

## REPLIK TIL OLE FENGER

I nr. 1979:1 av denna tidskrift har Ole Fenger recenserat min bok »Gesetze als Quellen mittelalterlicher Geschichte des Nordens«. Tyvärr har han inte förstått mycket av mitt arbete. Hans recension är samtidigt ett försvar för hans egen uppfattning, sådan han framlagt den i »Fejde og Mandebod. Studier over slægtsansvaret i germansk og gammeldansk ret«. Eftersom frågan gäller hur medeltidslagarna ska användas som historiska källor, tror jag att en replik är av intresse inte bara för oss närmast inblandade. P.g.a. det begränsade utrymmet kan bara ett par punkter behandlas. F.ö. ber jag få hänvisa till min artikel »Rättshistorisk metod och teoribildning« i Scandia 1978:2.

1. Fengers utgångspunkt är den under 1800-talet utbildade teorin om det »forngermanska« samhället: det bestod av autonoma och jämstarka ätter, som krigade med varandra och slutligen försonades och uppgick i »staten«. Under denna »förstatliga« period handhades rätten alltså av »ätterna«. De utgör samhällets grundelement och deras strid och försoning utgör temat i den här historieteorin, som för dagens historiker framstår som en ytterst primitiv och inadekvat förklaring av den äldre samhällsutvecklingen. I sin recension har Fenger visserligen försvagat den till det yttersta: »man opstiller en *hypotese* om et retssystemes *mulige* funktion helt eller *delvis* baseret på en social gruppe, slægten« (s. 120, kurs. här). Men man bör nog inte låta sig luras av det, med en så beskedlig hypotes skulle Fenger inte ha kunnat skriva sin avhandling på nära 600 sidor. Hela hans recension går dessutom ut på att klandra mig för att jag inte omfattar dessa idéer, som han betecknar som »håndfaste samfunds- og retsforestillinger« (sst.).

2. Kärnfrågan är naturligtvis vilka belägg som finns för dessa »handfasta« föreställningar. Huvudkällan är våra medeltidslagar och de partier av dessa, som man påstår är rester av äldre rättsförhållanden. Dit hör t.ex. bestämmelserna om släktingarnas solidariska ansvar för dråpsböter. Det går emellertid utmärkt väl att förklara dessa bestämmelser utifrån den tid då lagarna redigerades, med hänvisning bl.a. till att många levde i oskiftade bon. Vid denna tid rådde i Norden feodala förhållanden, som visserligen i en del avseenden skilde sig från övriga europeiska, men som hade det gemensamt, att de genom skatte- och bötesprivilegier gav förutsättningen för vissa släkters jordrikedom och makt. Däremot finns det inga som helst belägg för att kärnan i dessa bestämmelser härrör från »forngermansk« tid. Å ena sidan har vi alltså en förklaring, som ansluter sig till väl belagda förhållanden vid källans tillkomsttid, å andra en förklaring, som bygger på spekulativa antaganden om äldre partier i denna källa. Men Fenger vill inte erkänna den fundamentala skillnaden mellan dessa förklaringar. Med hänvisning till att termen feodal kan ha olika betydelse avfärdar han hela saken, som om den vore ett påhitt av mig och utan grund i källorna (s. 120).

3. Lika obekant är Fenger med historisk metod. Han finner det »besynderligt«, att jag inte uttalar mig om normativa texters källvärde i allmänhet (s. 114). Det är sådant, som tillhör elementa i metodhandböckerna. Men efter att ha läst hans recension förstår jag, att jag inte en, utan många gånger, och med tjocka streck borde ha understrukit, att normer endast kan användas som kvarlevor av sin till-

komstsituation. Och om man vill hålla sig kvar i sinnevärlden är det fråga om den empiriskt fastställbara tillkomstsituationen.

Eftersom vi med få undantag (som exempelvis arvsrätten) — och de för inte särskilt långt tillbaka i tiden — saknar empiriska bevis för äldre rätt, betyder ett konsekvent tillämpande av detta källkritiska krav, att vi måste utgå från att den kunskap lagarna ger, den ger de om redigeringstiden, då de fick sin till oss bevarade gestalt. Men en sådan inskränkning kan Fenger inte acceptera. Han talar om rättshistorikerna »som ikke med renavskede hænder kan nøjes med at bedyre, at lovtæksterne ikke tillader udsagn vedrørende tiden for deres endelige redaktion« (s. 122). Man skulle då vänta, att han försökte ställa upp några kriterier på äldre och yngre rätt. Men det gör han inte; i sin avhandling framhåller han tvärtom det omöjliga i detta företag (s. 396). Den enda måttstock han har är ovannämnda teori och av densamma influerade etnologiska arbeten från förra seklet. Och samma ståndpunkt intar han i sin recension (s. 120). Här ligger alltså den fundamentala skillanden mellan oss: Fenger menar, att en förmodad samhällsutveckling är tillräcklig grund för att bevisa samma utveckling i våra medeltidslagar. Den gamla ättideologin får förklara källorna. Det är en källsyn och en historieuppfattning, som går tillbaka till historiska skolan och Hegel, och som borde vara övergiven för länge sedan. Men Fenger ser inte sammanhangen, för honom har de gamla teorierna alltså blivit »håndfaste samfunds- og retsforestillinger«.

Ibland kan det visserligen förefalla som om Fenger intoge en kritisk hållning till dessa. Det finns tydligen en ambivalent ambition hos honom, som kan förklara hans ofta oklara och vindlande framställning: han vill både hålla kvar den gamla ättideologin och följa med sin tid. Men just hans avsky för klara ställningstaganden visar, var han står. När jag konsekvent vill tillämpa det ovannämnda källkritiska kravet, invänder han, att »tavlen viskes helt ren«, och att jag kastar »barnet ud med badevandet« (s. 123, 120).

4. Jag drar således konsekvensen av detta källkritiska krav och *byter frågeställning*. Det som intresserar mig är att få en riktigare datering av de till största delen anonyma svenska lagarna och därmed få dem att ge kunskap tillbaka om den politiska och sociala situationen vid deras redigeringstid. Orsaken till redigeringen måste ha legat i en önskan att fastslå vad som skulle gälla som rätt — jag bryter alltså här med den passiva »nedteckningsteorin«. Även om en regel inte var ny vid detta tillfälle måste den ha fyllt en funktion då — detta måste i varje fall antas vara fallet för merparten bestämmelser. Det är denna funktion, alltså i en bestämd historisk situation, min analys gäller.

Det är möjligt, att Fenger inte har förstått detta, isåfall skulle han ha insett, att omdateringen av Gutalagen och Gutasagan är ett av de väsentligaste avsnitten. Man kunde också tro, att det var hans mening, när man läser följande: »Derfor er det også af fundamental betydning, om Goterloven viser sig at være nedskrevet et århundrede senere end hidtil antaget« (s. 119). Men då borde ha följt en värdering av riktigheten av detta fundamentalt betydelsefulla resultat. Fenger yttrar emellertid inte en stavelse om detta. Han ägnar 10 rader av de 12½ sidorna till en värdering av min kritik av den gamla dateringen, det är allt.

5. Den egendomligaste av Fengers invändningar är, att det är inkonsekvent av mig att ställa upp en ny teori och jämföra svenska lagar med andra, när jag kritiserat den gamla teorin och att den gamla formen av komparativ rättshistoria. Fenger skiljer tydligen inte mellan grundade och ogrundade teorier, ett angrepp på den traditionella teorin blir ett angrepp på teoribildning över huvud (s. 120, 124). Den gamla teorin är dålig därför att den inte är empiriskt grundad. Och den blir ingalunda bättre om den nya teorin eventuellt skulle kunna motbevisas. Det tror Fenger. Men det är ett fundamentalt misstag att tro, att tesen om Lombardans betydelse för nordisk rätt är central för min kritik av germanisternas källbehandling (s. 118). Den senare är ohållbar alldeles oavsett vilka andra teorier man uppställer.

Att undersöka, vilka inflytanden, som gjort sig gällande på lagarna, är en del av identifieringsarbetet. Att jag koncentrerat mig på Lombardan beror på, att det här gäller områden, som dittills feltolkats. Det betyder däremot inte som Fenger tror, att jag skulle förneka andra inflytanden, som det delvis grundligt utredda från kanonisk rätt. Om Fenger menar, att i några fall den kronologiska och inte den systematiska versionen av langobardrätten använts, så kan detta diskuteras. Även den förstnämnda fanns ju spridd på många håll i Europa. Resultatet blir i så fall, att man får dra andra slutsatser om hur förlagan använts och därmed om vilka avsikter, som varit ledande vid redigeringen.

6. Fenger kan tydligen inte bestämma sig för, om han skall klandra mig för att jag har fel i receptionsfrågan eller för att jag inte är först på plan. Jämsides med sina förnekanden av Lombardans och feodalrättens betydelse för de nordiska medeltidslagarna fastslår han, att detta inflytande redan är påvisat (s. 117, 123). Det vore egendomligt om så inte vore fallet, eftersom källmaterialet sedan mer än hundra år föreligger i tryck och man under samma tid inte varit precis obekant med den vetenskapliga verksamheten vid de norditalienska juristskolorna och de europeiska universiteten under högmedeltid samt att nordiska studerande fick sin utbildning där. Likaledes har den stora utbredningen av avskrifter av dessa lagar påvisats. Desto mer påfallande är germanisternas ovilja att räkna med detta inflytande också om de påstått »gammalgermanska« delarna av lagarna. För att slippa erkänna detta inflytande tillgriper Fenger liksom andra germanister utvägen att säga, att en likhet lika väl kan vara resultatet av likartade samhällsförhållanden som av påverkan (s. 120). Karakteristiskt nog används detta argument bara i vissa fall. Germanisternas egna påståenden om kyrkligt inflytande behöver ofta inte beläggas alls, även om det gäller orsaksförklaringar med mycket stor räckvidd, som ex. den om slaveriets avskaffande. För de »gammalgermanska« partierna däremot duger inte ens ordagranna överensstämmelser.

De likheter jag tagit upp gäller detaljerade bestämmelser för beräkningen av mansboten vid dråp och sår. Det är utomordentligt osannolikt, att variationer i sådana tekniskt-juridiska regler ska kunna återföras på skilda samhällsförhållanden och omvänt. Men om Fenger anser att här finns en korrelation, är han skyldig att påvisa den och visa, att den förklaringen är sannolikare än den avvisade receptionsförklaringen. Frågan kan inte, som Fenger tror, avgöras med hänvisning till vad Kofod Ancher skrev om människans natur år 1769 (sst.).

Germanisternas tes om rättsreglernas beroende av samhällsförhållandena är inte någon släng av historiematerialism, som man kanske kunde förledas att tro. Den är inte allvarligt menad, utsätter sig inte för empirisk prövning. Den är en ersättning för den omoderna teorin om den germanska urrätten. Istället för till denna hänvisar man till likhet i samhällsförhållandena — båda är underförstått ett uttryck för den germanska folkanden.

7. Utrymmet medger inte att jag bemöter en del rent befängda påståenden i Fengers recension. Jag måste begränsa mig till de principiella åsiktskillnaderna. Tyvärr måste slutsatsen bli, att de är av den storleksordningen, att de omöjliggör ett konstruktivt samarbete. En fruktbar diskussion förutsätter en gemensam metodologisk utgångspunkt. Först då kan kritiken, även den negativa, bli av värde för den vetenskapliga verksamheten.

*Elsa Sjöholm*

#### *Afsluttende bemærkninger*

I *Scandia* 34, 1968 (s. 164—195) skrev Elsa Sjöholm om nogle arveretlige problemer i de svenske middelalderlove. Hun gav her udtryk for håbet om senere at fremlægge en mere gennemført analyse af retshistorisk metode. Nogle i samme artikel fremførte betragtninger over Gotlandslovens arveordning anførtes at være et sammendrag af en detaljeret analyse, som forfatteren håbede at publicere i anden sammenhæng. Hendes bog fra 1972 »Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik« var et opgør med det 19. århundredes germanistiske teori. Dette opgør fortsættes i »Gesetze als Quellen mittelalterlicher Geschichte des Nordens« fra 1976, som jeg anmeldte på 12 af dette tidsskrifts sider — med ovenstående replik til følge.

Som det fremgår, er der over Elsa Sjöholms produktion et præg af foreløbighed. Det meste er oplæg til noget, som skal komme, efter at andet er nedgjort. Det gælder også »Gesetze als Quellen«, som hun betegner som et pilotstudium til en fremtidig undersøgelse af de middelalderlige love som historiske kilder. Som fuldbyrdet fremstår kun hendes massakre på germanister, der i deres retshistoriske skrivelser ikke har frigjort sig fra et påstået hegelsk udviklingsskema med en deraf følgende ætteideologi. Dette opgør må være fortjenstfuldt, hvis der ikke blot er tale om en kamp med genfærd og spøgelse, der allerede er manet i jorden. At dette for mig at se er tilfældet turde fremgå af min anmeldelse. Men Elsa Sjöholm ser spøgelse ved højlys dag. Enhver, der tillægger slægtgruppen retlige funktioner, ligger for hende at se under for ideologien om slægtssamfundet. At jeg i min anmeldelse (s. 120) kalder slægtssamfund, fællesgermansk urret og gammelnordisk ret for »håndfaste samfunds- og retsforestillinger« misforstår Elsa Sjöholm sprogligt i retning af noget positivt og sikkert. Jeg håber ikke, at danske læsere har været i tvivl om meningen.

Men tvivl ville kunne opstå, hvis Elsa Sjöholm ovenfor i sin replik under punkt 3 citerede mig korrekt for at fremhæve det »omøjlige« i den opgave at sondre imellem ældre og yngre elementer i middelalderlige lovtekster (med hen-

visning til min afhandling »Fejde og mandebod«, s. 396). Men det gør hun ikke — heldigvis eller desværre — for jeg skrev følgende: »Det er da en *vanskelig* opgave blot med nogenlunde sikkerhed at skille de enkelte lag i landskabslovene, og man kan vel ikke se bort fra den mulighed, at det fra nedskriverens side er vanskeliggjort, så nye, kongelig-kirkelige regler ved indfletning mellem gamle regler fra sædvaneretten kommer til at fremtræde med alderens autoritet«.

Havde jeg betegnet opgaven som umulig, ville jeg jo, paradoksalt nok, have levet op til Elsa Sjöholms empirisk-metodiske grundsætning, hvorefter der ikke findes nogen iagttagelig ældre ret, som kirkelig og kongelig ret kan reagere imod. Love er kun »levninger« af den tilblivelsessituation, som empirisk kan belægges, ikke noget som helst andet. Denne klare grundsætning fremsætter Elsa Sjöholm i den nyere artikel i *Scandia* 44 fra 1978 (s. 229—256), som hun henviser til i sin replik og dermed inddrager til støtte for »Gesetze als Quellen« fra 1976. I artiklen, der bærer titlen »Rättshistorisk metod och teoribildning«, forudsiger hun, at et gennembrud af empirisme, også med henblik på de middelalderlige love som kilder, vil betyde undergang for den germanistiske konstruktion.

Men selvom bogen om love som kilder til Nordens middelalderlige historie af forfatteren kaldes en pilotstudie, rummer den dog to elementer, der ikke har karakter af foreløbighed: 1) nydateringen af Gotlandsloven og 2) Lombardas betydning som påvirkningsfaktor og forlæg for nordiske love.

Ad 1) Om nydateringen skrev jeg, at det er af fundamental betydning hvis den holder stik. Nu bebrejdes jeg, at jeg ikke i min anmeldelse foretager en vurdering af dette resultat. Hertil kan jeg svare, at denne vurdering burde være foretaget af Elsa Sjöholm, at jeg faktisk (i anmeldelsen s. 119) satte spørgsmålstegn ved, om alle lovens bestanddele skulle være nyindførte med denne lov, eller om visse fænomener kan antages at have eksisteret før loven — og at Elsa Sjöholm afslutter kapitlerne om nydatering af Gotlandslov og Gotersaga med en ny henvisning til fremtidige studier som nødvendige for at nå et definitivt resultat.

Ad 2) At Lombarda har afgørende betydning for nordiske love er for Elsa Sjöholm hævet over enhver tvivl. Efter påvisning af et tilfælde af reception fra Lombardakommentaren i svensk ægteskabsret hedder det: »Im zweiten Abschnitt dieser Arbeit werde ich zeigen, dass schwedische — und skandinavische — Rechte des Mittelalters in anderen sehr wesentlichen Bereiche die Lombarda rezipiert haben« (s. 84). Det siges, at det var Lombarda, den videnskabeligt behandlede, systematiserede, langobardiske ret med kommentaren *Expositio*, som tilvejebragtes omkring 1070, der fik stærk udbredelse i Europa. Det var ikke den ældre, kronologisk redigerede langobardiske ret.

I sin replik til min anmeldelse er Elsa Sjöholm kun på eet punkt imødekomme: i slutningen af punkt 5 skriver hun: »Om Fenger mener, att i några fall den kronologiska och inte den systematiska versionen af langobardrätten använts, så kan detta diskuteras«. Det betyder i sin enkelthed, at det ikke er så sikkert, at forlægget stammer fra tidligst 1070. Det kan gå tilbage til det 7. og 8. århundrede. »Resulatatet blir i så fall, att man får dra andre slutsatser om hur förlagan använts och därmed om vilka avsikter som varit ledande vid redigeringen«.

Denne konstatering vedrørende hensigten bag en lov kan sammenholdes med,

hvad Elsa Sjöholm i Scandia-artiklen fra 1978 (s. 253) forklarer om middelalderloves indhold og karakter. Hun påstår her, at middelalderlove for germanisterne er optegnet retspraksis. Nok har germanisterne modificeret denne tese, men de har i grunden aldrig opgivet den. De påstås altså at mene, at love principielt og overvejende rummer ophobet sædvaneret. Heroverfor sætter Elsa Sjöholm sin konsekvente metodiske grundsætning: »Lagarna är kvarlevor av den tillkomstsituation, som kan empiriskt beläggas, ingenting annat«.

Det empiriske vender jeg tilbage til. Hvis sætningen herudover betyder, at en lov udstedt på et givet tidspunkt under de og de omstændigheder siger noget om nogles hensigter på det tidspunkt, så kan det vel være tilfældet. Men spørgsmålet er så, hvor meget loven kan tages til indtægt for i så henseende, og hvor meget i loven, der kan fortælle noget om hensigter. Om det sidste hævder Elsa Sjöholm, at loven er en helhed. De enkelte regler og institutter skal ses som dele af hele loven. Hvorfor? Fordi »kravet utgår från det grundläggande antagandet, att lagarna inte passivt nedtecknats utan är tillkomna genom aktiv politisk indsats«.

Afgørende må det nu være, hvorledes Elsa Sjöholm begrundet denne afgørende antagelse. Det gør hun ved en henvisning til, *hvad vi allerede ved om lovenes tilkomst*. Og videre: »Ingen landskapslag kan i sitt nuvarande skick vara tillkommen före 1280, och vad vi vet om de politiska händelserna under de följande årtiondena fram till landslagens tillkomst gör orimligt att anta, att de maktäganda i samhället skulle ha tillåtit en passiv nedteckning av sedvanerätt. Vare sig det var frågan om gammel eller ny lag måste den i det stora hela ha motsvarat de maktägandes vilja. Därmed är också sagt, att inga väsentliga partier av lagarna kan antas ha varit föråldrade vid redigeringstillfället«.

Jeg finder det nødvendigt at citere så udførligt, fordi Elsa Sjöholms Scandia-artikel (fra 1978) — som det også fremgår af citatet — vedrører svenske forhold og svenske love yngre end 1280. I artiklens note 1 hedder det: »I denna artikel kommer jag huvudsakligen att behandla svenska förhållanden och svensk litteratur. Förhållandet torde emellertid vara likartat i de övriga nordiska länderna«.

I den bog, som jeg anmeldte, opstillede Elsa Sjöholm kravet om et historisk funderet udgangspunkt som afgørende forudsætning for en vurdering af lovenes kildeværdi. I den følgende Scandia-artikel behandler hun nogle udvalgte tilfælde, hvor hun mener, at hendes krav er opfyldt: Fordi hun ved, at de politiske forhold i Sverige efter 1280 gør det urimeligt at antage, at magthaverne skulle have til ladet en passiv nedskrivning af sædvaneret, opstilles det generelle og kategoriske metodiske krav udfra den grundlæggende antagelse, at lovene ikke er passivt nedskrevne, men udslag af aktiv politisk indsats.

Resultaterne af denne metode er altså ganske afhængige af antagelsens holdbarhed. Den hviler på et skøn over magthavernes eller lovgiverens retspolitik. Dette skøn må bygge på ikke retlige kilder — ellers kører vi i ring og slutter fra loven til samfundet og tilbage til loven. Et i henseende til omfang og bearbejdelse solidt kildemateriale vedrørende magthavernes muligheder og en nøjagtig, absolut datering er forudsætningerne for Elsa Sjöholms påstand om lovreglernes karakter og de deraf følgende fortolkningsmuligheder.

Først da er vi fremme ved problemerne vedrørende normative teksters kilde-

værdi, hvorom Sjöholm henviser (mig) til metodehåndbøgerne, »hvor den slags tilhører elementa«: »Elementært, kære Watson« — og det er rigtigt, for man finder normalt kun varianter af den gamle sætning: »Gesetze sind keine Vorgänge«.

Hvad er herefter retshistorikerens opgave, hvis alene love og retsoptegnelser rager op i en kildemæssig ørken? Det kildemæssige tomrum findes jo ikke kun i tiden forud for de ældste love, men det findes jo også imellem lovene og vedrørende deres datering. For sandheden er jo, at det i middelalderen hører til undtagelserne, at en lovs tilkomstsituation er således belagt, at vi kan opstille grundlæggende antagelser for vore fortolkningsforsøg. End ikke forhåbninger om, at forholdene turde »vara likartet i de övriga nordiska länderna« er til megen hjælp ved fortolkningen af den enkelte regel eller den enkelte lov.

Alligevel kan man ikke se bort fra, at lovene rummer kildemateriale, hvis værdi vi kan vurdere. Man må slække på de 100 % konsekvens og kan gøre det i mistillid såvel til Elsa Sjöholms forkastelse af love som nedskreven sædvaneret som til hendes syn på love som i det væsentlige udtryk for reformer. Der behøver ikke at være tale om et enten/eller. Der kan nemlig for lovgiveren eller for lovredaktøren, han være sig gejstlig eller verdslig, ligge en reform i blot en begrænsning af en allerede eksisterende retsregel. Elsa Sjöholm forkaster den passive nedskrivningsteori, men pave Gregor VII var muligvis tilhænger af den, da han i 1080 pålagde den svenske konge at sende en biskop eller en egnet klerk til Rom for at oplyse om svenske sædvaner og skikke (Dipl. Suec. I nr. 24—25).

Elsa Sjöholm skriver i sin replik (pkt. 5), at den germanistiske teori om slægtsamfundet var dårlig, fordi den ikke var empirisk funderet. Historisk forskning er for hende empirisk forskning, hendes metodelære er en variant af den empiriske forskningsmetode. Nu har det jo til dato ikke været muligt for tilhængere af denne opfattelse at nå til enighed om, hvori det empiriske element i historieforskningen måtte bestå. Skriftlige kilder skal fortolkes, og fortolkning kan føre til forskellige resultater. Samme kilde kan tolkes som levning af mangfoldige forhold alt efter, hvilke teoretiske forestillinger om sammenhænge fortolkeren udgår fra. Samme kilde kan fortolkes forskelligt af flere forskere, der går ud fra forskellige problemstillinger. Samme element af subjektivitet klæber følgelig til de komparative undersøgelser.

Kriteriet på en teoris værdi er derfor ikke dens empiriske fundament, men dens mulighed for at skabe større sammenhæng imellem udvalgte iagttagelser end andre teorier indenfor samme begrebsramme. Kan den valgte teori herudover støtte sig til anerkendte teorier fra andre videnskabsgrene styrkes den, også i sin kritik af konkurrerende teorier.

I sin pilotstudie vælger Elsa Sjöholm feudalretlige bestemmelser som rammen om en ny teori. Med enkelte håndplukkede eksempler vil hun antyde dens egnethed, men hun tror forhåbentlig ikke, at arbejdet er gjort — vedrørende svenske forhold og de øvrige nordiske lande, hvor problemerne vedrørende lovenes tilblivelsessituation jo er langt større. Men som Lucien Febvre har sagt: »At være historiker er aldrig at resignere. Det er at forsøge alt, at prøve alt for at udfylde hullerne i oplysningerne«.

*Ole Fenger*