

RÄTTSHISTORISK METOD OCH TEORIBILDNING*

1

Rättshistoria räknas formellt som en juridisk disciplin.¹ ”Svensk juridisk litteratur” upptar under denna avdelning en heterogen samling, vari ingår åtskilliga verk som annars räknas till statskunskap, socialhistoria eller allmän historia.² Samtidigt är den juridiska, akademiska forskningsproduktionen utomordentligt låg. Under tjuogoårsperioden 1948—68 ventilerades vid våra tre juridiska fakulteter fyra (4) doktorsavhandlingar i rättshistoria.³ Förhållandena har inte blivit bättre sedan dess. Detta har lett till att man från myndigheternas sida har diskuterat att dra in på professorstjänsterna och ersätta åtminstone någon av dem med universitetslektorat, vilket vore en mer adekvat tjänstetyp.

Rättshistoriens långvariga kris, inriktningen på medeltiden och den grava försummelsen av senare tidsperioder, har inte undgått att bli kommenterad av de berörda parterna själva. Men först med kniven på strupen försöker man motivera den egna existensen. Man menar att rättshistorien måste bli ett serviceorgan för juristerna. De som senast uttalat sig i saken är professorerna Erik Anners och Svante Bergström.⁴ Som ett särskilt betydelsefullt område nämns fastighetsrätten, där det vid tvister om exempelvis gränsregleringar kan bli frågan om att tolka mycket gamla bestämmelser; ett aktuellt exempel är striden om samernas s.k. renbetesland. Även på juristhåll inser man att det här inte bara är fråga om strikt juridiska frågor utan att det krävs ”en både bred och djup kännedom om den för problemet aktuella tidsmiljöns ideologiska, politiska, sociala och ekonomiska för-

* Under ovanstående rubrik har *Birgitte Wåhlin* skrivit en artikel i *Scandia* 1974: 2. Denna artikel tar upp samma ämne men från en helt annan utgångspunkt.

¹ I denna artikel kommer jag huvudsakligen att behandla svenska förhållanden och svensk litteratur. Förhållandet torde emellertid vara likartat i de övriga nordiska länderna.

² *Nils Regner*, *Svensk juridisk litteratur* II 1971. 16—27.

³ Art. Rättshistoria, i ”20 års samhällsforskning”, 1969.

⁴ i ”*Rättshistoriska studier*, tillägnade Gösta Hasselberg. 1976. *Erik Anners*, Rättshistoria — rättsvetenskap och historievetenskap. 1—18 (1976). *Svante Bergström*, Rättshistorien och civilrätten. 19—25 (1976).

hållanden”⁵ för att man ska kunna avgöra frågor av kvalificerad art, som vilka uppfattningar man hade från medeltiden och framåt om äganderätt och nyttjanderätt till områden utanför de vanliga bebyggelseområdena.⁶ Detta borde vara frågor som var underkastade en öppen historievetenskaplig debatt men som av Anners önskas avgjorda av en *riksprofessor i fastighetsrätts historia*.⁷ En önskedröm för en konservativ professor alltså men förhoppningsvis alltför orealistisk för att förverkligas. Det finns dock vanliga professorer i fastighetsrätt att tillgå, och historisk expertis måste ändå anlitas i besvärliga fall. Men förslaget om den snäva inriktningen av rättshistorien till att bli ett serviceorgan för juristerna bör uppmärksammas. Eftersom skolan har avskaffat det mesta av historieundervisningen kommer de blivande domarnas och ämbetsmännens syn på det förflutna att helt präglas genom juristutbildningen. Det gör den idag också men med en medveten inriktning av rättshistorien på det sätt som avses blir effekten så mycket större. Och på juristhåll är man inte ovetande om detta. Lagstiftning och rättsskipning är ”samhällets viktigaste styrmedel” och rättshistorien är ”oumbärlig” i detta sammanhang.⁸ Samhällsförändringarna ställer juristen inför ständigt nya problem, ”där han måste vara lojal med den historiskt givna rättstraditionen han är satt att förvalta och samtidigt kritiskt självständig och nyskapande”.⁹ Och det är enbart jurister som rätt kan tolka denna rättstradition. En klart uttalad återgång till historiska skolans program således.

Hur utbildningen av dessa blivande forskare och lärare i rättshistoria ska ske utsägs inte annat än att de ska vara ”fackmannautbildade” jurister.¹⁰ Bergström önskar sig en ”synnerligen kvalificerad” forskarutbildning i rättshistoria, men anger inte vad som ska ingå i den. För vanliga jurister tänker han sig ”något slag av enkel historisk metod” som kan inläras på grundstadiet.¹¹ Vad som avses sägs inte, möjligen källkritiken som Anners anser att det förts alldeles för mycket ”oväsen” om.¹² Den ”breda och djupa kändedomen” om gångna tider får förmodligen inhämtas på postseminarierna.

⁵ Anners, 1976, 7.

⁶ Bergström, 1976, 21.

⁷ Anners, 1976, 11.

⁸ Anners, 1976, 12.

⁹ Anners, 1976, 3.

¹⁰ Det är noga med formaliteterna. K. G. Westman var som bekant både justitieminister och professor och arbetade i en mängd utredningar, men någon ”riktig jurist” var han ju inte. Han får emellertid erkännande för sin insats, som skett på områden där de ”juridiska fackmannainsikterna” inte är så viktiga, Anners, 1976, 14.

¹¹ Bergström, 1976, 24 f.

¹² Anners, 1976, 7. Anners framhåller att han tillämpar en speciell metod som han kallar rätts-genetisk och som han anbefaller till efterföljd. Det är ett försök att anknyta till den s.k. intressejurisprudensen, vars mål är att klarlägga olika intressens roll bakom lagstiftningen. Syftet är gott men resultatet obefintligt, eftersom metoden hos Anners enbart består i en serie ogrundade påståenden av typen ”principen y var ett uttryck för det ledande bonde-skiktets rättspolitiska strävanden”, Anners, Hand wahre Hand, 1952, 36, 137, 184, 207, 209.

Den kommer emellertid knappast att behövas. Vad rättshistorikerna ska syssla med är Anners klar över, det är rättsreglernas historia.¹³ Vilka frågeställningar och vilka metoder som *inte* kommer att finnas om juristerna får som de vill, är alldeles klart. Det blir inte en samhällsorienterad forskning, som frågar efter hur lagstiftning och praxis styr människor och vilka följder det får för samhället, utan de juridiska teknikaliteternas historia. Självfallet är en sådan också nödvändig, men det borde finnas utrymme för den inom specialprofessorerna. Eller är professorn i rättshistoria den ende som påstår sig forska?

Det nuvarande läget beror inte enbart på juristernas skråanda, utan också på bristande engagemang hos historiker och samhällsvetare och det närmast totala ointresset hos politiker för historieforskningen och dess innehåll. Vi har den rätts-historia vi förtjänar. Den enda möjligheten att ändra på förhållandet är att historiker och samhällsvetare på en mycket bredare front än hittills blir medvetna om att lag och praxis är viktiga maktinstrument och att dessa källor självklart utgör en del av politisk och social historia. Endast en fungerande forskning kan utgöra ett alternativ till "serviceorganet".

2

Rättshistorien som serviceorgan är alltså ingenting nytt, kring den idén skapades historiska skolan i början av 1800-talet, utgångspunkten för all senare rätts-historia. Den funktionen behöll den till slutet av seklet, då de stora rättspolitiska problemen i Tyskland nått sin lösning genom tillkomsten av en serie nya lagar. Rättshistorien måste söka sig andra vägar och det blev en jämförande rättshistoria som skulle omfatta alla germanskspråkiga och i sista hand alla "ariska" folk. Amira höll sin programföreläsning "Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte" 1875, och Konrad Maurer formulerade 1878 det mål för den jämförande rättshistorien som Birgitte Wåhlin tar som utgångspunkt för sin

Inget som helst bevis för detta anförs. Anners har också försökt göra en specificering av intressena bakom lagstiftningen. Denna är omöjlig att referera, jag nöjer mig med ett par citat: "Så mycket kan åtminstone sägas att rättviseföreställningarna utgöra en grupp av de mänskliga proportionsföreställningarna överhuvudtaget och närmare kunna bestämmas som ett resultat av en ekvivalensreaktion", *Anners*, Äganderätt och handelsintresse, 1960, 128. "Om man beträffande tillkomsten av en viss lagstiftning skulle finna att en regel tillgodoser ett visst aktuellt samhällsbehov och samtidigt kan fastställa att detta behov icke varit medvetet för de i rättsregelns utformning engagerade människorna samt att anförda motiveringar sakna motivationskraft återstår den möjligheten att samhällets behov *direkt* — och således icke via någon medveten motivering — kauserat regelns tillkomst". *Anners*, 1960, 132. Efter detta förvånar det inte att förf. erkänner att "utsikterna att på grundval av ett historiskt källmaterial klarlägga sammanhanget i en rättsgenetisk process (äro) små". — — Historikern ställs därvid inför problem "som kunna bli övermäktiga". *Anners*, 1960, 131.

¹³ *Anners*, 1976, 14,

analys av rättshistorisk metodik.¹ Men när de konkreta frågeställningarna tog slut stagnerade också forskningen. Det gäller också den nordiska rättshistorien, som till alla delar kan betraktas som en filial till den tyska. Varken metodiskt eller innehållsmässigt tillkom något nytt under denna andra period. Det är ett avgörande misstag när Wählin tar sin utgångspunkt i Maurers program och försummar den dittillsvarande teoribildningen. Den jämförande rättshistorien bygger på de resultat som den föregående perioden kommit fram till. Det är dess resultat och den därtill använda metoden som bör utgöra föremål för analysen.

Teorin om en ursprunglig samgermansk rätt fanns som allmän förutsättning under hela seklet, den var given med den språkliga släktskap som spelar så stor roll för historiska skolan. I den artikel om rättshistorisk metod som jag fick publicerad för tio år sedan i denna tidskrift² anger jag också teorin om urrätten men framför allt det evolutionistiska utvecklingsschemat som avgörande för den rättshistoriska teoribildningen. Graderingen av dessa anser jag fortfarande vara riktig. Teorin om urrätten spelar ingen större roll som praktisk forskningsteori, det visar den lätthet varmed forskarna själva överger den, när den blir kritiserad, utan att fördenskill deras resultat rubbas.³ Det går därför inte, som Wählin menar, att torpedera rättshistorien genom att visa det ohållbara i teorin om urrätten.⁴

Det evolutionistiska utvecklingsschemat har sina rötter i 1800-talets idealistiska spekulation. Den traditionella rättshistoriens "styrande teorier" finner man här, i det tidiga seklets utvecklingsteorier och i historiska skolans idéer om rättens uppkomst och fortbildning — det är det resultat jag idag har nått fram till. Men teorier och metoder hänger inte i luften, de används för att ge svar på ställda frågor. Min allmänna invändning mot Wählins framställning är att den inte tar sin utgångspunkt i frågeställningarna; vad som anges vara rättshistoriens teori och metod blir något innehållslöst. Om hon i grunden hade analyserat det föreställningsinnehåll som därmed skapats skulle hon kanske ha insett i hur hög grad hon själv står kvar i detta. Det är symptomatiskt att hon — trots många fina detaljanalyser — aldrig ifrågasätter ämnet för den avhandling som hennes artikel är uppbyggd kring, Ole Fengers "Fejde og mandebod".⁵ Ett väsentligt mål för Fenger är att visa att "rätten fanns före staten", dvs. "ättsamhället" enligt hans definition. Det är tillkomsten av detta idékomplex och dess andliga rötter som måste bli föremål för analys.

¹ *Birgitte Wählin*, Retshistorisk metodik og teoridannelse. Scandia 1974, 165—191.

² *Elsa Sjöholm*, Några arvsrättsliga problem i de svenska medeltidslagarna. Scandia 1968, 164—195.

³ Germanisterna kan likaväl utgå från teorin om parallell rättsutveckling p.g.a. likartad samhällsutveckling, eftersom man inte är beroende av stöd från alla germanska lagar. Det nordiska materialet ensamt räcker till den germanistiska konstruktionen.

⁴ *Wählin*, 1974, 174 f.

⁵ *Ole Fenger*, Fejde og Mandebod, Studier over slægtansvaret i germansk og gammeldansk ret. 1971.

En fullständig analys av rättshistorisk metodologi borde alltså börja med frågeställningarna. Man måste ha klart för sig att teorier och metoder skapades för att ge svar på konkreta rättspolitiska spörsmål, som vilken rättegång man skulle ha och vilken arvs- och egendomsrätt, om gift kvinna skulle ha rätt att själv förvalta sin egendom osv. Men här måste jag av praktiska skäl hänvisa till vad jag på detta område har behandlat i mina bägge avhandlingar.⁶ Jag ska börja med svaren på frågorna, dvs. det föreställningsinnehåll som rättshistorien med tidens lopp auktoriserat och i vilket idén om ättsamhället ingår som väsentlig del. Eftersom man sökte historisk legitimation för föreslagna reformer ända tillbaka till "ursprunget" kom tyngdpunkten för rättshistorien att ligga på den äldre tiden. Dessa föreställningar har accepterats av allmänhistorien och ingår nu som kärnparti i dagens framställningar av den äldre medeltiden. Men det var givetvis inte bara speciella rättspolitiska frågor som fick sitt svar på detta vis. Man skapade sig en bild av det "forngermanska samhället" som motsvarade ens önskebild av hur samhällsutvecklingen tett sig. Och här menar jag att den hittillsvarande analysen inte varit djupgående nog. Idén om ättsamhället har kritiserats från många håll,⁷ dess ideologiska rötter har vad jag vet aldrig tidigare på detta sätt kartlagts.

Jag ska börja med en redogörelse för de rättshistoriska forskningsresultaten så som de ter sig i dagens svenska handböcker i historia och rättshistoria. Vid olika tillfällen kommer jag också att hänvisa till Fengers avhandling som får representera den moderna germanistiken.⁸ Den bild man får i dessa handböcker är mycket förenklad och säger ingenting om de motsatta åsikter och väldiga diskussioner i en mängd delfrågor som förekommit under årens lopp.⁹ När jag använder termen germanist i fortsättningen så avser jag en sorts minsta gemensamma nämnare. Det finns ingen praktisk möjlighet att redovisa annat än enstaka variationer på temat.

3

Germanisterna menar som nämnts att det forngermanska samhället var ett ättsamhälle. En sammanfattande beskrivning av vad detta innebär finns i den lärobok som används i undervisningen i rättshistoria vid de juridiska fakulteterna.

⁶ *Elsa Sjöholm*, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik. Studien zur germanistischen Theorie des 19. Jahrhunderts.* 1972. — *Gesetze als Quellen mittelalterlicher Geschichte des Nordens.* 1976.

⁷ *Fenger*, 1971, 117 ff. ger en översikt av denna.

⁸ Detta är den gängse termen för den traditionella rättshistorien, eftersom den var inriktad på att rekonstruera vad man menade var den forngermanska rätten. Parallella termer används inom språkvetenskapen.

⁹ *Wählins*, 1974, 172 påstående om de rättshistoriska resultatens enhetlighet stämmer inte alls med fakta.

Följande är ett utdrag därifrån.

På det stadium, då människorna levde av åkerbruk och boskapsskötsel i primitiva former var den primära sociala enheten ätten. Individerna hade inga rättigheter annat än som medlem av en ätt, den ättlöse stod utanför samhällsordningen. Inom ätterna utövade sannolikt den mest ansedde mannen eller ett de äldstes råd en fridsstiftande och dömande myndighet byggd på auktoritet inom ätten. Mellan ätterna kunde ingen döma, eftersom det inte fanns någon statlig ordning med maktmedel att genomdriva domslut. Tvister mellan ätter löstes genom strid. Kränkning av en medlem av en ätt ledde ofelbart till blodshämnd från hela den förfördelades ätt och detta i sin tur utlöste en hämndaktion från den ursprungliga gärningsmannens ätt. Sådana fejder kunde leda till att två ätter förgjorde varandra till sista man. Med tiden avlöstes fejderna av försoningsavtal mellan ätterna. Vid dessa avtal betalades en till skadan avpassad bot till den förfördelade ätten.¹

Just författaren till den här framställningen menar att det fanns en instans som kunde stifta fred mellan de stridande ätterna, nämligen stammens folkförsamling. Denna var en tidigt utvecklade samhällsrepresentation, som fattade för stammen gemensamma beslut, såsom krigståg mot grannstammar. Denna representation bestod av alla vapenföra män och var således identisk med stammens här.² I ett annat sammanhang ger denne författare ytterligare en dimension åt det forngermanska samhället i det han anger att den "germanska trohetsiden" var den germanska människo- och samhällssynens "ideologiska kärna".³ Han antar att det också under krigstid fungerade en hövding eller konung med absolut makt att befalla.⁴

Som övriga karakteristika anges att man på ättesamhällets kulturnivå befinner sig "kvar på ett stadium av primitiv uttrycksförmåga". Religion och rätt hör nära samman. Vad som är rätt låter man gudomliga makter avgöra, genom tvekamp, gudsdom eller ed med edshjälpare. Rätten är kasuistisk, dvs. utgår från det enskilda fallet, generella regler saknas. Man skiljer ännu inte mellan olika slag av brott, än mindre tar man hänsyn till om gärningen skett av vilja eller våda.⁵ Så småningom utvecklas ett rättsligt normsystem, som förs vidare från generation till generation och till sist upptecknas i skrift och befästs genom lagstiftning och tillhörande statliga sanktioner.⁶

¹ Erik Anners, *Den europeiska rättens historia I*, 1975, 12 ff.

² Anners, 1975, 14.

³ Anners, 1975, 103.

⁴ Anners, 1975, 13. Denna utförliga framställning återfinns i tyska handböcker.

⁵ Anners, 1975, 17 f. Som en allmän anvisning i inledningen av detta kapitel framhåller förf. att "nutidens ekonomiska och sociala problematik i vissa områden av världen, t.ex. Sydostasien och Centralafrika, icke (blir) begriplig om man icke gör klart för sig att denna problematik i icke ringa mån beror på att man i dessa områden fortfarande står ättesamhället nära", a.a. 12.

⁶ Anners, 1975, 15.

Ovanstående ska kompletteras med utdrag ur artiklar i Kulturhistoriskt lexikon för nordisk medeltid. Om ättsamhället sägs för svensk rätts del följande: "I de svenska landskapslagarnas äldsta skikt äro bevarade förkristna rättsregler från ättsamhällets tid. Det gäller regler vid tre rättshandlingar, nämligen vid fästningen, då kvinna överlämnas från ätt till ätt, vid överlåtelse av arvejord samt vid förlikning efter mandröp. I samtliga fall skall fyra s.k. fastar delta från vardera ätten. Vid avtalet utväxlas vängåvor mellan ätterna varigenom ett fridsförbund grundläggs mellan dem. I fastarnas uppträdande som representanter för ätten spåras också den fornermanska ättstolen".⁷

För norsk rätts del påpekas att lagarna inte har något spår av ättsamhället. Inte desto mindre förutsätter författaren ett äldre ättsamhälle av agnatisk typ⁸ med hänvisning till Tacitus' uppgift i Germania att germanerna ställde upp till strid ättvis. Hänvisning görs också till vad som sägs vara den allmänna uppfattningen bland norska historiker, rättshistoriker och filologer och som bygger på arkeologiska fynd och på uppgifter i sagalitteraturen, att en patriarkalisk storfamilj hade varit den centrala, ekonomiska, sociala, kultiska och rättsliga enheten i det äldre samhället. Familjeöverhuvudet hade då haft en makt "som vel best kan sammanliknast med *patria potestas* etter gammalromersk sivilrett".⁹

Den danske författaren antar ingen agnatisk ätt men väl en kognatisk.¹⁰ Han anser att ätten i det rättsliga källmaterialet från första hälften av 1200-talet har en så stor betydelse att det är osannolikt att ätten som rättssubjekt skulle vara av nytt datum, så mycket mer som kungamakt och kyrka enligt lagarna söker att begränsa ättens funktioner. Ättboten är ett uttryck för ättens kollektiva ansvar för en del av mansboten. Ätten hade förmyndarrätt över de omyndiga och skyldighet att sörja för de gamla. Före den tid då en effektiv statsmakt uppstod måste rättssystemet ha upprätthållits på något sätt, och detta kan inte tänkas ha skett på annat sätt än med ätten som bärare av rättigheter och skyldigheter.¹¹

I princip samma skildring ges i historiska handböcker och samlingsverk, som Carlsson—Rosén, Svensk historia, som används som lärobok vid universiteten, samt i "Den svenska historien". I kapitlet "Samhällets omvandling från 1100-talets början till 1319" ger det förstnämnda verket en skildring av övergången från ättsamhälle till statsmakt.¹² "Liksom alla germanska stater var det svenska samhället vid tiden för kristendomens införande ett ättsamhälle". "Det för en bygd gemensamma judiciella och administrativa organet blev *tinget*, som under

⁷ Kulturhistoriskt lexikon för nordisk medeltid (KLNLM), XX, sp. 597—98, Gerhard Hafström.

⁸ Se nedan, 237.

⁹ KLNLM XX, sp. 587 f., Lars Hamre.

¹⁰ Se nedan, 237.

¹¹ KLNLM XX, sp. 594 ff., Ole Fenger.

¹² Carlsson—Rosén, Svensk historia I. Citat och utdrag har gjorts från 1962 och 1969 års upplagor. 1964 års upplaga är på dessa avsnitt så gott som identisk med 1962 års. 1969 års upplaga är något förkortad.

hednisk tid även hade en viktig uppgift i kulksammanhang. De olika *landen*, som sålunda uppstod, kom att i det närmaste sammanfalla med de senare *lagsagorna*. Så sent som på 1200-talet har bygdehövdningarna och de lokala tingen alltjämt spelat en betydande roll. Centralmakten var svag, vilket visas genom att varje lagsaga för sig måste bekräfta kungavalet vid eriksgatan. Inga skatter kunde utkrävas, dylika var oförenliga med germansk åskådning”.¹³ Denna landens självständiga ställning har gått under när kungamakten ökades. ”Den konsolideringsprocess, som pågått under 1100- och 1200-talen, har gripit djupt in i de gamla bondemenigheternas och lokala stormännens förhållanden. På alla områden, på det judiciella, ekonomiska, administrativa och statsrättsliga, har centralmakten gripit in i det gamla ättsamfundet och i de olika landens självbestämmanderätt. Men detta har inte kunnat ske utan att samhället ändrade struktur”.¹⁴ Till centralmakten hör kyrkan. ”På alla punkter har de kanoniska kraven kommit i konflikt med detta ätt- och bysamfund, i vilket missionsarbetet slutförts. Historien om den svenska kyrkans utveckling under tiden fram till 1300-talets början är historien om hur den efterhand lyckades få sina krav igenom eller nått fram till en kompromisslösning mellan sina krav och den germanska rätten”.¹⁵

De kristna idéernas betydelse framhävs genomgående som avgörande vid denna omvandlingsprocess. Mot ”det hedniska bondesamhällets riter”, ”brudköpet” och ”sängledningsceremonin”, ställs det kyrkliga inflytandet som innebar ”en stark förbättring av kvinnans ställning, ty hon skulle vid vigseln tillfrågas och samtycka till äktenskapet, ej endast bortgivas av giftomannen under överlämnande av gåvor till denne”. Kvinnan erhöll giftorätt och arvsrätt. ”På kristet inflytande återgår tydligen även förändringarna i arvs- och straffrätten. Samhället har här i viss mån humaniserats, i andra hänseenden fått hårdare regler än förr. Socialt har en ny människoupfattning trängt igenom, som bl.a. ledde till trälarnas förbättrade ställning ... och vid 1300-talets mitt till träldomens slutliga avskaffande”.¹⁶ Ett typiskt uttalande är följande: ”Överallt i Norden sker under den tidigare medeltiden en viktig förändring i rättsmedvetandet: självhämnden inskränkes och begränsas, samhället föreskriver former för böter och försoning. Kyrkan har härvid medverkat för att övervinna den moral, som fordrade, att en kränkning av rätt och ära endast kunde sonas med blod”.¹⁷

Samma bild förmedlas av en modern germanist som Fenger. Den forngermanska bevisrätten var inte inriktad på att få fram sanningen, ett sådant förfarande infördes först av kyrkan. Kyrkan tog hänsyn till den brottsliga viljan,

¹³ Carlsson—Rosén, 1969, 115 ff., 1962, 129 ff.

¹⁴ Carlsson—Rosén, 1969, 131.

¹⁵ Carlsson—Rosén, 1969, 135.

¹⁶ Den svenska historien I, 1966, kap. Landskapslagarna, 256—59. Stig Jägerskiöld.

¹⁷ Holmbäck—Wessén, Svenska landskapslagar, tolkade och förklarade för nutidens svenskar. I—V. 1933—46. V, 30.

den germanska rätten såg endast till den yttre skadan.¹⁸ Han sammanfattar: "Generelt måtte kristendommen med sine krav til det enkelte menneske, løsrevet fra enhver gruppe, og med sin betoning af individets personlige skyld og ansvar, virke nedbrydende på ethvert gruppeansvar, og overhovedet på ethvert ansvar for andre. Kristendommen betyder således en ændring af samfundsstrukturen, afskaffelse af en række gamle og indførelse af en række nye samfundsinstitutioner . . ."¹⁹

I ättideologin finns ett otvetydigt drag av blods- och släktskapsmystik. Ätten framträder som en förstorad individ eller familj, det förutsätts inte att några allvarliga meningsskiljaktigheter kan förekomma inom denna enhet. Fenger kan rationalisera detta på följande sätt: "Den egoisme, som normalt præger forholdet imellen hinanden uafhængige individer, findes måske ikke indenfor slægten, eller rettere, den er af en anden art, fordi slægtningens velfærd også kan være den enkeltes velfærd".²⁰ Här förutsätts alltså ättsamhället, där individen är rättslös om han inte tillhör en ätt, och detta får i sin tur förklara varför inga motsättningar inom ätterna kan förekomma. Ätterna ingår i "stammen", som framstår som totaliteten av ättsamhället. Den ursprungliga ättsamhällsidén utgick från ett agnatiskt ättbegrepp, dvs. man tänkte sig att kvinnan rövades eller köptes till giftermål och sedan inte hade någon förbindelse med sin gamla släkt; släktskap räknades således enbart på manssidan. De medeltida lagarna räknar emellertid alltid med släktskap åt båda sidorna, och Fenger och många med honom utgår därför från det kognatiska släktbegreppet.²¹ "Stammen" blir på detta sätt en enda stor släktfederation, vilket onekligen förvirrar begreppen. Det viktiga är emellertid ätt- och stamsamhällets övergång till "staten". Innan jag går närmare in på denna utvecklingsteori ska jag analysera den metod som germanisterna använt för att i lagarna belägga "ättsamhället".

4

Germanisternas huvudkälla är medeltidslagarna. Jag kommer i fortsättningen att bortse från övrigt källmaterial eftersom det har mindre intresse både ur metod- och bevissynpunkt. Sedan slutet av 1700-talet har man kritiserat användandet av Tacitus' *Germania* och den isländska litteraturen som källor i det här aktuella fallet och denna kritik har åtminstone delvis anammats av germanisterna.¹ Varken

¹⁸ Fenger, 1971, 194 f.

¹⁹ Fenger, 1971, 198.

²⁰ Fenger, 1971, 24.

²¹ Fenger, 1971, 117 ff.

¹ Redan Savigny och Eichhorn var medvetna om det berättigade i denna kritik, vilket inte hindrade dem från att använda dessa källor i det praktiska forskningsarbetet. *Sjöholm*, 1972, 34, 29.

det arkeologiska eller det bebyggelsehistoriska materialet kan ge stöd för den här specifika ättideologin. Återstår alltså lagarna.

"Germanska" lagar, alltså germanskspråkiga folks lagar, finns, skrivna på latin, från 500-talet. Förr trodde man att de flesta medeltidslagar var oberörda av "främmande rätt", alltså romersk och kanonisk rätt. Med tidens och forskningens gång har detta "rena" område insnävrats alltmer och de sydeuropeiska lagarna antas nu allmänt vara en fortbildning av romersk rätt i någon form, liksom man erkänner att romersk och kanonisk rätt i hög grad influerat medeltidsrätten över huvud. Men germanisterna håller ställningarna och utvidgar även fronten. Nyligen har det således gjorts ett försök att påvisa att den engelske kung Aethelberts lag från 600-talet skulle vara "hednisk".² Av tradition räknar man också den langobardiske kungen Rotharis lag till denna kategori.³

Problemet är emellertid att dessa tidiga lagar ger dåligt underlag för ättsamhällsteorin. De är torftiga, består till största delen av böteskataloger och arvsordningar.⁴ Man har använt de äldre lagarna framför allt för att bevisa "den germanska friheten" på rättegångens område, vilket har skett genom ett enkelt e silentioförfarande: många lagar nämner ingenting om vittnen och sanningens utletande utan nöjer sig med att ange hur svaranden ska värja sig med ed eller gudsdom. Dessa "negativa bevis" har blivit huvudbelägget för den germanska "folkliga processen".⁵

De högmedeltida lagarna, framför allt de nordiska, är mycket utförligare, inte minst om släktingars förhållanden. Eftersom de dessutom är avfattade på landets språk har de sedan åtminstone ett och ett halvt sekel betraktats som de, vilka mest oförfalskat återger den germanska rätten. I fortsättningen kommer jag för enkelhetens skull att begränsa mig till de svenska lagarna och då särskilt till dem som ansetts som mest ålderdomliga.

Vad som är väsentligt är hur man betraktar dessa källor, deras tillkomsttid och tillkomstsätt. Av den ovan redovisade litteraturen framgår att man tänkte sig att lagarna var sedvanerätt som direkt skapats ur de förhållanden som rädde och att den ena sedvanerättsliga regeln hade lagts till den andra i en växande traditions-

² *H. G. Richardson and G. O. Sayles, Law and Legislation from Aethelbeht to Magna Carta.* 1966, 1 ff. Texten bevarad i en enda avskrift från 1100-talet. I sin argumentation måste förf. förklara bestämmelser angående kyrkan för senare tillägg, gå emot Bedas konstaterande att Aethelberts lagar var gjorda 'juxta exempla Romanorum', anse att frånvaron av bestämmelser angående kristen vigsel — på 600-talet! — samt rätten att skiljas bevisar hedendomen. De två sistnämnda momenten gäller även svenska lagar, varför även dessa partier i så fall borde gälla som hedniska. Tilläggas bör, att äktheten av Aethelberts lag är starkt ifrågasatt.

³ Se ex. *Anners, 1975, 97.*

⁴ De uttrycker dessutom raka motsatsen till den frihetsideologi, som är kärnpunkten i den forngermanska samhällsbilden. Kung Rothari är exempelvis en Idi Aminfigur, som enligt lagen har makt att döda vem han vill och låter var och en som utför hans bödelsupdrag gå fri från åtal. Ed. Roth. cap. 2.

⁵ *Sjöholm, 1972, 36 ff.*

massa, som muntligen förmedlades från generation till generation. I tidens lopp hade detta minnesarbete övertagits av en folkets förtroendeman, lagmannen, som årligen uppläste lagen på tinget och slutligen nedtecknade den. I slutprodukten kan vi alltså enligt denna uppfattning i princip se gångna tiders rättsförhållanden och därmed samhällsförhållanden varvade som årsringarna i ett träd. Lagarna är kvarlevor av folkets liv. Även om det mesta av de äldre lagren försvunnit skulle ändå tillräckligt mycket finnas kvar för att möjliggöra en rekonstruktion. Vad som finns kvar av det äldre samhället är spår, och av dessa känner vi helheten.⁶

Den i germanistiken grundläggande teorin är teorin om rättens tillkomst. Och teorin om den muntliga traditionen är en central del av denna. Frågan är då vilka beläggen är för denna uppkomstteori.

Det enda argument som explicit uttalas i den förutnämnda litteraturen är det som hänför sig till källan själv, nämligen dess språkliga form. Den nuvarande uppfattningen har auktoritativt sammanfattats av C. I. Stähle, som själv gjort ingående undersökningar av lagspråket.⁷ Först hänvisar han till beläggen för att lagen årligen upplästes på tinget. Den förlitterära traderingen gynnade en språkform, säger han vidare, som var lätt att komma ihåg. Stilistiskt visar därför lagspråket frändskap med andra förlitterära genrer som minnesramsor och ordspråk. Utmärkande för stilen är allitteration och assonans, åskådlighet, konkreta liknelser, dialog. En särskild situationsbetingad genre utgör vidare de fasta, muntliga formulären vid stämning, förlikning, edgång, giftermål etc.

Utgående från denna mall analyserar Stähle andra stildrag och bedömer deras ålder, så exempelvis när det gäller den i svenska lagar vanliga formen ”dräper . . ., böte . . .”. Denna sats kan antingen tolkas som berättande: ”en man dräper . . .” eller som en villkorssats: ”om en man dräper . . .”. Villkorssatser antas av Stähle vara väsensfrämmande för den nordiska lagsagan, och han tolkar alltså den citerade satsen som berättande och karakteristisk för den muntliga lagsagan. Först i den yngre lagstilen, som är influerad av romersk och kanonisk rätt, uttrycker man sig enligt denna åsikt i generella ordalag.⁸

Metoden att söka datera partier i lagarna efter skillnader i lagstil kunde vara fruktbar om det funnes tillräckligt underlag för den. Men Stähle gör ingen jämförelse mellan lagarna och historiskt daterade stilarter. Hans utgångspunkt är ett axiom, nämligen att det ”folkliga” muntliga berättandet har alla de nämnda stildragen och att Eddadikter och folkvisor är utslag av en sådan spontan, folklig aktivitet. Detta är en äldre uppfattning för vilken aldrig några historiskt godtagbara belägg givits.

Det är symptomatiskt att inte någon systematisk undersökning av allittera-

⁶ Carlsson—Rosén, 1962, 136.

⁷ C. I. Stähle, Syntaktiska och stilistiska studier i fornnordiskt lagspråk. 1958. Artikeln Lagspråk i KLN M, X.

⁸ Stähle, KLN M, X, sp. 174.

tionens förekomst har gjorts tidigare, trots att just detta stildrag utgjort huvudbelägget för den muntliga traditionen. Detta påpekas av den tyske filologen Harald Ehrhardt, som tillsammans med sin lärare Klaus von See, står för den mest genomförda kritiken av detta argument. Von See har påpekat att just högmedeltida, kyrkliga eller kyrkligt influerade texter, även urkunder, har en särskild förkärlek till detta stildrag.⁹ Ehrhardt har i en systematisk undersökning av allitterationens förekomst bekräftat denna iakttagelse. Allitterationen ökar i bevisligen sena texter och vissa drag i dess förekomst indicerar en rent estetisk funktion samtidigt som inga tecken finns på att den skulle haft en mnemoteknisk funktion. Med stor sannolikhet är det fråga om ett inflytande från den latinska retoriken.¹⁰

Som ett paradexempel på äldre stildrag har den s.k. Hednalagen ansetts, dvs. det fragment som Olaus Petri påstod sig ord för ord ha hämtat ur "gamla lagböcker". Von See ger en rad skäl varför han anser den vara ett falsarium och han gör därvid en iakttagelse av stort intresse: han menar att lagen är typisk för de pseudoålderdomliga drag med vilka den hög- och senmedeltida historieskrivningen brukade förse "hednatiden".¹¹ Denna medeltida göticism är en faktor som hittills vunnit alltför litet beaktande.

Själv har jag vid mina jämförelser mellan svensk rätt och den s.k. Lombardan¹² funnit, att ett annat traditionellt paradexempel på forngermansk lagstil, Upplandslagens giftermålsformel, är en nästan ordagrann översättning med tillagda allitterationer av en Expositio till Lombardan.¹³ I de kommenterande utläggningarna av detta lagverk förekommer vidare till varje bestämmelse angivet de därtill hörande rättegångsformlerna i form av dialoger i konkret angivna situationer. Eftersom hela avsnitt av svensk — och f.ö. även annan nordisk rätt — kan visas återgå, direkt eller indirekt, på denna källa, måste man ta med i beräkningen att de som speciellt ålderdomliga ansedda situationsbilderna kan ha sin förlaga där.

Även om man finner språkformen lämpad för uppläsning och inprägling i minnet så är detta givetvis inget belägg för muntlig tradering. Det kan med lika stor rätt anföras för motsatsen, att lagen skrivits i det bestämda syftet att läsas för en illitterat publik. Det finns heller ingenting i de av Stähle anförda exemplen som tyder på annat än att det är en myndighet som talar, exempelvis i den anförda satsen ur Östgötalagen: "Kom nu ihåg bönder, att nu är det så stadgat att . . ."¹⁴

Det finns således inga hållbara bevis för den i sig osannolika tesen om muntlig

⁹ Klaus von See, *Altnordische Rechtswörter*, 1964, 84.

¹⁰ Harald Ehrhardt, *Der Stabreim in altnordischen Rechtstexten*. 1977.

¹¹ von See, 1964, 89 n. 61.

¹² Lombardan är den på 1000-talet systematiserade äldre langobardrätten, som sedan glosserades och försågs med kommentarer och rättegångsformler.

¹³ Sjöholm, 1976, 83.

¹⁴ Östgötalagen, Jordabalken 8.

tradering under århundraden, vilken är förutsättningen för teorin om den bevarade "folkliga rätten".

I följande kapitel ska jag med några konkreta exempel visa hur metoden fungerar när man fastställer kvarlevor av "ättsamhället" i lagarna. Eftersom germanistikens metodologi formulerades i historiska skolans programskrifter ska jag inleda kapitlet med en redogörelse för dessa.

5

I den inledande uppsatsen i första bandet av den av Savigny och Eichhorn grundade "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" ställer Savigny den nya historiska skolan gentemot den gamla, ohistoriska, som dittills dominerat tysk rättsvetenskap. Den ohistoriska skolan antar att rätten varje ögonblick frambringas genom de med lagstiftande myndighet försedda personerna, helt oavhängigt den föregående tiden och endast efter bästa övertygelse om vad som lämpar sig för närvarande tid, skriver Savigny. Den historiska skolan däremot antar att rätten växt fram ur nationens innersta väsen och dess historia.¹

I artikeln "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" har Savigny närmare utvecklat sin syn på rätten och dess utveckling. Ett folks språk, sed och författning är oskiljaktigt förbunden med dess natur. I folkets ungdomstid saknar det begrepp att uttrycka sitt rättsliv på, detta sker istället genom symboliska rättshandlingar. Med stigande kultur blir rätten dels mer komplicerad, dels börjar den uttryckas i språkliga begrepp. Detta fordrar medverkan av juristerna. Rätten får nu en dubbel tillvaro: å ena sidan som del i folkets liv, å andra som föremål för juristernas vetenskapliga bearbetning. Juristerna är uttolkare av den rätt som lever och växer i folkets medvetande.²

Denna dualism uttrycks av Eichhorn genom termerna "yttre" och "inre" rätts-historia. Den yttre rättshistorien är laghistorien, den inre "rättsinstitutens" historia. Rättsinstitutet är det juridiska uttrycket för de rättsförhållanden, i vilka människor står till varandra inom olika områden i samhällslivet, t.ex. ifråga om arv. Genom samhällets organiska växt skapas nya relationer mellan människorna, vilka måste få sitt juridiska uttryck. Det är juristernas uppgift att såsom domare vetenskapligt fortbilda rättsinstitutet, som organiskt frambringas av folket i enlighet med dess väsende.³

För Eichhorn låg den vetenskapliga fortbildningen av rätten på ett annat plan. I artikeln "Ueber das geschichtliche Studium des deutschen Rechts" framhåller

¹ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (ZGR) I. 1815.

² Sjöholm, 1972, 71.

³ K. F. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 4 Aufl. 1834. (1808). Einleitung § 2. Sjöholm, 1972, 73.

han nödvändigheten av att konstruera en "gemeines deutsches Privatrecht" som en gemensam nämnare för alla tyska partikularrätter. En sådan vore nödvändig för att man därur skulle kunna härleda de enskilda rättsreglerna i partikularrätterna och därmed avskilja vad som var grundväsentligt och nödvändigt och vad som var blott tillfälligt. Detta skulle bilda den nödvändiga basen för en vetenskaplig fortbildning av rätten. Metodiskt skulle detta ske genom att man för varje rättsinstitut deducerade fram den rättsliga idé, som låg till grund för bestämmelserna. En sådan deduktion kunde endast företagas genom ett historiskt studium av rätten. Detta förutsatte i sin tur ett omfattande förarbete med källmaterialet. Som ett av hjälpmedlen nämner Eichhorn också utforskandet av besläktade rättsystem, som det nederländska, det engelska och det nordiska. Eichhorn sätter här likhetstecken mellan tysk och germansk rätt.⁴

Den organismtanke som uttrycks i dessa skrifter bygger bl.a. på den germanska släktskapsteori som utbildades inom språkvetenskapen, och på föreställningar om språkets utveckling. Den tredje av historiska skolans grundare, Jakob Grimm, uttalade i artikeln "Von der Poesie im Recht" den teori om lagspråket och dess utveckling som sedan punkt för punkt går igen i senare framställningar som den ovan refererade av Stähle.⁵

Man skiljer alltså mellan lagarna i deras empiriskt givna "yttre" gestalt och den "inre", som uttrycker deras väsen. Det är som synes den idealistiska föreställningen om det "verkliga" och "egentliga" bakom fenomenen, som möjliggör en sådan uppdelning. Det nya ligger i att man samtidigt ser detta väsen i historisk utveckling: det får med tiden ändrade uppenbarelsformer men är i grunden det samma. Med en antagen mening om vad som var rättens och folkets "väsen", blev man också tämligen oberoende av vad källan sade, och mer oberoende ju mer man fäste sig vid väsendet och mindre vid dess uppenbarelsformer.

Den teori om rättens uppkomst och förhållandet mellan inre och yttre rätts-historia som introducerades med historiska skolan är kärnan i den germanistiska metodologin. Inom allmänhistorien kom under förra seklet det källkritiska kravet på att källans hela tillkomstsituation skulle klarläggas att slå igenom. Först genom en sådan identifiering av hela källan ansågs det möjligt att använda den för historisk rekonstruktion. För rättshistoriens del kom detta krav endast att gälla den "yttre" delen, alltså laghistorien. Ett omfattande editionsarbete vidtog också. Medan således inom allmänhistorien empirin slår igenom i det ovannämnda källkritiska kravet lyckades rättshistorien rädda kvar den "inre" rättshistorien på det metafysiska planet.

Den nordiska rättshistorien följde den tyska tätt i spåren. Schlyter gav en sammanfattning av historiska skolans källuppfattning apterad på svenska lagar, till

⁴ ZGR I, 1815, 124—146.

⁵ ZGR II, 1816, 25—100.

vilken Holmbäck—Wessén sedan hänvisar: ”En från folkets gemensamma till lagmännens enskilda vård och utbildning, från poesi till prosa, från minne och tal till skrift öfvergången tradition — det är i korrthet historien om våra landskapslagars uppkomst. Frågan från hvad tid dess sålunda uppkomna lagar härleda sig, är således i sig själf orimlig”.⁶

Med nästan exakt samma ord uttrycker sig moderna avhandlingsförfattare: ”I själva verket är emellertid lagarnas slutliga tillkomsttid eller tiden för upptecknandet ganska likgilig, utom i vissa speciella fall”. ”Det viktiga är att få fram metoder och principer för att spåra de olika lagbestämmelsernas relativa eller ibland absoluta ålder”.⁷ Om rätten i ”det primitive eller middelalderlige samfund”, säger Fenger, att den var och blev betraktad som något givet ”fordi regler och systemer voksede frem av egen drift”.⁸ Skillnaden är att man nu inser vilket hopplost läge man råkat in i. Den förstnämnde författaren säger att det ibland är ”ytterst vanskligt att sia i någon riktning” angående lagreglernas ålder, och Fenger talar om landskapslagarnas ”sammenblandede og uoverskuelige system, hvor ældre og yngre fenomener veksler fra bog til bog og fra kapitel til kapitel, ja selv indenfor det enkelte kapitel”. Det är en vanskelig uppgift att med någorlunda säkerhet skilja mellan olika skikt, erkänner han.⁹ Samma metodiska resignation uttrycks i en tredje avhandling från 1970-talet. ”Es geht um Recht, das in Wandlung und Entwicklung begriffen ist, in dem man manchmal frühere Entwicklungsstufen erkennen, gelegentlich aber nur ahnen kann”.¹⁰ Dessa uttryck för tvivel och rådlöshet avhåller dock inte författarna från att arbeta på det traditionella sättet.

Den rättshistoriska forskningen bedrivs sålunda fortfarande efter rättsinstitutsmetoden. Det kan betyda inriktningen på en större enhet som t.ex. arvsrätten men också fokusering på en detalj som ”institutet erkännande”.¹¹ Man frågar inte: hur fungerade detta system vid tiden för lagens faktiska tillkomst? utan ”vilket är detta rättsinstituts ursprung och utveckling?”. Eftersom rättsinstitutens historia är lösgjord från laghistoriens finns i princip alla tänkbara möjligheter att skapa en relativ kronologi mellan dem. De uppfattas som i sig slutna organismer med inneboende utvecklingstendens. Denna frigående institutshistoria är i princip omöjlig att belägga empiriskt.

Jag ska exemplifiera detta genom att analysera underlaget för påståendet att ätterna uppträdde som rättssubjekt, dvs. att det var ätten som helhet och inte individerna som uppträdde som bärare av rättigheter och skyldigheter, och att det

⁶ C. J. Schlyter, *Juridiska Afhandlingar* II, 1879, 117.

⁷ J. A. Hellström, *Biskop och landskapssamhälle i tidig svensk medeltid*. 1971, 7 f.

⁸ Fenger, 1971, 542.

⁹ Se not 7 och Fenger, 1971, 396.

¹⁰ Göran Inger, *Das Geständnis in der schwedischen Prozessrechtsgeschichte*, 1976, 47.

¹¹ Se not 10.

finns sådana spår av detta i lagarna att man måste anta ett äldre tillstånd där detta förhållande dominerat.

När det gäller ättböterna, som traditionellt ansetts som huvudbeviset för ättansvaret, finns bestämmelser i Västgötalagarna, Östgötalagen, Hälsinge- och Dalalagen. Den genomgående regeln är att dråpsböterna delas i två delar, en som dråparen själv betalar och en som hans släktingar betalar med andelar, som är proportionella till deras arvsrätt i dråparens bo. På samma sätt tas ättboten emot av den dräptes släktingar.¹²

Att böterna har med de ideella andelarna i släktegendomen att göra är tydligt. Klart utsägs detta i följande bestämmelse: ”Envar som dräper en man skall själv först gälda halva boten, om hans tillgångar räcka. Hans broder, om sådan finnes och har skiftat med honom, skall gälda böter tillsammans med ätten; de alla böte halva boten. De bröder som äro i bo samman, böte allesamman vad en bryter, utom i det fall att brottet hör under urbotamål eller är otukt”.¹³

Ättböterna är alltså en följd av att vissa släktingar, t.ex. bröder och deras barn, kunde leva oskiftade, medan andra, exempelvis en syster, var gifta och utskiftade. Om dråpsboten enbart hade drabbat dråparens och hans oskiftade släktingars bo kunde detta ha betytt ruin för de senare, medan de skiftade släktingarna haft sina andelar intakta. Att sådana oskiftade bon var vanliga framgår av bestämmelserna i flera lagar.¹⁴

Släktingarnas bördsrätt till jorden, deras principiella arvs- och förköpsrätt vid försäljning, innebar också att deras medverkan var nödvändig för laga avyttring av släktjord, vid försäljning eller vid giftermål, då hemgift gavs. I det senare fallet var det fråga om förpliktelser för bägge parter. Brudens släkt godkände att hemgift fördes över till mannen och dennes släkt godkände hennes giftorätt i boet. För bägge parter var det viktigt att fastslå att de kommande barnen blev legitima arvingar, efter vilka släktingarna å ömse sidor hade arvsrätt. Att dessa lagenligt uppträdde som ”fastar” vid avyttringen är därför följdriktigt. Det var nödvändigt för att förebygga alla senare processer om förmodad illegal avyttring.

Alla dessa bestämmelser är alltså helt och fullt förklarliga i sitt högmedeltida sammanhang.

Stor betydelse har vidare tillagts släktingarnas ”rätt att hämnas” dråp på släktmedlem. Denna rätt innebar att den dräptes arvinge inte var tvungen att ta emot erbjuden förlikning utan kunde få dråparen förklarad fredlös på tinget.

Det är uttryckligen den närmaste arvingen till den dräpte som ensam för talan mot dråparen. Han ska utpeka banemannen, fullgöra ederna och, om inte böter accepteras, ”träda fram på tinget och låta döma honom fredlös och ogill för

¹² Dalalagen (DL) M 20. Äldre Västgötalagen (VgL I) M 1: 4. Yngre Västgötalagen (VgL II) D 5—7. Östgötalagen (ÖgL) D 7: pr. Hälsingelagen (HL) M 38.

¹³ DL M 10.

¹⁴ ÖgL D 5. VgL II D 7.

arvinge och eftermälande".¹⁵

Dels är det alltså inte hela släktens sak utan den närmaste arvingens att bestämma angående fredlösheten. Dels delar han målsmannarätten med jordägaren, ifall någon annan äger jorden där dråpet skedde.¹⁶ Över huvud framgår klart att ansvaret för dråpssaker åvilade jordägarna. För dråp i bondgård, i by och utom by ansvarar respektive bonde, byamän och samtliga jordägare så, att de antingen ska finna banemannen eller svara för böterna.¹⁷ Släktingarnas ansvar för boten är ett led i denna grundläggande ansvarighet. Detta ansvar utkrävs av en myndighet. Det är kungens, biskopens och häradsmyndighetens rätt det gäller och de har alltid del i böterna.

Man inser skillnaden i tolkningen, om man ser bestämmelserna rörande släkten i sammanhang med övriga bestämmelser eller om man tillämpar rättsinstitutsmetoden, dvs. avskärmar de förra och i dem spårar rester av det förgångna. I förra fallet finns ingenting som i någon rimlig mening berättigar till talet om ätten som rättssubjekt. I så fall måste man också tala om jordägarna och byborna som rättssubjekt i de fall då de solidariskt måste svara för böterna.

Men rättsinstitutsmetoden är inte ensam tillräcklig för att skapa den forngermanska samhällsbilden. Den ger i sig inga kriterier på vad som ska anses för äldre och yngre rätt.¹⁸ Sådana kriterier finner vi emellertid osystematiskt uttalade i den refererade litteraturen. De är av två slag. Den första typen är den som hänför sig till ett biologiskt utvecklingstänkande. Rätten i äldre tid var uttryck för en "primitiv" mentalitet, man hade som barnet inte förmåga till abstrakt tänkande. Den andra hänför sig till ett moraliskt utvecklingstänkande. I äldre tid hade man inte förmåga att se till avsikten, endast den manifesta handlingen räknades, man var hämndgirig och blodtörstig, behärskad av kollektivet. Den kristna civilisationen innebar en kvalitetshöjning, intellektuellt och moraliskt: förmåga till abstrakt tänkande, individuellt ansvarstagande, hänsyn till uppsätet. Det är ett utvecklingstänkande av det slaget med de däri implicerade värderingarna som utgör de väsentliga kriterierna på äldre och yngre rätt.

¹⁵ VgL I M 1: 2, 3. M 3: pr. VgL II D 2, D 3, D 4. HL M 38.

¹⁶ DL Eds. 2: 3, 6: pr.

¹⁷ DL M 4, 5. VgL I M 14: pr, 1, 3. VgL II D 28, 29, 31.

¹⁸ Det finns heller ingenting historiskt daterbart att gå efter. Det är inte så att släkten har en större betydelse i bevisligen äldre lagar, tvärtom. Fenger har i sitt försök att bevisa ättssamhällets fejdträtt genomgått ett stort antal äldre medeltida lagar. Påfallande är hur magert det material är som överhuvud rör släkten, bortsett från arvsregler och dylikt. Fenger måste anföra bestämmelser som inte har med släkten att göra. Som exempel kan nämnas Edictus Rothari, 19, som Fenger 1971, 216, anser viktig i sammanhanget. Det är fråga om ett väpnat överfall av en skara på fyra man, om någon släktskap talas inte alls. Det påstår inte heller Fenger, men sedan han utförligt behandlat detta lagställe tillfogar han: "Hvis nogen drister sig til at tage hævn, efter at bøder er modtaget, skal disse betales dobbelt tilbage til slægten (kap. 143)". a.a. 217. Genom sammankopplingen av dessa lagställen, som i texten inte står i något sammanhang med varandra, får läsaren det intrycket att även det första handlar om släktfejd.

Men inte heller dessa är tillräckliga. Det är tydligt att germanisterna utgår från en allmän teori om samhällsutvecklingen, där "ättsamhället" har en given plats, och att det är denna teori som styr lagtolkningen. Man kan fråga sig varför just ätten valts till samhällets urenhet och strider mellan ätterna till den väsentligaste faktorn i den tidiga samhällsutvecklingen. Släkter eller "ätter" har det givetvis alltid funnits och kommer alltid att finnas. Egendom har säkerligen under mycket lång tid gått i arv till de närmaste släktingarna, framför allt till barnen. Stora egendomskoncentrationer måste ha haft politisk betydelse då som nu (detta är visserligen något som germanisterna oftast bortser från, ekonomiska faktorer spelar ingen roll i deras förklaringsmönster). Att släktgemenskapen dessutom kunde få en ideologisk aspekt under feodaltiden med den ära som ansågs tillkomma namnet och vapnet vet vi, och att långvariga fejder kunnat utkämpas på grund av kränkningar av skilda slag vet vi också. Men varför utgår man från att de politiskt viktiga striderna, de som ledde till varaktiga samhällsförändringar, utkämpades just mellan släkter? För detta är utmärkande för ättsamhällets sida: det viktiga som händer, det händer mellan avgränsade släkter, det är deras strid och försoning som utgör huvudtemat i historien. Men om vi nu ska hålla oss till enbart yttre strider, så är det ett historiskt faktum att de avgörande utkämpades mellan partigrupperingar av olika slag som inte alls nödvändigt följde några släktergränser utan tidvis betydde blodiga brödrastrider.

Det andra temat i den forngermanska samhällsteorin är hur detta ättsamhälle omformas och övergår i ett moraliskt högre stadium, den kristna staten. Det är kyrkan och de kristna idéerna, som är den ytterst verkande faktorn i samhällsförändringarna med kungamakten som den världsliga armen. Detta är ett schema som har sina rötter i förra seklets idealistiska spekulation, ett ämne som jag ska behandla i följande kapitel.

6

Att uppfatta historien som en människas levnadslopp och nationer som enhetliga organismer, som lever sitt liv efter inneboende principer, är en gammal tanke. Sin mest genomförda och onekligen mest storslagna form har denna idé fått i Hegels "Philosophie der Weltgeschichte".¹ Den enskilda nationen är en organism och den uppstår genom aggregering av mänskliga organismer. Familjen är samhällsbildningens urcell och familjernas tillväxt till stammar och stammarna till folk och dessas utbredning, konfrontationer, krig och undergång utgör den yttre sidan av det världshistoriska skeendet. Denna historieskrivning möter i bibeln:

¹ G. W. F. Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte. Sämtliche Werke*, ed. Georg Larsson. Band VIII, Die Vernunft in der Geschichte, 1920. Band IX 1923.

i skapelseberättelsen, i olika stammars utvandring och bosättning, och den går igen i liknande berättelser medeltiden igenom. Den kan ta formen av myter om människor som invandrar och befolkar ett land med sin avkomma.² Sådana teorier ger legitimation åt jordägandet och arvet.

Världshistorien som ett drama mellan Gud och folk förutsätter också organism-tanken. I Hegels utvecklingsschema förverkligar världsanden sig under skilda perioder hos olika folk. Hegel tilldelar germanerna den världshistoriska uppgiften att realisera det högsta stadiet, "den absoluta friheten", i den kristna monarkiska staten.³

Före detta stadium lever germanerna i barbari. Hegel skildrar deras seder och samhälle tämligen exakt som vi möter det i den germanistiska litteraturen.⁴ Detta germanska väsen möter nu den kristna religionen, som i sig har upptagit den romerska kulturen. Det blir en oerhörd konfrontation. "Es ist die grösste Entzweiung, die die Geschichte aufzuweisen hat", säger Hegel.⁵

Den kristna (protestantiska) monarkiska eran utgör den nya tiden. Den upptar i sig alla tidigare utvecklingsformer. Hegel rör sig med ett invecklat trestegsschema, modellerat efter den kristna treenigheten. Den materiella utvecklingen sker efter schemat nomadliv/boskapsskötsel — åkerbruk — handel/industri. Skilda folk realiserar olika principer enligt sina geografiska och andra förutsättningar. Släkt- och stamsamhällenas tid ligger före den egentliga historien, innan dessa folk producerar skrivna vittnesbörd. Först med staten börjar historien.⁶

Hegel ägnar mycket utrymme åt den materiella utvecklingen, produktionsformernas förändring, och likaså vad man kan kalla kulturhistoria i vid mening. Att folken utvecklar sin materiella tillvaro är förutsättningen för den andliga principens realiserande. Den drivande kraften i utvecklingen är alltså den kristna idén, världsanden, Gud. Med kristendomen införs den personliga frihetens princip. Den andliga makten förändrar lagstiftningen, den går emot privathämnd och fejd. Kyrkan har visserligen under utvecklingens gång behärskats av laster och begått brott och samlat sig en oerhörd förmögenhet, men detta är tillfälligheter. Hegel kan uttrycka saken så, att kyrkan faktiskt har ägt slavar men att hon samtidigt inte kan äga slavar, eftersom slaveriet är oförenligt med kristendomens idé.⁷

Den personliga friheten får sitt objektiva uttryck i äganderätten. I "Grundlinien des Philosophie des Rechts" har Hegel i systematisk form behandlat detta och en

² Ett näraliggande exempel i detta fall är Gutasagan, se *Sjöholm* 1976, 106. Hegel själv hänvisar till "gamla sagor", som han fann en fundamental sanning i. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. 4. Aufl. ed. Johannes Hoffmeister. 1955. § 203.

³ Se ex. avsnittet "Das Christentum", *Hegel*, *Sämtliche Werke* IX, 720—748.

⁴ *Hegel*, *Sämtliche Werke* IX, 782—789. Den germanska principen framställs som motsatt den kristna.

⁵ *Hegel*, *Sämtliche Werke* IX, 787.

⁶ *Hegel*, *Sämtliche Werke* XIII, 138 ff., 178 ff., *Grundlinien* § 203.

⁷ *Hegel*, *Sämtliche Werke* IX, 830, 839.

rad andra rättsliga aspekter. Familjen framstår som en individ med mannen som huvud. Enheten i äktenskapet uttrycks genom den gemensamma egendomen, vars förvaltare är mannen.⁸

De egendomsbesittande familjerna och släkterna är alltså samhällets grundelement. Den stora konfrontationen sker mellan andlig och världslig rätt, och det är kristendomens idé, som tränger in och omformar samhället med hjälp av kungamakten till en högre form av civilisation. I staten träder individen ur kollektivet. Detta är grundmönstret också i den germanistiska litteraturen.

Hos Hegel är det de stora männen som blir redskap för världsanden, de gör det allmänna målet till sitt individuella och förverkligar därmed världsandens intentioner.⁹

Samma modell med familj och släkt som samhällets urcell återkommer i vetenskaper som efter naturvetenskaplig modell sökte fastställa ett allmängiltigt schema för samhällets ursprung och utveckling. Efter genombrottet för Darwins utvecklingsteori uppstår en hausse i etnologiska undersökningar av s.k. primitiva folksläktskapsrelationer. Enligt samma idé som Hegels uttolkare Gans hade demonstrerat i sin väldiga undersökning om arvsrättens utveckling¹⁰ söker man visa samhällets tillväxt och förändring via släktskapsrelationerna. Frågan om kvinnans ställning i äktenskapet var under denna tid högaktuell och i de etnologiska undersökningarna tyckte man sig finna bekräftelse på det hegelska schemat, enligt vilket de äldsta stadierna utgjordes av rov- och köpaktenskapen, där kvinnan var ett rent objekt för äktenskapshandeln. Med det kristet-germanska stadiet ingicks enligt denna teori äktenskapet av två jämställda parter efter bägges samtycke.¹¹ Den kristna västerländska staten kom i alla avseenden att framstå som krönet på världsutvecklingen. Dessa teorier utvecklades och befästes under de europeiska staternas koloniala expansion i slutet av förra seklet. Genom den naturvetenskapliga nimbus som omgav dem blev de ytterligare ett stöd för uppfattningen om "släktsamhället" som föregångare till "staten".

Den gamla organismtanken får alltså ny och breddad funktion i en tid då privaträtten står inför hotet om en radikal omvandling under trycket av de stora ekonomiska förändringarna under förra seklet. Organismtanken är oförenlig med tanken att den ena gruppen, klassen, könet, i samhället exploaterar det andra. Hur djupt den trots detta var och är rotad visas av att också marxisterna accepterade den. Engels' arbete, om familjens, privategendomens och statens ursprung, som han uppger att han hade utarbetat tillsammans med Marx, anknyter till den

⁸ Hegel, Grundlinien §§ 169—171.

⁹ Hegel, Sämtliche Werke VIII, 74 ff.

¹⁰ Eduard Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. I—IV. 1823—35.

¹¹ Hegel, Sämtliche Werke VIII: 2, 114. Men kvinnans oberoende var ett hot mot det sanna äktenskapet: "Ehre und Würde erlangte also die römische Matrone nur durch die Unabhängigkeit vom Manne, statt, wie es sein soll, durch ihren Mann". Sämtliche Werke IX, 670. Se vidare Sjöholm, 1976, 64 ff. J. F. Mac Lennan, Studies in Ancient History. 1886.

amerikanske etnologen Morgans undersökning av indianstammen irokeserna, men det allmänna schemat överensstämmer med Hegels. Morgans föreställning om hur det gamla släktsamhället fungerade är dessutom uppenbarligen inspirerad av de samtida förhållandena i USA. Han önskar en ökad jämlikhet också för kvinnorna, och hans ”upptäckt” av en ursprunglig ordning, där släktskap räknades på kvinnolinjen, ställer Engels i paritet med Darwins utvecklingsteori och Marx’ mervärdeteori.¹² Den marxistiska samhällsteorin har därmed fått ett ursprungligt kommunistiskt stadium där allt var gemensamt, såväl barn som egen- dom. I nästa stadium sker en övergång till det faderrättsliga systemet och därmed uppstår privategendomen och parfamiljen. Detta gamla släktsamhälle sprängs sedan vid sammanstötningen av de nyutvecklade samhällsklasserna och ett nytt samhälle, sammanfattat i staten, träder i dess ställe. Denna senare tid, klass- stridernas och statens tid, är också den skrivna historiens tid.¹³

Denna snart hundraåriga spekulatio — dock inte i dess kvinnohistoriska aspekt — har fått nytt liv i vetenskapliga sammanhang genom sovjetiska och polska historikers forskningar i Sveriges äldre medeltidshistoria, vilka entusias- tiskt refereras i *Historisk Tidskrift*.¹⁴ Det gamla ättsamhället behåller sin funktion som bas för klassamhällets uppkomst. Även en historiker som Per Nyström, som annars formulerat den mest radikala kritiken mot den traditionella uppfattningen om medeltidslagarnas tillkomst, och det redan på 30- och 40-talen, utgår från ätt- samhället. Liksom de senare marxisterna är hans ärende att visa att feodal- herrarna gjorde slut på den gamla bondefriheten, och därmed förutsätter också han en äldre inhemsk rätt i lagarna.¹⁵

En speciell variant av idén om ättsamhället är den som utvecklades i Tyskland mot slutet av förra seklet och som fick sin stora blomstringstid under nazismen. Utgångspunkten blev Gobineaus lära om den ariska rasens överlägsenhet och H. S. Chamberlains tes om världshistorien som en kamp mellan raserna. Liksom förr blir ”ära”, ”frihet” och ”trohet” de väsentliga karaktärsdragen hos ger- manerna, men starkare trycker man på de äkta germanernas längtan ”nach den edlen, königlichen Führer”. Troheten, *Gefolgschaftstreue*, det personliga för-

¹² *Friedrich Engels*, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. 1. Aufl. 1884. *L. H. Morgan*, *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism, to Civilization*. 1877.

¹³ Företalet till första upplagan. Enl. den sv. övers. av B. Wagner, *Familjens, privategen- domens och statens ursprung*. 1969.

¹⁴ *Alexander Loit*, *Klassamhällets uppkomst i Sverige*. HT 1978: 1, 10—24. Loit försäkrar att de av honom refererade undersökningarna ”tillfredsställer högt ställda anspråk på vetenskap- lighet”, a.a. 17. P.g.a. språkhinder har jag inte kunnat bilda mig en egen uppfattning om detta, men allt tyder på att man utgår från den traditionella källuppfattningen.

¹⁵ *Per Nyström*, Kap. Landskapslagarna i ”Historieskrivningens dilemma”, 1974, 62—78. Nyström utgår från ättsamhället och den gamla germanska rättegången och övrig sedvanerätt, 68, 73, 76, 77. På samma sätt talar han i artikeln ”Sveriges Historia”, *Ord och Bild*, 1970: 5, om svearnas och götarnas ”stamförbund” och det gamla ”stamsamhällets” rättsliga sedvänjor.

hållandet mellan länsherre och vasall, blir det väsentliga i det germanska väsendet.¹⁶ Som synes finns det nedslag av denna i bild i den nuvarande rättshistoriska undervisningslitteraturen.¹⁷

Samtidigt med den öppet rasistiska vetenskapens och litteraturens framväxt kom också en flod av antifeministisk sådan om kvinnans biologiska och andliga underlägsenhet, i mycket inspirerad av Darwins "The Descent of Man". Om detta är vi dock sämre underrättade än om rasteorierna. Klart är att anknytning fanns i kyrkans lära om kvinnans principiella mindervärdighet liksom ifråga om rasteorierna till dess uttalade antisemitism. Men just därför att kyrkan är den främsta vakthållaren av samhällets traditionella könsstruktur har den behövt uppvärdera kvinnans tjänande roll. I den marxistiska historieskrivningen förekommer hon i början och slutet — i de utopiska, statiska partierna. I den "egentliga" historien, klasstridernas historia, existerar hon inte. Marx räknade endast med det arbete som var utbytbar i pengar eller varor. Därmed föll hela reproduktionsarbetet och hushållsproduktionen bort.¹⁸ Den enorma exploateringen av kvinnorna räknades inte. Av dessa manssamhällets bägge stora ideologier är det den kristna som har räknat med kvinnornas arbete. Den har omskrivit exploateringen i förskönande termer.

Genom att också marxismen utgick från Hegels samhällsteori, byggd på familjeprincipen, har inte heller något alternativ av samma generella art ställts mot idén om ättsamhället. Att denna bild kunnat hållas i stort sett intakt under ett och ett halvt århundrade måste betyda att den tillfredsställande fyllt behovet av önskebild. Familj och släkt med tillhörande egendom liksom kristendom och monarki är också fortfarande stöttepelarna i samhällsbilden.

Däremot har i den norska historieskrivningen representanter för den historiematerialistiska uppfattningen gett en annan bild av kyrkans roll, i det att kyrkan och aristokratin bägge sågs som exploatörer av bondeklassen.¹⁹ Men genom att man även i detta läger utgick från idén om ättsamhället kom den traditionella dualistiska bilden att bestå. Med Arne Odd Johnsons "Fra ættesamfunn til statsamfunn" fick den kristna ideologin ånyo en ordentlig draghjälp och balansen återställdes.²⁰ Det finns risk för att man efter den nedmontering av germanbilderna som är på gång²¹ istället kommer att bygga upp den kristna mytologin så mycket starkare.

¹⁶ Citaten från *von See*, *Deutsche Germanenideologie von Humanismus bis zu Gegenwart*. 1970.

¹⁷ Ovan 234, *Anners*, 1975, 100, 103.

¹⁸ Om marxismen och kvinnans historiska roll, se f.ö. *Drude Dahlerup*, *Socialisme og kvindefrigørelse i det 19. århundrede*, 1973.

¹⁹ För en översikt, se *Knut Helle*, *Norge blir en stat*. 1964. 12 ff.

²⁰ *Arne Odd Johnson*, *Fra ættesamfunn til statssamfunn*. 1948.

²¹ Se härom *Hans Thieme*, *Ueber Zweck und Mittel der Germanischen Rechtsgeschichte*. *Juristenzeitung* 23—24 1975. 725—27.

För sina föreläsningar i historiefilosofin gjorde Hegel omfattande förstudier inom olika vetenskapsdiscipliner som efterföljarna kunnat profitera på. Mycket av vad som sägs i de grekisk-romerska och germanska avsnitten av världshistorien kan man således återfinna i germanistiska arbeten. Detta gäller särskilt rättsliga förhållanden, men genom att germanisterna avskärmar dessa från det materiella livets villkor, som Hegel också behandlar, får deras orsaksförklaringar jämfört med hans ett totalt ohistoriskt drag. Deras förklaringsmönster när det gäller de kristna idéernas inflytande är synnerligen primitivt: det består genomgående av hänvisningar till uttalanden och bestämmelser i kyrkliga texter och med detta anser man bevisat mycket omfattande och genomgripande förändringar i samhällslivet. Förklaringar som skulle te sig helt absurda om de applicerades på senare tider har man godtagit när det gäller den äldre historien, som exempelvis att kyrkan arbetade för och lyckades genomdriva en social förbättring för kvinnorna och slavarerna.²² I Hegels version har kyrkan en världslig sida av råhet och brutalitet, som genomtränges och bearbetas av anden, i germanistiken framstår den som en ohistorisk, tidlös institution ovanför samhället. Med suveränt förakt för fakta projicerar man alla yttringar av grymhet och vidskeplighet till den hedniska tiden och påstår att kyrkan hela tiden bekämpade sådana tendenser.²³ Den germanistiska versionen framstår i jämförelse med Hegels som en enkel propagandapparat.

Den politiska bestämningen är dock densamma. Protestantiska historiker kan visserligen framhäva de negativa dragen i den katolska epoken,²⁴ övervägande är dock den ideologiska försköningen, där kyrkokristendomens alla antihumana drag är bortrensade: underkännandet av det mänskliga förnuftet, indoktrineringen i helvetesskräck och underkastelse under överheten, det uttalade kvinnoföraktet, stymnings- och skamstraffen. Vad dessa idéer kan ha betytt för samhällsutvecklingen ingår inte i förklaringsmönstret.

I Sverige har historiematerialistiska teorier liknande dem i Norge knappast alls framförts. Den weibullska skolan angrep endast det yttersta skiktet av mytologin,

²² En annan uppfattning om slaveriets upphävande redovisas av *Gösta Hasselberg*, *Den s.k. Skarastadgan och träldomens upphörande i Sverige. 1944*, vilket inte hindrar att den traditionella uppfattningen lever kvar. Se ovan 236. Att kyrkan förbättrat kvinnans sociala ställning är ett påstående som bygger på föreställningen att kvinnorna såldes som boskap till äktenskap, innan kristendomen befriade dem. Detta skulle ha skett genom kyrkans bestämelse att consensus mellan parterna jämte sammanlevnad konstituerade ett äktenskap. En av de mest framträdande hegelianerna var *Ragnar Hemmer*. Se kontroversen mellan honom och *Lizzie Carlsson*, *Sjöholm* 1976, 53 ff., angående äktenskaps ingående i äldre germansk rätt. Carlsson trodde sig kunna spåra ett slags forngermansk fruktbarhetskult i de svenska lagarna.

²³ Ett belysande exempel utgör gudsdömarna. Det finns ett överväldigande bevismaterial för att detta var en kyrklig angelägenhet, se anförd litteratur i *Sjöholm* 1972, 132 ff. Inte desto mindre är det en vanlig uppfattning att gudsdömarna var en hednisk sedvänja, som kyrkan fick lov att kämpa mot i århundraden. Se t.ex. *Fenger* 1971, 196.

²⁴ Se härom *Arne Odd Johnsen* inledningen till a.a. not 20.

göticismen. Den kristet-germanska samhällsbilden satt i ryggraden, den angrep man inte, och därmed riktades heller aldrig någon källkritik mot den traditionella uppfattningen om lagarnas tillkomst, tvärtom uttalades ett explicit stöd för denna.²⁵ Lauritz Weibull utgår från den hegelianska dikotomin, när han skildrar kampen mellan den andliga och världsliga makten, ”mellan den universella kyrkans frihet och nationalstatens trånga makthävelse”.²⁶ Det förra står för det goda och det senare för det onda, vilket av en sentida historiker har karakteriserats som Weibulls ”liberalistiska grundsyn”²⁷ vilket onekligen visar hegelianismens förmåga att förvända synen även på stadiga empiriker. Det citat som görs av Weibulls ord att ”Yttre händelser är i historien aldrig nog. De är aldrig det väsentliga”, samt att det väsentliga är ”de ledande, inbördes kämpande idéer” som behärskar historien, borde annars stämma till eftertanke, huruvida Weibull verkligen var den antiidealist och empiriker som påstås.²⁸

I ”Nekrologierna från Lund”, från vilka dessa citat hämtats, ser Weibull historien som ett drama med peripeti enligt klassiskt mönster, då hjälten, den orubblige ärkebiskop Eskil, tvingas nedlägga ärkebiskopsvärdigheten.²⁹ Eskil är ingen gripbar mänsklig gestalt utan en bror till Hegels ”stora män”, genom vilka världsansanden verkar. Och Weibull är inte bara regissör av dramat, han identifierar sig med sin hjälte med samma förtjusning som Hegel i sina av ödet utvalda.

Det skulle vara intressant att få klarhet i hur Per Nyströms ovannämnda uppsats om landskapslagarna mottogs av weibullianerna. Den kunde ha utgjort inledningen till en total omvärdering av lagarna som källor och därmed i sin förlängning även gjort rent hus med ”åttsamhället”. Varför har det varit så tyst kring denna uppsats? Kvar står att germanisternas samhällsteori med det dualistiska utvecklingsperspektivet och den underliggande metafysiska källuppfattningen accepterats i det samlade resultat av skolans medeltidsforskning, som Carlsson—Roséns handbok utgör.

²⁵ Curt Weibull, *Sverige och dess nordiska grannmakter*. 1921. 4.

²⁶ Citatet från Birgitta Odén, *Det moderna historisk-kritiska genombrottet i svensk historisk forskning*. Scandia 1975: 1. 18.

²⁷ Odén, *ibid.*

²⁸ Rolf Torstendahl har enligt min mening inte tydliggjort hur Weibull menade att den vetenskapliga kombinationen och konstruktionen skulle ske, det sägs bara att denna skulle följa ”vedertagna empiriska lagar”, ske ”efter vetenskaplig metod”, grunda sig på ”säkra fakta” (detta egendomliga uttryck!), etc., Källkritik och vetenskapssyn i svensk historisk forskning 1820—1920. 1964, 357, 365. Torstendahl undersöker inte heller Weibulls faktiskt använda förklaringsmönster.

²⁹ Lauritz Weibull, *Nekrologierna från Lund, Roskildekrönikan och Saxo*. Scandia 1928. 267—292.

Det hegelska utvecklingsschemat utgör germanistikens allmänna föreställningsram. Den styrande teorin i mer begränsad mening är, som tidigare framgått, teorin om rättens uppkomst och karaktär så som historiska skolan formulerade den. Lagarna är upptecknad rättspraxis, det är huvudtesen. Under tidens gång har man modifierat denna tes men aldrig i grunden uppgivit den. Rättsdualismen är konstitutiv för germanistiken.

Men är det nu inte så att rätten faktiskt till stor del är ackumulerad sedvane-rätt? Skrivna lagar kan ju inte alltid ha funnits. Och är det inte troligt att denna sedvanerätt så småningom nedtecknats? Det är väl mindre sannolikt att de skrivna lagarna innebar något helt nytt.

Detta resonemang kan vara aldrig så riktigt, men därav följer inte att man har rätt att utan vidare identifiera de bevarade lagarna som kvarlevor av en okänd rättspraxis, än mindre sådan från en obestämd tid tillbaka. Samma sak gäller givetvis en obestämd skriftlig tradition. Det är en metodisk fråga och här måste man vara konsekvent till hundra procent. Det räcker inte med 95 eller ens 99 procent. Lagarna är kvarlevor av den tillkomstsituation som kan empiriskt be-läggas, ingenting annat.

Till de metodiska kraven hör också att de enskilda reglerna i en lag först och främst måste identifieras i sin bevarade kontext, dvs. som del av hela lagen. Detta innebär att rättsinstitutsmetoden måste förkastas som principiellt felaktig.¹ Kravet utgår från det grundläggande antagandet att lagarna inte passivt nedtecknats utan är tillkomna genom en aktiv politisk insats. Det viktigaste skälet för detta antagande ligger i vad vi redan vet om lagarnas tillkomst. 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 det orimligt att anta, att de maktägande i samhället skulle ha tillåtit en passiv nedteckning av sedvanerätt. Vare sig det var frågan om gammal 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 redigerings-tillfället.

Utgående från likheter i systematik och innehåll och den relativt begränsade redaktionstiden kan man göra antagandet att — med vissa karakteristiska undan-tag² — samma intressen ligger bakom redigeringen av de olika landskapslagarna. De innehållsliga likheterna gäller utförliga regelkomplex, varvid utförligheten får stå som mått på vad som ansågs betydelsefullt. Man kan vidare anta att regleringen av dessa områden också varit en av de direkta orsakerna till att lagarna

¹ En annan sak är givetvis att man i undervisningssyfte kan behöva sammanställa forskningsresultat efter "rättsinstitut".

² Det gäller framför allt Gutalagen, se *Sjöholm* 1976, 86 ff. och ev. också äldre Västgötalagen.

redigerades. Det betyder att väsentliga partier av lagarna utgör om inte nylagstiftning så i varje fall reformlagstiftning. Detta gäller lagarna som helhet, inte bara det som tidigare identifierats som kunglig och kyrklig lag. Målet är att komma fram till en för denna tid och detta område gällande teori om orsakerna till, eller förutsättningarna för, denna lagstiftnings tillkomst. En sådan teori kan i sin tur relateras till en övergripande teori om den högmedeltida europeiska lagstiftningens förutsättningar. Det finns genomgående likheter av sådant slag att detta arbete kan antas bli fruktbart.³

Ett moment vid identifieringen av lagarna är fastställandet av lån från annan rätt. Detta är i sig upplysande om den historiska situationen vid lagarnas redigering. Det kan också användas att dra slutsatser om lagstiftarnas intressen och avsikter i de fall, där man kan studera hur ett urval gjorts från en förlaga och ev. bearbetningar av denna.⁴

Tillämpandet av källkritisk metod på medeltidslagarna för till en rad omvärderingar av den gängse uppfattningen. Till de mera omedelbara hör ett underkännande av de hittills godtagna argumenten för dateringen av Gutalagen och Äldre Västgöotalagen. Även den av Holmbäck—Wessén auktoriserade synen på förhållandet mellan Dalalagen och Västmannalagen måste starkt ifrågasättas.⁵

Utifrån det grundläggande antagandet om en aktiv lagstiftningsinsats omöjliggörs den nuvarande uppdelningen i lagböcker och rättsböcker. Att betrakta exempelvis Östgöotalagen som en privatuppteckning av lagmannen blir en orimlighet. "Lagböckerna" erbjuder samtidigt andra problem, eftersom bevis saknas för att stadfästelsen varit sigillerad. Vi vet inte om det funnits en sanktionerad originalversion av dessa lagar. Därmed uppstår frågan vad det vi betraktar som avskrifter egentligen är avskrifter av.

Om vi väljer att betrakta de nämnda lagarna som kodifierade uppstår frågan varför inte övriga lagar kodifierats. En hypotes om detta bör i så fall ingå i förklaringsmodellen. Utarbetandet av denna erbjuder en rad problem som måste förbigås här. Denna förklaringsmodell ska sedan prövas mot annat historiskt material. Verifikationen av de gjorda antagandena får sin tyngd av att modellen gäller hela den svenska medeltida lagstiftningen i en historiskt given situation. De empiriska beläggen bör kunna bli så omfattande och varierande, att den slutliga teorin ger ett tillfredsställande svar på den ställda uppgiften.

Detta tillvägagångssätt är artskillt från den traditionella rättshistoriens. Visserligen talar man på det hållet ofta om att rättshistorien måste närma sig samhälls-

³ Se *Armin Wolf*, *Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten*. Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I. 1973.

⁴ Se exempelvis Anders Sunesens användande av Lombardan, *Sjöholm*, 1976, 124 ff.

⁵ Angående Gutalagen, se not 2, Västgöotalagen, *Holmbäck—Wessén*, V, XVIII ff., Dalalagen, *Holmbäck—Wessén*, II, XIV f., med redogörelse för den tidigare debatten, bl.a. Schlyters uppfattning.

historien. Men vad man menar med detta är uppenbarligen endast att en från historiska handböcker lånad bakgrund ska tillföras rättsreglernas historia. Det är frågeställningen som avgör om det ska bli någon integration eller inte. Och frågeställningar av den art som då måste bli aktuella är man rädd för av flera skäl. Ett skäl är uppenbart: med en sådan inriktning skulle rättshistorien försvinna som specifik juridisk disciplin.

Vad kommer den ovan redovisade nyorienteringen att betyda för den nuvarande uppfattningen om Sveriges äldre medeltid, så som den återges i Carlsson—Rosén?

Det är tydligt att hela idén om ett ”åttsamhälle” som omvandlas till ”stat” måste slopas. Det finns inte något underlag för uppfattningen att Sverige enats genom en sammansmältning av självständiga landskap. Senare tillkomna regler för kungaval och eriksgata har fått ge stöd åt idén om dessa ”stamförbund”. Landskapsindelningen kan åtminstone delvis likaväl vara resultatet av en senare administrativ reform. Idén om rättsdualismen måste försvinna. Det finns inte någon iakttagbar äldre rätt mot vilken den kyrkliga och kungliga bryter sig. Företeelser som projicerats på det forngermanska samhället måste nu få en annan förklaring, vilket ändrar bilden av kungens och kyrkans roll. Ett klarläggande av lagstiftningssituationen måste över huvud taget betyda en väsentligt utvidgad och ny kunskap om den aktuella tiden.

Zusammenfassung

Der Artikel behandelt die Methode und Theoriebildung der traditionellen Rechtsgeschichte — Germanistik — aus einer historiographischen Perspektive. Er will zeigen, dass die Fragen, die man an die Geschichte richtete — oder anders gesagt die Antworten, die man zu erhalten wünschte — die Methode und die Einstellung zu den Quellen bestimmte, welche bis in unsere Tage hinein Gültigkeit hatten und in den Programmschriften der historischen Schule formuliert sind.

Ausgehend von der These des vom Volk geschaffenen Rechtes, das die Juristen bearbeitet hätten, nahm man eine Aufteilung in eine wie man sagte äussere und eine innere Rechtsgeschichte vor. Die äussere war die Geschichte der Gesetze, die innere die der „Rechtsinstitute“. Im Laufe des 19. Jahrhunderts setzte sich in der allgemeinen Geschichte die Forderung nach Quellenkritik durch: eine Quelle sollte nur dann in der wissenschaftlichen Arbeit verwertet werden, wenn zuvor ihre gesamte Entstehungssituation geklärt worden war. In bezug auf die Rechtsgeschichte liess man diese Forderung lediglich für die Gesetzesgeschichte gelten, und eine umfassende Editionsarbeit wurde in Angriff genommen. Die „innere“ Rechtsgeschichte dagegen verblieb weiterhin auf der metaphysischen Ebene. Die Entstehungsgeschichte der „Rechtsinstitute“ lässt sich niemals empirisch belegen, es wird vorausgesetzt, dass es sich bei ihnen um direkte Überreste aus dem Leben des Volkes handelt. Die daran anschliessende Theorie von der mündlichen Überlieferung erklärt, wie diese ältere Schicht in den schliesslich „aufgezeichneten“ Gesetzen erhalten bleiben konnte.

Mit der „inneren“ Rechtsgeschichte konnte man eine den eigenen rechtspolitischen

und allgemeinpolitischen Interessen angepasste Vorgeschichte schaffen. Es entstand das Bild der altgermanischen Gesellschaft als einer „Sippengesellschaft“ mit einem Rechtssystem, das sich radikal vom römischen und kanonischen Recht unterschied.

Die Annahme einer Sippengesellschaft wurde von mehreren Seiten kritisiert, vor allem von dem Gesichtspunkt, dass sich ihr Vorhandensein nicht in den Quellen belegen lässt. Nach Ansicht der Verfasserin des Artikels hat man zum einen die quellenkritische Analyse nicht hinlänglich in die Tiefe vorgetrieben, und zum anderen hat man nicht die geistige Wurzel der „Sippengesellschaft“ blossgelegt, welche die Hegelsche Geschichtsphilosophie ist. Die „Sippengesellschaft“ ist in Hegels Entwicklungstheorie nichts besonders für die Germanen Kennzeichnendes; die Familien- und Sippengesellschaft ist das allgemeine Stadium, das dem „Staat“ vorausgeht. Es ist ein alter Gedanke, im Wachstum der Gesellschaft das Wachstum der Familie und Sippe zum Stamm und Volk zu sehen; er begegnet uns u.a. in den Berichten der Bibel und in allerlei Wandererzählungen. Die Idee von Familie und Sippe als Urzelle der Gesellschaft erhielt in der Hegelschen Weltgeschichte eine neue und erweiterte Funktion in einer Zeit, in welcher das Privatrecht und die alte Familienstruktur sich unter dem Druck der starken ökonomischen und sozialen Veränderungen im vorigen Jahrhundert von einer radikalen Umwandlung bedroht sahen. Wie überzeugend diese sozio-biologische Auffassung von der Gesellschaft war und ist, zeigt die Tatsache, dass auch die Marxisten den Gedanken der Sippengesellschaft übernahmen und mit Klassenkämpfen erst von der Zeit des „Staates“ an rechnen. Sie beherrschte auch die ethnologische Forschung, die nach Darwins Durchbruch einen Aufschwung erlebte, und bestimmte deren Ansichten von den Verwandtschaftsrelationen „primitiver“ Völker.

Die Hegelsche, von den Germanisten übernommene Entwicklungstheorie, sieht in den christlichen Gedanken die treibende Kraft in der Geschichte. Der Weltgeist hat gerade die Germanen auserwählt, das Volk zu sein, welches das höchste Stadium, den christlichen monarchischen Staat, realisiert. Diese Theorie erhält ihre endgültige Ausformung in der Zeit der kolonialen Expansion der europäischen Staaten gegen Ende des vorigen Jahrhunderts.

Ein Durchbruch des Empirismus auch im Hinblick auf die mittelalterlichen Gesetze als Quellen würde den Untergang der germanistischen Konstruktion bedeuten. Dessen methodische Hauptforderung lässt sich folgendermassen formulieren: man kann die Gesetze als Überreste der Entstehungssituation betrachten, die sich empirisch belegen lässt, und als sonst nichts.