De lege

Juridiska Fakulteten i Uppsala

Årsbok 2007

Eftersyn och eftertanke

Redaktör
Petter Asp

IUSTUS FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2007
ISSN 1102-3317
ISBN 978-91-7678-676-5
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Layout omslag: IdéoLuck AB, Stockholm
Tryck: Elanders AB, Mölnlycke 2007
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

Den 27 november 2007 skulle professorn emeritus vid Juridiska fakulten, Uppsala universitet, teologie och juris doktorn Göran Inger ha fyllt 90 år. Göran Inger ägnade, under sitt långa verksamma liv, sin forskning åt rättshistoria i vid mening. År 2007 års volym av De lege ges ut till minne av Göran Ingers gärning.

De bidrag som ryms inom bokens pärmar har det gemensamt att de på olika sätt belyser rättsliga företeelser, idéer eller frågor i ett rättshistoriskt perspektiv. Vissa bidrag går mycket långt tillbaka i tiden, medan andra i huvudsak behandlar nittonhundratalets historia, eller till och med nu- eller samtidshistoria.

Det händer att det frågas vilken betydelse rättshistoria har för dem som undervisar i gällande rätt och vilket värde tillbakablickar till äldre rätt har för dem, som efter studietiden ägnar sig åt s.k. praktisk verksamhet. Förhoppningsvis kan denna skrift bidra till att påvisa ämnets relevans.

Uppsala hösten 2007

Petter Asp

Innehåll

Bertil Bengtsson
Om retroaktiva värderingar 9

Lars Björne
Nordiska läroböcker i rättshistoria 29

Inger Dübeck
Barnedrab, hittebørn og hemmelige børnefødsler i dansk og svensk 1700-tals ret 41

Åke Frändberg
Orestiens rättssyn 55

Carl Hemström
Från vanfrejd till näringsförbud – något om utvecklingen de senaste hundra åren på bolagsrättens område 73

Nils Jareborg
Register över hänvisningar i förarbetena till 1864 års strafflag 81

Mats Kumlien
”Om allas ledighet och allas behof, på en och samma gång inträffade” 99

Pia Letto-Vanamo
Synpunkter på straffrättskipningens historia 121

Bo H. Lindberg
Utfyllande tolkning och avtal: några rättshistoriska perspektiv 139

Nils Mattsson
Några anteckningar om skattesystemet på kejsar Augustus tid 155

Alvar Nelson
När hedern försvann 165

Rolf Nygren
Levisonmålet och vägen mot civiläktenskapet 189

Heikki Pihlajamäki
Restitutio in integrum i 1600-talets livländska rätt: några exempel av ett rättsinstituts utveckling 203

Åke Saldeen
Faderskap – moderskap – föräldraskap 211

Carl Gustaf Spangenberg
Linné som domare – barnamordsfallet 1767 247

Fredrik Sterzel
Grundlagstolkning och grundlagsändring 269

Stig Strömholm
Quod omnes tangit – en rättsprincips väg till Sverige 295

Jørn Øyrhagen Sunde
”De skal vera samde menn” 305

Bertil Bengtsson

Om retroaktiva värderingar[1]

1. Retroaktiv lagstiftning är som bekant som huvudregel förbjuden enligt regeringsformen (jfr 2 kap. 10 §). Men hur är det med retroaktiva *värderingar*? Det händer ju inte så sällan att en jurist i rättshistoriska sammanhang får ta ställning till regler och principer som i dag kan framstå som föråldrade, kanske nära nog stötande att tillämpa. Med ett historiskt synsätt är det naturligt att leva sig in i dåtidens rättsliga miljö och resonera med en sådan utgångspunkt. Varje handlande skall bedömas med hänsyn till dåvarande rättsläge – inte bara lagstiftning utan också vedertagna rättsgrundsatser och värderingar, även när de kan tyckas främmande för en nuvarande generation. Det lär också vara den vanliga uppfattningen i varje fall hos domstolar och juridiska myndigheter.

Ett bekymmer kan dock vara att detta stämmer mindre väl med en utbredd inställning i dagens samhälle. I varje fall den stora allmänheten (och många politiker) lär ha svårt att anlägga ett sådant perspektiv. Massmedia diskuterar ju gång på gång historiska förhållanden med påtaglig indignation t.ex. när det gäller bristande jämställdhet, diskriminering av olika grupper, nationalism och dubbelmoral. Det politiskt korrekta tycks vara att ställa dagens moraliska krav framför allt på statsmakterna och myndigheterna, åtminstone beträffande händelser under de senaste 100–150 åren. Domstolar och myndigheter skall förstås åtminstone i princip bortse från sådana opinioner, men det är inte så lätt när bedömaren själv

[1] Man kan förstås undra om de följande synpunkterna förtjänar att tas upp i ett aktningsvärt rättshistoriskt sammanhang. Skall de alls betraktas som rättshistoria, ligger de onekligen i utkanten av rättsområdet. Men frågorna har viss praktisk betydelse; bl.a. har jag själv varit inblandad i flera av de fall som omtalas i fortsättningen, dock utan att närmare analysera eller ens begripa de allmänna principer som möjligen kunde gälla för bedömningen.

har politiskt korrekta värderingar – något som inte är alltför ovanligt. Bör man ändå skall se med förståelse på en föga tilltalande rättsgrundsats och lägga den till grund för bedömningen; eller kanske kan man – på ena eller andra grunden – bortse från den eller åtminstone omtolka den på ett sätt som numera framstår som rimligt?[2]

Delvis liknande frågeställningar kan bli aktuella också i ett annat sammanhang: när statsmakterna skall bedöma om myndigheternas behandling av enskilda i en förgången tid berättigar till *upprättelse* i en eller annan form – i allmänhet ett skadestånd, som i detta läge skulle beviljas ex gratia (alltså på grund av statsmakternas välvilja). Idag framställs inte sällan sådana krav från olika håll. Också här kan det bli fråga om att bedöma handlingar i det förflutna med dagens synsätt; naturligtvis spelar politiska synpunkter en viktig roll för prövningen, men vid utredningar i frågan brukar i allmänhet jurister medverka och besluten motiveras också med juridiska resonemang. Vilken roll spelar retroaktiva värderingar i sådana ärenden?

Några sådana frågor skall här diskuteras med utgångspunkt i ett par exempel från senare tid. Jag håller mig då till den praktiska problematiken utan att ta upp de rättsteoretiska och historiefilosofiska aspekterna; de ligger utanför min kompetens.

2. Till en början kan konstateras att det finns en rad undantag från regeln att handlande i det förflutna skall bedömas efter dåtida lagbestämmelser och rättsgrundsatser. Vad angår förbudet mot *retroaktiv lagstiftning* innebär ju detta att i den mån nya värderingar kommer till uttryck i lagen de inte får någon tillbakaverkande effekt. Sådan lagstiftning är förbjuden inte bara inom straffrätten och väsentligen inom skatterätten, enligt klara grundlagsbestämmelser;[3] den anses ofta otillåten också inom civilrätten. Skadeståndsskyldighet skall av rättssäkerhetsskäl bedömas efter den lag som gällde då skadan orsakades, och lagstiftningen skall som huvudregel inte ingripa i bestående avtalsförhållanden.[4] Men det är inte alltid man hållit på dessa principer. Retroaktivitet har tillåtits bl.a. till den svagare

[2] Till någon del kan naturligtvis detta framstå som en politisk fråga; med en konservativ inställning är man naturligtvis särskilt ovillig att förkasta traditionella principer. Jfr Kjell Åke Modéer i History and European Private Law (1997) s. 104, 117, där motsatsen till en ”progressiv” inställning betonas.

[3] Se som sagt 2 kap. 10 § RF.

[4] Se härom t.ex. Åke Frändberg, Rättsregel och rättsval (1984) s. 136 ff. och Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (5 uppl. 1996) 16.4.2.

kontrahentens skydd vid vissa långvariga avtal och inom familjerätten för att stärka eftersatta gruppers ställning. I allmänhet krävs vägande sociala skäl för undantag av detta slag. Det har hänt att man på sådana grunder gett en särskild jämkningsregel för dessa fall – den nya lagen skall tillämpas på äldre avtal, om tidigare lagstiftning skulle leda till uppenbart oskäliga resultat.[5] Här är det tydligt att nya värderingar ändrar rättsläget.

Vad åter angår *ändringar i grundlagen*, särskilt dess rättighetsregler, godtas en retroaktiv verkan inom vissa gränser. Rättighetsskyddet gäller ju till större delen i förhållande till det allmänna, och ändringar i denna del innebär normalt att den enskildes ställning *stärks* gentemot staten. En tillämpning också på tidigare tillkomna lagar kan därför verka angelägen från rättighetssynpunkt. Det står klart att materiella regler i en gällande lag inte kan åberopas i klar strid med en senare ändring i 2 kap. RF. Formellt är 11 kap. 14 § RF tillämplig också i denna situation, men vad kravet på ”uppenbart” fel här skulle innebära är tveksamt.[6] I vart fall bör ändringan i grundlagen kunna påverka tolkningen av den äldre lagen, när denna bygger på äldre värderingar.[7] Däremot skall den äldre regeln tillämpas om felet bara är att det organ som beslutade den i laglig ordning nu mist sin kompetens.[8]

Att märka är emellertid att dessa övergångsprinciper tar sikte på rättsfrågor som uppkommer efter det att den nya grundlagsregeln trätt i kraft. De lär inte kunna åberopas för att angripa domar eller beslut som var grundlagsenliga när de tillkom men strider mot vår nuvarande regerings-

[5] Se 4 p. övergångsreglerna till försäkringsavtalslagen (2005:104). Jfr om bestämmelsen – som Lagrådet inte var entusiastiskt för – prop. 2003/04:150 s. 359 f., 1116 f. och Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt s. 572 med hänvisningar.

[6] Det fel som begåtts skulle här vara att inte den äldre regeln upphävts – onekligen ett oskyldigare misstag än om en grundlagsstridig lag antagits av riksdagen. Något ovillkorligt krav på ”fel” lär dock inte gälla; det räcker med motstridighet mellan bestämmelserna, se Petrén-Ragnemalm, Sveriges grundlagar s. 312, 357. Jfr även skiljaktigheten i NJA 1981 s. 1 och Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd (1996) s. 675 ff. med hänvisningar.

[7] Jfr NJA 1996 s. 110, där HD diskuterade frågan om tillkomsten av 2 kap. 18 § 1 st. RF skulle inverka på tillämpningen av fastighetsbildningslagen men inte ansåg något sådant motiverat i detta fall.

[8] Se om det sagda övergångsreglerna till SFS 1974:152, 1 och 6 p och härom SOU 1972:15 s. 226 f., prop. 1973:90 s. 470, Petrén-Ragnemalm, Sveriges grundlagar s. 357 och Holmberg-Stjernquist-Isberg-Eliasson-Regner, Grundlagen s. 571 f.; jfr s. 185 f. om verkan av Europakonventionens införlivande med svensk rätt.

form – något som bl.a. kunde medföra att vissa rättigheter till egendom skulle bli ogiltiga, med allmän oreda i ägarförhållandena som följd. En grundlagsändring kan inte gärna utgöra skäl för resning i sådana fall.[9] Det är också svårt att anse en sådan ändring kunna göra tidigare rättshandlingar ogiltiga; flertalet rättighetsregler i RF gäller ju enbart den enskildes förhållande till det allmänna, och de som kan tänkas skydda mot ingrepp till förmån för andra enskilda (närmast 2 kap. 15–20 §§) tar inte sikte på tidigare ingångna avtal.[10] Dessa får angripas med stöd av civilrättsliga regler om jämkning av oskäliga avtal, närmast 36 § avtalslagen (eller grunderna för dess föregångare i 8 § skuldebrevslagen).[11]

En närliggande fråga, som i varje fall tidigare diskuterades i litteraturen,[12] är i vad mån domstolarna kan gå ifrån äldre *lagmotiv* under hänvisning till att de faktiska förhållanden eller den rättsåskådning de bygger på har ändrat sig. Frågan är naturligtvis praktisk – den uppkommer ofta vid tillämpning av äldre lagar. Idag lär dock detta problem inte anses så stort; respekten för uttalanden i lagförarbeten har minskat, och rättssäkerheten anses inte kräva att de följs i alla delar. Man kan ha delade meningar när ett motivuttalande är så föråldrat att det kan ignoreras, men avvikelser av sådana skäl lär i alla händelser anses acceptabla oavsett om de ändrade förutsättningarna kommit till uttryck i grundlagen eller ej. – Också i detta fall är det emellertid typiskt sett fråga om bedömning av ett handlande i nutid; prövning sker med hänsyn till nutida förhållanden och värderingar, oavsett vad lagstiftaren ansåg när lagen tillkom. Läget är inte detsamma när man idag bedömer handlingar företagna i det förflutna, i ett annat rättsligt klimat än vårt.[13]

[9] Resning lär inte bli aktuellt på grund av sådana efterföljande omständigheter, jfr NJA II 1940 s. 171.

[10] Jfr Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I (1986) s. 64 ff. med hänvisningar och Holmberg-Stjernquist, Vår författning (12 uppl. 2000) s. 64. Detsamma torde gälla Europakonventionens rättighetsregler, i den mån de ger ett skydd utöver RF. (Här bortses från den betydelse de möjligen kan ha för avtal till nackdel för utomstående, närmast kollektivavtal.)

[11] Möjligen kan RF:s regler vara ett särskilt argument för att anse ett avtal ogiltigt enligt 36 §; något stöd för detta i rättspraxis verkar dock vara svårt att finna.

[12] Se bl.a. Grönfors i Svensk juristtidning 1960 s. 14 ff. och även Schmidt i Festskrift till Nils Herlitz (1955) s. 294 f. Jfr om den allmänna frågan Strömholm, a.a. 17.2.2.

[13] En särskild fråga är om man inom den internationella privaträtten skall tillämpa utländsk lag som numera ändrats, eventuellt på grund av nya värderingar. Jfr problemet i NJA 1968 s. 126; se om ”den lojala tillämpningens princip” Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, avsnitt 3.3.

HD kan naturligtvis ändra *rättspraxis,* med eller utan plenum, på grund av nya värderingar. Här uppkommer det kända problemet att prejudikat inte kan förses med övergångsbestämmelser. Vad domstolen fastslår är i regel att anse som gällande rätt också för förfluten tid (i den mån inte äldre lagstiftning gällt). På detta vis kan nya principer bli tillämpliga t.ex. på redan inträffade skadefall[14] och redan företagna rättshandlingar. Dessa retroaktiva effekter är naturligtvis ett återhållande moment när domstolen överväger en praxisändring;[15] det bör observeras att på detta vis en rättsutveckling genom domstolspraxis kan få mera genomgripande verkningar än en ny lagstiftning. Nya värderingar kan utan vidare slå igenom också beträffande förfluten tid. Men naturligtvis kan de inte medföra att äldre lagakraftvunna avgöranden rivs upp.

3. I övrigt kommer problem hur historiska rättsfakta skall bedömas oftast upp i *fastighetsrättsliga* tvister, om äganderätt eller andra rättigheter till fast egendom.[16] På detta område har det ansetts särskilt viktigt att inte rubba rättsläget till nackdel för en rättighetshavare, en synpunkt som framträder bl.a. i lagen om införande av nya JB.[17] Lagstiftningen medför dock åtskilliga avsteg, bl.a. beträffande regler om ”rättsförhållanden av mera statisk karaktär”, såsom 1–3 kap. JB. Dessa skulle i stort sett ha retroaktiv verkan.[18] Det gäller alltså bl.a. fastighetsbegreppet, bestämmande av fastigheters gränser och tillbehör till fastighet – allt frågor som har väsentlig betydelse också från allmän synpunkt. Inte ens på detta rättsområde har man alltså uteslutit viss retroaktivitet, fast den beror mindre på sociala skäl än på vikten av ordning och reda i det fastighetsrättsliga systemet.

Vad som här får intresse är särskilt handlande från *det allmännas* sida – lagstiftning eller myndighetsbeslut. Skall huvudregeln tillämpas också när detta handlande idag framstår som ett klart otillåtet ingrepp

[14] Jfr t.ex. diskussionen i NJA 1996 s. 377, som synes bygga på att en plenumdom som ändrar rättsläget (här NJA 1993 s. 40 I och II) får återverkningar beträffande äldre skadevållande handlingar.

[15] Jfr HD i NJA 1950 s. 483.

[16] Utanför fastighetsrätten lär problemen om tillämpningen av äldre rätt mera sällan komma upp i en domstol. De tvister som här blir aktuella står i allmänhet mellan enskilda parter.

[17] Jfr om denna huvudregel SOU 1960:26 s. 9, 42, prop. 1970:145 s. 88.

[18] Se SOU 1960:26 s. 9 f.; prop. 1970:145 s. 88.

mot berörda medborgare, fast det en gång i tiden stämde med gällande rättsprinciper? Vid rättstillämpningen ligger det naturligtvis närmare till hands att anlägga moraliska synpunkter på myndighetsutövning än att på sådana grunder åsidosätta de regler som gällt för enskilda parter. Bl.a. väger ju hänsyn till enskildas rättssäkerhet betydligt tyngre. Som nyss framhölls tryggar dessutom grundlagarna, typiskt sett, enskildas rättigheter just i förhållande till det allmänna.[19]

I allmänhet sett bör man naturligtvis vara försiktig vid omprövning av äldre myndighetsbeslut, särskilt inom fastighetsrätten, och ännu mer om det är själva lagen som angrips. I viss utsträckning kan problemen undvikas genom tillämpning av regler om urminnes hävd[20] – ett institut som dock till väsentlig del avskaffats genom nya jordabalken, fast hävd fram till dess ikraftträdande alltjämt kan beaktas.[21] Här spelar tidigare värderingar knappast någon roll. Sålunda lär staten inte kunna åberopa att när hävden började den inte ansågs få verkningar gentemot kronan, i varje fall om hävden fortsatt sedan denna uppfattning övergetts. I NJA 1981 s. 1, som strax skall närmare beröras, har en sådan invändning inte vunnit gehör.[22] – Även i andra fall lär sedan länge bestående förhållanden ofta kunna beaktas, oavsett vilket synsätt de från början byggde på. Man kan här hänvisa till rättsfiguren ”festnet bruk” (”festnet forhold”) i norsk rätt, som kan åberopas i sådana situationer: en samstämmig uppfattning om rättighetsförhållandena i ett område under längre tid kan läggas till grund

[19] Är det fråga om avtalstolkning kan man för övrigt också åberopa att en förutsättning för avtalet varit att gällande rätt skulle tillämpas. En tillämpning av nya regler kan rubba dess grundvalar och aktualisera en jämkning av avtalet, närmast med stöd av 36 § avtalslagen.

[20] Detta gäller framför allt hävd av enskilda. Också staten kan dock åberopa urminnes hävd (något som kunde tänkas bli aktuellt där staten saknar lagfart, såsom ofta beträffande fjällmark). Särskilda problem kan dock uppkomma beträffande sättet att hävda fastigheten; vid urminnes hävd lär knappast kunna åberopas att staten allmänt sett bestämt över fastighetens användning, utan även i detta fall får krävas ett faktiskt bruk av den. Staten åberopade inte för sin del urminnes hävd i skattefjällsmålet (NJA 1981 s. 1, se nedan).

[21] Se 6 § lagen om införande av nya JB. Beträffande viss annan rätt än sådan som grundas på JB – särskilt renskötselrätt – är det möjligt att institutet alltjämt gäller, jfr Bengtsson, Samerätt (2004) s. 79 ff.

[22] Se om invändningen NJA 1981 s. 174; HD har tydligen inte godtagit den, om också den inte närmare diskuterats (jfr bl.a. NJA 1981 s. 190 f., 196, 229 f.).

för bedömningen av dagens rättsläge.[23] Också i svensk rätt kan man träffa på liknande resonemang.[24]

Frågan om betydelsen av ändrade värderingar ställdes i det omskrivna s.k. skattefjällsmålet (NJA 1981 s. 1), som rörde en tvist mellan samer och staten rörande vissa fjällområden i norra Jämtland; målet ansågs – i vart fall från samesidan – ha principiell betydelse för samernas rättsställning i Sverige.

Under hänvisning till bl.a. FN-deklarationen om de mänskliga rättigheterna och Europakonventionen angrep samerna vissa kolonialistiska och diskriminerande resonemang som påstods ligga bakom föreställningen om statens äganderätt till fjällen: de lagar från 1886 och framåt som reglerade samernas rätt till fjällmarken med utgångspunkt i att de inte var ägare skulle egentligen grunda sig på rasistiska tankegångar.[25] Man angrep alltså själva lagstiftningen i väsentliga delar, inte bara vissa myndighetsbeslut. Med anledning av denna argumentation framhöll HD att målet inte gällde i vad mån de intrång som drabbat samerna som folkgrupp varit rättsenliga eller ej; den tidigare utvecklingen hade visserligen haft betydelse, men de frågor som skulle bedömas var i första hand av civilrättsligt slag och skulle prövas efter vanliga rättsliga normer.[26] Domstolen försökte alltså återföra resonemangen till ett ordinär fastighetsrättsligt plan. – Frågan kom mera konkret upp vid bedömningen av den första renbeteslagen av 1886, som bl.a. innebar att samernas bruksrätt överfördes från individuella samer till lappbyar. HD medgav att en viss nedvärdering av samerna kunde ha spelat en roll för en del föreskrifter i lagen, men lagstiftningen gav inte allmänt uttryck för en sådan inställning.[27] Domstolen behövde alltså inte ta ställning till problemet, hur lagen skulle bedömts om den verkligen vilat på rasistiska resonemang. När det gällde lagens inverkan på samernas bruksrätt framhölls dels att rättsläget tidigare var oklart, dels att de nya reglerna på flera sätt tillgodosåg samernas

[23] Se t.ex. Falkanger, Tingsrett (5 utg. 2000) s. 56 f. med hänvisning till bl.a. till rättsfallen Rt 1961.1163, Rt 1963.1263 och Rt 1991 s. 311 (äganderätt för staten). Rättsfiguren diskuteras från svensk synpunkt (just rörande samers äganderätt) i TfR 2000 s. 821 ff.

[24] Åter kan hänvisas till NJA 1981 s. 1 rörande statens äganderätt till skattefjällen; något vanligt laga fång kunde inte konstateras, men det gällde herrelös mark som med tiden allmänt kommit att betraktas som kronomark och behandlats i enlighet härmed av myndigheterna. Se särskilt NJA 1981 s. 228 f.

[25] Se bl.a. NJA 1981 s. 172 f.

[26] NJA 1981 s. 175.

[27] NJA 1981 s. 226, jfr s. 229.

intressen, dels att de delvis motiverades av praktiska skäl; regleringen innebar inget grundlagsstridigt övergrepp mot samerna.[28] Man torde här ha utgått från dåtidens grundlagsskydd för egendom, fast innebörden av 1809 års RF inte särskilt diskuterades i sammanhanget. Det skulle dock inte ha gjort någon skillnad om 1974 års RF tillämpats; enligt 2 kap. 18 §, i dess lydelse vid tiden för domen, innebar egendomsskyddet bara en rätt till ersättning vid expropriativa ingrepp, och något sådant var det inte fråga om i målet.

Vissa liknande frågor blev aktuella i samma mål när samerna angrep rennäringslagens förbud för samer att upplåta sin jakt- och fiskerätt (31 §), under hänvisning bl.a. till grundlagens förbud mot diskriminering av etniska minoriteter (2 kap. 15 § RF). HD:s majoritet framhöll att diskrimineringsförbudet i regeringsformen var tillämpligt även på äldre lag. Bedömningen måste emellertid göras ”med utgångspunkt i vår tids förhållanden och med hänsyn till de förutsättningar som nu råder”; vissa möjligen nedsättande uttalanden i motiven till 1886 års lag saknade idag all giltighet, och den intresseavvägning som gällande lag av 1971 byggde på hade inte påverkats av någon nedvärderande inställning till samerna som folkgrupp.[29]

Domstolens resonemang beträffande upphävd lagstiftning och beslut i det förflutna har alltså utgått från då gällande rätt. Påståendet att äldre regler byggt på tankegångar som idag anses otillbörliga har tillbakavisats på den grund att sådana i själva verket inte påverkat lagstiftningen. Man kan undra hur HD skulle ha bedömt saken ifall påståendet ansetts riktigt. Reglerna hade i 100 år påverkat de fastighetsrättsliga förhållandena i en tredjedel av Sverige, och de hade legat till grund också för senare lagstiftning – bl.a. för rennäringslagen, som härrör från en tid då lagstiftaren var mycket litet påverkad av sådana fördomar. Även om 1886 års lag från början vilat på en ohållbar grund, skulle förmodligen den senare utvecklingen ha ansetts läka sådana brister. – I enlighet med allmänna principer (se 2 ovan) har rennäringslagen däremot prövats efter gällande grundlag, fast denna tillkommit senare; detta spelade dock mindre roll, eftersom lagstiftningen ansågs godtagbar även vid denna bedömning.

Det lär inte vara vanligt att som i skattefjällsmålet en part invänder att äldre lagstiftning står i klar strid med nuvarande värderingar och därför

[28] NJA 1981 s. 243 f.

[29] NJA 1981 s. 247 f. Också minoriteten grundade sin avvikande motivering på gällande rättsregler.

inte skall beaktas. Att rättshistoriska fastighetsfrågor prövas utifrån tidigare gällande rättsprinciper är däremot inget anmärkningsvärt; det är det normala synsättet. Ett exempel ger NJA 1967 s. 521 (om laxfisket i Torne älv), där ett omdiskuterat förfogande över fisket från statens sida godtogs av majoriteten med hänsyn till det dåvarande rättsläget. Att uppfattningen om statens rätt delvis synes ha vilat på det förfalskade s.k. Helgeandsholmsbeslutet har inte ansetts medföra att ett riksdagsbeslut på sådan grund skulle sakna betydelse för statens anspråk. En skiljaktig ledamot underkände däremot förfogandet, delvis med hänvisning till den ohållbara motiveringen för kronans påstådda rätt. – Det rörde dock här inte så mycket ändrade värderingar som ny historisk kunskap; för övrigt hade denna fråga inte sådan central betydelse som värderingsfrågan i skattefjällsmålet.

I ett annat viktigt fastighetsrättsligt avgörande från äldre tid, NJA 1928 s. 463, underkändes däremot – i strid med RegR:s mening i ett färskt prejudikat[30] – påståendet att häradsallmänningarna ägdes av staten, varvid ett yttrande av Kammarkollegiet synes ha spelat en väsentlig roll; här frångick kollegiet en tidigare uppfattning, att kronan på grund av innehållet av jordeboken skulle vara att anse som ägare. Man tog alltså avstånd från en äldre princip om jordebokens bevisvärde. Men detta berodde dock knappast på att denna princip på något sätt ansågs stötande för en modernare rättsuppfattning.

Även om problem av denna typ mera sällan kommit upp i domstolarna lär de inte bli alldeles opraktiska heller i framtiden. Det är ingen händelse att de illustrerats framför allt med resonemangen i en samerättslig tvist. När det gäller samernas rättigheter till land och vatten kan man finna åtskilliga lagregler och myndighetsåtgärder i det förflutna – ibland i ett inte så avlägset förflutet[31] – som kan te sig svårförenliga med allmänna rättsprinciper redan idag, och kanske ännu mer i en framtid. Även på andra fastighetsrättsliga områden kan sådana uttryck för ett statligt förmynderskap tänkas bli omvärderade av en senare generation.

Hur som helst ger materialet knappast stöd för att man på detta rättsområde skulle låta moderna värderingar påverka bedömningen av historiska förhållanden. Man kan t.ex. inte underkänna verkan av en lagstiftning

[30] RÅ 1927 s. 113.

[31] Här kan påminnas om de omtvistade besluten om den s.k. småviltsjakten 1993; se härom Bengtsson, Samerätt s. 64 f.

redan därför att den beslutats på grunder som vi idag finner tvivelaktiga.[32] Möjligen är en annan bedömning möjlig när en tillämpad rättsprincip framstår som klart oförenlig med rättighetsreglerna i nu gällande regeringsform eller med Europakonventionen.[33] Men inte ens i sådana fall kan man utgå från att den skulle åsidosättas. Redan det förhållandet att ett ingrepp i det förflutna inte stämmer med det nuvarande egendomsskyddet i 2 kap. 18 § eller skyddet för näring i 2 kap. 20 § kan inte gärna göra det så förkastligt att man skulle vägra att beakta åtgärden. I båda fallen ändrades grundlagen så nyss som 1994, och man kan inte gärna ge denna ändring retroaktiv effekt på äldre myndighetsbeslut som då var lagenliga.[34] Än mindre lär man av sådana skäl kunna bortse från en numera upphävd lag som var tillämplig då det omstridda beslutet fattades.

4. Saken ligger något annorlunda till när man prövar myndighetsåtgärder i det förflutna med tanke på upprättelse till vissa drabbade personer; som nämnt blir det då närmast fråga om *ersättning ex gratia* för påstådda övergrepp från statens sida.[35] Ersättning innebär ju inte att äldre avgöranden rivs upp, bara att de som blivit lidande på dem kompenseras – det kan bli dyrt för staten, men det ställer inte till någon oreda i rättsförhållandena.

Sådana överväganden ger ibland anledning till en juridisk utredning, men samtidigt får politiska hänsyn betydelse. Som ibland påpekats kan statsmakten på detta sätt enkelt komma ifrån en besvärande diskussion om åtgärder i det förflutna; man hänvisar till en juridisk prövning, som tar sin tid men kritikerna har svårt att motsätta sig. Situationen blir natur-

[32] Även här kan hänvisas till HD:s bedömning i skattefjällsmålet. 1683 års påbud om skogarna (som ostridigt varit godtagbart från konstitutionell synpunkt) innebar ett anspråk på herrelös mark som trots att det var tvivelaktigt i sak ansågs påverka äganderätten till fjällmarkerna. Någon avgörande betydelse ansågs dock inte påbudet ha. Se NJA 1981 s. 287 f.

[33] Jfr HD:s uttalande NJA 1981 s. 243 att 1886 års lag inte innebar något ”grundlagsstridigt övergrepp” mot samerna. Uttalandet lär dock närmast ta sikte på 1809 års regeringsform (jfr ovan).

[34] Vad gäller diskrimineringsförbudet i 2 kap. 15 § RF har som nämnt HD i skattefjällsmålet ansett det kunna tillämpas även på en gällande lag som tillkommit innan förbudet infördes – 1971 års rennäringslag; den har bedömts med utgångspunkt i nuvarande förhållanden. Beträffande den särbehandling av olika slag som förekommit i äldre rätt beträffande samerna finns ingen antydan i domen att äldre myndighetspraxis skulle åsidosättas med tillämpning av nuvarande grundlag.

[35] Vid det laget brukar ju skadeståndsanspråk vara preskriberade, oavsett om de haft någon hållbar juridisk grund.

ligtvis inte alltför ofta aktuell; för att tanke på upprättelse skall leda till ett initiativ från regeringens eller riksdagens sida lär det fordras dels att de drabbade dels inte är alltför många (då blir det för dyrt med ett skadestånd) – dels till stor del är vid livet (annars är en skadeståndsordning tämligen meningslös).[36] Vidare brukar det krävas för en ex gratia-ersättning att möjligheten till skadestånd framstår som utesluten, åtminstone på grund av preskription. I varje fall får en utredning om sådana frågor ta ställning till vilket synsätt som skall ligga till grund för dess diskussion av skadeståndsfrågan.

Också i detta fall kan grundlagen och Europakonventionen tänkas ge viss ledning för bedömningen, men dessutom kommer ändrade värderingar inom *skadeståndsrätten* i blickfältet. Huvudregeln är som sagt att skadegörande handlande skall bedömas efter då gällande lag. Men frågan blir om myndigheternas förfarande mot den drabbade gruppen ter sig så oförsvarligt att det åtminstone med nuvarande synsätt bör motivera någon form av ersättning.

Det skulle alltså närmast gälla en sorts culpabedömning. Ibland kan det ha förekommit åtgärder som med dagens inställning framstår som otillåtna och rättsstridiga, ibland kan det bli fråga om brister i den offentliga verksamheten som idag inte ter sig ursäktliga. I båda fallen får det betydelse att 1972 års skadeståndslag (SkL) utvidgat det allmännas skadeståndsansvar för fel av myndigheterna. Tidigare var det oklart, i vilken utsträckning staten kunde bli skyldig att betala skadestånd på grund av fel eller försummelse vid myndighetsutövning – som huvudregel gällde inte detta. Skadeståndslagen slog däremot fast ett sådant ansvar.[37] Även frånsett den nya lagstiftningen kan nog sägas att upppfattningen vad som är skadeståndsgrundande culpa i viss mån förskjutits under de senaste 75–100 åren. Värderingarna är andra, särskilt beträffande vikten av den enskildes integritet till sin person; vad som är ett rättsstridigt ingrepp bedöms på annat vis. – Också aktsamhetsbegreppet kan anses förändrat – bedömningen har blivit strängare. En välkänd orsak är försäkringens utbredning; i de allra flesta fall betalas ju skadeståndet av en ansvarsförsäkring (när inte det är staten som är ansvarig). Den allmänna inställningen till ersättning har förskjutits – framför allt, men inte enbart, vid personskada. Redan

[36] Man kan dock tänka sig skadestånd som upprättelse åt en sedan länge diskriminerad folkgrupp, låt vara att något sådant ännu inte blivit aktuellt i Sverige.

[37] Se 3 kap. 2 §. Om läget enligt äldre rätt se Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I (1976) s. 8 ff.

på 1940-talet talade Hjalmar Karlgren om en benägenhet hos domstolarna att ”fingera” culpa för att komma fram till skadeståndskyldighet i angelägna fall.[38] En sträng vållandebedömning är fortfarande regel; det är sällan ett skadeståndsrättsligt prejudikat utmynnar i att skadeståndstalan ogillas i brist på culpa. Utvecklingen går över huvud taget i riktning mot allt större generositet, och inte bara politikerna utan också domstolarna tvekar att stoppa den.[39]

En motsvarande förändring lär ha förekommit i allmänhetens inställning till skadeståndet. Försäkringsordningar som trafikförsäkringen, patientförsäkringen, trygghetsförsäkringen och läkemedelsförsäkringen har vant oss vid att det alltid finns någon som betalar; finns det ingen försäkring som svarar oberoende av skuld gäller det att finna någon försumlig person, eller ännu hellre ett företag, eller allra helst staten som kan bära ansvaret. Förhållandet får betydelse inte minst när massmedia uppmärksammar missförhållanden i det förflutna. Ett krav på att staten tar ansvaret är en naturlig reaktion; det är inte många ursäkter från det allmännas sida som kan accepteras av en upprörd opinion.

5. Ett belysande exempel på bedömning av skadegörande handlingar i äldre tid ger lagstiftningen av 1999 om *ersättning till steriliserade personer* – låt vara att det här inte var fråga om oaktsamhet eller inte, utan snarare om ett visst skadegörande handlande varit rättsenligt eller ej. Under vissa förhållanden kan sådana kroppsliga ingrepp ursäktas av tjänsteplikt eller den skadelidandes samtycke och därför frita från skadeståndsansvar.[40] Regeringsformen förbjuder numera påtvingade kroppsliga ingrepp (2 kap. 6), men steriliseringsåtgärderna var långtifrån alltid påtvingade i grundlagens mening,[41] och dessutom hör detta till de rättigheter för den enskilda som kan begränsas genom lag (2 kap. 12 §). Vid tidpunkten för åtgärderna ansågs ansvarsfrihet gälla också i vissa fall där inte den skadelidande lämnat personligt samtycke till ingreppet.[42]

[38] Se Skadeståndsläran (1943) bl.a. s. 117 ff.

[39] Här får man försiktigtvis reservera sig för vad den år 2006 tillträdda borgerliga regeringen har för planer för framtiden; under sin förra regeringsperiod, 1991–94, gjorde samma partier ett och annat försök att minska de skadelidandes möjlighet till skadestånd i vissa situationer. Se särskilt prop. 1991/92:LU 14 s. 13 f; NJA II 1992 s. 466 ff.

[40] Se Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt (2006) avsnitt 7.3 och 7.4; se även 3.1.2.

[41] Jfr SOU 1999:2 s. 122 ff.

[42] Se härom särskilt Bergendal i SvJT 1930 s. 113 ff., där han bl.a. argumenterade för att även samtycke av målsman för psykiskt rubbad person gjorde det rättsenligt att sterilisera

Direktiven till 1997 års steriliseringsutredning utgick från att de som steriliserats mot sin vilja eller på någon annans initiativ med stöd av de steriliseringslagar av 1934 och 1941 som gällde till och med 1975 skulle få en gottgörelse trots att det inte fanns någon formell skyldighet för staten att betala ersättning. Det skulle som utredningen uppfattade det vara en sorts upprättelse från statens sida för åtgärder och beslut i det förflutna som drabbat enskilda och som – med direktivens ord – ”vi idag tar starkt avstånd från”. Direktiven slog alltså från början fast de värderingar som skulle bli avgörande. Grunden för den avsedda ersättningen skulle vara att man inte kunde godta äldre rätt på området. Det lär dock knappast ha gällt de begränsade möjligheterna till skadestånd enligt dåvarande lag utan främst de nämnda steriliseringslagarna, som gjorde myndigheternas handlande rättsenligt.

Utredningen fann det inte som sin uppgift att närmare överväga skälen för och emot ersättning och om det var befogat att särbehandla steriliserade framför andra grupper av skadade.[43] Arbetet kom på detta vis att avse främst hur kretsen för ersättningsberättigade skulle närmare preciseras och vilka principer som skulle gälla när sådan ersättning skulle bestämmas. Utredningen redovisade till en början rättsläget vid den aktuella tiden, före och efter tillkomsten av 1972 års SkL samt enligt preskriptionslagstiftningen. Om steriliseringen utförts i enlighet med lagstiftningen saknades med all sannolikhet rättslig grund för ett ersättningsanspråk, men skedde den i strid med lagstiftningen var det inte helt uteslutet att ersättningsrätt funnits i något fall enligt då gällande skadeståndsrätt, fast den idag skulle ha varit preskriberad.[44] – I enlighet med direktiven föreslogs till en början ersättning till alla som inte själva ansökt eller samtyckt till åtgärden. Men dessutom ansågs många som formellt lämnat ansökan eller samtycke i själva verket ha steriliserats mot sin vilja; det gällde underåriga och omyndiga, de som steriliserats såsom intagna på institutioner och anstalter, andra som rubricerats som sinnessjuka, sinnesslöa eller epileptiker samt de som steriliserats som uttryckligt villkor för annat myndighetsbeslut. Dessa skulle få ersättning, liksom andra som gjort antagligt att sterilisering skett under otillbörlig påverkan eller på grund av försum-

denne, oavsett den föreslagna steriliseringslagstiftningen. Liknande mening av Karl Schlüter i SvJT 1930 s. 139 ff. Se däremot Lindstedt i SvJT 1930 s. 152 ff.

[43] SOU 1999:2 s. 56.

[44] SOU 1999:2 s. 117, jfr s. 85.

lighet av en myndighet.[45] Ersättningen skulle bestämmas schablonmässigt och bestå dels i invaliditetsersättning, dels i ersättning för lidande eller kränkning – alltså för ideell skada.

I ett särskilt yttrande påtalades att ersättning skulle utgå också vid steriliseringar som varit medicinskt motiverade och ibland nödvändiga t.o.m. med dagens synsätt och att samma ersättning skulle utgå oavsett den steriliserades ålder; även om ersättning kunde godtas i den aktuella situationen borde utredningens resonemang inte åberopas i andra liknande fall. I ett annat särskilt yttrande framhölls att av praktiska och etiska skäl ersättning borde utgå oavsett vad som av materialet framgick om tvång eller frivillighet – alltså utan något beviskrav på den enskilde.[46]

Propositionen följde i väsentliga delar utredningsförslaget. Det betonades att det var ett mycket svagt beviskrav som skulle uppställas när någon påstår att han eller hon utsatts för påverkan att gå med på sterilisering.[47] – Enligt regeringen kunde, med hänsyn till det betydande avsteg från allmänna skadeståndsregler som förslaget innehöll, detta inte åberopas av andra grupper som kunde komma att rikta skadeståndskrav mot staten.[48] Lagrådet hade dock för sin del framhållit att det inte kunde undgås att när andra grupper anser sig på liknande sätt illa behandlade av myndigheterna förslaget skulle få viss prejudicerande effekt.[49]

Av intresse är alltså att det gällde tillämpning av skadeståndsrättsliga regler också på vissa handlingar som med dåtida och delvis även nutida synsätt kunde anses fullt försvarliga eller rentav påkallade av humanitära skäl – t.ex. för att utslitna hustrur skulle undgå fortsatta graviditeter eller ett barn skulle slippa växa upp i en hopplös familjesituation. Det har gällt ett svårt val mellan två onda ting. Vid misstag i ett sådant läge visar man idag tolerans inom skadeståndsrätten: det allmänna åläggs sällan ansvar, den enskilde funktionären praktiskt taget aldrig (jfr 4 kap. 1 § skadeståndslagen).[50]

Den nya lagens ståndpunkt innebar emellertid att ersättning som huvudregel skulle utgå i sådana fall, exempelvis när samtycke gavs i samband med aborter och förlossningar, som villkor exempelvis för giftermål,

[45] SOU 1999:2 s. 122 ff.
[46] Se de särskilda yttrandena SOU 1999:2 s. 181 ff.
[47] Prop. 1998/99:71 s. 20.
[48] Prop. 1998/99:71 s. 9.
[49] Prop. 1998/99:71 s. 61. Lagrådet betonade här principen att lika skall behandlas lika.
[50] Se t.ex. Bengtsson-Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar (2 uppl. 2006) s. 96, Hellner-Radetzki, a.a. s. 264 och – beträffande funktionärens ansvar – avsnitt 15.5.3.

eller på grund av påverkan från närstående (såvida myndigheten känt till denna påverkan). Man räknade med att ersättning skulle betalas i många fall då sterilisering även med vår nuvarande inställning skulle ha ansetts försvarlig. Det skulle i praktiken räcka med ett någorlunda trovärdigt påstående från den skadelidandes sida för att ersättning skulle utgå.[51] Delvis har den vittgående ersättningsskyldigheten motiverats av praktiska skäl – det gällde att utan komplikationer konstatera att de åldriga personer som kunde komma i fråga var berättigade till ersättning och snabbt ge dem betalt. Men det står också klart att man medvetet bortsåg från äldre värderingar som på grund av senare erfarenheter (främst naturligtvis från nazitiden) ansetts oacceptabla.

Här kan nämnas att i någon mån likartade frågor om rättsstridighet berördes av Säkerhetskommissionen särskilt i dess huvudbetänkande (SOU 2002:87), rörande vissa myndighetsåtgärder vidtagna mot misstänkta medborgare under tiden för det kalla kriget. Kommissionens resonemang präglas av motsättningen mellan å ena sidan den nuvarande inställningen till den personliga integriteten, å andra sidan de värderingar som framgår av äldre lagstiftning och präglat säkerhetsarbetet under kalla kriget; det är tydligt att de haft stöd av en allmän opinion som då funnit dem riktiga och rimliga. I betänkandet betonade kommissionen i många sammanhang att när nationella säkerhetsintressen stått på spel resultatet i ett vidare perspektiv blivit fel. Effektivitetssynpunkter har fått gå före det integritetsskydd som lagstiftningen tillförsäkrat medborgarna.[52] Att de hotbilder man arbetat med stämt med rådande tidsstämningar medförde inte att överträdelserna kunde tolereras.[53] Det innebar alltså en omvärdering av tidigare myndighetspraxis, om också inte av dåvarande lagstiftning. Även här kan rättsstridighetsbegreppet anses förskjutet.

I betänkandet föreslogs visserligen inte några ersättningsbetalningar till de kränkta, men kommissionen måste ha räknat med att de skulle kunna användas för att motivera något sådant. I vad mån detta skett känner jag inte till.

6. Som framgår är bedömarens situation vid utredningar av denna typ annorlunda än vid dömande verksamhet (eller lagstiftning). Till en början får bedömningen inte samma rättsverkningar som ett prejudikat,

[51] Se om det sagda särskilt SOU 1999:2 s. 136 f., prop. 1998/99:71 s. 19 ff.
[52] Se SOU 2002:87 t.ex. s. 384 f.
[53] Se SOU 2002:87 t.ex. s. 618 f.

inte heller som ordinär lagstiftning. Den tar sikte på en alldeles bestämd situation och behöver inte följas i fortsättningen. Emellertid får man som Lagrådet framhållit räkna med att den kan åberopas – om också inte som prejudikat så dock som mönster – i andra jämförbara situationer. Det händer att illa behandlade grupper framställer krav på liknande upprättelse som de steriliserade, under hänvisning bl.a. till att myndigheternas åtgärder byggt på en föråldrad rättsuppfattning. Bl.a. har en sådan diskussion förts om barn som tvångsvis omhändertagits i olämpliga fosterhem, om personer utsatta för lobotomi och om myndigheternas tidigare behandling av romer. Med tiden kan liknande frågor komma upp beträffande t.ex. behandlingen av misstänkta terrorister. Då kan det uppkomma samma konflikt som i steriliseringsfallen. Nya värderingar kan åberopas till stöd för en omprövning av äldre rättsprinciper. Regeringen har som sagt velat undvika att steriliseringslagstiftningen skulle få någon sorts prejudikatsverkan, men frågan är om man kan upprätthålla den ståndpunkten i praktiken.

Det är vidare tydligt att vid ex gratia-ersättning alla möjliga faktorer kan påverka bedömningen av handlande i det förflutna, framför allt politiska hänsyn. Juristen kan inte räkna med att hans prövning skall utan vidare godtas; han får beakta den ram som uppdraget ger honom och på detta utrymme göra det bästa av situationen. Det är svårt att tala om riktiga eller felaktiga rättsliga bedömningar i detta läge – snarare är det fråga om vad som är någorlunda rimligt från juridisk synpunkt. Även när politiska instanser bestämt att dagens värderingar skulle vara avgörande får juristen, om han vill medverka i en utredning under sådana förutsättningar, försöka hålla på huvudprincipen att varje handlande skall bedömas efter förhållandena då den företogs; avvikelser från principen bör kunna ske just på grund av statsmakternas välvilja, inte på juridiska grunder. Den som handlat inte bara juridiskt korrekt utan också i bästa välmening är också berättigad till en rättvis bedömning, även om den inte bör gå ut över de skadelidande.[54]

Vid en juridisk prövning kommer alltså *rättsstridighetsfrågan* i förgrunden, om också i en speciell utformning. Skall man trots dåvarande rättsuppfattning anse handlingen skadeståndsgrundande (bortsett från att skadeståndet är preskriberat) bör det rimligen vara fråga om ett så

[54] Vid steriliseringsbesluten lär inte många beslutsfattare ha varit vid liv vid utredningen, men i den mån deras handlande stämplats som oförsvarliga går det i vart fall ut över deras eftermäle.

klart avsteg från nuvarande normer att konsekvenserna omöjligen kan accepteras. Såvitt angår sterilisering lär detta ha varit fallet när åtgärden skett utan samtycke eller beträffande omyndiga eller underåriga, kanske också beträffande vissa intagna på anstalt; i övrigt är det tvivelaktigt om myndigheternas handlande skulle bedömas som helt oförsvarligt ens enligt dagens normer.

7. Ännu en variant kan nämnas för jämförelse: verkan av *misstag* – inte övergrepp – från myndigheter i det förflutna som eventuell grund för ex gratia-ersättning. Också i sådana fall kan politikernas och massmedias inställning leda till att frågor om ersättning och upprättelse kommer upp. Vid utredningar i detta sammanhang blir det emellertid i regel fråga om en vållandebedömning av vanlig typ – inte någon diskussion om vad som idag kan anses som rättsstridigt. Frågan blir snarare vilka ursäkter som kan beaktas när det gäller tidigare brister i myndigheternas verksamhet. Även detta kan påverkas av en förskjutning i värderingarna (jfr 4 ovan).

Ett exempel på en sådan bedömning ger justitiekanslerns neurosedynutredning av 2003, som gällde frågan om fel begicks vid läkemedelskontrollen på 1950- och 1960-talen och de neurosedynskadade därför skulle varit berättigade till ytterligare skadestånd (utöver vad de fått genom en förlikning med läkemedelstillverkaren). Detta var alltså innan nuvarande skadeståndslag trätt i kraft, med dess skärpta inställning till fel vid myndighetsutövning; staten kunde dock ändå tänkas bli ansvarig för vållande hos anställda (i vart fall i överordnad ställning), eftersom det gällde personskada. – Bedömningen vid utredningen låg till grund för ett senare regeringsbeslut om ersättning ex gratia till de skadelidande.

I JK:s utlåtande framhölls bl.a. att såvitt framkommit i ärendet visst material som rörde risker med läkemedlet varit okänt och att någon oaktsamhet inte kunde anses förekomma i detta hänseende. Förfarandet vid godkännandet var helt i enlighet med etablerad praxis, och tillräckliga skäl fanns inte att agera annorlunda. Det var svårt att konstatera sådana brister i dåvarande kontrollorganisation som framstod som mera anmärkningsvärda med hänsyn till dåvarande erfarenheter och kontrollmöjligheter. Inga fel eller försummelser kunde läggas myndigheterna till last.[55] Viss tveksamhet förelåg angående Medicinalstyrelsens underlåtenhet att

[55] Se om det sagda JK:s utlåtande 30 april 2003 s. 15 f. (Det kan nämnas att – som framgår av utlåtandet – jag själv medverkade vid JK:s utredning och delade JK:s bedömning.)

varna allmänheten sedan skadeverkningar konstaterats, men det gällde en besvärlig avvägningsfråga. En domstol kunde *då* ha kommit fram till att förfarandet inte var det lämpligaste,[56] men trots de starka sociala och humanitära skäl som kunnat åberopas för en rätt till skadestånd ansåg JK att domstolen inte skulle ha konstaterat skadestånd för det allmänna enligt dåvarande regler (före SkL:s tillkomst), i vart fall inte på grund av läkemedlets registrering och sannolikt inte heller på grund av underlåtna varningar.[57] – Det ansågs vidare oklart om skadeståndsansvar *idag* skulle konstaterats enligt 3 kap. 2 § SkL, bl.a. då en domstol knappast kunde bortse från att kunskapsläget vid tiden för handlandet var ett helt annat än nu. Underlåtenheten att varna kunde dock eventuellt innebära en skadeståndsgrundande försummelse. För ex gratia-ersättning talade enligt JK att det gällde exceptionellt ömmande fall där staten såtillvida varit inblandad som den offentliga läkemedelskontrollen visade sig otillräcklig; mot ersättning kunde å andra sidan invändas att även jämförliga starkt ömmande fall förekom vid skada av annan orsak.[58] – Resultatet blev ett förslag om skattefri ersättning med 250 000 kr för var och en av de levande neurosedynskadade. Regeringen följde i huvudsak förslaget, fast ersättningen fördubblades – 500 000 kr skulle utgå till varje skadad.

JK har alltså gjort bedömningen med hänsyn till förhållandena vid det skadegörande handlandet och dåvarande rättsläge; det är den naturliga utgångspunkten också när det gäller det allmännas skadeståndsansvar. Det kan påpekas att skadorna uppkommit bara 40–50 år före utredningen, och att man då redan kunde konstatera den skärpning av culpabedömningen som nyss berördes. Kanske har kraven på myndigheterna ytterligare skärpts på senare tid; man får ställa särskilda krav på deras omsorg och hänsyn till enskilda och bedöma brister i olika avseenden utifrån dagens värderingar. Men i ärendet var det knappast fråga om den typen av vållande; det gällde främst misstag på grund av otillräcklig

[56] Se utlåtandet s. 18.

[57] Det framhölls också att ett skadestånd sannolikt skulle varit preskriberat, vilket dock inte skulle åberopas av staten. Se utlåtandet s. 21.

[58] Angående ersättning ex gratia gjordes en jämförelse med steriliseringsfrågans behandling, där det dock gällde medvetet tillfogade skador och de skadelidande inte fått kompensation från annat håll; skadorna var också av en enhetlig typ. Gick man ifrån kravet på juridiskt ansvar kunde även andra grupper som drabbats av missbildningar och andra svåra fosterskador göra gällande krav på kompensation. Vidare jämfördes med ersättning till blödarsjuka (SOU 1993:61), där ex gratia-ersättning utgick. Se utlåtandet s. 20 ff.

kunskap, och då kan man naturligtvis inte bortse från vad som var känt vid den aktuella tiden. Här spelar ändrade värderingar en underordnad roll. JK kan inte sägas ha tagit avstånd från den äldre lagstiftningen angående det allmännas ansvar; han har bara konstaterat skillnaden. – När man sedan kommer till frågan om ex gratia-ersättning har JK däremot beaktat också nuvarande regler; de kunde motivera att skadestånd utgår av billighetsskäl.

Det kan framhållas att regeringen, trots att skadeståndsansvar i flertalet fall knappast kunde antas föreligga ens enligt dagens regler, beslöt en förhållandevis generös ersättning på sådana grunder. Humanitära synpunkter bör här ha spelat en väsentlig roll, men också hänsyn till allmänhetens reaktioner. Den upprörda debatten efter neurosedynkatastrofen var inte glömd.

Också i detta fall får man räkna med att liknande problem kan uppstå vid utredningar i framtiden. Brister i myndighetskontroll av olika slag kan få återverkningar som visar sig först i en ganska avlägsen framtid; även om det hittills främst gällt skadliga läkemedel[59] kan man tänka sig att exempelvis försummad byggnads- eller miljökontroll leder till en rad skador som upptäcks först när ett skadeståndsanspråk är preskriberat eller av andra skäl inte kan leda till framgång enligt gällande rätt. Och, som sagt: några rättssäkerhetsargument går knappast att åberopa när det gäller statens ansvar. Det kan leda till att frågor om skadestånd ex gratia kan tas upp på liknande sätt som i neurosedynfallet.

8. Här har berörts två skilda problem som dock har det gemensamt att ändrade värderingar kan tänkas påverka den juridiska bedömningen. De rättsteoretiska aspekterna har jag som sagt inte kunnat ta upp. Också från praktisk synpunkt är emellertid läget ganska svårt att överblicka. Såvitt materialet visar är huvudregeln att domstolar och myndigheter anlägger ett historiskt synsätt vid sina bedömningar även sedan värderingarna ändrats; undantag kan bara förekomma i ganska speciella situationer. Problemet får emellertid en annan karaktär när det gäller ex gratia-ersättning. En anledning är att det då får mindre omvälvande konsekvenser att äldre rättsregler underkänns, men framför allt kommer politiska synpunkter att inverka på ett sätt som saknar motsvarighet vid ordinär rättstillämpning. Här får inte domstolar utan regering och riksdag sista ordet, och då är

[59] Se här också SOU 1993:61.

det naturligt att en moraliserande hållning hos massmedia och allmänhet spelar en viktig roll för prövningen – kombinerad med en självklar medkänsla för hårt drabbade enskilda personer. Ståndpunkten kan förstås kritiseras på juridiska grunder, men detta påverkar knappast utgången i större utsträckning. De retroaktiva värderingarna kommer att spela en avgörande roll för bedömningen.

Lars Björne

Nordiska läroböcker i rättshistoria

”Svensk rättshistoria” (1980; 4. uppl. 1997) torde vara Göran Ingers mest kända och använda arbete. Boken bygger på en tidigare, preliminär, tvådelad lärobok, som författaren skrivit tillsammans med sin företrädare i professuren i rättshistoria i Uppsala Gösta Hasselberg (1909–1979). Hasselberg hade behandlat den ’yttre’ rättshistorien, dvs. rättskällornas utveckling; efter hans död tog Inger över även denna del av framställningen, så att boken utgör en helhet med både ’inre’ och ’yttre’ rättshistoria.[1]

I denna uppsats ämnar jag placera in Göran Ingers framställning i den nordiska lärobokstradition som började redan under förra delen av 1800-talet. Min avsikt är att först ge en bibliografisk översikt över främst tryckta arbeten, medan stencilerade kompendier o.likn. endast nämns i de undantagsfall, då tryckta arbeten saknas.[2] Framställningen är inte uttömmande. Jag behandlar inte alla rättshistoriska översiktsarbeten, utan endast framställningar skrivna av akademiska lärare. Dessutom bör dessa arbeten uttryckligen ha betecknats som läroböcker, föreläsningar osv., dvs. de bör vara skrivna för undervisningens behov. Efter den bibliografiska översikten dryftar jag kort vissa temata som periodisering, källkritik och tendenser. Framställningen förs fram till år 1980, då den första upplagan av Ingers arbete utkom.

Själva undervisningsämnet rättshistoria är förhållandevis nytt, och det ingick i det utvidgade undervisningsutbud, som var en följd av övergången till det humboldtianska bildningsuniversitetsidealet i början av 1800-talet.

[1] *Inger, Göran,* Svensk rättshistoria, Lund 1980, förord.

[2] Denna litteraturhistoriska översikt bygger i huvudsak på mitt arbete Den nordiska rättsvetenskapens historia, II. Brytningstiden. 1815–1870 (1998), III. Den konstruktiva riktningen. 1871–1910 (2002) och IV. Realism och skandinavisk realism. 1911–1950 (2007; i tryck).

Föregångaren till den historiska skolan Gustav Hugo (1764–1844) kan ses som grundläggaren av studieämnet rättshistoria med en egen profil och en självständig betydelse. Hugo delade upp hela rättsvetenskapen i tre huvudgrenar, rättsdogmatik, rättsfilosofi och rättshistoria, som alla hade sin egen uppgift. Rättshistoriens uppgift var att visa, hur den nu gällande rätten hade uppstått; i motsats till sina efterträdare i den historiska skolan tillmätte dock Hugo rättshistorien självständigt värde, och han ansåg den inte endast vara ett hjälpmedel för förståelsen av gällande rätt. Hugo skrev även den första 'moderna' läroboken i rättshistoria, "Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts" (1790). Han tog också i bruk den ovan nämnda indelningen i 'yttre' och 'inre' rättshistoria; den senare behandlar olika rättsområdens såsom civil-, straff- och processrättens samt olika rättsinstituts, t.ex. köpeavtalets och äktenskapets historia.

Bildningsuniversitetsidealet inklusive Hugos nytänkande på rättshistoriens område inverkade tämligen snabbt på undervisningen i de juridiska fakulteterna i Norden. I den danska förordningen om ämbetsexamina av år 1821 nämndes för första gången rättshistoria som ett självständigt examensämne vid sidan av romersk rätt, och den första nordiska läroboken i rättshistoria utkom i Danmark. Janus Laurits Andreas Kolderup-Rosenvinges (1792–1850) "Grundrids af den danske Lovhistorie. Til Brug ved Forelæsninger, I–II" (1822–1823; 2. Udg. 1832 med titeln "Grundrids af den danske Retshistorie"; 3. Udg. 1860) var den mest betydande av författarens läroböcker. "Lovhistorie" utkom också i tysk översättning i Berlin år 1825. Redan i verkets första upplaga hade Kolderup-Rosenvinge påpekat, att den tyska benämningen "Rechtsgeschichte" egentligen var mera passande än den danska "Lovhistorie", och förändringen i den andra upplagan av rubrikens "Lovhistorie" til "Retshistorie" visar, att Kolderup-Rosenvinges rättshistoria kom ut vid en tid, då rättshistorisk forskning och undervisning utvecklades kraftigt. Kolderup-Rosenvinges "Lovhistorie" har av den danske rättshistorikern Frantz Dahl betecknats som den första sammanhängande framställningen av dansk rättshistoria. Kolderup-Rosenvinge använde redan i "Lovhistorie" Hugos indelning i yttre och inre rättshistoria och behandlade båda delarna i den danska utvecklingen. Kolderup-Rosenvinges lärobok blev under 1800-talet normgivande för senare danska framställningar. Johannes Ephraim Larsens (1799–1856) åren 1853–1855 hållna "Forelæsninger over den danske Retshistorie, sluttende sig til K. Rosenvinges danske Retshistorie, 2den Udgave, som Grundlag" (tryckt i Larsens "Samlede Skrifter I,1", s. 237–550; även i separat utgåva 1861) är redan enligt rubriken en kommentar

till föregångarens lärobok, detta trots att Larsen själv var en aktad rättshistoriker, som bedrivit omfattande forskningar.

Under den första tidens livaktiga lagstiftningsarbete i Norge efter år 1814 fanns det föga intresse för rättshistoriska framställningar. Fredrik Brandt (1825–1891) gav ut sina fullständiga föreläsningar i ämnet och därmed den första läroboken i norsk rättshistoria först på 1880-talet, men han hade redan tidigare publicerat rättshistoriska texter. Ett av hans första rättshistoriska arbeten var ”Grundrids af den norske Retshistorie til Brug ved Forelæsninger, 1ste Afsnit” (1853; 31 s.), som trots det obetydliga omfånget var betydligt fylligare än de tyska förebildernas rubrikkataloger; skriften behandlade ”Retskildernes Historie”. Rubriken visar, att Brandt hade tagit steget från ’lovhistorie’ till ’retshistorie’. Brandts digra ”Forelæsninger over den norske Retshistorie, I–II” (1880–1883) på närmare 800 sidor var frukten av årtiondens rättshistoriska undervisning och forskning och den första läroboken i norsk rättshistoria. Den första delen omfattade en kort ’yttre’ rättshistoria om rättskällorna fram till Norske Lov (1687), samt avsnitten ”De personretlige Forhold” och ”De formueretlige Forhold”, den andra delen bestod av avsnitten ”Forbrydelse og Straf” samt ”Rettergangen”.

Medan det rättshistoriska intresset vid universiteten i Sverige länge i första hand kom till uttryck i mer eller mindre välgjorda inledningar till rättsdogmatiska dissertationer, blev Riksarkivet för en tid centrum för forskningen i svensk rättshistoria: Hans Järtas (1774–1847) och Johan Posses (1815–1865) framställningar var översikter men dock inga läroböcker. Först Knut Olivecronas (1817–1905) på 1860-talet hektograferade ”Föreläsningar uti Sveriges Yttre Rätts-historia” var den första och länge enda framställningen av de svenska rättskällornas historia för undervisningens behov.

Den första läroboken i finsk rättshistoria lät vänta på sig till 1800-talets sista decennium. I Finland hade man i motsats till norrmännen inget storslaget förflutet att ty sig till, och författaren och historikern Zacharias Topelius (1818–1898) väckte på 1840-talet en stormig debatt, då han i ett föredrag ”Äger finska folket en historie” besvarade rubrikens fråga nekande och påstod, att Finlands historia hade börjat först år 1809, då landet blivit ett ryskt storfurstendöme med begränsad autonomi.[3] Den första framställningen av Finlands rättshistoria, professorn i straffrätt och

[3] Se närmare *Mustelin, Olof,* Studier i finländsk historieforskning 1809–1865, Borgå 1957, s. 210 ff.

rättshistoria Jaakko Forsmans (1839–1899) lärobok ”Suomen lainsäädännön historia. Sen pääpiirteet. Edellinen osa” (Den finska lagstiftningens historia i huvuddrag. Förra delen; 1896) är i själva verket en svensk rättshistoria med insprängda kapitel om finska förhållanden; endast knappt en fjärdedel av texten behandlar rättsläget i Finland. Enligt sin uppgift i bokens förord förstod Forsman med termen ’lagstiftningens historia’ den s.k. yttre rättshistorien, medan han reserverade termen ’rättshistoria’ för det, som sedan Hugo har betecknats som inre rättshistoria. Forsman sade sig främst behandla Finlands yttre rättshistoria med korta översikter över domstolarnas verksamhet och rättsvetenskapen. Termen ’lagstiftningens historia’, ’laghistoria’, ’Lovhistorie’ var redan vid denna tid föråldrad. Beteckningen ”Förra delen” betydde att framställningen endast gick fram till år 1736; det är troligt, att Forsman aldrig ens planerade att skriva en fortsättning.

De första läroböckerna var i allmänhet i bruk i årtionden, och endast i Danmark fick man en ny framställning under 1800-talet. Henning Matzens (1840–1910) ”Forelæsninger over den danske Retshistorie” (1893–1897) är den sista fullständiga framställningen av ämnet i Danmark fram till slutet av 1900-talet. Verket, som kom att bestå av sammanlagt sex delar, inleddes av ”Offentlig Ret”, ”I.” (dvs. statsrätten; 1893), ”II. Proces” (1894) och ”III. Strafferet” (1895). Därpå följde ”Privatret”, ”I. Personret. Familieret. Arveret” (1895) och ”II. Tingsret. Obligationsret” (1896) för att avslutas med ”Indledning. Retskilder” (1897). Stora delar av Matzens framställning ersattes snart av den första versionen av det arbete, som skulle bli standardverket i dansk rättshistoria ända till långt in på senare delen av 1900-talet, Poul Johs. Jørgensens (1873–1947) ”Dansk Retshistorie”, som kom ut i fyra häften med titeln ”Forelæsninger over den danske Retshistorie” åren 1904–1908. Trots att Jørgensen redan i den första upplagans förord ställde i utsikt en heltäckande framställning av rättskällorna samt stats-, straff-, process- och privaträtten, kom verket aldrig att omfatta mera än det som redan ingick i den första upplagan, dvs. ”Retskilderne” och ”Statsretten” fram till Kongeloven och Danske Lov 1683. Den slutliga versionen ”Dansk Retshistorie” utkom år 1940 (6. udg. 1974).

Absalon Tarangers (1858–1930) ”Udsigt over den norske rets historie”, I–II,1 och IV (1898–1907; del IV utkom endast i ”kontratryk”) var ett arbete, som till omfånget bättre lämpade sig som lärobok av Brandts framställning. Arbetet användes i årtionden, och den första delen kom ut i en andra upplaga av Knut Robberstad (1899–1981) år 1935. Denna del

behandlade rättsbegreppets och rättskällornas historia, den andra delen innehöll statsrättens historia fram till år 1319 och den fjärde delen privaträttens historia uppdelad i fem avsnitt, nämligen personrätten, obligationsrätten, sakrätten, familjerätten samt arvs- och odalsrätten. Den första stencilerade versionen av Robberstads egen lärobok ”Rettssoga” kom ut i två delar med titeln ”Fyrelesningar um rettssoga i millomalder og nytid, I” (1943) och ”… II. Indre rettssoge” (1947). Robberstads lärobok trycktes först år 1971 med titeln ”Rettssoga, I”; någon fortsättning utkom aldrig.

Karl Gustaf Westmans (1876–1944) ”De svenska Rättskällornas historia. Föreläsningar” (1912) är den första moderna och dessutom överhuvudtaget den första tryckta läroboken i svensk rättshistoria. Westmans lärobok har haft en bestående betydelse genom 1900-talet, trots att man redan på 1940-talet ansåg framställningen vara i behov av revidering på grund av senare forskningsresultat.[4] Westmans framställning har i allmänhet utgjort stommen i senare författares läroböcker. Dessutom har betydande avsnitt av Westmans text ofta ordagrant funnit sin väg till senare framställningar, t.ex. Ragnar Hemmers finskspråkiga lärobok i finsk rättshistoria i början av 1960-talet (nedan). Även Gösta Hasselbergs kompendium byggde på Westmans text, vilket ännu märks i Ingers lärobok. Westmans lärobok dög dock tydligen inte för undervisningen i Lund, där Carl Gunnar Bergman (1881–1938) år 1918 gav ut ”Översikt av svensk rättsutveckling”, som var ett särtryck ur Isidor Flodströms arbete ”Sveriges folk”. Medan Westmans framställning var en ”yttre” rättshistoria, som behandlade rättskällornas utveckling, nöjde sig Bergman med en kort framställning av dessa; huvuddelen av arbetet redogjorde för privat-, straff- och processrättens historia. I övrigt nöjde man sig i Sverige med olika kompendier fram till mitten av 1900-talet.

Ragnar Hemmer (1891–1975) gav för undervisningen vid Helsingfors universitet åren 1946–1948 ut tre stencilerade kompendier i rättskällornas, straffrättens samt processrättens och utsökningsväsendets historia. Den tryckta läroboken ”Suomen oikeushistorian oppikirja, I” (Lärobok i Finlands rättshistoria, I) kom ut år 1950 och följdes åren 1960–1961 av delarna II–III om privaträttens historia. Den första delen av den tryckta läroboken bygger på kompendierna, och arbetet består av huvudavsnitten ’Rättskällornas historia’, ’Straffrättens historia’, ’Processrättens histo-

[4] *Almquist, Jan Eric,* Svensk juridisk litteraturhistoria, Stockholm 1956, s. 76.

ria' och 'Utsökningsväsendets historia'. Det är frågan om en tämligen ytlig översikt, som i huvudsak behandlar lagstadgandenas utveckling. Det första huvudavsnittet är som nämnt i hög grad beroende av Westmans "De svenska rättskällornas historia" från år 1912 både då det gäller periodiseringen, dispositionen och innehållet. Också i fråga om själva texten är beroendeförhållandet uppenbart, och t.ex. det första avsnittet i Hemmers framställning av de svenska rättskällorna före landslagens tid är en så gott som ordagrann översättning av Westmans motsvarande inledning.[5] Hemmer nämnde ofta, men långt ifrån alltid Westman, och han hade också för vana att mitt i ett längre översatt avsnitt förse en del av översättningen med citationstecken och därvid hänvisa till Westman.[6]

Rättshistoria har aldrig haft någon egen professur vid Islands universitet i Reykjavik. För undervisningens behov utkom endast ett stencilerat kompendium, Ólafur Lárussons "Yfirlit yfir íslenska rjettarsögu, 1.–2. h." (Översikt över isländsk rättshistoria; 1922–1924) med en betydligt utvidgad andra upplaga år 1932.

Ett gemensamt drag i samtliga nordiska framställningar fram till 1970-talet är att det rör sig om läroböcker i nationell rättshistoria. Undervisningen i romersk rätt och i det egna landets rättshistoria hölls helt isär utan någon som helst förbindelseled. Den europeiska utvecklingen förblev helt okänd, men även de nordiska grannländernas rätt lämnades utanför framställningen. Först på 1970-talet började man publicera läroböcker i europeisk rättshistoria. Den första framställningen var Stig Iuuls postumt utgivna "Forelæsninger over Hovedlinier i Europæisk Retsudvikling fra Romerretten til Nutiden" (1970). En svensk motsvarighet är Erik Anners' "Den europeiska rättens historia, 1–2. Några huvudlinjer" (1975–1980). Robberstads lärobok (1980) är en blandning av allmän och norsk rättshistoria, och den börjar med en framställning av antikens arkaiska rättsordningar. Fortfarande utkom dock även läroböcker i nationell rätt: Ditlev Tamms och Jens Ulf Jørgensens "Dansk Retshistorie i Hovedpunkter, I–II" (1971), vars andra del utgjorde den egentliga framställningen, då del I var en källsamling, kom ut i ny upplaga år 1975 med titeln "Dansk Retshistorie i Hovedpunkter fra Landskabslovene til Ørsted. II. Oversigt

[5] Se *Hemmer, Ragnar,* Suomen oikeushistorian oppikirja I, Helsinki 1950, s. 13; jfr *Westman, K. G.,* De svenska rättskällornas historia, Stockholm 1912, s. 1.

[6] Se t.ex. *Hemmer* (not 5), s. 20 f. och 34.

over retsudviklingen". I Sverige var Gerhard Hafström (1904–1985) en flitig producent av läroböcker. Han behandlade den yttre rättshistorien i "De svenska rättskällornas historia" (1964; 9. uppl. 1974) och delar av den inre rättshistorien i "Den svenska fastighetsrättens historia"(4. uppl. 1970) och "Den svenska familjerättens historia" (9. uppl. 1974).

Då det gällde den lämpliga periodiseringen i läroböcker i rättshistoria, var det första problemet att dra upp gränsen mellan rättshistoria och gällande rätt. Den första nordiska läroboken, Kolderup-Rosenvinges rättshistoria, indelades tidsmässigt i fem perioder: tiden fram till år 1020, 1020–1241, 1241–1522, 1522–1588 och 1588–1683. Denna periodisering hade framtida betydelse närmast därigenom, att gränsdragningen mellan rättshistoria och gällande rätt vid Danske Lovs ikraftträdande år 1683 följdes i både Matzens och P. J. Jørgensens arbeten, och den var alltså i bruk ända fram till mitten av 1900-talet. Medan Kolderup-Rosenvinges lösning kunde försvaras med att Danske Lov till största delen fortfarande var gällande rätt, blev gränsdragningen med tiden allt mera formell och lämnade en stor del av rättshistorien utanför framställningen. Ännu Tamms och J. U. Jørgensens lärobok representerade såtillvida en kompromiss som framställningen fördes fram till Ørsted, dvs. början av 1800-talet. Enligt bokens inledning kunde man lämpligen indela dansk rättsutveckling i fyra perioder: ca. 1200–1536, 1536–1683, 1683–1834 och tiden efter år 1834. Gränserna är dels offentligrättsliga, dels privaträttsliga: reformationen 1536, införandet av Danske Lov 1683 och grundandet av de rådgivande provinsialständerna (1831–)1834.

Brandts lärobok i norsk rättshistoria följde den traditionella danska modellen, och framställningen fördes fram till Norske Lovs ikraftträdande år 1687, med vilket rättshistorien enligt Brandt slutade. I ett avståndstagande från Brandts mekaniska tidsavgränsning av rättshistorien vid år 1687 påpekade Taranger, att då en stor del av både den offentliga rätten och privaträtten byggde på lagar från 1800-talet, så kunde man inte avsluta norsk rättshistoria vare sig vid år 1687 eller ens vid år 1814: "Dens grænse mod nutiden vil blive forskjellig for de forskjellige retsinstituters vedkommende."

Enligt Ólafur Lárusson kunde isländsk rättshistoria delas i tre perioder. Den första perioden, som kunde kallas 'fristatstiden', sträckte sig från bosättningens grundande till underkastelsen under Norges kung och införandet av lagboken Járnsiða. Den andra perioden, 'Jónsbókstiden', sträckte sig till år 1732. Den tredje perioden sträckte sig fram till gällande rätt och kunde kallas 'enväldestiden', då enväldet i betydande grad hade

påverkat landets rätt.[7] Gränsen mellan den sista perioden och gällande rätt var också enligt Ólafur Lárusson flytande.

Då Jaakko Forsman betecknade sin lärobok som 'förra delen' för att visa, att framställningen slutade vid ikraftträdandet av 1734 års lag, visar detta att man i Sverige och Finland inte var beredd att förlägga gränsen mellan rättshistoria och gällande rätt vid den senaste, men redan föråldrade kodifikationen. Forsman delade in Finlands rättshistoria i fem perioder: 1. Sedvanerättens tid fram till införandet av de svenska landskapslagarna; 2. Landskapslagarnas tid fram till stadfästandet av Kristoffers landslag år 1442; 3. Lands- och stadslagarnas tid till år 1736; 4. Perioden från år 1736 till år 1809, då Finland 'som en särskild stat förenades med det ryska riket' och 5. Tiden från år 1809, 'då Finland haft en självständig, skild lagstiftning'. Periodiseringen byggde främst på 'den allmänna lagens, dvs. civil-, straff- och processrättens utveckling', och Forsman betonade att indelningen skulle ha varit en annan, om man följt statslivets utveckling. Undantaget var den 'stora statliga förändringen' år 1809, eftersom Finland därigenom erhöll en självständig lagstiftning.

Förebilden för Forsmans periodisering är okänd, men indelningen torde ha varit allmänt accepterad, då även Westmans lärobok bygger på en likartad disposition. Också vid periodiseringen för undervisningens behov blev Westmans framställning normerande för senare arbeten. Westmans disposition inleddes med ett kort kapitel, ”Första Tidevarvet. Tiden före 1200-talets början”, varpå följde ”Andra Tidevarvet. Landskapslagarnas tid. Omkr. 1200–1350”, ”Tredje Tidevarvet. Landslagens tid. Omkr. 1350–1736” och ”Fjärde Tidevarvet. Rikslagens tid. 1736–nuvarande tid”. Denna formella, på lagstiftningens utveckling byggande indelning följdes både av Hemmer och ännu av Hafström; i Hafströms framställning behandlas dock utvecklingen efter 1809 i ett eget avslutande kapitel. Indelningen ledde till mycket långa tidsperioder, och den var även annars problematisk, t.ex. då 1600-talets omfattande utveckling inte noterades i dispositionen. Först Göran Inger tog i bruk en ny indelning, som även noterade de politiska förändringarna: ”Rättsutvecklingen i Sverige under medeltid”, ”… 1527–1734”, ”… 1734–1809”, ”… 1809–1920” och ”efter 1920”.

För de författare, som framställde såväl den yttre som den inre rättshistorien, begränsades frågan om lämplig disposition inte till periodise-

[7] *Ólafur Lárusson,* Yfirlit yfir íslenska rjettarsögu, Reykjavík 1932, s. 3.

ringen. Kolderup-Rosenvinge behandlade i den första upplagan av sin lärobok enligt den s.k. synkroniska metoden varje periods såväl yttre som inre rättshistoria som en avslutad helhet för att undvika ”skadelig Adsplittelse” och för att erhålla den fördelen, att ”Retssystemets forskjellige Dele i visse Tidsrum … gjensidigen oplyse hinanden”. I förordet sade sig författaren vara mera tveksam över det berättigade i att använda den gamla Institutionesordningen *personae-res-actiones* (personer-saker-käromål) som grundval för den inre rättshistoriens disposition, men han försvarade denna lösning med att det traditionella systemet ännu användes i framställningar av gällande rätt. På grund av erfarenheter från undervisningen och under intryck av kritik från tyskt håll meddelade Kolderup-Rosenvinge i förordet till den andra upplagan, att han i den inre rättshistorien hade gått över till en diakronisk metod, dvs. varje rättsområde behandlades skilt för sig från tidernas början fram till år 1683. Däremot bibehöll författaren Institutionesordningen i framställningen av den inre rättshistorien. I senare arbeten började man för framställningen av privaträtten i allt högre grad använda det av den historiska skolan förordade femdelade pandekträttssystemet: allmänna läror, sakrätt, obligationsrätt, familjerätt och arvsrätt, som strängt taget var en anakronistisk indelning av det äldre rättsstoffet. Henning Matzens lärobok representerar i detta avseende ett övergångsskede: inom ramen för den traditionella Institutionesordningen framställs pandekträttssystemets rättsområden.

Då det gäller eventuella tendenser i läroböcker måste jag nöja mig med ett par korta omnämnanden. Redan den ovan noterade begränsningen av framställningarna till att endast omfatta den nationella rättsutvecklingen kan ses som ett uttryck för en nationalistisk inställning. Bland tendenserna i 1800-talets nordiska rättshistoriska forskning har man i senare historiografisk forskning nämnt ett framhållande av receptionen av främmande, i synnerhet romersk rätt som en olycka eller ett förnekande av att en sådan reception överhuvudtaget skulle ha ägt rum. Det är ett intressant fenomen, att samtidigt som man betonade den romerska rättens och rättsvetenskapens betydelse som förebild för samtida rättsutveckling och doktrin, var inställningen betydligt negativare, då det gällde frågan om en redan skedd reception av romersk rätt. Denna tendens är dock inte särskilt framträdande i läroböcker, eller den kan anas endast indirekt, då man i många arbeten (t.ex. Brandt, Matzen) helt negligerar eller endast helt ytligt behandlar det utländska inflytandet. Ännu för Westman var receptionen av romersk rätt fortfarande en ’fara’ och ett ’hot’, som man dock enligt honom hade undgått genom den svenska

rättens 'stora motståndskraft'.[8] Westman riktade dock uppmärksamheten på den romerskrättsliga doktrinens betydelse i de högre domstolarnas praxis på 1600-talet men konstaterade, att graden av detta inflytande var en fråga, "som ej är på ett tillfredsställande sätt utredd".[9]

De här noterade nordiska läroböckerna i rättshistoria ger genomgående uttryck för en försiktig och konservativ inställning. Nya forskningsrön och kontroversiella teorier nämns inte, och det är uppenbart, att arbetena är avsedda för en målgrupp utan större intresse för rättshistoriens uppgifter och metod. Den blivande juristen skulle förses med en nödtorftig portion rättshistorisk kunskap som en del av den juridiska allmänbildningen. Detta är särskilt uppenbart, då det är fråga om 1900-talets läroböcker, medan de äldre framställningarna var både mera omfattande och förutsatte bättre historiska kunskaper hos läsaren. En liknande inställning kom att prägla undervisningen i det närbesläktade ämnet romersk rätt: de ingående äldre framställningarna av den romerska rättsdogmatiken ersattes med allt allmännare översikter, som dock också behandlade romersk rättshistoria. Redan i början av 1900-talet måste man erkänna det faktum att juris studerandena inte kunde tillgodogöra sig ens korta och enkla texter på latin.

Hur kan man då placera in Göran Ingers "Svensk rättshistoria" i den nordiska traditionen. Göran Inger var en gedigen och omsorgsfull rättshistoriker, men han tillhörde "en äldre skola, vilken han för övrigt också klart markerade att han ville tillhöra".[10] Även "Svensk rättshistoria" är en blandning av gammalt och nytt. Boken behandlar på traditionellt sätt nationell rättshistoria, och hänvisningar till utländsk rätt förekommer främst i de inledande avsnitt som försetts med rubriken "Faktorer som påverkade rättsutvecklingen". Dessa avsnitt innehåller även korta översikter över den allmänhistoriska utvecklingen för att ersätta den bristande skolundervisningen i historia. Moderna drag är för det första att framställningen inte har begränsats till de traditionella rättsområdena privat-, straff- och processrätt, utan författaren behandlar även den offentliga rättens utveckling och nyare rättsområden som social-, arbets- och försäkringsrätten. För det

[8] *Westman* (not 5), s. 50.

[9] Westman (not 5), s. 52

[10] Modéer, Kjell Å, Göran Inger och Lund, Från Schlyters lustgård. Rättshistoriska uppsatser, 5:2006, Lund 2006, s. 3–8; här s. 8.

andra har tyngdpunkten i framställningen förskjutits i riktning mot vår tid. Medan t.ex. i Hafströms ”De svenska rättskällornas historia” mindre än en femtedel av sidantalet ägnas åt tiden efter år 1809, behandlar omkring hälften (s. 164–306) av Ingers framställning denna tid, och över en sjättedel av boken ägnas den svenska rättsutvecklingen efter år 1920.

Åke Frändberg

Orestiens rättssyn

1.

Aiskylos (525–456 f.v.t.), den äldste av de tre stora grekiska tragöderna, har till eftervärlden lämnat den enda bevarade trilogin från antik tid, *Orestien.* Detta mäktiga ålderdomsverk framfördes på Dionysosteatern i Aten år 458 f.v.t., under Atens kulturella, politiska och ekonomiska storhetstid i perioden mellan perserkrigen och det förödande peloponnesiska kriget.

Orestien har med rätta prisats som ett av världslitteraturens allra yppersta dramatiska verk och har som bekant inspirerat åtskilliga sentida författare till variationer på dess tema (Shakespeare, Voltaire, Goethe, O'Neill, Sartre, Gerhart Hauptmann m.fl.). De tragedier som tillsammans utgör trilogin – *Agamemnon*, *Gravoffret* och *Eumeniderna* – är genom den obönhörliga konsekvensen inom verket i dess helhet och genom den dramatiska stegringen från den ena tragedin till den nästa sammanfogade till en enhet – Ivar Harrie betecknar den som "skolexemplet på en treenighet av tragedier" (*Det antika dramat*, 1958, s. 40).

Orestien är ett drama om en släktförbannelses ohyggliga konsekvenser. Bakgrunden, släktförbannelsens uppkomst, utgör ej del av *Orestiens* innehåll – den blott omnämns där (och publiken var redan väl förtrogen med denna). Kung Atreus i Argos grips av vrede mot sin bror, Tyestes, då denne förfört hans hustru. I sitt vredesmod inbjuder han sin bror till en makaber måltid. Han har mördat Tyestes' alla söner – utom en – och måltiden består av sönernas kött. När sedan sanningen uppdagas för den olycklige Tyestes utstöter han en förbannelse över sin ätt, en förbannelse som också, och framför allt, drabbar framtida släktled.

Det närmaste släktledet utgörs i första hand av Atreus' båda söner, Menelaos och Agamemnon, samt Tyestes' son Aigistos, den son som undgick att bli mördad av sin farbror. Dessa drabbas nu, på något olika sätt,

av Tyestes' släktförbannelse. Menelaos' maka, den sköna Helena, blir, slagen av Afrodite, förd av sin älskare Paris till Troja, vilket utlöser det trojanska kriget. De båda atreussönerna rustar för krig. Nu trampar emellertid Agamemnon i klaveret. Han kränker gudinnan Artemis genom att fälla en av hennes hjortar. Gudinnans hämnd blir inte nådig. Den allierade grekiska flottan hindras av stiltje att avgå till Troja och någon förlig vind kommer inte att svepa förrän Agamemnon offrat sin egen dotter, Ifigenia. Under outsägliga kval utför Agamemnon denna bestialiska handling och gudarna släpper vindarna fria. Efter tio års krig återvänder Agamemnon hem som segrare. Under hans frånvaro har hans maka, Klytaimestra (Helenas syster), inlett en kärleksförbindelse med Agamemnons kusin – ingen mindre än Tyestes' kvarlevande son, Aigistos. *Orestiens* första del – *Agamemnon* – tar sin början.

Aiskylos var dramatiker, inte filosof, men *Orestien* kan med fog betraktas som ett idédrama. Gestaltningen av de tragiska sambanden mellan människor till döden drabbade av släktförbannelsens obönhörliga konsekvenser bygger på sagostoff från grekisk bronsålder 700 år före Aiskylos' tid (ehuru kanske inte helt utan verklighetsunderlag, se Bettany Hughes, *Sköna Helena*, 2006) och på den gamla, nedärvda gudaläran. Men i dialogen mellan dramats aktörer, människor såväl som gudar, framträder klart ett idémässigt innehåll. *Orestien* skildrar inte bara en kamp mellan människor inbördes, mellan människor och gudar och mellan gudar och gudar. Den skildrar också en kamp mellan idéer. I dramats form försiggår en idédiskussion, och denna är av största intresse från rättsteoretisk synpunkt. Här artikuleras, mer eller mindre pregnant, och bryts mot varandra urgamla, inrotade rättsföreställningar och senare, med uppfattningen av staten, inte ätten, som rättens garant förbundna idéer. Med Harries ord (a.a.s. 46): "Fallet Orestes förvandlas till en rättssak med Erinnyerna som åklagare och Apollon som försvarare. Rättssamhället har uppstått."

Samtliga citerade Aiskylos-översättningar är utförda av Emil Zilliacus.

2.

Scenen är den öppna platsen framför atridernas kungaborg i Argos. När *Agamemnon* börjar är det natt. En väktare vilar på palatsets tak. Han spanar efter den eldsignal som skall förkunna Trojas fall. Och just denna natt flammar ett bål upp vid synranden. Fylld av lycka rusar han iväg för att

delge drottningen glädjebudet. Men över hans glädje kastar eftertanken en mörk skugga. Redan antyds onda anslag. Spelöppningen kunde ha varit Shakespeares.

> Men tyst, ej mer: min tunga är förseglad.
> Om kungaborgens väggar kunde tala …
> För dem som veta har mitt ord en mening,
> för andra är jag minnesslö och stum.

Kören, bestående av gamla män från Argos, gör sin entré. Körledarens växelsång med kören skildrar i mäktiga strofer och motstrofer det trojanska fälttåget, offrandet av Ifigenia och Trojas fall. Mitt i alltihopa kommer en hyllning till Zeus som rättens upphovsman och beskyddare.

> Vishets väg har han visat oss.
> Stiftar lagens stränga bud:
> lida för att lära.
> Natten ger ej hjärtat ro.
> Ständigt blöder minnets sår,
> tvingar till besinning.
> Nådig men hård den gudomliga hand
> som gripit världens roder.

För en stund visar sig Klytaimestra vid borgens dörr. Hon delger kören väktarens glädjebud. Denna vill till en början inte tro henne men övertygas slutligen. Den brister ut i glädjehymner. Zeus har straffat Paris för hans kränkning av gästrätten. Ånyo understryks rättens gudomliga ursprung, Aiskylos tar starkt avstånd från tanken om gudarnas likgiltighet för mänskliga ting:

> Zeus slog till –
> de slagna kunna vittna.
> Man spåren ser
> av gudens hand och vilja.
> Vad rör det himlens höga ätt
> – så har det sagts – om jordens män
> de helga tingen trampa ned.
> Ett hädiskt tal!
> Se, domen drabbar dock till slut
> den släkt som vågar gudlöst dåd,
> det hus som stolt i blomning står
> och prålar överhövan.
> –––

Guld av hopade skatter
kan ej värja och värna
den som rusig av övermod
Rättens altare störtar.

Rättens krav på hämnd är obönhörligt men hämndens pris – kriget – är ohyggligt. Detta människans predikament är för Aiskylos genuint tragiskt.

Sådana kval
gästa härden i huset,
och mycket grymmare därtill.
I vart och ett av landets hem, vars herre rustad drog åstad
med Hellas' skaror
bort från fädernejorden,
sorgen är härskare nu –
ty många tunga tankars tagg
ger hjärtat sår
som aldrig mera gro igen.
Trogen hågkomst bevarar
den som dragit i fjärran.
Men vad är det som kommer hem?
Aska blott och en rustning.

Men hämndens tragik går än djupare. Den kan slå ned på hämnaren själv.

Så viskas det i lönndom,
och dov förbittring smyger
omkring mot Atreus' söner
och deras hämndetåg.

Och i motstrofen uttrycks tanken än mer tillspetsat:

Tungt väger landets vreda röst,
och folkets domstol drabbar tungt.
Min själ i ångest bidar
ett hårt och skräckfullt mörkrets bud.

Så kommer en budbärare inrusande med det slutgiltiga segerbudet. Klytaimestra visar sig åter. Hon prisar Agamemnons återkomst i ett mästerstycke av avancerad förljugenhet, som måste ha fått blodet att koka hos premiärpubliken:

Ler någon dag mer ljuvlig mot en kvinna
än den, då hon slår husets portar upp

för älskad man som stridens gud har sparat?
Bed honom hasta! Han är efterlängtad
i hela staden. Och han väntas här
av samma trogna hustru som han lämnat,
en vaksam gårdvar, god som guld mot honom
men arg mot ovän. År blev lagt till år,
men aldrig bröts i huset en försegling.
Förbjuden kärleksfröjd och fläckat rykte
är lika främmande för mig som konsten
att färga brons. Ej skämmer självberöm
en ädel kvinna, om det blott är sant.

I den därefter följande körsången ingår en strof, där Aiskylos uttrycker en syn på den gudomliga rättvisan, som han själv menar står i kontrast mot en gängse uppfattning (mer härom i avsnitt 5 nedan).

På folkets läppar lever
ett ordspråk, ärat av ålder och hävd:
När lyckan nått sin fullhet
går hon ej barnlös hädan,
men lämnar efter sig ändlöst ve. –
Men jag tror ej som de andra,
jag hyser min egen mening.
Blott gudlöst dåd föder nya,
ett brottets yngel som liknar sin mor.
I hus där rättfärd råder
uppväxer blommande söner
och lyckan går alltid i arv.

Äntligen uppenbarar sig Agamemnon, på en vagn. Han är inte ensam. Med sig på vagnen har han som krigsbyte Kassandra, dotter till Priamos, det fallna Trojas härskare – en tragisk kvinnogestalt, en apollinisk sierska, en förmedlare av olycksbud, som en gång försmått Apollons inviter och som straff därför drabbats av ödet att ingen längre sätter tilltro till hennes spådomar. Agamemnon tackar gudarna för segern.

Evärdlig tack vi skyller våra gudar:
grym var vår vedergällning, utan gräns …

Klytaimestra dyker upp igen. Denna gång har hon i släptåg tjänarinnor, bärande purpurmattor. Det första hon gör är att omtänksamt upplysa sin make om att parets son, Orestes, inte vistas hemma utan tagits omhand av en gästvän för att skydda gossen mot faror, som kunnat hota i faderns

frånvaro. Sedan följer ett något bisarrt intermezzo. Klytaimestra låter mattorna rullas ut från vagnen fram till borgens dörr. Men Agamemnon vägrar att beträda dem. En besinningsfull man låter sig inte hyllas på detta barbariska sätt, menar han. Men efter en stunds krusande från Klytaimestras sida och motsvarande sjåpande från Agamemnons, bifaller han sin makas önskan. Är hennes lirkande med maken, som återvänt efter tio års bortovaro medförande en frilla, enbart hyckleri eller mildrar kanske makens brist på måttfullhet hennes egen skuldbörda efter det brott hon snart skall begå? I dörren, utom hörhåll för maken, stannar hon för ett ögonblick upp:

> Zeus, Zeus, som allt fullbordar, hör min bön!
> Fullborda nu det som fullbordas skall!

I kören ”fladdrar ångest”. Man gläds åt Agamemnons återkomst men anar oråd.

> Men i själens gömslen ljuder
> Hämndgudinnans hemska sång.

Den dramatiska spänningen ökar. För den oförstående kören siar Kassandra om mordet, som snart skall begås. Också sin egen död förutspår hon, liksom hämnden i nästa släktled.

> Min hämnare står upp en dag, en son
> som med ett modermord sin fader hämnas.
> Landsflyktig, utstött irrar han omkring,
> men vänder hem och kröner ättens ofärd …

Inifrån borgen hörs Agamemnons dödsskrik. Dörrarna till borgen slås upp. Därinne ligger Agamemnon död i ett badkar. På golvet bredvid ligger Kassandra död. Intill står Klytaimestra, blodig och med en yxa i handen. Nu behöver hon inte längre förställa sig. I närmast jublande tonfall beskriver hon mordet och prisar hämnden.

> Om någonsin det hövdes oss att gjuta
> ett glädjeoffer över en som dött,
> här skedde det med rätt, och mer än rätt.

Vältaligt utvecklar hon varför hennes dåd är en hämndegärning, ”ett hämndens mästerverk”. Hennes älskade unga dotter Ifigenia – ”min födslovåndas tillbedda frukt” – berövades sitt liv av fadern. Därtill har han bedragit henne med Kassandra.

Men den som kränkt sin maka ligger där,
härtagna flickors lek och lust vid Troja.
Och där hans sköna rov, profetslavinnan,
hans slavfrilla, trogna sängkamrat …

Då hon klandras av kören för sitt illdåd, åberopar hon den gamla släktförbannelsen. Själv är hon blott ett hämndens hjälplösa redskap.

Nu ropar du ut att dådet är mitt.
Men vilse du far, om du tror dig se
i mig Agamemnons maka!
Jag är ättens olycksande som fick
i den dödes hustru sin hämnande hamn,
och som utkrävde straffet för Atreus' brott,
hans ohyggliga fest. Och hjälten föll
som ett soningsoffer för barnen.

Kören finner ingen väg ut ur släktförbannelsen.

Så länge som himmelens tron är Zeus'
står lagens krav orubbligt:
en gärningsman skall lida.
Vem rycker hämndens rot ur huset?
Ätten är kedjad vid ofärd och brott.

Klytaimestra, å sin sida, ser ur djupet av sitt lidande kanske ett hopp:

En bråkdel av borgens hopade skatt
skall vara mig nog, blott jag frälsar mitt hus
från inbördesmordens vanvett.

Agamemnon avslutas med att Aigistos gör entré i triumf. Genom mordet på Agamemnon, som Aigistos anstiftat, har Tyestes, Aigistos' far, fått sin hämnd på Atreus. Men körledaren anropar Orestes, och för sålunda hämndens fackla vidare till den tredje generationen, och därmed till *Gravoffret*.

Men lever ej Orestes någonstans?
Skall han ej föras hit av gynnsamt öde
och dräpa dessa två med kraftfull arm.

Slutrepliken, riktad till Aigistos och syftande på kören, är Klytaimestras och avspeglar belåtenhet.

Bry dig icke mer om deras tomma gläfs, ty jag och du
skola nu som herrar ställa allt till rätta i vårt hus.

3.

Scenbakgrunden till *Gravoffret* är densamma som i *Agamemnon*, argosborgen. Men med på scenen finns denna gång också Agamemnons gravhög. Här utspelas nu nästa generations hämnaröde, Orestes' och hans syster Elektras.

Orestes, åtföljd av sin vän Pylades, har återvänt och står, då spelet börjar, på sin fars gravhög. Han lägger en hårlock på denna. Då närmar sig kören, husets slavinnor, anförda av Elektra. De skall på Klytaimestras befallning lämna en offerdryck på graven. Drottningen har haft en ond dröm och hon anar faror. De båda ynglingarna döljer sig. Vältaligt ger kören och Elektra uttryck för sin avsky gentemot modern och hennes älskare. Vilken bön, frågar Elektra körledarinnan, skall hon rikta till sin far, hon som är utsänd av hans mördare?

Elektra: Vad skall jag bedja? Råd min hjälplöshet.
Körledarinnan: Att över dem en gudom eller man –
Elektra: I domarns uppgift eller hämnarens?
Körledarinnan: Säg öppet: en som tager liv för liv.
Elektra: Får sådan bön till himlens gudar riktas?
Körledarinnan: Ja, varför icke? Löna ont med ont.

Nu uppenbarar sig Orestes och Pylades. Broderns identitet fastställs med hjälp av hårlocken och Elektra kastar sig i hans armar. Tillsammans planerar de morden på Klytaimestra och Aigistos. Orestes har av ingen mindre än Apollon ålagts att hämnas sin fader och gör han inte det, skall han själv förgöras:

Han talade om hätska hämndgudinnor
som födas ur en faders gjutna blod …

Körledarinnan hetsar …

Det blod som en gång till marken göts,
det kräver mera och mera blod,
så lyder lagens orygglіga bud.
Ty dråpet ropar högljutt på Hämnd
med de förstfallna offrens ångestskri,
och ofärd följer på ofärd.

och Orestes slår fast

Nu kämpar makt mot makt och rätt mot rätt.

Förklädda får Orestes och Pylades tillträde till kungaborgen, föregivande att de bär bud om Orestes' död i främmande land. Kören utropar

> Ty nu är de dräpande svärdens stund …

och Aigistos går sitt öde till mötes.

Därefter når *Gravoffret* sin kulmen – en laddad uppgörelse mellan Orestes och modern, han med sitt blodiga svärd fortfarande i handen. Hon sönderriver sin mantel, blottar sitt bröst och anslår sentimentala strängar:

> Slå ej, min son! Ack, skona detta bröst,
> vid vilket du så mången gång i slummer
> med späda läppar modersmjölken sög!

Orestes rådfrågar Pylades, som svarar:

> Vad blir det då av Delphis siarspråk,
> Apollons påbud och din svurna ed?
> Bliv allas ovän, blott ej gudarnas.

Nu ändrar Klytaimestra taktik. Hon är blott en ödets lekboll:

> Men Ödet, barn, har dock sin del av skulden.

Med obönhörlig logik svarar Orestes:

> Då faller även du för Ödets dom.

Drottningen hänvisar nu – förgäves – till Agamemnons synder. Slutligen, när allt hopp är ute, blir hotet hennes sista resurs:

> Tänk på en moders hätska hämndeandar.

Så går också Klytaimestra in i döden, mördad av sonens hand.

Därpå följer en mäktig växelsång mellan kören och Orestes. Genom dörren till borgen ser man Klytaimestras och Aigistos' lik, precis som man i *Agamemnon* fått se Agamemnons och Kassandras.

Hämnden i andra ledet är fullbordad. Här kunde dramat ha slutat. Men så sker inte. Här, i *Gravoffrets* allra sista repliker, inträffar *Orestiens* dramatiska och idémässiga vändpunkt, som förebådar försoningen i *Eumeniderna*. Orestes grips av fasa för hämnd, trots att blodsfejden noga taget är avslutad. Elektra och han är ju de enda kvarvarande ättlingarna till Agamemnon och Klytaimestra (ehuru Menelaos och Helena i den

tidigare generationen ju alltjämt lever). ”Skräckslagen och stirrande” utbrister han:

> Åh! Åh!
> Vad ser jag? Kvinnor i gorgongestalt,
> i svarta mantlar och bekransade
> med huggormsslingor! Åh, jag måste fly.

Kören försöker lugna honom med att det bara är en dröm, men Orestes svarar:

> Det är ej någon drömsyn. Nej, det är
> ett Hämndens koppel, hetsat av min mor.

Då släktförbannelsen ej kan föras vidare, övertar erinyerna hämnduppgiften. Orestes verkar inte helt övertygad om Apollons löfte om skuldfrihet, som han en smula desperat hänvisar till. Övergången till *Eumeniderna* formuleras till sist av kören.

> För tredje gången slog ovädret ned
> på vår konungaborg,
> den starka och rykande stormen.
> Det begynte med barnens ohyggliga död,
> med förfärande kval för Thyestes.
> Så drabbade slaget en man och en kung:
> hellenernas härlige hövding blev dräpt,
> han föll i sitt bad.
> Den tredje gången nådde oss nu –
> bör jag kalla det räddning eller fördärv?
> Var skall det väl sluta? Och när, ack när,
> skall Förbannelsens vrede sövas?

4.

När *Eumeniderna* – antikens kanske märkligaste tragedi – tar sin början, är scenbilden apollotemplet i Delfi. Framför detta står prästinnan, Pythia. Hon uppstämmer en hyllning till en rad gudar, men även till Aten. Så öppnar hon tempeldörren, men ryggar snabbt tillbaka i fasa. Ty därinne skådar hon

> en sudlad man som sökte skydd hos guden.
> I blodig hand höll han ett draget svärd,

han bar en frodigt grönskande olivkvist,
med stora yllebindlar fromt behängd
– – –
Men framför mannen satt på templets säten,
i sömn försänkt, en sällsam kvinnoflock
– – –
o vilket svart och vederstyggligt följe!
De snarkar högt, med outhärdligt ljud,
och blodigt slem ur deras ögon dryper.

Det är den skyddssökande Orestes och hämndgudinnorna – erinyerna – hon skådat.

Nu framträder guden själv – Apollon. Han uppmanar Orestes att fly till Aten.

Där finnas män som dömer, ord som sonar;
där skall jag lösa dig från dina kval.
Ty det var jag som påbjöd modermordet.

Orestes lämnar scenen. I stället dyker Klytaimestras vålnad upp inför de sovande erinyerna. Under deras stönanden och kvidanden hetsar hon dem till jakt efter Orestes.

Förfölj med blodmängd andedräkt den fräcke
och flåsa eld ur buken i hans spår
tills han förtorkas, tills han blir förbränd.
Gör slut på honom i förnyad hets.

Klytaimestra försvinner. Kören (erinyerna) vaknar. Den brister ut i smädelser över Apollon.

Du, en son av Zeus,
är nu förvunnen till stöld.

Du unge gud, oss gamla har du kränkt.

Flyktingen skänker du skydd,
denne gudlöse man,
denne omänsklige son!
Du bistår modermördare – en gud!
– – –
Ja, sådant är de unga gudars verk.
Makt går redan för rätt.

Orestes har brutit ”mot urtidslagarnas helgd”:

Var han än söker skydd,
tyngd av sin syndaskuld
drabbas hans huvud
dock av hämnarens hand.

Apollon återvänder och jagar kören ur templet.

Ut ur min tempelboning, genast ut!
Och bort från helgedomens siarsäte!
Om ej, så låter jag en silvervit
och vingad huggorm vina fram mot er
från guldsnodd bågsträng. När den nått sitt mål,
då tvingar smärtan er att kräkas upp
det svarta skum, de klimpar levrat blod
som ni ur mänskokroppar sörplat i er.
Ni har ej rätt att nalkas denna boning.
I hören hemma blott där huvud faller
för bödelsbilan, ögon stickas ut,
och unga kroppars mandomskraft förintas;
där svärden stympar och där stenar slår,
och de på pålar spetsade sig jämrar
i lång, olidlig klagan …

Apollon slår till sist fast

Dock, denna tvist skall slitas av en domstol
som övervakas av Athena själv.

Nu växlar scenen (något som är mycket ovanligt i det grekiska dramat). Bakgrunden blir Athenatemplet i Aten med Athenas bildstod framför. Orestes kommer in och går fram till bilden. Den förföljande kören dyker upp. I en lång, kuslig och bloddrypande växelsång prisar den hämnden. Men det är den rättfärdiga hämnden – straffet för ett begånget brott – som är erinyernas sak. Körledarinnan gör klart att de inte är det fria våldets gudinnor.

Ty den vars hand är skuldlös och ren
han drabbas ej av vårt vredgade mod,
han vandrar trygg genom livet.
Men när blott en brottsling, likt denne man,
vill dölja sin blodbesudlade hand,

då vittnar vi högt i de dödes sak,
då stiger vi fram för mördarens syn,
då kräver vi obönhörligt ut
hans blodskuld till sista droppen.

Och kören tillfogar

Vårt kall har urtidshävd och helgd.

Nu gör Athena sin entré. Körledarinnan framställer sin sak och lägger avgörandet i gudinnans händer. Orestes får tillfälle att gå i svaromål. Athena finner saken ”stor och brydsam”. Orestes har visserligen redan undfått rening genom offerblodet från ett nyfött djur. Men även erinyerna förtjänar att lyssna på.

Men även dessas värdighet är sådan
att man ej kan tillbakavisa dem.
Och föra icke de sin sak till seger,
då dryper hatets gift ur deras hjärtan
och dränker marken, och där växer fram
en fruktansvärd, olidlig pest för landet.

Athena avtågar för att utse

edsvurna domare att skipa rätt
i slika blodsmål, och för alla tider.

Kören varnar därefter för vad som kan hända, om brottslingar undgår sitt straff. Jordebarnen lockas in ”på lastens lätta vägar”.

Ingen bot,
ingen tröst
finnes mera för de arme,
endast tomt och fåfängt hopp.
– – –
Rättens fäste rasar.

Domstolsförhandlingen tar sin början under Athenas ordförandeskap. Kören uppträder som kärande, Orestes som svarande. Apollon är både vittne och medanklagad, men i praktiken försvarare. Rättegången får karaktär av dialog mellan körledarinnan och Orestes.

Först frågar hon Orestes om han dödat sin mor. Detta erkännes. Därefter frågas om någon anstiftat dådet. Orestes hänvisar till Apollon. Nu

framför Orestes två omständigheter till sitt försvar. Dels har han sin mördade faders stöd, dels var modern besmittad ”av dubbel syndaskuld”, hennes mord drabbade såväl hennes make som Orestes far. Som förmildrande omständighet till förmån för modern anför då körledarinnan att den hon dräpt, i motsats till den av Orestes dräpte, ej var ”blod av hennes blod”, därmed hävdande att mord på blodsförvant är värre än mord på den som man är förenad i äktenskap med. Nu blandar sig Apollon in i diskussionen. Han hänvisar till Zeus, som inte med blida ögon ser en hjälte och aktad fader falla offer för ett lönnmord. Spydigt invänder då körledarinnan att Zeus själv fängslade sin fader, Kronos. I detta trängda läge tillgriper Apollon ett något skruvat argument, som i vart fall inte är ägnat att övertyga vår tids människor:

> En moder ger ej livet åt det barn
> som kallas hennes. Nej, hon vårdar endast
> den färska säd som blev i henne sådd.
> Och den som sår ger livet. Modern är
> en främling blott som skänker skydd åt plantan …

Ja, man kan till och med ”bli fader utan moders hjälp” triumferar Apollon och hänvisar till ingen mindre än rättens ordförande som ett exempel på en sådan produkt. Athena föddes ju inte ur en moders sköte utan for i full rustning upp ur sin fader Zeus’ huvud. Därmed är förhandlingarna avslutade.

Nu instrueras domstolen av Athena i denna första rättegång ”i blodsmål”, varigenom den atenska domstolen, Areopagen, bildas och får sin mytologiska grund. I denna ”skall Vördnad trona/tillsammans med sin tvillingbroder Skräck”.

> Ej envåldsmakt, ej obegränsad frihet,
> se där ett råd att hållas högt i helgd.
> Men utdriv icke allt som inger skräck:
> den intet fruktar, följer icke lag.

Medan rätten överlägger, fortsätter körledarinnan och Apollon sin träta. I själva verket är det fråga om en maktkamp mellan en äldre och en yngre gudauppsättning. Erinyerna företräder ”tingens gamla ordning”, blodshämnden, som den unge guden Apollon överträtt med sitt tal om bot och försoning.

Så avkunnas domen. Lika många röster har lämnats för och mot. I enlighet med Athenas påbud att en friande dom skall avges vid lika rös-

tetal frikänns Orestes. Apollon och Orestes försvinner ur dramat, som nu ingår i sitt märkligaste skede – avslutningens oerhörda försoningsscen i en ståtlig växelsång mellan kören och Athena.

Kören släpper loss sin bitterhet över domen.

> Ve er, ni unga gudar, ve!
> Urtidens heliga rätt
> har ni berövat mig och fräckt förtrampat.

En grym hämnd utlovas. Över landet skall en pest gå fram. Men den kloka Athena för försoningens talan.

> Nej, stöna icke i förbittrad sorg!
> I haven ej förlorat. Domen föll
> med lika röster för och mot,
> som rättvist var, och ej till eder smälek.

Gudinnan lovar erinyerna en egen helgedom i Aten, där de skall dyrkas av folket. Men dessa blott upprepar sina hotelser. Athena ger emellertid inte upp. Med en blandning av egna hot, där Zeus' ljungeld är en effektfull resurs, och frestande löften fortsätter hon lirkandet. Jag är förvisso en yngre gud än ni, säger hon. Men även om ni är visare, så har även jag fått visdom, av Zeus. Hon vädjar:

> Men kasta icke bland mitt folk den fackla
> som tänder blodtörst i de unges hjärtan,
> ett ofärdsrus som rasar utan vin.
> Och väcken icke brödratvist och hat
> och hetsa ej de mina man mot man,
> som ilskna tuppar hetsas mot varandra.
> Ett yttre krig må komma, av sig självt,
> där finnes fält för eldig ärelystnad.
> Men ingen blodig kamp på egen gård!

Men då Athena erbjuder dem makt över atenarnas väl och ve, faller erinyerna slutligen till föga. Körledarinnan utbrister (det kan inte hjälpas att det låter en smula platt och studentspexaktigt):

> Jag tror du blidkat mig. Min vrede flyr.

Nu blir allt frid och försoning. I denna stund förvandlas erinyerna till eumeniderna – de välvilliga. Deras nya uppgift formuleras av Athena:

Men ryck det onda upp med rot och frö –
jag är en trädgårdsman som önskar se
rättrådighetens planta växa fram
för ogräs skyddad. Detta blir din sak.

Dramat avslutas med ett pampigt festtåg.

5.

Vad återspeglas i denna märkliga trilogi av intresse för rättstänkandets historia i västerlandet?

Låt oss först fråga oss: I vilken tid och i vilket samhälle tänkes denna rättsliga idékamp försiggå? Handlingen emanerar ju ur en sagokrets från mykensk bronsålder, 1200- och 1100-talen f.v.t. Men i dessa sagor, liksom i de fragment av dem som möter hos Homeros, artikuleras inga idéfrågor av detta slag. Det är Aiskylos' storhet att han är den första att i litterär form göra detta på ett mer inträngande sätt. Härav följer inte, att kampen mot den obegränsade blodshämnden var ett okänt fenomen redan vid den tid då konung Agamemnon tänkes ha levat. Talionsprincipen, barriären mot det fritt utövade våldet, var formulerad redan i den babyloniske kungen Hammurabis lagstiftning, sannolikt under 1700-talet f.v.t., och kan inte ha varit någon helt främmande idé i den mykenska kulturen. Men är det då Aiskylos' egen tids och hans eget samhälles idékamp han skildrar? Ja, det kan man väl hävda, såvida man är en smula generös med vad som skall räknas till hans tid. *Orestien* kan sålunda inte förstås, om man inte studerar den mot bakgrunden av den atenske lagstiftaren Solons insatser i rättsfridens tjänst och det tyrannvälde som följde efter hans död (c:a hundra år före uruppförandet av *Orestien*). Vad Athena skänker Aten i dramat är ett slags fullkomning av den gåva staden en gång mottog av Solon (jfr Sture Linnér, *Europas ungtid*, 2002, s. 490). Erinyerna har överlämnat sin makt till en mänsklig domstol, Areopagen.

Orestien är ett djupt sammansatt drama. Det handlar om människans förhållande till gudarna. Det handlar om kampen mellan de "gamla" och de "unga" gudarna. Det framställer en kamp mellan kvinnligt och manligt – och i detta avseende går dramat idémässigt långt ner i forntiden. Den schweiziske rättshistorikern Jakob Bachofen (*Das Mutterrecht*, 1861) hävdar, att de antika kulturerna genomgått ett slags hegelianskt tes-antites-syntes-förlopp, där ett tillstånd av allmän promiskuitet efterträds av ett matriarkat (erinyerna skulle vara ett slags försvarare av detta), vilket i sin tur övergår till ett patriarkat, som dock i sig infogar de kvinnliga

maktanspråken. Matriarkatet innebar inte endast kvinnomakt utan framhävde just mödrarnas ställning (och här finner vi grunden till de gamla gudavarelserna erinyernas intensiva hämndlystnad i fråga om Orestes' modermord). Vilken tilltro man än må skänka Bachofen tycks kvinnans ställning i mykensk tid ha varit i många avseenden friare än den var på Aiskylos' tid. Vidare är *Orestien* en hyllning till det demokratiska Aten i dess nyvunna starka maktställning bland de hellenska staterna. Men främst är den en framställning i dramatisk form av övergången från den privata rättskipningen – den obegränsade hämndens och det otyglade våldets rätt, som alltid är den starkares – till den statliga rättskipningen, utövad av domstolar. Detta är dess huvudtema. I trilogin är *Gravoffret* en hämndens höga visa, medan *Eumeniderna* är rättssamhällets. Alla nu nämnda aspekter är emellertid starkt sammanflätade med varandra.

Den rättsåskådningarnas kamp som här pågår återfinner vi i våra nordiska nejder cirka ett och ett halvt årtusende senare i den fornnordiska litteraturen. Lika dramatiskt som hos Aiskylos möter den oss i *Njals saga*.

Återspeglar *Orestien* en naturrättslig åskådning? Nej, vad dess rättsuppfattning än är, inte kan den kallas naturrättslig. Det kan med fog hävdas, att en naturrättslig uppfattning i ett slags embryonisk form fanns redan på Aiskylos' tid, nämligen i det presokratiska tänkandet. Inom den joniska naturfilosofin under 600- och 500-talen f.v.t utvecklades småningom tanken att hela universum styrs av lagar – vad vi idag kallar naturlagar – och att dessa lagar är förnuftiga. Eftersom man inte skiljde på lagar i betydelsen regelbundenheter och lagar i betydelsen normer (något som klart framträder hos Anaximandros, som levde på 500-talet f.v.t.), kom även samhällets lagar att betraktas som förnuftsmässiga. Den naturrättsliga tanken om rätten såsom emanerande ur förnuftet skulle, som bekant, senare utvecklas vidare av Aristoteles och få sitt mest genomarbetade uttryck under antiken hos stoikerna. Men idén om den förnuftsbaserade rätten är helt frånvarande i *Orestien*. I Aiskylos' tankevärld är rätten ett uttryck för en gudomlig vilja. Rättens yttersta källa är Zeus. Aiskylos företräder en teokratisk voluntarism, som just i det avseendet företer likheter med den gammaltestamentliga rättssynen.

Ett intressant drag i *Orestien* är ett märkligt stråk av konvergens hos de företrädda rättsuppfattningarna. Man skulle kunna tro att Aiskylos för att stegra dramatiken i sitt verk skulle accentuera skillnaden mellan erinyerna å ena sidan och de olympiska gudarna å den andra och framställa de senare som genomförande en revolution riktad mot de förra. Men så sker inte alls. I stället tenderar åskådningarna att glida samman, och

detta även före den stora avslutande försoningsscenen. Att omröstningen i domstolen stannar vid lika röstetal för och emot är signifikativt. Erinyerna är förvisso blodtörstiga hämndeandar men, som vi sett, drabbar hämnden bara den, som gjort sig förtjänt av den. Den goda människan kan vara trygg. Detta tycks också ligga i linje med Aiskylos' egen uppfattning, när han i *Agamemnon* tar avstånd från en folklig uppfattning att välfärd ofelbart efterföljes av ofärd. Det är blott det gudlösa dådet som föder nya dåd. Men i hus "där rättfärd råder" går lyckan alltid i arv. Apollon, å sin sida, företräder också han, precis som erinyerna, den obevekliga blodshämndens princip, även om dess tillämpning innebär modermord. Skillnaden mellan dem är snarare en fråga om vem som bär rätten till hämnd i sina händer. Erinyerna utsträcker denna rätt utöver blodsfrändernas krets till att även omfatta en i äktenskap förenad. Men Apollon har också en vekare sida: "En länk kan lösas, det ges bot därför / och många vägar leda till försoning". Den stora kompromissen levererar förstås Athena. Vedergällning skall drabba den skyldige, men den skall utdömas av en mänsklig domstol. Denna förändring får inte betraktas som radikal. Teaterföreställningarna i Aten var ett slags statsangelägenheter, och kanske såg Aiskylos som sin uppgift att med sitt drama bidra till konsensus i denna sak (särskilt som Areopagen på hans tid fått inskränkt kompetens).

Det tragiska i *Orestien* är att blodshämnden, som ju normalt riktas från en ätt till en annan, i detta fall på grund av släktförbannelsen som en cancer växt in i och utspelas inom den egna ätten. Två frågor inställer sig då, om man erkänner rätten till blodshämnd: (1) Inkluderar denna en makes rätt att hämnas på den andre maken? Hade Klytaimestra rätt att döda Agamemnon som hämnd för dottern Ifigenia? (2) Kan denna ge en människa rätt att döda en blodsförvant för att hämnas en annan blodsförvant? Hade Orestes rätt att döda modern? Och vem (om någon) har rätt att hämnas på hämnaren? Vem skall utföra hämnden för mordet på Klytaimestra? Närmast till hands är hennes son. Men det är ju han som skall drabbas av hämnden. En lösning på detta vore hans självmord. Denna lösning berörs ej i dramat. Ett annat alternativ är systern Elektra. Men hon är ju som uppviglare medskyldig. Därmed skulle vara bäddat för ett dubbelt självmord. Inte heller detta är aktuellt. Sedan återstår bara farbror/morbror Menelaos och faster/moster Helena som tänkbara hämnare, men detta tas inte heller upp. Genom ett slags, inte explicit formulerat men underförstått, reductio ad absurdum påvisar Aiskylos blodshämndens orimlighet.

Carl Hemström

Från vanfrejd till näringsförbud – något om utvecklingen de senaste hundra åren på bolagsrättens område

För några år sedan publicerade Göran Inger en bok med titeln Vanfrejd och med undertiteln Från infamia till förlust av medborgerligt förtroende. Boken ger en intressant genomgång av hur man i några olika samhälls- och rättssystem behandlat individer från olika svaga grupper och utsatt dessa för påföljder av infam karaktär, ibland som tillägg till ett utmätt straff. För den som i likhet med mig bland annat sysslar med associationsrätt innebar Göran Ingers bok att jag plötsligt fick en bakgrund till bolagsmans rätt att säga upp ett handelsbolagsavtal under åberopande av att en medbolagsman blivit ådömd förlust av medborgerligt förtroende. I 1895 års lag om handelsbolag och enkla bolag stadgades nämligen i dess ursprungliga lydelse i 1 kap. 27 § att ”ehvad handelsbolag slutits på bestämd tid eller icke, äge bolagsman påfordra, att bolaget genast upplöses, om skäl därtill är, såsom ––– att annan bolagsman genom laga kraft ägande dom förklarats förlustig medborgerligt förtroende eller blifvit ställd under framtiden för brott, som kan medföra sådan påföljd”. Enligt 52 § samma lag ägde denna bestämmelse tillämpning även på enkelt bolag. I både fallen byggde propositionen på det förslag som äldre bolagskommittén avgett år 1890. Skälet till att bolagsman skulle ha denna rätt motiverades inte vare sig i det ursprungliga förslaget eller i propositionen på annat sätt än att det ”naturligen” inte lät sig göra ”att i lagen uppräkna alla de fall, då en ––– anomal upplösning /kunde/ anses vara af förhållandena påkallad”. Av de i lagen anförda exemplen torde dock framgå att skäl till bolagets upplösning enligt den aktuella paragrafen var för handen ”allenast när det visat sig, att de väsentliga förutsättningar,

hvarunder bolaget måste antagas hafva ingåtts antingen redan vid aftalets afslutande icke förefunnits eller ock sedermera upphört att förefinnas" (Äldre bolagskommittén s. 85, NJA II 1895 art. nr 3 s. 38). Den debatt som enligt vad Göran Inger visar förekom vid denna tid i riksdagen om förlust av medborgerligt förtroende som en lämplig reaktion på olika brottsliga beteenden (Inger s. 200 ff.) kunde man möjligen ha väntat sig skulle ha fått någon av bolagskommitténs ledamöter att visa viss tvekan. Men av någon sådan syns inte en tillstymmelse.

Vilken uppgift hade då påföljden förlust av medborgerligt förtroende enligt 1890-talets regler? Den som förklarats förlustig medborgerligt förtroende förlorade det ämbete, tjänst eller annan allmän befattning som han innehade. Även i övrigt låg konsekvenserna av sådan förlust i huvudsak på det offentligrättsliga området (jfr Inger s. 195 ff.). Men, och det har koppling till den i detta sammanhang aktuella frågan, dessutom skulle den som förklarats förlustig medborgerligt förtroende såsom vanfrejdad vara utestängd från alla sådana rättigheter och förmåner för vilkas åtnjutande det fordrades god frejd, och detta hade konsekvenser på det näringsrättsliga området eftersom god frejd enligt 2 § i 1864 års näringsfrihetsförordning utgjorde ett villkor för rätten att idka handel, hantverk eller annat yrke. Först 1918 borttogs denna föreskrift ur näringsfrihetsförordningen (Inger s. 260).

Om nu läget var det att man enligt 1895 års lag om handelsbolag och enkla bolag kunde få vara bolagsman i ett handelsbolag endast så länge medbolagsmännen inte opponerade sig så kan man fråga sig hur lagstiftaren reagerade inför den verksamhet som bedrevs i aktiebolag och ekonomiska föreningar.

Samtidigt med förslaget till lagstiftning om handelsbolag och enkla bolag lade äldre bolagskommittén fram förslag till såväl en ny lag om aktiebolag som en lag om föreningar för ekonomisk verksamhet vilka i sin tur – efter yttrande av högsta domstolen och vissa justeringar i justitiedepartementet – antogs av riksdagen 1895.

Vad innehåller då 1895 års aktiebolagslag om aktieägares eller styrelseledamöters eller kanske revisorers eventuella olämplighet till följd av att de förklarats förlustiga medborgerligt förtroende? Alls intet. Man kan möjligen tycka att det borde vara lika svårt för bolagsmän att samverka i ett litet aktiebolag som i ett handelsbolag, men det måste medges att det kan vara svårare att "ta död på" ett aktiebolag än på ett handelsbolag. Men man kunde kanske ha väntat sig ett hinder för den som förklarats förlustig medborgerligt förtroende att ingå bland stiftarna av ett aktie-

bolag. Eller att vara styrelseledamot eller revisor. Men som sagt, icke så. Det enda hinder för någon att bli aktieägare som 1895 års aktiebolagslag innehöll var en regel (28 §) som gav möjlighet att framtvinga hembud då aktie förvärvats av någon som inte tidigare var aktieägare.

Det jag nu har skrivit om aktiebolag gäller även föreningarna för ekonomisk verksamhet såvitt gäller vilka som fick bilda sådana föreningar eller vara styrelseledamot eller revisor. Men däremot kunde medlem, som genom laga kraft ägande dom förklarats förlustig medborgerligt förtroende eller blivit ställd under framtiden för brott som kunde medföra sådan påföljd, eller eljest på grund som under vara i stadgarna bestämd, uteslutas ur föreningen (1895 års föreningslag 9 §). En ekonomisk förenings fortlevnad riskerades ju – lika litet som i dag – av att en medlem uteslöts.

Termen förlust av medborgerligt förtroende kom att 1918 ersattas av termen påföljd enligt 2 kap. 18 § strafflagen och samtidigt avskaffades bestämmelsen om god frejd som förutsättning för drivande av näringsverksamhet. Skälet till dessa lagändringar var en allt kraftigare opposition bland annat i riksdagen mot såväl termen som sådan som de med denna förbundna konsekvenserna. Se härtill Ingers intressanta redogörelse (s. 249 ff.). För att emellertid här återknyta till handelsbolagsrätten sägs det inte desto mindre i det sakkunnigförslag som låg till grund för denna lagändring (se NJA II 1918 s. 733) att ”det ––– onekligen /är/ fullt skäligt, att en delägare i ett handelsbolag eller enkelt bolag skall kunna, där han så önskar, genom bolagets upplösande frigöra sig från bolagsman, som straffats för brott av sådan beskaffenhet, att ett fortsatt samarbete kan vara för den andra delägaren skadligt eller motbjudande”. Om denna motivering uttalar Nial 1992 i tredje upplagan av sin monografi Om handelsbolag och enkla bolag (s. 267 f.) att ”här framkommer med tydlighet den tanken att vad som enligt detta lagrum motiverar de övriga bolagsmännens rätt att påkalla bolagets upplösning inte eller åtminstone inte enbart är straffet som ett fysiskt hinder för den dömde att delta i bolagets verksamhet”. Och, fortsätter han, då institutet ställande under framtiden för brott upphävdes och i samband därmed bestämmelsen i 27 § lagen om handelsbolag och enkla bolag ändrades var uppenbarligen inte avsikten att göra någon ändring i fråga om själva grunden till att en straffdom mot en bolagsman skulle ge de övriga rätt att påkalla upplösning av bolaget.

I 1980 års lag om handelsbolag och enkla bolag sägs i 2 kap. 25 § att på begäran av en bolagsman skall ett handelsbolag genast träda i likvidation, om någon annan bolagsman väsentligt åsidosätter sina skyldigheter

enligt bolagsavtalet eller om det annars finns en viktig grund för bolagets upplösning. Genom hänvisning i 4 kap. 7 § gäller samma regel för enkla bolag. Någon exemplifiering av omständigheter som ger bolagsman rätt att påfordra bolagets upplösning innehåller som synes lagtexten inte, i stället får man gå till motiven. Och dessa innehåller rörande den här aktuella frågan följande uttalande (NJA II 1980 s. 471): ”Enligt 27 § (dvs. i 1895 års lag) utgör den omständigheten att en annan bolagsman genom lagakraftägande dom dömts till fängelse i minst sex månader normalt grund för omedelbar uppsägning av bolagsavtalet. Vilken betydelse ett fängelsestraff skall ha fortsättningsvis får ––– bedömas från fall till fall med beaktande av vilket brott det är fråga om och vilken ställning den dömde intar i bolaget.” Härom säger nu Nial (ovan a.a. s. 268) att då det i detta sammanhang inte huvudsakligen är fråga om brottspåföljdens effekt att hindra bolagsmannen från att medverka i bolagets förvaltning – vilket i och för sig naturligtvis kan stärka skälen till uppsägning eller rent av vara självständig uppsägningsgrund – kan man inte utan vidare dra den slutsatsen att en dom på kortare tids fängelse än sex månader, eller villkorlig dom eller dom å skyddstillsyn inte kan ha till följd att de övriga bolagsmännen får uppsägningsrätt. Frågan huruvida dom på fängelse eller annan brottspåföljd utgör viktig grund för uppsägning får bedömas från fall till fall med hänsyn särskilt till brottets beskaffenhet och den dömdes ställning i bolaget. Huruvida och i vad mån domen nedsätter den dömdes anseende och detta har menlig inverkan på bolagets verksamhet kan vara mycket svårt att bedöma. Den nutida kriminalpolitiken lägger stor vikt vid den dömdes återanpassning i samhället, men man kan inte fordra att bolagsmännen i ett handelsbolag av ideella motiv tar på sig att medverka till den dömdes anpassning genom att låta honom fortsätta i bolaget.

Vi har tidigare konstaterat att lagstiftaren på 1890-talet lämnade aktiebolagen fria från vanfrejdspåverkan. Så har det emellertid inte fortsatt. Genom ändring 1980 av konkurslagen gavs domstolarna möjlighet att meddela gäldenär som är näringsidkare eller som är eller senare än två år innan konkursansökningen gjordes har varit ställföreträdare för en juridisk person näringsförbud för viss tid, s.k. konkurskarantän (se närmare NJA II 1980 s. 191 ff.). Men dessutom har man sett aktiebolagen som medel att främja ekonomisk brottslighet, och detta har fått konsekvenser såväl för den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen som sådan och de personer som utnyttjar aktiebolagsformen för ekonomisk verksamhet som för dem som fullgör uppdrag i dem. I sistnämnda hänseende berörs

även handelsbolagen och andra organisationer som används för näringsverksamhet.

Vad först gäller lagstiftningen på aktiebolagsrättens område har lagstiftaren lagt ner stor möda på att om möjligt förebygga missbruk. Ivar Kreugers bollande med resulatöverföringar mellan olika bolag inom Kreugerkoncernen försökte man komma till rätta med genom koncern- och redovisningsregler i 1944 års aktiebolagslag. Vad man åstadkom var en i och för sig mycket väl genomarbetad lag, men den var samtidigt så formalistisk att den vållade dem som skulle använda den stora problem. Nial fick därför i uppdrag att försöka åstadkomma en förenkling, och han publicerade 1958 ett förenklingsförslag. Tanken på samnordiska aktiebolagslagar ledde emellertid till att förenklingsförslaget i stort sett lades på hyllan, och förslag till nya aktiebolagslagar publicerades i början av 1970-talet i olika nordiska länder. Under tiden hade emellertid student- och arbetstagarrevolter skakat om det politiska ledarskiktet, och Carl Lidbom presenterade 1975 ett förslag till ny aktiebolagslag såsom ett provisorium i avvaktan på den nya aktiebolagslag som skulle ge det allmänna och de anställda dessas slutgiltiga makt över aktiebolagen. Denna lidbomska tanke kom emellertid aldrig att förverkligas, i stället inriktade sig regeringarna av olika kulörer på att dels underlätta för allmänheten att satsa sina besparingar i aktier – direkt eller indirekt i olika aktieägande fonder – och dels försöka komma till rätta med den ekonomiska brottslighet som man ansåg att aktiebolagsformen gav möjlighet till. Jag skall strax återkomma till det exempel på sådan lagstiftning som kan ses som en uppföljning av inhabiliteten på grund av vanfrejd, men innan jag gör det skall blott nämnas 2005 års lagstiftning som ett värre exempel än något tidigare på en oformligt stor lagtextmassa. Om man vill skriva en lag så att den skall kunna läsas av gemene man får den inte omfatta 100 sidor lagtext i den blå lagboken.

Jag skrev nyss att jag skulle återknyta till den av Göran Inger behandlade vanfrejden. Vad som har hänt under tiden efter det turbulenta 1970-talet är nämligen att man försökt hindra olika personer att styra företag som ägnar sig åt näringsverksamhet. Det började med att 1921 års konkurslag som jag ovan påpekat byggdes ut med regler som möjliggjorde att näringsförbud i vissa fall kunde meddelas enskilda näringsidkare eller företrädare för juridisk person, om näringsidkaren eller den juridiska personen försatts i konkurs. Dessa regler befanns emellertid inte vara effektiva nog. Man fann det därför vara nödvändigt att göra sådana ingrepp i näringsfriheten som behövdes för att försvåra för oseriösa näringsidkare

att bedriva verksamhet samtidigt som man därigenom avsåg att stärka de seriösa företagens ställning på marknaden. I proposition 1985/86:126 föreslog regeringen riksdagen att anta en lag om näringsförbud samt lagändringar som syftade till en utökad vandelsprövning av näringsidkare inom restauarang- och transportbranscherna. Här skall emellertid endast lagen om näringsförbud tas upp. Enligt denna lag i den lydelse den har den 1 januari 2007 får näringsförbud under olika i 1986 års lag om näringsförbud angivna förutsättningar meddelas den som i egenskap av enskild näringsidkare grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet. Har han i näringsverksamheten gjort sig skyldig till brottslighet som inte är ringa skall, om det är påkallat från allmän synpunkt, näringsförbud meddelas honom. Om det lägsta föreskrivna straffet är fängelse i sex månader föreligger en presumtion för att näringsförbud skall anses påkallat från allmän synpunkt. Om näringsidkaren i avsevärd omfattning underlåtit att betala skatt, tull eller avgift som omfattas av lagen om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter får därtill, om det är påkallat från allmän synpunkt, näringsförbud meddelas honom. Slutligen får näringsförbud om det är påkallat från allmän synpunkt såsom tidigare meddelas den som försatts i konkurs och då var enskild näringsidkare, om han förfarit grovt otillbörligt mot sina borgenärer eller på annat sätt grovt åsidosatt vad som ålegat honom i näringsverksamhet.

Har näringsverksamhet bedrivits av en juridisk person får under de strax här ovan angivna förutsättningarna näringsförbud meddelas i 1986 års lag 4 § närmare angivna företrädare för olika slag av organisationer, exempelvis bolagsman i vanligt handelsbolag och komplementär i kommanditbolag. Det intressanta för denna korta exposé över näringsförbudets utveckling på associationsrättens område är emellertid vilka uppgifter i de gamla bolagsformerna som inte får läggas på dem som är underkastade näringsförbud. De får inte vara bolagsmän i vanliga handelsbolag, komplementärer i kommanditbolag, stiftare av aktiebolag, ledamöter och suppleanter i styrelsen för aktiebolag och handelsbolag, verkställande direktör och vice verkställande direktör i aktiebolag eller firmatecknare, ställföreträdare och fullmäktig i dessa bolagsformer, och inte heller får de vara ägare av så många aktier i ett aktiebolag att andelen av röstetalet för samtliga aktier överstiger femtio procent. I viss utsträckning omfattas även verksamhet som bedrivs av närstående.

Jag ställde tidigare frågan om man inte 1895 hade bort förbjuda revisorerna att fullgöra revisionsuppdrag om de var föremål för vanfrejd. Svaret på den frågan är att det inte fanns större anledning att ställa krav på

dem än på styrelsens ledamöter. Den roll som revisorerna spelar i dag är för övrigt resultatet av en utveckling som tog sin början först en bit in på 1900-talet. Och i dag behövs knappast annan tillsyn över revisorerna än den som den statliga revisorsnämnden utövar. Det kan för övrigt tilläggas att en revisor som förlorar sin auktorisation eller sitt godkännande därigenom blir inhabil som revisor i *varje* aktiebolag. Enligt 2005 års aktiebolagslag 9 kap. 12 § kan nämligen endast den som är auktoriserad eller godkänd revisor vara revisor i ett aktiebolag.

Denna lilla exposé över inhabilitetens utveckling på näringsverksamhetens område speglar den genomgripande förvandling som det svenska samhället har genomgått de senaste 110–120 åren. Vad som betraktades som suspekt i äldre tider kan ha blivit god sed i dagens samhälle, och det som betraktades som god sed i gamla tider kan ha ändrat karaktär till att bli osed i vår tid. Vad framtiden bär i sitt sköte kan man bara spekulera om. Som exempel kan nämnas att den i april 2007 avgivna budgetpropositionen aviserar regeringens avsikt att inom kort att besluta om direktiv till en utredning med uppgiften att göra en översyn av konkurslagstiftningen ur entreprenörs- och tillväxtperspektiv (prop. 2006/07:100 s. 41).

Nils Jareborg

Register över hänvisningar i förarbetena till 1864 års strafflag

Registret har på uppdrag av professor Alvar Nelson upprättats av amanuensen vid lärostolen i straffrätt vid Juridiska fakulteten i Lund, hösten 1963.

Följande förkortningar används:

1832M	Förslag till allmän criminallag, 1832, Motiven
1834	Utlåtande, i anledning af anmärkningar wid förslaget till allmän criminallag, af lagcommitteen, 1834
1841	Tablå, innefattande jemnförelse emellan lagcommitteens förslag till allmän criminallag och den nu gällande, 1841
1841R	Dito, Rättegångsbalk
1842	Lagberedningens underdåniga utlåtanden, 1842
1844M	Förslag till straffbalk, 1844, Motiven
1844R	Dito, Reservationer
1844Ri	Dito, Richerts reservation
f.	följande sida
ff.	följande sidor
x	hänvisning i citat

von Almendingen

1834	88	doluspresumtion

A. L. v. s. (Journalen 1832 nr 132–138)

1834	17 ff.	om det nya
	36	latituderna
	43	straff
	101 f.	återfall
	136 ff.	stöld
	145	rån

Amerikansk rätt

1832M	99, 110	ackusatoriska principen
	119	bevismedlens behörighet
	122	bevisning av förräderi
	124	bevisning av statsbrott
	136, 156 ff.	jury
1834	48 ff.	Auburnsystemet och Philadelphiasystemet
1841	11 ff.	Auburnsystemet och Philadelphiasystemet

Anonymer

1834	82	straff vid försök
	99	crimina continuata
	106	skadestånd
	112	ärekränkning av ämbetsman
	116 f.	återfall vid förfalskning
	122	utsättande
	127	brott mot annans frihet
	129	åtal vid horsbrott
	145	rån
	146	bedrägeri
	148	konkursbrott
	150	förfalskning av enskilda handlingar, åverkan

Atterbom *se* Uppsalaprofessorerna

Baco

1834	9	motiver

Lord Bathurst (skrivelse 1819)
1834 77 deportation

de Beaumont och de Toqueville (Du système pénitentiare aux États-Unis et son application en France … Berättelse till ministern för handel och allmänna arbeten – uppdrag 1831)
1834 62 ff. penitentiarsystemet
1841 10, 12 ff. penitentiarsystemet
1842 173 ff., 180 penitentiarsystemet
1844R 87 penitentiarsystemet

Belgisk rätt
1834 165 jury
1844R 26 förfalskning av utländskt mynt

Bentham
1832M 119 alla bevismedel behöriga

Berättelse 1821 av inspektörerna för Philadelphias fängelser
1834 49 f. Philadelphiasystemet

Berättelse 1826 av inspektörerna för Auburnfängelset
1834 54 Auburnsystemet, statistik

Berättelse 1826 av inspektörerna för de irländska fängelserna
1834 57 penitentiarsystemet

Berättelse 1826 till parlamentet från Millbanksfängelset
1834 57 Millbanksfängelset

Berättelse 1832 av en engelsk parlamentskommitté
1834 77 f. deportation

Berättelse utgiven av föreningen i Boston till fängelsedisciplinens förbättrande
1834 52 Auburnsystemet

Biberg
1834 8 absolut straffteori

Bigge (berättelse till krigs- och kolonialministern Lord Bathurst)
1834 77 f. deportation

Blackstone, William
1834 55 förslag till lag om straffarbetshus (1779)
1844Ri 152 dödsstraff

Boëthius *se* Uppsalaprofessorerna

Buxton
1834 56 Millbanksfängelsets kostnader

Calonius
1834 165 prejudikat

Cederschiöld, F. (betänkande till justitiestatsministern)
1834 25 ff. om formen
42 strafflags tillämplighet
43 f. straff
112 brott mot offentlig myndighet
134 mordbrand
201 gripande

Cederschiöld, P. G.
1834 12 ff. benämningen straffbalk
36 latituder
81 böter
95 straffmätningsgrunder
107 f. förräderi
113 brott mot offentlig myndighet
122 f., 125 underlåtenhet, baneman, utsättande

Cicero
1834 19 kroppsstraff

Colqhoun (uttalande inför en parlamentskommission 1797)
1834 55 skeppsfängelse

Cousin
1834 8 absolut straffteori

Dalalagen

1842	57	domaren: lagens organ

Dansk rätt

1832M	88	universitetens jurisdiktionskompetens
	92	böter i politimål
	114	fridlöshet
	152	non bis in idem
1834	179	meddomsmän
	187	förhandlingsprincipen
1841R	7	böter i politimål

Delldén, C. D. (Juridiskt Arkif, Bd 3, H. 2 s. 161–238)

1834	12 ff.	benämningen straffbalk
	14 ff.	om det nya
	23 ff.	om formen
	33	språkdräkten
	36	latituderna
	43	straff
	95	straffmätningsgrunder
	113	gudssmädelse
	119	förgiftning
	123 f.	duell
	128	falsk angivelse
	133 f.	mordbrand
	139 ff.	stöld
	145	rån
	145 f.	bedrägeri
	146	konkursbrott
	150	förfalskning av enskilda handlingar, åverkan
	151 ff.	ämbetsbrott
	160 ff.	straffprocess – civilprocess i RB
	170 ff.	domstolsinrättningen
	182 ff.	om upptäckande och åtal av brott
	190 ff.	förfarandet vid underrätt
	194 ff.	förfarandet i hovrätt
	196	förfarandet i HD
	197 f.	om bevis

	199	rättegångskostnad
	199 f.	fullmäktig och biträde
	200 f.	häktning
	202 f.	resning
	203 ff.	böter och tvångsmedel

Engelsk och skotsk rätt

1832M	33	skadestånd
	88	universitetens jurisdiktionskompetens
	98, 110	ackusatoriska principen
	100	kärande i brottmål
	103	fredsdomare
	109	indictment
	110 f.	medel att få den tilltalade att tala
	113 ff.	fridlöshet
	119	bevismedlens behörighet
	122	bevisning av förräderi
	124	bevisning av statsbrott
	126	jäv vid skyldskap
	127	medanklagat vittne
	133	värjemålsedgång – Skottland
	136, 156 ff.	jury
	138	jury – Skottland
	145	habeas corpus-lagen
	152	non bis in idem
1834	54 ff.	straffsystemet
	77 ff.	deportation
	80	tortyr i processen
	166x	jury
	180 f.	legalitetsprincipen
	186 f.	förhandlingsprincip, ackusatorisk princip
	203	tvångsmedel mot vittnen
1841	13, 15	penitentiarsystemet
1841R	43	ingen dömas ohörd
	97	habeas corpus-lagen
	109	friande utslag av jury
1842	50	jury
1842R	26 f.	förfalskning av utländskt mynt
1844Ri	152	dödsstraff

Feuerbach

1834	10 f.	kritik av Kleinschrods lagförslag 1804
	11 f.	psykologisk avskräckning
	85 ff.	doluspresumtion, olika dolusformer
	98	utomordentliga straff
	115	förfalskning
	167x, 169	jury
	177	offentlighet

Filangieri

1834	89	rättvisa och skydd mot brott

Fransk rätt

1832M	19	försök och fullbordat brott: samma straff
	48	mord fullbordat genom försök
	50	straff för dråp
	88	universitetens jurisdiktionskompetens
	89	jurisdiktion över präster
	99, 110	ackusatoriska principen
	100	allmän åklagare
	111	underlåtenhet att svara
	113 ff.	fridlöshet
	121	jury och bevisning
	126	jäv för angivare och vid skyldskap
	136, 156 ff.	jury
	151	non bis in idem
1834	56	mot penitentiarsystemet
	74 ff.	borgerlig död
	162 fx, 164 f.	jury
	167x, 169	jury
	186	förhandlingsprincipen
1841	36	försök
1841R	43	ej dömas ohörd
	58	bevisning
1842	50	jury
1844M	56	uppfostringsanstalten La Roquette
1844R	26 f.	förfalskning av utländskt mynt
	99x	försök

Grekisk rätt
1832M 98 ackusatoriska principen

Grohlman
1834 12 Grohlmanska preventionsläran
88 doluspresumtion
180 legalitetsprincipen

Grubbe *se även* Uppsalaprofessorerna
1834 7, 11 straffteorier – Welcker

Hegel
1834 8 absolut straffteori

Helsingelagen
1842 9 ting

Henke
1834 7 absolut straffteori

Holmbergsson, J. (betänkande till Juridiska fakulteten i Lund 1832)
1834 12 ff. om det nya
43 straff
81 böter osv.
101 straffnedsättning
109 förolämpande av statsregent eller sändebud
110 majestätsbrott
111 f. ämbetsmans våldförande
114 fridsbrott, förfalskning
120 misshandel varav döden följt
120 doluspresumtion
120, 123 barnamord, misshandel mot föräldrar, aga, duell
125 ff. brott mot annans frihet
129 horsbrott
131 f. blodskam

Howard
1834 47 f. nederländska fängelserna
55 f. engelska fängelserna, lag 1779

Justitieombudsmannens ämbetsberättelse 1836–37
1841 27 antalet dödsdömda

Justitiestatsministerns berättelse om brottmålen och civila rättegångsärendena i riket under loppet af år 1837
1841 30 straffets verkan

Kanonisk rätt
1832M 98 inkvisitoriska principen
1834 130 äktenskapsbrott
164 processen
1841 31 fängelse vid vatten och bröd

Kleinschrod
1834 10 f. förslag till strafflag för Bayern
88 bekännelse förutsättning för dolusbevisning

Landslagen
1834 121 kona
1841 30, 32 bötesstraff osv.
1842 8, 54 ting
57 domaren: lagens organ

Lincoln (guvernör i Massachusetts)
1834 53 Auburnsystemet

Livingston
1834 48 f. straffmetoder
52 Auburnsystemet
55 mot kroppsstraff i fängelse

Lucas (generalinspektör för de franska fängelserna)
1842 177 f. ensamhetsfängelse för rannsakningsfångar

Mackintosh
1844Ri 152 dödsstraff

Magnus Erikssons gårdsrätt 1319
1841 29 diverse straff

Mittermaier, C. J. A.
1834 169 jury
175 fx, 176 offentlighet
1844Ri 95, 99 f. försök

Mosaisk rätt
1834 129 horsbrott
131 f. blodskam
1841 33 frekvens av dödsstraff
162 blodskam

Napoleon
1834 74 borgerlig död

Nederländsk rätt
1832M 88 universitetens jurisdiktionskompetens
156 jury
1834 47 f. frihetsstraff, Gent
1841 13 frihetsstraff
1844R 26 förfalskning av utländskt mynt

Nehrman-Ehrenstråle
1841 34 straffets ändamål
1844R 26 förfalskning av utländskt mynt

New York-kommitté 1825
1834 53 f. Auburnsystemet

Nihill
1842 180 penitentiarsystemet

Nordamerikanska kolonierna
1834 46 frihetsstraff

Norsk rätt
1832M 88 universitetens jurisdiktionskompetens
92 böter i politimål
114 fridlöshet
152 non bis in idem
1834 179 meddomsmän
1841R 7 böter i politimål
1844R 26 f. förfalskning av utländskt mynt
116 försök
132 dråp – mord
140 olovligt tillgrepp
142 f. skogsåverkan
156 skydd för landets högsta myndigheter
1844Ri 150 grymhet mot kreatur

Paul, Georges (berättelse till underhuset 1819)
1834 56 Gloucesterfängelset

Peel
1844Ri 152 dödsstraff

Pennsylvania: Statistisk översikt av strafflagens verkningar (1816)
1834 50 Philadelphiasystemet

Pennsylvania: Strafflagsreferenterna
1834 50 Philadelphiasystemet
52 Auburnsystemet
55 kroppsstraff i fängelse

Platon
1834 12 förbättringsteori

Powers
1834 54 Auburnsystemet
1841 14 Auburnsystemet

Rabenius *se* Uppsalaprofessorerna

Richter
1834 8 absolut straffteori

Romersk rätt
1832M 18 försök – uppsåt
48 mord fullbordat genom försök
51 flera samverkar vid dråp
66 ärekränkning
98 ackusatoriska principen
1834 74 f. borgerlig död
129 f. äktenskapsbrott
162x, 164 processen
1841 36 försök
55 ärekränkning
1844R 99 fx försök

Romilly
1834 56 penitentiarsystemet, motion 1810
1844Ri 152 dödsstraff

Rossi
1834 8 absolut straffteori
45x straffen

La Rouchefoucauld Liancourt
1834 49, 57 Philadelphias fängelser

Schweizisk rätt
1834 57 f. straffmetoder, straffarbetshus
1841 13 ff. straffmetoder, straffarbetshus

Skotsk rätt *se* Engelsk rätt

”Skarpsinnig tänkare”
1834 185x ackusatorisk och inkvisitorisk princip

Stadslagen
1834 175x ting
1842 54 ting
57 f. domaren: lagens organ

Styrelsens öfver fängelser och arbetsinrättningar, för år 1835, till K.M:t ingifna underdåniga berättelse om Fängelserna och Correctionsinrättningarna

1841	28	förhållandena i fängelserna

Södermannalagen

1842	9	ting
	58	domarepengar

Thomson (tal till representanthuset 1826)

1834	51	fängelsernas tillstånd i Columbia

de Toqueville *se* de Beaumont

Tysk rätt

1832M	61	begreppet baneman
	68	sedlighetsbrott
	100	defensorer, avskaffande av tortyr m.m.
	110	ohörsamhetsstraff
	113 ff.	fridlöshet osv.
	116	Geleit
	121	extraordinära straff
	126	jäv vid skyldskap
	133	värjemålsedgång
	150 f.	non bis in idem
	156 ff.	jury
1834	3x	rationella skolan, historiska skolan
	29	systematik
	165	jury
	186 f.	förhandlingsprincipen
1841	162	blodskam
1844R	43	ej dömas ohörd

Tysk rätt: Baden

1832M	110	ohörsamhetsstraff
1834	44	kroppsstraff
1844R	60	nödvärn

Tysk rätt: Bayern

1832M	19	försök
	49	straff för dråp
	88	universitetens jurisdiktionskompetens
	89	jurisdiktion över präster
	110	ohörsamhetsstraff
1834	4x, 9 ff.	utveckling av lagens grunder
	41	strafflags tillämplighet
	58	penitentiarsystemet
	59, 74 ff.	borgerlig död
	72, 74	frihetsstraff
	82 ff.	försök
	85 ff.	uppsåt, vållande
	90 ff.	delaktighet
	103	lydnadsförhållande
	104	preskription av böter
	115	förfalskning
	170	jury
1841	13	penitentiarsystemet
1844R	26	förfalskning av utländskt mynt

Tysk rätt: Bayern (von Gönners strafflagsförslag 1822)

1834	44	kroppsstraff
	76	borgerlig död
	84	avbrytande av försök
	87	doluspresumtion
	100	straffökning vid återfall

Tysk rätt: Braunschweig

1834	42	strafflags tillämplighet
	76	borgerlig död
1844R	26	förfalskning av utländskt mynt

Tysk rätt: Hannover

1834	42	strafflags tillämplighet
	87	doluspresumtion
	91	delaktighet
	119	värderingsed – mened

Tysk rätt: Preussen

1832M	6	inländsk man som begått brott utomlands
	19	försök
	51	flera samverkar vid dråp
	53	barnamord
	88	universitetens jurisdiktionskompetens
	89	jurisdiktion över präster
	99	undersökningsprincipen
	110	ohörsamhetsstraff
1834	42	strafflags tillämplighet
	87	doluspresumtion
1841	127	barnamord
1844R	26	förfalskning av utländskt mynt

Tysk rätt: Sachsen

1834	42	strafflags tillämplighet
1844R	26	förfalskning av utländskt mynt

Tysk rätt: Württemberg

1832M	88	universitetens jurisdiktionskompetens
1844R	26	förfalskning av utländskt mynt

Ungersk rätt

1844R	26	förfalskning av utländskt mynt
	99 fx	försök

Uplandslagen

1841	29	husbonderätt
1842	9	ting
	58	skriftliga domar

Uppsalaprofessorerna (Boëthius, Rabenius, Grubbe, Atterbom – Skandia, Bd 1, H. 1, s. 3–130)

1834	2 ff.	yttersta grunden för statens straffrätt
	14 ff.	om det nya
	20 ff.	om formen
	22	statens idé
	32 f.	språkdräkten
	36	latituderna

40 f. svensk rätts tillämplighet
43 f. straff
59 ff. bayerska lagen om frihetsstraff, borgerlig död
74 ff. fästningsstraff, borgerlig död
76 ff. diverse straffarter
81 ff. försök
85 ff. vållande, rättsvillfarelse
89 ff. delaktighet
95 ff. straffmätningsgrunder
102 ff. straffrihetsgrunder
106 ff. förräderi
110 majestätsbrott
111 f. brott mot offentlig myndighet
113 f. fridsbrott
115 förfalskning
118 mened, falsk angivelse
119 f. förgiftning
120 ff. barnamord, utsättande
126 ff. brott mot annans frihet
128 falsk angivelse, avbön
130 åtal vid horsbrott
132 sedlighetsbrott
133 ff. mordbrand
136 ff. stöld
145 rån
146 ff. bedrägeri
151 åverkan
152 ff. ämbetsbrott
160 straffprocess – civilprocess i RB
162 ff. domstolsorganisationen
166 f. jury
170 ff. domstolsinrättningen
182 ff. om upptäckande och åtal av brott
189 f. förfarandet vid underrätt
196 ff. om bevis
202 om laga tid

Västgötalagen
1832M 113 fridlös
1842 9 ting

von Weber
1834 89 dolusvarianter

Welcker
1834 7 absolut straffteori

Westmannalagen
1842 9 ting

Wijkman
1834 99 crimina continuata
101 straffnedsättning
104 ff. diverse straffnedsättningsgrunder
107 förräderi
112 f. brott mot offentlig myndighet
116 förfalskning, bruk av det förfalskade
118 mened
121, 123 fosterfördrivning, duell
134 f. mordbrand
142 inbrott
145 rån
147 trolös syssloman
148 konkursbrott

von Würth
1844M 54 ensamhetssystemet

Örsted
1834 87 doluspresumtion

Österrikisk rätt

1832M	4	latituder
	19	försök (samma straff som fullbordat brott)
	88	universitetens jurisdiktionskompetens
	89	jurisdiktion över präster
	110	ohörsamhetsstraff
1834	42	strafflags tillämplighet
1841	36	försök
1844R	26	förfalskning av utländskt mynt

Östgötalagen

1834	121	kona
1842	9	ting

Mats Kumlien

”Om allas ledighet och allas behof, på en och samma gång inträffade”

1 Arbetsrättshistoria

Göran Ingers lärobok ”Svensk rättshistoria” är ett standardverk. Kontinuitet och förändring under närmare 1000 år skildras i fem epoker, vilka i sin tur är uppdelade på en rad olika rättsområden. Boken slutar med en översikt över rättshistoriska milstolpar. För tiden efter 1809 redovisas flera nya juridiska discipliner, bland annat arbetsrätt. I det sönderlästa exemplar som jag har framför mig förläggs arbetsrättens början vid 1833 års legostadga, medan en slutpunkt sätts vid 1970-talets lagar om anställningsskydd, medbestämmande och fem veckors semester.[1]

Från de linjerna startar mitt bidrag till skriften tillägnad Görans minne. Arbetsrättens gränser är rättshistoriskt intressanta samtidigt som arbetslivets reglering har hög politisk relevans. Inte minst lagen om anställningsskydd (LAS) har varit kontroversiell allt ifrån sin tillkomst 1974. Med hänvisning till att fler ska få arbete har ofta krävts undantag från LAS huvudregler om anställning ”tills vidare”. I stället vill man skapa större utrymme för säsongsanställningar eller andra korttidsavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Arbetslivets villkor anses ha ett samhällsintresse som är vidare än de enskilda parternas. Andra kritiker menar att arbetsrätten försämras om det politiska systemet lägger sig i intressekampen om spelreglerna.[2]

[1] Inger, G, Svensk rättshistoria, 2:a, Lund 1982, s. 319, 322.
[2] Nycander, S, ”Till kollektivavtalens försvar” i Frisinnad tidskrift 2007:2, s. 44–47.

Den följande betraktelsen avser att belysa hur vår tids diskussion om anställningstrygghet, arbetstid och arbetsmiljö har motsvarigheter i tidigare perioder av svensk rättshistoria. Inte minst finns många beröringspunkter med den debatt som fördes om de arbetsrättsliga bestämmelserna i 1826 års civillagsförslag.

2 Den gamla goda tiden

2.1 Ett besynnerligt avtal

I sin doktorsavhandling 1878 gjorde Alfred Ossian Winroth följande konstaterande: ”Det egendomliga och varaktiga förhållande, hvari kontrahenterna genom ett tjenstehjonsaftal träda, och de mångfaldiga intressen, som deraf beröras, hafva haft till följd, att det företer beståndsdelar af så olika natur, att man återfinner detsamma inom nästan alle de olike vetenskapsgrenar, som afhandla en menniskas rätt och pligt i samhället, inom stats-, kriminal-, process- och politi-, ej mindre än i privaträtten.”[3]

Den rättsliga figur, ”tjänstehjonsförhållandet”, som väckte Winroths förundran, och som formellt avskaffades 1926, hade gamla anor i svensk rätt.

En laghistorisk rot löpte från ”den allmänna rätten”, alltså landskaps-, lands- och stadslagar, liksom 1734 års Handelsbalk, vilka alla innehöll bestämmelser av, vad Winroth skulle ha kallat, privaträttslig karaktär. Ett annat ursprung fanns i kungliga förordningar och stadgor som gav uttryck för politirättsliga intressen genom föreskrifter, inte bara om formerna för hur arbetsavtal skulle ingås, utan också om tvingande avtalsvillkor rörande lönens storlek, tidslängd för avtalet och uppsägningstid.[4]

Dessutom, så långt tillbaka som man i skriftliga källor kan följa tjänstehjonsinstitutet återfinns det i förening med ett tjänstetvång. Varje person utan viss egendom eller inkomst var skyldig att ingå arbetsavtal med en godkänd husbonde, ett avtal som förutsatte en vidsträckt och obestämd arbetsskyldighet. Den som inte kunde uppvisa godkänd anställning riskerade att placeras i statliga institutioner, gruvor, tukthus etc.

Winroth uppmärksammade att dessa tidiga arbetsrättsliga regleringar mer eller mindre öppet upprätthöll en tvärförbindelse mellan allmän lag

[3] Winroth, A O, Om tjenstehjonsförhållandet enligt svensk rätt, Uppsala 1878, s. 35.
[4] Legostadgor utfärdades 1664, 1686, 1723, 1739, 1805 och 1833. Den sista upphävdes 1926.

och politirättsliga förordningar. Den första legostadgan 1664, exempelvis, ombildade lagbud från kungliga förordningar samtidigt som den ur den allmänna lagen tog upp olika privaträttsliga delar. Till historien hör dessutom att de kungliga förordningarna i regel tillkom på ständernas anhållan, och att rättsområdet alltså var föremål för riksdagens intresse.

Husbondens allomfattande myndighet förutsatte att tjänstefolket behandlades som medlemmar av familjen. Legostadgorna föreskrev att hjonet måste förvara sina kläder och ”kista” hos husbonden och inte fick lämna huset utan tillstånd. Om det avvek under avtalstiden skulle polis eller länsman bistå med att fånga in rymlingen. Husbonden fick ge ett uppstudsigt hjon ”måttlig husaga”. En husbonde som då skadade sitt hjon kunde bedömas enligt en mildare straffskala samtidigt som hjonets våld mot husbonden var en högst försvårande omständighet för hjonet.

Hjonets subordinationsplikt motsvarades av husbondens skyldighet att svara för sin tids ”vård, skola och omsorg”, d.v.s. att tillhandahålla mat, husrum, skydd, yrkesutbildning och nyttig uppfostran inklusive grunderna i den rena lutherska läran. Gamla arbetare som troget tjänat sin husbonde sedan 30-årsåldern skulle få bo kvar, dock mot skyldigheten att utföra rimliga sysslor.[5]

2.2 Legostämman

Tjänstetvånget speglade en ambition att främja långvariga rättsförhållanden. Lagstiftaren röjde med andra ord inte någon benägenhet att uppmuntra till täta tjänstebyten eller korta avtalsperioder. Tvärtom reglerades konkurrensen mellan husbönder och legostadgorna förbjöd dem att locka hjon från varandra. Bibelns bud om att inte hysa begär till sin nästas tjänare kunde blandas med pragmatiska fattigvårdsaspekter; som nämnts hade husbonden skyldighet att ta hand om åldrande hjon, som hade tjänat länge hos honom.

Dessutom innehöll stadgorna tvingande bestämmelser om en viss bestämd tid då avtalet skulle gälla. Troligen var den ursprungliga stämman på ett halvt år.[6] Med tiden skedde övergång till helår, men först med

[5] SFS 1833:43, särskilt §§ 5–10, 16–17, 45–47, 52. Nelson, A, ”Aga – ur rättspolitisk synpunkt” i Kungl. Humanistiska-Vetenskaps-Samfundets i Uppsala Årsbok 1988, s. 78–79, 83.

[6] Winroth, Om tjenstehjonsförhållandet, s. 118–125.

1723 års legostadga var helårsstämman genomförd med undantag för Stockholm, där normaltiden var ett halvt år. Kom parterna överens om kortare avtalstid, skulle avtalet falla utanför legostadgan.

Men legostämman var också en maximitid; längre avtal än vad lagen föreskrev förbjöds med hänvisning till att tjänstehjonet inte skulle riskera att binda sig för livstid eller ett stort antal år, något som kunde anses närma sig träldom. Men trots bestämmelsen om maximitid, kunde parterna när som helst komma överens om ”vidare tjänst”, det vill säga förlängning av avtalet. Då avskars uppsägningsrätten, och om detta skedde i början av stämman blev avtalstiden i praktiken två år. Förutom genom en sådan uttrycklig överenskommelse kunde avtalet förlängas med automatik genom utebliven uppsägning.[7]

2.3 Städjostämman

Men legostämman var inte bara en tidslängd när som helst, utan också en verklig ”termin”. Alla tjänstehjonsförhållanden skulle upplösas på en av staten bestämd, regelbundet återkommande dag, och ett avtal skulle inte binda parterna längre än till dess det datumet inföll. Vidare skulle nya tjänstehjonsavtal för en viss legostämma ingås under en särskilt därtill anvisad tid, ”städjostämman”, vilket alltså innebar en avgränsad termin för att sluta avtal. Under historiens lopp hade emellertid både längden och tidpunkterna varierat.

Landskapslagarna hade sinsemellan olika terminer, vilket gav återklang i 1300-talets rikslagstiftning. Enligt Upplandslagen (1296) skulle legostämmorna vara två, den ena från pingst till Mårtensmäss (11 november), den andra därifrån och till pingst,[8] en reglering som återkom i Magnus Erikssons landslag från omkring 1350. Dalalagen, däremot, satte gränserna vid påsk respektive ”vinternätterna”, vilket senare i Magnus Erikssons stadslag preciserades till ”Mickelsmäss” som inföll sista veckan i september.[9]

Reglerna för landsbygden föreskrev alltså slutdagar som låg en och en

[7] Winroth, Om tjenstehjonsförhållandet, s. 123–124.

[8] Upplandslagen, BB 11:2 i Holmbäck, Å & Wessén, E, Svenska landskapslagar 1, 2:a, Stockholm 1979, s. 167, 190. Se även Södermannalagen, BB 26:2 och Västmannalagen, BB 11:2.

[9] Dalalagen, BB 51 i Holmbäck-Wessén Svenska landskapslagar 2, Stockholm 1979, s. 64, 77. Holmbäck-Wessén, Magnus Erikssons stadslag, Lund 1966, s. 95 (BB 21:3), 108–109. Även Äldre Västgötalagen, Förn.B 11.

halv månad senare än för städerna, vilket sannolikt berodde på att man såg skillnader i arbetslivets villkor. I praktiken kan dock Mickelsmäss ha tillämpats som slutdag även på landet. Det kan för övrigt tyckas besynnerligt att vårens fardagar var rörliga inom en månads intervall genom att knytas till påsk respektive pingst. Kanske är förklaringen att de kyrkliga högtiderna medförde att arbetet ändå stannade upp? 1734 års lag preciserade städjostämman till tiden mellan Larsmäss (10 augusti) och Mickelsmäss, alltså knappt två månader. Övrig tid skulle råda arbetsro och en husbonde inte tillåtas försöka locka någon annans hjon.[10]

2.4 Friveckan

1734 års lag utgick från bara en legostämma och en städjostämma, med brytpunkten vid Mickelsmäss, 24 september.[11] Den helgen markerade en traditionell gräns mellan sommar och höst, och den inföll vid slutet av årets skördearbete, en tid för fest och marknader.

Mickelsmäss hade också en annan arbetsrättslig aspekt. Då inleddes friveckan. När ett hjon vid slutet av en legostämma lämnade sin tjänst för att ta en ny plats, var han eller hon inte skyldig att omedelbart inställa sig hos sin nye husbonde utan kunde vänta till den 1 oktober. Redan Magnus Erikssons landslag stadgade ”sju dygn må hjonen vara lediga mellan legostämmorna och ej längre; sedan skola de taga emot lega”.[12] Dessa ”slinkdagar” hade ursprungligen varit den äldsta städjostämman, då hjonet kunde se sig om efter en ny tjänst. Men då perioden för avtalsslut successivt flyttades in i slutet av den föregående legostämman, är det inte osannolikt att friveckan med tiden kom att fungera som ”en sorts semester i höstrusket”.[13]

[10] 1734 års lag, HB XIV kap. 1 §. I Stockholm praktiserades dock två halvårsstämmor.

[11] 1734 års lag, HB XIV kap. 1–2 §§. Holmbäck-Wessén, Magnus Erikssons stadslag, s. 108–109. Här bortses från att den gregorianska kalendern (”nya stilen”) infördes i Sverige 1753 genom att man lät 1 mars följa omedelbart på 17 februari.

[12] Holmbäck-Wessén, Magnus Erikssons landslag, Lund 1962, s. 106–107 (BB 14:2). Se även Upplandslagen BB 11:3.

[13] Sigeman, T, ”Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling”, SvJT 1984, s. 879. För städer gällde ofta bara tre eller fyra fridagar. Se ”Till det fjerde” i legostadgor, 1664, 1686 och 1723. 1734 års lag, HB XIV kap. 4 §. Legostadgan 1739, Art. 6 § 1. 1833 års legostadga, § 45.

2.5 Skälen bakom tjänstehjonsrätten

Legohjonsstadgorna och handelsbalken i 1734 års lag avsåg jordbrukets och hushållens oskolade arbetare, som utgjorde den övervägande delen av landets arbetskraft ända in på 1900-talet. Därutöver fanns, i både verkligheten och lagstiftning, andra grupper av arbetare, som grovt sett kan sorteras i två kategorier. Den ena var dagakarlar eller daglönare. De hade alltid betraktats som undantag och en riskgrupp. Den andra gruppen var skråväsendets skolade hantverkare, som tillerkändes större oberoende än tjänstehjon. Lagstiftningen föreskrev i regel ingen minimitid för avtal mellan gesäller och mästare, och förhållandet kunde vara flera år, likaväl som bara någon vecka.

För att återgå till tjänstehjonsrätten och lösdriverilagarna: vilka rättspolitiska tankar låg bakom reglerna om tjänstetvång, legostämma, städjostämma och flyttdagar? Svensk rättshistoria har här talat om tre grunder. (1) Sedan åtminstone Gustav Vasas tid inskärptes varje individs plikt till självförsörjning och betydelsen av att *begränsa kostnaderna för fattigvård*. (2) Under tider av brist på arbetskraft, vilka var vanliga fram till 1800-talets proletarisering, framhölls vikten av att så många som möjligt gav sitt *bidrag till landets produktion*. (3) Från början av 1800-talet dominerade *säkerhet* och behov att kontrollera underklassen som huvudmotiv för tjänstetvånget. De tre intressena kunde överlappa varandra. En konsekvent genomförd arbetslinje skulle avlasta samhället från fattigunderstöd, skydda arbetarna mot äventyrliga lockelser och bidra till ökad produktion.

Det var alltså ett syfte bakom legostadgornas stämmor, terminer och flyttdagar att bönderna skulle garanteras arbetskraft under den intensivaste skördetiden. När den perioden slutade i olika delar av landet var emellertid en omstridd fråga. 1819 flyttade lagstiftaren fram slutdatumet en månad, från Mickelsmäss till 24 oktober, vilket innebar att ”flyttdagen” inföll den 1 november.[14] Framflyttningen har motiverats med att till Sverige infördes nya rotfrukter, som krävde senare skörd än slutet av september.

Snart skulle det svenska samhället ställas inför större utmaningar än skörden av potatis och kålrötter.

[14] Kongl. Maj:ts nådiga kungörelse angående flyttningstiden för tjenstehjon, 22 april 1819.

3 Det långa 1800-talet

3.1 En svensk *Code civil?*

I likhet med många andra europeiska länder genomgick Sverige omfattande strukturella förändringar under 1800-talet. Familjen som grundläggande produktionsenhet bröts upp och ett nytt proletariat av lönearbetare uppkom. Lagförarbeten, jurister och debattörer visade påtaglig ambivalens när det gällde hur staten skulle hantera ”den sociala frågan” och det faktum att allt fler hamnade utanför det traditionella hushållets omsorg. Samtidigt fördjupades en ideologisk kamp mellan å ena sidan individualisering och liberalism, å andra sidan romantik och konservatism. Parallellt med allt detta professionaliserades svensk juridik genom att akademisk utbildning fick större betydelse för domarrollen och genom att rättsvetenskapen allt starkare segmenterades i strikt avgränsade rättsområden.[15]

De strukturella och ideologiska förskjutningarna var allmänna fenomen i västvärlden. Så var också många reaktionsmönster. I spåren av den franska revolutionen hade ett nytt koncept för lagstiftning kommit på modet (*Les cinq codes,* 1804–1810), vilket gav återklang i Sverige. Omedelbart efter statskuppen 1809 inledde den nya regeringen arbetet med att reformera 1734 års lag. En lagkommitté tillsattes 1811 med uppdrag att utarbeta förslag till allmän civillag, allmän strafflag och processlagar. Kommittén lämnade två förslag till en ny handelsbalk, 1815 respektive 1826.[16] Det senare var en del av det utförliga och berömda förslaget till en svensk civillag som, trots att det följde balkindelningen i 1734 års lag, i sina materiellrättsliga regleringar visade att författarna hade haft den franska *Code civil* från 1804 som förebild.

Bland annat föreslogs flera kontroversiella ändringar inom familjerätten, som jämställdhet mellan äkta makar, lika arvsrätt mellan söner och döttrar liksom att ogifta kvinnor över 25 år skulle tillerkännas myndighet. Kommittén förordade också avskaffandet av skrålagstiftning och partikulära domstolar, införandet av jurysystem samt ackusatorisk processprincip i straffrättsliga mål.

[15] Björne, L, Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia II, Lund 1998, s. 3–4.

[16] Förslag till Handelsbalk 1815, Stockholm 1815 och Förslag till Allmän Civillag 1826, Förslag till Handelsbalk, Stockholm 1826.

Förslaget till civillag sändes på remiss till Högsta domstolen, hovrätterna och de juridiska fakulteterna. Det tillbakavisades av justitieråd och professorer, många gånger under klar påverkan från den historiska skolan. Den svenska debatten om 1826 års civillagsförslag hade därför flera likheter med kampen mellan Thibaut och Savigny i Tyskland under 1810-talet. Förslagets kritiker menade att en utförlig och enhetlig kodifikation skulle reducera domaren till att vara ”*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Deras motstånd ska därför inte uppfattas bara som ett utslag av politiska hänsyn eller allmän motvilja mot lagstiftning, utan också som uttryck för lärda juristers strävan att värna sitt revir för rättsbildning. I samma riktning pekar det faktum att många av förslagen från 1826 inom bara några decennier kom att förverkligas genom partiell lagstiftning.[17]

3.2 Arbetsavtal och kodifikationsstrid

Debatten om den sociala frågan omfattade även arbetslivet. Hur skulle staten reglera förhållandet mellan husbönder och tjänstehjon, liksom de nya ”fria” arbetsavtal som tilltog i antal? Hur mycket skulle parterna få avgöra själva?

En särskild fråga gällde till vilket rättsområde tjänstehjonsavtalen skulle sorteras, obligationsrätt eller familjerätt? Savigny hade betonat vikten av att skydda etablerade positioner och nått slutsatsen att den tyska motsvarigheten av arbetsavtal (*Dienstbotenrecht*) hörde till familjerätten och därför lydde under samma typ av orubbliga ”Urrechten” som äktenskapet.[18] Hans tankar i det här specifika avseendet fick bara begränsat gehör i Sverige.

Visserligen försökte Fredrik Schrevelius 1844 transplantera Savignys idéer till svensk rätt genom att placera tjänstehjonsförhållandet inom familjerätten. Men Schrevelius var inte representativ för en dominerande uppfattning, utan svenska jurister och lagstiftare hävdade i regel att dessa avtal tillhörde obligationsrätten. Samtidigt kunde de instämma i Schreve-

[17] Peterson, C, ”Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag – en svensk kodifikationsstrid?” i Kekkonen, J, m.fl. (red.). Norden, rätten, historien – Festskrift till Lars Björne, Helsinki 2004, s. 245–263 och Sandström, M, ”Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket” i Kekkonen, m.fl., 2004, s. 291–309.

[18] Savigny, Fr C von, System des heutigen Römisches Rechts, I, Berlin 1840, s. 346, 356, 366–367.

lius åsikt att avtalen var utrustade med en uppsättning prekontraktuella klausuler om lojalitet, subordination och vårdnadsansvar.[19]

Samma ambivalens framskymtar i lagkommitténs förslag om arbetsavtal. I likhet med *Code civil* utgick de från en distinktion mellan avtal som gällde specificerade resultat respektive ospecificerade arbetsavtal. Den första typen, kallad ”byggnads- eller annat arbetsbeting”, beskrevs som att någon uppdrog ”åt annan werkställigheten af ett bestämdt arbete, som denne åtager sig för ett wist pris eller arfwode”.[20]

Av helt annan karaktär var ”vanlig arbets- eller dagswerkslega”. Kommittén framhöll att av ”olikheten i menniskors yttre omständigheter blifwer alltid en nödwändig följd, att några behöfwa andras tjenst och arbete, och att andre åter skola finna sig föranlåtne, att lega sina yttre krafter till andras bruk”. Här fanns grunden för de vanliga tjänsteavtal som utmärktes av att den tjänande skulle höra till husfolket hos den som hade rätt till arbetets fullgörande. På så sätt kunde ”husbonden” använda tjänstehjonet inte bara till någon bestämd prestation utan till husliga göromål i allmänhet.

Genom tjänstehjonsavtalet uppkom ett ”husligt samfund” mellan parterna. Kommittén hävdade att deras ömsesidiga rättigheter visserligen kunde bestämmas av borgerliga lagen genom allmänna regler, men de kunde inte uttalas ”med den omständliga noggrannhet, i afseende på särskilda inträffade händelser” som var möjligt för andra avtal. Husbonden kunde därför kräva att den arbetande parten utförde alla sysslor ”hwarpå husets wälfärd och lugn bero”. Varje försök att därutöver precisera denna rätt, skulle vara lika fruktlöst som äventyrligt, eftersom tjänstehjonet då skulle få anledning att vägra de tjänster som husbonden skäligen fordrat. Den enda begränsning som kommittén förordade var hjonets ”förmåga”, rätt till ”nödig hwila och föda”, och skydd mot att ”omenskligt behandlas”.

Det vore lika betänkligt, skrev kommittén, att genom speciella föreskrifter staka ut gränserna för rättigheter och skyldigheter för alla tänkbara händelser, som att försöka precisera föräldrars makt och myndighet över sina barn. Med tanke på den civila lagens ”egentliga föremål” var det dessutom inte kommitténs uppgift att föreslå regler som hörde till andra

[19] Kumlien, M, Continuity and Contract, Historical perspectives on the employee’s duty of obedience in Swedish labour law, Stockholm 2004, s. 89–123.

[20] Förslag till Handelsbalk 1815, s. 108 ff. Förslag till Handelsbalk 1826, s. 197 ff.

rättsområden, till exempel ”Police-makten”, som innehöll regler om tvångsarbete för lösdrivare och medellösa personer.[21] Så långt följde lagkommittén traditionen för tjänstehjonsrätt.

3.3 Säsongsanställningar och korttidsavtal

I ett annat viktigt avseende avvek man emellertid från ett mönster som var väl etablerat i svensk lagstiftning, och det gällde tiden för avtalet.

Enligt lagtexten i 1815 års förslag skulle legostämman vara ett år. I motiven fanns tillägget ”då den genom särskild överenskommelse emellan husbonde och tjänstehjon ej blivit bestämd”, vilket kan tolkas som en antydan om att regeln, i strid med tidigare lagar, skulle vara dispositiv.[22]

Protokollen från kommitténs möten visar dessutom att ledamöterna inte varit eniga i fråga om terminen för uppsägning av avtalet. Redan vid diskussion den 13 april 1815 hänvisade Anders Erik Afzelius till traditionella synsätt. Han motsatte sig att parterna när som helst skulle kunna säga upp ett ettårskontrakt, eftersom det ofta kunde leda till för tidiga uppsägningar och obehagliga förhållanden emellan husbonde och tjänstehjon. Två månaders uppsägningstid före flyttning borde vara tillräckligt för båda att söka sig en motpart. Enligt Afzelius undvek man bäst att sysslolösa personer försökte tubba tjänstefolk från en husbonde till en annan, ”om allas ledighet och allas behof, på en och samma gång inträffade”. Följaktligen borde den nya lagen innehålla en föreskrift om att uppsägning bara kunde ske mellan Olofsmäss (29 juli) och Larsmäss (10 augusti). Afzelius stöddes av kommerserådet Lenngren och justitierådet Blom.

Replik kom från några av kommitténs övriga ledamöter, kommerserådet Zenius, advokatfiskalen Staaff och den kände liberalen, häradshövdingen Johan Gabriel Richert. De kunde inte inse att ett tvång, som under lång tid hindrade husbonde och tjänstehjon från att med gällande kraft säga upp legokontraktet, skulle befordra förtroende mellan parterna. Hjonets rättighet att när som helst säga upp sin tjänst kunde inte minska aktningen för husbonden eller medföra de i övrigt befarade skadliga följ-

[21] Förslag till Handelsbalk 1815, s. 100, 108. Förslag till Handelsbalk 1826, s. 136–139, 195–196.

[22] Förslag till Handelsbalk 1815, 11 kap. 2 §, s. 47, 105.

derna. Linjen biträddes av hovrättsrådet Widman, landshövdingen Edelcreutz, justitierådet Poppius och justitiestatsministern Gyllenborg.[23]

Argumentationen fördes vidare i motiven till 1826 års förslag och då var kommittén mer rättfram i lagtexten. Minimitiden på ett år, som länge varit en tvingande regel, skulle gälla bara för avtal som saknade uttryckligt villkor i det avseendet. Husbonde och hjon skulle alltså anförtros att själva bestämma hur länge kontraktet skulle gälla och ha frihet att, med två månaders varsel, säga upp avtalet närhelst de önskade.

Kommittén stannade inte där. Även om parterna tillerkändes frihet att bestämma legotiden, motsatte sig kommittén att legoavtal skulle få avse mer än ett år, eftersom de ”för längre tider kunde betaga tjenstehjonet möjlighet och hog att förbättra sina willkor och draga fördel af inträffade lyckliga händelser, samt någon gång leda derhän, att tjenstehjonet måste för livstid uppgifwa hoppet att bereda sig en mindre beroende ställning”. Kommittén ville därför ge båda parter rätt att, när legoavtal blivit slutet för längre tid än ett år, ändå säga upp avtalet efter ett år.[24] Tendensen i kommitténs budskap var klar: tjänstehjonets intresse av integritet och möjlighet till socialt avancemang motiverade avtalsfrihet och korta legoförhållanden.

I remissomgången vädrades emellertid andra synsätt. Hovrätten över Skåne och Blekinge avstyrkte den föreslagna friheten för parterna med motiveringen att den skulle öka antalet lösdrivare och leda till oreda i beskattningen.[25]

Högsta domstolens majoritet gick längre och framhöll att det skulle verka menligt på flera samhällsförhållanden om lagen tillät legoavtal mellan husbonde och tjänstehjon för hur kort tid som helst. Man fruktade att möjligheten till avtal som bara varade några dagar skulle uppmuntra husbonden att anställa folk bara under sommaren, då arbetsbehovet var som störst. Hjonet, å sin sida, skulle söka tjänst för vintern, men inte för sommaren, förlitande sig på de många tillfällen som då erbjöd sig till att

[23] Förslag till Handelsbalk 1826, Protokoll den 13 april 1815, Bihang 3, s. 58.

[24] ”Husbonde äge med tjenstehjon göra aftal om legotiden. Är ej aftal derom gjordt; ware laga legostämma ett år, så å landet, som i stad. Är legoaftal slutet för flera, än ett år; äge ändå hwardera wåld uppsäga aftalet, som i 13 § sägs.” Förslag till Handelsbalk 1826, s. 136–137, Motiver, s. 195–196.

[25] Anmärkningar wid förslaget till allmän civillag författade wid den af Kongl. Maj:t i nåder Presidenten uti Kongl. Hofrätten öfwer Skåne och Blekinge anbefallde granskning af berörde förslag, s. 33, 107, 117.

få inkomst genom arbetsbeting emot oskälig stegrad betalning. Bägge skulle under vissa tider råka i förlägenhet, och av ”den tjenande classen” långt fler bli fattiga eller nödställda. Andra skulle söka olovliga metoder för sin utkomst. När de då fick myndigheterna på sig för att de saknade laga näringsfång, skulle de anta tjänst för bara några dagar, och sedan återgå till det förra levnadssättet, vilket torde leda till oreda i mantalsskrivningen (den tidens folkräkning) och husbondens ansvarighet för tjänstehjonens skatter. HD:s pluralitet tillstyrkte därför att man bibehöll legotiden vid ett år för hela riket utom Stockholm, där avtal kunde ingås även för halvt ett år. Flyttdagarna skulle bestämmas i administrativ författning utanför civillagen.

Dessutom betonade HD att arbetsavtal som var kortare än ett år inte juridiskt kunde behandlas som tjänstehjonsavtal eller medföra de rättigheter och skyldigheter, som enligt lag fanns mellan husbonde och tjänare.

Men även i den här församlingen fanns dissidenter. Nils Wilhelm Stråle förklarade att avtalets varaktighet inte var avgörande. Eftersom lagen varken borde eller kunde förbjuda arbetsavtal för kortare perioder, var i stället den centrala frågan om inte husbondens rättigheter och skyldigheter gällde även de korttidsavtal, för vilka arbetarens åtagande var av ”enahanda beskaffenhet med hvad för tjänstehjon i allmänhet ägde rum”. I samma riktning gick uttalandet från justitierådet Petersson, som menade att dessa korttidsavtal kunde bedömas efter ”allmänna grunder” och inte krävde några särskilda bestämmelser.[26]

3.4 Flyttdagar och klimatzoner

Oenigheten om legostämmans tidsgränser bäddade för en diskussion om städjostämma och flyttdagar.

I motiven till 1815 års förslag pekade kommittén på flera problem med att ha Mickelsmäss (24 september) som slutdatum. Skörden var ännu inte helt bärgad och husbonden måste i sju dagar vara utan tjänstefolk ”å en tid, då, för återstående bergning och wanliga höstsysslor, plöjning, wårlandens beredning och andra jordarbeten, den annalkande wintren, och en densamma föregående otjenlig och regnig wäderlek, hwarje arbetstimma är för honom högst wiktig”. Dessutom kunde man inte

[26] Högste Domstolens Protocoll 1836 vid Granskningen af Förslaget till Allmän Civil-Lag, Stockholm 1836, s. 156–159.

vänta sig någon större omsorg från ett tjänstehjon när det bärgade en gröda, som det inte skulle få njuta av själv. Kommittén övervägde därför midsommartiden som bästa tid för flyttning, och man gjorde det med vändningar som skulle kunna få den mest inbitna stadsbo att gripas av längtan till landet:

> ”Wid denna tid är boskapens utfordring förbi, wårbruk och sådd fulländade, dikning och rödjning till det mästa werkställda, och följakteligen det angelägnaste och mäst maktpåliggande landtmanna-arbetet afslutadt; de göromål som då förefalla, är av mindre wigt och betydenhet.
>
> Under detta af naturen sjelf beredda uppehåll i landt-mannens trägna arbete, kan tjenstehjonets flyttning i den blida årstiden, då wäglaget alltid är godt, lättast och utan äfwentyr för dess helsa werkställas. Det nya tjenstehjonet får då sjelf taga del i bergningen af den gröda, hwarmed det skall födas, och de till dess skötsel lemnade kreatur utfordras.
>
> Härigenom minskas farhågan för vårdslöshet vid bärgningen och misshushållning med fodret; och då kunna, uti en oavbruten fortgång, skörd, sådd, höstarbete, ängsröjning, tröskning, vinterkörslor samt vårbruket med samma folk förrättas.”[27]

Men, fortsatte kommittén, inte heller midsommartiden var oproblematisk om man såg till hela riket. I de norra landskapen fanns tjänstefolk långt ute på fäbodarna, och de hade ansvar för boskapens skötsel och för mjölkens beredning till födoämnen som skulle förvaras länge och vara en betydlig del av de produkter som bonden kunde sälja. Kommittén hävdade därför att det inte fanns en tidpunkt som passade alla landsdelar. För övrigt var ämnet av sådan karaktär att det inte hörde hemma i en allmän civillag utan borde överlämnas till den ekonomiska lagstiftningen.

Av källorna framgår dock tydligt att frågan hade en stor politisk betydelse och, som nämnts, 1819 blev den allmänna flyttiden framskjuten en månad, till 24 oktober. Men den nya kungörelsen hade inte varit okontroversiell och i förslaget 1826 återkom lagkommittén till oenigheten och påminde om att frågan hörde till ekonomisk lagstiftning.[28] Vid riksdagen 1828–30 flammade striden upp på nytt och elva yrkanden om olika datum lämnades. En talare i bondeståndet anmärkte, att för en bergsman kunde 24 oktober som flyttdag – då kolningen var satt till alla delar – innebära att en enda natt vore tillräcklig för att allt skulle förödas genom

[27] Förslag till Handelsbalk 1815, s. 102–104.

[28] ”Flyttningstid, så och hwad eljest emellan husbonde och tjenstehjon widare iakttagas bör, stadgas särskildt.” Förslag till Handelsbalk 1826, s. 139, Motiver, s. 195.

bristande tillsyn.[29] Det berörda utskottet betonade vad som framkom i många andra sammanhang, nämligen att frågan hade ekonomisk karaktär och därför inte kunde ”vara ett ämne, som det kan tillhöra lagstiftaren att handlägga”.[30]

3.5 Det ”fria” tjänsteavtalet

Skissen ovan av det tidiga 1800-talets arbetsrättsliga diskussion speglar problemen med att skapa en allmängiltig reglering för ett land med många olika klimatzoner. Dessutom kan man skönja antydningar till ökad individualism i både tanke och arbetsliv. I ett kritiskt yttrande över 1815 års förslag framhöll uppsalaprofessorerna Lars Georg Rabenius och Johan Daniel Drissel att det behövdes särskilda regler för anlitande av daglönare och stattorpare.[31] Uppenbarligen ansåg professorerna att den föreslagna handelsbalkens kapitel om arbetsbeting och tjänstehjonslega inte täckte alla typer av förekommande arbetsavtal.

Under riksdagen 1828–30 föreslog alla fyra stånd att tjänstehjonsförhållandets regler skulle utvidgas till handelns och hantverkets arbetare. När Karl XIV Johan utfärdade 1833 års legohjonsstadga inkluderade han emellertid inte grupperna i stadgans tillämpningsområde.[32] Stadgan 1833 kan därför närmast ses som ett försök att vrida klockan tillbaka. Diskussionen om de ”fria” tjänsteavtalen blev en fråga i marginalen. Ännu dominerade föreställningen att det svenska arbetslivet i stort sett skulle fortsätta i samma banor som det gjort sedan medeltiden; lantbruk som byggde på en nära, patriarkalisk och långvarig relation mellan husbonde och tjänstehjon.[33]

[29] Lars Pehrsson i Västmanland. Bondeståndets protokoll 1828–30, 8 saml., s. 84–88.

[30] Lag- samt Allm. Besv. o Oec. Utsk. Bet. N:o 54. 1828–30, Bihang, 7 saml. 2 avd, nr 54, s. 40.

[31] Lagkommitténs arkiv, ÄK 19, vol. 13, Litt A, s. 15, Riksarkivet. Se även Högste Domstolens Protocoll 1836 vid Granskningen af Förslaget till Allmän Civil-Lag, Stockholm 1836, s. 156–159 och Lagberedningen, Förslag till Handels-Balk och Utsöknings-Balk m.m. Stockholm 1850, Handelsbalken, kap. 11 § 24, Motiv, s. 34, 44.

[32] SFS 1833:43.

[33] Trots att lösdriverilagstiftningen formellt avskilts från legostadgan 1833 bestod ett nära samband. Legostadgan hänvisade till skyldigheten att skaffa sig laga försvar ”för att ej ligga samhället till last”. SFS 1833:43, 1 §.

3.6 Arbetarfrågan

Motståndet från lärda jurister, däribland domare och juristprofessorer, bidrog till att Sverige aldrig fick någon civilrättskodifikation av kontinentaleuropeisk modell. Men, som är väl bekant, i en serie partiella lagar med början på 1840-talet förverkligades många av idéerna från lagförslaget 1826, bland annat lika arvsrätt, myndighet för ogifta kvinnor och utmönstrandet av bördsrätten.[34] Husbondens rätt att aga sina vuxna tjänstehjon avskaffades liksom mannens rätt att slå sin fru.[35] Genom lagstiftning 1846 och 1864 skapades näringsfrihet, skråväsendet nedmonterades och i princip varje svensk medborgare fick rätt att bedriva hantverk och handel.[36]

Parallellt med att 1800-talets lagstiftning på detta sätt lät liberala, individualistiska avtalsprinciper vinna terräng, förbyttes en relativ brist på arbetskraft till ett överskott, vilket försämrade den arbetande partens förhandlingsläge. Arbete, eller anställning, kom att betraktas som en gåva, något som snart återspeglades i juridisk terminologi. Doktrin, och sedermera lagstiftning, lånade beteckningarna på arbetsavtalets parter från de benefika relationernas sfär. I ett sammanhang där arbetsmarknadens onerösa förhållanden kunde ha lett fram till ”köpare–säljare” transplanterades i stället från Tyskland termerna ”arbetsgivare–arbetstagare”.[37]

Det är ett intressant rättshistoriskt sammanträffande att tjänstetvånget, som sedan åtminstone landskapslagarnas tid hade ålagts varje individ som inte ägde en viss summa pengar, avskaffades 1885, mitt i en period av proletarisering och emigration. Därmed hamnade en stor del av partsförhållandena i det svenska arbetslivet utan lagreglering. De nya fria arbetsavtalen gällde i regel tills vidare – i ordens ursprungliga bemärkelse – vilket innebar att endera parten kunde lämna förhållandet omedelbart. Korttidsavtalen, som under 1830-talets kodifikationsstrid bara hade väckt marginellt intresse, hamnade i rättspolitikens fokus när den sociala frågan under decennierna runt sekelskiftet 1900 transformerades till ”arbetarfrågan”.

En viktig del i den processen var det andra industriella genombrott som från 1890-talet radikalt ändrade det svenska arbetslivets yrkesmässiga

[34] Inger, Svensk rättshistoria, s. 203–212.

[35] Nelson, Aga – ur rättspolitisk synpunkt, s. 76.

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

[37] I undervisningen på Stockholms högskola 1925 växlade Birger Ekeberg mellan termerna arbetsgivare och arbetstagare respektive husbonden och tjänaren. Ekeberg, B, Obligationsrättens speciella del, Kompendium 1925 (stencil, Kungliga Biblioteket), s. 242–243, 253–256.

och geografiska sammansättning. Genom en expansion av stora företag hamnade många arbetare i ett system av omfattande kollektiva enheter, organisationer och massaktioner. Arbetsrättsliga teman från 1830-talet aktualiserades åter: vad göra med legohjonsförhållandet, vad göra med det fria tjänsteavtalet? Men dessutom pockade en ny fråga på uppmärksamhet: hur skulle man förhålla sig till kollektivavtalen?

3.7 Ännu ett lagstiftningshaveri

Under 1900-talets första decennium tillkom en serie lagförslag för reglering av det svenska arbetslivet, som befann sig i snabb förändring. Två propositioner, 1900 och 1901, satte ljuset på behovet av att dels revidera 1833 års legostadga, dels skapa föreskrifter för enskilda ”fria” anställningsavtal. Det visade sig emellertid politiskt omöjligt att bestämma anställningsförhållandens juridiska karaktär enbart med utgångspunkt från individualistiska avtalsmodeller. Inom loppet av några få år flyttades fokus från enskilda arbetsavtal till kollektivistiska modeller.

Inledningsvis löpte processen i gamla hjulspår. Den proposition om legohjonsavtal som lämnades 1900 skulle lika gärna kunna ha presenterats av 1811 års lagkommitté. Parterna gavs viss avtalsfrihet beträffande villkoren. Om inget hade avtalats sattes tjänstetiden till ett år, flyttdagarna till 1 november och 1 maj, uppsägningstiden vid längre kontrakt till två månader. Flyttdagarna hade bestämts med tanke på jordbrukets behov, bland annat upptagningen av sockerbetor.[38] 1901 års lagförslag, åter, vidgade perspektivet till ”vissa arbetsavtal” och gav parterna fria händer att utforma avtalsvillkor som inte stred mot lag. Ingen part skulle dock kunna binda sig längre än tre år. För de fall då ingen anställningstid hade avtalats, föreslog propositionen 14 dagars uppsägningstid. Motiveringen var att det fanns fördelar med viss kontinuitet i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.[39] I ett historiskt perspektiv innebar förslaget en avsevärd förkortning av uppsägningstiden.

I stort sett följde dock förslagen 1900 och 1901 gamla traditioner. Man inskränkte sig till enskilda arbetsavtal och föreskrev dessutom straff-

[38] Förslag till lag om tjensteaftal mellan husbonde och tjenare, 31.10 1900, 5,6 §§, s. 82 ff. Sv. Kom. Bet. 656, Riksarkivet.

[39] Förslag om vissa arbetsaftal, Afgifvet den 19.10.1901, 3, 5, 7 §§, s. 67 ff. Justitiedepartementets konseljakt 7 februari 1902, Riksarkivet.

rättsliga sanktioner mot avtalsbrott. Båda förslagen avvisades dock i riksdagen, främst på grund av motstånd från liberala samlingspartiet, som var vågmästare i andra kammaren.

3.8 Vinden vrider mot kollektiv självreglering

Utanför riksdagen pågick verkligheten för fullt. De kollektivistiska strömningarna blev tydliga i ”decemberkompromissen” 1906 mellan SAF och LO. Här föreskrevs att de s.k. § 23-befogenheterna (senare § 32) skulle ingå i varje kollektivavtal och därmed garantera arbetsgivarens rätt att ”fritt antaga och avskeda arbetare, att leda och fördela arbetet och att begagna arbetare från vilken förening som helst eller stående utanför förening”. Samtidigt skyddades arbetarnas föreningsrätt. Avtalet 1906 blev utgångspunkt för den historiska kompromiss som skulle prägla nordisk arbetsrätt; arbetsgivarens prerogativ erkändes i utbyte mot att fackföreningarna fick avsevärt inflytande.

Successivt fick kollektiva lösningar gehör också bland politiker. I det sammanhanget blev en utredning 1907 av Gustav Olin och Assar Åkerman vägledande för den svenska arbetsrättshistorien. De två utredningsmännen framhöll att rätten borde spegla etablerade sedvänjor, eller i klartext: kollektivavtal skulle vara bindande även för parterna i enskilda arbetsavtal.[40]

Ännu hade dock inte riksdagens högergrupper vunnits för den kollektivistiska linjen. Regeringen uppskattade inte rekommendationerna från Olin-Åkerman utan tillsatte 1907 en särskild kommitté med uppgift att utarbeta underlag för arbetsrättslig lagstiftning. I kommitténs arkiv finns flera utkast till ny legostadga och till lag om enskilda arbetsavtal. Minnesanteckningarna antyder oenighet beträffande rörligheten på arbetsmarknaden, laga flyttdagar och möjligheten att helt avbryta ett avtal omedelbart, utan uppsägningstid. I vissa delar framstår lagförslagen som kombinationer av 1833 års legostadga och ”decemberkompromissen”. Av särskilt intresse är olika förslag om att kollektivavtalets giltighetstid skulle väga tyngre än enskilda arbetsavtal.[41]

[40] Åkerman, A & Olin, G, Promemoria angående lagstiftning om arbetsaftal, Stockholm (1907) 1910, s. 60, 64.

[41] Utkast till Förslag till lag om tjänsteaftal mellan husbönder och tjänare (ett odaterat och ett från juni 1909) resp. Utkast till Förslag om vissa arbetsaftal (ett odaterat och ett från januari 1909). Båda finns i arkivet efter 1907 års arbetsavtalskommitté, YK 77, Riksarkivet.

1907 års arbetsrättskommitté upplöstes visserligen i stormarna kring storstrejken 1909, men regeringen återkom 1910 och 1911 med två omfattande propositioner, och då hade man anammat idéerna från Olin-Åkerman och arbetsrättskommittén. En väsentlig nyhet var att revideringen av 1833 års legostadga lagts åt sidan. Lagförslagen gällde nu enskilda arbetsavtal, kollektivavtal och inrättande av en arbetsdomstol, sammansatt av representanter för SAF och LO och med juristdomare som tungan på vågen.

Propositionerna 1910 och 1911 ledde till intensiva politiska debatter och båda avvisades av riksdagen, främst på grund av motståndet från liberaler och socialdemokrater, som tillsammans bildade en vänstermajoritet i den andra kammaren.[42] När 1911 års omfattande proposition föll, var det inte bara slut med förslag om straffrättsliga sanktioner för brott mot arbetsavtal. Nu avstannade också för lång tid försöken att genom lagstiftning reglera villkoren i det nya ”fria” anställningsavtalet.

4 Svensk modell i förändring

4.1 Lärda jurister och etablerade positioner

I första världskrigets inledande skede rådde borgfred i svenskt arbetsliv, vilken mot slutet av kriget förbyttes till oroligheter och närmast revolutionära strömningar. Även om demokratin fick sitt genombrott 1917–21 var det parlamentariska läget instabilt fram till 1933. I riksdagen hade liberalerna under perioden 1900–1911 gjort gemensam sak med socialdemokraterna i frågor rörande arbetsrättslig lagstiftning. Efter parlamentarismens och rösträttens genombrott blev dessa ämnen hinder för vänstersamarbete, även om man 1926 enades om att avskaffa 1833 års legostadga. Liberaler och frisinnade lierade sig nu i stället med de icke-socialistiska grupperna. De ledde fram till att riksdagen, efter en exceptionellt bitter debatt, tidigt på morgonen den 25 maj 1928 beslöt att anta regeringen Ekmans kontroversiella proposition om lagstiftning gällande kollektivavtals bindande kraft och obligatorisk tvistelösning genom en statlig arbetsdomstol.[43]

[42] AK 1911:36, s. 6–77; AK 1911:37, s. 1–49. Rskr 1910:182; 1911:133.
[43] FK 1928:35, s. 127–128, AK 1928:38, s. 122–123, Rskr 1928:252, SFS 1928:253, 1928:254.

Den nya Arbetsdomstolen (AD) började sin verksamhet 1929. Domstolen bestod av sju ledamöter: två från arbetstagarsidan, två från arbetsgivarna och tre opartiska domare, varav två var jurister och en ämbetsman. En viktig roll tilldelades ordföranden. Inom loppet av fem år hade AD levererat en serie domar som skulle visa sig forma det moderna svenska anställningsavtalet. Domarna innebar samtidigt att betydande delar av de omstridda § 23-befogenheterna, som riksdagen hade förkastat 1910–1911, kom att utgöra dolda klausuler i varje kollektivavtal. Flertalet avgöranden bar ordföranden Arthur Lindhagens prägel.

Beträffande anställningsavtalens varaktighet och uppsägning förklarade AD i målet 1932:100 att vad ”angår upphörande av arbetsavtal som slutits för obestämd tid råder dock icke någon tvekan därom att i Sverige likaväl som i andra länder den allmänna rättsgrundsatsen gäller, att dylika avtal kan å ömse sidor uppsägas till upphörande efter viss uppsägningstid och att skäl för uppsägningen icke behöver anföras”.[44] I andra mål fastslog domstolen arbetsgivarens ledningsrätt, tolkningsföreträde och arbetarnas föreningsrätt.

När socialdemokraterna 1932 kom till makten för en i stort sett obruten regeringsperiod på 44 år, inleddes den svenska modellens klassiska period. Den byggdes med hjälp av ett långsiktigt samarbete mellan arbetarrörelse och näringsliv. En grundbult var Saltsjöbadsavtalet 1938, signerat av arbetsmarknadens två stora intresseorganisationer, fackföreningarnas LO, som hade etablerat en nära men komplicerad allians med socialdemokraterna, och arbetsgivarnas SAF. Avtalet syftade primärt till att vara en garanti för arbetsfred.

Av särskilt intresse för temat om legostämmor och anställningsskydd är att arbetsgivarna i Saltsjöbadsavtalet förband sig att varsla motparten inför uppsägningar, ange skäl för uppsägningen och att förhandla. 1964 utvidgades huvudavtalet så att arbetsgivarna förpliktades att ange saklig grund för uppsägning. En särskild partssammansatt skiljenämnd kunde pröva frågor om uppsägning. Därutöver innehöll avtalet regler om turordningar och 14 dagars uppsägningsvarsel.

Efter en serie av misslyckade lagstiftningsprojekt hade den svenska arbetsrättshistorien vid 1900-talets mitt nått dithän att anställningsavtalets

[44] AD 1932:100.

innehåll inte bestämdes av preciserad lagstiftning, utan av vad akademiskt skolade jurister i sin egenskap av domare ansåg hade överenskommits mellan organisationer i kollektivavtal. Med ”parterna” avsågs inte längre enskilda personer utan arbetsmarknadens korporationer. Kollektivavtalen ansågs reglera de enskilda arbetsavtalens villkor, inklusive arbetstagarens anställningstrygghet. Detta var ett arbetsrättsligt koncept som skulle stå sig i drygt fyra decennier.

4.2 Från Savigny till Lindhagen

1900-talets arbetsrättsliga diskussion fram till mitten av 1960-talet framstår som en fortsättning på debatten kring lagkommitténs förslag om legohjonsförhållandet 1815 och 1826. Förhållandet mellan husbonde och tjänstehjon, eller arbetsgivare och arbetstagare, ansågs i båda fallen vara grundat på avtal mellan fria parter, samtidigt som det hade personliga, etiska dimensioner, som svårligen lät sig preciseras i lagtext. I centrum stod avvägningen mellan trygghet och flexibilitet.

Viktiga förändringar vid sekelskiftet 1900 hade i och för sig varit att arbetslivets tyngdpunkt tenderade att flyttas från lantbruk till industri och från små enheter till stora. Förskjutningen avspeglas i lagförslagen. Propositionerna 1900/1901 avsåg bara legohjonsavtal och enskilda arbetsavtal, medan förslagen 1910/1911 över huvud taget inte behandlade legohjonsavtal. Samtidigt hade enskilda arbetsavtal skjutits i bakgrunden till förmån för bindande kollektivavtal, vars innebörd skulle tolkas av en speciell korporativ arbetsdomstol, med en juristdomare i ledningen.

Tankarna fick politiskt genomslag först med 1928 års lagstiftning, som gav AD den rättsbildande rollen. I ljuset av domsluten runt 1930 framstår AD:s domare knappast som representanter för ”*la bouche de la loi*”. Deras kreativa rättsbildning, pluralistiska metod och återkommande uttalanden om att etablerade positioner (kollektivavtal) utgör viktiga rättskällor leder väl snarare tankarna till den historiska skolan och motståndet mot 1826 års civillagsförslag?

4.3 Sega strukturer

Vid mitten av 1960-talet, en höjdpunkt för den svenska modellen, reglerades anställningsvillkoren således i huvudsak genom kollektivavtal. [45]

Bara några år senare bytte socialdemokraterna fot och inledde en expansiv period av lagstiftning. En rad frågor som länge reglerats genom kollektivavtal, exempelvis arbetstid, miljö, medinflytande, blev nu föremål för lagreglering. Ett känt exempel är den lag från 1974 om anställningsskydd, LAS, som berördes inledningsvis. Lagen innehöll förkontraktuella, ofta tvingande regler om saklig grund för uppsägning, omplaceringsskyldighet, turordning och återanställning. Man skulle här kunna tala om en sorts renässans för lagstadgade legostämmor.

Men hur gick det med friveckan och flyttdagarna? Enligt legostadgorna hade ju tjänstehjonen rätt till sju dagars ledighet mellan legostämmorna. Winroth tyckte att det var onödigt: ”Att nämnde dagar, såsom nu i regel sker, av legohjonen tillbringas i sysslolöshet, kan än mindre hava varit åsyftat vid deras inrättande […] Och då de ej längre tjäna såsom städjostämma, kunde de derför saklöst tagas bort ur lagen.” Men Winroth fick inte som han ville. Arbetarskyddslagen 1931 föreskrev semesterledighet på minst fyra dagar under den varma årstiden för arbetare som utan avsevärt uppehåll användes till arbete året runt, och som varit anställd hos arbetsgivaren en längre period. 1938 infördes en lag som utgick från 12 dagars semester med lön, 1951 utökades tiden till tre veckor, 1963 till fyra veckor och 1977 till fem veckors semester för arbetstagare i allmänhet.[46] Här ser man ännu ett tänkvärt exempel på att den svenske lagstiftaren inte har dragit sig för att intervenera i organisationernas intressekamp.

Flyttdagarna, 24 oktober–1 november, hade god livskraft. En undersökning av Socialstyrelsen vid mitten av 1920-talet visade att flyttdagen 24 oktober tillämpades i nästan hela Sverige och ingick i jordbrukets rikstäckande kollektivavtal. I vissa områden var andra dagar i bruk, exempelvis tillämpades Mickelsmäss i Norrland.[47] 1935 föreslog en offentlig

[45] SOU 1993:32, s. 111–117. Till bilden hör dock att det också fanns viss lagstiftning om anställningsskydd, bland annat avseende värnpliktiga, skyddsombud och gravida.

[46] Inger, Svensk rättshistoria, s. 297–298. Winroth, Om tjenstehjonsförhållandet, s. 189–190.

[47] Adlercreutz, T, Tjänstehjonsinstitutet 1833–1926 (uppsats i tillämpade studier i rättshistoria, juridiska institutionen i Uppsala, 1971), s. 97–101, 123–124.

utredning att arbetsavtal inom jordbruket skulle ”anses ingångna att gälla till den 24 nästkommande oktober”.[48]

Ekot från 1819 års kungörelse om flyttningstiden för tjänstehjon klingade längre än så. Fram till 1991 var 1 november dagen för registrering, eller mantalsskrivning, av varje persons bosättning i Sverige. Hur många tänkte då på att det datumet en gång hade valts för att folk skulle hinna ta upp potatisen?

[48] SOU 1935:18, Betänkande med förslag till lag om arbetsavtal, 9 §.

Pia Letto-Vanamo

Synpunkter på straffrättskipningens historia

1 Inledning

Rätten under medeltiden och nya tidens början har under senare år varit föremål för aktiv forskning i samtliga nordiska länder.[1] Undersökningarna har präglats av framför allt en strävan efter att granska den nordiska rättsutvecklingen ur ett europeiskt perspektiv.[2] Detta har inneburit en fokusering på i synnerhet den lärda rätten i Europa samt på den kanoniska och romerska rättens inflytande i Norden. Man har då försökt finna influenser i särskilt de medeltida landskapslagarnas och i de efterföljande tidiga lands- och stadslagarnas texter liksom också i annat, betydligt mer inskränkt och fragmentariskt, rättsligt källmaterial. Frågan om den nordiska rättens icke-doktrinära rötter har däremot ägnats mycket liten uppmärksamhet. Den skiktbildning av folkligt förankrade rättsliga seder och bruk som framgår av de tidiga skriftliga källorna, och som sedan konfronterades med den nyare, speciellt den kyrkliga, rätten, har knappt alls forskats i. – Trots att det också här är frågan om ett allmäneuropeiskt fenomen. Detsamma gäller i mångt och mycket även de första kungliga statuterna.

[1] Tematiken har behandlats mera utförligt i Pia Letto-Vanamo: Teko, kosto ja prosessi. Näkökulmia rikosoikeudenkäytön historiaan; Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utriaisen juhlakirja, Helsinki 2006, s. 311–330. Texten har översatts från finska av Lenita Häggblom.

[2] Se t.ex. Helle Vogt: Slægtens funktion i nordisk højmiddelalderret – kanonisk retsideologi og fredsskabende lovgiving, København 2005, Jörn Øyrehagen Sunde: Speculum legale – rettspegelen, Bergen 2005 och Mia Korpiola: Between Betrothal and Bedding: The Making of Marriage in Sweden ca. 1200–1610, Helsinki 2004.

I det följande granskar jag material som hänför sig till den tidiga rättskipningen i syfte att kunna ge en bild av domstolsförfarandets mål och uppkomsten av en särskild straffprocess. Det visar sig då att straffprocessen, i själva verket också den moderna synen på brott och straff, utvecklades successivt. Man tydde sig visserligen till domstolar, men inte i egentlig mening för att framställa straffyrkanden. Det gäller dock att observera att ett ärende blev rättsligt just när det drogs inför rätta.[3] Det var uttryckligen rättegången, att man iakttog specifika förfaranden, som skilde den rättsliga maktutövningen från den starkares herravälde eller godtycke.[4]

2 Samfundsförankrad rätt

När vi granskar rättsliga institutioners eller verksamheters historia blir vi tvungna att ta hänsyn till de källor som står till vårt förfogande. Om den tidiga rätten och likaså rättskipningen kan vi läsa i gamla lagar och rättegångsprotokoll. Den rätt som gällde i de svenska landskapen under medeltiden finns samlad i de s.k. landskapslagarna, som ger oss en mångsidig inblick i rättsuppfattningarna på 1200- och 1300-talen samt i de förfaranden genom vilka den tidens människor löste sina konflikter. Det sätt som landskapslagarna är skrivna på ger oss information också om de rättsliga seder som iakttogs innan lagarna nedtecknades.[5] De äldsta domböckerna utgör ett åtminstone lika viktigt rättshistoriskt material. De första finska rättegångsprotokoll som har bevarats, och senare tryckts i bokform, är från mitten av 1500-talet. Territoriellt är det frågan om Savolax och Satakunda (Savo resp. Satakunta på finska).[6]

[3] Om denna problematik se också Karl Härter: Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat: Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation; Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne, Andreas Blauert, Gerd Schwerhoff (Hg), Konstanz 2000, s. 459–480.

[4] Om den tidiga rättens giltighet se Jürgen Weitzel: Der Grund des Rechts; Gewohnheit und Herkommen; Die Begründung des Rechts als historisches Problem, Dietmar Willoweit (Hg), Oldenbourg 2000, s. 137–152.

[5] Om landskapslagarnas natur och skiktstruktur se närmare Pia Letto-Vanamo: Käräjäyhteisön oikeus. Oikeudenkäyttö Ruotsi-Suomessa ennen valtiollisen riidanratkaisun vakiintumista, Helsinki 1995, s. 9–22.

[6] Suomen vanhimmat tuomiokirjat I. Savon tuomiokirja 1559 ja 1561–1565, toim. Kauko Pirinen, Helsinki 1954, samt II. Ala-Satakunnan tuomiokirja 1550–1552, toim. John E. Roos, Helsinki 1964.

Trots att det hade förflutit flera århundraden mellan landskapslagarna och de första rättegångsprotokollen, vittnar dessa – åtminstone ur ett nutida perspektiv – i regel om samma rättsliga utvecklingsstadium. Att det saknades en centralmakt, staten, som definierade rätten och svarade för domstolsväsendet, eller att denna i vilket fall som helst var svag, var kännetecknande för utvecklingsstadiet i fråga. Handlingarna ger följaktligen klart och tydligt vid handen att det rättsliga livet i allt väsentligt var koncentrerat till lokalsamhällena, där man samlades på tinget för att tillsammans behandla ärenden. Städerna och rättsvården i dem hade länge en mycket undanskymd ställning i Sveriges rike.

Till de gemensamma ärendena hörde såväl administrativa frågor, till exempel väghållning och skatter, som rättsliga angelägenheter. På basis av domböckerna från 1500-talet förefaller det som om de senare omfattade såväl tviste- och brottmål som inskrivnings- och registreringsärenden av det mest skiftande slag. Det är skäl att observera att det var frågan om samhällen som länge varit hänvisade till muntlig kommunikation. Handlingar och skrift förekom fortfarande sällan. När ett ärende drogs inför rätta, blev det offentligt. Dessa tidiga och offentliga tingssammankomster för behandling av gemensamma ärenden inbegrep emellertid inte alla: tingssamfundet bestod av vapenföra och skattebetalande män. Liknande begränsningar gällde också för de tidigare stadssamhällena.

När vi vill bekanta oss närmare med hur gemensamma ärenden sköttes för nästan ett halvt årtusende sedan, kan vi lämpligen studera till exempel protokollet från 1551 års Eura vårting. Av de inledande anteckningarna från tingsdagen 26.4.1551[7] framgår de viktigaste aktörerna vid rättskipningen. Först nämns skrivaren[8] Mårten, som förrättade ting med allmogen i Eura socken på den hederliga och välborne häradshövdingen Måns Nilsons vägnar i konungens befallningsman Nils Ingesons och ”flere gode mens näruaru”. I slutet av den inledande texten fanns en uppräkning på 12 namn under rubriken nämnden:

> Anno domini 1551, then 26 daghen aprilis, hult iagh Morthen skriffuare, wor ting medh almoghen i Efra sokon i erlig, velbördig mans veghne Monsz Nilsons, häredtzhöffdinge thersammastedtz, oc i erlig oc vellbördig mans näruaru Nils Ingesons, Kon: M: befalningsman i Cwmo gordz län oc i flere gode mens näruaru. Nempdhen Madz Bonde, Knwt Norante, Hendrick Lempi, [–––]

[7] Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 94–96.

[8] Skrivaren tjänstgjorde som lagläsare.

En mer ingående granskning av lagläsarens, nämndemännens och menighetens göranden och låtanden på tinget visar att fallen i allmänhet gällde antingen rätt enkla mål av missgärningstyp eller tvistemål om markanvändning och äganderätt. Arvskiftesrelaterade registreringar och värderingar var också vanliga. De ärenden som kan betecknas som brottmål handlade väsentligen om själva gärningen; gärningsmannens avsikter dryftades inte. Således hade varje missgärning sitt fasta pris: ett blåmärke kostade tre mark, ett sår sex och mansboten var 40 mark.

På Eura vårting registrerades bland annat mökränkning, slagsmål som ledde till blånader och sår, löneanspråk och pantsättning enligt följande:

> Dömdis Lasse Välne i Sorckis sac till 40 marck för thet han belegrade en pijgho, benempd Marit Iacopszdotter, oc hon var en mö vtof laghgiffta sengh;
>
> Dömdis Per Sigffredson Hanolan sac till 3 marck för 1 blonadt han slog Madz Äijhöö;
>
> Dömdis madz Äijhölöij sac till 6 marck för 1 huffwd sor han slog Sigffred Hanolan;
>
> Dömdis Per Ruski sitt lön ighen vtoff i fjärding i socknen för thet han arbetade vedh Cwmo gordh, … innan 3 vikur [–––]

Någon närmare motivering till varför personerna ”dömdis” anges inte. Rättskipningen i tvistemål behandlas något mer ingående i avsnitt 3. I fråga om brottmålen kan här konstateras att de flesta gärningarna troligen var sådana som någon hade sett och som av allt att döma hade erkänts/medgivits. Om så inte var fallet användes i allmänhet edgång.[9] Att eden hade en stark ställning i den tidiga rättegången förklaras åtminstone delvis av den omständigheten att religionen och rätten, synden och försoningen, stod varandra så nära. Det räckte likväl inte bara med ed, utan svaranden behövde också omgivningens stöd. För att rentvå sig från anklagelserna måste svaranden få flankstöd av ett visst enligt gärningens svårhetsgrad beroende antal edgärdsmän (12, 24 eller 36), som genom sin blotta existens garanterade svarandens tillförlitlighet. Om tillräck-

[9] Edsförfarandet kommer väl fram i följande anteckning från Kjulo (Köyliö på finska) ting 25.11.1551: Dömdis Per Simonsson Paauilan sac till 40 marck för han vittes för en sittiande rätt til en tjuv at han hade stulidt 1 lasz höö, vtoff Thomas i Varpulabij, för huilckidt han *icke kunde väria sig* före, [–––] [kurs. PLV]; Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 139.

ligt många edgärdsmän inte kunde uppbringas, dömdes svararanden för gärningen. Samma samfundsförankrade auktoritet som edgärdsmännen hade också nämndemännen och de övriga personsammansättningar som under tingsdagen förordnades till olika uppgifter.

När centralmakten var outvecklad och domarens auktoritet svag eller obefintlig, var parternas ställning stark. Rättegångarna handlade emellertid inte om godtycke eller om den starkares rätt. Ett tingsavgörandes godtagbarhet berodde uttryckligen på att vissa procedurer hade iakttagits. De gav rätten helgd och beständighet. Att man – inte bara i brottmålen men också – vid lösningen av jordrelaterade tvister förlitade sig på samfundet när det gällde rättskipningen var mer väsentligt här, och då med tanke på att jorden utgjorde hela det ekonomiska fundamentet för den tidens människor. Till följd av sakkunniga och ansedda samfundsmedlemmars medverkan kunde ett för parterna negativt avgörande accepteras och följas, dvs. få rättsstatus. På så sätt kan man förklara de många anteckningarna om värderings-, syne- och skiftesmän i Nedersatakunda dombok. Efter att personerna hade utnämnts togs ärendena i fråga inte längre upp på tinget. Det första exemplet är från Eura och de två följande från Kumo (Kokemäki på finska):

> Dömdis VI men emillan Jonsz Hendricksson i Panelia oc Jacop Andersson ibidem at *iencka them emeillan* so, at huilcken som meer haffuer han scal vedherleggia then, som mindre haffuer när huar annan, epter 12 mens rasacna Per Betsson i Panelia, Clemet Mickelsson ibidem …[10]

> Dömdis VI men emillan Simon Bijtare oc Jons Pärttola till att *see oc ransaca* om en eng, benempd Piuhan niittu, huem thet till hörer, epter 12 mens ransakan Olof Kalinen, Henrick Hordel, …[11]

> Dömdis VI men emillan Oloff Matickan oc Jussi Rudancko, att *see oc ransaca oc ienca* theris möderne, huar epter sin andeell oc öre taall, epter 12 mens ransacan Nils Leppekosken, Madz Iacopson, [–––][12] [kurs. PLV]

3 Tvistemål utan tvister

Det är kännetecknande för dagens tvistemålsrättskipning att parterna har olika uppfattningar om själva rätten eller att deras rättsliga bedömningar av något visst sakläge avviker från varandra. Samtidigt är rättstvist en syno-

[10] Eura 26.4.1551, Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 95.
[11] Kumo 20.4.1551, Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 80.
[12] Kumo 3.8.1551, Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 106.

nym till process. Under äldre tider var situationen emellertid en annan, såväl i Norden som också annanstans i Europa. Till och med 90 procent av de protokollförda ärendena vid de lokala domstolarna kunde vara sådana där frågan om tillämplig rätt inte var oklar eller tvistig. Detta framgår även av anteckningarna i de domböcker som nämns ovan. Omständigheten undgår likväl lätt vår uppmärksamhet när vi, som brukligt är, utifrån överrättsprotokoll undersöker den medeltida rättskipningen. De högre instanserna behandlade ju uttryckligen sådana mål där rättstillämpningsfrågan var oklar, dvs. när den lokala domstolen var osäker på vad som var tillämplig rätt.

Trots att det inte förelåg någon rättslig dispyt blev det domstolssak. Det måste således finnas andra orsaker till förfarandet. Tidigare nämndes redan den muntliga kommunikationens och rättegångsoffentlighetens betydelse. Vi kan också granska mer ingående de ärenden som drogs inför rätta. Sålunda var det i en stor del av de käromål som i slutet av medeltiden väcktes vid domstolen i Babenhausen, en stad i Tyskland som hade beviljats stadsrättigheter på 1300-talet, frågan om endast eventuell framtida verkställighet i syfte att säkerställa värdet av fordringar.[13] Detta förklaras i första hand av det faktum att det inte fanns några särskilda verkställighetsnormer eller utsökningsförfaranden på den tiden. Det handlade följaktligen inte om egentliga processer här utan om förberedande verkställighetsåtgärder. De i och för sig få fordringsrelaterade domboksanteckningarna från 1500-talet i Finland ger belägg för samma sak. Ökad omsättning och knappa kontanta medel i kombination med ett outvecklat verkställighetssystem präglade också klart Åbo stads domböcker från 1600-talet. Dem har jag behandlat i ett annat sammanhang.[14]

Det förekom dock många också alldeles enkla käromål, av vilka en del utföll så att svaranden bestred saken och bjöd värjemålsed. Man kan därför anta att kärandena långt ifrån alltid var säkra på sina yrkanden, och att uppgiften att utreda fordrans existens och storlek samt likaså att bära utredningsrisken (för mened) överfördes på svaranden. Ifall svaranden sedan gick ed på att det inte existerade någon fordran, fick käranden låta sig nöja med detta. Man kan i själva verket anta att bristen på kontanter

[13] Om detta se närmare Gunter Gudian: Zur Funktionen des spätmittelalterlichen Ortsgerichts; Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie, Gerhard Dilcher, Bernhard Diestelkamp (Hg), Köln 1986, s. 33–37.

[14] Pia Letto-Vanamo: Suomalaisen asianajajalaitoksen synty ja varhaiskehitys, Helsinki 1989, s. 256–260.

ledde till högst varierande arrangemang, varför det oftare än i dag kunde bli oklart om en person över lag hade en fordran på någon annan och hurdan denna fordran då var. Om käromålet inte föranledde andra anteckningar kan vi anta att svaranden tillfredsställde käranden och att käromålet hade lett till önskat resultat. Således fick de käromål som väcktes vid domstolarna i allmänhet sin lösning utan att den rättsliga motsättningen alls blev föremål för behandling.

Domstolen fyllde sin fredsbevarande funktion redan genom att ge parterna tillgång till ett formellt – och i och med detta – rättsligt förfarande. Saken kan också ges en annan tolkning. Man kan hävda att käromålet (också) i de fall som nämns ovan granskades uttryckligen med hänsyn till de rättsliga konsekvenserna. Syftet var nämligen att tvinga svaranden till att formellt erkänna fordrans/förpliktelsens existens eller icke-existens och att tillfredsställa käranden. Ofta var det just offentlighetens mobilisering som kunde fungera som påtryckningsmedel och få svaranden att uppfylla kärandens krav.

Det förefaller i varje fall som om det sällan var frågan om yrkanden som den forntida människan framställde i hastigt mod eller lättvindigt: rättskipningen var som känt förknippad med många högtidliga former. Också i klara fall[15] tvingade käranden genom sitt käromål svaranden att formellt och inför hela samhället ta ställning till hans – även moraliskt – viktiga yrkanden. Detta kunde svaranden göra bara på två sätt: antingen tillfredsställde han käranden eller så uteblev han från rätten och lät sig dömas i enlighet med kärandens yrkanden. Om det då inte var frågan om klart omöjliga yrkanden. Anteckningarna i de tidiga protokollen var till största delen formella och stereotypa överallt. Detta framgår av de äldsta domböckerna i Finland, men också av det tyska materialet.[16] Ur andra sammanhang kan man i regel dock sluta sig till vilka parterna var. I detta sammanhang är det också skäl att konstatera att de tidiga rättegångsprotokollen ger det allmänna intrycket av att parterna, men också de övriga som var närvarande, kände till de aktuella rättsreglerna. Därför är dom-

[15] T.ex. fall som gällde klara motprestationer.

[16] Se Gunter Gudian: Recht und Gericht im Alltag einer spätmittelalterlichen Gemeinde; Festschrift für Otto Mühl zum 70-Geburtstag 10. Oktober 1981, J. Damrau et al. (Hg), Stuttgart m.fl. 1981, s. 209–224; typiska protokollsanteckningar från slutet av 1300-talet och början av 1400-talet var ”Item A hat eine erste (zweite, dritte) Klage auf B für ein Pfund und den Schaden”, eller motsvarande bevisdom: ”Item B soll dem A eine Unschuld tun für ein Pfund …” eller om käromålet ledde till dom ”Item man soll A richten auf B für ein Pfund und den Schaden”.

böckerna inte alltid av så stort värde när det gäller att kartlägga enskilda rättsinstitutioners historia i sig. De vittnar i själva verket först och främst om rättskipningens betydelse och rättens roll i det alldagliga livet för människan under medeltiden och nya tidens början. Samtidigt belyser de hur uppfattningarna om rätt och orätt ”förpackades” i rättslig form.

4 Gärningar som sonades med böter

Om brottmålen under den aktuella tiden kan med en viss generalisering konstateras att andra påföljder än böter användes bara i mycket sällsynta fall. Sällan var det frågan om ”plågsamma” (peinlich i de tyskspråkiga källorna) straff, och om brott i dagens mening. Endast i särskilt grova fall tillämpades dödsstraff, medan kroppsstraff vanligen dömdes ut bara subsidiärt för böter. Den ekonomiska gottgörelsen, boten, dominerade.

I vårt stilla sinne förknippar vi lätt bötesrättskipningen med lindriga fall, såsom slagsmål och lindriga kroppsskador eller ärekränkningar. Men böter dömdes dock ut också i de grövsta fallen, som till exempel för stöld.[17] Det kan antas att de lokala domstolarna alltid inte ens var behöriga att avkunna dödsdomar. De europeiska överrätterna, som hade inlett sin verksamhet i slutet av medeltiden, hade däremot rätt att med döden bestraffa sådana grova brott som mordbrand, stråtröveri och grov stöld. Underställningsvägen var en möjlighet: de lokalt fällda dödsstraffen underställdes innehavaren av den högsta dömande makten för fastställelse. Till och med detta förfarande resulterade ofta i böter. Att man gick in för att avgöra målen på lokalplanet talade således för bötesstraff. De ekonomiska bevekelsegrunderna hade – också i de högre instanserna – motsvarande verkan.

De praktiska omständigheterna ovan räcker likväl inte som enda förklaring till bötesstraffets popularitet, utan det var också frågan om dåtida människors medvetna viljeyttringar, vilket framgår av bland annat önskemål som finns nedtecknade i rättegångshandlingarna, till exempel i mål som gäller barnamord. Många av anteckningarna i domböckerna från 1550-talet kan de facto tolkas på så sätt. Böter kunde visserligen inte dömas ut utan målsägandens begäran. Följande domboksanteckningar är från Loimaa, den första från år 1550 och den senare från år 1552.

[17] Gunter Gudian: Geldstrafrecht und peinliches Strafrecht im späten Mittelalter; Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler, Hans-Jürgen Becker et al (Hg), Aalen 1976, s. 273–288.

Enligt den första dömdes Hendrick, som hade gripits på bar gärning,[18] för mord, men hans liv skonades till följd av ett avtal med målsäganden och under förutsättning att målsäganden betalades förlikningsböter och till kronan 50 mark.[19] I det senare målet hänvisade man till gärningsmannens fattigdom.

> Kom för rätte Oloff Poulesson i Oripä och giorde vitterligit på satte tingh att han hadhe giort en vänliighen förliickningh medh Hendrick Thomasson i Seppelä, så att han vnnte och *gaff honom liif* för Gudz skull för thet manslagh han slogh hans son Anders Olefsson ihiäll i så måttho, att förnempde Hendrick *skall giufe förnepde Oleff 40 marcher orttiger i förliickningh*, och ther medh våre the vänlige wäl förliickte, effter XII men ransackan.
> Framdelis fälthe the XII i nämpden såtho Hendrick Thomasson i Seppälä sac til en full madropare för thet han slog ihiäl Anders Olosson i Oripä, doch benåddes hans liiff för målseijandes skull. Therföre *wtfäste han 50 march orttiger Konunge*, förthij han bleffe gripen vedh färske gerningn, effter xii men ransacan.[20] [kurs. PLV]

> Felltis Knuth Virdzanoijan sak til 40 marcher för thet han lockadhe och belegradhe Birith Louttu, huilkin var en möö aff laffgiffte sen, effter 12 mens ransakan, och fördrogs hanss sak till en god sämio ock förlikning för hans fatigdoms skuldh och atth han var en löss dreng vthi anners mandz tienist.[21]

Tanken var helt entydigt också den att den bötfällde inte skulle bli totalt ruinerad ekonomiskt. Syftet var bland annat att hålla kvar bönderna på området/sina hemman och att förhindra att de av ekonomiska orsaker lämnade samhällsgemenskapen. På motsvarande sätt ville man sörja för tillgången på arbetskraft. För övrigt var det vanligt att personer utan stadigvarande hemvist dömdes strängare än andra. Detsamma gällde ”vanebrottslingar”, såsom stråtrövare, mordbrännare och personer som annars hade ett brottsligt sinnelag. Mordbrand betraktades som en grov gärning också i de svenska landskapen. Enligt Östgötalagen fick en mordbrännare som hade gripits på bar gärning kastas i elden.[22] I annat fall måste

[18] Detta gav i allmänhet målsäganden (den dödades släktingar) rätt att döda gärningsmannen.
[19] Det var snarare frågan om en förlikningsavgift i mål där hämnd/dödsstraff hade varit möjliga alternativ.
[20] Loimaa 30.7.1550, Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 20.
[21] Loimaa 18.7.1552, Ala-Satakunnan tuomiokirja s. 207.
[22] Detta kan uppfattas också som berättigad hämnd.

svaranden rentvå sig med 36 edgärdsmän. Om edgången inte utföll väl, blev svaranden tvungen att betala 40 mark men fick behålla livet:

> Nu sticker någon in eld i en annans hus och vill bränna honom inne: den som så gör, han skall heta kasevarg. Blir bådadera taget tillsamman, hand och brand, då må man saklöst *skjuta honom i elden*, och han har förverkat sin jord och allt det som han äger inom land och landsaga. Tage en tredjedel därav den som blev utsatt för branden, en annan konungen, den tredje alle män. [–––] § 2. Nu är han ej tagen på bar gärning utan misstänkes för detta brott; då skall han fullgöra tretolftesed. Brister han åt eden, böte fyrtio marker men miste ej sitt liv och ej sin jord [kurs. PLV].[23]

Framställningen ovan ger på inget sätt belägg för påståendet att den medeltida straffrätten skulle ha präglats av (ökad) grymhet och stränghet. Däremot kan man tala om två bestraffningssystem och två ”straffrättssystem”. Frågeställningen tas upp närmare i följande avsnitt. Det kan dock konstateras redan här att också flexibilitetsaspekten talade för böter som påföljd. Sålunda blev det möjligt att bedöma gärningars straffbarhet trots att gärningsmannens motiv inte togs upp i den egentliga processen. Den tidstypiska kasuistisk som hänförde sig till en gärnings svårhetsgrad – man kunde rent av tala om ett slags matematik – åskådliggörs på ett intressant sätt genom Östgötalagens bestämmelse (edsöreB XXXIII) om dråp av en havande kvinna:

> Nu blir en kvinna dräpt vid hemgång; då skall därför bötas så mycket som förut är sagt om hemgång [40 mk, PLV], och blir gill till åttio marker. Nu hava de, som väcka åtal efter den kvinnan, rätt att styrka, att hon var havande med barn; då är hon gill till hundratjugo marker. Vilja de styrka, att hon var havande med två, då är hon gill till hundrasextio marker.

Gudian[24] nämner ett samtida exempel som gäller nödvärn och de arrangemang som vidtogs för att kunna frikänna den som åberopade nödvärn. Förfarandet var så enkelt att man yrkade böter av alla som hade deltagit i ett slagsmål men lät det sedan ankomma på den som hade blivit utsatt för angreppet att svära sig fri av böterna. Det var möjligt att tillämpa ett strafförfarande utan hänsyn till nödvärn och gärningsskäl – samt likaså att godta nödvärnsgrunden bara i fråga om civilrättsliga skadestånds-

[23] Edsöresbalken XXXI; här används Åke Holmbäcks och Elias Wesséns tolkning till modern svenska av landskapslagarna; Svenska Landskapslagar I–III, Uppsala 1933–1940.

[24] Gudian 1976.

yrkanden – uteslutande i samband med pekuniära straff. Då behövdes ingen bedömning av straffbarhetsgrunderna, vilket föll utanför de lokala domstolarnas behörighet, och kanske till och med kapacitet.

I slutet av det medeltida Europa började däremot också den lokala rättskipningen att präglas av den straffrättsdoktrin som hade utarbetats vid universiteten. Det var egentligen inte frågan om att omfatta helt nya materiellrättsliga rättssatser utan snarare om nya metoder. I straffrättskipningen handlade det om en ökad rättslig reglering. Förändringarna gällde brottsbeskrivningarna, straffmätningsgrunderna samt själva straffen. Straffen började bestämmas – åtminstone i teorin – utifrån samtliga i lag föreskrivna omständigheter i enlighet med lag och fastställas genom domarbeslut. I Norden skedde förändringen senare och långsammare. Den lagbefästa rätten och den rättsliga litteraturen skilde sig ändå länge avsevärt från hur rätten uppfattades i verkligheten.

5 Plågsamma straff

Uppkomsten av dagens straff eller straffprocess har emellertid inte samband enbart med den doktrinära utvecklingen. Straffet har i allmänhet också statliga anknytningar: maktutövning, sanktionerade handlingar och externa offentliga åtgärder.[25] Under senare tid har man visserligen i den kriminalpolitiska diskussionen i ett flertal länder frågat sig huruvida det är befogat med blott och bart statliga sanktioner samt huruvida missgärningar kunde gottgöras genom förlikning mellan gärningsman och offer och då i vilken utsträckning.

De böter som i olika sammanhang nämns tidigare representerade ursprungligen en känslobaserad ekonomisk gottgörelse mellan likställda ätter. Det – plågsamma, i tyskspråkiga källor *peinlich* – straff som efter hand uppstod som en motpol till boten är alltid partsexternt och i regel en offentlig sanktion. Straffet har samtidigt en funktion som inte direkt

[25] Se särskilt Jürgen Weitzel: Strafe und Strafverfahren in der Merowingerszeit: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung 1994, s. 66–147. I sin framställning behandlar Weitzel det till staten kopplade straffets förhistoria och utgår då från att det vid straff är frågan om sanktionerade handlingar med koppling till makthavarens, ett samfunds eller en grupperings samt deras ”tjänsteinnehavares” offentliga åtgärder. När det gäller den germansk-romanska blandbefolkningen hade konungen rätt till edsöresböter, som var en del av compositio. I allt större utsträckning använde konungen bannlysningsböter (Bannbusse), som så småningom körde om edsöresböterna och blev compositioregis.

gynnar de kränkta: dessa får inte genast någon ekonomisk förmån eller gottgörelse. Den statliga straffrättens historia handlar i allt väsentligt om användningen av dödsstraff.[26] Andra plågsamma straff, som till exempel stympning, användes i liten omfattning och vanligen bara subsidiärt för böter. Det essentiella är de med dödsstraff belagda gärningarna, inte död genom blodshämnd när någon ertappades på bar gärning. Tillämpningsområdet för dödsstraff var länge snävt; det var också möjligt att dödsstraff avlöstes/sonades med böter. Detta kan anses bära vittnesbörd om att de sanktioner och det gottgörelsesystem som föreskrevs av överheten inte i ett slag eller automatiskt fick det tidiga samhällets godkännande.

Straffet föddes inte heller tidsmässigt med en gång. I allmänhet börjar man granska den moderna, statliga straffrättens historia först på denna sida om 1000-talet[27] och då i samband med den moderna statens gradvisa utveckling samt rättens allt fastare vetenskapsförankring. *Jürgen Weitzel* har dock riktat in sig redan på den tidiga frankerkonungaepoken, den s.k. merovingertiden, vilket är motiverat om straffen betraktas som medel för partsexternt herravälde. De skriftliga källorna från denna tid är likväl inte särskilt många.[28] Bötessystemet var utmärkande för Lex Salica (507–511), en kodifikation av folklig rätt. Den rätt som utfärdades av konungen (kapitularier och konstitutioner) innehöll däremot bestämmelser om dödsstraff.

Det är skäl att notera att den folkliga rätten och konungarätten ingalunda utgjorde två konträra och från varandra lösryckta system; de existerade sida vid sida i samhället. Detsamma gäller bestraffningssystemet i de svenska landskapslagarna. Man kan i själva verket tänka sig att den kungliga, precis som den kyrkliga, rättsutvecklingen kompletterade och med tiden också ändrade den folkligt förankrade tidiga rätten. Ytterligare en tredje ”rättslig” skiktbildning måste dock beaktas här. Denna framgår av i första hand de tidiga lagarnas (leges) bötesbestämmelser, och avspeglade ättefejdernas och blodshämndens värld. Dessa var fenomen som man genom såväl de tidiga lagarna som konungens författningar försökte bekämpa.

Således fanns det i frankersamhället kring år 600 tre påföljder för

[26] Dödsstraffet gällde fria personer.

[27] Om detta se Heikki Pihlajamäki: Delictum publicum delictum privatum: Yhtenäisen rikoskäsitteen synty keskiajalla ja uuden ajan alussa, Lakimies 2005, s. 539–561.

[28] Weitzel utgår från biskop Gregor von Tours’ (538–594) Zehn Bücher Geschichte (Historia Francorum); Det är primärt frågan om en historisk framställning med kristligt-pedagogiska förtecken, Weitzel 1994.

mord: Den dräptes anförvanter använde blodshämnd och tog livet av gärningsmannen, vid rättegången betalades 600 solider[29] i böter enligt Lex Salica eller gärningsmannen avrättades till följd av en offentlig dödsdom med stöd av Konung Kildebert II:s Dekret (år 596). Sannolikt fanns det också regionala skillnader bland annat i fråga om tillåten blodshämnd. Det är också rätt omöjligt att tala om någon gällande rätt i modern mening på den tiden över huvud taget, inte ens under medeltiden. Vidare kunde egentliga straffnormer beaktas endast i sådana domstolsmiljöer där konungen och hans maskineri valde att verkställa dem.

Det förefaller också som om man rätt tidigt skapade en egen begreppsapparat för gärningar som sanktionerades med döden.[30] Detta kommer fram på sina ställen redan i merovingerkällorna. Termen *crimen* från frankertiden var troligen av kanoniskt ursprung, men betydelserna av det kyrkliga begreppet och det världsliga begreppet skilde sig från varandra. Till det världsliga begreppet hörde normalt alltid de politiska brotten (såsom bland annat majestätsbrotten och landsförräderi) men ofta också mord. Till en början kopplades ett politiskt brott alltid direkt samman med konungen eller hans familj. I många kapitularier föll också tjuvar under begreppet *criminosi*, och brottslingarna kunde dömas till fredlöshet och dödsstraff. Dessutom hotade konungarna med förlust av livet också vid andra brott, vilket åtminstone delvis har ansetts bero på kyrklig inverkan.

Det väsentliga var i vilket fall som helst sambandet mellan de gärningar som var belagda med dödsstraff och konungens eller kyrkans maktposition; det handlade av allt att döma om åtgärder som var nödvändiga för att upprätthålla ordningen. Med undantag för stöld och mord tjänade det egentliga (dvs. plågsamma) straffet direkt till att säkerställa någons herravälde. Indirekt gällde samma sak också i de övriga fallen: Den som sörjde för ordningen, befäste sin överhöghet. Och detta hade allmännyttiga konsekvenser. Detsamma kan konstateras om den kungliga edsöreslagstiftning som något senare fick stor spridning i Europa. Ändå är det omöjligt att finna några reflexioner kring straffets syfte i de tidiga källorna.[31] Terminologiskt hör straff samman med i första hand hämnd: *ultio* och *ulcisci* och *vindicare* och *vindicta* var utmärkande för hur man uppfat-

[29] Det var frågan om trefaldig *Wehrgeld*. Om begreppet se t.ex. Karl August Rogge: Über das Gerichtswesen der Germanen. Ein germanistischer Versuch, Halle 1820.

[30] Om den senare utvecklingen se Pihlajamäkis tidigare nämnda framställning.

[31] Enligt Weitzel begrundar Gregor von Tours inte alls frågan om straffets syfte; till och med begreppet poena används sällan, Weitzel 1994.

tade straffet. Också det offentliga straff som domstolen avkunnade kallades för *ultio* (hämnd). Dödsstraffet var både världsligt och kyrkligt att betrakta som hämnd, en sanktion för grova kränkningar av den världsliga rätten – en följd av syndigt leverne och en förberedelse för missdådarens benådning i livet efter detta.

6 Straffprocessen

Innan vi kan sägas ha kartlagt brottets eller straffets förhistoria måste vi ytterligare analysera strafförfarandet och fråga oss vad som ger upphov till straffprocessen. Generellt kan konstateras att de olika processarterna hörde ihop med framför allt syftet med förfarandet. Den största skillnaden berodde på huruvida man gick in för ekonomiska prestationer eller den åtalades död. Också ur de kränktas synvinkel var valet av påföljd viktigt: var det frågan om att gottgöra dem ekonomiskt eller om att förinta motståndaren, vilket inte gav dem någon ekonomisk vinning. Ursprungligen bestämdes de (plågsamma) straffen utgående från huruvida konungen, kyrkan eller någon världslig storman hade kränkts eller inte. Kränkningen utlöste en offentligt organiserad plågsam reaktion.[32] För övrigt var aktörerna i fråga bara medelbart intresserade av bötesrelaterade konflikter.

Olika slags kränkningar, gärningar, resulterade således inte bara i divergerande sanktioner utan också i olikartade förfaranden. Bötesförfarandet var till naturen en förlikningsförmedling, och bötesdomen var i grunden en rekommendation. Eftersom parterna själva var med om att inleda processen, avdöma målet och göra slut på tvisten bottnade bötesförfarandet i konsensus – i nödsituationer dock baserat på tvång. Även svarandens löfte om verkställighet var främmande för det ”plågsamma” strafförfarandet, som därför hade en från bötesförfarandet avvikande legitimationsgrund.

Straffprocessen bygger inte på konsensus. Den är auktoritativ. Då befinner sig också den åtalade i objektställning i förhållande till överheten, medan det i det tidiga bötesförfarandet var parterna som var herrar på processtäppan. Det väsentliga i straffprocessen var att gripa den åtalade och föra honom fjättrad inför konungen, medan det vid bötesförfarandet ursprungligen var förbjudet att kedja fast andra än sådana parter som hade

[32] Kränkningar av vissa skyddsintressen (rättsgoda) – t.ex. när antalet kränkta var svårt att bestämma – kunde inte gottgöras eller sonas med ekonomiska sanktioner.

ertappats på bar gärning. Svarandens erkännande[33] – ofta tillkommet genom tortyr – var viktigt vid strafförfarandet. Samtidigt användes också bevis, men dock inte formell bevisning; endast i undantagsfall blev det aktuellt med medel som var typiska för bötesförfarandet, såsom ordalier.

Enligt den merovingertida synen var dödsstraffet något som hade följt i storkonungarnas spår och som inbegrep en ny form av hämnd, nämligen självaste konungens. Allmänt taget är det frågan om en gradvis rättslig reglering av hämnden. Den kungliga hämnden var bunden till domstolsförfarandets former. På så sätt blev hämnden ett av domstolen påfört straff. Det är likväl viktigt att notera att straffdomen utformades utifrån den modell som tingssamfundet iakttog, vilket betyder att konungen inte hade ensamrätt när det gällde att fälla den egentliga gärningsmannen. Hittills hade dödandet varit spontant och förknippat med enskilda gärningar där någon hade gripits på bar gärning. Nu existerade således inte bara denna privata hämnd utan också en ny typ av dödande, verkställigheten av straff. Det domstolsförfarande som föregick avrättningarna och där de enskilda brotten utreddes fick då stor relevans.[34]

Den grovt generaliserande utvecklingsgång som redogörs för ovan framgår på ett intressant sätt också av de svenska landskapslagarnas texter. Dessa ger uttryck för bötespåföljdens klart dominerande ställning och möjligheten att – med formell bevisning – genom svarandens och edgärdsmännens edgång frias från böter. Det var i allmänhet dråpare och i vissa fall tjuvar som hade ertappats på bar gärning som fick sona oförrätten med sitt liv; här aktualiserades den rätt till blodshämnd som tillkom den dödades anförvanter, som dock kunde välja att i stället för hämnd godta en ekonomisk gottgörelse. Dessutom började man ställa begränsningar på hämnden.

Tendensen att dra paralleller till det moderna straffet förefaller att höra samman med vissa gärningar: de var särskilt förkastliga, såsom grov stöld eller dödande av en familjemedlem, eller kränkte överheten, och bröt då först och främst mot konungens edsöre. Det väsentligaste var dock att (döds)straff inte kunde dömas ut, om inte själva rättegångsförfarandet avvek från den traditionella bötesrättskipningen. Om dödsstraff beslöts i

[33] Se närmare Göran Inger, Das Geständnis in der schwedischen Prozessrechtsgeschichte I. Bis zur Gründung des Svea Hofgerichts 1614, Lund 1976.

[34] Om straffprocessen under 1600- och 1700-talen, i synnerhet dess betydelse som medel för utövning av social kontroll se Karl Härter: Policey und Strafjustiz in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat I–II, Frankfurt am Main 2005.

regel vid konungsräfst: då utredde en nämnd[35] – antingen en under parternas medverkan vald särskild konungsnämnd eller så häradsnämnden – huruvida svaranden hade begått gärningen eller inte och huruvida han skulle dömas eller frias. Också när frågan om liv och död avgjordes på det sedvanliga lokala tinget var det nödvändigt att försäkra sig om gärningsmannens person genom annan än formell bevisning. I vissa, om än fortfarande få fall, kunde man förutsätta två vittnen för att utreda sanningen.[36] Enligt tjuvnadsbalken i Hälsingelagen förutsattes två vittnen och nämndens ed:

> III Blir en tjuv tagen med full tjuvnad, en halv mark eller mera, då må man lägga honom i bojor och band och föra honom till tinget. Vidgår han, att han stulit, då har målsäganden rätt att giva honom livet eller hänga honom, om han vill. Vidgår han ej, då skall målsäganden styrka, att han är rätte tjuven, *med två vittnen och ed av tolv män*, och han hänge honom sedan efter laga dom. Vill målsäganden taga böter av honom, skola dessa böter skiftas i tre lotter, och tjuven löse sitt liv för varje lott, så som han bäst kan [kurs, PLV].

I Östgötaland förefaller förfarandet vid uppsåtligt dråp ursprungligen ha varit följande: om en i landskapet bosatt fri man dödade en annan fri man som bodde där, hade hans anförvanter rätt att genast döda den skyldige. Ifall de grep gärningsmannen men inte tog livet av honom, måste de föra honom till tinget och där lägga fram bevis mot honom. Först efter detta fick han avrättas. Om dråparen förblev på fri fot, skulle han stämmas till tinget för att dömas där. Det står klart att dödande av annan likväl också kunde gottgöras. Detta förutsatte högst antagligen att gärningsmannen betalade både en ”mansbot” (40 mark), som delades i tre lika stora delar, och en särskild försoningsbot till de närmaste anförvan-

[35] Om den särskilda konungsnämnden föreskrevs också i Hälsingelagen; av bestämmelserna framgår klart parternas stora roll vid tillsättandet av nämnden: § 1. Då denne nämnd skall utses, skola de båda vara tillstädes och säga ja till, kärande och svarande, och sådana män skola utses i nämnden, som de båda säga ja till. Den som de tolv värja, han är värjd; den är ock fälld, som de fälla med sin ed. [– – –]

[36] Intressant är bland annat bestämmelsen om våldtäkt i Hälsingelagen. Här kombineras antagandet om våldtäkt med vissa konkreta omständigheter samtidigt som en 12-manna (konungens) nämnd hade till uppgift att utreda ”sanningen”: III Våldtager någon en kvinna, synas märken antingen på henne eller på honom, sådana som han har gjort henne eller hon honom, är det så nära väg eller by, att man kan höra skrik eller rop om hjälp, skola tolv män pröva, vad som är sant. Våldtager någon en kvinna och blir han tagen på bar gärning och styrka det tolv män, då skall han dömas till halshuggning. [– – –]

terna. Bestämmelserna om försoningsbot finns i punkt VII i dråpmålsbalken. Av denna stod anförvanterna på fädernet för två tredjedelar och anförvanterna på mödernet för en tredjedel:

> Nu skall den ätten böta försoningsbot, som ofreden har vållat; den är sex och en halv marker och fyra örtugar. Därav skola fränderna på fädernet böta två lotter och fränderna på mödernet en tredjedel. Finnes helbroder, då gäldar han hälften gent emot alla de andra, vare sig der är laggift hustrus son eller frillas son. Den som är honom närmast gälde sedan hälften gent emot alla de övriga. Sedan skola alla de, som äro i ätten ända till sjunde led, gälda lika, så man som man. Så mottages försoningsbot som den bötas: fränder på fädernet taga två lotter och fränder på mödernet en tredjedel. [–––] § 2. Nu skola dråparens fränder stämma sina fränder till försoningsbot: fädernefränderena släktningarna på fädernet och mödernefränderne släktningarna på mödernet [–––].

Landskapslagen i fråga ger dock uttryck också för nyare rättsliga skikt: konungsräfst nämns samt punkt 2 i rättegångsbalken föreskriver att även vissa andra mål än de s.k. edsöresbrotten skall behandlas vid särskild konungsräfst. Sådana var bland annat jordrelaterade tvister, majestätsbrott samt en del andra grova brott. Det bästa exemplet på skiktstruktur i denna så pass tidigt nedtecknade rätt gäller sambandet mellan brott, straff och process såsom det framgår av edsöresbalken i Östgötalagen. Bestämmelsen i fråga handlar om dödande av make eller maka. Den som greps på bar gärning steglades eller stenades. Tidigare hade personen ”dömts” med stöd av ordalier, järnbörd. Birger jarl hade emellertid förbjudit järnbörden, som ersattes med konungens lagstiftning av konungsräfst och (plågsamma) straff. Innan ett plågsamt straff bestämdes, måste ställning tas till gärningen och gärningsmannen, vilket skedde med hjälp av en nämnd. Rätten att välja var likväl kärandens: Han kunde bestämma sig för bötesalternativet och ge svaranden en möjlighet att värja sig. Detta var dock inte görligt utan svarandens ed, som måste styrkas av 36 män.

> XVII Nu kan så hända, att en hustru mördar sin man eller en man sin hustru. Då skall man stegla honom, om han så gör, och stena henna om hon så gör, Nu misstänkas de för detta brott. Då var först så stadgat i lagen, att de skulle värja sig med järn och gudsdom. Men sedan Birger jarl tagit bort järnbörden, är der så, att om de som åtala vilja bida konungens räfst, då skall man låta fånga den som åtalas och undersöka saken både med vittnen, om säkra vittnen finnas därtill, och med tvång, om han eij vill självvilligt vidgå. Finner man sådant som fullt styrker sanningen därav, eller vittnesmål, eller

> vidgår han själv, då skall man låta stegla mannen eller stena kvinnan. Om den som åtala ej vill bida konungens räfst utan stämmer och söker sin rätt, då må den som åtala med tretolftesed styrka, att han ej gjort det; brister han eden, böte fyrtio marker men miste ej sitt liv.

Det moderna straffsystemets uppkomst var således inte någon plötslig omvälvning utan något som skedde i faser och på många olika plan. Det vore också alltför onyanserat att se den förmoderna straffrättskipningen som en kamp mellan den onda staten och det goda lokalsamhället. Även användningen av plågsamma straff förutsatte godtagbarhet. Godtagbarheten följde av det rättsskapande förfarandet: av de högtidliga formerna men ytterligare av det faktum att samfundet tog del i processen – oberoende av om det gällde formell bevisning med uppbackning av edgärdsmän eller materiell bevisning och utredning av sanningen med hjälp av en nämnd. Enligt dagens måttstock var systemet troligen också effektivt: Systemet gjorde det möjligt att lyfta fram de ”allmänna värderingarna”. Det skulle visserligen ta flera århundraden innan det straffrättsliga systemet integrerades i den demokratiska legitimiteten och mandatet för folkets djupa led.

Bo H. Lindberg

Utfyllande tolkning och avtal: några rättshistoriska perspektiv

Att tolkning hör samman med rättssystemet och dess skilda indelningar är ingen nyhet. Hos en civilrättsligt lärd bestäms begreppet tolkning på följande vis: *”den verksamhet, genom vilken en rättshandlings innehåll och rättsverkningar fastställs”.* Alla de kända formerna av tolkning förutsätter någon form av ordning till vilken tolkningens metod och innehåll refererar. Ty endast utifrån en redan given ordning kan vi tala om *”rättshandlingen”.* Detsamma gäller ju utfyllning, eller utfyllande tolkning: *”den ytterligare verksamhet, som utöver tolkningen kan erfordras för att fastställa rättshandlingens rättsverkningar”.* Förvisso finns en del skillnader inom dogmatiken rörande skillnaden mellan tolkning och utfyllning; men närheten till själva avtalet präglar väl i samtliga fall själva tolkningsbegreppet. *”I det första ledet”* – tolkning – *”fastställer man vad avtalet som sådant skall anses betyda”.* Men i det andra ledet går man längre, eftersom tolkningen inte räckte till; där *”tar man ställning till vad som skall anses gälla på punkter som avtalet inte tar ställning till”.* Med andra ord, varken viljeteorin, tillits- eller förklaringsteorin inom avtalstolkningen har räckt till för att avgöra tvistiga frågor. Man måste tillgripa andra grunder för att kunna avgöra tvisten; men vilka? Den principiella skillnaden mellan tolkning och utfyllning blir här tydlig.[1]

Rättshistorien kan inte omedelbart ta ställning till vad som är normativt lämpligt i en dogmatisk tvist. Däremot kan rättshistorien lyfta fram de principiella – och andra avgöranden – som ligger till grund för dogmatiska frågor och lösningar och därtill empiriskt visa om det finns någon konsekvens och systematik i handlandet. I en sådan analys bör man då gå djupare än blott till det påstått giltiga. Juridiken är ju ett komplext nor-

[1] Lehrberg, B. Avtalstolkning, Stockholm 1998, s. 14 ff. (tolkning och utfyllning).

mativt system; större än den del som blir synlig i rättskällorna. Bakom det konkret sinnliga materialet finns historiskt givna avgöranden som gav och ger sina verkningar då, nu och i framtiden. Ty det mesta inom juridiken är historiskt ärvt och av en sådan komplexitet att den enskilde intellektuellt omöjligt kan förstå eller medvetandegöra det outtalat givna. Medvetenheten må sträcka sig till konsensus, men vad som utgör konsensus förutsättningar kan den enskilde med svårighet förstå, ty dessa ligger i de helt övervägande fallen fördolda i historien, om än verkande med full kraft i nutiden. En insnävning sker i medvetandet och minnet av de i förfluten tid gjorda besluten. Först skedde i historisk tid ett val sedan kom konsensus och dolde valet och från dennas självklarhet söker man sedan sina lösningar i de enskilda fallen. Tolkning, avtal, system är inte annorlunda i detta avseende. De har också en historia.

Liberal avtalsrätt

Frivillig förpliktelse, ömsesidig bundenhet ingången under antagandet om att båda sidor är principiellt likställda, och en vilja att hålla sig till en fredlig, rättsenlig, konfliktlösning i förekommande fall, sägs vara huvuddelar i den nya tidens avtalssystematik. Tolkning, system, privaträtt, avtal, tillhör också de helt grundläggande begreppen. Frihet och vilja – avtalsfrihet – har inte varit några självklara begrepp och inte alltid heller varit så nära förbundna som de är i dagens medvetande. Självklarheten med vilken vi sammanställer avtal och vilja har dock klara bestämda historiska rötter. Från ett bestämt textställe i den romerska rätten har vi fått vår uppfattning (Dig. 2, 14, 1, 3). Det var Ulpianus som i kamp mot typtvånget inom avtalsrätten framförde viljan – consensus eller conventio – som bärande moment. Eftervärlden har sedan övertolkat hans ord. Väl vet vi, bland annat från avtalslagens tredje kapitel om rättshandlingars ogiltighet att avtal ibland kan uppstå trots felande viljeunderlag. Men dessa fall ses som undantag från en huvudregel.

Definitionen på privaträtt som vi känner den – ”ett system av subjektiva rättigheter för att säkra den enskildes frihetssfär” – anger det väsentliga begreppet, nämligen frihet. Utgångspunkten är parter som låter sin vilja framträda i för motparten synlig form: *”fritt, allvarligt, bestämt och förståeligt”* var orden i den österrikiska lagboken från år 1811 för en fullödig konsensus i avtalet.[2] En formell frihet förmodas vara det bästa; med

[2] ABGB § 869.

andra ord en materiell, redan formulerad, styrande etisk ordning finns inte. Rättsordningen skall endast ställa till parternas förfogande ett förfarande vars innehåll bestäms av parterna genom avtalsslutet. Historiskt vet vi att förbindelsen till den liberala politiska teorin är omedelbart närvarande. Nyckelbegrepp är social harmoni och sanning. Genom intressenas avspänning i det enskilda avtalet löses också samhälleliga spänningar och välstånd för alla utformas; det vill säga social harmoni. På samma sätt uppnås sanningen genom idéernas brytning i det fria politiska samtalet. När den liberala avtalsteorin utformades under 1800-talet är Immanuel Kant den helt ledande för de kontinentala juristerna. De romersk-rättsliga källorna omtolkades för att passa till Kants rättsfilosofi. Ledande jurister, samtidigt som de hävdade den romerska rättens primat i rättslivet, intolkade Kants antropologi i sina rättsliga uttolkningar. Friedrich Karl von Savigny i tidigt 1800-tal är ett exempel bland många.[3] Kants prövning av en etisk handlings allmängiltighet – det kategoriska imperativet – är helt individuellt grundad. Den enskilde bör pröva om allmängiltighet kan tillskrivas den tilltänkta enskilda handlingen. Ett hypotetiskt prov utfört av den enskilde och en hypotetisk grund blir det moraliska provet. Härifrån kommer det formella inom avtalsrätten och den ännu idag så starka individualismen; en materiell etik förutsätter däremot en redan av kollektivet, samhället, given ordning. Men här eftersträvades en ”värdefri neutralitet”.[4]

Obundenheten, i denna avtalsteori, från de samhälleliga banden har ibland kallats den ”förstatliga egenskapen”; det vill säga avtalsfriheten fanns före samhällets tillkomst och var därmed också oberoende av samhället.[5] Härifrån kommer den också i nutid mycket framträdande dominerande föreställningen att politik och rätt är från varandra skilda storheter. Två eller flera parter som gentemot varandra uttrycker sina samstämmiga viljor gäller allmänt som avtalets grund; det politiska som det kollektiva hör icke dit. Etiska, politiska eller nationalekonomiska överväganden är, som sådana, inte juristernas sak, framhöll en av de största dogmatikerna under 1800-talets senare del, Bernhard Windscheid.[6]

[3] Zimmermann, R. The Law of Obligations, Oxford 1996, s. 626.

[4] Wieacker, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, s. 351 ff., Kramer, E. Die ”Krise” des liberalen Vetragsdenkens, Salzburg 1974, s. 22 ff.

[5] Kramer, a.a. s. 36.

[6] Wieacker, a.a. s. 431 (Bernhard Winscheid 1817–1892).

Men avtalet som en viljeöverenskommelse mellan skilda personer inrymmer många problem. Allmänt sett sägs privatautonomi råda, det vill säga parterna disponerar fritt över avtalets innehåll. En känd definition av begreppet privatautonomi är *”principen om den egna utformningen av de rättsliga förhållandena genom den enskilde själv och i enlighet med hans vilja”.*[7]

Den enskilde kan i allmänhet fritt bestämma med vem han vill ingå avtal – frihet till avtalsslut – och hur han vill gestalta avtalet, det vill säga, frihet i utformningen av avtalets innehåll. Det sista villkoret – frihet i utformningen – sägs ofta sammanfattas under form-, typ- och innehållsfrihet. Det är också konsekvent att avtalslärans båda tolkningsteorier, viljeteorin och förklaringsteorin delar liberalismens drag; de är helt individualiserande, inga överindividuella krafter som inför andra intressen – vare sig mellan parterna eller mellan parterna och tredje man – bör påverka avtalets innehåll.[8]

Även för förutsättningsläran, som en del av tolkningsteorin, gäller bindningen till pandektistikens tolkning av den romerska rätten. Bernhard Windscheid, tongivande vid utformningen av BGB i Tyskland, var en av dess skapare. Förebilderna för honom var den romerska principen ”clausula rebus sic stantibus”, som sedan länge var befäst i europeisk ”ius commune” (gemensam rätt). Där var på naturrättslig grund ett flertal sökord tillämpliga inom skilda europeiska länder: error, dissensus, footing, implied condition, imprévision, impossibilitas; främst vid avtalsslutet bestående omständigheter, men även senare tillkommande omständigheter.[9]

Med den läran som grund har i tyskspråkigt rum en ”Billigkeitsrechtsprechung” utvecklats.[10] Tanken att avtalets förutsättnigar skulle kunna

[7] Mayer-Maly, Th. ”Vertrag und Einigung” in: Festschrift Carl Nipperdey, Band I, München 1965, s. 508.

[8] Kramer s. 28. Den särskilt i nordisk doktrin förekommande varianten – tillitsteorin – saknar en historisk analys över sina förutsättningar. Möjligen finns här en förbindelse med modernare tysk dogmatik, där det normativa dominerar: motparten antas kunna ha grundade krav på förtroende för viljeyttringen (Zimmermann, The Law etc. s. 636).

[9] Flume, Werner. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Zweite, überarbeitete Auflage, Berlin-New York 1975, s. 494 ff. Der sogenannte Grundlagenirrtum und die Lehre von der Geschäftsgrundlage (jmf. §§ 157, 242, 779 i BGB); Wieacker, ”Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus; Bemerkungen zur Theorie der Geschäftsgrundlage” in: Festschrift für Walter Wilbur, Graz 1965, s. 241.

[10] Flume s. 496.

ändra avtalets giltighet är, som också Lehrberg säger i sin bok Avtalstolkning, en del av ”de anknytande omständigheterna”. I tysk doktrin har man observerat att läran särskilt omhuldades bland länder som hade berörts av de två världskrigen och att det på motsvarande sätt i Sverige, Schweiz och i vissa angelsaxiska länder, som hade stått utanför krigets omedelbara verkningar, fanns en återhållsamhet mot läran både i rättstillämpning och doktrin.[11] Samhällssolidaritet – det vill säga hänsyn till gäldenärens sociala existens – och andra socialstatliga principer blev innehållet i domstolarnas i flera fall vittgående ”billighetsöverväganden”. I dessa fall blev läran grund för en bred utjämning av parternas bördor. Domstolarna fick därvid också kritik för att inte ha gett principiellt grundade domar, utan enbart eftersträvat utjämning. Uttrycket ”ergänzende Vertragsauslegung” användes synonymt för deras rättsbildning. Man bör emellertid hålla i minnet att läran – både som billighetsprövning och förutsättningslära – redan av Windscheid, var infogad i pandektistikens viljedoktrin. Så fattad ansågs den inte stå i strid med privatautonomin.

Det är också här som man finner utfyllningens legitimationsproblem; på vilken grund kan man förplikta en part om man går utanför avtalets innehåll? Parten skall ju enligt teorin endast förpliktas av sin egen fria vilja, uttyckt i den begränsning av hans frihetssfär som avtalet utgör. En rättfärdig tolkning av ett avtal reduceras till en riktig tolkning av avtalet, nämligen det innehåll som parterna lagt i avtalet i enlighet med deras fria vilja. Nu behöver som bekant det som parterna själva anser vara riktigt inte också vara det rättfärdiga. Garantin för att en dom är riktig är blott och bart att domskälen håller sig till och är i enlighet med partsinnehållet. Vid utfyllning finns förvisso möjlighet att *”ta hänsyn till samhälleliga intressen”.*[12] Men varför skall parten känna sig, och vara, förpliktad av en sådan grund?

Den rättspolitiska verkligheten under 1900-talet

Verkligheten inte minst i Sverige under 1900-talet och särskilt den senare delen har varit annorlunda. Utan att den juridiska dogmatiken haft särskilt mycket att säga har politiken ingripit i avtalsrätten. I internationell litteratur har man talat om två gestaltande krafter för ett avtals innehåll,

[11] Wieacker in: Festschrift Wilbur s. 232 not 22.

[12] Lehrberg a.a. s. 26

dels parternas egna, dels den överindividuella höghetsrätt som utövas av det offentliga; med andra ord subjektiv och objektiv gestaltande kraft.[13]

Denna offentliga makt har också ingripit i den fria avtalsrätten på många sätt. I princip kunde det ske på två sätt; antingen ett ingripande i förhållandet mellan parterna och tredje man, eller också ett ingripande i parternas eget inre förhållande. I båda fallen gällde att ett privaträttsligt eller offentligrättsligt intresse kunde finnas som skäl för ingripandet.

Som exempel på det första fallet kan nämnas omgestaltningen av privaträttsordningen med tvingande regler till förmån för vissa enskilda intressen. Fordringsrätten – t.ex. godtrosförvärv av innehavarskuldebrev – liksom obligationsrätten – negotiorum gestio – är sådana exempel på legala ingripanden. I andra fall har det gällt förhållandet mellan parterna själva; konsumentlagstiftningen är ett känt fall.

Omgestaltningen kunde också åsyfta offentliga intressen; såsom den kommunala förköpsrätten eller den jordbrukspolitiska lagstiftningen.

Internationellt förekom det också kritik mot den liberala avtalsteorin. Väl har man försökt ibland att skilja på vilja och avtal, såsom då man under sena 1800-talet och början av 1900-talet, bland annat i Österrike, ville härleda avtalets bindande kraft ur egendomsbegreppet. I yttersta hand får man inte glömma att tanken på avtal som sådant i många fall har förnekats, i modern tid senast inom den socialistiska och komunistiska teorin. Dess kritik torde dock främst ha rört sambandet egendom – avtal, men inte främst sambandet vilja – avtal. Det var i första hand en äganderättskritik. Annan kritik har kommit från tänkare inom filosofi och teologi; vilka har sett avtal som tvivelaktig konvention i det mänskliga umgänget. Hellre ville man se det ersatt av etiska värden som vänskap, kärlek, hänsyn, ansvar, eller andra bestående och styrande värden i samlivet. Konvention betydde att man genom avtal avvek ifrån och underlät att upprätthålla dessa värden genom avtalsinnehållet. Mot det vände man sig. Försök att se fordringsrätten som systematisk förutsättning för egendomsrätt och sakrätt är andra tankelinjer som har skjutit det självklara sambandet mellan avtal och vilja i bakgrunden. Samma omdöme kan ges om försöken att se avtalets modus vivendi som en garant för rättsordningens fortbestånd och sociala roll. Utan avtal finns ingen rättsordning och från de svåra sociala följder som därav förmodligen skulle följa ges avtalets berättigande. Utifrån dessa

[13] Reinhardt, R. ”Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage” i: Festschrift W. Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, s. 115 ff.

tankelinjer är det inte så mycket avtalets tillkomstförutsättningar – och särskilt viljornas korrespondens – utan avtalets verkningar som är avgörande. I deras betydelse ligger avtalets giltighet. Kan man se HD:s begrepp dold samäganderätt som ett uttryck för sådana försök att ge avtalets verkan en starkare roll på bekostnad av omständigheterna vid avtalets tillkomst?

Givet är att från sådana makroperspektiv på avtalet blir viljans konstituerande betydelse mindre. Viljan är nu en psykologisk förmåga och buren av den enskilde individen och det gäller nu inte för flera av de alternativa tanketrådarna. Man kan från andra läror, om inte förutse, så dock ana, nya perspektiv på kopplingen avtal – vilja. Flera av dessa läror ligger närmare en pliktlära än den rättighetslära, som viljeprincipen inom avtalsrätten innebär. Kommunitarismen inom den nutida politiska och socialfilosofiska teorin kommer säkerligen att ge nya bidrag till avtalsteorin.

När man från 1880-talet reagerade mot den fria avtalsrätten – domstolarna hade gjort det långt tidigare – var tanken att den fria avtalsrätten inte skulle upphävas, den skulle endast begränsas med hänsyn till etiska krav.

I sin helhet taget innebär det att gränsen mellan avtalets rättsområde och omvärlden alltid är konstlad, det vill säga historiskt given vid en viss tid i ett visst samhälle och med vissa förutsättningar. Dettta gäller även system- och tolkningslärorna. Som bekant utgår även vi i Sverige från den kanon som Frierich Carl von Savigny skapade utifrån romersk rätt vid 1800-talets början; den grammatiska, den logiska, historiska, den systematiska tolkningen (Staatsl. 3 Sp. 181). Med viss tvekan kunde han dock på ålderns dagar medge värdet av också den teleologiska tolkningen. Det sena 1800-talet förde i hans fotspår fram viljan som bärande för att inte säga uteslutande element i tolkningsläran. Ytterst gick tolkningen därvid vid tvistiga fall ut på att återskapa parternas faktiska eller hypotetiska vilja. Det subjektiva momentet fick en avgörande betydelse. Omvärlden, som det objektiva elementet, hade ingen eller liten plats. Det torde inte vara någon tillfällighet att samtidigt som privaträtten lyfte fram viljan så gjorde också den offentliga rätten detta. Parallelliteten i tid och innehåll mellan viljans plats inom avtalsteorin och viljans plats som konstituerande moment i statens lagar är slående.

Att rättsvetenskapen i denna utveckling och kritiska debatt ändå i huvudsak får sägas ha tigit – utan att på ett djupare sätt ha deltagit – får trots sina nackdelar anses vara konsekvent. Den lagstiftningsteori som har rått från senare hälften av 1800-talet är en omedelbar parallell till avtalsteorin i civilrätten; inom båda rådde viljans primat. Såsom privat-

rättsliga avtal var uttryck för vilja så var också lagen detta.[14] ”Folkviljan” – väl förstådd som subjektiv-psykologisk storhet – stod i omedelbar samklang med partsviljan inom privaträtten. Rättsvetenskapen och dogmatiken trängdes tillbaka av viljans kraft. Lagstiftarens vilja som enda grund för lagen blev ett förpliktande dogma i flera europeiska länder. Man bör emellertid inte förväxla den med demokratins framväxt. Référée legislatif, var de absoluta härskarnas författningsinstitut och helt i samklang med viljeteorin. Vid tveksamhet om lagens innehåll skulle inte doktrinen tillfrågas utan lagstiftaren själv; dennes vilja efterfrågades.[15] Vi bör se framväxten av de svenska lagförarbetena i detta ljus; de uttrycker ju den subjektiva viljan.

Materiella villkor för avtals giltighet

Här kan man nu från en bredare internationell ståndpunkt fråga; har man någonsin gått utanför avtalet? Eller är den liberala avtalsteorin, trots att den kritiserats, det enda alternativet i historien? Svaret måste vara klart nekande men ändå något komplext utformat. System- och tolkningsläror med utformning från den romerska rätten är grundval för den senare europeiska diskussionen. Här kan blott skisseras vissa drag i den ännu nästan helt outforskade tolkningsläran.

Klassisk romersk rätt.
Inom ramen för ordet (verbum) skiljde inte de antika romerska juristerna mellan deklaratorisk – det vill säga läsning av lagens ord enligt vanligt språkbruk – och restriktiv, eller extensiv tolkning; allt gick in under ordet (verbum). Tolkning förstods som en förståelse av lagen; man använde för tolkningen över flera århundraden uttryck som ”är, förstå, se, innehålla” (esse, intelligi, videri, contineri). Om det var en normalspråklig uttolkning av lagen eller en möjlig språklig betydelse som kom till användning låter sig inte alltid lätt förstås. Till och med en medveten analog lagtolkning skildrades som en form av ordförståelse. I litteraturen har dessa former av tolkning – deklaratorisk, extensiv, restriktiv, analog – omnämnts som identifierande tolkning, eftersom uppfattningen bland de romerska

[14] Roscher, F. Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Berlin 1974; Wieacker a.a. s. 459 ff.
[15] Conrad, H. Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794, Köln 1958, s. 16.

juristerna var att de blott återgav en given ordens betydelse. Givetvis kände de även till tvetydiga eller mertydiga legala uttryck. Den första kända rättsvetenskapliga debatten om en flertydig lag härrör från andra århundradet före Kristus födelse. Men redan där är det klart att juristerna såg meningsbrytningarna som en tvist om ren ordtolkning. Man använde också ord som antaga, förstå, benämna (accipere, intellegere, appellatione contineri) när man anförde sina tolkningsresultat. Man rörde sig inom ordet (verbum). Man ville inte avvika från lagens bokstav eller i vart fall inte medge det. Endast vid flertydighet kunde man tillåta sig i sina skrifter att visa att det fanns svårigheter och tvivel om ordens betydelse. I dessa fall av mångtydighet kunde man också tänka sig att gripa tillbaka på lagstiftarens tänkta mening med stadgandet. Den åtgärden skall dock inte ses som att man uppfattade ordens mening som alltför snäva eller vida, utan att de legala orden hade blivit oförståeliga. Här bör man emellertid också ha i minnet, att det är knappast så att romarna uppfattade lagarnas ord som normativa. Snarare var uppfattningen att lagar skulle uttrycka det socialetiskt godtagbara eller riktiga; det vill säga ”mos”. Genom tolkning av lagen grep man tillbaka på det moraliskt goda. Lagen var inte instrumentell utan bunden vid socialetiken. Ordet lagstiftare – legis lator – får därmed en alldeles särskild betydelse. Såvida en viss tolkning med tiden fick genomslag och blev förhärskande som den rätta tolkningen då kläddes detta också i lämpliga ord. En typisk formulering av Ulpianus var ”så är det likväl klart att det bör förstås” (sic tamen accipiendi constat).

Annat var det om man åberopade viljan (voluntas). Modern dogmatik känner ju endast analogin som metod, om lagens ord inte längre räcker till. Man griper då med analogin tillbaka på ett värdeomdöme, nämligen lagstiftarens vilja. Det omdömet får utgöra rättfärdigandet av en annan lags användning på sakfrågan. Romersk dogmatik kände en ytterligare metod, nämligen den tvistiga frågans avgörande med en actio utile eller actio in factum; d.v.s. prätorn fick avgöra den omstridda rättsfrågan processuellt. Grunden var inte som inom analogin en logisk abstraktion och användning (en abstraktion från en induktivt given reglering och utifrån denna generalisering en deduktiv användning på nya uppdykande fall). Som grund för prätorns processuella avgöranden låg behovet och resultatets billighet, dess aequitas.

Ius commune

Litteraturen har kallat den klassiska romerska rättens avvägning mellan ord och vilja för en lyckad avvägning. Varken ordet – som en objektiv grund – eller viljan var allenarådande. Under termen ”id quod actum est” – det som har skett – samlades de subjektiva och objektiva grunderna; allt ifrån parternas vilja över till ett avtals typifierade och moraliskt-normativa särdrag. Romerska jurister såg på rättshandlingar som en helhet utan att ”dogmatisera” de objektiva eller subjektiva elementen. Att romarna inte gjorde någon skillnad mellan tolkning av lag och avtal var också betydelsefullt för eftervärlden.[16] De objektiva grunderna vid avtalstolkning kom sedan att summeras under skilda sökord: billighet, aequitas, conscientia, honestas – modernspråkligt tillkom sedan ”allgemeine Rechtsgrundsätze, principes généraux, maximes generalés”.

Från begreppen rätt och plikt, dygd och ansvar, utformades i den europeiska gemensamma rätten en handlings- och tolkningsteori. Långt ifrån att sträva efter värdeneutralitet sökte man stöd i begreppet allmänt väl/allmänt gott. Eftersom varje individ omöjligt kunde ses som isolerad måste också varje individs handling ses som förbunden med en objektivt given värdeskala. Den normativa etiken har inte som senare hos Kant framför allt ett psykologiskt drag – viljan – utan ett intellektuellt; begreppen det rätta och det goda. Ordet dygd fick sammanfatta dem. Det ålåg lagstiftaren att utforma ett grundläggande förråd av det rätta – dygdiga – medborgerliga förhållningssättet; inte minst civilrättsligt. Klart måste framgå vad som var ont och förbjudet såväl som gott och påbjudet. Rättsplikten sammanföll delvis med moralplikten, dygden. Etiska målföreställningar gällde för lagstiftaren som för medborgaren. Handlingsetik fanns visserligen – regler, maximer – men dygdeetiken hade företräde. Det är också här som man skall se tidens juridiska litteratur; kasuistiskt utformad och analyserande skilda situationer av etiskt-rättslig betydelse. Argumentationen var följaktligen också topiskt orienterad; från de objektivt/moraliskt givna förhållningssätten bedömdes den enskildes handling. Samhälleliga intressen – etiska mål – var givet en del av argumentationen. Från romersk rätt, från kanonisk rätt och naturrätt hämtade man sin individual- och socialetik. Dessa källor var förpliktande före den positiva lagen. Typiskt är ett uttalande från en officiell svensk lagsamling från år 1706. På följande sätt låter det i förordet, där rättskällor och tolkning dryftas: nämligen att ett rike måste vara så ordnat, att den ”civile eller

[16] Zimmermann, The Law etc. s 626, 632, 634, 638, 640.

borgerlige lagen" skall "hava sin grund och stöd uti Guds och then naturlige lagen och vara med then samme i alla måtto överensstämmande". Om detta villkor uppfylles – en borgerlig lag i samklang med Guds och naturlig lag – och naturlig lag var också moralisk lag eller sedelag – ja då frodas landet, eller med tidens språk, "den allmänna välfärden befordras, och var och en undersåtares enskilde trevnad och välgång uti then mänskliga gemenskapen sökes och erhålles".[17] Liknande ord infördes också i den något senare utkommande 1734 års lag. Tidens juridiska litteratur gör ofta upp listor – med hundratals – beaktansvärda skäl. Många av dem hör helt uppenbart till området "utfyllande tolkning". I detta sammanhang kan man tillägga en regel med stor räckvidd: *"I tvivelsmål, då muntliga uttalanden och texten är likvärdiga, så bör man föredra en sådan mening som skapar den bättre rätten"*.[18]

Här var tanken att domaren skulle söka det bättre – etiska – materiella resultatet då tolkning inte räckte till; med modern mening en utfyllande tolkning, men styrd av andra rättsgrunder än vilja och förklaring hos parterna. Med andra ord kan man säga att offentligrättsliga och privaträttsliga ramar hade satts för avtalets tillkomst.

Det är den juridiska dogmatikens tid; med en given uppgift att utforma socialetiken. Även en man som von Savigny delade, till synes paradoxalt nog, dessa uppfattningar. Väl var han emot naturlig rätt, men kanonisk rätt godtog han alltid som ett komplement i alla de fall då den romerska rätten teg i en tolkningsfråga.[19] Dogmatiken hade försteg framför lagstiftarviljan. Från de objektiva moral- och rättskällorna utformades mängder av skäl för olika livssituationer. Här använde man sig av den utvecklade läran om omständigheter. En del omständigheter har betydelse inom bevisläran, andra har normativt värde, andra har allmängiltighet eller tillämplighet endast för vissa handlingar. Vi känner värdet av omständigheter vid den straffrättsliga begreppsbildningen; vissa bestämmande omständighet skiljer egenmäktigt förfarande, stöld, inbrottsstöld, förskingring, o.s.v., från varandra. De har också normativt värde; straffvärdet är olika för dessa brott. Här är omständigheterna med ett annat ord skäl. Vissa omständigheter är förknippade med en begränsad klass av handlingar. Andra omständigheter kan användas allmängiltigt,

[17] Schmedeman år 1706.

[18] Placcius, V. Opusculorum Juridicorum Miscellorum III: Ars interpretandi iura, Holmiae 1693, s. 95.

[19] Wolter, U. Ius Canonicum in iure civili, 1975 (passim).

såsom tvång kan beaktas både i civilrättsliga, straffrättsliga och folkrättsliga sammanhang. Svensk äldre straffrätt, både doktrin och domstolar, är uppenbarligen helt genomsyrad av dessa system- och metodtankar från ”ius commune”. På motsvarande sätt kan man i tidens civilrättsliga dogmatiska litteratur finna moraliserande-typifierande studier i anslutning till avtalsrätten. Man arbetade med ”quaestiones”, problem, och dryftade deras lösning med tillhjälp av de ärvda rättskällorna, främst romersk rätt. Läran om omständigheterna gav den systematiserande ansatsen. En topisk argumentering – utgångspunkt för argumenteringen i godtagna normativa och argumentativa satser – var följdriktig. Med våra ord: utfyllande tolkning var ingen ovanlig tanke. Inskränkningar i avtalsrätten, med hänsyn till skilda materiella/etiska omständigheter, var också konsekvent nog vanliga: formkrav, begränsningar vid val av avtalspartner, begränsad individuell frihet vid avtalsslut, begränsningar vid utformningen av avtalet – alltså inga typtvång – eller begränsningar vid innehållet i avtalet. ”Ratio” – begränsande skäl – stod före viljan i prioritet.

Exempel på innehållsmässiga begränsningar som fanns utformade inom ius commune och använda av domstolarna före den fullständiga avtalsfrihetens genombrott, är:

1. laesio enormis – ”den väldiga skadan” – som innebar att den förfördelade parten, i varje avtal som innebar att egendom köptes eller såldes till ett pris som understeg halva dess rätta värde, kunde få avtalet att återgå;
2. räntelagar, som innebar att räntetagande över 6 % straffbelades;
3. en begränsning av kontraktsstraffet – alltså avtalad sanktion vid kontraktsbrott – till det dubbla intresset;
4. lex anastasiana, som innebar att uppköparen av en fordring bara hade rätt att kräva in högst den summa av gäldenären som han själv hade betalat den ursprunglige borgenären för att förvärva fordringen;
5. förbud mot att sälja en sak, när samtidigt i avtal betingades en återköpsrätt till samma sak till högre pris, vilket skulle innebära ett förbigående av ränteförbudet;
6. lex commissoria, det vill säga, förbud mot avtal med förfalloklausul vid pantsättning;
7. förbud mot ränta på ränta – så kallad anatozismus;

8. ingen ränta ultra alterum tantum, det vill säga, löptiden på räntan upphör senast då erlagd ränta uppgår till den summa som motsvarar den utånade krediten.[20]

Kriterierna hade utvecklats från romersk rätt och var, jämte andra, överallt förekommande i de skilda europeiska staterna. Grundidén var att det fanns en objektiv likvärdighet – aequalitas – mellan prestation och motprestation. Kriteriet var av naturrättslig art, men vanligen användes romersk eller kanonisk rätt i argumentationen, även i protestantiska stater. I vissa fall fick de innehållsmässiga begränsningarna utifrån denna grundidé en legal utformning, men i vanliga fall behandlades de endast i doktrinen, juridisk eller moralfilosofisk.

Exempel kan ges från praxis rörande ränta och ocker. Att avtala om återköp av objektet efter viss tid var ett vanligt sätt att försöka gå förbi reglerna. Men återköp var i och för sig tillåtet. Skulle en prisskillnad finnas – det vill säga återköpspriset är högre – då skulle ett fall av pantfördrag föreligga med förfalloklausul. Det var inte tillåtet; alltså vore det bästa att sätta köppriset lika med återköpspriset oavsett vad parterna hade avtalat. Ett annat fall gällde några Banco-brev som köptes upp för 2 500 floriner. Inom sex månader skulle de säljas tillbaka men med några hundra floriner mer i värde. De ursprungliga köparna (borgenärerna) gjorde gällande att bankbreven hade sjunkit så mycket i värde att det högre återköpspriset var riktigt. Om inte återköpet skedde till det högre priset skulle de göra en stor förlust. Vid fallets avgörande utlät sig de rättslärda (en juridisk fakultet) att här gällde det inte att se på skillnaden mellan köpepris och objektivt värde, utan på skillnaden mellan köppris och återpris. Var den skillnaden av ockerkaraktär? Frågan besvarades jakande och köparen måste ge breven åter utan ersättning. I ytterligare ett annat fall hade två parter avtalat om återköp av fast egendom efter tre år. Priset och återpriset var emellertid här detsamma, nämligen 440 taler. Men de rättslärde medgav här endast 250 taler i värde på återköpet, eftersom man hade funnit att detta var det ursprungliga köpepriset (”under bordet”).[21] Fallen visar hur fritt juristerna kunde bedöma situationen med det i princip

[20] Luig, K. ”Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinem Recht und im BGB” in: Ius Commune, Aspekte europäischer Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 1982, s. 170–206.

[21] Luig, K. ”Das Profil der Juristen in der europäischen Tradition” in: Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages des F. Wieacker, Ebelsbach 1980, s. 312 f.

godtagna återköpet, men i varje fall eftersträvande en rättvis fördelning mellan parterna, även om dessa hade avtalat om annat.

Denna vid första ögonblicket stora frihet var något tvivelaktigt i eftervärldens ögon; där pandektistikens kriterier gällde, främst lagens och det fria avtalets enda och uteslutande villkor. Man talade i 1900-talets början i den tyska pandekritikens anda om bland annat ”lagföraktande kasusrättfärdighet” och att ”kontraktsmässigt bestämda pris kunde höjas”. Det sista fallet gällde bland annat ett i modern litteratur anfört – och ökänt – fall, där just ”kasusrättfärdighet” hade eftersträvats av äldre tids jurister. Fallet gällde en kommendant för ett befästningsverk som under löpande kontraktstid lovade en kalkleverantör att denne skulle få mer betalt för leveranserna än vad kontraktet angav. Den juridiska fakultet som fick ta ställning i frågan om löftet kunde vara grund för prishöjningen bejakade frågan främst med en allmän hänvisning att priset hade stigit i hela landet efter avtalsslutet och om leveranspriset inte höjdes, utöver avtalat pris, skulle leverantören med säkerhet gå i konkurs. Länge fick detta omdöme stå som enda grund för fallet; vilket sedan fick vandra genom den moderna litteraturen.

Den helt moderna studie som har gjorts av detta ökända fall visar dock att domslutet var ytterligt väl underbyggt från auktoritativa källor, med hänvisning till att varje avtal, varje löfte, bör förstås utifrån sina särskilda omständigheter (”Omne actum, omnis promissio, rebus sic stantibus intelligenda eat”). Denna princip och dess möjliga användning på fallet begrundades utförligt av den juridiska fakultet som hade fått döma i målet; Seneca och Cicero citeras och deras ord analyseras. Värdet av prestation bör stå emot motprestation; det var naturlig rätt och naturlig billighet. Seneca och Cicero var också de första som hade dryftat ett problem liknande detta. Därefter gick man inom fakulteten igenom uppfattningarna hos Grotius, Ziegler, Pufendorf. Skilda ställen hos Corpus Juris Civilis togs under övervägande, med noggranna textgenomgångar. Tankar om omöjliga prestationer och efterkommande omständigheter som kunde förändra eller göra ett avtalsunderlag helt ogiltigt fanns där, och var kända i den internationella dogmatiken i nära anslutning till klausulen ”rebus sic stantibus”; alltså förutsättningslärans historiska grund. Kommenterad praxis var också del i domens underbyggnad. Med andra ord visar sig den ökända domen i ”kalkmålsleveransen” vara ytterligt väl avvägd; godtyckligt dömande var det inte tal om.[22]

[22] A.a. s. 325 f.

För att nämna ett sista exempel på äldre rättsbildning. I vissa fall arbetade man med distinktionen hos begreppet okunnighet (ignorantia juris et facti). Men den kompletterades med en distinktion mellan övervinnelig och oövervinnelig okunnighet, även vid motivmisstag. Fanns ett oövervinneligt misstag så var rättshandlingen ogiltig. Det innebar att en partner i en förlovningsrelation kunde åberopa att motpartens förmögenhetsförhållanden var annorlunda än vad parten hade insett vid förlovningsavtalets ingående. Invändningen godtogs och grundades på att både föräldrar och stat hade att tillse, att familjegrundningar hade en sund ekonomisk bas.[23]

I den här tidstypiska argumenteringen är en viktig skillnad mot nutid, att vid sökandet efter en riktig – rättfärdig – lösning, använde man sig av en rad historiskt givna rättskällor och som den främsta den romerska rätten. Dessa var uppenbarligen till stora delar värdehierarkiskt ordnade. Så kunde använda principer och regler i ett konkret fall sättas ur kraft därför att motstående principer används i stället, även i det fall att den använda rättskällan inte hade förutsett detta undantag. Som ett sammanfattande helhetsomdöme för denna långa tidsperiods juridiska metod har man i vår tid sökt ett inte helt olämpligt uttryck: en ”genomdiskuterad rättsdogmatik”.

”Frihetsstormen” under de två första tredjedelarna av 1800-talet sopade bort större delen av de materiella – utomlegala – grunderna. Man var i allmänhet emot varje domarens rättsfortbildning. I sammanhanget trängdes även doktrinen tillbaka. Avtalsfrihet och vid behov stöd i lagtext var postulat. Allmänna rättsgrundsatser skulle inte längre kunna hämtas ur doktrinen utan ur lagen själv, såvida man fann en lucka. Man medgav en tolkning – i många fall snäv – men ingen utfyllande tolkning. Vad som återstod blev ett allmänt förbud mot sedekränkande avtal. Dock, eftersom plikt och dygd försvann ur rättsteorin fick begreppet sed en tveksam ställning. Huvudregeln om frihet och vilja som konstituerande moment inom avtalsrätten får en tidigare oanad genomslagskraft i dogmatiken fram till den sista tredjedelen av 1800-talet. Det var den tid som blev avtalsfrihetsens höjdpunkt; aldrig har så få begränsningar funnits för den enskilde avtalsparten.[24]

[23] A.a. s. 315.

[24] Wieacker, Privatrechtsgeschichte, s. 620 f.

Sprickor i fasaden

Sprickor i teorin och praxis fanns dock. Man vet att lagar i pandektistikens tidevarv utformades med stöd i äldre doktrin; därifrån hämtades rättsgrundsatser som fick legal utformning. Skilda metoder och tolkningsläror framfördes dock i de skilda europeiska länderna. Analogin, med stöd av andra lagregler, var en väg. Lagbokens anda blev här en sammanställning av analoga regler hämtade inifrån lagbokens eget system. Officiellt förklarade doktrinen att analogi inom lagsystemet var helt tillräcklig. Skiljaktig mening fanns dock även där. Som ovan sagts godtog von Savigny avvikelser utanför lagens bokstav och lagsystemet själv. För honom var den kanoniska rätten giltig i alla de fall där en fråga av moralisk karaktär inte kunde lösas av lagtexten; den blev supplerande källa, som allmänna rättsgrundsatser, för utfyllande tolkning. Rimligheten i den ståndpunkten sökte han i sin syn på folkmedvetandet och inte lagstiftningen som rättens grund.[25]

Det visar sig emellertid numera att domstolarna i många fall gick längre; det vill säga utfyllande tolkning förekom, trots att det inte i princip var tillåtet. Så visste franska domstolar under 1800-talet att söka sina rättsregler inom lagen eller lagboken i sin helhet – Code Napoléon – men i påfallande många fall gick man längre. Ibland var principerna hämtade utanför lagboken endast av argumenterande värde eller som tolkningshjälp. Men i andra fall var de extra-legala principerna ensamma avgörande för utgången, uppenbarligen eftersom de sågs som normativa. Ofta är det då den romerska rätten som får tjäna som underlag. Man använde även skiljaktig terminologi. Om tolkning – och analogi inom lagboken – skedde så var uttrycket ”principe général”; men om utfyllande tolkning skedde så användes uttrycket ”maxime” eller ”maxim général”.[26] Romersk rätt sågs i Frankrike ännu in på 1900-talet som ”raison écrite”.

Frågan om tolkning och utfyllande tolkning kan som historien visar inte skiljas från den övergripande systemtanken. Vi vet mycket litet om tolkningens historia – förbluffande litet – men den är uppenbarligen mycket rik på synpunkter och visar en komplexitet i den juridiska tanken och tillämpningen. Men det är tveksamt om normativa regler för tolkning kan ges oberoende av ett ställningstagande i systemfrågan.

[25] Wolter, a.a. passim; Jacoby, a.a. s. 128 f.

[26] Jacoby, a.a. s. 83, 87 f., 103, 104 f., 106, 109, passim.

Nils Mattsson

Några anteckningar om skattesystemet på kejsar Augustus tid

1 Inledning

Varje juldagsmorgon läses i svenska kyrkor Lukasevangeliets 2 kapitel. Evangelietexten lyder inledningsvis: ”Vid den tiden utfärdade kejsar Augustus en förordning om att hela världen skulle skattskrivas. Det var den första skattskrivningen, och den hölls när Quirinius var ståthållare i Syrien. Alla gick då för att skattskriva sig, var och en till sin stad. Och Josef, som genom sin härkomst hörde till Davids hus, begav sig från Nasaret i Galileen upp till Judeen, till Davids stad Betlehem, för att skattskriva sig tillsammans med Maria, sin trolovade, som väntade sitt barn.”

Berättelsen om Jesu födelse har givit anledning till ett oändligt antal utläggningar på helgdagsmorgonen. Att en frälsare fötts har varit det centrala temat, medan anledningen till att han föddes i Betlehem spelat en mindre roll. Eftersom jag ägnat min huvudsakliga gärning åt skatterätten, känner jag emellertid, att jag i detta bidrag till minnesskriften tillägnad Göran Inger vill uppehålla mig vid det romerska skattesystemet under den tidiga kejsartiden, alltså under årtiondena strax före och efter vår tideräknings början.

2 En kort historisk bakgrund

Pompejus, en av triumvirerna (tillsammans med Caesar och Crassus) i det första triumviratet, hade som romersk general stora framgångar i de erövringskrig som han under 60-talet f.Kr. inledde österut. Efter seger över bl.a. Mithridates kunde Syrien som provins med romersk ståthållare införlivas i det romerska riket. Pompejus drog vidare söderut och intog Jerusalem. Judeen tillhörde därefter den romerska intressesfären och år

40 f.Kr. utnämnde den romerska senaten Herodes, kallad den Store, till (lyd)konung över området.

Efter mordet på Caesar år 44 f.Kr. bildades det andra triumviratet med Antonius, Octavianus och Lepidus som triumvirer. Lepidus blev relativt snart utmanövrerad av de två övriga, som även de hade svårt att sinsemellan hålla fred. Antonius hade efter ett tag kontrollen över de östra delarna av romarriket, Octavianus över de västra. År 32 f.Kr. utbröt regelrätt krig dem emellan. Octavianus fick övertaget året därpå genom segern vid Actium och återvände till Rom som triumfator. Han överlämnade visserligen formellt makten till den romerska senaten, men i realiteten var han därigenom ledaren för det romerska riket och erhöll hedersnamnet Augustus. Under honom inleddes en lång period av relativ fred – Pax romana.

Under republikens dagar, då stora områden erövrats, var den romerska senaten beroende av medel, bland annat för försörjningen av legionerna. Stora delar av dessa intäkter kom från erövrade områden i form av skatter. Ett enhetligt system saknades dock utan olika skatter växte fram allt efter hand, olika utformade i olika delar av riket. Skatter på avkastningen från jordbruket var dock de viktigaste. Skatter som utgick vid omsättning av varor (slavar tillhörde detta område) var också ett inslag. Tullavgifter förekom regelbundet och de kunde utgå även vid transporter inom det romerska riket.[1]

En inte ovanlig metod, inte minst när det gällde att klara den administration, som krävdes, var att behålla de system, som redan fanns i de erövrade områdena. Intresset från romarnas sida för administrativa kostnader, även på skatteområdet, var minimalt. Kunde därför arbetet läggas på annan, tog man snabbt sådana möjligheter till vara.

Den långa fred som symboliserade åren under Augustus innebar emellertid en stabilisering i romarriket, vilken i sin tur gjorde omstruktureringar möjliga. Den uppfattningen har därför framförts, att det var under tiden med Augustus som kejsare, som det romerska skattesystemet fick en mer enhetlig prägel.[2]

Enligt Lukas ägde skattskrivningen rum, när Quirinius var ståthållare i Syrien. Skall vår tideräkning ligga till grund blev emellertid Quirinius

[1] Se P. A. Brunt, Roman Imperial Themes. Clarendon Press Oxford. 1990. Se särskilt s. 323 f.

[2] Se A. H. M. Jones, The Roman Economy. Studies in Ancient Economic and Administrative History. Edited by P. A. Brunt. Oxford Basil Blackwell. 1974. s. 164.

enligt oberoende tillförlitiga källor ståthållare först år 6 e.Kr. Ännu svårare blir bestämningen av tiden för Jesu födelse, ifall födelseberättelsen i Matteusevangeliet skall ha betydelse för dateringen. Enligt Matteus föddes Jesus, medan Herodes fortfarande levde. Som bekant startade han i Betlehem med omnejd en slakt av gossebarn upp till två år.[3] Återigen enligt historiska källor dog emellertid Herodes före vår tideräknings början, nämligen år 4 f.Kr.

3 Skatter och skattesystem under perioden kring Jesu födelse

Enligt Lukas skulle hela världen skattskrivas. Detta påstående väcker förvåning. Visserligen kan han ursäktas för uppfattningen, att romarriket utgjorde hela världen. Men även med den begränsningen är uttalandet inte korrekt. Historiska källor talar för att andra folkräkningar inom romarriket ägt rum under Augustus tid utan att de skett samtidigt med den som företogs i Judeen.[4]

Nu spelar emellertid för den fortsatta framställningen dessa oklarheter ingen roll. Det är klart att en skattskrivning ägde rum i Judeen kring tidpunkten för Jesu födelse. Vilken typ av skattskrivning det var fråga anger inte Lukas. Den judiske historikern Josephus har närmare beskrivit en beskattning av judarna som ägde rum kring 6 e.Kr., dvs. under en period då Quirinius var ståthållare över Syrien. Quirinius hade då även fått ansvar över Judeen, då samma år den judiske regenten Herodes Archelaos, son till Herodes (den Store), avsatts av Augustus och bl.a. Judeen direkt förts under romersk administration.[5]

3.1 Tributum capitis

Den skattskrivning Lukas nämner var sannolikt en folkräkning som underlag för en personskatt (tributum capitis), som var en vanlig del av det romerska skattesystemet på den tiden och sannolikt mer konsekvent

[3] Se Matteusevangeliet 2 kap.

[4] Jones a.a. särskilt s. 165 med not 81. Se även Brunt a.a. s. 329.

[5] Judeen blev en provins under romerskt styre med Quirinius i Syrien som ståthållare och med Coponius som procurator. Se (Flavius) Josephus, Jewish Antiquities. An English translation by Ralph Marcus completed and edited by Allen Wikgren. The Loeb Classical Library. Harvard University Press. 1963. Book XVII s. 537.

införd just av Augustus. Tributum capitis var uppbyggd på så sätt att varje individ hade att betala samma belopp oavsett inkomst och förmögenhet. I vissa delar av romarriket låg den på varje individ oavsett kön, i andra fall enbart på män. I allmänhet var skattskyldigheten begränsad till personer från 12 eller 14 år upp till 65 år.[6] Detta skulle kunna tala för att i detta fall gällde folkräkningen båda könen, dvs. både Josef och Maria. Storleken på skatten varierade från provins till provins och från tidpunkt till tidpunkt. Om dessa justeringar berodde på skatteförmåga i olika delar av riket och på behovet av skatteintäkter är svårt att klart ange.

3.2 Tributum soli

Quirinius hade vid skattskrivningen enligt Josephus till uppgift att få fram en egendomsvärdering.[7] Denna upplysning av Josephus skulle kunna tala för att skattskrivningen i fråga inte bara gällde tributum capitis utan var kombinerad med någon form av beräkningar som underlag för en egendomsskatt. En över hela det romerska riket förekommande sådan skatt var tributum soli. Denna skatt hade som bas egendom och då inte endast fast egendom, såsom hus, odlingsbar jord, ängar och skogar utan även andra tillgångar såsom slavar och skepp.[8] Värdet på tillgångarna måste naturligtvis fastställas med jämna mellanrum.

Samtidigt förefaller det inte rimligt att Josef och Maria skulle bege sig från sitt hem i Nasaret till Betlehem, om frågan uteslutande gällt att bestämma värdet av deras eventuella förmögenhet. En sådan borde ske på platsen för tillgångarna. Det är därför troligt att skattskrivningen omfattade båda skatteformerna men att Josef och Maria betungades av tributum capitis. Deras tillgångar verkar, om bibelns beskrivning är sann, inte ha varit så stora.

Tributum soli hade alltså som skattebas ett fastställt värde på egendomen. Skatten var en andel av detta fastställda värde. I Syrien skall skattesatsen ha varit en procent.[9] Utformningen även av denna skatt skall ha varit ett verk av Augustus. En egendomsskatt hade visserligen förekommit tidigare, men beräkningen hade då, inte minst när det gällde odlingsbar

[6] Se Jones a.a. s. 164 f.

[7] Se (Flavius) Josephus, Jewish Antiquities. An English translation by Louis H. Feldman. The Loeb Classical Library. Harvard University Press. 1965. Book XVIII s. 3 f.

[8] Det latinska ordet solum betyder i svensk översättning jord och mark.

[9] Se Jones a.a. s. 164.

jord, beräknats som en andel av den årliga avkastningen. Ständiga svårigheter uppkom emellertid med denna metod. Avkastningen varierade ju år från år. De skattskyldiga ville dessutom av naturliga skäl dra ner avkastningens storlek. Inte minst viktig för att förstå storleken på problemen var den omständigheten, att huvuddelen av befolkningen i de romerska provinserna livnärde sig på jordbruk. Under missväxtår var naturligtvis svårigheterna att avstå från skörden avsevärda och någon allmän rabatt för svaga skattebetalare att klara uppehället existerade inte.

Genom det nya systemet, dvs. att värdet på egendomen låg till grund i stället för den årliga avkastningen, kunde skattens storlek åtminstone i förväg beräknas.

3.3 Andra skatter än tributum capitis och tributum soli

Omsättningsskatter och tullar spelade under den nu aktuella perioden en betydelsefull roll, liksom de hade gjort under republikens dagar. Avsikten med tullar var sällan att skydda verksamheten inom tullgränserna från konkurrens utan tullarna var i högsta grad utnyttjade som offentlig inkomstkälla. Som antytts ovan kunde tullgränser ligga mellan provinserna. Skattesatserna var dock inte särskilt höga. De uppgick i allmänhet till mellan 2 och 2,5 procent av varans värde. Ett undantag kan dock vara värt att nämna. Vid kejsardömets gräns österut var nämligen procentsatserna betydligt högre, ända upp till 25 procent för vissa varor. Huvudsakliga skälet kan ha varit, att importen här till viktig del bestod av lyxvaror (t.ex. siden), varför importören hade råd att betala.[10]

En inkomstskatt i modern mening saknades däremot. Det fanns helt enkelt inte tillräckligt sofistikerade medel att räkna fram en sådan skatt. Det försök som hade gjorts, nämligen att låta skattebasen vara storleken på jordens avkastning hade visat sig administrativt olämpligt och andra metoder att få en sådan skatt att fungera tillfredsställande fanns inte.

Det förefaller över huvud taget som om skillnaden mellan tillgångar och avkastning varit diffus, vilket i än högre grad gjorde en beskattning grundad på avkastning och förvärvsarbete svår. Samtidigt innebar denna svårighet att vissa grupper av befolkningen blev särskilt gynnade och t.o.m. skattebefriade. Nu skall dock understrykas, att vanliga lönearbetare inte hade någon inkomst att tala om. En skattskyldighet med deras förvärvsinkomster som bas hade sannolikt inte medfört några offentliga

[10] Jones a.a. s. 171.

intäkter av betydelse. Kanske var tributum capitis en ersättning för en personlig inkomstskatt, även om den knappast kan anses ha motsvarat dagens krav på skatt efter förmåga, eftersom den utgick med samma belopp per individ. Men det krävdes ingen deklaration, ingen värdering och inga beräkningar.

Avsaknaden av en inkomstskatt innebar emellertid stora fördelar för dem som hade höga inkomster förvärvade genom intellektuellt arbete. Det gällde jurister, läkare, vältalare, civila ämbetsmän m.m. Samtidigt var emellertid denna grupp liten och spelade nog för skatteintäkterna en marginell roll. Detsamma gällde i viss utsträckning inkomsterna hos handelsidkare och sjöfarare. Tributum soli var ju dessutom inte begränsad till jordegendomar utan skattebasen omfattade även lös egendom av olika slag.

Sammanfattningsvis är det emellertid tydligt, att skattebaserna var sådana att de gick att fastställa utan omfattande och besvärliga uträkningar. Genom folkräkning var det möjligt att få fram underlaget för tributum capitis och genom värdering av egendom underlaget för tributum soli. Omsättningsskatter och tullar var också möjliga att beräkna, eftersom storleken på skatten och tullen grundade sig på varans värde.

Att värdet på tillgången var en viktig faktor, när det gällde att lätt fastställa skattebeloppet, är alltså klart. Detta kan också vara ett skäl till att Augustus införde en arvsskatt. Även här var värdet på tillgångarna avgörande för beräkningen. Skatten var fem procent. Skattefria var dock tillgångar som tillföll nära släktingar. Det fanns också ett skattefritt grundbelopp.[11] Skatten utgick endast på tillgångar som efterlämnades av romerska medborgare.

3.4 Skatteadministrationen

Övergången till en fast skattebas, som reglerade tributum soli, fick stor betydelse för själva administrationen av skatterna. När skattens storlek var avhängig av avkastningens storlek, bestod nackdelen inte bara i svårigheten att fastställa avkastningen. Dessutom kunde storleken på skatteintäkterna inte i förväg räknas fram. Just denna osäkerhet var ett viktigt skäl till att ett system kallat tax farming allmänt användes, inte minst under republikens sista period. Rätten att ta upp skatteintäkter överlämnades vid auktion eller på annat sätt till individer, grupper av individer

[11] Jones a.a. s. 166.

eller institutioner, som betalade för denna befogenhet. Härigenom blev offentliga medel omedelbart kända till beloppet och dessutom tillgängliga för användning, eftersom betalning skedde för uppdraget. Osäkerheten att få in de beräknade skattebeloppen låg nu på den eller dem som tagit ansvar för indrivningen. När beloppet därför fastställdes för tjänsten att indriva skatten, ingick naturligtvis däri en riskpremie.

Valet av indrivare (publikaner) gjordes inte efter måttet på ärlighet. Det är känt att skatteindrivarna utnyttjade sin ställning obehörigt. Förhållandet till skattebetalarna var dåligt inte bara därför att skatt skulle betalas utan kanske i ännu högre grad, eftersom publikanerna ofta med rätta ansågs roffa åt sig mer än vad som var tillbörligt. Allra mest bekant är här Verres, vars korrupta ledning i egenskap av siciliansk guvernör under 70-talet f.Kr. är utförligt beskriven av Cicero.[12]

Stora administrativa fördelar fanns därför i ett system, där skattskyldigheten lättare kunde bestämmas. Några publikaner krävdes då inte utan skatteindrivningen kunde ske av tjänstemän, som arbetade under romersk ledning. Helt försvann emellertid inte systemet med publikaner. Offentliga intäkter från vissa skatter och avgifter kunde inte i förväg fastställas. Det gällde i främsta hand omsättningsskatter och tullar, där visserligen värdet på varan låg till grund för beräkningen, men där omsättningens storlek var okänd.

I evangelierna finner vi bevis på att tullindrivare (publikaner) fanns på Jesu tid och att de var illa omtyckta. Enligt Markusevangeliet äter Jesus vid ett tillfälle en måltid med dem. På fråga om detta kunde vara rätt svarar Jesus: ”Det är inte de friska som behöver läkare, utan de sjuka. Jag har inte kommit för att kalla rättfärdiga, utan syndare.”[13]

3.5 Betalningsmetod

Idag betalas skatt beräknad i landets valuta. Förr var så inte alltid fallet. Skattebetalningar i natura var inte ovanligt. Handel, där köparen betalade i kontanter, var över huvud taget inte särskilt vanligt. Eftersom stora delar av befolkningen livnärde sig på jordbruk, hade de själva det mesta av det som behövdes för uppehället. Man fick det som för övrigt var nöd-

[12] Cicero tjänstgjorde som åklagare i rättegång mot Verres. Talen är berömda och är bevarade. De är ett bevis på Ciceros stora förmåga som talare.

[13] Markusevangeliet 2:13–17. Liknande i Matteusevangeliet 9:9–13 och i Lukasevangeliet 5:27–32.

vändigt genom att lämna varor eller tjänster som betalning. Samtidigt förefaller det som om handeln under Augustus tid utvecklades och att mynt var ett vanligare betalningsmedel än vad tidigare varit fallet. En viktig orsak till denna utveckling var naturligtvis den fred som rådde. Men stor betydelse hade även en annan omständighet. Penningvärdet var stabilt. Det gick att lita på att valutan behöll sitt värde.

Att judarna betalade skatt med mynt finner man också styrkt av olika berättelser i evangelierna. Enligt Matteusevangeliet fick Jesus vid ett tillfälle frågan: ”Säg oss vad du anser: är det rätt eller inte att betala skatt till kejsaren?” Jesus märkte deras onda avsikt och sade: ”Hycklare, varför vill ni sätta mig på prov? Visa mig ett mynt som man betalar skatt med.” De räckte honom en denar, och han frågade: ”Vems bild och namn är det här?” ”Kejsarens”, svarade de. Då sade han till dem: ”Ge då kejsaren det som tillhör kejsaren och Gud det som tillhör Gud.”[14]

Vilken betydelse ett stabilt penningvärde har för en livskraftig ekonomi kan lätt illustreras av den fortsatta utvecklingen under kejsartiden. Så länge fred och lugn under accepterade styrkeförhållanden rådde (under det första och andra århundradet), utvecklades ekonomin, och penningvärdet var i stort oförändrat. Under det tredje århundradet (och särskilt under den senare delen) var däremot inflationen förödande och denarens värde sjönk till drygt 10 procent av värdet. Nu blev det vanligare att skatterna erlades i natura (t.ex. på så sätt att legionerna fick sitt uppehälle).[15]

3.6 Fiscus

Som framgick av det citerade utdraget av Matteusevangeliet betalades skatt till kejsaren. Utan att i detalj analysera Jesu svar på den ställda frågan, kan man undra till vem skatterna betalades. Den ursprungliga betydelsen av ordet fiscus är korg, men har i överflyttad bemärkelse fått betydelsen (stats)kassa.

En del av skatterna stannade i provinserna och användes till mer lokala behov. Men stora delar av skatterna gick till andra ändamål, inte minst till miljonstaden Rom och till bekostnaden och försörjningen av legionerna. Men stod kassan under kejsarens eller senatens förfoganderätt? En redovisning av den konstitutionella utvecklingen under den romerska

[14] Matteusevangeliet 22:17–22. Se också Markusevangeliet 12:13–17 och Lukasevangeliet 20:20–26.
[15] Jones a.a. s. 168.

kejsartiden kan inte rymmas i detta bidrag. Kejsarens och senatens förvaltningar var länge sammanflätade, men uppenbart var att bl.a. Augustus hade sådan makt att skillnaden mellan hans privata medel och statsmedel var svår att se.[16] Det förefaller därför vara ett i allt väsentligt riktigt påpekande av Jesus att skatterna tillhörde kejsaren.

3.7 Budget

Budgetplanering fanns inte bland den romerska administrationens centrala uppgifter. Egentligen fanns ingen alls. Det är märkvärdigt att denaren under så lång tid ändå kunde behålla sitt värde. Skattesatserna måste, åtminstone vid jämförelse med dagens, betraktas som låga. Detta var säkerligen också nödvändigt. Den största delen av befolkningen levde nära existensminimum. Det fanns helt enkelt inte mycket att ta, om man samtidigt accepterade att människorna skulle överleva. En fördel under Augustus tid verkar också ha varit att legionerna genom freden var förhållandevis billiga att hålla och att administrationen, åtminstone jämfört med vad som gällde under senare kejsartiden, var effektiv.

4 Avslutning

Några drag i den romerska skatterätten kan det vara av särskilt värde att erinra om. Augustus ändrade på systemet för uttag av egendomsskatten, tributum soli. Från att tidigare ha beräknats med utgångspunkt från den årliga avkastningen blev skatten en andel av tillgångens värde. Visserligen kunde värderingen av tillgången vara besvärlig att göra och leda till protester, men när den väl bestämts var den oförändrad fram till dess att en ny värdering skedde. Årliga beräkningar av avkastningens belopp behövde inte göras. Krånglet tidigare hade medfört att skatteuppbörden ofta genom auktioner under en fastställd period tilldelades högstbjudande. Denna metod ledde till stort missnöje bland befolkningen.

Problemet att beräkna avkastningen är inte unikt för romarna utan skattehistorien visar ständiga exempel på svårigheterna. Under århundraden har skatter beräknats utifrån värden som är mer konstanta än den årliga avkastningen. De svenska grundskatterna, en viktig del av vårt eget skattesystem ända fram till slutet av 1800-talet, är ett exempel på denna metod.

[16] Se t.ex. Brunt a.a. s. 134–162 och M. Alpers, Das nachrepublikanische Finanzsystem. Fiscus und Fisci in der frühen Kaiserzeit. Walter de Gruyter. Berlin-New York. 1995.

Inkomstskatter i egentlig mening, som alltså bygger på avkastning av jord, kapital och arbete, kräver i allmänhet årliga deklarationer av skattebetalare, som kan läsa, skriva och räkna. Det är naturligt att skattesystemet under Augustus tid byggde på tillgångars värde.

Ett stabilt penningvärde är av största vikt för ekonomiska framsteg. En studie av tiden under Augustus ger klara belägg för detta, särskilt vid jämförelse med alla problem som uppkom under senare delen av kejsartiden. Ett bevis bland många på inflation var övergången från betalning av skatter i mynt till betalning i natura. Penningvärdet förändrades så snabbt att nödvändiga varor och tjänster inte kunde betalas utan krävdes direkt av skattebetalarna. Inflationens avigsidor har vi även i vår tid upplevt, men att vi i framtiden skulle bli tvungna att betala i natura i stället för i svenska kronor, är väl ändå osannolikt.

Rolf Nygren

Levisonmålet och vägen mot civiläktenskapet

> ”De många invändningar, som blivit mot detta förslag framställda, ådagalägga, att om de också själva äro av skiljaktig natur, för dem dock finnes en gemensam grund, och denna grund är motviljan mot det civila äktenskapet.”
>
> Greve Erik Sparre i adelsståndets debatt 17 dec. 1862.

Tiden runt 1970 framstår som en brytpunkt i familjerättens historia. Medan äktenskapet – formaliserat genom vigsel i kyrklig eller borgerlig ordning – under de första två årtiondena efter Andra världskrigets slut framstod som normalfall, frambröt under åren efter mitten på 1960-talet en våg av informellt samboende. Brottet blev radikalt och är direkt avläsbart i antalet utomäktenskapligt födda. Om de utomäktenskapligt födda vid världskrigets slut hade utgjort mindre än ett på tio, så var de vid 1980-talets slut i majoritet.[1]

Giftermålsmönstrets förvandling från formellt äktenskap till informellt samboende under den korta tiden av ett par, tre decennier framstår som omtumlande radikal. I ett längre perspektiv är bilden inte riktigt lika entydig.

Den första kända dokumenteringen av formerna och villkoren för äktenskaps ingående finns att läsa i landskapslagarna från 12- och 1300-talet. De hade en flexibel inställning till själva formen för äktenskaps ingående. Två vägar fanns in i äktenskapet. Den första var vigsel i kyrkan. Brud och brudgum skulle inför prästen ta varandra till äkta makar genom

[1] Agell, A., *Äktenskap, samboende, partnerskap*, s. 20–27. Justus 1995.

otvunget och öppet samtycke och utskiftande av löften om livslång trohet. Enligt en riktning bland kyrkans rättslärda, var detta tillräckligt för giltigt äktenskap. Enligt en annan fordrades även påbörjat sexuellt samliv. Det centrala momentet var parternas fria ja och samtycke. Enligt kanonisk familjerätt var det mannen och kvinnan själva som skapade äktenskapet, medan prästen gav välsignelsen över det nya äktenskapet. Prästens roll var passiv. Han skulle kontrollera att parterna inte var alltför nära släkt, vilket kunde göra äktenskapet ogiltigt, men det var aldrig tal om att prästens närvaro var formellt nödvändig för äktenskapets giltighet. Prästen var brudparets främsta vittne till att allt gått rätt till för det fall att någon senare kom med invändningar.[2]

Kyrkan godtog även en mer informell form för ingående av äktenskap, nämligen bröllop. Mellan brudgummens och brudens familjer ingicks en överenskommelse om äktenskap mellan de två ungdomarna. Sedan de ekonomiska villkoren bestämts följde de ungas trolovning. Åtminstone i ”bättre familjer” fullföljdes trolovningen med bröllop. Brudens giftoman, vanligen hennes far, överlämnade genom ett tal bruden till brudgummen, varpå brudföljet red till brudgummens gård, brudloppet, där de trolovade i vittnens närvaro gick nakna till sängs för att följande morgon stiga upp efter fullbordat äktenskap. Problemet med den folkliga varianten av giftermål var – från kyrkans synpunkt – att det senare kunde uppstå tvivel om parternas frivillighet att gifta sig. Prästen fick ju aldrig tillfälle att kontrollera frivilligheten, eftersom hans närvaro vid bröllopet inte var nödvändig.[3]

Reformationens genomförande under loppet av 1500-talet ändrade inte formerna för äktenskaps ingående, trots att reformatorerna företrädde en uppfattning om äktenskapet som skilde sig från den katolska, men vissa tillämpningsproblem delade protestantisk och katolsk rättskipning: Fanns garantier för att äktenskapen ingicks frivilligt och därmed var att betrakta som giltiga avtal? Eller vad talade för att äktenskap alls ingåtts när omständigheterna varit alltför oklara? Vid medeltidens slut hade problemet vuxit bortom kontroll, inte minst genom förekomsten av s.k. hemliga äktenskap.

[2] Brundage, J. A., *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe.* Univ. of Chicago Press 1987, särsk. kap. 6–8.

[3] Nygren, R., ”Varför löften just i kyrkan? Något om rätten bakom riten.” *Kyrkbröllop*, s. 35–61. Uppsala 1992: Svenska kyrkans forskningsråd.

Den katolska kyrkans svar kom vid Tridentinerkonciliet 1563: Äktenskap måste ingås inför präst efter hindersprövning och med parternas tydliga, klara och frivilliga ja och samtycke. Det mer eller mindre fria samboendet hade ställt de kyrkliga domstolarna, som dömde i familjerättsliga frågor, inför hopplösa bevisproblem; nu skulle bot komma med obligatorisk vigselrit: Endast äktenskap ingånget inför katolsk präst skulle erkännas. Resultatet blev inte riktigt det avsedda. Seden med informellt samboende bröts bara delvis och barn fortfor att födas som illegitima.[4]

Den svenska kyrkan införde ett minst lika starkt kyrkotuktssystem som den katolska. 1600-talets rättshistoriska källmaterial från häradsrätter och kyrkoråd vittnar om den klappjakt som pågick mot alla avvikelser från kyrkans normer, men resultatet blev lika magert som på katolskt håll. Lagstiftaren kastades mellan teologiska krav och faktisk social praxis. 1604 skulle enbart sådana trolovningar anses giltiga som skett inför präst i kyrkan. 1642 räckte det med frivillighet att tillkalla präst vid bröllop. Enligt 1686 års kyrkolag var vigsel inför präst den påbjudna formen för äktenskapets tillkomst, vilket inte hindrade den nytillsatta lagkommissionen att dra slutsatsen att ”trolovning är äktenskap och vigningen en ritus.”[5]

Omsvängningen kom genom 1734 års lag. Nu blev den kyrkliga vigseln villkoret för att äktenskap skulle få full rättsverkan. Den lutherska kyrkans präster blev utövare av ett vigselmonopol. Men inget statligt tvång, inte ens om det utövades i ett så ideologiskt och rättspolitiskt strömlinjeformat land som Sverige, kunde hindra unga människor från att avla barn i förhållanden som aldrig fått kyrkans och statens sanktion.

Samboendet fortsatte. Botemedlet hette ”ofullkomnat äktenskap,” som kunde uppkomma på flera sätt. Ett avsåg den situationen att en man, som haft en sexuell relation med en kvinna under löfte om äktenskap, senare vägrade fullborda löftet genom vigsel. Kvinnan kunde då stämma in mannen vid domstol med yrkande att bli förklarad för äkta hustru med de rättsverkningar som följde av rätt vigsel.[6]

Rättsinstitutet ofullkomnat äktenskap visar hur bunden man fortfarande i 1730-talets lutherska Sverige var av kanonisk rättsdoktrin om äktenskaps ingående. Det var inte den statliga myndigheten som genom en rättsakt etablerade ett äktenskap; det var brudparets fria ja och samtycke;

[4] Brundage, Law, Sex, and Christian Society, kap. 11.

[5] Hafström, G., *Den svenska familjerättens historia,* s. 16 ff., 40 f., Studentlitteratur 1972.

[6] Hafström, G., Den svenska familjerättens historia, s. 48 ff.

prästens roll var det passiva vittnets och prästens roll kunde lika gärna axlas av domstolen. Äktenskapets ”civila” natur låg med andra ord tätt under den teologiska yta, som gav äktenskapet dessa ”kristna” prägel.

Men vad hände i det fall att en eller båda parterna i ett blivande äktenskap inte var lutheraner. Tvånget att följa Svenska kyrkans ordning för vigsel gällde även i Sverige bosatta utlänningar som önskade gifta sig. Det vållade naturligtvis inget större problem om båda var lutheraner. Men redan vid tiden för tillkomsten av 1734 års lag fanns protestantiska dissenterrörelser, som ifrågasatte Svenska kyrkans lära. Dessa grupper kunde emellertid hanteras med en viss politisk och administrativ fingerfärdighet.[7] Annorlunda förhöll det sig med katoliker och särskilt judar. I bägge fallen handlade det om grupper som inte gick att integrera i den svenska lutherdomen.

Katolikerna utgjorde det mindre svåra problemet på så sätt att äktenskap mellan två katoliker kunde ingås inför katolsk präst, i första hand legationspräst i Stockholm. Med stöd av det s.k. toleransediktet 1781 fick ”främmande trosbekännare” rätt att kalla egna präster med rätt att döpa och förrätta vigsel efter sedvanligt lysningsförfarande. Ett särskilt problem utgjorde blandäktenskapen. I dessa fall blev lösningen att vigsel skulle ske i båda församlingarna vid skilda tillfällen för att förekomma alla tvister om äktenskapets legala karaktär. Med den ordningen kunde katolikerna leva hjälpligt under lång tid.[8]

För judarna låg saken annorlunda till. De var inte kristna och föll därför inte under begreppet ”främmande trosbekännare”. Genombrottet för judarnas möjligheter att mer permanent bygga upp en tillvaro i Sverige kom 1778, då riksdagen beslöt tillåta invandring av judiska näringsidkare. De närmare villkoren för judisk närvaro i landet gavs i förordningsform genom det av kommerskollegiet år 1782 utfärdade ”judereglementet.” [9]

Reglementet återspeglade två motsatta politiska intressen, ett byråkratiskt-judevänligt, som i invandringen såg möjligheter till uppsving för näringslivet, och ett judefientligt med förankring i fr.a. skrå- och jordbrukarintressena. I första hand stödde reglementet invandring av välbeställda

[7] Lenhammar, H., *Sveriges kyrkohistoria,* 5, s. 107 ff. Verbum 2000.

[8] Lenhammar, H, *Sveriges kyrkohistoria*, 5, s. 145 ff. Lindqvist, B., ”Katolska invandrare – kulturskapare och arbetare”. *Sveriges kyrkohistoria*, 5, s. 107 ff., s. 254 ff.

[9] Valentin, H, *Judarna i Sverige från 1774 till 1950-talet*, s. 44 ff. – Kongl. Maj:ts och Riksens Commerscollegii reglemente för dem av Judiska nationen, som vilja hit i riket inflytta och sig här nedsätta, 27.5.1782. Årstrycket.

judar. De fick bosätta sig i Stockholm, Göteborg, Norrköping och Karlskrona men kunde som bekännare av främmande troslära inte inneha offentligt ämbete eller väljas till riksdagsmän. De fick ingå äktenskap med medlem av det egna samfundet men inte med medlem av svenska kyrkan.[10] Reglementet tog hänsyn till att 1686 års kyrkolag uttryckligen krävde att parterna skulle behärska innehållet i Luthers lilla katekes och ha begått nattvarden enligt svenska kyrkans ordning.[11] Det var naturligtvis omöjliga krav för en troende jude att uppfylla.

Men vad hände om kärlek uppstod över konfessionsgränsen? Det fanns i praktiken två möjligheter, att sambo informellt med de rättsliga och sociala konsekvenser detta medförde eller att ge öppet uttryck åt sin intention att ingå äktenskap. Antalet kända fall av det senare slaget är försvinnande få. 1796 fick K.M:t ta ställning till formen för ingående av ett sådant äktenskap. Parterna, en judisk och en luthersk trosbekännare, skulle inför landshövding eller överståthållare uppvisa intyg om att hinder ej förelåg mot äktenskapet samt införa ett skriftligt äktenskapskontrakt i myndighetens protokoll. Någon ceremoni utöver protokolleringen ansågs tydligen inte nödvändig. Ytterligare ett fall med samma karaktär är känt från 1813.[12] Både till form och innehåll handlade de två rättsfallen om faktiska civiläktenskap mellan judar och lutheraner, även om man kanske inte uttryckte sig med den terminologin.

Frågan om judarnas rättsställning i Sverige var dock långt ifrån avgjord. Vid riksdagen 1815 bröt antisemitismen fram i rent vulgär form. Det restes krav på att svensk som gifte sig utomlands med judinna skulle landsförvisas.[13] Judefientliga manifestationer återkom riksdag efter riksdag under 1800-talets första hälft. 1823 begärde ständerna inskränkningar i judars näringsverksamhet utöver de hinder som redan fanns. Nästa riksdag stoppade visserligen förslag om att judar skulle förvisas ur riket, men så sent som 1841 anmälde riksdagen till K.M:t sin uppfattning att judar fortsättningsvis inte borde tillåtas invandra.[14] 1848 förekom pogromtendenser i Stockholm under de så kallade marsoroligheterna.[15]

[10] Valentin, H, *Judarna i Sverige*, s. 52 ff.

[11] 1686 års kyrkolag 15 kap. 11 §.

[12] Hafström, G., Den svenska familjerättens historia, s. 42.

[13] Nygren, R., ”Fördomar och ekonomisk krisshantering – 1815 års riksdag och frågan om judars bosättning i Sverige.” *Liber Amicorum Kjell Å. Modéer,* s. 503–17. Juristförlaget i Lund 2007.

[14] Nygren, R., ”Fördomar och ekonomisk krishantering,” s. 464 f.

[15] Valentin, H., *Judarna i Sverige*, s. 100.

Det politiska initiativet att genom liberaliserad lagstiftning påskynda judarnas integration i det svenska samhället kom från K.M:t., som i många fall dispenserat enskilda judar från de legala begränsningar i näringsverksamhet som följde av fr.a. judereglementet. 1835 fick kommerskollegiet kungligt uppdrag att utarbeta ett helt nytt judereglemente[16] sedan den judiska församlingen i Stockholm anhållit om reglementets slopande.[17]

Den 30 juni 1838 upphävde K.M:t judereglementet som ett resultatet av kommerskollegiets utredning. Förordningen, som blev känd som ”emancipationsediktet,” blev en vändpunkt i judarnas integration i landet. Ingen skillnad skulle fortsättningsvis göras mellan svenskar i allmänhet och svenska mosaiska trosbekännare, som nu blev den officiella benämningen på judarna.[18] Emancipationsediktet utlöste en stark folklig reaktion. Till och med Aftonbladet, liberalismens främsta tidning, kritiserade regeringen för att ha givit judarna för stora friheter. Men trots att upplopp förekom på sommaren 1838 riktade mot judiska hem, förblev emancipationsediktet i kraft till 1951.[19]

Om judarna tagit ett stort steg mot integration genom emancipationsediktet fanns fortfarande hinder kvar som förtog kraften i integrationsprocessen. Det kanske allra viktigaste var förbudet att gifta sig över konfessionsgränsen. Någon lösning av frågan om judars möjligheter att ingå äktenskap med svenska lutheraner medförde nämligen inte emancipationsediktet. Äktenskap mellan svensk och mosaisk trosbekännare berördes över huvud taget inte av förordningen. Jude som ville gifta sig med luthersk trosbekännare befann sig i praktiken i ett legalt ingenmansland. Så sent som i juli 1861 hade K.M:t bekräftat att äktenskapsförbud fortfarande fanns mellan medlem av svenska kyrkan och mosaisk trosbekännare.[20] Att äktenskap mellan lutheran och jude förblev otillåtet trots emancipationsediktet berodde på att ediktet som en av K.M:t utgiven

[16] Valentin, H., *Judarna i Sverige*, s. 75 ff.

[17] Valentin, H., *Judarna i Sverige*, s. 77. Församlingens fem äldste skrev rätt förtvivlat: ”För oss finnes ju intet annat fosterland än Sverige, emedan vi överallt annorstädes äro främlingar. Djupt nedslående vore det alltså, om vi även här skulle fortfara att betraktas som främmande, för alltid stängda inom några få punkter av riket och på ett förödmjukande sätt uteslutna från yrken, som alla andra, även främmande trosförvanter, få utöva.”

[18] KF 30.6.1838 angående mosaiska trosbekännares skyldigheter och rättigheter i riket. SFS 1838: Fortfarande kvarstod förbud för judar att äga fastighet på landet. Valentin, H., *Judarna i Sverige,* s. 77.

[19] Valentin, H., *Judarna i Sverige*, s. 77 ff.

[20] Jmf. Lagutskottets bet. 1862/63: 8, s. 3.

förordning måste vika för 1686 års kyrkolag, och kyrkolagen förbjöd ju, som vi sett, jude att i riket ingå äktenskap med kristen.[21]

I en relation, där en part var mosaisk trosbekännare och en tillhörde svenska kyrkan återstod det fria samboendet som enda praktiska utväg eller ingå äktenskap utomlands, där så var legalt möjligt. Hur många som faktiskt sambodde eller ingick äktenskap utomlands är inte klarlagt. Men för det par som önskade legalisera sin förbindelse genom vigsel i Sverige var dörren stängd – tills ett rättsfall i Stockholm gav lagstiftaren en oväntad möjlighet att ändra lagstiftningen: Levisonmålet.

Samuel Levison, mosaisk trosbekännare, hade sedan 1844 levt i ofullkomnat äktenskap med Sofia Mathilda Lindberg, lutheran skriven i Storkyrkoförsamlingen i Stockholm. De hade alltså utskiftat inbördes äktenskapslöften och levt samman under många år men ej fullbordat löftena med vigsel därför att det ej varit möjligt. De hade fått tre barn och beslöt 1859 att formalisera förbindelsen genom äktenskap. Pastorsämbetet i Storkyrkoförsamlingen vägrade bifalla deras anhållan om lysning med hänvisning till att det saknades laga bestämmelser för det fall att ena parten var mosaisk trosbekännare. Pastorsämbetets beslut stadfästes av domkapitlet. Levison överklagade nu domkapitlets beslut hos K.M:t, som fann skäligt att låta domkapitlets beslut stå fast. Levison lät då Sofia Mathildas förmyndare stämma in Levison till rådhusrätten med yrkande att han måtte åläggas att fullkomna äktenskapet med vigsel. Rådhusrätten biföll yrkandet men med en så oklar motivering att förmyndaren – alltså i verkligheten Levison – förde saken vidare till Svea hovrätt. Hovrätten förklarade Levison skyldig att ingå äktenskap med Sofia Mathilda. Pastorsämbetet åberopade, med stöd av domkapitlet, K.M:ts beslut i lysningsfrågan.

”Här stodo alltså två beslut mot varandra”, kommenterar Gerhard Hafström. ”Hovrätten hade beslutat, att äktenskap skulle ingås, och Kungl. Maj:t hade fastställt ett beslut, som innebar, att lysning till äktenskap ej skulle utfärdas.”[22]

Den 18 september 1863 kunde trots allt Sofia Mathilda Lindberg och Samuel Levison gifta sig inför Stockholms magistrat. Hur blev det möjligt?

Lagstiftningsprocessen bakom paret Levisons giftermål hade tagit sin början med en av ministären De Geer signerad proposition om antagande

[21] Jmf. justitiestatsminister Louis De Geers yttrande, Prop. 1862–63: 32, s. 3f.

[22] Hafström, G., Den svenska familjerättens historia, s. 43.

av författning angående giftermål mellan kristen och mosaisk trosbekännare i oktober 1862. Det gällde att snabbt lösa upp den knut man fastnat i och lösningen hette just civiläktenskap.

Förslaget till lagtext var enkel. Medlem av Svenska kyrkan ”vare ej förment att ingå äktenskap med mosaisk trosbekännare” (§ 1). Lysning till äktenskap föreslogs ske i samma ordning som vid lysning till äktenskap mellan medlemmar av främmande trossamfund eller medlem av sådant samfund och medlem av Svenska kyrkan (§ 2).

Själva förfarandet hade lånat drag från 1796 och 1813 års rättsfall: Äktenskap skulle ingås i släktingars eller andra vittnens närvaro inför magistrat i stad eller inför kronofogde på landet. Efter hindersprövning skulle mannen och kvinnan avfordras deras frivilliga ja och samtycke till giftermålet och därpå förklaras för äkta makar. Vad som förekommit skulle upptas i protokoll, och om det skett inför kronofogde, bestyrkas av vittnen. ”Det giftermål vare lika gillt som vore äktenskapet med vigsel fullkomnat.”(§ 3).[23]

Någon ceremoni i samma mening som vigsel kunde det av principiella skäl inte bli fråga om, anförde De Geer till statsrådsprotokollet. Eftersom det låg ”utom lagstiftarens befogenhet att ålägga samma religionssamfunds föreståndare eller prästerskap att helga äktenskapet genom vigsel, har jag för giltigheten av samtliga ifrågavarande äktenskap icke kunnat finna annan lämplig form än den civila.” Förfarandet fick alltså sin civila karaktär av det faktum att staten saknade befogenhet att ge ceremoniella anvisningar till främmande samfunds prästerskap, inte primärt av hänsyn till om kontrahenterna ville underkasta sig en religiös akt vid början av sitt äktenskap eller ej.[24] Högsta domstolen tillstyrkte i princip förslaget.[25]

Att propositionen var politiskt explosiv från svenska kyrkans synpunkt visade sig redan vid prästeståndets debatt vid propositionens remittering till utskottet. Kyrkoherden Herman Rundgren protesterade med instämmanden från ett antal ledamöter av ståndet mot vad han menade vara införandet av en helt okristlig princip i den svenska kyrkolagstiftningen. Det fanns inga starka skäl att bifalla propositionen redan av den omstän-

[23] Prop. 1862/63: 32, s. 2 f.
[24] Prop. 1862/63: 32, s. 5.
[25] Högsta domstolens protokoll i justitieärenden 16.7.1862, bil. prop. 1862/63: 32, s. 7 ff.

digheten att förslaget införde civiläktenskapet. Rundgrens perspektiv var uttalat inomkyrkligt-teologiskt, inte praktiskt-juridiskt:

> ”Äktenskapet är icke ett vanligt kontrakt, det är en gudomlig stiftelse, som vill helga sammanlevnaden emellan man och kvinna och betrygga familjelivets helgd genom den karaktär av kristlighet, som gives däråt av Herrans ord, uttalat i vigseln. Allt detta går förlorat, om mannen tager hustru och hustru gives mannen på samma sätt som de för varandra mest främmande personer ingå ömsesidiga avtal. Så länge det blandade äktenskapet står ensamt såsom det civila, skall genom den föreslagna lagstiftningen ingenting särdeles vara vunnet, enär från kyrkans sida ett sådant äktenskap fortfarande kommer att betraktas mer eller mindre såsom ett konkubinat, där arvsrätt och övriga lagliga rättigheter äro vunna åt barnen. Men för kyrkan skall mycket vara förlorat, ty härifrån kommer snart en utgångspunkt att tagas till civiläktenskapets fullständiga genomförande i vår lagstiftning.”

Den grupp inom prästeståndet, vars uppfattning Rundgren företrädde, såg i lagförslaget två, vad vi kanske kan kalla pastorala fel. Förslaget bortsåg från att äktenskapet, familjen och samhället vilade på en kristen grund. Med föräldrar hemmahörande i två olika trosläger skulle barnen få en indifferent religiös fostran. Giftermål mellan en kristen och en jude innebar ett ringaktande av den judiska religionens innersta kärna, att avstå från beblandelse med andra folk.

> ”Ett yrkande från [judarnas] sida om äktenskaplig förbindelse med en kristen trosbekännare innebär således ett avfall ifrån deras tro. Där detta yrkande framträder, är det således icke mosaismen, som sådant begärer, utan den enskilde, vilken sätter sitt enskilda tycke eller sitt lättsinne över sina fäders tro. Det är således icke en gärd av rättvisa, som gives åt den mosaiske trosbekännaren genom det i lagförslaget gjorda medgivandet; det är en frestelse, vilken det icke höves den kristna kyrkans målsmän att utlägga för någon människa, således icke heller för en av passionen förblindad bekännare av icke-kristen tro.”[26]

Lagutskottet hemställde om bifall till propositionen med en enkel och tydlig motivering: Den svenska lagen måste anses förbjuda äktenskap mellan kristen och jude, men lagstiftningen, särskilt kyrkolagen, måste rättas efter dagens förhållanden, inte de villkor som gällde då dess senare föråldrade stadgar tillkom. Främmande trosbekännare får numera uppfostra sina barn i den lära de bekänner och kan utan straffhot förneka den

[26] Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 74 ff.

lutherska läran. Att tillförsäkra alla landets inbyggare rätten att ingå äktenskap oavsett religiös tillhörighet kan anses ligga i linje med detta. Är den judiska tron tillåten kult i Sverige och dess uppfattning av äktenskapet godkänd genom statens erkännande av giftermål mellan judar inbördes, ja då är det konsekvent att lagstiftningen även tillåter äktenskap mellan statens kristna och mosaiskt troende medlemmar.[27]

Borgar- och bondeståndenbiföll lagutskottets bifallsyrkande.[28] Adelsståndets debatt kom att handla om teknikaliteter och lämpliga former för genomförande av den föreslagna lagen, men den typ av teologiska argument mot förslaget som uttryckts vid prästeståndets remissdebatt saknades inte.[29] Flertalet ståndsledamöter kunde sannolikt instämma tämligen helhjärtat i greve Erik Sparres koncisa slutsats: ”Jag anser det civila äktenskapet vara en ovillkorlig följd av den antagna religionsfriheten, och det måste därför införas även hos oss.”[30] Med tre stånds bifall var De Geers proposition förd i hamn. Prästeståndet beslöt om återremiss till utskottet och det finns anledning att se närmare på de invändningar som fördes fram i ståndets debatt.

Prästeståndet argumenterade efter två huvudlinjer.[31] Den ena, som vi kan kalla den konservativa, tog sin utgångspunkt i teologiska överväganden, som alltid måste vara bestämmande för svenska kyrkans medlemmar; enligt den huvudlinjen var äktenskapet i princip ett religiöst förhållande, som var bindande för varje kyrkans medlem. Den andra huvudlinjen, som vi kan kalla den liberala, godtog att det i Sverige fanns medborgare som var och uppfattade sig som svenskar utan att dela svenska kyrkans tro; det fanns ingen grund för att dessa som fullvärdiga medborgare skulle vägras äktenskap med medlem av svenska kyrkan enbart därför att de bekände en religion som ej var förenlig med svenska kyrkans tro.

Flertalet ledamöter företrädde alldeles klart den första huvudlinjen. Svenska folket, svenska staten och svenska kyrkan är ett sammanhållet helt, ur vilket man inte kan skilja bort en särskild aspekt utan att helheten förlorar sin inre logik. Om nu statens grund är familjen och familjen är gundad i två makars inbördes önskan att förverkliga sin religiösa kallelse, särskilt uppfostan av nästa generation, så kan införandet i det kristna

[27] Lagutskottets bet. 1862/63: 8, s. 5 ff.
[28] Borgarståndets prot. 1862/63: 1, s. 586 ff; Bondeståndets prot. 1862/63: 2, s. 118 ff.
[29] Ridderskapets och adelns prot. 1862/63: 1, s. 494–519.
[30] Ridderskapets o. adelns prot. 1862/63: 1, s. 506.
[31] Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 368–402.

äktenskapet av ett främmande element av det slag, som den judiska tron innebär, endast leda till att själva idén om en kristen familj bryter samman. Domprosten Björling uttryckte denna tankegång på följande sätt, som nog kan anses representativ för ståndets flertal:

> ”Jag har med förundran ––– hört en åsikt försvaras, som tillintetgör äktenskapets väsende, nämligen att äktenskapet är ett blott naturligt band emellan man och kvinna, att det är äldre än kristendom och samhällen, samt att man därföre vid dess avslutande ej behöver göra avseende på vad dessa senare fordra. Häremot vill jag anmärka, att kristendomen är ett återställande av den sanna religionen och att denna senare ursprungligen hörer till människans väsende och därför är äldre än äktenskapet. Detta senare är till sin idé en förening emellan man och kvinna, avslutad ej blott för jordiska utan förnämligast för himmelska ändamål. Dessa kunna åter ej uppnås utan religionen. Då nu gemensamhet i denna högsta och viktigaste angelägenhet ej finnes emellan makar, så kunna de ej gemensamt sträva att uppnå äktenskapets egenteliga ändamål, och därföre måste en förening emellan man och kvinna, i vilken denna gemensamhet saknas, strida mot äktenskapets väsende och därföre vara förkastlig.”[32]

Det kristna äktenskapet var inget vanligt kontaktsförhållande, hette det, något som regeringens förslag förbisett. Det innebar i själva verket det första stora steget till att förvandla äktenskapet från en kristlig till en enbart kontraktsmässig förbindelse, ”varav civiläktenskapet bliver den konsekventa följden.”[33]

Men det fanns ytterligare en dimension som bekymrade de konservativa, nämligen att lagförslaget innebar ett faktiskt skiljande av kyrka och stat, ett upprivande av ett tillstånd som varat under århundraden. Det bör inte lämnas ur sikte, framhöll Strängnäsbiskopen Ture Annerstedt,

> ”att ifrågavarande lagförslag innebär ett stort steg på banan att skilja kyrka och stat; ja, om det blir antaget, så äro i själva verket stat och kyrka hos oss i sitt innersta väsende söndrade, och då finnes ej annan utväg än att söka så fullständig skilsmässa som möjligt.”[34]

Det finns en inre logik i de konservativas förkastelse av regeringens lagförslag. Samhällets minsta och viktigaste byggsten är familjen, av familjer byggs staten, som till sin natur sammanfattar de många familjernas vär-

[32] Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 387.
[33] Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 392. (Prosten Runsten.)
[34] Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 375.

deringar och ändamål. Familjen är makarnas inbördes stöd och i familjen fostras barnen med kristendomen som grund. Motståndet mot civiläktenskapet betingas av att civiläktenskapet som grundat på avtal kan föra in en annan religion rakt i familjens kärna. Om detta sker drabbas på sikt statens sammanhållning; föreningen mellan kyrka och stat faller sönder. För de konservativa handlade motståndet mot civiläktenskap mellan lutheraner och mosaiska trosbekännare om statens existens som kristen organism, varken mer eller mindre.[35]

För den andra huvudlinjens företrädare, den liberala, fanns ett perspektiv som andades tydligare medborgerlighet. Förslaget hade sin grund i behovet att ordna upp ett samhällsproblem. Örebrokyrkoherden Wilhelm Gumaelius var uttalat pragmatisk:

> ”Icke ––– får man anse sinnlighet för det enda tänkbara motiv till nämnda föreningar emellan kristna och judar; det kan utan avseende på religiös bekännelse tänkas även en högre och renare kärlek emellan man och kvinna. Då nu sådana förbindelser av ett eller annat motiv ingåtts, skall staten då förklara dem för endast konkubinat samt tillåta dem fortfara såsom sådana, men motsätta sig deras erkännande såsom lagliga äktenskap? Det vore i sanning både hårt och statens bestämmelse ovärdigt. Att de blandade äktenskapen icke äro önskliga, är väl sant ––– men staten har därföre ingen rätt att förneka dem sitt erkännande och stämpla dem såsom brott; ty önskvärdheten är en sak, och en annan är den, att själva befintligheten av sådana förbindelser kräver, att saken av lagstiftningen tages om händer.”[36]

Som en direkt följd av riksdagens beslut kunde Samuel Levison och Sofia Mathilda Lindberg fullkomna sin samboförhållande med äktenskap. De blev först med att utnyttja den möjlighet som den nya lagen gav dem.

[35] Läser man prästeståndets protokoll i ljuset av den samtida filosofin framstår de konservativa prästernas ståndpunkt som rätt självklar. På svenskt håll pläderade den tongivande filosofen Christoffer Jacob Boström för en statslära som låg i linje med de konservativa prästernas.

[36] Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 388. Prosten Ljunggren uttryckte samma sak: ”Vi lagstifta dock ej för idealer, utan målet är väl att söka ordna de befintliga förhållandena, [så] att förvecklingar därav förekommas. Om staten och kyrkan vore skilda och staten redan hade stiftat den lag, som här är ifrågasatt; vad skulle kyrkan göra? Hon finge väl foga sig därefter och i överensstämmelse därmed ordna förhållandet på bästa möjliga sätt. Om detta sätt kunna nu olika meningar uppstå; de som anse de blandade äktenskapen okristliga, skulle vilja tillämpa kyrkotukten. Jag, som för min del anser sådana äktenskap kunna med gott samvete ingås, vill, att även kyrkan skall erkänna dem såsom tillåtliga.” Prästeståndets prot. 1862/63: 1, s. 402.

Argumenten för och emot De Geers proposition har en hel del bäring på vår egen debatt om nationell rättskultur och multikultur, och vi ska kort avsluta med två reflexioner.

Den första har att göra med de konservativa prästernas fasthållande vid den organiska och symbiotiska synen på stat och religion. I deras föreställningsvärld fanns det ett kristet samhälle som det gällde att slå vakt om. Detta samhälle skulle förverkliga en gudomlig kallelse och hade ett mål som sträckte sig bortom tid och rum. Även tanken att kristendomen var statens grund måste lagstiftaren respektera, och i den mån så inte skedde, ja då var statens förbindelse med religionen bruten. En modern åskådare må bli överraskad över att se det allvar med vilket de försvarade sina religiösa ideal. Samma sorts allvar finns idag inom de muslimska grupper, som vägrar uppge tanken att samhället skall styras enligt *sharia*. I ett genomsekulariserat land som Sverige framstår detta allvar som obegripligt, men är det i ett globalt perspektiv så särskilt uppseendeväckande?

Genom samhällsutvecklingens egen gång kom den konservativa linjen att bli hopplöst föråldrad. Enhetssamhället var dömt till undergång i samma stund som man släppte in främmande trosbekännare som katoliker och reformerta. Ännu farligare för enheten i religion blev det när portarna öppnades för judar, kristendomens egen antites. Nu måste lagstiftaren handla med minimal hänsyn till traditionella religiösa uppfattningar och kyrkliga invändningar, men därigenom blev lagen överordnad religionen. Utvecklingen gick som två präster förespådde: Vi har fått ett problem; folk sambor utan att vi kan förhindra det och därför måste vi lösa deras rent legala problem på ett praktiskt sätt. Men hur praktisk och flexibel får lagen bli? När når vi den gräns då inga värden längre är gemensamma? Är, när allt kommer till kritan, våra relationer kontraktuella och tillfälliga, som de tenderar att vara idag? Fanns det – även i ett nutidsperspektiv – kanske trots allt ett korn av sanning även i den konservativa ståndpunkten modell 1862, som är värd att fundera över. Vart tog våra gemensamma värden egentligen vägen i den värld som brukar benämnas postmodernistisk?

Heikki Pihlajamäki

Restitutio in integrum i 1600-talets livländska rätt: några exempel av ett rättsinstituts utveckling

Den moderna västerländska rätten känner möjligheten att ändra ett lagakraftvunnet domstolsbeslut- eller administrativt beslut under vissa omständigheter. Enligt 31 kapitlet i den finska rättegångsbalken (om extraordinärt ändringssökande) kan en lagakraftvunnen dom på grund av domvilla undanröjas eller återbrytas och försutten fatalietid återställas. Det motsvarande regelverket i den svenska lagen finns i rättegångsbalkens sjunde avdelning (om särskilda rättsmedel). Eftersom rättssystemet alltid strävar efter stabilitet, måste det här nödvändigtvis handla om undantagssituationer.

De extraordinära rättsmedlen har fasta förmoderna rötter, som är nära anknutna till begreppet laga kraft.[1] De senklassiska romerska juristerna talade om *res iudicata* (Modestinus, Dig. 42.1.1.): ”Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit.” I den senmedeltida kanonistiken utvecklades begreppet längre, och i den tidigmoderna tiden fick *res iudicata* ett viktigt uttryck i Heliga Tysk-romerska Rikets *Reichskammergerichtsordnung* (1555, III, 51):

> ”Wir ordnen, setzen und wöllen auch, daß von den urtheylen, am keiserlichen cammergericht ergangen und außgesprochen, keyn theyl weyter zu appelliren oder zu supplicirn macht haben soll. Ob aber eyniche parthey sich durch die urtheyl deß keiserlichen cammergerichts beschwert zu sein

[1] Se närmare Richard Puza, Res iudicata: Rechtskraft und fehlerhaftes Urteil in den Decisionen der römischen Rota (Graz: Leykam Verlag, 1973).

vermeint, der sol gegen cammerrichter und beisitzern den weg der gemeinen recht und hernach gesetzter ordnung von der revision und syndicat fürzunemen zugelassen und vorbehalten sein."

Som en motvikt till *res iudicata* utvecklades också undantag till det. Utan begreppet laga kraft kan naturligtvis inte heller undantagsmässiga rättsmedel tänkas. Åtminstone ur ett modernt perspektiv var *restitutio in integrum* (eller *in integrum restitutio*) ett av de viktigaste. Även det hade en romerskrättslig bas. I den antika romarrätten funktionerade *in integrum restitutio* först och främst såsom rättsskyddsmedel för den svagare parten. Enligt Ulpianus (Dig. 4.1.1.) "praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem." I den antika rätten var det alltså pretorn som genom sin *ius honorarium* kunde använda restititutionsinstitutet för att återställa till parten den rättsliga ställning som han haft innan den rättshandling eller annan rättslig händelse som skadade hans intressen slutits eller tagit plats. I Rom hade pretorn kunnat bevilja *restitutio* i fall där parten hade skadats med anledning av en rättshandling som formellt fyllde lagens krav men som var orättvis. Detta förutsatte dock att ansökaren av något skäl inte kunnat övervaka sina intressen vid tidpunkten då rättshandlingen ingicks. Vad *restitutio in integrum* konkret innebar berodde på omständigheterna. Var det fråga om ett köpavtal (*emptio venditio*), och avtalets objekt överförts till en tredje part som hade varit *bona fide*, restituerades den förlorade förmögenheten med största sannolikhet inte till den ursprungliga ägaren utan endast köpesumman återställdes. Om köpeobjekten stannade kvar hos köparen, kunde dess *restitutio* komma i fråga.[2]

Eftersom så mycket vikt placerades vid den svagare partens intresse, är det naturligt att *restitutio in integrum* även väckte de senmedeltida kanonisternas intresse. Det utvecklades framför allt efter Gratianus' *Dekret* (1140) under senare hälften av 1100-talet och finns nedskriven i en ganska långtdriven form i *Liber Extra* (1234).[3] Restitutionens användningsområde utvidgades i jämförelse med den antika rätten avsevärt i den medeltida kanonistiken och de italienska 1300- och 1400-talens juris-

[2] Huvudskällan är Dig. 4.1. (De in integrum restitutionibus). Se generellt, Berthold Kupisch, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (Berlin, New York: de Gruyter, 1974). Se även Göran Inger, *Svensk rättshistoria* (Lund: Liber Förlag, 1983), 158–159.
[3] X 1, 41.

prudens. Institutionen gällde inte längre endast civilrättsliga rättshandlingar, utan också återbrytande av domstolsbeslut kunde komma i fråga med hjälp av *restitutio*.[4]

Den tidigmoderna rättslitteraturen fortsatte i den medeltida kanonistikens spår. Den tyske rättsvetenskapsmannen Andreas Gaill (1526–1587) är värd att nämna här som ett exempel, eftersom han var välkänd även bland de livländska juristerna. Gaill var en av de viktigaste tyska rättsvetenskapsmännen på 1500-talet och tillsammans med Joachim Mynsinger von Frundeck grundaren till den så kallade kameraljurisprudensen. Gaill skrev i sitt *Practicae observationes tam ad processum iudiciarium praesertim imperialis camerae* (1578) om *restitutio in integrum* på flera ställen. Institutet var väletablerat i tysk *gemeines Recht* när svenskarna kom till Livland vid 1600-talets början.

Jag försöker nu visa hur *restitutio in integrum* framträder i 1600-talets livländska rättspraxis.[5] Livlands rättssystem hade redan före den svenska erövringen varit under starkt inflytande av europeisk *ius commune* och särskilt av dess tyska variant *gemeines Recht.* Tyskbalterna fortsatte i nära kontakt med den tyska juridiska världen även under det svenska 1600-talet: domstolsspråket var fortfarande tyska, juristerna utbildades (om inte enbart) vid tyska universitet och tysk juridisk litteratur följdes noggrant.

Termen *restitutio* dyker upp relativt ofta i livländska underrättsprotokollor. Man måste nog vara försiktig med termens referens. Detloff Wilde,

[4] See Richard Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law* (Athens, Georgia: Emory University Press, 1996).

[5] Jag skriver en monografi om den livländska rättens utveckling på 1600-talets med material från både underrätterna och Dorpats hovrätt. Om samma tematik har jag redan publicerat följande artiklar: "… *daß kein theil mit Billigkeit zu klagen Ursache*: die schwedische Untergerichtsreform der Jahre 1630 und 1632 in Livland und das Schicksal der bäuerlichen Gerichtsbarkeit", in Nils Jörn, Berhard Diestelkamp und Kjell Åke Modéer (hrsg.), *Integration durch Recht: Das Wismarer Tribunal* (1653–1806) (Köln, Weimar, Wien: Böhlau, 2003), 197–214; "Der frühmoderne Jurist und die Rechtsquellen: Rechtsanwendung in den livländischen Gerichten der schwedischen Zeit (1630–1710)", in Eva Ortlieb – Werner Ogris (hrsg.), *Höchstgerichte im Europa der Frühen Neuzeit* (Köln, Weimar, Wien: Böhlau, 2007); "'*Amicable settlements':* Settling Crime in Seventeenth-Century Livonia", in *Festskrift Kjell Åke Modéer* (publiceras i 2007); och (& Pia Letto Vanamo) "Funktionen des Livländischen Hofgerichts (1630–1710): Bericht über ein Forschungsprojekt", in Jörn Eckert, Kjell Åke Modéer (hrsg.), *Integration durch Recht: Geschichte und Perspektiven des Rechts im Ostseeraum* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002), 129–146.

en livländsk fri bonde,[6] vände sig till landsrätten i Pernau[7] i februari 1690.[8] Wilde, ”en fattig man” som han kallade sig själv, hade enligt sin klagoskrift förra året överenskommit med Notto Jahn, en bonde som hörde till gården Nawast, att Wilde skulle få utnyttja en del av det land som Notto Jahn hyrde från Nawast. Enligt det (antagligen muntliga) kontraktet skulle Wilde röja marken från träd, bearbeta den och plantera spannmål på den. Wilde skulle få hälften av skörden, Jahn den andra hälften. När skörden hade mognat hade emellertid problem uppstått. Gårdsherren vid Nawast, löjtnanten Hans Heinrich Wachtel, hade nämligen ”sett att tillväxten varit bra, skördat den och låtit föra den till gården”.[9] Wachtel hade vägrat att kompensera någonting av skördens värde till Wilde, som emellertid hade haft ”möda och arbete” (”müde und arbeit”) för att få säden att växa. Wilde ansåg därför att löjtnanten hade ”uppfört sig olagligt eftersom han varit medveten om att [Wilde] bearbetat det omnämnda landet, som [låg] bredvid ljusa landsvägar, och aldrig hade talat emot det.”[10]

Wachtel medgav att han tagit spannmålen, men försvarade sig med argumentet att landet besåtts utan att han blivit informerad. Wilde hade således i själva verket försökt ändra gårdens gränser. Rättens beslut var ett slags kompromiss: Wilde skulle inte ha utnyttjat landstycket utan att

[6] En majoritet av den livländska landsbygdsbefolkningen under den svenska tiden (1630–1710) var *glebae adscriptae*. Det fanns emellertid också ”fria” bönder. Se närmare, Jürgen Heyde, *Bauer, Gutshof und Königsmacht: Die estnischen Bauern in Livland unter polnischer und schwedischer Herrschaft 1561–1650* (Köln, Weimar, Wien: Böhlau, 2000). Det framgår inte direkt av protokollen till vilken kategori Notto Jahn och Detlef Wilde hörde, men antagligen var åtminstone Wilde ”fri”.

[7] Under den svenska rätten grundades landrättsdomstolar såsom underrätter i den livländska lansbygden. Om domstolsväsendet i 1600-talets Livland, se närmare Ragnar Liljedahl, *Svensk förvaltning i Livland 1617–1634* (Uppsala, 1934); och Anna Christine Meurling, *Svensk domstolsförvaltning i Livland 1634–1700* (Lund: Biblioteca historica Lundensis, 1967).

[8] Riksarkivet (Riigiarhiiv), Tartu, 915.1.7, fol. 490–494. Det är uppenbart att Wilde använde advokat, även om juristens namn inte förekommer i klagoskriften eller annarstans i protokollen. Vid 1600-talets slut var civilprocessen i de livländska rätterna fullkomligt skriftlig. Även om Wilde själv skulle ha varit skrivkunnig, framgår det klart av skriften att skribenten också kunnat juridik.

[9] ”[…] gesehen, daß der Wachßthumb gut, hat Er solches abschneiden, und nach dem Hoffe führen laßen […]”).

[10] ”[…] wieder Rechtlich des H. Lieutn: Wachtelß procedere in regarde er wohl gewust daß ich solches Landt, so an der hellen Landtstraßen lieget, bearbeitet und niemahlß dawieder gesprochen […]”

först överenskomma med Wachtel (”ohne Vorwißen und Consens”) och kunde därför inte begära för sig själv den spannmålen som skördats, men eftersom han ”inte bearbetat och förodlat landet med avsikten att förtränga gränserna vid Nawast gård eller erhålla possession, [skulle Wachtel] vara skyldig, för hans möda och arbete, att ge [Wilde] tillbaka dubbelt det säde han använt.”[11]

Det talas inte direkt om *restitutio in integrum* i protokollen, och även om det står i marginalen såsom fallbeskrivning ”*in puncto restitutio* [sic!] *einiges Korns*”, kan vi inte vara säkra på att de inblandade juristerna betraktade fallet Wilde som ett fall av *restitutio in integrum* eller om termen *restitutio* bara användes som synonym för återställande av egendom.[12]

Säkert är i stället att den fellinske pastorns Magnus de Molins fall av år 1697 gällde just *restitutio in integrum*.[13] Molin berättade för landsrätten i Pernau att han hade hamnat i strid över en häst med major Gustav Schwengel från Pernau. Fallet är komplicerat men ur vår synvinkel är det väsentligaste att pastorn, enligt sina egna ord, inte hade kunnat komma till rättegången – vid vilken Schwengel åtalade honom för stöld (*spolium*) beträffande hästen – på grund av både sin egen och sin advokats sjukdom, och hade dömts till böter för utevaron. Nu hade pastorn skrivit till hovrätten, som bad landsrätten ge sitt utlåtande om Molins skrivelse. Enligt sitt brev hade Molin kommit till landsrätten i tid, ”men hade inte funnit varken [Schwengel] personligen eller hans advokat, utan endast en artig *excuse*, enligt vilken han nämligen inte kunnit presentera sig inom terminen på grund av ett uppbåd”. När Molin hade citerats för en annan rättegång i samma sak, hade han skickat sin advokat Christoph Beneck för att representera honom, men just den dagen kunde rätten inte hålla ting eftersom rättsnotariet skickats till en annan ort för ett ärende. Rättegången hade skjutits upp till övermorgon, och Molin själv hade företagit resan. Han berättar om den olyckliga resan:

> ”Ich bin aber so unglücklich, daß, da ich kaum etliche 100 schritte von hause geritten war, das Pferd scheu wurde, und schicket mir so steilete, daß

[11] ”Jedennoch weill Supplicant solch stück Landt nicht in der Intention, daß Er die Nawastschen Grentze verengern oder eines possess es sich anmaxen wolte, bearbeitet und besäet; Alß soll supplicatus ihm vor seine mühe und arbeit seine gethane saat doppelt zu rück zu geben schuldig […]”

[12] Enligt Gaill hade termen *restitutio* flera betydelser: ”Verbum enim restituere plenissima habet significationem, […] Praeterea iuratur in litem contra spoliantem […]”

[13] Riksarkivet (Riigiarhiiv), Tartu, 915.1.8., fol. 226–292.

> es über und in einen Graben schlug, so daß ich unter, daß Pferd aber auff mich zu liegen kam, zertratt mit auch im Auffspreingen bein und leib so überl, daß ich kümmerlich nach hause gekrochen kam. So kranck ich aber war setzte ich mich sich mit dennoch nieder und sandte die Excuse meines außen bleibens an meinen Advocatum, daß Er es übergeben möge, derselbe aber ist auch bettlägerig kranck docente NB."

Pastorn hade alltså råkat ut för en olycka med sin häst, som stupat och fallit ovanpå honom. Molin hade skadat sig så illa att han endast kunnat skicka ett besked till sin advokat; tyvärr var också advokaten så sjuk att han hade varit tvungen att stanna i sängen. Eftersom både Molin och hans advokat Beneck var sjuka, och Molin dessutom "inte hade någon annan människa utom [sin] pojke för att hjälpa till", hade det varit omöjligt att överklaga underrättens beslut till hovrätten. Inte enbart hans och hans advokats sjukdom hade hindrat genomförandet av appellen – pastorn hade även saknat stämplat papper.[14]

Nu ansökte pastor Magnus de Molin hos hovrätten om en ny rättegång och *restitutio in integrum:*

> "[…] will ich dennoch vorher das Erl: und hochpreißl Königl HoffGerichte unterthänig gehorsamst gebeten haben, Es geruhe mich bey so gestalten Sachen nicht allein ab hoc termino et loco, da Actor allemahl forum rei folgen muß, und Fellin der Ort ist, dahin ich gehöre, zumahlen Sr: Königl Maytt denselben Ort mit benennet, die ordinaire session daselbst zu halten, sondern auch mich völlig in integrum zu restituiren […]"

Magnus de Molins restitutionsansökan gällde en ganska typisk underart av *restitutio in integrum i gemeines Recht*, nämligen *restitutio in integrum contra lapsum fatalium*, återställande av försutten fatalietid. *Restitutio in integrum contra lapsum fatalium* hade reglerats inom området för gemeines Recht område senast i 86 § i Speyerer Deputations-Ordnung (1600) och hade blivit en fast del av den processuella doktrinen.[15] Den som

[14] "[…] so war mir doch alle Gelegenheit benommen, die Appellation zu interponiren, weil ich und der Mandatorius beyde kranck waren, das Gerichte aber gleich außeinander und nach Felix ging, einen termin abzuwarten, zu dem hatte ich kein gestempelt Papier, auch keinen Menschen alß meinen Jungen bey der hand, durch den ich mein Appellations Gesuch hätte einsenden können, von demmen daher mir denn die fatalia wieder meinen willen verlauffen musten."

[15] Se Dieter Werkmüller, "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand", *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte V* (Berlin: Schmidt, 1995), 1366–1368.

ansökte om detta slags restitution, måste göra det sannolikt för att han gått miste om tidsfristen utan egen förskyllan. Om det var advokaten, inte ansökaren själv, som gått miste om tidsfristen, skulle ansökaren visa att han inte kunde få ersättning av själva advokaten i regress på grund av advokatens medellöshet.[16] Någon bevisning om advokat Benecks medellöshet producerades inte i det molinska fallet. Om landsrätten hade tagit tidens doktrin på allvar, skulle Molin då inte ha haft någon rätt till restitutio in integrum contra lapsum fatalium.

I det Molinska fallet behövde emellertid inte landsrätten ta direkt ställning till ansökarens krav på *restitutio in integrum contra lapsum fatalium* av en annan orsak. Fallet behandlades nämligen helt och hållet på nytt från början efter att landsrätten fått veta om Molins skrivelse till hovrätten, och Molin friades på grund av bristande bevis.[17] De böter som Molin hade fått för att inte infunnit sig vid rättegången verkar emellertid ha kvarstått.

I ett annat fall var det fråga om arvsrätt. År 1667 bad Ratsekretär Fridericus Hippius, såsom advokat, Pernau råd om *restitutio in integrum* för sina klienter, arvtagare till borgmästare Heinrich von Dammen.[18] Ur deras arv hade deras vormünder Jürgen Meyer betalat 675 riksdaler till Daniel Grabbes arvtagare:

[16] Gaill, *Observationes* (I, CXLIII, 1.-2): ”Restitutio in integrum adversus lapsum fatalium coram iudice ad quem, & non coram iudice a quo, petenda est … Sed restitutio ad appellandum, casu, quo nulla fuisset interposita appellatio, coram iudice a quo postulari debet … Petenti autem restitutione in integrum aduersus lapsum fatalium, incumbit onus probandi iustum impedimentum, … Nec sufficit sola impedimenti probatio, nisi etiam probetur, quo remoto illo impedimento non fuerit in mora, quod se nimium non arctarit, sed debitam diligentiam prosequendi appellationem adhibuerit … fallit procurator, qui non est solvendo, nam tunc restitutio concedi potest.” Se även Wolfgang Sellert, *Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichskammergericht* (Aalen: Scientia, 1973), 289–293.

[17] ”Demnach beKlagten H Pastori durch die von Hrn Klägern geführte probation zu recht erforderter maßen nicht können überwiesen werden, daß Er dem Zacharias Jahn der Hrn Klägern besage Acten vor 2 ins 3te Jahr von deßen Arrendshoff Surri in der Nacht ein Pferd gestohlen und noch itzo hat, darzu Raht gegeben […]”. Landsrätten var antagligen bekymrad över hovrättens brev, för pastorn var tillfrågad efter det att beslutet hade blivit läst ”om hans vilja var att hans fullmäktige skulle beskylla landsrätten i sin supplik och om han hade ordnat fullmäktigen att anklaga landsrätten hos hovrätten för att ha fattat ett nullitätsbeslut.” Pastorn svarade svävande att han hade sagt till Beneck att advokaten skulle göra sitt bästa, men ”om nullitäter hade han ordnat ingenting.”

[18] Riksarkivet (Riigiarhiiv), Tartu, 1000.1.723, fol. 128–130.

> ”H Secretarius Hippius nomine Cohæredum protestiret de diligentia, weiln Sie nötig hätten, Restitutionem in integrum zu suchen Contra sehl. H Grabben Erben undt deren Vormünder, wegen der von sehl: Jürgen Meyer auß Ihrer Erbschafft gezahleten gelder […]”

Fallet kan betraktas som ett typiskt *restitutio*-fall som gällde återbrytande av en rättshandling som gjorts i underåriga personers namn av deras förmyndare. En annan sak är att rådet inte beviljade *restitutio* därför att de stridiga arvspengarna investerats i hus och inte fanns kvar längre som sådana: ”Bey Beklagten Pupillen vnd Erben res nicht mehr integra, vnd also derselben Jus acquisitum nicht zu nehmen sein will. Dahero so gestelten Sachen nach, die Restitution ferner keinen statt hat […].”

I denna korta skrift har jag endast kunnat presentera ett par fall som förhoppningsvis har belyst den livländska rättens karaktär ur en snäv vinkel. Skillnaden mot 1600-talets svenska rättsskipning, vare sig det är i det egentliga Sverige eller i Finland, är som mellan dag och natt. Medan de livländska domarna och advokaterna redan i decennier arbetat med typiska *ius commune* instrument som den lärda rättsvetenskapen producerat, var de praktiskt taget inexistenta i de svenska och finska underrätterna, åtminstone på landsbygden. Hovrätten, den lärda europeiska rättens huvudsakliga receptionskanal i Sverige, är redan en annan sak.

Vilka slags slutsatser kan vi dra om restitutionsinstitutets existens i den livländska rätten? *In integrum restitutio* berättar för oss att jurister som använde begreppet och rättsinstitutet ansåg att det bara undantagsvis var möjligt att ta upp en rättssak, som redan har beslutits, i samma domstol. Huvudregeln var redan då en ny behandling som skedde genom appellation. Utan ett hierarkiskt domstolssystem med underrätter och appelldomstolar kan rutinmässig appellation inte tänkas. Det är därför inte alls överraskande att det var just i det ”svenska” 1600-talet som ett sådant domsstolssystem upprättades i Livland, en domstolshierarki med underrätter och hovrätt i själva Livland, med möjligheten att be om *beneficium revisionis* hos kungen i Stockholm. Här finns en klar analogi till situationen i det senklassiska Rom, den senmedeltida katolska kyrkan och det tidigmoderna kejsarriket, som alla utvecklade inte bara begreppet laga kraft och *restitutio in integrum* utan också hierarkiska domstolssystem.

Åke Saldeen

Faderskap – moderskap – föräldraskap

Inledning

Medan fortfarande 1734 års lag saknade regler om fastställande av barns härstamning kom under *Göran Ingers* födelseår 1917 att införas regler om fastställande av *faderskap*, nämligen genom lagen 1917 om äktenskaplig börd och lagen samma år om barn utom äktenskap. Under Görans livstid kom så reglerna på detta område att successivt radikalt ändras, huvudsakligen på grund av utvecklingen i fråga om medicinsk faderskapsbevisning. Under denna tid kom vidare genom den moderna reproduktionsteknologins utveckling att för första gången i svensk rätt införas dels bestämmelser reglerande frågan om *moderskap* då en kvinna fött barn, som tillkommit genom att ett ägg från en annan kvinna efter befruktning utanför kroppen förts in i hennes kropp, dels senare också – i samband med att det blivit tillåtet för två kvinnor som registrerat partnerskap eller är sambor att genom insemination få barn tillsammans – bestämmelser om fastställande av f*öräldraskap* för den kvinna som är partner eller sambo med barnets mor.

Faderskap

Genom den ovannämnda lagen 1917 om äktenskaplig börd lagfästes den redan i praxis tillämpade faderskapspresumtionen eller *pater-est-regeln*, dvs. pater est quem nuptiæ demonstrant (fadern är den som äktenskapet utvisar). Den äkta mannen presumerades sålunda vara far till det barn, som föddes under äktenskapet eller inom sådan tid efter äktenskapets

upplösning genom äktenskapsskillnad eller död att det kunde ha avlats dessförinnan (s.k. ursprunglig äktenskaplig börd).[1]

Möjligheterna att bryta faderskapspresumtionen i fråga var mycket begränsade, nämligen för det första genom inskränkningar i den äkta mannens och dennes arvingars (dock inte i barnets) talerätt. Med hänsyn till att frågan om den äktenskapliga börden inte skulle hållas svävande en längre tid och till att det ansågs skulle medföra en synnerlig hårdhet mot barnet att efter en längre tids förlopp bli frånkänd äktenskaplig börd stadgades att den äkta mannen måste väcka s.k. negativ bördstalan senast inom sex månader efter erhållen kunskap om barnets födelse. Talerätten förlorades vidare om mannen efter barnets födelse erkände barnet som sitt. Dessutom var den aktuella lagen synnerligen sträng då det gällde förutsättningarna för bifall till en talan om hävande av faderskapspresumtionen; som huvudregel gällde nämligen att talan fick bifallas endast om det visats att barnet omöjligen kunde ha avlats av den äkta mannen.[2] Att visa detta var vid lagens tillkomst givetvis ingen lätt uppgift. Som bevis nämndes i lagmotiven att makarna ej haft samlag med varandra under konceptionstiden. Tillräcklig bevisning härom kunde dock enligt Lagberedningens (LB) motiv sällan anses föreligga, såvida inte mannen varit av naturen vanför eller makarna vistats å skilda orter.[3] Dessutom nämndes i motiven påvisad sterilitet hos mannen och redan inträffat havandeskap hos hustrun. Så småningom kom dock ett bevismedel att stå till buds som LB inte räknat med och som kom att successivt förbättra möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågor, nämligen blodundersökningar. Fram till dess att vår första lag om blodundersökning från år 1933 ersat-

[1] Ett utom äktenskapet fött barn kunde vidare erhålla äktenskaplig börd genom att föräldrarna efter barnets födelse ingick äktenskap med varandra (äktenskaplig börd genom legitimation). I detta fall måste dock faderskapet först ha fastställts genom erkännande eller dom.

[2] Om barnet avlats före äktenskapet eller under detsamma, men då makarna på grund av domstols beslut därom levde åtskilda, skulle dock enligt en undantagsregel om det var *mannen själv* som förde talan om hävande av faderskapspresumtionen talan bifallas, såvida det inte gjordes sannolikt att makarna haft samlag med varandra under konceptionstiden. Denna undantagsregel upptogs i föräldrabalken (FB), som trädde i kraft år 1950 och som ersatte bl.a. 1917 års lag om äktenskaplig börd. Enligt FB behövde dock särlevnaden inte längre bero på domstols beslut därom utan kunde även bero på att makarna eljest på grund av söndring levde åtskilda. Dessutom upptogs inte i FB villkoret om att talan måste föras av mannen själv.

[3] Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. III. Förslag till lag om barn utom äktenskap m.m., 1915 (Cit. LB III), s. 200 f.

tes av en lag om blodundersökning från 1949 krävde dock blodundersökning i äktabördsmål frivillig medverkan av samtliga parter.

När blodundersökningar började användas vid utredning av faderskapsfrågor tjänade undersökningsresultatet som grund för att utesluta en viss mans faderskap till ett visst barn. Den s.k. teoretiska uteslutningsfrekvensen, som anger hur många av hundra felaktigt utpekade män som kan uteslutas från faderskapet till ett visst barn genom resultatet av blodundersökning, var från början (slutet av 1920-talet) då undersökningen endast omfattade det s.k. ABO-systemet, mycket låg, nämligen endast ca 15 %.[4] Genom upptäckten efterhand av nya undersökningssystem inriktade på blod- och serumklassificering kunde så den teoretiska uteslutningsfrekvensen successivt höjas och denna uppgick t.ex. år 1990 till ca 90 % vid *rutinmässig* blodundersökning och till hela ca 99 % vid s.k. *utvidgad rättsgenetisk* undersökning, som dock av olika skäl endast kunde företas i speciella fall.[5] Sedan årsskiftet 1993/94 görs dock DNA-analys i samtliga faderskapsärenden vid Rättsgenetiska Institutet i Linköping där medicinska faderskapsutredningar av denna typ centralt utförs i vårt land. Med sådan analysmetod, som visar genetiska variationer direkt i arvsmassan, kan man numera utesluta praktiskt taget samtliga felaktigt utpekade män i ett faderskapsärende, vilket också innebär att man nog kan tala om positiv faderskapsbevisning för en utpekad man, som inte uteslutits som möjlig far genom DNA-analysen.

Reglerna om negativ bördstalan i 1917 års lag med dess stränga beviskrav – vilka för övrigt lät sig mindre väl förenas med den av LB i annat sammanhang uttalade principen om att det offentliga hade ett intresse av att barnets börd fastställdes i enlighet med det rätta biologiska förhållandet – blev också efterhand föremål för stark kritik och reglerna kom också att reformeras genom tillkomsten av föräldrabalken (FB), som antogs år 1949 och trädde i kraft året därefter. I propositionen med förslag till FB framhöll dock departementschefen, att en reformering av reglerna om negativ bördstalan krävde stor försiktighet, eftersom det var av största

[4] I Sverige gjorde Statens rättskemiska laboratorium sin första blodundersökning i ett faderskapsärende år 1929. Ett exempel på uteslutning enligt AB0-systemet är att modern tillhör blodgrupp B, barnet blodgruppen AB och den utpekade mannen blodgrupp 0. Eftersom i detta fall barnet måste ha ärvt blodfaktorn A från sin genetiska far kan mannen i detta fall inte vara barnets far, då en ”0-man” saknar denna blodfaktor.

[5] År 1945, dvs. några år innan 1917 års lag upphävdes och ersattes av bestämmelser i FB, som trädde i kraft år 1950, uppgick den teoretiska uteslutningsfrekvensen till ca 45 %. År 1955 uppgick den till 50 %, år 1965 till ca 65 % och år 1975 till ca 88,5 %.

betydelse för familjelivet i dess helhet, att barnets äkta börd inte kunde angripas i andra fall än då avgörande bevis kunde föras om att den äkta mannen inte var fadern. ”Eljest skulle den trygghet som presumtionsregeln avser att skapa förringas i betänklig mån.”[6]

FB:s ursprungliga regler om negativ bördstalan innebar att en talan om hävande av faderskapspresumtionen skulle bifallas bl.a. om det var utrett att modern haft samlag med annan än mannen och det måste ”antagas” att barnet avlats vid det samlaget eller om det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kunde hållas för visst (dvs. krav på full bevisning) att mannen ej var barnets far. Dessutom hade reglerna om preklusion av talan ändrats på det sättet att den äkta mannen måste väcka talan först senast inom tre år från det att han fått kunskap om barnets födelse. Hade han inte varaktigt sammanbott med barnet gällde en mildare regel; i sådant fall gick nämligen mannen inte förlustig sin talerätt förrän ett år förflutit från det att talan som grundats på att barnet hade äkta börd, t.ex. talan om underhåll, väckts mot mannen.[7] Tilläggas skall att 1933 års lag om blodundersökning kom att år 1949 ersättas av en ny lag om blodundersökning, som trädde i kraft samtidigt med FB. Enligt denna lag, som i sin tur kom att ersättas av den ännu gällande lagen (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap, ägde rätten förordna om blodundersökning eller annan antropologisk undersökning (s.k. rättsantropologisk undersökning, jfr nedan om sådan undersökning) även i mål om äkta börd.

Den nu gällande regeln i 1 kap. 1 § FB om gift mans presumerade faderskap till barn som hans hustru fött fick sin lydelse genom lagstiftning år 1976. Härigenom utmönstrades ur den svenska lagstiftningen termerna äktenskaplig börd samt barn i resp. utom äktenskap i syfte att söka få bort kvarvarande fördomsfulla attityder mot barn till ogifta mödrar. Genom nämnda lagstiftning inskränktes vidare pater-est-regelns tillämpningsområde såtillvida att den inte längre gäller när frånskild kvinna föder barn. (I sådant fall måste i stället faderskapet fastställas genom bekräftelse eller dom, om inte kvinnan hunnit gifta om sig före barnets

[6] Se NJA II 1950, s. 37.

[7] I fråga om regeln om att den äkta mannens erkännande av barnet kunde utesluta talerätt medförde FB den ändringen att erkännandet, som kunde lämnas uttryckligen eller tyst, skulle för att utesluta talerätt ha lämnats inte endast efter barnets födelse utan dessutom först efter det att mannen fått vetskap om att hustrun/barnets moder haft samlag med annan man under konceptionstiden.

födelse då den nye äkta mannen presumeras vara barnets far.)[8] Reglerna om förutsättningarna för bifall till en talan om hävande av faderskapspresumtionen ändrades också i viss utsträckning genom 1976 års lagstiftning. Regeln om att talan skulle bifallas om det var utrett att modern haft samlag med annan än den äkta mannen och det måste ”antagas” att barnet avlats vid samlaget jämkades på det sättet att det i stället för att det måste ”antagas” att barnet avlats vid samlaget med den andre mannen skall detta med hänsyn till samtliga omständigheter vara ”sannolikt” (1 kap. 2 §, 1 st. FB).[9] Genom 1976 års lagstiftning slopades vidare samtliga inskränkningar i den äkta mannens rätt att föra talan om faderskapspresumtionens hävande. Regeln om att mannen måste väcka talan inom viss tid ansågs nämligen inte längre kunna grundas på tanken att barnet hade ett väsentligt intresse av att få behålla sin ställning som barn till gifta föräldrar.[10] Tvärtom, ansågs det, borde det ligga i både barnets och mannens intresse att det legala faderskapet upphävdes om detta inte överensstämde med det genetiska. De psykiska störningar som kunde skapas hos barnet om faderskapspresumtionen hävdes efter en längre tid talade visserligen för en preklusionstid men sådana störningar ansågs kunna drabba barnet även då mannen genom preklusion förlorat talerätten, eftersom intet hindrade att denne i sitt umgänge med barnet och modern gav uttryck för sin uppfattning i faderskapsfrågan. I frågan om mannens förlust av talerätten på grund av att han erkänt faderskapet ansågs det att mannens intresse av att i sådant fall även fortsättningsvis gälla som far måste vara starkt beroende av att samhörigheten mellan honom, å ena sidan, och barnet och modern, å den andra sidan, bestod. Brast det i denna samhörighet var det naturligt att mannen ville få faderskapsfrågan utredd. Även från barnets synpunkt syntes en sådan utredning värdefull.[11]

[8] Genom den aktuella lagstiftningen infördes dessutom den nyheten att faderskapspresumtionen kan kullkastas inte endast genom rättegång och dom utan även på det betydligt enklare sättet att den äkta mannen och modern skriftligen godkänner en annan mans faderskapsbekräftelse (1 kap. 2 §, 2 st. FB).

[9] Genom denna lagändring uppnåddes överensstämmelse med den regel om fastställande av faderskap till barn fött av ogift mor, som trädde i kraft år 1970. – Undantagsregeln ändrades också genom 1976 års lagstiftning, nämligen såtillvida att frågan om orsaken till särlevnaden blev helt ovidkommande (1 kap. 2 §, 1 st. FB).

[10] Prop. 1975/76:170, s. 134.

[11] Mannens arvingars talerätt är dock enligt 3 kap. 1 §, 2 st. FB på olika sätt inskränkt. Bl.a. gäller att dessa inte kan väcka talan om mannen varaktigt sammanbott med barnet eller om han efter barnets födelse bekräftat att barnet är hans. Det har nämligen ansetts olämpligt, att arvingarna skulle kunna angripa faderskapspresumtionen i fall där den

Under förarbetena till 1976 års reform diskuterades om man inte borde slopa pater-est-regeln och i stället införa regler om att faderskap, oavsett om modern vid barnets födelse är gift eller ogift, alltid skulle fastställas genom erkännande (numera bekräftelse) eller dom. Syftet var då att söka skapa ytterligare likställighet mellan barn till gifta resp. ogifta mödrar. Tanken härpå avvisades dock då, främst beroende på det betydande merarbete en sådan ordning skulle medföra för myndigheter och enskilda.[12]

Jag har själv i olika sammanhang menat, att det kan finnas anledning att diskutera ett upphävande av den aktuella faderskapspresumtionen, om man verkligen menar allvar med påståendet att det är viktigt att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det genetiska i så många fall som möjligt.[13] Frågan om hur ofta faderskapspresumtionen faktiskt slår fel i praktiken, dvs. hur ofta den äkta mannen *inte* är genetisk far till det barn hustrun fött, är det svårt att ge något bestämt svar på. I litteraturen

avlidne mannen själv kanske aldrig haft en tanke på att göra detta. Se prop. 1975/76:170 s. 136 f. I rättsfallet *NJA 2006 s. 283* prövades frågan om sådant varaktigt sammanboende som utesluter talerätt för arvingarna förelåg eller inte. HD fann i detta fall att ett sammanboende mellan en man och ett barn i ca 18 månader inte kunde betraktas som varaktigt i den mening som krävs för att mannens arvingars rätt att föra talan om mannens faderskap till barnet skulle anses ha bortfallit. Fallet har kommenterats av Singer, A. i Juridisk Tidskrift 2006/07, s. 709 ff. Se också Höglund, O., Om arvinges rätt att föra talan om ogiltighet av faderskapsbekräftelse, SvJT 2006, s. 911 ff. I 1 kap. 4 § FB regleras frågan om fastställande av faderskap genom faderskapsbekräftelse (tidigare faderskapserkännande). Enligt regelns 3 st. skall, om det senare visar sig att den man som bekräftat faderskapet inte är barnets genetiska far, rätten förklara att bekräftelsen saknar verkan mot mannen i fråga. Några legala inskränkningar i mannens eller, om han är död, hans arvingars rätt att för talan om ogiltigförklarande av en faderskapsbekräftelse finns inte. I rättsfallet *NJA 1988 s. 525* har dock HD i analogi med vad som ovan framgått enligt 3 kap. 1 §, 2 st. FB gäller i fråga om arvingars rätt att föra talan om hävande av gift mans faderskap, nämligen att sådan talan är utesluten om mannen *efter* barnets födelse bekräftat att barnet är hans, funnit att arvingarna inte har rätt att föra talan om ogiltigförklarande av en faderskapsbekräftelse enligt 1 kap. 4 § FB, som lämnats efter barnets födelse. Bl.a. mot bakgrund av ”den säkerhet med vilken faderskapsundersökning numera kan göras” argumenterar Höglund i sitt här a.a. på ett övertygande sätt ”för en ändring av rättstillämpningen på det oreglerade område som nu är i fråga sålunda, att talan av arvinge inte hindras av att faderskapserkännandet avgivits efter barnets födelse” (Höglund a.a. s. 917).

[12] Se lagutskottets utlåtande LU 1975/76:33, s. 73.

[13] Se t.ex. Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies, 1984, s. 1280 f. och densamme Barnets rätt till sitt ursprung (i Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskolleger i Uppsala, De Lege, 1996, s. 260 f.)

har dock förekommit uppgifter om att den äkta mannen i 8–10 % av de fall där han presumeras vara far i realiteten inte är det.[14] Även om man av försiktighetsskäl skulle halvera dessa siffror blir resultatet att det årligen skulle röra sig om ett ansenligt antal fall där faderskapspresumtionen slår fel. Mot den bakgrunden har jag föreslagit att man skall avskaffa faderskapspresumtionen och i stället införa regler om att modern, sedan hon efter barnets födelse fått information om möjlig konceptionstid, skall i födelseanmälan avge en försäkran om den äkta mannens faderskap samt att denne i samma anmälan skall bekräfta faderskapet. Om modern vägrar att lämna sådan försäkran eller uppger att annan man kan komma ifråga som far eller om den äkta mannen vägrar att bekräfta faderskapet skall ärendet enligt mitt förslag överlämnas till socialnämnden för utredning varvid rättsgenetisk undersökning normalt förutsätts äga rum.[15]

Det kan här nämnas att en liknande ordning för fastställande av faderskap i samboförhållanden föreslagits i riksdagsmotioner vid olika tillfällen. I syfte att förenkla reglerna om fastställande av faderskap i samboförhållanden har sålunda förslagits att föräldrarna t.ex. borde redan på sjukhuset eller i samband med de första kontakterna med Försäkringskassan kunna underteckna en gemensam försäkran med uppgivande av föräldraskap. Enligt förslaget skulle socialnämnden behöva utreda faderskapsfrågan endast i sådana fall där det rådde oklarhet i denna fråga. Då ett sådant motionsyrkande behandlades av lagutskottet vid 2004/2005 års riksmöte konstaterade utskottet i sitt av riksdagen godkända betänkande, vari föreslogs motionens avslående, att utskottet vid flera tidigare

[14] Se t.ex. Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies, 1984, s. 1279 f.

[15] Det kan här nämnas att i vårt grannland Norge förelåg vid utarbetandet av ”lov om barn og foreldre (barneloven) av den 8 april 1981 nr 7” oenighet i frågan om huruvida faderskapspresumtionen skulle behållas eller inte. Utredningen hade föreslagit att den skulle upphävas och ersättas med regler om att faderskap alltid skulle fastställas genom erkännande eller dom. Det huvudsakliga skälet härtill var att man ansåg att faderskapspresumtionen för starkt markerade skillnaden mellan barn födda av gift resp. av ogift mor. Dock betonades även det värdefulla i ”at begge foreldrene iallfall en gang skriver under et dokument som viser at de påtar seg foreldreansvaret”, se Smith, L. och Lødrup, P., Barn og foreldre, 7. udg., 2006, s. 36 f. Då förslaget remissbehandlades önskade dock flertalet remissinstanser att man skulle behålla faderskapspresumtionen. Man hänvisade som skäl härför till att ett upphävande av presumtionen skulle försvaga äktenskapsinstitutionen och medföra ett aktualiserande av frågan om hustruns otrohet vid varje födsel. Dessutom skulle den föreslagna ordningen bli administrativt tungrodd samt byråkratisk, se Smith och Lødrup a.a. ibid. Pater-est-regeln finns alltså kvar även i norsk rätt.

tillfällen avstyrkt motioner liknande den här aktuella och därvid konstaterat att den nuvarande ordningen gav betryggande garantier för att faderskapet fastställdes i överensstämmelse med det rätta biologiska eller genetiska förhållandet.[16]

Här kan också nämnas att det även, bl.a. med anledning av riksdagsmotioner, vid olika tillfällen diskuterats om inte pater-est-regeln borde gälla även för samboende heterosexuella par. Då frågan behandlades vid 1992/1993 års riksmöte förklarade lagutskottet ”nuvarande ordningen för fastställande av faderskap erbjuder betryggande garantier för att det verkligen är den biologiska fadern och inte någon annan som fastställs som fader”.[17] Utskottet pekade vidare på de praktiska problem ett införande av en faderskapspresumtion för ogifta men sammanlevande föräldrar för med sig. Folkbokföringen var t.ex. inte tillräcklig i sammanhanget och inte heller den då gällande lagen (1987:232) om sambors gemensamma hem. Enligt denna lag, och detsamma gäller enligt sambolagen (2003:376), som ersatt 1987 års lagstiftning, fick i första hand frågan om huruvida ett samboförhållande i lagens mening förelåg eller ej avgöras av domstol men det kunde knappast komma i fråga att införa ett regelsystem som skulle innebära att det inte gick att ”vid varje givet tillfälle enkelt avgöra om någon verkligen är far till barnet”.

År 1917 infördes vidare genom en lag om barn utom äktenskap regler om faderskapets fastställande genom erkännande eller dom; sådana regler saknades också i 1734 års lag. Före denna lag var den ekonomiska situationen för utomäktenskapliga barn och deras mödrar ofta mycket svår och 1917 års lagstiftning syftade därför att på olika sätt söka förbättra denna situation.

I mål om faderskapets fastställande genom dom ansågs det med hänsyn till omöjligheten att vinna ett direkt bevis för viss mans faderskap helt nödvändigt att i framtiden som huvudregel bibehålla den redan tidigare i praxis uppställda presumtionen om att den man som haft samlag med modern under konceptionstiden var barnets far. Presumtionen ansågs dock inte böra göras absolut utan i lagen skulle anges att den genom särskilda omständigheter kunde brytas. Klart var därvid först att presumtionen måste falla om det beroende på någon särskild omständighet var uteslutet att den instämde mannen avlat barnet. Det skulle åligga denne att styrka sådan omständighet, t.ex. att modern redan var havande vid hans

[16] Se lagutskottets bet. 2004/05:LU25, s. 13.
[17] Lagutskottets bet. 1992/93:LU22, s. 38 ff.

samlag med henne eller att barnet företedde sådana rasegendomligheter att mannen omöjligen kunde vara barnets far. Mycket svårare var enligt LB att avgöra om, och i så fall i vilken utsträckning, avseende borde fästas vid sådana omständigheter som väl icke kullkastade presumtionen men som dock gjorde den instämde mannens faderskap osannolikt. Särskilt avsågs därvid den omständigheten att modern haft samlag under konceptionstiden även med en annan man eller andra män. Med hänsyn till de dåvarande mycket begränsade möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågan kunde det enligt LB inte komma i fråga att införa regler som överlät åt domstolarna att bedöma sannolikheten för de olika männens faderskap. Att i stället lösa frågan på det sättet att faderskapet i dylikt fall inte fastställdes men samtliga aktuella män förpliktades att bidra till barnets underhåll kunde inte komma i fråga, eftersom underhållsskyldigheten ansågs grundad på faderskapet. (”Den, som för närvarande dömes att betala uppfostringsbidrag, anses i allmänna uppfattningen såsom barnets fader. Det skulle för denna uppfattning förefalla ytterst främmande, om flera män komme i den ställningen. Erfarenheten från Danmark lär ock, att ett sådant förhållande är ägnat att skada barnet. Både dess eget känsloliv och dess sociala anseende lida därav”, yttrade LB.[18]) Det ansågs dock lika otillfredsställande om ingendera av männen skulle kunna åläggas de skyldigheter, som följer av faderskapet och som på den tiden i huvudsak inskränkte sig till underhållsskyldighet. (Arvsrätt mellan fader och utomäktenskapligt barn infördes i svensk rätt först genom en reform år 1969.) För att det över huvud taget skulle bli möjligt att fastställa faderskapet i fall då modern under möjlig konceptionstid haft samlag med flera män ansåg LB det nödvändigt att den instämde mannen inte skulle få göra invändning om att även en annan man eller andra män kunde komma i fråga som far till barnet (exceptio plurium concumbentium). ”Att det, när sådan invändning ej tillåtes, i själva verket blir kvinnan som får välja, vilken bland flera konkumbenter skall anses såsom fader, är väl en olägenhet, men den kan icke undgås, då man av förut angivna skäl icke vill lägga underhållsskyldigheten på flera konkumbenter.”[19]

Den regel om faderskapets fastställande genom dom, som på LB:s förslag infördes i 1917 års lag om barn utom äktenskap (26 §), innebar ett uppställandet i lagen av en s.k. legal presumtion. Om käranden lycka-

[18] LB III, s. 161. – I dansk rätt gällde alltså i äldre rätt att om flera män haft samlag med barnets mor under konceptionstiden så fick samtliga män delta i underhållskostnaden.
[19] LB III, s. 162.

des styrka att samlag under konceptionstiden ägt rum mellan modern och den instämde mannen så omkastades bevisbördan för faderskapet; den instämde mannen hade nu att visa att det var uppenbart att han inte var barnets far. För samlagsbevisningen gällde en regel (27 §) i 1917 års lag om barn utom äktenskap om att modern eller mannen fick med edgång komplettera sina lämnade uppgifter i samlagsfrågan (s.k. normerad partsed).[20] I praktiken var det vanligen modern som genom s.k. fyllnadsed fick denna möjlighet. Eftersom den normerade partseden ansågs stå i strid med nya rättegångsbalkens (RB) princip om fri bevisprövning kom dock partseden i faderskapsmål att avskaffas genom en lagändring år 1947. Därefter började institutet förhör med part under sanningsförsäkran att i stället användas som bevismedel i samlagsfrågan i faderskapsmålen. (Jfr nedan härom.) Med hänsyn till vad nu sagts, och till vad ovan nämnts om de begränsade möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågan under den tid då 1917 års lag gällde, är det lätt att räkna ut att en instämd man i ett faderskapsmål oftast blev förklarad som far till det i målet aktuella barnet.

Genom FB, som trädde i kraft år 1950, fick vi en ny regel om faderskapets fastställande genom dom, som var något mildare mot den instämde mannen än motsvarande regel i 1917 år lag. Om käranden styrkt samlag mellan modern och den instämde mannen behövde denne för en ogillande dom inte längre visa att det var ”uppenbart” att han ej var barnets far utan nu ”räckte” det med (regeln kom vanligtvis att tolkas mycket strängt mot svaranden) att han visade att detta var ”osannolikt”. Faderskapspresumtionen fungerade alltså fortfarande som en omkastare av bevisbördan för faderskapet. Anledningen till reformen var att man önskade anpassa lagtexten till de möjligheter, som genom den medicinska forskningens framsteg successivt erbjudits att bedöma sannolikheten för viss mans faderskap och därigenom möjliggöra säkrare avgöranden i faderskapsmålen.

Det bör tilläggas att genom FB försvann förbudet mot exceptio plurium, dvs. förbudet mot invändning om att modern haft samlag även med annan man eller andra män. Svaranden tilläts nu i stället att föra bevisning härom men enligt förarbetena borde en sådan bevisning endast tillåtas om särskilda skäl talade för att svaranden inte var barnets far. Om det med hänsyn till samtliga omständigheter var osannolikt, att den instämde mannen var barnets far skulle talan ogillas, varefter en annan

[20] Jfr Inger, G., Erkännandet i svensk processrättshistoria. II. 1614–1848, Rättshistoriskt Bibliotek, Femtionde Bandet, 1994, s. 230.

man kunde instämmas i en ny rättegång. Det kan vara lämpligt att redan här nämna, att sedan nedan nämnda reform år 1969 har läget varit det att samtliga män som kan komma i fråga som far till barnet skall instämmas i en och samma rättegång. Genom möjligheten idag att med hjälp av DNA-analys normalt kunna utesluta praktiskt taget alla män som inte är barnets genetiska far torde det dock numera vara ytterst sällsynt i praktiken med s.k. flermansfall.[21]

Genom 1969 års reform, i samband med att alla barn blev likställda i arvsrättsligt avseende, infördes en ny regel om faderskapets fastställande genom dom. Enligt denna regel (1 kap. 5 § FB) skulle rätten förklara att en man var far om det styrkts i målet att han haft samlag under konceptionstiden med barnets mor och det med hänsyn till samtliga omständigheter var sannolikt att barnet avlats av honom. Denna regel innebar tydligen en övergång från negativ till positiv sannolikhetsbedömning i faderskapsmål och styrkt samlag medförde inte längre att bevisbördan för faderskapet omkastades från käranden till svaranden. För att rätt förstå denna presumtionsregels innebörd kan det, som jag hävdat tidigare i olika sammanhang, vara lämpligt att göra klart för sig att faderskap måste antas ha kunnat fastställas inte endast med hjälp av presumtionsregeln med dess krav på styrkt samlag utan även med hjälp av allmänna bevisprinciper eller, om man så vill, med hjälp av en generell och primär (oskriven) faderskapsregel.[22] Enligt dessa allmänna bevisprinciper skulle faderskapstalan bifallas om käranden lyckats direkt styrka rättsfaktum, dvs. i detta fall den instämde mannens faderskap, alldeles oavsett hur det råkade förhålla sig med bevisningen i samlagsfrågan. Den genom 1969 års reform införda faderskapspresumtionen innebar då att det styrkta samlaget inte längre omkastade bevisbördan för faderskapet, som fallet var med de tidigare här behandlade reglerna på området, utan bevisbördan för faderskapet låg på käranden på samma sätt som enligt allmänna bevisprinciper eller, om man så vill, enligt den generella, primära faderskapsregeln, men det styrkta samlaget medförde den bevislättnaden att faderskapet inte behövde styrkas utan det räckte med att detta gjordes sannolikt.

Om det innan DNA-tekniken började komma till användning vid medicinsk faderskapsdiagnostik (sedan årsskiftet 1993/94 görs normalt, som tidigare nämnts, DNA-analys i samtliga faderskapsärenden vid Rätts-

[21] Se om DNA-tekniken t.ex. Socialstyrelsen utg., Att fastställa faderskap, 2005, s. 58 ff.
[22] Se t.ex. Saldeen, Å., Fastställande av faderskap, 1980, s. 54 ff. och densamme Barn- och föräldrarätt, 2005, s. 57 f. och s. 63 ff.

genetiska Institutet i Linköping där undersökningar av detta slag utförs centralt i Sverige) verkligen var möjligt för en kärande i ett faderskapsmål att presentera tillräcklig bevisning för att faderskapet skulle kunna anses direkt styrkt kan man ha delade meningar om (se rättsfallen *NJA 1984 s. 49* och *1985 s. 236 I* och *II*). I rättsfallet *NJA 1998 s. 184* där rättsgenetisk undersökning med DNA-teknik företagits kunde dock en enig HD fastställa faderskapet till en flicka sedan man funnit faderskapet styrkt genom den medicinska bevisningen i målet.[23] Även i rättsfallet *NJA 1999 s. 598*, som gällde fråga om resning i ett faderskapsmål, ansåg HD att det genom resultatet av företagen rättsgenetisk undersökning med DNA-teknik kunde hållas för visst att den utpekade mannen var det aktuella barnets far.[24]

Det bör nämnas att DNA-analys i faderskapsdiagnostiskt syfte kan utföras inte blott med användande av blodprov utan t.ex. även med användande av s.k. munskrap. ”Munskrapsmetoden” anses vara lika tillförlitlig som blodanalysmetoden och har dessutom vissa fördelar framför denna, såsom t.ex. lägre kostnader samt snabbare och enklare förfarande. Provtagningen kan göras i samband med socialnämndens faderskapsutredning. Enligt vad Socialstyrelsen uttalar kan munskrap ”ofta vara att föredra framför blodprov, särskilt när det gäller barn. Munskrap kan vara enklare också för vuxna, i synnerhet om den det gäller själv kan ta det under överinseende av handläggaren vid familjerätten”.[25]

Möjligheten att fastställa faderskap på sätt som skedde i 1998 års rättsfall har nu genom en reform år 2005 bekräftats av lagstiftaren genom införandet i FB (1 kap. 5 §) av en ny regel om fastställande av faderskap, som numera – sedan lagen (1984:1140) om insemination och lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen upphävts och ersatts av 6 resp. 7 kap. i lagen (2006:351) om genetisk integritet – har följande lydelse:[26]

> Skall faderskap fastställas genom dom skall rätten förklara en man vara far, om det genom en genetisk undersökning är utrett att han är barnets far. Rätten skall också förklara en man vara far om det är utrett att han har haft

[23] Se om detta rättsfall, och även om rättsfallen *NJA 1984 s. 49* och *NJA 1985 s. 236 I* och *II,* t.ex. Saldeen, Å., DNA-teknik och fastställande av faderskap, Juridisk Tidskrift 1998/1999, s. 174 ff. och densamme, Barn- och föräldrarätt, 2005, s. 63 ff.

[24] För ytterligare rättsfall rörande resning i faderskapsmål se Höglund a.a. s. 915 f.

[25] Socialstyrelsen, utg., Att fastställa faderskap, 2005, s. 59.

[26] SFS 2005:434.

samlag med barnets mor eller att en insemination eller att en befruktning utanför moderns kropp har skett med hans spermier under tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av honom.

Faderskapet kan inte fastställas genom dom för en man som är spermagivare enligt 6 eller 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet.

I propositionen konstaterades att om en man genom DNA-analys med tillräcklig grad av säkerhet utpekats som far till ett barn så var det rimligt att faderskapet kunde fastställas utan någon särskild bevisning om att han haft samlag med barnets mor.[27] Det konstaterades också att en förändring i sådan riktning redan skett i rättstillämpningen genom de här ovan nämnda rättsfallen *NJA 1998 s. 184* och *1999 s. 598* samt att det var ”lämpligt att denna rättstillämpning nu [kom] till bättre uttryck i lagtexten”. I det departementsförslag som låg till grund för propositionen hade föreslagits att det skulle stadgas att rätten skulle förklara en man vara far om det var ”utrett” att barnets avlats av honom.[28] I linje med vad JO föreslagit vid remissbehandlingen av departementsförslaget ansåg dock regeringen i propositionen att det borde ”i lagtexten uttryckligen anges att faderskapet [skulle] fastställas om det genom en genetisk undersökning [var] utrett att en man är far till ett barn. I och för sig kunde det invändas att bestämmelsen då [blev] begränsad till viss teknik. Men det [tedde] sig angeläget att en så praktiskt betydelsefull reglering [blev] tydlig, och den genetiska undersökningen [var] i praktiken det bevismedel som normalt [användes] i faderskapsmål. Lagändringar med en sådan utformning [hade] också under de senaste åren gjorts i andra nordiska länder. I Norge infördes år 1997 en bestämmelse om att domstolen som huvudregel skall fastställa att en man är far till ett barn om han genom DNA-analys är utpekad som barnets far. Liknande bestämmelser finns i Danmark och Island”.[29]

Även om den aktuella anpassningen till DNA-tekniken skulle komma att bli relevant för alla vanliga faderskapsmål, måste det dock enligt propositionen ”finnas regler för de fall där det inte har gjorts någon DNA-analys eller där analysen trots allt inte ger ett tillräckligt säkert svar”. Förmodligen var det enligt propositionen fråga om sällsynta fall men man

[27] Prop. 2004/05:137, s. 51.
[28] Se Ds 2004:19, s. 9.
[29] A. prop. s. 52.

kunde inte utesluta att sådana situationer kunde uppstå, t.ex. beroende på att mannen var försvunnen eller död. Om blodprov inte kunnat tas på mannen var det dock i vissa fall möjligt att i stället använda blod från nära släktingar till mannen men resultatet av dylika undersökningar var dock mera osäkert. Det betonades vidare i propositionen att bevisvärdet av en DNA-analys också kan påverkas av om det föreligger särskilda omständigheter, som ger anledning befara att något fel gjorts vid analyserna, t.ex. att blodprov förväxlats eller att nära släktingar framstår som plausibla faderskapskandidater. Med hänsyn till sådana tillfällen som ovan nämnts ansågs i propositionen – i likhet med vad som föreslagits i departementspromemorian – att presumtionsregeln med dess krav på styrkt samlag och sannolikhetsbedömning skulle bibehållas som en undantagsregel, vilket alltså blev fallet.

Det måste kunna sägas att det är en högst anmärkningsvärd utveckling som – främst tack vare den likaledes högst anmärkningsvärda utvecklingen när det gäller möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågor – från och med tillkomsten av 1917 års lag om barn utom äktenskap ägt rum när det gäller fastställande av faderskap genom dom. Med hänsyn dels till de från början mycket begränsade möjligheterna att medicinskt bedöma faderskapsfrågor, dels ock till rättsreglernas utformning måste man nog räkna med att det förekommit många domar innebärande främst att talan bifallits mot en man som i själva verket inte är eller var barnets genetiske far eller också, fastän troligtvis mindre vanligt, att talan i stället ogillats mot en man som idag genom en företagen DNA-analys skulle med största sannolikhet visa sig vara barnets far.

Sett ur domstolarnas synpunkt kan man, som jag tidigare hävdat, säga ”att fastställande av faderskap var för domstolarna från början en lätt uppgift, att den efter hand blev allt mera komplicerad men att den så åter (genom den DNA-baserade medicinska faderskapsdiagnostikens utveckling) blivit förhållandevis okomplicerad”.[30] När det gäller samlagsrekvisitet i den legala faderskapspresumtionen i 1917 års lag om barn utom äktenskap var, som tidigare nämnts, läget i rättspraxis det att modern oftast fick med edgång bekräfta sina uppgifter om att hon haft samlag med den instämde mannen under konceptionstiden och därmed var saken oftast avgjord, eftersom den instämde mannen mera sällan kunde visa att det

[30] Se Saldeen, Å., DNA-teknik och fastställande av faderskap, Juridisk Tidskrift 1998/99, s. 184. Jfr Walin; G. & Vängby, S, Föräldrabalken. En kommentar. Del I, Supplement 6, 2006, s. 1:17.

var ”uppenbart” att barnet ej avlats av honom. Som tidigare nämnts avskaffades den normerade partseden redan genom en lagändring år 1947, varefter samlagsfrågan vanligtvis utretts genom förhör under sanningsförsäkran med modern och svaranden men då uppgift stått mot uppgift i denna fråga torde läget i rättspraxis länge ha varit det att man tog hänsyn ”till ej blott parternas allmänna trovärdighet utan även den speciella omständigheten, att det i och för sig [var] mycket sannolikare att modern [talade] sanning”.[31]

Vad som med tiden säkerligen kom att göra det avsevärt mera komplicerat att bedöma faderskapsfrågor var att det genom den medicinska faderskapsdiagnostikens utveckling blev efter hand möjligt att göra bedömningar av sannolikheten för en instämd mans faderskap något som också medförde att vi genom tillkomsten av FB, som trädde i kraft år 1950, fick en ny presumtionsregel rörande fastställande av faderskap, som byggde på s.k. negativ sannolikhetsbedömning i faderskapsmålen. Erinras skall om att 1969 års reform av regeln om fastställande av faderskap genom dom kom dock att innebära en övergång till s.k. positiv sannolikhetsbedömning.

De beräkningar av sannolikheten för en viss mans faderskap till ett visst barn som det efter hand blev möjligt att företa innebar dels en beräkning av sannolikheten för att barnet med hänsyn till vikt och längd vid födelsen kunde ha avlats vid tidpunkten för den instämde mannens samlag med modern, dels ock beräkning på grund av s.k. blodgruppsstatistiskt faderskapsindex av sannolikheten för den instämde mannens faderskap genom resultatet av företagen blodundersökning. Den medicinsk-statistiska bevisningen måste emellertid sammanvägas med övrig bevisning i målet. Här behöver endast nämnas att den faderskapssannolikhet som kunde beräknas på grundval av faderskapsindex var före DNA-teknikens införande i högsta grad beroende av frågan om moderns trovärdighet i fråga om antalet faderskapsmöjligheter. Självklart måste det många gånger antas ha varit en högst vansklig uppgift för domstolarna att söka sammanväga den medicinsk-statistiska bevisningen i målet i form av t.ex. faderskapsindex med annan icke kvantifierbar bevisning i målet.

En mycket gammal metod för medicinsk faderskapsdiagnostik, äldre än blodundersökning, är s.k. rättsantropologisk undersökning avseende t.ex. yttre morfologiska egenskaper, såsom t.ex. ögonpartiets, öronens,

[31] Beckman, N. & Höglund, O., Svensk familjerättspraxis, s. B II:14. Jfr Saldeen, Å., Fastställande av faderskap, 1980, s. 61 ff.

näsans eller munnens form. I tiden före år 1950 förekom sådana undersökningar endast i mycket liten utsträckning i vårt land men de kom därefter att bli förhållandevis vanliga och vägledande för domstolarna i inte så få faderskapsmål och mål om hävande av faderskapspresumtionen för gift man. År 1973 tillsatte emellertid Socialstyrelsen en arbetsgupp med uppgift att granska verksamheten i fråga. Då denna, med enstaka undantag, inte ansåg sig ha lyckats erhålla uppgifter om använda metoders tillförlitlighet och analyssäkerhet eller omfattningen av tillgängliga familje- och populationsstudier blev granskningsutlåtandet mycket kritiskt och ledde till att man år 1976 beslöt att i vårt land tillsvidare upphöra med rättsantropologiska undersökningar i faderskapsdiagnostiskt syfte med undantag för undersökningar av hudfärg och ärftliga sjukdomar och missbildningar.

Om man alltså har anledning att tro att det finns en hel del genetiskt sett felaktiga faderskapsdomar inställer sig gärna frågan hur det förhåller sig med möjligheterna till resning i sådana mål, i synnerhet som det idag med DNA-teknikens hjälp går att få ett normalt sett synnerligen säkert svar i faderskapsfrågan.[32] Möjligheterna att få till stånd (ny) rättsgenetisk undersökning därest inte samtliga inblandade parter frivilligt går med på att sådan undersökning genomförs är dock begränsade. För att en domstol skall kunna framtvinga genomförandet av rättsgenetisk undersökning i ett tidigare avgjort fall krävs nämligen efter en ändring år 1982 i lagen (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap (1 a §, 1 st.) (före denna lagstiftning var det över huvud taget inte möjligt att framtvinga rättsgenetisk undersökning i tidigare avgjorda fall) att det efter domen (eller efter faderskapserkännandet/faderskapsbekräftelsen) framkommit omständigheter, som ger anledning till antagande om att någon annan man än den som fastställts vara far haft samlag med modern under konceptionstiden samt att den som åberopar dessa omständigheter inte har känt till dem tidigare.[33] Denna begränsning innebär bl.a., för att ta ett mycket flagrant exempel, att en (ny) rättsgenetisk underökning inte

[32] Ang. nyare rättsfall rörande resning i faderskapsmål se Höglund i not 11, a.a. s. 916.

[33] Eftersom det förmodligen förekommer även en hel del genetiskt sett oriktiga faderskapserkännanden eller, som det numera heter, faderskapsbekräftelser, kan det vara värt att här notera att det genom 1982 års ändring i 1958 års lag om blodundersökning blev det också möjligt att under samma förutsättningar framtvinga blodundersökning i mål om ogiltigförklaring av faderskapserkännande/faderskapsbekräftelse. I varje fall under perioden 1977–1982 fanns det nämligen inte en sådan möjlighet. Se t.ex. Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter1734 års lag, Lakimies 1984, s. 1287.

kan framtvingas i sådana fall som avgjordes i tiden efter år 1917 fram till och med år 1950 och i vilka den instämde mannen kanske mycket väl kände till att modern haft samlag även med annan man eller andra män men inte tilläts att åberopa detta i faderskapsmålet (förbudet mot exceptio plurium concumbentium).

Den här aktuella begränsningen i möjligheterna att framtvinga rättsgenetisk undersökning i tidigare genom dom eller faderskapserkännande/faderskapsbekräftelse avgjorda faderskapsfall utgör, som jag flera gånger tidigare hävdat, ett exempel på lagstiftarens tvehågsenhet, när det gäller att utreda hur det verkligen förhåller sig beträffande det genetiska faderskapet.[34] Av departementschefens uttalande i propositionen till 1982 års lagstiftning framgår, att den här aktuella begränsningen gjordes för att relationerna mellan ett barn och dess rättsliga far inte skulle i onödan störas. Därigenom menade man sig också ha beaktat ett av de, som man uppfattade det, starkaste skälen mot lagändringen i fråga, nämligen att ett barn inte borde riskera att bli faderlöst lång tid efter sin födelse. Som ett exempel på vad som väl torde kunna kallas inkonsekvens i lagstiftarens syn på frågan om vikten av överensstämmelse mellan rättsligt och genetiskt faderskap kan erinras om vad ovan nämnts om vad som uttalades i samband med borttagandet år 1976, dvs. bara några år före 1982 års lagändring, av alla tidigare inskränkningar i den äkta mannens rätt att föra talan om faderskapspresumtionens hävande. I propositionen till 1976 års lagstiftning uttalades ju nämligen att det måste ligga i såväl barnets som den äkta mannens intresse att det legala faderskapet upphävdes, om detta inte överensstämde med det genetiska. De psykiska störningar som kunde skapas hos barnet om faderskapspresumtionen hävdes efter en längre tid talade visserligen för en preklusionstid men sådana störningar ansågs kunna drabba barnet även då mannen genom preklusion förlorat talerätten, då intet hindrade att denne i sitt umgänge med barnet och modern gav uttryck för sin uppfattning i faderskapsfrågan. I frågan om mannens dåvarande förlust av talerätten på grund av att han erkänt sitt faderskap ansågs det att mannens intresse av att i sådant fall även fortsättningsvis gälla som far måste vara starkt beroende av att samhörigheten mellan honom, å ena sidan, och barnet och modern, å andra sidan,

[34] Se t.ex. Saldeen, Å., Faderskapsfrågan i svensk rättsutveckling efter 1734 års lag, Lakimies 1984, s. 1285 ff. och densamme, Barnets rätt till sitt ursprung (i Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskolleger i Uppsala, De Lege 1996, s. 263 f.).

bestod. Brast det i denna samhörighet var det naturligt att mannen ville få faderskapsfrågan utredd. Även från barnets synpunkt, framhölls det i den här aktuella propositionen, syntes en sådan utredning värdefull.

Den norske rättsvetenskapsmannen professor Peter Lødrup har sagt att han ”tolker [Saldeen] dithen at han mener man må gå langt i arbeidet for å få overenstemmelse mellom det rettslige og biologiske farskapet. I så fall skulle i hvert fall grunntanken bak de radikale endringer i norsk rett som har funnit sted [åren 1997 och 2002] falle i hans smak”.[35] Härom har Lødrup helt rätt. Här skall endast nämnas att genom 2002 års lagändringar gäller numera i norsk rätt att ett rättskraftigt avgörande i ett faderskapsmål kan, om DNA-analys inte ägt rum i målet, utan vidare omprövas även om det inte föreligger några nya bevis i saken. Sedan begäran om omprövning inkommit skall rätten förordna om DNA-analys. Om det genom sådan rättsgenetisk undersökning visas att det tidigare avgörandet var materiellt riktigt skall begäran om omprövning av detta avslås medan ny dom skall utan huvudförhandling meddelas, om det visar sig att det tidigare avgörandet var materiellt oriktigt.[36] Detta norska exempel borde enligt min mening vara något för den svenska lagstiftaren att följa om man nu verkligen menar att det är viktigt att det rättsliga faderskapet överensstämmer med det genetiska.

I bl.a. det s.k. *Bollnäs-fallet*, *RH 1998:103*, och i vilket HD (*T 445/98*) avslog ansökan om prövningstillstånd, aktualiserades frågan om huruvida det var möjligt att vid s.k. privat insemination, dvs. vid insemination som utförts av enskilda personer utanför sjukvården, föra talan mot sperma-

[35] Lødrup, P., Noen farskapspørsmål – biologiens seier i norsk rett (i Familjerättsliga studier. Vänbok till Åke Saldeen, 2003, s. 189). – Fastställandet av en individs genetiska ursprung har av flera olika skäl stor betydelse. Underhållsskyldighet och arvsrätt anses grundade på blodsbandet. Vidare kan en individ av rent psykologiska skäl ha stort intresse av att veta sitt rätta ursprung. Också medicinska skäl gör det viktigt att känna till detta, eftersom det kunnat påvisas att ett stort antal sjukdomar är ärftliga varför det kan i vissa fall tänkas vara av livsavgörande betydelse för en person att veta om han bär på anlag för en viss ärftlig sjukdom, vars utbrott kanske kan förhindras genom en ändrad livsföring eller botas, om behandlingen sätts in i tid. Vetskapen om att man bär på anlag för en viss ärftlig sjukdom kan vidare vara av betydelse för beslut att sätta egna barn till världen eller för ett ställningstagande i frågan om fosterdiagnostik då ett barn redan avlats. Slutligen kan tilläggas att det för den personhistoriska forskningen naturligtvis bör antas vara av intresse att det råder överensstämmelse mellan rättsligt och genetiskt föräldraskap.

[36] Se Lødrup i föregående not a.a.s. 200. Se också Lødrup, P., Challenges to an established Paternity – Radical Changes in Norwegian Law, The International Survey of Family Law, 2003 ed., s. 353 ff.

givaren. TR:n hade ogillat talan om fastställande av spermagivarens faderskap, eftersom det för fastställande av faderskap enligt 1 kap. 5 § enligt då gällande lydelse var ”en ovillkorlig förutsättning” att barnet avlats genom samlag mellan modern och då något som kunde betecknas som samlag inte ägt rum i målet. HovR:n, som fastställde TR:ns dom, förde ett liknande resonemang men tillade att när det gällde ”inseminationsbarn till ogift ensamstående moder har lagstiftaren intagit den ståndpunkten att faderskapstalan inte skall kunna föras mot spermagivare som är ovillig att erkänna faderskapet (se prop. 1984/85:2 s. 14 och 20 f. samt LU 1984/85:10 s. 13 f.)”.

HD avslog ansökan om prövningstillstånd, något som jag menat, kan beklagas med hänsyn dels till att frågan om huruvida det verkligen förelåg formella hinder mot att föra talan om fastställande av faderskap till barn avlade genom s.k. privat insemination var kontroversiell, dels ock särskilt till den av HD tidigare accepterade möjligheten att fastställa faderskap med tillämpning av allmänna bevisprinciper i stället för med tillämpning av regeln i 1 kap. 5 § FB, som då enligt sin lydelse krävde att samlag var utrett.[37] Tilläggas kan att HD endast några veckor innan ansökan om prövningstillstånd avslogs i det här aktuella fallet avkunnat dom i det här ovan åberopade rättsfallet *NJA 1998 s. 184*, i vilket ju HD fann att faderskapstalan kunde bifallas trots att samlag ej var utrett.

I notisfallet *NJA 2005:42* prövade dock HD frågan om huruvida en talan av en spermagivare om ogiltigförklarande av faderskapserkännanden avseende tre barn kunde bifallas bl.a på den grunden att barnen i fråga avlats inte genom samlag utan genom insemination.[38] HD:s majoritet fann i detta fall att avsaknaden av samlag mellan käranden och barnens mor ”samt det förhållandet att befruktningarna tillkommit genom insemination [medförde] […] inte att [käranden] på den grunden [kunde] vinna bifall till sin talan”.[39]

[37] Se bl.a. Saldeen, Å., Barn- och föräldrarätt, 5 uppl., 2005, s. 81.

[38] Se med anledning av TR:s dom i detta fall Agell, A. Spermagivare ledd på juridiska villovägar, UNT den 12 februari 2002.

[39] JR Håstad, som var skiljaktig i fråga om motiveringen, anförde bl.a. följande: ”Vad [käranden] anfört om att faderskapsbekräftelserna är ogiltiga, därför att samlag inte förekommit förtjänar inte avseende. Samlagsrekvisitet i 1 kap. 5 § FB fanns vid den i målet aktuella tiden som ett presumerande faktum för att underlätta fastställande av biologiskt faderskap. Om det är styrkt att sperma överförts genom insemination bör bestämmelsen kunna tillämpas analogiskt. Dessutom har den grundläggande regeln alltid funnits i bakgrunden, nämligen att faderskap skall fastställas om det på vilket sätt som helst (men i

Frågan om möjligheten att föra talan mot en spermagivare om faderskapets fastställande genom dom har – som ovan framgått genom citerandet av den nu gällande regeln om fastställande av faderskap i 1 kap. 5 § – genom lagstiftning år 2005 nu fått sin lösning.

I propositionen till 2005 års lagstiftning erinras om att man i samband med införandet av 1984 års lag om insemination gjorde den ”bedömningen att en talan om faderskap inte borde kunna föras mot en spermagivare. En möjlighet att föra talan mot givaren ansågs i och för sig kunna fungera som spärr mot en okontrollerad verksamhet. Mot en sådan möjlighet talade dock att det, om en illegal verksamhet skulle komma att bedrivas, var sannolikt att den skulle ske i sådana former att givaren inte i efterhand kunde identifieras. Som sanktion mot en sådan verksamhet skulle därför en möjlighet till faderskapstalan mot givaren i praktiken bli meningslös. Man menade vidare att det inte kunde vara någon fördel för barnet att en givare som inte har avsett att bli dess far kunde påtvingas ett sådant faderskap (prop. 1984/85:2 s. 14)”.[40] Efter att när det gäller rättspraxis ha hänvisat till ovan nämnda hovrättsavgöranden framhåller regeringen i propositionen ”att barnets bästa och barns rätt till kunskap om sitt ursprung numera bör väga tyngre. Fastställande av faderskap bör lika mycket ses som ett intresse för barnet. Det ligger, oavsett faderns inställning, i barnets intresse att faderskapet fastställs. Genom att faderskapet fastställs får barnet, förutom kunskapen om sitt ursprung, också rätt till underhåll, arv och faderns namn. Det är olyckligt om barn som har kommit till genom, assisterad befruktning får ett i dessa avseenden sämre läge än andra barn. Enligt regeringen är en rimlig utgångspunkt att faderskapet för ett barn skall kunna fastställas genom dom, oavsett hur barnet har kommit till. Att det ibland kan vara svårt att identifiera en privat spermagivare bör inte hindra att det ändå finns möjlighet att försöka få hans faderskap fastställt”. Man kan dock enligt propositionen inte ”bortse från att särskilda hänsyn fortfarande gör sig gällande vid spermadonationer enligt 1984 och 1988 års lagar”(numera 6 resp. 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m. m. min anm.). ”Innan en befruktning sker skall läkaren kontrollera att de förutsättningar som anges i lagstiftningen är uppfyllda, dvs. att den kvinna som befruktas är gift eller sambo och att

praktiken genom DNA-analys) är styrkt att mannen är far till barnet (se NJA 1998 s. 184 och 1999 s. 598 samt t.ex. Saldeen, Barn- och föräldrarätt, 5 uppl. 2005, s. 55 ff. och Singer, Juridisk Tidskrift 1995-96 s. 1060 ff. särskilt s. 1068 ff.).”

[40] Prop. 2004/05, s. 53.

mannen har samtyckt till befruktningen. Att en befruktning någon gång skulle ske i strid med bestämmelserna bör inte påverka möjligheterna att fastställa faderskapet i domstol. En grundläggande förutsättning för verksamheten är att en man som donerar sperma kan förlita sig på att de regler som gäller också efterföljs. En reglering som innebär att givaren mot sin vilja kan fastställas som far skulle leda till en minskad tillgång på donatorer i den svenska hälso- och sjukvården och gå ut över ett betydande intresse".[41]

I propositionen gjordes alltså den bedömningen att det borde vara möjligt att fastställa faderskapet för en spermagivare, förutsatt att ingen annan man skall anses som barnets far enligt 1 kap. FB, men att undantag borde göras för män som lämnat sperma enligt 1984 och 1988 års lagar, dvs. numera 6 kap. resp. 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. Om den befruktade kvinnans make eller sambo (partner) undantagsvis inte skulle ha samtyckt till behandlingen bör enligt propositionen faderskapet inte kunna fastställas genom dom för spermagivaren. Uppfattningen delades av riksdagen och kommer i lagtexten till uttryck genom det gjorda tillägget till regeln i 1 kap. 5 § FB som stadgar att "faderskap kan inte fastställas genom dom för en man som är spermagivare enligt 6 eller 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.".[42]

[41] Ibidem.

[42] I svensk rätt gäller i frågan om givarens anonymitet att ett barn som har avlats genom s.k. givarinsemination har när det uppnått tillräcklig mognad, rätt att få del av de uppgifter om givaren som finns antecknade i sjukhusets särskilda journal (6 kap. 5 § lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.). Samma rätt har ett barn som avlats genom befruktning utanför kroppen med ett annat ägg än kvinnans eget eller med spermier från en man som inte är kvinnans make eller sambo (7 kap. 7 § samma lag). – Sverige lär ha varit först ut när det gäller införandet av en lagstadgad rätt för barn som tillkommit genom assisterad befruktning att få kännedom om sitt genetiska ursprung då givare av spermier eller ägg förekommit. Andra länder har så följt efter. I t.ex. Finland, Norge och Storbritannien har ett barn rätt att när det fyllt 18 år få veta givarens identitet. I Österrike har barn över 14 års ålder sådan rätt. I Nederländerna är en givare på grund av lagstiftning år 2003 inte längre garanterad anonymitet och i Island slutligen gäller att en givare kan själv välja om han vill vara anonym eller inte. Väljer denne det sistnämnda alternativet har barnet rätt att när det fyllt 18 år få information om givarens identitet. I t.ex. Danmark och Grekland är givaren däremot garanterad anonymitet. – Uppgifterna om utländsk rätt har hämtats från International Encyklopaedia of Laws, Family and Succession Law, Medical Law samt från The International Survey of Family Law.

Moderskap

Genom lagstiftning år 2002, som trädde i kraft den 1 januari 2003, infördes för första gången i svensk rätt en regel om moderskapet, nämligen närmare bestämt för det fallet då en kvinna fött ett barn som tillkommit genom att ett ägg från en annan kvinna efter befruktning utanför kroppen förts in i hennes kropp.[43] Tidigare gällde, liksom vanligen i främmande rätt, en oskriven moderskapspresumtion av innebörd ”mater semper certa est”, dvs. det är alltid säkert vem som är mor, ty ”mater est quam gestatio demonstrat”, dvs. moder är den som havandeskapet utvisar. Dock förhåller det sig givetvis så, att inte endast den moderna reproduktionsteknologin kan vålla problem i frågan om vilken kvinna som skall anses som ett barns mor. Moderskapet kan vara osäkert eller okänt om t.ex. barnförväxling råkat ske på ett sjukhus' BB-avdelning, såsom fallet var i det s.k. *Bureå-fallet* (*NJA 1949 s. 144*), eller barnet kan vara ett s.k. hittebarn, något som någon gång kan vara fallet även i våra dagar. I enstaka fall kan man även tänka sig att någon levande äldre person kan sakna kännedom om vem hans eller hennes mor är på grund av den anonymitetsrätt för ogift mor som till förhindrande av barnamord infördes genom ett Kungl. brev år 1778 (det s.k. barnamordsplakatet) och som ej upphävdes förrän år 1915.[44] Slutligen kan nämnas att det lär i praktiken ibland förekomma att en kvinna, som i själva verket inte är barnets riktiga eller genetiska mor, i samband med invandring till Sverige hos Skatteverket felaktigt registreras som barnets mor.

I samband med att genom lagstiftning år 2002, som trädde i kraft den 1 januari 2003, äggdonation blev tillåten i vårt land infördes i 1 kap. 7 § FB en regel om moderskapet då kvinna fött ett barn som tillkommit genom att ett ägg från en annan kvinna efter befruktning utanför kroppen förts in i hennes kropp. Enligt denna regel skall den kvinna som föder fram barnet (barnets ”biologiska” mor) och alltså inte den kvinna som lämnat ägget (barnets ”genetiska” mor) rättsligen anses som barnets

[43] Se utförligare om vad som anförs i detta stycke Saldeen, Barn- och föräldrarätt, 2005, s. 40 ff.

[44] Jfr Inger, G., Svensk rättshistoria, 1979, s. 204 f. – Om ingen ändring skett under senare år så gäller i bl.a. Frankrike, Luxemburg och Italien ännu i våra dagar att modern har rätt att vara anonym. I vissa andra länder, såsom t.ex. Belgien och Tyskland, lär man ha diskuterat införandet av en sådan rätt, se Ferrè-Andrè, S. et al., Work in Hand for the Reform of French Family Law, The International Survey of Family Law, 2003, ed., s. 178.

mor. Man kan alltså hävda, att den nyss nämnda moderskapspresumtionen nu lagfästs i svensk rätt vad avser nämnda speciella situation.

I det till lagrådet remitterade lagförslaget hade föreslagits införandet av en generellt utformad regel om att en kvinna som föder ett barn är dettas mor. Lagrådet konstaterade dock att en allmän bestämmelse, som anger kriterier för moderskap fanns, såvitt lagrådet kunna finna, varken i fransk eller tysk rätt och sådana bestämmelser torde, framhöll lagrådet, ”även i övrigt vara ovanliga i europeiska civillagar (jfr dock 2 § i den norska loven om barn og foreldre). […]. Inte heller i svensk lag har det hittills funnits någon bestämmelse som angett kriterier för moderskap”.[45] När det nu föreslogs att man skulle införa en sådan regel i FB var, uttalade lagrådet, ”skälet inte att det uppkommit ett allmänt behov av en sådan lagreglering utan att man velat lösa ett specifikt problem som kan uppkomma när en kvinna föder ett barn som avlats genom befruktning av en annan kvinnas ägg. Det skulle i ett sådant fall möjligen kunna anses oklart om det är den födande kvinnan eller den kvinna vars ägg befruktats som rättsligt sett skall anses som mor till barnet”. I lagförslaget ville man, enligt lagrådet på goda grunder, ”undanröja varje tvivel på denna punkt genom att ge företräde åt den kvinna som fött barnet”. Dock var det, menade lagrådet, ”inte nödvändigt att för att lösa detta specifika problem, utforma en allmän lagregel om moderskap”.[46] Lagrådet ansåg att det i stället var att föredra införandet av en särskild bestämmelse, som till sin räckvidd begränsades till att besvara den fråga man ville ta ställning till. I propositionsförslaget följdes denna lagrådets rekommendation.

Rättsfallet *NJA 2006 s. 505* aktualiserar bl.a. frågan om huruvida moderskapsregeln i 1 kap. 7 § FB endast gäller s.k. äggdonation som är tillåten i svensk rätt eller även då barn avlats genom s.k. surrogatmoderskap, ett reproduktionsförfarande, som däremot är otillåtet hos oss.[47] I detta rättsfall ansökte en kvinna (K) om att få adoptera sin makes barn. Barnet var i själva verket kvinnans och hennes makes genetiska barn men hade framfötts av en surrogatmoder, för övrigt den äkta mannens syster. Då den äkta mannen C, som var ensam vårdnadshavare för barnet, lämnat sitt samtycke till adoptionen och då socialnämnden tillstyrkt adoptionsansökan beslöt TR:n att bifalla denna. C kom dock så att överklaga adoptionsbeslutet och yrkade att HovR:n skulle lämna adoptionsansökan

[45] Prop. 2001/02:89, s. 82 f.
[46] Se prop. 2001/02:89, s. 83 f.
[47] Rättsfallet har kommenterats av Singer, A. i Juridisk Tidskrift 2006/07, s. 424 ff.

utan bifall, enär han nu återkallat sitt samtycke till adoptionen. Eftersom det därigenom saknades lagliga förutsättningar att bifalla adoptionsansökan (4 kap. 3 § FB) fann HovR:n att TR:ns adoptionsbeslut skulle upphävas och adoptionsansökan avslås. K överklagade och yrkade att HD, med ändring av HovR:ns beslut, skulle bifalla adoptionsansökan. *Hon yrkade vidare att hon skulle förklaras vara barnets mor.*

HD (majoriteten) konstaterade bl.a. att surrogatmoderskap ”ingår inte bland de fall som är tillåtna enligt lagstiftningen”, att surrogatmodern i detta fall ansetts som barnets mor med stöd av moderskapspresumtionen samt att adoptionssökanden, dvs. barnets genetiska mor ”gjort gällande att ett avslag av hennes överklagande [medförde] att barnet [berövades] sin verkliga moder och att detta måste anses strida mot barnets bästa enligt FN:s barnkonvention”. I rättsfallet *NJA 1973 s. 62* hade enligt HD den grundläggande principen kommit till uttryck att erforderligt samtycke till adoption skall föreligga vid den tidpunkt då adoptionsansökningen prövas. HD fann så att ”[ä]ven med beaktande av de speciella omständigheterna i detta fall [fanns] det inte förutsättningar att vid prövningen av adoptionsansökningen frångå den nu angivna principen, som [fick] anses förenlig med 1989 års FN-konvention om barnets rättigheter, jfr artikel 21 (a)”. HD avslog alltså K:s överklagande.

HD:s minoritet framhöll bl.a. att då adoptionsansökningen kunde ”ses som en begäran om rättsordningens stöd för att erhålla rättslig verkan av ett förfarande som inte [var] accepterat i svensk rätt, [kunde] det sättas i fråga om en talan av förevarande slag över huvud taget [skulle] kunna föras i domstol. Emellertid [var] inte denna ansökan om adoption i sig grundad på omständigheter av otillbörlig karaktär och [avsåg] inte att uppnå ett otillbörligt syfte. En prövning [borde] därför tillåtas (jfr NJA 1997 s. 93, 2002 s. 322, och RH 2004 ref. 41)”.

Vad gällde C:s (den äkta mannens) samtycke till adoptionen var enligt HD:s minoritet följande att beakta:

”I FB kommer barnperspektivet inte till omedelbart utryck i adoptionskapitlet, men i 6:e kapitlet som rör vårdnad, boende och umgänge stadgas att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut i det kapitlet (se 6 kap. 2 a §). Det är emellertid det rättsliga föräldraskapet till barnet, som ligger till grund för bestämmelserna. I förevarande fall skulle [K], om hon inte medgavs att adoptera [barnet] inte av rätten kunna förordnas som vårdnadshavare och [barnet] skulle inte kunna tillerkännas rätt till umgänge med [K], låt vara att [K] skulle kunna begära umgänge enligt 15 a § i samma kapitel. Mot denna bakgrund och med beaktande av artikel 8 Europakonventionen om rätt till skydd för privat- och familjeliv samt den grundsats som kommer

till uttryck i artikel 3 i 1989 års FN-konvention om barnets rättigheter, ställer det sig högst tveksamt att under de nu rådande faktiska omständigheterna genom ett avslag på adoptionsansökan avskära [barnet] möjligheten att, om tvist mellan [C] och [K] uppstår om vårdnad och umgänge, få prövat om den person som är hennes genetiska moder och som under hennes levnadstid i alla bemärkelser utom såvitt avser det rättsliga föräldraskapet varit att betrakta som hennes mamma, också fortsättningsvis skulle vara lämplig att ha vårdnaden om henne. Rättsverkan av C:s återkallelse av samtycket till adoptionen skall bedömas bl.a. mot bakgrund av dessa konsekvenser.

I rättsfallet NJA 1973 s. 62 prövade HD verkan av en återkallelse, som skedde inom besvärstiden, av ett samtycke till en adoption som lämnats av barnets biologiska moder. HD fann i det fallet att återkallelsen utgjorde ett hinder mot adoptionen. När som i detta fall syftet med adoptionen är att åstadkomma överensstämmelse mellan det genetiska moderskapet, den faktiska vårdnaden och ett rättsligt föräldraskap utan att faderns rättsliga ställning i förhållande till barnet påverkas ställer sig situationen emellertid väsentligt annorlunda än i 1973 års fall. I 1973 års fall skulle nämligen de rättsliga banden mellan den som lämnat samtycket och barnet skäras av vid en adoption."

HD:s minoritet fann så att då adoptionen syftade till "att uppnå en överensstämmelse mellan det genetiska samt faktiskt utövade föräldraskapet och det rättsliga föräldraskapet" samt med beaktande av barnets bästa skulle den äkta mannens återkallelse av sitt samtycke till adoptionen inte utgöra hinder mot adoptionen. Då mannen "genom att samtycka till adoptionen inte skulle förlora sin ställning som rättslig förälder" till barnet, eftersom makarna ännu var gifta med varandra (4 kap. 8 § FB), medförde inte heller återkallelsen av hans samtycke som förälder till barnet enligt 4 kap. 5 a § FB hinder mot adoptionen. Samtyckesåterkallelsen borde dock enligt minoriteten beaktas vid bedömningen av om det var lämpligt att adoptionen ägde rum. I frågan om lämplighetsbedömningen konstaterade minoriteten att K hade "tillsammans med sin make uppfostrat [barnet] och hon [var] [barnets] moder i genetisk mening. De skäl som framförts av [surrogatmodern] och [C] för återkallelserna av de lämnade samtyckena [var] knapphändiga, men av den arten att de bäst [prövades] i en eventuell tvist mellan [C] och [K] om vårdnad, boende och umgänge. Med hänsyn till de faktiska förhållandena rörande tillkomsten av [barnet] och vad redogjorts för ovan [var] det lämpligt att adoptionen [ägde] rum och adoptionsansökan" skulle alltså bifallas.

Som ovan nämnts framställde det i målet aktuella barnets genetiska mor ett andrahandsyrkande, nämligen om att hennes moderskap skulle fastställas. HD fann dock att då detta yrkande inte kunde prövas i det här aktuella målet skulle det avvisas.

Det kan nämnas, att föredragande i målet hade i sitt betänkande föreslagit följande beslutsmotiverig på den nu aktuella punkten:

> ”HD kan inte i detta mål, som rör adoption, pröva frågan om fastställande av moderskap. Yrkandet härom skall därför avvisas. HD vill dock upplysa om möjligheten att väcka sådan talan vid tingsrätt enligt 13 kap. 2 § första stycket RB (jfr NJA 1949 s. 144).”

Frågan om huruvida HD:s ledamöter delade uppfattningen om möjligheten för kvinnan/barnets genetiska mor att föra talan om fastställande av sitt moderskap jämlikt den allmänna regeln om fastställelsetalan i 13 kap. 2 §, 1 st. rättegångsbalken (RB) låter sig icke besvaras genom en läsning av referatet. Följande kan dock konstateras.

Eftersom barnet i det aktuella fallet var fött redan år 2002 var regeln i 1 kap. 7 § FB inte tillämplig då denna regel enligt övergångsbestämmelserna endast gäller barn avlade efter regelns ikraftträdande den 1 januari 2003. Därför gällde endast den oskrivna moderskapspresumtionen (mater semper certa est). I sådant fall kan det knappast anses ha förelegat något hinder för den genetiska modern att jämlikt allmänna regler i RB om fastställelsetalan föra talan om att hon, i stället för surrogatmodern, skulle rättsligen fastställas vara barnets mor.

Om emellertid här skulle antas att befruktningen i stället skett efter den aktuella regelns ikraftträdande så uppkommer spörsmålet om regeln i fråga inte endast gäller i vårt land tillåten s.k. äggdonation utan även s.k. surrogatmoderskap, som det ju var fråga om i det här aktuella rättsfallet och som, vilket framhålles i propositionen i fråga, skall vara otillåten hos oss. Svaret på den frågan är, av regeringens uttalande i propositionen att döma, att regeln om moderskap i 1 kap. 7 § är avsedd att gälla inte endast äggdonation utan även surrogatmoderskap. I propositionen sägs nämligen – sedan tanken på att vid sidan av redan gällande bestämmelser om straff bl.a. när någon vanemässigt eller för att bereda sig vinning bryter mot villkoren för att få utföra befruktning utanför kroppen särskilt kriminalisera surrogatmoderskap i syfte att motverka förekomsten av surrogatmoderskap avvisats – följande i denna fråga:

> ”Regeringen kan däremot konstatera att frågan om surrogatmoderskap, liksom frågan om äggdonation, gör det angeläget att i lagen fastställs vem som skall anses som modern till ett barn”.[48]

[48] A. prop. s. 55.

Regeln om moderskap i 1 kap 7 § FB måste alltså antas gälla inte endast vid äggdonation utan även vid surrogatmoderskap. Hade barnet i det aktuella rättsfallet varit avlat efter denna regels ikraftträdande kan det därför knappast tänkas att det skulle ha varit möjligt för den genetiska modern att föra talan om att hon, i stället för surrogatmodern, rättsligen ska anses som barnets mor. Skulle en sådan talan vara möjlig vore ju regeln i 1 kap. 7 § föga meningsfull då det gäller syftet att söka motverka förekomsten av surrogatmoderskap.

Rättsfallet *NJA 2006 s. 505* utgör ett konkret exempel på att frågor om rättsligt moderskap på grund av surrogatmoderskapsarrangemang kan aktualiseras även i vårt land trots alltså att sådana arrangemang är otillåtna hos oss. I likhet med vad som gäller i fråga om andra i vårt land otillåtna verksamheter på den assisterade befruktningens område, t.ex. insemination av *ensamstående* kvinnor, så förekommer i realiteten s.k. reproduktionsturism (”procreative tourism”), dvs. behandlingen utförs i något annat land där sådan är tillåten.[49] I sådant fall erbjuder adoptionsinstitutet en möjlighet för den ”beställande” kvinnan att bli barnets rättsliga moder även om man skulle kunna säga att detta innebär ett rättsordningens stöd för ett i vårt land som oacceptabelt ansett förfarande, jfr HD:s minoritet i ovan behandlade rättsfall. Detta är dock, som framgår bl.a. av detta rättsfall, en något osäker väg att gå när det gäller att åstadkomma det avsedda resultatet i fråga om det rättsliga moderskapet. Problem kan sålunda, som i det här aktuella rättsfallet, uppstå när det gäller kravet på samtycke till adoption från barnets vårdnadshavare eller när det gäller den lämplighetsprövning som enligt 4 kap. 6 § FB alltid skall ske i ett adoptionsärende.

Det sagda gör att man enligt min mening kanske nu skulle kunna våga ställa frågan om det inte – för att kunna garantera en rimlig lösning när det gäller det rättsliga moderskapet då barn tillkommit genom surrogatmoderskapsarrangemang – vore lämpligt att ompröva det absoluta förbudet i vårt land mot sådana arrangemang.[50] Jag tänker då på just den

[49] Ang. surrogatmoderskap i utländsk rätt se vid not 50.

[50] Det kan nämnas att i riksdagen har motionerats om tillsättande av en utredning om tillåtande av surrogatmoderskap. Se socialutskottets betänkande 2004/05:SoU10 Hälso- och sjukvårdsfrågor m.m., s. 88 och utskottets betänkande 2005/06:SoU16, s. 28. Utskottet har avslagit båda motionerna med motiveringen att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart och därför inte bör tillåtas. Det kan vidare nämnas att i vissa stater i USA, såsom Florida, New Hampshire och Virginia, har man ansett att tidigare förbud mot surrogatmoderkontrakt gått för långt varför man nu tillåter sådana om de på förhand

typ av surrogatmoderskap som det var fråga om i rättsfallet *NJA 2006 s. 505*, och där man kan utgå ifrån att surrogatmodern styrts av rent altruistiska skäl, dvs. av en önskan att hjälpa en ofrivilligt barnlös medsyster, och inte av några som helst ekonomiska skäl och där, också som i nämnda rättsfall, ägget var den barnlösa kvinnans egna ägg. Det synes i varje fall mig inte helt osannolikt att det i en framtid skulle kunna bli aktuellt att överväga införandet i vårt land av en liknande den år 2002 i Grekland genomförda lagstiftningen.

I grekisk rätt gäller sålunda numera att surrogatmoderskap är tillåtet efter domstols beslut i frågan. Domstolen skall ge sitt tillstånd endast om följande fem villkor är uppfyllda: 1) Den kvinna som önskar barn måste själv av medicinska orsaker, vilket skall styrkas med läkarintyg, vara oförmögen att genomgå ett havandeskap. 2) Det får inte föreligga något medicinskt hinder för den kvinna (surrogatmodern) som skall genomgå havandeskapet att göra detta, vilket också skall styrkas med läkarintyg. 3) Domstolen skall presenteras ett skriftligt avtal mellan det ”beställande paret” och surrogatmodern av vilket skall framgå att det inte är fråga om någon betalning till surrogatmodern. (Ersättning till surrogatmodern för direkta kostnader med anledning av havandeskapet utgör dock inte något hinder för tillstånd.) 4) Det ägg som implanteras i surrogatmodern får inte vara hennes eget ägg. Ägget måste i stället vara den barnlösa kvinnans ägg eller härröra från en tredje kvinna. (”Fullt” surrogatmoderskap är alltså inte tillåtet i Grekland utan endast s.k. ”partiellt” sådant.) 5) Slutligen krävs, för att förhindra s.k. reproduktionsturism, att både den barnlösa kvinnan och surrogatmodern är bosatta i Grekland. Domstolens tillstånd skall föreligga före överförandet av ägget till surrogatmodern. Vidare gäl-

godkänts av domstol, jfr nedan om grekisk rätt. I Danmark är surrogatmoderskapsavtal inte förbjudna men är i praktiken sällsynta och träffas vanligen mellan familjemedlemmar, t.ex. en kvinna bär fram ett barn för sin systers räkning. Surrogatmodern kan dock alltid vägra att lämna i från sig barnet och det ”beställande” paret kan vägra att ta emot detta. Det är heller inte alltid lätt att överföra föräldramyndigheten från surrogatmodern till det barnlösa paret och det är inte alltid möjligt för detta par att adoptera barnet. I Nederländerna tillåts också surrogatmoderskap, dock ej kommersiellt sådant, som är straffbart. Surrogatmodern anses dock som barnets rättsliga mor. För att det ”beställande” paret skall bli rättsliga föräldrar krävs en lång juridisk procedur, varför man kan säga att surrogatmoderskap är tillåtet men uppenbarligen dock inte befrämjat i Nederländerna. Även t.ex. Storbritannien tillåter surrogatmoderskap men så icke t.ex. Belgien, Irland, Spanien eller Tyskland och numera inte heller Finland. Uppgifterna om utländsk rätt har hämtats från International Encyklopaedia of Laws, Family and Succession Law, Medical Law samt från The International Survey of Family Law.

ler att om något av de fyra först angivna villkoren inte är uppfyllt så får detta återverkningar på frågan om det rättsliga moderskapet; i sådant fall anses nämligen inte, som meningen var, den ”beställande” kvinnan som barnets rättsliga mor utan i stället surrogatmodern.

Som en avslutning till avsnittet om moderskap och som en övergång till följande avsnitt kan nämnas att förslag förekommit om att ett barn skulle rättsligen kunna ha *två* mödrar.

Föräldraskap

Genom lagstiftning, som trädde i kraft den 1 juli 2005, har det blivit möjligt för en kvinna som är registrerad partner enlig lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap eller som är sambo med en annan kvinna att få skaffa barn genom inseminationsbehandling enligt numera 6 eller 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. (tidigare lagen (1984:1140) om insemination och lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen). Här skall endast sägas något om samtidigt genomförd lagstiftning om fastställande av föräldraskap i fall där lesbiska par fått barn genom sådan behandling samt också något om ett ganska nyligen framlagt betänkande med förslag till reviderad lagstiftning på detta område.

I departementspromemorian Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella (Ds 2004:19) hade lämnats förslag till reglering av föräldraskapsfrågan på det här aktuella området. Enligt detta departementsförslag skulle partnern eller sambon till en kvinna som födde barn efter assisterad befruktning inom den svenska sjukvården också anses som barnets *mor*, om hon samtyckt till befruktningen och det med hänsyn till samtliga omständigheter var sannolikt att barnet avlats genom denna. Detta speciella ”*moderskap*” skulle fastställas genom bekräftelse eller dom för att bli rättsligt gällande och förslaget innebar tydligen att barnet i dylika fall skulle få *två* mödrar. I propositionen konstaterades dock att det både i FB och i andra författningar finns ”bestämmelser som särskilt tar sikte på den kvinna som föder barn”, såsom t.ex. 6 kap. 3 § FB där det sägs att ett barn från födelsen står under vårdnad av båda föräldrarna om dessa är gifta med varandra och i annat fall av modern ensam. För undvikande av missförstånd borde enligt regeringen i propositionen, som flera remissinstanser också gjort gällande, partnern eller sambon till modern i lagtexten i stället för ”*mor*” benämnas ”*förälder*”. Ett alternativ skulle enligt propositionen ha varit att använda beteckningarna ”*medför-*

älder" eller "*medmor*" men det framstod som olämpligt. "Tanken är ju att hon skall vara en helt likvärdig förälder. En ny föräldrarättslig beteckning skulle vidare skapa både praktiska och vissa lagtekniska svårigheter".[51]

Partnerns eller sambons föräldraskap – som förutsätter att denna samtyckt till behandlingen och att det är sannolikt att barnet avlats genom den (1 kap. 9 §, 1 st. FB) – skall på samma sätt som faderskap till barn fött av ogift mor fastställas genom bekräftelse eller dom (1 kap. 9 §, 2 st. FB). Enligt regeringen i propositionen uppfyllde en sådan ordning både kravet på enkelhet och kravet på rättssäkerhet.

Om barnet avlats genom assisterad befruktning utanför den svenska sjukvården gäller inte vad nu sagts utan i sådant fall skall, liksom vad som gällde före den aktuella lagstiftningen, i stället faderskapet om möjligt fastställas.[52] Om det kan anses vara till fördel för barnet och övriga förutsättningar är förhanden kan dock enligt propositionen ett gemensamt föräldraskap för det lesbiska paret åstadkommas genom adoption.

Föredragande departementschefen förklarade i propositionen (prop. 2004/05:137 (s. 45)) att man avsåg att återkomma till frågan om föräldraskapet vid assisterad befruktning och att bl.a. frågan om huruvida bestämmelsen om en kvinnas föräldraskap borde utvidgas till att gälla även assisterad befruktning utanför tillämpningen av 1984 och 1988 års lagar (numera 6 och 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.) då kunde komma att aktualiseras. Så har också skett. I november 2003 tillkallades sålunda en särskild utredare (Utredningen om föräldraskap vid assisterad befruktning), som i januari 2007 överlämnade sitt betänkande Föräldraskap vid assisterad befruktning (SOU 2007:3). I betänkandet

[51] Prop. 2004/05:137, s. 43 f.

[52] Några av remissinstanserna hade ansett att partnern eller sambon skulle anses som förälder även då fråga var om s.k. privat insemination eller insemination vid utländskt sjukhus. De faktiska förhållandena vid assisterad befruktning i homosexuella förhållanden talade dock enligt regeringen mot en sådan lösning. "Vid insemination i egen regi är spermagivaren inte sällan en god vän eller annan bekant till modern som barnet har en nära kontakt med under sin uppväxt. Ibland har de också gemensam vårdnad om barnet. Statistiska Centralbyrån gjorde år 2000 en undersökning om homosexuellas syn på barn och familjebildning. Av dem som ville skaffa barn svarade 20 procent att de – även om en möjlighet till assisterad befruktning införs – likväl skulle föredra att skaffa barn genom insemination i egen regi. Om den här föreslagna föräldraskapsregeln gällde i dessa fall, skulle det bli betydligt svårare för homosexuella män att bli rättsliga fäder. Vidare är det i ett barnperspektiv rimligt att faderskapet även fortsättningsvis kan fastställas i dessa fall. Barnet kan då även vid en konflikt mellan spermagivaren och modern, ges möjlighet till en nära kontakt med sin far", uttalades det i prop. 2004/05:137, s. 44.

konstaterar utredaren bl.a. att ”[r]egleringen av det rättsliga föräldraskapet vid assisterad befruktning ska utgå från vad som kan antas vara bäst för barnet och så långt det är möjligt tillgodose barnets behov. Principen om barnets bästa följer av FN:s barnkonvention (artikel 3) och genomsyrar svensk rätt. Vad som ska anses vara barnets bästa definieras inte i vare sig föräldrabalken, annan svensk lagstiftning eller konventionstext […]. Innebörden av begreppet kan därför förändra sig över tiden och vara beroende av omständigheterna i det enskilda fallet”.[53] Vidare sägs bl.a. att utgångspunkten för utredarens överväganden ”är att det ligger i barnets intresse att garanteras två rättsliga föräldrar i de fall detta är möjligt samt att lagregleringen är tydlig om vem som ska anses vara barnets rättsliga föräldrar”. Vidare bör man sträva efter ”att regelverket ska bidra till att barnet kan utveckla en bestående ömsesidig relation till båda sina föräldrar. Det ska också tillgodose barnets intresse att få kännedom om sitt genetiska ursprung samt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett sexuell läggning och kön”.

Mot bakgrund bl.a. av det nu anförda drar utredaren den slutsatsen att ”[f]öräldraskapet vid assisterad befruktning med donerade ägg och spermier bör regleras på samma sätt för samkönade par som för olikkönade par dvs. det är samlevnadsformen och samtycket som bör läggas till grund för det rättsliga föräldraskapet”.[54] Utredaren säger sig dock ha ”[f]örståelse för önskemålet att också kunna tillgodose givarens möjligheter att utöva ett aktivt föräldraskap, men detta bör inte ske genom en begränsning av föräldraskapet för en kvinna. Man kan utgå från att ett gemensamt beslut om assisterad befruktning i de allra flesta fall – oavsett om man lever i ett sam- eller olikkönat parförhållande – grundar sig på en vilja att gemensamt bli rättsliga föräldrar. En likabehandling i detta avseende står också i samklang med barnets intresse. Barnet garanteras två föräldrar även i de fall behandlingen ägt rum utomlands eller i de fall insemination utförts i egen regi utan att det har funnits en vilja att givaren ska vara rättslig far”. (Utredaren bedömde också att hennes förslag skulle komma att öka barnets möjligheter att få kännedom om sitt ursprung när en s.k. privat insemination eller insemination i egen regi utförts.) I betänkandet uttalas så vidare:[55]

[53] SOU 2007:3, s. 76 f.
[54] A. SOU, s. 83.
[55] A. SOU, s. 84.

”Oavsett hur det rättsliga föräldraskapet regleras är det angeläget att stärka barnets rätt och möjlighet att utveckla bestående relationer med de vuxna som finns i barnets närhet – givaren eller styvmodern – i de fall det finns en sådan vilja. Redan i dag har socialnämnden en central roll när det gäller att värna barnets intresse att få ha en bestående relation till andra närstående. Sedan den 1 juli 2005 ska socialnämnden särskilt beakta barnets behov av umgänge med sina mor- och farföräldrar och andra som står barnet nära. Det har framförts till utredningen att det föreligger svårigheter både med att få till stånd och att genomföra ett sådant umgänge mot föräldrarnas vilja när barnet är så litet att det inte kan uttrycka en egen åsikt. För att kunna ta tillvara barnets intresse i en situation där det uppkommit en konflikt mellan de olika parterna är det viktigt att socialnämnden besitter såväl kunskap om hur olika familjebildningar fungerar som lyhördhet för barnets önskemål och behov. Mot den bakgrunden är det angeläget att socialnämnden säkerställer att den kompetens som krävs för detta finns och att det utarbetas rutiner för kontakterna både med föräldrarna, styvföräldrarna och, i det fall det är aktuellt, även med givaren så att barnets intresse kan tillvaratas.

I sammanhanget kan man givetvis reflektera över om dagens reglering som inte medger att ett barn har *mer än två vårdnadshavare* (min kurs.) ligger i linje med barnets bästa. I dag växer många barn upp i andra familjekonstellationer än i den traditionella kärnfamiljen. En sådan ordning kan fungera mycket väl när de involverade är överens. Det rättsliga regelverket bör emellertid, i syfte att värna barnets intresse, också tillhandahålla ett system för tvistlösning när de inblandade parterna blir oense. Det kan därför finnas skäl att överväga om inte barnets rätt till bestående relationer med andra vuxna som de har en stark social gemenskap med skulle gynnas av en *utvidgning av antalet vårdnadshavare* (min kurs.) eller en starkare rätt till umgänge med andra närstående vuxna. Även om socialnämnden som nyss nämnts ska beakta barnets intresse av en relation till t.ex. en styvförälder kan det ifrågasättas om denna reglering är tillräcklig för att tillgodose barnets bästa. Ett starkare skydd för barnets rätt till en bestående relation med de vuxna som barnet har vuxit upp med ligger onekligen i linje med att stärka barnets behov. Det ligger emellertid inte inom ramen för utredningens direktiv att lämna förslag på detta område. *Frågan bör emellertid bli föremål för en närmare analys* (min kurs.).

Mot bakgrund av den betydelse som bör fästas vid barnets intresse av att få kännedom om sitt genetiska ursprung, kan det finnas skäl att överväga om det går att minska incitamentet för ensamstående kvinnor att inseminera utomlands. Ett sätt skulle kunna vara att tillåta inseminationsbehandling av ensamstående kvinnor inom svensk hälso- och sjukvård. Det ligger emellertid inte inom ramen för mina direktiv att lämna förslag om detta”, uttalar utredaren.

I utredningen föreslås nu bl.a. att föräldraskapet vid assisterad befruktning med donerade ägg eller spermier ska regleras på samma sätt oavsett om det är fråga om sam- eller olikkönade par. Detta innebär bl.a. införande av en föräldraskapspresumtion liknande den faderskapspresumtion som sedan gammalt gäller när modern är gift och som behandlats ovan i avsnittet Faderskap. Den kvinna som är moderns registrerade partner skall sålunda automatiskt presumeras vara barnets förälder. Bestämmelserna om föräldraskap för en kvinna skall vidare enligt förslaget omfatta även insemination som skett utomlands eller i egen regi. Om modern är sambo med en annan kvinna skall föräldraskapet fastställas genom bekräftelse eller dom på samma sätt som i dag sker då barn kommit till genom assisterad befruktning inom den svenska hälso- och sjukvården. I dessa fall skall enligt förslaget inte längre något faderskap fastställas.

> Tilläggas kan här att utredningsmannen i betänkandet Föräldraskap vid assisterad befruktning (SOU 2007:3) föreslår en rad olika åtgärder för att stärka barnets rätt till information om sitt genetiska ursprung då barnet avlats genom givarinsemination eller äggdonation.[56] Sålunda föreslås bl.a att en bestämmelse skall införas i FB om att föräldrarna har ett ansvar för att barnet upplyses om att det tillkommit på nyss angivna sätt. Vidare föreslås bl.a. upprättandet av ett särskilt register som skall underlätta för ett barn att få kännedom om sitt genetiska ursprung.

Så till sist! I sådana fall då två kvinnor som lever i registrerat partnerskapsförhållande eller i ett samboförhållande och som skaffat barn med hjälp av insemination med en känd givare och som båda skall enligt gällande lagstiftning anses som barnets rättsliga föräldrar finns inget utrymme för något rättsligt förhållande mellan spermagivaren och barnet, även om spermagivaren (som för övrigt kanske är en nära vän till barnets moder) – och kanske också de båda kvinnorna – skulle önska att denne hade möjlighet att utöva ett aktivt föräldraskap.

I prop. 2004/05:137 (Assisterad befruktning och föräldraskap) uttalades då det gäller ovan nyss beskrivna situation att det, som juridiska fakulteten vid Uppsala universitet framhållit i sitt remissyttrande, kunde ifrågasättas om inte spermagivaren i stället för partnern eller sambon borde kunna bli förälder i rättslig mening.[57] Vad som dock talade mot en sådan lösning var, enligt departementschefen i propositionen, att en liknande

[56] SOU 2007:3, s. 91 ff.

[57] Prop. 2004/05:137, s. 43.

valmöjlighet beträffande föräldraskapet inte fanns för heterosexuella par och att det var tveksamt om det fanns anledning att särbehandla lesbiska par i detta avseende. Mot en valmöjlighet i fråga om föräldraskapet talade också den osäkerhet i föräldraskapsfrågan som skulle kunna bli följden av en sådan lösning och som skulle kunna gå ut över barnet.

Av intresse att notera i sammanhanget kan vara att i Nya Zeeland har år 2005 framlagts ett lagförslag innebärande att om barn föds i i lesbiska parförhållanden så skall inte endast modern och den kvinnliga partnern utan även, om alla parter samtycker härtill, en känd givare anses som barnets rättsliga föräldrar.[58] I såväl internationell som nationell doktrin har också ställts frågan varför ett barn kan ha endast två föräldrar.[59] Frågan är därvid enligt min mening vad som i sammanhanget avses med ”föräldrar”. Såvitt jag kan bedöma måste, om frågan skall vara meningsfull, med ”föräldrar” här avses ”rättsliga föräldrar”. Om däremot med ”föräldrar” avses såväl biologiska som rättsliga föräldrar så kan givetvis redan idag ett barn ha fler än två föräldrar. Ett näraliggande exempel härpå är adoptivbarn, som ju har två biologiska föräldrar jämte en eller två adoptivföräldrar vilken eller vilka också är barnets rättsliga och sociala föräldrar. När det i doktrinen föreslagits att ett *barn bör kunna ha fler än två föräldrar* så utgår jag alltså ifrån att med ”föräldrar” avses ”rättsliga föräldrar”. Med rättsligt föräldraskap följer enligt gällande rätt, som bekant, en rad olika rättsverkningar, såsom vårdnadsansvar, förmynderskap, underhållsskyldighet och arvsrätt. Då det nu föreslagits att ett barn skall kunna ha fler än två, som här antagits ”rättsliga föräldrar” så är nästa fråga om tanken är att fulla rättsverkningar skall följa med detta föräldraskap, dvs. inte endast t.ex. vårdnadsansvar utan även t.ex. underhållsskyl-

[58] Se Law Commission. New Issues in Legal Parenthood, Report 88, Law Commission, Wellington 2005, s. 68 ff.

[59] Se t.ex. Wonk, M., One, two or three parents? Lesbian co-mothers and a known donor with `family life` under Dutch Law, The International Journal of Law, Policy and the Family 2004, s. 103 ff. och Singer, A., En, två, ett par eller flera? – Föräldraskap i det 21:a århundradet, SvJT 2002, s. 377 ff. Se också densamma Fler föräldrar en rättighet i tiden, SvD den 3 augusti 2005. Se också B. Rothsteins smått euforiska svar på Singers artikel i SvD den 7 augusti 2005 under rubriken Dags att tillåta bigami. (Rothstein som, om jag rätt uppfattat det, utgår från att Singers förslag avser att ett barn skall kunna ha fler än två rättsliga föräldrar, vill gå så långt att förslaget enligt hans mening bör gälla allmänt och inte endast lesbiska parförhållanden.) – Se också kritiskt Larsson, M. och Eklund, L. F., i SvD den 13 augusti 2005.

dighet och arvsrätt.[60] Skulle det vara ett föräldraskap med fulla rättsverkningar som avses med förslagen om att göra det möjligt för ett barn att ha fler än två föräldrar så måste onekligen förslagen anses mycket radikala, för att inte säga, spektakulära och möjligen också ur olika synpunkter diskutabla, t.ex. när det gäller principen om att alla barn bör behandlas lika. Det är dock möjligt att förslagen om fler än två rättsliga föräldrar avsetts vara mera modesta och endast (eller främst) gälla vårdnaden. Om så är fallet kan noteras att frågan om huruvida ett barn bör kunna ha fler än två vårdnadshavare tagits upp också i andra sammanhang, bl.a. i riksdagsmotioner.[61]

Kommittén om barn i homosexuella familjer förklarade dock i sitt betänkande Barn i homosexuella familjer (SOU 2001:10) att frågan om det kan vara till ett barns bästa att ha fler än två vårdnadshavare enligt kommitténs mening borde närmare utredas. I detta sammanhang var enligt kommittén en viktig fråga när det gällde vårdnadsansvaret vid privat insemination i homosexuella förhållanden, möjligheten för en spermagivare att tillsammans med det lesbiska paret, kunna ha gemensam vårdnad för barnet. Även i betänkandet Föräldraskap vid assisterad befruktning (SOU 2007:3) föreslås, som ovan framgått, att frågan om huruvida ett barn skall kunna ha fler än två vårdnadshavare bör bli föremål för en närmare analys.

Eftersom det stundom måste antagas vara svårt redan för två vårdnadshavare att ena sig när det gäller viktigare beslut som har med den rättsliga vårdnaden att göra kan man fråga sig hur vårdnaden kan tänkas komma att fungera om vårdnadshavarna är flera än två. Man torde knappast kunna bortse från en ökad risk för att barnet lider skada på grund av

[60] Erinras kan här gärna om den s.k. *svaga adoptionen*, som i vårt land definitivt avskaffades genom lagstiftning år 1970 (redan genom lagstiftning år 1958 hade dock införts regler om s.k. *stark adoption*) och som innebar att rättsförhållandet mellan adoptivbarnet och dess biologiska släktingar i vissa avseenden bestod även efter adoptionen (bl.a. ärvde barnet sina biologiska släktingar), se närmare t.ex. Saldeen, Å., Barn- och föräldrarätt, 2005, s. 110 ff.

[61] I sitt betänkande 2003/04:LU11, s. 11 f. hade lagutskottet att ta ställning till flera motioner i frågan. Utskottet förklarade dock att det tidigare, senast i sitt betänkande 2002/03:LU10, avstyrkt liknande motioner. Utskottet sade sig då utgå från att de frågor som motionärerna tog upp skulle komma att aktualiseras i det arbete inom Regeringskansliet som skulle analysera det rättsliga föräldraskapet vid assisterad befruktning. Utskottet vidhöll nu denna sin uppfattning och föreslog därför avslag på de här aktuella motionerna.

oenighet mellan vårdnadshavarna. Skulle det bli möjligt för ett barn att ha fler än två vårdnadshavare torde det i varje fall bli nödvändigt att också införa regler som möjliggör att viktigare beslut som rör vårdnaden, t.ex. i fråga om hälso- och sjukvård, skolgång etc., kan fattas även vid oenighet mellan vårdnadshavarna.[62] En ordning som diskuterats i annat sammanhang är att någon utses, t.ex. socialnämnden, att besluta i sådana fall där vårdnadshavarna inte kan enas.[63]

I många fall kan man nog dock tänka sig att en känd spermagivare i den här aktuella typen av fall skulle nöja sig med ett fungerande umgänge med barnet. Redan idag torde gälla att rätten kan jämlikt 6 kap. 15 a § FB på talan av socialnämnden förordna om umgänge mellan barnet och spermagivaren. Som framgått ovan uttalas i betänkandet Föräldraskap vid assisterad befruktning att det är ”viktigt att socialnämnden besitter såväl kunskap om hur olika familjebildningar fungerar som lyhördhet för barnets önskemål och behov. Mot den bakgrunden är det angeläget att socialnämnden säkerställer att den kompetens som krävs för detta finns och att det utarbetas rutiner för kontakterna både med föräldrarna, styvföräldrarna och, i det fall det är aktuellt, även med givaren så att barnets intresse kan tillvaratas”.[64]

[62] Sedan denna uppsats lämnats för tryckning har Utredningen om beslutanderätten vid gemensam vårdnad överlämnat sitt betänkande Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m. (SOU 2007:52). Där föreslås bl.a. ”att en av vårdnadshavarna, närmast i undantagsfall, skall kunna ges rätt att ensam bestämma i vissa personliga angelägenheter – m.a.o. en självständig beslutanderätt”, se SOU 2007:52, s. 12.

[63] Se t.ex. prop. 2005/06:99 (Nya vårdnadsregler) s. 51 f.

[64] SOU 2007:3, s. 84.

Carl Gustaf Spangenberg

Linné som domare – barnamordsfallet 1767

> ”Bödeln halshögg 1767 en tjänsteflicka för barnamord i Uppsala, där ingen på 30 år hade blivit avrättad. Då han skulle gå, sade han till prästerna: Snart kommer jag åter för samma förrättning. Efter två månader födde en annan tjänsteflicka i hemlighet ett barn och dränkte det, varför hon på samma sätt måste lida döden.”

Det är Carl von Linné, som i de postumt utgivna anteckningarna *Nemesis divina* (Den gudomliga vedergällningen),[1] på detta ödesmättade sätt berättar om två barnamordsfall i Uppsala 1767. Linné nämner dock inget om sin egen roll i dramat: att han var med och avkunnade den andra tjänsteflickans dödsdom. Var Linné domare? Hur kunde det komma sig? Förklaringen är *den akademiska domsrätten*, ett historiskt fenomen som behandlades av Göran Inger i hans installationsföreläsning 1976, som professor i rättshistoria vid Uppsala universitet.[2]

Denna domsrätt – jurisdiktion – innebar att Linné och hans professorskollegor, vid sidan av forskning och undervisning, fick vara med och döma i universitetets egen domstol, det akademiska konsistoriet. Ofta gällde saken bråk och misshandel med stökiga studenter inblandade.[3] Ibland handlade det om ”tiufnad, hordom och lönskaläger”.[4] Mer sällan

[1] Carl von Linné, Nemesis divina. Utgiven av Elis Malmeström och Telemak Fredbärj, 1968, s. 46 f.

[2] Göran Inger, Den akademiska domsrätten [i Forskningsprofil ’76. Installationsföreläsningar vid Uppsala universitet 1976], 1977, s. 76–84.

[3] Se om detta problem i Lars Geschwind, Stökiga studenter. Social kontroll och identifikation vid universiteten i Uppsala, Dorpat och Åbo under 1600-talet, 2001.

[4] Kungl. Maj:ts brev om processen i disciplinära mål, Stockholm d. 4 mars 1750. [Tryckt i Annerstedt, Upsala universitets historia, Bihang IV, 1912, s. 26 f.]

rörde det sig om allvarligare brott. Barnamordsfallet från 1767 är ett av de få fallen som slutade med en dödsdom. I detta mål kom flera av de juridiska och rättspolitiska problem som hängde samman med barnamordsbrottet att aktualiseras. Domarna/professorerna blev heller inte eniga om domslutet. Bland dem som anförde sin ”särskilta tancka”, skiljaktiga mening, var Linné. När målet sedan prövades av Svea hovrätt, vann till viss del den uppfattning om domslutet som Linné delade.

1 Den akademiska domsrätten[5]

Universitetets rätt till egen jurisdiktion hade medeltida anor. Redan vid grundandet av Uppsala universitetet 1477, bestämdes det i riksrådets privilegiebrev att universitetets rektor skulle vara ”Domare i allehanda saker”. Detta privilegium förnyades när universitetet stegvis återupprättades under slutet av 1500-talet och början av 1600-talet. Genom 1655 års universitetskonstitutioner fick sedan domsrätten en preciserad och genomarbetad form.[6] Den akademiska jurisdiktionen återspeglade dåtidens korporativa samhälle med sina olika stånd och privilegier. Varje stånd hade anspråk på att dömas av sina likar: bönderna av häradsrätten, borgerskapet av rådhusrätten, prästerna av domkapitlet, adeln av hovrätten – och professorerna och deras studenter av det akademiska konsistoriet.[7] För universiteten kom den akademiska jurisdiktionen att länge framstå som det främsta skyddet och uttrycket för självständighet och oberoende – den akademiska friheten.

Universitetets jurisdiktion var åtskild från stadens, och omfattade både brottmål och tvistemål. Den rätt som skulle tillämpas var ”rikets lagar, som används i alla andra rättegångar” samt universitetets egna konstitutioner.[8] Jurisdiktionen var både personell och territoriell. Primärt

[5] Förutom på Inger, bygger detta avsnitt huvudsakligen på J. B. Busser, Utkast till beskrifning om Upsala. Andra delen. Om Upsala academie etc, 1769; Claes Annerstedt, Upsala universitets historia, III:1, 1913, och III:2, 1914; Torgny Segerstedt, Den akademiska friheten under frihetstiden, 1971; Sten Lindroth, Uppsala universitet 1477–1977, 1976; Lars Geschwind, anfört arbete.

[6] Stig Strömholm, ”Till Guds större ära och till vårt rikes lyckliga förkovran.” Om 1655 års konstitutioner för Uppsala universitet; Krister Östlund, Konstitutionernas text med svensk översättning [båda i Doktorspromotionen fredag 27 maj 2005, AUU B. Inbjudningar, 145], 2005.

[7] Kjell Åke Modéer, Historiska rättskällor. En introduktion i rättshistoria, 1993, s. 97 f.

[8] 1 kap. 4 § 1655 år konstitutioner.

omfattades universitetets lärare (även deras familjer och tjänstefolk), studenter och tjänstemän. Men även andra med nära anknytning till universitetet – bokhandlare, auktionister, hantverkare och arrendatorer (”akademibönderna”) med flera – lydde under den akademiska domstolen. Territoriellt sträckte sig denna personella jurisdiktion sex gamla mil utanför Uppsala.[9]

Domsrätten utövades av universitetets rektor, tillsammans med det akademiska konsistoriet. Detta var uppdelat i ett större – *Consistorium majus* – och ett mindre – *Consistorium minus*. I konsistoriet ingick samtliga professorer, ibland även adjunkter och vissa högre tjänstemän. Rektor var ordförande och rektoratet cirkulerade terminsvis bland professorerna. Linné var exempelvis rektor tre gånger (vårterminen 1750 och höstterminerna 1759 och 1772). Efter en rektorsperiod följde vanligen uppdraget att vara prorektor och ordförande i det mindre konsistoriet under ytterligare en termin. Konsistoriet var samtidigt universitetets styrande organ, med ansvar för alla de vetenskapliga, pedagogiska, administrativa, ekonomiska och juridiska frågor som hade samband med universitetets verksamhet. Till de mer tidskrävande uppgifterna hörde förvaltningen av universitetets jordegendomar och den disciplinära tillsynen över de tidvis mycket bråkiga studenterna.

När konsistoriet agerade som domstol i svårare brottmål, skötte det mindre konsistoriet rannsakningen (förundersökningen), varefter det större slutligen avgjorde målet. Konsistoriets domar kunde i vissa angivna fall överklagas till, eller överprövas av Svea hovrätt.[10] I enklare disciplinärenden – som exempelvis kunde gälla ”hwarjehanda oliud och andras förolämpande, såsom i synnerhet med skiutande och skriande på gatorne, och slagsmål emellan de studerande” – var dock universitetskanslern överinstans och det processuella förfarandet summariskt.[11]

Av flera skäl kom den akademiska domsrätten efterhand att ifrågasättas. Revirstriderna med stadens domstol var exempelvis en återkommande källa till irritation, därtill kom den arbetsbörda och distraktion som konsistoriearbetet innebar för professorerna. Frihetstiden utmärktes av ett ökat kontrollbehov från statsmakterna gentemot universiteten, och då

[9] En gammal svensk mil var 36 000 fot, vilket motsvarar 10 688,54 meter. Sex gamla mil motsvarade alltså cirka 6,5 nya mil.

[10] 1 kap. 5 § 1655 år konstitutioner, 25 kap. 5 § rättegångsbalken (RB).

[11] Detta förenklade förfarande reglerades i Kungl. Br. 4/3 1750, se not 4.

kom även deras domsrätt att sättas ifråga.[12] Under 1800-talet utsattes den akademiska jurisdiktionen för nya och häftigare attacker. Till de skarpaste kritikerna hörde Johan Gabriel Richert. Utifrån liberala utgångspunkter kritiserade han domsrätten som en rest från ”forntiden Corporations och privilegii System”.[13] Trots ett energiskt försvar för jurisdiktionen från bland andra Erik Gustaf Geijer,[14] avskaffades den slutligen genom 1852 år universitetsstatuter. I viss mån kan den dock sägas leva vidare i den disciplinära ”domsrätt” universitetet har när det gäller studenters störande av ordningen och fusk vid prov.[15]

2 Linné och konsistoriearbetet

Hur omfattande var i praktiken konsistoriearbetet för en professor? I sin stora biografi om Linné, har Thore M. Fries gjort en beräkning av antalet sammanträden i Consistorium majus, som Linné deltagit vid.[16] Räknat från hans tillträde till professuren 1741 till mitten av 1776, då han inte längre orkade delta, blir det över 1900 (ettusenniohundra) tillfällen. I genomsnitt fick en hel dag i veckan ägnas åt detta arbete.[17] Till detta kom de periodvisa uppdragen som rektor, prorektor, dekan, prodekan samt att sitta i Consistorium minus.

Linné var dessutom en aktiv ledamot som uttalade självständiga åsikter även beträffande lagtolkning och juridiska formfrågor.[18] Det rättsfall som skall behandlas i denna artikel vittnar också om ett sådant engagemang. Ett fall av ”smitning” från konsistoriearbetet har dock Fries funnit. Det framgår av ett brev från Linné till vännen Abraham Bäck, att han vid ett tillfälle medvetet gjort sig sjuk för att han ”skulle få ligga inne och arbeta”. Linné urskuldar sig med att arbetet i konsistoriet ”wähl expedieras utan mig, ty lärer jag blifwa siuk af Species plantar[um] hela den

[12] Segerstedt, s. 19 f.

[13] [Johan Gabriel Richert] Ett och annat om Corporationer, Privilegier, Nämnd i Domstolar etc. etc. etc. i anledning af Consistorii Academici i Upsala Betänkande om den Akademiska Jurisdictionen, 1822.

[14] Erik Gustaf Geijer, Nytt ”ett och annat” i anledning af den akademiska jurisdiktionen, 1822 [i Samlade skrifter, Åttonde bandet, 1875].

[15] 10 kap. högskoleförordningen (1993:100).

[16] Th. M. Fries, Linné. Lefnadsteckning. Senare delen. 1903, s. 184 f.

[17] Professor Olof Rabenii memorial etc., 1769 [tryckt i Annerstedt, Bihang IV, s. 262 f.].

[18] Fries, s. 217.

weckan. Så måste man stiäla sig at arbeta".[19] Vid ett konsistoriesammanträde 1768 med kanslern, kronprinsen Gustav (III), tog Linné upp arbetsförhållandena i konsistoriet. Han befarade att konsistoriearbetet skulle leda till att "Professorerna blifwa Assessores [domare] och Consistoria hufwudwerk, men Academien biwerk".[20] Trots sådana återkommande klagomål från Linné och hans kollegor, värjde man sig mot alla försök att reformera, begränsa eller avskaffa den akademiska jurisdiktionen. Självbestämmandet som låg i domsrätten ville professorerna inte förlora, även om den tog tid från det egentliga arbetet. När det gällde att hävda sina rättigheter gentemot staden, landshövdingen och andra som ansågs träda dem för när, var man ständigt på vakt – även på detta ges det prov i det rättsfall som här skall behandlas.[21]

3 Barnamordsbrottet[22]

Ett av de brottmål som Linné och hans professorskollegor fick ta befattning med som domare i konsistoriet, höstterminen 1767, gällde alltså barnamord. I sin anteckning i *Nemesis divina*, skriver Linné att vid denna tid ingen sedan 30 år tillbaka blivit avrättad i Uppsala. Det får i så fall räknas till det ovanliga – även när det gällde barnamord. Enligt den officiella statistiken för Uppsala län för de femton år (1752–1766) som föregick de båda fallen, som Linné nämnde, förekom 18 avrättningar i länet, varav 8 gällde barnamord. Under den efterföljande femtonårsperioden (1767–1782) avrättades i länet 27 personer, varav 11 för barnamord (däribland de två av Linné nämnda fallen).[23]

[19] Fries, s. 185.

[20] Citerat efter Segerstedt, s. 40.

[21] Många andra exempel finner man hos bl.a. Annerstedt, Segerstedt, Lindroth och Geschwind. Hur stadens såg på saken framgår särskilt i Torsten Petré, Uppsala under merkantilismens och statskontrollens tidsskede 1619–1789 [i Uppsala stads historia III], 1958, s. 334 f.

[22] Avsnittet bygger huvudsakligen på Erik Anners, Humanitet och rationalism. Studier i upplysningstidens strafflagsreformer – särskilt med hänsyn till Gustav III:s reformlagstiftning. Rättshistoriskt bibliotek. 10, 1965; Eva Bergenlöw, Barnamord – från fördömelse till förståelse [i Bergenlöw, Cronberg & Österberg, Offer för brott. Våldtäkt, incest och barnamord i Sveriges historia från reformationen till nutid, 2002], s. 237–289; Eva Bergenlöw, Skuld och oskuld. Barnamord och barnkvävning i rättslig diskurs och praxis omkring 1680–1800, 2004.

[23] Tabell-Comissionens uppgifter citerade från Knut Olivecrona, Om dödsstraffet, 1866.

Barnamordsbrottet var i själva verket ett av de största straffrättsliga och kriminalpolitiska problemen i Sverige under 1700-talet.[24] Av de 617 personer som enligt statistiken avrättades i hela landet under tjugoårsperioden 1759–1778, var det 217 (35 procent) som avrättades för barnamord.[25] Brottet framstod därför som en stor samhällsfara, vilket ledde till allt mer repressiva åtgärder, grundade på den då förhärskande straffrättsliga avskräckningsteorin.

Erik Anners beskriver utvecklingen av barnamordsbrottet och dess bekämpande som en ond cirkel.[26] Från reformationen skärptes sexualmoralen, och utomäktenskapliga förbindelser kriminaliserades genom skamstraff, böter och i vissa fall kroppsstraff. Genom den sociala stigmatisering som följde av detta, blev det svårt för den ogifta modern att få ”ett gott gifte” och att försörja sig själv och sitt barn. Detta blev en bidragande orsak, när ogifta kvinnor i desperation dödade sina nyfödda barn eller försökte att fördriva fostret. På denna ökning av antalet fall av barnamord, svarade myndigheterna med ytterligare skärpning av lagstiftningen.

Då det många gånger var svårt att mot kvinnans nekande bevisa barnamordet, frångick domstolarna efterhand den legala bevisteorins krav på två vittnen eller erkännande.[27] I stället började man fälla kvinnan enbart på indiciebevisning. Detta ledde till en *presumtion* om barnamord när vissa omständigheter förelåg. Om en ogift kvinna hade

- haft en sexuell relation,
- hemlighållit graviditeten,
- fött barnet i hemlighet och
- gömt undan barnet,

kunde hon, *även om hon nekade till att ha dödat barnet*, enbart på dessa grunder dömas för barnamord. I den lag som tillämpades i det fall som konsistoriet 1767 hade att bedöma – 16 kap. 1 § Missgärningsbalken (MB) i Sveriges rikes lag 1734 – uttrycktes presumtionen på följande sätt.

[24] Anners, s. 29.
[25] Anners, s. 296.
[26] Anners, s. 125.
[27] 17 kap. 29 § RB.

> Kona, som af oloflig beblandelse warder hafwande, och thet ej uppenbarar förr födslen, söker enslighet vid sielfwa födslen, och therefter lägger fostret å lön; hon skall halshuggas och i båle brännas, ehwad hon föregifwer fostret wara dödt födt eller ej fullgångit, Warder thet genast framskaffadt, och pröfwes thet ej fullgångit wara, eller finnes ej något wåldsamt tekn ther å; thå straffes modren med ris, fängelse, eller arbete: plichte ock dertil för lägersmålet.

Presumtionen om barnamord medförde att fler kunde dömas, varvid även detta uppfattades som att antalet fall ökade. I sin tur gav det upphov till nya krav på strängare straff och andra avskräckningsmetoder.

I lagen fanns vissa allmänna bestämmelser om delaktighet (medverkan) i brott.[28] Genom en kunglig förordning (KF) om barnamord från den 12 juli 1750 utvidgades den straffbara delaktigheten beträffande detta brott.

> Den, som till barnamord rådt eller hulpit, så at det derigenom skett, skall mista lifwet. Och emedan barnamord wid åtskilliga tillfällen förekommas kunde, om husbönder och matmödrar samt anhörige och husfolk, eller andre, som hafwa kunskap om någon med barn rådd konas tillstånd, det upptäckte, eller wore måne om att hindra, det hon ej måte i enslighet framföda sitt foster […]; ty skall den, som sin skyldighet häruti i en eller annan måtto eftersätter, derföre anses och straffas som M.B. 61 kap förmår.

För straffbarhet krävdes alltså inte vetskap eller misstanke om att kvinnan hade haft uppsåt att döda sitt barn. Nu kunde även den straffas som fått kännedom om att en kvinna blivit gravid, men inte anmält detta vidare eller inte försökt hindra henne att föda barnet i enslighet. Genom denna utvidgning av delaktighetsbestämmelserna, ville man skärpa husbondefolkets kontroll av sina ogifta kvinnliga legohjon; den grupp som ofta dömdes för barnamord.[29]

I praxis kom dock hovrätterna (och Justitierevisionen) att avvika från presumtionen om barnamord. Kunde det anses oklart huruvida barnet varit vid liv vid födelsen, eller om det förelåg andra oklara eller förmildrande omständigheter i fallet, så mildrade – leutererade – man straffet eller frikände. De lägre instanserna höll sig däremot till presumtionen i lagen.[30] I det fall som domarna/professorerna hade att bedöma i det aka-

[28] 61 kap. MB.
[29] Anners, s. 128; Bergenlöv, 2004, s. 274 f.
[30] Anners, s. 144 f.

demiska konsistoriet i Uppsala 1767, kom såväl presumtionen i MB om barnamord, som den utvidgade delaktighetsregeln i KF 12/7 1750 att tillämpas.

4 Barnamordsfallet 1767

Den 30 oktober 1767 hittades ett dött nyfött gossebarn i brunnen på professor Olof Rabenius gård i Uppsala.[31] Misstankarna föll på Stina Carlsdotter, som var barnpiga hos professorsfamiljen Rabenius. Drängen på samma gård, Jöran Sundgren, misstänktes vara far till barnet. Som tjänstefolk hos en professor, lydde båda under den akademiska jurisdiktionen. De fördes till universitetets häkte i nedre botten på det nya (av Hårleman ritade) konsistoriehuset vid S:t Eriks torg i Uppsala.

Rannsakningen leddes av Consistorium minus och dess ledamöter prorektorn Johan Amnell, och professorerna Erik Kinmark, Anders Berch, Johan Ihre och Carl Aurivillius samt bibliotekarien Birger Frondin.[32] Som åklagare agerade stadsfiskalen Peter Elg. Efter avslutad rannsakning fördes målet upp till Consistorium majus, där det behandlades vid fyra tillfällen, 14/11, 30/11, 9/12 och 10/12.[33]

4.1 Consistorium majus 14 november 1767

Den 14 november föredrogs rannsakningen första gången i Consistorium majus. Tjugoen professorer var närvarande, inklusive Linné. Fyra ledamöter, som deltagit i rannsakningen i Consistorium minus, lämnade dock sammanträdet.[34] På begäran av stadsfiskalen hölls därefter ett kompletterande förhör med Stina Carlsdotter och Jöran Sundgren.

[31] Rabenius var juris practices professor och samtidigt akademiombudsman, universitetets jurist. Han var en av tre professorer i den juridiska fakulteten vid denna tidpunkt. Rabenius har ansetts vara den mest framstående bland juristerna i Uppsala under 1700-talet. Se Jan Eric Almquist, Svensk juridisk litteraturhistoria, 1946, s. 35 f.; Åke Malmström, Ur den juridiska fakultetens historia [i Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet], 1976, s. 26; Göran Inger, Svensk rättshistoria, 1997, s. 131.

[32] Enligt protokollet från Consistorium majus 5/12. Amnell och Kinmark var teologer, Berch nationalekonom, Ihre (prof. skytteanus) och Aurivillius var främst språkforskare.

[33] Protokollen hos Uppsala universitetsbibliotek, UUA, Kansliarkivet, Större akademiska konsistoriets protokoll, A:I, 131. Transkription av protokollen hos författaren.

[34] Ett förbud mot tidigare förekommande tvåinstansjäv hade införts genom Kungl. Br. 1/4 1742.

Stina hade under rannsakningen erkänt de handlingar som ingick i presumtionen för barnamord. Därför gällde frågorna till henne enbart Jörans delaktighet. Hade han gett Stina pengar att köpa något på apoteket som hon kunde fördriva fostret med, vilket han under rannsakningen erkänt att han uppmanat henne till? Stina förnekade detta. Rådet att ”fördrifwa fostret har han gifwit henne Walborgsmässotiden, men p[en]g[a]r af honom, minst 11 plåtar, har hon fått något för[e] Michaëlis tid”. Även Jöran förnekade att han gett Stina pengar till fosterfördrivning, syftet var i stället att pengarna skulle användas till att Stina ”skulle draga försorg om barnet”.

Stinas och Jörans förhållande hade pågått även efter det misstänkta barnamordet. En annan viktig fråga var därför om Stina ”wiste huru wida hon ånyo wore med barn rådder”. På detta svarade Stina, att hon ”icke ännu kunde sig med wisshet därom yttra”. Av den anledningen ville stadsfiskalen vänta med sitt ”slutliga påstående”. Konsistoriet beslutade därför att med hjälp av barnmorska närmare undersöka saken. (En graviditet innebar att verkställande av en dödsdom fick skjutas upp till efter förlossningen.) [35]

4.2 Consistorium majus 30 november 1767

Två veckor senare, den 30 november, återupptogs förhandlingarna. Femton professorer var närvarande inklusive Linne. En av dem, anatomie och medicinae practicae professorn Jonas Sidrén, hade på rektors uppdrag, låtit såväl barnmorskan Maria Lundberg som kvarnägarhustrun Johanna Eklund undersöka Stina. Enligt deras ingivna attester var Stina inte gravid, vilket hon inte heller själv nu trodde.

4.2.1 Stina och Jöran får yttra sig

Inledningsvis fick Stina yttra sig över protokollet från föregående sammanträde. Till detta hade hon inte mer att tillägga, ”än allenast, at ehuru barnet wid födslen war lefwande så har det dock warit aldeles kaldt, och ej haft lif, då hon lade det samma i påsen, at i brunnen nedsänkas, hwilket skedt en timma efter födslen”. (Någon undersökning eller några över-

[35] Enligt 3 kap. 6 § straffbalken (SB).

väganden gjordes inte med anledning av Stinas uppgift.[36] Konsistoriet ansåg kanske inte detta vara nödvändigt, lagens presumtion om barnamord var ju redan uppfylld i detta fall.)

Jöran hade tagit tillbaka sitt tidigare erkännande att ha rått Stina till fosterfördrivning och gett henne pengar till detta. Därför tillfrågades han ännu en gång om hur det egentligen förhöll sig. Men Jöran stod fast vid sina nya uppgifter och förklarade, att han under rannsakningen ”ej förstådt at därupå swara som det sig i sanning förhållit”.

Det frivilliga erkännandet hade högt bevisvärde enligt den då gällande legala bevisteorin – ”[er]känd sak är så god som witnad”.[37] Men hur var det när någon, som Jöran gjorde, tog tillbaka sitt erkännande? Frågan har behandlats av Göran Inger i hans omfattande studie om erkännandet i svensk processrättshistoria. Vid den tid som det här handlar om fanns det föreskrifter i rättegångsbalken (14 kap. 6 §), som innebar att domaren i sådant fall diskretionärt fick bedöma sanningshalten i de olika utsagorna. I den rättsvetenskapliga litteraturen (Nehrman) uppmanades dessutom domaren att förmana den åtalade att bli vid sanningen och sin tidigare bekännelse.[38]

I Jörans fall framgår det att varken konsistoriet eller senare hovrätten trodde på hans nya version av hur det gått till. Saken ställdes dock aldrig på sin spets. Domstolarna nöjde sig med den starkare bevisning som fanns beträffande Jörans utomäktenskapliga förhållande med Stina och förtigandet av hennes graviditet med mera.

[36] Av Svea hovrätts dom framgår att en besiktning ägt rum, men den gav enbart upplysning om att barnet varit fullgånget och levande vid födseln, inte huruvida det levde när det kastades i brunnen. Besiktningsförfarandet reglerades av 28 kap. 6 § MB samt Kungl. Br. till hovrätterna och landshövdingarna 10/1 1755, se Emanuel Drangel, Anmärkningar Til Sweriges Rikes Lag etc., 1766, s. 285 f. och 306 f. Om de rättsmedicinska metoder som brukades vid den här tiden, se Johan Christopher Nordenheim, Project till barnamörderskors examinerande, 1726 (UUB B 186a), och Jon. Kiernander, Utkast til Medicinal=Lagfarenheten, Domare till Uplysning, Läkare til hjelpreda och Barmorskor till Undervisning etc., 1776.

[37] 17 kap. 36 § RB (även domarregeln 16:17).

[38] Göran Inger, Erkännandet i svensk processrättshistoria II 1614–1948, Rättshistoriskt bibliotek 50, 1994, s. 219 f.

4.2.2 Stadsfiskalens ”slutliga påstående”

Stadsfiskalen Elg fick därefter komma med sitt ”slutliga påstående” i målet. Enligt Elg hade Stina Carlsdotter avgivit en ”fri och otwungen” bekännelse

- att hon inte berättat om sin graviditet för någon,
- att hon fött barnet i hemlighet,
- att hon sedan ”fallit på den hårda tanckan, att strax efter födslen, som skiedde om nattetid, på et förut hos sig beslutit wåldsamt sätt taga lifwet af fostret, hwilket hon ock i så måtto wärckställdt”,
- att hon ”först inlagt det samma i några linneslarfwor och jämte en stor gatusten sedan stoppat altsammans i en påse den hon ock tillknutit och så nedsänkt det uti en diup wattubrun i gården”.

Stinas erkännande styrktes enlig stadsfiskalen av vittnen, som först hade iakttagit ”hennes tilltagande maghögd”, och sedan att hon ”hastigt åter blifwit smal”. Andra vittnen kunde intyga att påsen som barnet stoppats i skulle ha tillhört en bondehustru i Myrby, Gamla Uppsala. (För en sentida läsare är det svårt att förstå vad detta skulle bevisa.)

Presumtionen om barnamord var därmed uppfylld och stadsfiskalen yrkade därför slutligen att Stina ”måtte undergå dödsstraffet, at halshuggas och i båle brännas”.

Den allvarligaste misstanken mot Jöran gällde om han varit delaktig i själva barnamordet. Enligt medverkansreglerna skulle nämligen den som hjälpt eller rått annan till någon missgärning, så att den därigenom skett, få samma straff som gärningsmannen, dvs. i det här fallet dödsstraffet.[39] Men stadsfiskalen menade att det av Stinas vittnesmål framgått att han ”hwarken budit eller rådt Stina at dränka barnet i brunnen”. Tack vare denna uppgift från Stina klarade sig Jöran från ett hotande dödsstraff.

Men där fanns annat som var besvärande. Jöran hade erkänt

- att han varit Stinas ”lägersman” och far till det döda barnet,
- att han inte berättat för sitt husbondefolk att Stina hotat ta livet av sig själv eller professor Rabenius barn ”däräst han icke wille widgå lägersmålet” samt
- att han rått Stina att klämma bort fostret eller köpa något på apoteket för att fördriva det, en bekännelse han visserligen sedan tagit tillbaka.

[39] 61 kap. 1 § MB.

För detta måste Jöran plikta, men stadsfiskalen preciserade inte straffen för dessa brott. Värre straff var det dock inte fråga om, än att Jöran kunde få ställas på fri fot mot borgen.

4.2.3 Konsistoriets överläggning om domen

Konsistoriet hade inga svårigheter att ena sig om en dom när det gällde åtalet mot Stina Carlsdotter. Rekvisiten för barnamord var uppfyllda. Att Stina uppgivit att barnet inte levde när det kastades i brunnen, hade ingen betydelse. Enda sättet att undkomma presumtionen hade varit om hon genast visat upp barnet, och att det då kunde prövas vara ofullgånget eller inte hade några tecken på fysiskt våld. Men i sådant fall skulle Stina ändå ha straffats med ris, fängelse, eller straffarbete, samt fått plikta för lägersmålet, den utomäktenskapliga förbindelsen.[40]

I Jöran Sundgrens fall blev det däremot omröstning och skiljaktiga meningar. Majoriteten ville straffa honom för delaktighet i barnamordet med stöd av delaktighetsbestämmelserna i MB och i KF 1750. Visserligen handlade det då inte om den allvarligaste formen av delaktighet enligt 61 kap. 1 § MB: Stinas vittnesmål ansågs ha friat honom från att ha ”rådt, eller hulpit till gierningen”. Däremot kunde 2 § tillämpas: han hade varit ”mindre wållande” till gärningen. Dessutom ansågs även 3 § vara tillämplig: han hade vetat att gärningen var ”å färde” och inte berättat om det. Till detta kom den utökade ansvarigheten enligt KF 1750. Konsistoriets majoritet bestämde därför Jörans straff i ”ett för allt” till 20 par spö, tre slag av paret. Dessutom skulle Jöran böta 4 daler till Uppsala domkyrka för lägersmålet, och i dess sakristia genomgå enskilt skriftermål (bikt).[41] Eftersom Jörans straff blev ett kroppsstraff, kunde han inte sättas på fri fot mot borgen.[42]

[40] 16 kap. 1 § MB jämte bestämmelserna om lönskaläge i 53 kap. MB.

[41] Enligt 55 kap. 5 § MB och Kungl. Förordningen 18/11 1741 samt Kungl. Br. till samtliga hovrätter 12/2 1746.

[42] Enligt 1 kap. 2 § SB.

4.2.4 Vari bestod drängens dumhet? Skiljaktiga meningar och yttranden

Professorerna var alltså eniga om Stinas dödsdom. Däremot uppstod oenighet om hur drängen Jöran borde straffas. I detta meningsutbyte, där Linné placerade sig i det ena lägret, kom man att se olika på vilket ansvar Jöran hade som far till barnet, som Stinas ”lägersman” och som delaktig i barnamordet. I protokollet antecknades tre olika uppfattningar i dessa frågor. De två första representerade den överröstade minoriteten, den tredje gav delvis uttryck för majoritetsuppfattningen.

(1) Jörans besynnerliga dumhet

Den större minoritetsgruppen bestod av professorerna Torbern Bergman (kemi), Johan Floderus (grekiska), Carl von Linnè (medicin), Daniel Melander[43] (astronomi) och Nils Risell (statsrätt). Enligt dessa dissidenter talade två omständigheter mot Jöran Sundgren: att han inte avslöjat ”den lifsfara hwaruti enligt Stinas hot både hon sjelf och Herr Professor Rabenii lilla barn warit”, och att han uppmanat till fosterfördrivning. Men när det gällde bestraffningen av dessa brott påpekade de, att lagen lämnade utrymme för en närmare bedömning av omständigheterna i fallet.

En sådan omständighet var att Jöran inte tagit Stinas hot på allvar. Det menade dissidenterna att han kunde haft rätt i. Erfarenheten talade nämligen för, att ”slika hotelser ofta inte hafwa annat ändamål, än at skrämma och förmå til det som åstundas”. När sedan inte hotet sattes i verket, och Stina även sagt att hon skulle ”skaffa barnet til Stockholm”, bör Jöran ha stärkts i uppfattningen, att det rörde sig om ett tomt hot. Som ännu en förmildrande omständighet anförde dessutom Linné och hans kollegor ”en besynnerlig dumhet som hos Sundgren enligt protocollerne under ransakningen blifwit förspord”.

Återstod Jörans uppmaning till fosterfördrivning. Den omständigheten borde enligt dissidenterna bedömas med ledning av bestämmelserna angående försök till fosterfördrivning som inte haft åsyftad verkan.[44] För sådana fall var straffet hundra daler i böter eller att plikta med kroppen. I Jörans fall ansåg Linné och hans kollegor att han inte skulle behöva böta mer än 50 daler eller i brist på pengar

[43] Senare adlad Melanderhielm.

[44] 16 kap. 4 § MB.

> ”omgälla sitt brått med watten och bröd, emedan förfarenheten intygar, att de skymfeligare straff oftast hafwa den wärckan att delinquenten ej allenast icke förbättras, utan ock blifwer aldeles fördärfwad, sedan han af ingen skam och blygsel widare kan hållas tillbaka.”

Dissidenternas välvilliga inställning till Jöran påverkades säkert även av deras kollega, professor Rabenius, som intygat att hans dräng uppfört sig ”beskedeligt” och fullgjort sina arbetsuppgifter med ”synnerlig flit”.

När det gällde Jörans straffande, tog alltså Linné och hans kollegor ställning för den förbättringstanke, som i svensk rättstradition kommit till uttryck i den 25:e domarregeln: ”allt straff skall vara till förbättring, och straffet bör vara sådant, om möjligt är, att det icke förhindrar honom, som straffad varder, till att bättra sig”.[45] Stöd för sin ståndpunkt hade de även kunnat hämta från 5 kap. 5 § SB, som föreskrev att domaren skulle föredra fängelse vid vatten och bröd om den brottsliges ”wälfärd och heder genom annan kropsplicht spilles”.[46] Förbättringstanken kom även till uttryck hos den främste företrädaren för den samtida juridiska doktrinen, David Nehrman,[47] och den låg också i linje med tidens naturrättsliga tankar om straffets syften. Men, som Anners påpekar, när det gällde dödsstraff för brott som uppfattades som särskilt allvarliga och som syntes öka i antal, då valde även Nehrman avskräckningsprincipen framför förbättringstanken.[48]

Inte heller för Linné och hans kollegor var det, av olika anledningar, aktuellt att tillämpa förbättringstanken på Stinas fall. En uppenbar orsak var att lagen inte lämnade något utrymme för sådana hänsyn, till skillnad mot Jörans fall, där lagtexten gav möjlighet att anpassa straffet. Att lindra – leuterera – straffet för Stina var därmed en fråga för hovrätten.[49] Dissidenternas engagemang för Jörans sak kan därför inte entydigt tolkas som ett motsvarande ointresse för Stinas öde.

[45] [Olaus Petri] Några allmänna regler, där en domare skall sig alldeles efter rätta, ca 1540.

[46] Se även Drangel, s. 340.

[47] David Nehrman [Ehrenstråle], Inledning till the swenska jurisprudentiam criminalem, 1756, kapitel IV § 15.

[48] Anners, s. 131 f.

[49] K. Maj:ts bemyndigande till hovrätterna att leuterera hade bekräftats genom Kungl. Br. 28/1 1737 och därefter förnyats vid flera tillfällen. Anners, s. 127.

(2) Jörans lastfulla uppförande

Professorn i praktisk filosofi, Johan Peter Sleincour, tog i sin skiljaktiga mening fasta på Jörans förnekande av att ha uppmanat Stina att fördriva fostret. Enligt Sleincour återstod därför endast att bedöma Jörans ”lastfulla upförande, under den tid han plägat sällskap och umgänge med barnamörderskan”. För denna utomäktenskapliga förbindelse borde han ”androm till warnagel” få plikta med fyrtio daler eller tolv dagars fängelse på vatten och bröd. Sleincour gick således ytterligare ett steg i mildrande riktning, jämfört med Linné och hans kollegor. Dessutom ansåg även Sleincour att Jöran omedelbart kunde släppas fri mot borgen.

Sleincours dissens skiljer sig i språkbruket från hur man för övrigt refererade till den åtalade. Medan Sleincour endast använder det negativa epitetet ”barnamörderskan”, använder de andra hennes fullständiga namn eller oftast bara Stina.[50] Professor Rabenius barnpiga bör inte ha varit helt okänd bland professorsfamiljerna i den lilla universitetsstaden Uppsala, och att tilltala med förnamnet var antagligen det vanliga i förhållande till tjänstefolk.

(3) Jörans hårda och styva sinnelag

Professorerna Samuel Duraeus (fysik) och Carl Fredrik Georgii (historia) var eniga med majoriteten när det gällde domslutet, men gjorde ändå ett särskilt yttrande angående Jörans straffande. Yttrandet har uppenbarligen tillkommit som polemik mot Linné och hans kollegors skiljaktiga mening. Bland annat ifrågasatte Duraeus och Georgii vari drängens dumhet egentligen bestod, om den var verklig eller förställd. För sin del tyckte de sig i stället ha blivit varse ett ”hårt och styft” sinnelag hos Jöran. Någon mildhet mot honom ansåg de därför inte vara motiverad. Som stöd för det gav de flera exempel på hur detta sinnelag kommit till uttryck.

> [N]är han, wid det Stina först gifwit honom tillkänna sitt tillstånd; swarat sig ej fråga därefter;
>
> när han styrckt henne att fördrifwa fostret;
>
> när han hindrat henne i det goda upsåt hon haft, att för sin Matmoder uppenbara sin belägenhet, samt haft den ondskan att råda henne skylla på någon frånwarande och befläcka dess goda namn;

[50] Se om den rättsliga retoriken, med demonisering av den åtalade, i Bergenlöv, 2004, s. 347.

när han den natten hon under mycken gråt sagt sig wara ganska ängslig till sinnes, yppat för honom sin onda föresats, att antingen afhända sig lifwet eller det lilla oskyldiga barnet, hon i sin wård hade, och bedt honom blifwa hos sig, ej allenast intet stadnat qwar till att hindra något sådant, utan icke ens sagt et enda ord att trösta henne, eller wända hennes sinne därifrån, fastmera lämnat henne, uti så förtwiflade tanckar […]; alt under den lama ursäckt att han ej trodt, det wara hennes alfwar:

när han wid ransakningen ej kunnat förmås till bekännelse, så framt ej Stina med sin uprigtighet honom densamma aftwungit:

när han änteligen [slutligen] inför Consistorium Majus återkalladt, hwad han under ransakningen tillstådt.

I detta yttrande anar man en viss förståelse för Stina och hennes situation. Intressant är också det ansvar som Duraeus och Georgii lägger på barnafadern. Han borde inte ha förnekat faderskapet, han borde ha stannat hos henne och gett henne stöd och tröst. Därigenom kunde han ha förhindrat vad som sedan skedde. Mot bakgrund av Stinas förtvivlade belägenhet, var talet om tomt hot en lam ursäkt, ansåg Duraeus och Georgii. Udden var här tydligt riktad mot Linné och hans kollegors uppfattning.

(Först ett decennium senare fick insikten, att moderns utsatta position kunde ha betydelse för barnamordsbrottet, ett tydligt genomslag genom Gustav III:s reformpolitik. Därigenom bröts den onda cirkel som avskräckningsprincipen gett upphov till när det gällde barnamordet.)[51]

4.3 Consistorium majus den 9 december 1767

Vid detta sammanträde uppsöktes konsistoriet av vice pastorn vid Uppsala domkyrka, magister Petrus Asp. Han hade besökt Stina i häktet[52] och ville nu att konsistoriet skulle skjuta upp domens avkunnande till efter den instundande julhelgen. Asp hade nämligen vid sina besök hos Stina ”förnummit sådana omständigheter, som föranlåta honom et slikt upskof å hennes wägnar begära”. När Asp tillfrågades om vari dessa omständigheter bestod, kunde han inte svara på grund av sitt ”Embetes plickt” – vilket väl får uppfattas som att han var bunden av den i kyrko-

[51] Anners, s. 98 f., och 207 f.; Inger, Svensk rättshistoria, 1997, s. 160 f.

[52] I enlighet med bestämmelserna i 17 kap. 9 § 1686 års kyrkolag.

lagen med dödsstraff sanktionerade bikthemligheten.[53] Man kan därför bara spekulera om ”omständigheterna”. Hade de kanske med Jörans delaktighet i brottet att göra? Stina och Jörans förhållande hade ju fortsatt även efter barnets död, vilket kan tyda på att Jöran varit mer delaktig än vad Stina genom sitt vittnesmål friat honom från men kanske avslöjat för Asp. Eller var det helt enkelt så att Stina var så psykiskt ansträngd, att Asp ville ge henne ett litet andrum under julhelgen? Något uppskov ansåg sig dock inte konsistoriet kunna bevilja utan skäl. Till stöd för detta hänvisade man till rättegångsbalkens krav, att ”domaren bör sakens slut ej uppehålla med upskofs dom”.[54] Konsistoriet beslöt därför att den redan färdiga och justerade domen skulle avkunnas nästa dag, klockan 11 på förmiddagen.

4.4 Consistorium majus den 10 december 1767

Innan domen avkunnades vid detta sista sammanträde i målet, fick pastor Asp på nytt företräde. Asp önskade ett protokollsutdrag angående hans begäran om anstånd för Stina, vilket beviljades. Sedan var det dags att avkunna dom.

Domen är underskriven av femton professorer. Av dessa var

två jurister – Daniel Solander och Nils Risell,

två medicinare – Carl von Linné och Jonas Sidrén,

tre filosofer – Carl Asp, Johan Låstbom och Johan Peter Sleincour,

en historiker – Carl Fredrik Georgii,

fyra språkvetare – Christopher Clewberg, Petrus Ekerman, Erik Heselgren och Johan Floderus, och

tre naturvetare – Samuel Duraeus, Daniel Melander[hielm] och Torbern Bergman.[55]

[53] Enligt 7 kap. 2 § 1686 års kyrkolag.

[54] 24 kap. 1 § RB.

[55] Två teologer deltog i rannsakningen, och kunde därför inte delta i Cons. maj. Domprosten, professor Mathesius, är antecknad som närvarande den 10/12, men har inte undertecknat domen, kanske därför att han inte var närvarande då domen bestämdes den 30/11. Frågan är också om en präst kände sig förhindrad att delta i en dödsdom.

Som en egenartad konsekvens av den akademiska jurisdiktionen kan man se det förhållandet, att barnpigan Stina Carlsdotter och drängen Jöran Sundgren kom att rannsakas och dömas i ett ”vanligt” brottmål av så många, även för eftervärlden välkända vetenskapsmän, däribland Anders Berch och Johan Ihre (rannsakningen), samt Carl von Linné, Daniel Melanderhielm och Torbern Bergman (domen).

Domen överensstämde i stort med vad konsistoriet redan beslutat den 30 november. Stina dömdes således, att ”för sin grofwa missgierning, sig til wälförtiänt straff, och androm til warning, halshuggas, och i båle brännas”. Jöran dömdes till spöstraff, böter och bikt. (De skiljaktiga meningarna om Jörans straff redovisades inte i domen.) Därmed var saken avslutad i konsistoriet. Nästa steg i processen var Svea hovrätts ”högrättwisa bepröfwande och skjärskådande”.[56] Under tiden skulle både Stina och Jöran bli kvar i det akademiska häktet.

4.5 Svea hovrätts dom den 29 januari 1768

Efter sju veckor, den 29 januari 1768, meddelades Svea hovrätts dom, undertecknad av hovrättspresidenten Johan Gerdeschiöld.[57] Hovrätten hade prövat Stinas invändning att barnet varit dött när det kastades i brunnen, vilket kan ses som ett exempel på att hovrätterna inte längre enbart gick på presumtionen om barnamord.[58] Hovrätten kom dock fram till att Stina under alla omständigheter ändå förorsakat barnets död. Under den timme som barnet levde hade hon nämligen inte navlat barnet och tagit tillräcklig vård om det. Svea hovrätt fastställde därför dödsdomen mot Stina.

I Jörans fall innebar däremot hovrättens dom en mildring av straffet, vilket kan ses som en delvis seger för Linné och minoritetsuppfattningen i konsistoriet. Hovrätten nöjde sig visserligen inte med böter utan dömde Jöran för ”lönskaläget” och för förtigandet av Stinas graviditet m.m. till 21 dagars fängelse på vatten och bröd. Men han behövde inte genomgå det kroppsstraff, som enligt Linné och hans kollegor, hade kunnat innebära att Jöran förhärdats och därmed inte socialt kunde återanpassas.

[56] Enligt bestämmelserna i 25 kap. 25 § RB.

[57] Uppsala landsarkiv: Uppsala länsstyrelses arkiv. Landskansliet. Skrivelser från K. M:t samt vissa centrala myndigheter. D I:98. Transkription hos författaren.

[58] Se Anners, s. 143 f.

4.6 Domen verkställes

Hovrättens dom ankom till landshövdingen i Uppsala, Johan Funck, den 9 februari 1768. Två dagar senare skrev universitetets rektor, som denna termin var professor Samuel Duraeus, till landshövdingen och krävde att de dömda, som i väntan på hovrättens dom suttit kvar i det akademiska häktet, nu ”med det skyndsammaste skola til Slottshäktet försändas”.[59]

På hovrättsdomen finner man sedan ett antal påskrifter med intyg om att de olika straffen verkställts. Den 4 mars 1768 intygade således slottsfogden Jonas Hellwik, att Jöran Sundgren suttit av sina 21 dagar på vatten och bröd.[60] Dagen därpå intygas, att han betalat sina böter till kyrkan,[61] och nästa dag, som var en söndag, att han genomgått bikt i domkyrkans sakristia.[62] För Jörans del var straffet därmed avtjänat.

Stina Carlsdotter fick dock vänta. Under mellantiden fördes en diskussion mellan landshövdingen och rektor om vem som skulle stå för kostnaderna när det gällde ”bålets förfärdigande” m.m. I en amper skrivelse den 18 mars 1768 anförde universitetet – som alltid medvetet om sina privilegier och utgifter – att det framgick av inget mindre än privilegiebrevet från

> ”högstsalige konung Gustaf Adolph d. 25. Junii 1625, att om saken angår lifwet och den brotslige efter wår förklaring skall straffas till lifwet, då skall

[59] Uppsala landsarkiv: Uppsala länsstyrelses arkiv. Landskansliet. Skrivelser från Akademiska konsistoriet. DIIIba:5. Transkription hos författaren.

[60] Inger uppger att 28 dagars sådant fängelse ansågs nästan likvärdigt med dödsstraff (Svensk rättshistoria, s. 121). Men uttalandet gäller tidigare förhållanden. Slottsfängelset i Uppsala under 1700-talet var tydligen mer uthärdligt. I vart fall överlevde Jöran Sundgren straffet.

[61] Bötesbeloppet till kyrkan var, enligt 55 kap. 5 § MB, för mannen fyra daler (silvermynt), vilket skall jämföras med att en dräng vid denna tid i lön kunde få 5 daler och 8 öre kopparmynt i veckan. Om Jöran fick denna lön, motsvarade böterna därmed cirka två och en halv veckas arbete (1 daler silvermynt = 3 daler kopparmynt, 1 daler = 32 öre), Lars O. Lagerqvist och Ernst Nathorst-Böös, Vad kostade det? Priser och löner från medeltid till våra dagar, 2002.

[62] 1741 hade det kyrkliga skamstraffet pliktpallen avskaffats (Inger, Svensk rättshistoria, 1997, s. 160). Pliktpallen innebar enligt 9 kap. 4 § 1686 års kyrkolag, att syndaren ”en Söndag, under Högpredikan [skall] stå på en särdeles, ther til förordnadt, Plichtepall, ifrån then tijd, thet ringes andra gången, och samma resa, efter afkunnadet på Predikstolen, i hela Församlingens närvaro, aflösas”. Genom 1741 års reform ersattes pliktpallen med enskilt skriftermål, bikt, i sakristian.

han andtwardas wår befallningsman, att förwaras i wårt häckte, och af honom låta exequeres på wår omkostnad".[63]

De två sista orden var för tydlighets skull understrukna. Universitetet tänkte minsann inte dra något strå till bålet.

Först den 13 april skrev landshövdingen på domen "för execution". Efter ytterligare en vecka antecknas, att Stina Carlsdotter, efter genomgången "beredelse", blev

> "å Upsala stads wanliga afrättningsplats i dag halshuggen och å båle bränd, som betygas, Upsala den 20 april 1768. Jonas Hellwik. Slotsfogde."

Stina hade då suttit häktad i nästan ett halvt år sedan rannsakningen började i november 1767. Nästan tre månader hade gått sedan hovrätten fastställde hennes dödsdom.

Varför dröjde det så länge med verkställandet, jämfört med andra avrättningar i länet vid samma tid? Var det beredelsen, det vill säga den prästerliga själavården, som tog så lång tid?[64] Eller hade hennes hälsa tagit så mycket stryk av den långa fängelsetiden, hösten, vintern och våren 1767/68, att avrättningen inte kunde genomföras innan hon kunde stå på benen igen?[65] Eller var det rektors och landshövdingens makabra diskussion om utgifterna för avrättningen, som gav Stina en frist men samtidigt förlängde hennes kval?

Hur gammal Stina Carlsdotter blev framgår inte av protokollen. I den officiella statistiken har hennes ålder uppgivits till mellan 15–20 år.[66]

Epilog

I Linnés *Nemesis divina* får detta drama ett av ödet förutbestämt slut. På sätt och vis var det också så. I och med att Stina och Jöran inledde sin relation vid midsommartiden 1766, kom händelseutvecklingen att sättas

[63] Uppsala landsarkiv, se not 57. 5 §. Privilegierna från 1625 är tryckta i Annerstedt, Bihang I, 1877, s. 234 f.

[64] Enligt resolutionen på prästerskapets besvär 22/10 1723 fick inga "grofwa syndare" avrättas innan prästerskapet haft tillräcklig tid till fångens beredande. Se härom Martin Bergman, Dödsstraffet, kyrkan och staten i Sverige från 1700-tal till 1900-tal. Rättshistoriskt bibliotek 53, 1996, s. 156 f.

[65] Stöd för uppskov i sådant fall fanns i 3 kap. 6 § SB.

[66] Tabell-Commissionens uppgift för Uppsala län 1768 [i Olivecrona, s. 72].

i farans riktning. Redan den utomäktenskapliga sexuella förbindelsen var ju kriminaliserad och kunde straffas. När sedan Stina blev gravid, och Jöran inte utåt ville erkänna faderskapet, innebar det ytterligare farliga steg mot tragedins fullbordan. Stina hade all anledning att vara förtvivlad och desperat inför den väntade skammen, bestraffningen och svårigheterna att försörja sig och barnet.

I dag skulle inga av de omständigheter, som för Stina och Jöran fick en sådan ödesdiger betydelse, behöva leda till någon liknande tragedi. Den ogifta kvinnans och mannens samliv är i normalfallet deras ensak. Det uppfattas inte som syndigt, skamligt eller brottsligt utan som helt naturligt. Om relationen pågått under en längre tid, ses det i dag snarare som något positivt. I vart fall lägger sig inte staten (eller kyrkan) i parets relation enbart på den grunden att de är ogifta. Önskar de inte barn tillsammans, kan de skydda sig med lättillgängliga och helt legala preventivmedel. Blir kvinnan ändå gravid, kan hon beroende på tidpunkten, få abort, också det lagligt. Om hon föder sitt barn, blir fadern underhållsskyldig och får i normalfallet ta ansvar för en del av barnets vårdnad. Förnekar mannen faderskapet, skall det efter utredning fastställas av myndigheter och domstol. Förutom underhållet för barnet, utgår barnbidrag. I vissa fall kan även socialbidrag komma ifråga. Rätten till barnomsorg gör att modern – och fadern – efter en tid kan återgå till förvärvsarbete. Normalt kan modern inte förlora sitt arbete på grund av att hon blivit gravid eller fött barn.

I de få fall där en kvinna i dag dödar sitt barn,[67] prövas det med mycket strängare beviskrav, och med en helt annan brottsbeskrivning och annat straff än vad som gällde 1767. Så här beskrivs i dag brottet (3 kap. 3 § brottsbalken):

> Dödar kvinna sitt barn vid födseln eller eljest å tid då hon på grund av nedkomsten befinner sig i upprivet sinnestillstånd eller i svårt trångmål, dömes för barnadråp till fängelse i högst sex år.

Fortfarande innehåller lagen en presumtion, men nu för att ett sådant brott begås under förmildrande omständigheter.

[67] Under perioden 2000–2006 dömdes i hela landet tre personer för barnadråp, se BRÅ:s lagföringsstatistik (bra.se). En aktuell socialmedicinsk översikt om barnamord (i vid mening) finns i Staffan Janson et. al., Kan barnamord förebyggas? Läkartidningen nr 10, 2007, s. 776–781.

Men Stinas öde bestämdes av en annan tids värderingar och lagstiftning. Onsdagen den 20 april 1768 kom därför bödeln åter[68] och ännu en tjänsteflicka blev avrättad för barnamord.

[68] I det första uppsalafallet som Linné nämner, skedde avrättningen den 29/7 1767. Uppsala landsarkiv: Uppsala länsstyrelses arkiv. Landskansliet. Skrivelser från K. M:t samt vissa centrala myndigheter. D I:97. I båda fallen bör bödeln ha varit Carl Fredrik Strandberg, som fått fullmakt på sysslan i maj 1766, Jan G. Ljungström, Skarprättare, bödel och mästerman, 1996, s. 106.

Fredrik Sterzel

Grundlagstolkning och grundlagsändring

Grundlagstolkning har länge varit ett kärt ämne inom statsrätten. Få stadganden har fått så mycken uppmärksamhet som det i 1809 års regeringsform att grundlagarna skulle ”efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas”. Det gällde även under den tid då regeringsformen i stort sett saknade rättslig betydelse,[1] vad jag har kallat ”det författningslösa halvseklet”. Ingen motsvarighet togs in i 1974 års regeringsform. I motiven uttalades kort att grundlagarna skall tolkas enligt samma principer som gäller för lagtolkning i allmänhet. Dessa båda påbud ger utgångspunkten för denna uppsats. Två huvudfrågor finns att besvara: Vad avsåg grundlagstiftarna med 1809 års stadgande och 1973 års uttalande? Och hur har grundlagarna faktiskt tolkats och tillämpats? Däremot är det enligt min mening orealistiskt att försöka härleda bestämda principer för hur grundlagar *skall* tolkas. Det blir bara personliga åsikter. I enlighet med denna syn gör jag först en rättshistorisk tillbakablick och ser sedan kort på praxis.[2]

[1] Uttrycket innefattar förstås en viss överdrift men om man ser till den *rättsliga* betydelsen är det faktiskt ganska korrekt. Jfr Daniel Tarschys, Huru skall statsverket granskas? (2002) s. 35.

[2] För mitt syfte har rättshistorisk primärforskning i stort sett inte behövts. Jag nöjer mig därför med att hänvisa till banden IV–VII i samlingsverket Sveriges riksdag (cit. Grauers del IV etc.) samt till Nils Herlitz, Om lagstiftning genom samfällda beslut (1927–30) och Grunddragen av det svenska statsskickets historia (5 u. 1957), Fredrik Lagerroth, Frihetstidens författning (1915), och Ole Westerberg, RF § 84 (1953). Eftersom jag inte utvecklar en egen åsikt om grundlagstolkning, ger jag inga hänvisningar till andra förf. i det ämnet. Författningar citeras efter Nils Stjernquist, Sveriges konstitutionella urkunder (1999). Jag använder modern stavning.

Som ett rättshistoriskt huvudfaktum, märkligt nog nästan helt förbigånget i litteraturen, pekar jag på att 1809 års regeringsform var den första som innehöll särskilda regler om hur den kunde ändras. Sambandet mellan ändring och tolkning är värt att uppmärksammas. Alltsedan 1809 har grundlagsändringar varit vanligare i Sverige än i de flesta andra länder. Trots detta har flera av de största nyheterna i vår författning – den ”levande”, verkliga – genomförts i stort sett utan att beröra grundlagstexten: övergången till demokrati och parlamentarism, medlemskapet i Europeiska Unionen, budgetreformen m.m. Detta kan synas som en paradox. Denna och andra frågor berör jag i ett sista avsnitt där jag vill ge ett samlat perspektiv. Grundlagsfrågor i lagstiftning och rättskipning har ibland väckt intensiv debatt, lika ofta därför att grundlagen anses ha tillämpats alltför formalistiskt som tvärtom därför att den anses inte ha tillämpats nog restriktivt. Det saknar inte intresse att sätta in denna debatt i ett långt historiskt perspektiv.

En rättshistorisk tillbakablick

Innan man talar om ändring och tolkning av grundlag bör man klargöra vad grundlag är. Det är inte helt lätt i fråga om äldre tid. Redan under stormaktstiden kan man spåra en skillnad mellan tre lagkategorier: grundlag (fundamentallag), allmän lag och ekonomisk-administrativ lag, motsvarande dagens normnivåer grundlag, lag och förordning. Först under frihetstiden börjar dock begreppen klarna. Ingressen till 1734 års lag säger om ständernas valakt, kungaförsäkringen, regeringsformen och riksdagsordningen att de ”såsom en av konung och ständer angående regeringssättet antagen fundamentallag böra skattas och anses”. Från 1766 får man lägga till förordningen om skriv- och tryckfriheten, kanske också förordningen om lagarnas verkställighet som jag kommer tillbaka till.[3] Före frihetstiden fanns 1634 års regeringsform och 1660 års additament, vilka får ses som reglementen för förmyndarregeringarna, och från ännu äldre tid landslagarnas konungabalkar och kungaförsäkringarna.[4] Balken i den senare landslagen sattes slutligt ur kraft av 1719 års regeringsform. En

[3] Lagerroth säger att båda lagarna erhöll grundlags natur, se band V s. 194.

[4] Kungaförsäkringarna kan sägas ha inneburit att ständerna stiftade grundlag med kungens efterföljande samtycke. Särskilt vid val var detta betydelsefullt, se nedan om 1719.

klar gränsdragning kring ett formellt grundlagsbegrepp åstadkoms först i 1809 års regeringsform genom en uppräkning.[5] Den ordningen behölls i 1974 års regeringsform.

Från envälde till ständervälde

En orsak till oklarheten i äldre tid var att den allmänna lagen länge uppfattades som i princip evig och oföränderlig. Den ändrades inte, den ”förklarades” och ”förbättrades” etc. Konungabalken var bara en av flera balkar i landslagen.[6] Det är därför inte meningsfullt att diskutera *tolkning* av grundlag i äldre tid. En diskussion om *ändring* av grundlag kan däremot naturligt börja vid införandet av det karolinska enväldet, eftersom det är ett historiskt faktum att detta innebar en ändring av statsskicket. Utgångspunkten var att landslagens konungabalk ännu gällde, med den innebörd som blivit resultatet av en lång konstitutionell utveckling. Varken 1634 års regeringsform eller 1660 års additament torde ha bundit myndig regent, något som klarlades formellt 1680. ”De för enväldets statsrätt grundläggande besluten vid 1680 och 1682 års riksdagar”, för att citera Sven Grauers, tillkom formellt genom ständernas svar på vissa frågor som ställts av kungen. Dessa förklaringar ”approberades” av kungen i särskilda akter.[7] En vanlig uppfattning är att de formellt inte innebar något helt nytt men att de drog ett streck över vad ständerna hade vunnit genom utvecklingen efter den första landslagens tillkomst.

Kungens frågor gällde 1680 regeringsformens och additamentets giltighet samt framför allt rådets ställning, 1682 bl.a. makten att stifta lag. Någon tvekan rådde dessförinnan knappast om ständernas rätt att med-

[5] Vanligt är att med Stjernquist (a.a.) som äldre grundlagar räkna landslagarnas konungabalkar, kungaförsäkringarna, regeringsformerna 1634, 1719, 1720 och 1772, additamentet 1660 samt förenings- och säkerhetsakten 1789. Oklarheten i äldre rätt belyses av ingressen till 1809 års regeringsform (alla ”mer eller mindre gällande grundlagar” osv.), se nedan efter not 13.

[6] En skillnad som inte förefaller ha retts ut ordentligt i litteraturen gäller själva tillkomsten. Allmän lag tillkom genom någon form av samverkan mellan konung och folkrepresentation, men vid tronskifte, särskilt kungaval, hade den senare vittgående befogenheter. Jfr not 4.

[7] Det är inte helt korrekt att tala om lagförklaringar men det är brukligt att använda termen. – Grauers påpekar, band IV s. 75 och 93 f., att tillfälligheter inverkade 1680 och att det 1682 inte fanns någon från början klart utstakad plan av kungen att beröva ständerna deras hävdvunna rätt att delta i lagstiftningen.

verka i fråga om ”allmän lag”. Det aktuella ärendet 1682 gällde vad som sedermera kallades ekonomisk-administrativ lag, men ständernas svar fick genom sin underdåniga formulering en formellt vidare räckvidd. Utan att egentligen vilja det lät ständerna hela lagstiftningsmakten glida över i kungens hand, uttalar Grauers:[8] Rätten att medverka blev bara en önskan att medverka. Medgivandet utnyttjades av kungen, om än inte genomgående. Sin höjdpunkt nådde enväldet 1693 genom den s.k. suveränitetsförklaringen.

Enväldets slut markerades genom formell grundlagsförändring. Sedan Ulrika Eleonoras anspråk på arvsrätt till tronen tillbakavisats, nöjde sig inte ständerna med valrätt utan utnyttjade situationen till att skapa en ny konstitutionell ordning. Denna kom till uttryck i valakten, drottningens försäkran och 1719 års regeringsform. Försäkran innehöll den nya författningens hjärtpunkt genom förbindelsen att ”alltid instämma med samtliga riksens ständer såsom maktägande nu och framdeles”. Regeringsformen kan, som redan nämnts, sägas ha medfört det formella slutet för landslagens konungabalk.[9] I ingressen förklarar sig drottningen ha samtyckt till att ständerna författat en regeringsform som hon lovat att inte bara efterleva utan även stadfästa ”till en allmän fundamentallag, ordning och stadga i riket, som evärdeligen hållas, iakttagas och fullbordas bör”. Hon förklarar sig bekräfta, gilla och bestyrka den av ständerna upprättade regeringsformen ”på sätt och vis, som den i själva bokstaven lyder och ord ifrån ord härefter följer”. I ständernas därefter intagna ingress sägs mot slutet att de förbehåller sig, ”om framdeles någon uttydning, förbättring eller ändring härå behövdes, sådant på allmän riksdag att göra”. Här är inte tal om samfällt beslut utan om ständerna som ensamt beslutande.

Evärdeligheten blev begränsad till ett år. Redan 1720 antogs en ny regeringsform i samband med att Fredrik I efter val övertog tronen från sin hustru. Nyheterna i sak var små. Den enda som behöver nämnas här är att ordet ändring ströks ur den sist citerade punkten; den kom således bara att tala om ”uttydning eller förbättring”. Anspråket på oföränderlighet respekterades såtillvida under hela frihetstiden, att själva lagtexten aldrig ändrades.

[8] Grauers s. 95. Om suveränitetsförklaringen s. 117 f.

[9] Denna hade 1719 i princip den betydelsen att den drog en ram för den konstitutiva rätt som valriket gav men som alltså inte innebar en rätt att efter behag omstöpa statsordningen. Se Lagerroth band V s. 19, även s. 132: Som svar på en framstöt av kungen redovisade de tre högre ståndena i ett memorial 1723 ”de motiv, som föranlett dem att uppgiva den gamla landslagens grund och ställa sig på den nya regeringsformens.”

Genom tillkomsten av en regeringsform – 1723 även en riksdagsordning – förändrades det formella läget i förhållande till det föregående skedet. Nu blev det möjligt att tala om både ändring och tolkning av grundlag. Sådana uttydningar och förbättringar som ingressen förbehöll ständerna kan med en senare tids terminologi sägas ha skett dels genom lagförklaringar, dels genom kompletterande och reviderande författningar av vanlig lags karaktär. Det senare stred inte mot ordalagen i ingressen och kan inte heller sägas ha varit formellt fel, eftersom en särskild procedur för grundlagstiftning inte föreskrevs förrän genom den förut nämnda förordningen 1766 om lagarnas verkställighet:[10] I den avdelning (11:o) som ägnas ”våra grundlagar och de författningar, som därför antagna blivit”, sägs att allt vad ständerna ”hädanefter uti grundlagarna och det, som deras utövning rörer, kunna för framtiden anse nödigt att förklara, tilllägga, lämpa och förbättra”, det skall vid den riksdag då frågan väckts bara bli vilande och först vid nästa bli föremål för slutligt övervägande och beslut.

Två saker bör särskilt påpekas rörande 1766 års förordning. Att ett bestämt grundlagsbegrepp saknas framgår av citaten nyss och även av t.ex. formuleringen ”projekt som rörer fundamentallagarna” längre fram i texten. Att föreställningen om evärdelighet ännu lever framgår av att den nya ordningen presenteras som ”ett oryggeligt beslut” som ständerna förenat sig om och att de beslut som tas vid den andra riksdagen skall ”i framtiden orubbade stånda och efterlevas”. Den starka inre motsättningen mellan fiktionen om fasthet och den både faktiska och formella lösligheten framgår tydligt av inledningen: Ständerna förklarar syftet vara att grundlagarna och de övriga författningar som åsyftas skall ”till själva utövningen allt framgent i sin obrutna jämnhet bibehållas, och ernå ett så stadgat fäste, att de icke vid förändrade tidsskiften kunna lätteligen vara något förhastat ombyte undergivna”.

[10] Kongl. Maj:ts Nådiga Förordning till Befrämjande af Lagarnes behörige wärkställighet bland Rikets Ämbetsmän och öfrige undersåtare den 12 november 1766. Lagerroth anger felaktigt den 12 februari, band V s. 193. Mindre än tre veckor senare, den 2 december, utfärdades den förordning angående Skrif- och Tryck-friheten som bukar kallas 1766 års tryckfrihetsförordning.

Från ständervälde till maktdelning

Om kungen under enväldet haft makt att ensam stifta lag, även om han i praktiken inte alltid hade förbigått ständerna, hade under frihetstiden ständerna ensamma stiftat lag. Kungen och ständerna hade, förenklat uttryckt, bytt plats. Förändringen 1772 syftade från början till en balans[11] som gick förlorad med förenings- och säkerhetsakten 1789. Den nya regeringsformens tillkomst visar en uppochnedvändning mot 1719: Nu är det ständerna som samtycker till vad som föreläggs dem. I ingressen säger sig kungen ha funnit att en ”förbättring av grundlagarna varit oumgängelig”; han har därför ”författat” en regeringsform som ständerna ”enhälligt antagit och besvurit”. Ständerna förklarar därefter regeringsformen för ”en oryggelig och helig grundlag”, vilken de för sig själva och sina ”efterkommande, så födde som ofödde,” utfäster sig att ”efterleva, dess bokstavliga innehåll följa”. I 39 § sägs vidare bl.a. att ständerna inte får ”något av dessa fundamentallagar förbättra, ändra, tillöka eller förminska utan konungens samråd och samtycke”. Lag skall enligt 40–43 §§ stiftas av kungen och ständerna gemensamt. Här kan endast ”allmän lag” avses – kungens gamla rätt att ensam ge ”ekonomisk-adminstrativ lag” är självklar. Den avslutande 57 § undanröjer möjligheten att förklara eller förbättra grundlagen på annat sätt än som angetts: ”Då något otydligt skulle finnas i denna lag, så må man då sig rätta efter dess bokstavliga innehåll” tills kungen och ständerna kunnat enas på sätt som föreskrivits i föregående bestämmelser.

Det är tydligt att 1772 års regeringsform åstadkommer en bättre reda. Dock fastslås inte något grundlagsbegrepp, inte heller anges någon särskild procedur för grundlagstiftning. Den gamla tanken om lagens oföränderlighet kommer alltjämt till uttryck. Ordet ändring finner man endast i det förbud som 39 § föreskriver. I övrigt talas det om att ny lag göra eller gammal lag avskaffa.

Förenings- och säkerhetsakten proklameras 1789 som ”en orygglig och oföränderlig grundlag, vars bokstavliga innehåll skall efterlevas utan ändring, förtydning eller rubbning”. Den skall gälla för kungen och hans efterträdare på tronen. I ingressen säger sig kungen ha ”med riksens ständer överenskommit, beslutit och fastställt” akten. Det sägs uttryckligen (9:o) att regeringsformen ”bliver oförryckt beståndande i allt vad som ej

[11] Kungen önskade troligen en starkare ställning men lät taktiska skäl segra, se Georg Landberg band VII s. 25.

genom denna akt blivit ändrat". Man fäster sig vid det sista ordet.[12] Den vidare utvecklingen under den gustavianska tiden saknar intresse här. Det kan dock nämnas att kungen 1805 och 1807 ändrade allmän lag på egen hand genom lagförklaringar, trots att ständernas medverkan otvivelaktigt krävdes även efter 1789.[13]

Med 1809 års regeringsform genomfördes en verklig maktdelning. I grundlagsakten säger sig kungen ha "med oinskränkt förtroende" till ständerna "ovillkorligen överlämnat fastställandet av en ny regeringsform" som "för alltid" skall grunda statsskicket, och ständerna förklarar sig ha "inträtt i rättigheten, att själva, genom upprättande av en förändrad statsförfattning, för framtiden förbättra" statsskicket. De upphäver alla "mer eller mindre gällande grundlagar … såväl som … andra sådana äldre och nyare lagar, akter, ordningar, stadganden och beslut, vilka under namn av grundlagar inbegripna varit".

Regeringsformen och dess förarbeten är så välkända att jag begränsar mig till det som är centralt här. För första gången preciserades ett grundlagsbegrepp (85 §): regeringsformen själv samt de successions-, riksdags- och tryckfrihetsförordningar som skulle komma att fastställas. Likaså för första gången infördes bestämmelser om ändring av grundlag (81 och 82 §§): i princip samma ordning som föreskrivits i 1766 års förordning. Det slogs därefter uttryckligen fast (83 §) att ingen "för framtiden gällande förklaring av grundlagarna" fick ske på annat sätt än som angetts för ändring. I en andra mening tillades det här centrala påbudet om tillämpning av grundlagarna "efter deras ordalydelse". En särskild bestämmelse (84 §) gav en riksdagsman, vars förslag i en grundlagsfråga inte lades fram för ständerna, rätt till utskottsyttrande och publicering. I övrigt behöver bara nämnas att lagstiftningsmakten reglerades i nära överensstämmelse med vad som hade gällt förut beträffande både allmän lag (87 §) och ekonomisk-administrativ lag (89 §). Det slogs fast att lagförklaring måste ske i samma form som lagstiftning (88 §). Förslaget till regler om grundlagsändring motiverades i konstitutionsutskottets memorial, men punkten om tillämpning efter ordalydelsen berördes inte. Förarbetena innehåller ingenting mera av betydelse i detta sammanhang.

[12] Se Landberg, band VII s. 92: Kungen ansåg att ständerna vid 1786 års riksdag "förgripit sig på det konstitutionella tillstånd han velat skapa genom 1772 års RF. På samma sätt som man även vid faktiska ändringar under frihetstiden velat anse sig göra 'tillägg' uti, 'förklara' och 'förbättra' grundlagen, så ansåg sig nu konungen kunna fastslå grundlagens inre mening genom yttre ändringar."

[13] Landberg, band VII s. 152.

Före 1809 har ordet ändring (ändra) mött bara i 1719 års regeringsform, borttaget redan 1720, i 1772 års regeringsform i ett förbud mot ensidiga åtgärder av ständerna[14] samt i förenings- och säkerhetsakten. Inte heller i 1766 års förordning finner man tal om att ändra. Att de nya reglerna 1809 var en viktig sak för grundlagstiftarna visar redan deras omständlighet. Ingen paragraf i regeringsformen är längre än 81 § som tar 31 rader i Stjernquists urkundssamling mot 24 för den näst längsta.[15] Vid 1817–18 års riksdag tillades en mening för att utesluta längre uppskov än från en riksdag till nästa, och vid 1856–58 års riksdag tillfördes regler om beslutsförfarandet vid skiljaktiga meningar, varefter 81 § upptog 59 rader! Egentligen behövdes inte 82–84 §§. Vid representationsreformen utgick 84 §; andra meningen i 83 §, om tillämpning efter ordalydelsen, fick fylla tomrummet och bli en egen paragraf. Den otympliga texten i 81 § ersattes med endast nio rader.[16]

Den gamla lösligheten med möjlighet att förbättra, tillägga, uttyda, lämpa etc. var således avskaffad. Syftet att uppnå fasthet och komma bort från det äldre godtycket är uppenbart liksom intresset för den nya ordningens detaljer. Det bör tilläggas att ständerna enligt 49 § skulle sammankomma när fem år gått från en riksdags slut, med rätt för kungen att inkalla dem tidigare. Det var alltså en högst reell spärr som infördes mot förhastade beslut. Den sänktes 1815 då riksdag föreskrevs vart femte år, vilket 1844–45 ändrades till vart tredje år.

Vad innebar då bestämmelsen om tillämpning efter ordalydelsen? Det är huvudfrågan här, och den har som nämnts blivit mycket diskuterad. Referat behövs inte; jag kan hänvisa till Ole Westerbergs bok 1953 som redovisar och analyserar uttalanden av ett tjugotal kända namn. Jag vill naturligtvis inte polemisera mot vad som sagts i mer än halvsekelgamla skrifter utan noterar bara att de syns mig väl belysa ett äldre sätt att angripa grundlagsfrågor. Vad som främst har slagit mig är att varken

[14] Man skulle kunna hävda att 39 § öppnade möjligheten till grundlagsändring i samma ordning som gällde enligt 42 § för stiftande av allmän lag. Detta var dock knappast kungens avsikt. Att 57 § bara talade om förklaring, inte om ändring, har framgått av citatet. Se Landberg s. 31 f.

[15] Det kan synas litet löjligt att räkna rader men det ger på ringa utrymme en bra bild av min iakttagelse. Näst längst var 102 § om riksrätten, därefter kom 71 § om beslut i bevillningsfrågor och 103 § om opinionsnämnden med 23 rader vardera.

[16] Utöver förut angivna källor vill jag här nämna Ernst Rönnblad, Formerna för grundlagsfrågors behandling i svenska riksdagen 1809–1866 (1898).

Westerberg eller de av honom citerade författarna nämner att det gäller en detalj mitt inne i vårt första regelkomplex för ändring av grundlag. Några författare, såsom Fritz Kaijser och Jörgen Westerståhl,[17] betonar dock syftet att göra rent hus med äldre tids godtycke; det är enligt dem överhuvudtaget inte fråga om ett tolkningsstadgande. Flera granskar sambandet med 57 § i 1772 års regeringsform. För mig är det uppenbart att tyngdpunkten i detta avsnitt av regeringsformen ligger i 81 och 85 §§: bestämningen av vad som är grundlag och reglerna för ändring. Det mellanliggande är strängt taget onödigt. Klart är vidare att reglerna främst riktar sig till kungen och ständerna; det visar den bakgrund jag skisserat. Att läsa in något djupsinnigt om hur grundlag skall tolkas i allmänhet syns mig orealistiskt.

Regeln om tillämpning efter ordalydelsen sade således enligt min mening ungefär: Möjlighet har getts att genom en särskild procedur ändra grundlagarna. Den vägen skall användas om något är oklart eller annars i behov av justering. De tidigare förfaranden är bannlysta som i realiteten har inneburit att kungen eller ständerna har kringgått författningen och, ofta till skada för landet, förändrat statsskicket. Möjlighet till ”förklaring” finns visserligen kvar – beträffande både grundlag och allmän lag[18] – men samma noggrant utmejslade procedur skall iakttas som vid ändring, så att nytt godtycke inte skall kunna utvecklas. Intill dess den proceduren har genomgåtts skall grundlagarna tillämpas precis som de är skrivna.

Från maktdelning till parlamentarism och folksuveränitet

När jag går vidare mot det andra uttalandet om grundlagstolkning (1973) fortsätter jag på samma tråd, sambandet med ändring. Jag nämnde i inledningen att grundlagsändringar är vanligare i Sverige än i de flesta länder. Denna praxis inleddes kort efter 1809. En förklaring ligger i regeringsformens detaljeringsgrad.[19] Som exempel kan pekas på 17–23 §§ som

[17] Deras arbeten är otryckta. Jag har inte kunnat ta del av dem direkt.

[18] Stadgandena stod kvar till 1974. Någon grundlagsförklaring beslöts aldrig efter 1809. Lagförklaringar förekom flera gånger i början av 1800-talet men senare bara sporadiskt och kom småningom helt ur bruk. Se Malmgren, Sveriges grundlagar (11 u. 1971) s. 107 och 117, även Herlitz, Lagstiftning s. 189 ff.

[19] Det finns olika åsikter om skälen till de många grundlagsändringarna. För min del vill jag alltså betona detaljeringsgraden i förening med grundlagstiftarnas intresse för detaljerna i de nya ändringsreglerna.

avhandlade Högsta domstolen, efter 1909 även Regeringsrätten och Lagrådet, samt resning, återställande av försutten tid och nåd. En mängd detaljer ledde till en mängd ändringar. Liknande gällde bl.a. vad vi nu kallar regeringen. Från början var sammansättningen och organisationen noga reglerade, vilket medförde behov av täta grundlagsändringar. Ibland märker man också en benägenhet för småsaker och omständlighet. Redan 1815 ändras t.ex. i 4 § ”utvälje” statsråd till ”kallar och utnämner”. Bestämmelsen om fullmaktstjänster i 28 § har 1909 genom diverse tillägg utökats från 11 rader till 32, även om man bortser från det tillagda 2:o om naturalisation. Osv.

Det är lätt att ur mängden av ändringar sålla fram ett fåtal som verkligen har betytt något för statsskicket. Det är först de som hör ihop med departementalreformen vid den stora oppositionsriksdagen 1840–41. Vad man inte kan direkt läsa ut ur regeringsformen är emellertid att den långa raden av detaljändringar innebär slutet för den personliga kungamakten i egentlig mening. Genom konseljens omorganisering läggs grunden för dagens regering. Därnäst kommer representationsreformen vid 1865–66 års riksdag. Inrättandet av ett statsministerämbete 1876 i stället för de båda äldre, justitie- och utrikesstatsministrarnas, får också räknas hit och därefter rösträttsreformen 1909. Alla dessa förändringar leder i samma riktning: mot parlamentarism. Ingen är dock explicit. Statsskicket förändras i realiteten utan att det kan läsas ut ur grundlagstexten. Alldeles slående blir detta 1917–21 då parlamentarismen slutligen segrar jämte demokratin. Allmän rösträtt för män och kvinnor kräver grundlagsändring men från vidare omdaning av regeringsformen avstår man. Fortfarande heter det i 4 § att ”konungen äger att allena styra riket”; formuleringen utgår först 1969 i samband med beslutet om enkammarreformen.

Med det sagda tror jag att en rättvisande översiktsbild har getts av de många grundlagsändringarna, av systemets uppkomst och ofullkomlighet. Skriver man i grundlag *två*, kan man inte göra *tre*, och långrandigt skrivsätt leder lätt vidare osv. Om det finns särskilda politiska skäl får dock grundlagen lätt stå tillbaka. Hjalmar Branting ville inte förödmjuka kungen och högern – och kunde bara förlora på det – utan lät regeringsformen förbli oförändrad sedan han vunnit det väsentliga 1918. Ibland accepterades fel i grundlagen som det inte gick att blunda för på samma sätt. Sedan guldmyntfoten avskaffats stod det t.ex. kvar i 72 § i drygt fyrtio år, att ”sedlar skola, vid anfordran, inlösas av banken med guld efter deras lydelse”. Lägger man till detta att lagprövningsrätt inte erkändes

förrän på 1960-talet, blir slutsatsen att författningen blev föga mer än ett minnesmärke. Jag har förut[20] citerat belysande uttalanden av två konstitutionella experter och riksdagsmän 1959: Nils Herlitz framhöll att den som ville sätta regeringsformen före vad samhällets väl syntes kräva ansågs ha bevisbördan, som inte var lätt att fullgöra, och Gunnar Heckscher skrev att det i den offentliga debatten ofta betraktades som närmast löjligt att anföra grundlagen som argument för eller emot en viss åtgärd. Och vid domstol löpte man risk att betraktas som rättshaverist om man åberopade regeringsformen.[21]

Det kan förvåna att rättsvetenskapen i detta läge fortfarande intresserade sig för stadgandet i dåmera 84 §, att grundlagarna skulle efter sin ordalydelse tillämpas, annat än från rent rättshistorisk synpunkt. Att någon motsvarighet inte togs in i den nya regeringsformen var ganska självklart. Författningsutredningen[22] anmärkte att vitt skilda meningar framförts om innebörden men ansåg det mycket ovisst om bestämmelsen hade haft någon faktisk betydelse. Givetvis skulle grundlag liksom annan lag noggrant iakttas och följas, men någon särskild regel för grundlagstolkning varken kunde eller borde man uppställa. Det naturliga var att tolka enligt samma principer som gäller för lagtolkning i allmänhet. Grundlagberedningen[23] sade kort detsamma, och varken propositionen eller utskottsbetänkandet berörde frågan.

Det finns alltså ingen specialregel för grundlagstolkning, överhuvudtaget ingen generell rekommendation. Detta är innebörden av motivuttalandet. Det blir missvisande om man, som ibland sker, säger att grundlag skall tolkas som vanlig lag: Grundlag är inte vanlig lag och den skillnaden skall naturligtvis beaktas likaväl som tolkningsmetoden påverkas av skillnaden mellan en detaljerad skattelag och en socialrättslig ramlag etc. Författningsutredningen hade enligt min tanke rätt i att det inte går att konstruera en särskild tolkningsregel för grundlag – eller ens flera regler för olika delar av författningskomplexet. Det är t.ex. lätt att hävda, att

[20] Författning i utveckling (1998) s. 14. Citaten är hämtade ur minnesskiften till regeringsformens 150-årsjubileum.

[21] Se min uppsats i Eivind Smith (red.) Grundlagens makt (2002) s. 77 och Caroline Taube i Eivind Smith och Olof Petersson (red.) Konstitutionell demokrati (2004) s. 42 ff.

[22] SOU 1963:17 s. 513.

[23] SOU 1972:15 s. 319.

bestämmelser om grundläggande fri- och rättigheter alltid skall tolkas extensivt till den enskildes förmån, men minsta eftertanke ger vid handen att detta inte är hållbart: Skall äganderättssynpunkterna alltid väga tyngre än miljösynpunkterna? Osv.

Om 1974 års regeringsform behöver jag i övrigt bara notera några korta punkter av betydelse för tolkningen. Parlamentarismens princip har utvecklats vidare till en princip om *folksuveränitet*, som kommer till uttryck genom att riksdagen ”klart ges ställningen som det centrala statsorganet”.[24] Detta medför en viss motsättning till syftet att återspegla det verkliga statsskicket.[25] Det är vidare vanligt att säga att regeringsformen är *deskriptiv, inte normativ*. Även om ordet deskriptiv är något missvisande, är det i vart fall klart att ambitionen inte var att tillskapa en normativ författning. Ordningen med *täta grundlagsändringar* har fortsatt[26] liksom tendensen att ibland rygga tillbaka inför verkligt stora konstitutionella frågor. Medlemskapet i EU och budgetreformen är de två senaste exemplen på detta. Jag har sett detta som uttryck för ett slags ”minimiprincip”: Ingenting är för litet för att föranleda grundlagsändring men en del frågor är för stora.[27]

Regeringsformens faktiska tillämpning

Jag kan nu gå över till den andra av de huvudfrågor jag angav i inledningen: Hur har regeringsformen faktiskt tillämpats? Från det föregående tar jag med mig att 1809 års grundlagstiftare inte hade någon djupare syn på metodfrågorna men får sägas ha i allmänhet syftat till vad vi idag kallar en objektiv metod, med noggrann observans av lagtexterna och utan några

[24] Prop. 1973:90 s. 156.

[25] Ett markant uttryck för önskan att reducera riksdagens betydelse är Göran Perssons samarbetsavtal med andra partier som inte fick platser i regeringen: I praktiken fick minoritetsregeringen ställning som majoritetsregering, och riksdagen sköts åt sidan för hela mandatperioden.

[26] Se Olof Petersson i Ingvar Mattsson och dens. (red.) Svensk författningspolitik (2005) s. 259 ff. Den framställningen är tillräckligt belysande för att jag skall kunna underlåta att gå in på ämnet själv här. Riksdagsvalet 2006 var faktiskt det första efter 1974 då inga förslag till grundlagsändringar låg vilande i väntan på andra beslut efter valet.

[27] Se uppsatsen i Grundlagens makt s. 89 f.

snedsteg med hänsyn till grundlagens syfte eller liknande.[28] Efter ett drygt århundrade saknade dock regeringsformen annan rättslig relevans än att, enkelt uttryckt, man inte kunde göra tre om den sade två utan måste ändra texten.[29] Att tala om tolkningsmetod är i ett sådant läge meningslöst, fastän frågan ägnades stort intresse i litteraturen.[30] Efter tillkomsten av den nya regeringsformen – som jag härefter kort kallar RF – får man ge rättstillämpningen en viss övergångstid. Jag tar av dessa skäl min början i mitten på 1980-talet. Någon egentlig översikt över praxis kan inte komma i fråga på det begränsade utrymmet. Jag skall endast kort beröra ett dussintal fall som synts mig viktiga, där antingen HD, RegR eller Lagrådet har uttalat sig.[31] I huvudsak rör det sig om välkända fall. I fråga om domstolarna får man tänka på uppenbarhetsrekvisitet i 11:14 RF och i fråga om Lagrådet på hur dess uppgifter preciseras i 8:18. Lagrådet har s.a.s. en vidare argumentationsram än domstolarna; det kan anföra en synpunkt som inte kan beaktas av domstol och avstyrka ett lagförslag, som ledamöterna senare kan få tillämpa lojalt som domare om de blir ”överkörda” av statsmakterna. Det är *sättet att resonera* som är av intresse här.[32]

[28] Man kan med andra ord säga att vad vi långt senare kom att kalla teleologisk tolkningsmetod var främmande för 1809 års grundlagstiftare. Det var just sådana förfaranden man vände sig mot: Vad som i realiteten var ändringar hade gärna framställts som endast förklaringar och tolkningar som tog fram författningens rätta syfte.

[29] Ett enstaka avgörande från sen tid om tolkning av RF är NJA 1960 s. 758. Riksdagsman kunde enligt 110 § inte ”under tilltal ställas”. Detta hindrade inte en civil talan om skadestånd på grund av ett förment ärekränkande uttalande i kammaren. Domen föranledde grundlagsändring.

[30] Märk att lagprövningsrätt brukar anses fastslagen först genom NJA 1961 s. 253, se min uppsats i Politik och juridik (Tillägnad Stig Strömholm 1999) s. 84. HD knöt inte direkt an till regeringsformen utan uttalade att det ”icke (var) uppenbart att stöd i valutalagen” saknades för tillämpning av ett visst förbud. Man kan således även härleda uppenbarhetsrekvisitet i 11:14 regeringsformen till HD. Lagprövningsrätten grundlagfästes först 1979.

[31] Jag har även gått igenom alla rättsfall som anges i Holmberg-Stjernquist, Grundlagarna (2 u. 2007) s. 847 ff. Det har endast föranlett några korta notiser i min framställning. – Eftersom RF står i centrum, går jag inte in på hur tryckfrihetsförordningen tillämpades i äldre tid. Den kommer dock in i slutet av min översikt.

[32] Eftersom diskussionens vågor ibland gått höga och jag själv vanligen förespråkat en ganska strikt, försiktig grundlagstolkning, har det intresserat mig att i efterhand överpröva även mina egna tidigare bedömningar. Jag avstår från all polemik; det centrala för uppsatsen är det rättshistoriska perspektivet

Startpunkter

En lämplig utgångspunkt ger Håkan Strömbergs uppsats[33] Normprövning i nyare rättspraxis 1988. Han visar att RF har beaktats i en rad rättsfall hos både HD och, framför allt, RegR.[34] Tolkningsmetoden har sammanfattningsvis varit strikt objektiv, utom i en del fall där domstolen undvikit att underkänna en regel eller ett beslut, något som Strömberg ofta ställer sig kritisk till. Han observerar en klar skillnad mellan de båda domstolarna. RegR har ”utövat sin normprövningsrätt med ganska stor frimodighet” men ”något motsvarande kan inte sägas om HD”. Strömberg avslutar med den retoriska frågan: ”Ser HD som sin främsta uppgift att vara ett värn för medborgarnas rättssäkerhet eller att fungera som maktens förlängda arm?”

Den skarpa formuleringen motiverades särskilt av domarna i ett par mål om TV-avgift.[35] Frågan var om avgift kunde krävas när en apparat hade avanmälts men inte skriftligen, som verket föreskrivit, eller om den bestämmelsen gick utanför ramen för verkställighetsföreskrifter. Lagen gällde enligt sin rubrik ”avgift för innehav av” TV och lagtexten talade om avgift för ”innehav” och om ”den som innehar”. Jag delar Strömbergs ståndpunkt i sakfrågan; både utgången och domskälen är svåra att förstå.

En annan lämplig startpunkt för en praxisöversikt ger lagrådsärendet 1986 om den omstridda engångsskatten på livförsäkringsbolagens m.fl. förmögenhet, i praktiken på ett skattemässigt gynnat pensionssparande.[36] Lagrådet hamnade för första gången i dagspolitikens centrum. Dåvarande finansministern skriver i en memoarbok[37] att skatten var ett exempel på att det i politiken, likaväl som i andra människans förehavanden, finns händelser och engagemang, som tar långt mer av kraft och tid i anspråk än som motiveras av deras betydelse.

[33] Förvaltningsrättslig tidskrift 1988 s. 121 ff.

[34] Det ligger i sakens natur att RÅ är mera givande än NJA då det gäller grundlagstolkningar. Konstitutionella frågor kommer betydligt oftare upp i förvaltningsdomstol än i allmän domstol.

[35] Håkan Strömberg, Avgiftsskyldighet vid upphört TV-innehav, Förvaltningsrättslig tidskrift 1988 s. 54 ff. NJA 1984 s. 886 och 1987 s. 916, även hovrättsfallet RH 22:83.

[36] Jag deltog som ledamot i Lagrådet. Se min uppsats Lagrådet och engångsskatten, Våra rättigheter III (Rättsfonden 1987) s. 111 ff. Prop. 1986/87:61, Lagrådet s. 78 ff.

[37] Kjell-Olof Feldt, Alla dessa dagar … (1991) s. 311 ff.

Ärendet fick en mycket omsorgsfull granskning. Ett par punkter förtjänar nämnas. Det konstaterades att förslaget formellt uppfyllde kraven i 2:10 RF; det kunde möjligen sägas stå i mindre god överensstämmelse med grunderna för retroaktivitetsförbudet, men det kunde inte anses åsidosätta detta.[38] Karaktären av engångsskatt var ett huvudproblem. Ett utförligt resonemang fördes, där tidigare engångsskatter redovisades liksom ett förslag från andra världskrigets slutskede om en engångsskatt på förmögenhet. Lagrådet uppehöll sig vidare vid kretsen skattskyldiga: En snäv begränsning ökade problemen med en engångsskatt på förmögenhet. ”Det måste i vart fall sägas ligga i regeringsformens konstruktion och anda, att beskattningsrätten inte får genom riktade ingrepp av engångskaraktär mot egendom kringgå bestämmelsen i 2 kap. 18 §”, alltså egendomsskyddet. Det står dock klart att riksdagen fortfarande har befogenhet att besluta om tidsbegränsade skatter, även om det manar till försiktighet att RF innebar en slutlig brytning med den äldre fiktionen att alla skatter beslöts för ett år i sänder.

Lagrådet konkluderade att förslaget inte stod i strid med någon föreskrift i RF. Därmed var dock den konstitutionella problematiken inte uttömd. Eftersom varken grundlagstexten eller förarbetena är heltäckande, får det stor betydelse hur de fylls ut genom statsmakternas handlande. Efter ett utförligt resonemang kring detta kommer Lagrådet fram till att avstyrka att lagförslaget ”nu genomförs”: Förslaget framstår närmast som en improvisation, som tillkommit då ett förslag till en permanent skatt förkastats, och det är svårt att undgå reflexionen att närmare överväganden kunde ha lett till en konstruktion som ingett mindre betänkligheter.

Finansministern skriver att Lagrådet, trots mycket hummande hit och dit, ”inte funnit några *legala* invändningar mot engångsskatten”. Förslaget lades därför fram för riksdagen. Det är väl känt att både politiker och andra lika gärna vill reducera Lagrådets roll till att bara påpeka direkta legala fel som vidga den till att ge stöd åt vissa politiska ståndpunkter, alltefter deras egna åsikter. Jag är för min del i efterhand nöjd med yttrandet och kan inte se någon hållbar grund vare sig för att gå längre eller tvärtom.

[38] Till samma slutsats kom sedermera RegR efter överklagande av ett taxeringsbeslut, RÅ 1992 ref 10.

Belysning av praxis: Lagrådet och RegR

Jag börjar med några fall från Lagrådet och Regeringsrätten (RegR) eftersom grundlagsfrågor betydligt oftare kommer upp där än i Högsta domstolen (HD). Trots de påpekade skillnaderna mellan Lagrådet och RegR behandlar jag dem gemensamt, främst av utrymmesskäl.

Några ärenden som rört kommunernas ställning i RF har ett principiellt intresse. Som bakgrund erinrar jag om att detta blev en stor fråga vid enkammarreformen då Tage Erlander 1963 lanserade ”det kommunala sambandet” för att söka bevara något av ordningen med en första kammare. Efter uppgörelsen om enkammarreformen tappade grundlagstiftarna intresset för frågan. Någon större konkretion fick inte grundlagsreglerna. I 1 kap. proklameras visserligen att den svenska folkstyrelsen förverkligas bl.a. genom kommunal självstyrelse, men den mest handfasta bestämmelsen (1:7) säger inte mera än att ”kommunerna får taga ut skatt för skötseln av sina uppgifter”. I specialmotiveringen uttalas dessutom[39] att detta inte skall läsas så att den kommunala beskattningsmakten måste vara fri ens i den meningen att varje kommun helt obunden kan bestämma skattesatsen.

Stadgandet i 1:7 aktualiserades av det kommunala skattestopp som riksdagen beslöt 1990.[40] Lagrådet hänvisade till det anförda motivuttalandet men framhöll att för stor vikt inte fick läggas vid ett isolerat yttrande av denna karaktär. Att grunderna för beskattningsrätten enligt 8:5 skall bestämmas i lag visar emellertid, jämte saknaden av garantier mot inskränkningar i självbestämmandet, att vissa sådana får göras. Det föreslagna stoppet, i princip ett förbud att höja gällande skattesats, gick inte utöver vad som konstitutionellt var möjligt att acceptera. Lagrådet tillämpade tydligen en klart objektiv tolkningsmetod. För egen del vill jag gå något längre. Det förefaller självklart att riksdagen måste ha sista ordet i fråga om den kommunala beskattningen, och detta klargörs av motivuttalandet. Och den kommun, som får ta 30 % av medlemmarnas inkomst i skatt, får onekligen ta ut skatt för skötseln av sina uppgifter!

Medan skattestoppet beslöts i bred politisk enighet, stod det strid kring den inomkommunala skatteutjämning som beslöts 1995.[41] Ett första förslag gick ut på att tillägg eller avdrag skulle göras vid statens

[39] Prop. 1973:90 s. 231.

[40] Kompletteringsprop. 1989/90:150, Lagrådets yttrande i bilaga 4.

[41] Det första förslaget kom i kompletteringsprop. 1994/95:150, FiU 19, det andra i prop. 1995/96:64, FiU 5.

utbetalning av kommunalskattemedel enligt lagen därom. Det avstyrktes av Lagrådet som stridande mot RF. Det skulle innebära att kommunalskatt skulle komma att ha tagits ut av ”rikare” kommuner för skötseln av andra kommuners uppgifter. En sådan ordning kan inte anses stå i överensstämmelse med ordalagen i bestämmelsen, skriver Lagrådet och tillägger, att syftet med förslaget möjligen kan åtminstone delvis tillgodoses med en annan teknik, med avgifter och bidrag, som inte skulle strida mot RF. Ett andra förslag byggde på denna tankegång och accepterades av ett nytt lagråd.

Ärendet kom senare upp i Regeringsrätten (RÅ 2000 ref 19) som efter en utförlig skrivning konkluderade att systemet inte stod i uppenbar strid med 1:7 RF. Även denna gång är det tydligt att tolkningen är strikt objektiv. Ingen tanke på att tolka 1:7 extensivt framkommer vare sig i Lagrådet eller i RegR. För egen del anser jag att en sådan tolkning hade varit utesluten; den skulle ha inneburit att göra hårdvaluta av grundlagstiftarnas ”snömos” (vilket i sak var vad som åsyftades i kritiken). Snarare förefaller det mig ha varit tillräckligt att hänvisa till att riksdagen enligt 8:5 bestämmer genom lag om kommunernas befogenheter och åligganden.[42] I den allmänna debatten tog kritiken helt naturligt särskilt fasta på att precis samma sak som avvisades första gången genomfördes andra gången. Det ligger något i den argumenteringen, men förhållandet framhäver också grundlagstolkningens strikthet, vilket är det väsentliga för mig. Striktheten underströks av att det första lagrådet särskilt åberopade ordalagen i RF.[43]

Valen 1998 gav nya majoriteter i flera kommuner, och beslut i strid med regeringspolitiken kunde förutses. I detta läge genomförde riksdagsmajoriteten ett par kontroversiella lagförslag som syftade till att hindra sådana beslut på bostads- och sjukvårdsområdena. En lag[44] syftade till att

[42] Man kan spekulera över vilken betydelse det skulle ha haft om lagen hade inletts med ett stadgande av ungefär följande lydelse: ”Det åligger kommunerna att medverka till mellankommunal skatteutjämning enligt bestämmelserna i denna lag”. – I målet hävdades att riksdagen är bunden av lokaliseringsprincipen och därmed förhindrad att ålägga kommunerna uppgifter utan anknytning till deras områden. Jag har svårt att se fog för detta, även bortsett från att, som RegR påpekade, det finns lagregler om t.ex. tjänsteexport och katastrofhjälp till utlandet.

[43] Jag anmärker att det ju inte bara är grundlag som ibland tolkas och tillämpas på detta något märkliga sätt. I någon mån kan man säga att det just var sådana resultat som den teleologiska metoden ville undkomma.

[44] Prop. 1998/99:122, BoU 11. Lagrådet, se s. 23 ff. i utskottsbetänkandet. Utredningen, se SOU 1997:81.

genom sanktionsmedel, främst minskning av det generella statsbidraget, avhålla kommunerna från att avhända sig sina bostadsföretag. Lagrådet uttalade sammanfattningsvis att det allvarligt ifrågasatte, om en inskränkning i rätten till självstyrelse borde göras på detta sätt, men avstyrkte inte formellt. I RF fick den första meningen i 1:7 betydelse. Den föreskriver att ”beslutanderätten i kommunerna utövas av valda församlingar”. I detta ingrep den nya lagen. Lagrådet konstaterade att det är svårt att ge bestämmelsen någon mera strikt innebörd. Som en följd av 8:5 syntes det också ytterst vara riksdagen som sätter gränser för det självbestämmandet, även om föreställningen om en kommunal självstyrelse är en levande realitet i svenskt samhällsliv.

En annan lag[45] införde ett förbud mot att landsting överlämnade ansvaret för akutsjukhus till någon som bedrev sådan verksamhet i vinstsyfte. Lagrådet tog denna gång steget fullt ut och avstyrkte. Det upprepade resonemanget om riksdagen som gränssättare och om föreställningen om en självstyrelse som en realitet. En rad invändningar fördes fram. Det ifrågasattes bl.a. om inte syftet kunde uppnås på ett mindre ingripande sätt[46] och också, i anslutning till 8:18, om lagändringen kunde antas tillgodose angivna syften. Flera aspekter var inte heller tillräckligt belysta, t.ex. förhållandet till näringsfriheten,[47] förenligheten med lagen om offentlig upphandling eller de EG-rättsliga aspekterna.

Man ser att båda dessa yttranden följer samma uppläggning som i engångsskatteärendet: De granskar noga de möjliga legala invändningarna med en strikt objektiv tolkningsmetod, kommer inte längre än till betänkligheter men fortsätter granskningen enligt vad 8:18 förutsätter. I det första fallet leder resonemanget inte längre än till allvarliga betänkligheter, i det andra till att förslaget inte kan tillstyrkas. Skillnaden i konklusion syns vara en smaksak.[48]

[45] Prop. 199/2000:36, SoU 11.

[46] Eftersom syftet huvudsakligen var att bevara grunden för den allmänna hälso- och sjukvården – demokratiskt styrd, solidariskt finansierad och given utifrån behov – kunde man t.ex. i hälso- och sjukvårdslagen föreskriva skyldighet för landsting att avtala om villkor som garanterar denna grund.

[47] 2:20 RF.

[48] Man kan notera att Lagrådet inte i något av ärendena gick in på det principiellt tveksamma i att en politisk majoritet på riksplanet direkt ingriper för att hindra en politisk majoritet på lokalplanet att genomföra sin politik. Den synpunkten är klart konstitutionell men har uppenbarligen ansetts falla utanför vad Lagrådet bör ta upp.

Ett originellt lagrådsärende 2001 gällde den koncessionsavgift som TV4 sedan 1992 betalar enligt en särskild lag.[49] Genom ett förbiseende hade den för lagen grundläggande ensamrätten gått förlorad första halvåret 2000, då regeringen gett ett tjugotal tillstånd att sända med digital teknik. Detta saknade all praktisk betydelse för TV4, men juridiskt-tekniskt var läget klart. I en övergångsbestämmelse till en lagändring, som skulle rätta till missödet från den 1 juli, föreslogs dubbel avgift under andra halvåret. Detta betecknade Lagrådet som ”ett flagrant försök att kringgå förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning”. Eftersom det inte stred mot ordalagen i 2:10 kunde det dock inte antas att bestämmelsen skulle åsidosättas vid lagprövning enligt 11:14. Däremot ansågs lagändringen strida mot generalitetsprincipen. Själva lagen var enligt Lagrådet godtagbar; den gällde visserligen bara ett enda subjekt men var så utformad att detta subjekt kunde bytas ut mot ett annat utan lagändring. Övergångsbestämmelsen var dock skräddarsydd för TV4. Förslaget avstyrktes därför.

Man fäster man sig vid att Lagrådet inte avstyrkte ett förslag, som det förklarade innebära ett flagrant kringgående av grundlagen, utan utgick från och accepterade att det skulle godtas vid lagprövning. Här har den strikta lagtolkningen drivits längre än jag kan följa med. Förslaget borde enligt min tanke utan vidare ha avstyrkts.[50]

Koncessionsavgiften är konstitutionellt en skatt. Skatteområdet har i viss utsträckning fått en särställning i rättspraxis. Medan myndigheter i allmänhet numera vanligen tar grundlagsinvändningar på allvar, viftas de ofta bort av Skatteverket. Typexempel ger frågor om egendomsskyddet enligt 2:18 RF[51] och om fastighetstaxeringen. En vanlig inställning är att ”konstitutionell praxis” har tagit över genom att statsmakterna de facto har handlat på ett visst sätt, i strid mot en mera strikt tillämpning av RF. Jag kan av utrymmesskäl inte belysa praxis på detta stora område

[49] Prop. 2000/01:13, KU 26.

[50] Jag menar också att lagen redan från början stred mot generalitetsprincipen. Att den kom till berodde uppenbarligen på att alla berörda, även TV4, ansåg att den erbjöd en praktisk lösning. Lagrådets tolkning är en efterhandskonstruktion. Min åsikt saknar all betydelse, men förhållandet ger mig, jämte andra avsteg från huvudregeln, underlag för att uppfatta den som endast ett riktmärke. Det är egendomligt att denna ”princip”, som bara anges i förarbetena, ibland uppfattas som viktigare än t.ex. de lika klara motivuttalandena om vad verkställighetsföreskrifter får innehålla.

[51] Jag har därför med tillfredsställelse noterat Lagrådets uttalande om 2:18 i engångsskattemålet som pekar på möjligheten att för smala skattebaser kan kränka egendomsskyddet, särskilt i händelse av engångspålagor.

utan nöjer mig med att ta fram de problem som sammanhänger med verkställighetsföreskrifter enligt 8:13 på skatteområdet. Det är erkänt och accepterat att sådana föreskrifter används i större utsträckning än som egentligen är förenligt med RF. Det uttryckliga förbudet i 8:7 mot delegering av föreskrifter om skatt kan urholkas på denna väg, och det har skett särskilt inom fastighetstaxeringen. Håkan Strömberg konstaterade redan 1988 att begreppet verkställighetsföreskrift har tänjts till det yttersta på det området och att ordningen knappast är förenlig med RF.[52] Förhållandet är desto märkligare som RegR i andra sammanhang, även skatterättsliga, har noga prövat om verkställighetsföreskrifter har gått för långt och i flera fall åsidosatt dem för att i stället utgå från själva lagen.[53]

Ett viktigt rättsfall kom redan 1985.[54] Frågan gällde om Riksskatteverkets verkställighetsföreskrifter hade gått utöver den legala ramen då begreppet bostadsyta bestämdes. RegR återgav grundlagsmotivens kända uttalande om att sådana föreskrifter inte får tillföra regleringen något nytt etc. Efter en längre skrivning konstaterade RegR att lagen inte bestämde begreppet bostadsyta och att motiven var oklara. I detta läge kunde föreskrifterna ”inte anses ha tillfört lagregeln något sådant element” att de inneburit ett överskridande av verkets befogenheter. Man undgår inte reflexionen att en restriktiv tolkning till den enskildes förmån hade varit möjlig: Sakfrågan gällde om ett vindsutrymme med låg takhöjd skulle inräknas i bostadsytan.

Principfrågan togs upp på nytt i ett mål om 1996 års taxering. Nya lagregler hade då införts för att få årlig omreglering av taxeringsvärdena mellan de ”stora” taxeringarna vart femte år. Lagstiftningen kritiserades

[52] Håkan Strömberg skriver i Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform (3 u. 1999) s. 140 och 180, att mycket starka skäl talar för konstruktionen med vidsträckta verkställighetsföreskrifter men att den knappast är förenlig med regeringsformen. Jag bestrider inte detta men ogillar att domstolarna hjälper lagstiftaren genom oegentlig tillämpning av grundläggande regler i t.ex. regeringsformen eller förvaltningslagen. Om det är nödvändigt bör ordningen, som också Strömberg framhåller, ges grundlagstöd

[53] Se t.ex. RÅ 1986 ref 158 (RFV, bostadsförmån), 1987 ref 21 och 1988 ref 146 (RSV, restavgift), 1988 ref 151 (RSV, avdrag för resekostnader), 1997 ref 50 (SNV, rovdjursskada), 1999 ref 43 (RFV, tandvård), 2002 ref 98 (RFV, bostadstillägg) och 2005 ref 39 (AMS, arbetslöshetsersättning). Räckvidden av verkställighetsföreskrifter är i själva verket den mest frekventa frågeställningen i de konstitutionella målen jämte tillämpningen av 2:10, retroaktivitetsförbudet. Det är angeläget att överensstämmelse åstadkoms mellan grundlag och praxis, antingen genom att grundlagsstöd ges för nuvarande ordning eller genom att denna stramas upp i enlighet med RF.

[54] RÅ 1985 ref I:5.

även av Riksskatteverket och ändrades inom få år. Fastighetsägarnas organisation reagerade mot systemets godtycklighet och drev ett ”pilotmål” för att få ett prejudikat. Målet gällde i sak om förbudet mot delegering i 8:7 RF numera alls ger någon gräns för möjligheterna att ge verkställighetsföreskrifter eller om fastighetstaxeringslagen i strid med RF har blivit att jämställa med en vanlig förvaltningsrättslig ramlag, vars väsentliga sakinnehåll anges av sektorsmyndigheten enligt 8:7 och 13 RF. När målet efter tio år (!) avgjordes, avslog RegR överklagandet[55] utan att ens nämna RF. Åtminstone på fastighetstaxeringens område kan Strömbergs ord om HD 1988 onekligen riktas mot RegR.[56]

En helt annan attityd till grundlagen visade RegR i det välkända Barsebäck-målet som gällde rättsprövning av regeringens beslut om stängning av en kärnkraftsreaktor med tillämpning av en lag om kärnkraftens avveckling. Domen upptar 65 sidor i trycket (RÅ 1999 ref 76) och innehåller en grundlig genomgång av alla invändningar. Jag har tidigare behandlat domen[57] och upprepar endast mitt slutomdöme, att det enda som med fog kan kritiseras är att RegR tog så lång tid på sig. Den enda invändning jag har hört under senare år har gällt att yttrande inte inhämtades av EG-domstolen. Det på sin tid starkt kontroversiella ärendet framstår i backspegeln som kulmen på en politisk debatt om grundlagstolkning, där de tidigare huvudstationerna var ärendena om engångsskatten och den kommunala skatteutjämningen.

Belysning av praxis: HD

Genomgående för de hittills berörda fallen har varit en strängt objektiv grundlagstolkningsmetod. Även Lagrådet har iakttagit försiktighet med att argumentera utifrån förarbeten eller allmänna tankar om grundlagens syften och värderingar. När man kommer över till HD vidgas perspekti-

[55] Dom den 9 februari 2007. Eftersom jag själv skrivit ett utlåtande i målet, går jag inte in på någon diskussion. Jag betonar att det uteslutande är den konstitutionella principfrågan som har betydelse här, inte utgången.

[56] Lagen byggde på ett system med prisutvecklingsområden och omräkningstal. Samtidigt som RSV fastställde områden och tal beslöts en skrivelse till regeringen med begäran om lagöversyn; det påpekades bl.a. att värdena kunde skilja sig med 30 % mellan grannfastigheter utan värderingstekniska motiv.

[57] Juridisk Tidskrift 1999/2000 s. 658 ff. med bemötanden s. 964 ff. och mitt svar 2000/2001 s. 220 ff.

vet något. Antalet grundlagsfrågor är mindre men i gengäld är, som jag ser det, underlaget något solidare för en mera extensiv tolkning, och en sådan övervägs också. Detta hänger samman med att rättsfallen har gällt 2 kap. RF och Europakonventionen.

Ett mål (NJA 1989 s. 131) gällde s.k. kommunarrest. Med stöd av utlänningslagen hade regeringen föreskrivit att utlänning inte fick vistas utanför viss kommun och skulle vara skyldig att flera gånger i veckan anmäla sig hos polismyndighet. Frågan blev om bestämmelserna var förenliga med dem om frihetsberövande i RF.[58] Med en mycket lång motivskrivning kom HD fram till att det inte kunde anses vara fråga om frihetsberövande i det aktuella fallet. Inskränkningen i partens rörelsefrihet hade inte varat så länge och haft sådana verkningar att förhållandena kunde jämställas med ett frihetsberövande. Uppenbarhetsrekvisitet i 11:14 berördes inte.

Ett senare mål (NJA 1992 s. 337) gällde ersättning vid införande av fritt handredskapsfiske. Enligt ett motivuttalande skulle inkomstbortfall inte ersättas för mera än tio år, men då detta inte kommit till uttryck i lagtexten bortsåg HD från det. Anspråket föll dock på uppenbarhetsrekvisitet. Varken ordalydelsen av 2:18 RF eller motiven gav klart vid handen om ingreppet i markägarnas rätt kunde anses jämställt med expropriation eller annat sådant förfogande.

Två mycket uppmärksammade mål under de senaste åren har gällt tillämpning av brottsbalkens bestämmelse om hets mot folkgrupp sedd i relation till skyddet för yttrandefriheten i RF och Europakonventionen. Det ena gällde en frikyrkopastors uttalanden i en predikan, det andra ett flygblad som lagts ut i en skola (NJA 2005 s. 805 och 2006 s. 467). I båda fallen konstaterade HD att ådömande av ansvar inte skulle uppenbart strida mot RF, men i det förra ogillades åtalet med hänvisning till Europadomstolens tillämpning av konventionen; i det senare bifölls åtalet. Båda domarna innehåller ingående redogörelser för praxis i Strasbourg. Skillnaden i utgång torde främst ha berott på att även religionsfriheten aktualiserades i det första målet. Det kan vara värt att notera, att man alltså kan dömas till straffrättsligt ansvar för en gärning som domstolen finner grundlagstridig men inte uppenbart så.

[58] Europakonventionen var ännu inte införlivad med svensk rätt.

Det är iögonenfallande att HD ger mycket utförliga motiveringar med ingående resonemang.[59] Idag skulle Håkan Strömberg inte ha funnit underlag för samma kritik som 1988. Det står klart att andra bedömningar i de nämnda målen hade förutsatt en extensiv grundlagstolkning som skulle ha brutit av mot redovisade ställningstaganden av RegR och Lagrådet.

Slutsatser av översikten

De fall jag berört visar i stort sett en rak linje: RF tolkas strängt objektivt, med tyngdpunkten förlagd till ordalagen. I huvudsak motsvarar detta den allmänna utvecklingen i rättspraxis men bundenheten av lagtexterna syns mig något mera utpräglad. Jag känner inte något exempel på att principer som kommer till uttryck i RF eller förarbetena har fått motivera en avvikelse. Särskilt belysande syns mig målen om kommunarrest, handredskapsfiske och fastighetstaxering, eftersom det där fanns bäst underlag för annan utgång. Lagrådets argumentationsram är vidare än domstolarnas, men förarbeten och allmänna principer tillåts sällan ta över grundlagstexten. Ibland kan ett yttrande framstå som väl försiktigt, som t.ex. i TV4-ärendet 2001. Man kan också ha förståelse för kritiken mot att i sak samma ordning för kommunal skatteutjämning godtogs som tidigare avstyrkts; ett nytt avstyrkande hade varit lätt att motivera. Just dessa lagrådsyttranden syns mig samtidigt särskilt belysande för synen i praxis: Lagrådet utgick i TV4-ärendet från att RF tillämpas utpräglat bokstavstroget av underdomstolarna. Och i det kommunala ärendet är det tydligt att det formella vägde tyngst, inte det materiella.

Ett särskilt problem är när ”konstitutionell praxis” kan sägas ha bildats som tar över RF. En fråga av särskilt intresse gäller ramlagstekniken. Håkan Strömberg påpekade redan 1976 att själva grundtanken strider mot RF: Riksdagens lagstiftningsmakt tunnas ut genom att befogenheter i realiteten förs över till regeringen och förvaltningsmyndigheterna. Tekniken sätter ett grundskott i konstruktionen av 8 kap. i RF. Det lär dock vara för sent att reagera. Ramlagstekniken är idag så allmänt godtagen att

[59] Av detta skäl nödgas jag förbigå t.ex. NJA 2005 s. 33 om grundlagskonform tillämpning av ett blankettstraffstadgande som hade fängelse i straffskalan och som fylldes ut av myndighetsföreskrifter. En meningsfull kommentar kan inte ges på det utrymme som står till buds. HD kom fram till att fängelse inte kunnat ådömas i det aktuella fallet trots lagregelns avfattning och befriade därför den tilltalade från avgift till brottsofferfonden.

man med fog kan tala om en konstitutionell praxis. Jag har dock försökt hävda att man inte heller på detta område får extendera, utan att t.ex. det uttryckliga förbudet mot delegering av föreskrifter om skatt bör ha företräde. Som framgått torde jag numera få godta att fastighetstaxeringslagen ses som en vanlig ramlag som får fyllas ut som i stort sett vilken politi- eller socialrättslig lag som helst.[60]

Ett samlat perspektiv

Mitt huvudsyfte har varit att ge ett rättshistoriskt perspektiv på en aktuell problematik. Det är slående hur väl tillämpningen av RF, som den framgår av domstolspraxis och lagrådsyttranden, svarar mot stadgandet i 1809 års regeringsform om tillämpning efter ordalydelsen. Eftersom mycket i grundlagarna tillämpas av statsmakterna, inte av domstolarna, vill jag tillägga att jag aldrig har mött en så stark bokstavstrohet som den jag som riksdagstjänsteman under många år iakttog i fråga om riksdagsordningen.[61] Man kan ana en liknande inställning bakom 1809 års regler om grundlagsändring och ståndsriksdagens hantering av dem. När domstolarna sent omsider kom in i bilden, övertog de ständernas försiktiga inställning, ganska naturligt med tanke på det långa skedet utan rättsligt fungerande författning. Författningsutredningen fann det, som jag nämnt, mycket ovisst om stadgandet om tillämpning efter ordalydelsen haft någon faktisk betydelse. Kanske fick det ringa betydelse sett för sig självt, men som en del i det nya regelkomplexet för grundlagsändring kan det sägas ha medverkat till en ny konstitutionell kultur: från politiskt godtycke till (åtminstone en grund av) formell legalism.

Den bild jag har tecknat svarar väl mot en tes i modern statsvetenskap som särskilt Olof Petersson har lyft fram.[62] Grundlagar kan klassificeras med hänsyn till lätthet/svårighet att ändra och till stort/litet tolkningsutrymme. De som är svåra att ändra tillämpas mera fritt; de som är lätta att ändra brukar tillämpas mera efter bokstaven. I detta ligger en enkel logik som har förbisetts i den rättsliga litteraturen. Sambandet mellan ändring och tolkning har blivit otillräckligt uppmärksammat. Alltsedan

[60] Med en strängt formell syn kan man också peka på att själva lagtexten i 8:13 inte sätter någon gräns för vad verkställighetsföreskrifter får innehålla. Jfr not 50.

[61] Om detta kan naturligtvis sägas att RO är något annat än RF och att en bokstavsbunden tillämpning är särskilt motiverad beträffande den. Hursomhelst visar dock förhållandet en respekt för grundlag som hör till bilden här.

[62] Den offentliga makten (2007) s. 55 f.

regler om grundlagsändring infördes 1809 har det godtycke som utmärkte tidigare perioder i stort sett varit bannlyst.[63] Ändringarna har i stället blivit många och ofta små. Hela bilden får man dock knappast genom denna logik. En våldsam ökning av antalet lagändringar har, som jag förut påpekat,[64] varit utmärkande för de senaste årtiondena. Men att den skulle ha lett till en mera strikt och formell fri lagtolkning vill nog ingen hävda. Här föreligger, som jag ser det, en skillnad mellan grundlag – i vart fall regeringsformen – och vanlig lag. En annan skillnad ligger i tendensen att genomföra riktigt stora författningsändringar utan att i stort sett röra lagtexten. Slutsatsen blir helt enkelt att en författning är mera än resultatet av konstitutionell ingenjörskonst men att logiken fördenskull inte bör förbises.

Om man vill ha en mera ”normativ” författning, talar tydligen logiken för att man bl.a. inriktar sig på färre grundlagsändringar. Hur åstadkommer man då en sådan författning och vad skulle den innebära? En sådan diskussion för utanför ramen för denna uppsats. Jag vill bara framhålla att en sådan reform måste beslutas av lagstiftaren. Att domstolarna på egen hand skulle ändra tolkningsprinciper är en orealistisk tanke. Dagens ordning är, har jag velat visa, förankrad i en så lång rättspolitisk tradition att den varken kan eller bör ändras, annat än i detaljer och nyanser, utan lagstiftarens stöd. Traditionens makt tror jag också är alltför stor för att en mera normativ författning skulle medföra stora skillnader i rättslivet, åtminstone på kort sikt. Men en reform som går i den riktningen tror jag är önskvärd.

[63] En annan sak är, som jag flera gånger påpekat, att författningen ibland ändras i realiteten utan formell grundlagsändring. Sådana faktiska ändringar är sällan resultatet av godtycke utan vanligen en följd av noga övervägda politiska beslut (som man må gilla eller ogilla) om t.ex. införande av demokrati och parlamentarism eller Sveriges inträde i Europeiska Unionen.

[64] Se Författning i utveckling (1998) s. 91 ff.

Stig Strömholm[1]

Quod omnes tangit – en rättsprincips väg till Sverige

Den 21 februari 1518 skrev riksföreståndaren Sten Sture d.y. ett brev till biskop Vincentius av Skara och ”öfrige Riksens Råd i Westergötland”. Det rörde ett ytterst viktigt och angeläget storpolitiskt ärende. Striden mellan herr Sten och ärkebiskop Gustaf Trolle, som hade stöd hos unionskungen i Danmark, rasade som häftigast. Brevet hade uppenbarligen till syfte att vinna eller vidmakthålla stöd för Sten Stures politik bland de ledande i en viktig provins med gräns mot danskt område. Riksföreståndaren hade i november året dessförinnan förmått ett möte med bred representation från olika stånd och olika orter att fatta beslut om att ärkebiskopen skulle avsättas och hans borg Stäket jämnas med marken. Visserligen hade svenska biskopar – mer eller mindre godvilligt[2] – i sin egenskap av ledamöter av riksrådet deltagit i beslutet, men detta var en uppenbar kränkning av kyrkan och ett klart ingrepp i dess rättsliga ställning. Den påvlige legat som residerade i Danmark uppmanade den svenske riksföreståndaren att inkalla ett herremöte och sända några delegater därifrån till Danmark för att komma samman med den danska riksledningen på S:t Görans dag (d.v.s. den 23 april) 1518. Sten Sture var inte beredd att utan vidare efterkomma uppmaningen.

[1] Förf. vill tacka professorerna Sven Lundkvist och Herman Schück för värdefull hjälp med att finna dokumentationen till denna artikel, som – det bör klart sägas – bygger helt och hållet på tryckta källor.

[2] I sin stora monografi Riksföreståndaren och makten. Politiska utvecklingslinjer i Sverige 1512–1517 (Lund 1957, Skr. Utg. av Vetenskaps-Societeten i Lund 12), som alltjämt torde vara den mest ingående undersökningen av perioden, uttalar Gunnar Westin (s. 508) att biskoparna utan tvivel deltagit i beslutet under tvång.

I brevet till västgötaherrarna klargör herr Sten motiven för sin inställning: ”om noget herremöte beramme i swa stackot tiid, och tädhen skicke nogre med fulle macht tiill Danmarch Tycker mich eij bestandeligit bliffwe i lengden. För thy the kunne eij alle swa hastelige tiill hopa komma som swadane mercheliige befalninger wtgiffwe skole ther Richesins allis voris och then menige mantz i Riichit wälfarth och saliighet oppa henger …” Han hade skrivit till legaten att han avsåg att göra sitt bästa för att så snart det var möjligt ”förscriffwe eth almenneligith herremöte, ther alle komme kunne som ther om med oss i forhandling bör ath ware, *för thy ath thet som alle pa gelder bör och aff allom samtickas”* (kurs. här).[3]

Den princip som riksföreståndaren här anför som motiv för inkallandet av ett ”allmänt herremöte”, där alla berörda kan deltaga, torde här för första gången uttalas i ett offentligt dokument på svenskt språk.[4] I latinsk språkdräkt var principen i gengäld känd och flitigt åberopad sedan åtminstone tre århundraden innan den sålunda på folkspråket debuterade i den europeiska periferin. Att den också där var känd för universitetsutbildade teologer kan hållas för visst, och troligen var den i någon form åtminstone till sitt väsentliga idéinnehåll bekant för det mycket tunna skikt av den världsliga eliten som hade intresse och kunskaper på det statsrättsliga och konstitutionella området. I kretsen kring Sten Sture d.y. fanns åtminstone en aktiv medarbetare som måste ha varit väl förtrogen med inte endast principen utan också den omfattande diskussion som växt fram kring dess tillämpning i olika kyrkliga och världsliga sammanhang. Det var den valde biskopen i Linköping Hemming Gadh, som hade stor erfarenhet från den romerska curian. Principen förekommer i olika lydelser. Den enklaste och klaraste – ”standardformuleringen” – är den som kommit att upptagas bland de *Regulae Juris* som fogades såsom bihang till *Liber sextus*, påven Bonifatius VIII:s utgåva år 1298 av de kanoniskrättsliga texter som tillkommit efter Gregorius IX:s dekretal-

[3] Handlingar rörande Skandinaviens historia. Tjugofjärde delen (Nya Handlingar rörande Skandinaviens historia. Fjortonde delen.) Utg. av Kongl. Samfundet för utgifvande af Handskrifter rörande Skandinaviens Historia. I eget förlag. Sthlm 1840. Hörbergska Boktryckeriet, s. 115 f.

[4] Herman Schück i Riksdagen genom tiderna (av Herman Schück, Göran Rystad, Michael F, Metcalf, Sten Carlsson och Nils Stjernquist). utg. av Sveriges Riksdag/Stiftelsen Riksbankens Jubileumsfond, andra uppl. 1992, s. 42. Schück förmodar att för de juridiskt lärda prelater som läste riksföreståndarens brev måste åberopandet av grundsatsen ”ha tett sig som ett hån” när det förekom i detta sammanhang.

samling år 1234: *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari.*[5] Det skall emellertid påpekas att detta bihang, vars åttioåtta *regulae* så gott som uteslutande utgöres av principer hämtade från den världsliga romerska rätten, inte synes ha uppfattats som en del av den påvliga lagstiftningen och att bihanget liksom dess sannolika kompilator, romanisten Dinus Mugellanus, till skillnad från de i arbetet på *Liber sextus* deltagande kanonisterna inte omnämnes i Bonifatius VIII:s bulla *Sacrosanctae Romanae Ecclesia*, som kan sägas utgöra dekretalsamlingens stadfästelseurkund. Omnes tangit-principen, sådan den formuleras i *Regulae Juris,* kan således inte utan vidare uppfattas som ett gällande kanoniskt stadgande av samma slag som dekretalerna.[6]

När denna korta och klara text framlades, hade principen redan ett långt och framgångsrikt liv bakom sig, och den skulle få ännu större betydelse under ytterligare flera århundraden. Varifrån kom den? När åberopades den först?

Habent sua fata regulae, frestas man här travestera ett välbekant talesätt, som rör böckers öden. Det synes råda allmän enighet bland de lärde om att *Quod omnes tangit*-principen har sitt ursprung i en sen, högeligen speciell regel med strikt begränsat användningsområde i det stora justi-

[5] Münsterscher Kommentar zum Codex Iuris Canonici utner besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz, hrsgg. von Klaus Lüdicke, Essen 1984 (lösbladsutgåva, status efter 31:a kompletteringen 1999), band I, canon 119 med kommentar av Helmuth Pree, s. 15. Se också Y. Congar, ”Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet”, Revue historique de droit français et étranger, 4e série 36 (1958), s. 210–259, på s. 213 med not 14. Congars framställning torde vara den mest ingående och väldokumenterade beskrivningen av principens tidiga utveckling i den medeltida såväl kanoniska som världsliga rätten i Europa. Översiktliga framställningar finns vidare hos G. Post (se not 10 nedan) och i Brian Tierney, The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150–1625, Grand Rapids och Cambridge 1997 (Emory University Studies in Law and Religion), s. 283 ff., och samme förf., Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism. Enlarged new ed., Leiden 1998, passim, ssk. s. 43 ff. och 173 ff. – I Brian Tierney's arbete från 1998 återges med hänvisning till kommentaren (sannolikt också av den nedan i not 6 nämnde romanisten Dinus Mugellanus) *De reg.jur.Reg. XXXIX* lydelsen *Illud quod omnes tangit secundum iuris utriusque regulam ab omnibus debeat communiter approbari*.

[6] Om *Liber sextus*' tillkomst, bullan *Sacrosanctae Eccleiae Romanae* (1298), de åttioåtta *Regulae iuris* och Dinus Mugellanus, se Joh. Friedr. von Schulte. Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient, Stuttgart 1877, s. 34 ff.

nianska lagverket *Corpus juris civilis.* Den ifrågavarande bestämmelsen, som tillkommit genom kejserlig lagstiftning år 531 e.Kr., handlar om villkoren för att ett förmyndarskap, som utövas av flera personer, skall upphöra med rättslig verkan för alla parter.[7] Det kan te sig märkligt att denna rättsregel kunde få den räckvidd och den tyngd som den faktiskt kom att uppnå efter sex eller sju århundraden. Visserligen fanns i den justinianska rätten några spridda stadganden – också med högst speciella tillämpningsområden – där den generella idén att den vars rätt berördes måste höras innan beslut fattades. Ett sådant ställe avser ändringar av vattendrags lopp med verkningar för angränsande fastigheter, ytterligare en annan text i digesterna rör speciella fall av processgemenskap.[8] Ett processrättsligt stadgande med åtminstone likartad inriktning förtjänar vidare att nämnas; det föreskriver att i varje mål (underförstått: med flera parter) avgörandet bör träffas i närvaro av alla dem som saken rör.[9]

Att uppställa någon allmän regel baserad på dessa inom helt olika områden förekommande stadganden var med säkerhet främmande för den justinianska rättens kompilatorer och även för dess tidiga uttolkare på 1000- och 1100-talen.[10] Det är en lång väg mellan dessa blygsamma begynnelser och den utveckling som en ledande engelsk rättshistoriker, biskop William Stubbs, i ett klassiskt verk om den engelska konstitutionens historia från 1896, karakteriserade som steget från ”a mere legal maxim into a great and constitutional principle”. Steget togs enligt Stubbs, vars principiella ståndpunkt i denna del veterligen inte har vederlagts, för Englands del när ”Quod omnes tangit” år 1295 åberopades av Edward I i ett brev till ärkebiskopen av Canterbury i vilket konungen uppmanar denne prelat att sända representanter för prästerskapet till ett riksmöte.[11]

[7] *Codex Iustinianus* 5, LIX, 5, 1. Den avslutande motiveringen för regeln lyder: ”etenim absurdum est solvi tutelam nec consentiente, sed forsitan et ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus” – ”det skulle vara orimligt att från förmynderskapet entlediga även den förordnade förmyndare som inte samtyckt därtill och kanske inte ens visste om det.”

[8] *Digesta* XXXIX, 3, 8: *Digesta* III, 3, 31 § 2 och III, 5, 30 § 7.

[9] *Digesta* XLII, 2, 47: *De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet*. Om detta stadgandes användning i den kanonistiska litteraturen i början av 1200-talet, se Congar, ovan i not 5 a.a., s. 212, not 9.

[10] Om dessa ställen se G. Post, A Romanico-Canonical Maxim, ”quod omnes tangit”, i Traditio, Studies in ancient and medieval history, thought and religion, vol. IV, New York 1946, s. 197–251, s. 200 f. och Congar, ovan i not 5 a.a., s. 211.

[11] Post, ovan i not 10 a.a., s. 198.

Det måste till att börja med konstateras, när man vill försöka följa Quod omnes tangit-principens utveckling, att de romerskrättsliga texter som legat till grund för den hörde hemma på det privaträttsliga och civilprocessuella området. Iakttagelsens betydelse skall inte överbetonas, eftersom den från 1700-talet och framför allt sedan 1800-talet tämligen klara skiljelinjen mellan privat och offentlig rätt (som för övrigt år 2007 inte längre är lika klar som ännu några årtionden tidigare – *habent sua fata* också *ordines regularum …*) ännu inte hade utstakats av de medeltida juristerna och knappast ens kan anses ha varit dem principiellt bekant.[12] Icke desto mindre bör det fastslås att den här undersökta principen i sitt ursprungliga romerskrättsliga sammanhang inte hänförde sig till representanter för vare sig oorganiserade grupper, som befolkningen i ett visst område, eller organiserade kollektiv av det slag som florerade i den romerska staten. Och på samma sätt som de första generationerna av medeltida romanister och kanonister ännu inte utvecklat distinktionen mellan privat och offentlig rätt, på samma sätt skulle det dröja ett stycke in på (den kontinentala) senmedeltiden innan de rättslärde vågade sig på gränsöverskridande och generaliserande formuleringar av allmänna principer. Mellan de här nämnda romerskrättsliga utgångspunkterna och de politiska texterna från 1295 och 1518 var avståndet stort. De förra hade giltighet i fråga om enskilda individers förhållanden. När omnes tangit-maximen åberopades av kung Edward I av England i hans ”writ” om ett riksmöte år 1295 eller av riksföreståndaren Sten Sture d.y. i hans – ännu blott planerade och med hänsyn till både bestämda intentioner och bestämda adressater utformade – inbjudan till ”herremöte” år 1518, kunde det inte gärna ens i den grövsta propagandistiska framställning påstås handla om en inbjudan till *omnes – alla – individer,* som var för sig på sitt sätt skulle kunna beröras av de ärenden som skulle avhandlas.

Mellan bestämmelsen i Codex Iustinianus 5, LIX, 5, 1 och möjligheten att utnyttja omnes tangit-principen i dessa kallelser måste tydligen ligga en utvecklingsprocess, som omfattade minst två steg eller, om man så vill, två tankeled: dels idén om och accepten av någorlunda fasta och avgränsade grupp- och intresseföreträdande kollektiv med egen identitet och rättspersonlighet inom statens ramar, dels föreställningar om sådana gruppers representation genom enskilda företrädare med makt att rättsligt binda sina uppdragsgivare.

[12] Post, a.a., s. 199.

Det första ledet var inte något för den romerska rätten nytt och främmande; både prästkollegier, religiösa sammanslutningar och olika bolagsformer fanns redan mycket tidigt i de romerska juristernas arsenal av samhälleliga organisationsformer. Här kunde också den kanoniska rätten lämna betydelsefulla bidrag hämtade både från domkapitel, kyrkliga kollegier av olika slag och snart också munkordnarnas rättsliga strukturer.

Representationsidéer var inte på samma sätt etablerade; privaträttsliga fullmakter var uppenbarligen ett institut av helt annat slag. Här kunde den justinianska rätten inte på samma sätt ge vägledning åt de medeltida juristerna, och kanonisterna måste i högre grad än eljest på egen hand finna former som svarade både mot den kyrkliga verksamhetens särart och mot de föreställningar om samhällets struktur som började växa fram under 1100- och 1200-talen. I själva verket torde det ha varit mer förenligt med den organiska syn på de mänskliga samhällena som (med rötter både i antikt statstänkande och i germanska traditioner) dominerade åtminstone i tidig medeltid att uppfatta samhällsordningen så att ”huvudet” – fursten, påven, biskopen – ansågs ”representera”, d.v.s. både tänka, besluta och tala för, ”kroppen” – menigheten – snarare än att tänka sig att denna ”kropp” kunde och skulle utse företrädare som förde dess talan inför dess ”huvud”. Frågeställningens nyhet och problematiska karaktär framgår inte minst av de svårigheter som den kanoniskrättsliga doktrinen förefaller att ha haft när det gällde att precisera vilka beslut av ett kyrkligt kollektiv – kollegium eller kapitel – som hade bindande verkan för alla medlemmar om det omfattats av en majoritet och vilka som för att bli bindande måste gillas av samtliga var för sig, *uti singuli*.[13] Som det blir tillfälle att strax återkomma till, kommer den kanoniskrättsliga utvecklingen att efter kyrkans långa krisperiod under 1300-talet och 1400-talet snarast att koncentreras till sådana frågor.

Det är emellertid i den kanonistiska doktrinen och i de kyrkliga myndigheternas, i första hand påvestolens, författningar och beslut som quod omnes tangit-maximen genomgår den tidiga utveckling som skall göra den till en konstitutionell princip av allmän räckvidd. Att den skulle komma att tillämpas tidigt i de prästerliga kollektiven är inte förvånande. Redan i slutet av 1100-talet skriver den rättslärde Bernhard av Pavia: ”Man må veta att i de ärenden som det ankommer på kapitlet att utföra eller förordna om samtligas samtycke måste inhämtas, *så att det som angår*

[13] Se Congar, ovan i not 5 a.a., s. 212–214.

alla gillas av alla." (kurs. här).[14] Denna text ger anledning att peka på de två tolknings- och utvecklingsmöjligheter som omnes tangit-principen från början bär på: den kan så att säga i första hand ses som en grundsats av *öppenhet*, med udden riktad mot beslutsprocesser där härskare eller oligarkiska grupper avgör ärenden utan att vare sig tillkalla eller lyssna till de berörda, men den kan också uppfattas som en princip med *intern* riktning, vars främsta syfte är att garantera den enskilde gruppmedlemmens rätt mot majoriteten.

Det äldsta belägget för quod omnes tangit-principens användning i ett beslut av den starkaste bland prejudikatbildande instanser, den romerska kurian, är inte daterat men det härrör från Innocentius III:s pontifikat (1198–1216). Prejudikatvärdet förhöjdes otvivelaktigt ytterligare av att ifrågavarande påvliga dekretal uttryckligen hänvisar till "den kejserliga rätten". Det ärende som avgörs i fallet har knappast någon omfattande räckvidd; det kan snarast betecknas som förvaltningsrättsligt; men det är lätt att förutse förlängningar och utvidgningar. Fallet handlar om huruvida biskopen ensam kan utnämna och avsätta prostar i sitt stift eller om han därvid måste konsultera stiftets ärkedjäkne (*archidiaconus).* Den senare hade vid denna tid kommit att bli biskopens närmaste man och hans ställföreträdare i stiftsledningen. Innocentius III stannar för den senare principen med motiveringen att prostarnas verksamhet angår både biskop och ärkedjäkne.[15]

Man har emellertid efter Innocentius III:s dekretal ännu ett gott stycke väg kvar till den punkt där quod omnes tangit-maximen, frikopplad från sitt process- och förvaltningsrättsliga sammanhang, åberopas i en politisk och statsrättslig argumentation. Diskussionen om dess användning vid beslut av kollegiala församlingar kretsar alltjämt kring förfarandet och dess verkningar, framför allt frågan om ett sådant beslut rör kollektivet enbart, om det binder enskilda medlemmar eller om det är av sådan art – t.ex. ofrånkomligt för att kollegiets verksamhet överhuvudtaget skall kunna fortsätta – att majoritetens beslut måste anses förpliktande även för dem som inte personligen deltagit. Principens privaträttsliga och civil-

[14] Post, a.a., s. 203. Congar, a.a., s. 213.

[15] *Quum juxta imperialis sanctionis auctoritatem ab omnibus quod omnes tangit approbari debeat, et quum commune eorum decanus officium exerceat, communiter est eligendus, vel etiam amovendus.* "Emedan i kraft av ett kejserligt beslut det som berör alla bör gillas av alla och emedan prosten utövar ett ämbete som berör dem gemensamt, skall han också utses och likaså avsättas av dem gemensamt." Citerat efter Congar, a.a., s. 210, not 1.

processuella ursprung har således ännu inte upphört att göra sig gällande, och så tycks också, som vi avslutningsvis skall beröra härnedan, fallet ha förblivit – eller kanske snarare åter blivit – när det gäller dess tillämpning inom de kyrkliga kollektiven.[16] Det måste emellertid samtidigt hållas i minnet att processrätten vid denna tid var av central betydelse i det politiska livet; det var i mycket stor utsträckning i den rikt utvecklade och flitigt analyserade civilprocessen som man sökte politikens former. Det kan här räcka med att erinra om det karakteristiska uttrycket ”döma till konung” i svensk medeltidsrätt.

Yves Congar framhåller i sin ovan (not 5) nämnda undersökning att det vid sidan av det romerskrättsliga inflytandet redan inom den kyrkliga sfären fanns en stark, fornkyrklig och ursprungligen bibliskt grundad tradition för samråd och inhämtande av samtycke i frågor om både kyrkans styrelse, sakrament och trosfrågor och att denna tradition stod i motsättning till den hierarkiska struktur som tidigt också blivit en del av kyrkans organisation.[17] Nya impulser kom från de religiösa samfunden under 1200-talet. När den benediktinska kongregationen i Hambuye i Normandie år 1248 beslöt att årliga generalkapitel – således församlingar av alla ordensbröder – skulle bli obligatoriska, åberopas quod omnes-maximen uttryckligen. I England har särskilt Sir Ernest Barker betonat dominikanordens betydelse som impulsgivare under det engelska parlamentets tidiga utveckling från mitten av 1200-talet. Som Congar säkert med rätta påpekar fanns dock vid denna tid i de högst utvecklade europeiska länderna så många och starka inflytelser, som arbetade i riktning mot representation och konsultation i de offentliga beslutsprocesserna att det inte är sannolikt att någon enskild institution kan tillskrivas avgörande betydelse. Redan i det feodala samhällssystemet med dess rötter i germanska sedvänjor var samråd i viktiga ärenden en välbekant och väletablerad tradition, och de allt viktigare städernas kommunala styrelse erbjöd också både exempel och influenser. Congar anför exempel från de spanska monarkierna, kejsar Fredrik II:s syditalienska rike och även Frankrike, där den starka monarkin emellertid redan under Filip den sköne omkring 1300 tycks ha intagit en mindre öppen hållning inför representationsidéerna; någon uttrycklig kunglig accept av quod omnes tangit-maximen synes inte vara belagd. Den kyrkliga koncilierörelsen under och efter den stora schismen lämnade med sin ofta högt utvecklade

[16] Congar, a.a., s. 14.
[17] Congar, a.a., s. 228.

argumentation intellektuella bidrag, som inte minst kom att bli av betydelse för den konstitutionella debatten i England och Frankrike under 1500- och 1600-talen.

De situationer där omnes tangit-principen uttryckligen eller i omskrivning åberopades med särskild energi av furstar och kyrkliga makthavare var – inte oväntat – sådana yttre och inre krislägen där extra skatter erfordrades. I sådana lägen såg sig de medeltida härskarna, som alltjämt i stor utsträckning grundade sin finansiella makt på avkastningen av den kungliga domänen och egna jordinnehav, så gott som undantagslöst tvungna att tillkalla olika former av representation.[18] Lagstiftning var å andra sidan en verksamhet som man oftare var beredd att låta härskaren ombesörja på egen hand, där inte starka traditioner stod emot.

Det är inte möjligt att här följa omnes tangit-principen vidare längs alla de många och delvis slingrande vägar i europeisk rätts- och författningsutveckling där vi kan finna den åberopad. Vid mitten av 1200-talet dyker i England en ny term upp, som med tiden kommer att ersätta *colloquium* som beteckning för de sammankomster till vilka furstar och prelater kallade dem vilkas samtycke de ansåg sig behöva i olika ärenden. Den nya termen är *parliamentum,* och ett nytt ord brukar som Congar riktigt anmärker oftast tyda på att man behöver en term för att beteckna ett nytt fenomen.[19] Termen får fotfäste även på annat håll, framför allt i Frankrike, där dess betydelse emellertid tidigt blir en annan än i England; den dömande funktion som – med stöd i den feodala principen att var och en skulle dömas av sina gelikar – var ett element i de församlingar som världsliga herrar sammankallat kom i Frankrike att bli ”parlamentets” främsta uppgift, medan det politiska uppdraget blev dominerande i England, låt vara parallellt med det judiciella. I Frankrike hyste för övrigt under hela ancien régime parlamenten uppfattningen att de hade en politisk roll, som också spelades ut med kraft i orostider.

I ett europeiskt perspektiv var det således ingalunda någon nyhet som riksföreståndaren Sten Sture d.y. introducerade när han i sitt brev till västgötaherrarna på våren 1518 karakteriserar det herremöte han säger sig

[18] Congar, a.a., s. 230–242.

[19] Congar, a.a., s. 234 f. ”Parlamentum” förekommer i danska urkunder från 1282 och från 1300-talet som benämning för den herredag som i Danmark benämndes danehoffet och i svenska dokument från 1321 och 1328, sannolikast också som latinsk benämning för herredagar. Se Herman Schück, Rikets råd och män. Herredag och råd i Sverige 1280–1480. Stockholm 2005 (Kungl. Vitterhets Historie och Antikvites Akademien, historiska serien 23), s. 14 f., 52 och 55.

planera. Quod omnes tangit var vid det laget en väletablerad princip i den politiska och statsrättsliga diskursen. En bekännelse till den principen var kanske rentav lika självklar och trivial som en bugning för demokratin i ett liknande dokument år 2007, även om hänvisningen till den romerskrättsliga grundsatsen ännu inte vunnit burskap i det karga Sverige. Den eventuella självklarheten innebar givetvis inte att maximen gav lösningar åt alla de problem som inställde sig när det gällde att avgöra med vilken rätt den ena eller andra mötesdeltagaren kunde föra ”sina hemmavarande medbröders” talan – som det senare ibland skulle heta i den svenska riksdagen. Vilka var ”omnes” i det ena eller andra fallet? Vem utsåg dem? Vilka frågor kunde anses angå alla?

Det må avslutningsvis noteras att i den kanoniska rätten, där omnes tangit-principen hade gjort sin debut i den medeltida offentligheten, denna princip kom att genomgå en utveckling som snarast kan betecknas som en reträtt. Efter de stora reformsträvande kyrkomötenas tid, i motreformationens centralstyrda och starkt hierarkiska kyrka, fanns inte mycket utrymme för en bred och allmän representationsprincip. När vi idag återfinner maximen i den gällande *corpus iuris canonici* är det i ett sammanhang och i en lydelse som ligger mycket långt från de idéer som bröt igenom i 1200-talets och 1300-talets begynnande statsrättsliga tänkande. Den gällande texten, som den lyder efter 1979, utgör den tredje underavdelningen av canon 119, som har rubriken *Ad actus collegiales quod attinet, nisi iure vel statutis aliud caveatur* (”Vad som gäller om kollegiala beslut försåvitt annat inte är att iaktta till följd av gällande rätt eller lagar”). Denna canons första paragraf handlar om val i kollegiala församlingar, den andra paragrafen om majoritetsprincipen vid andra beslut. Den tredje lyder: *quod autem omnes uti singulos tangit, ab omnibus approbari debet* (”men vad som angår alla såsom enskilda bör gillas av alla”), och kommentarerna förklarar att regelns syfte är att skydda den enskildes rätt mot majoritetsbeslut, som kan inkräkta på den.[20]

[20] Münsterscher Kommentar (se not 5 ovan), canon 119, kommentaren s. 15. Se även The Code of Canon Law. A Text and Commentary Commissioned by the Canon Law Society of America, ed. James A. Coriden, Thomas J. Green, Donald E. Heintschel, London 1985, s. 84. I engelsk översättning lyder canon 119, § 3: ”what touches all as individuals, must be approved by all.” Kommentaren säger: ”the intent of the rule is to safeguard individual rights – which are intrinsically inherent in each member of the college – against destruction or alternation by a majority”.

Jørn Øyrhagen Sunde

”De skal vera samde menn”

Ei vitskapleg fundering og spekulasjon over den eldste norske prosessen[1]

Preliminær diskurs

Med ”Das Gestände in der schwedischen Prozessrechtsgeschichte”, ”Institutet ’insättande på bekännelse’ i svensk processrättshistoria” og ”Erkännandet i svensk processrättshistoria”, trykt i 25., 26. og 50. bind av Rättshistorisk Bibliotek, har Gøran Inger gjeve skilsetjande bidrag til svensk, nordisk og europeisk prosessrettshistorie. Særleg fortenestefullt er det at Inger i desse verka aktivt knyt den svenske rettshistoria opp til den europeiske. Dette perspektivet ligg òg som eit fundament, om enn mindre synleg, under hans ”Svensk rättshistoria” frå 1976.

Tilsvarande arbeid innan prosessrettshistorie har ein ikkje i ein norsk samanheng. Faktisk er ”Grundtrækkene i den ældste norske Proces”, av Ebbe Hertzberg frå 1874, det einaste større forskingsarbeidet innan dette rettsområdet som er skrive og publisert i Noreg. På mange måtar kan ein seia at Hertzberg her skildrar ein periode i norsk rettshistorie som ligg lenger tilbake i tid enn den som Inger handsamar i ”Das Gestände” og ”Svensk rättshistoria”. Dette skuldast for det fyrste kjeldegrunnlaget – dei norske landskapslovene er nedteikna tidlegare enn dei svenske, og er i tillegg prega av ein eldre rettstilstand. For det andre er Hertzberg i si undersøking opptatt av å finna det genuint norske medan Inger som sagt er opptatt av å setja svensk rett inn i ein europeisk samanheng.

[1] Bernt Øyvinid Thovaldsen skal ha takk for å ha gjort meg merksam på dette tema, og Dag Michalsen for å ha lest og kommentert skriftstykket.

Eit sentralt poeng for Hertzberg var vitne sin funksjon i den eldste norske prosessretten.[2] Men i samband med si handsaming av skirskoting og sætterdómen gjer han ikkje greie for kva vitna skulle vitna om. Samstundes gjev Hertzberg igjen heile formularet til trygdamål, eit avtaleformular om framtidig fredleg sameksistens mellom to tidlegare motpartar i ein tvist, i ein fotnote i samband med at han gjer greie for konsekvensar av ei semje i ein sættardóm. Eit trygdamål har vorte skrive ned i både Grágás og den eldre Gualtingslova, medan Skånelagen, Eriks sjællanske lov og kong Valdemars lov om manndrap føreset eksistensen av eit trygdamål. Difor vert det interessant òg i ein nordisk samanheng å spørja om det er mogeleg at trygdamål har hatt ei meir sentral stilling i den eldste norske prosess enn det den får av Hertzberg? At trygdamål kan vera med å gje svar på kva det var vitna skulle vitna om i samband med skirskoting og sættardóm? Og vil ein i så fall kunne peika på eit genuint norsk eller nordisk trekk ved vår eiga prosessrettshistorie, eller vil ei slik undersøking i staden vera med å plassera norsk og nordisk rettshistorie inn i ei større rettshistorisk forteljing om ulike trinn i rettsutviklinga? Det er det overordna tema i dette skriftstykket til Gøran Inger sin heider.

”Trygða mal”[3]

Både Rudolf Keyser og Peter Andreas Munch si kjeldeutgåve av Den eldre Gulatingslova i 1. bind av ”Norges gamle Love indtil 1387” frå 1846, og Knut Robberstad si omsetjing frå 1937, tek utgangspunkt i Rantzauboka. Dette er det einaste bevarte manuskriptet av Den eldre Gulatingslova som er nokolunde komplett, og det er truleg skriftfest på midten av 1200-talet.[4] I Rantzauboka finn ein ”trygða mal” som ei avslunting på heile rettsboka i XIV-5. Trygdamålet har ei logisk plassering der det står sist i 14. bok,[5] i samband med Bjarne Mårdsson sitt saketal om korleis drapsbøter på 6, 5, 4 og 3 merker gull skal fordelast

[2] Dette tema er seinare handsama av Anders Berge i hovudfagsoppgåva ”Vitner, rett og individ” frå 2002, der skarpe observasjonar diverre ikkje kjem til sin rett på grunn av rettshistoriske feilslutningar.

[3] Alle sitat frå trygdamål er henta frå Grágás (1852) der avtaleformularet er gjeve igjen på s. 205–207.

[4] Helle (2001) s. 11–12.

[5] Det er vanskeleg å seia om trygdamål over lengre tid har vore plassert saman med eit saketal, men det kan nemnast at grida- og trygdamål i Konungsbók står etter ”Baugatal”, som nettopp er eit slikt saketal.

innan ætta til den drepne.[6] Ein kan neste sjå for seg korleis det er sett saman ein sættardóm med menn både frå drapsmannen og den drepne sin ætter. Ein lang dag har det vorte forhandla om bøtestorleiken før saketalet om fordelinga av bøter vert sagt fram. Deretter vert forhandlinga avslutta med eit trygdamål der partane, og dermed heile ættene, lover å leva i fred med kvarandre slik at drapet ikkje skal verta etterfølgd av nye valdshandlingar:

> "Saker var det deim imellom, N og N. No er desse saker sætte (forlikte) og gods bøtt med fullgode pengar og kome deim i hand som hava skal (…) De skal vera samde menn og samvære i gilde og gjestebod, på ting og på tjodstemne, med kyrkje og i kongehus, og alle stadar der menn kjem saman, då skal de vera so sameinte som dette aldri hadde vore dykk imillom,"

som det heiter i Robberstad si omsetjing.[7] Poenget var altså, som Ebbe Hertzberg fomulerar det i "Grundtrækkene i den ældste norske Proces" frå 1874, at "idet gjerningsmanden saaledes paa sin side lovede at betale bøderne, var det paa den anden klagerens pligt at tilsige ham trygd".[8]

I motsetnad til Bjarne Mårdsson sitt saketal i 14. bok, og for så vidt til resten av innhaldet i heile Den eldre Gulatingslova, er ikkje trygdamålet ein rettsregel i vår forstand. Årsaka er at det ikkje er tale om ei norm med vilkårs- og følgjeledd. Snarare må trygdamålet sjåast på som eit standard avtaleformular for avslutninga av drapssaker. Konrad Maurer omtalar trygdamål i sine førelesingar som "die Formeln für endgültige Friedensgelöbnisse in Totschlagssachen",[9] og Karl von Amira og Walter Heinrich Vogt nemner den òg som ein formular.[10] På same viset omtalar Hertzberg

[6] Dette saketalet er referert til som nytt, men ein kan spørja om det er framsagt på ny eller om innhaldet er nytt. Helle Vogt (2005) s. 186 presenterar det som ein revisjon av eldre rett. Men, som ho sjølv peikar på, står det innhaldsmessig ikkje fram som nytt, bare som meir samanhengjande og heilskapleg. Ein kan difor spørja om Bjarne Mårdsson sitt saketal er tatt inn i Den eldre Gulatingslova fordi det innhaldsmessig refererer ein opphavleg rettstilstand som ein ikkje lenger hadde heilt klart for seg i Gulating. Det er til og med mogeleg at Den eldre Gulatingslova, som Konungsbók på Island, er skrive òg som eit dokument over kva som har vore samstundes som det er ein dokumentasjon av gjeldande rett. Dette i motsetnad til for eksempel Frostatingslova.

[7] Gulatingslovi (1937) XIV-5, s. 267, jf. Hertzberg (1874) s. 108 note 1 og Taranger (1926) s. 209.

[8] Hertzberg (1874) s. 107.

[9] Maurer (1910) s. 118.

[10] Amira (1973) s. 296 og Vogt (1936) td. s. 3.

trygdamål som ein formel,[11] Taranger omtalar det som eit "juridisk formular",[12] Jon Skeie nyttar bare termen "formular",[13] Arne Bøe nyttar karakteristikken "eidsformular",[14] medan Knut Helle bare vel å omtala trygdamål som "ei poetisk oppmoding til å halda bøteforliket".[15]

Andre slike avtaleformular har ein ikkje gjeve igjen i Den eldre Gulatingslova. Dette gjev grunnlag for vitskaplege funderingar om rettslege formular sin plass i den eldste norske prosessen. Dette er ikkje gjort av verken Hertzberg, Taranger, Skeie, Bøe eller Helle, men derimot av både Maurer og Amira. Maurer hevdar i ein leksikaartikkel om Grágás frå 1864 at "vor Allem galt es bei der durchaus formlistischen Ausprägung des älteren Rechts wohl construirte Formeln zum Gebrauch, bei den verschiedensten Rechtsacten zu kennen."[16] Poenget til Maurer er at ein nytta ulike formular for å mellom anna førebyggja avtalebrot fordi både partane og tihøyrarane vart kjende med avtalevilkåra, og på den måten skapa sikker og udiskutabel kunnskap.[17] Amira tek opp denne tanken i sitt verk om "Nordgermanisches Obligationsrecht" frå 1895, og hevdar der at "das Formelwesen war daher derjenige Theil des Rechts".[18] Amira viser gjennom det norske diplommaterialet korleis ulike formlar vart nytta ved avtaleinngåingar. Men dette er formlar frå eit seinare tidspunkt enn nedskrivinga av Rantzauboka, og av eit mindre omfang og poetisk innhald.

Eg vil i dette skriftstykket ta utgangspunkt i Maurer og Armira sine funderingar, og innanfor rammene av det overordna tema hevda at trygdamål er ein reminisens av ei gamal prosessordning som eigentleg var gått ut av bruk då Rantzauboka vart skriven omlag 1250, at denne prosessordninga var knytt til ein omfattande bruk av avtaleformular, og at dette må sjåast som eit viktig element ved ordningane med skirskoting og sættardóm. For å koma til ein slik konklusjon vil eg fyrst handsama ord-

[11] Hertzberg (1874) s. 107.
[12] Taranger (1926) s. 209–210.
[13] Skeie (1937) s. 65.
[14] Bøe (1960) s. 467.
[15] Helle (2001) s. 14.
[16] Maurer (1864) s. 41.
[17] Maurer (1864) s. 41 meiner at slike formlar òg kunne avklara det rettslege ved sida av det bevismessige spørsmålet.
[18] Amira (1973) s. 296.

lyden i trygdamål, deretter spor etter ulike avtaleformer knytt til drapsproblematikken, for til sist å sjå på trygdamål i høve til uformbundne konfliktløysingsmekanismar.

1. Diskurs: Ordlyd

"Tryða mal" er altså tatt med i Knut Robberstad si omsetjing av Den eldre Gulatingslova. Dette kan i utgangspunktet stå fram som underleg, sidan slutten av Rantzauboka er skoren bort slik at det bare finst bevart nokre linjer av dette avtaleformularet i det norske kjeldematerialet.[19] Då Robberstad omsette trygdamål gjorde han som Hertzberg og Taranger før han,[20] og brukte Grágás som kjelde. Her finst trygdamål bevart både i Konungsbók I-115, som Robberstad, Taranger og Hertzberg nyttar i sine omsetjingar, og i Staðarhólbók i kapitel 387 og 388. Det var gode grunnar for å nytta trygdamål i Konungsbók, som ein har bevart i manuskript frå omlag midten av 1200-talet, for å fylla ut den bortkomne delen av Den eldre Gulatingslova, sidan byrjinga trygdamål i dei to rettsbøkene har klare likskapstrekk. Så kan ein sjølvsagt innvenda at ein ikkje kan slutta frå nokre få innleiande setningar til at heile avtaleformularen er ganske lik. Men det finst grunnar til å hevda at det trygdamål i som står i Kongungsbók opphavleg kom frå Gulating.

Robberstad viser til Are Frode som fortel at ein Ulvjot vart sendt frå Island til Noreg og var der i 3 år hos morbror sin, den lovkunnige Torleiv Spake. Føremålet med reisa og opphaldet var å setja saman ei islandsk lov med utgangspunk i Gulatingslova. Resultatet vart Ulvjotslova, som skal ha vorte vedtatt samstundes som Alltinget vart etablert omlag 930.[21] På same viset som opphavet til dei romerske Tolvtavlelovene inneheld mytiske element, kan det vera grunn til å ta denne forteljinga om opphavet til dei islandske lovene med ei klype salt.[22] På den andre sida er det slett ikkje utruleg at islandsk rett var sterkt prega av retten i Gulating sidan mange av dei som utvandra til Island kom derifrå. Ólafur Lárusson hevdar då òg at den islandske samfunnsordninga i fristatstida var henta frå

[19] Helle (2001) s. 14.

[20] Robberstad (1937) s. 267 note 3, jf. Hertzberg s. 107–109 note 1. Taranger (1927) s. 209–210 oppgjev ikkje kvar han hentar teksten frå.

[21] Robberstad (1990) s. 172, jf. Helle (2001) s. 23–24 og Lárusson (1960) s. 29, jf. s. 31 og 59.

[22] Jf. Helle (2001) s. 24–25.

Vest-Noreg.[23] Det finst òg visse frasar i trygdamål i Kongsungsbók som tyder på at avtaleformularet ikkje opphavleg var islandsk.

I trygdamål heiter det at

> ”den av dykk som bryt gjord semje eller drep mot gjevi trygd, då skal han som varg vera jagande og jaga, so vide som menn vidast vargar jagar, kristne menn kyrkjor søkjer, heidne menn i hov blotar, eld brenner, jord gror, veselgut ropar på mor og mor gjev veslegut mat, folk kveikjer eld, skip skrid, skjoldar blenkjer, sol skin, snø fell, finn skrid, fure veks, falken fyk den vårlange dagen med jamn bør under begge vengjone, himmelen kverver seg, heimen er bygd, vinden tyt, vatn renn mot sjøen, kårmenn sår korn.”[24]

Dette er ei skildring av sivilisasjon på grensa av den siviliserte verda. Ei skildring av orden på grensa til kaos, som så ofte er tema i norrøn mytologi. Tankar om dette har ein gjort seg like mykje på Island som i Noreg, som alle andre stadar i Europa. Men biletbruken er truleg henta frå Noreg og ikkje frå Island. På Island har det funnest heidningar og kristne, ein har tent eld og mata veslegut, dyrka jorda og sådd korn, skip har seila til og rundt øya og skjold har blenkt, sola har skine og det har snødd, vinden har tuta og vatn rent i sjøen, og falkar har sigla på vinden over øya om våren. Men for det fyrste har det ikkje funnest ulv på Island, jf. ”þa scal hann sva viða vargr rækr oc rekin sem menn viðazt varga reka”. Sjølve det berande biletet i avtaleformularen passar difor overhovudet ikkje på islandske tilhøve. For det andre har det ikkje gått så mange samar på ski over Island i mellomalderen, jf. ”fiðr scríðr”. For det tredje har det ikkje vakse furu på Island i historisk tid, jf. ”fura vex”. Og for det fjerde refererar truleg utsegna om himmelen som dreier seg, ”himin huerfr”, seg til midnattssola. I tillegg kjem det at det tidlegare i trygdamål er sagt at dei forlikte skal vera vener i kongen sitt hus, jf. ”ikonungs húse”. Som kjent fekk ikkje Island ein konge før med den norske i 1265, og noko kongen sitt hus vart ikkje reist på Island verken då eller seinare i mellomalderen. Alt dette styrkar inntrykket av at skildringa i trygdamål er av norske og ikkje islandsk tilhøve. Vidare er det freistande å gissa på at skildringa av sivilisasjonen si grense meir spesifikt er ei skildring av Troms. No var ikkje Troms meir ein del av Gulating enn av Island, men likevel kan ein argumentera for at det var meir naturleg å skapa eit slikt bilete av orden på grensa til kaos på Vestlandet

[23] Lárusson (1960) s. 7–8.

[24] Gulatingslovi (1937) XIV-5, s. 267–268, jf. Hertzberg (1874) s. 108–109 note 1 og Taranger (1927) s. 210.

enn på Island.[25] Dermed er det grunnlag for å påstå at trygdamål har sitt opphav i ein vestnorsk tradisjon, som det er mogeleg har kome til Island enten med dei fyrste landnåmsmennene, eller som eit seinare innlån av den typen Ulvjot skal ha vorten beden om å gjera.

Ikkje bare indikerar ordlyden at Hertzberg, Taranger og Robberstad har hatt gode grunnar for å ta utangspunkt i det trygdamål ein finn i Konungsbók når dei har fylt ut dei fyrste verselinjene av det trygdamål ein finn bevart i Rantzauboka. Det er òg freistande å ut frå ordlyden spekulera på alderen til trygdamål. Årsaka er at det heiter at den som bryt forliket skal jagast så vidt som kristne søkjer til kyrkje og heidningar søkjer hov for å blota, jf. "cristnir menn kirkior søkia, heiðnir menn hof blóta". Tidlegare i trygdamål vert det sagt at dei forlikte skal vera vener òg når dei møtest i kyrkja, jf. "at kirkna sócn". Seinare heiter det at den som bryt forliket skal jagast frå kyrkja og kristne menn sitt samfunn, jf. "scal firaz kirkior oc cristna menn", og frå både Gud og menneske sitt hus, jf. "Guðs hus og guma." Og til slutt vert det i trygdamål sagt at det skal haldast etter Kristi vilje, at den som så gjer har Gud sin hugnad, jf. "hafe sa hylle guðs er helldr trygðr", og den som bryt forliket vil verta utsett for Hans vreide, jf. "en sa reiðe er ryfr rettar trygþir". Når det òg heiter at "nu haldit þit báþir abóc einni" så er det nok Bibelen som er boka partane skal leggja hendene på. Det finst altså fleire referansar til Gud, kyrkje, kristne menn og Bibelen, som alle indikerar at trygdamål har vore i bruk etter kristninga. Men det finst altså òg ein referanse til heidningar og bloting i hov. Det kan vera freistande å sjå dette som eit teikn på at trygdamål er eldre enn kristninga, eller i alle høve frå ei tid då heidningar og kristne levde side ved side.

Dette vil likevel vera ei for hastig konklusjon, sidan referansen til heidningar, hov og blot bare finst i den delen av formularet der det heiter at forliksbrytaren skal jagast til sivilisasjon si grense. På den andre sida er skildringa av sivilisasjonen si yttergrense ikkje ei skildring av verda utanfor. Difor må ein tolka utsegna slik at den stammar frå ei tid då det fanst heidningar i alle høve i periferien av Noreg som blota.

[25] Dette gjer at ein kan hevda at trygdamål ikkje opphavleg var ein del av retten i Gulating, men høyrer til saman med saketalet til Bjarne Mårdsson. Årsaka er at Bjarne Mårdsson var lagmann i Hålogaland på byrjinga av 1200-talet, jf. Falkanger (2006) s. 211, og det må difor ha vore naturleg for han å formulera ei skildring av sivilisasjonen si yttergrense med eit bilete av Troms. På den andre sida gløymer ein då at den same skildringa finst i Konungsbók, og at det er lite truleg at ein dreiv med direkte resepsjon av rett frå Gulating på Island på byrjinga av 1200-talet.

2. Diskurs: Trygdamål og andre avtaleordningar

Ein annan måte å nærma seg alderen på trygdamål-formularet, er å halda det opp mot andre avtaleformer. For det fyrste kan ein merka seg at i Konungsbók står trygdamål etter "griða mal".[26] Dette er heilt naturleg, sidan grid var den fred ein kunne få nyta i påvente av at ei drapssak skulle avgjerast, medan trygd var den fred ein kunne få som ein del av oppgjeret etter ei drapssak.[27] Hertzberg føreset at det ein gong òg har funnest eit gridamål i Den eldre Gulatingslova,[28] men det finst i alle høve ikkje bevart. Men gridsinstituttet vert det til dømes vist til i I-32, men utan referanse til den form grid skal gjevast i. Vidare peikar Hertzberg på at i Forstatingslova V-9 er det referert til både grid og trygd, utan at det i den rettsboka finst noko formular av den typen ein finn i Den eldre Gulatingslova eller i Konungsbók.

For det andre kan ein merka seg at det finst referansar til eit tyrgdamål i svensk og dansk mellomalderrett òg. I kapitel 85 i Skånelagen, som eit kjenner frå Runehåndskrifet frå slutten av 1200-talet, men som truleg skriv seg frå byrjinga av hundreåret, heiter det at ved forlik i ei drapssak skal drapsmannen få "trygghedted", jf. "tryghd", etter at drapsbøtene er betalt, jf. kapitel 97. Denne "tryghd" må tilsvara trygdamål i funksjon, men noko avtaleformularet er ikkje nemnt. Det same er tilfellet i den danske kong Erik si sjællandske lov III-27, som ein kjenner særleg frå eit manuskript frå midten av 1300-talet, men truleg skriv seg frå midten av 1200-talet, og Kong Valdemar si lov om drapssaker frå byrjinga av 1200-talet. Men i samband med drap skulle det òg sverjast ei jamningseid etter kapitel 113 i Skånelagen:

> "Så snart någon har gäldat böter för en man, då skall han bjuda den dräptes arvingar jämlikhetsed med tolv utnämnda män av sin släkt. Och de skola ej svärja på reliker utan på bok och bedja Gud hjälpa sig och denne bok, som han bar framför honom, så sant som det var med skyldmän och bådaderas vänner have gjort dem förlikta, alldeles samma böter villa han taga av dem, som de hade så gjort mot honom som han gjorde mot dem."[29]

[26] Grágás, Konungsbók I-114.
[27] Hertzberg (1874) s. 107–108.
[28] Hertzberg (1874) s. 108 note 1.
[29] Svenska landskapslagar 4 (1943) s. 62.

Her er det altså ikkje tale om "tryghd" men om ei "iafnaþæ eþ" som skulle seiast fram. Igjen må ein tenkja seg til at medlemmar av både den drepne og drapsmannen si slekt har samla seg og forhandla fram eit bøteforlik som vert avslutta med at det vert sagt fram ei eid.[30] Som etter trygdamål skal Bibelen vera til stades når eida vert sverja, og Gud er part i forliket. Men ein forskjell mellom Skånelagen kapittel 113 om jamningseid og Den eldre Gulatingslova XIV-5 om trygdamål er at innhaldet i avtaleformularet åleine er gjengjeve i nokre få hovudpunkt i Skånelagen, og ikkje i utmalande vendingar som i Den eldre Gulatingslova.

Biskop Anders Sunesen paraferte, som vil seia kommenterte, Skånelagen på byrjinga av 1200-talet. Det går fram av hans 46. parafrase at han meinte likskapseid og tygd var to sider av same situasjon, sjølv om det går fram både av parafrasen og av Skånelagen kapitel 114 at det er tale om to ulike eidsformular. Jamningseidsordninga må i samband med drapssaker sjåast i samband med X-37 i Den eldre Gualtingslova, der det heiter at den som tek i mot bot to gonger for skade på eigen person må hemna seg tredje gongen om han ikkje vil mista retten til å ta i mot bot for all framtid. Det å ta i mot bot har altså ikkje alltid vorte rekna som likeverdig med å ta hemn, og difor har nok ei jamningseid følgd med framseiinga av eit trydamål for å slå fast at den som gjev trygd er ein rettleg mann og ingen feiging. I Bjarkøyretten frå Nidaros, som ein i all hovudsak kjenner frå etterreformatoriske manuskript, men som skriv seg frå midten av 1200-talet, heiter det i kapitel 54 at jamningseid skal framseiast før det vert gjeve trygd. Det er ikkje spesifisert kva det vert gjeve trygd for, så truleg er dette ein generell regel som òg gjeld for drapssaker. Og som i Skåne er trygd og jamning to ulike avtalar som skal seiast fram, for i kapitel 53 i same rettsboka er jamningseid nytta i samband med ærekrenkingssaker utan at trygd er nemnt. Jamning står dermed etter Bjarkøyretten for Nidaros fram som ein avtale som kunne inngåast heilt uavhengig av trygd, og i andre sakskategoriar enn drapssaker.

Som alt sagt, finn ein to trygdamål nemnt i Staðarhólbók, som ein har bevart i manuskript frå dei siste tiåra av 1200-talet. Trygdamålet i kapitel 388 minner mykje om det ein finn i Konungsbók, medan trygdamålet i kapitel 387 i Staðarhólbók er ein noko kortar versjon. Dersom vi no set alle desse elementa i samband med kvarandre, kan ein formulera følgjan-

[30] Sjå òg Erik sin Sjællandske lov III-27.

de fundering: Var avtaleformular av typen trygdamål eit aspekt ved retten som var på veg ut av bruk på 1200-talet? Bare på Island finn ein bevart både gridamål og trygdamål, men her finn ein òg bevart ein kortare versjon av trygdamål i eit noko yngre manuskript enn Kongungsbók. Dette kan indikera at ein i kjeldene ser spor etter ein forenklingsprosess når det gjeld bruk av avtaleformular som ein del av prosessretten. Vidare kan det sjå ut som om forenklingsprosessen òg gjorde at avtaleformulartypar etter kvart fall bort. For i Den eldre Gulatingslova finn ein gjeve igjen trygdamål, men ikkje eit eige gridamål, trass i at sjølve gridsinstituttet framleis er nemnt. Og i Frostatingslova er det føresett at det skal gjevast grid og trygd, men sjølve avtaleformularet er ikkje gjeve igjen for nokon av dei. Samanslåing av avtaleformular kan seiast å vera eit anna teikn på ei forenkling av bruken av avtaleformular i prosessretten ved sida av forenkling og bortfall av avtaleformular. For i Skånelagen er innhaldet i jamningseid kort og generelt referert. Her vert trygdamål og jamningseid handsama som to sider av same situasjon i drapssaker. Men jamningseid står fram som eit eige avtaleformular etter Skånelagen, som etter Bjarkøyretten for Nidaros, utan at innhaldet i jamningseid er referert i det heile i nokon av dei.

På bakgrunn av det som er sagt ovanfor kan ein spekulera på om Skånelagen representerar eit siste stadium i bruken av trygdamål der det finst, men verken har eit fast innhald eller ei fast form? Kan vi tru at det har funnest ei rad faste avtaleformular for ulike situasjonar, men at bare det for trygd har overlevd i Den eldre Gulatingslova på grunn av den logiske plassen det kunne verta gjeve i høve til Bjarne Mårdsson sitt saketal? I så fall må ein spekulera vidare på om tygdamål i Den eldre Gulatingslova er ein reminisens frå ei tid då avtaleformular spelte ei sentral rolle i retten.

3. Diskurs: Skirskoting og sætterdóm

Det er enno vanskelegare å laga prinsipp for kultur enn det er å laga lover for natur. Likevel dristar eg meg til å hevda følgjande: Retten er på eit eller anna vis alltid formbunden. Årsaka er at dersom retten ikkje er formbunden er den ikkje annleis enn andre normdannings- og normhandhevingsordningar som pregar mellommenneskeleg samkvem. Det er det som gjer at vi i det heile kan identifisera noko som rettsleg i høve til andre sosiale fenomen. Som Niklas Luhmann formulerar det i ein meir generell rettssosiologisk samanheng:

> ”Geltung [ist] zwar keine Norm, wohl aber eine Form. Als Form markiert das Geltungssymbol die Differenz von zwei Seiten: Geltung und Nichtgeltung. Geltung ist, in der Begriffssprache von Georg Spencer Brown, die Innenseite der Form und Nichtgeltung die Außenseite.”[31]

Men dette utgangspunktet vert utfordra av konfliktløysingsordningane skirskoting og sættardóm, som ein finn døme på i Den eldre Gulatingslova. Begge ber preg av å vera formubundne.

Om skirskoting heiter det i Den eldre Gulatingslova II-2:

> ”Det er no dinæst at um nokon har pengar til gode hjå annanmann, og vitne veit um dei, så skal han stemna han heime til kravsmål og vitneførsel (…) Då skal han lata bera heimstemnevitnesburd der straks, og sidan skal han føra vitne på pengane, så mykje som han har til gode hjå han. Men um han ikkje då vil betala, så skal han krevja han og leggja han ran ved, utan han då betalar.”[32]

Dersom A kan presentera vitne på at B skuldar han pengar, så er dette fullgod prosess for at B må betala gjelda. Viss han ikkje betalar kan han utan vidare saksøkjast som ransmann ved sidan av krav om tilbakebetaling av gjelda. Bare dersom skuldnaren erkjenner tilhøvet, men er usikker på om han er pliktig etter lova til å betala tilbake den aktuelle summen, kan han koma unna ransdom.[33] Slik ser ein at det som hender i samband med skirskoting i slike saker utan vidare har rettslege konsekvensar, og skirskoting må difor reknast som ei eiga prosessform. Men det er påfallande at skirskoting står fram som nærast formlaus. Det heiter i Den eldre Gulatingslova II-2 at den bufaste skal verta stemna til å høyra vitnemålet heime, den eigedomslause frå same fylke skal verta stemna hos arvingen, medan den eigedomslause som oppheld seg utanfor fylkje skal stemnast der han sist var julenatta. Vidare vert det nemnt to alternative måtar å møta gjeldskravet på: Å betala eller å hevda at det er usikkert om det ligg føre ei rettsleg plikt til betaling. Til slutt finst det to mogelege utgangar på saka: Frivillig tilbakebetaling av gjelda, eller dom i saka på tinget. Utover dette finst det ingen formreglar som regulerer skirskoting som prosess i Den eldre Gulatingslova II-2. Årsaka er at vitnemålet som vitna ber fram gjer saka så klar at det kan gjennomførast ein heilt enkel prosess. Det same er tilfellet med sættardómen.

[31] Luhmann (1993) s. 104.
[32] Gulatingslovi (1937) II-2, s. 54.
[33] Skeie (1937) s. 114–115.

Det finst i Den eldre Gulatingslova to former for dóm: Skiladóm og sættardóm. Skiladómen var eit konfliktløysingsorgan som var nytta for å slå fast saksfakta i ein tvist, medan sættardómen vart nytta for å slå fast rettsverknadane av eit saksfakta det var semje om. Det finst langt fleire reglar om skiladómen enn om sættardómen i Den eldre Gulatingslova, og Knut Helle hevdar at den høyrer til den eldre delen av rettsboka.[34] Sættardómen vert derimot åleine nemnt i I-32, som eit tillegg til Den eldre Gulatingslova som ein òg finn i Frostatingslova V-46:

> "Alle dei domar som skal setjast i dråpssaker eller i saker um legemål med dei kvinnone som me etter lovene har rett til dråpshemn for, dei skal alle setjast med lov og grid til fyrste betalingsdagen for bøtene."[35]

Denne regelen føreset altså at ein gjennom dóm kan forhandla seg fram til bøteforlik i saker som gjeld drap og seksuell omgang med nære kvinlege slektningar. Regelen om sættardóm skal i følgje Knut Helle vera henta frå fredslovgjevinga til kong Magnus Erlingsson på 1160-talet. Det som støttar opp under ei slik forklaring er at sættardómen skal nyttast i samband med sakstypar som òg var underlagt hemnrett, og at kongen går inn i konflikten som ein domseksekverande tredjepart. Ein ser klart kor viktig dette siste punktet er dersom ein samanliknar I-32 med den alt nemnte regelen i II-2. Her heiter det at dersom skuldnaren ikkje vil betala trass dom, kan kreditor krevja at tingmennene og kongen sin årmann skal gå med han for å krevja inn gjelda med makt. Men årmannen har inga plikt til å følgja med på innkrevjingstoktet, og einaste konsekvens er at kongen mister sin del av bøteinntektene. Skirskotingsordninga, slik den står fram i Den eldre Gualtingslova II-2 er altså frå ei tid då kongen enno hadde ei svært perifer rolle i rettslivet. I-32 er derimot frå ei tid då kongen arbeidde seg fram til ei meir sentral posisjon, særleg gjennom fredslovgjeving. Samla sett tydar dette på at sættardómen vart introdusert som ein del av det kongelege fredsprosjektet, og ikkje var noko gamal ordning.

På den andre sida er alt X-37 i Den eldre Gulatingslova nemnt. I denne regelen heiter det:

> "No eig ingen krav på rettsbot for seg meir enn tri gonger, korkje kar eller kvinne, um han ikkje hemner seg innimillom."[36]

[34] Helle (2001) s. 93.
[35] Gulatingslovi (1937) I-32, s. 47.
[36] Gulatingslovi (1937) X-37, s. 174.

Denne regelen er så definitivt ikkje formulert i samband med det kongelege fredsprosjektet, og må heller seiast å stå i opposisjon til eit slikt prosjekt. Det er fullt mogeleg at regelen faktisk er yngre enn I-32 om sættardóm ved å vera eksplisitt formulert i opposisjon til det kongelege fredsprosjektet. På den andre sida må den seiast å gje uttrykk for haldningar som er eldre enn statsdanninga ved å gjera kvar mann, og truleg kvar mann si ætt, ansvarleg for sjølv å sikra seg rett. Viktigare i denne samanhengen er at denne regelen, med eit førestatleg innhald, føreset at det er mogeleg å forhandla fram eit skadeoppgjer gjennom ein sættardóm. Difor er det lite truleg at det er fyrst på 1160-talet at sættardómen oppstod som konfliktløysingsorgan. Snarare må ein tru at kong Magnus Erlingsson tok i bruk eit gamalt institutt til eit nytt føremål.

Men så til det som er poenget: Sætterdómen står fram som ei formlaus konfliktløysingsordning både i I-32, der ordninga er nemnt som ein føresetnad, og i X-37, som føreset eksistensen av ordninga. Korleis kan både skirskoting og sættardómen vera formlause konfliktløysingsordningar? Særleg interessant vert dette med tanke på at skiladómen er sterkt formbunden. Dersom det til dømes ikkje finst vitne til gjeldsstiftinga, så må saka handsamast av ein skiladòm i staden for at kreditor nyttar seg av skirskoting.[37] I Den eldre Gulatingslova II-4 finst det ei detaljert skildring av korleis ein slik dom skal setjast, fungera og avsluttast. Det same er tilfellet ved odelskrav etter XII-2. Det som altså karakteriserar skiladómen er at saksfakta ikkje er klart. Årsaka til at det ikkje er klart er at det ikkje finst vitne til ei særleg stifting av ein rett, det vera seg eit gjelds- eller eit odelskrav. Bruk av skirskoting føreset altså at det finst slike vitne. Men kvifor finst det ikkje reglar for kven som kan vitna om kva, slik ein til dømes finn om vitne i gjeldssaker i VIII-2 i Landslova av 1274? Her vert det føresett at ei gjeldssak skal opp på eit lagstemne, der lagmannen dømer som einedommar med appell direkte til lagtinget. Vidare finst det her eksplisitt sagt at det må vera to vitne, at deira vitnemål må vera overeinstemmande, og at dei ikkje må vera for nært i slekt med den dei vitnar til fordel for. Alt dette gjev tryggleik for at kongen kan eksekvera, og dermed setja punktum for ein tvist, utan å gjera nokon mann urett. Ei slik tryggleik hadde ikkje kongen etter Den eldre Gulatingslova II-2, dersom

[37] Eg meiner Hertzberg (1874) s. 15–16 i realiteten skil vitne til krav utan vitne, som i Den eldre Gulatingslova II-4, frå dei situasjonar der vitne vert presentert som vitne til ei rettsakt. Det er bare det siste som er skirskoting som prosessform, sidan det er bare slike situasjonar som i seg sjølv får materielle rettslege følgjer.

årmannen vart med på gjeldsinnkrevjingstoktet, eller etter I-32 der kongen garanterte for eksekveringa av domen.

Formløysa etter II-2 og I-32 i Den eldre Gulatingslova skuldast truleg ein faktor som ikkje er nemnt i rettsreglane, men som var ein føresetnad for at desse rettsreglane skulle fungera konfliktløysande: Eit forbunde avtaleformular. Lat oss tenkja tilbake på trygdamål sine mange malande bilete om tilhøvet mellom orden og kaos, sine mange religiøse referansar, og sitt hovudtema: Den som bryt avtalen set seg utanfor samfunnet og skal jagast som ein ulv. I dag er dette poesi. Og det poetiske har vore viktig for å gje avtalen ei form som gjorde det mogeleg å hugsa og gjenkjenna den. Men menneske i den tidlege norske mellomalderen fekk på dett viset forklart tilhøvet mellom eigne handlingar og kosmiske samanhengar. Den som gav trygd gjennom å seia fram, eller gjennom slutta seg til eit slikt formular som vart sagt fram, hadde klart for seg at hans tilhøve til medmenneske og guddomlege makter frå no av var avhengig av at vedkomande haldt avtalen. Dersom avtalen vart broten kunne motparten gje igjen heile avtaleformularet, enten gjennom skirskoting eller etter at det var sett ned ein sættardóm, med eit lite tillegg på slutten om at avtalen vart broten. Dermed var det klart for alle og ein kvar at den konkrete handlinga var i strid med kosmiske strukturar for orden, og dermed var den feil. Slik set utgjer trygdamål eit avtaleformular som gjer det mogeleg å skilja rett frå galt på eit maksimalt enkelt, samstundes maksimalt sikkert grunnlag. Franz Wieacker har forklart dette i samband med den eldste romerske prosessen:

> "Dagegen ist allerdings der Formalismus des äldsten *ius civile* duch die ursprüngliche Absicht der Pontifikaldisziplin beeinflußt, jegliche Störung der *pax Deum* zufolge Verfehlung der richtigen Rituale zu vermeiden. Die juristischen Rituale sind daher gleich der sakralen, Wirkformen, deren Erfolge derart am richtigen körperlichen Vollzug der Handlungen und Worte haftet, daß für eine Unterscheidung von Handlungsabsicht und Handlungserfolge, Willie und Wort ursprünglich kein Raum bleibt. Auch die unabsichtliche, offensichtliche zufällige Verfelung der richtigen Wirkform macht daher den gewollten Akt schlechthin hinfällig."[38]

No har det ikkje funnest eit potifikalkollegium i norsk rettshistorie, og noko likskapsteikn mellom romersk og norsk rettshistorie kan ein ikkje setja. På den andre sida kan det hevdast at Wieacker her skildrar noko

[38] Wieacker (1988) s. 320.

som ikkje er særeige ved tidleg romersk prosess, men med alle rettsleg prosess i den tidlege fasen av rettsleggjering: At form vert knytt rituale. Den enklaste forma for slike ritual er avtaleforma. Den er òg den mest effektive å nytta, fordi den knyt så tydelege saman handling og kosmos. Ei meir komplisert form for ritual er handlingsritual, slik ein har det skildra i samband med skiladómen. Men dette er eit ritual som kan vera med å gje retten form når retten har bevist sin verdi og funksjon, og ikkje treng å direkte henta legitimitet frå det sakrale og kosmiske samanhengar. Eg er på bakgrunn av dette samd med Helle i at skiladómen er ei gamal ordning, men vil hevda at skirskoting og sættardómen er enno eldre konfliktløysingsmekanismar fordi deira form nettopp er knytt til avtaleformularet åleine.

Eit slikt avtaleformular er altså trygdamål, og ein må sjå føre seg at det kunne nyttast både i samband med skirskoting og sættardom. Samstundes har vi sett at det i islandsk rett har funnest eit gridamål, medan det i Skånelagen og i Bjarkøyretten for Nidaros er nemnt ei jamningseid. Vi har òg sett at skirskoting etter Den eldre Gulatingslova II-2 er nemnt i samband med gjeldssaker. Vi kan difor spekulera på om trygdamål i Den eldre Gulatingslova bare er det siste av mange avtaleformular for til dømes grid, jamning, giftarmål, lysing av arving, frigjeving av trælar, kjøp, gjeld, etc.,[39] som alle kunne gje form til dei formlause konfliktløysingsmekanismane skirskoting og sættardóm. Årsaka var at dei begge gjorde saksfakta uomtvisteleg. Om ein valte skirskoting eller sættardóm var i så fall bare avhengig av om det var behov eller vilje til å forhandla om rettsverknadane eller ei.

Det er ikkje nemnt avtaleformular som trygdamål i verken Frostatingslova eller Bjarkøyretten for Nidaros, og trygdamål frå Den eldre Gulatingslova vart ikkje tatt inn i Landslova av 1274. Men avtaleformular av ein enklare type, som kan minna om det innhaldet som vart kravd jamningseid skulle ha etter Skånelagen kapittel 113, vart likevel nytta. Eit døme på dette har ein frå ein giftarmålskontrakt frå Bergen i 1341:

> ”þa er Þostein Iuars son festi ser Sigriði Barðar dotor till eighinar husproeyiu. var þar vm talað ok till fulnaðar gortt wm heimanfiulghiu tillgiof ok aðra kaupu koste þeira i millim epptir þwi sem bref þar vm gortt watar. stod þa Þostein vpp ok gæk ifir vm þuert golfett ok tok i hond Sigriðar en Omundr langr skildi firir mæðr þæima orðom, gud se hansal þeira Þosteins Iuars sonar ok Sigriðar Barðar dotor. þat skilzt ok flælzt vndir þeira hansale

[39] Konf. Hertzberg (1874) s. 3.

at Þostein festir ser Sigriði till æighinar kono aat guds loghwm ok heilaghrar kirkiu se þar guð ifir vattr ok þeir aller goðer men nemdir vattar, sem orð min hoeyra. Gaf þa Þostein Sigriði opnemdri fingr gull ok kysti hana. Var ok aat allre vare æslan sion vitend ok vndirstadnigh jam goðr vili Sigriðar till þessa kaups sem Þosteins."[40]

Men sjølv om ein slik avtale kunne tena som bevisgrunnlag var den likevel av ein annan type enn trygdamål, som var retta inn på å gje sjølve den rettslege prosessen si form.

Summar summarum

Som alt vist, er det vanleg i rettshistorisk litteratur å karakterisera trygdamål som eit formular. Vidare har både Konrad Maurer og Karl von Amira peika på at formular spela ei sentral rolle norrøn rett i den tidlege mellomalderen. Vi har vidare sett at ordlyden i trygdamål føreset at det framleis fanst både kristne som gjekk til kyrkjes og heidningar som blota, og at det fanst fleire typar avtaleformular som truleg òg har vore nytta i Gulating, men som etterkvart har falt bort. Vi har òg sett at formbundne avtaleformular, som trygdamål, var ein del av konfliktløysingsframgangsmåtane skirskoting og sættardóm. Desse prosessordningane var nærast formlause i motsetnad til den forbundne skiladómen, og begge ser ut å vera gamle ordningar. Skirskoting fordi Den eldre Gulatingslova II-2 føreset at kongen sin årmann fritt kan velja om han vil vera med å eksekvera ein dom saman med tingmennene eller ei. Dette indikerar at kongsmakta enno ikkje har etablert seg som ei eksekverande makt, som er den fyrste fast rolla den fekk å spela innan rettslivet. Sættardómen fordi den kan knytast til Den eldre Gulatingslova X-37 som generelt reflekterer haldningar i eit førestatleg samfunn der kvar mann og hans ætt sikrar sin rett etter eige hovud. Dette indikerar at regelen skriv seg frå ei tid då kongsmakta enno ikkje var tilstrekkeleg sterke til å sikra kvar mann rett som domseksekverar. Slik sett er det altså vist at trygdamål må vera reminisens frå ei innretting av rettsprosessen som ikkje lenger var naturleg å gje ei synleg rolle i Den eldre Gulatingslova. I denne prosessen var det avtaleformular som sikra form til ein elles formlaus prosess. Dette er ein teknikk som ikkje kan seiast å vera særprega for den eldste norske prosess, men for all prosessrett i ein tidleg fase av rettsleggjering av konfliktar.

[40] DN (1846) nr. 276, s. 220, jf. Amira (1973) s. 298.

Kjelder

DN (1847) Diplomatarium Norvegicum – Oldbreve til Kundskab om Norges indre og ydre Forhold, Sprog, Slægter, Sæder, Lovgivning og Rettergang i Middelalderen, 1. bind.

Grágás (1852) Grágás – Islændernes Lovbog i Fristatens Tid, udgivet efter det kongelige Bibliotheks Haandskrift og oversat af Vilhjálmur Finsen, 1. del.

Gulatingslovi (1937) Gulatingslovi, umsett frå gamalnorsk av Knut Robberstad.

Svenska landskapslagar 4 (1943) Svenska landskapslagar, tolkande och förklarade för nutidens svenskar av Åke Holmbäck och Elias Wessen, 4. bind: Skånelagen och Gutalagen.

Litteratur

Amira (1973) Karl von Amira: Nordgermanisches Obligationsrecht, 2. bind: Westnordisches Obligationsrecht.

Bøe (1960) Arne Bøe: Artikkelen "Griðamál og trygðamál", publisert i Kulturhistorisk lexikon för nordisk medeltid frå vikingtid till reformationstid, 5. bind: Frälsebrev–Gästgiveri.

Falkanger (2006) Aage Thor Falkanger: Lagmann og lagting i Hålogaland gjennom 1 000 år.

Helle (2001) Knut Helle: Gulatinget og Gulatingslova.

Hertzberg (1874) Ebbe Hertzberg: Grundtrækkene i den ældste norske Proces.

Lárusson (1960) Ólafur Láursson: Log og ting.

Luhmann (1993) Niklas Luhmann: Das Recht der Gesellschaft.

Maurer (1910) Konrad Maurer: Vorelesung über Altnordische Rechtsgeschichte, 5. bind: Altisländische Strafrecht und Greichtswesen.

Maurer (1864) Konrad Maurer: Artikkele "Graagaas", publisert i Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste mit Kupfern und Charten, 77. bind: Gaagaas–Gradisca.

Robberstad (1990) Knut Robberstad: Rettssoga I.

Robberstad (1937) Knut Robberstad: Fotnotar, publisert i Gulatingslovi.

Skeie (1937) Jon Skeie: Den norske strafferett, 1. bind: Den almindelige del.

Taranger (1926) Absalon Taranger: Artikkelen ”De norske folkelovbøger”, publisert i Tidsskrift for Retsvidenskap, 30. årgang 1926.
Vogt (2005) Helle Vogt: Slægtens funktion i nordisk højmiddelalderret – kanonisk retsideologi og fredsskabende lovgivning.
Vogt (1936) Walter Heinrich Vogt: Forschnung zum Deutschen Recht, 2. bind 1. hefte: Altnorwegens Urfehdebann under der Geleitschwur.
Wieacker (1988) Franz Wieacker: Römische Rechtsgeschichte – Quellekunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, erster Abschnitt: Einleitung, Quellekunde, Frühzeit und Republik.