

Birgitte M. Wåhlin

## RETSHISTORISK METODIK OG TEORIDANNELSE

En diskussion på baggrund af Ole Fenger, Fejde og mandebod, 1971

### 1

Retshistorie som en selvstændig forskningsgren går tilbage til slutningen af det 18. århundrede. I modsætning til andre ældre humanistiske forskningsdiscipliner og herunder særligt historievidenskaben har den retshistoriske videnskab ikke i videre omfang taget en principiel diskussion og et opgør omkring sine grundlæggende teorier og metoder. Disse stammer i hovedsagen fra begyndelsen af det 19. århundrede, hvor den romantiske filosofi med dens folke- og nationalitetsforståelse var dominerende, — et grundlag som de fleste parallelvidenskaber til retshistorien har opgivet senest omkring 2. Verdenskrig.<sup>1</sup>

Det skal derfor hilses med glæde, at Ole Fenger i sin disputats, Fejde og mandebod,<sup>2</sup> søger at tage principiel stilling til dele af det metodiske og teoretiske grundlag for det 19. og 20. århundredes retshistoriske forskning, som den har udviklet sig i en retshistorisk skole,<sup>3</sup> og samtidig vurderer de parallelle forsknings-

<sup>1</sup> Jvf. fx det elegante og samtidig dybtgående opgør med de tidligere teorier inden for arkæologien, sprogvidenskaben og etnologien hos *Glyn Daniel*, *The Idea of Prehistory* (1962, 1. ed.), Pelican 1971, særligt kap. VI, *The Idea of Prehistory in the Study of Language and Race, and in Politics*.

<sup>2</sup> *Ole Fenger*, *Fejde og Mandebod* — studier over slægtsansvaret i germansk og gammeldansk ret. Kbh. 1971. Forsvaret for den juridiske doktorgrad 22.11.1971 ved Århus Universitet. Henvisninger hertil vil blive givet i parentes direkte i hovedteksten.

<sup>3</sup> Først efter færdiggørelsen af denne artikel har jeg fået kendskab til *Elsa Sjöholms* i denne forbindelse særdeles centrale afhandling, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik, Studien zur germanistischen Theorie des 19. Jahrhunderts* (Münchener Universitätsschriften, Juridische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 10) Berlin 1972. Elsa Sjöholm gennemgår her den germanistiske skole især vedr. dens forståelse af det gemanske frihedsbegreb og juryinstitutionen. På klassisk kildekritisk vis og med imponerende flid afslører hun uigendriveligt (pp. 22—35 m.fl.), hvorledes de ældre germanister som J. Möser, C. Fr. Eichhorn og Fr. C. v. Savigny systematisk tolkede imod den klare tekst hos de klassiske forfattere, Tacitus m.fl., og ligeledes misbrugte de gammelgermanske love for at konstruere et politisk ønskværdigt billede af de gammelgermanske samfund og disses retssystemer. Desværre afholder hun sig bevidst (p. 13) fra at behandle den specifikke tyske retshistories forhold til den bredere fællesgermanske og herved også fra en bredt anlagt teoretisk kritik af anvendeligheden og holdbarheden af den germanistiske skoles mere generelle teorier, metoder og analyser.

grene inden for sociologi, etnologi m.v. Af særlig vægt for Fenger, som for denne artikels forfatter, er det at nå frem til en afklaring af den komparative metodes anvendelighed inden for retshistorien. Det vil sige, at der skal tages stilling til nytten af at sammenligne retssystemer fra forskellige folkeslag og samfund, der er adskilt mere eller mindre af tid og sted, og især foretages en vurdering af, hvornår og under hvilke betingelser forskningsresultater vedrørende ét samfunds retssystem til et andet meningsfyldt kan overføres, parallelliseres eller måske benyttes ud fra en modelbetragtning.

Den komparative eller sammenlignende metode er et grundlæggende instrument i den tyske eller germanistiske skole, som har været dominerende i Kontinental-Europa<sup>4</sup> op til i dag vedrørende det historiske studium af de germansk talende folks retssystemer. Som følge deraf har denne skole også haft betydning vedrørende dansk og nordisk retshistorie. En væsentlig side af retshistorien har været at forstå retten som en del af hele samfundet. Det er derfor af værdi at følge nogle af de mere generaliserende videnskaber, der beskæftiger sig med mindre udviklede eller "primitive" samfund. Herunder knytter sig særlig interesse til retsetnologiens forsøg på at finde nogle hovedlinier i "primitiv ret" både ud fra de historisk kendte samfund og ud fra studiet af nulevende "primitive" samfund, idet retsetnologerne på linie med retshistorikerne hertil har benyttet den komparative metode. Retsetnologien har således både metodisk og teoretisk parallelle problemer til retshistorien og kan uddybe forståelsen af denne på det teoretiske plan. Men nok så megen interesse i denne forbindelse har det at vurdere, hvornår og hvordan resultaterne fra retsetnologien og dermed beslægtede forskningsgrene eventuelt kan benyttes i konkrete retshistoriske studier, — et forhold, som er væsentligt for både Ole Fenger og denne artikels forfatter.

## 2

Inspireret af blandt andet romantikkens dyrkelse af fortiden og den dermed sammenknyttede søgen efter en national identitet i det delte Tyskland udvikledes dér i begyndelsen af 1800-tallet en bredt sammenlignende kulturhistorisk forskning. Man opererede ud fra dén grundlæggende teori, at der bag alle de sociale og kulturelle foreteelser i et folk virkede en altinspirerende folkesjæl, en "Volksgeist".

<sup>4</sup> Under et forskningsophold i England 1973/74 har jeg konstateret, at engelsk retshistorisk forskning i ringe grad og kun indirekte via de brede opslagsværker er blevet bekendt med og påvirket af den germanistiske skole. Derimod er denne skole velkendt og værdsat i England inden for folklore, norrøne studier, sproghistorie, religionshistorie m.v., men desværre uden at man fra engelsk side har taget principiel stilling til germanisternes teoretiske og metodiske grundlag, — jvf. fx. *G. Thurville-Petre, The Cult of Oðinn in Iceland (Nine Norse Studies Viking Society, Text Series, Vol. V, London 1972)*.

På baggrund af en række umiddelbart konstaterbare ligheder såvel i ordforråd som i stuktur inden for en række levende og uddøde europæiske sprog opstillede den sammenlignende filologi en teori om, at alle disse sprog kunne føres tilbage til et germansk ursprog, der i øvrigt blot var ét af en række ursprog, som alle udsprang af et fælles urindoeuropæisk sprog. Det vil sige, at lighederne mellem de forskellige germanske sprog skyldes, at de har en fælles oprindelse og var udviklet genetisk<sup>1</sup> fra det urgermanske sprog. Et sådant ursprog kunne ikke meningsfuldt hævdes, uden at man også hævdede, at det havde været talt af et fortidigt, men konkret urgermansk folk, som dannede et urgermansk samfund. Man så det teoretiske udgangspunkt om *Volkgeist'en* bekræftet gennem sprogstudierne. Ud fra det germanske ursamfund måtte følgelig de historisk kendte sproglige, kulturelle og juridiske overleveringer da have udviklet sig. Herved blev sammenligninger mellem alle sociale og kulturelle overleveringer ikke blot berettigede, men også nødvendige for den fulde forståelse af tilstanden både i ursamfundet og i de senere konstaterbare germanske samfund.

Teorien indeholder *Volkgeist'en* som et stabilt og gennemløbende element, men har tillige et historisk dynamisk element, en *udviklingstanke*, der forklarer de senere udspaltninger fra urtilstanden.

Fra dette fælles forskningsmæssige udgangspunkt udspaltedes snart en række særdiscipliner som folkløstik, religionshistorie m.v., der dannede hele skoler, og herunder fremstod den germanistiske retshistoriske forskning som en særlig skole. Dennes forskningsmæssige hovedmålsætning var at nå frem til at konstruere det specielle germanske retssystem samt et udviklingsskema for dette.<sup>2</sup> Selvom mange forskere i praksis koncentrerede sig om mere begrænsede og detaljerede analyser af enkelte folks retssystemer eller af enkelte retsfænomener inden for flere af de germansk talende folks retssystemer, så blev disse studier set som et led i bestræbelserne på at opfylde hovedmålsætningen, — en målsætning, som klarest er formuleret af Konrad Maurer:

<sup>1</sup> Betegnelsen *genetisk* som udtryk for sproglig fællesoprindelse anvendes i moderne sprogvidenskab, se fx. *Louis Hjelmlev*, *Sproget*, en introduktion, Kbh. 1963, pp. 79—87.

<sup>2</sup> I den ovenomtalte afhandling (note 3) viser *Elsa Sjöholm*, hvorledes Montesquieus tolkning af de germanske stammelove i *De l'esprit des loix* (1746) har haft afgørende betydning for den germanistiske retshistoriske skole, som denne udvikledes gennem Justus Möser (1720—94) og Carl Fr. Eichhorn (1781—1854) m.fl. og fandt fast form fra 1820'erne under Friedrich Carl v. Savigny (1779—1861) fx. i, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft* (1814) og hos filologen Jacob L. K. Grimm (1785—1863), fx. i *Deutsche Rechts-Alterthümer*, 1828. Af andre fremtrædende forskere inden for denne skole kan nævnes W. E. Wilda, Konrad Maurer, H. Brunner, K. v. Amira, Cl. v. Schwerin og i dag Karl Wührer. — *L. L. Hammerich* har i artiklen, *Was ist germanische Rechtsgeschichte* (Saga och Sed, 1959), givet en udmærket historiografisk gennemgang af udviklingen inden for den germanistiske retshistoriske skole. Han konkluderer, at hverken en særlig urindoeuropæisk eller urgermansk ret kan opretholdes. Desværre sætter Hammerich ikke konsekvenserne af sin kritiske fremstilling i en bredere teoretisk sammenhæng.

“Formaalet for den sammenlignende Retshistorie gaar ud paa at bringe til klar Erkjendelse saavel den Enhed, der principielt hersker ogsaa paa Rettens Omraade, som Retsudviklingens skridtvise Forgrening hos de nordgermaniske dernæst hos samtlige germaniske og sluttelig hos alle fjernere beslægtede, til den store ariske Folkegruppe hørende Stammer. Herved læres tillige Retsforfatningen hos hver enkelt af dem fuldstændigere og grundigere at kjende. Dette endelige Formaal maa i vore Dage have skarpt for Øje af enhver, der i større eller mindre Omfang Overhovedet vil befatte sig med retshistoriske Studier.”<sup>3</sup>

Ved således at benytte den komparative metode til først at finde frem til alle lighederne i de forskellige germansk talende folks retssystemer<sup>4</sup> ved en gennemarbejdning af de pågældende folks retskilder samt udsagn om retslige forhold i andre former for kilder, og dernæst at systematisere alle lighederne, kunne man nå frem til at konstruere et særligt germansk retssystem, en urret og et fælles udviklingsforløb for de germansk talende folks retssystemer. De forskellige forskere benyttede den komparative metode til enten at rekonstruere det oprindelige urgermanske retssystem eller til at konstruere det fælles udviklingsforløb for alle de germansk talende folks retssystemer. Hvad end forskerens formål var, så lå dog teorien om de genetisk begrundede ligheder bag ved de foretagne komparationer og dermed også bag de opnåede enkeltresultater såvel som bag de større synteser.

Kun få retshistorikere af i dag tror på værdien af at konstruere et specielt germansk retssystem. Ligeledes foretages bredt anlagte komparationer imellem alle de germansk talende folks retssystemer ikke længere i samme målestok som tidligere. Hovedvægten i de retshistoriske studier er i stedet lagt på undersøgelser af de *nationale* retssystemer. Dog kan teorien om at lighederne er af genetisk art, endnu i dag ses at ligge bag selv estimerede forskeres forsøg på at beskrive bestemte germansk talende folks retssystemer.<sup>5</sup> Ved at sammenligne med det konstruerede germanske retssystem ses dårligt belyste retslige fænomer i det konkret undersøgte retssystem ofte forklaret. Desværre gøres dette som regel uden nærmere diskussion, ved at de pågældende støtter sig til ældre værker inden for den germanistiske skole. Endvidere kan eventuelt dunkle punkter ses forklaret og belyst ud fra sammenligninger med nogle andre germansk talende folks retssystemer, men igen som oftest uden at der gives nogen begrundelse for valget af

<sup>3</sup> *Konrad Maurer*: Udsigt over de nordgermanske Retskilders Historie, p. 11, (Tillægsbind til Norsk Historisk Tidsskrift, 2. rk. II) Kria. 1878.

<sup>4</sup> Den germanistiske skole benytter begreber som “germanske folk” og “germansk ret”. I det følgende vil betegnelsen, *germansk talende folk* (for folkeslag der i dag tilhører denne sproggruppe og for folkeslag der tidligere vides at have tilhørt denne gruppe) og *germansk talende folks retssystemer* blive benyttet, da der i begreberne germansk ret og germanske folk ligger en uacceptabel antagelse af, at de påviselige ligheder såvel inden for sprog som retssystemer har deres oprindelse i et særligt germansk folk med et særligt sprog og et særligt retssystem.

<sup>5</sup> *G. Hafström*, *De svenska rättskällornas historia*, Lund 1972.

netop dette sammenligningsmateriale, — bortset fra den underforståede antagelse, at disse tilhører gruppen af “germanske retssystemer”.<sup>6</sup>

Over for denne faste tro på, at man ved at koncentrere sig om de sproglige og retslige *ligheder* kan nå frem til holdbare helhedsforståelser, må man stille det kontraspørgsmål: Hvorfra ved vi, at det ikke netop er *forskellene* mellem retssystemerne, dvs. det selvstændige i det enkelte system, der netop er det centrale og mest oprindelige? Lighederne kunne måske være af mere tilfældig art, eller være indoptaget på en ikke længere erkenderlig måde meget tidligt fra samme eller parallelle påvirkningsfaktorer. Således medførte f. eks. den internationale katolske kirkes pres senere samme eller næsten identiske paragraffer og hele afsnit i vidt forskellige europæiske retssystemer op gennem middelalderen. En lignende ensrettende faktor kan oversættelserne over latin have været.<sup>7</sup>

Enhver stillingtagen til værdien af de forskningsresultater, som den her skitse-

<sup>6</sup> Efter at Volksgeist-teorien, og dens logiske konsekvens i racelæren, efter 2. Verdenskrig var blevet susppekt som begrundelse for gennem påviste ligheder at opstille større synteser om sammenhængende kulturkredse m.v., er en generel *diffusionsteori* ofte sat i stedet for den germanske urret. Herefter har man så ment at kunne opretholde berettigelsen af de store tværgående sammenligninger samt berettigelsen af de klassiske resultater opnået ud fra teorien om den genetiske oprindelse i urgermanernes retssystem, skønt man officielt havde opgivet dettes logiske forudsætning. Diffusionsteoriernes gyldighedsområde, de mange overfortolkninger herud fra og parallelvidenskabernes lån derfra diskuteres og kritiseres hos *G. Daniels*, op. cit., kap. V, Diffusion and Distraction, og forholdet til retshistorien og retsetnologien behandles principielt hos *Ole Fenger*, Fejde og mandebod, p. 16—20.

<sup>7</sup> Allerede tidligt blandt germanisterne og samlet hos *K. von Amira* i hans klassiske, *Germanisches Recht* (4. ed. i 2 vol. ved *K. A. Eckhardt*, Grundriss der Germanischen Philologie, Berlin 1960—67) var man opmærksom på en sådan tidlig fælles påvirkning af de forskellige germanerstammers love gennem stammernes kontakter med Romerriget og dettes højt udviklede retssystem. Ligeledes så germanisterne en fare for forvanskninger deri, at bortset fra de angel-saksiske og nordiske love var alle andre germansk talende folks love allerede i deres ældst kendte form nedskrevet på latin. Efter germanisternes opfattelse blev netop derved de angel-saksiske og nordiske love så centrale, fordi de i deres germanske sprogdragt ansås for mere “oprindelige” end de latiniserede love. (*Claus v. Schwerin* ser også dette problem om tidlig påvirkning, *Germanische Rechtsgeschichte, ein Grundriss*, Berlin 1936, p. 6). Men germanisterne drager ikke konsekvensen af tankegangen og ser ikke forskellene som måske lige så centrale som lighederne. I et af den germanistiske skoles hovedværker, *J. Hoops*, *Real-Lexikon der germanischen Altertumskunde, I—IV*, Strassburg 1911—19, i artikler om Visigothernes og Longobardernes love fremføres den opfattelse, at lighederne mellem de sydgermanske love skyldes, at romerne allerede inden germanerlovenes nedskrivning fra 400-tallet og fremefter var så kendt med retssystemerne hos deres naboer, at de havde fastslåede oversættelser heraf til latinsk juridisk sprogbrug, parallelt til at romerne f. eks. fra tidlig tid ret konsekvent overføre germanske guder og religiøse begreber til de nærmeste paralleler på latin. En sådan systematiseret parallellisering blev rent faktisk konstateret af germanisterne i latinsk juridisk sprogbrug og forståelse, hvorved oprindelige forskelle blev udvisket mellem germansk talende stammers love, når disse blev oversat til latin. Ligeledes konstateredes indbyrdes påvirkninger mellem lovene f. eks. fra ældre visigothiske til frankiske. Alligevel drager germanisterne ikke den konsekvens af deres iagttagelser at betvivle, om der overhovedet har eksisteret en oprindelig “germansk ret”. I stedet tales der afslutningsvis om “forvanskninger” i forhold til det oprindelige germanske særpræg.

rede germanistiske skole nåede frem til, må derfor nødvendigvis tage sit udgangspunkt i formålet med komparationerne, og ikke mindst i den eller de overordnede teorier, der i sidste ende berettiger de stillede spørgsmål og begrundet valget af komparativt materiale samt holdbarheden af såvel enkeltresultater som bredere synteser.

Der er ikke hermed rejst krav om, at en overordnet teori eller forklaringsmodels rimelighed skal kunne positivt bevises, for det er antageligt ikke muligt. Men den skal opfylde de almindelige videnskabelige krav om nødvendighed og tilstrækkelighed og om i hvert tilfælde en teoretisk mulighed for verifikation og falsifikation, og i øvrigt må den overordnede teori så bedømmes ud fra holdbarheden af de resultater, der er opnået på grundlag af denne.

Hvis principielt ubeviselige metafysiske begreber som Gud, skæbnen eller folkeånden (Volksgeist) indgår som et uadskilleligt og fundamentalt element i teorien, bliver selve teorien metafysisk og uvidenskabelig, dvs. unddrager sig normale videnskabelige analyser og argumentationsformer.

Autoriteter som Jacob Grimm og von Amira og endnu en del af nazitidens forskere forestillede sig mere eller mindre klart Volksgeisten som en reel faktor.<sup>8</sup> Denne forskning, der bygger herpå, må eo ipso betragtes som suspekt, dens for tjenester i øvrigt ufortalt. Ingen moderne forskere argumenterer længere ud fra teorier byggende på Volksgeisten. De afgørende<sup>9</sup> argumenter imod den overordnede teori om, at retssystemerne blandt de germansk talende folk udspringer fra en germansk urret, som igen begrundet lighederne, bliver da følgende:

I Det har ikke arkæologisk eller på anden vis uafhængigt af de sprogteoretiske argumenter været muligt at påvise det germanske ursamfund. Der er ikke givet og kan antagelig heller ikke gives anvisninger på, hvorledes man skulle kunne identificere et eventuelt arkæologisk erkendt samfund fra en periode, inden skriftsproget blev udviklet dér, med en samfundsgruppe talende et hypotetisk sprog. Derfor lader teorien om ursamfundet sig hverken direkte verificere eller falsificere. Da vi således hverken kan modbevise eller bevise det germanske ursamfund, kan vi heller ikke hverken modbevise eller bevise noget om dets retssystem. Følgelig kan vi heller ikke her ud fra udsige noget bestemt om holdbarheden af det genetiske princip, — det princip hvorefter lighederne i retsreglerne hos de germansk talende folk skulle stamme fra et fælles udspring i dette uerkendelige ursamfund.

II Kriteriet for en teoris anvendelighed må endvidere være, at den er *tilstrækkelig* til, at man alene ud fra den kan udlede tilfredsstillende forklaringer på de undersøgte

<sup>8</sup> En endnu i dag så bredt anerkendt og forholdsvis moderne retshistoriker som *Claus v. Schwerin* accepterede dette metafysiske Volksgeistbegreb, som under hensyntagen til de politiske forhold i Tyskland indgik i begrebet den *germanske race* i hans retshistoriske håndbog fra 1936. *Germanische Rechtsgeschichte, ein Grundriss*. Berlin 1936, p. 2 m.fl.

<sup>9</sup> Teorien om det urgermanske samfund bygger på det konstruerede urgermanske sprog. Denne teori grunder sig på parallelle og lige så diskutabile og uholdbare principper, som teorierne om et urindoeuropæisk folk med et særligt sprog, en egenartet kultur etc., der kritiseres af *R. A. Neal*. *The Greek in History and Prehistory*, Antiquity XLVI, 1972.

fænomener. Det bør ikke være nødvendigt at støtte sig til alle mulige hjælpe teorier eller at måtte udskyde store dele af de oplysninger, der direkte står i eller kan tolkes ud af kildematerialet om det undersøgte fænomen, som undtagelsestilfælde, fejlskrivninger og bevidst ukorrekte oplysninger etc. — I mange af de praktiske undersøgelser, foretaget på grundlag af den overordnede teori om retsreglernes genetiske udspring i en urret i det urgemanske samfund, har germanisterne for at kunne nå frem til sammenhængende forklaringer på de undersøgte fænomener fundet det nødvendigt at udskyde dele af det centrale materiale, nemlig mange af de *forskelle*, der vitterligt findes mellem de omtalte retssystemer.<sup>10</sup> For at forklare nogle af de forskelle, man ikke kunne komme uden om at tage stilling til, har man måttet betjene sig af lige så diskutabile hjælpe teorier. Et par af de centrale af disse hjælpe teorier, tilbageslutninger til i øvrigt ukendte samfundstilstande og faseforskydningerne, vil nedenfor blive diskuteret og påvist uholdbare i den form, hvori de hidtil er benyttet.

Mange af de centrale forskelle mellem de undersøgte retssystemer har det ikke været muligt at få til at stemme med den overordnede teori — selv ikke ved inddragelse af hjælpe teorier — hvorfor den overordnede teori må anses for *utilstrækkelig*.

- III Et yderligere argument for rimeligheden af en overordnet teori må være, at den er *nødvendig* i den forstand, at andre teorier eller fuldstændig mangel på en overordnet teori ikke kan føre til lige så fyldestgørende forklaringer på de undersøgte fænomener under hensyntagen til kompleksiteten i kildematerialet. Det skal nedenfor vises, at det er muligt at opstille to andre teorier, der antagelig bedre kan forklare lighederne i de forskellige retssystemer, og som tillige giver forskellene deres naturlige og nødvendige indplacering i de germansk talende folks retssystemer og endelig sætter retssystemerne ind i en bredere samfundsmæssig sammenhæng.

Teorien om de germansk talende folks retssystemers udspring fra et ursamfund er derfor *ikke nødvendig*.

Teorien om, at lighederne i de germansk talende folks retssystemer har deres oprindelse i selve rettens genetiske udspring i et germansk ursamfund, kan hverken verificeres eller falsificeres, — men den er ikke nødvendig og ej heller tilstrækkelig. *Teorien må derfor forkastes.*

Teorien om et germansk såvel som indoeuropæisk urfolk, en fælleskultur og et specielt retssystem er og bliver en skrivebordsteori, som det endnu ikke trods ihærdige undersøgelser har været muligt at finde nogen empirisk dokumentation

<sup>10</sup> Foruden alle de klassiske afhandlinger af v. *Amira*, *H. Brunner* og *Wilda* m.fl. kan nævnes en helt moderne artikel af *Karl Wührer*. Han sammenstiller i *Die dänischen Landschaftsrechte als Quelle für die ältesten dänischen Rechtsverhältnisse* (Medieval Scandinavia, I, 1969 p. 51—56) alle de umiddelbare ligheder mellem Tacitus og de danske landskabslove, og konkluderer, at de af ham fremdragne regler i de danske landskabslove går tilbage til begyndelsen af vor tidsregning. Wührer tager ikke det mindste hensyn til de samfundsmæssige forskelle eller til alle de forskelle, der findes imellem Tacitus og de danske landskabslove, og han forbigår alle de regler i de danske landskabslove, der beskæftiger sig med samme typer af retsbrud, som de af ham fremdragne, men hvor der ingen umiddelbare paralleller findes hos Tacitus.

for. Når dette rent spekulative system alligevel har udvist en så enestående sejlvethed inden for folkloristik, religionshistorie, de norrøne studiegrene og den germanistiske retshistorie m.v. hænger dette sammen med, at argumentationerne udgør et indenfor deres egen ramme konsistent og lukket system. Halvandet hundrede års imponerende flittig inddragelse af et næsten uendeligt antal detaljer gør, at det ikke rækker systemet at påvise fejl i detaljer her og der. Kun et bredt angreb på den teoristiske baggrund kan få dette komplicerede abstraktum til at falde.

Tilbage står alene, at teorien om en germansk eller indoeuropæisk sprogstamme i visse sammenhænge kan være nyttig ud fra en modelbetragtning for at klassificere visse i øvrigt ikke nærmere forklarlige ligheder i ordforråd og struktur blandt levende og uddøde sprog. En sådan klassificering kan sammenlignes med en botanikers *Flora*. Denne er et nyttigt hjælpemiddel til identifikation og klassifikation i botanikken, uden at botanikeren derfor i dag vil hævde, at en Floras system i sig selv udsiger noget om, hvordan den faktiske udvikling og specialisering i planteverdenen er opstået eller udviklet.

## 3

Ud fra teorien om, at en fælles konstituerende Volksgeist har gennemsyret og stadig virker i alle germansk talende folk, var det rimeligt at foretage sammenligninger ikke blot over store geografiske afstande, men også uden hensyn til tidsforskellene. K. von Amira drager således i *Die Germanischen Todesstrafen* (1922) konklusioner på direkte paralleller mellem den danske jernalders moselig og dødsstraffe beskrevet i de oldindiske vedaer.<sup>1</sup> På det religionshistoriske område sammenligner og konkluderer man endnu i dag uden ringeste form for tilbageholdenhed, blot elementer af indogermanere og indoeuropæere bliver hævdedet.<sup>2</sup> Mens de færreste mere kritisk indstillede forskere i dag vel uden særdeles stærke grunde herfor vil tillade sig så lange tidsspring mellem sammenlignede samfundsforhold, så tillader de fleste historisk prægede videnskaber dog visse interpolationer og ekstrapolationer.

Det er almindeligt accepteret, at samfundene er under stadige større eller mindre ændringer, og at tiden og med den ændringernes rækkefølge skrider *fremad* i en ikke reversibel proces. Såfremt der i øvrigt udvises tilstrækkelig kritik, og man

<sup>1</sup> K. v. Amira, *Die germanischen Todesstrafen, Untersuchungen zur Rechts — und Religionsgeschichte* (Abhandlungen der Bayrischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-philologische und historische Klasse, XXXI, vol. 3, Abhandlung) München 1922.

<sup>2</sup> G. Thurville-Petre op. cit. springer fra det hedenske Island til oldindiske opfattelser af Mitra-Varuna og fra den romerske Scævula til det førkristne Irland og støtter sig her på ligeså sprænglærde og teoretisk-metodisk umulige afhandlinger af G. Dumézil, *Mitra-Varuna* (1948), *Les Dieux des Indo-Europeens* (1952), *Les dieux des Germains Essai sur la formation de la religion scandinave*, Paris 1959 (dansk ed., *De nordiske Guder*, Kbh. 1969, især pp. 26—42), og til *Jan de Vries*, *Altgermanische Religionsgeschichte*, I—II, 2. ed. Berlin 1956—57, m.fl.



har en rimelig bred viden om forholdene, vil de fleste forskere antagelig finde det acceptabelt, at vi kan sammenligne og meningsfuldt trække visse linier fra en tidligere kendt tilstand til en senere kendt tilstand. Men fordi vi kan gå *fremad* i vore komparative analyser, så er det ikke givet, ja antagelig principielt højst tvivlsomt, om vi derfor også kan tillade os at slutte *baglæns* fra en kendt tilstand til tidligere helt ukendte forhold.

Ole Fenger kender landskabslovene i 1200-tallet og konstaterer i sin nævnte afhandling (s. 497—505), at de på flere væsentlige områder stadig er gældende i 1500-tallet, hvor han har et domsmateriale, der kan vise den retslige praksis i samfundet bag lovenes system. Under forudsætning af, at der ikke på de pågældende områder er sket afgørende samfundsmæssige ændringer fra 1200-tallet til 1500-tallet, kan de senere domme med en vis rimelighed benyttes til at give et billede af, hvorledes retten antagelig også kan have fungeret i det 13. og 14. århundrede. Såfremt dette billede ikke modsiges af andet tidligt materiale og helst understøttes heraf, vil man nok acceptere sammenligningen og dermed tilbageslutningen som rimelig. Det centrale er, at vi i det givne eksempel ikke blot kender retsreglerne i begge situationer, men også har en vis viden om samfundsforholdene i almindelighed, hvorved en sandsynlighedsafvejning af tilbageslutningens relevans og rimelighed bliver mulig.

Man kan forestille sig, hvilke urimeligheder vi ville nå frem til, hvis vi sluttede tilbage fra landskabslovenes tid vedrørende nogle retsregler, som var influeret af kirkeretten, til retten på disse områder i det før-kristne danske samfund. Næppe nogen ville foretage en sådan tilbageslutning, fordi man erkender, at der med kirkeretten kom et brud i den hjemlige retstradition, — hvilket bl.a. framgår af kildematerialet vedrørende modstanden imod indførelsen af dele af kirkeretten. Det vil sige, at brud i rettens kontinuitet eller væsentligt ændrede samfundstilstande gør det utilladeligt at drage tilbageslutningen til tidligere ikke kildemæssigt rimeligt vel belagte samfundsforhold.

Af ovenstående må følge, at hvis vi ikke har nogle informationer om retsforholdene tilbage i tiden, som viser, at der ikke er sket brud i kontinuiteten vedrørende det pågældende retsinstitut, og vi ikke kender samfundsforholdene til strækkeligt til at konstatere, om en bestemt funktion af et retsinstitut også forekommer rimelig i det tidlige samfund, — så må vi henvise sådanne tilbageslutninger til spekulationernes overdrev. De kan højst have interesse som arbejdsmodeller for yderligere forskning.

Vedrørende tidsforskudte komparationer frem og tilbage i det samme system må konklusionen blive, at mens det kan være rimeligt at drage slutninger fra én kendt situation til en senere kendt situation, kan det ikke accepteres, at der drages slutninger fra den ældst kendte tilstand og bagud til en ukendt og i øvrigt ukontrollabel fortidig retstilstand.

Der kan empirisk konstateres en historisk kontinuitet i de fleste retssystemer, og det er en generel iagttagelse, at juridiske systemer er konservative i den forstand, at de tenderer til at fikserer de bestående tilstande i samfundet og kun ændres efter væsentlige indre sociale eller udefra kommende pres.<sup>1</sup> Under hensyntagen til kontinuiteten og konservatismen i juridiske systemer kan der over for germanisternes afviste overordnede teori opstilles to andre overordnede teorier, der ikke modsiger hinanden og som i den praktiske analyse kan supplere hinanden og derved give en samlet bredere forståelse af ligheder og forskelle mellem forskellige sammenlignede retssystemer:

- I Eksistensen af en række ensartede retsregler kan skyldes, at der i de sammenlignede samfund er fællestræk i den socio-økonomiske basis samt i den kulturelle og politiske overbygning, idet de ensartede basale forhold kan medføre parallelle problemer, som man så eventuelt kan søge at løse på en ensartet måde i forskellige samfund. Denne teori rummer muligheden for, at de pågældende samfund har løst deres retslige problemer på en ensartet måde uafhængigt af hverandre, såvel som muligheden af lån udefra. Samtidig kan de talrige forskelle mellem retssystemerne også indpasses i teorien, idet ensartede retslige problemer ikke nødvendigvis behøver at blive løst på samme måde.<sup>2</sup>
- II Eksistensen af ensartede retsregler i samfund med forskelle i såvel den socio-økonomiske basis som i den kulturelle og politiske overbygning kan skyldes *lån* i den forstand, at de ledende samfundsgrupper har fået indført retsregler eller et helt retssystem taget fra et samfund med en anden struktur ofte ud fra et bevidst ønske om at ændre samfundsstrukturen i deres eget land i en bestemt retning.<sup>3</sup>

For at opnå rimeligt holdbare resultater ud fra de her opstillede overordnede teorier vedrørende retslige ligheder i forskellige samfund må det forudsættes, at det er muligt ud fra andet kildemateriale end det retslige at danne sig et vist indtryk af samfundsforholdene, og derigennem vurdere resultaternes konsistens

<sup>1</sup> Jvf. de to følgende noter.

<sup>2</sup> Argumentets rimelighed kan belyses ud fra de moderne skandinaviske retssystemer. Disse indeholder på en del parallelle problemer parallelle løsninger, som går tilbage til et fælles udgangspunkt (f. eks. i Norske og Danske Lov), men tillige parallelle løsninger på helt moderne parallelle retslige problemer. Dette sidste hænger bl.a. sammen med det beviste arbejde for en lovmæssig harmonisering, som siden 2. Verdenskrig er foregået gennem Nordisk Råd vedrørende patentret, copyright etc. Til trods for dette beviste harmoniseringsarbejde og det ofte parallelle forløb i samfundsudviklingen er der dog også områder, hvor en fælles eller parallel lovgivning ikke er lykkedes bl.a. på grund af stærke traditionelle national-juridiske forskelle. Jvf. *Nils Herlitz*, Nordisk offentlig rätt, I—II (1958—63) og årlige rapporter fra Nordisk Råds juridiske komité i, Rapporter fra Nordisk Råds møder.

<sup>3</sup> En del moderne afrikanske stater har tidligere været engelske kolonier og englænderne har derfor påtrykt disse samfund engelske retsbegreber og juridiske former, hvoraf ligheder mellem Engelsk, Canadisk og Ghanesisk ret kan forklares. Systemet og mange af de enkelte regler har ofte i Afrika vist sig anvendelige også efter selvstændigheden i de mere moderniserede områder, når reglerne fungerede til den nye overklassens tilfredshed.

i en bredere samfundsmæssig sammenhæng. I praksis må man forvente, at der ofte kan være tale om både lån og samfundsmæssige ligheder på én gang, og at det kan være vanskeligt at afgøre hvilken faktor, der har haft størst betydning. Endelig kan kontinuiteten i et retssystem betyde, at man søger at udforme eller overtage regler så nær til eller analogt med allerede eksisterende regler i retten som helhed.

Ud fra en afvisning af den overordnede teori, som den germanistiske skole byggede deres komparationer på, må også de fleste af de resultater, som denne skole nåede frem til forkastes. Når teorien, om at lighederne i de germansktalende folks retssystemer var af genetisk art, ikke holder, må i konsekvens deraf også konstruktionen af en særlig germansk urret forkastes, ligesom konstruktionen af et særligt fælles udviklingsforløb for alle de germansk talende folks retssystemer må falde. Heraf følger igen en afvisning af konklusioner angående de enkelte germansk talende folks retssystemer, hvor man byggede på sammenligninger med det konstruerede særlige germanske retssystem eller har sluttet ud fra andre enkelte germansk talende folks retssystemer på baggrund af den overordnede teori om fælles oprindelse. Kun hvor mere begrænsede sammenligninger er foretaget imellem nogle germansk talende folks retssystemer, der fungerede i tidsmæssig ikke for fjernt adskildte samfund med nogenlunde ensartede samfundsforhold, kan resultaterne ind imellem være af en vis rimelighed, selv om komparationerne bygger på en uacceptabel overordnet teori, fordi analysen da rent faktisk opfylder den ovennævnte fordring.

Det skal ikke her benægtes, at en del af de arbejder, som den germanistiske skole har produceret, stadig kan benyttes. Således har mange af deres store tekstudgaver blivende værdi, og det uhyre grundige kompilationsarbejde kan spare senere forskere for store anstrengelser. Hvor de mere konkluderende og oversigtsmæssige arbejder bygger på detaljerede undersøgelser af retsstrukturer i erkendte ældre samfund, kan de indeholde mange iagttagelser af sammenhænge på miniplanet, som med udbytte kan anvendes, især takket være deres ofte grundige materialehenvisninger. Men i hvert enkelt tilfælde tvinges den senere forsker til at gå argumentationerne igennem selv, dvs. reelt gøre det grundlæggende arbejde om igen. For generelt må det fastholdes, at med uacceptable teorier kan man ikke opnå holdbare resultater.

Ole Fenger går ud fra den alment acceptable antagelse, at der næppe inden for den danske retsudvikling forekommer fænomener, som skulle være totalt ukendte hos andre folk med beslægtede kultur- og samfundsforhold. Det danske kilde-materiale især vedrørende de ældste retslige tilstande finder han for sparsomt til nøjere at kunne oplyse noget om hans hovedemne, slægtsansvarets retslige funk-

tion i Danmark, således som det i middelalderen særligt gav sig udtryk omkring fejden og mandeboden. Det bliver for ham derfor rimeligt og nødvendigt at inddrage komparativt materiale fra andre ikke for fjerntstående samfund. Selve udvalget af komparativt materiale og en vurdering af, med hvilke metoder og inden for hvilke rammer det kan anvendes, bliver derfor ganske naturligt for Ole Fenger et væsentligt spørgsmål. Som en forudsætning for og for at opnå en rimelig afklaring heraf finder han det nødvendigt nærmere at diskutere de teori-dannelser og metoder, som den tidligere såvel retshistoriske som retsetnologiske forskning har hyldet, for at vurdere disses anvendelighed og sluttelig herigennem at konkretisere sine egne synspunkter.<sup>1</sup>

Ud fra en komparativ retshistorisk synsvinkel ønsker Ole Fenger at inddrage nogle "beslægtede" folks retssystemer. Hensigten med at inddrage disse definerer han således:

"Formålet med at inddrage beslægtede folks udvikling i fremstillingen er da primært at belyse slægtens sociale, politiske og retslige funktion hos nogle germanske folkestammer i en periode, hvor de nordiske kilder er tavse eller sparsomme; kun sekundært skal udviklingen hos andre folk belyse den danske udvikling i middelalderen og begyndelsen af nyere tid. Forskellene i politisk, økonomisk og social henseende bliver da så mangfoldige, at risikoen ved at slutte fra det ene land til det andet bliver for stor, hvis ikke muligheden af en direkte påvirkning kommer på tale." (p. 11).

Ud fra denne definition må meningen være, at Ole Fenger ønsker at klarlægge visse retslige forhold i det førmiddelalderlige Danmark ud fra paralleller hentet fra nogle andre germansk talende folk. En mere oplysende definition af målsætningen med inddragelse af det komparative materiale findes ikke.<sup>2</sup> Den tøvende måde, hvorpå Ole Fenger anvender dette sammenligningsmateriale, efterlader et indtryk af, at han måske selv har haft en lille tvivl om holdbarheden af det i definitionen opstillede princip for komparationer. Især må det undre, at man efter målsætningen gerne må komparere i den ældre periode, hvor rimeligheden af resultaterne ikke kan kontrolleres. Vi ved nemlig ikke meget om det gammeldanske samfund, hvortil overførsel skal ske af de postulerede parallelle forhold fra disse gammelgermanske samfund, om hvilke vi heller ikke har megen viden. Det virker heller ikke umiddelbart overbevisende, at sådanne usikre parallelliseringer efter definitionen skulle være mere sikre og tilladelige end retslige sammenligninger mellem senere og bedre belyste samfund. Vedrørende

<sup>1</sup> Denne teoretiske målsætning kan for en del argumenters vedkommende findes direkte i den principielle indledning p. 10—11, mens resten udledes af Ole Fengers konkrete diskussion af de teoretiske problemer i indledningen og andet steds i bogen.

<sup>2</sup> P. 355 siger Ole Fenger, at han vil undersøge, om den danske retsudvikling passer ind i det af ham skitserede germanske mønster.

disse kan rimeligheden af sammenligningerne dog langt bedre kontrolleres, omend undersøgelserne ganske rigtigt kan blive noget mere komplicerede på grund af den langt større mængde af tilgængeligt materiale.

Det forekommer artiklens forfatter, at der bag ved dette princip for slutninger ligger en evolutionistisk antagelse af, at retslige forhold udviklede sig fra mere enkle retslige systemer til mere komplicerede, og at parallelliseringer mellem sådanne mere ukomplicerede retssystemer kan drages med rimelig stor sikkerhed, mens parallelliseringer mellem mere udviklede samfund bliver alt for komplekse.

I diskussionen af de metodiske og teoretiske problemer fremfører Ole Fenger mange væsentlige synspunkter. I sin principielle indledning fremsætter han en række forbehold overfor den *måde*, hvorpå den tidligere retshistoriske forskning har anvendt den komparative metode. Han finder, at mange af disse forskere kun har intresseret sig for *lighederne* i de retssystemer, som de sammenlignede uden at tage hensyn til *forskellene*. Denne fremgangsmåde, finder han, har ført til urimelige resultater såsom at opstille universelle teorier om rettens ensartede og lovmæssige udvikling og til konstruktion af et særligt germansk retssystem. Ole Fenger taler her ligefrem om *misbrug* af den komparative metode (p. 11—13).

I indledningen til kap. V, Slægtsansvar i germansk ret, tager Ole Fenger mere konkret afstand fra den germanistiske skole. Denne skoles antagelse af, at der skulle have eksisteret en fællesgermansk urret, finder han ringe sandsynlighed for at opretholde. Heraf følger, at han også må forkaste de konklusioner, hvori den germanske urret indgår som det bærende element. Ligeledes må han tage afstand fra det deraf udledte fælles udviklingsforløb for de germansk talende folks retssystemer, som denne skole nåede frem til gennem omfattende komparative studier af alle disse retssystemer uden hensyntagen til tidsmæssige og geografiske forskelle (p. 207—209).

Imidlertid opererer Ole Fenger her som andesteds ikke med en klar adskillelse af begreberne *styrende* eller *overordnet teori* og *operationel metode*, hvilket får ham til af angst for at kaste barnet ud med badevandet at bemærke (p. 208): “Nok må man efter det anførte opgive tanken om en fællesgermansk urret, men det fører dog ikke til opgivelse af komparative studier i de germanske folks retssystemer.” Hertil må det være rimelig principielt at bemærke, at der — som med statistikken — ikke er noget galt med den komparative metode i sig selv. Det er *formålet* med komparationerne styret af den overordnede teori og *anvendelsen* af de heraf afledte resultater, der principielt skal tages stilling til, og som Ole Fenger da også reelt har afvist vedrørende en germansk urret.

Efter at have afvist relevansen af teorien om den nedarvede germanerret opstiller Ole Fenger en anden overordnet teori, som kan begrunde rimeligheden af at foretage komparationer mellem forskellige retssystemer. Han finder det, som denne artikels forfatter, mere sandsynligt, at ensartede retsfænomener og rets-

regler kan skyldes nogenlunde ensartede politiske, sociale og økonomiske forhold i de pågældende samfund (p. 14 og 208). Tillige understreger han velgørende klart den absolutte nødvendighed af, ved komparationer begrundet ud fra den ændrede opfattelse, igen at gå tilbage til det grundlæggende retsmateriale, idet han mener, at man ikke kan støtte sig til den germanistiske skoles litteratur (p. 209).

I praksis inddrager Ole Fenger de frankiske, karolingiske, angelsaksiske, normanniske samt langobardiske love som komparativt materiale ud fra den betragtning, at de nedertyske, frankiske, angelsaksiske og skandinaviske folk er sprogligt nært beslægtede og kulturelt ensartede. Ligeledes finder han, at disse folk i politisk og økonomisk henseende havde mange indbyrdes kontakter og samtidig modtog en ret ensartet påvirkning udefra, så sandsynligheden for en paralleludvikling var nærliggende også i detaljer (p. 208). Ole Fenger søger således her at begrunde sit valg af materiale i overensstemmelse med den af ham opstillede overordnede teori om, at retslige ligheder kan være produkter af ensartede politiske, sociale og økonomiske forhold. Der kan i retskilderne påvises en række ligheder imellem de pågældende retssystemer indbyrdes og også mellem disse og de danske retssystemer. Ole Fenger kan da også i praksis påvise en række fællestræk, især vedrørende de mange ændringer, der sker indenfor retssystemerne. Disse ændringer tolker han overbevisende som værende udtryk for en stadig kamp mellem de ledende samfundsmagter konge, kirke og stormænd i de forskellige samfund.

Inden han begynder sin analyse af det komparative materiale, søger Ole Fenger ikke direkte ud fra ikke-retsligt kildemateriale at påvise, at samfundsforholdene faktisk udviste en række fællestræk mellem de undersøgte fokeslag,<sup>3</sup> men han støtter sig under gennemgangen til en række historiske standardværker, hvoraf sådanne fællestræk kan udledes. Selv om det ikke-retslige kildemateriale ikke ser særligt righoldigt især for den tidlige periode i de undersøgte samfund, må man dog her anføre, at der uafhængigt af det retslige kildemateriale kan argumenteres for eksistensen af visse fællestræk vedrørende de socio-økonomiske, politiske og kulturelle forhold, såsom jordfordeling, kongemagtens og stormændenes politiske stilling og kirkens position og indflydelse m.v.

Der kan være noget rimeligt i den antagelse, at et sprogligt fællespræg også kan være af betydning for den konkrete og ofte parallelle udformning, som bestemte retsregler har fået i nogle af germansk talende folks retssystemer. En lignende tankegang omend ikke direkte formuleret synes at ligge bag Ole Fengers omtale af sprogets betydning (p. 203) i forbindelse med, hvad der skal forstås ved "beslægtede" folk. Der gives ikke nogen retslig kommunikation udenom sproget. Selve sprogstrukturen kan derved komme til at præge måden, hvorpå man i de forskellige samfund retsligt formulerer løsninger af de samfundsmæssige problemer. Dog kan det ikke udelukkes, at et ensartet sprogligt symbol ikke nødven-

<sup>3</sup> P. 14 udtaler Ole Fenger sig ret pessimistisk om mulighederne for at slutte noget om samfundsforholderne ud fra det eksisterende ikke-retslige materiale.

digvis behøver at have samme konkrete indhold. Dette forhold må især tages i betragtning ved sammenligninger af retssystemer, der er tidsmæssigt fjernt fra hverandre. Imidlertid skal der ud fra ovennævnte tankegang ikke drages den slutning, at sproglige fællestræk eller et internationalt overgangsled som latinen af denne artikels forfatter anses for at være en nødvendig betingelse for at kunne foretage meningsfulde sammenligninger. Folkeslag med helt forskellige sprostrukturen kan godt leve under nogenlunde ensartede samfundsforhold og derved løse deres retslige problemer på nogenlunde samme måde. F. eks. kan der konstateres flere fællestræk i måden, hvorpå man løste problemerne omkring manddrab i walisisk og angelsaksisk ret,<sup>4</sup> selv om de walisiske og angelsaksiske folk tilhørte henholdsvis det keltiske og germanske sprogområde. Disse ligheder kan meningsfuldt begrundes ud fra visse fællestræk i samfundsforholdene, og behøver ikke at ses som resultat af direkte påvirkning systemerne imellem.

Et sidste argument af mere evolutionistisk art fremfører Ole Fenger for at begrunde inddragelsen af de longobardiske love. På en række områder og deriblandt vedrørende reglerne om manddrab og bøder udviser disse love ganske rigtigt en række paralleller til såvel de danske landskabslove som til de øvrige retssystemer, der inddrages i Ole Fengers undersøgelse. For at begrunde en komparativ inddragelse af longobarderlovene har Ole Fenger ikke ment at kunne anvende det tidligere anførte ganske rimelige argument om lighed imellem samfundsforholdene. Han må her have følt, at de samfundsforhold, som longobarderne levede under på lovenes nedskrivningstidspunkt, på væsentlige områder udviste for store forskelle i forhold til de samfundsforhold, de øvrige inddragne germansk talende folk levede under. I stedet anfører han som argument for inddragelse af longobarderlovene, at disse udviser mere "oprindelige" træk. Det kan ikke ses, om der herved menes nærmere den ellers opgivne germanske urret eller evt. nærmere til retsetnologernes "primitive retssystem".<sup>5</sup> Ingen af mulighederne er dog holdbare som argument for at inddrage longobarderlovene.

Måske kunne en nærmere undersøgelse af samfundsforholdene i Italien under det longobardiske overherredømme alligevel udvise visse ligheder omend ikke med de nordiske så med det frankiske samfund. Longobardernes love er hidtil i overvejende grad i forskningen forsøgt set i relation til et tidligere longobardisk stammesamfund.<sup>6</sup> Derimod har retshistorikerne kun i ringe grad søgt at forstå disse love i forhold til det italienske samfund, hvor longobarderne sad som en herskerklasse efter deres erobring af landet ca. 570, og som de stadig holdt under tvunget i 600-tallet, da lovene blev nedskrevet.

<sup>4</sup> Forfatteren til denne artikel har under sit forskningsophold i England konstateret dette. I øvrigt kan det også udledes af: *R. R. Davies, The Survival of the Bloodfeud in Medieval Wales. History Vol. LIV, 1969.*

<sup>5</sup> Fenger henviser her til et af de klassiske germanistiske værker, v. Amira-Eckhardt, op. cit.

<sup>6</sup> Ole Fenger sætter heller ikke i videre omfang de longobardiske love i relation til det italienske samfund, p. 215 ff.

Med flere mere eller mindre holdbare argumenter har Ole Fenger således begrundet at foretage komparationer mellem de frankiske, karolingiske, angelsaksiske, normanniske og longobardiske retssystemer, for herud fra bedre at kunne forstå dårligt oplyste sider af den ældste danske ret. Men det må undre, at han (p. 209—15) undlader at drage sammenligninger inden for Norden og især mellem Danmark og Sverige. De danske og svenske landskabslove er nedskrevet med blot et par generationers afstand, sproget og kulturforholdene er meget nærtstående, kongeslægten og storfamilierne er indgiftede, og selve landskabslovenes form og indhold er ofte umiddelbart parallelle vedrørende f. eks. manddrabsager. Samtlige Fengers krav om overensstemmelser mellem samfundsforholdene synes således opfyldt mellem Danmark og Sverige for at foretage meningsfulde komparationer. Derimod virker det rimeligt som Fenger (p. 210) at se udviklingen i Island som så speciel, at retsmateriale herfra ikke umiddelbart kan inddrages i en sammenlignende analyse vedrørende danske forhold.

Ole Fenger benytter sit komparative materiale til at trække linier og vise parallelforløb fra "primitiv" ret til de ældste retsforhold hos de germansk talende folk og derfra videre op til slægtsansvarets betydning i Danmark inden middelalderen, da der ikke findes noget dansk retsligt materiale fra denne tidlige periode.<sup>7</sup> Ligeledes påviser han en parallel udvikling mellem andre middelalderlige retssystemer og det danske fra samme periode for bedre at forstå de særlige danske forhold i middelalderen vedrørende hans emne. Disse parallelliseringer fra de senere perioder forekommer i det store hele velafvejede og anvendt med kritisk sans. — Hans behandling af det ældre materiale og de teoretiske overvejelser, han foretager deromkring, er imidlertid centrale for forståelsen af slægtsansvaret som retsinstitut og åbner samtidig for en principiel behandling ud fra de principper for komparativ retshistorisk forskning, som opstilledes først i denne artikel.

## 6

I sin principielle indledning forholder Ole Fenger sig velgørende kritisk til flere af retsetnologernes teoridannelser (p. 16—23). I kap. III, Slægtsansvaret i primitiv

<sup>7</sup> Overensstemmende med sine programmatisk bemærkninger herom p. 11 og p. 25 bygger Ole Fenger sin opfattelse af slægtsansvarets omfattende betydning i det førmiddelalderlige danske samfund på parallelliseringer fra "primitiv" ret og de gammelgermanske retssystemer, selvom han ikke gentager begrundelsen i indledningen til den faktiske analyse af de gammeldanske forhold i kap. IV, del 1. De øvrige argumenter, han fremfører for det danske slægtsansvars gamle oprindelse, har ikke samme vægt og tjener nærmest som illustration til paralliseringens relevans. — således fx det lidet bærekraftige filologiske argument om den oprindelige sproglige sammenhæng mellem ordene slægt og værn (p. 347—49), inddragelsen af sagaer og Saxo (p. 352) og tilbageslutninger fra de senere danske landskabslove. Ovenfor i afsnit 3 er uholdbarheden af sådanne tilbageslutninger diskuteret.



ret, vender han tilbage til retsetnologien og accepterer her, at man ved primitive kulturer forstår samfund med et lavt teknisk stade, ringe økonomisk specialisering og fungerende i et territorielt fællesskab og tillige samfund, som ikke nåede op på så store enheder og en sådan grad af stærkt centraliseret magtudøvelse, at der kan tales om en egentlig stat (p. 142—45). Primitiv ret skal derfor ifølge Ole Fenger forstås som retssystemerne i disse mindre komplicerede samfund.

Med støtte i en lang række hovedsagelig retsetnologiske værker søger Fenger at belyse nogle gennemgående træk i primitiv ret, og her fokuserer han især på slægtens stilling som social og retslig værnegruppe. Slægtens skulle herefter oprindeligt have været den eneste gruppe, der havde magt nok til at stå som bærer af retssystemet med et kollektivt ansvar og som kollektiv havde pligt til at tåle sanktioner og ret til at iværksætte dem. Slægtansvar defineres derfor kort som, en persons ansvar for slægtninges gerninger (p. 60).

Nøje sammenknyttet med slægtansvaret som retsligt begreb er ifølge Ole Fenger (kap. I, del 4) *hævnen* og *fejden*, i det disse var det magtgrundlag, hvorpå slægtsansvaret hvilede. Hævnen og fejden var de sanktionsmidler, som i tilfælde af retsbrud i sidste ende tjente til at genoprette *freden* i samfundet, — hvor freden skal forstås som balancen og ligevægten mellem de grupper, hvoraf samfundet bestod. Hævnen og fejden var således først og fremmest en social og juridisk ret til at hævde slægtens kollektive placering i samfundet.

En række ældre forskeres antagelse af, at primitive folkeslags politiske sammenslutninger var demokratiske, i den forstand at alle medlemmer var ligestillede, afvises af Ole Fenger (p. 162—63). Samtidig mener han, at fred og balance i samfundet alene kunne opnås, hvis parterne eller grupperne stod nogenlunde ligeligt i styrke. Kun mellem ligemænd kunne frygten for hævn og fejde få parterne til at respektere de sædvanemæssige retsnormer. Derfor måtte samfundet hvile på *gengældelses-* og *lighedsprincippet* for at hævnen ikke skulle blive ubegrænset og freden og balancen i samfundet dermed sat ud af funktion (p. 166).

Selvom Ole Fenger ikke mener, at alle slægter stod lige i styrke i primitive samfund, kunne en vis lighed opnås, fx. ved at en svag slægt i en konflikt med en stærkere slægt kunne mobilisere fjernere slægtninge (p. 166) eller selv forstødte eller udleverede retsbryderen for at undgå hævn. Ligeledes kunne den offentlige mening, dvs. samfundets vurdering af rimeligheden af sanktionerne, have betydning, da samfundet som sådan måtte være interesseret i en genoprettelse af freden. Den offentlige mening fungerede herefter nærmest som en usynlig dommer mellem de fejdende parter og kunne derfor lægge et moralsk pres på parterne gennem en social fordømmelse (p. 169—70).

Til trods for Fengers mange kritiske indvendninger i indledningen (p. 16—23) overfor retsetnologiens teoridannelser og metoder, savnes her i kap. III helt en teoretisk placering af de forskningsresultater, han benytter. De arbejder, Ole Fenger støtter sig på, er meget forskelligeartede og strækker sig fra stærkt gene-

raliserende værker<sup>1</sup> byggende på vidtspredte sammenligninger mellem mange forskellige folkeslag til værker, der fortrinsvis beskæftiger sig med de germansk talende folk,<sup>2</sup> ligesom retshistorikere og etnologer citeres mellem hverandre. Vedrørende den tidligere periode, hvor de germansk talende folk levede i "primitive" samfund, findes der ikke ret meget bæredygtigt materiale, hvorfor Ole Fenger for at få en rimelig samlet forståelse finder det nødvendigt at støtte sig bl.a. netop på de generaliserende etnologiske værker, hvori de germansk talende folk og især deres love indgår som centrale elementer i helhedsforståelsen.<sup>3</sup> Ved at benytte disse retsetnologiske teorier og resultater til at udsige noget mere om de tidligt germanske samfunds retstilstand er Ole Fenger lige på vej ind i den klassiske cirkelslutning, hvor det, der skulle bevises, indgår i bevismaterialet.

Parallelt med tankegangen i Fengers ovennævnte forklaring på, hvornår der kan drages indbyrdes slutninger, hævder retsetnologerne ifølge hans referat, at netop på grund af de "primitive" retssystemers mindre komplicerede natur, kan man tillade sig at overføre resultater fra ét område til et andet (p. 16). I konsekvens heraf tager Fenger retsetnologernes begreb om forholdene i "primitiv" ret som forudsætning for sin egen opfattelse af det afbalancerede forhold mellem slægterne og slægtansvarets afgørende betydning såvel i de ældre germanske samfund som i det danske retssystem, før der disse steder fremvoksende en stærk centralmagt.<sup>4</sup> Også for hans forståelse af slægtsansvarets betydning op igennem europæisk og dansk middelalder har opfattelsen af de hverandre gensidigt afbalancerende slægter afgørende vægt, og han kan tilsyneladende ikke tænke sig de

<sup>1</sup> F. eks. *A. R. Radcliffe-Brown*: *Structure and Function in Primitive Society*, 2. ed. London 1956 (1. ed. 1952). (Fenger p. 153) *Robert H. Lowie*, *Primitive Society*, London 1949, og *Social Organisation*, London 1950 (Fenger p. 151). *A. S. Diamond*, *Primitiv Law*, London 1935, 2. ed. 1950 (Fenger p. 151). *H. S. Maine*, *Ancient Law* (1861), ed. London 1959 (Fenger p. 158). De to sidste nævner Ole Fenger i sin principielle indledning (p. 16–23), hvoraf det fremgår, at man skal være kritisk over for disse generaliseringer; men her senere optræder de som belæg uden vejledende kommentarer til, hvorledes vi i de konkrete analyser skal forholde os til disse generaliserende værker.

<sup>2</sup> F. eks. *Max Pappenheim*, *Über künstliche Verwandtschaft im germanischen Rechte*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, germanistische Abt.*, 29, 1908, (Fenger p. 156). *Hans C. Bruun*, *Om Tvekampens Stilling i oldgermansk Rettergang. En retshistorisk Undersøgelse med Hensik paa de ledende Principper*, Kbh. 1930, (Fenger p. 171). *Vilhelm Grønbeck*, *Vor Folkeæt i Oldtiden. I—II*. Kbh. 1955 (1. ed. 1909—12), (Fenger p. 150).

<sup>3</sup> At dette er tilfældet, kan også slutes ud fra den afsluttende bemærkning, som Ole Fenger fremsætter efter at have omtalt blodfejdesystemet i Albanien: "Disse etnografiske træk fra et europæisk folk, der ikke har noget tilfælles med de germanske stammer, og som ikke i samme grad har været påvirket af den katolske kirke, skal dog ikke inddrages i den følgende komparative oversigt", over slægtsansvaret hos de germansk talende folk. Dvs. at en række af de træk i primitive samfund, som Fenger *inden* da har fremdraget, altså *skal* medtages i den følgende oversigt.

<sup>4</sup> Jvf. p. 25 "En udsigt over primitiv ret, kirkelig ret og nogle germanske stammers ret, skal herefter tjene som baggrund for den følgende belysning af specielt danske retsregler om slægtsansvar."

behandlede samfund uden en vis form for retslig afbalancering.

Med grundige belæg vedrørende både middelalderens europæiske — især franske og engelske — og danske samfund påviser Ole Fenger overbevisende, at retssystemerne og i særdeleshed de sædvaneretslige regler om slægtansvar og dermed hævn og fejde indgik som et centralt led i den politiske kamp mellem de ledende samfundsmagter, konge, kirke og stormænd. Da fejden kunne blive og ofte blev rettet imod kongemagten og dennes forsøg på et opbygge et centraliseret statsstyre med større magtudøvelse, havde kongen en direkte interesse i at søge slægtsansvar og fejderet begrænset eller helt afskaffet. Da kirken af ideologiske og andre grunde ønskede den individuelle skyldlære indført og i øvrigt principielt var imod vold og ufred, kunne kirken mødes med kongemagten i at søge at få slægtsansvaret og fejden afskaffet, selvom kirken på andre punkter ofte havde fælles interesser med stormændene. Overfor konge og kirke stod stormændene, hvis magt og samfundsmæssige position hvilede på slægtssolidaritet og den sædvanemæssige retsorden og herunder især slægtsansvaret og fejderetten. Fejderetten og den økonomiske evne til at udnytte denne udgjorde således stormandslægternes egentlige magtgrundlag over for kongemagtens forsøg på at styrke sin magt på bekostning af deres.

Resultatet af denne politiske kamp blev da, at de sædvaneretslige regler om slægtsansvar levede videre op til middelalderens udgang og derved kom til at virke konserverende og styrkende på stormændenes position (p. 324). Det må undre, at Ole Fenger ikke prøver at se dette magtinstrument også som et undertrykkelsesmiddel i stormændenes hævde af deres position overfor de økonomisk og socialt ringere stillede samfundsgrupper.

Imidlertid fremhæver Ole Fenger også, at slægtsansvare tidligere brede samfundsmæssige betydning blev indskrænket. Ændringer i de agrare produktionsforhold var med til at fremme ulighederne mellem slægterne og dermed svækkedes nogle slægters evne til at beskytte deres enkelte medlemmer. En fremvækst af godset skulle have afløst landsbyen og slægtsgården som de centrale driftenheder og derigennem have fremmet en øget økonomisk og social differentiering (p. 330). Holdbarheten af denne opfattelse af en omlægning af driftformerne kan diskuteres, i hvert fald for det danske materiales vedkommende.<sup>5</sup> Men selv om synspunktet skulle være rigtigt, kan småbønder og fæstere udmærket tidligere have siddet i landsbyer eller på enkeltgåre ejet af en stormand og dermed have været økonomisk afhængige og retsligt til liden hjælp for deres slægtninge.

<sup>5</sup> En sådan omlægning imod storgodsdrift fandt i Danmark først sted i Valdemarstiden, men derefter skete der igen senere en overgang til strøgodsbesiddelser. *Erik Ulsig*, Danske adelsgodser i middelalderen, Kbh. 1968, kap. V, m.v. Det positive her hos Fenger er, at han ser en sammenhæng mellem social-økonomiske ændringer og retsinstitutternes reelle funktion, — jvf. også note 2, p. 186.

Ole Fenger lægger vægt på, at der ude i Europa fra 8. til 11.—12. århundrede og i Danmark lidt senere foregik en øget standsdifferentiering, der indskrænkede slægtsansvarets sociale og retslige anvendelsesområde. Han synes her at gøre standsdifferentieringen synonym med en nytilkommen økonomisk og social ulighed. Over for denne opfattelse kan anføres, at en øget standsdifferentiering ikke nødvendigvis behøver at betyde, at der for første gang opstod en økonomisk overklasse bestående af mægtige slægter. Der kan udmærket tidligere have eksisteret en stærk økonomisk overklasse, fx i form af en jordejende stormandsklasse. Den øgede standsdifferentiering er alene udtryk for, at der ude i Europa fra 8. årh. var nogle stormænd, som i samfundets stadigt mere differentierede politiske overbygning fik formel juridisk eller sædvanemæssig anerkendelse af deres reelle magt og indflydelse. Om de således privilegerede har deres udspring i en gammel overklasse eller evt. i en nytilkommen af erobrere etc., kan vi ikke slutte heraf.

Vi kender inden for de germansk talende folks områder intet samfund, hvor der herskede nogenlunde økonomisk lighed imellem de enkelte slægter. Vor viden om samfundsforholdene hos de germanske stammer før og under vandringerne er uhyre ringe, ligesom vi heller ikke ved ret meget om samfundsforholdene i Danmark i germansk jernalder. Bortset fra Tacitus — hvis kildeværdi overvurderes som ingen anden skriftlig kilde — har vi reelt næsten ingen anvendelige skriftlige vidnesbyrd til rådighed. Det arkæologiske materiale — de materielle levn især gravfund — fra de områder, hvorfra stammerne kom, såvel som fra jernalderens Danmark indicerer et økonomisk differentieret samfund, hvor nogle var mægtigere end andre.<sup>6</sup>

De økonomiske og socialt stærkt differentierede middelaldersamfund ser Ole Fenger da som noget nyt i forhold til en tidligere større jævnbyrdighed. Her over for synes det mere rimeligt at hævde, at så langt tilbage, som vi med nogen grad af sandsynlighed kan udtale os, har der eksisteret væsentlige økonomiske uligheder i de undersøgte samfund. Der har eksisteret stormandslægter, som antagelig har magtet at værne sig selv og ville kunne hævde sig selv i en eventuel fejde, ligesom der har eksisteret ringere stillede, der ikke ville kunne hævde deres ret eller beskytte deres slægtninge. Fengers teori, om at slægterne gensidigt skulle kunne afbalancere hverandre, kan ikke opretholdes, og herved rokkes efter hans egne forudsætninger også hans opfattelse af et tidligere mere omfattende slægtsansvar.

<sup>6</sup> De klassiske forfatters beskrivelse af de germanske sammefund omkring vor tidsregnings begyndelse har yderst ringe værdi til at belyse noget om forholdene hos de sydlige germansk talende folk under og efter folkevandringstiden og reelt ingen udsagnskraft vedrørende dansk-nordiske samfundsforhold i den sene jernalder. Alligevel bør det p.gr.a. den traditionelt store hensyntagen til beskrivelser hos Tacitus, Cæsar m.fl. nævnes, at *Elsa Sjöholms* (op. cit.) grundige gennemgang af germanisternes misbrug af de klassiske forfattere også medfører, at hun påviser, at klassikerne reelt beskriver et stærkt socialt lagdelt samfund med en udpræget overklasse, fx p. 26—27.

Fengers teori om slægtansvarets — og hermed hævnens og fejderrettens — udspring i et samfund af gensidigt afbalancerende slægter kunne ikke opretholdes. For evt. at nå til en anden forklaring på oprindelsen til det i middelalderen forekommende kompleks af slægtansvar, hævn og fejderet, især vedr. manddrab, vender vi igen tilbage til de gammelgermanske love og samfund. De indvandrede germanske stammer kom som erobrere og etablerede sig som en herskerklasse både militært og ved at sætte sig på en væsentlig del af de centrale økonomiske ressourcer nemlig jorden. At erobrerne etablerede sig som godsejere, kan underbygges af det ganske vist sparsomme kildemateriale fra perioden efter bosættelsen.<sup>1</sup> Selvom stammernes retssystemer kom til at gælde for området eller landskabet var der tale om *stammeretter*, dvs. at de først og fremmest var gældende for stammens medlemmer — allemanner, visigothere, longobarder, frankere etc. — på det pågældende område, mens de undervungne på mange felter længe kunne leve efter deres egne love i indbyrdes spørgsmål. Da stammen kom til at sidde som en herskerklasse, kan reglerne om slægtsansvar og fejde ligeså godt være regler, som havde udspring i dette forhold. Dvs. at disse regler skulle tjene de pågældende slægter som instrument til at bevare og styrke deres position som stormandsslægter. Vi ved intet om, hvorvidt reglerne skulle være så gamle, at de kan have eksisteret før og under vandringerne. Skulle dette som et tankeeksperiment være tilfældet, kan der også her være tale om regler, som fortrinsvis afspejler en stærk gruppes — fx. en krigeroverklassens — interesser og har tjent som instrument for denne, selvom bestemmelserne måske formelt var gældende og fremtræder som havende gyldighed for alle stammens medlemmer.

Som ovenfor nævnt, påviser Ole Fenger overbevisende, at de sædvaneretslige regler om slægtsansvar, hævn og fejderet trods ihærdige forsøg på at begrænse disse både ude i Europa og i Danmark alligevel levede videre hele middelalderen igennem. Stormændene havde en direkte interesse i at opretholde det eksisterende retssystem med slægtssolidaritet og fejderet, som var deres egentlige magtmidler overfor andre samfundsmagter. Disse sædvaneretslige regler konstaterer Fenger i det stærkt socialt differentierede middelalderlige samfund. I de af de germanske stammer overtagne samfund såvel som i den tidlige middelalders Europa og i vikingetidens og den tidlige middelalders Danmark kan disse regler være indført og opretholdt af den i hvert samfund eksisterende stormandsklasse i overensstemmelse med dennes interesser.

Modsat Ole Fengers opfattelse af stabilitet og jævnbyrdighed i samfundet kan man da antage, at der som oftets herskede *ustabilitet*, hvilket ikke nødvendigvis er det samme som anarki. Man kan tænke sig, at ændringer i de økonomiske

<sup>1</sup> Se fx *The Shorter Cambridge Medieval History*, vol. I, ed. *C. W. Previté-Orton*, Cambridge 1960, p. 129 og henvisningerne der til speciallitteraturen.

forhold bevirkede, at visse samfundsgrupper forøgede deres magt, mens andre grupper kom i klemme. For yderligere at befæste deres position kunne de nye stærke grupper således forsøge at presse nogle retslige normer ned over de øvrige dele af befolkningen imod disses interesser. De pressede grupper kunne så på den anden side søge at skabe grupperinger, der kunne varetage deres behov for tryk-  
hed, hvilket dog ikke nødvendigvis behøver at lykkes, jvf. fx. diskussionen om vornedskabets opståen og udvikling. Nye ændringer i de økonomiske forhold kunne så forrykke den opnåede relative stabilitet eller forsøgene på at skabe en ny form for afbalancering i en stadig vekselvirkning, således at det normale var et samfund i *ustabil balance*.<sup>2</sup> Denne ustabile balance kunne også have en politisk side, således at forstå, at forskellige stormandsfamilier og evt. større samfundsgrupper kunne være på vej op eller ned i en løbende samfundsmæssig — og herunder også rent fysisk — kamp om en plads i toppen. Den politiske magtkamp inden for samfundets ledende lag i middelalderen, kongemagt, kirke og stormænd og mellem disse og samfundets brede lag af småbønder m.v. vekselvirkede med de stadige social-økonomiske ændringer og fremmede eller bremsede for en tid disse i en løbende konflikt, der afspejledes i de politiske og retslige relationer mellem jordrotter og småbønder og indbyrdes inden for de styrendes egne rækker.

I en sådan *konfliktmodel* kan Ole Fengers konkrete resultater fra middelalderen udmærket indpasses og deres forudsætninger bagud i tiden rimeligere forklares. Ligeledes kan hans forskning herved antagelig med større udbytte inddrages i en bredere økonomisk og politisk historisk sammenhæng og lettere sættes i forbindelse med anden nyere forskning i middelalderens historie.

Det er ikke holdbart og ej heller nødvendigt, som gjort af Ole Fenger, at inddrage oprindelsehypoteser og foretage lidet troværdige parallelliseringer fra ringe oplyste “primitive” og gammelgermanske samfund eller at foretage tvivlsomme tilbageslutninger for at forstå den senere udvikling vedrørende slægtsansvar, hævn og fejde i de middelalderlige europæiske og danske samfund. Et økonomisk-socialt differentieret samfund med en rimeligt påviselig overklasse er tilstrækkelig til at forklare fremvæksten af et slægtsolidaritet- og fejdesamfund som en af de virkeligt relevante muligheder i overensstemmelse med den dominerende stormandsklassens interesser. Ligeledes kan slægtsansvar, hævn og fejderet udmærket tænkes

<sup>2</sup> Vedrørende vornedskabet og den danske herremandsstand opståen, se *Aksel E. Christensen, Kongemagt og Aristokarti, Kbb. 1945, pp. 9—12, 29—39, 136—42 m.f. Erik Ulsig op. cit. leverer for Danmarks vedkommende stof til en frugtbar diskussion af de sociale og økonomiske sider af det opstillede begreb om et samfund i ustabil balance, fx kap. III overgangen fra selveje til fæste ca 1240—1340, kap. IX og p. 302 ff vedr. lavadelens og landbyvæbnernes opståen og undergang, kap. V, vedrørende samling af tidligere strøgods til velarronderede godser med stordrift i Valdemarstiden og senere i 14. og 15. årh. igen udbredelse af strøgodsbesiddelse.*

at fremstå og opretholdes i samfund i ustabil balance, hvorfor Ole Fengers lidet overbevisende opfattelse af et tidligere mere stabilt samfund med hverandre gensidigt afbalancerende og jævnbyrdige slægter ikke er nødvendig. Det tidlige Frankerrige såvel som det førvikingetidige England og Danmark fra vikingetiden og fremefter kan med al rimelig historisk sikkerhed ud fra det overleverede litterære materiale såvel som ud fra de arkæologiske vidnesbyrd siges at være sådanne stærkt socialt differentierede samfund, hvor slægtssolidaritet, overklasseæresfølelse, hævn og fejde spillede en betydelig rolle i forholdet mellem stormandslægterne indbyrdes og i deres forhold til de øvrige sociale grupperinger og samfundsmagter.

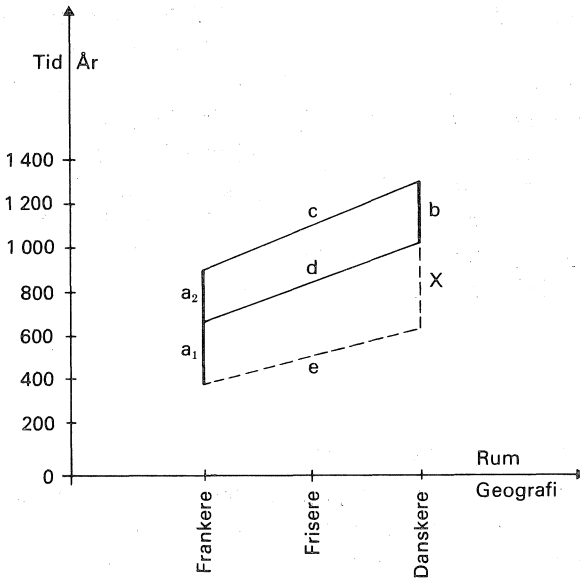
## 8

I sin principielle indledning har Ole Fenger opstillet endnu en teori, som skulle kunne tilade direkte forklaringer og parallelliseringer imellem retssystemerne i de sammenlignede samfund. Han påpeger her, at den sammenlignende retsforskning har vist, at en lov nedskrevet tusind år før en anden godt kan repræsentere et yngre trin i kultur og retsudviklingen end en senere nedskreven, et fænomen han benævner som *faseforskydning*. Som et af eksemplerne nævner han, at de nordiske retsbøger fra ca. 1200 på mange punkter er mere "oprindelige" eller mere "primitive" end den frankiske ret fra ca. 500 (p. 14).<sup>1</sup> Foruden at benytte ord som "mere oprindelige eller primitive" (p. 14) i sit eksempel, afviser Ole Fenger, at store tidsforskelle i sig selv skulle udelukke konkluderende sammenligninger. Han forestiller sig således, at nogle af de germansk talende folks retssystemer udviser et bestemt mønster og har haft bestemme parallelle udviklingsfaser, men at disse blot kan være gennemløbet på forskellige tidspunkter.

Tankegangen forudsætter et ensartet forløb på de sammenlignede områder i de to samfund. Ord som "parallelle forløb" (p. 208) på de sammenlignede områder i de to samfund m.v. antyder, at forløbet tænkes retliniet. Grafisk kan tankegangen udtrykkes som på tegningen:

Omsat til almindeligt dansk bliver følgen af denne tankerække, at når vi ikke har i hvert tilfælde nogle kontrollerbare oplysninger om de retslige forhold til at

<sup>1</sup> Der må her stilles spørgsmålet: i forhold til hvilket retssystem er det, at det nordiske retssystem år 1200 er mere *oprindeligt* end det frankiske fra c. 500? Her synes den germanske urret at komme snigende ind ad bagdøren, skønt Fenger udtrykkelig har afvist den p. 208. Det samme spørgsmål må i dobbeltbegrebet "mere oprindelig eller primitiv" stilles til "primitive". Her synes at skjule sig en opfattelse af, at retssystemerne udvikler sig fra primitive til specialiserede i bestemte lovmæssige baner med udgangspunkt i almenmenneskelige fælles psykologiske træk, skønt Fenger afviser dette p. 18. Måske kunne udtrykket være en afsmitning fra evolutionistiske og diffusionistiske kulturkredsprotagonister, men også dem advarer Fenger selv imod p. 11—12. Ole Fengers sprogbrug og holdning viser således her, at han ikke konsekvent følger hovedlinierne i sine egne teoretiske overvejelser.



$a_2$  og  $b$  er kendte og parallelle sider (forløb) et et trapez, hvor den kendte tidsforskel giver vinklerne  $a_2d$  og  $a_2c$ , og hvor  $a_2$  er det kendte senere retslige forløb i Frankeriget, og  $b$  er det kendte senere forløb fra sidst i vikingetiden og op i 1300-tallet i Danmark.  $c$  og  $d$  er blot trukne forbindelselinier. Det tidlige forløb hos frankerne,  $a_1$ , anses for kendt, hvilket iøvrigt er tvivlsomt. Godtager vi dette, følger heraf, at også vinkel  $a_1d$  skulle være kendt. Såfremt det retslige forløb i Danmark ikke på afgørende vis blev brudt i vikingetiden (retningen af  $X$ ) eller før denne, så kunne man måske se det søgte  $X$  (=det fortidige retslige forløb i Danmark) som umiddelbart fortløbende i  $b$ . Men netop dette er yderst tvivlsomt. Dvs. vi kender *ikke* retningen for  $X$  og derfor heller ikke vinkelen  $dX$ . Ej heller kender vi vinkel  $a_1e$ , og heller ikke  $e$  er kendt, da den blot er en forbindelselinie, der for at blive trukket rigtigt forudsætter en kendt vinkel  $a_1e$  eller et kendt  $X$ . Hvis forløbet  $a_1$  ikke var usikkert, og hvis vinklerne  $a_1e$  og  $dX$  var sikkert kendt, så kunne vi udregne det søgte forløb  $X$ , dvs. vi kunne slutte noget sikkert om den fortidige retslige tilstand i Danmark før op i vikingetiden. Imidlertid *mangler* netop disse forudsætninger, hvorfor vi *ikke* kan udregne  $X$ .

Resultatet bliver det samme omend mindre umiddelbart grafisk forståeligt, hvis forløbene ikke tænkes retliniet, men som kurver.

understøtte vore slutninger ud fra tids- og geografiske forskudte paralleliseringer, så kan vi ikke med nogen rimelig grad af videnskabelig sikkerhed udsige noget om forholdene i de samfund, vi vil overføre paralleliseringerne på. Det er principielt ubeweisligt, hvad der ud fra europæiske paralleliseringer kan hævdes om de danske retsforhold før op i Vikingetiden, og det er som ovenfor vist videnskabeligt unødvendigt for at kunne forstå forholdene i det middelalderlige danske samfund vedrørende slægtsansvarets betydning.

Antagelsen om fassforskydning behøver ikke nødvendigvis at være i modstrid med den overordnede teori om, at ensartede retsfænomener kan være produkter af nogenlunde ensartede politiske, sociale og økonomiske forhold. Disse ensartede



samfundsforhold kan have eksisteret på forskellige tidspunkter i forskellige områder, ligesom de pågældende samfund kan have gennemgået en ensartet udvikling. Dog må det nødvendigvis kræves, at sådanne ensartede retslige udviklingsforløb direkte kan dokumenteres, og at det for at forstå disse retsreglers funktion er muligt at udsige noget sammenhængende om samfundsforholdnen uden anvendelse af disse retsregler. Det sidste krav hænger bl.a. sammen med det velkendte forhold, at "døde" retsregler kan medtages længe efter at de har tabt enhver samfundsmæssig mening. Kravet kan også begrundes med, at strukturelt parallelle retsregler kan dække over helt forskellige retslige forhold, — fx benyttes i engelsk commonlaw i dag middelalderlige domme som præcedenstilfælde vedrørende principper, der skal anvendes på reelt helt forskellige forhold.

Ovenstående teoretisk-metodiske gennemgang af centrale dele af Ole Fengers vægtige arbejde ændrer på ingen måde det forhold, at han med sin bog har givet et væsentligt bidrag af blivende værdi til forståelse af dansk retshistorie. Det grundlæggende syn på slægtsansvar og fejderet og blodhævn som et middel i magtkampen mellem konge, kirke og stormænd i dansk og europæisk middelalder står urokket, og det samme gør flertallet af afhandlingens spændende og perspektivrige enkeltbetragtninger. Ligeledes ligger der et stort og fortjenstfuldt arbejde i bogens første halvdel, der har værdi som en introduktion for retshistorikeren til teorier, metoder og enkeltresultater fra mange og ofte ellers uoverskuelige parallelle forskningsgrene inden for etnologi, sociologi, sammenlignende filologi m.v. Ole Fenger indleder en længe savnet principiel og metodisk debat og forholder sig ofte skarpsindig kritisk til den hidtidige retshistoriske forskning. Flere af de i denne artikel fremsatte principielle punkter har Ole Fenger i sin afhandling allerede været inde på og dermed stillet til debat. Men man savner hos ham den nødvendige teoretiske konsistens og metodiske håndfasthed til konsekvent at føre egne synspunkter igennem, hvilket har til resultat, at afhandlingen ikke fuldfører det teoretiske og konkrete rydningsarbejde, der var lagt op til, og som så hårdt tiltrænges inden for den retshistoriske forskning.

### *Legal-historical Theory and Method*

Theoretical and methodological debates in legal-historical research are rare. It is therefore valuable that Ole Fenger has initiated and made a significant contribution to such a discussion with his important thesis "Fejde og Mandebod" (Feud and Manslaughter Fines), 1971. The starting point for this discussion must be to confront the basic theories of legal-historical research of today with the general demands made on modern research as to consistency, necessity and sufficiency, verification and ability to withstand falsification attempts, etc.

Up to now, most of the Continental and Scandinavian legal-historical research has

been based on the 19th century romantically influenced view of the world. The Germanists combined an idea of continuous development with the notion of a ceaselessly active spiritual force, "Volksgeist", in the cultural life and history of the people. They therefore found it both rewarding and necessary to make comparisons of all cultural phenomena—including legal institutions—vertically (backwards and forwards in time) and horizontally among the various German-speaking societies. For such comparative analysis the *original Germanic law* was constructed, from which all subsequent Germanic legal systems have been developed. A necessary step in this research was to trace connections from a later, known legal situation back to earlier, otherwise unknown situations. As the plausibility of these retrospective inferences cannot be tested on the basis of independent material, the author finds it necessary to reject them in general. Metaphysical concepts such as God, Fate and Volksgeist elude normal scientific argument. This must also be the case for theories in which such metaphysical concepts comprise important and inseparable ingredients, as they may neither be verified nor falsified. The theory of the development from, and the existence of, the original Germanic society with an original Germanic law cannot be supported by archeological or other evidence. From a scientific viewpoint the theory is based solely upon linguistic reasoning about a Proto-Indo-European, a Proto-Germanic language etc., spoken by a Proto-Indo-European or a Proto-Germanic people living in various *aboriginal societies*, each with its own *original law*. In recent linguistic-historical research these artificial original languages and their suggested lines of development have been criticised; the aboriginal societies derived from them must therefore also be doubted. Within the Germanic school attention has been centred on the *similarities*, and many of the essential differences between the investigated legal systems have been omitted. Not even by introducing many supporting hypotheses have the Germanists been able to explain the legal-historically *unity* comprising both similarities and differences, and their theories must therefore be deemed insufficient. An explanation of the similarities between legal systems in later societies may possibly lie in the conservative tendency of the legal tradition itself. The Germanists have concentrated solely upon this possibility. But similarities between legal systems may also be due to that the societies in which the laws functioned were at approximately the same stage of economic, cultural and social development, and that their consequently parallel problems could be solved in the same or in corresponding ways, independent of traditions and loans. This train of thought suggests that parallel problems *can* but *do not* necessarily *have* to be solved in the same way. A third explanation of the similarities between different legal systems may be that they depend on loans—either amongst themselves or from the same source. Thus plausible explanations can be given of similarities between legal phenomena in different societies, without introducing an underlying influencing factor such as Volksgeist. Accordingly, the Germanists' theoretical hypotheses are not *necessary* in order to arrive at a coherent conception of the similarities between the legal systems in different societies.

The theories behind the Germanist legal-historical research cannot be substantiated. In principle, tenable results cannot be obtained from scientifically untenable assumptions. Consequently the more general syntheses and the correspondingly isolated results of Germanist research must be rejected. What we are left with of any value is merely a part of the editions of the vast source material of legal texts and many isolated observations of cultural and legal phenomena.

Ole Fenger rejects the more immediately implausible aspects of the Germanist legal-historical research tradition. He places the emphasis on that similarities between

different peoples' legal systems are often a product of similar economic, social and cultural conditions in society.

The significance in Denmark of the collective kinsman responsibility Fenger would like to trace right from Viking times and even further back. In this he makes retrospective inferences from provincial laws that are not scientifically tenable, since we do not possess the requisite knowledge of these early Danish conditions to test the plausibility of his conclusions. In order to avoid this problem he attempts to describe early medieval Danish society using parallels from "primitive law" and from Early Germanic societies. Since our understanding of "primitive law" is poor and the term itself is open to discussion, and since we in actual fact know very little about the Early Germanic societies, we naturally have no means of telling whether the conditions described on this basis really did correspond to the situation in the Early Danish society. Ole Fenger puts forward a more sophisticated argument for parallel development than the Germanists, in that he establishes a so-called *phase-displacement theory*. According to this, the conditions in for example Denmark in the year 1200 could well have been more primitive and primeval than the conditions in for example France in the year 500. Ole Fenger thus imagines that these societies develop along parallel paths, and that it is therefore quite possible to draw parallels from one legal system to the other. From the figure on page 188 it can be seen that the unknown legal conditions "X" cannot be worked out, since we do not know the direction of development of "X" nor the correspondence—the part "e" between  $a_1$  and "X", that is to say, between the conditions in France and Denmark. The phase-displacement theory cannot be supported in the form used here. Ole Fenger operates with an Early Danish society in *relative balance*, where the power of the different families counter-balanced each other. Instead of this relative stability, the present author finds it more reasonable to consider a society with clear social differences and a definite upper class. Such a society, with men of power constantly vying amongst themselves and with other powers and groups, and a continual stream of new, economically-based powerful families, is a society that is in a state of constant *unstable balance*, such as the source material also indicates. It can be shown with reasonable certainty that in Denmark and Scandinavia in Viking times there was a society with clear social graduations and a strong upper class loyal to their kinsmen, which had both the ability and the will to conduct feuds. This was sufficient for Ole Fenger to advance his solidly underpinned thesis that kinsman responsibility and feuding throughout the Middle Ages benefited the upper class and was upheld by it, politically and juridically, against the Crown's attempts to centralise power.

With his book Ole Fenger has made an important contribution towards a new theoretical and methodological approach to legal-historical research. Unfortunately he has not been bold enough to free himself completely from existing research traditions or from neighbouring disciplines. Legal historians must come to terms with a great deal of theoretical and methodological habitual thinking and among other things derive benefit from the fruitful discussion which has long been going on in other historically-oriented branches of research. In the absence of tenable theoretical and methodological foundations it is impossible to undertake relevant, solidly based and fruitful legal-historical research.