



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Josefine Hjalte

Guds rätt och domarens nåd
Arbitrering i 1600-talets rättskultur

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Martin Sunnqvist

Termin för examen: Period 1, VT2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte	5
1.2 Avgränsning	5
1.3 Teori	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Disposition	10
2 SAMHÄLLE, STRAFF OCH RELIGION PÅ 1600-TALET	11
2.1 Ståndssamhället	11
2.2 Straffet som uppfostringsmetod	12
2.3 Gud	13
3 DOMARNA OCH DOMSTOLSSYSTEMET	16
3.1 Hovrätterna	16
3.1.1 Inrättande av hovrätterna	16
3.1.2 Hovrätternas kompetens och jurisdiktion	17
3.1.3 Hovrätternas sammansättning	18
3.2 De dömande	19
3.2.1 Juristutbildningens framväxt i Europa	19
3.2.2 Svenskarnas utlandsstudier	20
3.2.3 Studier i Leiden	21
3.2.4 Studier i Sverige	22
3.2.5 Assessorerna	24
3.2.6 Domarens förväntade dygder	25
4 1600-TALET RÄTTSKÄLLOR	26
4.1 Appendix	26
4.2 Romersk rätt	28

4.2.1	Reception av den romerska rätten	28
4.2.2	Från romersk rätt till naturrätt	29
4.3	Naturrätten	30
4.3.1	Historisk bakgrund	31
4.3.2	Naturrättens användning	32
5	ARBITRERING	34
5.1	Innebörden av domarens arbitrio	34
5.2	Synen på arbitring	36
5.3	Exempel på hur arbitring användes	38
5.3.1	Clara Kruus tvegifte	38
5.3.2	Knekthustrur	40
5.3.3	Älvakongen och annat oknytt	42
6	SAMMANFATTANDE ANALYS OCH DISKUSSION	44
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	48

Summary

As the first Swedish Court of Appeal was promulgated in 1614, among other tasks, the reevaluation of all death sentences from the district courts fell under its responsibilities. Six years prior to this, in 1608, a new code of penal law, the so-called Appendix, had been put into place on royal initiative. Now, the Court of Appeal could either affirm the sentences from the district courts, or overrule them and replace them with a new sentence. If the Court of Appeal laid down a sentence without express legislative support, it was an example of the judge's *arbitrium*.

The right of *arbitrium* and its exact meaning were debated during the 17th Century. This essay establishes the various meanings of *arbitrium*, the views of it and, subsequently, presents three cases of its usage. Moreover, the essay outlines the societal structure of the time, the background and education of the judges, and the societal views of legal proceedings. Not least, the influence of *ius romanum*, *ius naturalis* and moral philosophy on penal law is examined.

In conclusion, the Appendix of 1608 led to punishments much harsher than what was right and just in the eyes of the public. By the continued usage of its *arbitrium*, the Court of Appeal, despite royal opposition, sought to reach the solution most just and right from a societal point of view. Thus, legal proceedings came to reflect the general societal morale and conscience, even though an already initially outdated penal code was formally in effect.

Sammanfattning

När den första hovrätten inrättades i Sverige år 1614 gavs den bland annat i uppdrag att kontrollera de dödsdomar som utdömts i underrätterna. Då en ny och strängare strafflag, kallad Appendix, införts 1608 hade antalet dödsdomar ökat kraftigt. Hovrätten kunde då välja att antingen fastställa underrättens dödsdom, eller leuterera och utdöma ett eget straff. När hovrätten utdömde ett annat straff än det som var föreskrivet i lag kallades det att domaren använde sig av sitt arbitrium. Begreppet arbitrium hade flera betydelser och var under hela 1600-talet omdiskuterat.

I uppsatsen redogörs för de olika betydelserna, hur man såg på arbitrering och sist presenteras tre exempel på hur arbitrering kunde användas. För att läsaren ska få en djupare förståelse för begreppet och dess användning redogörs även för den rättskultur arbitrering användes i. I begreppet rättskultur innefattas i den här uppsatsen både juristkulturen och den externa samhälleliga synen på lag och rätt. Därför inleds uppsatsen med en redogörelse för ståndssamhällets uppbyggnad, synen på straffet som en uppfostringsmetod och den djupa tron som genomsyrade samhället. Fokus läggs även på hovrätternas upprättande och deras arbetsuppgifter, då det var först genom hovrätternas införande som domaren gavs en befogenhet att arbitrera, något de i de flesta fall rörande dödsdomar också gjorde. Tidigare tillhörde den rätten kungen. För huruvida rätten att arbitrera var något som skulle fortsätta tillhöra kungen eller om domarna hade den rätten redogörs också, då det fortsatte att vara omdebatterat under hela 1600-talet. Eftersom juristkulturen och aktörsperspektivet är av vikt för att förstå hur arbitrering användes redogörs också för vilka egenskaper en domare förväntades ha och hur juridikstudier kunde se ut på 1600-talet. Det fanns dock inga krav på att assessorerna i hovrätten skulle ha någon juristutbildning eller ens en utbildning inom något annat ämne. Studier inom andra ämnen såsom teologi, historia och filosofi kunde emellertid vara användbart, då synen på lag och rätt var nära förknippad med moralfilosofin. Moralfilosofin och dess värden tillhörde lagens djupaste skikt och ansågs kunna återfinnas inom bland annat den romerska rätten och naturrätten, även om användningen av romersk rätt blev omstridd efter enväldets införande.

Sammanfattningsvis ledde den stränga strafflagen till att lagen blev hårdare än vad som i samhället ansågs vara rätt. Genom att hovrätten, trots påtryckningar från kungen, fortsatte att arbitrera och genom sitt arbitrium söka efter den förnuftigaste, skäliligaste och billigaste

lösningen kom rättsutvecklingen ändå att spegla samhällets moraluppfattning och samvete, trots en oförankrad och redan från dess införande föråldrad lagstiftning.

Förord

I detta sista arbete som jag skriver innan jag avslutar mina juridikstudier vill jag passa på att tacka min handledare docent Martin Sunnqvist för hans stöd under uppsatsen. Hans hjälp och hans engagemang har varit till mycket stor hjälp.

Jag vill också tacka mina vänner och i synnerhet min studiekamrat Anna för att de under 4,5 års tid funnits där som ett stöd när juridiken känts alltför tung och svår. Tillsammans har vi sett till att det blivit betydligt mer skratt än tårar de senaste åren.

Till sist vill jag tacka min familj för att de med oändligt tålamod lyssnat på alla mina historier om 1600-talet och alltid visat intresse när jag för hundrade gången berättar för dem varför just 1600-talets domare är så beundransvärda. Tack!

1 Inledning

När Svea hovrätt inrättades år 1614 beslutades det att det bland annat skulle ingå i hovrättens uppgifter att granska alla de dödsdomar som underrätterna utdömde. Hovrätten kunde då välja att leuterera, alltså mildra straffet, och utdöma ett annat straff än det i lagen föreskrivna.¹ I min kandidat *Det är svår sak att döma enom om livet* undersökte jag ideologin bakom Göta hovrätts användning av leutation under 1600-talet och kom då för första gången i kontakt med begreppet arbitrium. Domarens arbitrium visade sig vara ett kontroversiellt begrepp vars innebörd skiftade beroende på sammanhanget. Domarens användning av sitt arbitrium och huruvida domaren överhuvudtaget hade en rätt att arbitrera var under hela 1600-talet föremål för en omfattande diskussion. I min kandidat fanns tyvärr inte utrymmet för att närmare undersöka detta begrepp, men i denna uppsats tar jag igen den skadan och ämnar undersöka vad arbitrium innebar, hur det användes och hur den rättskultur begreppet existerade i såg ut.

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka vad domarens arbitrium var och i vilken rättskultur begreppet existerade med fokus på arbitrerings under 1600-talet. I det ingår att undersöka hur samhället såg ut, rättssystemets uppbyggnad, vilka rättskällor det fanns, vilken utbildning domarna hade och slutligen att se på exempel på hur domarna använde sitt arbitrium.

1.2 Avgränsning

Fokus i uppsatsen ligger på domarens roll och agerande i hovrätterna gällande straffrättsliga domar. Tidsperioden som behandlas kommer därför att vara år 1614 till år 1700. År 1614 grundades Sveriges första hovrätt, Svea hovrätt, och det är därför av naturliga skäl inte möjligt att undersöka domarens agerande och roll i hovrätterna innan 1614.² År 1700 inleds upplysningens sekel och år 1734 års stora lagreform kom att ändra rättskipningen så mycket att en diskussion om det här inte är relevant. När det gäller 1700-talet som århundrade så är frihetstidens och upplysningens nya tankar och idéer är alltför många och för omfattande för att kunna avhandlas i den här uppsatsen och källor från frihetstiden kommer därför endast användas när de diskuterar idéer och tankar relevanta för 1600-talet.

¹ Thunander R. Hovrätt i funktion, 1993, sida 10ff.

² Petré S. Hovrättens uppbyggnad, 1964, sida 3.

Gällande domar från hovrätterna kommer exempel främst hämtas från Göta hovrätts domar då stora delar Svea Hovrätts straffrättsliga domar från 1600-talet förstördes när slottet Tre kronor brann upp år 1697. Även Åbo Hovrätts arkiv har genom åren förstörts av diverse bränder och källtillgången är därför betydligt mer begränsad än för Göta hovrätt.³ Vidare lämpar sig Göta hovrätt bra som utgångspunkt då bland andra Rudolf Thunander bedrivit en omfattande forskning av Göta hovrätt och tillgången till källor är mycket god.

Anledningen till att fokus för uppsatsen ligger på domarens arbitrium i brottsmål år 1608 års strafflag Appendix och den omfattande leutation och arbitrerings som den gav upphov till.⁴

1.3 Teori

Lawrence Friedman klassificerade 1969 "legal culture" eller rättskultur som "*de värden och attityder i samhället som bestämmer vilka strukturer som ska användas och varför, vilka regler som är giltiga och vilka som inte är det och varför*"⁵, även om Friedmans definition har kritiserats för att vara alltför vag så passar det väl in på det som jag i denna uppsats försöker mig på. I den kritiken som Friedman fått har Robert Cotterrell ansett att begreppet rättskultur är för vagt utan man borde i stället tala om rättsliga ideologier. Begreppet ideologi tolkar Professor emeritus Kjell Å Modéer som att det innefattar såväl politiska som rättsliga, religiösa och ekonomiska ideologier.⁶ Att endast se till ideologier skulle dock vara alltför snävt i den här uppsatsen då det skulle vara meningslöst att försöka beskriva rättsliga ideal utan att också förklara den värld de rättsliga idealen uppstod i. När det gäller att välja mellan "the internal legal culture", alltså den kultur som utvecklas av juristerna själva, och "external legal culture", den kultur som utvecklas utifrån åsikter i samhället,⁷ är det svårt att endast fokusera på "the internal legal culture" och "juristkulturen" då den allmänna uppbyggnaden av samhället och samhällsliga maktstrider influerade rättens uppbyggnad allt för mycket. Juristkulturen, alltså juristernas mentalitet, utbildning, attityder m.m.⁸ kommer dock att diskuteras då juristerna trots allt var de som utövade sitt arbitrium. Deras attityder och utbildning är en alltför stor del av begreppet innebörd för att inte diskuteras.

³ Thunander R. 1993, sida 18-19.

⁴ Se t.e.x Thunanders böcker om Göta hovrätts verksamhet.

⁵ Modéer K. Rätten, en festskrift till Bengt Ankarloo, 2000, sida 389.

⁶ Modéer, 2000, sida 391.

⁷ Nelken D. Comparing legal cultures, 1997, sida 116.

⁸ Modéer, 2000, sida 393.

I och med att fokus till stor del läggs på domarna själva och juristkulturen anläggs det som Modéer kallar för aktörsperspektivet. Med det menas att man ser på rättens aktörer och deras påverkan på rättskulturen och rättsordningen.⁹

Kaarlo Tuoris teori om lagen som någonting som består av olika skikt äger också in giltighet i den här uppsatsen. Tuori menar att lagen består av tre skikt där det översta ytskiktet består av lagar och praxis. Skikt nummer två består av rättskulturen, alltså rättsliga principer, metoder m.m. Det sista skiktet är det som förändras långsammast och består fundamentala rättsprinciper och idéer såsom till exempel naturrättsliga värden.¹⁰ Då jag kommer att undersöka hur juristerna agerade, den skrivna lagen och rättspraxisen samt de övergripande rättsliga idéerna om en övre lag från Gud och förnuftet passar Tuoris teori väl.

1.4 Metod och material

Det material som använts är främst doktorsavhandlingar och tidigare undersökningar av 1600-talet i allmänhet och rättsväsendet i synnerhet. Då jag själv inte haft möjlighet att gå direkt till hovrätternas arkiv är det främst andrahandskällor som använts. De förstahandskällor som använts är Agneta Horns lefverne och Lorenzo Magalottis beskrivning av Sverige år 1674. Varken Agneta Horn eller Magalotti fokuserar i sina böcker på just rättsväsendet, men Horn är ändå relevant då hon ger en bild av den mentalitet och syn på Gud som fanns hos högadeln. Just adelns syn på livet är särskilt relevant då det var högadeln och tjänstemannaadeln som främst befattade sig med lagstiftningen. Magalottis beskrivning av Sverige rör alla områden däribland en kortare beskrivning av domstolväsendet och är relevant för uppsatsen då han ger en inblick i 1600-talets Sverige. Vid en läsning av Magalottis bok bör man ha i åtanke att det är hans, en katolsk adelsman, personliga åsikter som framförs och inte nödvändigtvis ”sanningen”.

1.5 Forskningsläge

Vid studier av hovrättens arbete och dess domare under 1600-talet finns det några namn på experter på området som återkommer. Den främste gällande studier av Göta hovrätts verksamhet under 1600-talet är Rudolf Thunander som i sin doktorsavhandling ”*Hovrätt i funktion – Göta hovrätt och brottmålen*” från 1993 och i sin bok ”*Förbjuden kärlek – sexualbrott, kärleksmagi och kärleksbrev i 1600-talets Sverige*” från 1992 grundligt undersökt

⁹ Modéer, 2000, sida 397.

¹⁰ Tuori, Towards a multi-layered view of modern law, 1997, sida 433.

Göta hovrätts dömande verksamhet. Hans arbeten diskuterar inte bara lagarna och brotten utan ger även en beskrivning av hur hovrätten fungerade, vilka domarna var, dess funktion i samhället och samspelet mellan hovrätterna och kungen.¹¹

En annan viktig källa till hovrätternas arbete under 1600-talet är Professor Stig Jägerskiölds forskning. I ett flertal texter, bland annat ”*Rätt och rättskipning i 1600-talets Sverige*”¹², har Jägerskiöld undersökt hovrätternas arbete, rättens utveckling och främmande rätts påverkan på svensk rätt. Jägerskiölds syn på receptionen av främmande rätt och då framför allt romersk rätt är dock inte oemotsagd utan han har fått en del kritik av både Heikki Ylikangas¹³ och Elsa Trolle Önnerfors¹⁴ för att för ensidigt ha fokuserat på romersk rätt utan att ta ordentlig hänsyn till naturrätten och andra samhällseliga faktorer.

Heikki Ylikangas är av den åsikten att Jägerskiölds syn på receptionen av den romerska rätten var en förenkling och gav för lite utrymme till hur rätten påverkades av samhällsgruppernas maktkamp. I sin forskning undersöker Ylikangas hur främmande rätt kunde användas för att främja en viss samhällsgrupps intressen och hur skiftet från reception av romersk rätt till ett större intresse för naturrätt och inhemska rätt speglade skiftet från högadelns styrande av Sverige och hovrätterna till den absoluta kungamakten och lågadelns stärkta inflytande över hovrätterna.¹⁵ I Elsa Trolle Önnerfors avhandling ”*Justitia et Prudentia*” ligger fokus på civilrätten och testamentsrätten i 1600-talets Sverige, men hon även diskuterar arbitring, leutation och rättssystemet i allmänhet.

En femte person som undersökt 1600-talets brottmål och rättens beståndsdelar är rättshistorikern Bo H Lindberg som i ”*Brott och Straff enligt more geometrico – ett kristet-aristoteliskt arv*” undersökt begreppet ”arbitrium” och dess användning under 1600- och 1700-talet. Lindberg kopplar arbitrium till Aristoteles rättsteori och de kardinaldygder som en domare ansågs behöva inneha för att kunna utföra sitt arbete på ett med Guds naturrätt och rättvisan överensstämmande sätt. Lindbergs stora fokus på teori och filosofi bakom begreppet arbitrio resulterar i en starkt teoretisk diskussion kring begreppet som visserligen förklarar tidens filosofiska tankegångar väl, men utan en tydlig diskussion kring användningen i domarens

¹¹ Thunander, 1993.

¹² Rättshistoriska studier, IX bandet, 1984

¹³ Ylikangas, H. *Kampen mellan naturrätt och romersk rätt i Sverige*, 1984.

¹⁴ Trolle Önnerfors, E. *Justitia et Prudentia*, 2014, sida 51-53.

¹⁵ Ylikangas, 1984.

dagliga arbete. I sin avhandling ”*Praemia et Poenae*” har Lindberg behandlat brottmål, etik och lagens tillämpning i Sverige under tidig ny tid, däribland 1600-talet. I en recension av *Praemia et Poenae* har Lars Björne påpekat att avhandlingen har vissa brister, inte minst språkliga. Lindberg har nämligen en tendens att böja latinska ord trots att resten står på svenska vilket kan göra det svårt för den vars latinska kunskaper är något ringrostiga att hitta den ursprungliga formen. Vidare kritiserar Björne Lindberg för att ett något snävt och otydligt urval av källor och ibland komma med påståenden på ganska lösa grunder,¹⁶ något man bör ha i åtanke.

Samhället, dess personer, ideal och det som man skulle kunna sammanfatta som 1600-talet och tidsandan har i ett flertal böcker beskrivits av Peter Englund. På det området har denna uppsats inga ambitioner att presentera något som inte redan beskrivits, och beskrivits bättre, av Peter Englund. Hans många böcker om tidsperioden och dess folk har i stället fungerat som en källa till en djupare förståelse för det samhälle som domarens utövande av arbitrerings existerade i.

Gällande hur en juristutbildning kunde se ut på 1600-talet så har det utförligt diskuterats av Marianne Vasara-Aaltonen i *Learning law and travelling Europe* där hon studerat hur studenter som kan betecknas som juriststudenter rest och studerat i Europa. Studiens fokus ligger på studenter vid Åbo universitet, men Vasara-Aaltonen menar att hennes egen och andras tidigare forskning visar på att studiens resultat inte bör differentiera alltför mycket från hur situationen vid Lund eller Uppsala universitet såg ut och därför kan studenterna vid Åbo universitet anses vara representativa för hur jurister utbildades under 1600-talet.¹⁷ För en mer exakt bild av hur varje enskild assessors och hovrättspresidents bakgrund såg ut för Göta hovrätts domare så har det undersökts av Johan Odencrantz i *Kongl. Göta Hofrätts presidenter, ledamöter och betjänter, utgiven 1803*.

Studier gällande Svea hovrätt, dess tillkomst och arbete har genomförts ett flertal gånger och i den här uppsatsen har studierna som presenterades vid Svea hovrätts 350 års firande av Petrén, Jägerskiöld och Nordberg varit den främsta källan och deras arbete har länge ansetts vara den absolut främsta källan till det mesta som rör Svea hovrätt.¹⁸ Där Petrén och Jägerskiölds

¹⁶ Björne L. SvJT 1992 sida 762-767.

¹⁷ Vasara-Aaltonen M. Learning Law and Travelling Europe, 2020, sida 18.

¹⁸ Korpiola M. The Svea Court of Appeal in the early modern period, 2014, sida 14ff.

forskning inte räckt till har Mia Korpiola tillsammans med andra forskare publicerat en bok med diverse studier rörande Svea hovrätts verksamhet.

1.6 Disposition

För att läsaren ska få en djupare förståelse för den rättskultur domarens arbitrium utövades i inleds uppsatsen med en presentation av hur 1600-talets samhälle var uppbyggt, hur man såg på straffet och synen på Gud och religion. Därefter presenteras hovrätternas inrättande och verksamhet samt juristernas utbildning och bakgrund med syfte att ge en inblick i hur de som hade rätt att arbitra utbildades och vilka tankesätt de skolats i. Efter att juristerna och hovrätterna presenterats kommer turen till de rättskällor som domaren hade att ta hänsyn till inom straffrätten. Fokus ligger där på Appendix, romersk rätt och naturrätt. Först efter att rättskällorna diskuterats så diskuteras själva begreppet arbitrium, dess innebörd, synen på det och exempel på hur arbitring kunde användas. Sist kommer en sammanfattande analys och diskussion.

2 Samhälle, straff och religion på 1600-talet

För att förstå vad domarens arbitrium innebar och hur arbitrering användes krävs det en viss en förståelse för hur det rättssystem och samhälle begreppet existerade i såg ut. I det här avsnittet kommer därför redogöras för samhällets uppbyggnad, synen på straff och religion.

2.1 Ståndssamhället

”Men såsom stånden vore divers, som prästerskapet predika, bondeståndet att bruka landet, borgarne att bruka deras näring, så bör var och en bliva vid sitt verk och sina privilegier.”¹⁹

I denna enda mening lyckas Axel Oxenstierna väl sammanfatta 1600-talets ståndssamhälle. Samhället var indelat i fyra stånd, adel, präster, borgare och bönder, där var och en hade sin plats och sin funktion att fylla. Samhällets indelning ansågs vara en del av skapelseordningen och varje stånd hade fått sin plats och sina uppgifter av Gud. Då ordningen skapats av Gud tillkom det inte heller människan att ändra den.²⁰

Två av de vanligast återkommande metaforerna som användes för att illustrera hur samhället och de olika stånden hängde ihop var bilden av samhället som en kropp eller en pyramid. För att en kropp ska fungera måste alla olika delar utföra sina egna uppgifter, men alla delar är också nödvändiga liksom basen för en pyramid behövs för att bygga upp toppen. Adeln ansågs vara huvudet, ryggraden och pyramidens topp. Det var de som styrde landet, krigade och stiftade lagar. Att styra landet var inte bara ett privilegium utan presenterades som en börda som förpliktigade. I adelns uppgifter ingick även att representera och konsumera. För att kunna representera på ett ståndsmässigt sätt och göra Sverige till ett land som gällande kultur kunde tävla med kontinenten krävdes att adeln konsumerade, något som ansågs bidra till borgarnas välstånd. Ståndet under adeln var prästståndet vars uppgift det var att sörja för människors själar och hålla efter moralen i samhället för att minska risken för gudomliga straff. Längst ner i pyramiden befann sig borgarna och bönderna vars uppgifter det var att föda det andra stånden, borgarna genom handel och bönderna genom odling. Endast när alla fyra stånd höll sig på sin

¹⁹ Englund P. Det hotade huset, 1989, sida 29.

²⁰ Englund, 1989, sida 27ff.

plats och utförde sina uppgifter kunde samhället var harmoniskt och starkt.²¹ Det innebar dock inte att det var omöjligt för folk att byta stånd. Under drottning Kristinas regeringstid nyadlades folk som aldrig förr och i slutet av 1600-talet bestod adeln till 80% av nyadlade varav 70% av de nyadlade var före detta borgare.²² Nyadlandet avspeglades även i hovrätterna. I till exempel Göta hovrätt adlades minst tre av de ofrälse assessorerna.²³

Den strikt hierarkiska ordningen avspeglades även inom rättssystemet. *Suum cuique*, åt var och en sitt, var en av de viktigaste rättsprinciperna och innebar att var och en skulle dömas efter vad som tillkom en.²⁴

2.2 Straffet som uppfostringsmetod

Thunander beskriver 1600-talet som ett ”uppfostrandets århundrade” där de stränga straffen i Appendix, den strafflag som infördes 1608²⁵, var ett försök att skärpa moralen och den svenska disciplinen. Svensken ansågs vara obildad, supig och omoralisk, en uppfattning som framfördes av såväl utländska diplomater som svenska kungen, och genom införandet av strängare straff skulle folket skrämmas till att leva ett dygdigare och bättre liv.²⁶

Synen på straffet som en reaktion på människans fördärv framfördes av flera tänkare och professorer under 1600-talet, däribland kriminalisten Benedict Carpzov och den svenske professorn i juridik Carolus Lundius. Lundius menade att människans låga moral och syndfulla natur efter syndafallet resulterade i att människan måste styras med hårda lagar. Carpzov i sin tur försvarade dödstraffet existens med att det i tidig tid kan ha räckt med böter då människans moral var bättre då, men 1600-talets människors moral var så dålig att det krävdes strängare straff för att avskräcka dem från att handla i strid mot Guds bud.²⁷ Carpzov och Lundius var inte ensamma om den synen på människan och straffet vilket bekräftas av ett brev som Bo H Lindberg återgett från hertig Johan till Gustav II Adolf där hertigen år 1617 skriver ”*Ty såsom ondskan främjes och överhanden tager så måste och straffet skräpas och överflöda.*”²⁸

²¹ Englund, 1989, sida 27-33.

²² Englund, 1989, sida 14.

²³ Thunander, 1993, sida 35.

²⁴ Trolle Önerfors, 2014, sida 75.

²⁵ Thunander, 1993, sida 8.

²⁶ Thunander R. Förbjuden kärlek, 1992, sida 14.

²⁷ Lindberg Bo H. Praemia et Poenae, 1992, sida 47ff.

²⁸ Lindberg, 1992, sida 58.

Tron på det stränga straffet hängde även ihop med tron på att Guds vrede över den enskildes omoraliska leverne skulle resultera i att Gud straffade hela befolkningen. Det var därför nödvändigt att försöka förbättra folkets moral och avskräcka dem från beteenden som kunde resultera i diverse gudomliga straff i form av till exempel missväxt och svält.²⁹

Huruvida man med de stränga straffen i Appendix faktiskt lyckades påverka människornas moral och avskräcka dem från att synda är svårt att säga, men år 1665, nästan 60 år efter Appendix införande, skrev landets hovrättspresidenter ett brev till kungen och beklagade sig över att ”*människors arghet, synder, skam och laster nu så uppstiga och taga så överhanden, att ingen haver slikt kunnat uttänka, än mindre därpå göra lag.*”³⁰ Hovrättspresidenternas uttalande tyder på att Appendix inte ansågs ha hjälpt särskilt mycket, men samtidigt bör man komma ihåg att de stränga straffen i Appendix ofta mildrades genom leutation och arbitrerung i hovrätterna,³¹ något som kanske kan ha påverkat den avskräckande effekten av straffen.

Som syns i den ovan framförda synen på straffet och ståndssamhället är tanken på Gud, hans gudomliga bud och vrede ständigt närvarande och som Thunander påpekar är det lönlöst att försöka förstå 1600-talets straff och straffmätning utan att ta hänsyn till 1600-tals människans förhållande till Gud och religion.³²

2.3 Gud

För 1600-talets människor var Guds existens ett odiskutabelt faktum.³³ 1600-talets Gud var inte nödvändigtvis en barmhärtig Gud utan hade mer gemensamt med Gamla testamentets Gud, sträng, krävande och straffande. Levde man sitt liv efter vad religionen och kyrkan påbjöd belönades man i livet efter detta, men bröt man mot budorden straffades man. För den enskilde innebar det skärselden och i värsta fall helvetet medan det för befolkningen som helhet kunde innebära pester och nödår.³⁴

Även om Guds existens aldrig betvivlades så kunde inställningen till religionen och kyrkan naturligtvis variera. Lorenzo Magalotti (1637-1712) ansåg att svenskarnas inställning till

²⁹ Thunander, 1992, sida 11.

³⁰ Thunander, 1992, sida 16-17.

³¹ Se diskussion kring detta senare i uppsatsen.

³² Thunander, 1992, sida 105.

³³ Englund P. *Silvermasken*, 2006, sida 20.

³⁴ Thunander, 1992, sida 106.

religionen var ljum och skrev att *”Religionen här i landet sitter för öfrigt icke djupt, i allmänhet taladt; hos någon därför att de äro okunniga, hos andra därför att de tala därom på ett så hvardagligt sätt, att man mister vördnaden”*³⁵ När man läser Magalotti bör man ha i åtanke att det som en 1600-tals man från det katolska Italien såg som ett ljumt intresse för religion inte nödvändigtvis skulle ses på samma sätt av en modern människa så Magalottis uppfattning om religion som något som inte var alltför viktigt för svenskarna är inte nödvändigtvis en motsägelse av det Englund och Thunander skriver. Englund påpekar också att tron i många fall var en så naturlig del av livet att den knappast krävde någon större kontemplation.³⁶ Ett uttalande som bekräftar Magalottis uppfattning om religion som något ytterst vardagligt. Även Thunander resonerar kring hur mycket religionen verkligen påverkade det dagliga livet och påpekar att gudstjänster och bön nog många gånger skedde på ren rutin och inte nödvändigtvis på grund av någon djupare religiös grund. Kristendomen blandades dessutom ganska friskt med övertro och korstecken kunde användas både som ett uttryck för en avslutad bön och för att värja sig mot troll och annat oknytt.³⁷

Exempel på variationer i folks inställning till Gud går att finna i dåtida självbiografier och rättegångsprotokoll. I Agneta Horns (1629-1672) självbiografi genomsyrar tron varje stycke på varje sida. Det är tanken på Gud och den belöning som väntar henne i livet efter detta som ger henne tröst i hennes *”svåra och mycket vedervärdiga lefvernesvandring”* och hon ber innerligt om att *”få besittja den eviga glädjen, där ingen kan taga min glädje ifrån mig, och med en fullkommen fröjd få glädjas tillika med alla dina kristtrogna och de mina, efter min värdsliga glädje har varit mycke kort och vankelbar här i denna min mycke svåra och bedröfveliga värld”*³⁸ Agneta Horns självbiografi demonstrerar inte bara hennes djupa gudstro utan även synen på jordelivet som något ganska bedrövligt som mest var till för att genomlidats tills dess att man fick sin belöning i livet efter detta.

En något annorlunda attityd hade Olof Holstensson som år 1659 stod åtalad för smädande av Gud, också det belagt med dödsstraff, och under rättegången sade *”Jag har inget att tacka Gud för, i fjol tog han boskapen och jorden av åkern för mig”*. Även Håkan Barberare var år 1637 avigt inställd till Gud och förkunnade att *”Gud i himlen råder nu icke mer utan djävulen.”*³⁹

³⁵ Magalotti L. *Sverige under år 1674*, 1986, sida 102.

³⁶ Englund P. 2006, sida 20.

³⁷ Thunander, 1992, sida 106.

³⁸ Horn A. *Agneta Horns lefverne*, 1910, sida 15-16. (Båda citaten)

³⁹ Thunander, 1992, sida 105. (Båda citaten).

Det kan dock i Håkan Barberares fall diskuteras om inte hans uttalande hade mer och göra med en besvikelse över att bli av med skattefriheten på sitt hemman än ett verkligt missnöje med Gud. I båda fallen finns, oavsett skälen till det, ett uttalat missnöje med Gud, men inte ens i det fallet där den åtalade står anklagad för gudsförsädelande ifrågasätts Guds existens. Som Thunander skriver så tvivlade inte ens de hädare som ”*druckit Satans skål*” och givit kyrkan och prästerna ”*tusende djävlar*” på att det fanns en Gud.⁴⁰

⁴⁰ Thunander, 1992, sida 105.

3 Domarna och domstolssystemet

Det är lika lönlöst att diskutera arbitrering och domarens befogenheter utan att först presentera hur juristerna utbildades och rättssystemets uppbyggnad som det är att diskutera brott och straff utan att först etablera religionens roll i det hela. I det följande kommer därför en presentation att göras av hur en juristutbildning *kunde* se ut. Precis som idag så skiljde sig folks utbildning åt där vissa till exempel valde att studera utomlands vid ett eller flera utländska universitet medan andra stannade i Sverige. Det fanns inte heller något som direkt motsvarar dagens juristprogram utan studenterna studerade ofta en mängd ämnen utöver rätt såsom filosofi, teologi eller medicin.⁴¹ Utöver juristernas utbildning och kompetens kommer även hovrätternas grundande och funktion att presenteras.

3.1 Hovrätterna

År 1614 grundas Svea hovrätt som den första av Sveriges fyra hovrätter⁴² och grunden till den instansordning vi har idag lades. Svea hovrätt och dess efterföljande hovrätter har av Stig Jägerskiöld beskrivits som ett lyckokast som kom att ge den svenska rättsskipningen en bättre kvalitet, mer ordning och som något som drev den rättsliga utvecklingen framåt.⁴³ Att hovrätternas inrättande verkligen ledde till mer ordning i rättssystemet står klart vid en kort undersökning av tiden innan hovrätternas inrättande.

3.1.1 Inrättande av hovrätterna

Tiden innan hovrätternas inrättande präglades till stor del av rättsosäkerhet och religiösa förföljelser. Den rättsliga osäkerheten berodde även på bristen på domare och domstolar i och med att landslagarnas system med ting som sammanträffade föll ur bruk. Under Karl IX:s regeringstid sammanträffade visserligen riksrådet då och då för att diskutera mål, men folk kunde även vända sig direkt till kungen. Ofta hörde kungen bara en sida av saken och när Gustav II Adolf var kung var det av förklarliga skäl mycket svårt att få sin sak prövad även om kungen när han lämnade landet hade som ambition att möjligheten att få sin rättigheter tillvaratagna skulle tillgodoses genom att kungen delegerade till diverse riksråd.⁴⁴ Ett annat skäl till oordningen som rådde var bland annat att det lämnades åt den käranden att se till att straffet

⁴¹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 19.

⁴² Trolle Önnerfors, 2014, sida 39.

⁴³ Jägerskiöld S. Hovrätten under den karolinska tiden, 1964, sida 121.

⁴⁴ Petrán, 1964, sida 9-13.

genomfördes.⁴⁵ Rättssystemet fungerade alltså dåligt och Axel Oxenstierna tog sig därför an uppgiften att reformera domstolsväsendet och genom 1614 års rättegångsordinantia fick Sverige sin första hovrätt.⁴⁶

3.1.2 Hovrätternas kompetens och jurisdiktion

Rättegångsordinantian från 1614 kom att utgöra grunden för hovrätternas uppbyggnad och befogenheter. En av de definierande artiklarna i rättegångsordinantian var artikel tio där det står *”uprättat och stadgat vår Konungzlige Hoffrätt och öfwerste Doom uthi vår Stadh Stockholm, hwilken wij så uthj vår när- som frånwaru gifwe macht at döma Konungzdoma.”*⁴⁷ Ordet *”Konungzdoma”* i kombination med *”öfwerste Doom”* kom att få särskilt stor betydelse och bli föremål för en hel del diskussioner gällande hovrättens befogenheter då det kunde tolkas som att hovrätten och inte kungen var landets högsta domstol. Gustav II Adolf klargjorde dock att så inte var fallet utan kungen behöll sin personliga domsrätt och rätten att benåda någon som blivit dömd till döden.⁴⁸ Att endast kungen hade rätt att benåda någon gällande dödsstraff var en föreställning som levde kvar långt efter Gustav II Adolf och när Magalotti år 1674 skrev sin redogörelse över Sverige konstaterar han att kungens *”medverkan är dock alltid nödvändig, då det är fråga om att benåda någon som blifvit dömd.”*⁴⁹ Kungens förbehåll att endast han själv kunde benåda någon som blivit dömd till döden är särskilt intressant med tanke på att hovrätten själva utan kunglig inblandning kom att benåda merparten av alla de dödsdomar som kom in till hovrätten.⁵⁰

Hovrätterna hade flera uppgifter varav den mest betydelsefulla för den här uppsatsen är hovrätternas kontroll av underrätternas dödsdomar. Innan ett dödsstraff verkställdes var domen tvungen att underställas hovrätten som då kunde välja att antingen fastställa underrätternas dom eller leuterera, alltså mildra domen, något de som sagt gjorde utan kunglig inblandning trots att de enligt Magalotti då inte ägde den befogenheten. Utöver kontrollen av dödsdomar skulle hovrätterna även pröva tvistemål där tvisten gällde ett värde om 50 riksdaler eller mer och pröva klagomål angående påstådda fel i underrätterna. Hovrätten var även första instans i mål som

⁴⁵ Korpiola, 2014, sida 27.

⁴⁶ Petrén, 1964, sida 13.

⁴⁷ Petrén, 1964, sida 3.

⁴⁸ Petrén, 1964, sida 15.

⁴⁹ Magalotti, 1986, sida 13.

⁵⁰ Se till exempel tabellerna i kapitel fyra i Thunanders Hovrätt i funktion.

gällde adelsmän, oavsett om det var brott-eller civilmål, och när det gällde så kallade majestätsbrott.⁵¹

Vid tiden för Svea hovrätts inrättande var Svea hovrätt ensam överdomstol för alla underrätter i Sverige och Finland, men då det ganska snabbt stod klart att hovrätten fick en alltför tung arbetsbörda och det var svårt och dyrt för många människor att ta sig till Stockholm inrättades fler hovrätter runtom i Sverige, Finland och de svenska provinserna⁵² och Svea hovrätt åtföljdes av Åbo hovrätt år 1623, Dorpat hovrätt år 1630, Göta hovrätt år 1634 och slutligen Greifswald 1655.⁵³

3.1.3 Hovrätternas sammansättning

I rättegångsordinansens elfte artikel föreskrevs att Svea hovrätt skulle bestå ”*aff fiorton Personer, ibland hwilke Rijksens Drotzet altijd skal wara en, medh fyra andra andra af Rijksens Råd, femb af Adel, och fyra andre Lärde och Laghfarne ährlige Män.*”⁵⁴ Riksdrotsen skulle vara hovrättens president och leda arbetet och till hjälp skulle han ha en vicepresident. När en assessor avgick eller dog skulle hovrätten ge sex förslag på eventuella efterträdare till kungen. Efterträdaren var tvungen att vara av samma stånd som den tidigare assessorn varit för att balansen mellan de två stånden skulle upprätthållas.⁵⁵ Vid Magalottis tid hade sammansättningen i Svea hovrätt ändrats och den bestod då totalt av sjutton personer, en president, ”*fyra rådsherrar, sex adelsmän och lika många rättslärde.*”⁵⁶

I Göta hovrätt såg sammansättningen något annorlunda ut. Vi inrättandet bestod hovrätten av sammanlagt tretton personer, en president från riksrådet, sex adliga och sex ofrälse. Efter en tid utökades antalet till femton personer.⁵⁷

Att balansen mellan stånden upprätthölls och både adliga och ofrälse assessorer deltog i arbetet var av yttersta vikt. Johan Skytte, Göta hovrätts första president, tyckte att det var så viktigt att både ofrälse och adliga var representerade när man dömde att domar där bara det ena ståndet

⁵¹ Thunander, 1993, sida 26.

⁵² Jägerskiöld, 1964, sida 226.

⁵³ Korpiola, 2014, sida 26.

⁵⁴ Petrén, 1964, sida 48.

⁵⁵ Petrén, 1964, sida 48ff.

⁵⁶ Magalotti, 1986, sida 13.

⁵⁷ Thunander, 1993, sida 29.

varit med skulle ogiltigförklaras. Om bara det ena ståndet var representerat blev det obalans mellan stånden och risken för att det ena skulle försöka kuva det andra blev för stor.⁵⁸

3.2 De dömande

Att ge en exakt beskrivning över varje hovrättsdomare och assessors utbildning är i den här uppsatsen inte vidare meningsfullt, men för att få en djupare förståelse för arbitring och den rättskultur begreppet existerade i är det ändå relevant att diskutera hur dåtidens juristers utbildning såg ut. Vad studerade man, var studerade man och vilken bakgrund hade juristerna. Som nämnts ovan är det svårt att definiera exakt vilka som under 1600-talet kan räknas som just juriststudenter, men i sin bok *Learning Law and Travelling Europe* har Marianne Vasara-Aaltonen valt att klassificera de som studerat någon form av rätt och/eller senare i livet jobbat med juridik som juriststudenter⁵⁹ och den indelningen följs i den här uppsatsen.

3.2.1 Juristutbildningens framväxt i Europa

Under 1100-talet började de första moderna universiteten i Europa växa fram med Bologna, grundat runt år 1088, som det absolut första. Det är också i Bologna som den första juridiska fakulteten växer fram snabbt åtföljd av universitet och juridiska fakulteter runtom i Europa. Vad som lärdes ut skiljde sig inte särskilt mycket åt oberoende av om man läste juridik i Bologna, Salamanca, Paris eller Heidelberg utan det var en blandning av romersk och kanonisk rätt. Det faktum att utbildningen såg ut på ungefär samma sätt oavsett vid vilket universitet man befann sig bidrog till att studenterna kunde läsa juridik vid vilket universitet som helst och ändå använda sig av vad de lärt sig hemma i sitt eget land. Trots att det naturligtvis växte fram en stor mängd så kallad *iura propria*, alltså mer lokal lag, så fortsatte romersk rätt, med grund i Corpus iuris civilis och glossarernas arbete, att vara den mest betydande fram till en bit in på 1600-talet. Först från och med mitten av 1600-talet blev naturrätten en viktig och allt vanligare del av juridikundervisningen.⁶⁰ Den kanoniska rättens inflytande minskade visserligen kraftigt efter reformationen, men lärdes trots de religiösa motsättningarna fortfarande ut vid flera av de reformerta och protestantiska universiteten i Tyskland och Nederländerna då den kanoniska rätten hade blivit en viktig del av rättspraxis.⁶¹

⁵⁸ Thunander, 1993, sida 35.

⁵⁹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 18ff.

⁶⁰ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 36ff.

⁶¹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 63-65.

Efter reformationens start år 1517 och Sveriges övergång till protestantismen år 1527⁶² begränsades tillgången till de olika universiteten baserat på vilken religion man bekände sig till och universiteten delades in i katolska, lutherska eller reformerta. Universiteten själva kunde vara mer eller mindre toleranta. Vid vissa krävdes att studenterna avlade en ed att de bekände sig till den rätta tron, vilken som ansågs vara den rätta tron varierade naturligtvis, medan andra universitet var mer toleranta. De olika religiösa fraktionerna hade snabbt insett betydelsen av att ha universiteten på deras sida och många universitet användes därför som propaganda för till exempel katolicismen eller protestantismen. För katolicismens del var jesuiterna och deras skolor särskilt aktiva i den så kallade motreformationen och det till den grad att Gustav II Adolf vid Örebro Stadga år 1617 förbjöd svenska studenter att studera vid jesuitskolor.⁶³

3.2.2 Svenskarnas utlandsstudier

Trots förbudet mot studier vid en jesuitskola och många av de katolska universitetens motstånd mot protestanter fanns det gott om utländska universitet som svenskarna kunde studera vid under 1600-talet. Vasara-Aaltonens forskning visade att studenter vid Åbo universitet, som får räknas som svenska då Finland var en del av Sverige fram till 1809, mellan åren 1630-1800 besökte ca 27 olika utländska universitet. Till övervägande del rörde det sig om tyska och nederländska universitet, men utbytesstudier vid franska universitet såsom Paris och Strasbourg förekom. Utbyten skedde också mellan svenska universitet vilket gjorde att många studerat både vid Åbo och Uppsala. Även studier vid Dorpats universitet, som får räknas som ett mellanting mellan ett svenskt och ett utländskt universitet, var populärt.⁶⁴ De populäraste universiteten för Åbos juriststudenter var dock nederländska Leiden och tyska Jena, Greifswald, Rostock och Halle.⁶⁵ Jena och Rostock, tillsammans med Strasbourg och Leipzig, var bland de vanligast förekommande resmålen för assessorer vid Göta hovrätt.⁶⁶ I och med det trettioåriga kriget minskade, av naturliga skäl, intresset för att studera vid de tyska universiteten och som konsekvens ökade intresset för de nederländska markant.⁶⁷

⁶² Vasara-Aaltonen, 2020, sida 67.

⁶³ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 62ff.

⁶⁴ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 21ff.

⁶⁵ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 6.

⁶⁶ Odencrantz J. Kongl. Göta Hofrätts presidenter, ledamöter och betjänter, 1803.

⁶⁷ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 33.

Namnet på den typ av studieresa som studenterna genomförde är något omdebatterad, men Vasara-Aaltonen skiljer på en grand tour och en peregrinatio academica där en grand tour är mer av den typen av bildningsresa som unga ädlingar genomförde medan en peregrinatio academica enbart var inriktad på studier.⁶⁸ Traditionen att genomföra en peregrinatio academica under sina studieår härstammar från tiden innan universitetens grundande, men blev allt vanligare efter universitetens tillkomst och var som allra vanligast mellan år 1550-1650. Alltså under den tid då hovrätterna grundades och domarens rätt att använda sig av sitt arbitrium var högaktuell. Genom att resa skulle studenten vidga sina vyer och få sig både kultur och språk till livs.⁶⁹ Enligt vissa studier var det dock bara 2-5% av alla studenter som reste till mer än ett utländskt universitet.⁷⁰ Det är dock svårt att säga med säkerhet då det inte var säkert att studenterna alltid skrevs in vid universitetet vilket gör att vi idag kan ha svårt att hitta säkra bevis för vem som studerade var. Det gäller i synnerhet för adliga studenter som ibland inte ens skrevs in vid svenska universiteten eller skrevs in redan som barn och under sin grand tour kunde besöka flertalet utländska universitetsstäder.⁷¹

3.2.3 Studier i Leiden

Som nämnts ovan var Leiden ett av de absolut mest besökta universiteten bland svenska studenter och bland de studenter som skrevs in där var ca en tredjedel (26 stycken) juriststudenter och/eller framtida jurister och av de 26 var 15 adliga. Studier i Leiden var som allra populärast under 1630- och 1640-talet även om svenska studenter reste dit under i stort sett hela 1600-talet.⁷² Eftersom Leiden var så populärt är det ett bra exempel på hur hovrättsassessorernas utbildning kunde se ut, men det är svårt att veta exakt vad varje student faktiskt studerade. Det finns vissa listor kvar som visar på att juridiska fakulteten och den statsvetenskapliga fakulteten var de populäraste och därefter fakulteterna för medicin, matematik och litteratur. Vid juridiska fakulteten var det främst ofrälse studenter medan det enbart var adliga som studerade vid den statsvetenskapliga.⁷³

Vid den juridiska fakulteten höll ett flertal för den tiden välkända professorer inom juridik föreläsningar. Flera av professorerna använde Grotius argument om naturrätten som basis för

⁶⁸ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 54-55.

⁶⁹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 46-47.

⁷⁰ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 50.

⁷¹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 45ff.

⁷² Vasara-Aaltonen, 2020, sida 87.

⁷³ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 96-97.

sina föreläsningar, men hade även ett stort intresse för den romerska rätten. Föreläsningar om den romerska rätten hade varit en viktig del, kanske den viktigaste, gällande studier i juridik sedan Bolognas grundande, men naturrätten och i synnerhet Grotius version av naturrätten blev en officiell del av undervisningen först under den senare hälften av 1600-talet.⁷⁴ Som ovan nämnts skiljde sig inte juridikstudier sig åt särskilt mycket mellan de olika universiteten, även om olika professorers tankar och sätt att föreläsa på naturligtvis skiljde sig åt, något som bekräftas när man ser vad som studerades generellt och vad som lärdes ut i Leiden mer specifikt. Studieresor, peregrinatio academica, ansågs dock ge studenter en viss *prudentia civilis*, vilket Vasara-Aaltonen översatt till statsklokhets. Vikten av peregrinatio academica och dess betydelse för studenters utveckling betonades särskilt av Justus Lipsius vars olika böcker, främst de om statsskick, hade ett stort inflytande på det politiska, rättsliga och filosofiska samtalet under 1600-talet.⁷⁵ De exakta skälen till varför studenterna valde att studera/ blev ivägskickade utomlands är svåra att utläsa idag, men tycks ha handlat till största del om ett samhällsligt ideal om att studieresor vidgade vyerna och bidrog till att öka studenternas kunskap om omvärlden och deras så kallade statsklokhets.

3.2.4 Studier i Sverige

Det äldsta av Sveriges universitet, Uppsala universitet, var i början av 1600-talet i dåligt skick. Efter reformation år 1527 ville man få bort de katolska influenserna från universitetet vilket gjorde att universitet praktiskt taget låg nere under en stor del av 1500-talet. Först i slutet av 1500-talet började undervisningen komma i gång igen, men då låg fokus mest på utbildning av teologer.

Uppbyggnaden av universitetets verksamhet kom i gång först efter Gustav II Adolfs trontillträde 1611. Kungen, tillsammans med Axel Oxenstierna och Johan Skytte, påbörjade ett omfattande reformationsarbete av utbildningssystemet under 1620-talet. Johan Skytte, som själv kom från enklare förhållanden, hade en vision om att utbildning skulle göras tillgänglig för fler och det oavsett samhällslig position. Hans arbete med det avspeglas väl i den mängd ofrälse assessorer som hade studerat vid universitetet.⁷⁶ I reformationsarbetet ingick även att öka mängden professorer vilket resulterade i Uppsala universitet fick två professorer i juridik, en i svensk rätt och en i romersk rätt. Det fanns dock få svenska professorer att tillgå i början så de

⁷⁴ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 80-82.

⁷⁵ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 83-85.

⁷⁶ Se Odencrantz, Thunander och Vasara-Aaltonen

flesta professorer vid universitetet var tyskar. Trots Oxenstierna och Skyttes arbete var undervisningen sällan stabil då det fanns så få lämpliga professorer och de som fanns var ofta bortresta eller sjuka vilket resulterade i att Axel Oxenstierna var mycket missnöjd med universitet vid sitt besök i Uppsala 1637. Situationen kan dock inte ha varit alltför illa då universitet enligt Vasara-Aaltonen ska ha blomstrat under 1630- och 1640-talet.⁷⁷

Några av de mer bekanta professorerna vid juridiska fakulteten i Uppsala under 1600-talet var Johannes Locenius, Petrus Gavelius och Johannes Schefferus. Locenius är en av de många tyska professorer som kom för att undervisa i Sverige. Han föddes i Holstein år 1598 och kom till Uppsala år 1625. År 1634 utnämndes han till professor i juridik. Under sin tid som professor skrev han en bok som kom att bli mycket populär bland juriststudenter och utövande jurister. Boken, *Synopsis juris ad leges Sueticas accomodata*, utgavs år 1648 och behandlade svensk lag baserade på Institutiones från Corpus iuris civilis. Att jämföra svensk rätt med utländsk rätt och då i synnerhet romersk rätt ansågs vara en viktig del av utbildningen. Först 1655 blev naturrätten en del av undervisningen.⁷⁸ Petrus Gavelius, sedermera Cederskiöld, (1625-1679) var en av de första som undervisade i *ius publicum universale* och naturrätt och var själv starkt influerad av Grotius idéer. Cederskiöld efterföljdes av Johannes Schefferus (1621-1679) som även han var en varm anhängare av naturrätten.⁷⁹

Uppsala universitet var som ovan nämnts inte det enda svenska universitetet utan åtföljdes 1632 av Dorpat, 1640 av Åbo och slutligen Lund 1666. Syftet med Lunds universitet var att försvenska den fram tills nyligen danska regionen och professorerna var en blandning av svenskar, danskar och tyskar. En av de mest bekanta professorerna var just en tysk vid namn Pufendorf. Även han en anhängare av naturrätten. Dorpats universitet var till skillnad från Lund inte tänkta att försvenska regionen utan grundades främst för invånarna i regionen, men kom främst att besökas av svenskar.⁸⁰

Utöver den vanliga universitetsutbildningen infördes även auskultantväsendet, till en början endast i Svea hovrätt, som syftade till att ge civila tjänstemän praktisk erfarenhet av domstolsväsendet.⁸¹ Lite som våra dagars praktik eller notarietjänstgöring.

⁷⁷ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 253-257.

⁷⁸ Vasara- Aaltonen, 2020, sida 329.

⁷⁹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 254-256

⁸⁰ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 255

⁸¹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 253

3.2.5 Assessorerna

En av de studenter som pluggade i just Leiden och Uppsala hette Gustaf Kurck (1624-1689) och skulle komma att bli assessor i Svea hovrätt. Gustaf Kurck var själv son till en av Åbo hovrättspresidenter och kom att studera vid inte mindre än fyra olika universitetet, Leiden, Åbo, Uppsala och Paris.⁸² Exakt vad Kurck studerade under sin tid vid universitetet är, som i fallet med många andra av assessorerna, okänt. I till exempel de listor över Göta hovrätts assessorer som Odencrantz sammanställt är det inte ovanligt att det står ett enkelt ”reste utomlands”⁸³. Det är alltså inte bara okänt vad de studerade utan även var. Att ett stort antal av assessorerna i hovrätterna hade en universitetsutbildning är dock tydligt. 1640, 6 år efter grundandet, hade Göta hovrätt tre assessorer som disputerat varav en gjort det i Leiden. Allt eftersom tiden gick blev antalet assessorer som disputerat fler, även om det inte var ett krav för att få jobba i hovrätten. Platserna där disputationen genomfördes varierar, men bland utländska universitet nämns bland annat Leipzig, Jena, Strasbourg och Oxford. Gällande svenska universitet dominerar Uppsala, Åbo och Dorpat.⁸⁴ Lunds universitet grundades ju som tidigare nämnts först 1666 och är därför inte vanligt förekommande.

Även om det inte fanns något krav på en specifik utbildning kunde vissa former av studier ibland efterlysas när en ny assessor skulle tillsättas. Så var till exempel fallet med assessorn Achatius Hager som studerat medicin och år 1677 tillsattes som assessor i Göta hovrätt med följande motivering att han kunde tänkas tillföra ”*det nödige consilio medici som i criminalibus ofta fordras.*”⁸⁵ Hager är dock något av ett undantagsfall och i normalfallet krävdes inga specifika kompetenser eller utbildningar. Så att assessorerna skulle vara ”*Lärde och Lagfarne Män*” eller ”*rättslärde*” är för en nutida läsare något missvisande då varken juridikstudier, studier i allmänhet eller någon specifik erfarenhet av juridik krävdes. Vissa av assessorerna hade tidigare jobbat hos någon av de andra hovrätterna, men det var inget krav och det fanns assessorer i alla möjliga åldrar. För många var assessorstjänsten det sista steget i karriären och många av dem stannade länge på sin post. Ser man till exempel på assessorerna i Göta hovrätt från grundandet år 1635 till år 1700 var den kortaste tiden en assessor satt 11 år och den längsta 38 år.⁸⁶

⁸² Vasara-Aaltonen, 2020, sida 4.

⁸³ Odencrantz, 1803.

⁸⁴ Thunander, 1993, sida 32ff.

⁸⁵ Thunander, 1993, sida 34.

⁸⁶ Thunander, 1993, sida 30ff.

Av de många olika personer som jobbade i hovrätterna under 1600-talet är presidenternas liv lättast att följa av det enkla skälet att de ofta tillhör mer bekanta namn än resten av assessorerna. Presidenten i hovrätten skulle vara adlig och riksråd och då rikets råd var en mycket begränsad krets och riksråden ofta hade en mängd olika uppdrag resulterade det i att presidenterna sällan var på plats i hovrätterna.⁸⁷ I Svea hovrätt var det särskilt påtagligt då presidenten i Svea hovrätt som tidigare har nämnts till en början även var riksdrots. Riksdrotsen var inte bara president i hovrätten utan också ansvarig för hela justitieväsendet. Vid en granskning år 1636 av hovrätterna konstaterades det att drotsen inte hann med arbetet i hovrätten och år 1660 då riksdrotsen blev generalinspektör för justitieväsendet skiljdes de två ämbetena åt och Svea hovrätt fick en president som inte var riksdrots. Den man som mellan 1640 och 1661 var både riksdrots och president, Per Brahe, ska enligt Jägerskiöld dock ha varit mycket kompetent och trots sin tunga arbetsbörda ha gjort sitt bästa för att så ofta som möjligt delta i hovrättens arbete.⁸⁸ Generellt gjorde dock inte presidenterna någon större avtryck i det dagliga arbetet utan arbetet leddes av vicepresidenten och assessorerna.⁸⁹

3.2.6 Domarens förväntade dygder

Även om assessorerna inte förväntades ha någon specifik utbildning eller erfarenhet fanns det ändå vissa tankar och idéer om hur en domare borde vara och vilka dygder han förväntades personifiera. En domare skulle framför allt vare en prudens man. Att vara en prudens man innebar att personifiera kardinaldygden *prudentia* och fatta kloka och visa beslut som väl avspeglade vad som var moraliskt rätt. Utöver att vara en prudens man skulle en god domare även låta sig vägledas av *justitia*, alltså rätt och rättrådighet. Även *temperantia* och *clementia*, måttfullhet och att under rätt omständigheter visa nåd, var av vikt för att utöva domarämbetet på ett korrekt sätt. Endast när en domare innehade de fyra kardinaldygderna kunde han anses vara en tillräckligt god domare för att på ett korrekt sätt utöva sitt arbitrium.⁹⁰

⁸⁷ Thunander, 1993, sida 28.

⁸⁸ Jägerskiöld, 1964, sida 127-128.

⁸⁹ Thunander, 1993, sida 30.

⁹⁰ Lindgren Bo H. Brott och straff enligt more geometrico, 1984, sida 290-298.

4 1600-talets rättskällor

1600-talets domare hade i sin ämbetsutövning en mängd olika rättskällor att förhålla sig till. Elsa Trolle Önnerfors beskriver juristernas synsätt på rätten som ett slags ”öppet universum” där flera olika rättskällor utöver den skrivna lagen hade sin egen självklara plats.⁹¹ Vilka rättskällor som kunde anses legitima var under hela århundradet föremål för en intensiv diskussion där olika samhällskrafter förespråkade olika rättskällor beroende på vad de önskade uppnå och vad som just då var på modet.⁹² Då lagarna många gånger var föråldrade och inte stämde överens med det allmänna rättsmedvetandet så använde domarna sig av andra rättskällor lite efter devisen ”man tager vad man haver”, ibland hänvisas det till romersk rätt, ibland till naturrätt och ibland bara till vad som var skäligt i just det fallet.⁹³ Själva grunden för straffrätten förblev dock under hela 1600-talet Kristoffers landslag från år 1442 och det straffrättsliga tillägg till 1442 års landslag som kom att kallas Appendix.⁹⁴

4.1 Appendix

I ett försök att få mer ordning i rättssystemet utfärdade Karl XI år 1608 en ny strafflag som kom att kallas Appendix. Syftet med Appendix var att i viss mån fylla ut de luckor som reformationen skapat och se till att ”de, som i domarämbetet brukade bliva, må hava något att gå efter”⁹⁵ Till en början var Appendix endast tänkt att fungera som en provisorisk lag till dess att man ersatt den gamla kyrkobalken med en ny. Ett försök till det gjordes redan år 1609 då Johan Skytte på Karl IX:s begäran utarbetat en ny Kyrkobalk som dock inte godtogs av ständerna.⁹⁶ Inte heller senare under 1600-talet lyckades man, trots upprepade försök, komma överens om en ny lagstiftning och Appendix gällde därför ända fram till år 1734. Appendix baserades på rätten i Moseböckerna från Gamla testamentet och innebar en skarp skärpning av lagen där straffet för ett flertal brott skärptes från böter till döden dö.⁹⁷ Enligt Jan Eric Almqvist var det dock aldrig Karl IX:s avsikt att lagen skulle tolkas så strängt då han redan i föreskrifterna till Appendix föreskrev att alla dödsdomarna skulle underställas kungen och själv ofta benådade

⁹¹ Trolle Önnerfors, 2014, sida 75.

⁹² Ylikangas, 1984.

⁹³ Trolle Önnerfors, 2014, sida 75.

⁹⁴ Thunander, 1993, sida 8.

⁹⁵ Thunander, 1993, sida 14

⁹⁶ SvJT 1943, sida 329-330.

⁹⁷ Thunander, 1993, sida 53.

de dömda.⁹⁸ Hovrätternas benägenhet att leuterera var alltså inget nytt utan den möjligheten hade utnyttjats av kungen ända sedan Appendix infördes. Här ska tilläggas att det bara skiljer sex år mellan införandet av Appendix och den första hovrätten så det är inte särskilt märkligt att Karl IX:s praxis levde kvar. Sen ska man komma ihåg att bara för att man ofta benådade dödsdömda så fanns det fortfarande en oro över folkets slappa moral och leverne och en vilja att genom stränga straff uppfostra folket eller åtminstone avskräcka dem från att begå brott.⁹⁹

Det har också funnits en uppfattning fram till Thunanders undersökning av Göta hovrätt att hovrätterna helst inte leutererade när det kom till dödstraff som påbjöds enligt Appendix och inte bara i landslagen. Det ska ha hängt ihop med att Appendix var direkt tagen från Bibeln och därmed på ett påtagligt sätt Guds lag. Den uppfattningen stämmer dock inte vilket Thunander visat i sin avhandling *Hovrätt i funktion*. Ett exempel på det är att i och med Appendix införande så blev straffet för så kallat enfalt hor ”döden dö” och inte böter. Det verkar dock ha stämt illa med tidens rättsuppfattning då Karl IX redan 1610 omvandlade straffet för enfalt hor till böter och även Gustav II Adolf mellan åren 1615-1619 i diverse utsagor fastslog att för enfalt hor så var böter och inte döden det rätta straffet, något som också officiellt ändrades i och med drottning Kristinas straffordning från 1653.¹⁰⁰ När hovrätterna mildrade domar för enfalt hor rörde det sig alltså inte om någon användning av domarens arbitrium utan om en från kungens håll fastslagen praxis. Även i fall där det inte rörde sig om brott som skulle mildras på grund av kungliga påbud så leutererade hovrätterna friskt dödsdomarna. Ett exempel sådana fall är dubbelt hor och då i synnerhet dubbelt hor gällande knekthustrur. Dubbelt hor ansågs vara ett ytterst allvarligt brott och Gustav II Adolf som varit villig att överse med enfalt hor ansåg att för dubbelt hor skulle folk döden dö ”utan alla nåder”¹⁰¹ I början av Göta hovrätts tid tillämpas också dödstraff allt som oftast, även om det inte sker konsekvent, men mellan 1655-1664 är förhållandet det motsatta. Då fick endast tre av tretton knekthustrur sina dödstraff fastställda och alla tre hade även gjort sig skyldiga till andra brott. Anledningarna till att just knekthustrur dömdes mildare tycks vara det faktum att deras män ofta varit borta mycket länge och att det ibland inte ens var säkert att mannen ännu var i livet. Den relativa mildheten och överseendet hovrätten visade knekthustrur höll i sig fram till dess att Karl XII blev kung då han bestämde att dubbelt hor var en allvarlig synd och återigen borde straffas med döden.¹⁰²

⁹⁸ SvJT 194, sida 330.

⁹⁹ Se diskussion ovan och Thunander, 1992, sida 14ff.

¹⁰⁰ Thunander, 1993, sida 55ff

¹⁰¹ Thunander, 1992, sida 66.

¹⁰² Thunander, 1992, sida 65ff

Hur väl Appendix fungerade som kompletterande lag kan vara svårt att uttala sig om nu 300 år efter att den upphörde att gälla, men ser man på statistiken gällande upphävda dödstraff talar det för att hovrättens domare inte var alltför imponerade av den. Mellan 1635 och 1699 underställdes 1342 dödsdomar Göta hovrätt varav Göta hovrätt upphävde 982, alltså mer än 70% av dödsdomarna.¹⁰³ Skälen till att domarna omvandlade straffet är inte alltid tydliga, men det fanns visar på att det fanns gott om tillfällen för domarna att använda sig av sitt arbitrio.

Utöver Appendix användes även Högmålsbalken.¹⁰⁴

4.2 Romersk rätt

Hur stor den romerska rättens påverkan varit på 1600-talets rättstillämpning är en fråga som bäst besvaras med därom tvista de lärde. Att receptionen av den romersk rätten under 1600-talets första hälft var stark är de dock överens om.¹⁰⁵

4.2.1 Reception av den romerska rätten

Anledningarna till den starka receptionen av romersk rätt är flera, men dess växande inflytande kan förklaras med de svenska juristernas växande kontakter och utbyte med kontinenten. Som ovan beskrivits var romersk rätt en central del av juridikundervisningen ända sedan universitetet i Bologna grundades och genom sina studieresor kom en de svenska studenterna att undervisas i den romersk och i många fall den tysk-romersk rättskulturen. Även på de svenska universiteten betonades vikten av romersk rätt och de två professurerna på juridiska fakulteten i Uppsala var som nämnts i just svensk och romersk rätt.¹⁰⁶ Alla de som studerat juridik bör alltså ha varit väl förtrogna med romersk rätt och *Corpus iuris civilis*. Ytterligare ett tecken på den romerska rättens ställning är att Magnus Gabriel de la Gardie skänkte en utgåva av *Corpus iuris civilis* med kommentarer till Svea hovrätt under sin presidenttid.¹⁰⁷ Det var dock inte bara genom studier som svenskarna blev förtrogna med den romerska rätten. Under större delen av 1600-talet var Sverige antingen genom krig eller genom underhåll av de genom krig vunna provinserna aktiva på kontinenten och inom det tysk-romersk riket där romersk rätt var en integrerade del av rättskulturen.¹⁰⁸ Även i mer fredliga tider såsom under drottning Kristinas

¹⁰³ Thunander, 1993, sida 58.

¹⁰⁴ Thunander, 1992, sida 51.

¹⁰⁵ Se bland andra Jägerskiöld, Ylikangas och Trolle Önnerfors

¹⁰⁶ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 253ff.

¹⁰⁷ Jägerskiöld, 1964, sida 266.

¹⁰⁸ Ylikangas, 1984, sida 145ff.

tid vid makten var utbytet med och intresset för det kontinentala stort¹⁰⁹ och drottningen själv uttalade sig flera gånger positivt om den romerska rätten och instruerade domstolarna att använda sig av den romerska rätten som utfyllnad där den svenska rätten inte räckte till.¹¹⁰ Exempel på sådana områden där den svenska lagen var föråldrade eller för outvecklad och där receptionen var särskilt stark är till exempel avtalsrätt, skadeståndsrätt och sjörätt. På det straffrättsliga området där det fanns tydlig nationell lagstiftning var receptionen mindre utbredd.¹¹¹

Enligt Jägerskiöld var en av anledningarna till den romerska rättens popularitet 1600-talets starka tilltro till auktoriteter och för att romersk rätt inte ansågs vara helt och hållet främmande rätt. Genom sin höga ålder och synen på den som den mest utvecklade rätten gavs den romerska rätten en stark auktoritet.¹¹² Dessutom ansågs *Corpus iuris civilis*, som var den huvudsakliga källan till romersk rätt, vara mer som ett uttryck för rättsprinciper som passade väl ihop med nationell rätt än som främmande lagstiftning.¹¹³ Ylikangas påpekar dock att tidsperioden för reception av romersk rätt sammanfaller med en tid då det stod hovrätterna fritt att tolka lagen och hänvisa till främmande rätt generellt.¹¹⁴

4.2.2 Från romersk rätt till naturrätt

Användningen av främmande rätt i allmänhet och romersk rätt i synnerhet ändrades efter 1680-talet och det karolinska enväldets införande.¹¹⁵ År 1683 skrev Karl XI till Göta hovrätt och anklagade hovrätten för att för ofta ha hänvisat till främmande rätt och skrivit på latin. Hädanefter skulle domarna förlita sig på svensk rätt och författa domsluten på svenska. Året därpå, 1684, skrev kungen även till Svea hovrätt och förmanade dem att inte använda så mycket främmande rätt och om de hänvisade till främmande rätt så skulle det ske på svenska.¹¹⁶ Ju mer motståndet och kritiken mot romersk rätt växte desto starkare blev stödet för naturrätten. Det gick från att den romerska rätten och svensk rätts jämförande med *Corpus iuris civilis* ansågs som en viktig del av undervisningen och att drottningen uppmuntrade till bruket av romersk rätt till att den lundensiske professorn David Nehrman (1695-1769) och hans anhängare ansåg att

¹⁰⁹ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 335.

¹¹⁰ Trolle Önnersfors, 2014, sida 92ff

¹¹¹ Jägerskiöld S. Rätt och rättskipning i 1600-talets Sverige, 1984, sida 227.

¹¹² Ylikangas, 1984, sida 148ff.

¹¹³ Jägerskiöld, 1984, sida 227.

¹¹⁴ Ylikangas, 1984, sida 149.

¹¹⁵ Jägerskiöld, 1964, sida 267

¹¹⁶ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 328.

det inte var särskilt nödvändigt att ens studera romersk rätt då ”*när en sats i thessa materier kommer öfwer ens med Sweriges Stadgar, så finnes thet emoth 99, som äro stridande emot våra Lagar.*”¹¹⁷ Nehrman's negativa inställning till studiet av romersk rätt är något ironisk då Nehrman själv var professor i svensk och romersk rätt.

Den inställning till romersk rätt som Nehrman och många av hans samtida, inte minst hans elever, ska enligt Ylikangas ha haft sin grund i den skiftning i hovrättens utövning som inträffade i och med enväldets införande på 1680-talet. Ylikangas, med visst stöd av Jägerskiöld, menar att skiftningen från romersk rätt till naturrätt hängde ihop med maktskiftningen mellan högadeln å ena sidan och kungen med tjänstemannaadeln å andra sidan. Högadeln uppmuntrade bruket av romersk rätt då den kunde användas för att stödja deras egna intressen. Genom att tillåta att en friare lagtolkning och hänvisningar till främmande rätt behövde inte högadeln riskera de kompromisser med lågadel och de andra stånden som lagstiftande kunde innebära. När Karl XI sedan med tjänstemannaadeln och de ofrälse ståndens hjälp gjorde sig enväldig och högadelns makt drastiskt minskades blev även kritiken mot främmande rätt allt starkare. I stället uppmanades hovrätterna att hålla sig till ”lagens bokstav” och stödet för naturrätten ökade. Ylikangas påpekar i sin forskning att vad som faktiskt stod i den romersk rätten inte var så intressant för någon av grupperna utan det var det styrelsesätt den använts för att representera som avgjorde vilken sida de olika grupperna stod på. Det är även av vikt att notera att maktskiftet från högadel till envälde påverkade hovrätternas sammansättning. De som hade kungens förtroende, alltså främst representanter från tjänstemannaadeln, var också de som fick de fick förtroendeposterna, däribland de lediga tjänsterna i hovrätten. I och med att tjänstemannaadeln fick förtroendeposterna växte naturrätten i popularitet tills den attityd som Nehrman representerade tog överhanden och skiftet från romersk rätt till naturrätt var fullbordat.¹¹⁸

4.3 Naturrätten

Idén om en för alla och överallt gällande naturrätt går långt tillbaka i tiden. Redan antikens filosofer, inte minst Aristoteles, diskuterade en ifrån människans egenstiftade lagar skild naturlig rätt som existerade överallt. Denna naturliga rätt eller naturrätt var en slags moralfilosofi som skulle ge juristerna en uppfattning om ”*oskrivna naturliga rättsnormer*” och

¹¹⁷ Ylikangas, 1984, sida 147.

¹¹⁸ Ylikangas, 1984, sida 147ff.

”uttryckte de värden och principer som legalordningen skulle förverkliga, juridikens syfte och dess tolkningsprinciper.”¹¹⁹ Läran om naturrätten var som Bo H Lindberg också uttrycker det ett sökande efter oföränderliga etiska värden ”knutna till människans psyko-fysiska väsen”.¹²⁰ Alltså något som människan genom att använda sitt förnuft kunde försöka finna.

4.3.1 Historisk bakgrund

Uppfattningen om varifrån naturrättens värden och principer kom, om de kom från Gud eller existerade oberoende av Gud har varierat genom historien och kom att utvecklas till två inriktningar inom naturrätten, en sekulariserad och en religiös. Den sekulariserade inriktningen är den äldsta och utvecklades av Aristoteles och kom att leva kvar under hela antiken och diskuterades mycket även av romarna.¹²¹ Ca 280 år efter Aristoteles konstaterar Cicero att det finns ”en sann rätt (...) nämligen det rätta förnuftet, som är i överensstämmelse med naturen. (...) för alla folk och för alla tider kommer det att finnas en enda rätt, evig och oförgänglig”¹²² Även i *Corpus iuris civilis*, ca 500 år efter Ciceros död, omnämns naturrätten på ett flertal ställen bland annat i *Institutiones* där det står att ”den rätt, som av naturen utbildas hos alla, folk iakttages på lika sätt hos alla och kallas folkens rätt ... och alla folk nyttja den”¹²³ Med ”folkens rätt” eller *ius gentium* menade man här inte det modernare begreppet folkrätt utan naturrätt. I inledningen till *Digesta* bekräftas den vikt man lade vid naturrätt och det konstateras att ”rätten i första hand bestod av naturrätten eftersom denna kännetecknades av billighet och skälighet och godhet.”¹²⁴ Naturrättens omnämnande i *Corpus iuris civilis* kom senare att användas av vissa jurister under 1600-talet för att motivera användningen av naturrätten. Behovet av att rättfärdiga användningen av naturrätten genom att hänvisa till den romerska rätten motsades dock av andra jurister såsom Pufendorf som inte ansåg det vara nödvändigt att falla tillbaka på romersk rätt för att motivera naturrättens betydelse.¹²⁵

Pufendorf var istället en anhängare av den naturrätt som utvecklades av Hugo Grotius (1583-1645). Grotius återupptog den sekulariserade naturrätten och sågs av många samtida och efterföljande som grundaren av den förnuftsbaseade naturrätten.¹²⁶ Hur nydanande Grotius

¹¹⁹ Lindberg, 1992, sida 6 (Båda citaten).

¹²⁰ Lindberg, 1992, sida 60.

¹²¹ Trolle Önerfors, 2014, sida 88.

¹²² Lindborg R. Johannes Schefferus och naturrätten, 1984, sida 103.

¹²³ Trolle Önerfors, 2014, sida 89.

¹²⁴ Trolle Önerfors, 2014, sida 90.

¹²⁵ Trolle Önerfors, 2014, sida 89.

¹²⁶ Strömholm S. Grotius och den tidigare naturrätten, 1984, sida 83.

version av naturrätten faktiskt var är omdebatterad,¹²⁷ men hans tankar om att naturrätten existerade oberoende av Guds existens skiljde sig åt från den religiösa naturrätt som utvecklats av främst Thomas av Aquino (ca 1225–1274). Thomas av Aquino menade att den rätt som styrde alla människor var av gudomligt ursprung och var ett sätt för människan att få moralisk ledning. Genom att använda sig av sitt förnuft kunde människan vinna kunskap om den gudomliga lagen och handla på ett moraliskt riktigt sätt i enlighet med Guds vilja.¹²⁸ Grotius däremot baserade sin naturrätt mer på den naturliga rätt Cicero beskrivit, baserade på det rätta förnuftet och fristående från Gud.¹²⁹ Det innebar inte att Grotius förnekade Guds existens, som tidigare påpekats var Guds existens inte något som ifrågasattes under den här tiden, utan bara att han menade att de värden som fanns i naturrätten tillhörde en naturlig rättsordning som inte ens Gud kunde ändra på och att de hade funnits även om Gud inte hade gjort det. Värdena var inbyggda i den mänskliga naturen och ansågs vara det rätta, inte för att Gud hade sagt det utan för att de representerade det rätta förnuftet. Den tanken är Grotius inte först med. Redan Thomas av Aquino säger att Gud inte kan ändra på den naturliga rätten. Hos Thomas av Aquino beror detta dock inte på att värdena är inbyggda i den mänskliga naturen utan för att hos Gud är vilja och förnuft samma sak.¹³⁰ Den naturrätt som hovrättens domare hade att förhålla sig till var alltså egentligen en blandning av antikens filosofer, retoriker och juristers tankar samt Thomas av Aquinos och Grotius läror. Att Thomas av Aquino var en katolsk munk hindrade inte att han kunde citeras även i det protestantiska och starkt antikatolska Sverige.¹³¹

4.3.2 Naturrättens användning

För 1600-talets domare kunde naturrätten användas som ett verktyg för att bättre förstå och tolka rätten. Det gällde inte minst i den nationella rätten där den användes för att tolka lagar som till sitt innehåll blivit föråldrade eller inte längre stämde överens med vad som ansågs vara rätt och riktigt i samhället.¹³² Naturrätten kunde även användas när hovrätterna vill rättfärdiga sin användning av utländsk rätt. Om en lag eller princip var ofta förekommande i utländsk rätt, om det så var romersk eller annan rätt kunde det tolkas som att principen ”*reflected the universal ideas of reason*”¹³³ och därmed kunde anses äga giltighet även i Sverige. Eftersom naturrätten härstammade från Gud eller förnuftet, beroende på vilken skola man tillhörde, så behövde

¹²⁷ Se Strömholms text

¹²⁸ Strömholm, 1984, sida 86.

¹²⁹ Lindborg, 1984, sida 97.

¹³⁰ Strömholm, 1984, sida 86–87.

¹³¹ Lindberg, 1992, sida 62.

¹³² Vasara-Aaltonen, 2020, sida 329.

¹³³ Vasara-Aaltonen, 2020, sida 329.

användningen av naturrätten inte heller motiveras särskilt noga. Enligt Elsa Trolle Önnerfors användes naturrätt som ett "honnörsord" och kunde slängas in lite här och var utan att hovrätterna närmare motiverade vilken naturrättslig princip de egentligen menade. Det användes bland annat flitigt i fall där lagen inte var identisk med vad som egentligen ansågs vara rätt.¹³⁴ Den av människan stiftade lagen kunde aldrig vara fullkomlig och det rätta i varje enskilt fall utan gällde som Thomas av Aquino formulerade det "ut in pluribus"¹³⁵ Det kunde då vara nödvändigt att för att finna det "skäliga och billiga" i det enskilda fallet avvika från lagen och då använde naturrättsliga principer för att motivera sitt avvikande.¹³⁶ Det ovan beskrivna resonemanget hänger ihop med synen på *ius necessarium* och *ius arbitrarium* som kommer att förklaras senare i uppsatsen.

¹³⁴ Trolle Önnerfors, 2014, sida 90-91.

¹³⁵ Lindberg, 1984, sida 289.

¹³⁶ Trolle Önnerfors, 2014, sida 91.

5 Arbitrering

Som tidigare nämnts var en av hovrättens huvuduppgifter att se över alla dödsdomar som utdömdes av underrätterna. Hovrätten kunde då välja att mildra domen genom så kallad leutation och i samband med det använda sig av rätten till arbitrering. Leutation innebar att hovrätten mildrade ett i lagen föreskrivet straff antingen genom att byta ut det mot ett mildare straff, till exempel genom att döma till böter i stället för döden dö eller genom att sätta ned straffet till lägre böter. Det domarna gjorde när de ersatte straffet med ett straff som inte var föreskrivet i laget kallades att arbitrera. Själva innebörden av arbitrering eller domarens arbitrium har varit omdiskuterad.¹³⁷ Även vilken form av ordet arbitrering som används varierar i de olika doktorsavhandlingar och artiklar som utgör grunden för den här delen av uppsatsen, men då Bo H Lindberg, som är den källa som de andra källorna ofta hänvisar till, främst använder formen arbitrio och arbitrium så kommer de formerna användas i det följande.¹³⁸ Det ska dock påpekas att Lindberg inte heller är helt konsekvent gällande valet av böjning. När han valt att använda formen arbitrio när en möjlig innebörd förklaras används även den böjningen här och när han i stället talar om arbitrium kommer den böjningen användas. Själva böjningen har inte en stor påverkan på termens innebörd utan man får utläsa av sammanhanget exakt vilken betydelse arbitrium har.

5.1 Innebörden av domarens arbitrio

Att arbitrera definieras i SAOB som att ”*döma efter eget godtfinnande oberoende af fastställda lagbestämmelser.*”¹³⁹ medan själva ordet arbitrium ges betydelsen omdöme och valfrihet av Lindberg även om han påpekar att betydelsen har varierat.¹⁴⁰ Ursprungligen kommer termen från den romerska rätten. Att ge arbitrium en exakt innebörd är inte möjligt då definitionen varierade kraftigt även under 1600- och 1700-talet, då begreppet var mycket vanligt förekommande, beroende på vilken del av rätten man diskussionen berörde och hur abstrakt diskussionen var.¹⁴¹

¹³⁷ Thunander, 1993, sida 197ff.

¹³⁸ Se Bo Lindberg, Brott och Straff enligt more geometrico

¹³⁹ SAOB, arbitera, https://svenska.se/saob/?id=A_1959-0188.BVjN

¹⁴⁰ Lindberg, 1984, sida 275.

¹⁴¹ Lindberg, 1984, sida 276.

När domarens arbitrium diskuteras som ett sammanhängande begrepp är det många gånger domarens behörighet och agerande som processledare som åsyftas. I en av sina texter döpt till just *De Arbitrio iudicis* definierar David Nehrman domarens arbitrium som domarens förmåga och behörighet att ”avgöra enligt sunda rättsprinciper sådana fall vilka lagstiftaren inte har velat ange på grund av omständigheternas mångfald och andra skäl.”¹⁴² Den definitionen ger begreppet en ganska snäv innebörd och det skulle då främst passa in på till exempel fall där hovrätterna haft med diverse fall av oknytt och livlig fantasi att göra, något som det kommer ges exempel på senare i texten. Som Lindberg påpekar har Nehrman definition av begreppet, som han var långt ifrån ensam om, en neutral till positiv klang.¹⁴³Så var dock inte alltid fallet och särskilt inte gällande straffrätten.

En av de som gav termen arbitrium en mer negativ innebörd var Johannes Freinsheimus. Han föddes 1608 i Heidelberg och kom att studera filologi och juridik i Strasbourg. År 1642 blev han utnämnd till professor skytteanus i Uppsala¹⁴⁴ där han skrev texter som bland annat behandlade arbitring. Freinsheimus likställde att handla ”*pro arbitrio*” med att handla godtyckligt och efter egen linje i stället för att följa Guds linje. Hos Freinsheimus ses det som något mycket negativt medan Nehrman har en något annorlunda tolkning där Guds vilja och arbitrium visserligen är åtskilda, men det är en konsekvens av att lagen, enligt Nehrman, är uppdelad i två delar, nämligen *ius necessarium* och *ius arbitrarium*. *Ius necessarium* är den av Gud givna lagen och får inte ändras av världsliga domare medan *ius arbitrarium* ansågs vara den delen av lagen där Gud inte fastslagit vad som var rätt. I den delen av rätten var det tillåtet för domaren att använda sitt arbitrium så länge han gjorde det med samhällets bästa i åtanke.¹⁴⁵

Arbitrium ska även ha använts i betydelsen en person, oftast domarens, omdöme och förnuft och det utan att lägga någon värdering i arbitrium. Exempel på när det använts i den betydelsen är när Svea hovrätt år 1621 ber om ett utlåtande från ärkebiskopen och ber om hans arbitrium i egenskap av sakkunnig.¹⁴⁶

¹⁴² Lindberg, 1984, sida 276.

¹⁴³ Lindberg, 1984, sida 277.

¹⁴⁴ <https://sok.riksarkivet.se/sbl/mobil/Artikel/14450>

¹⁴⁵ Lindberg, 1984, sida 278.

¹⁴⁶ Lindberg, 1984, sida 279.

5.2 Synen på arbitring

Synen på arbitring i den mening att domaren med hjälp av sitt omdöme utdömde ett annat straff än vad som var föreskrivet i lagen varierade under 1600-talet. Bland flera av 1600-talets kriminalister och filosofer sågs arbitring som något som tillhörde domarens rättigheter. Företrädare för den åsikten var till exempel Benedict Carpzov. Carpzovs tankar och idéer citerades ofta av bland andra Johannes Loccenius och var ännu på David Nehrmans tid ett mycket bekant namn.¹⁴⁷ Carpzov ansåg att domaren hade en rätt att skärpa eller lindra straff och eftersom lagen omöjligt kunde beskriva alla tänkbara omständigheter som kan påverka den rättsliga bedömningen så måste domaren döma efter sitt samvete. Det betydde inte att domaren hursomhelst kunde avvika från lagen utan Carpzov menade att domarens arbitrium skulle användas endast om någon omständighet i målet avvek från lagen och i de fall där det blir aktuellt måste domaren avgöra målet efter vad som är rätt och billigt.¹⁴⁸ Prosper Farinacius, en något tidigare kriminalist, ansåg att det var *”en sann och allmän regel att domaren vid strafftillämpning har en av lag och rätt medgiven frihet, arbitrium, att lindra, skärpa eller omvandla straffen i enlighet med brottens kvalitet.”*¹⁴⁹

Rätten för en svensk domare i hovrätten att arbitrera återfanns inte i någon författning, men användes så ofta i praxis att man kom att se det som ett av hovrätternas naturliga privilegium. Den uppfattningen delade dock inte de karolinska kungarna. Karl X Gustav tyckte att arbitring var ett kungligt privilegium och att hovrätten, precis som underrätterna, skulle hålla sig till den skrivna lagen. Hovrättspresidenterna motsatte sig dock detta å det bestämdaste och hänvisade till att lagen var ofullständig och *”människors laster tilltog i oanad grad och detta i former som ingen haver kunnat tänka, än mindre göra lag däruppå”*.¹⁵⁰ Även Karl XI var tveksamt inställd till hovrättens arbitring och skrev 1674 ett brev till hovrätterna där han i skarpa ordalag förmanar hovrätterna att hålla sig till *”lagens bokstav”* och *”intet understån eder utan vårt nådige tillstånd och särdeles lov och minne att gå ifrån det straff som lag och laga stadgar eder dictera och föreskriva.”*¹⁵¹ Tio år senare, 1684, skrev kungen återigen och uppmanade hovrätten att upphöra med att arbitrera och döma efter samvetet. Som anledningen till detta angav kungen att det *”varandes det ibland något äventyrligt med samveten.”* Det var en

¹⁴⁷ Björne L. Patrioterna och institutionalisterna, 1995, sida 26, 96.

¹⁴⁸ Lindberg, 1984 sida 281-286.

¹⁴⁹ Lindberg, 1984, sida 282.

¹⁵⁰ Thunander, 1993, sida 198.

¹⁵¹ Thunander, 1993, sida 199.

formulering som inte togs väl upp av assessorerna som ska ha sett det som ett underkännande av deras omdöme. En av assessorerna i Göta hovrätt beklagade sig då över att tiden för domarens arbitrium var förbi.¹⁵² Ser man på statistiken stämmer det uttalandet dock inte eftersom hovrätten fortsatte att leuterera och arbitrera utan att bekymra sig alltför mycket om kungens uttalande.¹⁵³ Hovrättens något obekymrade attityd till kungliga påbud blir än tydligare när man ser på det stränga brev Karl XII skickade till hovrätterna 1699 där han förbjöd "*all egenvillig frihet eller så kallat arbitrerande uti saker som skola avdömas.*"¹⁵⁴ Förbudet ska visserligen ha lett till att fler mål än tidigare refererades till kungen, men arbitreringsen i hovrätten upphörde inte.¹⁵⁵

Det var inte bara kungarna som var kritiskt inställda till domarnas arbitreringsen utan frågan diskuterades även på flera riksdagsmöten under 1660- och 1670-talet. Kritiken ska bland annat ha gällt bristen på förutsägbarhet som en utbredd arbitreringsen kunde leda till. Om domarna ständigt utdömde arbiträra straff var det mycket svårt för de anklagade att förutse påföljderna.¹⁵⁶ Här skulle man kunna invända att domarna var hyfsat konsekventa i sitt arbitrerande och praxis tydligt visade på att om det inte fanns försvårande omständigheter var det inte särskilt sannolikt att bli dömd till döden som till exempel knekthustru ifall av enfalt hor. En annan kritik som framfördes under riksdagarna var risken för att domarna för egen vinnings skull dömde till böter. Domarna kunde nämligen få en del av böterna som lön och det ansågs öka risken för att avvika från dödstraff inte för att det var det skäligen i det fallet utan för att själv tjäna pengar.¹⁵⁷ Med tanke på att domarnas lön ofta uteblev på grund av rikets dåliga finanser¹⁵⁸ kan man förstå att risken för att domarna skulle kunna frestas av tanken på att få in i alla fall lite pengar inte var obefintlig. Hur ofta det faktiskt hände att domarna stoppade en del av bötespengarna i egen ficka är dock inte klarlagt och inte heller om det faktiskt var ett reellt skäl till att de utdömde böter i stället för dödstraff.

¹⁵² Thunander, 1993 sida 199.

¹⁵³ Se t.ex. tabellerna på sida 161 och sida 166 i Thunander, 1993.

¹⁵⁴ Thunander, 1993, sida 200.

¹⁵⁵ Thunander, 1993, sida 201.

¹⁵⁶ Trolle Önnerfors, 2014, sida 102.

¹⁵⁷ Trolle Önnerfors, 2014, sida 101.

¹⁵⁸ Thunander, 1993, sida 30.

5.3 Exempel på hur arbitrering användes

För en djupare förståelse av hovrätternas användning av arbitrering är det inte bara relevant att se på begreppets innebörd utan även på hur det användes i praktiken. Vid användningen av arbitrering kan man skilja på fall där det fanns en tydlig lagstiftning, fall där det fanns en slags samhällelig konsensus om mildhet och fall där lagstiftning saknades och hovrätten fick döma helt och hållet efter eget huvud.

Ett av de fall som tydligast visar på hur arbitrering kunde användas för att få till ett skäligt domslut när lagens bokstav tycktes alltför hård är historien om Clara Kruus vars fall utförligt beskrivits av Rudolf Thunander i åtminstone två böcker.¹⁵⁹ För att verkligen förstå det mycket speciella beslut som hovrätten kom fram till i Claras fall är det väl värt att gå relativt grundligt redogöra för de bakomliggande omständigheterna då dessa inte bara förklarar Claras fall utan också är ett utmärkt exempel på hur hovrätten gick till väga i sina rättsliga efterforskningar och varför lagens bokstav många gånger inte räckte till.

5.3.1 Clara Kruus tvegifte

Claras förste man, Magnus Oder, var korpral i den svenska armén och som många andra soldathustrur vid den här tiden hade Clara följt med sin man i kriget. År 1656 blev dock hennes man utkallad för att slåss mot ryssar och Clara själv blev kvar i Riga. Då Clara efter pestens härjningar blev ensam i staden hyrde hon ut ett rum i sitt hus till en annan soldat, Christoffer, och dennes hustru. Hustrun avled snart i pesten och Clara och Christoffer blev ensamma i huset. Ungefär vid samma tidpunkt som hustruns död fick Clara besök av två kvinnor som hävdade att Magnus Oder var död. Efter en tid kom ytterligare ett tecken på att Magnus verkligen var död. Denna gång var det en soldat som uppsökte Clara och krävde att få behålla ett gehäng som tillhört Magnus som betalning för den begravning soldaten påstod sig ha bekostat. Under tiden som Christoffer bott i huset hade han Clara fäst sig vid varandra och när de fick det andra budet om Magnus död beslöt de sig för att gifta sig. En tid därefter återvände de till Jönköping. Den äktenskapliga lyckan blev dock kortvarig eftersom Magnus plötsligt dök upp i Jönköping och krävde att han skulle få tillbaka sin fru och få 12 silvermynt i ersättning. Historien, eller i varje fall Thunander, berättar inte exakt vad de 12 silvermynten var för, men kanske var det den

¹⁵⁹ Se Hovrätt i funktion och Förbjuden kärlek

tidens motsvarighet till ersättning för sveda och värk. Clara blev följaktligen inspärrad på Jönköpings slott och slottskommendanten överlämnade ärendet till Göta hovrätt.¹⁶⁰

Hovrätten tillsatte då en utredning och den 22 oktober år 1658 blev Clara, Magnus och Christoffer förhörda om situationen. Magnus framhärjade i att han ville ha sin fru tillbaka, medan Christoffer bad att få behålla sin hustru. Clara själv bad om att få stanna hos Christoffer. Till saken hörde även att både Clara och Christoffer var rädda för att Magnus skulle behandla Clara illa och visa sig våldsamt och att hon skulle få ”*ett dageligt helvete*”. Tydliga tecken på detta hade visats redan när Magnus och Clara först återsetts då han ska ha försökt attackera henne med en kniv.¹⁶¹

För att finna det skäligen och billiga i fallet bad Göta hovrätt om utlåtanden från biskopen i Skara och domkapitlet i Växjö. Biskopen ansåg att det var en självklarhet att Magnus hade rätten på sin sida. I Växjö ansåg man fallet vara mer komplicerat då det fanns en risk för Claras säkerhet och att även om Magnus hade lagen på sin sida så borde man kanske försöka övertala honom om att Clara skulle få stanna hos Christoffer. En intressant sak här är att varken biskopen i Skara eller domkapitlet i Växjö tog någon hänsyn till lagen i sina utlåtanden. Lagen krävde nämligen att den skyldige vid tvegifte skulle straffas med döden dö. Hovrätten själv gick en slags mellanväg. Tekniskt sätt så hade Magnus en laglig rätt att få tillbaka sin fru, men då han visat upp ett våldsamt beteende kom hovrätten fram till att han var tvungen att avlägga en ed där han försäkrade att han varken skulle hålla hennes andra giftermål emot henne eller skada henne. Skulle Clara inte känna sig säker med den försäkran gavs hon av hovrätten rätt att söka äktenskapsskillnad. Vad Clara valde att göra förtäljer inte historien.¹⁶²

Domarnas lösning på Claras fall torde vara i det närmaste unik. Trots att Högmålsbalken tydligt föreskrev att straffet för tvegifte är att döden dö så lyfts det aldrig fram som ett alternativ, varken av hovrätten eller kyrkan. Vad lagen tycker och tänker är aldrig uppe för diskussion.¹⁶³ Som påpekats ovan så tog inte heller kyrkan någon hänsyn till vad lagen sade trots att särskilt biskopen i Skara gjorde en strängare bedömning av fallet än vad hovrätten gjorde. Om det hade något att göra med att lagens föreskrivna straff inte kom från Guds lag och Appendix utan

¹⁶⁰ Thunander, 1992, sida 53ff.

¹⁶¹ Thunander, 1992, sida 53-54.

¹⁶² Thunander, 1992, sida 55-57.

¹⁶³ Thunander, 1992, sida 56.

endast Högmålsbalken framgår inte, men då Bibeln inte på något sätt motsätter sig tvegifte¹⁶⁴ så var det möjligt för kyrkan att föreskriva en annan lösning än lagens utan att frånga Guds lag. En faktor som kan ha påverkat hovrättens bedömning eller som åtminstone gav dem än större frihet är att fallet inte prövades hos någon underrätt och att det inte heller fanns någon åklagare.¹⁶⁵ Det fanns alltså ingen tidigare dödsdom som behövdes upphävas och Magnus, som väl var de närmaste ett brottsoffer som fanns i situationen, yrkade som sagt på att få tillbaka sin fru och inte på att hon skulle dö. Hovrätten erkände också, precis som kyrkan, att Magnus i egenskap av att vara den förste äkta mannen hade en rätt till sin hustru, men tog också verklig hänsyn till Claras känslor och svåra situation. Fallets omständigheter är ett tydligt exempel på att lagen inte räckte till för att beskriva varje situation som kan uppstå och att arbitreringsdomaren efter bästa förstånd och förmåga dömde efter sitt eget huvud var nödvändigt för att finna vad som var rätt och billigt i varje enskilt fall.

Claras fall illustrerar tydligt de stora problemen med kommunikation som uppstod i och med de många krigen. Trots utsagor från tre olika personer som sade sig till och med ha begravt hennes förste man visade han sig vara vid liv och Clara hade plötsligt gjort sig skyldig till tvegifte. Tvegifte var inget vanligt förekommande brott och mellan 1635 och 1664 finns endast tretton kända fall av tvegifte i Göta hovrätt där Clara var den enda kvinnan som stod åtalad¹⁶⁶, men osäkerheten kring om ens respektive levde eller inte var en realitet för många och räknades som en förmildrande omständighet gällande horsbrott för många knekthustrur så att straffet blev böter i stället för döden¹⁶⁷ något som tydligt visar att vad som var rätt och billigt vägde tyngre än vad lagen föreskrev.

5.3.2 Knekthustrur

Knekthustrur och knektänkor hade under hela 1600-talet en ganska speciell ställning. Som ovan nämnts var det många gånger svårt för fruarna att veta om deras män levde eller inte och många år kunde gå utan någon kontakt makarna emellan och än mindre någon äktenskaplig samlevnad. Så var till exempel fallet med Sissela Andersdotter som år 1639 stod anklagad för enfalt hor och för att ha fått barn tillsammans barn tillsammans med sin dräng. Tretton år tidigare hade Sisselas man farit till Tyskland för att delta i kriget. En gång på tretton år hade han varit hemma,

¹⁶⁴ Se till exempel Första Moseboken.

¹⁶⁵ Thunander, 1992, sida 56.

¹⁶⁶ Thunander, 1992, sida 50ff.

¹⁶⁷ Thunander, 1992, sida 64ff.

men då varit sjuk och någon form av äktenskaplig samlevnad hade inte förekommit. Sedan hans besök hemma hade nio år passerat innan Sissela fick barn med drängen och på de nio åren hade maken inte bemödat sig om att svara på sin frus brev en enda gång. Han ska också ha nekat möjligheten att fara hem med motiveringen att han hade ett bättre boende utomlands än vad han kunde hoppas få i Sverige. Att Sissela efter 13 år i ensamhet och avhållsamhet hoppade över skaklarna är inte svårt att förstå och det tyckte inte heller häradsrätten. Häradsrätten hade som underrätt ingen möjlighet att arbitrera utan dömde henne till döden, men kommenterade att äktenskapet verkligen inte varit mycket att ha och att maken förmodligen inte heller hade helt rent samvete efter 13 års frånvaro. Hovrätten höll med om häradsrättens bedömning och ändrade inte bara straffet till böter utan halverade även bötessumman från 80 riksdaler till 40.¹⁶⁸

Exakt hur hovrätten resonerade i fallet framkommer inte, men den mildheten och förståelsen hovrätten visade Sissela och många andra i liknande situationer avspeglades även i yttrande från en lagberedning från år 1643 som konstaterade att om mannen vara borta i kronans tjänst en längre tid skulle straffet både för enfalt och dubbelt hor mildras.¹⁶⁹ Även Per Brahe, Svea hovrätts president och riksdrots, uppmanade hovrätterna att visa förståelse för knekthustrur, i synnerhet de med barn, genom att låta de som inte kunde betala sina böter arbeta av sin skuld i stället för att slita ris. Anledningen till detta uttalande ska ha varit att den som slagits av en bödel ansågs oren och föraktades av samhället, något som enligt Per Brahe skulle påverka barnen till de föraktade alltför mycket.¹⁷⁰

Nästan fyrahundra år har gått sedan Sissela dömdes i Göta hovrätt och det är idag svårt att exakt redogöra för hur ”det allmänna rättsmedvetandet” såg ut, men fallet och de efterföljande uttalandena tyder ändå på att det i samhällets ögon var mer rätt att döma med förståelse och mildhet än att strikt följa Guds lag. Knekthustrurs svåra position i och med den osäkerhet som rådde kring deras mäns levnadstillstånd var något som talade inte bara till hovrättens samvete och känsla för rätt utan också till häradsrätternas och riksdrotsens rättsmedvetande vilket tyder på att arbitrerings i sådana fall skedde med samhällets stöd. Den formen av arbitrerings skulle då passa väl in med det Nehrman sade om att domaren får arbitrera om det sker med samhällets bästa i åtanke, även om Nehrman ställer krav på att arbitrerings endast sker när det gäller *ius arbitrarium*.

¹⁶⁸ Thunander, 1992, sida 65-66.

¹⁶⁹ Thunander, 1992, sida 66.

¹⁷⁰ Thunander, 1992, sida 70.

5.3.3 Älvakongen och annat oknytt

Ett av de mer bisarra mål som förekommer i Thunanders redogörelse över Göta hovrätts verksamhet och som verkligen gav utrymme för hovrätten att döma efter bästa förstånd är fallet med Älvakongen. Fallet handlar om Karin Svendsdotter som 1656 bekände att hon under en längre tid haft en kärleksaffär med en älvkonung. Deras möten skulle ha skett i uthus på gården, i skogen och i Grönekulle, en kulle som var allmänt känd som ett tillhåll för älvor och annat oknytt. Alven skulle dessutom ha skänkt Karin diverse smycken och tillsammans skulle de ha fått sju barn. Några smycken, tecken på graviditeter eller barn hade dock ingen annan på gården sett till även om gårdsfolket lagt märke till att hon ibland verkade lite borta. Hennes bekännelse togs dock på stort allvar av gårdsfolket och för att hjälpa henne tog de saken till tingsrätten. Tingsrätten,¹⁷¹ som inte hade någon rätt att arbitrera, hittade inget passande lagrum och vände sig därför till hovrätten. Göta hovrätt visade sig dock vara lika handfallna de och för att utreda saken ordentligt vände de sig till domkapitlen i Växjö och Linköping för att be om råd. Ett av de stora problemen fallet presenterade var att det inte ansågs finnas någon riktig brottsling utöver Älvakongen och honom var det svårt att dra inför rätta. I sex månader diskuterades fallet av domkapitlen och hovrätten utan att man kom fram till en tillfredställande lösning och så småningom rann det hela ut sanden då Karins problem löste sig efter att hon fått ett silverkors att bära runt halsen.¹⁷²

För dagens människor kan fallet tyckas vara meningslöst då Karins berättelse för de flesta endast skulle framstå som livlig fantasi, men för 1600-talets människor var oknytt och Älvakongen betydligt mer verkliga. Som Thunander så träffande skriver var alver ”*ingen orimlighet, Orimlig var däremot tanken på att någon i all ensamhet kunde ha samlag i ett mäskkar eller föda sju barn i ren inbillning.*”¹⁷³ Karins bekymmer togs därför också på allvar och där det överhuvudtaget inte fanns någon passande lag fick hovrätten försöka att använda sitt arbitrium och helt döma efter bästa förstånd. Deras sex månader långa strävan efter att utreda situationen visar också på att de tog det ansvar som deras rätt till arbitreringsmedförde på allvar. I just Karins fall blev resultat dock som sagt inte en dom då det inte fanns någon brottsling att döma. Så var emellertid inte alltid fallet utan det finns exempel på när hovrätten hade att ta ställning till huruvida män som haft samröre med skogsfrun skulle dömas eller inte.

¹⁷¹ Thunander har kallat den underrätt som dömde i fallet för tingsrätt och någon vidare förklaring om vilken slags underrätt det rörde sig om finns inte.

¹⁷² Thunander, 1992, sida 127-129.

¹⁷³ Thunander, 1992, sida 130.

”Att bola med dem som äro andar och intet kött eller ben hava”¹⁷⁴ var detsamma som att vara samman med djävulens anhang och samröre eller förbund med djävulen straffades med döden dö. Hovrättens inställning till sådant samröre är något oklar. Ett fall där en man påstod sig ha haft ett förbund med skogsrået slutade med att han dömdes till att döden dö medan en annan man som påstod sig ha legat med skogsrån avfärdades som rena fantasier av hovrätten. Det ska dock nämnas att den man, kallad Tideman, som dömdes till att döden dö även gjort sig skyldig till en mängd andra brott, som också straffades med döden dö, däribland stöld, hor och bigami. I den andres fall, en man kallad Måns, fann tingsrätten¹⁷⁵ ett passande lagrum och dömde honom till döden för *crimen bestialitis*, tidelag, medan hovrätten totalt avfärdade hans redogörelse och i stället rekommenderade att undervisning av en präst.¹⁷⁶ Att tingsrätten fann ett passande lagrum i fallet med Måns som haft ihop det med skogsfrun, men inte i Karins fall kan verka märkligt och likaså att Karins fall togs på stort allvar medan Måns redogörelse avfärdades som rena fantasier. Kanske hänger det ihop med att man som tidigare beskrivits ansåg det märkligt att en kvinna kunde ha inbillat sig att hon fött sju barn. Att den man som kallades Tideman dömdes till döden dö är dock inte lika märkligt eftersom han dessutom varit anklagad för en mängd andra brott som också de var belagda med dödstraff. Karins, Måns och Tidemans fall är exempel på att rättssystemet och domarnas arbitreringsonekligen kunde leda till förvirring. Alla tre har haft samröre med oknytt, men den ene dömdes till döden, den andre rekommenderades undervisning av en präst och den tredje betraktades som brottsoffer.

¹⁷⁴ Thunander, 1992, sida 131.

¹⁷⁵ Thunander har kallat den underrätt som dömde i fallet för tingsrätt och någon vidare förklaring om vilken slags underrätt det rörde sig om finns inte.

¹⁷⁶ Thunander, 1992, sida 125ff.

6 Sammanfattande analys och diskussion

Arbitrering och domarens arbitrium må ha varit omstritt, men efter en undersökning av 1600-talets straffrätt står det klart att det var en nödvändig del av 1600-talets rättskultur. Oviljan eller oförmågan att stifta lagar tvingade hovrätterna att under mer än hundra år arbeta med och förhålla sig till en lag som ansågs vara ofullständig och föråldrad redan när den först trädde i kraft. Genom att ge hovrätterna uppdraget att granska underrätternas alla domar och ge dem möjligheten att leuterera och arbitrera kunde rättsutvecklingen följa samhällets moraluppfattning utan att det ledde till onödiga konflikter mellan de olika ständerna i riksdagen.

Att en lag tagen direkt från Bibeln fungerade illa i ett samhälle så präglad av religion kan tyckas märkligt, men man bör ha i åtanke att Appendix kom från Gamla testamentet och den gammaltestamentliga tidens moraluppfattning och samhälle såg helt annorlunda ut än 1600-talets. Att lagen var ofullständig och inte passade in på alla fall var inte heller nödvändigtvis något uppseendeväckande eller direkt felaktigt. Den av människan skrivna lagen kunde endast gälla *ut in pluribus* och att domaren i fall där lagen inte passade använde sig av sitt förstånd och föreskrev ett mer skäligt och billigt straff var en inbyggd del av hur rättskulturen fungerade. Inte ens de karolinska kungarna som förebrådde hovrätten sin förkärlek för arbitrering och främmande rätt ifrågasatte möjligheten att benåda någon utan endast vem som hade rätten att göra det. Hovrätternas ovilja att rätta sig efter de kungliga påbuden blir särskilt intressant när man tänker på Ylikangas teori om skiftet från romersk rätt till naturrätt. Ylikangas teori om att skiftet skulle ha berott på att tjänstemannaadeln var mer kungatrogen och ville bryta högadelns makt kan mycket väl stämma, men inom straffrätten verkar kungatrogenheten ha varit av begränsat intresse. Kanske för att det då inte handlade om att bryta högadelns makt utan om att bevara sin egen rätt.

Hur begreppet arbitrium tolkades och dess betydelse ändrades i olika sammanhang verkar inte ha varit ett problem i den diskussion som fördes kring begreppet. Diskussion ska snarare ha behandlat huruvida arbitrium var en given rätt, något positivt eller något negativt. Den innebörd ordet gavs verkar alltså ha berott på i vilket ljus arbitrering framställdes. Freinsheimus som argumenterade emot arbitrering gav det innebörden godtycke och inte bara det utan det var godtyckligt handlande som inte följde Guds vilja. Nehrmans definition av arbitrium som en domares förmåga att avgöra efter sunda rättsprinciper stämmer bättre överens med hovrättens

arbitrering inom straffrätten. Förfäktas kan att hovrättens arbitrering underminerade en från Bibeln tagen lag, något som skulle kunna tolkas som att man handlade godtyckligt och inte följde Guds vilja. Hovrättens agerande är dock inte ett underkännande av lagen utan mer ett uttryck för att den faktiskt inte räcker till. I fallet med Clara Kruus fanns det till exempel en tydlig lag som sade att tvegifte straffades med döden. Några undantagsfall eller vidare beskrivningar gavs inte. Att Clara saknade brottsligt uppsåt eller ens medvetenhet om att hon handlade i strid mot lagen var emellertid uppenbart för hovrätten. Hon levde i tron att hon var änka och det fanns ingen lag som sade att hon som änka inte fick gifta om sig med en änkling. När mannen sedan trots alla tecken på det motsatta visade sig vara vid liv hade hon plötsligt begått ett brott belagt med dödsstraff. Att hovrätten i det fallet inte ens övervägde att straffa henne utan kom fram till en minst sagt förnuftsbasead lösning ger ytterligare stöd åt tolkningen av arbitrium som domarens förnuft och förmåga att avgöra vad som var skäligt. Inte heller verkar beslutet ha ansetts vara i strid mot Guds vilja ens av kyrkan, då biskopen visserligen föreskrev en annan lösning, men inte heller han föreslog dödsstraff.

Fallen som rör samröre med oknytt verkar då betydligt mer godtyckliga, men även där finns vissa förklaringar till de olika utfallen. I fallet med Karin och Älvakongen ansågs Karin inte ha begått några brott utan mer ha varit brottsoffer och bevis för händelserna saknades helt. Att då döma henne för samröre med oknytt när hon sökt hjälp och ingen tydlig lag finns ansågs inte vara det skäliga. Tideman som faktiskt blev dömd till dödsstraff hade en rad andra brott på sitt samvete och hovrätten verkar då inte ha haft samma behov av att utreda just brottet som rörde skogsfrun. I det andra fallet rörande skogsfrun stod den åtalade inte anklagad för något annat än tidelag. Hovrätten behövde alltså endast ta ställning till just det, och inte en mängd brott som i Tidemans fall. I Måns fall kan det knappast heller anses att hovrätten missbrukade sin rätt att arbitra och inte följde Guds vilja när den avfärdade fallet som ett utslag av livlig fantasi och rekommenderade prästerlig undervisning – något som verkar ytterst rimligt och skäligt när man läser fallet.

När Karl XI kritiserade hovrätternas arbitrerande varnade han för det äventyrliga med att döma efter samvetet och inte efter lagen, men i till exempel fall gällande knekthustrur som stod anklagade för enfalt hor kan knappast hovrätternas samveten räknas som "äventyrliga". Redan Gustav II Adolf hade fastslagit att lagens bokstav var för sträng och att enfalt hor skulle straffas med böter. Hovrätten följde alltså en av kungen fastslagen praxis. Ser man på till exempel fallet med Sissela tyder häradsrättens bedömning på att hovrättens bötesstraff stämde bättre överens

med samhällets uppfattning om tillbörligt straff än vad dödsstraff gjorde. Den tolkningen ges stöd också av 1643 års lagberedningens och riksdrotsens uttalanden om att knekthustrur på grund av sin speciella situation skulle visas mer förståelse. I de fallen dömde hovrätten alltså efter sunt förnuft och samhälleliga principer.

Den mildhet och förståelse som hovrätterna visade när de utdömde arbiträra straff är särskilt intressant i ljuset av den straffrättsliga teorin om behovet av stränga straff för att minska det moraliska förfallet som samhället ansågs befinna sig i. Med tanke på att teorin framfördes av alltifrån Carpzov och uppsaliensiska professorer till hertigar är det märkligt att de stränga straffen inte fick något starkt fäste i hovrätternas domar. Till och med hovrättspresidenterna, som trots att de sällan deltog i det dagliga arbetet ändå måste anses ha haft visst inflytande på hovrätterna, försvarade sin rätt till arbitreringsmedel med att människors laster ökat så att de omöjligt kunde täckas av lagens bokstav. Ändå syns inga tecken på att de i det dagliga arbetet aktivt arbetade för att förbättra moralen med strängare straff. I de fall där människors handlande gjorde att lagen inte riktigt kunde anses passa, som i ovannämnda exempel, har man i stället dömt till mildare straff än vad lagen föreskrev. Anledningen till detta skulle kunna vara synen på domarens egenskaper och utbildningen denne fått.

Flera av de som senare kom att arbeta i hovrätterna hade studerat vid universitet. Att de många gånger inte läst juridik var inte nödvändigtvis något som hämmade deras förmåga att fatta skäliga och billiga beslut, då juridiken var så intensivt sammanbunden med filosofi, teologi och historia. Den romerska rätten, Aristoteles, Thomas av Aquino och Gud var något som gick igen inom alla ämnen. Idag förväntas en domare känna till lagen och hur den ska tolkas, men på 1600-talet förväntades en god domare med hjälp av *prudentia*, *justitia*, *temperantia* och *clementia* utfinna vad som var det *rätta* enligt den naturliga rättsordningen. Lagen bestod av flera skikt och den av människan skrivna lagen var bara en del av rätten. När den inte passade in på ett fall hade domaren inte bara möjlighet utan skyldighet att också använda sig av sin klokhets och sitt förnuft för att de rättsliga tolkningsprinciper och värden som den legala ordningen förväntades ge uttryck för faktiskt kom att tillämpas. Huruvida assessorerna anslöt sig till Grotius form av naturrätt, den naturrätt som enbart ansågs härstamma från Gud eller den romerska rätten är av mindre vikt då de alla ansågs ge uttryck för principer från lagens övre skikt. Utdömandet av arbiträra straff var en nödvändig och förväntad del i arbetet som domare.

Hur mycket domarna faktiskt tänkte på moralfilosofin, Guds vilja, domarens dygder och den naturliga rättsordningens värden när de skrev sina domar är svårt att säga. Troligare är väl att de sökte efter vad som var en skälig och förnuftig lösning i just det fall de hade framför sig utan att ägna alltför mycket tid åt moralfilosofin. Med det menas inte att Guds vilja och den naturliga rättsordningen avfärdades utan mer att den var något som var inbyggt i bedömningen och synen på domarrollen. Claras fall är ett tydligt exempel på detta då hovrätten inte ens går in på lagen utan direkt går till vad som är det skäligaste och rättvisaste beslutet för alla inblandade.

Att tala om en samhällelig moraluppfattning eller ett allmänt rättsmedvetande är ofta vanskligt – särskilt i ett samhälle så uppdelat som 1600-talets. Religionen och gudstron genomsyrade alla stånd och påverkade även rättskulturen och i den kristna tron ingick inte bara den gammaltestamentliga strängheten utan även nya testamentets bud om mildhet och nåd. Genom sitt utövande av domarens arbitrium var det också just mildhet och nåd som domarna visade. Även om 40 riksdaler i böter kan tyckas hårt för en fattig knekthustru är det ett betydligt mindre slutgiltigt straff än döden. Om domarna någon gång dömde till böter i stället för döden i avsikt att själva få en del är det svårt att föreställa sig att den som sluppit sätta livet till var missnöjd över den uppdelningen. Den risk för godtycklighet och rättsosäkerhet i arbitreringsprocessen kunde tänkas medföra får därmed anses vara tämligen liten då hovrätten inom straffrätten faktiskt av allt att döma var relativt konsekvent i sin bedömning av olika fall. För den som står inför rätta med hot om dödsstraff måste en möjlighet att domaren skulle utdöma ett arbiträrt straff ha verkat som ett bättre alternativ än att domaren strikt höll sig till lagens bokstav, oaktat att lagen var tagen direkt från Bibeln. Ibland är trots allt domarens förnuft och mildhet att föredra framför Guds och kungens rätt och lag.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Englund, Peter: - Det hotade huset. Atlantis, Stockholm 1989.

- Silvermasken. Albert Bonniers förlag. Uddevalla 2006.

Horn, Agneta: Agneta Horns lefverne. Utgiven av Sigrid Leijonhufvud. Andra upplagan. Nordstedts. Stockholm 1910.

Jägerskiöld, Stig: - *Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag (1654-1734)*. Svea hovrätt, Studier till 350-årsminnet. P.A.Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1964.

-*Rätt och rättskipning i 1600-talets Sverige*. Den svenska juridikens uppblomstring i 1600-talets politiska, kulturella och religiösa stormaktssamhälle. Rättshistoriska studier, serie II, band IX, Angered 1984.

Korpiola Mia: *The Svea Court of Appeal in the Early Modern Period: Historical Reinterpretations and New Perspectives*, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 2014.

Lindberg, Bo H: - *Brott och straff enligt more geometrico. Ett kristet-aristoteliskt krav*. Den svenska juridikens uppblomstring i 1600-talets politiska, kulturella och religiösa stormaktssamhälle. Rättshistoriska studier, serie II, band IX, Angered 1984.

- Praemia et Poenae, etik och straffrätt i Sverige i tidig ny tid. Uppsala 1992.

Lindborg, Rolf: *Johannes Schefferus och Naturrätten*. Den svenska juridikens uppblomstring i 1600-talets politiska, kulturella och religiösa stormaktssamhälle. Rättshistoriska studier, serie II, band IX, Angered 1984.

Magalotti, Lorenzo: Sverige under år 1674. Facsimileutgåva. Rediviva, Stockholm 1986.

Modéer Kjell Å: *Vad är rättskultur? – Om vår tids historiska skolstrid vid juridisk fakultet, Rätten*, en festskrift till Ankarloo, Nordic Academic Press, 2000.

Nelken David: Comparing legal cultures, Aldershot, Dartmouth 1997.

Odenrantz, Johan: Kongl. Göta Hofrätts presidenter, ledamöter och betjänter. Utgiven av Jac. Ax. Lindblom. Linköping 1803.

Petrén Sture: *Hovrättens uppbyggnad 1614-1654*, Svea hovrätt, Studier till 350-årsminnet. P.A.Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1964.

Strömholm Stig: *Grotius och den tidigare naturrätten*. Den svenska juridikens uppblomstring i 1600-talets politiska, kulturella och religiösa stormaktssamhälle. Rättshistoriska studier, serie II, band IX, Angered 1984.

Thunander, Rudolf: - Förbjuden kärlek, sexualbrott, kärleksmagi och kärleksbrev i 1600-talets Sverige. Atlantis. Stockholm 1992.

- Hovrätt i funktion. Göta Hovrätt och brottmålen, 1635-1699. Lund 1993.

Trolle Önnerfors, Elsa: *Justitia et Prudentia*. Andra upplagan. Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 2014.

Tuori, Kaarlo: *Towards a multi-layered view of modern law*. Juristförlaget. Lund 1997.

Vasara-Aaltonen, Marianne: *Learning law and travelling Europe (Study Journeys and the developing Swedish legal profession c. 1630-1800)*, Brill. UK 2020.

Ylikangas, Heikki: *Kampen mellan naturrätt och romersk rätt i Sverige*. Den svenska juridikens uppblomstring i 1600-talets politiska, kulturella och religiösa stormaktssamhälle. Rättshistoriska studier, serie II, band IX, Angered 1984.

Elektroniska källor

Björne, Lars, SvJT 1992, Bo H. Lindberg. Praemia et Poenae. Etik och straffrätt i Sverige i tidig ny tid. Band I. Rättsordningen. Vol. I–II. Uppsala 1992, <https://svjt.se/svjt/1992/762>, Hämtad 14/4-2022.

B. N, SvJT 1943, Jan Eric Almqvist. Karl IX och den mosaiska rätten. Lychnos, lärdomshistoriska samfundets årsbok, Uppsala 1942 s. 1–32. <https://svjt.se/svjt/1943/330>, Hämtad 18/4-2022

Löw, Bengt. Riksarkivet, Johannes Freinshemius, <https://sok.riksarkivet.se/sbl/mobil/Artikel/14450>, Hämtad 6/5-2022

SAOB = *Ordbok över svenska språket*, utgiven av Svenska Akademien. Lund 1893–
https://svenska.se/saob/?id=A_1959-0188.BVjN, Hämtad 16/5-2022