progressiv” (i bemärkelsen liberal) används som motsats till termen ”konservativ” eller ”regressiv”, mot bakgrund av mänskliga rättighetsdiskursen i Europa och dess fokus på att stärka individens rättigheter. För jämförelser med spansk, nederländsk, tysk och fransk rättsutveckling, se Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 143–152.

och utträde. Med andra ord blev människor i stort sett fria att gifta sig och skilja sig efter behag.

Utgångspunkten för 1970-talets reformer på familjerättens område brukar i litteraturen kopplas till idén om en ”neutralitetsideologi”. Denna i litteraturen omdebatterade politiska ideologi behandlas inte på djupet här, men den bygger på målsättningen som uttrycktes i 1969 års direktiv till familjelagssakkunniga: *”En ny lagstiftning bör […] så långt som möjligt vara neutral i förhållande till olika samlevnadsformer och olika moraluppfattningar. Äktenskapet har och bör ha en central plats inom familjerätten, men man bör försöka se till att den familjerättsliga lagstiftningen inte innehåller några bestämmelser som skapar onödiga svårigheter eller olägenheter för dem som skaffar sig barn och bildar familj utan att gifta sig.”*[51]

I linje med denna målsättning reducerades äktenskapshindren till ett minimum.[52] Det ansågs inte lämpligt att genom lag försöka diktera vem som fick gifta sig med vem, eftersom det inte fanns några formella hinder för människor att leva tillsammans utanför äktenskapets rättsliga ramar.[53] Vidare blev äktenskapsskillnad en *rättighet* för varje enskild make, tillgänglig direkt eller efter en sex månaders betänketid.[54] Makarna behövde inte längre ange någon grund för upplösningen och frågan om vem som bar skulden till äktenskapets söndring saknade nu helt relevans ur ett juridiskt perspektiv för beviljande av äktenskapsskillnad samt för utgången av därmed sammanhängande frågor. Innan 1973 års regler om äktenskapsskillnad antogs kunde ena makens ”illojala” beteende, exempelvis otrohet, påverka utgången av en vårdnadstvist.[55]

Nya regler om underhållsskyldighet för make efter äktenskapsskillnad antogs 1978.[56] Huvudregeln som slogs fast i lagen var att båda makarna skulle vara ekonomiskt självständiga efter äktenskapets upplösning, och

[51] Direktiv från departementschefen till familjelagssakkunniga, den 15 August, 1969, Riksdagsberättelsen 1970, Ju 52, s. 81. Se även SOU (1972:41), s. 58. Neutralitetsideologin och diskussionerna i litteraturen därom har analyserats i detalj i Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 115 och 133–136 samt s. 157–162.

[52] Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 117–121.

[53] Prop (1973:32), s. 68.

[54] Efter sex månaders betänketid måste ena maken (eller båda) begära att äktenskapsskillnaden fullföljs och om så inte skett ett år från den ursprungliga ansökan så avskrivs målet.

[55] Prop (1973:32), s. 86.

[56] Prop (1978/79:12), om underhåll till barn och frånskilda, m.m.; beslutad den 5 oktober 1978. Underhållsskyldighet gentemot barn regleras separat.

något underhåll skulle därför inte utgå annat än undantagsvis.[57] Den bakomliggande tanken var att restriktiva regler om underhåll *efter* äktenskapsskillnad ansågs uppmuntra till ekonomisk självständighet *under* äktenskapet, vilket bidrog till att skapa ett jämställt samhälle där både män och kvinnor förvärvsarbetade.[58] Reglerna om äktenskapsskillnad och underhåll inarbetades i 1987 års äktenskapsbalk, där även modifierade regler om makars förmögenhetsförhållanden infördes. År 1973 infördes för första gången en minimireglering avseende rätten för den bäst behövande sambon att ta över det gemensamma hemmet. År 1987 infördes dessutom bodelningsregler för sambor, genom lagen om sambors gemensamma hem.

Det kan tyckas anmärkningsvärt att äktenskapet som institution ”överlevde” 1970- och 80-talets reformer – ”svängdörrarna” och samboregleringen. I SOU 1972:41 väcktes frågan huruvida äktenskapet som formell institution för samlevnad borde avskaffas och ersättas av ett muntligt anmälningsförfarande hos folkbokföringen. Redan i betänkandet avvisades dock denna idé som opraktisk och stridande emot opinionen i samhället.[59] Det faktum att äktenskapet som institution överlevde det radikala 1970-talet visar att det även då fanns ett politiskt och samhälleligt intresse av att bevara äktenskapet som en rättsligt reglerad samlevnadsform. Även valfriheten mellan borgerlig och kyrklig vigsel behölls.

Genom 1970-talets reformer på äktenskapsrättens område kan äktenskapet sägas ha förändrats från att bygga på idén om en livslång union till att utgöra en union med mer eller mindre fritt in- och utträde. Det kan dock noteras att ”svängdörrarna” till och från äktenskapet fortfarande inte stod öppna för alla par när som helst. Vissa äktenskapshinder tillämpades alltjämt och hindrade exempelvis nära släktingar från att gifta sig med varandra. Vidare föreskrev lagen att äktenskapsskillnad skulle föregås av en sex månader lång betänketid, när endast den ena maken begärde äktenskapsskillnad eller om någon av makarna bodde tillsammans med ett barn som var under 16 år gammalt. Därigenom behöll

[57] Detta var inte någon nyhet. Redan innan 1978 års reglering antogs var domstolarna restriktiva med att utdöma underhåll till make efter äktenskapsskillnad. Prop (1978/79:12), s. 138, 189 och s. 140.
[58] Prop (1978/79:12), s. 139.
[59] SOU (1972:41), s. 148 f.

äktenskapsregleringen sin selektiva funktion och fortsatte att ge uttryck för värderingar avseende vem som kvalificerade för inträde till äktenskapsinstitutionen och vem som fick stå utanför.

5 Det könsneutrala äktenskapet

5.1 Bakgrund: mot rättsligt erkännande av samkönade par

Den 1 maj 2009 blev det möjligt i Sverige för två personer av samma kön att ingå äktenskap med varandra.[60] Reformer med rättsligt erkännande av samkönade par som målsättning har i Sverige, liksom i många andra länder, genomförts med anmärkningsvärd hastighet under de senaste 20 åren.

Homosexualitet var kriminaliserat i Sverige fram till 1944. Avkriminaliseringen innebar dock inte att homosexuella individer blev accepterade i samhället. Fortfarande på 1950-talet ansågs homosexualitet utgöra en fara för allmänheten, särskilt för unga människor som sökte sin identitet, och det ansågs angeläget att finna fungerande behandlingsmetoder.[61] Homosexualitet klassificerades som en sjukdom av Socialstyrelsen fram till 1979.

En vändpunkt vad gäller synen på homosexualitet nåddes 1973, när lagutskottet uttalade att *”[…] en samlevnad mellan två parter av samma kön är från samhällets synpunkt en fullt acceptabel samlevnadsform”*.[62] Uttalandet gjordes i samband med att den första samboregleringen antogs. Samkönade par omfattades visserligen inte av den regleringen men uttalandet kan ändå sättas i samband med beslutet att några år senare tillsätta en statlig utredning om homosexuellas situation i samhället. Utredningens omfattande rapport publicerades efter sex års utredningsarbete i SOU 1984:63 ”Homosexuella och samhället”, som låg till grund för 1987 års lag om homosexuella sambor. De två sambolagarna – en för samkönade par och en för olikkönade par – ersattes, med vissa förtydliganden, av en och samma könsneutrala sambolag 2003.[63]

[60] SOU (2007:17), (2008/09:CU19), Könsneutrala äktenskap och vigselfrågor och Prop (2008/09:80), Äktenskapsfrågor.

[61] Se Söderström, Göran, En aktiviströrelse växer fram, Sympatiens hemlighetsfulla makt: Stockholms homosexuella 1860–1960, Red. Göran Söderström, Stockholmia förlag, 1999, s. 399.

[62] LU (1973:20), Lagutskottets betänkande i anledning av Kungl. Majt:s proposition 1973:32 med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken m.m., jämte motioner, s. 116.

[63] Sambolag (2003:376). Se Prop (2002/03:80), Ny sambolag.

På 1990-talet infördes en formell institution för samkönade par som fick namnet ”registrerat partnerskap”. Lagstiftarens målsättning var att genom lagen om registrerat partnerskap officiellt markera samkönade parrelationers höga värde: *”Vårt ställningstagande har en ideologisk grund. Det bygger på tanken om alla människors lika värde och likhet inför lagen. Vi erkänner den homosexuella kärleken som likvärdig med den heterosexuella. Vi bejakar – inte förnekar – kärleken mellan människor. Kärleken är en viktig drivkraft för såväl personlig som samhällelig utveckling. […]”*[64]

Genom partnerskapslagen blev de flesta av äktenskapets rättsverkningar tillämpliga på par av samma kön som låtit registrera sitt förhållande och de regler som ursprungligen undantogs från tillämpningsområdet gjordes efter hand tillämpliga.[65] Således infördes 2003 en möjlighet för registrerade partner att adoptera barn gemensamt, även barn från utlandet. Det blev även möjligt för samkönade par att uppnå gemensamt föräldraskap genom så kallad närståendeadoption[66] och 2005 fick lesbiska par tillgång till assisterad befruktning i Sverige.[67]

Företrädare för homosexuellas rättigheter i Sverige fortsatte att driva frågan om införande av ett könsneutralt äktenskapsbegrepp, trots att registrerat partnerskap och äktenskap medförde väsentligen samma rättsverkningar. År 2005 tillsattes en särskild utredning för att utforska om en könsneutral äktenskapslagstiftning borde införas.[68]

Kritiker till idén att öppna upp äktenskapet för par av samma kön, trossamfunden i synnerhet, motsatte sig att begreppet ”äktenskap” utvidgades till att omfatta två personer av samma kön. Svenska kyrkan förklarade sig villig att registrera partnerskap med rättslig verkan, eller vad

[64] SOU (1993:98), del A, Betänkande av partnerskapskommittén, s. 11.

[65] Regler om föräldraskap undantogs ursprungligen från partnerskapslagens tillämpningsområde men infördes successivt. Även könsspecifika regler undantogs, liksom tillämpning av internationella konventioner. Undantagen räknades upp i partnerskapslagens 3 kap., 1–4 §§.

[66] Närståendeadoption, som även kallas för styvbarnsadoption, innebär att den ena partnern adopterar den andras (rättsliga) barn. SOU (2001:10), Barn i homosexuella familjer, del A och B, Betänkande av Kommittén om barn i homosexuella familjer. Se även Prop (2001/02:123), Partnerskap och adoption.

[67] Ds (2004:19), Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella. Se även Prop (2004/05:137), Assisterad befruktning och föräldraskap. Det kan nämnas att reglerna om assisterad befruktning och fastställande av föräldraskap för den kvinna som inte bär barnet enbart är tillämpliga när behandlingen äger rum på ett universitetssjukhus i Sverige.

[68] Direktiv (2005:6), Äktenskap och partnerskap.

unionen än kallades, bara ordet *äktenskap* förblev reserverat för den kyrkliga vigseln av par av motsatt kön.

Denna terminologiska invändning vann emellertid inte gehör och den 1 maj 2009 trädde den könsneutrala äktenskapsregleringen i kraft.[69] På kyrkomötet i oktober 2009 fattade ledamöterna det kontroversiella och internationellt sett banbrytande beslutet att Svenska kyrkan skall förrätta vigsel mellan personer av samma kön.[70] Partnerskapslagen avskaffades när äktenskapslagstiftningen infördes men fortsätter att ge upphov till rättsverkningar för par som registrerat sitt partnerskap tidigare än 2009 och valt att inte omvandla sitt partnerskap till ett äktenskap.[71]

5.2 Äktenskapet – en symbolfråga

> ”Vad gör väl namnet? Det som ros vi kalla, med annat namn dock lika ljuvligt doftar.”[72]

I SOU 2007:17 poängterades att äktenskapet föreföll ha ett symbolvärde, högre i rang än det registrerade partnerskapet, och att ”registrerat partnerskap” inte hade samma ”klang” i det allmänna medvetandet som ”äktenskap”.[73] Även om registrerat partnerskap och äktenskap kunde likställas vad gäller rättsverkningar så fanns det betydande skillnader på ett symboliskt plan.

[69] Regeringen kunde inte enas om en proposition utifrån SOU (2007:17). Istället röstade riksdagen utifrån civilutskottets betänkande (2008/09:CU19). Det kan noteras att ett liknande politiskt förfarande ägde rum i samband med antagandet av lagen om registrerat partnerskap. Inte heller den gången kunde den borgerliga regeringen presentera en proposition utan röstade utifrån lagutskottets betänkande (1993/94:LU28).

[70] Se 2009 års kyrkomötes officiella sida: http://www.svenskakyrkan.se/default.aspx?di=252610, där det framgår att 176 ledamöter röstade för förslaget att svenska kyrkan skulle viga samkönade par, 62 röstade emot och 11 avstod från att rösta. Det kan nämnas att bl.a. Missionskyrkan i Sverige låter varje församling avgöra hur den ställer sig till samkönad vigsel.

[71] Omvandling från partnerskap till äktenskap kan ske antingen genom vigsel, i borgerlig eller i svenska kyrkans regi, eller genom anmälan till Skatteverket. I avhandlingens kapitel 7 görs jämförelser med det nederländska registrerade partnerskapet. I Nederländerna står såväl äktenskap som registrerat partnerskap öppet för samkönade par och par av motsatt kön.

[72] ”What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet.” William Shakespeares Romeo och Julia. Svensk översättning: Hagberg, Carl August, Wahlström och Widstrand, 1967, s. 39.

[73] SOU (2007:17), s. 16.

Hans Ytterberg, den tidigare ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning, beskrev detta som att partnerskapslagen medförde lika rättigheter men utan att skapa likhet i *värde,* vilket han ansåg stred mot principen i 1948 års FN deklaration om de mänskliga rättigheterna, artikel 1: *”Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter.”*[74] Ytterberg lyfte fram den symboliska skillnaden mellan registrerat partnerskap och äktenskap genom att jämföra partnerskapslagen med den rasistiska *”separate but equal doctrine”* som USA:s högsta domstol slog fast 1896.[75]

I Sverige har lagstiftarens utgångspunkt sedan 1970-talet varit att så långt som möjligt behandla samkönade och olikkönade par lika i lagen. I 1984 års betänkande uttrycktes detta som att *”[…] den enda skillnaden mellan homosexuella och heterosexuella är att homosexuella känslomässigt dras till personer av samma kön.”*[76] Mot denna bakgrund finns det en risk att allt annat än fullt likställande, exempelvis genom tillgång till ett formellt äktenskap, betraktas som en oönskad särbehandling. Det finns en risk att det registrerade partnerskapet när det instiftades till viss del kom att uppfattas som ett andra klassens äktenskap av lägre dignitet än ett ”äkta” äktenskap. Man kan spekulera kring huruvida sådana negativa associationer till särbehandling bidrog till att antalet par som valde att registrera sitt partnerskap var relativt lågt och om antalet samkönade par som väljer att formalisera sin relation kommer att öka nu när äktenskapet är tillgängligt.[77] Med detta är dock inte sagt att partnerskapslagen var onödig eller olämplig. Det var betydelsefullt för samkönade par att få tillgång till en reglering som motsvarade äktenskapet. Dessutom verkar partnerskapslagen ha lyckats

[74] Ytterberg, Hans, All Human Beings Are Equal, but Some Are More Equal than Others – Equality in Dignity without Equality in Rights? Intersentia, 2003, s. 8.

[75] Ytterberg, Hans, All Human Beings Are Equal, but Some Are More Equal than Others, 2003, s. 8. Terminologin ”separate but equal” användes även av Masha Antokolskaia när hon jämförde registrerat partnerskap med äktenskap. Antokolskaia, Masha, Harmonisation of Family Law in Europe, Intersentia, 2006, s. 402 f.

[76] SOU (1984:63), s. 19.

[77] Siffran pendlade mellan som högst 814 personer (2008) och som lägst 250 personer (1998). Se Statistiska Centralbyrån, www.scb.se. Från den 1 maj 2009 till och med den 31 december samma år gifte sig 774 samkönade par, varav 430 avsåg omvandlingar från partnerskap till äktenskap http://www.scb.se/Pages/TableAndChart____290347.aspx. Det är ännu för tidigt för att dra några slutsatser om reformens praktiska betydelse.

med målsättningen som uttrycktes i 2007 års betänkande, nämligen att skapa ökad förståelse för samkönade relationer.[78]

Sammanfattningsvis, som ett svar på frågan i det inledande citatet – vad gör väl namnet? – så verkar detta vad vi *kallar* en sak ha avgörande betydelse för hur vi *uppfattar* något. Särskilt ett namn som ”äktenskap”, med dess djupa kulturella, religiösa och historiska förankring i samhället, rymmer många olika associationer och värderingar. Det registrerade partnerskapet, oavsett dess rättsliga innehåll, kunde inte motsvara äktenskapet på en symbolisk nivå, eftersom det inte kallades äktenskap.

6 Äktenskapets symbolik och framtid – några avslutande reflektioner

En övergripande iakttagelse är att den svenska äktenskapsregleringen har förändrats över tid i syfte att passa nya värderingar i ett föränderligt samhälle. Även synen på vad äktenskapet bör inbegripa har förändrats och visat sig vara flexibel. Tack vare denna flexibilitet har äktenskapet behållit sin roll som en samhällets stöttepelare och representerat en särskilt eminent form för samlevnad.

Erfarenheten av lagen om registrerat partnerskap i Sverige kan sägas illustrera svårigheterna med att försöka konstruera en institution som inte bara motsvarar äktenskapet på en regleringsnivå, utan som även motsvarar äktenskapets genom århundraden inarbetade symbolvärde. Den könsneutrala äktenskapsbalken och Svenska kyrkans beslut att tillämpa samma äktenskapsbegrepp på samkönade och olikkönade par skapade ökad enhetlighet beträffande ”äktenskapskonceptet” och visade än en gång hur elastiskt och flexibelt äktenskapet är.

Ändå kan det ifrågasättas om äktenskapet fortfarande behövs som en rättslig institution i 2000-talets förhållandevis jämställda och ”sekulära” Sverige, eller om det istället bör anförtros åt parterna själva att utan onödig statlig (eller kyrklig) inblandning avgöra vilka avtal de önskar ingå för att reglera sin samlevnad.[79] Ett avskaffande av äktenskapet som formell institution kan hävdas vara en väntad fortsättning på den rättsutveckling

[78] Enligt en undersökning utförd av Folkhälsoinstitutet, som har mätt attityder mot homosexuella i samhället sedan slutet av 1990-talet, så hade attityderna förbättrats avsevärt 2005. Se SOU (2007:17), s. 206 f. Se även SOU 1993:98, del A, s. 11.

[79] För en analys av denna fråga, se Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 351–353.

som ägt rum i Sverige sedan 1970-talet, i linje med den ideologiska idén att lagen skall vara neutral till olika samlevnadsformer och moraluppfattningar.[80] För att avgöra om äktenskapet behövs idag skall vi titta närmare på två av dess centrala funktioner.

Äktenskapet kan sägas fylla såväl en yttre som en inre funktion. Äktenskapets *inre funktion* består i att parterna avger en ömsesidig viljeförklaring om ett långvarigt engagemang i ett gemensamt familjeprojekt. Även om äktenskapsregleringen inte längre ger uttryck för ett livslångt åtagande så är det rimligt att anta att många blivande makar ingår äktenskap med avsikten att vara tillsammans resten av livet. Äktenskapet kan således fortfarande sägas symbolisera ett livslångt åtagande och därmed associera till kvalitet och lång hållbarhet.

Äktenskapets *yttre funktion* innebär att paret får ett officiellt godkännande av sin relation, en signal om att de två personerna kvalificerar sig för tillträde till denna institution av särskild hög kvalitet och hållbarhet. I 2007 års betänkande, som låg till grund för den könsneutrala äktenskapslagstiftningen, anfördes att *”för de homosexuella är äktenskapet viktigt som värdemätare både för deras egna relationer och för omgivningens inställning”*.[81] Detta uttalande visar att reformen var motiverad med hänsyn till såväl äktenskapets inre som dess yttre funktion.

För att äktenskapet skall fortsätta att vara en relevant rättsligt reglerad form för samlevnad krävs det att såväl dess inre som dess yttre funktion behövs. En vilja att leva tillsammans kan högtidliggöras och uttryckas på många andra sätt än genom att ingå ett formellt äktenskap. Från denna synvinkel anser jag att antagandet av ett könsneutralt äktenskapsbegrepp stärkte äktenskapets ställning i Sverige. Reformen 2009 handlade inte bara om tillgång till äktenskapsregleringen utan fokuserade istället främst på *symbolvärdet* av att få tillgång till äktenskapet som civilstatus. Reformen 2009 visade att det fortfarande finns ett behov av att genom lag inkludera och signalera till samhället att vissa relationer, denna gång samkönade sådana, kvalificerar sig för tillträde till äktenskapet.[82] Med andra ord visade antagandet av ett könsneutralt äktenskapsbegrepp att äktenskapet fortfarande behövs som en särskild rättslig institution i Sverige.

[80] Se avsnitt 4.2 ovan.

[81] SOU (2007:17), s. 16.

[82] För en motsatt slutsats, se exempelvis Thue, Helge, Gift uten samtykke, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB), nr 2, 2009, s. 68–69.

Slutligen kan tilläggas att redogörelsen ovan har visat på äktenskapets speciella historiska ställning och dess starka förankring i samhället. Äktenskapet är inte enbart ett juridiskt koncept som utan vidare kan avskaffas med hänvisning till individernas rättsliga kapacitet att ingå avtal med varandra. Äktenskapet är en mångfacetterad och dynamisk institution och utgör en del av det svenska kulturarvet. Därvidlag kan äktenskapet sägas fungera som en kulturell ”rit” som bidrar till att skapa en känsla av samhörighet i samhället.[83] Ur detta perspektiv är det önskvärt att behålla äktenskapet som rättslig institution, och valmöjligheten i lagen mellan den kyrkliga och den borgerliga vigselformen likaså.

[83] Bäckström, et al., Religious Change in Northern Europe, 2004, s. 87–98. I den teologiska litteraturen har ”riter” (såsom äktenskapsriten) definierats som ”[…] recurring, culturally transmitted formalised actions which involve a group of people. They have a dramatic, performative character; they are justified by reference to authority and express a symbolic representation of a dimension which in some sense is viewed as supra-individual and timeless i.e. in some sense transcendent.” Se idem s. 91. Se även Sörgjerd, Caroline, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape, 2011, s. 352 f.

Elsa Trolle Önnerfors

”Ja, det är det swåresta, att det är så gammalt och gångbart”

Synen på bröstarvingars arvsrätt under 1600-talet

> ”De, som uteslutit kvinnorna ifrån arv, anklaga liksom naturen att hon icke skapat endast män.”
>
> *Justinianus*

1 Inledning

Synen på barns rätt och rättigheter i ett rättshistoriskt perspektiv är ett forskningsområde som professor Rolf Nygren har ägnat en betydande del av sin forskningsgärning åt.[1] Bland annat kan nämnas hans studier av barnarbete och av barns arvsrätt.[2] Arvsrätten är ett område som inte har fått ett särskilt stort utrymme i den tidigare rättshistoriska forskningen. Medan många andra familjerättsliga områden har blivit undersökta, så är arvsrätten fortfarande till stora delar outforskad och nästan styvmoderligt

[1] Inte minst kan nämnas Rolf Nygrens roll som föreståndare av det rättsvetenskapliga forskningsprogrammet ”Barn som aktörer”, ett sjuårigt forskningsprojekt som avslutades i januari 2007. Slutrapporten återfinns på http://www.jur.uu.se/LinkClick.aspx?fileticket=4Olrb7aOiDI%3d&tabid=2419&language=sv-SE (den 31 augusti 2011). Delar av forskningsresultaten presenteras även i *Barn och rätt: bidrag från forskarkolleger tillägnade Åke Saldeen* (red. Anna Hollander, Rolf Nygren och Lena Olsen), Iustus förlag, Uppsala 2004.

[2] Rolf Nygren: ”Varför biter inte förbuden mot barnarbete” s. 113–125. I: Barn och rätt (red. Anna Hollander, Rolf Nygren och Lena Olsen), Iustus förlag, Uppsala 2004. Rolf Nygren: ”Arvsrätt och tom fattigvårdskassa. En studie av hur oäkta barn fick arvsrätt s. 455–475. I: *Festskrift till Anders Agell*, Iustus förlag, Uppsala 1994.

behandlat i forskningshänseende. Detta trots att varken arvsregler eller arvstvister är några nya inslag i den svenska rätten. De är lika gamla som de äldsta bevarade lagarna. Redan i inledningen till Ärvdabalken i Magnus Erikssons landslag finns en bild på en arvtvist.

Idag är barns lika arvsrätt – oavsett barnets kön eller om barnet ifråga är fött inom eller utom äktenskapet – något som vi betraktar som en självklarhet. Men för inte alltför länge sedan såg situationen annorlunda ut. År 1845 infördes lika arvsrätt för söner och döttrar, men diskussionerna kring en förändring av arvsrättens utformning hade påbörjats redan på 1600-talet i samband med de många reformförsök som genomfördes under århundradet.

Syftet med denna artikel är att belysa diskussionerna kring bröstarvingarnas arvsrätt under 1600-talet. Vilka argument framfördes för att införa en lika arvsrätt för söner och döttrar vid en tid med helt andra förutsättningar än idag? Vilka argument användes emot en lika arvsrätt? Vilka rättsliga strategier hade den arvlåtare att tillgå som ville att hans eller hennes barn skulle ärva lika mycket? De barn som var födda utanför äktenskapet, de så kallade oäkta barnen, fick sin legala arvsrätt starkt begränsad under 1600-talet, men av utrymmesskäl ämnar jag inte att behandla den problematiken här.[3]

2 De arvsrättsliga bestämmelserna i Sverige under medeltiden

Att barnen – bröstarvingarna – var de som i första hand skulle ärva föräldrarna, har varit ett obestritt faktum i den svenska rättsordningen, liksom i många andra länders lagar, sedan lång tid tillbaka.[4] Fördelningen av arvet mellan barnen var emellertid inte densamma överallt. Den romerska rätten, i form av Justinianus Corpus juris civilis, fastställde på 540-talet lika arvsrätt för män och kvinnor.[5] Även naturrätten, som hade

[3] För de oäkta barnens rättsliga ställning under 1600-talet, se Trolle Önnerfors, Elsa: *Justitia et Prudentia. Rättsbildning genom rättstillämpning. Svea hovrätt och testamentsmålen 1640–1690*, Media-Tryck, Lunds universitet 2010, s. 220 ff.

[4] Jämför med Johan Stiernhööks förslag till ärvdabalk, första delen, andra kapitlet (*Förarbeten till Sveriges rikes lag 1666–1686* (utgivna av Jan Eric Almquist), Lundequistska bokhandeln 1933, s. 33).

[5] Den lika arvsrätten kan utläsas i Novellae 118 (*Römisches Privatrecht (von Max Kaser. Fortgef. von Rolf Knütel),* Beck 2003, s. 410 f).

jämlikhet som ett honnörsord, ansåg att en lika arvsrätt var att den mest naturliga ordningen. Men mer om naturrätt längre fram.[6]

För svensk rätts vidkommande infördes på 1200-talet en arvsrättslig princip som skulle bli gällande för en lång tid framåt. Birger Jarls arvslag från mitten av 1200-talet stadgade att döttrar skulle ärva hälften så mycket som söner. Liknande bestämmelser återfanns också i de andra nordiska lagarna från samma tid. Frågan är dock om denna bestämmelse innebar en försämring eller en förbättring för de kvinnliga arvtagarna. Konkurrerade Birger Jarls arvslag ut äldre bestämmelser om en lika arvsrätt eller utökade den nya lagen kvinnornas rättigheter? Hade kvinnor haft arvsrätt överhuvudtaget tidigare? Hittills har den rättshistoriska forskningen inte kunnat ge något bestämt svar på hur lagstiftningen var utformad före mitten av 1200-talet. Men 1600-talsjuristen Johan Stiernhöök var av uppfattningen att Birger Jarls arvslag innebar en förbättring av döttrarnas arvsrätt. Enligt Stiernhöök hade det tidigare varit så att om det fanns en son efter arvlåtaren, så fick inte dottern ärva någonting alls efter föräldrarna. Dessa regler hade bland annat kommit till uttryck i den gamla Dalalagen.[7]

Från medeltiden fram till mitten av 1800-talet skilde sig arvsreglerna åt på landsbygden och i städerna. Detta kom till uttryck redan i landskapslagarna. I Östgötalagens ärvdabalk 3:1 stadgas till exempel att ”då två äro jämna i arv och jämnskylda i ätt, då går alltid hatt till och huva ifrån.” Troligen hade denna delningsnorm tagit intryck från den samtida danska Jyllandslagen.[8] I den norska rätten fanns däremot inte denna skillnad mellan land och stad.[9] I samband med den nya svenska rikslagstiftningen vid mitten av 1300-talet fastslogs arvsrättens huvudregel för landsbygdens vidkommande i ärvdabalken i Magnus Erikssons landslag: ”Dör bonde eller husfru och leva barn efter dem, son och dotter, då ärve son två lotter och dotter tredjedelen.”[10] Samma bestämmelse återkom i Kristoffers landslag på 1442.

[6] Beckert, Jens: *Inherited Wealth*, Princeton University Press 2008, s. 36.

[7] *Förarbeten till Sveriges rikes lag 1666–1686*, s. 33 och 80 f.

[8] Hafström, Gerhard: ”Hatt och huva”, s. 74. I: Rättshistoriska perspektiv. En bukett uppsatser från fem decennier. Festskrift tillägnad Gerhard Hafström på hans 80 årsdag (red. Kjell Å. Modéer) Rättshistoriska studier bd 10, Nerenius & Santérus 1984.

[9] *Magnus Erikssons stadslag, i nusvensk tolkning av Åke Holmbäck och Elias Wessén*, Rättshistoriskt bibliotek bd 7, Nordiska Bokhandeln 1966, s. 65 not 2.

[10] Ärvdabalken 1 (*Magnus Erikssons landslag, i nusvensk tolkning av Åke Holmbäck och Elias Wessén*, Rättshistoriskt bibliotek bd 6, Nordiska Bokhandeln 1962, s. 58).

Det fanns emellertid ett undantag från landslagens bestämmelser. I Värend i Småland hade män och kvinnor sedan lång tid tillbaka haft lika arvsrätt. Enligt en gammal sägen grundade sig denna arvsrätt på att kvinnorna i Värend en gång under tidig medeltid avvärjt ett anfall från danska trupper, och som tack för sin insats erhöll kvinnorna bland annat lika arvsrätt. Men den värendska arvsrätten fanns inte bara i sagorna. Den ovannämnde Johan Stiernhöök diskuterade den som ett etablerat rättsligt faktum i sitt verk ”Om svears och götars äldre rätt” (1672), och det finns exempel från Göta hovrätts dömande verksamhet där den värendska arvsrätten framfördes som ett rättsligt – och giltigt – argument i parternas inlagor.[11]

I stadsrätten gällde däremot sedan länge lika arvsrätt mellan söner och döttrar. Det kunde till exempel utläsas i Bjärköarätten från andra hälften av 1200-talet. En del forskare menar att denna likadelningsprincip hade sitt ursprung i den hanseatiska stadsrätten.[12] Den lika arvsrätten återfanns även i Magnus Erikssons stadslag från 1350-talet: ”Om byaman dör, eller hans husfru, och lever barn efter dem, son och dotter, då ärve son lika som dotter och dotter lika som son.”[13]

3 Arvsrättens förutsättningar under 1600-talet: egendomsformer, ståndssamhälle och privilegiebestämmelser

Jordegendomar var i det tidigmoderna samhället den i särklass viktigaste maktresursen. Den som ägde jord kunde alltid leva på avkastningen från denna under perioder då andra inkomster föll bort. Det var därför viktigt att skydda och hålla samman jordegendomarna inom familjen. Sönernas större del av arvet möjliggjorde detta, då det oftast var någon av sönerna som tog över gården efter föräldrarna.

Jordens betydelse fick också följdverkningar avseende synen på giftermål. Under den tidigmoderna tiden var äktenskapet en viktig rättslig

[11] Stiernhöök, Johan: *Om svears och götars forna rätt* (övers. från det latinska orig.), Rättshistoriskt bibliotek bd 2, Nordiska bokhandeln 1981, s. 137 f. På 1770-talet lät Gustav III till och med stadfästa den värendska arvsrätten som ett särskilt privilegium för området (Hafström, Gerhard s. 85 f).

[12] Almquist, Jan Eric: *Strödda bidrag till civilrättens historia*, Norstedt 1953, s. 37.

[13] Ärvdabalken 1 (*Magnus Erikssons stadslag* s. 16).

strategi för att stärka familjens och släktens ställning i samhället. Detta gällde framför allt den besuttna adeln. Vid 1600-talets början var 90 % av den då etablerade adeln jordägare. Genom giftermål bildades allianser som kunde vara nyttiga för framtiden, både politiskt och när det gällde att säkra jordegendomarna. För att möjliggöra detta krävdes att döttrarnas arvsrätt var begränsad, så att inte alltför stora egendomar skulle hamna utanför familjens kontroll. Det krävdes också att kvinnornas rättsliga handlingsutrymme var begränsat. Med undantag av änkor var det formellt sett endast män som kunde disponera, köpa, sälja och förvalta jord, och det var genom männens relationer till varandra som olika maktstrukturer utvecklades.[14]

En central faktor för både synen på jordägande och för arvsrättens utformning under 1600-talet var jordens indelning i olika egendomsformer. Dessa olika egendomsformer hade funnits redan i landskapslagarna, och bestod ända fram till mitten av 1800-talet. Framför allt den fasta egendomen delades in i arvejord (jord som tillfallit någon genom arv) respektive avlingejord (jord eller annan egendom som någon själv förvärvat genom till exempel nyodling, gåva eller köp). Arvejord fick inte testamenteras bort, skänkas bort eller avyttras, medan man fritt kunde disponera över avlingejorden. Arvejorden var någonting som ägaren bara temporärt förfogade över, och vid hans död skulle jorden övertas av nästa generation eller andra släktingar.[15]

Denna indelning i olika egendomsformer hade rättsligt stöd i jordabalken i Magnus Erikssons landslag från mitten av 1300-talet. Lagrummet behandlade hur man fick avhända sig olika jordegendomar, och av detta stadgande i landslagen gjordes både analogi- och e contrario-slut. Lagrummet motsvarades i Kristoffers landslag av kapitel nio i jordabalken, och hade rubriken ”Vad som är arvjord eller förvärvad jord, och man må göra med förvärvad jord vad man vill” (lagrummet förkortas i fortsättnigen LLJB9). Bestämmelserna om arvejord och avlinge skilde sig något åt i lands- och stadslagen. Stadslagen hade olika kvoter beträffande hur egendom fick fördelas, allt beroende på om det fanns bröstarvingar eller inte. Söner och döttrar ärvde som ovan nämnts lika mycket, men bestämmelsen i stadslagen gjorde dock ingen uttrycklig skillnad på arv och avlinge, vilket var ett problem när det gällde att tillämpa lagrum-

[14] Vad gäller förhållandet mellan äktenskap, arv och jord, se vidare i Sjöberg, Maria: *Kvinnors jord, manlig rätt. Äktenskap, egendom och makt i äldre tid*, Gidlunds förlag 2001.
[15] Trolle Önnerfors, Elsa s. 143.

met. Landslagen hade en friare dispositionsrätt än stadslagen beträffande avlingeegendom, men å andra sidan var döttrarnas del av arvet mindre. I de flesta fall överläts arvejorden till den äldsta sonen eller sönerna, som var den/de som skulle ta över gården och skötseln av egendomarna.

Skillnaderna i omfattningen av jordinnehav medförde att de i ståndssamhället ingående grupperna hade olika önskemål beträffande hur de ville fördela sitt arv. Detta ledde i sin tur till att ståndens privilegier fick olika utformning beträffande arvsrätten, allt i enlighet med den rådande *suum cuique*-principen (åt var och en sitt) som legitimerade skillnaderna i ståndssamhället. Bruket av undantagsbestämmelser med hänvisning till ståndets privilegier och särställning, gillades naturligtvis av adeln som eftersträvade speciallösningar för sitt eget vidkommande. Då en betydande del av adeln var jordägande, var gruppen naturligtvis intresserad av regleringar som underlättade sammanhållandet av egendomarna. Under 1600-talet utverkade adeln flera privilegier som innebar att när det gällde arv och testamenten så skulle adelns fasta egendomar delas efter landslagens bestämmelser, oavsett om egendomen var belägen på landsbygden eller i städerna. Detta gav sönerna en större del av arvet enligt den legala arvsordningen och medförde dessutom en större testationsfrihet.[16]

Enligt prästerståndets privilegier från 1500- och 1600-talen skulle söner och döttrar till präster ärva enligt stadslagens bestämmelser, oavsett om arvlåtaren var bosatt i stad eller på landsbygden. Även borgerskapets egendom omfattades av stadslagen, oberoende av var egendomen fanns. Ingen av dessa grupper hade vanligtvis några större jordegendomar, och hade därför inte heller samma intresse av att hålla egendomarna samlade.[17]

4 ”Att gå emot den naturliga kärleken”: testamentet som en möjlighet att kringgå den legala arvsrätten

Den förälder som inte ville att kvarlåtenskapen skulle skiftas efter ärvdabalkens bestämmelser kunde upprätta ett testamente för att i alla fall till viss del förändra arvets fördelning. I teorin hade en arvlåtare rätt att testamentera bort all sin avlingeegendom enligt LLJB9. Men hos de under

[16] Trolle Önnerfors, Elsa s. 254–259.

[17] *Förarbeten till Sveriges rikes lag 1666–1686*, s. 81.

1600-talet inrättade hovrätterna var den dominerande ståndpunkten att LLJB9 inte fick tolkas så att en testator fick disponera sitt avlinge så fritt att bröstarvingarna blev *helt* utan något arv. Laglotten (*legitima*) skulle respekteras. Laglotten var den del av testators egendom som inte fick testamenteras bort, utan den skulle alltid tillfalla bröstarvingarna. Denna del av arvet fick inte fråntas bröstarvingarna utan att det fanns rättslig grund till det. Om en förälder helt ville frånta en bröstarvinge arvet inklusive laglotten, så krävdes det särskilda skäl: ”all *exhaeredation* [arvlöshet] innesluter någon *infamiam* [vanära, skändigt beteende].”[18] Godtagbara skäl kunde vara att arvingen hade slagit sina föräldrar eller grovt förtalat dem. Om arvingen avsagt sig den enda rätta tron – det vill säga den evangelisk-lutherska trosuppfattningen – var detta också ett tillräckligt skäl, liksom de fall där arvingen dödat arvlåtaren. Om arvlösheten hade lagligt stöd, så omfattade den både arvegods och avlinge.[19] Att utan anledning göra sina barn helt arvlösa var något som ansågs strida mot alla kända rättsordningar. Bröstarvingarna skulle som sagt alltid ha rätt till sin laglott om det inte förelåg synnerliga skäl som talade emot det. Den äldsta svenska hovrätten – Svea hovrätt i Stockholm, inrättad 1614 – uttalade i ett betänkande över testamentsrätten 1685 att:

> ”Den som intet annat äger än aflinge, och will effter ett wrångwijst behag gifwa det till fremmande, icke i håghkommandes dhe sina, han är wärre än een hedning.”[20]

> ”Man skall och näppeligen finna någon ort i Europa som annorlunda stadgar och dömer, än att barnen widh inrättande af Testamente aldrig kunna eller böra gåås förbij.”[21]

Uttalandena hade sin grund i naturrätten, och hovrätten hänvisade explicit till Hugo Grotius naturrättsliga läror i frågan.[22] Svea hovrätt nämnde dock inte hur stor laglotten skulle vara, och laglottens omfång var inte heller reglerat i den skrivna rätten.[23]

[18] Riksarkivets ämnessamling (Stockholm), Juridica V, Allehanda juridica, vol. 19 1685 hovrätternas betänkande angående testamentsrätten, 1. Svea hovrätt den 21 december 1685 s. 15 och 49 [cit. Hovrätternas betänkande 1685].
[19] Hovrätternas betänkande 1685 s. 15 f.
[20] Hovrätternas betänkande 1685 s. 49.
[21] Hovrätternas betänkande 1685 s. 50.
[22] Hovrätternas betänkande 1685 s. 50.
[23] Hovrätternas betänkande 1685 s. 7 och 10. För svensk rätts vidkommande kom som ovan nämnts bestämmelser om laglotten först 1857 då arvejordssystemet avskaffades.

Gränsdragningen mellan föräldrarnas rätt att fritt disponera över sin egendom och barnens rätt till sitt arv var under 1600-talet ett ständigt återkommande problem för domstolarna. Å ena sidan ville man värna om föräldrarnas rätt att själva förfoga över och fritt disponera sin egendom, å andra sidan ville man undvika en arvssituation där barnen blev helt lottlösa.[24] Svea hovrätt ville att gåvor mellan generationerna framför allt skulle bidra till att vänskapen mellan föräldrar och barn stärktes, och inte att gåvorna skulle orsaka osämja och problem. Hovrätten befarade att föräldrarnas kärlek till barnen skulle minska om de miste sin fria äganderätt över sin egendom. Samtidigt fanns risken att barnen förlorade respekten för sina föräldrar om de på förhand visste att de skulle få ärva allting utan några som helst begränsningar. Det var inte heller lämpligt att barnen var helt utlämnade till föräldrarnas godhet och godtycke när det gällde arvet. Med andra ord var det säkrast att ha ett visst handlingsutrymme när det gällde fördelningen av kvarlåtenskapen, men att ändå försäkra sig om att barnen fick någonting i arv. En viss laglott skulle alltså förekomma, men om den utgjordes av arvejord eller avlinge var likgiltigt för hovrätten.[25]

Ett vanligt förekommande argument för eller emot ett testamentes giltighet var kärleken till familjen. Det kunde gälla både kärleken mellan barn och föräldrar, mellan man och hustru och mellan syskon. Testamenten där de närmaste arvingarna hade blivit förbigångna och inte fått ut sin rättmätiga laglott kallades för otillbörliga eller inofficiösa testamenten. Termen var hämtad från den romerska rätten där sådana förordnanden benämndes *testamentum inofficiosum*.[26] Termen överfördes till de svenska hovrätterna under 1600-talet, där begreppet fick en mer utvidgad tolkning. Hovrättsjuristerna tycks dock ha grundat sina beslut snarare på en naturrättslig argumentation än en romerskrättslig. Otillbörliga testamenten uppfyllde visserligen alla lagliga formkrav, men själva testamentsdispositionen var inte sådan som en god och hederlig testator skulle ha gjort. Dispositionen ansågs vara oskälig och hjärtlös. Närstående fick nämligen inte utelämnas hur som helst vid upprättandet av ett testamente. Särskilt viktigt var det att föräldrar inte behandlade sina barn orättvist vid fördel-

[24] Hovrätternas betänkande 1685 s. 7 ff.

[25] Hovrätternas betänkande 1685 s. 7 och 10.

[26] Termen *testamente inofficiosum* var hämtad från Digesta 5.2.2 (*The Digest of Justinian* (ed. Theodor Mommsen, Paul Krueger och Alan Watson), vol. 1, University of Pennsylvania Press 1985 s. 174).

ningen av arvet. Ett testamente betraktades som otillbörligt så snart en rättmätig arvinge hade blivit förbigången, oavsett på vilket sätt det hade skett. Sådana testamenten stred emot ”den naturliga kärleken” som skulle råda mellan barn och föräldrar. Av samma skäl fick man inte heller ge *allt* avlinge till ett av barnen, så att de andra barnen blev helt utan.[27]

Men hade en förälder rätt att ge mer av sitt avlinge till ett barn än till de andra, även om man inte gav bort allt? Frågan aktualiserades i Svea hovrätt i slutet av 1660-talet och gällde arvskiftet efter Catharina Nilsdotter Örn. Catharina hade i oktober 1662 upprättat ett testamente, i vilket hon ”aff moderligh kärleek” ville gynna sin dotter Maria. Hon betonade att alla hennes barn var henne lika kära, men Maria hade varit det barn som hade vållat sin mor mest bekymmer, och Catharina ville därför att dottern och hennes man skulle få möjlighet till en ny start i livet. Marias bröder blev alltså inte lottlösa, men de fick ut en mindre del än vad Maria fick och mindre än vad de hade fått om arvet hade skiftats enligt den legala arvsordningen. Catharina underströk att den aktuella egendomen var avlinge och att hon därigenom har rätt att förfoga över den bäst hon ville. Hon vädjade också till barnen att de skulle respektera hennes sista vilja.[28]

Så blev det emellertid inte. Testamentet överklagades av Catharinas söner som hävdade att det var otillbörligt, och tvisten fick avgöras av Svea hovrätt. Den ena brodern menade att det i själva verket var Marias man som hade upprättat testamentet i Catharinas namn. Brodern påpekade dessutom att hans mor i sitt testamente fördelat och disponerat egendom som hon inte hade rätt att förfoga över, och därmed inte heller hade rätt att testamentera bort. Det uppnåddes aldrig någon klarhet i huruvida testamentet var förfalskat eller inte, men Catharina hade i vilket fall överskridit sina befogenheter enligt ärvdabalken.[29]

Hovrättsreferenten i det aktuella målet, assessorn Olof Thegner, ansåg att LLJB9 knappast skulle tolkas så att en far eller mor hade makt att gå emot den naturliga kärleken, och utan orsak ge bort all sin förvärvade egendom till en främling. Man fick inte heller ge det ena barnet allt sitt avlinge och inget till det andra barnet, med mindre att det barnet

[27] Trolle Önnerfors, Elsa s. 217 ff.

[28] Norfelt mot Örn, Liber causarum 1667 vol. 118:6 s. 28r (Svea hovrätts huvudarkiv, Riksarkivet (Stockholm)).

[29] Norfelt mot Örn, Liber causarum 1667 vol. 118:6 s. 94v (Svea hovrätts huvudarkiv, Riksarkivet (Stockholm)).

förbrukat sin arvsrätt.[30] Testamentet borde därför underkännas. Thegners yttrande bifölls också av hovrättens övriga ledamöter: ”praxis widh alle doomstohlar är, att Testamenten til en dehl omkullslås, när dee äro emoot lagh.” Arvet skulle istället fördelas enligt landslagens arvsbestämmelser, det vill säga brodern fick två tredjedelar och systern en tredjedel av arvet.[31]

Frågan om fördelningen av avlingeegendom återkom i ett hovrättsmål i början av 1670-talet. När Samuel Nilsson dog vårvintern 1671 efterlämnade han sin hustru Anna Blix, deras två små barn samt tre barn från ett tidigare äktenskap. Efter Samuels död uppdagades ett testamente i vilket han testamenterade en gård i byn Bråttby till de omyndiga barnen i det andra äktenskapet. Han ville försäkra sig om att de små barnen skulle få en ordentlig uppfostran och ett säkert underhåll även efter hans död. Barnen i det första äktenskapet var vuxna, de kunde försörja sig själva och de hade dessutom fått ett tämligen stort arv efter sin mor, därför ansåg inte Samuel att testamentet var orättvist. Trots försök till förlikning mellan barnen och styvmodern, överklagade barnen i den första kullen till Stockholms rådhusrätt, som godkände testamentet i en dom i maj samma år. Målet överklagades till Svea hovrätt som också valde att godkänna testamentet, men med den korrigeringen att dispositionen skulle omfatta Samuel Nilssons samtliga barn, inte bara barnen i den senare kullen.[32]

Den ovan beskrivna inställningen till testationsfriheten var dominerande i hovrätterna fram till 1680-talet. LLJB9 fick inte användas för att *helt* utesluta barnen från att ärva avlingeegendom. Detta förhållningssätt ses även tydligt i hovrättens svar på frågepunkterna kring testamentsrätten 1685. Samma ståndpunkt återfanns även i skrifter av 1600-tals-juristerna Claudius Kloot, Claes Rålamb och Johan Stiernhöök. Hos alla tre återfanns ett liknande ställningstagande beträffande borttestamenterade av avlinge, som det som Svea hovrätt intog.[33]

[30] Thegner hänvisade bland annat till flera bibelställen, bland annat Galaterbrevet 4:1, Romarbrevet 8:17 samt Första Mosebok 48:2, som stöd för sin ståndpunkt (Norfelt mot Örn, Liber causarum 1667 vol. 118:6, referentens votum (Svea hovrätts huvudarkiv, Riksarkivet (Stockholm)).

[31] Hovrättsdom den 16 december 1667 (argumentationen återfinns i Liber causarum 1667 vol. 118:6 s. 94v (Svea hovrätts huvudarkiv, Riksarkivet (Stockholm)

[32] Hovrättsdom den 16 december 1672, Samuel Nilssons arvingar mot Anna Blix, revisionsakt den 1 augusti 1677 (Justitierevisionens arkiv, Rikarkivet (Stockholm)).

[33] Kloot, Claudius: *Then Swenska Lagfarenheetz Spegel, vthi fyra böcker fördeelt och*

5 Den karolinska lagkommissionens arbete med en revidering av arvsrätten

Under 1600-talet gjordes flera försök att modernisera de ålderdomliga medeltidslagarna, däribland arvsrätten. Den ovannämnde Johan Stiernhöök fick på 1660-talet i uppdrag att översätta de gamla lands- och stadslagarna till en mer tidsenlig svenska. Stiernhöök påbörjade arbetet tämligen omgående, och omkring 1668/1669 var han färdig med omarbetningen av ärvdabalken. Stiernhöök hade dock inte till punkt och pricka rättat sig efter de instruktioner som följde med hans uppdrag. Stora delar av ärvdabalken kunde nämligen inte längre tillämpas i praktiken, och en översättning av dessa delar ansåg Stiernhöök därför vara onödig. Istället ville han i lagtexten föra in den arvsrättsliga praxis som utvecklats inom hovrätterna. Då Stiernhöök var väl medveten om att han överskred sina ursprungliga instruktioner, inledde han varje kapitel i sin omarbetning med långa förklaringar i vilka han utvecklade och försvarade sina ståndpunkter. Ofta var dessa förklaringar underbyggda med hänvisningar till olika rättsfall, källor och dylikt. Men vad gällde bröstarvingarnas arvsrätt föreslog inte Stiernhöök några ändringar.[34]

Nästa större reformförsök gjordes på 1680-talet. Testamentet och fideikommissinstitutet fick sin rättsliga reglering i 1686 års testamentsstadga. Samma år påbörjade den karolinska lagkommissionen arbetet med det som skulle komma att bli 1734 års lag. Arvsrätten var ett av de första rättsområden som lagkommissionen tog sig an, och 1690 sammanställdes ett första förslag till en ny ärvdabalk. Det fanns ledamöter i kommissionen som ville införa en lika arvsrätt, detta gällde inte minst kommissionens ordförande Erik Lindschöld. I lagkommissionens arbete var Lindschölds inställning i frågan om bröstarvingarnas arvsrätt klart uttalad: ”[j]ag kan eij annat see än dotter bör niuta lijka rätt med son”.[35] Lindschöld hade för egen del upp-

beskrefwen aff Claudio Kloot, Grefwe 1676, lib 2 cap 8; Rålamb, Claes *Obeservationes juris practicæ*, Stockholm 1679, s. 316; Stiernhöök, Johan: *Om svears och götars forna rätt* (översättning från det latinska originalet), Rättshistoriskt bibliotek bd 2, Institutet för rättshistorisk forskning 1981, s. 131 ff.

[34] Johan Stiernhööks förslag till ärvdabalk, första delen, första kapitlet (*Förarbeten till Sveriges rikes lag 1666–1686* (utgivna av Jan Eric Almquist), Lundequistska bokhandeln 1933, s. 4 ff. och 32).

[35] Lagkommissionens protokoll den 20 februari 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736. 1, Lagkommissionens protokoll, 1686–1693*, Almqvist & Wicksell 1900, s. 149).

rättat ett testamente i vilket hans dotter fick lika stor del av arvet som hans söner: [jag] hafwer mehr än lenge sedan giort hoos mig den disposition, att min dotter bör hafva lijka med min son".[36] Även ledamöterna Erik Lovisin – landshövding med ett förflutet i Svea hovrätt och i justitierevisionen – och Michael Törne – borgmästare i Stockholm – var av åsikten att en lika arvsrätt var den bästa lösningen. Törne uttalade att "en sådan jämlijkheet uppbygger wänskapp och godt förstånd emelan syskon".[37] Men det fanns också ledamöter som såg vissa risker med att införa en lika arvsrätt. Johan Hadorph, kommissionens sekreterare, befarade till exempel att stora jordegendomar skulle hamna under utländsk kontroll i de fall då utlänningar gifte sig med svenska kvinnor, och därigenom fick kontroll över dessas ärvda egendomar. Samme Hadorph påpekade även att det inte fanns något annat land i världen där bröstarvingarna hade lika arvsrätt i fast egendom.[38] Han fick medhåll av assessorn Sven Leijonmark, som också framhöll att skillnaderna i arvsrätten grundade sig på en gammal lag och sedvana, och sådana gamla traditioner kunde man inte ändra på över en natt. Det var i samband med Leijonmarks uttalande som borgmästare Törne, märkbart uppgiven, replikerade att "[j]a, det är det swåresta, att det är så gammalt och gångbart …"[39]

Erik Lindschölds främsta argument för en förändring av arvsrätten var att mycket hade hänt sedan landslagen nedtecknades på 1300-talet. Landslagens syfte hade varit frågan om "familiernes conservation", det vill säga att hålla kvar egendomarna inom familjen. Nuförtiden var det dock så, menade Lindschöld, att en dotter och hennes make var lika bra på att hantera familjens egendomar som en son. En man kunde ju inte välja sin son, men väl sin svärson. Så länge bröstarvingarna hade familjens bästa för ögonen, så spelade det ingen roll om det var sonen eller dottern som tog hand om arvet. Dessutom var en lika arvsrätt att anse som "rättrådigast och nyttigast".[40]

[36] Lagkommissionens protokoll den 14 februari 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 134).
[37] Lagkommissionens protokoll den 14 februari 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 134).
[38] Lagkommissionens protokoll den 14 mars 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 193).
[39] Lagkommissionens protokoll den 25 februari 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 152).
[40] Lagkommissionens protokoll den 14 februari 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 134).

Efter många och långa diskussioner lät lagkommissionen sammanställa ett memorial med skälen för och emot en lika arvsrätt. De anförda skälen för döttrars lika arvsrätt var dubbelt så många, elva mot fem närmare bestämt.[41] Nedan redovisas skälen såsom de var uppställda i lagkommissionen protokoll. För sönernas rätt till en större del av arvet anfördes följande skäl:

1. Sonen är den som för familjens namn vidare.
2. I svensk rätt har det alltid funnits dubbel arvsrätt för sönerna. Det är vanskligt att ändra på en så urgammal och välgrundad lag och sedvana, utan att ha väldigt goda skäl därtill.
3. Det är en av de största förändringarna man kan göra i lagen då regeln varit i bruk så länge hos adeln och bönderna. Sonen är också den som i rikets tjänst tjänat som soldat, och ofta kommit hem ”lam, lytt och krumpen, sampt till sin hälsa förlorad”.[42] Då är det inte mer än rätt att han får någon mer förmån i arvet än sin syster som under tiden ”uthi god roo hemma suttit och sitt Brödh och uppehälle hoos föräldrarne niutit”.[43]
4. Söners dubbla arvsrätt förekommer i de flesta andra länders lagar.
5. Sonen gör rusttjänst för familjen och dessutom måste han försörja sin hustru. I staden är det mycket lättare för kvinnorna att försörja sig själva, men det är desto svårare på landsbygden.

Skälen för döttrars lika arvsrätt var som sagt betydligt fler. Den viktigaste grunden angavs i den första punkten:

1. ”Såsom förbindelsen i Blodet, och præsumptionen af dens willia som Arfwet faller efter, rätta Fundament och Grunden, är till Arfzrätt; Så synes ock intet skiähl, hwi icke Dotter medh Son lijka arfwedehl effter Föräldrarne niuta må, emedan dhe Begge dem lijka när afkomnbe ähro”.[44]
2. Man kan presumera att föräldrarna inte ville ge dottern sämre villkor än sonen, särskilt som dottern mer än sonen behövde hjälp med sitt uppehälle och underhåll. Det var helt enkelt inte lika lätt för döttrar att försörja sig.

[41] Nilsson, Johannes: *Bidrag till Ärfdabalkens historia 1686–1736, II. Källskrifter 2. Protokoll och betänkanden*, Akademiska boktryckeriet 1895, s. 233–238.
[42] Nilsson, Johannes s. 234.
[43] Nilsson, Johannes s. 234.
[44] Nilsson, Johannes s. 234.

3. Om sonen är vanartig, som inte eftersträvar ett dygdigt och ärofullt liv, så är nya rikedomar bara ett ”instrument till slöserij och odygd”. Sonen skulle då inte bara fördärva sig själv utan även sin familjs heder och ära. Om en arvinge bara går och väntar på att få ut sitt arv, så är risken stor för ”lättia och ett orkeslöst dissolut [lättsinnigt, utsvävande] lefwerne”. Den som däremot inte har några medel att röra sig med eller något stort arv att invänta, måste förlita sig på sin egen flitighet och sitt eget arbete för att komma upp sig i världen.[45]
4. Om det nu är så att sonen genom sitt slösande förstör familjens gods och medel, så är det i alla fall i städerna så att dotterns arvsrätt kan rädda egendomarna. Så länge dottern är under förmyndare så har hon inte fira händer beträffande egendomen och kan inte godtyckligt handha den. Dessutom får man utgå ifrån att en välbetänkt fader söker en svärson som kan ta hand om dotterns tillgångar och hedra familjen. En bonde får till exempel oftare hjälp av sin svärson än av sin egen son när det gäller att sköta gården.[46]
5. Visserligen ger både lag och praxis här i Sverige sonen en dubbelt så stor arvslott som dottern. Men all världslig lag är ett villkorligt ting, som har sitt ursprung i överhetens fria vilja och har sin grund i tidens beskaffenhet och ett folks eller lands natur, egenskap och nytta. Lag och ordning både kan och bör förändras, ”warandes absurdum att een gammal orätt och galen wana fördenskull änteligh skohle ständigh och oförändeligh blifwa, för det att hon gammahl är”.[47]
6. Stadslagen är yngre än landslagen, och enligt stadslagen ärver kvinnor lika mycket som män. Även inom prästerskapet finns lika arvsrätt. Denna bestämmelse stod i överensstämmelse med den romerska rätten, *lex Visigothorum* [lag från 500 eKr, given för de romerska inbyggarna i det västgotiska riket i Sydfrankrike och Spanien] och den lybska stadsrätten.
7. Broderns fördelar kan bestå i att han får behålla den fasta egendomen och bolbyn [by som omfattar de egentliga gårdarna där jordägarna bo] medan systern får nöja sig med strögods och lösören.
8. Det som männen förlorar genom den lika arvsrätten, får de igenom genom giftermål. Ju större del som en dotter får av sina föräldrar, ju större del tar hon med sig i det nya gemensamma boet.
9. Fördelningen av arvet ska inte vara avhängig av det ena könets plikter gentemot kungen och fäderneslandet. Det faktum att kvinnor inte

[45] Nilsson, Johannes s. 235.
[46] Nilsson, Johannes s. 236.
[47] Nilsson, Johannes s. 236.

tjänar kungen och riket (i armén) ska inte ligga dem till last när det gäller synen på arvsrätten. Kvinnan bidrar på annat sätt till hushållets förökelse och välfärd.[48]

10. I Tyskland och på andra ställen såsom hos langobarderna och frankerna (*iure feudali*) och hos israeliterna och hos åtskilliga andra nationer, så har förstfödslorätten (*iure primogenitur*) varit rådande, men detta är inte något som man ska ta i beaktande när det gäller den svenska arvsrätten då detta inte är något som har varit i bruk i Sverige tidigare.
11. ”Så banas och dherigenom myckit jämnare och lättare wägh till uträckningh uthi arftäckt när concursus är emellan Man och Qwinna, heel- och hafslächt, Fäderne och Möderne, hwilket elliest när dhen åthskilldnaden skall achtas, som Landzlagen tillförende fordratt, stoor confusion och irring, så mångt Sterbhuus emlillan interessenterna som för sielfwa Domaren förorsaka skulle”.[49]

Lagkommissionen övervägde om memorialet skulle skickas till kungen med en hemställan om att de angivna skälen skulle sändas vidare till hovrätterna för en ytterligare granskning. Kommissionens ledamöter befarade emellertid att klagomålen från hovrätterna skulle bli omfattande, om man alltför mycket avvek från de tidigare lagreglerna i förslaget till ny ärvdabalk.[50]

Under våren 1690 kunde Lindschöld konstatera att förlaget om lika arvsrätt inte hade vunnit något större bifall hos de övriga ledamöterna i lagkommissionen. Det hade inte heller fallit i god jord hos ständerna, framför allt inte hos adeln. De invanda mönstren och arvstraditionerna var ännu så starkt förankrade i samhället att någon reform inte skulle kunna komma till stånd. Kungen själv, Karl XI, var inte heller intresserad av att införa lika arvsrätt, och i en tid av envälde hade det i princip varit omöjligt för kommissionen att få igenom en sådan arvsreform i det slutliga lagförslaget. Lindschöld själv ändrade dock aldrig uppfattning i frågan. I maj 1690 betonade han ännu en gång att ”min dåtter bör få [ärva] lijka med min son, och det är så min fulla willia”.[51] Detta blev det sista inlägg om den lika arvsrätten som Lindschöld gjorde i lagkommissionen. Två veckor senare avled han i en febersjukdom, och efterlämnade

[48] Nilsson, Johannes s. 237.
[49] Nilsson, Johannes s. 238.
[50] Lagkommissionens protokoll den 25 februari 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 151 f).
[51] Lagkommissionens protokoll den 27 maj 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 273).

tre söner och en dotter vars arv fördelades efter önskemålen i hans testamente.[52] De äldre arvsrättsbestämmelserna behölls i samtliga de förslag till ny ärvdabalk som lagkommissionen lade fram. Skillnaderna i bröstarvingarnas arvsrätt förblev alltså oförändrade i den slutliga versionen av 1734 års ärvdabalk.[53]

Varifrån hämtade lagkommissionens ledmöter argumenten för införandet av den lika arvsrätten? Tre förklaringar kan lämnas: för det första ett inflytande från stadsrätten, för det andra en naturrättslig påverkan och för det tredje adelsståndets förändrade sammansättning under 1600-talet.

Vad gäller det stadsrättliga inflytandet, så hade flera av kommissionens ledamöter egna och nära erfarenheter av stadsrättens regleringar. Erik Lindschölds far, Olof Håkansson Lindeman, hade varit borgmästare i Skänninge, och Lindschöld var uppväxt med borgarnas och stadsrättens villkor. Lindschöld adlades ju först när han var i 35-årsåldern, och han hade inga band eller förpliktelser till den gamla högadeln.[54] Den i de arvsrättsliga diskussionerna aktive Michael Törne hade en stark ställning som borgmästare i Stockholm. Han var dessutom talman för borgarståndet, vilket förklarar hans ivrande för den lika arvsrätten som den mest förnuftiga lösningen.[55]

De naturrättsliga teorierna förespråkade, som ovan nämnts, en lika arvsrätt mellan söner och döttrar. Under flera år på 1650-talet fungerade Lindschöld som informator för Karl X Gustavs utomäktenskaplige son Gustaf Carlsson. Lindschöld följde med denne på en mångårig studieresa till universitet i både Frankrike, Holland och England, och där kom han i kontakt med de naturrättsliga strömningarna.[56] Det är till exempel dokumenterat att Lindschöld närvarade vid Samuel Pufendorfs föreläsningar vid universitetet i Heidelberg.[57]

[52] Jägersköld, Stig: ”Erik Lindschöld” s. 594. I: *Svenskt biografiskt lexikon*, bd 23, Norstedts 1982.

[53] Bestämmelsen återfanns i Ärvdabalken 2:1 i 1734 års lag: ”Dör fader, eller moder; ärfve tå Frälsemans och Bondes son efter landsrätt två lotter, och dotter tridiung. Men efter stadsrätt, tage Preste och Borgares son halft, och halft dotter” (*Sveriges rikes lag: gillad och antagen på riksdagen år 1734. Faksimilutgåva till 250-årsdagen av lagens tillkomst efter den första i antikva tryckta upplagan av år 1780, med inledning av Stig Jägerskiöld*, Rättshistoriskt bibliotek bd 37, Nordiska bokhandeln 1984).

[54] Jägerskiöld, Stig 1982 s. 588

[55] Hafström, Gerhard s. 80.

[56] Jägerskiöld, Stig 1982 s. 594.

[57] Jägersköld, Stig: ”Erik Lindeman-Lindschöld” s. 146 och 156 ff. I: *Karolinska förbundets årsbok* 1983.

Visserligen tillhörde Lindschöld adelsståndet från slutet av 1660-talet, men han tillhörde den kategori av nyadlade adelsmän som förespråkade nytänkande och förändringar i samhället snarare än ett bevarande av de gamla traditionerna.[58] Lindschöld var på flera områden kritisk till ståndssamhällets principer och privilegier, och han ansåg att det historiska argumentet inte skulle tillmätas någon auktoritet i diskussionerna om en lagrevision. Detta märktes inte minst i lagkommissionens protokoll där Lindschöld inte var främmande för att ta upp nya idéer, och med jämna mellanrum uttalade sin skepsis mot argument av typen ”gammalt och fornt bruk” och ”urminnes hävd”.[59] Vid riksdagen 1686 framfördes önskemål om att lagtexten och språket vid en revidering av lagen skulle lämnas orörda, just med hänvisning till det historiska argumentet. Detta var något som Lindschöld motsatte sig å det kraftigaste: ”[g]ambla penningar plägar man hålla utaf, män intet kan jagh see, hvadh dhe gambla orden skohla vara så högnödige.”[60]

Förutom en lika arvsrätt, så argumenterade Lindschöld i lagkommissionens arbete även för införandet av en lika giftorätt, och han ville ta bort bestämmelsen som stadgade att adelsdöttrar som gifte sig med ofrälse män förverkade sitt arvegods.[61] När det gällde den sistnämnda frågan, stödde sig Lindschöld uttalat på naturrättsliga ställningstaganden. Han menade att det var ”emoot naturens rätta intention att så twinga giffermåhl, att icke een person moste få taga hvem han will till ächta. Och det är intet crimen att taga een ährlig man, frälse eller ofrälse.”[62]

En tredje faktor som kan ha påverkat synen på arvsrätten var det faktum att adelsståndets sammansättning hade förändrats markant under 1600-talet. Den omfattande nyadlingen under århundradet hade medfört att adelsståndet i slutet av 1600-talet till cirka 80 % utgjordes av nyadlade personer. Många av dessa var ämbetsmän med rötterna i borgarståndet, och de ägde inte några stora jordegendomar. Både Erik Lindschöld (adlad 1669) och Erik Lovisin (adlad 1675) kan räknas till denna grupp. I början

[58] Englund, Peter: *Det hotade huset. Adliga föreställningar om samhället under stormaktstiden*, Atlantis 1989, s. 186 ff.

[59] *Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 12 ff.

[60] Uttalat av Lindschöld vid riksdagen i Stockholm 1686 den 16 oktober (*Sveriges ridderskaps och adels riksdagsprotokoll 1686–1689*, Norstedts 1899, s. 55

[61] *Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 179.

[62] Lagkommissionens protokoll den 7 mars 1690 (*Förarbetena till Sveriges rikes lag 1686–1736* bd 1, s. 179).

av århundradet hade det snarare varit regel än undantag att adelsmännen hade stora jordegendomar. Men mot slutet av 1600-talet var däremot den jordägande delen av adeln – framför allt den gamla högadeln – i minoritet. De ärvda godsens betydelse minskade och jordägandet antog nya former. Detta kan ha bidragit till att intresset hos en del av lagkommissionens ledamöter för att skydda jordegendomarna genom att bevara de äldre arvsreglerna, inte längre hade samma betydelse och prioritet.[63] Ytterligare en indikation på det, var det faktum att Lindschöld hade varit en av främsta förespråkarna för genomförandet av reduktionen på 1680-talet.[64]

6 Epilog

Arvsreglerna förblev som sagt oförändrade i 1734 års lag, och skillnaderna i fråga om barns arvsrätt var ett faktum i flera länder i Västeuropa fram till 1800-talet.[65] Det var först i början av 1800-talet som frågan om en lika arvsrätt togs upp till diskussion på nytt. 1700-talets upplysning och naturrättsliga idéer hade lagt grunden till ett nytt synsätt där individen alltmer sattes i fokus. Liberalismen, som fick sitt genombrott under 1800-talet, betonade den enskilda individens rättigheter och den individuella friheten. Under samma period växte sig kraven på allas likhet inför lagen allt starkare.

En rättslig förebild i sammanhanget var det franska lagverket Code civil från 1804. Genom Code Civil fick Frankrike första gången ett civilrättsligt lagverk som gällde för hela landet, och bestämmelserna präglades av den franska revolutionens krav på jämlikhet. Den nya lagen stadgade bland annat lika arvsrätt för söner och döttrar som en grundläggande rättighet. Den franska civillagen framstod på många sätt som en mönsterlagstiftning, och satte sina avtryck på den rättsliga utvecklingen i flera andra länder. Lika arvsrätt infördes i flera andra europeiska kodifikationer i början av 1800-talet. Som exempel kan nämnas Belgien (1804), Österrike (1811) och Holland (1838).[66]

[63] Englund, Peter s. 153 f.
[64] Jägerskiöld, Stig 1982 s. 590.
[65] Beckert, Jens s. 87.
[66] Hafström, Gerhard s. 86 och 97.

Efter statsvälvningen 1809 återupptogs diskussionerna kring en modernisering av den svenska arvsrätten. Även i Sverige hade man tagit intryck av den nya franska lagen. Under 1800-talets första hälft hade dessutom den liberala rättsstaten fått sitt genombrott vilket i sin tur fick verkningar på flera rättsområden. På 1810-talet påbörjades arbetet med en ny civillagstiftning som skulle ersätta de äldre bestämmelserna. Vid riksdagen 1809–1810 väcktes flera motioner om lika arvsrätt, och kraven på en omfattande revidering av 1734 års lag växte sig allt starkare. Men riksdagen var splittrad i frågan om arvsrätten. Framför allt adeln och bönderna, det vill säga de grupper som ägde jord, motsatte sig en arvsreform då de befarade att en sådan skulle splittra upp jordegendomarna. Lika arvsrätt föreslogs i flera lagförslag under första hälften av 1800-talet, men röstades ned gång på gång. Många av de argument för och emot en lika arvsrätt som tagits upp av den karolinska lagkommissionen återkom i riksdagsdebatterna på 1840-talet.[67]

I riksdagsdebatten kring arvsrätten framfördes huvudsakligen tre argument för införandet av lika arvsrätt. För det första ansåg många grupper att de liberala tankegångarna och rättigheterna även måste omfatta kvinnorna. Allas likhet inför lagen skulle vara den allenarådande principen. För det andra framhölls kvinnornas ekonomiska situation. Under första hälften av 1800-talet var flertalet kvinnor ännu omyndiga, och fick varken förvärvsarbeta eller driva egen verksamhet. Många kvinnor levde därför i ekonomisk nöd med svält och fattigdom som följd samtidigt som kvinnorna ofta hade (utomäktenskapliga) barn att försörja. Sist men inte minst var införandet av lika arvsrätt ett sätt för de tre ofrälse ståndena att komma åt adelns ekonomiska och politiska maktställning. Om söner och döttrar fick ärva lika mycket, så skulle adelns stora jordegendomar splittras upp, vilket i sin tur skulle påskynda nedbrytandet av ståndssamhället. Det var det sistnämnda argumentet som medförde att bönderna till slut övergav sin tidigare ståndpunkt. Vid riksdagen 1844–45 togs frågan om lika arvsrätt upp på nytt, och vid omröstningen stod det klart att de tre ofrälse ståndena (om än med knapp majoritet inom prästerståndet) stödde förslaget om införande av lika arvsrätt. Adeln var fortfarande emot. Flera adelsmän ansåg att lagförslaget var att likna vid ett ”attentat mot adeln”, som hotade att krossa ståndet som helhet.[68] Vid omröstningen på Riddar-

[67] Hafström, Gerhard s. 87 ff. och 92.
[68] Almquist, Jan Eric s. 42.

huset röstade 162 ledamöter emot och 73 för förslaget. Adeln författade även en protestskrivelse till kungen, i vilken ståndet intog en mycket kritisk hållning till att de övriga tre stånden ville införa lika arvsrätt.[69]

Högsta domstolen (som vid den här tiden hade lagprövningsrätt) var inte heller positivt inställd till lagförslaget, och med röstetalen fem mot två röstades förslaget ned. I konseljen röstade hälften av stadsrådets ledamöter för och hälften emot. Det blev till slut den nytillträdde kungen Oskar I – som själv var förespråkare för en lika arvsrätt – som fick fälla avgörandet, vilket han gjorde till reformivrarnas fördel.[70] Bland de handlingar som kungen hade till underlag för sitt beslut, återfanns en akt med titeln ”Gammalt manuskript”. Det visade sig vara en avskrift av karolinska lagkommissionens memorial med skäl för och emot en lika arvsrätt, som alltså efter 150 år till slut kom till kungens kännedom.[71]

Efter många turer och meningsmotsättningar i både lagkommissioner och i riksdagen, antogs alltså till slut förslaget om införande av lika arvsrätt i maj 1845. Utvecklingen i de övriga skandinaviska länderna följde samma mönster. Trots motstånd från vissa håll infördes lika arvsrätt i Norge 1854 och i Danmark 1857.[72] Reformen var inte i första hand en kvinnofråga, utan snarare en fråga om makt, både på ett politiskt och på ett ekonomiskt plan. Det var framförallt de ofrälse stånden som ville förändra adelns maktposition genom att undergräva ståndets ekonomiska och politiska ställning. Införandet av den lika arvsrätten var ett av stegen på vägen att avskaffa ståndssamhället en gång för alla. Reformen var alltså inte ett resultat av en förändrad syn på förhållandet mellan män och kvinnor. Att reformen utföll till kvinnornas fördel var snarare en lycklig biprodukt.

Men blev män och kvinnor formellt likställda i arvsrättsligt hänseende? Det finns inga undersökningar på vilka effekter som reformen fick i praktiken, men det torde stå klart att den inte nämnvärt rubbade de rådande maktförhållandena mellan könen. Arvsreformen till trots hade bröder fram till slutet av 1800-talet rätt att lösa ut systrar vid arvskiftet genom tagelottssystemet. Införandet av myndighetsbestämmelser för

[69] Almquist, Jan Eric s. 41 f.

[70] Hafström, Gerhard s. 93 och 95.

[71] Hafström, Gerhard s. 101.

[72] Vogt, Helle: ”’Thi intet er narturligere och retfærdigere end qvindekjønnets lige arveret med mandskjønnets.’ Stænderforsamlingernes behandling af ligestillningsspørgsmålene i 1840’erne” s. 648. I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 122, 4-5/2009.

kvinnor lät dessutom vänta på sig ytterligare några årtionden. Och de reformer som slutligen skulle jämställa alla barn i arvsrättsligt hänseende skulle komma att dröja ännu längre. Men det är en annan historia.[73]

[73] För svenskt vidkommande dröjde det ända fram till 1970 innan alla barn – oavsett om de var födda inom eller utom äktenskapet, om de var biologiska eller adopterade barn – fick arvsrätt efter båda sina föräldrar utan undantag.

Helle Vogt

Nye perspektiver på familierettens historie.

Nordisk middelalder – Individ, familie, slægt

1 Indledning

Familieret, hvad er det? For en moderne jurist er det et tåbeligt spørgsmål, men eftersom den udstukne ramme er nordisk middelalder, er svaret ikke entydigt. Familie er et begreb, der først opstår i senmiddelalderen, tydeligt illustreret inden for kunsten gennem billedet af den hellige familie, et motiv, der i kirkekunsten bliver populært i 1400–1500-tallet, samme periode, hvor idéen om familien, i betydningen kernefamilien, begynder at vinde indpas. Begrebet familie har sin rod i det latinske *familia*, hvis klassiske betydning ikke er familie, men husstand, hvilket er et meget bredere begreb.

Det slægtsbegreb, man opererede med i nordisk højmiddelalder, var en nyskabelse. Det byggede på kirkens definition af slægtskab som bestående af alle ens blodsbeslægtede i syvende eller fjerde led henholdsvis før og efter Det fjerde Laterankoncil i 1215. Det, at blod udgjorde basen for slægtskabsbåndene, var selvfølgelig ikke en nyskabelse i 1100-tallets Norden, men at man var forpligtet gennem den kristne lære til at elske og derfor hjælpe sine slægtninge uanset personlige eller politiske bånd var noget nyt. Det kanoniske slægtskab kommer til at udgøre en stor del af rammen for hvordan blandt andet ejendomstransaktioner, herunder arv, donation og salg, og dele af strafferetten bliver retligt reguleret i landskabslovene. Sagt med andre ord: Den kanoniske definition af slægtskab kommer til at udgøre rygraden i mange af de retlige principper, som er med til at skabe

de forskellige nordiske retskulturer.[1] Alligevel taler vi ikke om slægtsret, men i stedet – noget anakronistisk – om familieret.

Hvis man skal se på den nordiske højmiddelalder, den periode hvor landskabslovene blev nedskrevet, så vil den typiske angrebsvinkel på 'familie'retlige spørgsmål være, enten at se på ægteskabsretten, som den optræder i kanonisk ret, da det kristne monogamiske ægteskab er en af forudsætningerne for skabelsen af familiebegrebet, eller at se på husstanden som en økonomisk enhed, og her vil en oplagt indgang være fælliget. Her vil dog en tredje angrebsvinkel blive valgt. Jeg har valgt at fokusere på et af de centrale spørgsmål i den middelalderlige retshistorie: forholdet mellem individ, familie og slægt. Familie er her meget anakronistisk defineret som forældre og børn i samme husstand. Præsentationen er koncentreret om disse to temaer: råderet over ejendom og kollektivt kontra individuelt straffeansvar, med udgangspunkt i donationsretten og hæftelsen ved manddrab. Ud fra disse eksempler vil jeg forsøge at komme med en syntese. Det kan synes underligt, at de områder, jeg har valgt, ligger inden for formue-, arve- og strafferetten, når jeg skal tale om familieretten, men middelalderen var en periode, hvor man ikke opererede med skarpe skel mellem de forskellige juridiske discipliner.[2] I det hele taget kan man argumentere for, at den moderne juridiske inddeling kan være en hæmsko for middelalderlig retshistorie. Jeg vil specielt med eksemplet med mandebod argumentere for, at det først er, når man går fra den kollektive hæftelse til den offentlige sanktion, hvor det ikke længere handler om at sikre den dræbtes arvinger og slægt, men i stedet at straffe retsbruddet, at det giver mening at opsætte et skel mellem familie- og strafferetten.

Selvom der inden for den islandske forskning i det sidste tiår har fundet substantielle studier sted inden for forskningen omkring ægteskab, arv, donationer, fælligforhold og alle de områder, der relateret dertil af blandt

[1] Om det kanoniske slægtskabs anvendelse og udbredelse i de nordiske landskabslove, se Helle Vogt, Slægtens funktion i nordisk middelalderret – Kanonisk retsideologi og fredsskabende lovgivning. DJØF. København. 2005.

[2] Dette er dog ikke det samme som at sige, at der ikke bruges en vis lovsystematik. De norske og svenske love er opdelt i balker (kapitler) efter forskellige juridiske kategorier som arv, giftermål, jord osv., og de danske love er også bygget systematisk op, lovene starter med arvereglerne efterfulgt af fællig og formueforhold, men lovene har ingen opdeling i familie-, arve- og personret.

andet Agnes Arnórsdóttir[3] og Auður Magnúsdóttir[4] vil de islandske forhold ikke blive inddraget, da Island på trods af sin geografiske placering som en del af Norden på grund af sociale og politiske strukturer på mange områder udgør en egen retning, der nok for eksempel inden for fælligforskningen, som påpeget af Lars Ivar Hansen, kan kompareres med Norge,[5] men i forhold til resten af Norden er den sammenligning sværere.

2 Ejendomstransaktioner – donationer

I alle landskabslovene finder vi bestemmelser, der regulerer, hvor meget det var tilladt at donere til fromme formål, hvad enten der var tale om gaver *mortis causa* eller i levende live. Om alle donationsreglerne gjaldt det, at det maksimum, der fastsattes, kunne overskrides, men det krævede arvingernes udtrykkelige samtykke.

Donationsreglerne kan groft deles ind i tre kategorier. 1. Det tilladte maksimum afhang af antallet af børn, og hvorvidt donator var barnløs eller ej. 2. Der var en fast beløbsgrænse, som ikke afhang af donators formue, grænsen kunne variere alt efter, om gaven blev givet i arvet jord eller i andet gods. 3. Der måtte bortgives en bestemt procentdel, igen kunne denne del afhænge af, om der var tale om arvet jord eller anden besiddelse.

Hvad angår donationsreglerne er der store regionale forskelle mellem de forskellige nordiske riger. I Danmark var den samme regel gældende i alle lovene: Donationsstørrelsen afhang af antallet af arvinger, maksimum var sat ved et halvt hovedlod, det vil sige for den, der havde børn, kunne kirken få den samme arveandel som en datter, mens den barnløse kunne bortgive halvdelen af sine besiddelser.[6] I Norge derimod blev donationerne

[3] Agnes Arnórsdóttir, Property and Virginity – The Christianitizing of Marrige in Medieval Iceland 1200–1600. Århus Universitets Forlag. 2005.

[4] Auður G. Magnúsdóttir, Islänningarna och arvsrätten 1264–1281. I Per Andersen red., Arverettens handlingsrom: Strategier, relasjoner og historisk utvikling, 1100–2020, hovedredaktør Einar Niemi, Tromsø. 2011, s. 27–38.

[5] Lars Ivar Hansen, Formuefellesskap og arverett i seinmiddelalderens Norge. I Per Andersen red., Arverettens handlingsrom: Strategier, relasjoner og historisk utvikling, 1100–2020, hovedredaktør Einar Niemi, Tromsø. 2011, s. 51–69.

[6] Danmarks gamle Landskabslove med Kirkelovene, bd. 1–8. Udgivet af J. Brøndum-Nielsen og P. J. Jørgensen. Gyldendal. København 1933–1961. Bd. I, 1, Skånske Lov, tekst 1, kap. 38, s. 23. Bd. VII, Arvebog & Orbodemål, tekst 1, 1. bog, kap. 50, s. 36. Bd. I, 2, Skånske Kirkelov, tekst 1, kap. 5, s. 832–935. Bd. VIII, Valdemars sjællandske Lov,

reguleret ud fra et brøkprincip, og ikke ud fra antallet af arvinger, ligesom der ikke skelnedes mellem barnløse og dem, der havde børn; udgangspunktet var, at man måtte give kirken en tiendedel af alle sine besiddelser, et princip der i Magnus Lagabøters Landslov endeligt fastsættes til at gælde for odelsjord, mens af andet gods måtte man donere en fjerdedel.[7] I Sverige finder man både den norske og den danske model, samt variationen i Dalalove, Smålandsloven og Hälsingeloven og dermed Finland, hvor der var fastsat en bestemt beløbsgrænse, som ikke afhang af hverken antallet af arvinger eller donators samlede besiddelser.[8] Den fastsatte beløbsgrænse tyder på, at den er indsat for at beskytte de velhavende slægter, da de ikke ville blive hårdt ramt af en sådan grænse, mens den kunne æde hele arven blandt de mindre besiddende. I Sverige var donationsreglerne reguleret i kirkebalkerne, hvorfor der med Magnus Eriksson Landslov ikke kommer en national ensretning af donationsreglerne.

Der er næppe nogen tvivl om, at de forskellige donationsregler hænger sammen med at de er kommet ind i lovene som resultat af forskellige historiske og retlige forudsætninger, og at alle tre systemer skal ses som udtryk for et ønske om at tilgodese både kirken, hensynet til sjælens frelse og om at etablere bånd mellem gejstlige institutioner, specielt klostrene, og de efterlevende – familien og slægten.

De danske arveregler byggede på et hovedlodsprincip, som blev udviklet senest fra 1170'ernes begyndelse med tilkomsten af Arvebogen.[9] De områder som for eksempel donationer og lovbydelse, der supplerede arvereglerne, blev derfor naturligvis tænkt ind i en hovedlodssammenhæng, noget der formentlig ikke fandt den store modstand, eftersom

kap. 47, s. 24–24. Sjællandske Kirkelov, tekst 1, kap. 8, s. 449. Bd. V, Eriks sjællandske Lov, tekst 1, 1. bog, kap. 32, s. 40–41.

[7] Norges gamle Love indtil 1387, bd. 1–3. Ved R. Keyser og P. A. Munch. Christiania. 1846–48. "Kong Haakon Haakonssöns Stadfæstelse af Cardinal Nicolaus's Bestemmelser om Gaver." 1224, bd. 1, s. 447–448. "Nyere Lands-Lov", Arvebolk, bd. 2, kap. 21, s. 90.

[8] Samling af Sweriges gamla Lagar. Udgifven af D. H. S. Collin og D. C. J. Schlyter, bd. 1–6. Stockholm. 1827–1744 Bd. 5, Dalaloven Gipninga Balken, kap. XVI, s. 52–53. Bd. 5, Smålandsloven Kykobalken, kap. 15, s. 431. Bd. 6, Hälsingeloven, Kyrkiu Balken, kap. XIV, s. 11–12.

[9] Om dateringen af Arvebogen se Vogt, 2005, s. 68–69, Per Andersen, Lærd ret og verdslig lovgivning. Retlig kommunikation og udvikling i middelalderens Danmark. København. DJØF. 2006, s. 80–82 og Michael H. Gelting, Pope Alexander III and Danish Laws of Inheritance. I Ditlev Tamm og Helle Vogt eds. How Nordic are the Nordic Medieval Laws? Proceedings from the first Carlsberg Conference on Medieval Legal History. København. DJØF, 2. udg., 2011, s. 90–92.

idéen om, at sætte kirken ind på linje med de øvrige arvinger, har været kendt i Danmark i hvert fald siden 1135.[10]

I Norge har hovedtiendebetaling, det vil sige, at man én gang i sin livstid gav tiende af alle ens besiddelser, været brugt måske så lang tilbage som 1000-tallets slutning. Hvorfor det ikke kan overraske, at da man i Norge allerede i 1152–53 i forbindelse med forhandlingerne om oprettelsen af et norsk ærkesæde fik de første regler om donationer, valgte det kendte princip som donationsmaksimum, samtidig med at de første skridt til en årlig tiendebetaling blev taget.[11] Brøksystemet må have fungeret tilfredsstillende, må man antage, i hvert fald vælger man ikke at ændre det i Landsloven, hvor de norske arveregler ellers ændredes, hvorved man går bort fra det tidligere system, hvor døtre kun tog arv, hvis der ingen sønner var, til det system, som brugtes i Danmark, hvor alle børn havde arveret, døtre dog kun halvt af sønner. At man ikke gik over til et hovedlodssystem mht. donationer kan også skyldes, at der ikke var det samme behov for at sammentænke alle restriktioner i den fri afhændelse af ejendom for at sikre den legale arveret, som var nødvendig i Danmark, da et arvesystem skulle udvikles i årtierne omkring 1200, eller at man har syntes, at hovedlodssystemet betød, at kirken havde for let adgang til odelsjord.

I Sverige ser man som med så mange andre retsregler ikke den samme ensartethed i donationsreglerne, hvilket formentlig er et billede på den flerhed af retlige normer, der prægede det svenske rige indtil Landslovens komme. I Götalovene var det danske princip med lodder gældende, i Svealovene var det derimod brøksystemet; det var tilladt at give en tiendedel bort af arvejord, mens al anden jord frit kunne doneres.[12] I de resterende love var det et fast beløb.

[10] Diplomatarium Danicum, 1. rk., 2. bd. udg. C.A. Christensen og Herluf Blatt. København. C.A. Reitzels Boghandel. 1975, nr. 64, s. 63. Om fortolkningen af brevet se Vogt, 2005, s. 235–237.

[11] A. O. Johnsen, Studier vedrørende kardinal Nicolaus Breakespears legasjon til Norden. Oslo 1945, s. 230–34.

[12] Samling af Sweriges gamla Lagar. Bd. 2, Östgötaloven. Kristnu Balken, kap. XXIV, s. 21. Bd. 1, Yngre Västgötaloven, Kirkyu Balken, kap. XXIV, s. 21, kap. LX, s. 102, Aruæ Balken, kap. 26, s. 140, Retlosæ Balken, kap. 30, s. 159 og IorÞæ Balken, kap. 46, s. 192, Bd. 3, Upplandsloven. Kirkiu Balken, kap. XIV, s. 48–58, Additamenta, kap. I, s. 276. Bd. 5, Västmannaloven. Kristno Balken, kap. XIII, s. 97–98. Bd. 4, Södermannaloven. Kirkiu Balken, kap. Xl, s. 30–32.

3 Individet

Efter denne korte redegørelse for reglerne, vender vi tilbage til spørgsmålet om, hvad disse regler siger om forholdet mellem individet, familien og slægten. Som altid er kildesituationen en udfordring, da det er meget sporadisk, hvad der er bevaret, men både i dele af Sverige og i Danmark er der i diplommaterialet tegn på, at der før lovenes komme var langt større adgang til at donere på bekostning af børn eller andre slægtninge.[13] I lovene blev der sat regler op for den frie dispositionsret. Ens besiddelser kunne man ikke længere uantastet disponere frit over, man skyldte de kommende generationer at bevare den for dem. På den anden side sikrede de faste regler for donationer, at hvis de blev overholdt, kunne donationen ikke senere anfægtes af ens slægtninge, og man dermed ikke fik betalt af på sin gæld i Skærsilden. Med andre ord begrænsninger i den legale donationsret var på én gang en indskrænkning af individets råderet og en sikring af retten til at en del af ens besiddelser kunne gå til sjælens og ikke slægtens beskyttelse.

4 Familien og slægten

Hvad angår familien skiller det danske og göterske hovedlodsprincip sig ud. Havde donator ægtefødte børn, var de langt bedre beskyttede mod hans donationer end arvinger efter barnløse, da de kunne bortgive halvdelen af deres ejendom, mens børnenes ret til arv blev sikret proportionelt med antallet af børn, jo flere børn, jo mindre del af formuen måtte doneres.[14] I Norge og resten af Sverige forholdt det sig anderledes, hverken ved brøkprincippet eller ved den faste beløbsgrænse blev der gjort nogen forskel på, om det var børn, anden nær familie eller fjernere slægtninge, der var arvinger, den samme minimum arveformue var sikret, selvom den nærmeste arving var at finde i det fjerde eller syvende led.

Udover at de danske og götiske donationsregler favoriserede brystarvinger frem for andre arvinger, så fandtes der i Jyske Lov en bestemmelse, der sikrede ægtemanden mod hustruens donationer i det tilfælde, at han havde ret til at tage arv efter hende i hendes arvejord.[15] En ret, der

[13] Gelting, 2011, Vogt, 2005, s. 220–222, 243–244.

[14] Det omdiskuteret hvorfor den halve hovedlod blev hovedreglen i de danske donationsbestemmelser, for argumenterne se Vogt, 2005, s. 241–242.

[15] Danmarks gamle Love paa nutidsdansk Oversat og kommenteret af E. Kroman og S. Iuul. København. C.E.C. Gads Forlag. 1945. bd. 2, Jyske Lov. 1. bog, kap. 39, s. 152.

opstod ved barnmynding, det vil sige, en ret manden fik, hvis der fødtes et barn i ægteskabet. Hvis et ægtepar fik barn, skulle manden godkende hustruens donationer i live eller *mortis causa*, og skete det ikke, kunne han nedlægge veto mod donationen. Den jyske regel er den eneste af sin art i Norden, endskønt sjællandske diplomer tyder på, at mandens godkendelse også brugtes dér.[16]

Den jyske regel er et eksempel på den styrkelse af (kerne)familien i de danske landskabslove, der blandt andet er påvist af Stig Iuul og Inger Dübeck i deres studier af fælliginstitutionen,[17] og som kulminerede i 1547, hvor fælliget afløses af formuefællesskab mellem ægtefæller.

I Norge og resten af Sverige ser man ikke inden for donationsreglerne nogen forskel i beskyttelsen af familien og slægten, det vigtigste er udelukkende at sikre at al börds/odeljorden ikke kommer på ubeslægtedes hænder.

Landskabslovenes donationsreglerne var også med til at sætte en stopper for, at slægtninge efter donators død anfægtede donationernes gyldighed, en praksis, der i dokumenterne kaldes calumnia, på klassisk latin et falsk krav eller anklage, men i middelalderen brugtes i betydningen udfordring eller krav. Calumnia er for Nordens vedkommende bedst belyst i danske kilder fra 1100-tallet i Kim Esmarks Studier af Esrom Kloster,[18] men det har sikkert også fundet sted i både Norge og Sverige, da det er et fænomen, der er kendt fra Nordvesteuropa i 900–1100, selvom de

Denne bestemmelse udbygges i 3. bog, i den del af teksten, som formentlig er tilføjet efter 1241. Michael H. Gelting, Skånske Lov og Jyske Lov. Danmarks første kommissionsbetænkning og Danmarks første retsplejelov. I Henrik Dam m.fl. red. Jura & Historie. Festskrift til Inger Dübeck som forsker. København. DJØF. 2003, s. 60–61, hvor den udbyggede tekst omhandlede indsigelser mod mandens afgørelse.

[16] Se for eksempel Diplomatarium Danicum, 2. rk., bd. 2, nr. 173 og 2. rk. bd. 6, nr. 265.

[17] Stig Iuul, Fællig og Hovedlod. Studier over Formueforholdet mellem Ægtefæller i Tiden før Christian V's Danske Lov. København. Nyt Nordisk Forlag 1940. Inger Dübeck, *Kvinder*, familie og formue. Studier i dansk og europæisk retshistorie. København. Museum Tusculanums Forlag. 2003, s. 74–94.

[18] Godsgaver, *calumniae* og retsantropologi. Esrum kloster og dets naboer, ca. 1150–1250. I Hanne Sanders m.fl. red. Ett annat 1100-tal. Individ, kollektiv och kulturella mönster i medeltidens Danmark. Centrum för Danmarksstudier 3, Riga. 2004, s. 143–176.

franske kilder er langt de bedst studerede.[19] Her har forskningen vist, at donatoren indgik en slags kontrakt med skytshelgenen repræsenteret ved det religiøse samfund, helgenens *familia*. Forud for donationens givelse gik gerne en forhandlingsproces omkring, hvilke spirituelle og eventuelt materielle ydelser munkene/nonnerne forventedes at give til gengæld for donationen. Efter donators død faldt båndene til klosteret væk, hvorfor arvingerne, børn eller fjernere slægtninge som for eksempel nevøer, anfægtede gavens gyldighed. Klosteret og arvingerne indledte en konflikt, der kunne vare årevis, og som oftest endte med at arvingen på ny donerede godset til klosteret mod spirituelle og til tider økonomiske gengaver. Denne proces kunne fortsætte i generationer. Grunden til at arvingerne kunne få held med deres krav var blandt andet, at der ikke eksisterede en forståelse for absolut ejendomsret, noget der først opstod ved videnskabeliggørelsen af retsstudiet i 1100-tallet. Landskabslovene blev til i en brydningstid mellem forskellige ejendomsretlige diskurser, men på grund af faste retlige normer for arv, donationer, salg osv., var de med til at retliggøre ejendomskonflikter, hvorfor *calumnia* forvandt.[20]

Calumnia var med til at svække betydningen af individets råderet, for selvom donationerne ikke blev anfægtet, da de blev givet, blev gaven og dermed de åndelige gevinster delt ud på en række af slægtninge. Derimod var *calumnia* med til at sikre slægtningene den fortsatte gavn af godset generationer efter, at det blev doneret bort.

Donationsreglerne er et eksempel på, hvor svært det er at presse middelalderens retsregler ind i de moderne kategorier, idet de regulerer områder, der ligger inden for både arve-, formue- og familieretten – eller slægtsretten, som der jo i grunden er tale om, specielt med hensyn til de norske og svenske bestemmelser.

[19] Stephen White, Custom, Kinship, and Gifts to Saints. The Laudatio Parentum in Western France, 1050–1150. London. 1988 og Barbara Rosenwein, To be Neighbour of Saint Peter – The Social Meaning of Cluny's Property, 909–1049, Cornell University Press. 1989.

[20] Helle Vogt, From Tribute to Tax – The Changes in the Understanding of Private Property in Denmark circa 1000–1250. I Lars Jørgensen et al. eds. Law and Archaeology in the Early and High Middle Ages, AD 400–1200, Videnskabernes Selskab. København. Under udgivelse.

5 Mandebod

Mandebodsbetalingen har været genstand for en lang række studier om tilkomst, alder, formål, kirkens og kongemagtens holdning dertil osv. Her er det ikke ærindet at komme ind på alle disse diskussioner.[21] I stedet vil jeg fokusere på lovene, og hvad de siger om forholdet mellem individ, familie og slægt, samt familie- og strafferetten.

Selvom den kollektive slægtsbetaling af mandebod ikke optræder i alle de svenske landskabslove, må det antages, at kollektiv betaling har været normen i alle de nordiske lande indtil den anden halvdel af 1200-tallet, hvor princippet kommer under pres (formentlig) først i Norge og senere i Sverige. For alle lovene gælder det, at slægten er defineret ud fra den kanoniske måde at opfatte slægtskab på. Hvor kollektiv mandebodsbetaling blev brugt, opererer de fleste af lovene med et tredelingsprincip, idet drabsmanden selv skulle betale en tredjedel til den dræbtes arvinger, mens henholdsvis fædrene og mødrene slægtninge skulle betale en tredjedel hver. Det princip var gældende i Danmark, i västgötalovene, i Hälsingeloven og frem til 1271 i Norge. Hvor det danske og västgöterske system byggede på, at slægtsnærheden med drabsmanden/den dræbte bestemte, hvor meget man skulle henholdsvis betale eller modtage, var det norske system langt mere kompliceret. Både Gula- og Frostatingslovene opererede med ekstremt komplicerede systemer, idet slægtningene ikke blot skulle samle en sum og betale eller modtage efter slægtsnærhed og antallet af slægtninge. Hver slægtsrelation blev nævnt, for eksempel skulle drabsmandens morbror ikke bare betale til den dræbtes morbror, men til søstersønnen osv. Betalingsbestemmelserne er formentlig fra 1152–1153, og den norske historiker Lars Ivar Hansen har regnet på, at og hvis systemet beskrevet i Gulatingsloven blev fulgt, skulle der finde 210 transaktioner sted.[22] Dette system fungerede glimrende i teorien, men det er meget tvivlsomt, om det

[21] Se for eksempel Poul. Johs. Jørgensen. Manddrabsforbrydelsen i den skaanske Ret fra Valdemartiden. København 1922. Poul Gædeken, Retsbrudet og Reaktionen derimod i gammeldansk og germansk Ret. København. C.C.C Gads Forlag. 1934. Ole Fenger, Fejde og mandebod. Studier over slægtsansvaret i germansk og gammeldansk ret. Århus Universitetsforlag 1971. Bertha S. Phillpotts, Kindred and Clan in the Middle Ages and After – A Study in the Sociology of the Teutonic Races. New York. (1913), 1974. Vogt, 2005.

[22] Lars Ivar Hansen, The Concept of Kinship According to the West Nordic Medieval Laws. I Ditlev Tamm og Helle Vogt eds. How Nordic are the Nordic Medieval Laws? Proceedings from the first Carlsberg Conference on Medieval Legal History. København. DJØF, 2. udg. 2011. s. 190.

var praktisk anvendeligt,[23] hvilket sikkert var en medvirkende årsag til, at den kollektive mandebodsbetaling afskaffedes for hele riget i 1271.[24]

Den svenske Östgötalandslov kan ses som et kompromis mellem kollektivt og individuelt ansvar. Her bliver det fastslået, at drabsmanden selv skulle betale hele boden, men hans slægt var alligevel pligtig til at betale til den dræbtes slægtninge.[25] I lovteksten er det individuelle ansvar understreget, men man kan spørge sig selv om, det ikke grundlæggende er en fortsættelse af den kollektive slægtsbetaling sat ind i en ny ideologisk kontekst. Det er i hvert fald det indtryk, man får, når man ser på de danske bestemmelser. Et sted mellem 1220'erne og 1241[26] blev en forordning udstedt, hvori det kollektive ansvar afskaffedes for Skåne og resten af riget i 1284 – i teorien.[27] Det blev pålagt drabsmanden at betale hele mandeboden alene, hvilket for langt de fleste har været umuligt. Kunne drabsmanden ikke betale, skulle han fly fredløs, dermed bortfaldt hans tredjedel af boden, mens de to tredjedele nu skulle betales af drabsmandens slægtninge. Resultatet var, at slægtningene ligeså godt kunne gribe til lommerne og hjælpe drabsmanden med betalingen først som sidst. Selvom det individuelle ansvar blev understreget i forhold til drabsmanden, så skulle bøden stadig tredeles mellem arvingerne, mødrene og fædrene slægt, hvad enten drabsmanden eller hans slægtninge stod for boden. Resultatet er, at den kollektive betaling fortsatte frem til 1537 i Danmark, hvor den blev afskaffet til fordel for livsstraf. Ole Fengers studier har dog vist, at mandebodsbetalingen i realiteten fortsatte op igennem 1500-tallet.[28]

[23] Betalingssystemet i Gutatingsloven blev ændret i begyndelsen af 1200-tallet, hvor den såkaldte Bjarne Måndsons Skala blev føjet til loven, systemet blev dog ikke mindre kompliceret, det kom blot tættere på det, der fandtes i Frostatingsloven. Hansen, 2011, s. 200–201.

[24] Under Håkon Håkonssons regering var 1260-versionen af Frostatingsloven blev revideret og blandt andet var det kollektive slægtskab blevet meget reduceret, og betalingsreglerne var blevet forenklede. Norges gamle Love, bd. 2, Frostatingslova, kap. 1–5, s. 121–122.

[25] Samling af Sweriges gamla Lagar, Bd. 2, Östgötaloven, Dråbsbalken, kap. III, s. 50–51, kap. VII, s. 53–54.

[26] Dateringen af Ættebodsforordningen er omdiskuteret, den er givet af Valdemar II Sejr, hvilket sætter en øvre grænse ved hans dødsår i 1241. I de fleste manuskripter af Skånske Lov er den ikke gengivet, og da Skånske Lov normalt betragtes som værende fra 1210'erne, må en forsigtig datering af Ættebodsloven ligge derimellem.

[27] Danmarks gamle Landskabslove, Bd. I 2, tillæg til Skånske Lov, s. 732–739.

[28] Fenger, 1971, s. 505–535.

Som i Norge bliver det individuelle ansvar det herskende i Sverige, det findes både i Svealovene og føres over i Landsloven. For Upplandsloven gjaldt det, at manglende evne til at betale medførte dødsstraf. På trods af at det kollektive ansvar i teorien afskaffes i midten af 1300-tallet for hele riget, viser Bertha Phillpotts forskning, at det i praksis fortsatte op i 1500-tallet,[29] så der har altså været en diversitet mellem den herskende diskurs om individuelt ansvar og opfattelsen af slægten som en retlig enhed.

6 Individ, familie og slægt

Igen bliver spørgsmålet, hvad bestemmelserne siger om forholdet mellem individet, familien og slægten. I alle de love, hvor kollektiv betaling findes, er reglen, at drabsmanden ikke slap for et personligt ansvar. Han hang på en tredjedel af boden, og hans betaling skulle for eksempel i de danske love være på plads, inden slægten bødede. I både Norge og Sverige ses en stærk øgning af det personlige ansvar med afskaffelsen af det kollektive ansvar, og som ultimativ trussel var dødsstraffen, hvis bøderne ikke blev betalt. Man kan dog tvivle på, om det kollektive ansvar forsvandt i praksis, selvom det forsvandt fra lovene. Forskellen var nok snarere, at hvor det før var hele slægten i alle de kanoniske led, der var ansvarlig, blev det i højere grad familien og eventuelt den nærmere slægt, som søskende, der deltog i betalingen. På samme måde kan man forestille sig, at den økonomiske hjælp, som forældrene bidrog med, måske mere fik karakter af et arveforskud, så en brors forseelse ikke i samme grad i længden kunne føre til større formuetab for hans søskende.

At grænsen mellem individet og familien kunne være ganske flydende var fælliget et eksempel på. Hele fælliget hæftede kollektivt for et af dets medlemmers retsbrud.[30] I Skånske Lov var der dog mulighed for at komme uden om ansvaret ved, at faderen på tinget udskiftede barnet med hans hovedlod i fælliget, "Og efter at han har gjort saaledes, skal Børnene selv hæfte for deres Gerninger".[31] Denne løsning har sikkert været specielt attraktivt ved manddrab, idet fælligmedlemmerne ikke kun hang på at hæfte for drabsmandens tredjedel, men fader, sønner, brødre og eventu-

[29] Phillpotts, 1974, s. 76–77.

[30] Dog ikke ved tyveri.

[31] Danmarks gamle Love, bd. 1, Skånske Lov kap. 17, s. 7, der forsættes: "Manddrab skal Faderen og Frænderne bøde sammen med dem, saaledes som Loven er."

elt andre mandlige fælligmedlemmer uanset alder skulle også bidrage til slægtsboden.

For den dræbtes familie betød bodsbetalingen, at de var sikret økonomisk godtgørelse for tab af forsøger og krænkelsen, og i den henseende var der ikke forskel på, om betalingen var individuel eller kollektiv, idet den del af bøden, som de nærmeste fik, stort set var den samme. Dette gjaldt dog kun såfremt drabsmanden kunne betale, hvis ikke var de ilde stedt, hvilket for eksempel tydeligt fremgår af de svenske love, i så tilfælde blev drabsmandens formue tredelt, med en del til henholdsvis kongen, hundredet/herredet og den forurettede. En praksis, der har gjort, at drabsmandens familie og slægt ikke har haft nogen interesse i at bidrage til boden, hvilket måske er grunden til, at Upplandsloven tilføjer, at kan man ikke betale hele boden, må der udover formuekonfiskationen bødes "liff fore liff".[32]

Slægten havde de samme rettigheder, hvad enten der skulle bødes eller modtages, og når det kollektive slægtsansvar kommer under pres, betyder det, at de retlige relationer mellem slægtningene svækkedes, fra at gælde for hele den kanoniske slægt til familien, at de retlige bånd primært kom til at gælde inden for familien for områder som værgemål, giftermand osv.

Hvornår og hvordan skilles familie- og strafferettens veje? Eller spurgt på en anden måde, hvornår spaltedes slægtsretten i familie- og strafferet? Det ovenstående illustrerer, at adskillelsen begynder, når man går fra kollektivt til individuelt ansvar. Når straffen ikke længere ramte hele slægten men kun individet (og evt. hans nærmeste), og omvendt når boden kun kom arvingerne, men ikke hele slægten til gode, begynder det at give mening at skelne mellem straffe- og familieret.

[32] Samling af Sweriges gamla Lagar, Bd. 3, Upplandsloven, Manhælgis balkær, IX, § 4, s. 139.

7 Afslutning

For at afslutte: De to eksempler viser, hvordan landskabslovene forsøgte at balancere mellem hensynene til individet, familien og slægten, og at alle tre kategorier på hver sin måde blev tilgodeset; dog var der ikke tale om et statisk eller ensartet billede, for eksempel var familien langt bedre sikret end slægten i de danske donationsregler modsat de norske og svenske, mens slægtens ansvar og rettigheder ved mandebod blev opretholdt i Danmark, mens ansvaret blev overført til individet, og formentlig i praksis til hans familie i både Norge og Sverige.

AVDELNING III

Rätten i det föränderliga samhället

Marianne Dahlén

Barnarbetsförbudets socioekonomiska realism

Det var den ursprungliga titeln på mitt avhandlingsprojekt när jag antogs som doktorand i rättshistoria inom ramen för forskningsprogrammet *Barn som aktörer* i Uppsala med Rolf Nygren som handledare. Titeln var typisk för Rolf – ganska drastisk och med stark dragning mot empiri. Avhandlingen kom sedan att få en helt annan titel.[1] En av de planerade delstudierna som inte rymdes i avhandlingen var en undersökning av realismen i barnarbetsförbudet i FN:s barnkonvention i några fattiga länder som varken har ekonomi, sociala trygghetssystem eller infrastruktur för att förverkliga skolgång och övrig välfärd för alla barn under femton år. Jag har nu fått möjlighet att fullfölja den delen av projektet och har påbörjat en studie av barnarbetsförbudets utformning och effekter i Etiopien, *Too old for school and too young for work. Law and children's experiences of being in a vacuum*.[2] Rolf Nygren har före och under sin tid som professor i rättshistoria i Uppsala ägnat frågan om barnarbete återkommande uppmärksamhet.[3] Därför vill jag här tillägna Rolf några första, preliminära resultat från den helt nyligen påbörjade etiopiska studien.

När det gäller barns mänskliga rättigheter finns det nog en bred uppslutning kring FN:s barnkonvention och uppfattningen att barn har rättigheter. Men när det kommer till barns rättigheter i praktiken är det inte alltid lika

[1] Marianne Dahlén, *The Negotiable Child. The ILO Minimum Age Campaign 1919–1973.* Uppsala universitet 2007.

[2] Forskningsprojekt under 2011 och 2012 tillsammans med FD Birgitta Rubensson, KI, finansierat av Vetenskapsrådet.

[3] Se särskilt Rolf Nygren, "Barnarbete och arbetsavtalets frihet. En studie kring vår första samlade lagstiftning om skydd av minderårig arbetskraft i industriellt yrke", i Jan Sundin (red.), Kontroll *och kontrollerade*, Historiska institutionen, Umeå universitet 1982.

lätt att komma överens. Vad menas egentligen med ”barnrättigheter” och sådana formuleringar som att ”barnets bästa ska komma i främsta rummet”? Den första internationella deklarationen om barns rättigheter som antogs 1924 kom till i en kontext av krig, flyktingar och diskriminering av minoriteter. Deklarationens syfte var att skydda barn som for illa som en följd av kriget, den gällde alltså skydd snarare än rättigheter för barn.[4] På femtiotalet antogs en ny deklaration, även den uteslutande inriktad på skydd.[5] Med FN:s barnkonvention 1989, tätt följd av den afrikanska stadgan om barns rättigheter och välfärd 1990, kom även barns rättigheter i fokus, och i barnkonventionen kombineras för första gången sociala och ekonomiska rättigheter med medborgerliga och politiska rättigheter, skyddstanken kombineras alltså med ett rättighetstänkande.[6] Här ligger en konflikt inbäddad: skyddstanken bygger på att barn är (passiva) mottagare av skydd, medan rättighetstanken bygger på att man ser barnet som aktör. Skyddstanken har sina rötter i den syn på barn som varit förhärskande i västvärlden sedan Rousseaus skrifter om barn och barnuppfostran och som bygger på att man ser barnet som en blomknopp som måste vårdas och skyddas för att kunna utvecklas och blomma, barndomen är till för att kultivera barnet till färdig individ, en vuxen.[7]

Under nittonhundratalet kom andra synsätt att utmana skydds- och utvecklingstänkandet, som innebär att man erkänner att barndomen inte bara är olika stadier man genomgår på väg mot målet att bli vuxen utan att barndomen har ett värde i sig och att barnet är en individ med rättigheter. Kring dessa olika synsätt har det förts en omfattande akademisk

[4] Geneva Declaration on the Rights of the Child, antagen av Nationernas Förbund den 26 september 1924.

[5] Declaration on the Rights of the Child, resolution 1386 antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1959.

[6] Convention on the Rights of the Child, antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989 och ratificerad av Etiopien 1991 (UN Treaty Collection, Status of Treaties, Convention on the Rights of the Child, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, besökt 2011-10-03), African Charter on the Rights and Welfare of the Child, antagen av OAU 1990, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), som trädde i kraft 29 november 1999, ratificerad av Etiopien 2002 (Status of ratification of the charter as at Feb. 2004, http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/List/African%20Charter%20on%20the%20Rights%20and%20Welfare%20of%20the%20Child.pdf (besökt 2011-10-03).

[7] Ronny Ambjörnsson, ”Barnets födelse”, i *Familjeporträtt. Essäer om familjen, kvinnan, barnet och kärleken i historien,* Stockholm 1976, s. 7–59.

diskussion, särskilt sedan barnkonventionen antogs 1989, med radikala förespråkare för barns frigörelse på den ena sidan, ”kiddy libbers”, och mer konservativa förespråkare för barns skyddsbehov på den andra.[8]

Barnarbetare befinner sig mitt i skottgluggen för konflikten mellan skyddstanken och rättighetstanken. För hur ska man se på barns arbete? Är arbete något alltigenom skadligt som barn ska skyddas från genom förbud i internationella konventioner och nationell lag, eller är det tvärtom en rättighet? Även barn inkluderas i generella mänskliga rättighetsdokument som FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, där rätten till arbete är en grundläggande rättighet för alla människor.[9] Skyddsförespråkarna vill förbjuda de flesta former av barnarbete för barn under 15 år. FN:s fackorgan för arbetslivs- och sysselsättningsfrågor, ILO, är den ledande aktören för barnarbetsförbudet. I många sammanhang framför organisationen att allt barnarbete är av ondo och bör elimineras. På ILO:s hemsida kan man t.ex. läsa att ILO:s målsättning är ”att uppnå ett effektivt förbud mot barnarbete”.[10] Formuleringen är hämtad från konventionerna om minimiålder för tillträde till arbete som kommer att diskuteras nedan.

Ända sedan ILO grundades som en del av Versaillesfreden 1919 har man verkat för att begränsa barnarbetet, framför allt genom branschvis införda minimiåldrar på 14 år, som sedan höjdes till 15 år under depressionen på 1930-talet.[11] År 1973 infördes en gemensam konvention som med vissa undantag förbjöd allt barnarbete med en minimiålder på 15 år.[12] FN:s barnkonvention hänvisar till ILO-konventionerna när det gäller minimiålder, men anger också vissa arbetsvillkor för barn (artikel 32).

Enligt uppskattningar finns det idag minst 215 miljoner barnarbetare under 15 år.[13] För dessa barn är frågan om skydd eller rättigheter en reali-

[8] Se t.ex. Robert Mnookin, ”Beyond Kiddie Libbers and Child Savers”, *Journal of Clinical Psychology*, Vol. 7 (3) 1978 163–167.

[9] Antagen av FN:s generalförsamling den 10 december 1948.

[10] ”Guided by the principles enshrined in the ILO’s Minimum Age Convention No. 138 and Worst Forms of Child Labour Convention No. 182, The ILO InFocus Programme on Child Labour (IPEC) works to achieve the effective abolition of child labour.” http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang--en/index.htm, (besökt 2011-09-29).

[11] En kortare redogörelse för konventionerna med referenser finns i Marianne Dahlén, ”Children and Work in International Law”, i Kristina Engwall & Ingrid Söderlind, *Children’s Work in Everyday Life,* Institutet för framtidsstudier, Stockholm 2007.

[12] Convention No. 138 concerning Minimum Age for Admission to Employment, antagen av International Labour Conference, 58th Session, den 26 juni 1973.

[13] ILO, Topics, Child Labour, http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang--en/index.htm (besökt 2011-10-03).

tet. Synen på skydd och rättigheter i internationella dokument definierar deras livs- och arbetsvillkor. I det följande ska jag med Etiopien som exempel visa hur.

1 Att vara barn i Etiopien

Etiopien (Federal Democratic Republic of Ethiopia) är ett av världens fattigaste länder. Med sina 82 miljoner invånare är det Afrikas näst folkrikaste land. Befolkningen är mycket ung, med en medianålder på bara16,8 år, en av världens yngsta befolkningar, vilket kan jämföras med den svenska befolkningens medianålder på 40 år, en av världens mest åldrade.[14] Mer än hälften av Etiopiens befolkning är alltså barn – personer under 18 år enligt barnkonventionens definition. Det betyder att för den unga generationen i Etiopien är deras bidrag till produktionen en förutsättning för landets tillväxt och utveckling. Arbete ingår helt enkelt som en naturlig del i den etiopiska barndomen.

Etiopien är ett jordbruksland och av den totala arbetande befolkningen arbetar 80 procent i jordbruk, tolv procent i servicesektorn och åtta procent i industrin där den ekonomiska utvecklingen är starkast. Kaffe är den största exportvaran. Fördelningen mellan sysselsättningarna är densamma för unga som för vuxna arbetare. De flesta som har någon form av anställning finns i den informella sektorn.[15] Etiopien har under det senaste decenniet haft ett ekonomiskt uppsving med en rekordsnabb tillväxt på över åtta procent, vilket är ett direkt resultat av den etiopiska regeringens politik att stärka den ekonomiska infrastrukturen i landet. Trots detta är landet fortfarande bland de största bidragstagarna i Världsbankens låneprogram med krediter på totalt 3,6 miljarder dollar och med plats 157 av

[14] Background note: Ethiopia, U.S. Department of State, http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/2859.htm (besökt 2011-10-02) och Field listing, the Wold Factbook, CIA, as per 2011, https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2177.html (besökt 2011-09-26) och enligt uppgift från SCB i e-post den 27 september 2011.

[15] Lorenzo Guarcello & Furio Rosati, *Child Labour and Youth Employment: Ethiopia Country Study, SP World Bank Discussion Paper No. 0704*, UCW, mars 2007, s. 4–12, Tassew Woldehanna & Nicola Jones, ”Child Labor in Ethiopia: Overview and Policy Challenges”, i Hindman, Hugh D. (Ed.), *The World of Child Labour. An Historical and Regional Survey*, Armonk, N.Y.,M.E. Sharpe 2009 (Woldehanna & Jones) s. 259, uppgifterna bygger på statistik från Ethiopia Central Statistical Agency (CSA), National Labour Force Survey 2005 och Ethiopia Child Labour Survey 2001, *Statistical Bulletin 262*. Addis Ababa (CSA 2002).

169 på UNDP:s Human Development Index 2010.[16] Utbildningsnivån är fortfarande mycket låg – varken staten eller de enskilda familjerna har råd att låta barnen gå i skolan mer än fyra till sex år.[17] Endast 42 procent av befolkningen är läskunnig och hela 39 procent lever under fattigdomsgränsen på 1,23 USD per dag.[18]

Politiskt är Etiopien en diktatur, men med ett antal demokratiska inslag. Landet rankas som 118 av de 167 länder som är med i demokratiindex, det sjönk 13 placeringar mellan den sista och föregående rankning, från kategorin ”hybrid” till kategorin ”hybrid to authoritarian”.[19] Det är en återspegling av den negativa utvecklingen efter valet 2005, som innebar ett allvarligt bakslag för opinionsbildande verksamhet i media och i partier och organisationer.[20] I januari 2009 antogs en lag som kraftigt begränsar möjligheten för utländska organisationer att arbeta med frågor som rör mänskliga rättigheter i landet. Utländska organisationer och nationella organisationer som finansieras av utländska aktörer till mer än tio procent får inte arbeta med mänskliga rättigheter (vilket inkluderar barns rättigheter), jämställdhet och konfliktlösning i Etiopien.[21] Begränsningarna av fri- och rättigheter ledde till en jordskredsseger för det regerande partiet 2010 och till att Etiopien idag i praktiken är en enpartistat.[22] Lagen har också försvårat arbetet med barns rättigheter, även om mycket av verksamheten fortsätter som tidigare, den benämns inte rättighetsarbete utan istället t.ex. ”barns deltagande” och ”barns välfärd”.[23]

[16] Världsbanken, februari 2011, http://web.worldbank.org/external/default/main?menuPK=295961&pagePK=141155&piPK=141124&theSitePK=295930 (besökt 2011-09-26) och svenska regeringens hemsida, http://www.regeringen.se/sb/d/2574/a/75160 (besökt 2011-09-30).

[17] Guarcello & Rosati, s. 259.

[18] UNICEF, Ethiopia statistics, http://www.unicef.org/infobycountry/ethiopia_statistics.html (besökt 2011-09-30) och svenska regeringens hemsida, http://www.regeringen.se/sb/d/2574/a/75160 (besökt 2011-09-30).

[19] Democracy index 2010. *Democracy in retreat. A report from the Economist Intelligence Unit*, finns på http://graphics.eiu.com/PDF/Democracy_Index_2010_web.pdf (Demokratiindex 2010) (besökt 2011-10-03).

[20] Demokratiindex 2010.

[21] Proclamation to Provide for the Regulation and Registration of Charities and Societies, No. 621/2009, publicerad i den offentliga Etiopiska lagsamlingen *Negarit Gazeta.*

[22] Demokratiindex 2010.

[23] Enligt uppgifter vid intervjuer med medarbetare vid UNHCHR, UNICEF och Svenska Rädda barnen i Addis Abeba den 29 april och den 3 maj 2011.

2 Barnarbete i Etiopien

Bland etiopiska barn i åldrarna fem till fjorton år arbetar 59 procent av pojkarna och 46 procent av flickorna mer än fjorton timmar i veckan i någon typ av anställning (”economic activity”), eller mer än 28 timmar i veckan med hushållssysslor. Den genomsnittliga arbetstiden för en barnarbetare i åldersgruppen är 33 timmar i veckan, medan en tredjedel av barnarbetarna arbetar mer än fyrtio timmar i veckan. Av barnen på landsbygden är 88 procent sysselsatta med jordbruksarbete, både odling och djurhållning, och tolv procent är sysselsatta med servicearbete, hantverk och mer avancerat jordbruksarbete. Av stadsbarnen är 52 procent sysselsatta med enklare arbete som gatuförsäljning och skoputsning, budverksamhet och enklare industriproduktion och reparationer, och 48 procent med försäljning i butiker och på marknader.[24]

Etiopiska barn går i skolan i relativt hög utsträckning, 81 procent av pojkarna och 75 procent av flickorna går i *primary school* (till 10–12 års ålder) men mindre än hälften av dem fortsätter till nästa nivå. Samtidigt arbetar 62 procent av skolbarnen både med obetalt hushållsarbete och med betalt arbete utanför hemmet.[25] Men skolbarnens arbete utgör i många fall ett hinder för skolgången, det är den dominerande orsaken till att barn hoppar av från skolan.[26] Arbete gör också att barn kommer för sent eller uteblir helt och att barnen inte kan lägga ner nödvändig tid på läxor.[27] Det är stora skillnader mellan barn i städerna och barn på landsbygden. 60 procent av barnen (både pojkar och flickor) i städerna går enbart i skolan och arbetar inte, på landsbygden arbetar 46 procent av pojkarna och 35 procent av flickorna och går inte i skolan. På landsbygden är det bara åtta procent av pojkarna och elva procent av flickorna som enbart går i skolan.[28]

En märklig sak i sammanhanget är att barnarbete inte alltid är relaterat till föräldrarnas inkomst: i städerna minskar barns arbete när föräldrarna blir rikare, men på landsbygden är förhållandet det omvända. Upp till en viss inkomst ökar barnarbetet när föräldrarna blir rikare.[29] Ett annat

[24] (CSA 2002).
[25] (CSA 2002).
[26] Welfare Monitoring Survey 2004. Analytical Report. Central Statistical Authority, Addis Ababa, *Statistical Bulletin 339 A*.
[27] Woldehanna & Jones, s. 260.
[28] A.a.s. 258.
[29] CSA 2002.

kanske överraskande faktum är att upp till trettio timmars arbete i veckan har en positiv effekt på skoldeltagandet, men över trettio timmars arbete har en negativ effekt.[30] Liknande observationer har gjorts i Ghana och Pakistan.[31]

Fattigdom är en viktig orsak till att barn i fattiga länder arbetar i så hög utsträckning. Men det är inte den enda orsaken. Det finns flera andra omständigheter som gör att barn och deras familjer väljer att låta barnen bidra till familjens försörjning. En stor andel av barns arbete är inte ens betalt arbete, även om arbetet i och för sig är produktivt. Generellt saknas kunskap om exakt hur familjers inkomster och barnarbete är relaterade till varandra.[32] Inte heller i Etiopiens fall finns direkta belägg för ett absolut samband mellan fattigdom, barnarbete och skoldeltagande.[33]

I den senaste undersökning av barnarbete som gjordes 2001–2002 av Etiopiens motsvarighet till Statistiska centralbyrån, Central Statistical Authority (CSA, som också är källa till uppgifterna om barns sysselsättning ovan) framkom flera olika skäl till barns förvärvsarbete. Förutom att barnets inkomst behövdes för att bidra till försörjningen angavs att arbete var en viktig del av barnets socialisationsprocess, att det fanns sociala och kulturella förväntningar att barn ska börja arbeta i tidig ålder – med arbetsuppgifter som är anpassade till barnets ålder och mognad – att även barnens arbetsinsatser behövs i familjens produktion, och att det inte finns alternativa sysselsättningar, framför allt att tillgängliga skolor med godtagbar kvalitet på utbildningen saknas.[34] Denna bild stämmer överens med resultat av liknande undersökningar i en rad olika länder.[35]

Att förstå varför, var, när och hur barnen arbetar har avgörande betydelse för vilka åtgärder som fungerar och inte fungerar för att förbättra barnens livssituation. Vissa åtgärder för att få bort barn från arbete kan

[30] Arjun Singh Bedi & Assefa Admassie, ”Attending School, Learning and Child Work in Ethiopia.” i Hindman, Hugh D. (Ed.), *The Wold of Child Labour. An Historical and Regional Survey*, s. 265.

[31] Sonia Bhalotra & Christopher Heady. ”Child farm labour: The Wealth Paradox.” *World Bank Economic Review* 17:222 (2003) s. 197–227.

[32] Michael F. C. Bourdillon, Deborah Levison, William E. Myers & Ben White, *Rights and Wrongs of Children's Work*, Rutgers University Press, New Brunswick 2010 (Bourdillon 2010), s. 86–87.

[33] A. a. och Sonia Bhalotra & Christopher Heady. ”Child farm labour: The Wealth Paradox.” *World Bank Economic Review* 17:222 (2003) s. 197–227.

[34] CSA 2002.

[35] En överblick finns i Bourdillon 2010.

vara kontraproduktiva och ibland direkt skadliga för barn. Strikt tillämpning av minimiåldrar kan skada barn som inte har några andra alternativa försörjningsmöjligheter än kriminalitet eller prostitution.[36] Det finns en relativt omfattande verksamhet med trafficking av barn från södra Etiopien till Addis Abeba där barnen blir arbetare i småindustrier eller i värsta fall hamnar i prostitution.[37]

3 Barnkonventionens barnarbetsförbud

Barnarbete under 15 år är förbjudet i internationella konventioner. Huvudstadgandet finns numera i FN:s barnkonvention, artikel 32:

1. Konventionsstaterna erkänner barnets rätt till skydd mot ekonomiskt utnyttjande och mot att utföra arbete som kan vara skadligt eller hindra barnets utbildning eller äventyra barnets hälsa eller fysiska, psykiska, andliga, moraliska eller sociala utveckling.
2. Konventionsstaterna skall vidta lagstiftningsadministrativa och sociala åtgärder samt åtgärder i upplysningssyfte för att säkerställa genomförandet av denna artikel. För detta ändamål och med beaktande av tillämpliga bestämmelser i andra internationella instrument skall konventionsstaterna särskilt (a) fastställa en miniålder eller miniåldrar som minderåriga skall ha uppnått för tillträde till arbete; (b) föreskriva en lämplig reglering av arbetstid och arbetsvillkor; (c) föreskriva lämpliga straff eller andra påföljder i syfte att säkerställa ett effektivt genomförande av denna artikel.

[36] The Harkin Bill, som antogs av kongressen i USA 1992 är ett sådant exempel. Det var ett lagförslag att förbjuda all import av varor som tillverkats av barn under 15 år. Förslaget blev aldrig lag, men ledde ändå till att textiltillverkare i Bangladesh avskedade ca 50 000 barnarbetare från fabrikerna, framför allt flickor. UNICEF spårade senare i en studie de avskedade barnen och en majoritet av dem befann sig i värre situationer än tidigare, med sämre betalt och i svårare former av arbete som i stenbrott och i prostitution. *State of the World's Children 1997*,UNICEF, s. 21–34. Ett annat liknande exempel är när British Grenada TV, *World In Action,* gjorde ett undersökande reportage om flickor mellan 12 och 15 år som arbetade i Sicome-fabriken i Mékènes, Marocco 1995, vilket ledde till massiva avskedanden. Bourdillon 2010, s. 1–5.

[37] Svenska Rädda barnen i Addis Abeba har en verksamhet tillsammans med andra organisationer för att ta hand om barn som är utsatta för trafficking, intervju med Teferi Abeba, Country Director den 3 maj 2011.

Den afrikanska stadgan för barns rättigheter och välfärd innehåller en liknande bestämmelse (artikel 15).

Både barnkonventionen och den afrikanska barnstadgan hänvisar till ILO:s konvention nr 138 om minimiålder för arbete. Konvention nr 138 föreskriver en minimiålder på 15 år, men har som målsättning att minimiåldern höjs till 16 år.[38] Formuleringen lyder ”each member … shall specify … a minimum age for admission to employment or work” (artikel 2). Konventionens första artikel förpliktar medlemsstaterna att anta en nationell politik som garanterar ett effektivt barnarbetsförbud (”the effective abolition of child labour”) och att successivt höja minimiåldern till en nivå som är förenlig med unga människors fullständiga fysiska och psykiska utveckling. I artikel 2 fastställs att minimiåldern inte får vara lägre än den ålder då obligatorisk skola slutar, dock lägst 15 år. Länder där ekonomin och utbildningsväsendet är otillräckligt utvecklade (”insufficiently developed”) får fastställa en lägre minimiålder på 14 år. Minimiåldern för farligt arbete är 18 år, och farligt arbete definieras som ”arbete som kan äventyra den unges hälsa, säkerhet eller moral” (”work … likely to jeopardise the health, safety or morals of young persons”, artikel 3). Det ställs krav på att nationella myndigheter upprättar listor på vilka typer av arbete som definieras som farligt arbete, i samarbete med representanter för fackföreningar och arbetsgivarorganisationer. Tjugosex år efter konvention nr 138 antogs en ny ILO-konvention om barnarbete, konvention nr 182 om de värsta formerna av barnarbete.[39] Konventionen tillför inga nya materiella regler om barnarbete, men säger att medlemsstaterna ska prioritera att bekämpa de värsta formerna av barnarbete: alla former av slaveri och trafficking, sexarbete, arbete inom kriminella verksamheter som droghandel, och farligt arbete som kan skada barnets hälsa, säkerhet eller moral (artikel 3). Många anser ändå att konvention nr 182 har inneburit en omsvängning från ILO:s sida.[40]

[38] Minimum Age Recommendation, No. 146, antagen av International Labour Conference, 58th session, den 26 juni 1973, http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R146 (besökt 2011-10-03).

[39] Worst forms of Child Labour Convention, No. 182, antagen av International Labour Conference, 87th session, den 17 juni 1999, http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C182 (besökt 2011-10-03).

[40] Bourdillon 2010.

4 Barnarbetsförbudet i Etiopien

Traditionellt har barn i Etiopien saknat formella rättigheter, men i den nya konstitution som antogs efter inbördeskriget 1995 ingår barns rätt till liv, rätt till utbildning och skydd från exploaterande arbete.[41] Enligt konstitutionen ska dessa och övriga fri- och rättigheter i konstitutionen tolkas i enlighet med FN:s deklarationer och konventioner om mänskliga rättigheter. Etiopien inkorporerar internationella konventioner som ratificerats, vilket betyder att konventionerna får samma status som nationell lag (artikel 9 (4)). Etiopien har ratificerat både barnkonventionen, den afrikanska barnstadgan och ILO-konventionerna nr 138 och 182.[42] Men barnkonventionens status i Etiopien har ifrågasatts av FN:s barnkommitté, som pekat på att konventionen varken översatts till de olika etiopiska språken, promulgerats genom publicering i den officiella lagsamlingen *Negarit Gazeta* eller citeras i någon utsträckning i rättsliga sammanhang.[43] I ett avgörande har nu etiopiska högsta domstolen i ett vårdnadsmål tillämpat barnkonventionen som etiopisk lag, vilket bör ge konventionen en starkare ställning.[44] Genom reformer av familjerätten år 2000, arbetsrätten 2003 och straffrätten 2005 har många av barnkonventionens stadganden transformerats till nationell lag, dock med olika grad av efterlevnad i de olika delstaterna.[45]

Reglerna om barnarbete i Etiopien finns främst i den etiopiska arbetsrätten, i Labour Proclamation från 2003.[46] I många avseenden är regleringen utformad i enlighet med de internationella konventionerna. Enligt artikel 89 är det förbjudet att anställa personer under 14 år: ”It is prohibited to employ persons under fourteen years”. Det är också förbjudet att anställ-

[41] Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, antagen den 8 december 1994, publicerad i *Negarit Gazeta*.

[42] Etiopien ratificerade konvention nr 138 1999 (http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C138,besökt 2011-10-03) och konvention nr 182 2003 (http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C182, besökt 2010-10-03). Ratificering av barnkonventionen och den afrikanska barnstadgan, se not 6.

[43] UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: Ethiopia*, 24 January 1997, CRC/C/15/Add.67, http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6af5b44.html (besökt 2011-10-02).

[44] Refererat i *Investing in boys and girls in Ethiopia. Past, present and future. Situation analysis – summary*, Unicef & Minister of Finance and Development, Draft version, November 2010 (Sitan 2010), s. 10.

[45] Sitan 2010, s. 10–11.

[46] Ethiopian Labour Proclamation 377/2003, publicerad i *Negarit Gazeta*.

la personer under 18 år för arbete som är farligt för liv och hälsa. Den ansvariga ministern ska enligt lagen lista arbete som är förbjudet. Listan ska inkludera arbete inom transportsektorn som innebär tunga lyft m.m., arbete med el, gruvarbete och arbete i avloppsrör och att gräva tunnlar. De värsta formerna av barnarbete – som de definierats av ILO i konvention nr 182 – är förbjudna enligt strafflagen från 2005 och påföljden för överträdelser är fängelse eller böter.[47] Etiopien har i samarbete med ILO antagit en nationell handlingsplan för att avskaffa de värsta formerna av barnarbete.[48] Planen utgår från att barnarbete är en konsekvens av fattigdom och att situationen delvis måste lösas genom välfärdspolitik och familjer där barnen arbetar i de värsta formerna av barnarbete behöver direkt ekonomiskt bistånd. Handlingsplanen lyfter också fram behovet av både juridiskt och psykosocialt bistånd till de barnen och att åtgärder mot de värsta formerna av barnarbete bör integreras i flera av de etiopiska sektoriella politikområdena: i hälsovårdspolitiken, HIV/AIDS-politiken, utbildningspolitiken, befolkningspolitiken och i kvinnopolitiken.[49]

Etiopien har alltså i enlighet med ILO-konventionens undantagsregel antagit en minimiålder på 14 år, men när det gäller vilket arbete som omfattas är ILO-konventionen vidare, den gäller *anställning eller arbete*: ”admisson to employment or work”, det vill säga allt arbete. Den etiopiska lagen är snävare, barnarbetsförbudet gäller enligt lydelsen endast *anställning*: ”it is prohibited to employ …”. Det överenstämmer med uppgifter från svenska Rädda barnen i Addis Abeba, där man uppgav att arbetarskyddsinspektioner aldrig gjordes på gatuarbete som t.ex. skoputsning – arbete utan formell anställning – därför att sådant arbete inte betraktas som olagligt.[50]

5 Ett barnperspektiv på barnarbete

Som framgått finns det varken några enkla förklaringar till varför barn arbetar eller några patentlösningar för att avskaffa barnarbete. I ett land som Etiopien, som trots rekordstark ekonomisk tillväxt fortfarande befinner sig bland världens fattigaste, kan rimligheten i en sådan målsättning dessutom

[47] Sitan 2010, s. 10–11.

[48] *National Action Plan on the Elimination of the worst forms of child labour 2010–2014,* Ministry for Labour and Social Affairs (MOLSA) och ILO 2009 (NAP 2009).

[49] NAP 2009.

[50] Intervju med Tefere Abebe, Country Director, Svenska Rädda barnen i Addis Abeba den 3 maj 2011.

ifrågasättas, i vart fall på kort sikt. Ska landet behålla en hög tillväxt behövs en hög andel av befolkningen i produktionen, vilket av demografiska skäl måste inkludera även barn. Jordbruket, den största produktionssektorn, liksom de flesta andra näringar är fortfarande i huvudsak inte mekaniserade utan arbetsintensiva, med många okvalificerade arbetstillfällen. Sverige har idag ca 75 % av befolkningen i arbetsför ålder, medan andelen i Etiopien är under 50 %. Innan demografin förändrats så att andelen barn i befolkningen blivit lägre och innan landet fått fram de resurser som krävs i form av form generella höjningar av välfärden, utbyggt skolväsende och lärare med adekvat utbildning, inspektionsmöjligheter och en allmän höjning av levnadsstandarden, kommer barn även fortsättningsvis att bidra till försörjningen. Eftersom de flesta former av barnarbete är förbjudna, blir konsekvensen att många miljoner etiopiska barnarbetare saknar tillgång till de elementära rättigheter och skyddsmekanismer som de vuxna arbetstagarna har tillgång till. De har inte heller tillträde till fackföreningar som kan ta tillvara deras intressen, barnarbetarna betraktas istället som ett problem och deras verksamhet som kriminell.[51]

Barnkonventionens barnarbetsförbud kan härledas rakt bakåt i tiden till den industriella revolutionen och de första arbetarskyddslagstiftningarna i Europa, vilka utgjorde basen för den gemensamma minimistandard som antogs av ILO efter första världskriget. Konventionerna bygger på tanken att det finns ett statligt finansierat och organiserat maskineri för att kontrollera efterlevnaden, att det finns allmän och gratis skolgång upp till 15 år och att barn försörjs av sina föräldrar. När ILO:s konvention 138 antogs 1973 var detta verklighet för de allra flesta barn i västvärlden. Men vad blir konsekvenserna av barnarbetsförbudet i fattiga länder som Etiopien? Barnarbetsförbudet grundas på en i många avseenden felaktig idé om att utvecklingen är densamma i den så kallade tredje världen idag som den historiska utvecklingen i västvärlden, och konsekvenserna drabbar de fattiga barnen.

Barnarbetsförbudet bygger helt och hållet på skyddstanken, att ”barn ska vara barn”, gå i skolan och inte bidra till sin egen försörjning. Men så ser inte verkligheten ut för majoriteten av världens barn. När det varken finns skola eller föräldrar som kan försörja barnen är arbete en förutsättning för

[51] För en utförlig diskussion om skadligheten eller nödvändigheten av barnarbete, se Bourdillon 2010 s. 155–179. Marianne Dahlén, ”Skadligt, nyttigt eller nödvändigt? Några tankar om barnarbete” i Anna Hollander, Rolf Nygren & Lena Olsen, *Barn och Rätt*, Iustus, Uppsala 2004.

överlevnad. Det finns ett antal kända exempel på vad som händer när fattiga länder verkställer barnarbetsförbudet efter påtryckningar från medier och politiker i västvärlden – barnen får gå från fabriksarbete till prostitution och kriminalitet, för de behöver fortfarande ha en försörjning. På så sätt är Etiopien en illustration av hur barn kommer i kläm i gapet mellan den internationella rättens definition av en skyddad och avskild barndom, och realiteten i fattiga länder: behovet av – och rätten till – att arbeta för sin försörjning. Jag menar att ett absolut barnarbetsförbud är kontraproduktivt och att det kan skada barnen istället för att skydda dem. Det kan till och med vara så att ett strikt genomfört förbud strider mot några av grundprinciperna för barnkonventionen: att se till barnets bästa i alla frågor som rör barnet (artikel 3), rätten till hälsa, överlevnad och utveckling (artikel 6) och rätten att höras och att få sina åsikter respekterade (artikel 12).

Görel Granström

Familjen och brottsoffret

För den som har blivit utsatt för ett brott anses möjligheten att få berätta om sin utsatthet, vad man varit med om, och att bli tagen på allvar, som centrala delar i brottsoffrets möte med rättsväsendet. Det har diskuterats hur offer får upprättelse; är det genom att få ekonomisk kompensation, genom att förövaren straffas eller genom att bli lyssnad på i den rättsliga processen? Möjligheten för brottsoffret att få komma till tals och berätta i en rättegång har lyfts fram som en särskilt viktig brottsofferpolitisk fråga i den internationella viktimologiska diskursen. Detta beroende på att brottsoffrets juridiska status ser mycket olika ut i olika rättstraditioner. Att brottsoffret kan vara part i målet, som är fallet i den svenska rättstraditionen när offret ses som målsägande, är relativt ovanligt. Mera vanligt är att brottsoffret hörs som vittne, med det begränsade inflytande över processen som det för med sig. Men även i den svenska kontexten, med en förhållandevis stark rättslig status för de flesta brottsoffer, finns vissa problem. Till exempel genomfördes år 2006 en reform som gav barn som bevittnar våld mellan närstående möjlighet till ekonomisk kompensation i form av brottsskadeersättning. De definieras som brottsoffer men ses inte som målsägande. De har bevittnat ett brott men anses av lagstiftaren inte själva ha blivit utsatta för brott. Man kan se reformen som en sorts kompromiss mellan en brottsofferdiskurs som lyfte fram barn som bevittnar våld som en särskilt utsatt grupp och en juridisk diskurs som inte var beredd att utöka målsägandebegreppets räckvidd. De här barnen har alltså möjlighet att få upprättelse i form av ekonomisk kompensation, men möjligheten att vara part i processen som målsägande, trots att de ses som brottsoffer, har de inte.

Den här artikeln ger en bakgrund till dagens svenska brottsofferdiskurs, med ett särskilt fokus på den framväxande regleringen av målsägandens partställning, där målsägandebegreppet och brottsofferbegreppet ibland

kommer i kollision med varandra. En sådan kollision är frågan om anhörigas ställning som målsägande. När kan en anhörig till någon som utsatts för brott ses som målsägande och få partställning, hur har reglerna förändrats och vad kan tänkas komma att ske i dessa frågor framöver?

1 En framväxande brottsofferdiskurs

Brottsofferfrågorna har under senare år fått ett allt större utrymme i den svenska samhällsdebatten. Det finns en politisk vilja att genom lagstiftning tydliggöra samhällets ansvar för att brottsoffer ska få rätt till hjälp, stöd och upprättelse.[1] Frågan om vilka behov brottsoffer har och vilka rättigheter de ska kunna hävda i sitt möte med rättsväsendet har lett till åtskilliga lagstiftningsreformer i Sverige, exempelvis rätten till juridiskt stöd i rättsprocessen i form av lagen om målsägandebiträde, rätten till stödperson, förändrade regler angående kränkningsersättning och ett förtydligande av socialtjänstens ansvar för brottsoffer.[2] Det kan konstateras att brottsofferfrågan kommit allt mer i fokus de senaste 30 åren och att brottsoffers rättigheter stärkts. Samtidigt varnas i olika sammanhang för negativa effekter, att de senaste årens fokus på brottsofferfrågor fått som konsekvens en ökad kriminalisering, straffskärpning och utvidgning av användandet av straffprocessuella tvångsmedel. Det diskuteras också om denna utveckling kan leda till att rättsstatliga principer som rättssäkerhet för den misstänkte kan komma att få stå tillbaka genom att brottsoffrets rättigheter ställs mot gärningspersonens.[3]

Lagreformerna har stöd både hos den allmänna opinionen och inom den viktimologiska forskningen, som länge fokuserade sina insatser på att definiera vilka brottsoffergrupper som är särskilt utsatta och vilka stöd-

[1] Åkerström, Malin och Sahlin, Inger (red.), *Det motspänstiga offret,* Lund 2001.

[2] Se t.ex. Ljungwald, Carina, Brottsoffret – en trojansk häst i den svenska socialtjänstlagen, i Lernestedt, Claes och Tham, Henrik (red.), *Brottsoffret och kriminalpolitiken,* Stockholm 2011, Mannelqvist, Ruth, Brottsoffers möjlighet till upprättelse och kompensation vid kränkning, *Juridisk Tidskrift* 2005/06 s. 790–808, Lindgren, Magnus, *Brottsoffer i rättsprocessen. Om ideala brottsoffer och goda myndigheter,* Stockholm, 2004, Persson, Åsa, *De politiska partiernas rättspolitik,* Uppsala 2004.

[3] Träskman, Per Ole, Brottsoffrets roll i brottmålsrättegången, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2009 s. 262–276, Tham, Henrik, Brottsoffret, kriminalpolitiken och kriminologin, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2006 s. 147–159, Tham, Henrik, Brottsoffrets uppkomst och framtid, i Åkerström, Malin och Sahlin, Ingrid (red.) *Det motspänstiga offret*, Lund, 2001.

behov de har. På senare tid har dock fokus i forskningen skiftat. Nu ses istället en rörelse mot att lyfta upp frågor om behov och intressen som är gemensamma för olika brottsoffergrupper, oavsett sårbarhet och utsatthet.[4] Med utgångspunkt i teorin om det ideala offret, dvs. att det finns en föreställning om hur ett offer bör uppträda för att få legitimitet i samhällets ögon och status som brottsoffer, och den kritik som teorin mött, kan frågan om brottsoffrets ställning i straffprocessen problematiseras. Detta särskilt när dessa frågor om föreställningar om offer kopplas till en internationell diskurs om brottsoffrets delaktighet och utrymmet för känslor i rättssalen, om ilska som drivkraft för en omvärdering av offeridentitet och om hur tillit till rättsliga institutioner kan upprätthållas.[5]

I en internationell kontext har en av kärnfrågorna handlat om brottsoffers rättsliga ställning i straffprocessen.[6] Detta beror på att brottsoffret i många rättstraditioner enbart har rollen av ett vittne i rättsprocessen och därför mycket begränsade möjligheter att vara aktiv. Därför har brottsoffers rätt att komma till tals i rättegången setts som en central fråga för brottsofferrörelser i olika länder. Detta har också lett till införandet av s.k. victim impact statements i rättsprocessen, dvs. att brottsoffret ges möjlighet att skriftligt eller muntligt berätta för rätten om sin utsatthet som brottsoffer.[7] Reformen har varit kontroversiell, motståndarna har pekat på risken att brottsoffret på ett otillbörligt sätt påverkar dömandet genom känslofyllda uttalanden som kan vara svåra för domare att stå emot. Det har också anförts att brottsoffrets framflyttade position riskerar att leda till krav på strängare straff. Förespråkarna pekar istället på att detta är ett

[4] Goodey, Jo, *Victims and Victimology. Research, Policy and Practice*, Essex 2005, Lindgren, Magnus m.fl., (red.) *Utsatta och sårbara brottsoffer,* Stockholm 2004, Nilsson, Bo, *Brottsoffer: offerskapets innebörder och villkor i (o)säkerhetens kultur,* Umeå 2003.

[5] Schuster, Mary Lay och Propen, Amy, Degrees of Emotion: Judicial Responses to Victim Impact Statements, *Law, Culture and the Humanities*, 2010, 6:75–104, van Dijk, Jan, Free the Victim: A Critique of the Western Conception of Victimhood, *The International Review of Victimology,* 2009 vol. 16. 1–33, Christie, Niels, The Ideal Victim, i Fattah, Ezzat, (ed.), *From Crime Policy to Victim Policy. Reorienting the Justice System*, MacMillan 1986.

[6] Walklate, Sandra, *Imagining the Victim of Crime*, Maidenhead 2007, Spalek, Basia, *Crime Victims. Theory, Policy and Practice*, Basingstoke 2005, Erez, Edna and Rogers, Linda, Victim Impact Statements and Sentencing Outcomes and Processes, *British Journal of Criminology*, vol. 39, no. 2 1999 p. 216–239.

[7] Wallace, Harvey, *Victimology. Legal, Psychological, and Social Perspectives*, Pearson Education 2007.

sätt för brottsoffer att berätta om vad de utsatts för, och för såväl förövare som domstolens ledamöter att se vilka konsekvenser ett brott kan få.[8]

I Sverige kan brottsoffret bli part i målet om han eller hon ses som målsägande, dvs. enligt de processrättsliga reglerna är att definiera som ”den, mot vilket brott är begånget eller som därav blivit förnärmad eller lidit skada.”[9] Brottsoffret kan då genom att biträda åklagarens talan eller yrka på skadestånd få partställning, vilket innebär möjlighet att själv ställa frågor till den tilltalade under rättegången, lägga fram bevisning samt tala till rättens ledamöter.[10]

2 Målsägandebegreppets historik

Den historiska beskrivningen av målsägandens rättsliga ställning i en svensk kontext tar sin utgångspunkt i ett medeltida samhälle där straffrättsliga sanktioner var en fråga mellan parterna, dvs. mellan offer och förövare. Offret ansvarade då för att driva frågan och hade en rätt och en skyldighet att se till att förövaren ställdes inför rätta.[11] Denna plikt var kopplad till föreställningar om ära och vedergällning och sågs som en naturlig rätt för offret. Detta förändrades över tid och statens ansvar för processen blev allt tydligare, samtidigt som såväl offer som förövare kom i skymundan. Utvecklingen har beskrivits som att staten i slutändan stal konflikten från parterna.[12] Numera är det polis och åklagare som ansvarar för utredningen och för att driva saken till rättegång och såväl målsägande som den anklagade kan ses som något mer marginaliserade.

I forskningen har det beskrivits att i den medeltida rätten framstod frågan om vem som var målsäganden som självklar och en mer allmän definition fanns inte. Däremot kunde det av själva lagreglerna emellanåt

[8] Dignan, James, *Understanding Victims and Restorative Justice*, Maidenhead 2005.

[9] Rättegångsbalken 20 kap. 8 § 4 st.

[10] Heuman, Lars, *Målsägande*, Stockholm 1973 s. 61.

[11] Lindstedt Cronberg, Marie, Från målsägare till brottsoffer. Målsägarrätten i ett historiskt perspektiv, i Bergenlöv, Eva, Lindstedt Cronberg, Marie och Österberg, Eva, (red.) *Offer för brott. Våldtäkt, incest och barnamord i Sveriges historia från reformationen till nutid*. Lund 2002, Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, 3:e omarbetade upplagan, Stockholm 1968.

[12] Christie, Niels, Conflict as Property, *British Journal of Criminology*, Vol. 17, No. 1 1977 p. 1–15.

framgå vem som ansågs ha ställning av målsägande.[13] Inte heller i 1734 års lag finns en definition av begreppet. Däremot var plikten för målsägande att ange allvarliga brott tydligt uttryckt i Straffbalken som i 1 kap. 1 § stadgade att ”Lifssaker, och andra grofva missgierningar, skola utan upskof för Rätta angifvas. Giör målsäganden thet ej, utan lägger them neder; böte tjugu daler, eller mera …”

I förslaget till Allmän Criminallag år 1832 återfinns för första gången en legaldefinition av begreppet målsägande i form av en beskrivning av begreppet som det uppfattades i praxis.[14] I förslaget till rättegångsbalk, 2 kap. 8 § stadgades att ”Enskild målsägande är den, mot hwilken brottet begånget är, eller som deraf eljest förnärmad blifwit eller skada lidit; så ock den, som för den förnärmade eller skadade målsmannarätt äger.” Lagkommittén förslag innehöll omfattande motiv, men när det gäller stadgandet som definierar målsägande är motiven tyvärr sparsmakade. Det sägs bara, ”Jemte det man ansett nödigt att bestämdt utmärka, hwad som förstås med benämningen af en enskild målsägande” i samband med en förklaring till varför vissa grövre brott, som inte hörde under allmänt åtal, efter angivelse av målsäganden kunde åtalas av det allmänna.[15]

1832 års förslag ledde inte till någon lagreform, utan istället tillsattes en lagberedning som år 1844 presenterade ett förslag till straffbalk. I förslagets 8 kapitel som reglerade skadestånd, stadgades i 9 § att ”Målsägande är den, mot hwilken brott begånget är, eller som deraf förnärmad blifwit eller skada lidit; så ock den, som för den förnärmade eller skadade målsmannarätt äger eller eljest satt är att talan föra.” Lagberedningen motiverade placeringen av den processrättsliga bestämmelsen i straffbalken på följande sätt:

> ”Då Beredningen ansett det böra tydligen bestämmas, hwem som skall anses för målsägande i brottmål, har det funnits mest passande att i slutet av detta kapitel införa ett ur förslaget till Rättegångsbalk, senare delen, 2 kap. 8 §, hemtat stadgande i detta ämne.”[16]

[13] Björling, Carl G. E., *Om bötesstraffet i den svenska medeltidsrätten*, Lund 1893 s. 47.
[14] Heuman 1973 s. 34. För en beskrivning av 1832 års förslag till Allmän criminallag, se t.ex. Häthén, Christian, *Straffvetenskap och kriminalpolitik. De europeiska straffteorierna och deras betydelse för svensk strafflagstiftning 1906–1931. Tre studier*. Lund 1990, s. 194 ff. och Agge, Ivar, *Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Första häftet*, Stockholm 1967.
[15] Förslag till Allmän criminallag, 2 uppl. 1839, Motiv s. 102.
[16] Förslag till Straffbalk, Motiver, 1844 s. 19.

Några år senare, i 1849 års förslag till rättegångsbalk, återfinns stadgandet om målsägande i förslagets senare del, i kapitel 2 som reglerade upptäckande och åtal av brott.[17] Detta motiverades på följande sätt:

> ”Ehuru i 8 kap. 9 § af nya förslaget till Straffbalk influtit bestämmelse hwad med målsägande förstås, har dock Beredningen trott denna bestämmelse, som egentligen tillhörer Rättegångsbalken och derifrån bliwit öfwerförd till Straffbalken, af anledning att förslaget dertill afgafs särskildt, destoheldre böra här förekomma, som den i Straffbalken enbart afser rättigheten till skadestånd, men ej de flera förhållanden, hwarpå den jemwäl skall lämpas, såsom målsägandens rätt att sjelf åtala brott samt allt hwad som angår sättet och willkoren för en sådan talans utförande. Beredningen har således bibehållit 8 § i förewarande kapitel, dock med förändring af dess redaktion till likstämmighet med den motsvarande § i Straffbalken, hwilken framdeles torde kunna utbytas mot hänvisning till den här intagna.”[18]

Slutligen, i 1864 års strafflag, återfinns bestämmelsen återigen i kapitlet om skadestånd. Först när brottsbalken trädde i kraft flyttades definitionen till rättegångsbalkens 20 kapitel 8 §.[19] Olivecrona menar att den tanke som låg bakom definitionen av målsäganden i 1864 års strafflag går tillbaka på vedergällningsläran. En naturlig rätt att kräva vedergällning tillkommer den som blivit kränkt genom ett brott och egentligen avses den vars vedergällningsbegär är berättigat enligt vissa förutsatta principer av naturrättslig grund.[20]

3 Målsägandens åtalsrätt

Målsägandens åtalsrätt har beskrivits som något som är djupt förankrad i den svenska rättstraditionen.[21] Från att ha varit något som var målsägandens sak att bestämma över, att reagera på en kränkning och utkräva hämnd för att upprätthålla sin ära, skedde utvecklingen mot ett rättssamhälle genom att målsäganden anmodades att låta tinget hantera konflikten. Målsäganden var under medeltiden den huvudsakliga åklagaren och även i 1734 års lag var målsägandens åtalsrätt den primära och det allmänna åtalet subsidiärt, även om den praktiska tillämpningen antagligen såg annorlunda

[17] Förslag till Rättegångsbalk, 1849 s. 112.
[18] Förslag till Rättegångsbalk, Nya motiver, 1849 s. 61.
[19] Olivecrona 1968 s. 71.
[20] Olivecrona 1968 s. 79.
[21] Olivecrona 1968 s. 68 f.

ut redan under 1700-talet. Det fanns också, som konstaterats ovan, i 1734 års lag en åtalsplikt för målsäganden vid grova brott. Om målsäganden lät bli att åtala kunde han straffas med böter.[22] I 1864 års strafflag slogs dock fast att den allmänna åtalsrätten skulle vara primär även om det enskilda åtalet formellt var likställt med det offentliga, men genom rättegångsbalkens ikraftträdande ändrades detta och den enskilda åtalsrätten blev subsidiär till den allmänna.[23]

Att den enskilda åtalsrätten fortfarande finns kvar i rättegångsbalken, även om dess betydelse i praktiken är ytterst marginell, har beskrivits som beroende av två faktorer. Den ena bygger på tradition, och tolkningen handlar om att gamla rättsåskådningar fortfarande lever kvar. Det skulle ses som främmande för det allmänna rättsmedvetandet att inte ha möjlighet att genom enskilt åtal reagera mot brottsliga handlingar. Den andra faktorn handlar om att det enskilda åtalet fyller en kontrollfunktion, ett verktyg att ta till om den offentliga åklagarmyndigheten inte sköter sina åtaganden.[24]

3.1 En rättighet av högst personlig natur

Målsäganden är således, enligt rättegångsbalkens 20 kap. 8 § 4 st. den mot vilken brott är begånget eller som därav blivit förnärmad eller lidit skada. Heuman har beskrivit de tre olika rättsfakta som konstituerar målsäganderätten som att de till sin innebörd är vaga och mångtydiga.[25] Ekelöf instämmer i kritiken och betecknar den juridiska konstruktion som tillämpningen av lagrummet utgår från – att det för varje straffstadgande finns ett bestämt skyddsintresse vilket utgör angreppsobjektet för brottet – som att den har ett ”påfallande drag av godtycklighet”.[26] Definitionen har konstaterats omfatta en rätt snäv krets av personer, och målsäganderätten är också en rättighet av personlig natur som inte kan överlåtas eller gå i arv. Exempelvis omfattar definitionen av målsägande inte anhöriga till den som dödats på grund av brott. Denna snäva tolkning av målsägandebegreppet avseende rätten för anhöriga att föra talan kritiserades redan på 1930-talet av Hassler som beskrev situationen som att

[22] Ekelöf, Per Olof, *Rättegång. Andra häftet,* Åttonde upplagan, Stockholm, 1996 s. 59. Se även Straffbalken 1 kap. 1 § i 1734 års lag.
[23] Olivecrona 1968 s. 69. Ekelöf 1996 s. 59.
[24] Olivecrona 1968 s. 70, Ekelöf 1996 s. 61 ff.
[25] Heuman 1973 s. 33.
[26] Ekelöf 1996 s. 67.

”en praxis, som ej vill ge fader eller moder till genom brott dödad person rätt att föra ansvarstalan för brottet knappast överensstämmer med den allmänna rättsuppfattningen i Sverige.” Samt att

> ”Argumentet att de statliga åklagarmyndigheterna ha att ex officio tillvarataga det allmänna intresset att rättvisa skipas i sådana maktpåliggande fall kan icke äga tillräcklig tyngd i ett land, där gemene man sedan urminnes tid varit van att själv få beivra brott varigenom han lidit förnärmelse eller skada. Praxis i fråga om målsäganderätt vid dödande går ej väl ihop med den vidsträckta enskilda åtalsrätten i vår rättsordning.”[27]

Den här tolkningen i praxis av målsägandebegreppet innebar, ända fram till processreformen år 1942, att anhöriga hade en mycket marginaliserad ställning. Det beskrevs, enligt Ekelöf, i den politiska debatten som att svensk rätt präglades av principen att det gick att föra ansvarstalan mot den som dödade ens hund, men inte mot den som dödade ens son.[28]

I rättegångsbalken finns numera stadganden som ger anhöriga samma rätt som målsäganden, i vissa fall, och som ger dem möjlighet att ange brott och föra ansvarstalan. Det handlar framför allt om fall där någon dödats genom brott och där hans eller hennes anhöriga får partiell målsägandeställning, dvs. de får samma rätt som målsägande men de ska inte betecknas som målsägande.[29] Detta förklaras genom att det är den som dödats som utsatts för brott och som därför är målsägande, men att just då någon dödats genom brott kan anhöriga känna behov av att medverka till brottets beivrande. Även i de fall där en målsägande avlider efter det att han eller hon utsatts för brott kan de anhöriga få partiell målsägandeställning.[30] De anhöriga som avses är de som Olivecrona kallar ”den trängre familjekretsen”, dvs. efterlevande make, barn, föräldrar och syskon.[31] Diesen har dock konstaterat att målsäganderätt vid offrets död genom brott endast tillkommer ”efterlevande” och inte sambor, sam-

[27] Hassler, Åke, Ett spörsmål om målsäganderätt, i *Festskrift för Otto Hjalmar Granfelt*, Helsingfors 1934 s. 77 f.

[28] Se Ekelöf 1996 s. 70 som där hänvisar till en motion i andra kammaren från 1935, Motion, AK, nr 32 s. 1.

[29] Rättegångsbalken 20 kap. 13 § 1 st. Se också Olivecrona 1968 s. 91. Ekelöf 1996 s. 69 f.

[30] Rättegångsbalken 20 kap. 13 § 2 st.

[31] Olivecrona 1968 s. 92. Det ska dock konstateras att barn och efterlevande partner till den som dödats genom brott oftast är att anse som målsägande i enlighet med 20 kap. 8 § 4 st.

tidigt som skadeståndslagen endast ger personer som stod den avlidne särskilt nära skadeståndsrätt. Han menar att detta kan innebära att ett efterlevande syskon kan ha målsäganderätt men inte skadeståndsrätt och en sambo skadeståndsrätt med inte målsägandeställning.[32]

3.2 Varför är målsäganderätt eftersträvansvärd?

Om målsäganden biträder åtalet eller för talan om enskilt anspråk har han eller hon partställning, men även om talan inte förs har målsäganden en annan ställning än den som inte är målsägande. Exempelvis kallas målsäganden till personlig inställelse vid förhandlingen och får inte höras som vittne.[33] Även om målsäganden inte för talan kan denne ha intresse av att få tillfälle att yttra sig. Målsäganden hörs på ett tidigt stadium av huvudförhandlingen, mellan åklagarens sakframställan och förhöret med den tilltalade. Målsäganden får även lägga fram bevisning, ställa frågor till den tilltalade och vittnen samt plädera i målet.[34]

Målsägandepositionen ger således brottsoffret en bättre rätt att hävda sina intressen i rättsprocessen. Positionen innebär partställning, den ger närvarorätt och talerätt. Under senare år har målsäganden även fått rätt till bistånd i processen genom rättsliga reformer som rätt till målsägandebiträde, dvs. juridisk bistånd bekostat av staten, samt rätt att ta med sig en stödperson. Skulle inte ett målsägandebiträde utses, har målsäganden ändå rätt till bistånd av åklagaren genom att denne har en skyldighet att föra skadeståndstalan för målsäganden. Sammanfattningsvis har ett brottsoffer som kvalificerar sig som målsägande större utsikter, i alla fall teoretiskt sett, till upprättelse genom rättsprocessen.

4 Avslutning

I de flesta rättstraditioner ses brottsoffret oftast endast som ett vittne i processen och är alltså inte part i målet. Detta har lett till krav på reformer och vissa har också genomförts, exempelvis införandet av s.k. victim impact statements (eller victim personal statements). Ett victim impact statement ger offret en möjlighet att presentera en redogörelse för vad

[32] Diesen, Christian, Målsägande? i Kleineman, Jan m.fl. (red.) *Festskrift till Lars Heuman*, Stockholm 2008 s. 120 f.
[33] Olivecrona 1968 s. 71 och 88.
[34] Heuman 1973 s. 61.

brottet har inneburit för honom eller henne. Detta sker oftast genom att redogörelsen skrivs ned och sedan läses upp inför rätten, antingen av offret själv eller av en funktionär i rätten. Redogörelsen kan handla om vilka fysiska och psykiska konsekvenser som utsattheten för brott har medfört för offret.[35] Syftet med dessa reformer, som i de flesta fall genomförs på grund av krav från brottsofferrörelser i de aktuella länderna, är att visa att utöver den brottsliga handlingen och de konsekvenser den får för samhället i stort så finns ett brottsoffer och han eller hon bör få en möjlighet att berätta om sin utsatthet, både vad gäller ekonomiska och känslomässiga konsekvenser. Införandet av victim impact statements har dock uppfattats som kontroversiellt. Kritiker har menat att syftet med straffprocessen, och dess adversatoriska grund, riskeras om brottsoffret får en mer framträdande roll. Det anses också finnas en risk för en ökad polarisering mellan offer och anklagad och att brottsoffrets i sig berättigade krav att bli hörd kan leda till krav på strängare straff för förövaren. Det har också diskuterats hur känslouttryck egentligen ska hanteras i rättssalen och om det finns en risk att berättigade krav på domarens objektivitet och neutralitet hotas om alltför mycket fokus placeras på brottsoffrets upplevelser. Å andra sidan har forskningen visat att det faktiska inflytandet av dessa redogörelser från brottsoffrets sida har en marginell påverkan på exempelvis domstolens val av påföljd.[36]

I Sverige har möjligheten för målsäganden att ta till orda inför rätten historiskt sett sällan utnyttjats, men år 1999, under den s.k. Malexanderrättegången, inträdde en förändring. Sambon till en av de dödade poliserna ställde sig då upp i rättssalen och höll ett anförande riktat till de tilltalade där hon berättade om hur hon och övriga anhöriga hade påverkats av det som hade skett. Hon avslutade sitt anförande med att vända sig direkt till de tilltalade och säga att hon hoppades att de skulle få livstids fängelse och att någon skulle slänga bort nyckeln.[37] Malexanderrättegången gav upphov till en diskussion om det inträffade var en nyordning i den svenska processen. Det här exemplet har sedan följts av andra, där anhöriga till offer getts utrymme att tilltala rättens ledamöter, exempelvis Engla-fallet

[35] Roberts, J. V. and Edgar, A., Victim Impact Statements at Sentencing: Perceptions of the Judiciary in Canada, *International Journal of Victimology*, Vol. 1 No. 4, 128–138, Wolhuter, Lorraine, Olley, Neil, Denham, David, *Victimology: Victimisation and Victims' Rights*, London 2009.

[36] Dignan 2005.

[37] Brå Apropå nr 2/2009. Utblick Holland. Brottsoffrens roll i rättssalen under förändring.

och Arboga-fallet, där det i båda rättegångarna handlade om mödrar till mördade barn som tog till orda. I debatten som följde på dessa händelser har som ett argument framförts, precis som i den internationella debatten, att tydligare fokus på brottsoffret kan leda till krav på strängare straff.[38] Och även i den svenska debatten lyftes frågan om att en sådan utveckling inte heller står i överensstämmelse med den ideologiska grunden för straffprocessen, utan att rättegången är en fråga om en konflikt mellan staten och den misstänkte. Det fanns å andra sidan även uppfattningar i debatten som gick ut på att det som hände under Malexanderrättegången var ett framsteg för brottsoffer och början på en positiv utveckling där offret kunde ges en tydligare roll i rättegången.[39]

Frågan är då om de ovan givna exemplen kan ses som ett trendbrott i den svenska straffprocessen. Det kan diskuteras om det numera finns ett större utrymme för målsäganden och för de som i vissa situationer likställs med målsägande, t.ex. för brottsoffers familj, att rent konkret komma till tals i rättssalen. En intressant fråga är om influenser kan tänkas komma från andra rättstraditioner, dvs. har den svenska straffprocessen tagit intryck av den internationella brottsofferdiskursen, eller handlar det istället om ett utflöde av den historiskt starka ställning som målsäganden haft i den svenska rättstraditionen, och att detta tar sig uttryck inte bara i teoretisk talerätt utan också i rent praktiska uttalanden inför rätta, också i form av att försöka påverka domstolens val av påföljd. Och frågan som inställer sig är då; är detta en positiv eller negativ utveckling?

[38] Bjereld, Ulf och Demker, Marie, De sörjande får inte bli domare i *Dagens Nyheter* Debatt 22 januari 2000.

[39] Brå Apropå 2000. Malexanderrättegången milstolpe för brottsoffren.

Christian Häthén

Prygel, hunger och mörker

De affliktiva straffen i svensk civil och militär strafflag under reformperioden 1901–1914

1 Inledning

I avhandlingen ”Disciplin, kritikrätt och rättssäkerhet” från 1977 behandlade Rolf Nygren vid flera tillfällen kopplingen mellan reformen av den svenska militärstraffrätten i början av 1900-talet och reformen av den civila strafflagen under samma period.[1] Den militära straffrätten hade sedan länge reglerats i en särskild lag, men införandet av den allmänna värnplikten innebar att den militära straffrätten krävde en modernisering.

Reformen av krigsstrafflagen påbörjades 1901. Ett första kommittéförslag presenterades1905[2] och efter en del politiskt bråk och en del kompromissande kunde en ny strafflag för krigsmakten antas 1914. Samtidigt som den militära strafflagreformen pågick gick också arbetet med att reformera den civila strafflagen in i ett mera intensivt skede.

Det är inte orimligt att det förekom kontakter mellan de kommittéer som arbetade med lagförslagen och att dessa kontakter påverkade förslagens lydelser. Nygrens referenser till kopplingar mellan de båda reformverksamheterna är därför intressant. Frågan är desto mera intressant eftersom den sätter ljuset på ett större problemkomplex. Man kan formulera problemet på följande sätt. Kan man finna förbindelser mellan

[1] Exempelvis Nygren, Rolf: *Disciplin, kritikrätt och rättssäkerhet. Studier kring militieombudsmannaämbetets (MO) doktrin- och tillkomsthistoria 1901–1915.* Uppsala 1977. [Nygren 1977], s. 85

[2] Betänkande och förslag afgifna af den af Kungl. Maj:t den 1 april 1901 tillsatta kommitté för revision af strafflagen för krigsmakten och förordningen om krigsdomstolar och rättegången därstädes. Stockholm 1905 [Betänkande och förslag 1905]

omarbetningar och reformer av de båda straffrättsområdena? Föregick reformer av den militära straffrätten reformer på den civila straffrättens område? Kan rättshistoriska undersökningar visa på dessa kopplingar, och ifall de nu låter sig avslöjas, på vilka straffrättsliga områden var influenserna tydligast?

Dessa generella frågor visar att frågeställningen är komplex och att undersökningar som kan ge svar på frågorna måste bli omfattande. Formatet på denna text förutsätter dock att vi koncentrerar undersökningen till ett begränsat område. Det område där kopplingarna torde vara möjliga att belägga eller vederlägga är utformningen av strafformer och straffverkställighet.

Synen på rättssäkerhet, likabehandling, proportionalitet mellan brott och straff samt humanitet i straffverkställigheten var alla områden som hade högsta relevans för både den militära och civila straffrättsreformen. Inom den militära straffrätten betonades vidare effektivitet som en viktig faktor för utformningen av straffsystemet. Även avseende reformen av den civila straffrätten förekom diskussioner och debattinlägg som önskade en större effektivitet. Då Johan Thyrén 1909 fick uppdraget att föreslå reformer av bötesomvandlingen var rättssäkerhet och effektivitet viktiga utgångspunkter för hans arbete.

Effektivitetsfrågan för oss in på ett särskilt område av straffverkställigheten, nämligen de affliktiva straffen och deras roll i straffsystemet. Debatten kring affliktiva moment i straffverkställigheten var livlig under slutet av 1800-talet och början på 1900-talet. I denna text skall vi undersöka hur frågan om affliktiva straff behandlades inom de två reformområdena.

Generellt brukar man använda uttrycket affliktiva straff när det gäller olika former av prygel- eller risslitningsstraff. Sådana straff kunde visserligen i enstaka särskilt brutala fall ge livshotande skador men de var i första hand plågsamma och vanärande. Straffen hade således också en skamaspekt. Denna aspekt skall vi återkomma till. De ansågs dock, inom den europeiska rättskulturen, sedan många århundraden som kostnadseffektiva och effektiva som avskräckning. De ansågs lämpliga både för civila och militära behov. I svensk straffrätt avskaffades de inom det civila straffsystemet genom reformer av Missgärningsbalken under 1850-talet. De ersattes huvudsakligen med fängelse på vatten och bröd.

Förutom prygelstraffet ansågs under 1800-talet också olika former av skärpningar av straffverkställigheten som ”affliktiva”. Vatten och brödstraffet måste ses såsom ett sådant affliktivt straff. Då cellstraffet blivit den huvudsakliga fängelsestraffsformen infördes också olika former av skärp-

ningar av verkställigheten. De kom till användning både som allmänna skärpningar men också som disciplinåtgärder för fångar som begick förseelser inom fängelset under strafftiden. Dessa straffskärpningar kunde vara kostinskränkningar, hårt nattläges eller mörk cell.

Inom den militära straffrätten förekom straffskärpningar inom verkställigheten av det som kallades disciplinstraff. Det gällde speciellt den för manskap förbehållna strafftypen ”sträng arrest”, men hårt nattläger kunde komma ifråga även vid strafftypen ”vaktarrest”, en annars lindrigare påföljd.

Här finns således en tydlig och intressant parallell mellan reformområdena och det är inom detta område som Nygren pekar på de ovan nämnda intressanta kopplingarna och komplikationerna.

Denna text kommer således att behandla en speciell aspekt av eventuella kopplingar mellan civil och militär strafflagsreform, de affliktiva straffen. Som ovan nämnts är dock området komplext och det finns också andra viktiga områden där reformerna stötte på parallella problem. Processystemets utformning både inom den civila och inom den militära straffrätten var ett sådant område. Politiska konflikter kring utformningen av det militära rättegångssystemet kom att försvåra och försena reformen av krigsstrafflagen under 1910-talet. Under 1920- och 1930-talen återkom ofta klagomål över att den nödvändiga och planerade rättegångsreformen dröjde och på så sätt försvårade reformen av den civila straffrätten. I diskursen framkom att en moderniserad strafflag krävde en annan struktur på straffprocessen. Helt kort kan man konstatera att genomförandet av rättegångsreformen 1942–1948 var en viktig bidragande orsak till att arbetet med strafflagsreformen kunde slutföras under sent 1940- och 1950-tal och efter riksdagsbeslut 1962 mynna ut i 1965 års brottsbalk.

För att kunna göra en jämförelse inleds texten med en kort presentation av reformverksamheten inom de båda områdena under 1800-tal och fram till 1910-talet. Jämförelsen bygger därefter på studiet av några arenor där straffreformdiskursen bedrevs.

2 Reformen av den svenska krigslagstiftningen och den civila straffrätten

2.1 Den militära straffrätten

I RF 1809 delade Riksdagen och Kungl. Maj:t på lagstiftningsmakten, men det omfattande område som berörde förvaltningen låg uteslutande under Kungl. Maj:ts ensamma normgivning. Det rådde redan tidigt oklarhet om också den militära lagstiftningen skulle delas, men den militära straffrätten kom under större delen av 1800-talet att ligga under Kungl. Maj:ts egen normgivningsmakt. Först 1880 och 1882 togs beslut som ändrade regeringsformen så att strafflag för krigsmakten i fortsättningen skulle tillhöra det gemensamma lagstiftningsområdet.

Under hela 1800-talet hölls således det militära straffrättsområdet utanför det civila reformarbetet. Det tillsattes dock en krigslagskommitté 1822 som 1826 presenterade ett förslag till krigslag innehållande straffregler.[3] Förslaget ledde dock inte till ett kungligt beslut utan istället tillsattes en ny krigslagskommitté 1846. Resultatet från den kommittén var magert och den upplöstes 1856 och ersattes samma år av en ny kommitté. Denna senare kommitté fick speciellt i uppdrag att granska vad som kallades den extrajudiciella bestraffningen och 1859 promulgerades en ordningsstadga som reglerade prygel, mörk arrest och inskränkt kost.[4]

En ny utredning tillsattes 1863 och den fick till uppgift att granska ett utkast till ny strafflag för krigsmakten som hade arbetats fram inom justitiedepartementet. Resultatet av kommitténs arbete blev *1868 års Strafflag för krigsmakten, KF ang krigsdomstolar samt Disciplinstadgan*. Förarbetena tyder på att man hade försökt harmoniera reglerna med den civila strafflagen, men de militära reglerna kom på viktiga punkter att avvika från de civila. Speciellt gällde detta på straffartsområdet.

Då det låg ett vilande grundlagsförslag efter beslutet 1880 kunde Kungl. Maj:t utnyttja sin exklusiva normgivningsmakt och 1881 infördes genom kungligt beslut en omarbetad version av strafflagen för krigsmakten samt, vilket blev viktigt för den fortsatta utvecklingen, en ny disciplinstadga. Genom de nya reglerna avskaffades vatten och brödstraffet

[3] Nygren, Rolf, *Subordination och enskild integritet. Studier kring ett militärt rättssäkerhetskomplex.* Skrifter utgivna av institutet för rättshistorisk forskning grundat av Gustav och Carin Olin. Rättshistoriskt bibliotek, 33 bd. Lund 1981[Nygren, 1981], s. 112.

[4] Nygren 1981, s. 164.

huvudsakligen och ersattes med mildare former av arreststraffet. Eftersom disciplinstadgan inte var en del av strafflagen för krigsmakten behöll Kungl. Maj:t sin normgivningskompetens inom disciplinmålens område.

Då den allmänna värnplikten utökades 1901 lades det fram flera motioner i riksdagen med krav på en revision av krigslagarna. Man önskade också att flytta över disciplinstadgans regler till den egentliga krigsstrafflagen för att på så sätt få den militära strafflagen i bättre överensstämmelse med den allmänna (civila) strafflagen.[5] Riksdagen formulerade sina önskemål på följande sätt:

> ”dels huruvida icke – med iakttagande såväl däraf, att ifrågavarande lagstiftning, såsom utgörande en undantagslagstiftning, icke borde undanträngа eller afvika från den allmänna lagstiftningen i andra fall, än där detta med nödvändighet af krigsmaktens ändamål påkallades, vare sig i fråga om de personer, som ställdes under krigslag, eller i fråga om brott och straff, och att hithörande bestämmelser erhölle nödig tydlighet och bestämdhet, som ock däraf, att de stadganden, som kunde finnas erfoderliga i krigstid, icke i större utsträckning, än förhållandena påfordrade, erhölle tillämpning jämväl under fredstid – de i den särskilda strafflagstiftningen för krigsmakten förekommande afvikelser från den allmänna strafflagen måtte i vissa hänseenden kunna bortfalla eller i större mån, än nu vore fallet begränsas;”[6]

Kungl. Maj:t tillsatte samma år en kommitté som fick i uppdrag att omarbeta krigslagarna efter de nya förhållanden som värnplikten skapade. Kommittén lämnade sitt förslag till ny strafflag för krigsmakten 1905.

1908 presenterade Arvid Lindmans högerregering en proposition vilken huvudsakligen grundades på kommittéförslaget från 1905, men riksdagen prövade inte förslaget eftersom det saknade nya processregler. Förslaget remitterades i ett komplicerat mönster under de följande åren till olika remiss- och beredningsgrupper och en kompromiss arbetades gradvis fram.[7] Ett omarbetat förslag lades fram till riksdagen 1914. Propositionen föreslog bl.a. att den svåraste formen av disciplinstraff avskaffades.[8] Förslaget antogs efter sammanjämkning av riksdagen i oktober 1914 och riksdagsbehandlingen innebar att disciplinstraffet i dess strängaste affliktiva form återkom i lagtexten.

[5] Riksdagens skrivelse 1901:121, s. 14.
[6] Betänkande och förslag 1905, Motiv, s. 4.
[7] Nygren 1977, s. 204 ff.
[8] Prop. 1914: 57.

2.2 Den allmänna (civila) straffrätten

I samband med tillkomsten av RF 1809 framkom det önskemål om en revision av 1734 års lag och den 1 april 1810 presenterade riksdagens lagutskott ett betänkande, författat av Johan Holmbergson angående ”lagarnas urskiljande, förenkling och förbättring”. En lagkommitté tillsattes i februari 1811. Efter stridigheter inom kommittén och efter ganska lång tid kunde lagkommittén presentera ett förslag till allmän kriminallag år 1832. Förslaget innebar en total förändring av Missgärningsbalken med en reform av straffarterna och en modernisering av brottstyperna. Förslaget uppfattades som långtgående och radikalt och lagstiftning dröjde. År 1841 tillsattes en ny kommitté – gamla lagberedningen – som 1844 lade fram ett förslag till strafflag. I huvudsak var detta en modifierad version av 1832 år förslag. Riksdagen var splittrad och förslaget med en strafflagsrevision ställdes på framtiden 1849.

Efter dessa misslyckade försök till en samlad reform av Missgärningsbalken bedrevs reformarbetet genom en rad partiella förändringar. 1855 kom nya regler avseende snatteri, stöld och rån och samtidigt avskaffades alla spö- och risstraff och ersattes med fängelse på vatten och bröd. Flera sådana partiella reformer av Missgärningsbalken banade väg för en total strafflagsrevision och 1862 presenterades riksdagen ett förslag till ny strafflag. Förslaget antogs och blev 1864 års strafflag.

Då strafflagen huvudsakligen byggde på de olika partiella reformerna från 1850-talet hade den sina brister. Visserligen hade de äldre affliktiva straffen utmönstrats, men vatten och brödstraffet bestod, främst dock som förvandlingsstraff vid bristande betalning av böter. Fängelse på vatten och bröd kallades ”hungerstraffet” och var plågsamt och ansågs som grymt och främmande för den straffideologi som annars präglade straffsystemet i strafflagen. 1884 avskaffades vatten och brödstraffet som förvandlingsstraff och ersattes med korta frihetsstraff.

Kritiken av strafflagen fortsatte och 1890 genomfördes den första större revisionen av lagen. 1890 års strafflagsnoveller innebar visserligen att en del straffskärpningar förekom, men i flera fall mildrades straffsatserna. Det var dock tydligt att reformen inte var tillräckligt genomgripande och flera viktiga frågor lämnades utan lösning. Flera motioner vid 1898 år riksdag behandlade önskemålet att antalet utdömda korta frihetsstraff skulle minskas. Flera av dessa motioner tog upp frågan om införandet

av affliktiva straff[9] En riksdagsskrivelse från 1898 begärde införande av affliktiva straff.[10]

Frågan om de helt ungas brottslighet behandlades i en särskild kommitté och 1902 utfärdades en ganska omfattande grupp av lagar som reglerade förhållanden för denna grupp. Bötesstraffet uppmärksammades också av kritikerna och man menade att de fasta bötesbeloppen var socialt orättvisa och att bötesomvandlingen drev människor till fängelserna bara för att de av fattigdom inte kunde betala de utdömda böterna. De korta frihetsstraffen uppfattades överhuvudtaget som ett problem. Den sociologiska straffrättskolan ansåg dem som skadliga och ineffektiva som straffprevention. I riksdagen höjdes röster för införandet av någon variant av villkorlig dom. 1901 tillsattes en kommitté under ledning av J E Elliot med uppdrag att lägga fram förslag om villkorlig dom. Johan Thyrén fick i samband med kommitténs arbete ett särskilt uppdrag att skildra institutet villkorlig dom från ett straffteoretiskt perspektiv.[11] Kommittén, som vi nedan kommer kalla den Elliotska kommittén lade trots oenighet på centrala punkter sitt förslag 1902, propositionen kom 1906 och riksdagen beslutade i enlighet med förslaget. Genom denna reform infördes en form av villkorlig straffdom men samtidigt infördes affliktiva moment i form av straffskärpningar i strafflagens kapitel 4.

Flera riksdagsmän återkom med motioner med krav på en fortsatt reform av strafflagen och då speciellt av bötesstraffet. År 1908 ställde sig riksdagen bakom dessa önskemål och 1909 gav Kungl. Maj:t Johan Thyrén i uppdrag att göra en utredning avseende ändrade regler för bötesstraffet och bötesomvandlingen. Uppdraget vidgades senare och Johan Thyrén kom att spela en dominerande roll för strafflagsreformen fram till sin död 1933.

[9] LU 1898:69.

[10] Riksdagens skrivelse 1898:133.

[11] Betänkande och förslag af den av Kongl Maj:t den 25 maj 1900 tillsatta komité för avgifvande af förslag om skärpning av vissa frihetsstraff och vilkorlig frigifning äfvensom för utredning af frågan om vilkorlig straffdom m.m., 1902. [Betänkande och förslag 1902], s. 99 ff.

3 Synen på de affliktiva straffen

3.1 Den civila straffrätten

3.1.1 Johan Thyrén och det Nordiska juristmötet i Kristiania 1899

I en bilaga till förhandlingarna utvecklade Thyrén sina generella tankar om straffets syfte och kom då in på olika sätt att göra frihetsstraffet effektivare som avskräckning och nämnde då mörkt enrum som förekom i SL 4:12 samt, som han helt allmänt nämnde, förekom i militärstrafflagen. Han menade att denna form av skärpning inte borde innebära någon större risk för fången. Mörkret gjorde visserligen fången sysslolös, men skärpningen varade inte någon längre tid.[12]

Andra skärpningar som Thyrén nämnde var fängelse vid vatten och bröd samt hårt nattläger, men han nämnde också att vatten och brödskärpningen försvunnit ur svensk rätt 1884. Båda dessa skärpningsformer var, menade han, mindre effektiva än mörk cell.

Han kom in på bötesförvandlingsstraffet och var inte negativ till att ett bötesomvandlingsstraff kunde utformas som ett frihetsstraff med någon form av skärpning. Han var medveten om att det kunde uppfattas som orättvist hårt, men han menade att om villkorlig straffdom tillämpades för bötesomvandlingen skulle endast de som senare återföll i brottslighet bli utsatts för straffskärpningen.[13]

Thyrén påminde om att prygelstraffets återinförande hade föreslagits i debatten, men han menade att de andra straffskärpningarna var mera effektiva. Likväl framhöll han att prygelstraffet hade ett moment av skam och att det skulle kunna göra det mera effektivt som avskräckning. Visserligen avskaffades prygelstraffet som ett led i humaniseringen av bestraffningsmetoderna och dessa idéer hade fortfarande sin giltighet, men steget mellan prygel och tortyr var stort och respekten för människovärdet innebar inte ett absolut förbud mot att ta till prygelstraff då det skulle kunna uppfattas som mest effektivt. Thyrén resonerade vidare och menade att det fanns svagheter med ett användande av prygelstraff. Dels kunde inte kvinnor komma i fråga för att bli pryglade, dels var de brottslingar som främst skulle kunna utsättas för denna skärpning de som minst skulle låta sig påverkas. De var redan så förhärdade. Han kom

[12] Forhandlinger paa niende nordiske juristmöde i Kristiania 1899. Kristiania 1900. [Forhandlingar 1899], bilaga II, s. 6.

[13] Forhandlinger 1899, bilaga II, s. 8.

slutligen till den slutsats, som också skulle återkomma i ”Principerna” ett antal år senare. Prygelstraff var olämpligt som straffart i den moderna straffrätten.[14]

Thyrén inledde plenardebatten med att konstatera ett det låg ett problem i att de korta frihetsstraffen inte uppfattades som avskräckande för den stora mängden kriminella. Häri låg sålunda ett effektivitetsproblem och det löstes inte genom en förlängning av strafftiderna eftersom det skulle göra straffet orimligt kostsamt för det allmänna. En utväg ur detta problem skulle kunna vara att göra det korta frihetsstraffet mera kännbart, d.v.s. lägga in ett affliktivt moment i straffet eller att helt ersätta det med något affliktivt moment.[15]

Debatten engagerade flera nordiska kända kriminalister bl.a. statsadvokat Urbye från Norge och professor Carl Torp från Danmark. Torps anförande är av särskilt intresse eftersom han liksom Thyrén skulle komma att bli en viktig del i arbetet med en strafflagsreform. Då Danmark införde den s.k. Prygel lov 1903 kritiserade Torp detta häftigt. Han vände sig emot flera av Thyréns argument och menade att vatten och brödstraffet, mörk cell och hårt nattläger tydligt visat brist på effektivitet.[16]

3.1.2 Den Elliotska kommittén 1902 med förslag om införande av villkorlig dom

Riksdagens önskemål om ett införande av villkorlig dom ledde till att en särskild kommitté tillsattes. I kommittén ingick bl.a. Johan Widén och Viktor Almquist, båda aktiva i straffrättsreformrörelsen. I motiven tog kommittén upp frågan om möjligheten att skärpa verkställighetssättet vid de korta frihetsstraffen. Kommittén önskade att strafflidandet blev tydligare och straffet mer effektivt som avskräckning. I den riksdagsskrivelse som låg till grund för kommittéuppdraget togs vatten och brödstraffet upp som ett möjligt förvandlingsstraff. Kommittén konstaterade dock att den inte kunde lägga ett förslag om dess återinförande eftersom det främst skulle drabba fel kategori brottslingar.[17]

Trots motståndet mot hungerstraffet menade kommittén att man kunde föreslå ett liknande allmänt förvandlingsstraff ”fängelse vid inskränkt kost”

[14] Forhandlinger 1899, bilaga II, s. 15.
[15] Forhandlinger 1899, s. 36 f.
[16] Forhandlinger 1899, s. 62 ff.
[17] Betänkande och förslag 1902, s. 39.

på minst tre och högst 30 dagar. I dessa fall skulle fången bara tilldelas vatten men brödransonen kunde kompletteras med vissa viktiga näringsämnen.

Avseende prygelstraffet medgav kommittén att det troligen var effektivt som avskräckning, men man återanvände Thyréns argument att det var förråande och att det drabbade fel kategori brottslingar.[18]

Kommittén behandlade även övriga straffskärpningsformer såsom inskränkning i kost, hårt nattläger och mörk cell. Vad gällde hårt nattläger ansåg kommittén att det kunde komma ifråga vid fall av brott mot disciplinen på anstalten och då också i kombination med mörk cell.

Kommittén var oenig vad gällde flera punkter av förslaget om straffskärpningar. Kommittéordföranden J E Elliot och ledamoten Johan Widén skrev ett särskilt yttrande avseende straffskärpningen. De menade att skärpningen endast borde komma ifråga vid korta frihetsstraff och de satte gränsen för dessa vid två år.[19]

Propositionen 1906 som byggde på kommittéförslaget innehöll bestämmelser om mörk cell och hårt nattläger.[20]

3.1.3 Thyréns ”Principerna”

Då Johan Thyrén 1909 fick i uppdrag att utreda bötesstraffet och bötesomvandlingen kunde man ha sett detta som ett omfattande, men likväl avgränsat uppdrag. Likväl låg det i uppdragets natur att det skulle komma att beröra hela straffsystemet och i fortsättningen också komma att vidgas till att omfatta en moderniserad utformning av brottskatalogen. Thyrén publicerade sina grundläggande idéer i vad som kan ses som en kriminalpolitisk studie, ”Principerna för en strafflagsreform”. Den utkom i tre delar under åren 1909–1914.

I den första delen behandlade han straffets sociala uppgift och straffsystemet och där tog han upp de affliktiva straffen. En hel del av hans tankegångar återkom från rapporten till och debatten vid det Nordiska juristmötet 1899, men de var mera utvecklade och mera distinkta. Det är tydligt att han 1909 skrev mer abstrakt och systematiserande.

De affliktiva straffen omfattade fortfarande både prygelstraffet och vad Thyrén valde att kalla ”affliktivmedel”. Med detta uttryck avsåg han

[18] Betänkande och förslag 1902, s. 45 f.
[19] Betänkande och förslag 1902, s. 56.
[20] Prop. 1906: 49.

mörkcell, hårt nattläger och kostminskning som t.ex. vatten och bröd. Han ansåg att bötesstraff borde komma till användning för alla de lindrigare brotten upp till den punkt där ett förbättrande frihetsstraff skulle kunna börja utnyttjas. Någon särskild nytta skulle affliktivmedlen inte göra i ett sådant system. Möjligen kunde affliktivmedlen utnyttjas som ett tids- och kostnadseffektivt omvandlingsstraff, men han konstaterade att affliktivstraffen skulle vara för trubbiga redskap för att verkligen vara effektiva.[21]

Han var fortfarande starkt emot prygelstraffet och han menade att det brutaliserade de mest påverkbara och saknade verkan på de mest brutala. Det var dessutom svårt att undvika att prygelstraff fick en karaktär av klasstraff.[22]

De slutsatser han drog av dessa resonemang var att det: *”var tillrådligt att hålla särskilt prygelstraffet, men för närvarande öfverhufvud alla affliktivstraff, borta från straffsystemet; (…).”*[23]

3.2 Den militära straffrätten

3.2.1 Kriminalistföreningen 1912

1908 års förslag till krigsstrafflag hade inte lett till beslut. Brister i förslaget hade lett till att ett omfattande och komplicerat beredningsarbete tog vid. Under detta fortsatta beredningsarbete behandlade Svenska kriminalistföreningen krigslagstiftningens reformerande vid sitt årsmöte 1912. Eftersom föreningen hade bildats 1911 var mötet 1912 det första egentliga årsmötet och det är intressant att man tog upp krigsstraffreformen som den andra huvudpunkten under mötet. Advokaten Eliel Löfgren som vid denna tid också var ledamot i föreningens styrelse inledde punkten genom en presentation av reformen.[24]

Vad gällde straff och straffarter menade Löfgren att det liggande förslaget innehöll betydligt sänkta straffskalor för brott i fredstid men disciplinstraffen borde uppmärksammas särskilt. Dessa utgjorde en speciell kategori av frihetsstraff som kunde utdömas antingen av ett befäl i ett

[21] Thyrén, J: Principerna för en strafflagsreform. Del I, Lund 1910.[Principerna], del 1, s. 110 f.

[22] Principerna, del 1, s. 113.

[23] Principerna, del 1, s. 114.

[24] Förhandlingar vid Svenska kriminalistföreningens ordinarie årsmöte i Stockholm den 30 augusti 1912. Stockholm 1913. [Förhandlingar, 1912], 1912, s. 46–73.

mål som då kallades disciplinmål eller av en krigsrätt i vanlig ordning. I princip utgjordes disciplinstraffet av arrest, men denna kunde uppträda i tre former. De tre formerna skilde sig åt i verkställighet men också vad gällde den personkrets som kunde komma att omfattas av straffet.[25]

Den första formen av arrest var arrest i eget rum eller tält, utan bevakning. Denna form av arrest kunde komma ifråga endast för officerare och underofficerare. Den andra formen av arrest utgjordes av vaktarrest som avtjänades i låst, ljust rum eller tält och som alla personalkategorier kunde dömas till. Den tredje formen av arrest utgjordes av sträng arrest ”mörk arrest”. Den avtjänades i mörkt låst häkte och officerare kunde inte dömas till denna form av arrest. Både den vanliga vaktarresten och mörk arrest kunde ytterligare skärpas för vanligt manskap genom beslut om hårt nattläger. Maximitiden för arrest utan bevakning var 15 dagar och för mörk arrest åtta dagar.

Löfgren ställde sig kritisk till att den stränga (mörka) arresten skulle finnas kvar och menade att hårt nattläger borde räcka. Avslutningsvis menade Löfgren att det var tveksamt att det skulle finnas särskilda straffregler för militärer i fredstid. Visserligen låg de aktuella förslagen närmare de principer som gällde för den civila straffrätten, men viktiga skillnader fanns fortfarande kvar. Han menade särskilt att de kriminalpolitiska åtgärder som lagstiftaren ansåg vara lämpliga för andra medborgare saknades för militär personal. Justitieombudsmannen hade t.ex. framhållit att villkorlig dom också skulle kunna komma ifråga inom militärstrafflagens område.[26]

Den efterföljande debatten kom främst att handla om den militära processrätten och straffrågorna gavs inte större uppmärksamhet.

3.2.2 Riksdagsbehandlingen 1914

Som framkommit ovan presenterades en proposition med förslag till strafflag för krigsmakten samt med denna relaterade andra frågor i maj 1914.[27] Det har redan framkommit att propositionen var resultatet av ett långt beredningsarbete och ganska långtgående kompromisser. I förslaget behölls de tre formerna av arrest och de kunde i vissa fall kombineras med hårt nattläger. Intressant nog lyftes problemen med den stränga (mörka)

[25] Förhandlingar 1912, s. 51.
[26] Förhandlingar 1912, s. 57.
[27] Prop. 1914: 57.

arresten fram och det framhölls att det kunde resas starka invändningar mot skärpningsmedlet ”mörkt enrum”. Det finns anledning att citera propositionen.

> ”Den mörka arresten är till sin natur ett affliktivt straff, som i mycket är att jämställa med prygelstraffet. Liksom detta har den mörka arresten allt mer och mer i den allmänna opinionen erhållit karaktären av ett nesligt kroppsstraff. Det omdöme, som professor J Thyrén i ’Principerna för en strafflagsreform’ fäller om prygelstraffet, att det är ”för människovärdigheten enligt våra dagars åskådning i så hög grad nedsättande och med det moderna samhällets likhetstendenser så föga överensstämmande, att det skulle krävas mycket starka lämplighetsskäl för att kunna förorda detsamma”, torde även kunna tillämpas på den mörka arresten.”[28]

I riksdagsbehandlingen av propositionen restes kritiska röster bl.a. av Karl Staaff som i sin motion begärde att sträng arrest skulle strykas ur förslaget. Han hänvisade till att den föreslagna strafflagen för krigsmakten var avsedd att humanisera straffrätten inom krigsmakten men att ett bibehållet straff i mörkt rum inte speglade ett humaniserat synsätt.

I första kammaren diskuterades propositionen den 15 augusti och det ovan citerade uttalandet av statsrådet togs upp i debatten. Den liberale ledamoten Nils Alexanderson argumenterade för att affliktiva moment skulle hållas borta från krigsstrafflagen. Han var vid denna tid professor i processrätt vid Stockholms högskola och skulle senare bli justitieråd, men han var också ledamot av Svenska kriminalistföreningen. Alexandersons inlägg tycks ha retat Johan Thyrén (de hade stridit tidigare i kammarens talarstol) som gick upp i debatten och gjorde ett kort inlägg där han varnade för att experimentera med strafflagstiftning. Vänsterinläggen hade hävdat att man kunde ta bort skärpningarna och se om det uppstod några problem. Thyrén framhöll att om man gjorde ändringen så var det oåterkalleligt och även om militären skulle vilja återinföra skärpningarna skulle detta vara politiskt omöjligt. I fråga om de affliktiva skärpningarnas lämplighet i den framtida krigsstrafflagen yttrade han sig inte.[29]

[28] Prop. 1914: 57, s. 123.
[29] Prot. 1914 B F K:54, s. 41.

4 Avslutande reflexioner

Denna korta framställning har visat på att det fanns vissa kopplingar mellan reformarbetet inom den civila och militära straffrätten. På de studerade arenorna agerade reformvänner som Eliel Löfgren och Nils Alexanderson och från sent 1890-tal uppträdde Johan Thyrén med en allt större auktoritet inom straffrättsdiskursen. Reformvännernas ställningstaganden fick betydelse både för den militära och för den civila straffrätten. Kan man då entydigt fastställa i vilken riktning denna påverkan verkade? Det är frestande att generellt hävda att reformer inom den militära straffrätten historiskt har fungerat som förebilder för efterföljande reformer inom den civila straffrätten. Bilden som denna studie visar är dock verkligen inte helt entydig.

Riksdagen önskade 1901 att den militära straffrätten skulle anpassas till den civila straffrätten men den Elliotska kommitténs förslag, 1902 och dess positiva ställningstagande gentemot affliktiva straffskärpningar hindrade reformvänner att argumentera framgångsrikt för att få bort affliktiva moment ut den militära straffrätten då de (åter)införts i strafflagen.

Dessa förhållanden kan verka paradoxala, men ett sätt att förklara situationen är nog att se problemet som en fråga om prioriteringar. Inom det civila området prioriterade reformvännerna framförallt kampen mot de korta frihetsstraffen och då speciellt bötesomvandlingen. För dem var de affliktiva skärpningarna ett sätt att undvika skadliga fängelsevistelser. Inom den militära straffrätten prioriterade reformvännerna likhet inför lagen och skydd för de värnpliktiga från att utsättas för en brutal och patriarkal straffjustis med inslag av klassförtryck. Reformvännerna ville beröva de militära befälen möjlighet att rent fysiskt bestraffa och förödmjuka manskapet.

Johan Thyrén spelade visserligen en ledande roll inom den civila straffreformsdiskursen men han intog en ambivalent position gentemot de affliktiva straffskärpningarna. Kanske kan denna positionering ses som ett uttryck för ett teoretiskt och akademiskt perspektiv och att hans sätt att argumentera inte riktigt kunde förstås av alla som deltog i debatten. Han tog starkt och entydigt avstånd ifrån prygelstraffet. Hans argument från 1899 återkom i ”Principerna” 1909 och han citerades gärna av motståndarna till affliktiva straffskärpningar, men han var inte principiellt och entydigt emot straffskärpningar. Visade de sig effektiva kunde de komma till användning verkar han ha tyckt. När han ställde frågan om de verkligen var effektiva kom han fram till att de egentligen inte var det.

Då han drog upp riktlinjerna för sitt straffsystem satsade han på böter och villkorliga domar som ersättning för korta skärpta frihetsstraff. För Thyrén var det viktigare att hålla de dömda borta från korta frihetsstraff än att öka den avskräckande aspekten av dem.

Det är således svårt att hävda att kopplingen mellan reformen av den civila strafflagen och reformen av den militära strafflagen kan tolkas på något entydigt sätt. På området affliktiva straff kan vi konstatera att en eventuell ömsesidig påverkan snarare berodde på förändrade politiska och sociala förhållanden. Visserligen var Sverige kring sekelskiftet 1900 fortfarande kvar i den period då enskilda beundrade rättsvetenskapsmän genom sitt vetenskapliga författarskap eller sina insatser som författare till lagförslag kunde förändra och reformera ett rättsområde. Jag ser Johan Thyrén som en sådan gestalt även om det kan ifrågasättas.

Förhållandena började dock förändras. De sociala och politiska förändringar som påbörjades efter sekelskiftet skulle i grunden ändra synen på rättsreformer. Det politiskt önskvärda fick då allt mer företräde framför det rättsvetenskapligt lämpliga. Rolf Nygren visade i sin avhandling att reformen av den militära strafflagen 1914 i stor utsträckning utgjorde en politisk kompromiss. Den affliktiva straffskärpningen utgjorde uppenbarligen för en tid en del av denna kompromiss.

Max Lyles

Sedvanas omvandling till lag och rätt.

HD och sedvanerätten 1859–1886

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

1 Inledning

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

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

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

[2] A.a., s. 6.

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

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

2 Svea rikes lag 1734 och landsseden

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

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

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

[5] A.a., s. 9.

[6] A.a., s. 9 f.

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

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

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

ning föreskrevs att domaren främst borde låta skriven lag ligga till grund för rättstillämpningen (även om det hierarkiska förhållandet mellan skriven lag och sedvanerätt ända fram till och med 1734 års lag inte var definitivt avgjord).[10] Inom rättsväsendet var dock problemet 1600-talet igenom att svensk rätt ända fram till och med 1734 års lag kännetecknades av ett oklart rättskälleläge. För även om Kristoffers lands- och stadslagar stadfästes 1608 och 1618, för att sedan under 1600-talet tryckas i ett flertal upplagor och utgåvor, så skulle även de äldre landskapslagarna tillämpas parallellt med Kristoffers lands- och stadslagar ända fram till och med 1736.[11]

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

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

[10] A.a., s. 76 ff.
[11] Modéer, *Historiska rättskällor i konflikt*, s. 86 ff.
[12] Björne, Lars, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Patrioter och institutionalister: tiden före år 1815*, bd. 1, Institutet för rättshistorisk forskning. Stockholm, 1995, s. 278–290.
[13] Nehrman-Ehrenstråle, David, *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem 1729: Then swenska jurisprudentia civilis 1746*, Juridiska föreningen. Lund, 1979, s. 35 ff.
[14] A.a., s. 35 ff.

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

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

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

5 Den nya uppfattningen: Ernst Viktor Nordlings sedvaneuppfattning

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

[15] A.a., *Inledning*, s. 35.

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

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

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

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

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

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

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

[19] A.a., s. 26 ff.

[20] A.a., s. 26.

[21] A.a., s. 27.

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

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

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

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

[22] A.a., s. 27.

[23] A.a., s. 27.

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

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

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

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

6 Den äldre sedvanerättsuppfattningen

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

[26] A.a., s. 27.
[27] A.a., s. 27.
[28] A.a., s. 26 ff.
[29] Jämför även Schrevelius, *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 1.*, s. 49 ff.
[30] Björne, *Den nordiska rättsvetenskapens historia 3*, s. 311.
[31] Kreüger, Johan, ”Huru må man förstå 2 mom. af 11 § 1 kap. Rättegångsbalken 1734 års lag: Landssed, som ej har oskäl med sig, må han (domaren) ock rätta sig efter, der

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

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

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

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

[33] Denna tanke lever kvar in på 1900-talet. Se exv. Sjögren, Vilhelm, ”Domaremakt och rättsutveckling,” *Tidsskrift for Retsvidenskab (TfR)* 1916, s. 341 ff.

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

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

7 Sedvana i praxis och ett lagstiftningsärende

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

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

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

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

[36] A.a., s. 575 f.

[37] A.a., s. 580.

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

8 Sedvana i rättstillämpningen

Tånghämtning

HD:s dom 14/10 1859 (ref. Schmidts Juridiskt arkif, JA 1860–61 s. 281) behandlar en tvist mellan två halländska byar, Hafverdahl och Särdahl. Enligt byamännen i Hafverdahl hade de en på ålder baserad rätt att hämta tång på en strand tillhörande Särdahls by. Särdahls byamän förnekade att en sådan rätt existerade. Frågan som egentligen handlade om hävd enligt 15 kap. Jordabalken[39] och inte sedvana, är av intresse för denna undersökning eftersom sedvanerätt och hävd uppkommer under *liknande*, men inte identiska, omständigheter (domstolarna diskuterar främst sedvanefrågan). Den strand från vilka byamännen i Hafverdahl hämtade tången hade genom flera skiften frångått Hafverdahls by som till slut även saknade såväl väg som gränser till stranden. Byarna hade även tidigare legat i tvist om rätten till stranden och slutligen hade rätten till stranden tilldömts Särdahl 1813. Oaktat det faktum att stranden tillhörde Särdahls by hade Hafverdahls byamän under lång tid brukat hämta tång från stranden, och slutligen, efter det senaste skiftet 1845, hade byarna reglerat Hafverdahls tånghämtning genom avtal.

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

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

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

1 kap. 11 § RB: Fiskelag och oskälig landssed?

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

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

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

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

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

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

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

Prästboställen på Öland

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

9 Sedvana, sedvanerätt och lagstiftning

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

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

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

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

[41] *Förslag till förordning angående de svenska lapparne och de bofaste i Sverige samt till förordning angående renmärken*, Stockholm 1883, s. 5.
[42] *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 1–12, i Proposition 1886:2.
[43] A.a., s. 1–12.
[44] A.a., s. 1–12.

10 Sedvanans förekomst och geografiska utbredning

Enligt den kommittéutredning[45] som förgick proposition 1886:2 saknades särskilda lagbud som tillerkände de svenska samerna rätt att företa sina vandringar ner till kustlandet. Enligt kommittén måste saken dock ses ur ett vidare perspektiv, för även om vandringsrätten saknade direkt lagstöd så borde man beakta att ”dessa Lapparnes flyttningar måste, då de af ålder allt hitintills opåtaldt egt rum, anses vara grundade på sedvanerätt.”[46] På grundval av sedvanans utövning samt frånvaron av de bofastas invändningar konstaterade således kommittén förekomsten av sedvanerätt till flyttning från fjällen ner till kustområdena. Sedvanerätten ifråga omfattade i och för sig endast Norr- och Västerbottens läns samer och deras vandringar, men utredarna ansåg att denna sedvanerätt även kunde utvidgas till att omfatta samegrupper utanför Norr- och Västerbottens län, ty ”enahanda rätt till vinterflyttningar, hvilken sades tillkomma de tvänne nordligaste länens Lappar, synes jämväl enligt sedvana tillkomma Lapparne inom Jemtlands län.”[47] Förekomsten av denna utvidgade sedvanerätt var dock inte oomtvistad. Tvärtom, hävdades det att de vandringarna till och från olika betesområden endast utgjorde en sedvana men inte sedvanerätt (dvs. vandringarna utgjorde endast ett bruk utan rättslig verkan); visserligen hade de bofasta fördragit sedvanan, men frågan var om de bofasta verkligen var förpliktade att erkänna sedvanan som rättsligt bindande.[48]

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

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

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

[47] A.a., s. 66.

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

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

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

Högsta domstolens kritik

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

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

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

[51] *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 1–12.
[52] *Förslag till förordning angående de svenska lapparne …* , s. 70.
[53] *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 3 f.
[54] A.a., s. 3 ff.

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

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

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

[55] Jfr. A.a., s. 5.
[56] A.a., s. 5–11.
[57] A.a., s. 7 f och 9 f.
[58] A.a., s. 7. Här används dock argumentationslinjer, dvs. ett poängterande av rättsövertygelsens betydelse, liknande de som använts av såväl Schrevelius (*Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. D. 1.*, s. 48 ff.) och Nordling (*Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt …* , s. 26 ff.).
[59] *HD:s protokoll över lagärenden 21/11 1884*, s. 6 f. Se även föregående fotnot.
[60] A.a., s. 7 och 11.
[61] A.a., s. 7 ff.

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

11 Avslutning

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

[62] A.a., s. 9 f.
[63] A.a., s. 9 f.

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

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

Kjell Å. Modéer

Transparens och djupstruktur – Folkrätten i rättshistorien

1 Det historiska argumentet: Folkrätten i senmoderna rättsliga diskurser

En av folkrättens betydande företrädare i vår tid, professor David Kennedy vid Harvard Law School, har i sin forskning anknutit till två viktiga folkrättsliga diskurser: globaliseringen och folkrättshistorien. Det finns i dag behov att anlägga nya rättsliga perspektiv i förhållande till de som förekom i 1900-talets positivistiska och pragmatiska folkrättsdiskurser.[1] Folkrättshistorien upplever i dag en påtaglig renässans, ett påstående som denna artikel vill belägga.

Modernitetens rättsliga idégods har länge fått dominera nationalstaternas rättsliga och politiska diskurser. Nationalstatens monolitiska rättskultur gav inte något större utrymme för folkrättsliga perspektiv. I uppbyggnaden av 1900-talets välfärdsstat blev i stället förvaltningsrätten en dominerande disciplin. Den offentliga rätten expanderade på privaträttens bekostnad. Redan den historiska rättsskolan hade med sina rötter i den tyska romantiken prioriterat privaträtten framför den offentliga rätten. Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) framhöll att den offentliga rätten var politisk till sin karaktär; den var ovetenskaplig och jämförelsevis ointressant från vetenskapligt perspektiv – till skillnad från den vetenskapligt intressanta och apolitiska privaträtten.[2]

[1] David Kennedy, ”International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion”, 17 *Quinnipiac Law Review* (1997), s. 99 ff.

[2] Ralf Michaels, ”Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law

Folkrätten blev i detta både naturrättskritiska och nationalstatliga kunskapsparadigm alltmer uttalat en främmande fågel, som inte vann någon etablerad plats vare sig i juristutbildningen eller i ett rättspositivistiskt paradigm.

Men i dag är situationen, som nämnts, annorlunda. Med en nyliberal marknadsekonomi har i vår senmoderna rättskultur privaträtten på nytt upplevt en renässans – samtidigt som nationalstatens jurisdiktion alltmer eroderats.[3] De rättsliga kontexterna har också förändrats och i de rättsliga diskurserna har begrepp som internationalism, federalism, transnationalism och globalisering fått ett växande utrymme. Allt på den nationella rättens bekostnad. Internationell privaträtt och komparativ rätt har liksom den internationella offentliga rätten, folkrätten, under det senaste kvartsseklet beretts allt större utrymme inte bara inom juristutbildning och rättsvetenskap utan också i det praktiska rättslivet.

I vår tids alltmer transparenta rättsliga landskap har den komparativa rätten och folkrätten blivit mer synliga och mer betydelsefulla samverkande discipliner. Så långt är allt självklara senmoderna påståenden. Denna artikel vill lyfta rättshistoriens plats inom folkrätten och argumentera för att vi i dag anknyter till en kunskapssyn som ansågs vara den etablerade före modernitetens kunskapsparadigm. Juristerna i vår tid använder allt oftare historiska argument för att med hjälp av rättsliga kontexter och djupstrukturer konstruera, synliggöra och etablera den jämförande rätten och folkrätten i ett alltmer transparent och gränslöst rättsligt landskap.

Senmodernitetens rättsliga paradigm har förskjutits från ett paradigm präglat av nationalstatens maktmonopol till ett nytt med globaliseringsperspektiv och karakteriserat av rättslig transparens. Den danske rättsvetenskapsmannen Henrik Zahle (1943–2006) bidrog med sin praktiskt orienterade rättsfilosofi till att konstruera och utveckla en senmodern pluralistisk rättskällelära.[4] Den internationella judikialiseringen[5] hade skapat en ”förtroendedemokrati” där domstolarnas jurisprudens i ökad

and the Challenge from Europeanization and Globalization”. I: Michael Stolleis & Wolfgang Streek (utg.), Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung, Baden-Baden 2007, s. 129.

[3] Nils Jansen & Ralf Michaels (red.), Beyond the State: Rethinking Private Law, Mohr Siebeck 2008.

[4] Henrik Zahle, Praktisk retsfilosofi, København 2004.

[5] C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder (red.), The Global Expansion of Judicial Power, New York, London 1995.

grad hade blivit polycentrisk, och där tillämpningen inte bara präglades av reception[6] utan också av transparens, vilken underströks av en alltmer uttalad acceptans av de historiskt traditionella rättskällorna sedvanerätt och folkrätt.[7]

Den finske folkrättsjuristen Martti Koskenniemi har i sina arbeten tillsammans med ett antal kolleger[8] sökt att med hjälp av en historisk argumentation finna en syntes mellan det tidigmoderna och det senmoderna, i snittet mellan apologi och utopi. För Koskenniemis vidkommande går den historiska analysen tillbaka till såväl Samuel von Pufendorf som Immanuel Kant. Den franska folkrättshistorikern Emmanuelle Jouannet tar i sin komparativa analys avstamp i 1700-talsfilosofen Emerich de Vattels folkrättsliga position,[9] medan David Kennedy tar 1800-talets jurister med Jeremy Bentham och John Austin i spetsen som företrädare för en folkrättslig position som utgångspunkt för sin historiska jämförelse.[10] I ett rättshistoriskt perspektiv legitimeras således vår tids folkrätt med hjälp av både historiska källor och ett historiskt idégods.[11] Denna artikel placerar sig därför främst i de aktuella diskurser som de här nämnda forskarnas positioner har initierat.

[6] Se t.ex. domaren i U.S. Supreme Court, Sandra Day O'Connor, som argumenterat för en reception av rättsprinciper hämtade i avgöranden i EG-domstolen, t.ex. Lawrence vs. Texas (2002).

[7] Kjell Å. Modéer, "Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs", Svensk Juristtidning 2009, s. 340 ff.

[8] T.ex. Nathaniel Berman, "But the Alternative is Despair: European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law", 106 Harvard Law Review (1992–1993), s. 1792 ff.; Emmanuelle Jouannet, "French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law", 58 Maine Law Review (2006), s. 292 ff.; David Kennedy, "A New World Order: Yesterday, Today, and Tomorrow", 4 Transnational Law and Contemporary Problems (1994), s. 329 ff.

[9] Emmanuelle Jouannet, Emer de Vattel et l'émergence doctrinal du droit international classique, Paris 1998; Emmanuelle Jouannet, Le droit international liberal-providence. Une histoire du droit international, Paris 2011.

[10] David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", 17 Quinnipiac Law Review (1997), s. 99 ff.

[11] Martti Koskenniemi, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Helsingfors 1989 (uppl. 2, Cambridge 2006); Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge 2004; Martti Koskenniemi, The Politics of International Law, Oxford 2011.

2 Folkrättens långa historia

Folkrätten har en lång historia som rättslig disciplin. Redan i det antika Rom skilde man mellan *ius civile* och *ius gentium*. Romarnas egen rätt stod emot folkens rätt, och de två rättssystemen fungerade parallellt. Folkrätten levde i symbios med den nationella rätten, på samma sätt som den europeiska lärda rätten, *ius commune,* under medeltiden utgjorde ett komplement till den regionala eller nationella sedvanerätten, *ius proprium.* Det var i jämförelsen mellan dessa båda likvärdiga rättssystem som begreppet komparativ rätt (*cum pare)* uppstod.

Utan ett komparativt perspektiv såväl i tid som i rum blir folkrätten meningslös. Låt mig därför kortfattat beskriva den europeiska folkrättens historia.

De spanska skolastikerna på 1500-talet och i början av 1600-talet positionerade folkrätten och dess källor och identifierade framför allt den internationella sedvanerätten. Den kanske mest betydelsefulle inspiratören var dominikanermunken och teologiprofessorn Francisco de Vitoria (1480–1546).[12] Det var han som gav folkrätten dess naturrättsliga beteckning som en *ius inter gentes,* dvs. en mellanfolklig rätt som kunde identifieras genom det mänskliga förnuftet.[13] *Ius gentium* var för den spanska skolastikens främste företrädare Francisco Suárez (1548–1617) i första hand sedvanerätt. Den skiljer sig från naturrätten genom att den mer grundar sig på sedvana än på naturen, skrev han.[14] Han blev därigenom den förste som positiverade den folkrättsliga sedvanan. Han jämförde den med *ius commune*: ”På samma sätt som i en stad eller i en region sedvanan introducerar rätten, så kan för hela den mänskliga rasen lagar introduceras genom att folken praktiserar dem.” Det var emellertid inte en helt konfliktfri definition. Hur skulle man hantera sedvanor som stred mot den folkrättsliga sedvanerätten? Så länge som den konträra lokala sedvanan inte allvarligt skadade andra människor eller länder kunde man tolerera den, skrev han. Det som bara stred mot folkrätten var inte i sig själv skadligt, medan det som stred mot naturrätten definitionsmässigt var det.[15]

[12] Arthur Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1950, s. 58.

[13] ”Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium”. Fransisco de Vitoria, Relectio de Indis, III, 2.

[14] Suárez i Tractatus de legibus ac deo legislatore (1612) citerad av David J. Bederman, Custom as a source of law, New York 2010, s. 138 f.

[15] Bederman, a.a. (2010), s. 140.

Nederländaren Hugo Grotius (1583–1645) har traditionellt benämnts den tidigmoderna folkrättens fader. Hans båda naturrättsligt grundade traktater om krigens och fredens rätt, *De iure belli ac pacis*, och om rätten till det öppna havet, *De mare liberum*, fick stor betydelse också för den svenska stormaktstidens jurister och politiker. Det förra arbetet definierade normerna för en civiliserad krigföring, *justum bellum*, det rättfärdiga kriget, och det senare introducerade doktrinen om rätten för envar att färdas över det fria havet – en doktrin som bestått in i den moderna folkrätten. Den rationella naturrätten blev instrumentet för folkrätten. Regler som *pacta sunt servanda*, avtal ska hållas, var exempel på rättsregler av folkrättslig (gränslös) karaktär.

Westfaliska fredstraktaten 1648 har inom folkrätten kommit att framstå som brytpunkten mellan de antika idealen och ”den europeiska internationella rättens tidsperiod”.[16] Den var inte bara en nationell författning för det tyska kejsardömet – Det heliga romerska riket av tysk nation – den var också ett folkrättsligt dokument, i vilket ett antal europeiska signatärer – inklusive den svenska kronan – var involverade. Fram till det tyska rikets upplösning 1806 betraktades traktaten som ett gällande folkrättsligt edikt.

Grotius’ elev, den tyske naturrättsläraren Samuel Pufendorf (1632–1694), producerade under sin tid som professor i natur- och folkrätt vid juridiska fakulteten i Lund 1668–76 sina betydelsefulla arbeten *De jure naturae et gentium libri octo* (1672) och *De officio hominis et civis* (1673), vilka i hög grad för lång tid framåt positionerade de naturrättsligt orienterade folkrättstankarna såväl i den juridiska utbildningen som i rättspraxis.[17] Pufendorfs naturrättsuppfattning grundades på begreppet *socialitas*, tillgänglighet. Begreppet hade använts av både Aristoteles och Grotius, som betraktade tillgängligheten som medfödd. Det ansåg inte Pufendorf. Den var mer uttryck för mänsklig skapelse, som också krävde rättslig reglering, och synen på rättens universalitet.[18]

Pufendorfs skrifter var fram till ca 1800 de dominerande naturrättsliga folkrättspublikationerna. I 1700-talets Tyskland utvecklades statsrättsliga diskurser bland annat om en *ius publicum universale*, dvs. sammanfatt-

[16] Martti Koskenniemi, ”Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, Rechtsgeschichte, vol. 19 (2011), s. 153 ff.

[17] Kjell Å. Modéer, ”Samuel Pufendorf och ’de mänskliga och medborgerliga plikterna’. En inledning”, Samuel Pufendorf, Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten, City University Press, Stockholm 2001, s. 11 ff.

[18] Koskenniemi, The Politics of International Law (2011), s. 310 f.

ningen av den naturrättsliga formuleringen av en allmän statsrättslära för alla folk och tider.[19]

Framväxten av nationalstaten (från Machiavelli) med dess suveränitet, maktstruktur (jurisdiktion) och territoriella gränser skapade behov av mellanstatliga relationer. Efter 30-åriga kriget skedde märkbara förändringar i dessa relationer. Inrättandet av permanenta beskickningar i främmande länder med immunitetsskydd var ett sådant initiativ. Beskickningarna blev ett multikulturellt exotiskt inslag i Europas huvudstäder, där också religionsfriheten omfattades av immuniteten. Den immuna franska ambassaden i Stockholm blev exempelvis under Karl XI:s regering det enda stället i det enväldiga och ortodoxt lutherska Sverige där den katolska mässan kunde firas.[20]

Det var hos Christian Wolff (1679–1754) som den romersk-rättsliga termen *ius gentium* fick sin moderna uttolkning som nationernas lag, *law of nations*. Den schweiziske rättsfilosofen Emerich de Vattel (1714–1767) gick i denna del i Wolffs fotspår. Vattels arbete om folkrätten som nationernas lagar*, Le droit des gens* (1758), (översatt till engelska, *The Law of Nations,* 1760), baserades också på naturrättsliga principer som fick sin tillämpning i staternas praxis.[21] Han sökte i detta arbete med en tidstypisk systematisering identifiera folkrättsliga regler med hjälp av naturrätten, historisk sedvanerätt, traktater och andra överenskommelser. Vattel visar i sina arbeten på de första tecknen på en positivistiskt formulerad folkrätt. Det utvecklades genom honom också en folkrättsdoktrin som utgick från att om den suveräna staten accepterade den internationella sedvanerätten så uppstod en positivistisk folkrätt genom samtycke. Vattels arbete blev en auktoritativ källa som fortfarande åberopas och som i vår tids diskurser har gett honom epitetet den moderna folkrättens grundare.[22]

Naturrättskritiken innebar en ny omdefiniering av folkrätten. Jeremy Bentham (1748–1832) gick vidare i positiveringen av folkrätten, men

[19] Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd I (1600–1800), München 1988, s. 291 ff.

[20] Arne Palmqvist, *Die römisch-katolische Kirche in Schweden nach 1781*, Bd 1, Almqvist & Wiksell 1954.

[21] E. Vattel, Le droit de gens, ou principes de la loi natuelles, appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des souverains, London 1758.

[22] Karl Heinz Ziegler, ”Modern International Public Law”. I: Stanley N. Katz (red.), The Oxford International Encyclopedia of Legal History, vol. 3, New York 2009, s. 283; Emanuelle Jouannet, Emmer de Vattel et l’emergence doctrinale du droit international public, Paris 1998.

framhöll att naturrätten inte kunde utgöra grunden för rättsregler. De kunde endast finnas i överenskommelser och i sedvanerätten – aldrig i naturrättsliga spekulationer. Det var Bentham som präglade begreppet *internationell rätt* för att därmed understryka att denna disciplin endast omfattade regler som tillämpades mellan (*inter*) nationalstater *(nationell*) och regler vilka endast kunde härledas från överenskommelser som stater gjorde inbördes, eller från uppförandenormer (*standards of conduct*) som identifieras genom staternas allmänna och konsistenta beteenden mot varandra.[23]

Den tyske filosofen Immanuel Kant (1724–1804) kom i sin kritik av naturrätten också att förutse en kosmopolitisk rättsordning som utgick ifrån den europeiska. Denna eurocentrerade konceptualisering av folkrätten är fortfarande en del av vår tids folkrättsdiskurs.[24] Hans syn på den internationella rättens existens byggde på förekomsten av ett progressivt *ethos*. Hur skulle en internationell rätt se ut om den inte hade något syfte, *telos*?[25]

Till kritikerna hörde också John Austin (1790–1859) som i ett berömt uttalande 1832 kategoriskt konstaterade: ”Den rätt som råder mellan nationer är inte positiv rätt; för varje positiv lag är fastställd av en given suverän stat till en person eller till personer som står i beroendeförhållande till lagens författare. Som jag redan har antytt är den rätt som gäller mellan nationer lag (om än felaktigt kallad så) som bygger på en allmän uppfattning. Skyldigheterna som den ålägger upprätthålls av moraliska sanktioner.”[26] Austins uppfattning blev i hög grad auktoritativ. Den stärktes under 1800-talet och kom också att dominera 1900-talets syn på folkrätten: Folkrätten är politik.[27]

Den territoriellt identifierade nationalstaten och dess rättssystem har emellertid alltsedan tidigmodern tid utgjort folkrättens kontrapunkt

[23] Martin s. Flaherty, ”Modern International Public Law”. In: Stanley N. Katz (red.), a.a. (2009), s. 276 f. – Begreppet internationell privaträtt, private international law, myntades av Joseph Story på 1840-talet. Se även Ralf Michaels (ovan not 2), s. 124 f.

[24] Martti Koskenniemi, ”Histories of International Law”, Rechtsgeschichte, vol. 19 (2011), s. 152 ff.

[25] Immanuel Kant, *Idee einer Universalgeschichte im kosmopolitischen Sinne*, 1784. – Se Martti Koskenniemi, ”On the Idea and Practice for Universal History with a Cosmopolitan Purpose”. I: B. Puri & H. Sievers (red.), *Terror, Peace and Universalism. Essays on the Philosophy of Immanuel Kant*, Oxford 2007, s. 122 ff.

[26] John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, London 1954, s. 201.

[27] David Kennedy, (ovan not 1), s. 111.

och det folkrättsliga systemet dess kontext. Den naturrättsliga teoribildning som legitimerade folkrättsliga normer, dvs. gränslösa normer, fick genom den historiska rättsskolan sin mest kritiska motståndare. Inte bara de tyska juristerna Friedrich Carl von Savigny och Georg Friedrich von Puchta utan också de brittiska Edmund Burke och Sir Henry Maine såg i sedvanan ett centralt fundament för den nationella rättsliga identiteten.[28] Kritiken mot denna position kom från flera håll, framför allt från positivisterna som betonade en demokratiskt förankrad lagstiftning, *ius scriptum.* Den historiska skolan ignorerade också den internationella sedvanan och man förklarade inte heller varför en sådan sedvana var rättsligt bindande. Snarare framställdes sedvanan under 1800-talets första hälft som en kulturell paradox.[29] Det var Rudolph von Jhering (1818–1892) och hans krav på en internationell jurisprudens som först bröt mot detta strikt nationella perspektiv och mönster.

Den folkrättsliga sedvanans starka ställning demonstrerades också genom ett uppmärksammat rättsfall i den amerikanska högsta domstolen 1900, The *Paquete Habana*-fallet. Två kubanska fiskebåtar hade tagits som krigsbyte av den amerikanska marinen i det spansk-amerikanska kriget. Frågan var om små båtar för kustfiske var immuna från krigets lagar med stöd av folkrättslig sedvana. Båtägarna förde målet till Högsta domstolen, och hävdade med en folkrättslig historisk argumentation att deras båtar inte kunde betraktas som krigsbyte. De refererade till medeltida engelska kungliga ordonnanser, överenskommelser mellan europeiska länder, sakkunnigutlåtanden m.m. De lyckades övertyga domstolen om att de bättre kände till den folkrättsliga sedvanerätten än den amerikanska regeringen. Domstolen gick på fiskarnas linje och fastslog att rätten till krigsbyte inte omfattade små fiskebåtar.[30]

Såväl David Kennedy som Martti Koskenniemi har identifierat 1860-talet som en viktig brytpunkt i den moderna folkrättens historia.[31] Som en liberal motkraft till den tidens nationella, rasbetonade och socialistiska politiska diskurser försökte europeiska folkrättsjurister att ”civilisera” sina länders beteenden också i sina kolonier. Vid den s.k. Kongokonferensen i Berlin 1884–85 framkom tydligt de europeiska ländernas intention och

[28] David J. Bederman, *Custom as a Source of Law* (2010), s. 25 f.

[29] Bederman, a.a. (2010), s. 26.

[30] Bederman, a.a. (2010), s. 146.

[31] Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge 2002; David Kennedy, (ovan not 1), s. 106 ff.

vilja att skydda ursprungsbefolkningarna, att förbättra deras materiella standard och rätt till åsiktsfrihet och religionsfrihet.[32] Det var ett första embryo till en globaliserad syn på folkrätten. Det växte under 1800-talets senare del fram en global modernitet till vilken vår tids diskurser gärna återvänder.[33] 1900-talets stora modernitetsprojekt hade sin embryonala period under premoderniteten (från ca 1870 fram till första världskrigets utbrott 1914).

3 Konventioner som mellanstatliga instrument

Under 1800-talet dominerade den historiska rättsskolan och dess rättskällelära de rättsvetenskapliga diskurserna. Detta nationalromantiska och samtidigt nationalstatliga positivistiska perspektiv bröt både med naturrätten och med folkrätten. I Sverige var detta rättsliga, historiskt förankrade kunskapsparadigm det förhärskande från 1800-talets början och fram till första världskriget.

Med liberala perspektiv på handel och samfärdsel blev dock under senare delen av 1800-talet *konventioner* nödvändiga rättsliga instrument. Under skandinavismens storhetsperiod på 1850-talet tillkom sådana instrument exempelvis rörande tull- och myntfrågor. Inom den internationella privaträtten skapades upphovsrättsliga konventioner både på patenträttens och på varumärkesrättens område.[34]

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk 1886 blev av stor betydelse för författarnas rätt till sina arbeten också i översatt form. August Strindberg var exempelvis djupt upprörd över att Sverige fortfarande på 1890-talet inte hade ratificerat denna konvention, vilket bland annat resulterade i att urusla piratöversättningar av hans arbete *Le plaidoyer d'un fou* utan rättsliga åtgärder hade kunnat utges i översättningar både i Tyskland, *Die Beichte eines Thoren,* och i Sverige, *En dåres försvarstal.*[35]

[32] Koskenniemi, *Histories of international law* (2011), s. 152 f.

[33] Dipesh Chakrabarty, Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference, Princeton 2008.

[34] Margret Inger, ”Från privilegiesystem till patent. Patentinstitutets utveckling i Sverige under 1800-talet”, Rättshistoriska studier, Bd 6, Lund 1979, s. 34 ff.

[35] Sverige ratificerade konventionen först 1904. Kjell Å. Modéer, Strindbergs advokater, Norstedts 1987, s. 99 f.

Parisdeklarationen på sjörättens område 1856 och Haagkonventionerna 1899 och 1907 om fredligt lösande av internationella tvister behandlade folkrätten och krigets regler. De sistnämnda konventionerna utgjorde grunden för den permanenta skiljedomstolen i Haag, Haagtribunalen, som inrättades 1899 och började verka 1902. Därmed hade också folkrättens positivering i konkreta rättsregler institutionaliserats. Domstolens uppgift var att lösa konflikter mellan stater främst för undvikande av krig. Första världskrigets utbrott 1914 visade att denna tribunal, som året dessförinnan flyttat in i det imposanta Fredspalatset i Haag, misslyckats. Under mellankrigstiden gjordes ett nytt försök med den av Nationernas Förbund 1923 inrättade Internationella mellanfolkliga domstolen. Den fick lägga ner sin verksamhet när nazisterna 1940 ockuperade Holland …

4 Första världskriget och den moderna folkrätten

Första världskriget innebar en ny brytpunkt för folkrätten. Världskrigets fasor mobiliserade en kraftfull retorik för freden. Det diskuterades också i vilken utsträckning folkrätten gav legitimation för skuldbeläggande av anfallskrig och krigsaktiviteter. Därtill kom modernitetens genombrott som för folkrättens vidkommande innebar ett imperativ som karakteriserades av ”sekulär absolutism mot teologi och feudalism”.[36] Mellankrigsperioden karakteriserades av infekterade rättsliga diskurser om folkrättens legitimitet och rättmätiga plats inom juridiken. Här befann man sig konkret i gränslandet mellan juridik och politik.

I detta positivistiska landskap ifrågasattes den folkrättsliga sedvanan. När man 1920 skulle formulera statuterna för den nya permanenta internationella domstolen i Haag accepterades den internationella sedvanan som rättskälla, och den definierades som en rättsligt accepterad allmän praktik, ”a general practice accepted as law”.[37] Men den folkrättsliga rättskälla som stod i fokus vid denna tid var inte den folkrättsliga sedvanerätten utan den traktatbaserade folkrätten. Den akademiska frågan om folkrättslig sedvanerätt framstod som en fråga om hönan eller ägget. Kritikerna framhöll att det inte var sedvanan som var beviset för en allmän praktik, utan det var en allmänt antagen praktik som bevisade sedvanan.

[36] Koskenniemi, The Politics in International Law (2011), s. 308.
[37] Bederman, Custom as a source of law (2010), s. 141.

Mellankrigstiden var också en period av brytpunkter i gränslandet mellan tradition och förändring, mellan idealism och modernism. Den internationella rätten blev en del av ett omfattande moderniseringsprojekt, i vilket ekonomisk och teknologisk utveckling utgjorde de konkreta elementen och där rättsvetenskapen anpassades till rättsrealism, rättsliga fakta och funktioner. Som politisk historia var folkrättens historia oväsentlig. Folkrättsjuristerna skulle begränsa sina uppdrag till funktionella uppgifter.[38]

Versaillesfreden väckte viktiga frågor för framtiden: Hade folkrätten över huvud taget någon plats i en värld av suveräna stater? Kunde det finnas någon rätt som gällde mellan suveräna stater när suveräniteten definitionsmässigt inte tillåter någon högre auktoritet? Var det över huvud taget möjligt att formulera en folkrätt i politikens värld? Haagkonventionen (1907) betraktades som ett arv från 1800-talet – ”mossig, formell och legalistisk” – och den sökte Nationernas Förbund distansera sig från, samtidigt som mellankrigstiden – paradoxalt nog – vidareförde en stor del av den ”klassiska skolans” doktriner såsom de kom till uttryck i rättsfall och publikationer.[39] Samtidigt blev det ideologiska klimat som präglats av politik, krig och religion nu alltmer pragmatiskt och teorilöst. Folkrätten definierades av modernitetens kategorier: rättspositivism och pragmatism.

Också inom den svenska rättsvetenskapen fanns en folkrättslig diskurs. Under mellankrigstiden etablerades rättsrealismen genom civilrättsjuristerna i Uppsala med Vilhelm Lundstedt (1882–1955) och hans elev Karl Olivecrona (1897–1980) som dess främsta företrädare. Uppsalaskolans främste företrädare, civilrättsprofessorn och socialdemokraten Vilhelm Lundstedt, blev en av de mest uttalade kritikerna av den moderna folkrättens metoder och problem. Han ifrågasatte att folkrätten var en juridisk disciplin. *The law of nations an empty show* var rubriken på en engelskspråkig framställning, i vilken han var mycket kritisk mot folkrätten.[40] Olivecrona har karakteriserat Lundstedts position beträffande folkrätten enligt följande.

> ”Han inspirerades därtill å ena sidan genom upplevelsen av Versaillesfreden och dess följder, å andra sidan genom sin syn på rättsföreställningarnas sociala betydelse. De i rättsmedvetandet givna idéerna om rättigheter och skyldigheter äro enligt hans uppfattning ingalunda själva grundvalen för

[38] Koskenniemi, Histories of International Law (2011), s. 159.

[39] David Kennedy, (ovan not 1), s. 108 f., 113.

[40] Vilhelm Lundstedt, Superstition or rationality in action för peace? A Criticism of Jurisprudence, London 1925.

rättsordningen. Denna är icke bestämd av rättfärdighetssynpunkter utan av omedelbara livsbehov. Rättsidéerna formas och tämjas genom en rättsordning, vars innehåll i huvudsak bestämmes av hänsyn till samhällsnyttan. Sker icke detta blir idéerna i fråga höljen för hänsynslösa intressen och låta dessa framträda som anspråk med ovillkorligt krav på uppfyllelse; de bli icke socialt uppbyggande utan tvärtom sönderspräng ande genom att leda till anarki och strid. Detta är enligt Lundstedt just vad som sker på det internationella planet. Hur många folkrättsliga regler det än finns, som i mångt och mycket faktiskt tjäna till efterrättelse i staternas inbördes relationer, så gives det dock ingen över staterna stående maktfull organisation, som kan uppehålla en rättsordning även när det gäller vitala intressen hos de särskilda staterna. Rättsidéerna bli därför här icke, såsom inom staten, styrda med hänsyn till vad samhällsnyttan kräver utan de bli ideologiska vapen i kampen mellan nationerna."[41]

I ett antal pamflettbroschyrer formulerade Lundstedt sina angrepp mot folkrätten. Folkrätten är en fiktiv konstruktion: "Någon folkrätt existerar icke, ty det finns ingen makt som skapar respekt för reglerna!".[42]

Lundstedts kollega i Uppsalafakulteten, civilrättsprofessorn Östen Undén (1886–1974), också han socialdemokrat, var från 1920 folkrättssakkunnig i UD. Han kom i denna position att engagera sig för folkrättens plats i mellankrigstidens försök att etablera Nationernas Förbund som ett folkförbund. Han var även under många år Sveriges representant i världsförbundet. Som modern jurist var Undén också kritisk till naturrättsliga föreställningar, men han argumenterade samtidigt, om än i försiktiga och diplomatiska termer, för en internationell rättsordning. Motsättningen mellan Lundstedt och Undén synliggjordes i mitten av 1920-talet i en omfattande diskurs om folkrätten som juridisk disciplin.[43]

Lundstedt ansåg att utan en internationell tvångsmakt och internationell domstol fanns inte en verklig folkrätt. Undén ansåg däremot att det fanns "en serie av regler, avfattade i internationella fördrag och ändock tillämpade i internationella skiljedomstolars eller i regeringars praxis på

[41] Karl Olivecrona, "Vilhelm Lundstedt 70 år. Skrifter tillägnade Vilhelm Lundstedt", Svensk Juristtidning 1952, s. 501.

[42] Vilhelm Lundstedt, Vägen till fred, Tiden 1924; Vilhelm Lundstedt, Folkrätten och Genèvepolitiken, Almqvist & Wiksell 1924; Vilhelm Lundstedt, Sken och verklighet i fredspolitiken, Tiden 1924.

[43] Jan-Olof Sundell, "Undén och Lundstedt – kollegor och trätobröder". I: Ronnie Eklund m.fl. (red.), Skrifter till Anders Victorins minne, Justus Förlag 2009, s. 499 ff.

ett konstant sätt, att de kunna betraktas såsom erkända av civiliserade stater". Undén ansåg att Lundstedts position, om avfärdandet av folkrätten som verklig rätt, var ointressant och oväsentlig. Det var endast "en subtil teoretisk fråga angående avgränsning av begreppet rätt".[44]

Juridik och politik var också titeln på en uppmärksammad antologi 1927 av Östen Undén.[45] Undén var livligt engagerad i den fredsrörelse som följde på världskrigets fasor och som i Sverige innebar ett ifrågasatt medlemskap i den mellanstatliga organisationen kring Nationernas Förbund.

En av de frågor som stod i centrum för diskursen gällde legitimiteten av en internationell rättsordning. En sådan aktualiserade inte bara den territoriella nationalstatens kärnfrågor om suveränitet och sanktionsutövning. Det diskuterades också om folkrätten över huvud taget kunde anses vara en rättslig disciplin när det saknades överstatlig makt bakom reglerna.

Första världskriget och dess konsekvenser födde tanken på en modern folkrätt. Den moderna och starka nationalstatens företrädare ställde sig, som vi kunnat konstatera, i hög grad skeptiska till folkrätten.

De som försvarade folkrätten hävdade med en historisk argumentation att principen att avtal bör hållas har "sitt påtagliga stöd i medvetandet om att ett ordnat mellanfolkligt samliv eljest vore omöjligt".[46] Uppsalaskolans naturrättskritik och kritik av rättighetsbegreppet bemötte Undén med att det inte kunde förnekas att "den allmänna moraliska åskådningen, i den mån en sådan finnes, är influerad av naturrättsliga idéer". Dessa hade också, enligt Undén, haft inflytande på den positiva folkrättens utformning.[47]

Folkrättens förespråkare var under mellankrigstiden medvetna om att den endast var ett utvecklingsbart embryo och att folkrättsjuristerna genom ett komparativrättsligt arbete sökt "formulera generella föreskrifter såsom uttryck för vad den internationella konvenansen bjuder eller rimligen för närvarande kan kräva". "Ifall folkrättsjuristernas intresse uteslutande hade riktat sig mot den framtida rättsordning, som kommer till stånd, då ett världens eller Europas Förenta Staters parlament voterat den internationella rättens kodex och upprättat den internationella exekutiv-

[44] Östen Undén, En kungsväg till fred, Tiden 1924, s. 303. Omtryckt i Östen Undén, Juridik och politik, Tidens förlag 1927, s. 85.
[45] Östen Undén, Juridik och politik (1927).
[46] Undén, a.a. (1927), s. 93.
[47] Undén, a.a. (1927), s. 95.

makten, skulle de med fog ha kunnat karaktäriseras som fantaster", skrev Undén 1927.[48]

Också den socialdemokratiske filosofiprofessorn Malte Jacobsson (1885–1966) reserverade sig mot Lundstedts radikala position när det gällde krav på sanktioner och exekutiv makt. Man fick inte "förbise att det finnes en oskriven sedvanerätt innan den skrivna lagens rättsregler formuleras", slog Jacobsson fast. Och domsmakten behövde inte nödvändigtvis "ha karaktär av en bestämd ämbetsman. Även den allmänna meningen kan tjänstgöra som domare och trygga iakttagandet av vissa regler och detta utan både häktning och fängelse."[49]

Det paradoxala är att framväxten av en positiv folkrätt skedde mot bakgrund av ett naturrättsligt tänkande. Undén konstaterade att "den allmänna rättsuppfattningen" i internationella frågor, "d.v.s. den allmänna moraliska åskådningen, i den mån en sådan finnes, är influerad av naturrättsliga idéer. Att så är fallet i stor omfattning, torde icke kunna förnekas. Icke heller kan det betvivlas, att naturrättsliga idéer haft inflytande på den positiva folkrättens utformning."[50]

Undéns försiktigt reformistiska inställning stod emot Lundstedts revolutionärt radikala position. Undén var juristen som förankrad i den rättsliga traditionen försiktigt och prövande närmade sig det moderna. Lundstedt å andra sidan var den kompromisslöse teoretikern och missionären.[51]

Mellankrigstidens politiska och statsvetenskapliga kontexter stod mellan det konservativa och det liberala, mellan det internationella och det nationella. Den konservative statsvetaren Rudolf Kjellén (1864–1922) uttryckte denna dynamik i begreppet geopolitik, som refererade till ett organiskt och därmed också dynamiskt perspektiv på nationalstaten.

[48] Undén, a.a. (1927), s. 99 f.

[49] Malte Jacobsson, Om statsmoral: Är staten bunden av individualmoralens regler?, Natur och kultur, 1925, s. 99 not 1.

[50] Undén, a.a. (1927), s. 95.

[51] Sundell, (ovan not 43), s. 506.

5 Andra världskriget och dess rättsliga uppgörelse

Den nya idealiserande universalism som fötts ur andra världskrigets kaos blev utomordentligt betydelsefull för vår tids syn på folkrätten. I Tyskland upplevde juristerna till och med en naturrättsrenässans artikulerad exempelvis av juridikprofessorn Gustav Radbruch som i en ofta citerad formel slog fast att domaren icke fick tillämpa oriktig lag, när det förelåg ”fall av flagrant brottsligt missbruk av lagen”.

Upplevelserna och de historiska erfarenheterna av de totalitära och auktoritära staterna efter andra världskriget innebar samtidigt en konsolidering av den folkrättsliga sedvanerätt som utvecklats om de mänskliga rättigheterna. Stadgorna för rättegångarna mot huvudkrigsförbrytarna i Nürnberg och Tokyo var exempel på sådan folkrättslig sedvanerätt.[52]

Det var efter verkställandet av dödsdomarna i Nürnberg i oktober 1946 som FN utvecklade en särskild konvention om folkmord, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, som antogs vid den generalförsamling i Paris i december 1948 där också FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna antogs.[53] En av dem som i egenskap av svensk delegat deltog i generalförsamlingens sammanträden i början av 1950-talet var civilrättsprofessorn i Uppsala Åke Holmbäck (1889–1976). Hans iakttagelser rörande förhandlingarna inom FN var starkt kritiska till den formalism och avsaknad av rutiner som präglade de första åren av FN:s verksamhet.[54]

Både de konstitutionella och folkrättsliga diskurserna var åren efter andra världskriget inne i en ny formativ period. Med segrarmakterna som katalysatorer inrättades Förenta Nationerna i San Francisco i augusti 1945, och den deklaration om grundläggande mänskliga rättigheter som utarbetades och antogs 1948 byggde på en universell konstruktion om tron på mänsklig värdighet, jämlikhet mellan man och kvinna och på stora och små nationers lika värde. När järnridån gick ner över Europa framkom att tolkningen av dessa mänskliga fri- och rättigheter var helt olika i Öst- och

[52] Ove Bring, De mänskliga rättigheternas väg – genom historien och litteraturen, Atlantis 2011, s. 454 ff.

[53] Ove Bring, a.a. (2011), s. 459 ff.

[54] Åke Holmbäck, ”Arbetssättet i Förenta Nationernas generalförsamling. Några fakta och några reflektioner, Skrifter tillägnade Vilhelm Lundstedt”, *Svensk Juristtidning* 1952, s. 560 ff.

Västeuropa. I västerlandet växte en alltmer uttalad kritik mot folkrätten som en global företeelse. Frågan ställdes om inte folkrätten levde i två skilda världar och man kunde i enlighet med folkrättshistorikern Arthur Nussbaum (1877–1964) konstatera att man endast kunde spekulera i om det skulle tas ett förmedlande steg i riktning mot en universell folkrätt.[55] Efterkrigstidens paradox var att det trots politisk pragmatism odlades en tro på en västerländsk (europeisk) folkrätt som garanterade folkens oavhängighet och suveränitet. Tron på en ”world public order” kombinerades med det återkommande kravet på mänsklig värdighet (”human dignity”, ”Menschenwürde”). Det var i FN:s allmänna förklaring 1948 som begreppet *soft law* användes för första gången, och den blev därigenom ett preludium till karaktären av senare multilaterala traktater.

Den svenska neutralitetspositionen under efterkrigstiden kopplades också till synen på folkrätten, nu som den kom till uttryck i Europakonventionen 1950. Östen Undén, som mellan åren 1945 och 1962 på nytt var utrikesminister, markerade sin restriktiva inställning till folkrätten under framhållande av den neutrala svenska undantagspositionen. Diplomaten Lennart Petri (1914–1996), som vid Europakonventionens tillkomst tjänstgjorde som attaché vid ambassaden i Paris, har i sina minnen beskrivit den schizofrena svenska inställningen till folkrätten. Undén framhöll för de skrämt förvånade unga diplomaterna ”att det verkligen inte vore något att sträva efter att fastslå skydd för mänskliga rättigheter i en konventionstext. Erfarenheten visade ju att omtanke om s.k. mänskliga rättigheter hade snedvridit utvecklingen.” Undéns uppfattning i denna del var ”lika orubblig som orimlig”.[56]

Undéns position var inte unik. Både den rena rättslärans upphovsman Hans Kelsen (1881–1973) och den brittiske rättslärde H.L.A. Hart (1907–1992) kom under efterkrigstiden att rikta häftiga attacker mot folkrätten och framför allt folkrättens sedvanor.[57]

[55] Wilhelm Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Baden-Baden 1988, s. 757 f.

[56] Lennart Petri, Sverige i stora världen. Minnen & reflexioner från 40 års diplomattjänst, Atlantis 1996, s. 241 f.

[57] Bederman, Custom as a source of law (2010), s. 161.

6 Den historiska vändpunkten: En postmodern och postkolonial folkrätt

Slutet på det kalla kriget, murens fall och inte minst den transparens som en transnationell rättsordning med globaliseringen som viktig kontext har skapat, har på nytt totalt förändrat folkrättens ställning. De rättsliga positionerna har under det senaste kvartsseklet förskjutits från modernitetens strikt positivistiska och pragmatiska paradigm mot ett paradigm som är betydligt mer transparent, flexibelt och sökande. Det universella harmoniserande perspektivet har kompletterats med ett postmodernt och postkolonialt mångfaldsperspektiv.

Globaliseringsdiskurserna har också i hög grad påverkat synen på FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Ett kulturrelativistiskt perspektiv blev i början av 1990-talet alltmer påtagligt. När de asiatiska länderna sammanträdde i Bangkok 1993 vidhöll man i och för sig FN-deklarationens universella karaktär, men framhöll samtidigt att denna måste ses i dess kontext, dvs. ”nationella och regionala omständigheter och varierande historisk, religiös och kulturell bakgrund”.[58] Bangkok-konferensen var ett förmöte till den FN-konferens om mänskliga rättigheter som avhölls i Wien och där slutprodukten i hög grad kom att referera till de punkter som Bangkok-konferensen slagit fast.[59] FN:s allmänna förklaring fick nu en postkolonial uttolkning som pekar på ett mer uttalat syntestänkande. Den tyske rättssociologen Ulrich Beck har definierat vår tids kunskapsstrukturer inte som ett *antingen–eller*, utan som ett *både–och*.[60] Synen på folkrätten följer detta mönster. Folkrättslig praktik kan antingen baseras på ett kulturperspektiv, där historien utgör en viktig beståndsdel, eller på en mer förnuftsbaserad praktik, där ”förhoppningar, passioner, moraluppfattningar och fantasier från den rättsliga diskursen” präglar besluten. Den finska folkrättsjuristen Outi Korhonen har i sin doktorsavhandling 2000 markerat behovet av en balanserad kulturposition.[61]

[58] Ove Bring, De mänskliga rättigheternas väg – genom historien och litteraturen (2011), s. 651.

[59] Ove Bring, a.a. (2011), s. 652.

[60] Ulrich Beck, Anthony Giddens & Scott Lash, Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse, Edition Zweite Moderne, Suhrkamp, Frankfurt/Main 1996.

[61] Outi Korhonen, International Law Situated: An Analysis of the Lawyer’s Stance Towards Culture, History and Community. The Hague/London/Boston 2000. – Anmäld av Andreas Paulus i 12 European Journal of International Law (2001), s. 1029 ff.

Betecknande nog har den inom rättshistorien länge dominerande rättskulturdebatten också sitt ursprung i en folkrättslig och komparativrättslig kontext. Bakgrunden var den närmast imperialistiska inställning som de amerikanska efterkrigsjuristerna hade till rättsligt biståndsarbete, den s.k. *Law and development*-rörelsen. Rättshistorikern Lawrence M. Friedman framhöll 1969 i en numera klassisk artikel nödvändigheten av att i den internationella dialogen mellan skilda rättssystem beakta rättens kontextuella perspektiv.[62] Det var i detta sammanhang han introducerade begreppet rättskultur, *legal culture*, vilken avsatt viktiga rättshistoriska diskurser.[63] I den postkoloniala folkrättsdiskursen återkommer nu denna diskurs. I ett parallellt exempel till Pierre Legrands epistemologiska komparation mellan juristernas kunskapsstrukturer i England och Frankrike[64] har Emmanuelle Jouannet i en viktig artikel tagit upp förhållandet mellan de skilda folkrättsliga positionerna i USA och Frankrike på grund av skilda kontexter.[65] Jouannet talar om ett ”reflektivt tillägnande” av rättskultursynen inom folkrätten. Hon pekar på nödvändigheten att också inom juristutbildningen vidga folkrättens perspektiv till frågor om historia, kultur och komparativ rätt.[66]

Redan de angivna exemplen visar att folkrätten i dag konstruerar ett nytt paradigm, i vilket man i allt större utsträckning anknyter till äldre folkrättstraditioner.[67]

På samma sätt som Emmanuelle Jouannet visar på skillnaderna mellan folkrättsuppfattningarna i USA och Frankrike med hjälp av kulturella kontexter, visar David Kennedy på vår tids behov av kunskap om den bortglömda ”klassiska” från Austin emanerande folkrättsideologin på 1800-talet som 1900-talets modernister sökte förtränga men som fortfarande utgör – och måste utgöra – en viktig del av vår tids folkrättskonstruktioner.

Koskenniemi betecknar, med en formulering hämtad från Kant, den moderna folkrättens företrädare som ”eländiga tröstare”. Kant använde

[62] Lawrence M. Friedman, ”On Legal Development”, 24 Rutgers Law Review (1969), s. 11 ff.

[63] Kjell Å. Modéer, ”Rättshistoria som samhällets spegel: Om Lawrence M. Friedman och hans vetenskapssyn”. I: Festskrift till Boel Flodgren, Juristförlaget i Lund 2011, s. 258 f.

[64] Pierre Legrand, ”European Legal Systems are not Converging”, 45 International and Comparative Law Quarterly (1996), 52 ff.]

[65] Emmanuelle Jouannet, ”French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law”, 58 Maine Law Review (2006), s. 292 ff.

[66] Emmanuelle Jouannet, a.a. (2006), s. 330 ff.

[67] Martti Koskenniemi, ”Why History of International Law Today?”, Rechtsgeschichte Bd 4 (2004), s. 63.

metaforen för att kritiskt placera Grotius och Pufendorf i den tidigmoderna folkrätten. Koskenniemi applicerar den på sitt förhållningssätt till den nya närmast naturrättsliga vokabulär som formulerats inom globaliserings- och de internationella rättsliga diskurserna.[68]

I den senmoderna nationella rättskälleläran har folkrätten och sedvanerätten på nytt blivit synliga rättskällor. Också detta är ett utslag för kontinuiteten i den klassiska skola Kennedy talar om. I sig är detta en del av en fortgående diskurs som handlar om en kamp om rätten, och där det under skilda perioder i rättshistorien har framkommit en kritik mot sedvanerätten i skilda nationella rättskulturer för att vara antingen för sofistikerade eller autonoma för att kunna acceptera dessa rättskällor.[69]

7 Det historiska argumentets återkomst – Folkrätten som en syntes mellan apologi och utopi

När den tyske juristemigranten Arthur Nussbaum (1877–1964) 1947 utgav sitt i dag klassiska arbete *A Concise History of the Law of Nations* betraktades det som en pionjärinsats. Han konstaterade att trots att rättshistoria ansågs vara ett av de mest kultiverade och fruktbara ämnena inom rättsvetenskapen så gällde den iakttagelsen inte folkrättsvetenskapen. Och detta trots den stora betydelse som den historiska kunskapen har på detta område.[70] Nussbaum kritiserade på ett kategoriskt sätt tolkningen av folkrättens historia som dess doktrinhistoria. Hans folkrättshistoria var en produkt av det kalla kriget. Den betonade upprätthållandet av det europeiska humanitära och idealistiska perspektivet på folkrätten. Även om folkrätten hade blivit universell på 1800-talet var han 1947 tveksam till om detta perspektiv hade rotats i de icke-europeiska länderna. Järnridån markerade inte bara en gräns mellan Sovjetunionen och västvärlden, den markerade också enligt Nussbaum skillnaden mellan livegenskap och nationers oberoende.[71]

Denna artikel har velat visa att vår tids folkrättshistoria i hög grad är knuten till de rättshistoriska diskurser som behandlar rättsliga kulturer och

[68] Koskenniemi, Histories of International Law (2011), s. 308.
[69] Bederman, Custom as a source of law (2010), s. 170.
[70] Arthur Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations, New York 1950, s. 293.
[71] Koskenniemi, Histories of International Law (2011), s. 161.

traditioner. Martti Koskenniemis skrifter präglas i hög grad av kontextuella perspektiv på folkrättsliga regler.[72] Det blir ett sätt att demonstrera att också universella och till synes tidlösa normer genom historien är knutna till bestämda kontexter, projekt eller intressen.[73] Samma historiska argumentation finner vi hos flera andra av de här refererade folkrättsforskarna.

Kritiken mot det universalistiska och kosmopolitiska perspektivet på folkrättshistorien har också artikulerats av den franska folkrättshistorikern Emmanuelle Jouannet, som i ett antal artiklar betonat den mångfald av nationella, regionala, individuella och institutionella visioner som präglar det folkrättsliga mönstret. Det är dessa många rättsliga kulturer – och inte någon kosmopolitisk kultur – som vi kan identifiera. Visst kan man tala om ett gemensamt embryonalt folkrättsligt språk, men detta språk talas av individer, vars röster är förankrade i olika rättskulturer. Det växer fram en ny förförståelse av den internationella rätten som är förankrad i koncepten kultur och språk. Det finns, framhåller Jouannet, i dagens folkrätt en medvetenhet om behovet att betrakta folkrätten utifrån dess historiska och kulturella kontexter.[74]

Denna artikel har intagit ett metaperspektiv i förhållande till den svenska folkrättens historia. Några belysande nedslag i historien har velat visa att den svenska folkrättsdiskursen förhåller sig till den europeiska och även till den universella. I ett föredrag 2000 redogjorde exempelvis FN:s dåvarande rättschef Hans Corell inför svenska hovrättsjurister för sin syn på domarrollen ur ett FN-perspektiv. Internationaliseringen av domarrollen stod i fokus för framställningen men samtidigt insikten om att domarkulturen i hög grad är nationellt, till och med lokalt, förankrad. Han avslutade sin framställning med att citera en tingspredikan från Tjusts domsaga 1753, som avhandlade domarens ansvar och behov av att med styrka och kraft förvalta ett ämbete.[75] För Corell blev denna historiska referens ett sätt att historiskt legitimera rättsstaten i enlighet med

[72] Se exempelvis The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960 (2004).

[73] Koskenniemi, Histories of International Law (2011), s. 174 f.

[74] Emmanuelle Jouannet, ”French and American Perspectives on International Law: Legal Cultures and International Law” (2006), s. 292 ff.

[75] Hans Corell, ”Domarrollen i FN-perspektiv. Personliga reflektioner vid ett lagmansmöte i Svea hovrätt”, 85 Svensk Juristtidning 2000, s. 676.

FN-stadgans ändamål. Emmanuelle Jouannet hade inte hittat ett bättre exempel på hur den folkrättsliga identiteten i vår globala värld bottnar i ett sökande efter ”ett gemensamt historiskt minne” som är förankrat i både tid och rum.[76]

[76] Emmanuelle Jouannet, a.a. (2006), s. 332.

Ann-Christine Petersson Hjelm

Emigrantexport: ett sätt för lokalsamhället att bli av med ”icke önskvärda element”?

Den svenska och irländska fattigvårdens förhållningssätt

1 Om ämnet och något om vägen dit

Åren som Rolf Nygrens doktorand innebar förtroende och en alltmer uppövad förmåga att argumentera för mina vetenskapliga avsikter. Kravet när det gäller intresseväckare, hos sagde vägledare, är absolut och nyhetsvärdet ska ha intentionen att bryta ny vetenskaplig mark. Det var därför med belåtenhet som jag fann ett uppslag, förmedlat av professor emeritus Ulf Beijbom, där han diskuterade emigration och huruvida europeiska myndigheter betraktade Nordamerika som avstjälpningsplats för fattighjon under 1800-talet.[1] Ämnet *assisted emigration*[2] är föga uppmärksammat i Sverige men numera väl beforskat internationellt. I Storbritannien utfärdades särskild lagreglering på området genom *Act (1838) for the More Effectual Relief of the Destitute Poor in Ireland*.[3] I praktiken innebar systemet att lokala myndigheter gav resebidrag till personer som

[1] Beijbom, Ulf, *Mot löftets land: Den svenska utvandringen*, LT:s förlag, Stockholm 1995, s. 61. (Omarbetning av *Amerika, Amerika! En bok om utvandringen*, 1977, s. 49). Berggren, Håkan, *Förenta staternas historia*, Halmstad 1966, s. 69. Berggren framhåller de lagar som stiftades redan under kolonialtiden för att motverka invandring av kriminella eller ”andra icke önskvärda element” som bland annat Storbritannien ansåg lämpliga att sända till kolonierna i Amerika.

[2] Begreppet *assisted emigration* ges en närmare förklaring i avsnittet *Assisterad emigration – irländska erfarenheter.*

[3] Se ex. Moran Gerard, *Sending Out Ireland's Poor: Assisted Emigration to North America in the Nineteenth Century*, Four Courts Press, Dublin 2004. Miller, Kerby A., *Emigrants*

betraktades som en belastning för samhället, mot löfte av att bidragstagarna emigrerade. Inte heller i Sverige var lokalsamhället främmande för att reglera individers rörlighet.[4] Seklet präglades av en omfattande, reglerad flyttningsrätt såväl vid utvandring som vid bosättning utanför sockengränsen. En förklaring till den beskurna rätten att bosätta sig fritt var att ansvaret för fattiga, kriminella och andra som ansågs ligga samhället till last inte skulle vältras över på någon annan socken. Diskussionerna kring problematiken tog fart i riksdagen i synnerhet under missväxtåren på 1860-talet.[5]

Beijbom konstaterade att denna metod enligt vittnesbörd i svenska utvandrarbygder inte var helt okänd här, ”men allt skedde i hemlighet och kommuner och myndigheter var sällan öppet engagerade”.[6] Vidare, framhöll Beijbom, brukade även kriminella element förpassas till Amerika av myndigheterna och enligt ”amerikanske konsuln i Göteborg reste mängder av icke önskvärda element också från Sverige till USA år 1890”.[7] Mina efterforskningar om villkorade emigrationsresor i Sverige i syfte att på detta sätt minska försörjningsbördan av fattiga och kriminella liknande dem som avsågs i den irländska lagen gav endast begränsad information. Frågan om och i så fall hur assisterad emigration hanterades av lokalsamhället är relativt obruten mark i Sverige.

I mitt bidrag kommer jag att diskutera assisterad emigration av fattiga och kriminella till Nordamerika. Irland används som jämförelsematerial, mer än en regelrätt komparation, för att belysa en medveten myndighetsstrategi[8] som syftade till att bli av med fattiga, brottslingar och individer som sågs som en belastning för samhället genom att skicka dem till Amerika, ibland med villkoret att de inte fick återvända.[9]

and exiles: Ireland and the Irish Exodus to North America, Oxford University Press, Oxford, 1985.

[4] Se avsnitt nedan om Den rättliga regleringen av individens frihet och bosättning 1840–1903.

[5] Gerger, Christina, *Där nöden var som störst: en studie av fattigdom och fattigvård i en småländsk landsbygdssocken 1815–1935*, Akademitryck, Stockholm Univ., Stockholm 1992 [Diss] s. 31.

[6] Beijbom, 1995, s. 61, 1977, s. 49.

[7] Beijbom, 1995, s. 61, 1977, s. 49.

[8] Moran, 2004, s. 13 f och 70 f. Här behandlas enbart vad som kan betraktas som assisterad emigration genom myndigheters försorg. Moran behandlar i sitt arbete olika konstellationer av emigrationsstöd från olika intressen, såsom *landlords* och filantroper.

[9] Crossman understryker att den irländska fattigvårdslagstiftningen inte kan förstås isolerad utan bör ses tillsammans med det engelska systemet. Rättskulturellt utgår lagarna

1800-talet är en omvälvande period. Industrialiseringen och den växande skaran av ekonomiskt utblottade individer som emigrerade till Nordamerika illustrerar avgörande händelser som diskuteras här.[10] I forskningen beskrivs utvandringen som beroende av dels ”pushfaktorer”, dvs. svårigheter att finna utkomst i hemlandet, religiösa eller politiska inskränkningar etc., dels ”pullfaktorer”, dvs. möjligheter för individer enligt homesteadlagen att få tillgång till 65 hektar jord, stärkt religionsfrihet etc.[11] Utstötningsfaktorer till trots betraktas emigrationen till Nordamerika som frivillig medan ekonomiskt bidrag – för dem som betraktades ligga lokalsamhället till last – torde kunna tolkas som ett påtryckningsverktyg från myndigheternas sida att emigrera.

2 Emigrationsbistånd: fattigvårdens påtryckningsmedel på fattiga och kriminella?

Startskottet för den omfattande utvandringen till Nordamerika gick 1840.[12] Utvecklingen påverkades av avreglering av depositionskravet för emigranter, dvs. att ställa säkerhet för ett återvändande till landet.[13] Det

från samma rättsideologi, likartad praxis och har en administrativt likartad uppbyggnad. Crossman, Virginia, Politics, Pauperism and Power in Late Nineteenth-century Ireland, Manchester University Press, Manchester 2006, s. 6.

[10] Petersson, Birgit, ”*Den farliga underklassen”. Studier i fattigdom och brottslighet i 1800-talets Sverige*, Umeå 1983.

[11] Om ekonomiska och sociala orsaker, se Barton, 1994, s. 71. Forskning avseende emigranter som av religiösa skäl lämnat landet är beforskat, se George M Stephenson, *The religious aspects of Swedish immigration. A study of immigrant churches*, Minneapolis 1932. Beijbom, 1995, s. 9–31. Norman, Hans och Runblom, Harald, *Amerikaemigrationen*, Bohusläningens AB, Uddevalla, 1980, s. 48 ff. I Danmark uppgavs 1875 hur den danske socialistledaren Louis Pio fick 10 000 kr genom polismyndigheternas försorg för att emigrera förutsatt att han aldrig återkom till landet som exempel på politiskt icke önskvärda elements avlägsnande. Politiskt blev värnpliktsvägrarna en betydande fråga enligt angivna källa. Beijbom, Ulf, 1995, s. 39 ff. ”Utstötnings- och attraktionslagar” som ekonomisk förklaringsmodell, se ex Barton, 1994, s. 37. Moran, 2004, s. 13 ff.

[12] Runeby, Nils, *Den nya världen och den gamla. Amerikabild och emigrationsuppfattning i Sverige 1820–1860*, Svenska bokförlaget, Uppsala, 1969, s. 131 f.

[13] Kungl. förordning av den 4 maj 1840. SFS 1840:15. Upptakten till den restriktiva utvandringslagstiftningen behandlas av Agnes Wirén, *Uppbrott från Örtagård: Utvandring från Blekinge till och med år 1870,* Gleerup, Lund, 1975, s. 30 ff.

enorma befolkningstappet år 1903 innebar att emigrationen kom att politiskt starkt ifrågasättas på bred front och krav på en emigrationsutredning restes.[14] 1840–1903 är således en relevant period att diskutera. Här problematiseras alltså, vid sidan av den självvalda emigrationen, om myndigheter såg en möjlighet att sända fattiga, kriminella element till Nordamerika. Avsikten är inte att belysa regelrätt deportation av kriminella som exempelvis Storbritannien tillämpade.[15] I stället är det förekomsten av eventuell reseersättning av socknarna, senare kommunerna[16], till individer mot löftet att de emigrerade.

I svensk forskning diskuteras inte om emigration användes som ett verktyg för att bli kvitt befolkning som sågs som en belastning, i första hand ekonomiskt. I delar av Europa är frågan däremot uppmärksammad som en social- och kriminalpolitisk del av myndigheternas legitimerade verksamhet på lokal, regional och central nivå. Såsom nämnts hävdar Beijbom att myndighetsbistånd vid utvandring var en realitet även i Sverige. Är då anledningen till att fenomenet är relativt obeforskat hos oss att sådant bidrag förblev ovanligt i Sverige eller att frågan inte har belysts? Frågan är inte enkel att besvara, delvis på grund av att Sverige, till skillnad mot Irland, inte hade en offentlig agenda. För att få ett grepp om den svenska situationen krävs därför en mer omfattande kartläggning av enskilda fall utifrån ett flertal källor, såsom husförhörslängder och fattigvårdsstyrelsernas protokoll.

Situationen i Irland utgör en intressant jämförelsegrund. Där tillämpade myndigheterna 1838 års irländska fattigvårdslag just i syfte att minska belastningen på samhället. Av den anledningen har jag funnit det givande att diskutera det irländska och svenska förhållningssättet till assisterad emigration utifrån en rättskulturell ansats. Möjligheten att diskutera rättslig identitet problematiseras ytterligare nedan, från utgångspunkten att det är fruktbart att tillämpa komparativa verktyg.

Epitetet ”icke önskvärda element” är relativt. Eftersom begreppet inte har en fast definition i svensk fattigvårdslagstiftning är det ogörligt att

[14] Se ex. Barton, 1994, s. 135. Över 35 000 personer lämnade Sverige detta år; en sista emigrationstopp. Se Lars Ljungmark, *Den stora utvandringen,* Stockholm, 1965, s. 179–180.

[15] Se Beijbom, 1977, s. 49–50, England sände mellan 1870 och 1891 8 000 personer till Amerika som ett alternativ till fängelse. I Danmark protesterade 1868 amerikanska sändebudet i Köpenhamn mot att danskarna sände förbrytare till USA. Jfr Nova Suecia, Delaware, som användes som svensk deportationsort från 1638, se ex. Beijbom, 1995, s. 32.

[16] Socken som administrativ enhet ersattes den 1 januari 1863 med borgerliga kommuner.

belägga antalet individer myndigheterna faktiskt sände till Nordamerika. Allmänt torde alla som sågs som en belastning i lokalsamhället, dvs. ekonomiskt, politiskt, religiöst, socialt, osv. kunna inlemmas här. Den samtida politiska debatt som redovisas nedan visar att fattiga och kriminella ansågs vara en börda för samhället. För att göra jämförelsen i förhållande till den irländska fattigvårdslagen mer givande har jag valt att belysa likartade fall. En öppen diskussion kring förståelsen av begrepp sker nedan och redovisas i fallbeskrivningarna.

3 Emigrationsexport – en realitet?

Ett syfte med detta bidrag är att ta upp frågan om det i Sverige förekom *assisterad emigration*[17] genom myndigheters försorg. Om så var fallet, hur motiverades detta av myndigheterna och hur realiserades verksamheten i praktiken? Aktuell tidsperiod innefattar åren från 1840, då Sverige får en öppnare policy gentemot utvandring, fram till 1903, då emigration ifrågasätts på bred front. Mer specifikt aktualiseras följande två spörsmål om assisterad emigration till Nordamerika:

a) Går det att se tendenser till uppkomst av en specifikt svensk och en specifikt irländsk rättskultur på området? Om ja, återfinns på den politiska, lagstiftande och mediala arenan ett mer protektionistiskt förhållningssätt som grund för den svenska rättskulturen i jämförelse med den irländska?

b) Hänvisas det till ”oönskade element” som lokalsamhället ville bli av med i källor eller politiska diskussioner? Om så, vilka var dessa ”oönskade element” enligt aktuella källor?

Ramar måste skapas för att ge denna komplexa problematik en rimlig omfattning i arbetet. Frågan, om dylik emigrationsexport av individer som samhället såg sig ha en chans att bli kvitt, hanteras därför dels genom traditionella rättskällor rörande emigration, dels genom referat från samtal med professor emeritus Arnold H Barton.[18] Bartons samlade erfaren-

[17] Det angloamerikanska begreppet *assisted emigration* har jag funnit givande att tillämpa för att diskutera fenomenet också i svensk rättskultur.

[18] Professor emeritus Arnold H Barton, specialiserad på skandinavisk historia i Nordamerika, tillika även hedersdoktor vid Uppsala universitet.

het av emigrationsforskning ger en unik aspekt på ett område som inte blivit uppmärksammat vetenskapligt och tanken är att dessa samtal ska komplettera doktrin och rättskällor.

Förekomsten av legitimerat emigrationsbistånd från svenska myndigheter är komplext att belägga genom tillgängliga källor. Kvantifieringar av eventuell emigrationsexport av individer ligger utanför detta arbetes ramar.[19] Problematiken ska här i stället diskuteras genom att fokusera på den rättsliga hanteringen av biståndet och genom att kartlägga enskilda individers situation i praktiken. Så, vilka källor finns då att tillgå för att identifiera människor som myndigheterna såg som en samhällelig belastning? Något protokoll utformat enbart för att ge villkorade bidrag till emigration fördes inte systematiskt. I församlingens utflyttningslängd under kolumnen *Övrigt* finns uppgifter om exempelvis kriminalitet, oäkta barn etc. Där står även om personen i fråga emigrerade. Fattigvårdsstyrelsens eller kommunernas protokoll ger sedan besked på individnivå om bidrag gavs i syfte att förmå individen att emigrera till utlandet.

4 Kulturell förståelse av assisterad emigration: en komparativt inspirerad ansats

Går det då att diskutera *rättskultur* med ovan angivna anslag? Min uppfattning är att förståelsen av en kultur beror på dess kontext och betydelsen varierar beroende på forskarens tolkning.[20] Möjligheterna att genomföra rättskulturellt inspirerade arbeten är föremål för polemik och svårigheten med att förstå andra rättskulturer är omskriven inom flera vetenskapliga områden.[21] Lawrence Rosen diskuterar tänkvärt nödvändigheten av att nå

[19] Förekomst av fattigvårdsunderstöd redovisades bland annat i Landshövdingarnas berättelser. Härav framgår även hur understödet liksom emigrationen ansågs belasta länen.

[20] ”Whether we can ever get to know another culture from the inside – the answer being 'of course, we can', and 'of course, we cannot' […] but we do not have to be able to point to every nuance of personal meaning to be able to say a great deal about the logic of the culture that is conveyed to its own members.” Rosen, Lawrence, *Beyond compare,* In *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Pierre Legrand and Rodrick Munday, (eds.) Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 502.

[21] Petersson Hjelm, Ann-Christine, *A Comparative Bridge: Challenges in Teaching Comparative legal history,* Ur How to teach European comparative legal history: Workshop, Faculty of law, Lund university, 19–20 august, 2009, (Eds Kjell Å Modéer and Per Nilsén), Juristförlaget, Lund 2011, s. 164.

kärnfrågan vid komparation och hur varje förståelse kan bli snedvriden: ”when we fall into the trap of thinking that the ways we have come to view the connections among various aspects of a culture are the ways those connections ’naturally’ tend to take shape. Much depends, of course, on the assumptions and position from which one starts the comparison”.[22]

Här tas en bred utgångspunkt för att urskilja rättsliga, men även religiösa, sociala, politiska och ekonomiska föreställningar som kan antas ha påverkat rättskulturen i Sverige och Irland.[23] För att få en förståelse av förutsättningarna av emigrationsbistånd är min uppfattning att rättssystemet *per se* inte kan separeras från sitt kulturella sammanhang. En ledande auktoritet som är givande för den diskussion som förs här är Roger Cotterrell.[24] Han understryker fruktbarheten av rättssociologin för arbeten som syftar till att studera hur normsystem skapas och hur de tillämpas av myndigheter i en samhällelig kontext.[25]

Ingen renodlad komparation sker i det följande av Irlands och Sveriges emigrationsstrategi av ”icke önskade elements” resa till Nordamerika utan avsikten är att rikta sökljuset mot ländernas rättskulturella förståelse av problematiken. Ett jämförande, historiskt perspektiv på utvandrarens förutsättningar inhämtas i dokument samt genom refererade samtal med Barton, i syfte att ytterligare belysa det studerade fenomenet.[26]

[22] Rosen, 2003, s. 496.

[23] Modéer, Kjell Å.: Juristernas nära förflutna – Rättskulturer i förändring, Santérus förlag, Stockholm, 2009, s. 41 ff.

[24] Petersson Hjelm, 2011, s. 164. Redogör för nyttan av ett rättssociologiskt perspektiv i juridik för att se frågan i dess samhälleliga kontext.

[25] Cotterrell, Roger, *The Sociology of Law*, 2 uppl., Butterworths, London, 1992, s. 27.

[26] Professor Barton kontaktades 2011-04-15. I ett mer utförligt brev presenterades Vänbokens direkta frågeställning och de i artikeln refererade svaren. Barton gav vid samtal 2011-08-01 värdefulla synpunkter på området. Ansvaret ligger dock helt på författaren till detta arbete för hur replikerna har placerats i sitt sammanhang. Attityder gentemot emigration som fenomen var ett av delmålen i det välciterade arbetet: Barton, H. Arnold, (1994). A Folk Divided: Homeland Swedes and Swedish Americans, 1840–1940. Southern Illinois University Press Carbondale, IL Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis.

5 Rättslig reglering av individens rörelsefrihet 1840–1903

Individens rörelsefrihet var inte enbart reglerad vid emigration utan även bosättning och uppehälle inom landet reglerades i Sverige. Under 1700-talet kom ett flertal författningar att exemplifiera hur samhället framför allt styrde de mindre bemedlade medborgarnas frihet, såsom genom rätten att neka personer bosättning, om de befarades belasta fattigvården, såsom t.ex. i 1788 års Kungl. kungörelse.[27] 1840-talet innebar en viss liberalisering genom 1847 års fattigvårdsförordning som gav ökad frihet att flytta från en socken till en annan.[28] Samma år inrättades fattigvårdsstyrelsen och socknarna hade en relativ frihet avseende understödsformerna. Persondata om dem som beviljas fattigvård antecknades i *fattigboken*, en källa som innehöll ungefär samma information som sockenstämmoprotokollet.[29] Forskning visar på lokala myndigheters rädsla i Sverige att ”utsocknes mindre bemedlade personer skulle ta sitt säte i församlingen”.[30] Resultatet blev att personer aktivt avvisades som en konsekvens av dessa farhågor och att avvisandet blev ett rutinuppdrag för sockenstämman.

På motsvarande sätt reglerades försvarslösa, dvs. personer som inte ägde laga försvar enligt 1833 års försvarslöshetsstadga, och ådömdes allmänt arbete på obestämd tid på korrektionsinrättningar. Viss liberalisering skedde även i denna stadga 1846, jämte tillägg i Kungl. kungörelse 13 juli 1853 genom att den erkänt ordningsamme försvarslöse kunde erhålla ett intyg om att han efter förmåga sökte ärlig försörjning.[31] Den försvarslöse var, liksom övriga invånare, underkastad passtvång. Vid början av 1800-talet innebar passtvånget begränsade möjligheter att röra sig fritt i Sverige. Flera dokument krävdes även för att bekräfta folks tillhörighet

[27] Gerger, 1992, s. 29. Av den 5 december 1788.

[28] SFS 1847:23, Kungl. Maj:ts nådiga förordning angående fattigvården i riket. Infördes den 25 maj 1847. Se ex. Gerger, 1992, s. 136.

[29] Efter 1862 kommunalstämmoprotokollet.

[30] Gerger, 1992, s. 74.

[31] Kungl. Majt:s nådiga stadga angående försvarslösa och till allmänt arbete förfallna personer, den 29 maj 1846.

och frejd under perioden.[32] Passtvånget avskaffades genom Kungl. förordning den 21 september 1860 men det gällde inte den försvarslöse.[33]

En liberalisering skedde även gällande utvandringen. Perioden inleddes med antagande av Kungl. förordning, 4 maj 1840[34], där tvånget för utlandsresenärer att ställa borgen som säkerhet för sitt återvändande till Sverige avskaffades.[35] Under nödåren (1864–1878) ökade utvandringen liksom trycket på fattigvården – emigrationstopparna avspeglade ofta direkta företeelser i samhället. År 1884 blev utvandringsfriheten också mer reglerad som en konsekvens av ökad emigration av bland andra värnpliktiga. Utvandrarna måste därefter uppvisa flyttningsbetyg medan det tidigare inte sällan räckt med ett frejdebetyg.[36] Pastorsämbetet noterade på det standardiserade flyttningsbetyget om personen ”åtnjöt medborgerligt förtronde”.[37]

Andelen fattiga ökade under 1800-talet och de medellösa kom allmänt att betraktas som en fara för samhällen i Europa.[38] En ny förordning utfärdades den 9 juni 1871, där bland annat rättigheterna för de individer som betraktades som vårdberättigade inskränktes.[39] I lagstiftningen ovan framgår hur utsatta grupper också etiketterades under perioden 1840–1903 för att hanteras av samhället.[40]

Vilka krav ställdes då på invandrarna, i synnerhet utfattiga personer eller de med ett kriminellt förflutet, vid ankomsten till Nordamerika? Barton poängterar att tidsaspekten är av betydelse och vid periodens

[32] Enligt Kungl. förordning av den 20 januari 1865. Se Lext, Gösta, *Studier rörande svensk emigration till Nordamerika 1850–1880: Registrering, propaganda, agenter, transporter och resvägar*, Landsarkivet i Göteborg, Göteborg 1977.

[33] SFS 1860:34.

[34] SFS 1840:15, s. 3.

[35] Motionen lades i riksdagen av Lars Johan Hierta. Se Beijbom, 1995, s. 34. Barton, 1994, s. 11, 14. Runeby, 1969, s. 132. Runeby framhöll Hiertas malthusianskt färgade syn på utvandring.

[36] Wirén, 1975, s. 19. Lext, 1977, s. 29 ff.

[37] Norman, och Runblom, 1980, s. 48 ff.

[38] Se ex. Petersson, Birgit, ”*Den farliga underklassen”. Studier i fattigdom och brottslighet i 1800-talets Sverige*, Umeå 1983. Vid riksdagen 1840/41 lades en motion av C A Agardh rörande behovet av statens ingripande mot bakgrund av den enorma ökningen av fattighjon, backstugusittare och inhyseshjon. Jfr Runeby, 1969, s. 180–181. Agardh avvisar emigration som lösning.

[39] Se Beijbom, 1995, s. 18, 42, Barton, 1994, s. 3.

[40] Runeby, 1969, s. 95. Debatten om fattigdom och överbefolkning kom ständigt att knytas samman med emigration från 1830-talet.

inledande decennier var regleringen begränsad i hamnstäder som New York, Castle Garden.[41] Vid slutet av seklet skärptes kraven till en mer kritisk urskiljning av individer även om förfarandet i praktiken omfattade fysisk kontroll och förhör på enbart några minuter. Immigrationsstationen Ellis Island symboliserar ofta denna urskiljningsprocess. Trots den stora mängd av personer som passerade denna station var den i gång först 1892.

6 Emigrationens rättspolitiska agenda och synen på dem som utvandrade

Forskningen visar att emigranterna sällan tillhörde de allra fattigaste, såsom inhyseshjon, backstugusittare och statare, ofta representerade av äldre, handikappade och psykiskt sjuka.[42] Initialt utvandrade hantverkare och bönder från Sverige, där flertalet var relativt välbärgade medan ensamutvandringen dominerade vid slutet av seklet.[43] För att få besked om utvandring alls skedde bland utsatta individer genomförde jag en mer omfattande sökning i Emibas[44] vid Utvandrarnas hus i Växjö. Sökningen visade att ett inte obetydligt antal individer utvandrade från fattighus och fängelser eller beskrevs som ”inhyses”, ”fattiggossen” eller liknande i databasen.[45] Hur de många medellösas resor finansierades framgår däremot

[41] Samtal 2011-08-01.

[42] Norman, och Runblom, 1980, s. 60.

[43] Beijbom, 1995, s. 38.

[44] Emibas är en databas som innehåller emigranter från mer än 2 300 församlingar, sammanlagt 1 093 689 poster, omkring tre fjärdedelar av alla emigranter från Sverige. Databasens uppgifter är hämtade ur de svenska kyrkoarkivens utflyttnings- och husförhörslängder och från rotemansarkiven för delar av Stockholm.

[45] Enbart sökord ”fattig” alternativt ”fängelse” genererade flera tusen träffar i Emibas. Husförhörslängderna ger enbart information, vilket exemplifieras av ”fattiggossen” Karl Johan Gyllander, f. 1865-04-24, som emigrerade till Amerika från Borgsjö, enligt husförhörslängden A1:5C, s. 634. Husförhörslängden indikerar att ett större sällskap lämnade Borgsjö men anledningen eller finansieringen framgår inte av denna källa. I Wiréns avhandling, som är en regional studie, saknas ekonomiskt sämre ställda grupper under 1800-talets första del och enbart enstaka undantag förekommer mot slutet av 1870-talet. Wirén, 1975, s. 90. Wirén drar även slutsatsen, s. 95, att: ”Landsbygdens s.k. underklass – fattiga och backstugusittare m.fl. – deltog varken i emigrationen till Nordamerika eller Europa.”

inte i databasen utan kräver, som fallbeskrivningarna nedan visar, att flera källor granskas parallellt.

Den rättspolitiska agendan och synen på dem som emigrerat under 1800-talet är relativt väl dokumenterad.[46] För att ge en inblick i förhållandena är det givande att illustrera tidens debatt som ofta utgjorde en hätsk diskussion mellan förespråkare av emigration och motståndare till den.[47] Extra näring fick debatten genom diskussionen om vilka utvandrarna egentligen var. Två ståndpunkter illustrerar ytterligheterna, dels att landet ansågs förlora stora delar av den resursstarka befolkningen vid utvandring,[48] dels att emigrationen var ”en välkommen avlastning av en befolkning, som landet inte förmådde försörja – åtminstone inte till en början”.[49]

Rättspolitiskt kan förenklat en skiljelinje dras mellan konservativa och liberala krafter, i en diskussion som fördes i termer av *förlust av befolkningskapital* kontra en möjlig *samhällsavlastning*. Vid 1840-talets inledning fanns, menade Barton, en beundran för Amerika i det liberala lägret medan ett avståndstagande synliggjordes i det konservativa lägret.[50] Liberalerna ansåg att staten existerade för att upprätthålla välfärd och rättigheter och emigration var en möjlig utväg vid statens misslyckande. Konservativa röster höjdes däremot mot bristande solidaritet, patriotism och moralisk styrka gentemot Sverige och vikten av arbetskraft som en förutsättning för ekonomisk utveckling underströks.[51] Tonläget skärps även gentemot den växande andelen fattiga och andra grupperingar som betraktades belasta samhället.[52] Några av de mer högljudda rösterna i olika forum har fått illustrera epoken. Förtydligas ska vidare att tonviken har lagts på att belysa frågan om ”icke önskvärda element” som socknen fick dra försorg om.

Lokaltidningar citeras ofta i forskningen och det är ingen slump eftersom de mer utvandringsintensiva områdena publicerade ett rikt material.[53] I

[46] Se ex Wirén, 1975, s. 66 ff. Barton, 1994. Beijbom, 1995, etc. Tilläggas ska att synen på befolkningsöverskott/-underskott behandlas olika i läror såsom malthusianismen.

[47] Se ex Lewin, Leif, *Ideologi och strategi: svensk politik under 130 år*, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2002, om protektionism kontra frihandel.

[48] Norman, och Runblom, 1980, s. 72.

[49] A.a., s. 8.

[50] Barton, 1994, s. 11.

[51] A.a. s. 35–36.

[52] Se Runeby, 1969, avsnitt V. Revolution och republik, s. 91 ff.

[53] A.a., avsnitt X, Den casselska utvandringen.

Östgöta Correspondenten, jämförde C. F. Ridderstad emigrationen med ”mani” och i Nya Wermlands Tidningen (NWT) gavs tydligt uttryck för misstro såväl mot emigranterna som mot emigration.[54] I NWT uttryckts misstron, den 11 april 1855, med att det inte var överflödig arbetskraft som utvandrade, eftersom arbete fanns i provinsen, utan orsaken var i stället en ”tillväxande äventyrare- eller rättare sagt dagdrivarelusta”. Emigrantprofilen beskrevs i tidningen genom att inga är ”mera lata, sedeslösa och liknöjda än de, som till andra orter utvandra”. En anledning var att den mer bemedlade befolkningen fick ökande omkostnader för fattigvården och frågan om utvandringens inflytande på fattigvården blev föremål för debatt i lokalsamhället.[55]

Emigrationspropaganda av det mer högmälda slaget kom också från akademiskt och politiskt håll. Tre spridda men starka röster får illustrera det. År 1840 publicerade prästen Petrus Laestadius ett manifest som välkomnade den rättsliga avregleringen.[56] Landets prohibitiva åtgärder mot emigration, menade Laestadius, var ”naturvidriga”.[57] Han framhöll utvandringens fördelar med att ”vi skickar vårt överskott dit, istället för att kväva dem i fattigdom i Sverige”.[58] I en avhandling från 1875 ifrågasatte professor Wilhelm Erik Svedelius om emigration verkligen innebar en förlust för Sverige eftersom dessa individer annars hade ökat bördan för fattigvården och massan av utarmade.[59] Professor Knut Wicksell deltog i debatten och i föredragen *Om Utvandringen, dess betydelse och orsaker* i Stockholm och Uppsala 1881 framhöll han att emigration inte var en permanent och tillfredsställande lösning för att motverka fattigdom.[60] Wicksell berör vad han beskriver som den beryktade utvandringen (ofta från Danmark och Nordtyskland) och hur myndighetspersoner i de bortresandes hemtrakter betraktar utvandringen som en lättnad

[54] Barton, 1994, s. 19. Runeby, s. 229.

[55] Gillberga kyrkoarkiv KI 6, sockenstämmoprotokoll 1855-05-13. Se Runeby, 1969, s. 432 ff. I Runebys bok redogörs för hur den anförda debatten i Nya Wermlands Tidningen 1855 utgör tändvirke till sammankomsten. En petition utformades som syftade till ”en förbättrad lagstiftning rörande utvandringsrättigheten”. Runeby, 1969, s. 433–434.

[56] Laestadius, Petrus, *Tankar om fattigdomen och fattigvården i Sverige*, Stockholm, 1840.

[57] A.a., s. 33–39.

[58] Om Laestadius, se Runeby, 1969, s. 116. Runeby understryker dennes malthusianska lösningar: staten ska inte reglera sociala missförhållanden i högre utsträckning.

[59] Barton, 1994, s. 75.

[60] A.a., s. 72.

för kommunerna. På detta vis befrias kommunerna ”från några af sina sämsta element”. Wicksell skriver att det är ”gemenligen socknarnas värsta afskrap, barn uppväxta i de sämsta hem, och af hvilka ej annat kan väntas, än att de skola träda i sina fäders och mödrars fotspår; och man är glad att tills vidare varda dem qvitt”.[61]

1903 ifrågasatte professor Pontus Fahlbeck, i riksdagens första kammare, den fortsatt höga emigrationen eftersom de ekonomiska förutsättningarna i landet förbättrats från sekelskiftet.[62] Fahlbeck kom att tillhöra Nationalföreningen mot emigration som bildades 1907 där även den namnkunnige statistikern Gustav Sundbärg blev medlem. Såsom redan påpekats ansågs massutvandringen vid sekelskiftet vara ett partiöverskridande problem och *Emigrationsutredningen*[63] tillsattes.[64] Utredningen kom att ledas av nämnde Sundbärg och utmynnade i 21 volymer.[65] Kommissionen underkände dock det konservativa förslaget som föreslog skärpt lagstiftning mot utvandring och epokens slut utmärktes av stöd för en mer liberal linje.

7 Lokalt administrerade bidrag för emigration från Sverige?

Beijbom hävdade att lokalsamhället lämnade emigrationsbidrag till fattiga, kriminella och andra som betraktades som en belastning för fattigvården under 1800-talet. Förekomsten av bidrag för att sända individer som låg lokalsamhället till last ansåg även Barton som en realitet. Barton delar även Beijboms åsikt att fattigvårdsstyrelsens ledamöter agerade

[61] Wicksell, Knut, *Om Utvandringen, dess betydelse och orsaker*, Föredrag hållet i Stockholm den 25 och den 28 november samt i Uppsala den 3 december 1881, Albert Bonnier förlag, Stockholm, 1882, s. 15.

[62] Barton, 1994, s. 133.

[63] http://www.ub.gu.se/sok/ebok/egna/textarkiv/emigrationsutredningen/pdf/00_betankande.pdf. Sundbärg, Gustav, *Emigrationsutredningen. Betänkande i utvandringsfrågan och därmed sammanhängande spörsmål: jämlikt Kungl. brefvet den 30 januari 1907, afgifvet af Gustav Sundbärg,* Nordiska bokh., Stockholm 1913.

[64] Barton, 1994, s. 147. År 1904 understryker Jakobson, i riksdagens andra kammare, möjligheterna för befolkningen att få utkomst i Sverige och framhåller emigrationsproblemet.

[65] Norman, och Runblom, 1980, s. 73.

självrådande i dylika fall.[66] Assisterad emigration i den mening som jämförelsematerialet visar i Irland har dock inte förekommit i Sverige.

Hur kan Beijboms påstående beläggas genom tillgängligt källmaterial? Vid en studie av lokalsamhällets roll som administratör av strategiska emigrationssatsningar utgör fattigvårdsstyrelsens protokoll jämte husförhör, utflyttningslängder och emigrationsdatabaser betydelsefulla källor. Protokollen från fattigvården fördes på lokal nivå över dem som fick understöd av socknarna (senare kommunerna). Fallen är tidskrävande att finna och kräver att flera källor granskas parallellt. Nedan har jag valt att lyfta fram fyra fall som visar på ett lokalt engagemang vid emigration av svenskar. Definitionen av dessa personer, som ”personer som ligger samhället till last”, är min enligt ovan anförda förutsättningar:

Värmlänningen *Anders Andersson* var antecknad i husförhör hos sina föräldrar som var inhyses folk i Herredalen.[67] Redan våren 1876 lämnade en äldre syster Sverige för Nordamerika. Av fattigvårdsstyrelsens protokoll framgår att den 24 maj 1880 utbetalades 6 kronor och 50 öre för persedlar och 205 kronor till Anders för utresa till Förenta Staterna i Nordamerika. Fattigvårdsstyrelsens ordförande i Karlanda socken godkände utbetalningen till den utfattige unge mannen. Protokollet undertecknades och distribuerades i Hämnäs den 18 mars av Olof Persson, Herredalen.

Utgången blev en annan för *änkan till Fredrik Larsson*, från Boksta ägor, som den 28 juni 1891 framlade en begäran om resebidrag vid fattigvårdsstyrelsens ordinarie sammanträde i Vittinge kommun. Av protokollets första paragraf framgick att änkan före hemkomsten till Sverige vistats i Amerika. Hon ville återvända men var inte ”tillräckligt bemedlad att sjelf bekosta sig återresan”. Fattigvårdsstyrelsen menade dock att änkan Larsson hade närmare anhöriga i Sverige ”hvilka befinna sig i tämligen bergade omständigheter” och således kunde bistå änkan. Änkans begäran lämnades utan avseende.

Den unga pojken *Haldor Lindfors* fall upptogs så sent som den 1 oktober 1910 av fattigvårdsstyrelsen i Luleå.[68] Haldor hade, enligt skrivelse från ordföranden vid skyddshemmet i Neder Kalix, beviljats inträde där.

[66] Samtal 2011-08-01.

[67] Korsbyn, A1:16, s. 243, arbetare, född 1858-01-17. Utvandrade från Kristiania 1880-08-21 (no 40) utflyttningslängden 1880.

[68] Fattigvårdsstyrelsens protokoll i Luleå, punkt 10.

Fattigvårdsstyrelsen avvaktade dock att skicka pojken till skyddshemmet för att invänta utgången av en förfrågan om Amerikaresa för familjen Lindfors. Enligt protokoll från Fattigvårdsstyrelsens sammanträde den 2 januari 1911 intogs dock anbud för att auktionera ut Haldor. Det lägstabud som gavs för utackordering av Haldor antogs inte utan styrelsen beslöt att infordra nya anbud. Om Haldor återförenades med sin familj och företog resan till Nordamerika framgår inte i återfunna protokoll.

Samuel Johan Lif var en ökänd brottsling från Småland och hans fall utgör ett av de mer spektakulära fallen avseende resebidrag. I detta fall gavs pengar för att få en ökänd brottsling att lämna socknen med villkor att aldrig återvända. Denne soldatson var född i Bäckfall, Hässleby socken, den 10 maj 1824.[69] Lif var en återfallsbrottsling som, enligt husförhöret, bland annat häktades för stöld och handel med tjuvgods i december 1846. Påföljd, enligt Aspelands häradsrätt, den 1 juni 1847, blev 23 dagars fängelse och kyrkoplikt i Lönneberga. De två kommande åren blev Lif på nytt häktad, i det senare fallet för stöld i Döderhult och dömd för tredje resan stöld.[70] Slutligen döms Lif, år 1853, vid Aspelands härads sommarting för rån, kyrko- och inbrottsstöld till att mista livet genom halshuggning.[71] Dödsdomen kom senare att omvandlas till livstids fängelsestraff. Mot bakgrund av en nådeansökan till kungen tog stämman i Lönneberga kommun upp den livstidsdömde fångens begäran om vitsord på sammanträde den 14 maj 1871. Lif släpptes tre år senare från fängelset och återvände till Lönneberga.[72] Den 21 juli 1889 ansökte Lif om bidrag från kommunen för att antingen emigrera till Nordamerika eller få bistånd till att skaffa bostad. Villkorat – att den notoriske återfallsförbrytaren inte fick återvända till landet – erhöll han emigrationsbidrag. Lif utvandrade från den utdömda backstugan den 20 april 1889 och lämnade landet i januari efterföljande år.[73]

[69] Hässleby födelsebok, CI:2, pag. 156

[70] I dom den 21 januari 1850 blev Lif dömd till ett par spö och 3 år fästning.

[71] Lönneberga A1:10, 1843–1850, pag. 82.

[72] Den 10 juli 1874.

[73] Jernemåla, Backstugan Westrahult, A1:19, pag. 134. Nordamerika, 20 april 1889, utresenummer 8, 1889 års utflyttningslängd. Utresa till Nordamerika 1890-01-31.

8 Assisterad emigration – irländska erfarenheter

Drottning Victoria fastställde i november 1837 en lag kallad *Act for the More Effectual Relief of the Destitute Poor in Ireland*.[74] Lagen innebar att utblottade[75] kunde erhålla emigrationsbistånd och gav finansiella förutsättningar för Boards of Guardians att driva så kallade arbetshus.[76] Lagen stadgade enligt lagrum LI:

> and if at any such Meeting the Majority in Value of the Rate-payers present shall agree to and sign an Application to the Commissioners for the raising of a Rate to assist Emigration, it shall be lawful for the Commissioners from Time to Time, by Orders under their Seal, to direct the Guardians to raise such Sums as the Commissioners shall think requisite for assisting Emigration, such Sums not to exceed in any One Year One Shilling in the Pound upon the net annual Value of the rateable Property of such Division; and the Sums in such Orders mentioned shall be raised by the Guardians by a Rate under this Act on such Division, or by a Charge on the future Rates of such Division, so that One Fifth at least of the whole Sums so to be raised under any such Order shall be paid in the first and each subsequent Year until the whole shall be discharged; and the Sums so raised shall be applied, under the Directions of the Commissioners, by the Guardians of the Union, in conducting or assisting and in defraying the Expences connected with the Emigration to *British* Colonies of poor Persons resident in such Division.

Under Lord John Russells whig-administration, från juli 1846, fanns en föreställning om stärkt statligt engagemang och stöd för assisterad emigra-

[74] Fattigvårdssystemet pågick från 1838 fram till 1925, Crossman, 2006, s. 2.

[75] Enligt XLI: And be it enacted, That when the Commissioners shall have declared any Workhouse of any Union to be fit for the Reception of destitute Poor, and not before, it shall be lawful for the Guardians, at their Discretion, but subject in all Cases to the Orders of the Commissioners, to take Order for relieving and setting to work therein, in the first place, such destitute poor Persons as by reason of old Age, Infirmity, or Defect may be unable to support themselves, and destitute Children; and in the next place, such other Persons as the said Guardians shall deem to be destitute Poor, and unable to support themselves by their own Industry, or by other lawful Means: Provided always, that in any Case where there may not be sufficient Accommodation for the Relief of all the Persons applying for Relief whom the Guardians shall deem to be destitute Poor, the Guardians shall relieve such of the said Persons as may be resident in the Union before or in preference to those who may not be so resident.

[76] Moran, 2004, s. 82. 1846 erhöll ”en familj” som regel £ 60 vid assisterad emigration. Urvalet av emigranter i praktiken, se Moran, 2004, s. 176 ff.

tion men redan i november samma år uttryckte Russel tveksamheter till verksamheten.[77] År 1848 utvidgades dock lagen till att omfatta resebidrag även till länder som inte var koloniserade, såsom Nordamerika.[78] Miller visar att omfattningen av den assisterade emigrationen blev betydande när parlamentet ändrade lagen genom att tillåta styrelseledamöterna vid fattighusen att finansiera de inhysta ”fattighjonens” resor: från tidigt 1850-tal sändes årligen omkring 5 000 personer i väg till Nordamerika.[79] En möjlighet för fattighjon att få bistånd av myndigheterna var att de registrerade sig i arbetshusen. Trots miserabla förhållanden blev arbetshusen överfulla och ett sätt att tömma dem var att ytterligare uppmuntra emigration.[80] Tidvis infördes skärpningar i villkoren för assisterad emigration då vägen för de mest utsatta gick via dessa institutioner till Amerika. Kontroll av förfarandet skedde genom att vissa tidsramar infördes innan emigrationsbistånd erhölls och lagen förnekade ”relief outside the workhouse”.[81] Bidraget som styrelseledamöterna kunde medge rörde sig om själva resekostnaden men även persedlar i övrigt.

Efter nödåren, 1845–1852, minskade Irlands befolkning och härigenom efterfrågan av brukbar jord. Kraven på fattigvården att bistå emigrationsresor reducerades men blev åter aktuella i slutet av 1870-talet genom en ny agrar kris.[82] Under tidigt 1880-tal påtalade Gladstone-administrationen fördelar med assisterad emigration som en lösning på det återkommande problemet med nöd och överbefolkning.[83] Fattigvårdsstyrelsen betalade

[77] Moran, 2004, s. 80.

[78] 1847 infördes även den så kallade ”Gregory Clause” som förbjöd understöd i hushåll som omfattade en kvarts tunnland om den inte avstods till aktuell innehavare. Detta i en tid av massvräkningar i Irland. Miller, 1985, s. 287.

[79] Miller, Kerby A., *Emigrants and exiles: Ireland and the Irish Exodus to North America,* Oxford University Press, Oxford, 1985, s. 295–296. Mellan 1856 och 1906 sändes omkring 25 000 individer med stöd av den irländska fattigvårdslagstiftningen. Tilläggas ska att privata initiativ från jordägare, välgörare och föreningar bidrog med enorma summor och Australien mottog omkring 116 500 emigranter mellan 1847 och1870. Miller, 1985, s. 356.

[80] Crossman, 2006, s. 11. Moran, 2004, s. 129. År 1842 var Irland indelat i 130 enheter och i varje fanns arbetshus eller var under konstruktion. Om etablerandet av arbetshusen, se Moran, 2004, 123.

[81] Miller, 1985, 282. Jfr s. 284 under den stora hungersnöden i Irland, 1845–1849, tvingades fattigvården ge efter på kravet och erbjuda fattigvård till folk utanför institutionerna. Se även, Crossman, 2006, s. 10 ff.

[82] Moran, 2004, s. 159 och 161 ff.

[83] Moran, 2004, s. 168 ff.

mellan åren 1881 och 1885 resan för 7 500 utfattiga irländare och intagna på arbetshus.

Miller menade att detta upprörde den mer burgna amerikansk-irländska opinionen eftersom utvandrarna beskrevs som ”indolent, vicious, crippled” och flera kvinnor som prostituerade[84] och ogifta mödrar.[85] Möjligheten att få assisterad emigration mottogs däremot inte sällan av de berörda med tillfredsställelse enligt Miller.[86] Georges Nicholls utgav verket A History of the Irish Poor Law år 1856. Han menade att fattigvårdslagstiftning var nödvändig:

> ”as a first step toward bringing about improvement in the habits and social conditions of the people. Without such improvement, peace, good order, and security cannot exist in Ireland; and without these, it is vain to look for that accumulation of wealth, and influx of capital, which are necessary for developing its resources, agricultural and commercial, and for providing profitable employment for the population.”[87]

Följderna av den irländska massutvandringen lät inte vänta på sig och bör även betraktas i ljuset av den omfattande deportation av dömda brottslingar från Storbritannien.[88] I en artikelserie i North American Review, översatt i Aftonbladet, diskuterades behovet av skärpt kontroll av emigranterna. Runeby summerade artiklarna som misstänkliggjorde:

> ”[…] den engelska regeringen för att systematiskt skicka över fattiga och hjälpbehövande, t.o.m. brottslingar, till USA. Framför allt skulle man i England frukta irländarna och deras nöd och vilja förhindra deras överflyttning till England genom att låta dem försvinna till Amerika. Man önskar på detta sätt ’avvända de menliga följderna av Englands fattiglagar’.”[89]

Amerika översvämmas av ”utländskt elände”, hävdade artikelförfattarna, på bekostnad av förtjänta emigranter.[90] Uttalanden som dessa var väl-

[84] Se några kvinnoöden mer specifikt, Moran, 2004, s. 131.

[85] Miller, 1985, s. 401.

[86] A.a., s. 303. Jag har medvetet valt att inte diskutera individens upplevelse av emigrationsbistånd, dvs. om emigranten ansåg bidraget som frivilligt i termer av en möjlighet till nystart eller som tvång, eftersom tillämpade källor här inte besvarar den frågan.

[87] Crossman, 2006, s. 9. Citat från 1856, s. 168.

[88] Moran, 2004, s. 209 ff. Nedgången av antalet assisterade emigranter är avhängigt den negativa attityden mot verksamheten mot slutet av 1800-talet mottagarländerna.

[89] Runeby, 1969, s. 108. Artikelserien publicerades även i Aftonbladet 5, 13 och 14 november 1835.

[90] Runeby, 1969, s. 108.

kända för Barton som framhöll att den irländska befolkningen fick ett kärvare mottagande än den svenska. Periodvis synliggörs fientliga falanger konkretiserade bland annat i amerikansk invandringspolitik genom att några kolonier stoppade ”invandringen av kriminella och fattiga”.[91] Redan på 1830-talet stämplades invandrande européer som ”avskrapet från Europas fattighus och fängelser”.[92] Omvittnat var ”Know-nothing-partiet” som var starkt invandringsfientligt. Barton menade dock att rörelsens fientlighet i synnerhet drabbade den katolska invandringen.[93] Svenskarna lockades i högre grad initialt av homestead-lagen medan irländarna bosatte sig i städerna och där blev en synlig folkgrupp.[94] Barton menade att svenskar inte blev lika negativt, stereotypt behandlade som irländarna blev.[95]

Protektionistiska lagars påverkan på emigrationen har relevans för utvecklingen. Barton framhöll vikten av att se Irland som en del av Storbritannien och den långa merkantilistiska kolonialepok som pågick fram till början av 1800-talet.[96] För Storbritannien som kolonialmakt innebar merkantilismen att man strävade efter att infoga kolonierna i moderlandets ekonomi. Storbritannien liberaliserade skyddslagar och industrialiseringen sköt fart betydligt tidigare än i Sverige genom större utrymme för handeln, företagande och rörelsefrihet för medborgarna. Rester av merkantilismens regelsystem och skyddslagar fanns längre kvar i Sverige som var en jordbruksekonomi och där det stora industriella genombrottet inte kom förrän under senare hälften av 1800-talet. Enligt merkantilismen hörde folkmängden till nationens tillgångar och var ett mått på landets rikedom. En ökande folkmängd betraktades som en tillgång för landet och var en väl förankrad del i den svenska rättskulturen. Tendensen i Storbritanniens industrisamhälle förbyttes i det närmaste i motsatt strategi och de fattiga massorna sågs som en samhällsfara.[97]

[91] Norman, och Runblom, 1980, *Amerikaemigrationen*, Bohusläningens AB, Uddevalla, 1980, s. 157.
[92] Norman, och Runblom, 1980, s. 157.
[93] Samtal 2011-08-01. Se även Berggren, 1966, s. 69 ff.
[94] Samtal 2011-08-01
[95] Samtal 2011-08-01.
[96] Samtal 2011-08-01.
[97] Irland hade inte samma industrialiseringsgrad. I Crossman, 2006, s. 37, diskuteras fattigvårdssystemet i sitt sammanhang, bland annat hur utvecklingen i Irland förhåller sig till industrialiseringen i England.

9 Några avslutande tankar om emigrationsexport

I detta bidrag har jag försökt lyfta fram två knäckfrågor rörande den analyserade problematiken. Den ena handlar om att ta ställning till huruvida det går att se tendenser av en svensk och en irländsk rättskultur när det gäller ”emigrationsexport”. De här behandlade källorna och förda diskussionerna tyder på detta och visar bland annat att det på den politiska, lagstiftande och mediala arenan återfanns ett mer protektionistiskt förhållningssätt som grund för det svenska systemet.

Massutflyttningen blev en offentlig dragkamp på de aktuella arenorna. Under 1840-talet synliggörs rättspolitiskt kraftiga skiljelinjer mellan å ena sidan liberala och å andra sidan konservativa krafter, medan vid sekelskiftet råder konsensus avseende behovet av att emigrationen kontrolleras. När emigrationsutredningen tillsattes år 1903 rådde således i det närmaste full politisk enighet i frågan. Utredningens förslag att skärpa reglerna fick dock inte genomslag. Orsaken var att utvandringen inte längre hade samma intensitet. De rösterna som höjdes för utökad emigration, i synnerhet för att minska belastningen på fattigvården, var inte längre tongivande. Det irländska motståndet mot emigration var inte lika starkt, vilket inte minst kom till uttryck genom det lagstadgade assisterade biståndet till utblottade emigranter.

1840-talet betraktas ofta som decenniet för liberalismens genombrott i Sverige. Det synliggörs i allmänhet genom avregleringar som ökade individens rörelsefrihet. Ett mer restriktivt förhållningssätt till utvandring är dock uppenbart i Sverige jämfört med den irländska utvandringen av fattiga och ibland kriminella till Nordamerika, vilken fick uttryckligt stöd i lag. En förklaring som diskuteras i detta bidrag är att merkantilismen höll ett fastare grepp om Sverige där befolkningen betraktades som en ekonomisk tillgång. Den merkantila opinionen hade svängt tidigare i industrialismens Storbritannien som systematiskt befolkade erövrade kolonier.

I svensk rättskultur legitimerades inte assisterad emigration offentligt i linje med stadgandena i den irländska fattigvårdslagstiftningen. Källorna indikerar dock en social- och kriminalpolitisk hybrid i Sverige i syfte att göra sig av med ”oönskade” samhällsmedborgare med hjälp av emigrationsbidrag till Nordamerika. Restriktiva regelverk har nationellt tjänat som kontrollverktyg för att förhindra skev lokal försörjningsbörda, dvs. de har begränsat möjligheterna för en socken att skjuta över ansvaret för dem som var skrivna på socknen till andra socknar.

Den andra frågan fokuserar på vilka de ”oönskade elementen” var som lokalsamhället ville kontrollera och eventuellt bli kvitt. Kontentan är att det inte oväntat var de obemedlade i samhället som var föremål för åtgärderna. Det förekom att de som utvandrade från Sverige beskrevs som lata, försupna och kriminella: en börda för samhället. Barton menar att inställningen till irländarna som utvandrade var än mer stigmatiserande, kanske genom att det officiellt var just de fattiga och kriminella som gick på export. Katolska irländare mötte även ett större motstånd från främlingsfientliga krafter i Nordamerika.

Här sker inget försök att fastslå begreppet ”icke önskvärda element” motsvarande innebörden i de citerade irländska kriterierna i fattigvårdslagen, 1938, XLI. I stället har personer som betraktats som utfattiga eller kriminella diskuterats såsom en belastning för samhället, genom att de förekommit i fattigvårdsstyrelsens protokoll. Urvalet är medvetet för att få ett användbart jämförelsematerial i förhållande till den irländska lagen. Även om alla val påverkar resultatet: så ger dock fattigvårdsstyrelsens protokoll en bild av individen bakom understödet. Protokollen ger en inblick i fattigvården och hur detta verktyg användes som en kontroll av dem som befarades ligga samhället till last. Avvisanden av bidragsbehövande var rutinuppdrag för sockenstämman. Hanteringen utgör således ett aktivt och av myndigheterna strategiskt val för att inte belasta fattigvården i Sverige.

I arbetet diskuteras fyra fall där den lokala fattigvårdsstyrelsen beslutat om emigrationsbidrag och paralleller har dragits till assisterad emigration. Den lagstadgade processen i Irland visar flera likheter som här har diskuterats med den verksamhet som förekom i fattigvårdsstyrelserna i Sverige. I svensk forskning har förekomsten av villkorade emigrationsbistånd berörts i en bisats och då utan ansats till ett komparativt perspektiv på problematiken. En anledning till att problematiken inte har undersökts i någon större utsträckning är sannolikt den tidskrävande analys av källmaterial som krävs för att identifiera aktuella bidragstagare. En kvantifiering av källmaterialet skulle innebära en omfattande forskningsinsats på grund av här diskuterad käll- och definitionsproblematik.

Både de svenska och de irländska myndigheterna hade ett pragmatiskt förhållningssätt till massutvandringarna, och det intagna förhållningssättet var inte statiskt under den studerade perioden 1840–1903. Assisterad emigration diskuteras i bidraget utifrån ett rättskulturellt förhållningssätt som visar de irländska myndigheternas officiella och offensiva hållning till den växande nödlidande befolkningen och de svenska myndig-

heternas mer protektionistiska hållning med lokala och dolda agendor. Resultatet av min analys stärker härigenom Beijboms uttalanden om att emigrationsbidrag även var en realitet i Sverige inom fattigvården och användes i förhållande till individer som var eller befarades bli en belastning för socken.

AVDELNING IV

Skärningspunkten juridik och teologi

Carl Reinhold Bråkenhielm

Svenska kyrkans lära i skärningspunkten mellan juridik och teologi

1 Inledning

Får en präst eller biskop i Svenska kyrkan förneka helvetet och tro att alla kommer till himlen? Får hon tro på onda andemakter och genom nyandliga riter besvärja dessa krafter? Är detta förenligt med kyrkans lära? Vad säger Svenska kyrkans kyrkoordning och hur ska den tillämpas? Detta är frågor i gränssnittet mellan teologi och juridik. Om dessa handlar denna artikel.

Jag ska först behandla frågan om innebörden av begreppet kyrkans lära och hur man kan avgöra vad som är – eller inte är – kyrkans lära. Därefter ska jag redogöra för två olika fall som blivit behandlade av svenskkyrkliga myndigheter. Deras ställningstaganden visar sig vid en närmare analys sammanhänga med grundläggande religionsteologiska frågor, dvs frågor om hur religionernas sanningsanspråk förhåller sig till varandra och om människans möjligheter att bli frälst, befriad eller upplyst. Jag ska till sist antyda ett ställningstagande i dessa frågor.

Det bör framhållas att flera av de frågor som kommer att behandlas berör komplexa filosofiska, teologiska och rättsliga problem. Av utrymmesskäl kommer denna komplexitet endast att kunna antydas.

2 Kyrkans lära

Så vitt vi vet är Ericus Olai (d. 1486) den förste föreläsaren vid Uppsala universitet. Hösten 1477 inledde han det nybildade universitetets verksamhet med en föreläsningsserie om ”regulae sacrae theologiae”, dvs. teologins grundsatser.[1] Teologins grundsatser motsvarade vid denna kyrkans lära, som var den *auktoritativa sammanfattning av det kristna trosinnehållet.*

Historien om kyrkans lära är till stor del lika med historien om dess fortlöpande problematisering. Thomas av Aquino ansåg att kyrkoläran vilade på en kombination av mänskligt förnuft och gudomlig uppenbarelse. Denna tanke ifrågasattes bl.a. av Friedrich Schleiermacher (1768–1834), som försökte att urskilja de personliga erfarenheter som kyrkoläran var uttryck för. Beroende på dessa erfarenheter kunde kyrkans lära gestaltas på olika sätt under olika omständigheter. Dogmatisk teologi blev vetenskapen om den i en viss tid gällande läran inom ett kristet samfund. Idag har denna ansats vidgats och vidareutvecklats inom trosåskådningsforskningen – i Uppsala under namnet systematisk teologi med livsåskådningsforskning. Kyrkans läror har förvandlats till kyrkornas läror (och deras sekulära grannars). De är inte *utgångspunkten* utan en av många olika *föremål* för en kritisk men också konstruktiv reflektion.

I sitt arbete *Kriterien christlicher Glaubenslehre* (1976) utvecklade Anders Jeffner en analytisk terminologi för studiet av olika trosläror, som under 1900-talet författats av tyska protestantiska teologer. Han införde bl.a. en distinktion mellan autenticitets- och rimlighetskriterier. *Ett autenticitetskriterium* är ett svar på frågan vad kännetecknar en kristen lära till skillnad från t.ex. en muslimsk, buddhistisk, marxistisk eller naturalistisk. Ett *rimlighetskriterium* anger ett kännetecken på det som är en sann – eller åtminstone välgrundad – lära till skillnad från en osann eller ohållbar.[2] En lära kan ju vara kristen utan att vara välgrundad. Det gäller enligt många teologer helveteläran. En lära kan naturligtvis också vara välgrundad utan att vara kristen (t.ex. läran att vårt universum är ca 13,7 miljarder år gammalt).

[1] Se vidare Sten Lindroth, *Svensk lärdomshistoria. Medeltiden. Reformationstiden*. Stockholm: Norstedts 1989, s. 141 ff.

[2] Se vidare Anders Jeffner, *Kriterien christlicher Glaubenslehre. Eine prinzipielle Untersuchung heutiger protestantischer Dogmatik im deutschen Sprachbereich.* Uppsala & Göttingen 1976, s. 20.

3 Kyrkans lära i trängre och i vidare mening

Överensstämmelse med Bibeln har använts både som ett autenticitetskriterium och som ett rimlighetskriterium. Oberoende av vilket, råder det numera en långtgående samstämmighet om att man tydligare än tidigare måste skilja mellan centrum och periferi i Bibeln. En sådan distinktion var bl.a. grundläggande i Martin Luthers tänkande. För honom var evangeliet om Jesus Kristus det centrala i Bibeln. Detta kan man kalla *kyrkans lära i trängre mening* (dvs. i singularis). I vissa situationer utmanas detta evangelium på ett dramatiskt sätt och behöver då förtydligas genom mer explicita ställningstaganden. Under historien har kristna gemenskaper vid upprepade tillfällen hamnat i en s.k. ”bekännelsesituation” (”status confessionis”). Det skedde t.ex. under 300- och 400-talet och under nazitiden i Tyskland. I dessa situationer tvingas man mer eller mindre motvilligt till vissa avgränsande ställningstaganden såsom t.ex. den nicenska trosbekännelsen (beslutad i Kalcedon 451) eller Barmenförklaringen 1934.

Kyrkliga teologer kan också utreda den kristna trons aktuella innebörd i olika trosläror. Ett klassiskt svenskt exempel är Gustaf Auléns *Den allmänneliga kristna tron,* som utkom i sex olika upplagor (1923–1965).

Till skillnad från kyrkans lära i trängre mening skulle man kunna tala om *kyrkans lära i en vidare mening*, i betydelsen av bekännelser och trosläror (dvs. i pluralis). Sådana läror är snarare den teologiska reflektionen över vad tron och bekännelsen innebär. 1 kap. i *Kyrkoordning för Svenska kyrkan* (KO) framhåller att varken trosbekännelser eller läror blir föremål för tro. Det är naturligtvis en sanning med modifikation, därför att rent faktiskt har det hänt och händer inte alldeles sällan att läror blir föremål för tro i betydelsen av försanthållanden. Ett tydligt exempel är ju de olika former av fundamentalism som vuxit fram under 1900-talet och inte minst under dess senare hälft.

Kyrkans lära – i trängre mening – är alltså det som överensstämmer med det centrala i Bibeln. Men det centrala i Bibeln framgår inte genom Bibeln utan genom en mångfald faktorer. En av dessa är den beprövade kristna erfarenheten. Ett annat namn på denna erfarenhet är kyrkans tradition. Men hur kan en mänsklig tradition vara kunskapsgrundande (eller åtminstone erbjuda några slags skäl för ett ställningstagande)? En religiös tradition kan erbjuda en ”trosbildningspraktik” i analogi med det sätt som skönlitteratur och konst ger oss en möjlighet till bearbetning av existentiella erfarenheter. Denna analogi har jag närmare utforskat i min bok *Verklighetsbilder* (2009).

Luthersk tradition har alltid framhävt att det befriande evangeliet om Jesus Kristus på ett rent och oförfalskat sätt kommer till uttryck i läran om rättfärdiggörelsen genom tron. Människan kommer i en rätt relation till Gud endast genom Guds nåd och inte på grund av något som människan själv kan prestera.

Rättfärdiggörelseläran utvecklades av Martin Luther under början av 1500-talet i något som också kan betecknas som en bekännelsesituation. Olika ställningstaganden medförde en djupgående splittring inom kristenheten. Denna splittring har blivit bestående, men under 1900-talet saknas inte försök till försoning. Ett exempel är dialogen mellan katolska och lutherska teologer, som undertecknades 1999 av officiella representanter för den katolska kyrkan och Lutherska världsförbundet, där det bl.a. heter att ”rättfärdiggörelsebudskapet lägger grunden för den kristna friheten och är en viktig utläggning av evangeliets centrum”. Samtidigt framhåller man att ”det i evangeliet omvittnade frälsningsskeendet kan sammanfattas i andra från Nya testamentet hämtade begrepp som försoning, frihet, återlösning, nytt liv, ny skapelse”.[3]

Rättfärdiggörelselärans innebörd är nära förknippad med frågan om dess tillämpning. Svenska kyrkans teologiska kommitté har i samband med behandlingen av frågan om könsneutrala äktenskap formulerat tillämpningen av den ”trosartikel med vilken kyrkan står eller faller”:

> En viktig utgångspunkt vid tolkning av enskilda bibelord i en evangelisk-luthersk tradition är att tolkningen måste bygga på Bibelns övergripande budskap om Guds kärlek och människans frälsning, såsom det kommer till uttryck i de bibelställen som brukar betraktas som nyckeltexter för förståelsen av kristen tro. Sådana nyckeltexter är t.ex. Joh 3:16: ”Så älskade Gud världen att han gav den sin ende son, för att de som tror på honom inte skall gå under utan ha evigt liv” och Romarbrevet 4:25: ”Jesus […] blev utlämnad för våra överträdelsers skull och uppväckt för vår rättfärdiggörelses skull” m.fl. Enstaka bibelord måste relateras till denna tolkning av Skriftens centrum *(Mitte der Schrift)*. De får alltså sin plats i helheten utifrån detta centrum. Alla för en sakfråga relevanta bibelställen måste emellertid tas på allvar, även om de inte ger tydligt uttryck för det centrala budskapet. De får då tillmätas en relativ betydelse. Det centrala budskapets klarhet *(claritas scripturae)* belyser texterna och ger tolkningen av dem nödvändiga nyansskiftningar. Att ett enstaka bibelord inte direkt förmedlar det centrala

[3] Hallonsten, Gösta & Persson, Per Erik (Red.) *Att i allt bekänna Kristus. Den gemensamma deklarationen om rättfärdiggörelsen. Tillkomst, texter, kommentarer.* Stockholm: Verbum 2000, s. 26.

budskapet ska inte tas till intäkt för att sålla bort det. Det ger istället anledning att arbeta med dess betydelse, om än sekundär, i helheten.[4]

Man kan också ställa frågan vad den kristna kyrkans nyckeltexter betyder för kyrkans liv. Vilken betydelse har kyrkans lära i kyrkoordningen och hur har kyrkoordningens föreskrifter tillämpats i konkreta situationer?

4 Kyrkans lära i Kyrkoordning för Svenska kyrkan

Uttrycket (Svenska) kyrkans lära används också på några olika ställen i kyrkoordningen (KO) – och inte minst i några av de disciplinära avsnitten, t.ex. 31 kap. 11 §. Där står i första stycket att en präst skall ”förklaras obehörig att utöva kyrkans vigningstjänst om han eller hon har övergett Svenska kyrkans lära”.

Det som här åsyftas med kyrkans lära är i första hand kyrkans lära i singularis. Präster, biskopar och diakoner har alltså genom sina vigningslöften förpliktat sig att hålla fast vid kyrkans lära i betydelsen evangelium, befrielsen, det nya livet, den nya skapelsen, ”det i evangeliet omvittnade frälsningsskeendet”. Andra läror om Jesus, sakramenten, de yttersta tingen etc. är naturligtvis inte oviktiga, men i förhållande till evangeliet är de ändå sekundära. Finns det någon grund för en sådan tolkning av KO?

Frågan om kyrkans lära och om vilka som har ett särskilt ansvar för läroprocessen behandlades i utredningen *Läroansvar i kyrkan – teologisk belysning* (Rapport från en arbetsgrupp vid de teologiska fakulteterna. Ds C 1987:13). Slutsatserna ligger i linje med de distinktioner som jag inledningsvis presenterat. Dessutom finns det anledning att understryka att läroansvaret i Svenska kyrkan inte kan begränsas till kyrkans biskopar. Däremot har biskoperna ett särskilt ansvar genom sitt ordförandeskap i domkapitlen och genom kyrkomötets läronämnd, där samtliga tjänstgörande biskopar ingår (jämte åtta av kyrkomötets valda ledamöter). Enligt kyrkoordningen finns också en särskild Ansvarsnämnd för biskopar, som bl.a. har till uppgift att pröva hur biskoparna utövar sina uppdrag och efterlever sina vigningslöften. Jag ska nu diskutera två fall, där frågan om kyrkans lära och biskoparnas läroansvar aktualiserats i nämnda organ.

[4] Teologiska kommitténs bedömningar beträffande äktenskap för par av samma kön. Skrivelse till kyrkostyrelsen. Dns Ks 2005:284. Rev. 2009-05-29, s. 13 f.

5 Fallet KG Hammar

Präster och biskopar utmanas idag på ett särskilt sätt av den religiösa mångfalden, dvs. framväxten av ett samhälle som präglas av olika religioner och livsåskådningar. En grundläggande fråga i detta sammanhang gäller frågan om människors frälsningsvägar, dvs. vad som leder till förverkligandet av människans livsmål i allmänhet och gudsgemenskap i synnerhet. Finns det enligt kristen lära en eller flera olika frälsningsvägar? Måste man tro på ett visst sätt – t.ex. på det i evangeliet omvittnade frälsningsskeendet – för att bli frälst eller befriad? KG Hammar ger ett svar på denna fråga, här han skriver följande i *Ecce Homo* (2000).

> Att komma till Fadern genom Kristus handlar om självutgivande kärlek och vetekornsperspektiv. Det är den verklighet som i annat sammanhang kallas det ”namn som kan rädda oss” (Apg 4:12). Den är en verklighet som inte är begränsad till kristendomen eller ens i någon för alla påtaglig grad utmärkande för kristendomen i många av dess former. Att söka efter kärlekens väg i ett vetekornsperspektiv är en uppgift som borde förena alla människor, troende och icke-troende, kristna och människor med annan religionshemvist än den kristna. Vi kan alla lära av varandra och uppmuntra varandra. Guds rike är nog tänkt för alla.[5]

Man skulle kunna kalla detta en *inklusiv kristendomstolkning* till skillnad från en *exklusiv* som hävdar att man endast kan bli frälst eller befriad genom att tro på Kristus som frälsare. Troskongregationen inom den katolska kyrkan framförde i deklarationen *Domine Iesus* i september 2000 en kristendomstolkning, som kan beskrivas som mer exklusiv. Där skriver man bl.a. följande:

> Det har framförts en tes som förnekar Jesu Kristi unicitet och frälsande universalitet. Denna uppfattning har ingen biblisk grund. Sanningen om Jesus Kristus, Guds Son och den ende Frälsaren, som genom sin inkarnation, död och uppståndelse har fört frälsningshistorien till en fullbordan och som i honom har sin fullständighet och sitt centrum, måste med fasthet bejakas som ett oföränderligt element i Kyrkans tro.[6]

[5] KG Hammar, *Ecce Homo – efter två tusen år,* Arcus, Lund & Verbum, Stockholm 2000, s. 100–101.

[6] Se http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20000806_dominus-iesus_en.html, II:13. Det bör understrykas att det finns andra ställningstaganden från den katolska kyrkan som kan tolkas på ett mer inklusivt sätt (se t.ex. *Deklarationen om religionsfrihet*, utfärdad i samband med Andra Vatikankonciliet

Ärkebiskop KG Hammar blev 2003 anmäld av kyrkoherde Bertil Franck till ansvarsnämnden för biskopar för att genom sina uttalanden om Bibeln, uppenbarelsen, Gud, jungfrufödelsen, Jesus som Guds son, Jesu underverk, försoningen, Jesu uppståndelse, den dubbla utgången och att vara kristen. Bertil Franck åberopar t.ex. ett svar som han själv fått av Hammar på en direkt fråga om den dubbla utgången. Hammar svarade att det är en problematisk fråga med tanke på Guds barmhärtighet. Därmed anser Bertil Franck att KG Hammar övergivit Svenska kyrkans tro och lära.

Ansvarsnämnden avvisade Francks anmälan och ansåg inte att KG Hammar övergivit Svenska kyrkans lära och inte heller brutit mot sina vigningslöften. Nämnden sammanfattar sitt beslut på följande sätt:

> Vad gäller det som i olika anmälningar till Ansvarsnämnden lagts ärkebiskop KG Hammar till last, måste de bedömas med utgångspunkt från frågan huruvida han uttalat sig i olika trosfrågor på ett sådant sätt att evangeliets centrala innehåll – Guds oföränderliga och ofattbara barmhärtighet mot syndare – blivit fördunklat. Ansvarsnämnden har efter en sådan prövning kommit till slutsatsen att detta inte är fallet. De uttalanden som refereras i t.ex. Bertil Francks anmälningar överensstämmer i olika avseenden inte med ställningstaganden i vissa av Svenska kyrkans bekännelseskrifter, men detta utgör inte ett tillräckligt skäl för att ärkebiskopen övergivit Svenska kyrkans lära eller brutit mot sina vigningslöften. Enligt Ansvarsnämndens bedömning är dessa ställningstaganden tvärtom inspirerade av en allvarlig strävan att utöva kyrkans läroansvar, att i en ny tid undanröja det som fördunklar evangelium och att klargöra den trons frihet som vi erhållit genom Jesus Kristus.[7]

Ansvarsnämnden går med detta ställningstagande in i traditionen från Birger Gerhardsson och Per Erik Persson i Kyrkans bekännelsefråga (1984). Denna skrift åberopas explicit liksom den tidigare nämnda utredningen *Läroansvar i kyrkan* (1987). Evangeliet och rättfärdiggörelseläran är det centrala – inte specifika bekännelseformuleringar. ”Tvärtom kan ett fasthållande av läran i betydelsen av evangelium i vissa situationer

1962–65). Man bör också framhålla att en *kognitiv* exklusivism kan förenas med en *soteriologisk* inklusivism.

[7] Svenska kyrkans ansvarsnämnd för biskopar. Beslut den 26 september 2003. – Det bör framhållas att jag vid denna tidpunkt var medlem av ansvarsnämnden och deltog i nyss nämnda beslut.

kräva att personer med läroansvar i kyrkan säger och gör sådant som verkar nytt och tidigare ohört."[8]

Det finns en kvardröjande oklarhet som man i detta sammanhang inte kan undgå att uppmärksamma. Det gäller kort sagt förhållandet mellan evangelium och rättfärdiggörelselära. Är läran om att människan kommer i en rätt relation till Gud *uteslutande genom tron och Guds ingripande* (1) ett av flera uttryck för evangelium, eller (2) detsamma som evangelium? Om (1) är sant, så blir åberopandet av kyrkans lära utan ett tydligt och klart innehåll. Men om man väljer (2), medför detta en exklusiv absolutifiering av den kristna tron. Jag ska illustrera detta dilemma med ett annat exempel.

6 Fallet Ma Oftedal

I maj 1997 skiljdes Ma Oftedal från prästämbetet av Stockholms Domkapitel för att hon övergivit Svenska kyrkans lära. Stockholms domkapitel ansåg att Ma Oftedal i olika handlingar givit uttryck åt magi, ockultism och schamanism något som är väsensfrämmande för Svenska kyrkans lära samt för kristen tro och kristet liv över huvud taget. "De har ingenting med evangelium om Jesus Kristus att göra", enligt Domkapitlet.[9] Dessutom ansåg Domkapitlet att det var belagt att Ma Oftedal låtit döpa om sig och styrkte detta med hänvisning till ett särskilt yttrande av pastor Stanley Sjöberg (som enligt Domkapitlet skulle ha förrättat detta omdop). Inte heller omdop är förenligt med Svenska kyrkans lära.

Stockholms domkapitel ville samtidigt understryka att en öppen dialog i andliga frågor är en viktig del av kyrkans förkunnelse. Men de präster som går in i en sådan dialog måste själva ta ansvar för att evangelium om Jesus Kristus blir rent och klart förkunnat. "Den som skall föra dialogen måste själv vara trygg i sin identitet som präst i en evangelisk-luthersk kyrka."[10]

Med anledning av Ma Oftedals överklagande begärde Kyrkomötets besvärsnämnd in ett yttrande från ärkebiskop K G Hammar. I sitt yttrande ställer ärkebiskopen särskilda krav på kyrkans ämbetsbärare. "De har ett särskilt ansvar för Svenska kyrkans läromässiga identitet." Och han tillägger:

[8] Svenska kyrkans ansvarsnämnd för biskopar. Beslut den 26 september 2003.

[9] Stockholms domkapitel. Beslut vid sammanträde den 14 maj 1997. Dnr 96/D214/124, s. 7.

[10] Stockholms domkapitel. Ibid.

> Svenska kyrkans lära har ett tydligt och klart innehåll, den är framställd i Skriften och bekännelseskrifterna vittnar om den. Det är inte fritt för den enskilde prästen att ge uttryck för olika sorters läror, vare sig i ord eller handling.[11]

Ärkebiskopen anser – liksom Stockholms domkapitel – att Ma Oftedal övergivit Svenska kyrkans lära. *För det första* har hon i strid med den Augsburgska bekännelsen – en av Svenska kyrkans bekännelseskrifter – genomgått ett omdop. Därvid fäster han inget avseende vid att Ma Oftedals uppfattning att hennes handling istället ska uppfattas som en dopuppfyllelse eller dopförnyelse. *För det andra* har hon genom deltagande i ”nyandliga” ceremonier övergivit Svenska kyrkans lära så som den kommer till uttryck i Augsburgska bekännelsen artikel V enligt vilken tron är en gåva som skänks av Gud utan människors förtjänst. Och han tillägger:

> Dessa grundläggande ståndpunkter lämnar inte utrymme för en hållning där ytterligare andar eller energier tillskrivs befriande makt eller att människor skall vända sig till sådana i bön eller handling. *Kristus är den enda frälsaren och denna frälsning är en gång given genom hans död och uppståndelse.*[12]

Kyrkomötets besvärsnämnd lät sig inte övertygas av denna argumentation. Den fäste större vikt vid Ma Oftedals egen berättelse enligt vilken ceremonin i Centrumkyrkan inte hade karaktären av ett omdop. Och även om hon genom sitt praktiserande av vissa ”nyandliga” ceremonier förlitat sig mindre på Guds hjälp och mer på företrädare för andra religioner – och därmed övergivit Svenska kyrkans lära – kan denna avvikelse inte betraktas som så betydelsefull att den bör medföra att hon skiljs från prästämbetet. Därför upphävde besvärsnämnden den 4 april 1998 Stockholms domkapitels beslut att frånta Ma Oftedal rätten att utöva det kyrkliga ämbetet som präst.

Låt mig för ögonblicket bortse från frågan om Oftedals omdop och begränsa oss till de handlingar om vilka både Oftedal och hennes arbetsgivare är eniga om att de förekommit, nämligen de ”nyandliga” ceremonierna. K G Hammar anser att praktiserandet av dessa ceremonier innebär ett bestridande av att Kristus är den ende medlaren och den ende frälsaren

[11] Kyrkomötets besvärsnämnd. Bilaga (daterat 17 oktober 1997) till protokoll från sammanträde den 4 april 1998, s. 3.

[12] Kyrkomötets besvärsnämnd. Ibid, s. 6. (Min kursivering)

och att Kristus inte är utbytbar mot något annat. Därför kan hon inte vara präst i Svenska kyrkan.

Jag vill nu göra några reflektioner över dessa ställningstaganden.

1. Man kan tänka sig många invändningar mot Oftedals ”nyandliga” ceremonier, t.ex. att de inbegriper föreställningar om ”andemakter”, som på det ena eller andra sättet förorsakar oss lidande. En av dessa invändningar är att de är ohållbara därför att de flesta av våra lidanden har en mer närliggande och naturlig förklaring. Enligt min egen uppfattning är detta en viktig invändning mot Oftedals trosåskådning, och många andra former av nyandlighet. Men varken Stockholms domkapitel eller ärkebiskopen ifrågasätter Ma Oftedals tro på sådana onda andemakter. Den trosföreställning som motiverar att hon inte kan vara präst i Svenska kyrkan är hennes övertygelse att det är stenar, lod och kristaller som kan driva andemakterna på flykten. Ma Oftedal borde istället ha satt sin tro och lit till Kristus. Eller som Hammar skriver i sitt yttrande:

> Helhetsbilden blir diffus och det går inte klart att se att Kristus är den ende frälsaren utan mänskliga ritual, ceremonier eller döda ting tillskrivs samma krafter. Det kan uppfattas som om Kristus är utbytbar mot något annat.[13]

2. Domkapitlet och Hammar tangerar den tidigare nämnda frågan om en inklusiv eller exklusiv kristendomstolkning. Frågan är hur uttryck som ”Kristus är den ende frälsaren”, ”Kristus är inte utbytbar mot något annat” ska tolkas. En möjlig tolkning är att se det som ett uttryck för en klassisk luthersk rättfärdiggörelselära. En sådan tolkning ligger nära till hands med tanke på att KG Hammar åberopar Augsburgska bekännelsen och dess artikel 5 om rättfärdiggörelsen enligt vilken människor ”rättfärdiggöras utan förskyllan för Kristi skull genom tron, när de tro, att de upptagas i nåden och att synderna förlåtas för Kristi skull”. Genom praktiserandet av nyandliga ceremonier har Ma Oftedal uttryckt en tro på andra makter snarare än på Kristus och hans förlåtelse. Om denna tolkning är riktig, medför den att inga andra än de som tror att deras synder förlåtas för Kristi skull kan rättfärdiggöras och komma i ett rätt förhållande till Gud. Tillspetsat uttryckt: ”utanför kyrkan ingen frälsning” (enligt påven Bonifatius VIII i encyklikan *Unam sanctam* 1302).

En annan möjlig tolkning av uttryck som ”Kristus är den ende frälsaren” är att Kristus gör det möjligt för människor att komma i en rätt rela-

[13] Kyrkomötets besvärsnämnd. Bilaga till protokoll från sammanträde den 4 april 1997.

tion till Gud *helt oberoende av* om de tror eller inte tror på hans förlåtelse. En sådan tolkning är förenlig med en mer inklusiv kristendomstolkning. En sådan kommer t.ex. till uttryck i Andra Vatikankonciliets dogmatiska konstitution om kyrkan (*Lumen gentium*) där man bl.a. uttalar att människor som inte känner Gud eller Kristus men ändå söker att göra Guds vilja, kan bli frälsta.[14] Den katolska kyrkans öppenhet för människans eget handlande och dess betydelse för gudsgemenskapen möjliggör en inklusiv syn på den kristna trons relation till andra religiösa traditioner.

7 Avslutning

Låt mig till sist koncentrera mig på frågan om den grundläggande kristendomstolkningen och dess relation till frågan om Svenska kyrkans lära. Den fråga som uppkommer i förlängningen är om kyrkans lära (i singularis, dvs. i dess trängre betydelse, i betydelse av tron på det ”i evangeliet omvittnade frälsningsskeendet”) ska tolkas exklusivt, inklusivt eller på något annat sätt. En inflytelserik uppfattning inom kristen teologi är att den kristna trons centrala trosuppfattningar är sanna och andra religioners felaktiga i den utsträckning de kommer i konflikt med den kristna trons centrala trosuppfattningar. Detta är en variant av det som Mikael Stenmark kallat ”kognitiv exklusivism”.[15] Ett alternativt synsätt är den ”kognitiva inklusivismen” enligt vilken alla religiösa traditioner i grund och botten har samma tro på Gud och frälsningen, så att kristendomens försanthållanden på ett grundläggande plan inte skiljer sig från judendomens, islams, hinduismens etc. En tredje möjlighet är den ”kognitiva pluralismen” enligt vilken vi inte kan vet något om Gud eller frälsningen i sig. Alla religioner måste erkänna att deras läror kommer till korta inför det absoluta kosmiska mysteriet. Samtidigt kan de alla vara olika vägar till ett möte med samma outgrundliga verklighet.

Det finns argument för och emot dessa olika grundståndpunkter. Min egen uppfattning ligger nog närmast den kognitiva exklusivismen. Mot ett sådant ställningstagande har man bl.a. riktat moraliska argument. Det är stötande och intolerant att hävda att ens egen religiösa uppfattning är riktig och andra människors felaktig. Det ligger något i denna invändning,

[14] The Documents of Vatican II. General Editor: Walter M. Abbott, S:J. London & Dublin: Geoffrey Chapman 1966, s. 35.

[15] Mikael Stenmark. *Kristnas och muslimers syn på varandras och andras religiösa tro. En religionsfilosofisk analys.* Universitetstryckeriet Uppsala, s. 34.

AVDELNING V

Islamisk rätt – en utmanare under utveckling

Jan Hjärpe

Det rättsligt religiösa perspektivet belyst från aktuell shariaproblematik

1 Förhållandet samhällsstruktur – normsystem

Vi kan se i ett samhälle att flera normsystem fungerar parallellt. Det gäller staten och det gäller olika sociala gemenskaper och gruppbildningar. Ibland konkurrerar normsystemen, ibland samverkar de, ofta gäller de på olika fält utan att ”störa varandra”. Hur relateras förhållanden av det slaget till samhällenas struktur och funktion? Här gäller nu frågan särskilt samhällen där *staten* är dysfunktionell, dvs. inte upplevs som garant för trygghet och överlevnad utan snarast representerar motsatsen. Individen har då inte sin trygghet genom medborgarskapet i staten utan är beroende av andra gemenskaper, av nätverk av olika slag. När statens *rättssystem* inte fungerar, vilken ”rätt” gäller då i praktiken? Blir det då också mer relevant att tala om en ”gudomlig rätt”, när statens lagstiftning inte fungerar i verkligheten?

Vi ser i det tidiga 2000-talet en rad områden i världen där statens institutioner inte fungerar tillfredsställande. Det gäller länder som Somalia och Afghanistan, sönderslagna i krig och inbördesstrider. Det gäller områden där staten, centralmakten, inte förmår driva sin vilja igenom som fallet är i Pakistans nordvästprovinser. Också i samband med naturkatastrofer och svält visar sig statens otillräcklighet. Det innebär att individer och grupper inte kan räkna med att ”den offentliga sektorn” kan tillgodose behovet av säkerhet till liv och hälsa, garantera utbildning, pensioner, social välfärd, sjukvård – eller rättssystem. Man måste alltså lita till andra strukturer, till nätverk för ömsesidig hjälp och beskydd. Detta ”andra” utgörs vanligen och i första hand av familj och släkt, klan och stam (*tribus*). Följden är att lojaliteten mot denna egna grupp blir

en absolut norm, den främsta regeln i ett *tribalt normsystem*. Dess första bud är att man hjälper varandra inom familjen, släkten och stammen. Ett tecken på att tribalismens normer gäller är fenomenet *endogami*: man gifter sig inom den egna gruppen (”kusinäktenskap”). Äktenskap och valet av partner utgör en viktig del av trygghetsstrukturen, inte bara för individen utan främst för gruppen och dess överlevnad. Allianser mellan familjer befästs genom äktenskap. Kusinäktenskap är till exempel i Somalia den helt dominerande formen av familjebildning. Detta har inget att göra med lagstiftningen, och inte heller med det religiösa regelsystemet. Vi kan vidare notera att fenomenet ”hedersrelaterat våld” har med just det tribala samhällets normsystem att göra. Denna tribala norm medför då också att om en medlem angrips, skadas eller dödas så är det en angelägenhet för familjen och släkten att ingripa och hävda sin rätt – till hämnd. Familjen anses mer skyddad genom den avskräckande effekt som hämnden förutsätts medföra än av statens rättsväsende och polis. Vedergällningsrätten hör då så att säga till familjerätten. Man kan inte lita till en statlig offentlig sektors polis och domstolar. Man får lov att ta rätten i egna händer. På samma sätt får hela familjen och släkten ta ansvaret om en medlem i den skadar eller dödar någon i en annan familj eller släkt. Man måste själv ingripa för att ”ställa saken tillrätta” – med pengar, eller med våld om det behövs. ”Hederskulturen” blir en självklarhet. En mer adekvat term än ”heder” är ”grupplojalitet”.

Här kan vi notera att tillhörigheten till en viss religion, religiös riktning, konfession eller kult gärna kopplas till familj, släkt och grupptillhörighet. Den kan fungera som en *markör* för gruppen. De tribala normerna bestämmer då vad man *selekterar* ur den religiösa traditionen och vad man lämnar därhän. Det är lätt att se fenomenet att den tribala normen är överordnad de religiösa reglerna. Just det hedersrelaterade våldet är i sig ett exempel på detta. Det är klart att mord strider mot den religiösa normen.

När staten vill stärka sin ställning i samhället försöker dess ledning gärna minska den roll som sådana markörer har. I våra media noterade man 2006 att myndigheterna i Irak infört en regel att äktenskap mellan en sunnit och en shiit ska belönas av staten med 2.000 dollar. Det är alltså ett försök från statens sida att lösa upp grupplojaliteterna genom att främja ”blandäktenskap”. Effekten av den regeln blir beroende av hur staten i övrigt kan fungera som ett stöd för individen.

2 Vem har ”domsrätt”? Kampen mellan lagstiftning och tribal norm

Där tribalismen utgör ett fungerande normsystem – ett med viss rationalitet på grund av statens dysfunktion – kan vi se att gruppen och dess ledare utövar ”domsrätt” över medlemmarna. Vilka är det alltså som i praktiken har en sorts jurisdiktion när staten inte fungerar? Vilka är det som bestämmer och utdelar straff och belöningar, bestämmer över människors kroppar och liv? Detta är särskilt synligt på familjerättens område. Att en man och en kvinna betraktas som gifta när familjerna har gjort upp. Den statliga registreringen – eller den religiösa – spelar underordnad eller snarare ingen roll. I relationerna mellan familjemedlemmar och mellan familjer (och även i andra fall) är ”domsrätten” i praktiken hos släkten, familjeöverhuvudet, klanchefen, ibland hos den religiösa auktoriteten, läraren, eller något som tillämpas av gruppens egna ”domstolar”. Detta är något som vi kan skilja från ett annat fenomen, nämligen olika islamistiska gruppers krav på att staten ska tillämpa shariaenliga lagar, så som just de tolkar dem. Dessa grupper har en önskan om en fungerande *stat*, och de är ofta nog kritiska just till de tribala normerna. Och i väntan på en sådan stat eller förändring i staten upprättar man egna ”domstolar” och/eller sänder ut vigilantegrupper som ”tar lagen i egna händer”. Detta har vi sett i Somalia, i norra Nigeria, och i Pakistan. En hel del av detta har framgått av rapporteringen i våra media. Några exempel kan vara värda att kommentera.

Ett dramatiskt skeende i Pakistan 2007 visar tydligt konflikterna mellan olika normsystem. Den 7 april 2007 krävde s.k. ”religionsstudenter” med anknytning till Lal-moskén i Islamabad att bordeller, spelhålor och spritbutiker skulle stängas. De gjorde aktioner mot sådana företeelser ute i staden. I moskén hade en ”islamisk domstol” inrättats, med tio muftier. De underkände alltså statens domstolar och lagstiftning. Men de stod också utanför det traditionella stamsamhällets ram och dess sedvanerätt. Dessa grupper representerar en sorts modernism med sitt krav på en stat; de förkastar de traditionella samhällsstrukturerna, men sätter ett militant teokratiskt ideal i stället. På samma gång uppträdde motdemonstranter som krävde regeringsingripande mot dem. Och militären ingrep mot ”domstolen” i Lal-moskén. Regeringen tillsatte en ny imam – som kördes ut av folket i moskén. De här händelserna skedde samtidigt som presidenten Pervez Musharraf och hans regering var i konflikt med rättsväsen-

dets företrädare sedan presidenten avsatt landets högste domare, Iftikhar Muhammad Chaudhry i mars samma år.[1]

Ett exempel, som likaså observerades i våra media, är från Saudiarabien. Det visar på den ömtåliga relationen mellan normsystemen och dess företrädare: I januari 2007 förlorade Fatima al-Mansour ett överklagande till högre instans. Hennes halvbröder hade krävt att hon skulle skiljas från sin man. De var alltså hennes *awliyā'*, giftomän, och de hade inte godkänt hennes äktenskap. En lägre instans hade givit henne rätt, men hon förlorade alltså i högre instans och tvångsskildes från sin man. Den agnatiska familjens ”domsrätt” erkändes alltså av den statliga instansen. Den gick över hennes och den äkta mannens individuella rätt.

Samma år fick vi ett exempel från Kuwait: Ett hembiträde från Filippinerna hade dödat sin husbonde. Det var efter ett våldtäktsförsök från hans sida, hävdade hon. Men detta kunde hon förstås inte styrka. Hans familj krävde dödsstraff för henne och de fick rätt (2005). Familjen krävde, i egenskap av ”ägare av blodet” full vedergällning (*qisās*). Omvärldens reaktion blev stark och Filippinernas president Gloria Arroyo for till Kuwait för att vädja för hennes liv. Kuwaits regent Sabah al-Ahmad Al Sabah pressade familjen att gå med på mansbot och livstidsstraff i stället, vilket inte lyckades. Då genomdrev regenten detta ändå, vilket skedde 2007. Här förlorade alltså familjen sin rätt att bestämma om vedergällningen, medan staten-regenten hävdade sin. Samtidigt höll det sig – nästan – inom traditionell shariarättslig kategorisering. Retalieringen (*qiṣāṣ*) ändrades till mansbot (*diya*). Skillnaden låg här i att det inte var familjen som bestämde detta utan regenten.

Rätten till retaliering hör verkligen till de segt kvarlevande föreställningarna. I Iran är ett exempel fallet med Ameneh Bahrani, som 2002 blivit blind genom en syraattack som hon utsattes för av en avvisad friare. Han dömdes till fängelse och hennes rätt till vedergällning, alltså att göra honom blind med syra, slogs fast men saken sköts upp. Internationella organisationer för Mänskliga rättigheter vädjade till henne. Och i juli 2011 meddelades att hon avstod från retalieringen lika för lika.

Parlamentets underhus i Pakistan antog i maj 2011 en lag som skärper straffet för syraattacker – som varit åtskilliga – från maximalt 6 års fängelse till 14 års upp till livstid. Och naturligtvis fördöms syraattacker-

[1] För en något mer utförlig genomgång av skeendet, se J. Hjärpe, Förändringens vind: Den muslimska världen i tidigt 2000-tal. Leopard förlag. Stockholm 2009. s. 64 ff.

na också av de religiösa auktoriteterna såsom stridande mot den religiösa normen. Men vems är hämnden? Är det den utsattes eller är det statens?

Kampen om ”vems rätt” illustreras tydligt i de pågående konflikterna i Somalia. I april 2009 röstade Somalias parlament enhälligt ja till förslaget om att införa ”sharia” som landets lag. Innebörden i detta är att parlamentet hävdade att det är *staten* som ska bestämma vad som menas med ”sharia” och dess tillämpning. Men detta underkändes genast av de militanta jihadistiska islamister som benämns ”Ungdomarna”, ash-Shabab. I juni samma år noterade vi att en ash-Shabab-domstol dömt ett antal ynglingar att mista hand och fot för stöld av mobiler och för andra ”röverier”. ash-Shabab liksom Hizb al-Islam i Somalia inför sin egen ”rätt”, har sina egna ”domstolar”. Detta är för övrigt synnerligen impopulärt bland folk i gemen. Den islamistisk-fundamentalistiska tolkningen av vad som ska menas med sharia stämmer inte med det som man är van vid, inte med sedvana och traditionell norm. Det motsvarar inte den folkliga rättsuppfattningen.

Vi kan notera konflikten i samband med avrättningen av Saddam Husayn i Irak. De som utförde avrättningen – med domstolens medgivande alltså – var representanter för de familjer som förlorat anhöriga i den massaker i Basra som han dömdes för. Bödlarna var alltså representanter för ”ägarna till blodet”, och domstolen kan sägas ha erkänt deras rätt till *qiṣāṣ*, men samtidigt som den hävdat sin egen domsrätt. Det kom då genast kurdiska protester mot avrättningen – de som förlorat anhöriga i gasmassakern i Halabja fick ju inte sin rätt, dvs. rätten att delta i avrättningen. De fråntogs sin rätt till vedergällning.

Vi kan jämföra med avrättningen i Iran den 11 oktober 2010 av Behnoud Shojal, med den mördades föräldrar närvarande. Mordet utförde Behnoud Shujal när han var 17 år gammal. Dödsomen hade väckt starka internationella protester. Men familjens rätt gick alltså före. Avrättningen skedde inom det statliga rättssystemets ram, men med hänsyn till familjens ”domsrätt”. Hade de gått med på det, skulle dödsdomen inte utförts utan ha ersatts med mansbot till familjen och (förmodligen) fängelsestraff för mördaren därutöver.

Ett mycket belysande exempel på de konkurrerande normsystemen var en händelse som väckte stor uppmärksamhet i media och i den internationella opinionen. I februari 2011 greps i Bangladesh fyra personer i distriktet Shariatpur. De hade piskat en 14-årig flicka så att hon dog. Vi kan notera att spöstraff då varit förbjudna sedan ett år tillbaka i Bangladesh. Ytterligare 14 personer söktes av polisen i samband med dådet. Flickan,

Mosammet Hena, anklagades för ha haft en affär med en gift kusin. Det lokala byrådet hade dömt flickan och kusinen till 100 piskrapp vardera. Enligt lokala medier ska kusinen ha våldtagit henne. Byrådet ansåg sig alltså ha domsrätt och kände inte till, eller möjligen bortsåg från, lagstiftningen. Statens domsrätt hävdades nu alltså genom åtgärderna mot byrådets medlemmar och mot dem som utförde bestraffningen. Vi kan se detta som ett led i kampen från statens sida att få sin ”domsrätt”, och den statliga lagstiftningen, erkänd och tillämpad. Ett tidigare exempel på konflikten mellan lagstiftning, religiös lag och lokal sedvanerätt inträffade i Multanprovinsen och väckte mycket och bestående uppmärksamhet. En ung kvinna, Mukhtar Mai, dömdes 2002 av ett byråd till att utsättas för gruppvåldtäkt då hennes bror ansågs ha förolämpat den ledande familjen. ”Domen” och dess verkställande ledde till ett intensivt avståndstagande, från rättssystemets sida, från politikernas och regeringens, och från de islamistiska gruppernas sida likaså. Det remarkabla var hennes egen reaktion: att aktivt anklaga byrådet, att gå ut i offentligheten, att delta i debatten. Hennes sak blev verkligen bemärkt och hon själv blev en politisk symbol för kampen mot den patriarkala-tribala seden. Dödsdomarna som följt av våldtäkten upphävdes; den fortsatta debatten om detta och om saken i övrigt har fortsatt intensivt på nätet och i tidningarna, vilket man lätt kan förvissa sig om genom en sökning på Google.

I november 2006 fastslog Pakistans nationalförsamling att våldtäkt ska falla under lagstiftningen, brottslagen, och inte under ”sharia”.

Lagstiftning eller den egna gruppens jurisdiktion? Problematiken kan illustreras genom något som väckte debatt också i Sverige. I juli 2009 föreslog president Karzai i Afghanistan att den ja'faritiska-shiitiska familjerätt som den hazariska folkgruppen följer skulle inkluderas i landets lag. Förslaget väckte en livlig debatt eftersom den rättstraditionen ger kvinnan en sämre familjerättslig ställning än den hanafitiska-sunnitiska familjerätt som ingår i Afghanistans statliga rättssystem. Men de svenska debattörerna missade nog poängen i förslaget. Om den ja'faritiska jurisprudensen inordnas i landet lag så kan den förändras eller nytolkas inom ramen för *statens* lagstiftning, men om den står utanför kommer den att fortsätta att tillämpas inom den hazariska folkgruppen i Afghanistan med mindre chans till reform av den. Förslaget var en del av en strategi att stärka statens roll och att genom den möjliggöra förändringar.

Strävan att dra in det rättsliga skeendet i statens domstolars verksamhet är tydlig i en viss lag i Bangladesh. Den föreskriver att domaren i skilsmässomål ska tillsätta en medlingskommitté med representanter från de

båda makarnas respektive (patrilineära) familj. Om vi ser på det koranställe som utgör bakgrunden (sura 4:35/39) så lyder den

> Och om ni fruktar oenighet dem emellan, så sänd en medlare (*ḥakam*) från hans släkt och en medlare från hennes släkt. Om de båda vill en försoning (eller: uppgörelse/förbättring, *iṣlāḥ*), så åstadkommer Gud en överenskommelse mellan dem.

Genom lagstiftningen förs alltså familjernas ”domsrätt” in under den statliga domstolens verksamhet samtidigt som man behåller koranregeln och kan hävda att man följer den – åtminstone dess bokstav.

3 Verbaliserad norm kontra reell norm

Starkaste normativ kraft har det självklara, seder och bruk, regler för beteendet som inte behöver formuleras i ord. Den reella normen är den som människor följer, särskilt om den följs spontant och inte ifrågasätts överhuvud taget. När en norm formuleras som en regel i ord innebär det att den faktiskt är ifrågasatt. Man behöver ett påbud. Den verbaliserade normen är svagare än den icke verbaliserade. Själva debatten, hävdandet av vissa regler är ett tecken på att de förlorat sin självklarhet. Predikanten predikar eftersom folk *inte* gör som han säger. Han pläderar för en norm som inte är den reella …

En sak är viktig att notera: debatten om normer och regler förs numera på en annan arena än förr, öppen för alla som har tillgång till Internet. Det för med sig att de traditionella auktoriteterna också är ifrågasatta. Det gäller såväl religiösa som politiska ledare. Ungt folk som bekymrar sig om vad som är religiöst legitimt eller inte frågar idag knappast någon lokal mufti eller *faqīh* (”jurisprudent”). De går till olika hemsidor och chattargrupper på Nätet. Där finner de också källorna, Koranen och hadithsamlingarna, och kommentarer till dem, både klassiska och nyskrivna. Och de finner åsiktsfränder. Sedan länge är lekmännen, dvs. intellektuella som inte har den traditionella utbildningen för islamiska jurisprudenter, i högsta grad deltagare i debatten, och de understryker allas rätt att själva gå till källorna. ”De lärde” (*ʿulamā*) i traditionell mening har alltså förlorat i auktoritet och är tvungna att själva gå in i debatten på Nätet, också för att hävda sin egen ställning.

Det är knappast någon tvekan om att den traditionella islamiska familjerätten, så som den också faktiskt tillämpas i en rad länder inom rättssystemet, återspeglar ett patriarkaliskt samhälle. Det är knappast hel-

ler någon tvekan om att den islamiska jurisprudensen så som den har utvecklats inom tribala släktsamhällen kommit att anpassas till vad som var och är relevant där. Konfliktfrågan blir då om denna den traditionella islamiska rättens kategoriseringar, regler och synsätt är den ”egentliga” islamiska normen, vilket traditionalisterna menar, eller om de utgör en förvrängning, en felaktig tolkning av källorna, som ”modernisterna” menar, eller i vart fall utgör en tolkning som förlorat sin relevans genom samhällets förändrade villkor. Detta är något som reformvännerna hävdar, och allt fler pekar uttryckligen på att man måste ha en ”kontextuell” tolkning av texterna. Samhällets förändring medför att livsstil, sed, och norm förlorar sin självklarhet. Debatten utgör just en *verbalisering* av normsystem i konkurrens och konflikt.

De familjerättsliga *sharī'a*-reglerna i sina traditionella utformningar sätts i fråga. Det ökande kravet på politiska rättigheter för kvinnor hänger samman med det ökade faktiska deltagandet av kvinnor i utbildning och näringsliv. Detta ger relevans åt den religiösa och politiska debattens kritik av de patriarkaliska dragen i samhälle och religionstillämpning. En islamisk feminism har växt fram vid sidan av en sekulär. Visst möter detta motstånd, men i debatten har det skapats ett förråd av argument för förändring. Och förändringar sker. Alltfler flickor har utbildning. De är dagligen ute på Nätet. Synpunkter sprids snabbt. Samhällsförändring och migration gör att de gamla tribala samhällsstrukturerna med deras traditionella könsroller bryts upp.

Det finns anti-religiös feminism, som hävdar att religionen och den religiösa lagen *orsakar* förtryck av kvinnan. Andra försvarar feminismen genom att försöka visa att den inte strider mot källorna, mot Koranen eller mot profetens föredöme, och man lyfter då fram kvinnornas roll i i islams historia och kritiserar de historiska gestalter som förknippas med patriarkala regler. Vi möter en *islamisk* feminism, som pläderar för en nytolkning av sharias rättskällor, samtidigt som man hävdar att man är bunden av dem. Vi kan notera en sådan ”feminisering” av *fiqh*-resonemang även hos sådana som står nära eller tillhör islamistiska grupper, som Muslimska Brödraskapet, Jamaat-i Islami i Pakistan, och JIM i Malaysia.[2]

[2] För teman i och utvecklingen av en islamisk feminism, se Jonas Svensson, Women's Human Rights and Islam. A Study of Three Attempts at Accommodation. Lund Studies in History of Religions, Volume 12. 2000. Exemplifiering ges bland annat i Anne Sofie Roald, Women in Islam. The Western Experience. Routledge. London and New York. 2001. Se särskilt det åttonde kapitlet.

Feministteologerna betonar att Koranen står över haditherna (traditionerna om Profetens utsagor) som normgivande, samtidigt som de konstaterar att den traditionella *tolkningen* av korantextens innebörd är baserad just på hadither som de då betraktar som svaga och otillförlitliga. Genom hadithkritiken kan de alltså även kritisera den traditionella *tolkningen* av Koranen som rättskälla. Vidare betonar de att man måste sätta in textställena i deras historiska sammanhang, nå fram till en ”kontextuell” förståelse av dem. Konsekvensen blir att textens ord får annan innebörd, regelns poäng blir en annan, när situationen i samhället och dess faktiska struktur och funktion skiljer sig från de villkor som rådde på 600-talets arabiska halvö.

Sådana resonemang inom den religiösa shariadebatten påverkar också lagstiftarna. I Pakistan har Rådet för islamisk ideologi (CII) i november 2008 lagt fram ett lagförslag som innebär att kvinnor får större rätt i skilsmässofrågor. Det ledde till starka protester från traditionalistiska religionsföreträdare, men man kan lägga märke till att det är med ”islamisk” motivering som Rådet argumenterar för förändringarna.

Motståndet mot kvinnofrigörelsen är avsevärt bland traditionalistiska kretsar och utövas även med våld. Talibanaktioner i Afghanistan mot flickor på väg till skolan har väckt indignation, men inte bara utanför landet. Själva ifrågasättandet kan inte tigas ihjäl. Patriarkalismen har förlorat sin självklarhet. Normen som verbaliseras – och verbaliseras även i form av våld – har alltså blivit svagare.

Det aktiva kvinnliga deltagandet i demonstrationer och protester, framför allt unga kvinnors, har varit framträdande i händelserna i Tunisien och Egypten under det tidiga 2011.[3] Kraven på förändringar av de utpräglat patriarkala samhällsstrukturerna har kommit till synes under 2000-talets början och har gett effekter. Så även i Saudiarabien, där de traditionella könsrollerna har stöttats av den politiska makten – men med allt större tvekan och under alltmer ifrågasättande. I september 2007 fick kung Abdullah ett upprop om att häva förbudet för kvinnor att köra bil. Nu är förbudet i Saudiarabien verkligen speciellt och finns inte på annat håll. Det härrör från den tidigare (och sedan länge avlidne) stormuftin där, Abd al-Aziz ibn Bazz. Frågan aktualiserades på nytt i juni 2011 genom den aktion av protesterande kvinnliga bilförare som väckt uppmärksamhet i våra media. Typiskt nog lade de protesterande ut bilder av aktionen på Youtube. De sände twittrar från arresten. Påfallande är att

[3] Se ögonvittnesskildringen som Bitte Hammargren ger i Per Björklund m.fl., Revolution i Egypten. Leopard förlag Stockholm. 2011, särskilt s. 33 ff.

polisen i ganska stor utsträckning tycks ha blundat. Endast ett fåtal greps. Protester mot aktionen kom förstås, även de på nätet. Och shaykhen Ghazi al-Shemri har (enligt tidningen al-Yawm) sagt att en ledande bland kvinnorna i aktionen, Manal ash-Sharif, borde piskas offentligt. Men en TV-predikant hänvisade till det legitimerande prejudikatet: kvinnor körde åsnekärra på Profetens tid. Alltså är det legitimt att kvinnor kör bil.

Författningsdomstolen i Kuwait slog fast i oktober 2009 att kvinnor får skaffa eget pass utan att fråga sin man (vilket hade hindrats i en lag från 1962). En liknande utveckling kunde vi se i Libanon: den 9 december 2009 beslöt det libanesiska bankförbundet att ändra reglerna så att kvinnor nu kan öppna bankkonton för sina barn utan att mannen skriver på pappren. Månaden innan hade Libanon fått en kvinnlig finansminister, Raya Haffan Hassan.

Även i yrken som mer specifikt är relaterade till islamisk familjerätt sker förändringar. I Egypten, där familjerätten är bestämd av den malikitiska rättsskolan, började den första kvinnliga äktenskapsregistreraren (*ma'dhūn shar'ī*) arbeta 2009. Det är alltså vad vi skulle kalla en vigselförrättare. Stormuftin Ali Gomaa hade slagit fast att inget hinder finns för en kvinna att ha den funktionen.

De traditionella familjerättsliga reglerna och lokala normerna och sederna förändras eller sätts ifråga. Den 16 april 2007 beviljades den åttaåriga Nojoud Ali skilsmässa i Jemen. Barnäktenskap som företeelse kritiseras utifrån men alltmer också inifrån. Det kom ett lagförslag i Jemen om 17-årsgräns för äktenskap. Det finns en akut press på regimen att se till att lagen tillämpas, eftersom saken observeras internationellt: i september 2009 dog en jemenitisk 12-åring i barnsäng.

Man kan faktiskt genomföra en sådan reform på annat sätt än genom lagstiftning. I mitten av januari 2009 deklarerade Saudiarabiens nuvarande stormufti, Abd al-Aziz al-Shaykh att det i och för sig är tillåtet att en flicka gifts bort före tonåren – men äktenskapet får inte fullbordas (dvs. med samlag) förrän hon fyllt 18 år, och då har kvinnan rätt att begära skilsmässa. Hans utlåtande är ett bra exempel på en *ḥīla*, ett kasuistiskt knep. Han kan alltså hävda att den ursprungliga regeln i och för sig är giltig, men samtidigt ordna så att den blir meningslös och inte ska tillämpas. Medlemmen i det saudiska rådet för *'ulamā'*, "skriftlärda", Shaykh Abdullah al-Manie, konstaterade i januari 2010 att Muhammeds äktenskap med Aisha inte kan rättfärdiga barnäktenskap längre, eftersom "villkoren och omständigheterna inte är desamma idag". Han hävdade alltså just en kontextuell tolkningsprincip: ett bud ska tolkas efter i vilka (sociala, ekonomiska,

politiska, utvecklingsmässiga osv.) omständigheter det har tillkommit och med hänsyn till hur dessa har förändrats över tid och rum; vilka omständigheter som råder nu. Vi kan alltså notera att även traditionella religiösa auktoriteter förändrar tidigare praxis genom sådana tolkningsprinciper. Vi ser också att denna ”kontextuella tolkning” spelar allt större roll i de islamistiska rörelserna.[4]

Parlamentet i irakiska Kurdistan begränsade i oktober 2008 mäns rätt att ha flera hustrur. Rätten inskränktes till att en man får ha en hustru till om den första hustrun är steril eller har en venerisk sjukdom. Bigamin ses då som bättre alternativ än skilsmässa (vilket kanske kan anses som rimligt när det inte finns något socialt skyddsnät inom den offentliga sektorn).

Den patriarkala traditionens sed, dess beteenden, bekämpas. Den 21 oktober 2008 dömdes en man i Kairo till tre års fängelse plus skadestånd för tafsande. Den 27 oktober samma år formulerades från al-Azhar det som kom att kallas ”Taekwondo-fatwan”, eller ”Slå igen-fatwan”. Den anfördes i våra media närmast som en kuriositet, men den var faktiskt ganska betydelsefull som just tecken på samhällsförändringen. Shaykh al-Azhar (alltså rektorn för det mycket kända islamiska universitetet i Kairo), Hamid al-Atrash förklarade, liksom tidigare den saudiska shaykhen Abd al-Muhsin al-Abaykan, att kvinnan har rätt att slå igen om mannen trakasserar eller slår henne. Den kände turkiske religiösa ledaren Fethullah Gülen har till och med sagt att hon ska ge igen dubbelt upp! Vi kan observera att kvinnor i Egypten och annorstädes i Nordafrika faktisk tränar kampsporter. Det har blivit populärt. Och kvinnliga aktioner mot sextrakasserier i Egypten uppmuntras på hemsidan *harassmap.org*.

De tribala normerna, stamsamhällets krav på absolut lojalitet, utgör likafullt en seg kvarleva i släktsamhällen. 15–20 ”hedersmord” årligen brukar man räkna med i Jordanien. Landets ledning försöker bekämpa företeelsen, inte alldeles utan framgång. Vi kunde notera i januari 2011 en tioårig fängelsedom för en far som dödat sin dotter på grund av hennes giftermål mot hans vilja.

[4] För utvecklingen i synsätt inom Muslimska Brödraskapet hänvisas till Anne Sofie Roald, ”Individualisering och sekularisering av det islamiska budskapet: Utveckling av politiska begrepp hos det muslimska brödraskapet i Jordanien”, i Jonas Otterbeck och Leif Stenberg (red.), Islamologi: Perspektiv på en religion. Centrum för Mellanösternstudier, Lunds universitet (under utgivning).

Kampen mot den kvinnliga könsstympningen fortsätter också, med stöd från religiösa auktoriteter vilket likaså noteras i media. I januari 2010 avgav generalsekreteraren i ”Forum för islamisk tanke” i Mauretanien (Cheikh Ould Zein Ould Limam) ett utlåtande där han slog fast att den kvinnliga omskärelsen ”inte är nämnd i koranen och att den strider mot hälsan och alltså är oislamisk”. Hans fatwa utgick således från kriteriet att det som är hälsovådligt inte kan vara islamiskt: religionen och dess tillämpning måste vara något gott. Denna *maṣlaḥa*-princip (*commune bonum*-principen) tenderar att åberopas mer och mer i resonemangen om islamisk sharia. Den tillämpas till exempel också sedan länge när det gäller frågan om familjeplanering.[5] Allt detta har förstås betydelse i diskussionerna om framtida lagstiftning.

I Iran skrev den tidigare premiärministern och nuvarande oppositionspolitikern Mir Hossein Mousavis kända hustru Zahra Rahnavard en uppmärksammad deklaration inför den internationella kvinnodagen (dvs. 8 mars) 2010. Hon talar där om ”påhittade lagar” som tillåter polygami och hindrar kvinnor att få skilsmässa. Hon hävdar alltså just tesen att de religiöst lärda – under århundraden – missförstått och misstolkat de religiösa rättskällorna i patriarkal riktning och att den ”feministiska” läsningen av dem utgör en nödvändig korrigering.

Tekniska förändringar skapar också nya frågeställningar: år 2008 förbjöds SMS-skilsmässor i Malaysia, och stormuftin i Egypten liksom kollegan i Saudiarabien har förklarat att sådana är ogiltiga.

4 Religionens regler: personlig etik eller statens lagar?

Vi är numera vana vid att betrakta religionens regler som något som den enskilde tar ställning till. Vad är privatsaker, vad är området för statens lagstiftning? Vart hör religionens regler? Saken är inte utan vidare självklar. År 2008 såg vi debatten i England om ärkebiskop Rowan Williams utspel om att shariaenlig familjerätt kan behöva tillämpas för muslimer i Storbritannien. Och i juli 2010 röstade den Franska Nationalförsamlingen för förbud mot heltäckande slöja på allmän plats. Det är nu lag i

[5] Exempel på detta finns det gott om i den samling utlåtanden som ingår i Abdel Rahim Omran, Family Planning in the Legacy of Islam. United Nations Population Fund. Routledge. London and New York 1992.

Frankrike. Är klädnormen en privatsak eller något som ska regleras i lag? Likaså i juli 2010 förbjöds heltäckande *niqāb* vid universiteten i Syrien. Debatten om huvuddukens politiska roll i Turkiet är välbekant. Lag eller privatsak?

När det gäller mer specifik religiös praxis, är den en del av offentligheten som faller under lagstiftningen i staten, eller ska den ses som en den enskildes fria val? I juli 2010 startade den marockanske bloggaren Najib Chaouki en kampanj för ett avskaffande av den lag som stipulerar böter eller fängelsestraff för personer som offentligt (dvs. synligt, offentligt) bryter fastan under Ramadan. Han driver kampanjen på Facebook, ”Moroccans for the right not to fast”.

I februari 2011 kom ett uttalande från Mufti Sultan Mirzajev i Tjetjenien som hävdade att kvinnor bör ha huvudklädnad och inte bära kort kjol. Men utan tvång. Religionens regel hör alltså enligt honom till den personliga etiken men inte till lagen. Mot osed ska predikas, inte lagstiftas …

Vi kan se samma diskussion om de religiösa reglerna för äktenskap, förbjudna led, äktenskapliga plikter, arvsrätt. Är det något som ska tillämpas som statens lag, eller är det de enskildas beslut det handlar om?

Till det kommer frågan om den domsrätt som går utöver staten. I juni 2011 skrev Tunisien som första nordafrikanska land under Romstadgan från 1998 och signalerade därmed en vilja att erkänna ICC, International Criminal Court.

Maarit Jänterä-Jareborg

Om polygami i dagens samhälle – särskilt ur ett svenskt perspektiv[1]

1 Tre exempel

Danmark åtog sig att bevilja tolkar som bistått de danska trupperna i Irak rätt till uppehållstillstånd i Danmark tillsammans med sina familjemedlemmar. En av de aktuella tolkarna levde dock i polygami med två fruar, enligt i Irak giltigt ingångna äktenskap, och hade barn med dem båda. Mannen ville ha sina båda fruar med sig till Danmark, och varken han eller hans fruar var villiga att upplösa något av äktenskapen trots påstötningar om det från danskt håll. Framtagen utredning visade att en frånskild kvinnas situation i Irak är mycket svår och, alternativt, att det skulle vara farligt för fruarna att stanna kvar i Irak utan sin make. Samtliga tre beviljades följaktligen uppehållstillstånd i Danmark. Myndigheterna i Danmark ansåg sig därefter nödsakade att ta egna initiativ för tvångsupplösning av det senast ingångna äktenskapet. Tolken och hans båda fruar valde i det läget, djupt kränkta och efter mentalt sammanbrott, att återvända till Irak trots det dödshot som de kunde bli utsatta för där, som kollaboratörer till en utländsk militärstyrka.[2]

En svensk kvinna gifte sig borgerligt i Sverige med en man som var medborgare i både Frankrike och en nordafrikansk stat. Efter att en son

[1] Artikeln grundar sig på författarens s.k. Thuréusföredrag vid prisutdelningsceremonin i Gustavianum, Uppsala universitet den 31 augusti 2010, som har publicerats i Kungl. Vetenskaps-Societeten i Uppsala Årsbok 2010, Uppsala universitetstryckeri 2010, under titeln ”Kan polygami var laglig i Sverige?”, 83–96. Den utges här med Societetens samtycke, i en uppdaterad och utvidgad form.

[2] Fallet kommenteras utförligt av Vagn Greve, i uppsatsen Hvornår er bigami strafbart?, Festskrift till Suzanne Wennberg, Norstedts Juridik 2009, s. 91 ff.

hade fötts och makarna bildat hem i Sverige fick kvinnan veta att maken redan hade en fru, som var kvar i Nordafrika, och att det äktenskapet fortfarande gällde. På den svenska hustruns talan dömde svensk domstol till äktenskapsskillnad mellan henne och maken[3] och fastställde att vårdnaden om sonen även fortsättningsvis skulle vara gemensam. Den svenska hustrun fick senare höra att om hon i stället hade väckt talan i Frankrike skulle fransk domstol ha förklarat hennes äktenskap som ogiltigt på grund av tvegiftet. Hon anger till mig att hon mår dåligt av att officiellt framstå som frånskild hustru till en bigamist och att dela vårdnaden med honom och ifrågasätter det svenska rättssystemet.

En saudisk kvinna ingick genom ombud äktenskap i sitt hemland med en svensk medborgare med hemvist i Sverige, men med bakgrund i Mellanöstern. Mannen hade till kvinnan intygat att han var ogift. Kvinnan har senare fått veta att mannen redan har en hustru i Sverige. Kvinnans äktenskapskontrakt möjliggör inte för henne att begära äktenskapsskillnad. En bekant till kvinnan i Sverige kontaktade mig och undrade över kvinnans möjligheter att i Sverige få äktenskapet upplöst vid domstol och att få avtalat ”mahr”[4] utbetalat. Kvinnan är kvar i Saudiarabien och mannen i Sverige.

[3] Omständigheterna i detta fall har påfallande likheter med omständigheterna i ett annat fall i Sverige där den första hustrun (som var kvar i Jordanien) ansökte om uppehållstillstånd i Sverige, efter det att ett senare i Sverige ingånget äktenskap hade upplösts här. Det fallet kom till Migrationsöverdomstolens prövning, som bland annat hade att ta ställning till huruvida en person som själv hade fått uppehållstillstånd på falska grunder (tvegifte med en svensk medborgare) kunde kvalificera sig som anknytningsperson för en annan hustrus rätt till uppehållstillstånd. KamR UM 5491-08 (2009-09-22).

[4] ”Mahr” har översatts till svenska på olika sätt, såsom ”brudpenning”, ”morgongåva” och som ”den äktenskapliga garantisumman till hustrun”. Det handlar om mannens åtagande att ge hustrun, i anledning av det avtalade äktenskapet, egendom av verklig eller symbolisk betydelse och utgör ett väsentligt inslag i ett muslimskt äktenskap. Egendom av värde utgör en trygghet för kvinnan i händelse av äktenskapets upplösning. Se närmare Jan Hjärpe, Shari’a, Gudomlig lag i en värld av förändring, Norstedts 2005, s. 12 och s. 184 f.; Mosa Sayed, Svensk och islamisk familjerätt – en jämförelse, Juridisk publikation 2010, s. 211–220 och densamme, The Muslim Dower (Mahr) in Europe – With Special Reference to Sweden, European Challenges in Contemporary Family Law, ed. by K. Boele-Woelki & T. Sverdrup, Intersentia 2008, s. 187–208.

2 Polygyni, polyandri och gruppäktenskap

Mina exempel handlar om situationer av månggifte i en nordisk kontext, alla med ett tydligt samband med en annan kultur.[5] Exempelfallen handlar om *polygyni*, dvs. situationer där en man har samtidigt fler än en hustru. När mannen tar en ny hustru avstår han av olika skäl att upplösa tidigare äktenskap. Polygyni har fram till relativt nyligen varit tillåten enligt samtliga stora världsreligioner[6] med undantag av kristendomen som betydligt tidigare kom att inta en fördömande hållning.[7] Idag praktiseras den främst i muslimska länder i Afrika och Asien, som med vissa undantag inte har tagit avstånd från männens polygami. Polygyni förekommer även bland fundamentalistiska mormoner i Nordamerika, även om denna praxis är förbjuden enligt lagen i såväl USA som Kanada med följden att äktenskapen betraktas som ogiltiga ur statens perspektiv. Polygyni tillåts däremot av den tribala sedvanerätten i Afrika, vilket utnyttjats av bl.a. Sydafrikas president Zuma. Det kvinnliga månggiftet – *polyandri* – är betydligt mer sällsynt.[8]

[5] Förutom denna typ av fall kan man tänka sig situationer där såväl parterna som vigselförrättaren har misstagit sig angående parternas äktenskapliga status och därmed medverkat till tvegifte, utan att någon agerat med uppsåt. Händelseförloppet bakom rättsfallet NJA 1983 C 76 (Högsta domstolen) visar hur komplicerade sådana här situationer kan vara. En tysk medborgare hade ingått äktenskap i Israel med en israelisk medborgare i strid med i Israel gällande absolut förbud om äktenskap mellan en jude och en icke-jude. Äktenskapet ogiltigförklarades av en israelisk rabbinatdomstol. Den tyske mannen ingick därefter ett nytt äktenskap i Sverige och åberopade vid hindersprövningen den israeliska ogiltighetsdomen, vilken pastorsämbetet godkände. Den israeliska domens giltighet ifrågasattes senare (i såväl Israel som Sverige) och en förundersökning, som dock därefter lades ner, inleddes mot mannen i Sverige avseende *misstanke om tvegifte*. Se Lennart Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Norstedts Juridik, andra upplagan, 2006, s. 72–74.

[6] I dag däremot förbjuds den av de flesta religionerna.

[7] Förbudet brukar härledas från Matteus 19:6 (”de två skall bli ett”), se även Matteus 19:9. Nya testamentets tydlighet i denna fråga har dock varit omtvistad genom tiderna. ”Kristnandet av äktenskapet” anses vidare ha varit en lång process och ha tagit form först efter 800-talet. Se t.ex. Samuel Rubenson, Äktenskapet i den tidiga kyrkan, Uppdrag samliv – Om äktenskap och samlevnad, Red. M. Lindfelt & J. Gustafsson Lundberg, Verbum 2007, s. 179 ff. och Masha Antokolskaia, Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective, A Tale of Two Milennia, Intersentia 2006, s. 86 ff. Äktenskaplig monogami har också inspirerats av den senromerska rätten.

[8] Det lär dock inte ha varit ovanligt i ”naturkulturer” (som Glenn kallar för ”chthonic legal tradition”) i matrilineärt organiserade samhällen. Barnen bodde hos sin mor, tog hennes namn och kände inte till fadern. Se H. Patrick Glenn, Legal Traditions of the World, Oxford University Press, Fourth edition, 2010, s. 69 f., särskilt not 35.

Där det förekommer, såsom exempelvis i Tibet,[9] synes det oftast handla om en praxis där bröderna delar samma hustru och även delar faderskapet till de barn som hon föder. Gruppäktenskap som kännetecknas av att en grupp män är gifta med en grupp kvinnor kvalificerar sig som både polygyni och polyandri, men synes primärt förekomma i science fiction-världen[10] och kanske även i extrema religiösa sekter. Det förefaller inte finnas något rättssystem som betraktar gruppäktenskap som juridiskt giltiga.[11]

Till dessa exempel kan läggas en modern form av *oavsiktlig polyandri* som inte är ovanlig i en transnationell, diaspora kontext. I dessa fall härstammar kvinnan från en kultur eller religion som avskär eller starkt begränsar en kvinnas möjligheter till äktenskapsskillnad. Ofta handlar det om kvinnor med bakgrund i ett muslimskt land som skilt sig i till exempel Sverige utan (den muslimske) makens samtycke (dvs. utan hans s.k. talak).[12] När kvinnan – här helt giltigt – gifter om sig i Sverige med en annan man, gör hon sig i ursprungslandets – och trossamfundets – ögon skyldig till antingen äktenskapsbrott eller tvegifte.[13] Av hänsyn till menliga rättsliga konsekvenser av sitt handlande vågar kvinnan kanske inte besöka sitt ursprungsland. I dessa fall kan man möjligen också tala om ”haltande bigami”, eftersom något tvegifte inte föreligger enligt svensk rätts syn på saken. Denna problematik har hos oss helt kommit i skymundan.

[9] International Encyclopedia of Comparative Law, Volume IV (completed Nov. 1982), Persons and Family, s. 110.

[10] Se t.ex. Ursula K. Le Guins novellsamling A Fisherman of the Inland Sea, 2005, där den kulturella normen på Planeten O är ett fyrapersonersäktenskap (”sedoretu”), inom vilket både kvinnorna och männen har såväl ett heterosexuellt som ett homosexuellt förhållande.

[11] Enligt International Encyclopedia of Comparative Law, Volume IV, Persons and Family, s. 109, är det svårt att föreställa sig att gruppäktenskap skulle kunna fungera i praxis.

[12] Också enligt judendomen är skilsmässan ett privilegium som tillhör mannen. Även de kristna kyrkorna i mellanöstern intar en extremt strikt hållning gentemot skilsmässa, inte minst vad gäller kvinnans möjligheter att få ut skilsmässa. Den romersk-katolska kyrkan, i sin tur, betraktar äktenskapet som ett sakrament som endast kan upplösas genom döden. Trots detta skiljer sig många katoliker i väst i sekulär ordning. Alternativet äktenskaps annullering genom kyrklig domstols beslut är invecklat och kostnadskrävande.

[13] En s.k. khul-äktenskapsskillnad på initiativ av kvinnan och som förutsätter att hon återbetalar eller avstår från sitt mahr (se ovan not 4) kan bli en lösning, när maken inte är villig att ge hustrun skilsmässa. Se t.ex. Jan Hjärpe, Shari’a, Gudomlig lag i en värld av förändring, Norstedts 2005, s. 184 f. Eftersom det står i strid mot den svenska äktenskapsrätten att villkora äktenskapsskillnad, synes detta förutsätta inblandning av någon form av ”islamisk rättsskipning”.

3 Argument för och emot polygami

Polygyni har försvarats med hänvisning till såväl klansamhällets intressen, familjens behov av många barn och ökat välstånd som kvinnans möjlighet till ett legitimt förhållande med en man i tider av kvinnoöverskott. Polygyni motiveras även som en religiös praxis, som inom islam härleds från koraniska verser och som avses värna om skyddet för behövande kvinnor och barn. Koranversens krav på att en man som villkor för månggifte ska kunna behandla alla sina fruar lika, socialt, sexuellt och ekonomiskt,[14] har dock, med tanke på förhållandena i dagens samhällen, bidragit till att månggifte blivit alltmer ovanligt. Polygyni är idag laglig i cirka 30 muslimska stater.[15] I flera av dem är den numera omgärdad med tydliga restriktioner,[16] kräver myndighetstillstånd[17] och i vissa fall även den först gifta hustruns samtycke.[18] Allmänt inom islam gäller att antalet fruar får vara högst fyra.

[14] Vers 4:3: ”Om ni är rädda att inte behandla de faderslösa med rättvisa, tag då [andra] kvinnor som är tillåtna till er till hustrur – två eller tre eller fyra; men [begränsa er till] en enda om ni inte tror er om att kunna behandla dem alla lika – eller [vänd er till] någon av dem som ni rättmätigt besitter. Detta gör det lättare för er att undvika partiskhet.” Se Koranens budskap i svensk tolkning av Mohammed Knut Bernström, med kommentarer av Muhammad Asad, Proprius Förlag 2000. Vers 4:129, erinrar å andra sidan om att det inte är möjligt för en man att ge alla sina fruar lika behandling i alla avseenden. Se även Jan Hjärpe, ibid., s. 78 f.

[15] Se Karl Kreuzer, Clash of Civilizations and Conflict of Laws, Revue Hellénique de Droit International 2009, s. 641.

[16] I ett fåtal muslimska länder är det till och med avskaffat från lagen. Se Kreuzer, ibid., s. 642. Turkiet, som redan mot slutet av 1920-talet tog över den schweiziska familjelagstiftningen, kvalificerar sig i sammanhanget inte som ”muslimsk stat”.

[17] Så t.ex. i Algeriet, Indonesien, Irak, Libyen, Pakistan, Syrien och Jemen. Se närmare Kreuzer, ibid., s. 642–643.

[18] Enligt Kreuzer (ibid.), återspeglar ett *utkast (1988) till Arabförbundets förenade lag rörande frågor om personrättslig status* den gällande main stream-positionen i arabstaterna; Section 31: ”(a) A Muslim may have up to four wives simultaneously unless he fears that he cannot render them equal justice. (b) No marriage to another wife may be contracted without permission by judge. In order for such permission to be granted, the following conditions must be complied with: (i) a lawful interest; (ii) that the husband be financially capable to support more than one wife; (iii) that the woman be aware that her suitor is already married; (iv) that the existing wife be informed that her husband is desirous to marry another woman besides her.” En hustrus möjligheter att påverka makens möjlighet att ingå nya äktenskap beror på makarnas äktenskapskontrakt; Section 32: ”A woman may stipulate in her marriage contract that her husband shall not marry another woman.

Den i ett fåtal länder tillåtna polyandrin synes förekomma i klanens och männens intresse, utan hänsyn till kvinnans egna behov. I de övriga ovan berörda fallen är den ett resultat av att den omgifta kvinnan ses bunden av sitt första äktenskap, fastän hon lagenligt i ett annat rättssystem har upplöst det.

Det är till islam och muslimer som polygami i bemärkelsen av polygyni i dag nästan uteslutande kopplas i den svenska och europeiska debatten. Månggifte ingår bland de exempel på ”muslimsk praxis” som anses kränka kvinnors människovärde (”human dignity”), genom en inbyggd diskriminering och negativ olikbehandling av kvinnor jämfört med män och som kan medföra skada för de involverade kvinnorna och barnen.[19] Från muslimskt håll försvaras månggifte som socialt nödvändigt under vissa förutsättningar[20] och som klart överlägset den västerländska ”monogamin i följetong”, där äktenskap följs av skilsmässa och av nytt äktenskap och ny skilsmässa.[21] Till saken hör vidare att äktenskapet enligt islam är den enda lagliga ramen för sexuella relationer; utomäktenskapliga förhållanden är strängt förbjudna. Det finns samtidigt anledning att påpeka att skilsmässor och omgiften inte är ovanliga ens bland troende muslimer, i vart fall i Europa.[22]

Should he marry another woman, the first wife shall be entitled to apply for annulment of their marriage.”

[19] Enligt FN:s kommitté för avskaffande av all diskriminering av kvinnor: ”Polygamous marriage contravenes a woman’s right to equality with men, and can have such serious emotional and financial consequences for her and her dependants that such marriages ought to be discouraged and prohibited.” UNCEDAW, 13th Session, General Recommendation 21: Equality in marriage and family relations (1992). Även FN:s kommitté för mänskliga rättigheter har dömt ut polygami såsom stridande mot kvinnors rätt att ingå äktenskap på samma villkor som män, General Comment 28: Equality of Rights Between Men and Women, 29 March 2000.

[20] Se Seyed Nasrollah Ebrahimi, Marriage Law of Iran under Islamic Perspectives, The International Survey of Family Law, 2005, s. 347. – Enligt Wikipedia är fortfarande närmare hälften av alla äktenskap polygama i Senegal (47 %).

[21] Se t.ex. Seyed Nasrollah Ebrahimi, ibid, s. 349: ”The truth of the matter is that monogamy protects men, allowing them to ’play around’ without responsibility – – – while women continue to be victims of men’s desires.” Denna typ av argumentering ”punkteras” av Anne Sofie Roald, Er muslimske kvinner undertryckt?, Pax Forlag A/S 2005, s. 134–138.

[22] Flera av de intervjuade kvinnorna i Madeleine Sultán Sjöqvists vid Uppsala universitet försvarade doktorsavhandling, ”Vi blev muslimer”, Svenska kvinnor berättar, En religionssociologisk studie av konversionsberättelser, Acta Universitatis Upsaliensis 2006, var upprepade gånger involverade i kortvariga äktenskap och efterföljande skilsmässor.

Hur förhåller sig svensk rätt till mångifte? Är mångifte alltid förkastligt eller kan det finnas fall där det är att se som tillåtet och därmed lagligt i Sverige?

4 Problematikens relevans i det svenska samhället

Från svensk synpunkt har mångifte hävdats vara en marginell företeelse och endast ett mindre antal fall bland invandrare i Sverige anses vara kända. Svenska myndigheter informeras mycket sällan om sådana äktenskap,[23] ens när de giltigt ingåtts i ett annat land enligt där gällande regler. Vi vet därför inte i hur många fall mångifte av rättslig relevans kan förekomma hos oss. Å andra sidan synes ”informella polygama äktenskap”, som kännetecknas av att mannen är lagenligt gift med en kvinna och bor tillsammans med en annan kvinna som han är ”religiöst gift med”, inte vara helt ovanliga hos oss.[24] Det andra förhållandet kvalificerar sig dock inte enligt svensk (eller annan västerländsk) rättsordning som ett giltigt äktenskap.

Om problematiken nu är så pass marginell, är det tankeväckande att den regleras såväl i vår äktenskapsbalk och brottsbalk som i den svenska internationellt privat- och processrättsliga lagstiftning som avser situationer med utlandsanknytning. Även utlänningslagstiftningen har särskilda bestämmelser om mångifte. I den mån mångifte kan anses innebära diskriminering aktualiseras även skyddet enligt den svenska Regeringsformen,[25] den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)[26] som gäller som

[23] Uppgift av verksjuristen Lars Tegenfeldt, Skatteverket, Solna. Förutom Skatteverket (i sin egenskap av folkbokförare) är det primärt Migrationsverket och migrationsdomstolarna i landet som kommer i kontakt med fall av tvegifte.

[24] I det allmänna språkbruket synes sålunda bland polygama äktenskap räknas även sådana där mannen är lagenligt gift med en kvinna och bor tillsammans med en annan kvinna som han är ”gift med” på ett ”islamiskt” sätt. Om förekomsten av denna typ av ”mångifte” i Norden, se t.ex. Roald, ibid., s. 131–135. Mosa Sayed talar i sammanhanget om s.k. källaräktenskap, på grund av de moskéer där det aktuella ”äktenskapet” ingås är inrymda på källarplan, i skyddsrum eller likartade utrymmen. Se Mosa Sayed, Svensk och islamisk rätt – en jämförelse, Juridisk publikation 2010, s. 210.

[25] Se Regeringsformen 1 kap. 2 och 9 §§ samt 2 kap. 15, 16, 22, 23 §§.

[26] Av särskild betydelse är då konventionens art. 8 (rätt till familjeliv), art. 9 (rätt till religionsfrihet), art. 12 (rätt att gifta sig) samt art. 14 (förbud mot diskriminering).

lag i Sverige, liksom ett antal andra internationella människorättsinstrument[27] som dock inte har samma slags bindande kraft som de förstnämnda regelverken. I detta som i andra sammanhang gäller att varje stat och dess rättsordning måste kunna hantera frågor som berör få personer, och även när man beträder kulturellt och religiöst känslig mark. Såsom påpekades i en ledarartikel i Dagens Nyheter, i anslutning till den då pågående slöjdebatten, är det de ovanliga fallen som brukar vara svårast att hantera.[28] Ledarartikeln påpekar träffande att ”de principer som reglerar de marginella fallen kan säga något mer allmängiltigt om vårt samhälles normer”.[29] Påståendet har enligt min mening särskild tyngd när grundläggande värderingar står på spel. Jag anser att frågan om månggifte, på samma sätt som slöjdebatten, har potential att utvecklas till en symbolfråga om relationen mellan stat och individ och om religionsfrihet och dess gränser.

Eftersom månggifte i en svensk kontext har en mångkulturell bakgrund har min analys sitt fokus i den internationellt privat- och processrättsliga reglering som i första hand förväntas fånga in fallen. Andra regleringar kan likväl vara nödvändiga att beakta, bland annat genom att de tillhandahåller den utslagsgivande värdebasen och instrumenten att vidta åtgärder.

5 Tvegifte som grund för äktenskaps upplösning i Sverige

5.1 Det monogama äktenskapet som västerländsk norm

Överallt i världen ses äktenskap som den överlägsna samlevnadsformen. Äktenskapet anses utgöra samhällets hörnsten och medför starka rättsverkningar; familjens klassiska funktioner[30] utförs i stor utsträckning inom

[27] Nämnas bör särskilt FN:s deklaration om de universella mänskliga rättigheterna, FN:s konvent om de civila och politiska rättigheterna, FN:s konvention avseende samtycke till och minimiålder vid äktenskaps ingående och FN:s konvention om avskaffande av all diskriminering av kvinnor.

[28] Dagens Nyheter, den 5 augusti 2010, Ledare (s. 2).

[29] Dagens Nyheter, den 5 augusti 2010, Ledare (s. 2).

[30] Se Anders Agell & Margareta Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, Femte upplagan, Iustus Förlag 2011, s. 14. Man talar i sammanhanget om bl.a. fortplantningsfunktionen, sexuella funktionen, barnfostrande funktionen, ekonomiska funktionen, skyddsfunktionen, känslomässiga funktionen och fritidsfunktionen inkl. religionsutövning.

ramen för det. Den svenska lagstiftningen bygger på det monogama äktenskapet. Enligt äktenskapsbalken får den som är gift inte ingå äktenskap; ett bestående äktenskap är ett absolut äktenskapshinder.[31] Om förbudet inte efterlevs gör kontrahenterna sig skyldiga till s.k. tvegifte och ska enligt brottsbalken dömas till böter eller fängelse i högst två år, förutsatt att de handlat uppsåtligt.[32] I dessa hänseenden placerar sig svensk rätt i allmän västerländsk ”main stream”, dvs. våra lösningar motsvarar vad som allmänt gäller i bland annat Europa.[33] Samhällens mångkulturella och mångreligiösa omvandling har inte gett anledning att ompröva positionerna.

5.2 Rätt till omedelbar skilsmässa i stället för äktenskaps återgång

En svensk specialitet är emellertid att ett inför en svensk vigselförrättare ingånget äktenskap i strid mot förbudet om tvegifte får rättsverkningar som ett giltigt äktenskap. Tills något av äktenskapen har blivit upplöst består alltså båda äktenskapen. Makarnas och samhällets intressen i detta i sig ”rättsstridiga” läge skyddas genom att äktenskapsbalken ger båda makarna i det nya äktenskapet rätt att begära äktenskapsskillnad *utan* något krav på föregående betänketid. En motsvarande rätt tillkommer makarna i det först ingångna äktenskapet avseende det äktenskapet. Man talar i dessa fall om *rätt till omedelbar äktenskapsskillnad*.[34] Talan om äktenskapsskillnad vid tvegifte kan också föras av allmän åklagare, dock

[31] Se 2 kap. 4 § ÄktB. Lagen kan samtidigt anses ge utrymme för vad som brukar kallas för ”monogami i följetong”, dvs. möjlighet att ingå ett äktenskap efter ett annat, utan andra begränsningar än att det tidigare äktenskapet hunnit bli lagenligt upplöst och att inga äktenskapsförhinder föreligger (t.ex. kontrahenternas släktskap i rätt upp- eller nedstigande led, att kontrahenterna är helsyskon, att de eller en av dem är minderårig, e.dyl.). För gällande äktenskapshinder i svensk rätt, se 2 kap. 3 § ÄktB.

[32] Se 7 kap. 1 § BrB. – Det kan inträffa att någon felaktigt tror att ett tidigare ingånget äktenskap inte är giltigt eller har lagligen upplösts, särskilt i situationer med utlandsanknytning där äktenskapets resp. upplösningens giltighet bestäms av internationellt privaträttsliga bestämmelser. Av missförståndet följer att för brottet nödvändigt uppsåt saknas. Se Nils Jareborg & Sandra Friberg, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, Iustus Förlag 2010, s. 117.

[33] Likadant i t.ex. Nord-, Central- och Sydamerika, Australien och Kina. Se närmare Karl Kreuzer, Clash of Civilizations and Conflict of Laws, Revue Hellénique de Droit International 2009, s. 644.

[34] Se 5 kap. 5 § ÄktB. Det tidigare existerande äktenskapet utgör ett s.k. upplösande äktenskapshinder.

endast avseende det sist ingångna äktenskapet. Äktenskapsskillnad på talan av allmän åklagare mot makarnas vilja kan betecknas som ”tvångsäktenskapsskillnad”. Åklagaren har dock inte någon absolut skyldighet att väcka talan utan förväntas avväga olika intressen mot varandra. Såsom saken uttrycks i ett propositionsuttalande: ”Upplösning ska eftersträvas om det är motiverat av omsorg om den enskilde eller om det från allmän synpunkt framstår som stötande att låta äktenskapet bestå”.[35]

Dessa lösningar infördes i svensk rätt i samband med en reform av dåvarande giftermålsbalken år 1973, varvid den dittills gällande möjligheten att få till stånd s.k. återgång av äktenskap, bl.a. i händelse av tvegifte, avskaffades. När det dömdes till återgång blev äktenskapet i princip overksamt från början.[36] I 1973 års reformiver ansågs konstruktionen såväl otidsenlig som överflödig eftersom den sällan gjordes bruk av.[37] Rätten till en omedelbar äktenskapsskillnad betraktades som en klart mer flexibel och processuellt enklare lösning. Man ville även rensa familjerätten från alla moraliska omdömen och värderingar och förhålla sig ”neutralt”.[38]

Äktenskapets giltighet och äktenskapsskillnadsdomens exklusivitet i gällande svensk rätt avseende äktenskap ingångna inför svensk vigselförrättare har också att göra med att de som enligt svensk lag är behöriga att förrätta vigslar[39] också förväntas följa svensk lag. Detta innebär inte bara

[35] Se prop. 2003/04:48, s. 38 och prop. 1973:32, s. 144.

[36] Principen ansågs dock inte fullt ut kunna följas; bl.a. betraktades barnen i en sådan förbindelse som födda i äktenskap. Se Lars Tottie, Äktenskapsbalken och promulgationslag m.m, Norstedts Juridik 1990, s. 80.

[37] Se prop. 1973:32, s. 116 f.

[38] Även internationellt välkända är svenska lagstiftningsdirektiv från år 1969, avseende en omfattande modernisering av den svenska familjelagstiftningen, som betonade vikten av att lagen är neutral i förhållande till olika samlevnadsformer och moraluppfattningar. Dessa direktiv lade grundvalen till vad som har kommit att kallas ”den svenska neutralitetsideologin” i familjefrågor. Se Anders Agell & Margareta Brattström, Äktenskap, Samboende, Partnerskap, Iustus Förlag, femte upplagan 2011, s. 249 ff.

[39] Sådan behörighet tillkommer för det första den som länsstyrelsen har förordnat för uppdraget (s.k. civil eller borgerlig vigselförrättare). För det andra är även präster och andra befattningshavare i trossamfund behöriga, men endast under förutsättning att såväl det aktuella trossamfundet som vigselförrättaren själv fått det erforderliga förordnandet av Kammarkollegiet. För närvarande (2011) har ca 40 trossamfund i Sverige förordnande att få förrätta (juridiskt giltiga) vigslar i Sverige. När även vigselförrättaren fått förordnade av staten, talar man om ”svenska vigselförrättare” eller om ”svenska vigselmyndigheter”. Det förekommer dock att religiösa ledare utan vederbörligt tillstånd förrättar vigslar, som möjligen gäller enligt trossamfundets egen syn på saken som ”religiöst giltiga vigslar”.

en skyldighet att beakta att inget äktenskapshinder föreligger utan också att de krav som svensk äktenskapslag ställer på själva vigselförfarandet efterlevs.[40] Skulle vigselförrättaren bortse från något av dessa krav – misstankar framförs ibland avseende grundläggande brister i trossamfundens vigselverksamhet – blir det ingångna äktenskapet inte i sig ogiltigt.[41] Däremot riskerar såväl vigselförrättaren själv som trossamfundet i fråga att mista sin auktorisation att förrätta juridiskt giltiga vigslar.

Kontrollmekanismen avseende hur de auktoriserade vigselförrättarna sköter sitt uppdrag har hos oss ansetts vara mycket god.[42] Klart är dock att inget system kan komma åt alla situationer där en av kontrahenterna vid hindersprövningen kommer med osanna uppgifter (såsom den svenska kvinnans make i exemplet ovan). Månggifte uppdagas normalt i Sverige, föga oväntat, i en kontext där äktenskapen ingåtts i ett annat land, i regel i ett land till vilket makarna eller i vart fall en av dem hade stark anknytning genom medborgarskap eller hemvist.

5.3 Reformbehov?

Det är lätt att sympatisera med den svenska kvinna i mitt andra exempel som ansåg sig ”befläckad” av såväl det polygama äktenskapet som den svenska skilsmässodomen och hade föredragit att få sitt äktenskap ogiltigförklarat i Frankrike. Såsom framgått avskaffades den svenska rättens närmaste motsvarighet, återgång av äktenskap, med i princip samma tillämpningsområde (exempelvis i fall av bigami) för närmare 40 år sedan. Som jag ser det var avskaffandet av denna möjlighet i svensk rätt ogenomtänkt. På köpet blev vi av med ett i ett mångkulturellt samhälle smidigt redskap. Eftersom den svenska kvinnans äktenskap anses formellt giltigt i Sverige

Enligt svensk lag är sådana vigslar emellertid ogiltiga. Förmodligen är de flesta ”polygama äktenskap” i Sverige av denna kategori.

[40] Båda kontrahenterna ska vara samtidigt närvarande inför vigselförrättaren, i närvaro av vittnen, och ska var för sig på fråga av vigselförrättaren ange sitt samtycke till äktenskapet, varefter vigselförrättaren ska förklara dem som makar. Se 4 kap. 1–2 §§ ÄktB. Vigselförrättaren har skyldighet att beakta att båda parterna lämnar sitt samtycke frivilligt.

[41] Genom 2004 års lagreform ålades Skatteverket skyldighet att kontrollera, när vigselförrättaren underrättar om genomförda vigslar, att bl.a. hindersprövningen har gått rätt till, se 4 kap. 8 § 2 st. ÄktB. Skatteverket är skyldigt att anmäla oegentligheter som verket upptäcker till Kammarkollegiet och i vissa fall även till allmän åklagare.

[42] Kontrollformerna, där både Skatteverket och Kammarkollegiet är nyckelaktörer ses samtidigt kontinuerligt över i syfte att förbättra dem, se t.ex. prop. 2003/04:48, s. 39–42 och Dir. 2010:54 Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap, s. 4.

medför det även rättsverkningar, såsom makarnas gemensamma vårdnad om sonen, att en bodelning ska genomföras, osv. I motsats till sin make slipper dock svenskan att i en straffprocess i Sverige bli dömd för tvegifte, eftersom hon hade blivit vilseledd till äktenskapet.

Enligt min mening borde den svenska rättens position omprövas och en lagreform initieras som för oss närmare den stora majoriteten av europeiska länder. Under tiden har Sverige nämligen blivit ett globalt och betydligt mer pluralistiskt samhälle. De allra flesta länderna har kvar institut såsom äktenskaps återgång (annullering) eller äktenskaps ogiltigförklaring för situationer där omständigheterna vid äktenskapets ingående var högst tvivelaktiga;[43] gränsdragningen mellan dessa två institut är dock inte alldeles klar. Ett bestående äktenskap ingår regelmässigt bland de grunder som medför äktenskaps annullering eller ogiltigförklaring. Valet mellan dessa två institut är inte helt givet med tanke på en lagreform. Äktenskaps *ogiltigförklaring* kan i sig framstå som ett tydligare redskap, i och med att institutet går ut på att något, som aldrig rättsligt giltigt kommit till stånd, inte heller kan medföra rättsverkningar. Den är också bättre i linje med den automatiska ogiltighet som enligt gällande svensk internationell privaträtt kan drabba i utlandet ingångna äktenskap som ingåtts i strid mot svenska äktenskapshinder (se nedan avsnitt 7.1). För *äktenskaps återgång* kan däremot tala att institutet kan tillmäta det ingångna äktenskapet vissa rättsverkningar, vilket i enskilda fall kan framstå som en mer rimlig och skälig lösning, inte minst av hänsyn till den svagare parten i äktenskapet, i regel kvinnan.

6 Vägrat erkännande av hänsyn till s.k. ordre public – utländska lösningar

6.1 Inhemska och importerade fall av tvegifte

Även i det övriga Europa har ett uppdagat (formellt) tvegifte i regel begåtts i ett annat land där det är tillåtet. Följaktligen gör man en skillnad mellan s.k. inhemska fall av månggifte inom statens eget territorium och importerade fall av månggifte. Liksom i Sverige är tvegifte inom det egna landets territorium förbjudet och även kriminaliserat i flertalet europeiska länder.

[43] Detta gäller även våra grannländer Norge och Danmark. Endast Finland har följt den svenska modellen (1988) och avskaffat möjligheten att döma till återgång av äktenskap.

Responsen varierar däremot vad gäller i utlandet lagenligt ingångna polygama äktenskap, vilket var fallet i det första och tredje exemplet ovan. En allmänt populär utgångspunkt är att ett polygamt äktenskap ska vägras erkännande eftersom det strider mot grundläggande värderingar i den egna rättsordningen.[44] Man gör härvidlag bruk av det s.k. internationellt privaträttsliga *ordre public-förbehållet*[45] avseende den yttersta gränsen för erkännande av främmande rätt och främmande rättsinstitut. Månggifte döms ut såsom en praxis som diskriminerar kvinnor, jämfört med de friheter och rättsskydd som en man åtnjuter, och särskilt vad gäller kvinnans rätt att ingå äktenskap.[46] Alla utom det först ingångna och fortfarande bestående äktenskapet anses följaktligen ogiltiga.

6.2 Den internationella privaträtten som hjärngymnastik

Det i utgångsläget kategoriska avståndstagandet mjukas samtidigt upp genom olika konstruktioner som även en jurist kan uppleva som ytterst invecklade. Hur polygamin bemöts i den europeiska rättsvetenskapen är en god illustration på varför den internationella privaträtten ofta betecknats som en nästintill omöjlig hjärngymnastik.

En vanlig konstruktion är att låta bedömningen bero på sammanhanget där frågan aktualiseras. Om giltigheten av ett polygamt äktenskap kommer upp som en *självständig huvudfråga* vägras det erkännande. I annat fall skulle man nämligen, hävdas det, direkt medverka till att upprätthålla ett stötande rättsförhållande. Om däremot frågan dyker upp som en s.k. *prejudiciell fråga* i en dispyt som i första hand handlar om något annat, såsom om fruarnas rätt till arv eller om barnens legitimitet, dvs. frågor vars svar är beroende av äktenskapens giltighet, kan större tolerans visas och samtliga äktenskap erkännas.[47] Nu är det ju ”bara” fråga om att passivt

[44] Se Cristina González Beilfuss, Islamic Family Law in the European Union, International Family Law for the European Union, Eds. J. Meeusen et.al., Intersentia 2007, s. 431 f; Karl Kreuzer, Clash of Civilizations and Conflict of Laws, Revue Hellénique de Droit International 2009, s. 644–647 och s. 688–690.

[45] En särskild bestämmelse om ordre public finns i svensk internationell privaträtt i 7 kap. 4 § lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.. I den nuvarande utformningen är bestämmelsen från 1973.

[46] Se Kreuzer, ibid., s. 688.

[47] Så här förefaller Helin tolka den finländska positionen, i vart fall efter att parter i ett polygamt äktenskap slagit sig ner i Finland. Se Markku Helin, Ulkomaisen avioliiton ja rekisteröidyn parisuhteen tunnustamisesta, Lakimies 2002, s. 548.

acceptera följderna av ett polygamt äktenskap. Särskilt tysk rätt excellerar i användning av denna distinktion och den s.k. Vorfrage-problematiken har där utvecklats till höjden av internationellt privaträttslig vetenskap.

En annan konstruktion går under beteckningen ordre public-förbehållets effet atténue-verkan och är populär särskilt i länder som inspirerats av fransk doktrin. Månggifte erkänns inte av hänsyn till allmän ordning, men de senare ingångna äktenskapen kan ändå medföra vissa av äktenskapets rättsverkningar, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och vilken typ av rättsverkan som står på spel. Det kan t.ex. handla om att fler än en hustru får dela på mannens pensionsrättigheter efter hans bortgång eller anses berättigade till underhåll från honom.[48] Bedömningen görs från fall till fall av behörig myndighet.

Ytterligare en lösning är att låta bedömningen bero på vilken grad av anknytning de aktuella makarna har till den egna staten (dvs. den stat där ett polygamt äktenskap är under bedömning). Om makarna vid tidpunkten för de aktuella äktenskapen inte hade någon anknytning (hemvist, medborgarskap) dit kan även de övriga äktenskapen (och inte bara det första) erkännas fullt ut. Giltigt ingångna polygama äktenskap blir enligt detta synsätt inte ogiltiga bara därför att makarna senare flyttar till ett annat land som inte tillåter polygama äktenskap. Man ska i stället respektera makarnas välförvärvade äktenskapliga status. Men det är inte givet att äktenskapen får fortsätta att bestå i den nya rättskulturen efter makarnas eller en makes flyttning dit. Äktenskapens fortsatta existens blir beroende av att inga tunga ”interna intressen” kränks.[49] I det danskt-irakiska fallet ansåg sig sålunda danska myndigheter vara nödsakade att vidta åtgärder för att upplösa det senaste äktenskapet, när makarna väl beviljats uppehållstillstånd i Danmark och slagit sig ner där, när makarna själva vägrade att upplösa något av äktenskapen. Detta får tolkas innebära att båda äktenskapen erkändes i utgångsläget, men när läget ”fördanskats” inte ansågs kunna få förbli giltiga av hänsyn till dansk ordre public. Vad gäller i Sverige?

[48] Se Cristina González Beilfuss, ibid, s. 431–432.

[49] Se Máire Ní Shuilleabháin, Cross-Border Divorce law, Brussel II Bis, Oxford University Press 2010, s. 110 f.

7 Hur ser den svenska internationella privaträtten på polygama äktenskap?

7.1 Automatisk ogiltighet när en av makarna hade svensk anknytning vid tiden för den andra vigseln

Om ett äktenskap ingås i utlandet i strid mot ett absolut svenskt äktenskapshinder erkänns det inte i Sverige, förutsatt att minst en av kontrahenterna vid tidpunkten för äktenskapet hade hemvist i Sverige eller var svensk medborgare.[50] En konsekvens är alltså automatisk ogiltighet av det i utlandet, i strid mot svensk rätt, ingångna äktenskapet. Lösningen, som avviker från vad som gäller när äktenskapets ingåtts i Sverige (ovan avsnitt 5.2), är särskilt reglerad i lag sedan år 2004 och kom till i första hand i syfte att hindra i Sverige bosatta personer från att gifta bort barn i utlandet eller att ingå tvångsäktenskap. Syftet är alltså preventivt. Regeln slår även till i händelse av månggifte. När sålunda en gift svensk medborgare eller i Sverige fast bosatt gift utländsk medborgare ingår i ett nytt äktenskap i ett land där polygami är tillåten, anses det nya äktenskapet som rättsstridigt ingånget och därmed automatiskt ogiltigt i Sverige. Äktenskapet medför inga rättsverkningar. Allmän åklagare kan inte föra talan om äktenskapsskillnad, eftersom något giltigt äktenskap inte kommit till stånd.[51] Något straff för tvegifte kan då inte heller ådömas i Sverige. Den saudiska kvinnans (tredje exemplet) möjlighet att ställa mannen till svars är därför beroende av vilket rättsskydd hennes eget land kan ge henne i den uppkomna situationen.

Ett undantag från regeln om icke-erkännande kan enligt lagrummets andra stycke göras om det finns ”särskilda skäl”. Det ansågs nämligen kunna uppkomma fall där ett vägrat erkännande av äktenskapet skulle föra med sig orimliga konsekvenser,[52] av hänsyn till vilka äktenskapet ändå ska erkännas. Sålunda, när äktenskapshindret enligt svensk rätt bestått av ett tidigare ingånget äktenskap, framstår det enligt propositionen ”inte påkallat att neka det senare äktenskapet erkännande om det tidigare äktenskapet upplösts”.[53] Enligt min mening är det svårt att tänka sig andra lika givna exempel i händelse av polygami.

[50] Se 1 kap. 8a § 1 st. lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, införd genom lag 2004:144.

[51] Detta innebär att tvegifte utomlands behandlas annorlunda än tvegifte ingånget i Sverige.

[52] Se prop. 2003/04:48, s. 32–34.

[53] Prop. 2003/04:48, s. 32 och s. 56. Se även Migrationsöverdomstolens avgörande i

7.2 Vad gäller när en sådan svensk anknytning inte fanns?

Situationen är annorlunda när tvegifte giltigt kommer till stånd i utlandet vid en tidpunkt då parterna saknar all relevant svensk anknytning. En sådan situation är exempelvis den som den irakiske tolken och hans fruar befann sig i (första exemplet ovan). Det spelar ingen roll i vilken form äktenskapet har ingåtts, t.ex. inför en särskild vigselmyndighet eller i en traditionell eller religiös form, förutsatt att det är giltigt ingånget i vigsellandet.[54]

Jag finner det högst osannolikt att den svenska myndighetsorganisationen skulle reagera likadant som den danska. Enligt en tradition, som inte omprövats, är utgångspunkten hos oss i stället att båda äktenskapen gäller, eftersom de har juridiskt giltigt ingåtts i vigsellandet.[55] Allmän åklagare kan inte heller utan vidare föra talan om äktenskapsskillnad eftersom de aktuella bestämmelserna i äktenskapsbalken avser interna situationer.[56] Det förefaller långsökt att tycka att äktenskapens fortbestånd ska behöva omprövas mot makarnas vilja, när makarna fått fast anknytning till Sverige i form av hemvist eller till och med svenskt medborgarskap. Vi kan väl inte rimligen hävda att förvärvet av svenskt hemvist och medborgarskap för med sig andra ”standarder” som inbegriper *existerande* familjeförhållanden, alltså att en svensk alltid ska bete sig ”svenskt”?[57] Eftersom

MIG 2009:28 där fråga var huruvida det fanns ”särskilda skäl” att erkänna ett utomlands ingånget tvegifte. Domstolen fann så vara fallet eftersom det första äktenskapet var upplöst vid tidpunkten för Migrationsverkets bedömning av frågan om uppehållstillstånd.

[54] Se Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, Norstedts Juridik, sjunde upplagan 2008, s. 184.

[55] Se SOU 1987:18, s. 193. Denna position bekräftas i allt väsentligt i prop. 2003/04:48, s. 25 och s. 29. Det relevanta lagrummet i sammanhanget är 1 kap. 7 § lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap. Ståndpunkten har dock inte alltid varit given, såsom illustreras av ett svenskt propositionsuttalande från närmare 40 år tillbaka i tiden, prop. 1973:158, s. 123: ”Det bör – – – observeras att en bestämmelse vars direkta tillämpning är oförenlig med svensk rättsuppfattning kan få läggas till grund för bedömningen av en prejudiciell fråga. I mål om arv efter en muhammedansk man som levde i månggifte kan man inte bortse från att han enligt sitt hemlands lag hade fler hustrur, trots att han inte skulle ha tillåtits att ingå nytt äktenskap i Sverige så länge som de tidigare äktenskapen bestod.”

[56] Se Familjelagssakkunnigas slutbetänkande Internationella familjerättsfrågor, SOU 1987:18, s. 192 f. Se även Ds 2002:54 Svenska och utländska äktenskap, s. 35 f.

[57] Helin synes dock vara av annan åsikt, när kontrahenterna i ett polygamt äktenskap slagit sig ner i Finland. Enligt honom kan de då inte räkna med att få leva i ett polygamt äktenskap, utan den allmänna åklagaren ska väcka talan om äktenskapsskillnad.

å andra sidan den svenska lagstiftningen inte är anpassad till mångfald får den i rättspraxis anpassas till varje aktuell situation. Om t.ex. mannen avlider först får bodelning förrättas i båda hans äktenskap, alternativt får båda fruarna dela arvet efter honom.[58] Någon särlagstiftning är inte motiverad. En sådan här bedömning gjordes av Familjelagssakkunniga redan år 1987 i anledning av en i riksdagen väckt motion.[59]

7.3 EU-rättens inverkan

EU har inget eget regelverk avseende polygama äktenskap.[60] Å andra sidan hindrar EU:s s.k. familjeåterföreningsdirektiv (2003/86/EG) staterna från att bevilja uppehållstillstånd till någon ytterligare make/maka när anknytningspersonen lever i äktenskap med en annan person inom EU.[61] Direktivet har införlivats i den svenska utlänningslagen. En man som lever gift i Sverige kan sålunda inte inlemma ytterligare en hustru i sin familjegemenskap, även om äktenskapet skulle vara lagligt.[62] Han måste först upplösa det äktenskap i vilket han lever i Sverige.[63] Uppehållstillstånd får även vägras när utlänningen som sökt uppehållstillstånd är gift eller sambo med någon annan än anknytningspersonen.[64] En man med flera fruar kan således inte räkna med att få uppehållstillstånd i Sve-

Se Markku Helin, Ulkomaisen avioliiton ja rekisteröidyn parisuhteen tunnustamisesta, Lakimies 2002, s. 548. Tolkningen motsvarar det danska agerandet.

[58] En förutsättning till denna sorts lagtillämpning är naturligtvis att de svenska reglerna i äktenskapsbalken och ärvdabalken blivit tillämpliga, med beaktande av vad som följer av Sveriges internationellt privaträttsliga lagvalsregler.

[59] Se SOU 1987:18, s. 191–199, särskilt s. 194.

[60] Ett sådant har dock efterlysts av myndigheter och forskare i syfte att skapa en enhetlig praxis och därmed underlätta rörligheten inom EU. Se Cristina González Beilfuss, ibid., s. 428.

[61] Utgångspunkten är annars att EU:s medlemsstater har en skyldighet att bevilja uppehållstillstånd för make till anknytningspersonen.

[62] Se 5 kap. 17 b § utlänningslag (2005:716). Även mannens samboende med en annan kvinna i Sverige kan medföra avslag, se Migrationsöverdomstolens beslut i rättsfallet MIG 2007:19.

[63] Det hävdas ibland att förekomsten av hushåll med ensamstående mor och barn är ovanligt hög bland muslimer i Sverige och att en förklaring skulle kunna vara att män i själva verket har flera, i olika ”enmorshushåll” levande, ”inofficiella” fruar, som de skilt sig från inför nya äktenskap. EU:s familjeåterföreningsdirektiv skulle kunna hävdas uppmuntra sådant beteende.

[64] Se 5 kap. 17 a § 2 st. 2 utlänningslag (2005:716).

rige på grund av att en av hans fruar är bosatt här.[65] Familjeåterföreningsdirektivets slag mot polygama äktenskap missar dock makar som tillsammans har kommit till Sverige eller något annat EU-land, eller som söker uppehållstillstånd på annan grund än familjeåterförening. Klart är dock att EU i en migrationskontext ser negativt på polygama familjebildningar och värnar om det monogama äktenskapet.

8 Handlingsalternativ när grundläggande värderingar kolliderar

8.1 Situationer måste kunna bedömas individuellt

Numera talas det allt oftare om en konflikt mellan grundläggande moderna och sekulära värderingar, uttryckta i form av mänskliga rättigheter och som sådana del av västerländsk ordre public, och grundläggande ofta religiöst motiverade muslimiska normer som utgör en del av islams ordre public. I händelse av konflikt gör båda anspråk på tillämpning. Den internationella privaträtten anges utgöra ett instrument för att undvika fullständiga ”civilisationskrockar”.[66] Konstruktionerna om månggifte som huvudfråga och månggifte som prejudiciell fråga[67] anses som adekvata och användbara vid den juridiska hanteringen av månggifte (ovan avsnitt 6.2). Vi kan förvänta oss att motsvarande distinktioner kommer att få särskild aktualitet även hos oss, genom EU-rättens successiva utveckling och inverkan.[68]

Jag vill betona vikten av att vi ser nyanserna och skyddsbehoven i olika situationer och inte drar allt över en kam. Skyddsbehoven i de tre exempelfallen i denna artikel var sålunda mycket olika, vilket i sin tur bör påverka hur polygamin rättsligt sätt bemöts. Tvångsupplösningen av den danska tolkens äktenskap framstår enligt min mening som ett

[65] Se avgörande av Migrationsdomstolen i Stockholm, UM 1020-06. En gift man med fyra barn med sin hustru hade ingått ett nytt äktenskap med en svensk kvinna. Han beviljades tidsbegränsat uppehållstillstånd i Sverige på grundval av det nya äktenskapet, men först efter det tidigare äktenskapet hade upplösts i Syrien.

[66] Se t.ex. 2005 års resolution av International Law Association (ILA): ”Cultural differences and ordre public in family private international law”. Se även Kreuzer, ibid., s. 630, 689 f.

[67] Om denna distinktion och de olika förklaringarna, se Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, Norstedts Juridik, sjunde upplagan 2008, s. 81–82.

[68] Gränsöverskridande familjerättsfrågor tillhör numera EU:s rättsliga kompetens.

slags ”fasadvård”. Människors polyamorösa liv och hur familjebildningar ser ut är nämligen från det västerländska samhällets och rättsväsendets synpunkt irrelevanta, utom i det avseendet att endast ett förhållande i taget kan erkännas som juridiskt giltigt *äktenskap*. Samhället lägger sig sålunda inte i ”informellt polygama äktenskap”, där mannen antingen är informellt och ”religiöst” (men inte juridiskt!)”gift” med fler än en kvinna eller där mannen är lagenligt gift med en kvinna och därutöver informellt ”gift” med en eller flera andra, trots att det finns anledning att misstänka att sådana fall är betydligt vanligare hos oss.[69] Borde man inte redan i förebyggande syfte problematisera mer kring detta i kvinnors och barns intresse? När däremot tolkens andra äktenskap upplöses utan beaktande av den trygghet och det välbefinnande som kontinuiteten av (de i Irak lagenligt ingångna) äktenskapen innebär för parterna framstår det som om ett abstrakt skydd för institutet monogamt äktenskap väger tyngre än den enskildes intressen i ett konkret fall. Den svenska kvinnan i det andra exemplet hade däremot inget som helst intresse av att det polygama äktenskap som hon levt i skulle erkännas här. Att äktenskapet inte erkänns är sannolikt bedrövligt för den saudiska kvinnan i det tredje exemplet, eftersom det berövar henne möjligheten att i Sverige kräva några äktenskapliga rättigheter. Hon hamnar i ett ”haltande” tillstånd där hon är gift enligt det ena rättssystemet men inte enligt det andra.

8.2 Inverkan av människorättsargument

Ställningstaganden kring hur polygami ska bemötas aktualiserar flera olika mänskliga rättigheter, såsom kvinnors och mäns rätt till lika behandling, vars och ens rätt till privatliv och familjeliv som skyddas särskilt av Europakonventionens artikel 8, rätten att utöva religion, rätten att ingå äktenskap samt förbud mot diskriminering på grund av omständigheter såsom en persons kön eller religion. Vid uppenbar konflikt mellan dessa

[69] Se t.ex. Anne Sofie Roald angående ”mångkoneri” i Norge, i boken Er muslimske kvinner undertryckt?, Pax Forlag A/S 2005, s. 131–135. Se även Madeleine Sultán Sjöqvist, ”Vi blev muslimer”, Svenska kvinnor berättar, En religionssociologisk studie av konversionsberättelser, Acta Universitatis Upsaliensis 2006, som innehåller berättelser om ”andrahustrur” i Sverige, s. 205 ff. Enligt studien är det ”enligt informanter allmänt känt bland muslimer vilka imamer som viger till polygyna äktenskap och vilka som inte gör det”, s. 206. Sådana här informella, ”religiösa äktenskap” som ingås utan att vigselförrättaren auktoriserats för uppdraget av staten (Kammarkollegiet) är juridiskt sett en ”nullitet” (= icke existerande som äktenskap) från svensk/nordisk synvinkel.

rättigheter uppstår ett behov att bedöma vad som är mest skyddsvärt. Nedan görs ett ytligt försök att ställa de identifierade intressena (rättigheterna) mot varandra i en polygamikontext.

8.2.1 Likabehandling av kvinnor och män

På grund av den diskriminering och olikbehandling som kvinnor under århundradens lopp utsatts för månar vårt samhälle, liksom alla moderna västerländska samhällen, om att värna lika rättigheter för kvinnor i förhållande till män och att skydda kvinnor mot all diskriminering. Såsom nämnts har den existerande praxisen rörande polygyni ansetts innebära en inbyggd diskriminering och olikbehandling av kvinnor. Olikbehandling mellan könen brukar enklast justeras genom likabehandling. Ska man då föreslå att *kvinnor* och, inte bara män, ska få gifta sig med flera personer? Det skulle innebära att institutet polygami bejakas och utvidgas. Få ser detta som en önskvärd utveckling. Vårt juridiska äktenskapsbegrepp har visserligen visat sig vara elastiskt, dock endast inom ramen för tvåsamheten – numera oberoende av kön.[70] Jag delar Brian Barrys konstaterade: ”The whole idea of egalitarian polygamy is manifest nonsense”.[71]

8.2.2 Rätten till privat- och familjeliv

Den europeiska konventionen (artikel 8) säkerställer var och en rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv. De irakiska makarna i det första exemplet levde i giltigt ingångna, stabila relationer. Följaktligen hade ett varaktigt familjeliv uppstått i makens båda äktenskap vilket de danska myndigheterna, enligt min mening konventionsstridigt, inte respekterade. Konventionens undantag, motiverade av exempelvis fara för den allmänna säkerheten eller till skydd för hälsa eller moral eller andra människors rättigheter, kan svårligen anses uppfyllda i ett fall som detta. Vad gäller den svenska kvinnan i det andra exemplet krävde hon snarare rätt till privatliv, i bemärkelsen att slippa tvingas framstå som ”frånskild”. Det förefaller mig alltför långtgående att hävda att Sverige, genom att upplösa hennes polygama äktenskap genom äktenskapsskillnad, kan anses ha gjort sig skyldigt till konventionsbrott. Den rättsliga utgången faller

[70] Sedan 1 maj 2009 bygger svensk lagstiftning på ett könsneutralt äktenskapsbegrepp.
[71] Brian Barry, Culture & Equality, An Egalitarian Critique of Multiculturalism, Polity Press 2001, s. 369 f., not 96.

i stället inom ramen för statens fria prövning (s.k. margin of appreciation). Den saudiska kvinnan i det tredje exemplet kommer i kläm när hennes äktenskap i Sverige betraktas som ogiltigt, men utan att enligt min mening heller kunna komma i åtnjutande av något särskilt skydd enligt Europakonventionen. Mannen hade stark anknytning till Sverige vid tidpunkten för äktenskapets ingående. Enligt konventionen ankommer det på den nationella lagstiftaren att besluta över förutsättningar för äktenskap mellan giftasvuxna kvinnor och män (artikel 12). Kvinnan kan knappast heller, av hänsyn till omständigheterna, med framgång åberopa respekt för privatliv eller familjeliv i konventionens mening.

8.2.3 Rätten att utöva sin religion

Frågor om vad som kvalificerar sig som äktenskap har, oberoende av den sekulära lagstiftningen, även en svårhanterlig religiös dimension.[72] I en svensk studie angav sålunda intervjuade (svenska) kvinnor som lever eller hade levt i polygami i Sverige att de genom att ”tillåta” mannen att ta en andrahustru ”medverkar till att skapa ett gott samhälle” och att de därmed visar ”kvinnosolidaritet” och att de är ”goda muslimska kvinnor”.[73] En tillåtande attityd gentemot polygami kan i ett västerländskt samhälle svårligen förespråkas med hänvisning till religionsfrihet. I de fall där polygama äktenskap giltigt ingåtts i en annan rättslig miljö, utan att innebära ett medvetet kringgående av svensk lag, kan dock den konstitutionellt skyddade rätten att utöva en religion ses som ett ytterligare stöd till att låta det polygama äktenskapet bestå.

9 Avslutande reflexioner

Den moderna svenska familjerätten har ofta ansetts vila på ett slags ”neutralitetsideologi” som inte tar ställning till vilken samlevnadsform som är överlägsen, utan parallellt bejakar flera olika samlevnadsformer. Mötet med ”det annorlunda”, som i denna artikel har exemplifierats i form av polygami, visar dock att vi är ”neutrala” bara så länge som en pluralism passar vår egen världsbild. Samhällets mångkulturella omvandling har

[72] Svenska kyrkan är i dagsläget ensam i Sverige om att viga samkönade par. Med något undantag har det nya könsneutrala äktenskapsbegreppet i svensk lag kategoriskt avvisats av de registrerade trossamfunden med vigselrätt. Även Svenska kyrkan är splittrad i frågan.

[73] Se även Madeleine Sultán Sjöqvist, ibid., s. 256.

bidragit till att ”moralfrågorna” kommit tillbaka till svensk familjerätt. Även ”människorättsargumenten” gör det allt svårare för staten att förhålla sig ”neutral”, även om de mänskliga rättigheternas innebörd i sammanhanget är långtifrån klar.[74] Den amerikanske filosofen Michael J. Sandel har träffande påpekat att om en stat på allvar förhöll sig neutral till olika intima relationers moraliska värde (”moral worth”), skulle det inte finnas någon anledning att begränsa äktenskapet till en relation mellan två personer eller ens att ha kvar institutet äktenskap.[75] Än så länge styr staten och dess institut över individen, och moderna sekulära värderingar står mot religionens innebörd.[76]

Jag tror att det inte kommer att dröja särskilt länge innan en debatt blossar upp hos oss kring principiella ställningstaganden om polygama äktenskap.[77] Min önskan är att vi då lyckas identifiera och skilja mellan principfrågorna och rättsskyddsbehoven i konkreta fall och balansera mellan till synes motstridiga människorättsargument. Ett utnyttjande av någons svaga ställning, såsom när äktenskap ingås med tvång eller med ett barn (dvs. en person under arton år), förtjänar inte statens erkännande,[78] men det finns fall där månggifte kommit till lagenligt och ger de berörda personerna välbefinnande, rättigheter och trygghet. Månggifte är idag i

[74] Så också Anat Scolnikov, Multi-religious Societies and State Legal Systems: Religious Marriages, the State and Implications for Human Rights, Private law and the Many Cultures of Europe, Ed. T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen, Kluwer Law International 2007, s. 405–416.

[75] Michael J. Sandel, Justice, What's the right thing to do?, Farrar, Strauss & Giroux 2009, s. 257.

[76] Enligt Anna Singer innebär ett accepterande av ett mångkulturellt samhälle ”att friheten för människor att leva efter sin kultur och religion inte får begränsas om det inte är nödvändigt för att skydda andras mänskliga rättigheter”. Se Anna Singer, Familjerätten – en kulturyttring?, Familj – Religion – Rätt, En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel, red. A. Singer, M. Jänterä-Jareborg, A. Schlytter, Iustus Förlag 2010, s. 272.

[77] Det nederländska justitieministeriet har nyligen (2011) genomfört en utredning om hur polygama äktenskap i Nederländerna ska bemötas. Huruvida lagstiftningsåtgärder kommer att vidtas är dock ovisst.

[78] Sådana här omständigheter (både tvegifte och barnäktenskap) var aktuella i Migrationsöverdomstolens avgörande i MIG 2007:7. – Sådana fall strider utan tvekan normalt mot grunderna i den svenska rättsordningen. Utan beaktande av var i världen äktenskapet ingicks, omfattas fallen då av den särskilda bestämmelsen om ordre public i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, 7 kap. 4 §. Äktenskapen ska alltså vägras erkännande i Sverige.

vissa fall fullt lagligt i Sverige och det saknas enligt min mening anledning att göra det mindre lagligt. Den tolerans som i dagsläget kännetecknar svensk rätt är enligt min mening klart överlägsen de överdrifter som ett påstått värnande om mänskliga rättigheter föranlett på många håll i Europa, och även i grannlandet Danmark.

P.S. När denna artikel redan gått till tryckning (oktober 2011) rapporterades det från Libyen att landets interimistiska övergångsregering avser att återinföra full shari'a lag. Innebörden av detta har specificerats med att bland annat polygami (utan första hustruns samtycke) avses bli återinförd i landet. EU:s utrikespolitiska språkrör Catherine Ashton har låtit meddela att EU förväntar sig att Libyens nya lagstiftning bygger på demokrati och respekt för mänskliga rättigheter. Hur rättsläget blir i Libyen – och för dess kvinnor – är en angelägenhet för hela världen. Tyngden i den islamiske juristen Abdullahi An-Na'Ims budskap att Islams och mänskliga rättigheters förenlighet och samexistens förutsätter en sekulär muslimsk stat är uppenbar.[79]

[79] Se Abdullahi Ahmed An-Na'Im, Islam and the Secular State. Negotiating the Future of Shari'a, Harvard University Press 2008. – An-Na'Im vistades under perioden 1991–1992 vid Uppsala universitet och dess Juridiska fakultet som innehavarare av Olof Palmes gästprofessur (finansierad av Vetenskapsrådet).

Mosa Sayed

Är den islamiska rätten en evig religiös lag? En analys av förändringstendenser i den islamiska familjerätten

1 Inledning

Det finns, ibland med rätta, en föreställning om att mötet mellan islamisk och svensk familjerätt leder till normkonflikter. Det problematiska bottnar huvudsakligen i att islamisk familjerätt gör skillnad mellan mäns och kvinnors rättigheter.[1] Några exempel som illustrerar dessa normkonflikter är att män, i den islamiska rättstraditionen, har rätt att ta upp till fyra hustrur, medan kvinnor bara får vara gifta med en man åt gången. Män har en nästintill ovillkorad rätt till skilsmässa, medan kvinnors rätt till skilsmässa i bästa fall är föremål för villkor. Män får ärva det dubbla mot vad kvinnor ärver.

Mäns och kvinnors likställdhet är skyddad i den svenska grundlagen. De olikbehandlingar på grund av kön som sker i den islamiska familjerätten strider därför mot den svenska konstitutionellrättsliga regleringen, som också är del av grunderna för den svenska rättsordningen. När dessa islamiska rättsregler aktualiseras i Sverige kommer de leda till svårlösta

[1] Det finns också andra situationer som kan leda till rättsliga konflikter. I den islamiska rättstraditionen skiljer man mellan barn födda av gift och ogift mor (i exempelvis arvsrättsliga sammanhang). I andra fall kan en persons religiösa tillhörighet ha rättsliga konsekvenser som, utifrån den svenska rättsuppfattningen, framstår som stötande att upprätthålla. Religion utgör ett äktenskapshinder mellan en muslimsk kvinna och en man som inte är muslim (i situationen där mannen är muslim föreligger dock inte något hinder för mannen att gifta sig men en kvinna av annan trosuppfattning). Skillnad i religiös tillhörighet mellan arvlåtare och arvinge utgör också en förverkandegrund som utesluter arvsrätt i den islamiska arvsordningen.

normkonflikter. Utifrån statens synvinkel kan exempelvis fråga uppstå hur man skall hantera fall där personer ingått ett enligt utländsk rätt giltigt polygamt äktenskap och därefter flyttar till Sverige. I den svenska kontexten kan den islamiska familjerättsliga regleringen också föranleda mer omfattande och vanliga konkreta problem för berörda individer. Ett sådant exempel är när kvinnors begränsade skilsmässorätt leder till så kallade haltande äktenskap därför att religiösa institutioner i Sverige inte anser att de islamiska villkoren för skilsmässa är uppfyllda och därför inte vill medverka till en religiös skilsmässa. I dessa fall kommer kvinnan att ses som gift enligt de islamiska reglerna och i ursprungslandet (där kanske äktenskapet har ingåtts), samtidigt som hon anses vara skild enligt svensk rätt efter svensk domstols dom om äktenskapsskillnad. Detta kan medföra många praktiska och svårlösta komplikationer.

Utifrån ett individperspektiv kan det också handla om att personer som definierar sig som muslimer och vill leva efter koranens bud hamnar i en situation där de hävdvunna tolkningarna av koranen eller hemländernas islamiska lagstiftningar inte återspeglar de värderingar som den individuella muslimen i Sverige hyser. Konkret kan det exempelvis handla om de islamiska arvsreglerna. Muslimer som av religiösa skäl vill följa koranen kan vid arvsfördelningen efter nära anhöriga komma att ställas inför de föreskrifter i koranen som gör skillnad mellan arvsrätten för män och kvinnor. Frågan som muslimer kan ställa sig blir om de, med hänsyn till förhållandena i Sverige, kan göra religiöst motiverade avsteg från de traditionella tolkningarna av arvsreglerna.

2 En beskrivning av problemet

Huruvida det är möjligt att förändra den på religiösa grunder motiverade islamiska lagen – sharia – har länge varit en central fråga för lagstiftare (och andra) i den islamiska världen att ta ställning till. Den islamiska rättens föränderlighet – eller oföränderlighet – har kanske ännu större betydelse för muslimer som lever i diaspora utanför den islamiska världen. I Sverige är det i mötet mellan islamisk och svensk rätt som muslimer kan behöva positionera sig och göra olika rättsliga ställningstaganden. Det här medför att muslimer i Sverige kan behöva, på samma sätt som majoritetssamhället, reflektera över de principer som uppbär det egna normsystemet, för att kunna bemöta och hantera normkonflikter i det allt mer mångkulturella och mångreligiösa svenska samhället och att även reflektera över de egna reglernas funktion i det nya samhället. Den nästintill oöverskådliga littera-

tur som rör de mångkulturella västeuropeiska samhällena har ofta fokuserat på de utmaningar som mångkulturen för med sig för majoritetssamhället och frågan om integration av de nya samhällsgruppernas olikheter.[2] Mer sällan har man problematiserat kring de frågeställningar som minoriteter ställs inför när de har att hantera mötet med majoritetskulturens norm- och värdesystem, såsom den kommer till uttryck i den rättsliga regleringen.

En person som, utifrån ett muslimskt-europeiskt perspektiv, har rest dessa spörsmål är den muslimske islamologiprofessorn Tariq Ramadan som under lång tid varit verksam vid olika europeiska universitet. I sina texter om sharians roll, funktioner och utformning i Väst, har han poängterat vikten av studier av lagarna i varje enskilt europeiskt land för att på så vis få fram en fiqh, ett islamiskt regelverk, som passar de nya rättsliga förhållandena.[3] Jag delar hans uppfattning. Den mest realistiska vägen för muslimer att skapa en långsiktig och hållbar europeisk islamisk identitet är att förhålla sig till förutsättningarna i de nya hemländerna samt finna ett normativt system som harmoniserar med grunderna för rättsordningen i de nya hemvistländerna. Detta kan leda till att muslimer kan komma att behöva göra svåra kompromisser, efterge eller omförhandla vissa rättsliga ståndpunkter. Men som denna artikel syftar till att illustrera är detta inte något främmande för den islamiska rättstraditionen. Islamisk rätt är, såsom den mycket ansedde orientalisten Joseph Schacht beskriver det, en extrem form av ”juristerna lag”.[4] Genom att lagen utvecklades genom rättsvetenskapens enträgna tolkande, har den rättsliga mångfalden från början varit ett signum för den islamiska rätten.

Den europeiska realiteten medför att muslimer, som en minoritetsgrupp behöver genomgå liknande processer som andra europeiska minoriteter, såsom exempelvis de judiska. I judisk rättstradition utvecklades tidigt den tanke som går under namnet *dina d'malkhuta dina* och som betyder att lagen är densamma som konungens lag.[5] Principen innebar att judar i diaspora kom att acceptera och underkasta sig värdlandets lag, så länge den inte kränkte de mest grundläggande principerna i den judiska lagen.

[2] För litteraturhänvisningen se Sayed, Mosa, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige. En internationellt privaträttslig och jämförande studie, Uppsala, 2009 (i synnerhet kapitel 2).

[3] Ramadan, Tariq, Att vara europeisk muslim – Islamiska källor i ett europeiskt sammanhang, Ungern, 2004 s. 96 f.

[4] Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, New York, 1982 s. 5.

[5] Witte, Jr John, The Future of Muslim Family Law in Western Democracies, Sharia in the West (red. Ahdar och Aroney), New York, 2010 s. 288.

Med hjälp av denna lagtekniska metod utvecklade judarna ett sätt på hur de ”lagenligt” kunde skapa livsmönster som upprätthöll deras särart. En annan aspekt av denna metod var att de judiska grupperna blev tvungna att utkristallisera de områden, principer och förhållningssätt som utgjorde kärnan i den judiska rätten och som därför var värda att kämpa för, för att kunna bevara dem.[6]

Varje religiös grupp har sin särart som gör att det är svårt att jämföra olika grupper sinsemellan. Judarnas historia i Europa är unik. Den kännetecknas av de förföljelser och förtryck som kulminerades i förintelsen. Dessa faktorer har lett till att judar tidigt kom att utveckla metoder som fick dem att smälta in i och överleva i samhällen som var fientligt inställda mot sin judiska befolkning. Judarnas historiskt sett mycket utsatta situation, och förintelsen i synnerhet, har också medfört att västerländska demokratier idag är mer tillmötesgående i att erkänna judarnas särart och de bärande principerna i judisk rätt.[7] En sådan från statens sida mer tillmötesgående attityd är mer sällan vid handen gentemot de muslimska grupperna i Västeuropa.

Med beaktande av sina utmärkande drag, erfarenheter och vardag, är det av vikt att de muslimska grupperna, på motsvarande sätt som de judiska grupperna, reflekterar över de islamiska familjerättsliga principerna och relaterar dessa till förhållandena i det övriga samhället för att på så sätt finna sina egna, unika vägar att konstruera en europeisk muslimsk identitet. Denna integrationsprocess behöver, som ovan antytts, inte vara särskilt smärtsam eftersom islamisk rätt, även inom familje- och arvsrätten, som traditionellt ansetts vara de mer ”heliga” rättsområdena, historiskt kunnat anpassas till lokala sedvänjor och utmaningar som följt av förändrade sociala mönster.[8]

I detta bidrag kommer jag att diskutera de förändringar och reformer som skett avseende de islamiska reglerna rörande polygami, skilsmässa och arv, för att på så sätt illustrera de anpassningspotentialer som den islamiska rätten har. Dessa exempel syftar också till att illustrera de tolknings- och lagtolkningsmetoder som har använts av islamiska rättsordningar för att religiöst motivera förändringar av de för muslimer religiöst

[6] Witte, The Future of Muslim Family Law in Western Democracies s. 288.

[7] Witte, The Future of Muslim Family Law in Western Democracies s. 288.

[8] I andra rättsområden, såsom inom straff-, process-, förmögenhets- och skatterätten har man inte haft problem att frångå de islamiska reglerna. Inte minst har relationerna med Väst varit en viktig orsak för att detta.

signifikanta familje- och arvsrättsliga reglerna. Reformarbetet inom dessa rättsområden visar att lagens förankring i de islamiska rättskällorna ofta är viktigare än själva laginnehållet och följderna av lagändringen. Detta har förmått lagstiftarna i den islamiska världen till innovativa lösningar och lagtolkningsmetoder.

3 Polygami i islam

Koranens bokstavliga ordalydelse tillåter att en man är gift med fyra hustrur samtidigt (kap. 4 vers 3 i koranen). Koranen motiverar polygama äktenskap endast i en vers. I den aktuella versen föreskrivs följande:

> ”Om ni är rädda att inte kunna behandla de faderlösa med rättvisa, tag då [andra] kvinnor som är tillåtna för er till hustrur – två eller tre eller fyra; men [begränsa er till] en enda om ni inte tror er om att kunna behandla dem alla lika”.

Uppfattningarna om polygami har länge varit delade bland ulema (rättslärda) i den islamiska rättsgemenskapen. Förespråkarna för den ena ytterligheten har ivrigt hävdat att månggifte inte ligger i koranens anda och att den heliga texten i verkligheten förespråkar den monogama samlevnadsformen. Den andra ytterligheten har mot bakgrund av koranens bokstavliga ordalydelse hävdat att polygami är ett islamiskt institut som fredats i koranen. I praktiskt taget alla islamiska familjerättsordningar har dock mannens rätt att ta upp till fyra hustrur begränsats på olika sätt.[9] Kanske illustrerar polygamins ställning och de skilda regleringar som idag finns i länder med islamiskt dominerande familjerättsordningar att koranens föreskrifter, hur klara de än framstår för läsaren, kan göras föremål för många och ibland direkt motstridiga tolkningar. Detta visar också att

[9] För en sammanfattande redogörelse för polygamins ställning i länder där äktenskapslagstiftningen vilar på islamisk rätt se Doi, Abdur Rahman, Sharia: The Islamic Law, London, 1984 s. 149 ff. Ett vanligt sätt på hur man försökt begränsa möjligheterna att ingå månggifte är att kräva tidigare hustrus/hustrurs samtycke. I Egypten åläggs män sedan mitten av 1980-talet (genom lag 100 från år 1985) att redovisa sitt civilstånd. Om mannen redan är gift skall hustrun, genom myndigheternas försorg, upplysas om det nya äktenskapet. I de fall det nya äktenskapet skulle innebära skada har hon rätt att upplösa äktenskapet. I praktiken har det dock varit svårt för kvinnor i polygama äktenskap att visa skada som ger dem rätt till skilsmässa, Mashour, Amira, Islamic Law and Gender Equality – Could There be a common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt, Human Rights Quarterly, 2005 s. 580.

rättslärda från tidig islamisk historia haft stora möjligheter att tolka koranen så att de kan uppnå ett visst syfte.[10]

Bland de som strävat efter att begränsa möjligheterna till månggifte har utgångspunkten för tolkningen av föreskriften varit kontextuell, med en betoning av de skäl som föranledde versen uppenbarelse (asbab alnuzul). Det som lyfts fram är att versen tillkom efter slaget vid Uhud, där muslimerna vållades ett nederlag som lämnade gemenskapen med ett stort antal faderlösa barn och änkor. Versen tillkom, enligt denna utgångspunkt, under en exceptionellt ovanlig social situation. Genom att tillåta att överlevarna från slaget gifte sig med krigets änkor kunde man tillförsäkra änkorna försörjning.[11] Versen upphöjer inte månggifte som en eftersträvansvärd samlevnadsform. Polygami är enligt denna utgångspunkt inte en absolut rättighet eller ett institut som syftar till att tillgodose mäns egoistiska önskemål om att ha flera hustrur.[12] Istället tillgodoser

[10] Ett, av många, exempel på hur rättslärda, genom ”knep” och tolkningsmetoder i det längsta försökt stävja inhumana konsekvenser av den islamiska rätten illustreras av de tider som i vissa rättsskolor gäller för faderskapspresumtionstider vid faderskapsfastställan. Faderskapspresumtionen för de fall modern är änka eller ogift gäller, enligt de shafiitiska och malikitiska rättskolornas tolkningar, om barnet föds inom fyra år efter faderns död eller efter skilsmässa. Att låta presumtionstiden löpa i fyra år berodde inte på de tidiga juristernas ignorans av naturens lagar. Syftet var istället att i det längsta motverka uppkomsten av så kallade utomäktenskapliga barn. Ett utomäktenskapligt barn har en underställd rättslig position i den islamiska rättsordningen. En kvinna som föder ett utomäktenskapligt barn anses också ha gjort sig skyldig till zina, sexuellt umgänge utom äktenskap, som medför straffrättsliga sanktioner (kroppsstraff). Rättsskolornas tolkningar verkar alltså grunda sig i humanitet för de som skulle kunna drabbas av deras tolkningar. För en närmare diskussion om presumtionsreglerna för faderskapsfastställan se Fyzee, Asaf, Outlines of Muhammedan Law, New Delhi, 2002 s. 190 ff.

[11] Mashhour, Amira, Islamic Law and Gender Equality – Could There be a Common Ground? s. 569.

[12] Om versen som rör polygami istället ses i sitt historiska sammanhang skulle man kunna argumentera för att föreskriften är en tydlig begränsning av äktenskapstraditionerna i det förislamiska Arabien. Enligt dessa kunde en man vara gift med ett obegränsat antal kvinnor. Versen om månggifte kan därför ses som ett första steg mot att förändra äktenskapet till en monogam samlevnadsform. Att gradvis förändra lagar och samhällsbeteenden genom successiva regleringar är en metod som använts i koranen i andra sammanhang. Exempelvis tillkom alkoholförbudet i islam genom successiva föreskrifter i koranen. Först tillkom kap. 2 vers 219 som fastslog att rusdrycker har både fördelar och nackdelar. Därefter tillkom kap. 4 vers 43 som ytterligare begränsade möjligheterna att bruka alkohol genom att ange att muslimer inte skall gå till bön i berusat tillstånd. Slutligen kom kap. 5 vers 90–91 som definierar rusdrycker som djävulens skamliga påfund och som någonting som muslimer skall hålla sig borta från. På motsvarande vis har senare

versen ett samhällsbehov som i gångna tider inte kunde tillgodoses annat än genom månggifte (försörjningen av föräldralösa barn och änkor).

Ett annat förhållande som brukar lyftas fram vid diskussion av polygamins ställning i islam är att månggifte också förutsätter att mannen, i alla avseenden, kan behandla samtliga hustrur lika (enligt sista ledet i aktuell vers). Samtidigt föreskrivs det i kap. 4 vers 129 i koranen att det inte möjligt med en sådan likabehandling. Enligt kap. 4 vers 129 är det, oberoende av personens uppriktiga önskemål och intention, inte möjligt att ge flera hustrur lika behandling i allt.[13] Om likabehandling är en förutsättning för månggifte samtidigt som koranen anger att en sådan likabehandling är omöjlig att uppnå, kan, har det hävdats, inte annat än monogama äktenskap vara förenliga med islam. Utifrån ett sådant resonemang kunde exempelvis den tunisiske lagstiftaren utan större motstånd legitimera att polygami straffbelades med fängelse och böter. Oförutsett blev det istället de straffrättsliga sanktionerna mot månggifte som i den tunisiska kontexten kom att tolkas som en del av sharian.

4 Skilsmässa

De islamiska skilsmässoreglerna har traditionellt lämnat kvinnan i ett ofördelaktigt läge eftersom hon inte har samma möjligheter som mannen att upplösa ett oönskat äktenskap. Mannens ensidiga skilsmässorätt – hans rätt till talaq – placerar kvinnan i en beroendeställning där hennes livssituation i värsta fall lämnas åt mannens ingivelser. Även om lagen alltid gett kvinnan vissa möjligheter att initiera en skilsmässoprocess, har möjligheten att upplösa ett äktenskap aldrig betraktats som en rättighet för kvinnan.[14] Innan de islamiska rättsordningarna började begränsa

rättslärda kommit fram till att slaveriet inte är förenligt med islamisk rätt. Detta trots att koranen inte uttryckligen förbjudit institutet.

[13] Den här tolkningen har dock ifrågasatts av mer konservativt lagda islamiska jurister. Doi tillhör denna grupp av jurister. Han anser att tolkningarna är medvetna missuppfattningar och förtydligar sin ståndpunkt genom att säga att ”They have even tried to misinterpret certain verses of the Quran saying that polygamy is not allowed in Islam”, Shariah: The Islamic Law s. 149.

[14] Islamisk ger kvinnor en så kallad rätt till separation (tafriq) vid vissa allvarliga fel hos mannen eller om mannen gör sig skyldig till allvarliga missförhållanden. Ett allvarligt fel kan exempelvis vara impotens. I dessa fall kan domstolen, på begäran av kvinnan upplösa äktenskapet utan att hon förlorar sin rätt till morgongåva. För närmare detaljer se Doi, Sharia: The Islamic Law s. 195.

möjligheterna till polygami kunde mannen också ta en ytterligare hustru utan att behöva upplösa det första äktenskapet. I den värsta av scenarier kunde således mannen leva i ett nytt äktenskap samtidigt som den första hustrun inte gavs några möjligheter att upplösa äktenskapet (med alla de följder som ett äktenskap medför).

För att komma till rätta med följderna av den islamiska skilsmässoregleringen inledde många islamiska rättsordningar ett lagstiftningsarbete som utmynnade i olika familjerättslagar. (När man diskuterar förändringstendenser inom den islamiska rättstraditionen går det inte, om än inom parantes, att komma ifrån att lyfta detta lagstiftningsprojekt som ett av de viktigare exempel på hur man i grunden förändrade den islamiska rättstraditionen.)[15] Egypten var ett av de första muslimska länderna som redan år 1920 utfärdade lagstiftning som täckte frågor om skilsmässa. Därefter har, vid olika tidpunkter, de flesta länderna i Nordafrika och Mellanöstern utfärdat familjerättslagar som reglerar rätten till skilsmässa.[16] Det som man framför allt försökt åstadkomma, och som man i de flesta rättsordningar också uppnått, är att överföra skilsmässoprocessen från den privata till den offentliga arenan. Även om mannen ända till våra dagar har haft en bättre rätt till skilsmässa, har kravet på domstolsprocess stärkt kvinnans position eftersom hon i teorin ges möjligheter att bli hörd. Genom lagstiftningen kunde länderna också kodifiera de olika rättsskolornas tolkningar av skilsmässorätten och i vissa fall också göra nya, modernare tolkningar. Genom att göra en skilsmässa till en fråga som förutsätter domstolsbeslut har man också kunnat säkerställa att de nya reformerna kunnat genomföras och göras till rättigheter som, framför allt, kvinnor har kunnat åberopa för att uppnå en skilsmässa. Men även om behoven av reform varit stora på detta område har förslag på förändringar av skilsmässoreglerna alltid mött stort motstånd hos det religiösa etablissemanget. Denna spänning har medfört att eventuella förändringar av lagen förutsatt starkt stöd i de traditionella rättskällorna.

[15] Den sudanesiske juristen Abdullahi An-Naim anser att detta sätt att skapa lag står till sitt väsen långt från den islamiska rättstraditionen. I själva verket är den parlamentariska lagstiftningen enligt An-Naim ”one of secular legislation and not a direct enactment of the divinely ordnained law of Islam”. Han menar att det istället är ”a European, positivistic view of law and a totalitarian model of the state that seeks to transform society into its own image”, An-Naim, Abdullahi, Islam and the Secular State. Negotiating the Future of Sharia, Cambridge, 2008 s. 18.

[16] För en redogörelse för lagstiftningsprocessen på det familjerättsliga området i Nordafrika och Mellanöstern se Nasir, Jamal, The Islamic Law of Personal Status, Haag, 2002.

Den egyptiska khul-lagen, lag nr 1 från år 2000, och de diskussioner som föregick dess antagande illustrerar de metoder och sätten på hur islamiskt accepterade reformer kunnat genomföras i familjerätten.[17] Inte helt överraskande kom kontroverserna kring lagen att uppehålla sig vid artikel 20 som reglerar frågan om khul (där av benämningen av lagen). Khul är den skilsmässoregel som ger kvinnor rätt till skilsmässa genom att återlämna morgongåvan (mahr) och avstå från att rikta andra finansiella rättigheter gentemot mannen med anledning av äktenskapet. Enligt de traditionella tolkningarna, om vilka det i stor utsträckning har rått konsensus bland rättsskolorna, har en khul-skilsmässa kunnat komma till stånd genom en överenskommelse mellan makarna, med andra ord efter mannens samtycke.[18] Men den egyptiska lagstiftningen frångick detta synsätt genom att lämna rätten att upplösa ett äktenskap genom khul till domstolen efter ansökan av hustrun. Enligt den egyptiska lagen förutsätter inte khul skada utan endast att kvinnan återbördar mahr samt anger att hon hyser stark motvilja mot det aktuella äktenskapet, att det äktenskapliga livet inte kan fortgå och att hon fruktar att överträda Guds gränser på grund av det hat hon känner för det äktenskapliga samlivet. Att den egyptiska lagtexten bokstavligen formulerats på detta sätt sammanhänger med att man velat knyta reformen till profeten Muhammeds traditioner.[19] Det här är ett bra

[17] Motsvarande, och ibland mer långtgående, reformer har skett även i andra länder som vilar den familjerättsliga ordningen på den islamiska rättstraditionen. Ett exempel på detta är den marockanska Mudawwana från 2004 som medförde en mängd reformer på det familjerättsliga området, däribland en rätt för kvinnan i äktenskapet att ansöka om skilsmässa, se Cabré, Yolanda, The Mudawwana and Koranic Law from a Gender Perspective. The Substantial Changes in the Moroccan Family Code of 2004, Language and Intercultural Communication, 2007 s. 133–144.

[18] Nasir, The Islamic Law of Personal Status s. 115 ff. Företrädare för det mycket betydelsefulla religiösa al-Azhar universitetet i Kairo invände mot den egyptiska reformen med hänvisning till att khul förusätter mannens samtycke. Med hänsyn till detta ansåg universitet att regleringen kränkte sharian. För en redogörelse av diskussionen som föregick lagen se Fawzy, Essam, Muslim Personal Status Law in Egypt: The Current Situation and possibilities of Reform Through Internal Initiatives, Women's Rights and Islamic Family Law – Perspectives on Reforms (red. Welchman), New York, 2004 s. 58 ff.

[19] I en tradition som tillskrivs härröra från profeten Muhammed berättas att Jamila bin Abbas, hustru till Thabit bin Qais, kom till profeten för att klaga över sitt äktenskap. Hon förklarade att hennes make inte brustit i sina äktenskapliga förpliktelser eller i sin religion. Men, på grund av sitt misshag gentemot honom, fruktade hon, enligt egen utsago, att handla oislamiskt om äktenskapet fortgick. Som svar på detta frågade profeten om hon var villig att återbörda trädgården som hon hade fått av Thabit i morgongåva. På det jakande svaret befallde profeten Thabit att omedelbart skilja hustrun, Khan, Muhammed

exempel på hur en modern reform kan åstadkommas genom åberopandet av de traditionella källorna. I likhet med den tunisiska nytolkningen av koranen i exemplet om polygama äktenskap, är detta ett exempel på hur man islamiskt kan legitimera en förändring av den traditionella islamiska rätten, i detta fall skilsmässolagen.

5 Arvsordningen[20]

Den islamiska arvsordningen har en stark religiös prägel. Enligt profeten Muhammed åligger det varje muslim att studera de arvsrättsliga reglerna för att de utgör hälften av allt vetande.[21] Arvsordningen har följaktligen haft en framskjuten ställning i det islamiska rättssystemet, också därför att ordningen ansetts ha en nära koppling till koranen och profetens sunna. Samtidigt återspeglar den sunnimuslimska arvsordningen ett tribalistiskt samhällssystem med storfamiljen som modell för hur familjelivet skall vara organiserat. De sunnitiska rättsskolorna kompletterade i själva verket de arvsrättsliga föreskrifterna i koranen med inslag från det patriarkala och tribala system som var förhärskande i det förislamiska Arabien och som till uteslutande gav företräde för arvlåtarens manliga agnater. I det moderna samhället, där storfamiljens och klantillhörigheten betydelse är klart minskad, har den traditionella arvsordningen ansetts leda till så stora komplikationer att lagstiftarna i Mellanöstern tvingats till vissa reformer på området.

5.1 Arvsrätt och tribalism

I den förislamiska arabiska realiteten var den prioritet som gavs det agnatiska släktskapet fullkomligt naturligt. Samhället på den Arabiska halvön var uppbyggt kring klaner och stammar. Klanernas sammansättning var patriarkal och baserades på blodsband där den minsta enheten bestod av en far och hans söner och sonsöner med familj.[22] I det förislamiska samhället var individens frihet och autonomi begränsade. Det var istället

Muhsin, The Translations of the Meanings of Sahih Al-Bukhari, Arabic-English, Riyad, 1997, vol 7 s. 132 f.

[20] Framställningen begränsar sig till en summarisk redogörelse för de bärande principerna i den sunnimuslimska arvsordningen. Shiaarvsrätt, som i grundläggande avseenden skiljer sig från sin sunnitiska motsvarighet, kommer inte att behandlas i framställningen.

[21] Anderson, N.J.D., Islamic Law in the Modern World, New York, 1959 s. 60.

[22] Sayed, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige s. 147.

stammens intressen som stod i förgrunden. Relationen mellan stammarna bestämdes nämligen av lagen om blodshämnd (lex talionis). I själva verket ledde detta till att en individ som saknade stammens kollektiva stöd varken var fri eller förmögen att leva säkert i den arabiska öknen.[23]

Arvsordningen i det förislamiska Arabien återspeglade denna stamkultur och hade till syfte att stärka stammens interna gruppsolidaritet, för att därigenom öka stammens militära styrka.[24] I det förislamiska stamsamhället, med lagen om blodshämnd som en bärande princip, var det endast vuxna män, som alltså ansågs kunna bära vapen, som medgavs arv.[25] Varken barn eller kvinnor tilläts ta arv enligt detta system. En arvsrätt för kvinnor skulle också kunna innebära att den egendom som kvinnan uppbar från sin stam i praktiken skulle överföras till den framtida makens klan.[26] Eftersom en sådan ordning ansågs försvaga den egna klanen kan det ha varit ett ytterligare skäl till varför arvlåtarens kvinnliga släktingar inte inkluderades bland kategorin av tänkbara arvingar.

Mot bakgrund av de förislamiska förhållandena prioriterades arvlåtarens vuxna descendenter framför ascendenterna och de senare förmodas ha prioriterats framför kollateraler.[27] Den närmaste arvingen i någon av dessa tre klasser tog hela arvet. Om arvlåtaren efterlämnade flera arvingar i samma klass som var lika nära besläktade, exempelvis söner, kom kvarlåtenskapen att delas lika mellan dem.

5.2 Den islamiska arvsordningen

När de tidiga juristerna (fuqaha) konstruerade arvsordningen med ledning av de islamiska rättskällorna (koranen och profetens sunna) övergav man inte den förislamiska arvsordningen, utan integrerade den med föreskrifterna i koranen. Även om koranen ger uttryck för ett trängre familjebegrepp, med arvlåtarens föräldrar, efterlevande make och avkomlingar som den närmaste släkten och de som enligt koranen är bäst lämpade att ta kvarlåtenskapen, återspeglade dessa regler inte dåtidens samhällsstruktur och familjebegrepp. Även om stammarna på Arabiska halvön, och där bortom, underkastade sig islam och lärorna i koranen, är det sannolikt

[23] Robertson Smith, W., Kinship and Marriage in Arabia, London 1990 s. 129.
[24] Coulson, N.J., A History of Islamic Law, Edinburg, 1964 s. 15.
[25] Tyabji, Faiz Badruddin, Muhammadan Law – The Personal Law of Muslims, Bombay, 1940 s. 821.
[26] Coulson, N.J., Succession in the Muslim Family, Cambridge, 1971 s. 29.
[27] Anderson, Law reform in the Muslim World s. 147.

att de fortfarande höll kvar vid de sociala seder som återspeglade dåtidens samhällsförhållanden. Öknen förblev öknen även efter islams tillkomst.[28] Juristernas tolkningar av koranen präglades av samhällen där storfamiljen fortfarande var det dominerande sättet att organisera det privata livet. Det låg således nära tillhands att utfylla föreskrifterna i koranen med de arvsrättsliga regler som var förhärskande på den förislamiska tiden.

Detta ledde till ett arvssystem med två grupper av arvingar. Dessa är dels arvingarna i koranen (även kallade de andelsberättigade eftersom deras arvsrätt baseras på förhand bestämda kvotdelar i arvlåtarens kvarlåtenskap), dels de agnatiska släktingar som utgjorde arvingar i det förislamiska samhället.[29] Arvlåtarens kognater, såsom exempelvis döttrars avkomlingar, mostrar, morbröder, kusiner på mödernesidan eller fastrars avkomlingar (halvsyskon genom modern är däremot andelsberättigade enligt koranen), är placerade i den andra arvsklassen och tillåts ärva först när arvlåtaren inte efterlämnar någon andelsberättigad eller en agnat. I praktiken kommer arvlåtarens kognater inte att ärva, vilket naturligtvis sammanhänger med att sunniterna tolkat koranen patriarkalt och mot bakgrund av det tribala normsystemet.

Agnaternas arvsrätt grundar sig inte på koranen utan på profetens traditioner. Den aktuella traditionen har också avgjort hur den arvsrättsliga konkurrensen skall avgöras mellan å ena sidan arvingarna i koranen och, å andra sidan, arvlåtarens agnater som var arvingar i det förislamiska samhället. Enligt profeten skall man vid arvsfördelningen ge de andelsberättigade den rätt som de har fått föreskrivet i koranen och det som därefter återstår skall ärvas av arvlåtarens närmaste agnat.[30] De andelsberättigade arvingarna har uppräknats, eller i vissa fall fastställts i analogi med kap. 4 vers 11, 12 och 176. Dessa utgörs av arvlåtarens döttrar, sondöttrar, mor, far, farfadern,

[28] I exempelvis Saudiarabien tillämpas en variant av lagen om blodshämnd även efter islam, Robertson Smith, Kinship and Marriage in Early Arabia s. 25 f.

[29] I själva verket finns en ytterligare grupp av arvingar. Dessa är arvlåtarens kognater, det vill säga släktingar som härleder sitt släktskap till arvlåtaren genom en kvinna. Utöver arvlåtarens syskon på mödernesidan, som fått en arvsrätt genom föreskrifterna i koranen, tillåts kognater ärva bara i de fall arvlåtaren inte efterlämnat arvingar i de två första grupperna. I praktiken har arvlåtarens kognater således en svag ställning i den sunnimuslimska arvsordningen.

[30] Muhsin Khan, The Translations of the Meanings of Sahih Al-Bukhari, vol 8 s. 385. I den shiitiska rättstraditionen erkänns emellertid inte denna profetiska tradition. Shititerna gör därför inte skillnad mellan agnater och kognater. Den shiitiska utgångspunkten är istället att koranen kom för att ersätta den förislamiska arvsordningen. Detta har följaktligen lett till stora skillnader mellan den sunnitiska och shiitiska arvsordningen.

mormodern, farmodern, halvsystrar och halvbröder på moderns sida och halvsystrar på faderns sida samt den efterlevande maken. Beroende på vilka arvingar som efterlämnas kan arvsrätten för de andelsberättigade variera allt från 1/8 till 2/3 av kvarlåtenskapen. Arvingarna i koranen består huvudsakligen av kvinnor, som var den personkategori som saknade arvsrätt i det förislamiska samhället. Agnaternas arvsrätt är beroende av vilka andelsberättigade arvingar som efterlämnas. Vad dessa regler innebär konkret kan illustreras med följande exempel:

> Anta att arvlåtaren efterlämnar sina föräldrar och en dotter. Enligt koranen skall dottern ärva 1/2, modern 1/6 och fadern betraktas i detta fall som arvlåtarens närmaste agnat och ärver den 1/3 som återstår efter arvet till dottern och modern. Även om agnaten i detta fall hade varit mer ”avlägsen” (såsom en farbror, agnatisk kusin eller till och med så avlägsen som farfaderns bror) hade han tagit samma arv som fadern i det givna exemplet. Om arvlåtaren i exemplet hade efterlämnat en son istället för en dotter hade istället sonen betraktats som arvlåtarens närmaste agnat medan föräldrarna hade betraktats som andelsberättigade. I egenskap av agnat hade sonen ärvt de 2/3 som återstår i kvarlåtenskapen efter att föräldrarna tagit sina koraniska andelar om 1/6 vardera.

Det agnatiska släktskapet medför långtgående sociala och finansiella skyldigheter gentemot familjemedlemmarna i såväl den inre som den yttre, mer avlägsna familjekretsen. Det mest framträdande i en tribal samhällsorganisation, motsvarande den som den islamiska arvsordningen utgår från, är agnaternas långtgående skyldighet att ta släktens intressen tillvara och bland annat ekonomiskt försörja släkten. Detta gäller oberoende av om det i det enskilda fallet är fråga om nära eller mer avlägsna släktingar. Man får inte glömma att Muhammed förkunnade om koranens budskap i ett Arabien som saknade en fast statsbildning som kunde garantera medborgarnas säkerhet och värna om deras intressen. Detta var istället stammens ansvar och förklarar faderns starka arvsrättsliga ställning i det ovan redovisade exemplet. I exemplet kommer han att ha en skyldighet att försörja både modern och dottern. Om den närmaste agnaten istället hade varit en farbroder skulle underhållsskyldighet gentemot dottern ha gått över på honom.

Ett system där underhållsbördan (och andra förpliktelser) uteslutande vilar på släktens agnater måste naturligtvis inkludera principer som kan kompensera dessa bördor samtidigt som det också stärker den tribala familjeorganisationen. En sådan princip är att agnatiska syskon av olika kön, såsom arvlåtarens döttrar och söner samt systrar och bröder (såväl

hel- som halvsyskon genom fadern) inte kommer att ärva samma andel av kvarlåtenskapen.[31] I dessa fall skall istället sonen (eller brodern) ta en lott som motsvarar det dubbla av vad dottern ärver i det enskilda fallet. Detta sammanhänger naturligtvis med att arvlåtarens söner (eller bröder) i dessa fall kommer att ta över faderns underhållsbörda gentemot sina (ogifta) systrar, sin mor och andra som fadern försörjde.

En annan arvsrättslig följd av det nu beskrivna patriarkala underhållssystemet är att man, vid tolkningen av koranen och profetens sunna, inte ansett det vara behövligt med någon arvsrättslig representationsprincip. Den huvudsakliga förklaringen till att arvsordningen inte innehåller en representationsprincip är att de ändamål, som principen är tänkt att fylla, förväntas tillgodoses genom det tribala normsystem som genomsyrar arvsordningen.

5.3 Avsaknaden av representationsrätt

Representationsprincipen (*ius representatiionis*), eller istadarätten enligt svenskt språkbruk, innebär att bröstarvingar till en före arvlåtaren avliden arvinge kommer att inträda i den döde förälderns arvsrättsliga ställning och ärva det som han eller hon hade ärvt om han eller hon levt vid arvlåtarens död. Den islamiska arvsordningen erkänner emellertid inte denna grundsats. Detta leder till att när arvlåtaren efterlämnar avkomlingar till ett före arvlåtaren avlidet barn och samtidigt efterlämnar barn kommer arvlåtarens barnbarn inte att ärva. Konsekvenserna av att det islamiska systemet inte erkänner en representationsrätt kan illustreras genom följande exempel:

> Antag att en person dör och efterlämnar en son och tre barnbarn genom tre olika söner som dött före arvlåtaren. I detta fall medför den islamiska arvsordningen att sonen vid liv hindrar de döda syskonens barn från arvet. En representationsprincip som medger en rätt för avkomlingar att inträda i en avliden förälders arvsrättsliga ställning hade i detta fall inneburit att vart och ett av de tre barnbarnen, i likhet med sonen vid liv, hade ärvt 1/4 av kvarlåtenskapen.

För att förstå avsaknaden av representationsrätt måste förhållandet återigen sättas i relation till hur familjelivet var, och delvis är, organiserat i de

[31] Enligt koranens kap. 4 vers 12 skall bröder och systrar, med vilket i detta fall avses halvsyskon genom modern, ärva lika stor del i kvarlåtenskapen. Denna tolkning följer av att män inte anses ha en underhållsskyldighet gentemot släktingar på mödernesidan, oavsett om det som i detta fall är fråga om den egna halvsystern.

islamiska samhällena. I det tribala samhället, där det finns en omfattande underhållsbörda även i den vidare familjekretsen, medför en avsaknad av representationsprincip inga större olägenheter. I exemplet ovan kommer sonen att ta hela arvet samtidigt som han kommer att inträda som brorssönernas förmyndare och bära det sociala och ekonomiska ansvaret för dessa. Arvsordningen förutsätter i detta hänseende således den mycket starka solidaritet mellan familjemedlemmar som är kännetecknande för den tribala samhällsordningen.

Den sunnimuslimska tolkningen av koranen utgår, som ovan diskuterats, från patriarkala värderingar som gynnar arvlåtarens manliga släktingar på faderns sida (agnaterna). Samtidigt har dessa ett utbrett ansvar för omvårdnaden av och försörjningen av behövande släktingar. Med tiden har dock synen på vad som utgör familj, vad dess uppgifter är och hur man värderar närhet i släktskap förändrats i de mer moderna islamiska samhällena.[32] Detta sammanhänger med den snabba urbaniseringen och övergången från ett jordbrukarsamhälle till en industriell ekonomi.[33] Den allt

[32] Det går inte att kategoriskt hävda att islamiska samhällen frångått klan- och stamstrukturens tänkande. Den minskade betydelse som storfamiljen fått kan i många fall vara fråga om samhällsförändringar som är begränsade till storstäder och urbaniserade provinser. Vissa länder kan därför fortfarande definieras som klansamhällen, vilket har en direkt inverkan på hur arv skiftas mellan familjemedlemmarna. Libyen är exempelvis ett land som ofta definieras som stamsamhälle. Där har den tribala strukturen en direkt inverkan på successionsordningen, eftersom arvsskiften genomförs på ett sätt som tillgodoser stammens och inte de individuella arvingarnas intressen. Eftersom den islamiska arvsordningen, med en arvsrätt för kvinnor, minderåriga m.m., delvis tillgodoser andra än stammens intressen är det inte ovanligt att man kringgår reglerna till förmån för lokala sedvänjor. I Libyen stiftade man år 1959 en straffrättslig lag som syftade till att skydda den arvsrätt som kvinnor har enligt islamisk rätt. I andra länder, såsom i Egypten, lever vissa befolkningsgrupper (såväl muslimska som kristna) efter starkt patriarkala värderingar som leder till att lokala sedvänjor ges företräde framför föreskrifterna i den islamiska arvsordningen. Se Sayed, Islam och arvsrätt i det mångkulturella Sverige s. 153 not 413. Den centrala roll som den vidare familjegemenskapen fortfarande har i dessa samhällen sammanhänger med det som Jan Hjärpe betecknar som den dysfunktionella staten. När staten inte upplevs som en garant för trygghet och överlevnad, när medborgarskapet inte medför välfärd och när statens institutioner inte fungerar, måste individen enligt Jan Hjärpe förlita sig på andra sociala strukturer än statens institutioner. Lojalitetsbandet till familjen blir i sådana fall avgörande för individens trygghet och överlevnad. Se Hjärpe, Om islamisk rättstradition och dess aktuella problem, I Familj, religion och rätt. En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet om exempel (red. Singer, Jänterä-Jareborg och Schlytter), Uppsala, 2010 s. 190 f.

[33] Faruki, Kemal, Orphaned Grandchildren in Islamic Succession Law, Islamic Studies, 1965 s. 254.

större koncentrationen av människor i större och mer opersonliga städer har gradvis minskat storfamiljens betydelse och den solidaritet som tidigare fanns mellan medlemmarna i denna vidare familjegemenskap. Istället har en trängre familjedefinition, bestående av föräldrar med avkomlingar, det vill säga det som vi närmast definierar som kärnfamilj, alltmer ersatt storfamiljen.[34] Detta har i sin tur medfört att den vidare familjens underhållsfunktion i praktiken kommit att försvinna.

Dessa samhällsförändringar har lett till ett glapp mellan arvsordningen och den sociala verklighet som är föremål för regleringen. Arvsrätten för föräldralösa barn har blivit den fråga som i reformsträvandena har fått illustrera de mer negativa konsekvenserna av den islamiska arvsordningen. Nu riktades uppmärksamheten på att arvsordningen kunde medföra att arvlåtarens avlägsna släktingar fick arvsrätt före arvlåtarens barnbarn, samtidigt som de arvsberättigade släktingarna inte längre kände något försörjningsansvar gentemot barnbarnen.[35] Detta ansågs vara i ännu högre grad orimligt i de fall där barnbarnens förälder, genom arbete eller efter sin död genom arv, varit delaktiga i tillväxten av den kvarlåtenskap som efterlämnades av arvlåtaren.[36] Situationen tedde sig som särskilt orättfärdig i de fall där föräldralösa barnbarn stått under direkt vårdnad av arvlåtaren, något som i verkligheten inte var ovanligt.

Länderna i Mellanöstern löste de problem som avsaknaden av representationsrätt föranledde genom det så kallade obligatoriska testamentet. Institutet innebär att avkomlingar till ett före arvlåtaren avlidet barn genom testamente tillförsäkras det som motsvarar vad den döde föräldern skulle ha ärvt om denne varit vid liv vid tiden för arvlåtarens död. Det obligatoriska inslaget i denna konstruktion består av att ”testamentet” förpliktar domstolen att förordna om att en viss del av arvlåtarens

[34] Coulson, N.J., Representational Succession in Contemporary Islamic Law, Studia Islamica, 1970 s. 101.

[35] Den federala shariadomstolen i Pakistan underkände de förändringar i arvsordningen som tillkom till skydd för föräldralösa barn med hänvisning till att en sådan reform skulle strida mot den islamiska rätten. Istället för att förändra arvslagen borde, enligt den Federala sharia domstolen, barnens intressen skyddas genom införandet av en obligatorisk underhållsskyldighet för de föräldralösa barnens mor- och farsyskon. En sådan reform ansågs ligga i linje med den islamiska rätten samtidigt som den kom tillrätta med de socioekonomiska problem som drabbade föräldralösa barn i det moderna samhället, Caroll, The Pakistan Federal Shariat Court, Section 4 of the Muslim family Laws Ordinance, and the Orphaned Grandchild, Islamic Law and Society, 2002 s. 75.

[36] Dabour, Anwar Mahmoud, Ahkam al-tarikat fi al-fiqh al-islami wa al-qanun, Kairo, 1993 s. 491.

kvarlåtenskap är att betrakta som ett obligatoriskt testamente, även i de fall arvlåtaren inte upprättat något testamente till förmån för en under dennes livstid avlidet barns arvsgren. För att islamiskt legitimera det obligatoriskt testamentet gjordes en konstruktiv nytolkning där man återanvände kap. 2 vers 180 i koranen som av tidigare rättslärda ansågs vara upphävd (se nedan). Enligt kap. 2 vers 180 skall då döden närmar sig en person som efterlämnar tillgångar, ”genom testamente föranstalta för föräldrar och anhöriga.”

5.4 Det obligatoriska testamentet – mot en förändring av arvsordningen

Enligt den historiska tolkningen, om vilken det rått konsensus bland de islamiska rättsskolorna, har kap. 2 vers 180 ansetts vara upphävd av de senare, mer detaljerade arvsrättsliga föreskrifterna i koranen. I koranens kap. 4 vers 7 har både män och kvinnor rätt till en av ”Gud fastslagen andel” av vad föräldrar och nära anhöriga efterlämnar. Om Gud redan fastslagit arvsrätten för de som enligt det islamiska systemet är arvsberättigade förefaller testamentsskyldigheten i kap. 2 vers 180, enligt resonemanget, vara motstridande eftersom ett testamente skulle kunna ändra det arvsrättsliga resultat som följer av föreskrifterna i koranen, vilket skulle innebära ett brott mot Guds gränser (hudud Allah).

Men lagstiftarna i Mellanöstern och Nordafrika gjorde en nytolkning av kap. 2 vers 180 för att på så vis legitimera införandet av det obligatoriska testamentet. Den testamentsskyldighet som följer av den aktuella versen ansågs, enligt den nya tolkningen, inte upphävd med avseende på de nära anhöriga som inte tillförsäkrats arv i koranen eller som inte ärver i det enskilda fallet. När det gäller arvlåtarens föräldrar fick den historiska tolkningen kvarstå eftersom de fått sin arvsrätt fastslagen i koranen. Eftersom barnbarnen inte föreskrivits en arvsrätt i koranen kommer ett testamente till förmån för dem, enligt resonemanget, inte att kränka Guds gränser. Med detta lagtekniska knep kunde man på ett konstruktivt sätt lösa den uppenbara olägenheten avseende de föräldralösa barnbarnens avsaknad av arvsrätt.

6 Mäns och kvinnors olika arvsrätt i en svensk kontext – en avslutande diskussion

Artikeln har, i syfte att illustrera förändringstendenser i den islamiska rättstraditionen, diskuterat de lagtekniska metoder som använts vid olika reformer av familje- och arvsrätten i muslimska rättsordningar. I artikeln har jag lyft fram den islamiska rättstraditionens inneboende flexibilitet och de lagtekniska metoder som ansetts stå till förfogande för att den traditionella lagen kunnat anpassas till samhälleliga behov. Jag vill avsluta denna artikel genom att, mot bakgrund av de reformer som diskuterats, problematisera kring om det med hänsyn till förhållandena i Sverige är möjligt att göra religiöst motiverade avsteg från de traditionella tolkningarna av exempelvis arvsreglerna.

Enligt koranen skall i de fall arvlåtaren efterlämnar både söner och döttrar, eller både bröder och systrar, sönernas eller brödernas lott motsvara det som ärvs av två döttrar eller två systrar (kap. 4 vers 11 och 176). Även om den inom islamisk arvsrätt mycket uppmärksammade principen om olikartad arvsrätt mellan män och kvinnor i strikt mening bara tillämpas i relationen mellan agnatiska släktingar, såsom arvlåtarens barn eller syskon (hel- eller halvsyskon på faderns sida), har en motsvarande princip styrt arvsrätten för vissa andra arvingar. Koranen gör exempelvis skillnad mellan fall där den efterlevande maken är en man eller en kvinna. En efterlevande hustru tar hälften av det som en efterlevande make skulle ha ärvt. Likaså har de föreskrifter i koranen som rör föräldrarnas arvsrätt tolkats så att de gynnar arvlåtarens far framför modern, det vill säga i linje med principen som gynnar den manliga arvingen.[37] Principen tillämpas emellertid inte

[37] Enligt koranen skall den dödes föräldrar ärva 1/6 var av kvarlåtenskapen om arvlåtaren efterlämnar barn. Om barn inte efterlämnas är moderns lott 1/3. Ett arvskifte i enlighet med versens uttryckliga ordalydelse skulle enligt den sunnitiska tolkningen leda till besynnerliga konsekvenser. Anta att en kvinna dör och efterlämnar sin efterlevande make och sina föräldrar. Enligt koranen skall den efterlevande maken ärva 1/2, modern 1/3 och fadern 1/6 eftersom han i denna situation ärver som agnat i det som återstår efter fördelningen till maken och modern som båda är andelsberättigade. Enligt sunniterna ansågs en tillämpning av föreskriften enligt dess bokstavliga ordalydelse inte överensstämma med det övriga systemet. Istället omtolkades föreskriften så att moderns arvsrätt om 1/3, i likhet med faderns, kom att beräknas på den kvarlåtenskap som återstod efter att maken tagit sin del (här kan man tala om snuvning). Enligt shiiterna tillämpas emellertid bestämmelsen enligt sin ordalydelse. Den shiitiska tolkningen innebär att modern i det givna exemplet kommer att ärva dubbelt så mycket som fadern.

i förhållande till arvlåtarens halvsyskon genom modern (kap. 4 vers 12 i koranen). I den mån de samärver skall arvlåtarens kognatiska systrar och bröder ta lika lott i kvarlåtenskapen.

Det är viktigt att betona att den princip som i vissa fall ger preferens åt manliga arvingar inte bygger på tanken om att män är mer värda än kvinnor. I det fallet hade principen tillämpats i alla situationer där män och kvinnor samärver. Tvärtom; föreskrifterna i koranen ger i vissa fall kvinnor en legal arvsrätt som överstiger vad arvlåtarens agnater (eller andra män) ärver i det enskilda fallet (exempelvis döttrarnas arvsrätt i förhållande till arvlåtarens agnatiska ascendenter och kollateraler). Istället handlar det om, som det redan flera gånger påpekats i artikeln, att det i islamisk rätt endast är män, närmare bestämt den underhållsskyldiges agnatiska släktingar, som kan åläggas en familjerättslig underhållsskyldighet.[38] Underhållsreglerna medför att bröder, som enligt koranen endast får ärva när arvlåtaren inte efterlämnar sin far eller söner, alltid kommer att vara underhållsskyldiga gentemot de samärvande systrarna. Samma gäller för sönerna som i motsvarande situation kommer att vara underhållsskyldiga gentemot sina systrar. Utöver denna underhållsbörda är män i samband med giftermål även skyldiga att utge en så kallad morgongåva, mahr, till sin blivande hustru. I många kulturer har praxisen rörande mahr utvecklats så att avtal numera kan omfatta stora ekonomiska värden. I ett samhälle där detta familjerättsliga system upprätthålls är en arvsrättslig princip som ger preferens åt söner framför döttrar och bröder framför systrar förklarlig. Den syftar till att uppväga de ekonomiska skyldigheter som det familjerättsliga systemet ålägger män. Det är helt enkelt ett sätt att skapa koherens i systemet.

Men hur bör man ställa sig till en sådan princip när den aktualiseras i det svenska sammanhanget eller i mer urbaniserade islamiska samhällen där kvinnor har tillgång till högre studier och till arbetsmarknaden.[39] Finns det utrymme för att göra en annan tolkning i sammanhang där

[38] För en närmare diskussion om relationen mellan de islamiska underhållsreglerna och arvsordningen se Chaudhry, Zainab, The Myth of Misogyny: A Reanalysis of Women's Inheritance In Islamic Law, The Journal of Islamic Law, 1998 s. 41–98.

[39] Kvinnors deltagande på arbetsmarknaden varierar stort såväl mellan som i länderna i Mellanöstern. Stora skillnader finns exempelvis mellan befolkningen i landsbygd och i städer. Utbildningsnivån och sysselsättningsgraden för kvinnor synes vara större i städer. För det egyptiska exemplet se Fawzy, Essam, Muslim Personal Status Law in Egypt: the Current Situation and Possibilities of Reform Through Internal Initiatives, Women's Rights and Islamic Law – Perspectives on Reform (red. Welchman), New York, 2004 s. 22 ff.

kvinnor bidrar till hushållskostnader och till försörjningen av anhöriga eller där till och med det huvudsakliga ekonomiska ansvaret i ett hushåll bärs av kvinnor?[40] Problembeskrivningen dras naturligtvis till sitt spets i förhållande till muslimer i Sverige som befinner sig i och präglas av ett samhälle där familjen har fått en minskad betydelse för individens välfärd. I en internationell jämförelse är Sverige progressivt vad gäller könsroller. En förutsättning för detta har varit att det yttersta ansvaret för individens välfärd successivt tagits över av samhället.[41] I takt med detta har den utsträckta familjens betydelse minskat. Många svenska muslimer delar dessa grundläggande värderingar om statens uppgifter, om familjens minskade roll i individens liv och om förhållandet mellan familjemedlemmarna. Diskrepansen mellan den islamiska arvsordningens premisser och hur muslimer i Sverige lever sina liv kan vara betydligt större än den som föranledde det obligatoriska testamentet i de muslimska rättsordningarna. För många muslimer i Sverige, som omfamnat många av de värderingar som utmärker majoritetssamhället, kan arvsordningen, istället för att skapa koherens i förhållande till andra familjerättsliga regler uppfattas som ett ensidigt gynnande av arvlåtarens manliga arvingar. Samtidigt kan muslimer på grund av sin religiösa övertygelse önska följa koranens bud, däribland dess arvsrättsliga föreskrifter. Frågan uppstår huruvida koranen ger utrymme för att göra en annan tolkning än den som hitintills varit härskande vad gäller koranens arvsrättsliga föreskrifter.

Enligt den välkända muslimska islamologiprofessorn Amina Wudud bör koranens arvsrättsliga föreskrifter alltid tolkas mot bakgrund av den så kallade ”nyttoaspekten” sett till förhållandena i det enskilda fallet.[42] Kap 4 vers 11 i koranen, som reglerar arvsrätten för arvlåtarens barn och föräldrar, avslutas med att förbinda den nytta som arvingarna medfört för arvlåtaren med storleken av det arv som de tilläts ta.[43] Enligt Wudud kan principen

[40] Enligt en uppgift är kvinnor de huvudsakliga försörjarna i omkring 33 % av alla egyptiska hushåll, Egypt's New Woman Foundation demands fair working conditions, nättidskriften Bikyamasr (besöktes 2011-08-02).

[41] Singer, Anna, Familjerätten – en kulturyttring?, Familj, religion och rätt. En antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel (red. Singer, Jänterä-Jareborg och Schlytter), Uppsala, 2010 s. 244.

[42] Wudud, Amina, Quran and Woman, Rereading the Sacred Text from a Woman's perspective, New York, 1999 s. 87 f. Wudud har bland annat blivit känd för att ha varit imam och lett en könsneutral fredagsbön i New York.

[43] ”Ni vet inte vem som är er närmast, era föräldrar eller barn, genom det som de har gjort för er”.

som gör skillnad på mäns och kvinnors arvsrätt tillämpas i enlighet med dess underliggande syften endast med beaktande av nyttorekvisitet i varje enskilt fall. Med denna förståelse av den arvsrättsliga nyttoaspekten finns det, enligt Wudud, ingen anledning att ge den manliga arvingen en dubbel lott när det är den kvinnliga arvingen som exempelvis har den faktiska omvårdnaden och bär det ekonomiska ansvaret för arvlåtaren och andra nära släktingar.

Även om Wududs tolkning kan leda till tillämpningsproblem på grund av att det kan vara svårt att vid ett arvsskifte kvalitativt bedöma vem av flera barn som exempelvis har varit till störst nytta för sina föräldrar, visar hennes perspektiv att koranens arvsrättsliga föreskrifter lämnar utrymme för flera ”legitima” tolkningsalternativ.[44] Ifråga om tolkningsmöjligheter finns det i verkligheten ingen skillnad mellan skilsmässoreglerna, reglerna om polygami eller de arvsrättsliga föreskrifterna. Alla föreskrifter lämnar rum för tolkningar. Här anser jag det vara viktigt att reflektera kring fundamentala aspekter av sharian. Som ett juridiskt begrepp betecknar termen sharia idén om en gudomlig lag som har sin grund i uppenbarelse.[45] Men även om termen sharia innefattar tanken om gudomlig lag, kan en förmedling av dess innehåll ske bara genom mänsklig kommunikation, vilket i sin tur lämnar utrymme för (föränderliga) värderingar och tolkningar.

Om de islamiska samhällena fortsätter att utvecklas på ett sätt som leder till allt fler förvärvsarbetande kvinnor som förändrar underhållssituationen i familjen, är det inte otänkbart att man i berörda islamiska länder, med utgångspunkt i den koraniska nyttoaspekten och betraktad i mer abstraka former, kommer att kunna ompröva tidigare tolkningar och därvid argumentera för att koranens förutsättningar för en olikbehandling inte är uppfyllda (i likhet med den argumentation som låg till grund för det tunisiska förbudet av polygami). Till stöd för detta skulle man kunna åberopa en analogisk tillämpning av kap. 4 vers 12 i koranen, som reglerar arvsrätten för arvlåtarens halvsyskon genom modern. Enligt föreskriften ärver kognata halvsyskon, oavsett kön, lika stor del i kvarlåtenskapen. Att syskonen tillåts ta samma arv sammanhänger med att män

[44] Man kan, om man betraktar föreskriften som ”könsfri”, därutöver även fråga sig varför exempelvis en dotter inte skall tillåtas ta en lott som motsvarar det dubbla mot vad sonen ärver i fall det är dottern som är den som ansvarar för omvårdnaden och försörjningen av föräldrarna och nära anhöriga.

[45] Hjärpe, Om islamisk rättstradition och dess aktuella problematik s. 185.

inte anses ha en underhållsskyldighet gentemot släktingar på mödernesidan. Det går följaktligen att resonera så att koranens utgångspunkt är att män och kvinnor i grunden har samma arvsrätt, men att denna princip skall justeras i förhållande till exempelvis underhållsreglerna som lägger försörjningsbördan på män. En analogisk tillämpning av kap. 4 vers 12 innebär således att när det inte föreligger en skyldighet för brodern att försörja sin samärvande syster och andra nära släktingar, skall arvet delas lika mellan dem på samma sätt som när arv skiftas mellan kognatiska halvsyskon. Enligt denna argumentation skulle således en likafördelning av arv mellan män och kvinnor anses ligga i linje med koranens anda och budskap trots att fördelningen inte upprätthåller skriftens bokstavliga ordalydelse. För muslimer i Sverige kan en sådan tolkning medföra flexibilitet som underlättar för dem att följa koranens bud samtidigt som de tar hänsyn till sin livsmiljö och det omgivande samhället. En utmaning, som ännu inte riktigt bemötts men som jag i likhet med Tariq Ramadan (se avsnitt 2) vill lyfta fram, är vikten av att studera islamiska normer mot bakgrund av den nya levnadsmiljön, och inte bara att avvakta på vad som sker i de svenska muslimernas ursprungsländer.

Författarpresentation

Lars Björne är professor i romersk rätt och rättshistoria,
Åbo universitet

Margareta Brattström är professor i civilrätt, särskilt familjerätt,
Uppsala universitet

Carl Reinhold Bråkenhielm är professor i empirisk livsåskådnings-
forskning, Uppsala universitet

Marianne Dahlén är juris doktor och forskare, Uppsala universitet

Görel Granström är docent i rättsvetenskap, Umeå universitet

Johan Hirschfeldt är f.d. president vid Svea hovrätt och ordförande i
Institutet för Rättshistorisk Forskning

Jan Hjärpe är professor emeritus i islamologi, Lunds universitet

Jaakko Husa är professor i rättskultur och rättslingvistik, universitetet i
Lappland

Christian Häthén är juris doktor och universitetslektor i rättshistoria,
Lunds universitet

Maarit Jänterä-Jareborg är professor i internationell privat- och
processrätt, Uppsala universitet

Mia Korpiola är juris doktor och forskare, Helsingfors universitet

Mats Kumlien är professor i rättshistoria, Uppsala universitet

Max Lyles är docent, Örebro universitet

Dag Michalsen är professor i rättshistoria, Oslo universitet

Kjell Å. Modéer är seniorprofessor i rättshistoria, Lunds universitet

Ann-Christine Petersson Hjelm är juris doktor och lektor, Linköpings universitet

Gunnar Petri är juris doktor och har varit statssekreterare samt VD för STIM.

Heikki Pihlajamäki är professor i rättshistoria, Helsingfors universitet

Marie Sandström är professor i rättshistoria, Stockholms universitet

Mosa Sayed är juris doktor och forskare, Uppsala universitet

Anna Singer är professor i civilrätt, särskilt familjerätt, Uppsala universitet

Caroline Sörgjerd är juris doktor och forskare, Uppsala universitet

Christer Thornefors är rådman vid Stockholms tingsrätt och sekreterare i Institutet för Rättshistorisk Forskning

Helle Vogt är lektor i rättshistoria, Köpenhamns universitet

Elsa Trolle Önnerfors är juris doktor och forskare, Lunds universitet