

Ditlev Tamm

Retshistorie

Danmark – Europa – globale perspektiver



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2002

Retshistorie
Danmark – Europa – globale perspektiver
1. udgave

© 2002 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslaget er tilrettelagt af Morten Højmark
Tryk: Nordisk Bogproduktion, Haslev

Printed in Denmark 2002
ISBN 87-574-0582-4

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Box 2702
2100 København Ø

Tlf: 39 13 55 00
Fax: 39 13 55 55
e-mail: fl@djoef.dk

Homepage: www.djoef-forlag.dk

Indhold

Hvorfor retshistorie – og hvordan?	IX
Retshistoriens historie i Danmark	1
I. EUROPA OG ROMERRETEN	9
Europa og romerretten	11
Romerretten	16
Romerretten i Vesteuropa	25
Karolingisk renæssance og angelsaksisk lovgivning	30
Lensretten	31
Jus commune	34
Kanonisk ret i middelalderen	41
Romerret og sædvaneret i Frankrig	53
England og common law	56
II. LOV OG RET I DANMARK I MIDDELALDEREN	61
Landskabslovene	63
Med lov skal land bygges	68
Fejde, hævn og bod	76
Ret og dom	87
Middelalderens ægteskabsret	94
Arv og eje	98
Rige, land og by	108
III. REFORMATION OG RENÆSSANCE	111
Konge og rigsråd	113

Indhold

Reformation og ret	116
Romerretten i Tyskland	129
Humanismen og retsvidenskaben	131
Usus modernus pandectarum og den hollandske elegante jurisprudens	134
Protestantisk ægteskabsret	135
Kongens domstol	138
Christian IV som lovgiver	149
IV. ENEVÆLDEN	155
Lex Regia – den danske enevældes forfatning	157
Enevældens forvaltningsreformer	164
Christian V's Danske Lov 1683	167
Domstolsreformer	174
Vindikation og eksstinktion	184
Gældsbreve og kredit	188
Erstatningsret	197
V. OPLYSNING OG NATURRET	203
Oplysningstiden	205
Naturretten	206
Montesquieu og århundredets bog	215
Naturretskodifikationer i Preussen og Østrig	223
England	225
Naturretten i Danmark	227
Henrik Stampe	235
Ny kriminalpolitik	240
VI. KONSTITUTION OG KODIFIKATION	263
Konstitution og kodifikation	265
Fra jus commune til national ret	269
Code civil	272
Den historiske skole i Tyskland	279

Indhold

Anders Sandøe Ørsted og dansk retsvidenskab	283
Retsvidenskab og lovgivning i Danmark	293
VII. DANMARK OG EUROPA 1848-1945	301
Grundloven	303
Det nordiske lovsamarbejde	311
Den konstruktive retning og R.v. Jhering	320
Den tyske civillovbog (BGB)	324
Retsvidenskab og lovgivning i Danmark	327
Strafferetten i Danmark	334
Retsplejereformen 1916	337
Den offentlige ret	341
Arbejdsret og socialret	342
Østeuropa	344
England	345
Det Tredje Rige og retten	346
Besættelsen og retsopgøret	348
VIII. GLOBALE PERSPEKTIVER	357
Europa efter 1945	359
Jus commune og europæisk retsenhed	359
Retsfamilier	365
Islamisk ret	368
Kinesisk retskultur	370
Bibliografisk vejledning	377
Stikordsregister	383

Hvorfor retshistorie – og hvordan?

Der er i tidens løb givet mange begrundelser for at lære noget om rettens historie. Den kan henvises til en bedre forståelse af gældende ret på historiske præmisser eller en almindelig forståelse af os selv som led i en historisk proces. Over for disse synspunkter står den juridiske studerendes forståelige forventning om, at det ikke helt ubetydelige lærestof, hun præsenteres for, også har en vis umiddelbart iagttagelig relevans.

Hvorfor lære om gammel ret, når det kan være svært nok at tilegne sig gældende ret? Spørgsmålet er helt legitimt. Svaret er, at retshistorie ikke handler om at tilegne sig unyttig viden om gammel ret, som højst kan interessere eksperter. Retshistorie er et fag, der som mål har at give indsigt og forståelse i andre måder at tænke retligt på. Det er samtidig noget af et »dannelsesfag« i den forstand, at kendskab til faget er med til at åbne for forståelsen af andre retskulturer eller forbindelsen mellem juraen og andre fag måske først og fremmest historie og statskundskab.

Der tales i dag ofte om »retskultur«, et begreb, der har sammenhæng med både internationalisering og globalisering. Dansk ret står ikke alene i et isoleret rum. Omkring os eksisterer mange andre måder at tænke retligt på og indrette et retssystem. Retten spiller forskellige roller i forskellige kulturer, og i en globaliseret tidsalder undgår heller ikke juristen at møde andre måder at gribe tingene an på. Det er i det hele taget de færreste, der får lov til at gå igennem verden, uden at møde udfordringer fra andre kulturer. At håndtere sådanne situationer kræver kundskaber. I de senere år har retshistorie da også bevæget sig længere og længere i en retssammenlignende retning. Faget formidler viden om andre retskulturer og overhovedet om forholdet mellem ret og kultur. Det historiske element er naturligvis stadig vigtigt, fordi kendskab til enhver kulturs historiske forudsætninger er en del af den nødvendige tilegnelsesproces og grundlaget for dialog.

Retshistorie sætter dansk ret i sammenhæng og formidler noget af det fælles grundlag for den europæiske retskultur. Faget søger at sætte den europæiske retsudvikling i perspektiv. Retshistorie tilsigter altså simpelthen

Hvorfor retshistorie – og hvordan?

at give konkret og kontant viden, som de fleste jurister under en eller anden form vil få brug for i deres senere virke. Jo mere man ved, jo bedre en jurist bliver man også. Så simpelt er det. God baggrundsviden fremmer forståelsen og øger kvaliteten af det arbejde, der udføres.

Den foreliggende fremstilling af retshistorien er opbygget med henblik på at sætte dansk ret i perspektiv. Perspektivet er både europæisk og globalt. Fremstillingen er opbygget kronologisk. Bogen indledes med et afsnit om romerretten og den ældste europæiske retsudvikling. Derefter følger et kapitel om dansk ret i middelalderen med hovedvægten på de ældste vidnesbyrd om dansk ret, nemlig de danske landskabslove. Bogens hovedtemaer er knyttet til lovgivning, retspraksis og retsvidenskab som grundpillerne i juraens udvikling. I de følgende kapitler omtales på sammenlignende grundlag reformationen, enevælden, oplysningstiden og naturretten og retsvidenskab og kodifikationer i det 19. århundrede. I bogens sidste del udvides perspektivet, der hidtil har været europæisk til et globalt perspektiv. Begrebet retsfamilier introduceres, og der gives en kort sammenfatning af de vigtigste fremmede retssystemer herunder islamisk ret og retsudviklingen i Kina.

Retshistorie er et omfattende fag. Grundstammen udgøres traditionalt af dansk retshistorie fra ca. 1200 til i dag. Med til faget hører romerretten, retten i Rom fra 753 f. Kr. til ca. 540 e. Kr. Hertil kommer den europæiske retsudvikling og nu også globale perspektiver. Når hertil kommer, at retshistorien kan specialiseres yderligere i forfatningshistorie, strafferetshistorie eller privatretshistorie – for blot at nævne de vigtigste discipliner – eller den nyeste retshistorie er det klart, at stofmængden er helt uoverskuelig, og at selv eksperter kun kan beherske en del af stoffet. Den juridiske studerende kan med rette forvente, at en lærebog er indrettet, så den er til at overskue, at stoffet – uden at der gives køb på de videnskabelige fordringer – er fremstillet så kort og forståeligt som muligt. Samtidig forventes det også, at fremstillingen kan læses i sammenhæng uden, at alt for megen baggrundsviden skal søges andre steder. For at imødekomme dette ønske er i fremstillingen indsat en række afsnit om den historiske udvikling eller nøglebegreber. Også andre emner eller kilder, der illustrerer stoffet, er trukket ud af den kronologiske fremstilling og er sat i en særlig ramme. Det er sket af »pædagogiske« grunde og betyder som regel, at stoffet er egnet til at uddybe den almindelige tekst.

I forhold til tidligere udgaver af lærebogen er sket dels ændringer af stoffet dels en ændret systematisering, således at der veksles mellem dansk og

Hvorfor retshistorie – og hvordan?

europæisk retshistorie. Selv om en del af stoffet er det samme, er bogen vanskelig at anvende ved siden af studieudgaven af Dansk og europæisk retshistorie. Litteraturhenvisningerne er færre i denne udgave. Det sker i en erkendelse af, at litteraturen er meget omfattende. Det er tanken til løbende supplement af lærebogen at oprette en web-side med litteraturhenvisninger, illustrationer, øvelser m.v., se www.jur.ku.dk/retshistorie

Det er forfatterens håb, at en nyorientering af faget efter de her skitserede rammer vil gøre faget tiltrækkende og interessant for de studerende. Rets-historie er et dejligt fag – derfor: God læselyst!

København i august 2002

Ditlev Tamm

Retshistoriens historie i Danmark

Dansk retshistorie har hidtil været en disciplin, der lagde afgørende vægt på den nationale retsudvikling. I årene 1769-1776 udkom den første større fremstilling af dansk retshistorie, P. Kofod Anchers fremstilling af den danske »lovhistorie«. Man kan betragte dette værk som grundlaget for det senere studium af den danske retshistorie. Et fast led i det juridiske studium blev retshistorien dog først nogle år senere, nemlig ved en studiereform, der gennemførtes i 1821. Formålet med studiet af retshistorien, således som man opfattede det på Kofod Anchers tid og endnu i begyndelsen af det 19. århundrede, kan vi aflæse på forsiden af Kofod Anchers værk. Hovedmotivet er et træ – »lus Dan. C.V.« står der på dets stamme eller på dansk Christian V's Danske Lov, altså vor første samlede lovbog med gyldighed for hele riget fra 1683. Træet har fire rødder, der alle betegner sig som love givet af tidligere konger (nævnt er Knud, Valdemar I og II, Erik den VI og VII og Christian III og IV). Ideen er altså den, at træet, Danske Lov, suger sin næring af ældre lovgivning. Der står da også på latin tværs over rødderne: »I roden findes liv og ånd«. Kofod Ancher har andetsteds udtrykt det samme ved at sige: »at forstå en lov grundig og vel, det er at kende den fra roden af«. Vi kan heraf se, hvad meningen efter Kofod Anchers opfattelse var med retshistorien. Det var ved at studere ældre love at opnå en bedre forståelse af gældende ret. Hermed var han i pagt med tanker, der rørte sig i det 18. århundrede, og som ikke mindst den franske filosof Montesquieu, der omtales i det følgende, var eksponent for, at det for at forstå loven og for at give gode, nye love var nødvendigt at kende baggrunden for den eksisterende retstilstand. Montesquieu talte i den forbindelse om lovens ånd, hvormed han tænkte på alle de sociale omstændigheder, der betingede, at et bestemt folks love blev, som de blev. Det er også, hvad Kofod Ancher tænker på, når han med et billede fra Montesquieu (*De L'Esprit des Lois* (1748), 30. bog, kap. 1) der i sit store værk *om lovens ånd* netop havde sammenlignet retten med et træ, vil finde lovens ånd i rødderne: »Hvem der ved, at lovens rette mening beror fornemmelig på lovgiverens egentlige hensigt, og at man ikke kan komme til nogen af delene uden nøjagtig kundskab om lovenes årsager og oprindelse, han kan ikke tvivle om, at jo en lovkynig, for at forstå lovene vel, behøver af lovhistorien at vide, når, af hvem, hvorfor og ved hvad anledning en lov gives«, står der i indledningen til bogen. Kofod Anchers bog kom på et tidspunkt, hvor der i Danmark var opstået en stærk nationalidentitetsfølelse, og retshistorien blev en del af denne. Han betonedes derfor dansk rets særegne karakter, mens tanken om retten som en del af en europæisk retskultur var ham fremmed.

Et særligt opsving fik retshistorien, efter at den såkaldte historiske skole var opstået i Tyskland i begyndelsen af det 19. århundrede med Friedrich Carl von Savigny som den førende skikkelse. Den historiske skole pegede på betydningen af hvert enkelt folks nedarvede retsorden og hævdede, at det for forståelsen af gældende ret var nødvendigt at følge de enkelte retsinstitutter tilbage til deres

Retshistoriens historie i Danmark

oprindelse. Vigtigt var det også, at Savigny havde peget på, at det var sædvanen og ikke lovgivningen, der dannede det oprindelige grundlag for folkets retsorden. I virkeligheden burde man – hævdede Savigny – være meget tilbageholdende med at gribe ind i retsordenen ved lovgivning og snarere lade denne udvikle sig gennem retsvidenskaben, der bedre end lovgivning kunne fremstå som et udtryk for den folkelige tradition eller »Volksggeist«, som han kaldte den. I konsekvens af denne opfattelse fik retshistorien en vigtig opgave – ja, retsvidenskaben var i virkeligheden retshistorie.

Kofod Ancher havde især beskæftiget sig med retskildernes historie og i en række afhandlinger om lovgivningen siden oldtiden tegnet et billede af dansk retsudvikling, der oprindeligt var tænkt ført frem til Danske Lov 1683, men som blev afbrudt i midten af 1400-årene. Denne beskæftigelse med den såkaldte »ydre retshistorie« fortsattes af J.F.W. Schlegel, der i en udgave af Kofod Anchers samlede værker (1808-1811) uddybede eller berigtigede en opfattelse hos Kofod Ancher, og også i en række selvstændige publikationer tog retshistoriske emner op bl.a. i en afhandling fra 1822 om retssædvanen i gammel ret. I denne afhandling gjorde Schlegel op med den i samtiden udbredte opfattelse, at kun retsnormer formuleret i lovsform var bindende, og påviste at sædvaneretten i ældre tid havde spillet en langt større rolle end skrevne love som retskilder. Schlegel omtaler tyske undersøgelser af sædvanens betydning, ikke mindst af tyskeren Gustav Hugo, der i flere afhandlinger havde peget på sædvanen som retskilde, og det er rimeligt at forestille sig, at det er disse undersøgelser, der har ledt Schlegel til den opfattelse, at de middelalderlige danske landskabslove byggede på sædvaneretten og ikke afledte deres autoritet fra kongemagten.

J.L.A. Kolderup-Rosenvinge varetog retshistorien, efter at den i 1821 var blevet et selvstændigt eksamensfag. Den tyske retshistoriske skole med navne som Savigny og Eichhorn, som repræsenterede romanisterne (som beskæftigede sig med romerret), og germanisterne (som beskæftigede sig med tysk ret) var en afgørende impuls ved beskæftigelsen med retshistorie. Den måde, hvorpå Kolderup-Rosenvinge griber retshistorien an, bærer præg af et ønske om i endnu højere grad end tidligere at anskue retshistorien som hjælpemiddel ved forståelsen af gældende ret. Allerede i Kolderup-Rosenvinges prisafhandling om *Fortolkningen af Christian den V's Lov ved Hjælp af vore gamle Love* (1813) stilles retshistorien i gældende rets tjeneste. Endnu klarere overensstemmelse med den tyske historiske skoles program viser hans fremstilling af dansk retshistorie, hvor han lægger hovedvægten på udviklingen af de enkelte retsinstitutters historie indtil 1683. Oprindeligt havde Kolderup-Rosenvinge kaldt sin fremstilling for *En dansk Lovhistorie* (1822), men i en senere udgave (1832) ændrede han betegnelsen til retshistorie i erkendelse af den betydning, der tilkom den uskrevne ret for retsudviklingen. Denne erkendelse lå også til grund for Savignys banebrydende skrift *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814). Derimod fjernede Kolderup-Rosenvinge sig fra sit forbillede germanisten Eich-

Retshistoriens historie i Danmark

horns *Deutsche Rechts- und Staatsgeschichte* (1808-1823) ved i sin 2. udg. (1832) at anvende en rent diakronisk fremstillingsform, der fulgte de enkelte retsinstitutters udvikling fra den ældste ret til 1683, i stedet for en periodeinddeling (synkronisk).

Kolderup-Rosenvinges retshistorie blev normgivende for senere fremstillinger af retshistorien i Danmark i det 19. århundrede. I årene 1821-1846 udgav han fembindsværket *Samling af gamle danske Love*, der først i nyeste tid er erstattet af nye kildeudgivelser. Hans *Udvalg af gamle danske domme* (1842 ff) gjorde for første gang en større samling af domme fra før 1660 tilgængelige for retsvidenskaben i trykt form.

Kolderup-Rosenvinge forelæste over retshistorien på Københavns Universitet indtil sin død 1850. Faget overtoges derefter af I.E. Larsen, hvis forelæsninger sluttede sig nøje til Kolderup-Rosenvinges fremstilling af retshistorien.

I.E. Larsen havde gjort sig bemærket som retshistoriker ved sin omfattende undersøgelse af landskabslovene fra 1200-årene i *Bidrag til de gamle danske Provinsiallovbøgers Historie* (1827-1828). I en afhandling om kongeværdighedens arvelighed fremførte I.E. Larsen den opfattelse, at Danmark oprindelig havde været et arverige, men at folkets valgret efterhånden fik overtaget for på Saxos tid at blive dominerende. Hovedtanken i en afhandling om de ældste danske politiske organer, var at folket fra oldtiden til enevælden havde haft del i rigets styrelse gennem forsamlinger af vekslende sammensætning, således at der bestod en sammenhæng i udviklingen fra landsting over danehof til stænderforsamlinger som en kæde af folkelige organer. Senere historisk forskning har vendt sig imod denne tese, som nok i for høj grad politisk er påvirket af hans engagement i samtidens demokratiske rørelser.

Blandt Kolderup-Rosenvinges efterfølgere var Chr. L. Ernst Stemann, der i 1871 udgav sit værk *Den danske Retshistorie indtil Chr. V's Lov*, der pegede på betydningen af retssammenligning. Som sin opfattelse af de retlige forudsætninger udtalte han i indledningen: »I de forskellige staters retsudvikling såvel i det hele som ved enkelte institutter viser sig på den ene side en stundom overraskende overensstemmelse og lighed, på den anden side betydelige forskelligheder og modsætninger, der er udsprungne og fremgåede af forskellige indre grunde og udvortes forhold, af folkenes hele sociale og kulturtilstand. Af stor almindelig og videnskabelig interesse for et lands retshistorie er derfor altid en sammenligning med andre landes retsudvikling i ældre tid (almindelig eller komparativ retshistorie).«

For Henning Matzen var retshistorien kun et af flere blandt de videnskabelige felter, som han beskæftigede sig med. Hans guldmedaljeafhandling fra 1869 om *Den danske Panterets Historie indtil Chr. V's Lov*, der på grundlag af et omfattende utrykt materiale gav en fremstilling af reglerne om pant i middelalderlig og nyere ret, sikrede ham et professorat, som han tiltrådte i 1870 efter en omfattende studierejse i udlandet. Senere udarbejdede Matzen, der i 1875 havde overta-

Retshistoriens historie i Danmark

En Dansk Lov-Historie

Fra Kong HARALD BLAATANDS Tid
til Kong CHRISTIAN den Femtes,

af PEDER KOFOD ANCHER,
Eftag-Raad og Professor Juris ved Kiøbenhavn's Univerfitet.



I. Deel.

Kiøbenhavn 1769, trykt hos A. G. Godiche, Kongel. Univerfitet's Bogtrykker.

Tilblad til P. Kofod Ancher: En Dansk Lov-Historie, 1769-76

Retshistoriens historie i Danmark

get retshistorien som sit fagområde, den foreløbig eneste samlede fremstilling af *Den danske Retshistorie* (1893-1897). Ved siden af denne fremstilling udgav han en række mindre retshistoriske afhandlinger bl.a. om de danske kongers håndfæstninger (1889) og bevisreglerne i den ældste danske proces (1893). Omfanget af Matzens videnskabelige produktion er beundringsværdigt, men kvaliteten er svingende, og er del er i dag forældet.

Et aspekt af dansk retshistorie, som vi i dag tillægger meget stor vægt nemlig indflydelsen fra europæisk ret, blev i vidt omfang negligeret: »Vor ret er vedbleven at være national«, skrev Matzen.

Fremmed indflydelse særlig på dansk statsret i det 13. og 14. århundrede blev til gengæld gjort til genstand for en række afhandlinger af juristen Ludvig Holberg, således bl.a. i *Dansk og fremmed Ret* (1891). Holberg havde bedre forståelse end Matzen for betydningen af fremmed ret og retsforskning for dansk retshistorie. Bl.a. pegede han som den første på betydningen af kanonisk ret for middelalderlig dansk ret og påviste kilderne til Jyske Lovs fortale i kanonisk ret.

Omkring 1870 indledtes en ny epoke i den tyske retshistoriske forskning, særlig karakteriseret ved navne som Karl von Amira og H. Brunner, der i modsætning til den historiske skole betonedede, at retshistorien ikke alene som formål havde at tjene den historiske forståelse af gældende ret. Et programskrift for denne nye retning var Karl von Amiras *Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte* (1875), der pegede på udforskningen af de ældste retstrin gennem anvendelsen af en retssammenlignende metode. Retshistorien opfattedes som en forgrening af kulturhistorien, der tillagdes stor vægt, samtidig med at man forsøgte at frigøre sig fra moderne retsbegreber. Bestræbelserne gik især ud på at forsøge at rekonstruere den forhistoriske retsudvikling. Udgangspunktet for denne metode var den opfattelse, at mange moderne folkegrupper tidligere havde hørt til samme folk med fælles sprog og fælles kultur. Således forestillede man sig et urgermansk folk og en germansk urret, hvorfra de germaniske landes ret, herunder de nordiske landes, ret havde udviklet sig.

Det gennembrud som selvstændig videnskab uden praktisk tilknytning til gældende ret, som retshistorien oplevede i slutningen af det 19. århundrede under indflydelse af tysk retshistorisk forskning, satte efterhånden de danske landskabslove fra tiden omkring 1200 i centrum for den retshistoriske forskning herhjemme. Særlig betydning fik Poul Johs. Jørgensen, der i en række kritiske afhandlinger påviste, at landskabslovene ikke alene var udtryk for en overleveret sædvaneretlig retsorden, men at der side om side i landskabslovene træffes lovbestemmelser af forskellig alder. Han påviste, at der i de år, hvori nedskrivningen havde fundet sted, var sket en række ændringer af den nedarvede retstilstand, der afspejledes i lovene. Poul Johs. Jørgensens afdækninger af de forskellige lag i landskabslovene indledtes med en afhandling om manddrabsforbrydelsen i Skåne (1922) og fortsattes med en række mindre afhandlinger om andre

Retshistoriens historie i Danmark

forbrydelser, således hærværksforbrydelsen og tyveri og ran. Den opgave at skabe en ny samlet fremstilling af den danske retshistorie er imidlertid foreløbig forblevet uløst. Hans *Dansk Retshistorie* (1940) er således kun en fremstilling af retskilderne og forfatningsrettens historie indtil sidste halvdel af det 17. århundrede.

De studier over landskabslovene, som Poul Johs. Jørgensen lagde grunden til, fortsattes af Stig luul med disputatsen *Fællig og Hovedlod* (1940). Poul Johs. Jørgensen havde især beskæftiget sig med strafferet og proces, og luul kunne nu inden for privatretten afvise ældre teorier, der byggede på slutninger fra landskabslovenes regler. Mens en udbredt retning i ældre tysk retshistorisk forskning (og også Matzen) havde betragtet det såkaldte familieformuefællig som en oprindelig fællesgermansk ordning, kunne luul påvise, at landskabslovene ikke gav grundlag for sådanne slutninger. Tværtimod at være udtryk for en oprindelig ordning viste begreberne fællig og hovedlod sig at være nydannelser i en periode præget af store omvæltninger i slægtssamfundet som følge af den øgede indflydelse fra kongemagt og kirke. I en række senere afhandlinger tog luul også emner fra den nyere retshistorie op. Således i 1954 i afhandlingen *Kompilation eller Kodifikation*, der anlagde en mere kritisk vurdering af Danske Lov end hidtil, idet han påpegede lovens mangelfuldhed og utilstrækkelighed på en række punkter. Om luul herved ydede Danske Lov fuld retfærdighed kan diskuteres.

Mens grænsen mellem retshistorie og gældende ret for en ældre generation af retshistorikere klart sættes af Danske Lov 1683, har der i den retshistoriske forskning siden 1950'erne været tendens til at inddrage også emner fra det 18. og 19. århundrede i de retshistoriske undersøgelser. Et første skridt blev taget med Thøger Nielsens disputats fra 1950 *Studier over ældre dansk formueretspraksis*, som bygger på en analyse af højesteretspraksis i det 18. og 19. århundrede. Det påvises heri, hvorledes dansk retspraksis var påvirket af romerretten og naturretten. Bogen var således også med til at understrege interessen for dansk ret i en europæisk sammenhæng og ikke blot i et nationalt perspektiv. Senere har Ditlev Tamm i bogen *Fra »Lovkyndighed« til »Retsvidenskab«*. Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørsteds privatretlige forfatterskab (1976) videreført dette perspektiv med hensyn til dansk privatret i begyndelsen af det 19. århundrede. Man kan tale om en vis nyorientering af retshistorie i en mere europæisk orienteret retning, v.a. udforskningen af de middelalderlige retskilder. En række studier over indflydelsen fra kirkeretten på dansk ret i middelalderen hører også hjemme i denne forbindelse. Tilnærmelsen mellem dansk og europæisk retshistorie giver dansk retshistorisk forskning en vigtig ny dimension. En anden tendens går i retning af en udvidelse af forskningsfeltet med henblik på at inddrage mere forsømte socialgrupper som kvinder, fattige og landbefolkningen i studierne eller den nyeste retshistorie som besættelsestiden og retsopgøret.

Retshistorien har flere berøringsflader med den almindelige historie og socialhistorien. En række undersøgelser af dansk administrativ historie udarbejdet af

Retshistoriens historie i Danmark

historikere frembyder således interesse for retshistorikerne. Det gælder også den nyeste forskning ofte med metoder hentet fra socialantropologien. Danske retshistorikere arbejder sammen med andre historikere, som beskæftiger sig med retshistoriske temaer. Et sådant samarbejde er vigtigt, fordi arbejdsfeltet er stort, mens antallet af egentlige retshistorikere er begrænset. Det betyder, at retshistorikere må tage hensyn til nye forskningsmetoder inden for socialhistorien, den historiske antropologi, sociologien m.v. Det behøver den, som blot beskæftiger sig med retshistorien som et nødvendigt lærefag ved juridisk eksamen, ikke at tænke på, men for den aktivt arbejdende retshistoriker er faget krævende, fordi det gælder om at se retsregler og retsordenen i en større sammenhæng. Blandt de discipliner, som kan supplere retshistorien er således den historiske kriminologi, som kaster nyt lys over strafferetshistorien med oplysninger om den faktiske kriminalitet på bestemte tidspunkter.

»Gesetze sind keine Vorgänge« har en tysk historiker sagt. Man kan ikke slutte fra en regel til, at retstilstanden var på en bestemt måde. Retsregler er såkaldt *normative* kilder, som tilsigter at regulere, men hvis virkning i så henseende må efterprøves ved hjælp af andre kilder, som er med til at kaste lys over retstilstanden på et givet tidspunkt. I denne forbindelse har studier i retspraksis fået stadig større betydning på internationalt plan. Retshistorikerne er med til at se retssystemet som en del af en større social sammenhæng. Det er en udfordring, men tages den op, får det retshistoriske studium en ny og mere spændende dimension.

I

EUROPA OG ROMERRETEN

Kronologi

753 f. Kr.	Roms grundlæggelse
ca. 450 f. Kr.	De tolv Tavlers lov
ca. 160	Gaius' Institutiones
212	Papinian myrdes
228	Ulpian myrdes
529-34	Kejser Justinians lovgivning
506	Breviarium Alaricianum
643	Edictum Rothari
800	Karl den Store kronet til kejser i Rom
1066	Normannerne erobrer England
ca. 1100	Grundlæggelse af Bolognaskolen
ca. 1140	Gratians Dekret
1159-81	Alexander III pave
1198-1216	Innocens III pave
1215	Magna Charta – det engelske frihedsbrev
1234	Liber Extra
1241	Jyske Lov
o. 1260	Siete Partidas i Spanien
1278	Fast etablering af Parlement de Paris
1313/14-1357	Bartolus de Saxoferrata
1479	Københavns Universitet

Europa og romerretten

Når vi i dag taler om Europaret eller europæisk ret, tænker vi som regel på det overnationale retssystem, der er skabt som led i det europæiske fællesskab – EU. Men det er ikke EU-retten, der hentydes til, når der i denne del af bogen tales om europæisk ret. Her drejer det sig om de retlige forestillinger, som historisk har været bestemmende for retsudviklingen i Europa, og som hører hjemme i en fælles sammenhæng. Det kan skyldes en fælles baggrund i romerretten og en senere påvirkning fra fremmed ret. Europa har ikke og har aldrig haft et fælles retssystem, men alligevel udgør Europa en slags enhed anskuet i et retligt perspektiv. I denne bog betragtes denne sammenhæng nærmere. Et gennemgående tema er dansk rets møde med den europæiske retsudvikling, således som det tager sig ud i et historisk perspektiv. Det er en vandring gennem den europæiske rets udvikling med henblik på at opdage det, som knytter Danmark til Europa. Samtidig er det en indføring i den europæiske retsudvikling – eller i hvert fald i nogle af de personer, begreber og juridiske problemer, som det kan være nyttigt at kende til for den, som i dag skal færdes i en europæisk juridisk verden.

Europa er i den forbindelse først og fremmest Vesteuropa. Det tysk-romerske kejserdømme og den katolske kirke har spillet en væsentlig rolle for romerrettens udbredelse i Vesteuropa. Østeuropa gik sine egne veje. Kultursproget var her græsk og ikke latin som i Vesteuropa. Kirkeligt spaltedes Europa allerede i det 8. århundrede og definitivt i 1054 i en vesteuropæisk katolsk og en østeuropæisk ortodoks kirke. Det gamle byzantinske rige og dets arvtagere, russerne og tyrkerne, kom først sent med i den europæiske retsudvikling. I sig selv er Østeuropa ingen enhed. Eksistensen af en østblok siden anden verdenskrig har i mange år dækket over de enkelte østeuropæiske landes egenart, som nu igen siden 1990'erne er ved at træde frem. De lande, som indtil Første Verdenskrig var dele af det østrig-ungarske monarki har historie fælles med det egentlige Europa. Polens historie har i århundreder været præget af beliggenheden mellem Vest- og Østeuropa, som har truet landets eksistens og i perioder ført til dets opløsning som selvstændig stat. Kirkeligt var Polen katolsk og hørte dermed til den latinske kultur. Begivenhederne i efteråret 1989 har aktualiseret Central- og Østeuropas retshistorie. Den kommunistiske fernis er borte, og disse lande søger tilbage til deres europæiske rødder. Set fra et retshistorisk synspunkt hænger Østeuropa da også snævert sammen med det øvrige Europa. I Østeuropa hører de lande med, som er præget af den latinske kultur. Det gælder Polen, det nuværende

Europa og romerretten



Europa og romerretten



Europa og romerretten

Tjekkiet, Ungarn, Rumænien og dele af det tidligere Jugoslavien, mens områderne længere mod øst og sydøst vel tilhører den samme kristne kultur og kender romerretten, men dog snarere hører til den græske kultur i øst og ikke til Vesteuropa.

I Europa før 1800 krydsede juraen landegrænserne. Retsstudiet hvilede på det samme grundlag over hele Europa. I lang tid savnedes et videnskabeligt studium af den nationale ret, og det betragtedes som et fremskridt, at universiteterne begyndte at undervise i national ret – oprindelig ved siden af og senere i stedet for romerretten. I dag er det ikke juraen, men juristerne, som skal kunne færdes på tværs af grænserne mellem forskellige retssystemer. I den forbindelse er det af stor betydning at vide, hvad der skiller, og hvad der forbinder og kende nogle af de historiske årsager dertil.

Romerretten er et retssystem, hvis udvikling vi kan følge tilbage til ca. 450 f. Kr., det tidspunkt, hvor de såkaldte 12 tavlers lov, der dannede grundlag for romerrettens senere udvikling, efter traditionen blev til. I tiden fra ca. 100 f. Kr. til ca. 300 e. Kr., i den såkaldte *klassiske periode*, gennemgik romerretten sin mest frugtbare udvikling. Romerretten som grundlag for europæisk retsudvikling blev i det store og hele til i de tre første århundreder af vor tidsregning.

Hovedvægten i romerretsstudiet har traditionelt ligget på privatretten. Som en engelsk retshistoriker har udtrykt det: »Rome gave civilization the Law« som en lære, ikke om menneskelig opførsel, men om de juridiske begreber, som vi anvender til at beskrive menneskets retsstilling, f.eks. kontrakt, testamente, ægteskab, pligter, ejendomsret. Derfor overlevede romerretten romerriket som metode og teknik og som den videnskabelige måde at betragte retlige fænomener på.

Vort kendskab til romerretten stammer først og fremmest fra den samling af romerske retskilder, der blev til i Konstantinopel under kejser Justinian i det 6. århundrede e. Kr. Romerretsstudiet i dag tager udgangspunkt i Justinians lovsamling, men det man især beskæftiger sig med og søger at rekonstruere er retstilstanden i den klassiske tid, som kilderne stammer fra. Men romerretten har også en historie efter romerrikets fald i 476, som skal fortælles her.

Justinians lovværk *Corpus juris civilis* blev til i Byzans og fik aldrig i sin helhed gyldighed i Vesten. Efter at Justinian havde erobret dele af Italien, blev lovværket sat i kraft her ved en såkaldt *sanctio pragmatica* i 554. Kun *Institutiones*, *Codex* og den senere kejserlovgivning synes dog at have haft nogen betydning i Vesten i den tidlige middelalder, hvor dele af romerretten

Europa og romerretten

er overleveret i form af en *Epitome Justiniani*. Men et eller flere håndskrifter af Digesterne befandt sig i Italien, og et af dem lå gemt i hele denne periode, indtil det blev fundet igen i slutningen af 1000-tallet. Fra o. 600 taber vi Digesterne af syne, og først i en efterretning fra 1076 hører vi igen om dem samtidig med, at de dannede grundlag for det nye retsstudium i Bologna.

Kort før 1100 indledtes et studium af de romerske retskilder ved universitetet i Bologna – den såkaldte Bolognaskole. Hermed begyndte en ny fase i romerrettens historie, nemlig dens udbredelse over Europa som grundlag for det retsvidenskabelige studium. »Europa og romerretten« er en slagordsagtig sammenfatning af dette fænomen. Retshistorikerne har i de senere år interesseret sig for enten den klassiske romerret eller den senere europæiske retsudvikling »efter Bologna«. Først skal vi imidlertid se på den periode, som ligger imellem den klassiske ret og genoplivelsen af romerretten i Bologna. Det er tiden fra ca. 300 og indtil omkring 1100, som vi skal beskæftige os med her som en del af et større spørgsmål, nemlig hvordan det gik til, at et retssystem som romerretten, der blev til med henblik på at fungere inden for de bestemte historiske rammer, som Romerriket satte, kunne overleve romerrikets undergang og senere danne grundlaget for retten i et Europa, der økonomisk, socialt og kulturelt så ganske anderledes ud end det geografiske rum, som romerretten oprindeligt havde været gældende i.

Savigny

Den første videnskabelige fremstilling af romerretten i middelalderen var den tyske retshistoriker Friedrich Carl von Savignys hovedværk *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (1815 ff.). Værket falder i to dele med netop Bolognaskolens opståen som skillelinjen. I det første af de to bind, der skildrer romerrettens udvikling før Bologna, beskriver Savigny forskningens opgave således:

»I dette værk, som altså skal fremstille romerrettens skæbne i middelalderen, må man for hvert folk og for hver tidsalder for sig undersøge, hvad det er, der netop her fremtræder som romersk ret og virker som sådan. Men disse undersøgelser kræver et almindeligt fundament. Middelalderens stater, som det vestlige rige opløste sig i, viser tilbage til rigets tilstand før denne opløsning. Derfor er det nødvendigt frem for alt at bestemme den skikkelse, som romerretten havde taget i det 5. århundrede e. Kr., men det kan man kun, når man er forberedt ved at kaste et blik på den tidligere historie.«

Savigny er en af Europas betydeligste jurister. Hans forskningsindsats var grundlæggende for studiet af romerretten i middelalderen, men langt fra begrænset hertil. Der er i de mere end 150 år, som er forløbet siden fremkomsten af

Europa og romerretten

hans værk om romerrettens historie sket meget med hensyn til udforskningen af denne periode.

Værket *Jus romanum medii aevi* (IRMAE), en moderne Savigny, uddyber og giver en ny fremstilling af romerrettens historie før og efter Bologna. Men grundideen er stadig den samme som hos Savigny, at der er identitet mellem romerretten dengang og i dag, og at der er tale om en kontinuerlig udvikling. Det er den samme romerret, vi møder i forskellige skikkelser og afskygninger.

Man taler om Europa og romerretten eller om *Jus commune* for at betegne romerrettens betydning for den senere europæiske retsudvikling. Udviklingen forløb imidlertid forskelligt i den østlige og vestlige del af romerriget. I det øst-romerske rige genoplivedes den klassiske romerske ret i det 6. århundrede under kejser Justinian, en udvikling, som var forberedt af retsskoler i Konstantinopel og Beirut og flere andre steder. I vesten derimod befandt romerretten sig i en nedgangsperiode indtil det 11. århundrede.

Romerretten

Det er ikke helt let at besvare spørgsmålet om, hvad romerret er, entydigt. Det hænger sammen med romerrettens egen udviklingshistorie, der har strakt sig over flere århundreder, og det hænger sammen med den betydning, som romerretten har fået for den senere retsudvikling. Hvilket stadium af romerrettens udviklingshistorie tænker man på, når man spørger, hvad romerret er? Et naturligt udgangspunkt for besvarelsen af dette spørgsmål frembyder de romerske retskilder i den form, hvori de er overleveret os. Her skal i første omgang i introduceres det store værk, der gennem århundreder har dannet grundlaget for romerretsstudiet.

Romerrettens historie går tilbage til Roms grundlæggelse 703 f. Kr. men grundlaget for vort kendskab til romerretten er først og fremmest *Corpus juris civilis*, en betegnelse man siden det 16. århundrede har anvendt på en lovsamling, der blev til i Konstantinopel i årene 529-34 på foranledning af kejser Justinian. Denne lovsamling bestod oprindeligt af tre, senere fire dele af vidt forskellig karakter. Lovværkets første del *Institutiones* (forkortet I.) er en lærebog i romerret til brug for studerende ved retsskoler eller andre, der ønskede en indføring i det ikke let overskuelige system. Som grundlag for denne lærebog, der indeholder en systematisk fremstilling af romerretten,

Europa og romerretten

tjente en ældre lærebog af juristen *Gaius* fra det 2. årh. e. Kr. *Institutiones* havde lovskraft og var dermed gyldig på lige fod med de øvrige dele af lovværket.

Oversigt over Roms historie

Roms historie og ikke mindst den romerske forfatningshistorie er grundlæggende for forståelsen af europæisk forfatningsudvikling.

753 f. Kr.	Roms grundlæggelse
510	Kongedømmet afskaffes og republikken indføres. Republikkens vigtigste institutioner er embedsmændene (konsuler, prætorer, ædiler, censorer og folketribuner), folkeforsamlingerne og senatet.
ca. 450 f. Kr.	De XII Tavlens lov
31 f. Kr.	Den romerske »revolution« – republikken afløses af principatet under Augustus, der samler magten hos kejseren
284 f.	Dominatet
395	Romerriget deles i en østlig og en vestlig del
476	Romerrigets undergang i Vest
529-534	Justinians lovværk
1453	Tyrkerne erobrer Konstantinopel

Digesta eller *Pandectae* er navnet på lovværkets anden del, der indeholder en lang række udtog af ældre juristers skrifter. For det juridiske studiums opblomstring blev det af afgørende betydning, at lovsamlingen indeholdt en samling af udtog af romerske juristers skrifter. Inden for romerretsforskningen tales om den klassiske periode i romerretten. Hermed tænkes på de første århundreder af vor tidsregning, hvor den romerske retsvidenskab nåede et særlig højt stade. De jurister, som er citeret i Justinians lovsamling, stammer alle fra denne periode, som ligger et par hundrede år eller mere førend Justinians egen tid. I denne del af lovsamlingen, som i en moderne udgave fylder knap 900 tættrykte tospaltede sider, indeholdes vort væsentligste kendskab til den romerske retsvidenskab. Ordet *Digesta* benyttedes også før Justinian om juridiske værker og angav, at der var tale om en ordnet fremstilling af stoffet eller en samling. Anvendelsen af det græske ord *pandectae*, der betyder altomfattende, var udtryk for at man mente deri at have samlet al romerretlig litteratur af betydning. En liste over forfatterne og de citerede værker er bevaret under navnet *Index Florentinus*. Det fremgår heraf, at 39 forskellige romerske jurister er citeret i Digesterne med et eller flere værker. Derudover er andre jurister omtalt i forbindelse med en omtale af deres opfattelse i

Europa og romerretten

de værker, der bringes udtoget af. På den måde har vi kendskab til over 100 romerske jurister. Af de citerede jurister er der nogle, der citeres langt hyppigere end andre. Vigtigst i så henseende er *Ulpian* fra første halvdel af det 3. årh. e. Kr. Ca. en tredjedel af Digesterne er citater fra hans værker. Fælles for de citerede jurister er, at de ikke tilhører Justinians tid (6. årh.), men perioden fra den romerske republiks udgang (1. årh. f. Kr.) indtil slutningen af det 3. årh. e. Kr. Man betegner denne periode som den *klassiske* periode i romerretten og juristerne fra denne periode som klassikere. Det er især denne periode, der interesserer den romerretlige forskning. Grunden til, at man især interesserer sig for denne periode og ikke alene for Justinians tid er, at de romerske jurister, vi har kendskab til, stammer fra den klassiske periode. Det er først og fremmest de udtoget af de klassiske romerske juristers skrifter, der bringes i Digesterne, der har dannet grundlag for det retsvidenskabelige studium i Europa.

Man kan diskutere periodens nøjagtige afgrænsning. Efter nogles opfattelse begynder perioden med Augustus og slutter med kejser Diokletians tronbestigelse i 284. Andre (engelske) romerrettsforskere taler om en såkaldt »formative period« i romerretten for årene 150 f. Kr. indtil begyndelsen af det 2. årh. e. Kr. og vil derefter koncentrere den egentlige klassiske periode i det 2. og 3. årh. e. Kr.

I det følgende benyttes betegnelsen den klassiske periode i den første betydning. Afgørende for denne afgrænsning er især, at det er i disse århundreder, de romerske jurister virkede, som afgørende prægede romerretten.

Codex er en samling af kejserlige forordninger. Denne lovsamling afløste tidligere forsøg på at kodificere romerretten. Det vigtigste af disse forsøg blev gjort under kejser Theodosius i årene 431-38. Resultatet heraf var *Codex Theodosianus* (438), hvoraf en enkelt tekst bringes nedenfor. Justinians Codex er inddelt i tolv bøger, der atter er inddelt i titler og fragmenter. Henvisningssystemet er det samme som ved Digesterne, blot at Codex forkortes C.

Senere er til Justinians lovværk knyttet endnu en del, de såkaldte *Novellae*, der indeholder lovgivning efter fremkomsten af Codex. En del af disse love er affattet på græsk.

Corpus juris civilis

Indledningen til Justinians lovgivningsværk dannede en *constitutio*, der efter sin indledning kaldes *Haec* fra 528, der befalede en timandskommission under

Europa og romerretten

ledelse af Jusitnians rådgiver Tribonian – den egentlige initiativtager og værkets »sjæl« – og under medvirken af to juridiske professorer at udarbejde en samling af den kejserlige lovgivning, der sattes i kraft (ved *constitutio Summa*) året efter.

I 530 fik Tribonian (ved en *const. Deo auctore*) ordre til at danne en ny kommission med henblik på at samle de romerske juristskrifter. Kommissionen kom foruden af Tribonian til at bestå af fire professorer, to fra retsskolen i Beirut (Dorotheus og Antolius), og to fra Konstantinopel (Theophilus og Cartinus) samt elleve andre jurister. Værket sattes efter kun tre års arbejde i kraft som *Digesta* eller *Pandectae* ved *Const. Tanta* (græsk *const. Dedoken*).

Digesterne er inddelt i 50 bøger, der hver består af et antal titler (Tituli), der igen er inddelt i fragmenter eller leges. I dag citeres Digesterne som regel således: F.eks. D 9,2,27,pr., hvor 9 refererer sig til bogen, 2 til titlen og 27 til fragmentet. Pr. er en forkortelse for principium, altså første del af fragmentet. En række fragmenter er opdelt i flere afsnit, der således indledes med principium, og først derefter følger § 1, § 2 o.s.v. Dette hænger sammen med, at §-tegnet oprindeligt er en forkortelse for *signum sectionis* (s.s.), altså tegn på adskillelse.

Institutiones udarbejdedes hovedsagelig af Theophilus og Dorotheus og blev i 533 kort før Digesterne sat i kraft som officiel lærebog (ved *const. Imperatoriam*). Endelig blev det nødvendigt at underkaste Codex en nybearbejdelse og en ny såkaldt *Codex repetitae praelectionis* blev (ved *const. Cordi*) sat i kraft 534.

Justinians lovsamling er ikke en kodifikation i moderne forstand. Det er ikke et systematisk lovværk. Tværtimod er det nødvendigt at søge flere steder (i lærebogen, i samlingen af retsvidenskaben (fak. D.) og i lovsamlingen (fak. C.) for at finde reglen. Men det var på det grundlag, at en europæiske retsvidenskab udviklede sig i middelalderen.

Hvis vi vender tilbage til det indledningsvis stillede spørgsmål, hvad romerretten er, er en henvisning til de Justinianske retssamlinger kun en del af svaret. De romerske retskilder fik i denne udformning en lang levetid, idet de kom til at ligge til grund for senere europæisk retsudvikling, da man fik kendskab til romerretten takket være den indsats, der blev gjort ved en række universiteter i Norditalien, først og fremmest Bologna, siden det 12. årh.

Men inden tilblivelsen af Justinians lovværk havde romerretten undergået en lang udvikling:

Om den allerældste romerret – hvad vi kunne kalde den arkaiske periode – ved vi ikke meget, førend konturerne af et retssystem tegner sig for os med den berømte *Tolv Tavlers Lov*, der normalt tidsfæstes til midten af det 5. årh. f. Kr. Denne lov er ikke bevaret i sin helhed, men rundt omkring hos romerske forfattere har man fundet så mange henvisninger til, at det og det stod i denne lov, at man har vovet et rekonstruktionsforsøg

Formularprocessen

I den klassiske periode benyttedes den såkaldte formularproces, der indebar en medvirken fra den romerske embedsmand *prætor* som sammen med parterne redigerede den såkaldte *formula*, der danner grundlag for processen. I denne formula udpegedes en dommer, og det blev fastslået, hvilke retlige og faktiske omstændigheder, han skulle lægge vægt på ved sin afgørelse af sagen. Det hang sammen med processens opdeling i to stadier. Først tog prætor *in jure* stilling til, om der forelå et retskrav, og derefter tog dommeren *in judicio* stilling til, om kravet var bevist. Romerretten byggede på et aktionssystem. Det betød, at der kun bestod en adgang til at få et krav påkendt ved retten, hvor dette var omfattet af en *actio*, som enten kunne fremgå af loven eller være skabt af prætor til supplement af loven. En *actio* var en klage, som gav mulighed for at få et krav pådømt. Vigtig for forståelsen af den romerske retsdannelse i klassisk tid og dermed også af retsvidenskabens rolle i Rom var det, at retsudviklingen kun i begrænset omfang skete ved lov, men at det især var prætor, som ved at skabe nye *actiones* i tilknytning til eller som supplement til de bestående skabte grundlaget for privatrettens udvikling. Der udvikledes en særlig prætorisk ret ved siden af *jus civile*, som var den almindelige betegnelse for den romerske ret.

Denne udvikling skete især i en periode indtil det 1. århundrede e.Kr. Man taler med et engelsk udtryk om en »formative period«. I kejsertiden kom kejserlig lovgivning til at spille en stadig større rolle, og det er denne lovgivning, især fra tiden efter kejser Konstantin i begyndelsen af det 4. århundrede, der er indeholdt i Justinians Codex. I romerretten blev den del af retssystemet, som bestod af retsvidenskab på grundlag af *jus civile* og prætorisk ret, ikke samarbejdet med kejserlovgivningen til et fælles system, og overhovedet har de romerske retskilder en efter vore moderne begreber usystematisk karakter.

Af de romerske retskilder skal her særlig fremhæves de kejserlige forordninger, prætors edikt og de romerske juristers skrifter.

Constitutio principis, den kejserlige forordning, var en retskilde, der fik en større og større betydning i løbet af den klassiske periode for til sidst i det væsentlige at erstatte andre retskilder som middel til rettens videreudvikling.

De oftest citerede jurister i Digesterne stammer fra begyndelsen af det tredje århundrede. Det drejer sig om Papinian, Ulpian og Paulus. De beklædte alle stillinger som *præfectus prætorio*, chef for kejserens livgarde, der samtidig var appelinstant i visse retssager. Blandt de kendteste jurister skal her alene fremhæves fra begyndelsen af kejsertiden Labeo og Sabinus, fra begyndelsen af det andet århundrede Neratius, Celsus og Julian, der alle havde sæde i kejser Hadrians råd (*consilium*), samt Gaius fra det 2. årh.

Prætors edikt

Edikterne var en retskilde, der især i senrepublikken og den tidlige kejsertid spillede en vigtig rolle. Edikter udstedtes af visse romerske embedsmænd ved deres embedstiltrædelse. Heri angav embedsmændene de retningslinier, hvorefter de ville varetage deres embede. De vigtigste embedsmænd var de to konsulere (consules), der havde et almindeligt civilt og militært imperium, altså befalingsmyndighed i riget. Dernæst fulgte *prætorerne*, der havde særlige funktioner i forbindelse med udøvelsen af domsmagten indenfor civil- og straffeprocessen og som derfor kom til at spille en helt afgørende rolle for romerrettens udvikling.

Embedet som prætor indførtes 367 f. Kr. En særlig *praetor peregrinus* (fremmed prætor) til varetagelse af retsplejen mellem fremmede – og sandsynligvis også mellem romerske borgere og fremmede – valgtes 242. Den hidtidige eneprætor betegnede herefter som *praetor urbanus* og tog sig alene af retsplejen mellem romerske borgere. Efterhånden valgtes i alt otte prætorer i Rom, hvoraf de seks tog sig af strafferetsplejen. Efter udløbet af deres embedsår drog de til en senatsprovins som statsholdere (proprætores).

Særligt vigtigt for det romerske retsliv er prætors edikt. Der var gennem prætors virksomhed, at en væsentlig del af udviklingen af den romerske privatret foregik. Prætors edikt fornyedes årligt i forbindelse med en ny prætors tiltræden, idet de romerske embedsmænd kun var valgt for et år ad gangen. Efterhånden fæstnedes faste retningslinier for ediktets udformning – man talte om *edictum tralaticium* (egtl. det overleverede edikt), der gik i arv fra prætor til prætor – indtil det under kejser Hadrian (117-38) af juristen Julian underkastedes en endelig redaktion som *edictum perpetuum* (egtl. det evige edikt). Denne virksomhed resulterede i den opsplitning, som er en af romerrettens væsentligste karakteristika mellem *ius civile* og den af prætor skabte ret, der kaldtes *ius honorarium*:

Papinian, Definitioner, 2. bog (D. 1, 1,7):

Ius civile er den ret, der beror på love, folkeforsamlingsbeslutninger, senatsbeslutninger, kejserens dekretter og juristers autoritet. Den prætoriske ret er den ret, som prætorerne har indført for at hjælpe på eller udfylde eller ændre *ius civile* af hensyn til almenvellet, den kaldes også *honorarium* efter prætors ære (*honor*).

Edikterne udstedtes foruden af prætorerne, ædilerne og andre romerske embedsmænd også af provinsguvernørerne (proconsules, proprætores eller legati). Det er omtvistet hvem deres edikt gjaldt for. Sandsynligvis var det alene de romerske borgere, der boede i provinsen. En af de vigtige genrer inden for den romerske retsvidenskabelige litteratur var ediktskommentarer, først og fremmest til prætors edikt.

Gaius' system

Gaius er i særlig grad blevet berømt på grund af sin klare letlæste lærebog *Institutiones*, der dannede grundlag for Justinians lærebog af samme navn. Hans system er lettilgængeligt med dets hovedinddeling i personer, ting og processuelle regler (*personae, res et actiones*). Denne inddeling blev normgivende for senere juridisk systembygning og terminologi. Tingsretten omfattede både formueret og obligationsret. Om Gaius' person ved vi i virkeligheden intet. Hans liv, herkomst og løbebane er os ubekendt. Det eneste vi med sikkerhed kan sige er, at han må have skrevet sit værk *Institutiones* ca. 160 og at dette værk vandt stor udbredelse.

I begyndelsen af forrige århundrede fandt en tysk historiker på et bibliotek i Verona et håndskrift med Gajus' tekst under en senere tekst. Dette fund af et palimpsest (genbrugt dokument) med Gajusteksten var vigtigt, fordi den historiske udforskning af romerretten hermed fik kendskab til den klassiske romerske tekst og dermed en mulighed for at sammenligne originalteksten med den senere version. Gajusteksten gav bl.a. en lang række oplysninger om processystemet i klassisk tid, som siden var blevet ændret.

Under de severiske kejsere (o. 200 e. Kr.) virkede de tre store jurister Papinian, Paulus og Ulpian. Papinian nød i sin samtid og eftertid et ganske særligt ry som den mest fremragende af de romerske jurister. Ved undersøgelser over den arbejdsform, som anvendtes af den kommission, der udarbejdede Justinians *Digeste*, har man fastslået, at den arbejdede i tre underkommissioner og en af disse var alene beskæftiget med gennemlæsningen og ekstraheringen af Papinians værker. Også et særligt ry som juriststandens martyr har Papinian opnået på grund af historien om, at kejser Caracalla skulle have ladet ham myrde, da han nægtede at forsvare mordet på broderen Geta. Papinians hovedværker *Quaestiones* og *Responsa* er forfattet i en kort og knap ofte vanskelig stil, der må have gjort læsningen krævende allerede i samtiden. I det kejserlige bureaukrati indtog Papinian en høj stilling som *praefectus praetorio*, leder af prætorianergarden og tillige øverste appelinstans for hele romerriket (bortset fra byen Rom), og denne hans position kan måske have haft betydning for den høje grad af almengyldighed, han tillægger de af ham selv udtalte retssætninger.

Med Ulpian og Paulus når den klassiske periode sin afslutning. Paulus var assessor hos *praefectus praetorio* under Papinian; han havde sammen med ham sæde i kejserens *consilium* og avancerede senere til *praefectus praetorio*.

Europa og romerretten

Han har forfattet en lang række monografier, en stor ediktskommentar i 80 bøger og nogle problemataværker.

Ulpian

Ulpian var chef for prætorianergarden, men kom tilsyneladende dårligt ud af det med soldaterne, der under et oprør myrdede ham i 228 e. Kr. Han var rådgiver for kejser Alexander Severus og synes at have haft stor indflydelse på regeringens førelse. Ulpians produktion er enorm og flittigt anvendt af Digesternes kompilatorer. Hans største værk er ediktskommentaren i 83 bøger til prætors og ædilernes edikt, der dannede grundlag for den del af Digesterne, der er knyttet til ediktet. Som nævnt arbejdede Digestkommissionen i tre underkommissioner, og ligesom en af dem tog sig af Papinian, tog en anden sig af ediktskommentarerne (og en tredje af kommentarværkerne ad Sabinum). Ulpian skrev også en kommentar *ad Sabinum* og en række monografier, bl.a. om de enkelte embedsmænds pligter, ligesom hans nære tilknytning til magtens centrum har givet sig udslag i betragtninger om statsretten, se f.eks. D.1,4,1, pr. Ulpians store kommentarværker kan betragtes som afslutningen på den klassiske periode. Han er den sidste, der behersker den klassiske retsvidenskab, som han gennem citater og kommentarer overleverer sam- og eftertiden. Tendensen er klart at skabe en autoritativ kommentar, der kodificerer den hidtidige retsvidenskab. Man har sammenlignet Ulpians værker med de amerikanske *restatements*, som sammenfatter, hvad gældende ret er på bestemte områder. Ulpian citerer meget. I sin ediktskommentar gengiver han således store dele af ediktet, som han derefter kommenterer i tilknytning til de enkelte ord og vendinger. Ediktskommentaren medtager næsten udelukkende prætorisk ret, medmindre det som ved *lex Aquilia* var nødvendigt for forståelsen af den prætoriske ret også at omtale *ius civile*.

Som den sidste klassiske jurist plejer man at omtale Modestinus. En anden sen jurist Hermogenianus udgav i begyndelsen af det 4. årh. en epitome (udtog) af ældre retslitteratur. Han er den yngste jurist, der er excerperet af Digestkommissionen.

Lex Aquilia

I romerretten fandtes ingen selvstændig erstatningsret, men reglerne var indeholdt i en række forskellige erstatningsklager, der byggede på forskellige synspunkter. Om en af disse erstatningsklager, den såkaldte *actio legis Aquiliae*, var allerede i det første århundrede f. Kr. af romerske jurister fastslået, at den kun fandt anvendelse, hvor der var udvist culpa eller forsæt (*dolus*) fra skadevolders side. Denne erstatningsklage vedrørte alene tingsbeskadigelse og ikke person-

Europa og romerretten

skade. Med romerrettens fremtrængen i Europa i middelalderen og nyere tid fik denne erstatningsklage sin særlige betydning, og i tysk retsvidenskab i det 17. århundrede blev den udformet på en sådan måde, at den blev en almindelig erstatningsklage i de tilfælde, hvor der forelå skade forvoldt ved culpa.

Gaius, Kommentar til provinsediktet, 7. bog (D. 9,2,2, pr. – 1)

I første afsnit af lex Aquilia bestemmes: »Hvis nogen uretmæssigt har dræbt anden mands slave eller slavinde eller firfodede kreatur, skal han være pligtig at betale ejeren et så stort beløb i penge, som vedkommende tings højeste værdi i det år har andraget«; og nedenfor bestemmes dernæst, at mod den der nægter skal der indrømmes en klage på det dobbelte beløb.

Ulpian, Kommentar til ediktet, 18. bog (D. 9,2,27,5):

I det tredje kapitel bestemmer lex Aquilia: »Hvis nogen har forvoldt anden skade på andre ting end drab af slaver og kvæg idet han uretmæssigt har brændt, brudt eller slået i stykker, så meget som den ting i de nærmeste tredive dage var værd, så meget skal han dømmes til at betale ejeren«.

Samme: (D. 9,2,11,pr.):

Ligeledes skriver Mela, at hvis nogen spiller bold og en kommer til at støde for kraftigt til bolden, således at den rammer en barber på hånden, hvorved en slave, der er ved at blive barberet, får halsen skåret over, så hæfter den af dem efter lex Aquilia, der bærer skylden. Proculus siger, at det er barberen, der bærer skylden, og det er rigtigt, at hvis han drev barbersalon på et sted, hvor der sædvanligvis blev spillet, eller der hyppigt passerede nogen forbi, så er han ansvarlig, men det er heller ikke med urette, at man siger, at hvis nogen indlader sig med en barber, der driver sin virksomhed på et farligt sted, så må han rette sine bebrejdelser mod sig selv.

Samme: (D. 9,2,29,2):

Hvis dit skib forvolder mig skade ved at støde ind i min båd, så er det et spørgsmål, hvilken klage (actio), jeg kan anvende, og Proculus siger, at hvis det stod i sømændenes magt at undgå kollisionen, og den skete på grund af deres fejl (culpa), så kan der rejses klage mod dem efter lex Aquilia, for det spiller ikke nogen stor rolle, om du forvolder skade ved at løsne båden eller ved at styre eller med din egen hånd, for i alle disse tilfælde tilføjes jeg skade af dig, men hvis skibet støder mod, efter at et reb er sprunget eller på et tidspunkt, hvor ingen styrer, så kan der ikke rejses nogen klage mod ejeren.

Romerretten fik først og fremmest betydning for udviklingen af europæisk privatret. De romerske erstatningsklager dannede grundlaget for udviklingen af en erstatningsret med hovedvægten på skyldprincippet.

Europa og romerretten

Den romerske kontraktsret er særlig vigtig og byggede på en inddeling af kontrakter i typer. Enhver form for aftale kunne indgås i form af en såkaldte stipulatio, der kom i stand ved at parterne udvekslede bestemte former for spørgsmål og svar, der skulle være overensstemmende. Som type kaldes den mundtligt indgåede stipulatio for en verbalkontrakt. Senere udvikledes konsensulakontrakterne, der var karakteriserede ved, at parternes enighed – consensus – var det aftalestiftende grundlag. Til konsensulakontrakterne hørte køb og salg (emptio venditio), leje, værksleje og arbejdskontrakter, der systematisk sammenfattedes som et kontraktsforhold (locatio conductio), fuldmagt (mandatum) og selskabskontrakten (societas). Realkontrakter forudsatte, at en af parterne havde overgivet en ydelse og gik ud på tilbagegivelse af denne. Hertil hørte lån til eje (mutuum), lån til brug (commodatum), forvaring (depositum) og pant (pignus). De romerske retskilder indeholder et væld af kasuistik i forbindelse med kontraktslæren, som fik helt afgørende betydning for retsvidenskabens historie i Europa og for de store europæiske kodifikationer først og fremmest den tyske civillovbog BGB.

Det er en almindelig dansk opfattelse, at romerretten ikke har været gældende i Danmark. Det er kun delvis rigtigt. Romerretten har ikke været gældende i den forstand, at der i danske retssale direkte kunne henvises til de romerske retskilder. Men romerretten har haft helt afgørende betydning for udviklingen af retsvidenskabens, og dansk retsvidenskab står i kraft af hele sin udvikling som en del af retsvidenskabens i det kontinentale Europa i gæld til romerretten.

Romerretten i Vesteuropa

Med de germanske og gotiske folkeslags indvandring i den vestlige del af romerriget stod man over for nye retlige problemer. Spørgsmålet om, hvilken ret, der skulle gælde, løstes oprindeligt efter et personalitetsprincip. Retten var personlig således at romerske borgere i de nye stater, som dannedes på romerrigets grund, fortsat levede efter romersk ret også under fremmedherredømme, mens de fremmede folkeslag medbragte deres egen ret, som i de følgende år blev nedskrevet i love på latin.

I Vesten forløb romerrettens udvikling i det store og hele uden kendskab til Justinians lovværk. Vi har kendskab til tre love på latin givet for de romerske indbyggere under fremmedherredømme efter det vestromerske riges fald i 476.

Europa og romerretten

Det såkaldte *Edictum Theoderici* anses traditionelt for at være en lov, udstedt af Theoderic den Store for østgoterne i Italien. Efter en omtvistet teori er der imidlertid tale om en vestgotisk lov udstedt af kong Theoderic den 2. i midten af det 5. århundrede. Loven bygger på *Codex Theodosianus* og senere kejserlig lovgivning, på et senromersk værk, der kaldes *Pauli Sententiae* samt værker af Ulpian.

Fra omkring 500 stammer en *Lex romana Burgundionum*, en lov for de romerske indbyggere i det burgundiske rige. Den bygger på kejserlovgivningen, *Pauli Sententiae* og Gaius *Institutiones*. Denne lov viser slægtskab med den samtidige *Lex burgundionum* for de burgundiske indbyggere i riget.

Den vigtigste af de tre love, som vi kender for romerske indbyggere under fremmedherredømme, er imidlertid det såkaldte *Breviarium Alaricianum*, eller *Lex romana Visigotorum* fra 500 e. Kr. Der er tale om en lov givet for de romerske indbyggere i det vestgotiske rige i Sydfrankrig og Spanien. Vi står her over for langt den mest omfattende og betydningsfulde samling af romerretten i Vesteuropa, men brevariatet har i den retshistoriske forskning længe stået i skyggen af *Corpus juris* trods dets store betydning som grundlag for europæisk retsudvikling i tidlig middelalder. Langt frem i tiden vedblev denne lovbog at danne grundlag for romerrettens anvendelse i Vesteuropa – i Spanien indtil 654 og i Frankrig endnu længere. Som andre senantikke retskilder består brevariatet af såvel *jus*, retsvidenskab som *leges*, love. Der er tale om en samling af ældre ret og ikke om ny lovgivning. Indholdet er først og fremmest kejserlige forordninger, ordnet på samme måde som i *Codex Theodosianus*. De kejserlige love er ledsaget af fortolkende noter, såkaldte *interpretationes*. Lovens anden hoveddel udgøres af en epitome, et udtog af Gaius' *Institutiones*. Hertil kommer som en tredje del *Pauli Sententiae*, altså en række fragmenter af juristskrifter, og et enkelt fragment fra juristen Papinian. Således består denne lovbog ligesom den lidt yngre Justinians *Corpus Juris* af en lærebog samt juristskrifter og kejserlig lovgivning.

I det såkaldte *commonitorium*, som indleder loven som en fortale, forklarer Alaric baggrunden for dens udstedelse: At afhjælpe det i retten, der måtte forekomme uretfærdigt, samt at klarlægge dunkle punkter og tvetydigheder. Retten skulle derfor samles i en lovbog udarbejdet af en kommission af gejstlige og adelige. Det blev dommerne under dødsstraf forbudt for fremtiden at anvende ret, som ikke var optaget i lovbogen. Hermed skete en betydelig forenkling af det romerske retsstof. Kun 400 af de ca. 3.400 love, der er optaget i *Codex Theodosianus*, var herefter gældende i Vesteuropa, og der skete tillige en betydelig reduktion af den forhåndenværende retslitteratur.

Europa og romerretten

Breviarium Alaricianum ophørte med at gælde i det vestgotiske rige i Spanien ved udstedelsen af *Lex Visigotorum* (også kaldet *Forum Judicum*, hvoraf senere spansk *Fuero juzgo*) i 654 under kong Reccesvind. Denne lov gjaldt for såvel vestgotere som romere. I Sydfrankrig vedblev breviarieret derimod at gælde, og det fortrængte *Lex romana burgundionum*. Kendskabet til breviarieret nåede også til Schweiz, hvor det dannede grundlag for de såkaldte *Lex romana curiensis* fra slutningen af det 8. århundrede.

Først fra omkring 1150 trængte kendskabet til Justinians lovsamling breviarieret tilbage i retsanvendelsen uden for Italien. I selve Italien fik det mindre betydning, for her vedblev kendskabet til *Institutiones*, *Codex* og til de kejserlige *Novellae* i form af den byzantinske *Epitome Julian* at bestå.

Breviarium Alaricianum

Breviarium Alaricianum er efter traditionen udstedt af den vestgotiske konge Alaric II. Vestgoterne var de første, der på samme måde som de romerske kejsere begyndte at lovgive som led i organiseringen af deres riger. Alaric II's forgænger, Euric, havde i 476 udstedt en *Codex Euricianus* for vestgoterne, men der er nu rejst spørgsmål om ikke også denne første vestgotiske lov skal tillægges Alaric II, således at han fremstår som lovgiver for både romerne og de vestgotiske indbyggere i riget. En anden teori går ud på, at både loven fra 476 og *Lex romana Visigotorum* er territoriale love og ikke stammelove. *Lex romana Visigotorum* opfattes herefter som et supplement til *Codex Euricianus*. For nogle år siden blev yderligere den teori opstillet, at der var tale om et rent hastværksarbejde. Det vestgotiske rige i Sydfrankrig gik under i 507, og lovbogen kan dateres til 506. En tysk retshistoriker (Bruck) gjorde sig derfor til talsmand for den opfattelse, at loven blev udstedt i et forsøg på at vinde de romerske indbyggere for vestgoternes sag i kampen mod de fremstormende frankere under Klodevig. Kong Alaric II faldt i 507 i et slag mod frankerne, og den almindelige bedømmelse af Alarics kongegerning har siden været mindre gunstig. En anden tysk retshistoriker (Herman Nehlsen) har forsøgt at opvurdere Alaric og påpeget, at intet tyder på, at der var begrundet frygt for, at de romerske indbyggere skulle være ham illoyale, og han har også peget på, at loven afspejler vestgoternes imødekommenhed over for kirken. Men overhovedet viser loven, at de vestgotiske konger opfattede sig som den romerske kejsers efterfølgere ved at gøre krav på lovgivningsmagt. I stedet for et forsøg på at komme romerne i møde ses loven som et udtryk for en stærk herskers lovgivningspræentioner, og der tegnes hermed et billede af Alaric som en kraftig hersker. Loven skulle således snarere være udtryk for et opsving efter en nedgangsperiode umiddelbart forinden, og det passer da også ind i dette billede at tillægge Alaric *Codex Euricianus*, der ellers dateres til 476.

Europa og romerretten



Europa og romerretten

Om en egentlig juridisk uddannelse var der i denne periode ikke tale i Vesteuropa, men visse retskundskaber meddeltes dog i forbindelse med trivialundervisningen som led i undervisningen i grammatik eller dialektik og på de kloster- og domskoler, der efterhånden oprettedes. Her har man bl.a. læst Isidor af Sevilas *Etymologiae* fra begyndelsen af det 7. århundrede, som også rummer juridisk stof, som for det meste stammer fra ikke-juridiske forfattere eller fra *Breviarium Alaricianum* og Gaius' *Institutiones*. Sætninger fra Isidor optoges i vestgotisk lovgivning i kanonisk ret og senere i fortalen til vor Jyske Lov.

Byzantinsk ret

I det østromerske rige Byzans udvikledes en særlig byzantinsk ret i perioden efter Justinian, hvor græsk efterhånden helt trådte i stedet for latin som retssprog. Kort efter Justinian fik genoplivelsen af den klassiske tradition i Østrom en brat ende. Det byzantinske imperium kom ind i en svær krise. Pengeøkonomien var da i det væsentlige faldet bort i imperiet. I en række juridisk mørke århundreder blev Digesterne hurtigt glemt, og Justinians lovværk afløstes af en række elementære kompendier på græsk over den justinianske ret. Et opsving indtrådte i det 8. århundrede, hvor privatretten og strafferetten blev samlet i en såkaldt *Eclogæ*, der kan minde om den senklassiske vulgærret uden videnskabelige præstationer. Fra det 9. årh. under det makedonske kejserdynasti oplevede den justinianske ret en renæssance. Man taler om en »makedonsk renæssance«, som gik ud på at rense retten – såkaldt *anakartharsis* – for de forvanskninger, den havde gennemgået i den forudgående periode. En ny lovtekst blev udstedt af kejser Leo VI (886-911) under navnet *Basilika*, en art kompendium over den justinianske ret, som senere blev suppleret af en række nye love, *Novellæ*, ligesom under Justinian. Fra denne periode er også enkelte retsvidenskabelige værker bevaret. Efter erobringen under det såkaldte 4. korstog, der blev ledet fra Venezia, i 1204 rejste Byzans sig ikke igen. Efterhånden omfattede riget kun Syditalien, øerne i Ægæerhavet og den vestlige del af Lilleasien (Anatolien). Imperiet blev til sidst kun holdt oppe af den stærkt befæstede by Konstantinopel, som holdt stand mod tyrkerne, indtil erobringen i 1453. Vi kender enkelte juridiske værker fra de sidste århundreder af Byzans' lange historie. Et eksempel er *Hexabiblos* fra 1345, som også under tyrkisk herredømme var med til at fastholde den gamle *jus græco-romanum*, der vedblev med at gælde indtil Grækenland og de andre ny stater, som opstod i det 19. århundrede, der hvor tyrkerne hidtil havde hersket, fik egne lovbøger. Heksabiblos var lovbogen i det uafhængige Grækenland i det 19. århundrede, og den afløstes først i 1946 af en ny græsk civillovbog efter tysk forbillede.

Karolingisk renæssance og angelsaksisk lovgivning

Det nuværende Frankrig regeredes i tidlig middelalder af de merovingiske og de karolingiske herskerdynastier. Under de første frankiske konger – merovingerne – udstedtes love for frankerne. To love kendes, nemlig den såkaldte *Lex Salica*, givet af kong Klodevig (481-541) og altså samtidig med de ældste vestgotiske love, og den senere *Lex Ribuarica*.

Karl den Store

Tidligere pegede man gerne i retshistorien på betydningen af store lovgiverskikkelser. Justianian og Tribonian hører til de oftest fremhævede. Men også Hammurabi, det gamle Babylons lovgiver, grækeren Solon, Napoléon eller herhjemme Valdemar Sejf nævnes ofte særlig i forbindelse med deres indsats som lovgivere. Karl den Store, som lod sig krone til kejser år 800, er ikke blot et symbol på europæisk samling, men han hører også til lovgiverpersonlighederne. Under ham suppleredes de gamle frankiske stammelove af de såkaldte kapitularier udstedt af kongen. Med *kapitularier* betegner man således de love og administrative bestemmelser, som de karolingske herskere udstedte, men tilsvarende former for retsfastsættelse fandtes også tidligere. Under Karl den Stores stærke styre omkring 800, der ofte omtales som den karolingiske renæssance, blev kapitularierne omend i en kort periode et vigtigt styringsmiddel. Kapitularier var inddelt i kapitler (*capituli*). Ved at give *consensus* – samtykke – til disse love anerkendte befolkningen dem som gyldige og forpligtede sig til at overholde dem. En lignende fremgangsmåde kendes langt senere i Danmark. En kongelig forordning fra år 1200 om manddrab blev således også udstedt med samtykke af de bedste mænd i landet.

Ligesom tilfældet senere var med de danske landskabslove, foretoges oprindelig ikke redaktionelle ændringer i de gamle stammelove (*leges*). Det skete først efter, at Karl den Store var kronet til kejser og hermed anså sig som lovgiver på linie med de romerske kejsere.

Overalt hvor de nye folkeslag mødte romersk kultur opstod ønsket om at give love. De blev oprindelig skrevet på latin. De ældste germanske love skrevet på modersmålet var den angelsaksiske konge Athelbert af Kents såkaldte »deoms« fra o. 600. I ældre engelsk retssprog kaldes love for »do-oms«. Ordet *law* er et låneord fra dansk, *lagu*, som fortrængte det gamle angelsaksiske ord for ret *æw* (sml. ever, evig). Udstedelsen af de ældste engelske love hang formentlig sammen med den kontakt med Rom, som

Europa og romerretten

opnåedes, da missionæren Augustin o. 600 kom til England. I England findes siden en ubrudt række af angelsaksiske love.

I samme periode, hvor de angelsaksiske love blev til, udstedte i Norditalien den longobardiske konge sit *Edictum Rothari* (643), og også andre germanske folkeslag i Mitteleuropa fik egne love, som f.eks. alemannere og bajrere med *Lex Alamannorum* og *Lex Baiuvarorum* (senere fik også frisere, sachser og thyringer nedskrevet love).

Lensretten

I den europæiske retsudvikling kom feudalismen til at spille en vigtig rolle som baggrund for udviklingen af en særlig lensret. Udgangspunktet var den juridiske situation, som forelå, når en person (vassal) modtog et stykke land som *beneficium* mod at forpligte sig til personlig tjenesteydelse af militær art, eller overhovedet når en person overdrog sin jord til en anden mod ret til at bruge den og i givet fald yde militærtjeneste mod til gengæld at nyde den andens beskyttelse. Lensvæsenets udvikling hænger formentlig militært sammen med rytterhærens opståen, og forpligtelsen gik da ud på at stille et bestemt antal ryttere i krigstid.

Lensretten var den ret, som regulerede forholdet mellem lensherren og hans vassal. Systemet var udviklet i Frankrig under karolingerne, i longobardisk ret, og det fik stor betydning i England efter normannernes erobring i 1066. Lensretten indeholdt regler om ret til jord og om visse forbrydelser, som kunne medføre fortabelse af rettigheder (feloni). En vigtig bestanddel af lensretten udover reglerne om det personlige bånd mellem lensherre og vassal og retten til fast ejendom var også de rettigheder af offentlig art som domsmyndighed og forvaltning, som var delegeret til vasallen. En vigtig sondring var her den større – på dansk såkaldt *hånds- og halsret* – og den mindre jurisdiktionsret, alt efter om der kunne idømmes dødsstraf eller ej.

Lensretten var en vigtig bestanddel af den middelalderlige ret i Frankrig og Tyskland, og kendskab til lensretten er af stor betydning for forståelsen af engelsk ret, som i vidt omfang er en videreudvikling af kontinental lensret. Især i reglerne om fast ejendom i engelsk common law er reminiscenserne af den gamle lensret tydelige.

Europa og romerretten

Dansk lensret

I Danmark dukker lensretlige elementer op i middelalderen. Danske konger eller tronprætendenter tog ved visse lejligheder landet som len af den tyske kejser og nød dermed hans beskyttelse. En særlig status, som mindede om den europæiske lensret tilkom også Sønderjylland, som blev givet medlemmer af kongeslægten som len, men iøvrigt udvikledes der ikke i Danmark et lensretligt system som i det øvrige Europa. Bortset fra Sønderjylland var danske len rene administrative områder, og deres administrator – lensmanden – udnævntes af kongen uden at embedet gik i arv. Andre steder derimod betød netop lenenes arvelighed, at kongemagten svækkedes, og at det umiddelbare forhold mellem konge og undersåtter løsnedes, da befolkningen betragtede vasallen som deres umiddelbare herre.

Vassallen skyldte sin herre troskab og havde på den anden side rettigheder over et grundstykke. I engelsk ret betegnes denne ret over en fast ejendom som *tenure*, og som regler om fast ejendom og ret til succession i fast ejendom kom lensretten længe til at spille en rolle. Men iøvrigt mistede lensretten sin betydning fra det 13. århundrede samtidig med, at den netop i denne periode blev genstand for et videnskabeligt universitetsstudium.

Kontinuitet eller renæssance?

I løbet af det 11. århundrede tegner sig billedet af en ny opgangsperiode i Europa. Vi står her over for et omstridt spørgsmål i retshistorien. Man har diskuteret, om det opsving, der skete, var et udtryk for en stadig kontinuitet eller for et nybrud – en renæssance. Den tyske retshistoriker Herman Fitting opstillede i det 19. århundrede en såkaldt *kontinuitetstese* og hævdede, at der eksisterede en ubrudt tradition fra retsskolerne i Rom over Ravenna og Pavia til Bologna. Den hollandske romanist Conrat har derimod benægtet, at traditionen for studiet af de romerske retskilder er ældre end det 11. århundrede. Man hæfter sig herved især ved, at Digesterne, altså den del af Corpus juris, der omfattede de romerske juristers skrifter, var ukendt i Vesten indtil slutningen af det 11. århundrede. Hvis man vil tale om videnskab, er det grammatik og ikke retsvidenskab, der er tale om i den forudgående periode, udtalte den tyske romanist Gentzmer skarpt i 1934, idet han påpegede, at kontinuitetstesen i virkeligheden var et produkt af det 19. århundredes naturvidenskabelige udviklingslære. Kontinuitetstesen har næppe mange tilhængere i dag. Der begyndte noget nyt med Irnerius, der traditionelt betragtes som grundlægger af retsstudiet i Bologna omkring 1100. Han kaldtes da også for »Lucerna juris«, rettens lampe. Men allerede i midten af det 11. århundrede var det blevet lysere. Man kan pege på et juridisk center i Pavia,

Europa og romerretten

hvor longobardisk ret allerede dyrkedes, samt i Frankrig i Provence og omkring Orléans. I løbet af det 11. århundrede ændredes billedet af romerretsstudiet. Det opsving i retsstudiet, der skete, synes også at være et udslag af en ny åndelig bevægelse, det man har kaldt »The Renaissance of the 12th Century« eller Protorenaissance, der er udtryk for en almindelig ændring i tidens kulturmønstre. Den tidlige skolastik er også et udtryk for en sådan ændret videnskabelig holdning, og netop skolastikken fik stor betydning for den retsvidenskabelige metode, der anvendtes ved universitetet i Bologna. Her begyndte som nævnt omkring 1100 Irnerius at bearbejde de romerske retskilder, først og fremmest Justinians Digest. Han grundlagde herved den såkaldte glossatorskole, der gav retsvidenskaben et helt nyt grundlag.

Særlig den lombardiske lensret, som var gældende i Italien blev genstand for videnskabelig behandling. Longobardisk ret var allerede i 643 blevet nedskrevet som *Edictum Rothari*, der anses for et særligt fremragende lovværk. Rothari var longobardernes konge i 636-662. Senere konger supplerede ediktet, og den longobardiske ret blev samlet i de såkaldte *Liber papiensis*, hvortil knyttede sig en kommentar *Expositio ad librum papiensem* eller *Lombarda*, som var en systematisk fremstilling af den longobardiske ret. Disse værker, som tilskrives Paviaskolen, vidner om et ganske højt stade for studiet af longobardisk ret, men det er tvivlsomt, om de har været kendt i Bologna før 1200. De lombardiske retskilder *Lombarda* og *Liber Papiensis* blev i Pavia glosseret, og senere kom i Milano en samling af lensretten til, kaldet *Libri Feudorum* (o. 1150). Senere indgik studiet i lensretten som en del af romerretsstudiet i Bologna, og så berømte middelalderjurister som Bartolus kommenterede *Libri Feudorum*. Særlig vigtige var reglerne om lenshierarkiet og om arvegangen.

I England udkom o. 1190 en bog om engelsk ret, som den forelå i form af lensret og sædvanen, kaldet *Glanville*, og i Tyskland udgav Eike von Repgow o. 1235 som en del af sin samling af den saksiske ret – *Sachsenspiegel* en lensret. Lensret og sædvaneret forenedes ofte, således som vi også kan se det i en berømt nedskrivning af en fransk sædvaneret, nemlig Philippe de Beaumanoirs beskrivelse af sædvaneretten i Beauvaisis (nord for Paris) fra o. 1280.

Jus commune

Jus commune den almindelige eller generelle ret – på tysk *gemeines Recht*, på engelsk *common law* eller italiensk *diritto commune* – er den betegnelse, som anvendes for at beskrive det historiske fænomen, at den justinianske romerret, således som den blev bearbejdet af retsskolen i Bologna, i middelalderen blev grundlaget for retsvidenskaben ikke blot i Italien, men i store dele af Europa, hvor den forblev gældende, indtil de store kodifikationer trådte i kraft omkring 1800. Romerretten blev i denne periode genstand for talrige bearbejdelser og tilpasningsbestrebelse i forhold til den lokale ret, som særlig i tiden efter 1200 begyndte at tage skriftlig form af nye love rundt omkring i de europæiske stater. Af stor betydning for romerrettens udbredelse var også forbindelsen med kirken, hvis kanoniske ret sammen med romerretten udgjorde de to universelle retssystemer – *utrumque jus* – som blev studeret ved universiteterne. Det var studiet af romerretten og den nye videnskabelige metode i retsstudiet, som lærtes på universitetet, der var den vigtigste drivkraft bag romerrettens udbredelse i Europa også til lande som Danmark og de andre nordiske lande, som ikke i øvrigt betragtede romerretten som subsidiært gældende, således som det ellers var tilfældet i størstedelen af det øvrige Europa bortset fra England. Jus commune er således ikke identiske med romerretten, men betegner den internationale videnskabelige juridiske tænkemåde, som først og fremmest bygger på de universale retssystemer romerret og kanonisk ret i modsætning til national ret.

Romerretten vandt indpas på meget forskellig måde i de enkelte europæiske stater. Tidligst viste indflydelsen sig i Italien og Sydfrankrig, hvor romerretten havde været gældende. I Nordfrankrig derimod stødte romerretten på opposition. Det gav anledning til spaltningen af det gamle Frankrig i romerretsområdet syd for Loire, de såkaldte *pays de droit écrit*, og sædvaneretsområdet mod nord, *pays de droit coutumier*. I Spanien stod romerretten også i modsætning til den lokale ret kaldet *fueros*, mens Tyskland sent, men til gengæld uden forbehold, o. 1500 gennemførte den såkaldte reception af romerretten i dens helhed (*in complexu*). I Spanien blev under kong Alfonso X af Kastillen i årene omkring 1260 udarbejdet et stort lovværk *las Siete Partidas*, der viser tydelig indflydelse fra romerretten. Lovsamlingen kom dog kun til at gælde med subsidiær gyldighed og først fra 1348.

England havde sin *common law*, og i de nordiske lande gjaldt den nationale ret, som den var fastlagt i middelalderens rets- og lovbøger. Men det, der skete i Bologna, fik også betydning i Norden. I de nordiske lande banede

Europa og romerretten

kanonisk ret vejen for den lærde ret. Uden Bologna ville landskabslovene i de nordiske lande have set anderledes ud.

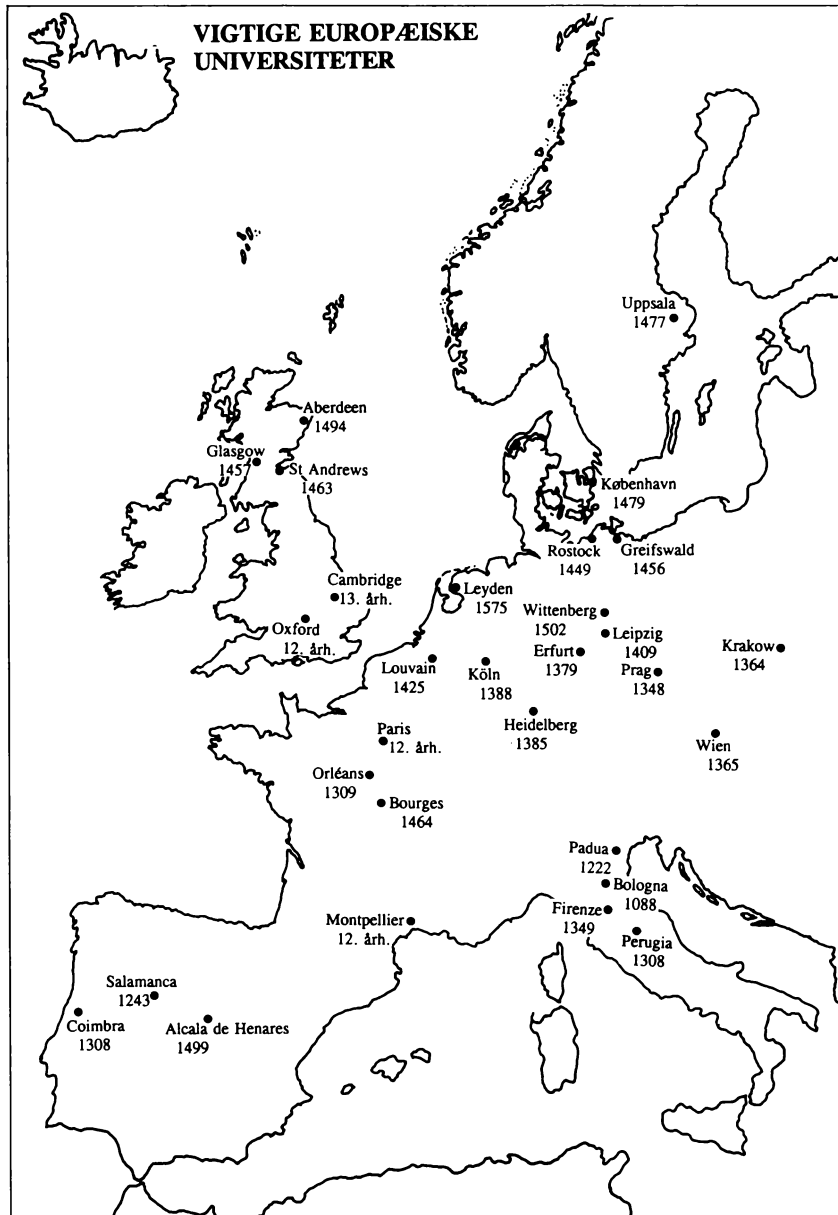
Den egentlige europæiske retshistorie begynder i slutningen af 1000-årene, og det var i Bologna, at det tog fart. Den retsskole, glossatorskolen, som opstod her, var det første vigtige skridt på vejen til en europæisk retsvidenskab, som byggede på romerretten. I 1100-årene begyndte studenter at strømme til Norditalien, først og fremmest til Bologna. Også mange nordiske studenter drog afsted. Deres mål var at erhverve kundskaber i romerret og kanonisk ret. Vi kender navnene på flere af dem, som kom hertil. Blandt de kendteste af dem fra Norden, som formodes at have været her, er den senere ærkebiskop Anders Sunesen, som ikke kunne have skrevet sin kendte latinske gengivelse af den skånske ret, *Liber legis Scaniae* eller parafrasen, uden kendskab til den lærde ret, som dyrkedes ved universitetet. Ja, det er vel et spørgsmål, om det overhovedet havde været muligt at nedskrive de såkaldte landskabslove i Norden i 1100- og 1200-årene, hvis der ikke havde eksisteret juridisk kyndige gejstlige til at føre nedskrivningen i pennen.

Bologna var allerede tidligere et lærdomscenter. Her fandtes en skole, hvor uddannelsen i de såkaldte trivialvidenskaber (grammatik, retorik og dialektik) dannede grundlag for uddannelsen af notarer og administratorer. Ikke langt fra Bologna i Pavia var longobardisk ret blevet doceret, men om det har haft direkte betydning for retsskolens opståen i Bologna kan ikke siges med sikkerhed. Men byen opfyldte også andre vigtige forudsætninger for at blive et retsvidenskabeligt centrum. Bologna var en vigtig handelsby, den lå i et grænseområde mellem kejserens og pavens territorium, og det var i Bologna, at de personer befandt sig, som var i stand til at skabe det nye retsstudium.

Florentina

Bolognaskolens og dermed europæisk retsvidenskabs opståen er snævert knyttet til fundet af et enkelt håndskrift af Justinians Digest. Et fuldstændigt håndskrift, som stammede fra Justinians tid (6. årh.), blev i det 11. århundrede erobret af Pisanerne under en krig med Amalfi. Senere kom det til Firenze, hvor dette Digesthåndskrift, som kendes som *Littera Florentina* nu opbevares. Allerede i slutningen af 1000-årene var det antikke håndskrift blevet skrevet af, og det var dette såkaldte *Vulgata*håndskrift eller *Littera Bononiensis*, som i Bologna kom til at danne grundlag for juridiske studier, som snart omfattede både romerret (legistik) og kanonisk ret (kanonistik).

Europa og romerretten



Europa og romerretten

Denne voldsomme opblussen af interessen for romerretten og den kirkelige ret har gjort, at man undertiden taler om perioden fra ca. 1150-1250 som det »juridiske århundrede.« Hertil kan man også regne de bestræbelser, som i løbet af 1200-årene udfoldedes for at nedskrive den lokale ret flere steder i Europa. De lokale retsoptegnelser vidner om indflydelse fra den »lærde« ret, der doceredes ved Universitetet i Bologna og snart også ved andre universiteter.

Bologna blev et søgt lærdomscenter, og som nævnt kom også fra Danmark og de andre nordiske lande studenter til Bologna for at få kendskab til det nye studium. Ingen har efter blot nogle års studium kunnet tilegne sig hele det store og i sig selv uoverskuelige stof. De, som vendte tilbage til de nordiske lande eller andre steder for der at gå i kirkens tjeneste, har formentlig kendt større eller især mindre dele af romerretten og hovedtræk af kirkeretten. I 1100-årene har kirkeretten, der var det »moderne« retssystem, formentlig stået i centrum for studierne – mens romerretten endnu krævede en betydelig bearbejdelse for at blive tilgængelig.

Der blev holdt særskilte forelæsninger over Digesterne, Codex og Institutiones. Efterhånden tilvejebragtes et apparat af kommentarer – de såkaldte glosser – til lovværket med ordforklaringer og henvisninger eller overvejelser over forholdet mellem flere parallelle steder i lovværket. Disse forklaringer sattes ind som glosser eller noter i håndskrifternes margin eller mellem linierne, og de gav navn til glossatorskolen.

De bekendteste glossatorer er Irenius og hans fire elever Martinus, Bulgarus, Hugo og Jacobus. Vi ved ikke meget om Irenius og om Bologna-skolens grundlæggelse. Afgørende var fundet af den komplette tekst af Justinians Digester. Muligt er teksten dukket op i forbindelse med undersøgelsen af gamle dokumenter, som kunne danne støtte for de respektive parter i den kamp mellem pave og kejser – mellem *sacerdotium* og *regnum* som stod på i de år. De intellektuelle forudsætninger for at forstå og anvende Digesterne, som havde været ukendte i flere hundrede år, var nu til stede.

Glossatorerne producerede ikke blot glosser, men også andre former for litteratur, som modsvarede den måde, hvorpå undervisningen foregik. En litteraturgenre var den såkaldte *summa*, hvor enkelte retsspørgsmål behandlede i sammenfattende form. Azos *Summa* (o. 1200) er den kendteste, mens standardværket, når det gjaldt glosserne, var Accursius' *Glossa ordinaria* fra ca. 1235, der indeholdt 96.940 glosser, så der var noget at gå i gang med for en stud. jur. i Bologna. Accursius' glosse var et privatarbejde og muligvis et familieforetagende, idet en del af glosserne er forfattet af sønnen Franciscus. Han samlede og udvalgte eksisterende glosser og forfattede formentlig også

Europa og romerretten

enkelte selv. Værkets succes blev stor. Det fik ingen efterfølger, men blev anset som det mest komplette »apparat« ved brugen af Justinians lovbog. Som det vigtigste hjælpemiddel i praksis tillagdes værket stor autoritet, således at man efterhånden i praksis kun anerkendte den glosserede del af romerretten som gældende. Det gav anledning til mundheldet: »Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia« (hvad glossen ikke anerkender, anerkender domstolen heller ikke).

For opbygningen af en moderne stat med et kraftigt styre fik romerretten stor betydning. Jurister og fyrster kunne let enes om, at der tilkom fyrsten en stilling som lovgiver og statsoverhoved på samme måde, som det havde været tilfældet for den romerske kejser. Det fik betydning for det tysk-romerske kejserrige, der betragtedes som en fortsættelse af romerriget. Også andre steder kunne man iagttage lignende tendenser, f.eks. i Danmark, hvor kongerne benyttede fra romerretten hentede udtryk som *legem condere* om retsfastsættelsen og betragtede overtrædelse heraf som *Crimen majestatis*, majestætsforbrydelse, for at underbygge deres magt. De berømte ord i Jyske Lovs fortale: »Med lov skal land bygges« stammer formentlig også fra romerretten og hentyder til traditionen om, at man tidligt i Rom sørgede for lovgivning som led i opbygningen af staten. Romerretten blev altså en legitimation for kejsers og kongers ret til at skabe ret.

Romerretlige sætninger som »Quod princeps placuit legem habet vigorem« (Hvad kejseren beslutter har lovkraft), eller forestillingen om, at kejseren ved en *lex Regia* havde fået overdraget lovgivningsmagten, eller at han var »legibus solutus«, frigjort fra eller hævet over loven, var velegnede som støtte for kongers og kejsers krav på lovgivningsmagt. Irnerius' elever, de fire doktorer *quattuor doctores*, indledte denne tradition for nært samarbejde mellem magten og juraen ved i 1158 at medvirke til at fastslå den tyske kejser Frederik Barbarossas kejserlige rettigheder over for de italienske bystater, som han lå i strid med. Til gengæld gav kejseren universitetet og den lærde stand særlige privilegier.

En beskrivelse af undervisningsmetoden i Bologna fra 1200-årene fortæller os, hvorledes man i forelæsningerne, der blev holdt særskilt over Digesterne, Codex og Institutiones, fulgte Justinians lovværk stykke for stykke. Først diskuteredes og forklaredes hver enkelt bog og titel, derefter det pågældende lovsted og dets placering i sammenhængen. Udgangspunktet var teksten, som forklaredes, mens parallelsteder (*similia*) og modstridende steder (*contraria*) anførtes. Modsigelser ophævedes ved sondringer (*distinctiones*). Derefter anførtes eksempler på argumentationsværdien af teksten under retssager og

Europa og romerretten

særlig vigtige tekster (*notabilia*) blev fremhævet. I tilknytning til den almindelige langsomt fremadskridende gennemgang af Corpus juris var der øvelser over vanskelige juridiske problemer (*quaestiones*), som kunne behandles i disputationsform.

I 1200-tallet var det juridiske studiums længde fastsat til fem år, eventuelt suppleret af yderligere et år til studiet af kanonisk ret.

Skolastikken

Glossatorerne var metodisk influerede af den i datiden herskende filosofi skolastikken. Det var et system, der var udviklet af teologerne, og som tilstræbte ad dialektisk vej – altså ved at stille argumenter op for hinanden modstridende synspunkter – at nå frem til en harmonisering. Teologernes udgangspunkt var Bibelen. Glossatorernes grundlag var Justinians lovværk, der på samme måde betragtedes som en autoritativ tekst, som det gjaldt om at bringe orden i. Det var i sig selv en naturlig ting, at den stund Justinian ved udstedelsen af sit lovværk havde fremhævet, at det ikke indeholdt modsigelser. Iøvrigt holdt glossatorerne sig ikke strengt til teksten, men tilpassede den datidens samfundsforhold.

Bartolus er en af de vigtigste repræsentanter for den skolastiske retsvidenskab. Det gælder også hans elev Baldus (1327-1400), hvis responderende virksomhed var endnu mere omfattende. Op mod 3.000 responsa foruden andre værker af ham er bevaret. Juridiske responsa til dommere eller til parterne i en retssag kom til at spille en stigende rolle. Der dannedes efterhånden et begreb om *communis opinio* – den opfattelse, som kunne anses som den herskende, fordi de fleste jurister havde udtalt sig for den.

Både Bartolus og Baldus var repræsentanter for glossatorskolens efterfølgere, som vi i dag som regel betegner som konsiliatorer – rådgivere – eller kommentatorer, mens man i ældre tid mere nedsættende talte om postglossatorer. Deres indsats blev den at forene romerretten med den i Italien gældende lokale ret i form af sædvaner eller lokale love (*statuta*).

Et af de problemer, som man stødte på i den forbindelse var, hvilket retssystem, som burde have forrang – altså spørgsmålet om rangordenen mellem de forskellige retskilder. I forbindelse med løsningen af dette spørgsmål lagde bl.a. Bartolus grunden til udviklingen af den internationale privatret med den såkaldte statutteori. Afgørende blev det princip, at romerretten kun havde subsidiær gyldighed som *jus commune* efter den partikulære ret, men at den partikulære ret til gengæld skulle fortolkes snævert. I praksis blev reglen da også sådan, efterhånden som domstolene beklædtes med dommere, som var

Europa og romerretten

uddannet i romerret, at der var en formodning for romerretten, således at den, som ville påberåbe sig en afvigende lokal ordning, måtte føre bevis for dennes gyldighed.

Bartolus de Saxoferrata

»Nemo jurista nisi Bartolista« – ingen er jurist, hvis han ikke er Bartolist, lød en udbredt talemåde om jurister i middelalderen og nyere tid. Der hentydes her til middelalderens kendteste jurist, italieneren Bartolus, hvis kommentarer til romerretten og andre værker langt op i tiden nød en helt overvældende autoritet. Bartolus (1313/14-57) begyndte allerede som 14-årig sine juridiske studier i Perugia. I 1333 kom han til Bologna, hvor han året efter som 20-årig blev dr. jur. Efter nogle års praktisk virksomhed som dommer i Todi og Pisa og private studier underviste han i fire år i Pisa og derefter i Perugia, hvor han forblev til sin død. De mange værker af Bartolus, som er bevaret, er symptomatiske for de typer af juridisk litteratur, som glossatorskolens efterfølgere, de såkaldte kommentatorer benyttede. Det drejer sig dels om meget omfattende kommentarer (deraf betegnelsen kommentatorerne om glossatorskolens efterfølgere) til en stor del af Digesterne og Codex, en række monografier (*tractatus*) over udvalgte juridiske emner samt ca. 400 responsa (*consilia*). Siden det 15. århundrede har Bartolus' værker såvel i universitetsundervisningen som i praksis været standardværkerne ved siden af Accursius' *Glossa Ordinaria*. Fandtes ingen udtrykkelig lovregel, faldt man tilbage på Bartolus' regel. Mange steder læste man simpelthen romerret efter hans værker.

Det var dog ikke overalt, at jus commune accepteredes. Englands eksempel viste, hvorledes et retssystem kunne udvikles uden brug af romerretten som model, men også andre steder var holdningen afvisende over for romerretten som i Schweiz, hvor sætningen »Wir Eidgenossen fragen nicht nach Barteles und Baldeles« taler sit eget tydelige sprog om holdningen.

Kommentatorerne udviklede også en ny strafferetsdoktrin med en strafretlig ansvarslære. Begrebet den juridiske person er skabt i denne periode, hvor man også overvandt romerrettens modvilje mod tredjemandsløfte og mod at lade en person vinde ret ifølge fuldmagtsforhold.

Procesvidenskaben udvikledes i denne periode til en selvstændig disciplin. Som et hovedværk anses Gullielmus Durantis' *Speculum judiciale* (o. 1270). Overhovedet kan man betragte perioden som den, hvori grundlæggelsen af den praktisk arbejdende retsvidenskab i Europa fandt sted.

Europa og romerretten

Dominium directum og dominium utile

På en række vigtige områder af privatretten fik den nye ved universiteterne docerede lærde ret betydning for den middelalderlige retsopfattelse. Det gjaldt således ejendomsbegrebet, som den middelalderlige italienske retsteori for at bringe det i overensstemmelse med samtidens praksis, spaltede op i to. Udgangspunkt var romerrettens begreb *dominium*. For den middelalderlige opfattelse var brugen, udnyttelsen af en ting eller en fast ejendom det afgørende og ikke en abstrakt ejendomsret. Bartolus åbnede vejen for en ny definition ved at definere ejendomsretten som den rådighedsret, der ikke indskrænkes af loven. Senere udvikledes i lensretten sondringen mellem den såkaldte overejendomsret – *dominium directum* – og *dominium utile*, underejendomsret. *Dominium utile* (utile = nyttig) tilkom den som sad inde med tingen, fordi han havde en arvelig brugsret, mens overejendomsretten og dermed retten til at råde retligt tilkom jordejeren eller lensherren. I virkeligheden beroede teorien formentlig på en misforståelse af kilderne. Den romerske prætor kunne undertiden indrømme særlige *actiones utiles* til beskyttelse af ejendomsretten. Glossatorerne har heraf sluttet til eksistensen af en særlig *dominium utile*. Teorien om den delte ejendomsret fik stor betydning i Tyskland, og der spores også reminiscenser af den i ældre dansk retsvidenskab.

Kanonisk ret i middelalderen

De danske retskilder fra middelalderen kan ikke betragtes isoleret. De hører hjemme i en europæisk sammenhæng. Centrene for studiet af den kirkelige ret lå langt fra Danmark. Bologna og Paris var de vigtigste lærdomssteder, når det gjaldt kirkeretten, og hertil måtte danske gejstlige rejse for at erhverve en almeneuropæisk juridisk dannelse. For dansk ret fik den kanoniske ret større betydning end romerretten, som i det 12. århundrede havde fået en renæssance i Norditalien. Både romerretten og den kanoniske ret var universitetsfag. Et juridisk studium var omkring 1100 opstået i Bologna omkring læsningen af de romerske retskilder. Den, som ville kende den kanoniske ret, måtte også sætte sig ind i romerretten. De to retssystemer var adskilte og forskellige i opbygning og indhold, men på mange punkter var den kanoniske ret fragmentarisk og måtte gribe tilbage til romerretten. De to systemer støttede gensidigt hinanden og begge fik universel betydning. Kanonisk ret var ligefrem gældende i Danmark og supplerede her landskabslovene og anden ret. Romerretten fik aldrig formel gyldighed i Danmark, men

Europa og romerretten

for dansk rets udvikling har romerretten indirekte haft betydning ikke mindst derved, at det juridiske studium i middelalderen og senere har været baseret på læsningen af de romerske retskilder.

Tanken om romerretten som *jus commune* spredtes med de mange, som havde studeret retsvidenskab i Norditalien, ud over Europa. I Danmark anerkendtes romerretten ikke som *jus commune*, men indirekte kom romerretten, som mange danske havde stiftet bekendtskab med ved fremmede universiteter, til at spille en rolle for dansk ret. Blandt dem, som havde studeret i Bologna, var Anders Sunesen, hvis arbejde med den Skånske ret vil blive omtalt nf. En anden dansk »middelalderjurist« var biskop Knud Mikkelsen i Viborg, som i det 15. århundrede skrev latinske glosser til Jyske Lov med bl.a. oplysning om forholdet mellem Jyske Lov og romerretten. Knud Mikkelsen forklarede i sine glosser forskellen mellem den lokale ret – jysk ret – og romerretten og kanonisk ret. Lignende værker kendes også andre steder. Knud Mikkelsens glosser er således et godt eksempel på, hvorledes juristerne i 1400-årene søgte at tilpasse romerretten til den lokale ret.

Når danske studerende drog udenlands, var det dog mindre studiet af romerretten end det var studiet af kirkeretten eller den kanoniske ret, som trak. Ligesom romerrettsstudiet havde sit grundlag i *Corpus juris civilis*, fik den kanoniske ret sin lovsamling i form af *Corpus juris canonici*.

Med det store kanoniske lovværk fik kirken et retligt grundlag, som modsvarede den retlige autoritet, som kirken hævdede i flere anliggender, og der opstod en egen kanonisk retsvidenskab. Kirken havde sine egne domstole, hvor som regel en af biskoppen indsat official udøvede domsmagten. Det er allerede omtalt, hvorledes kirken hævdede sin jurisdiktion i ægteskabs- og testamentssager, samt i sager, hvor gejstlige var indblandet. Men herudover må det formodes, at den kirkelige retspleje har spillet en vigtig rolle også i Danmark i middelalderen i konkurrence med de verdslige domstole. Kirken hævdede siden det 13. århundrede et universalherredømme, som særlig klart kom til udtryk i pave Bonifacius VIII's bulle *Unam Sanctam* fra 1302. Kirken rådede over et særligt tvangsmiddel, nemlig i sidste instans bandlysningen, udelukkelsen fra det kirkelige fællesskab og den evige salighed, over for den, som ikke rettede sig efter kirkens bud. Det verdslige tvangsfuldbyrdelses-system var mangelfuldt, og retsplejen mindre betryggende end den kirkelige, mere rationelle proces. Meget tyder på, at mange sager om opfyldelse af aftaler eller andre anliggender, især i byerne, har været behandlet for kirkelige domstole. Kirken hævdede i disse sager princippet om løfters bindende kraft, »*pacta sunt servanda*«, og hertil kom, at kirken tillagde *æquitas*, billig-

Europa og romerretten

hed, større betydning end romerretten. Men nogen sikker viden om omfanget af den kirkelige retspleje i Danmark har vi ikke ud over, hvad vi kan slutte af bevarede dokumenter. Ingen kirkelig dombog fra den danske middelalder blev bevaret, da reformationen i 1536 havde givet den danske kirke et helt nyt grundlag med et ganske andet syn på forholdet mellem kirke og ret.

Den kirkelige rets historie er lige så gammel som kirken selv, og allerede tidligt begyndte man at samle de særlige kirkelige retskilder, beslutninger på kirkemøder (*canones* – deraf kanonisk ret) og pavelige breve (*decretales*). En udbredt samling af kirkelig ret fra det 8. århundrede kendes som *Dionysio-Hadriana*, men det var en ren samling uden særligt system eller ledsagende videnskabelig bearbejdelse af kilderne. Det var derfor et vendepunkt, at der i Bologna i midten af det 1100-årene fremkom en ny bearbejdelse af det kirkelige retsstof. Denne samling kaldet *Concordia discordantium canonum* (harmonisering af modstridende bestemmelser) eller efter sin formodede ophavsmand Gratians Dekret (*Decretum Gratiani*) kan betragtes som en af de mest indflydelsesrige bøger overhovedet.

Gratian

Der vides så godt som intet om Gratian, hvis navn er knyttet til en af Europas mest indflydelsesrige juridiske værker. På grundlag af et yderst spinkelt kildemateriale har man ment at kunne identificere Gratian som kamaldulensermunk med tilknytning til et kloster, St. Felix et Nabor, i Bologna. Dekretet tidsfæstes til o. 1140, Gratians død til før 1160. Kildeværdien af disse i sig selv sparsomme oplysninger er fornylig blevet anfægtet, og det påpeges, at vi med sikkerhed ikke kan sige meget andet end, at navnet Gratian er knyttet til arbejde, der i virkeligheden er blevet til som to redaktioner hvoraf den ældste, der dateres ca. 1130 kun i begrænset omfang viser kendskab til romerretten.

Gratians værk er en samling af *canones*, af pavebreve (*decretales*) og hertil kommer yderligere en række skriftsteder og udtog af teologiske værker af de såkaldte kirkefædre. Ikke blot samledes kilderne til den kanoniske ret som den hidtil mest fuldstændige samling, men de systematiseredes dem, og det præciseredes, hvilke juridiske problemer, de omhandlede. Ligesom glossatorerne søgte også Gratian at komme uden om modsætningerne i kilderne ved at anvende *distinctiones*. Der sondredes således mellem retfærdig og uretfærdig krig for at få harmoniseret bestemmelser, som både tillod og forbød gejstliges deltagelse i krig. Værkets første del kaldes *Distinctiones*. Her samledes bestemmelser om den kanoniske ret i almindelighed. Anden del af værket, kaldet *Causae*, består af en række fiktive retstilfælde, som giver anledning til at udvikle en række juridiske spørgsmål.

Europa og romerretten

Dekretet er altså både en retssamling og en lærebog, og som sådan har den siden det 1100-årene været anvendt af utallige generationer af studenter, som har ønsket at sætte sig ind i den kirkelige ret. Der var også danskere iblandt, og det vigtigste vidnesbyrd om deres kendskab til Gratians dekret finder vi i den berømte fortale til Jyske Lov, der næsten ordret er en oversættelse af udvalgte sætninger hentet i Dekretet. Jyske Lovs fortale er hermed et vigtigt vidnesbyrd om betydningen af kanonisk ret for udarbejdelsen af nationale love i 1200-årene.

Dekretet blev også gjort til genstand for videnskabelig behandling. En særlig kanonisk retsvidenskab begyndte ved siden af romerretsvidenskaben. Man talte om kanonister i modsætning til legister. De, som beskæftigede sig med dekretet kaldtes dekretister, mens kanonister, som kommenterede den senere kanoniske ret, dekretalesamlingerne, kaldtes dekretalister.

Justinians lovbog fik således afgørende betydning for den retning, som retsudviklingen tog i middelalderen. Også den kirkelige ret – kanonisk ret – var i høj grad influeret af romerretten. Det juridiske element som modsætning til det teologiske i den kirkelige retsopfattelse trådte særlig tydeligt frem i det 11. og 12. århundrede samtidig med, at romerretsstudiet i Bologna begyndte at tage form. Man har ligefrem talt om kanonisk ret som det første moderne vesteuropæiske retssystem.

I udstedelsen af sådanne pavebreve skete en formelig eksplosion i 1100- og begyndelsen af 1200-årene. I denne periode var pavestolen besat med fremtrædende jurister. Alexander III (1159-81), under hvem den nye ægteskabsret blev skabt, havde undervist i Bologna og det samme gjaldt store paver som Innocens III (1198-1216) og Gregor IX (1227-41). Vi kender o. 2.000 dekretaler fra disse pavers embedsperiode. Der udkom forskellige samlinger af disse breve, men en officiel samling udsendtes først, efter at pave Gregor IX havde opfordret den spanske kanonist Raymundus af Peñafor-te til at redigere en definitiv samling. Raymundus udarbejdede en sådan samling, idet han resumerede de optagne breve og beslutninger, udskilte det overflødige og foretog en inddeling i fem bøger under rubrikkerne *iudex* (om dommerne), *iudicium* (om processen), *clerus* (om gejstligheden), *connubium* (om ægteskab) og *crimen* (om forbrydelser). Samlingen udkom i 1234 som *Liber decretalium extra Decretum vagantium* (samling af de udenfor (extra=udenfor) Gratian dekretis cirkulerende dekretaler). Samlingen betegnes i almindelighed som *Liber Extra*. Til denne knyttedes som det var tilfældet med romerrettens enkelte dele en glosse. Den autoritative decretaleglosse udarbejdedes af Johannes Teutonicus. *Liber Extra* dannede nemlig ligesom

Europa og romerretten

Gratians dekret grundlag for undervisning, hvilket understregedes ved, at den trådte i kraft, da den sendtes til universiteterne i Bologna og Paris.

Senere paver føjede nye dekretalesamlinger til. Det gjorde Bonifacius VIII i 1298 med *Liber Sextus* og Clemens V med *Constitutiones Clementinae 1317*.

Den almindelige betegnelse for de kanoniske retssamlinger blev *Corpus juris canonici*, og under denne betegnelse udsendtes de i revideret form i 1582. Denne samling var den katolske kirkes officielle retssamling indtil en *Codex juris canonici* trådte i kraft i 1917. En ny lovbog for den katolske kirke er trådt i kraft i 1983.

Studiet af romerretten og den kanoniske ret hang som nævnt intimt sammen. Den grundlæggende uddannelse også for kanonisterne var romerretten, og romerretten ansås også i vidt omfang for at være kirkens ret, medmindre den stred imod kanonisk ret. Som anden verdslig lov var romerretten, for at bruge et samtidigt udtryk, der bl.a. benyttes af den danske ærkebiskop Anders Sunesen kort efter 1200, en tjenestepige, som måtte følge sin frues – nemlig den kanoniske rets – fjed. Kanonisk ret var da også stadig et levende retssystem, hvor nye kilder kom til, mens romerretten lå fast.

Flere af de juridiske doktriner, som udvikledes af kirken, var inspireret af romerretten. Således overtog kirken dele af den romerske lære om *error* (vildfarelse) fra køberetten og overførte den på den vildfarelse, som kunne foreligge med hensyn til den anden part ved indgåelse af ægteskab. Også den romerske proces fik stor betydning for kirken, og man taler ligefrem om den romersk-kanoniske proces.

For kirken selv blev det af stor betydning, at der lagdes så stor vægt på kirkeretten, der udskiltes som en særlig disciplin i forhold til teologien. Man kan tale om en »retliggørelse« eller »judicering« af kirken, som var noget af det, som Luther senere vendte sig imod. Karakteristisk er også, at pavens lovgivende myndighed indgik som et vigtigt element i styrkelsen og centraliseringen af pavestolen, der som nævnt netop i den afgørende skabende periode o. 1200 var besat med personer, der i højere grad var kendt som jurister end som teologer.

Det 12. og 13. århundrede blev også den kanoniske rets storhedstid. Med pave Gregor VII havde kirken i slutningen af 1000-årene søgt at frigøre sig fra den verdslige stat, og den uafhængighed, som kirken havde vundet, gav sig nu udslag i opbygningen af en stærk organisation med paven som øverste lovgiver og bispeembedet som det centrale embede, hvortil den gejstlige

Europa og romerretten

jurisdiktion var knyttet. Denne domsmyndighed udøvedes som regel ved juridisk uddannede officialer.

For den verdslige ret i middelalderen fik kanonisk ret stor betydning. Store dele af retssystemet hørte efter kirkelig opfattelse under kirken og pådømtes af kirkelige domstole efter kanonisk ret. Det gjaldt således foruden sager, hvori gejstlige var indblandet, bl.a. ægteskabsretten og testamentsretten.

En række personer havde gejstligt forum – nød altså *privilegium fori* – og kunne ikke indstævnes for verdslig domstol. Det gjaldt gejstlige og efter en beslutning af kejser Frederik Barbarossa i 1158 også studenter. Under kirken hørte også såkaldte »*personae miserabiles*« – fattige, forældreløse børn, enker, pilgrimme m.fl.

Den kirkelige proces stillede ganske andre beviskrav end den verdslige. I 1215 brød kirken med det gamle bevissystem baseret på gudsdomme som jernbyrd, og kirken stillede sig også kritisk over for partsed med mededsmænd – et bevis, som bestod i en parts benægtelsesed støttet af et antal mænd – der var et hyppigt bevismiddel i verdslig ret. Under kirkelig indflydelse vandt brugen af nævn frem og efterhånden også vidne og dokumentbevis for de verdslige domstole. De kirkelige domstole kendte tillige et fast appel-system og kunne herved tjene som et forbillede for verdslig ret.

Også når det gælder den materielle ret, viste kanonisk ret på flere områder vejen:

Kanonisk ægteskabsret

Liber Extra (X), 4,1,15:

Til biskoppen af Pavia.

G. er kommet til os og har berettet, at han har modtaget en kvinde hos sig i sit hus, med hvem han har fået afkom, og som han i fleres nærværelse har lovet at tage til ægte. Imidlertid er der sket det, at han, da han overnattede hos sin nabo, havde samleje med dennes datter, og pigens fader som overraskede dem i samme seng, tvang ham til straks at tage hende til ægte. Nu spørger manden i vor nærværelse, hvem han bør holde sig til. Da han imidlertid ikke har oplyst, om han har haft samleje med den første kvinde efter at have givet hende ægteskabsløfte, beder vi dig omhyggeligt undersøge sagen, og hvis du finder, at han har haft samleje med hende, skal du sørge for, at han bliver hos hende; i modsat fald skal du sørge for, at han holder sig til den anden som hustru, medmindre han ægtede hende grebet af frygt i en sådan grad, at den kan påvirke selv en standhaftig mand.

Europa og romerretten

Den kanoniske ægteskabsret byggede på andre principper end den verdslige. Ægteskabet var et sakramente, som kunne indstiftes ved parternes enighed (*consensus*). Heroverfor stod den verdslige opfattelse af ægteskabet som et familieanliggende, hvor familens mandlige overhoved traf afgørelse. At den kirkelige opfattelse trængte igennem, er en af de, mange revolutioner i retstænkningen, som skete i middelalderen.

Efter den kirkelige opfattelse, således som den udvikledes i løbet af middelalderen, var ægteskabet et sakramente og dermed et tegn på forbindelsen mellem Gud og mennesker. Denne opfattelse fik konsekvenser for ægteskabsindgåelsen. Afgørende måtte således efter kirkelig opfattelse være aftalen (*sponsalia*) mellem mand og hustru om at ville indgå ægteskab. Det blev diskuteret, om der skulle lægges vægt på ægteskabets fuldbyrdelse, men det endte med, at alene *consensus* – parternes samtykke – blev den afgørende betingelse for gyldig ægteskabsindgåelse. Forældres samtykke krævedes også efter kanonisk ret, men ægteskabet var gyldigt, selv om samtykket ikke var givet. Denne opfattelse stod i modstrid med faderens traditionelle ret til frit at bestemme over sine døtres ægteskab. Kirkens ægteskabsopfattelse var således nærmest subversiv i forhold til det traditionelle samfunds opfattelse af forholdet mellem forældre og børn og mand og hustru. Samtidig hævdede kirken nemlig også, at ægteskabet var uopløseligt, og bestred dermed ægtemandens ret til at forskyde sin hustru. Udviklingen af de vigtigste grundsætninger i den kanoniske ret skete i løbet af det 12. århundrede både i teologien og i en række pavebreve. De kanoniske ægteskabsregler adskilte sig på vigtige punkter fra senere dansk ægteskabsret. Med hensyn til ægteskabets indgåelse sondredes mellem *sponsalia de præsenti*, som medførte, at ægteskab ansås indgået med øjeblikkelig virkning, og *sponsalia de futuro*, hvorefter ægteskabsløftet først fik virkning ved efterfølgende samleje. I kanonisk ret opstilledes vidtgående forbud mod ægteskab mellem nært beslægtede – den yderste grænse var fjerde led – samt en veludviklet lære om de hindringer for ægteskabet, herunder tvang og andre mangler ved samtykket, som i givet fald kunne føre til dets omstødelse. Separation – *separatio quoad mensam et thoram* – kunne indrømmes i tilfælde af ægteskabsbrud, men skilsmisse, som gav ret til at indgå nyt ægteskab, anerkendtes som hovedregel ikke. Den kanoniske uopløselighedsdoktrin byggede på en fortolkning af Det nye Testamente, først og fremmest Mark. 10, 1-12, og Lukas 16, 18, som betragtedes som udtryk for, at Kristus havde udtalt sig ubetinget imod skilsmisse. Et indskud »af anden årsag end hor« i Matth. 5, 32 og 19, 9, bortfortolkedes som en interpolation.

Europa og romerretten

Ægteskabet kunne indgås hemmeligt. Det blotte samtykke var tilstrækkeligt. Ved det 4. Laterankoncil i 1215 blev det fastslået, at der inden ægteskab skulle ske en forudgående lysning, men undladelse heraf kunne ikke bevirke ægteskabets ugyldighed. Samtidig bredte den opfattelse sig, at der i forbindelse med indgåelse af ægteskab skulle ske en gejstlig medvirken foran kirkedøren og senere i kirken. En gennemgribende nyordning skete dog først i den katolske ægteskabsret efter reformationen ved det store reformkoncil i Trient, Tridentinerkoncilet, hvor det i 1563 blev bestemt, at ægteskabet for at være gyldigt skulle indgås for en præst i overværelse af to andre vidner.

Ingeborg-sagen

En berømt ægteskabssag i middelalderen udsprang af et ulykkeligt ægteskab mellem den danske prinsesse Ingeborg, som var datter af Valdemar den Store og søster til Knud VI, og den franske konge Philip August. Ægteskabet blev indgået i Frankrig i 1193 på den franske konges initiativ, men allerede kort efter brylluppet og kroningen ønskede Philip August ægteskabet opløst og Ingeborg sendt hjem. Det nægtede hun og hendes følge, hvori befandt sig biskoppen af Roskilde Peder Sunesen. Den franske konge fik flere gejstlige til at erklære ægteskabet for annulleret på grund af for nært slægtskab mellem Ingeborg og hans første hustru. Pave Cølestin III erklærede imidlertid i 1195 den franske ægteskabsdom for ugyldig. I 1196 indgik Philip August trods et paveligt forbud nyt ægteskab, og Ingeborg blev holdt indespærret på en borg. Hendes sag blev taget op på ny af pave Innocens III, og processen kom til at strække sig over 20 år. I 1210 afsluttedes den ved at Philip August erklærede Ingeborg for sin dronning. Hvad den egentlige årsag til Philip Augusts modvilje mod Ingeborg var, ved vi ikke, men blandt de synspunkter, som fremførtes for skilsmissem, var foruden for nært slægtskab, at ægteskabet ikke kunne fuldbyrdes.

Brev fra pave Cølestin til ærkebispens af Sens 13.5.1195

Da de rettroende fyrster i det galliske rige, der ved guddommelig beføjelse af den højhellige romerske kirke er befordret til ledere, og hvis kirkes tro og enhed de har opretholdt, altid har været yndere af ret og billighed, har de opnået en velsignelsens og nådens begunstiggelse som en slags forret; deres ophøjelse og ære har også vi, da vi endnu beklædte et mindre embede, både gerne fremmet og med stor beredvillighed rådet til at fremme. Og nu, da vi er ført frem til apostolattets tinde, har vi med faderlige, kærlige arme omfavnet vor såre kære søn i Kristus Filip, Frankrigs berømmelige konge, efterfølger af hans salige forgængere, såvel i godhed som i klogskab, idet vi i høj grad ønsker, så vidt vi med Gud

Europa og romerretten

formår, at hædre og ophøje ham med hædrende benævnelser. Dog, da det opmuntrende og glædelige rygte om det ægteskab, der højtideligt og lovformeligt var indgået mellem vore såre kære børn i Kristus, den fornævnte berømmelige konge fra Frankrig og den berømmelige dronning Ingeborg, søster til vor såre kære søn i Kristus Knud, de Danskes berømmelige konge, tidligere kom til det apostoliske sædes kundskab, har vi også senere hørt om dette ægteskab, at man på nedrig anstiftelse af nogle, efter at retsordenen var forstyrret, ikke uden skade for kirkens agtværdighed havde dristet til noget, hvorover vi i ikke ringe omfang blev bedrøvet både på grund af uretten mod Gud og på grund af det vanry, som de har pådraget sig, der råder og samtykker. Og hvis den stormægtige konge mere opmærksomt havde overvejet, og lige så vel de, som har været medvirkende til denne anmasselse, sammen med ham havde betænkt, hvor betydningsfuldt ægteskabets sakramente er, vilde man jo, som vi tror, ikke være gået frem på denne måde. Thi det står fast for enhver, som overvejer Guds lov, at Herren selv har indstiftet ægteskabet, idet han både i paradiset før syndefaldet forkyndte det som en pligt at frembringe afkom: Bliv frugtbare og mangfoldige og opfyld jorden, og efter syndefaldet uden for paradiset har indrettet det som et middel til at undgå utugt. Derfor sagde selve det første menneske, berørt af den helligånd: Af den grund skal en mand forlade sin fader og moder og holde sig til sin hustru, og de to skal blive ét kød. Hvor stor ægteskabets værdighed ligeledes er, og med hvor omsigtsfuld alvor man skal gå frem ved behandlingen af det, giver Herren et vink om, da han var blevet spurgt, om det var tilladt at skille sig fra sin hustru, og man havde spurgt ham om de to brødres tarv, der skulle deles i fællig, idet han tier om det ene og svarer om det andet således: Enhver, der skiller sig fra sin hustru undtagen på grund af utugt, bedriver hor. Herved anskueliggjorde han visse, at kirken ved en undersøgelse af ægteskaber, der i visse henseender er besværligere end andre sager, skal gå frem med større alvor end i andre forhold, og da han andetsteds siger: Hvad Gud har sammenføjet, skal mennesket ikke adskille, kan man forstå, hvor alvorligt den, gennem hvem troen på så stort et sakramente i Kristus og i kirken forstyrres, forser sig, og hvor meget han skal frygte den kommende vrede.

...

Mon ikke denne sag erkendes at være en af de mere betydningsfulde og særlig tungtvejende, nemlig fordi det drejer sig om en så vanskelig sag mellem så fremtrædende kongelige personer og efterkommere af forfædres kongelige stamme, at den ifølge kirkefædrenes bestemmelser skulde være forbeholdt den romerske kirkes domstol? Hvis alle de mest fjerntboende og ikke-latinske folkeslag uden indskrænkning overholder dette og andre privilegier for det St. Peters sæde, som vi omend ufortjent står i spidsen for, skal de, der bor nærmere, samt de latinske og de folkeslag, som i rigeligt omfang og hyppigt bliver støttet ved fornævnte sædes beneficier, så meget mere omhyggeligt være forpligtet til at iagttage dem. Den tager i hvert fald i ikke ringe grad fejl, som ikke frygter for at gå imod

Europa og romerretten

St. Peters privilegium og sætte sig op imod de kanoniske bestemmelser. Men kirkens prælater, som ydedes deres støtte eller gav råd i denne sag, skulde om ikke af anden grund så i det mindste af frygt aldeles holde sig fra dette og i særlig grad med opmærksomt sind overveje det, som læses i den kanoniske ret om ærkebiskopperne Theutgald af Trier og Gunthar af Köln, som fortjente at blive belagt med en dom om afsættelse, fordi de i ægteskabssagen mellem kong Lothar og Thietberga, hans hustru, ledfærdigt krænkede billighedens rettesnor og forså sig imod de kanoniske bestemmelser. Men at man her på samme måde eller i endnu højere grad har forset sig, fremgår klart af selve sagens forhold. Thi da dronningen, efter at begge parter ved verba de presenti havde udtrykt deres vilje, hvortil, som det er sædvane, præstens velsignelse slutter sig, efter at begge parter havde aflagt ed, derefter blev salvet og med hæder kronet til dronning og var forenet med fornævnte konge i ægteskab og også, som berettes, havde kødelig omgang med ham, burde intet, der i den grad strider imod retsordenen, være forsøgt af nogen over for hende, der var forsvarsløs og fuldstændigt uvidende om, hvad hun skulde foretage sig, eftersom hun er ukyndig i de franskes sprog.

...

Idet vi derfor tager hensyn til det offentlige dokument angående stamtavlen, der er tilstillet os på vore ærværdige brødre ærkebispen af Lunds og hans lydbispens vegne, og til den offentlige mening, og idet vi efter vore brødrers råd kasserer og fuldstændigt erklærer den skilsmisdom for ugyldig, der er fældet i modstrid med retsordenen, befaler og påbyder vi Eder, broder, ved apostolisk brev, at hvis fornævnte konge måske glemmer sin stilling og ønsker at tage en anden til hustru, mens dronningen lever, skal I i tillid til den apostoliske myndighed urokkeligt sørge for at forbyde samme det. Givet i Lateranet den 13. maj i vort pontifikats femte år.

Inden for arveretten stod kanonisk ret i gæld til romersk arveret, hvor testamentet var en central institution. Testationsfrihed ansås som en frihed til at testere til fordel for kirken og andre »fromme formål« (*piae causae*). Kirken lempede de romerske formkrav og opstillede regler om eksekutorer, om testamentstolkning og om forholdet mellem testamentsarv og legal arv. Reglerne om fonde har også deres udspring i kanonisk ret, idet der her i middelalderen var tilløb til en forestilling om, at der kunne tillægges en formuemasse en form for juridisk personlighed.

I kanonisk ret kendtes også et særlig beskyttelse af besiddelsen på samme måde som romerne kendte den possessoriske interdiktbeskyttelse. Ved den såkaldte *actio spoli* kunne en gejstlig, som var berøvet besiddelsen af sine

Europa og romerretten

ejendele, og det gjaldt både fast ejendom og løsøre, forlange at få besiddelsen tilbage uden at præstere ejendomsbevis.

I kontraktsretten udvikledes en lære som i modsætning til romerrettens typetvang ville tillægge også den uformelle aftale (*pacta nuda*) retsvirkning. En grundsætning, som udvikledes i kanonisk ret var, at aftaler skal holdes: »Pacta sunt servanda.«

Usura

Et vigtigt element i kanonisk kontraktret var fastlæggelsen af, hvilke former for fortjeneste, der måtte karakteriseres som åger (*usura*), og som derfor måtte anses for utilladelige, og hvilke former for fortjeneste, der kunne accepteres. Udgangspunktet var, at udlån af penge ikke måtte ledsages af en fortjeneste. En begrundelse for dette synspunkt var, at pengeudlåneren i så fald ville få en indtægt af noget, som ikke tilhørte ham, men Gud, nemlig tiden. Ågerkarlen var en tidstøv og dermed en synder. Således hedder det i *Clementinae* (1317), som gengiver en beslutning fra konciliet i Vienne 1311:

»Det er ved en alvorlig klage kommet til vor kundskab, at visse myndigheder gør sig skyldige i en krænkelse af Gud og deres næste, idet de i strid med Guds og menneskers ret i deres forordninger ikke blot tillader rentetagning og betaling af renter, men endog tvinger debitorer til at betale renter, og i overensstemmelse med formålet med deres lovbestemmelser lægges samtidig hindringer i vejen for dem, der søger erlagte renter tilbage, og ved sådanne urimelige og bedrageriske lovbestemmelser forhindrer de tilbagesøgning af renter. Vi agter at imødegå dette fordærlige misbrug og har med bifald af det hellige koncilium besluttet, at alle øvrigheds personer, borgmestre, embedsmænd, rådsherrer, dommere, råder eller andre, der måtte vove fortsættligt at udstede forordninger af denne art eller afsige dom om, at renter skal betales, eller at allerede betalte renter ikke skal erstattes frivilligt fuldt ud, udsætter sig for truslen om ekskommunikation, og den samme straf vil de pådrage sig, hvis de ikke inden tre måneder sletter de nævnte forordninger af deres retsbøger (såfremt de er beføjede dertil), eller hvis de skulle vove i fremtiden at følge sådanne forordninger eller sædvaner. § 1. Endvidere, da pengeudlånere som regel afslutter sådanne overenskomster hemmeligt og svigagtigt, da de kun med vanskelighed kan overbevises om det syndige i rentetagning: Bestemmer vi, at de skal tvinges til at offentliggøre deres regnskabsbøger for den kirkelige censur, når der er tale om renter. § 2. Endvidere bestemmer vi, at såfremt nogen skulle gøre sig skyldig i den nævnte fejltagelse og hårdnakket hævde, at rentetagning ikke er syndigt, skal han straffes som kætter. Vi befaler derfor kætterinkquisitionens kompetente kirkelige myndigheder, at de ikke må undlade at skride ind med kætterforfølgning mod dem, der beskyldes eller mistænkes for en sådan fejltagelse.«

Europa og romerretten

I kanonisk ret lagdes stor vægt på forskellen mellem kirken som institution – »universitas«, »corpus« – og de enkelte medlemmer, hvorved der dels blev taget udgangspunkt i romerrettens regler om *collegia* og *corpora* dels i en opfattelse af, at det var de enkelte medlemmer, som udgjorde korporationen, og som derfor også måtte have andel i retten til at træffe beslutninger herom. Det gav anledning til udviklingen af en lære om medbestemmelse hvorved flertalsprincippet kom til at spille en rolle.

I kanonisk ret udvikledes en strafferetsdoktrin baseret på gerningsmandens subjektive forhold med skyldbegrebet som et centralt element, medens verdslig ret især havde kendt en på skaden baseret erstatningsret.

Middelalderens universitet

Efter traditionen var det juridiske fakultet, som fandtes ved alle tyske universiteter og også ved det middelalderlige universitet i København (grundlagt 1479), opdelt i et kanonistisk og et legistisk fakultet, der dog ofte fungerede som en enhed. Undervisningen var bygget op omkring de retskilder, der skulle fortolkes, den kirkelige ret i *Corpus juris canonici* og romerrettens *Corpus juris civilis*. Såvel de kanonistiske som de romanistiske retsbøger blev læst efter kildeafsnit, og bestemte dele af retsbøgerne var forbundet med bestemte lærestole. I den kirkeretlige undervisning var det Liber Extra, Gregor IX's dekretalesamling fra 1234, der indtog den centrale stilling. *Statuta facultatis utriusque juris* fra Københavns Universitet 1479 bestemte, at den kanonistiske hovedforelæsning skulle finde sted om morgenen kl. 6. Den anden forelæsning over Gratians dekret var vel oprindeligt den vigtigste forelæsning, men den tabte efterhånden sin betydning og blev først afholdt kl. 1 om eftermiddagen, mens den tredje kanonistiske forelæsning over »nova jura«, altså Bonifacius VIII's Liber Sextus fra 1298 og de Clementinske Dekretaler fra 1317 først fandt sted kl. 2.

På samme måde var også ved det legistiske fakultet den tidsmæssige rækkefølge af forelæsningerne et udtryk for deres indbyrdes rangorden. Højeste rang indtog her forelæsningen over den justinianske lovsamling, Codex. Hertil hørte også forelæsningen over de første 24 bøger af Digesterne, de såkaldte Digestum vetus (i middelalderen inddeltes Digesterne i Digestum vetus, Infortiatum og Digestum novum). I København foreskrev statutterne, at professorerne i romerret hvert andet år skulle forelæse over Codex og hvert andet år over Digestum vetus. De øvrige civilretlige forelæsninger var bygget over kilder fra Justinians Institutiones eller andre dele af Digesterne.

Af Statutter for det juridiske fakultet ved Københavns Universitet 1479.

Om forelæsningernes art og indhold

5. Ligeledes bestemmer og forordner vi, at den doktor eller licentiat, der læser ordinært over kanonisk ret om morgenen, skal begynde undervisningen alle skemadage kl. 6 og fortsætte indtil kl. 7 inclusive, og han skal læse over en af de

Europa og romerretten

5 Decretalebøger. Den der skal læse over Dekretet skal begynde kl. 1 efter middag og fortsætte til kl. 2. På dette tidspunkt begynder den ordinarius der læser over den yngre kirkeret, og han fortsætter sin undervisning til kl. 3.

6. Ligeledes bestemmer og forordner vi, at de ordinære lærere i civil ret går frem på analog måde. Den, der skal læse om morgenen, begynder kl. 6 og forelæser en fuld time, og han skal hvert andet år læse over Codex, hvert andet år over den ældre Digest. Kl. 1 efter middag til kl. 2 læses over Institutiones og fra 2 til 3 inclusive læses hvert andet år over Inforciatum og hvert andet år over den yngre Digest. I Codex og Digesterne skal der læses over de paragraffer som er mest relevante og bedst tjener et praktisk formål, idet man ligeledes skal sørge for ikke at vælge de samme emner både i Codex og Digesterne.

Romerret og sædvaneret i Frankrig

Romerretten havde gennem Breviarium Alaricianum været kendt i Sydfrankrig også efter romerrigets sammenbrud, og i byerne Orléans, Toulouse og Montpellier udviklede sig vigtige centre for romerretsstudiet. Ved Universitetet i Paris var det derimod ved en pavelig bulle i 1219 blevet forbudt at undervise i romerret. Forbudet skyldtes formentlig et ønske fra den franske konge om som led i de franske nationale bestræbelser at afvise enhver præntention fra den tysk-romerske kejser om at være lovgiver også i Frankrig. Romerretten var kejserret, men den franske konge anså sig som kejser i sit eget land: »Rex in regno suo imperator est.«.

Et centrum for romerretsstudiet i Frankrig blev i årene o. 1300 universitetet i Orléans. Her virkede to berømte jurister, Jacques de Révigny og Pierre de Belleperche. Også to senere paver, Clemens V og Johannes XXII underviste på et tidspunkt i Orléans. De franske jurister betegnedes af italienerne som *Ultramontani* – dem på den anden side af bjergene. Deres metode adskilte sig fra den, som anvendtes i Bologna og andre italienske universiteter. De stod friere i forhold til glossen, og de viste en større interesse for praktiske juridiske spørgsmål, hvorved de var med til at lægge grunden til kommentatorernes virke.

Efter de almindelige teorier om jus commune havde romerretten i Frankrig subsidiær gyldighed i forhold til den kongelige lovgivning og de lokale sædvaner (*coutumes*). Romerretten tillagdes autoritet som *raison écrite* – som skreven fornuft, men ansås ikke for gældende, fordi den var at betragte som

Europa og romerretten

en kejserlig lov. Som man sagde, gjaldt romerretten »imperio rationis, non ratione imperii« (i kraft af sin fornuft og ikke som kejserlig lov).

I den nordlige del af Frankrig i *pays de droit coutumier* gjaldt romerretten end ikke subsidiært. Her gjaldt sædvaneretten, og den vigtigste sædvane var den, som gjaldt i Paris, og som blev håndhævet ved det berømte Pariserparlament.

Romerretten mødte således på en helt anden måde opposition i Frankrig end i Tyskland. Romerretten stødte i Frankrig an mod velerhvervede retspositioner baseret på sædvanen. Denne modvilje mod jus commune betød, at den nordlige del af Frankrig bevaredes som »pays de droit coutumier.«

Til parlamentet var knyttet en kongelig embedsmand, som skulle varetage kongens interesser i visse retssager og iøvrigt sørge for opretholdelsen af orden. Denne embedsmand betegnedes *procureur-général*, en titel og et embede, der er bevaret i romanistiske processystemer og også ved EU-domstolen. Denne embedsmand var også øverste anklager og dermed leder af anklagemyndigheden, *le Parquet*.

Parlement de Paris

Ingen jurist, som kommer til Paris, undgår at lægge mærke til det imponerende Palais de Justice på Ile de la Cité ikke langt fra Nôtre-Damekirken. Siden slutningen af 1200-årene har dette sted været sæde for en domstol. Denne domstol, hvis navn blev Parlement de Paris, kan man finde sporene af i den nuværende retsbygning. Pariserparlamentet spillede i tiden frem til den franske revolution en vigtig rolle både som domstol og som politisk organ. Dets væsentligste funktion var at være et dømmende organ, og det var ikke som det engelske parlament en repræsentativ forsamling. Dets opgave var at varetage de dømmende funktioner, som hidtil havde påhvilet kongen. Politisk fik Parlamentet især betydning som modvægt mod kongen fra 1600-årene.

I 1278 fik Parlement de Paris en permanent form og fast sæde i Paris. Ved kongelig lovgivning fastlagdes procedureformen. Det blev i 1278 forbudt advokater at påberåbe sig romerretten i sager, som kom fra sædvaneretsområdet, og ved Parlamentet i Paris, som var landets mest ansete domstol, anvendtes sædvaneret og ikke romerret i appelsager. Dommere og advokater her var altså i modsætning til, hvad der var tilfældet i Tyskland, afskåret fra at anvende deres juridiske viden, mens det i Tyskland netop var den gradvise indtrængen af den nye teknik, som dannede baggrund for receptionen af romerretten. Som det vil fremgå senere, kan forskellen mellem fransk og tysk ret i vidt omfang henføres til grundlæggende forskellige receptionsfænomener i de to lande.

Europa og romerretten

Senere oprettedes også uden for Paris parlamenter som domstole og med den politiske funktion at registrere den kongelige lovgivning. Nægtede parlamenterne at registrere loven kunne den ikke træde i kraft, medmindre kongen ved en såkaldt »lit de justice«, hvor kongen selv førte forsædet i retten, indfandt sig i parlamentet, og sørgede for indskrivningen.

Dommerne i parlamenterne var siden det 15. århundrede uafsættelige. Embederne erhvervedes i vidt omfang ved køb, og dommerne fik hermed en særlig interesse i at håndhæve deres rettigheder. De spillede derved en vigtig rolle også som modvægt mod den jordbesiddende adel – noblesse d'épée. Dommerne betragtedes som en noblesse de robe.

Pariserparlamentet betragtede sig som udøver af kongens domsmagt og anså sig derfor berettiget til fri retsskabelse og til at afvige fra loven. Parlamentet anførte ikke grunde for sine afgørelser, men førte dog sit eget register over dommene og deres begrundelse.

Ved den såkaldte *Ordonnance de Montils-les-Tours* 1454 fastsattes nærmere regler om proceduren. Det blev i den forbindelse også fastslået, at de lokale sædvaner af hensyn til retssikkerheden burde redigeres i skriftlig form. I slutningen af det 15. århundrede begyndte efter officielt kongeligt initiativ en nedskrivning af sædvanerne, således at sædvaneretten i løbet af det kommende århundrede kom i skriftlig form. Retsenhed var imidlertid langt fra opnået i pays de droit coutumier. Det antages, at der, da revolutionen brød ud i 1789, var mere end 300 sædvaner gældende i Nordfrankrig.

Sædvanerettens nedskrivning i Frankrig gav tillige anledning til reform af retten og til en national retslitteratur i form af kommentarer til sædvanerne. Denne form for retslitteratur var i det store og hele upåvirket af den nedenfor omtalte humanistiske retning blandt de franske romanister. Iøvrigt var de betydeligste jurister ikke knyttet til universiteterne, men de arbejdede som advokater eller dommere. Dette er for så vidt en parallel til England, hvor det også var praktikere, som skabte »common law«. De engelske jurister savnede dog helt universitetsuddannelse, mens de franske forenede teoretisk uddannelse og praktisk juridisk virke.

Domoulin og Domat

Blandt de forfatternavne, som man støder på, når man beskæftiger sig med fransk retshistorie i denne periode, er der særlig grund til at fremhæve Charles Dumoulin (1500-66) og Jean Domat (1625-96). Dumoulin, der oprindeligt var advokat ved Parlement de Paris, er bl.a. kendt for sine bestræbelser på at fast-

Europa og romerretten

lægge en fælles sædvaneret for hele sædvaneretsområdet. Jean Domat virkede som advokat i Clermont, altså i romerretsområdet. Hans kendteste værk *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1694) var et forsøg på at fremstille romerretten i et naturligt system. Værket anses som en af hovedkilderne til den senere franske lovbog Code civil.

Et udkast til en lovbog baseret på sædvaneretten udgav præsidenten for Pariserparlamentet Guillaume de Lamoignon (1617-77). I samme periode udkom på initiativ af Louis 14's kansler Colbert tre vigtige love om civilproces (1667), om strafferet og straffeproses (1670) foruden to om handel (1673) og søfart (1681). De to sidste love udgjorde vigtige forarbejder for den senere Code de commerce.

England og common law

Engelsk ret er noget særligt. Indflydelsen fra romerretten har været meget begrænset, og overhovedet har engelsk retsudvikling indtil det 18. århundrede kun haft svage forbindelsesled til kontinentaleuropæisk ret, som omvendt også først på det tidspunkt kom i berøring med engelsk ret. England har sin egen retshistorie, og man kan diskutere om den overhovedet hører hjemme i beskrivelsen af den fælleseuropæiske retshistorie. Anderledes forholder det sig med Skotland, som i bevidst opposition til England bevarede kontakten med kontinentet, og hvor romerretten derfor kom til at spille en væsentlig rolle. Scots Law kan derfor regnes til de systemer, som er påvirket af *jus commune*.

Common law var den ret, som i England blev anvendt af de kongelige domstole, Court of Common Pleas, King's Bench og the Exchequer. Under Henrik II, der regerede i anden halvdel af 1100-årene, blev dommere sendt ud fra *curia regis* for at tage stilling til retssager rundt omkring i landet. *Curia regis* – kongens domstol – blev i løbet af det 13. århundrede en professionel domstol. Sager kunne behandles af kongen i rådet – *coram rege* – eller uden hans nærværelse som King's Bench. I det 14. århundrede blev den centrale Court of common pleas permanent, men circuit judges vedblev at rejse rundt.

Europa og romerretten

En anklagejury, Grand jury, anvendtes indtil 1933, mens en Petty jury efter det IV Laterankoncil 1215 trådte i stedet for gudsdomme til afgørelse af sagen.

Writs

The »writ« var et centralt element i proceduren efter common law. Writs var kongelige ordrer til den lokale sherif om at foretage et bestemt retligt skridt mod en person, og det var sådanne writs, som kunne danne grundlag for en common law-proces. Der udvikledes i løbet af det 12. og 13. århundrede en lang række nye writs i forskellige sagstyper. Skønt engelsk ret er udviklet uden nævneværdig påvirkning fra romerretten er der dog i strukturen visse ligheder. Det gælder ikke mindst systemets karakter af, hvad englænderne kalder et system af »remedies not rights.« Ligesom en rettighed i romerretten skulle indeholde en actio for at kunne gøres gældende for domstolen, så var det efter common law eksistensen af en writ, som passede på det foreliggende retstilfælde, som bevirkede at sagen kunne behandles af en common law-domstol. Man har sammenlignet writs med de romerske actiones.

Et værk, som går under forfatternavnet Glanville handler om writs. Bogen viser en vis indflydelse fra romerretten, Den er skrevet kort før 1200. En anden forfatter fra det 13. århundrede, Bracton, er traditionelt opfattet som stærkt romerretligt inspireret. Således hedder det f.eks. i hans *De legibus et consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England)* at »da al ret, som vi vil behandle i overensstemmelse med de engelske love og retsværdier her, vedrører enten personerne, tingene eller retsklagerne, og da personerne er de vigtigste, thi al ret skyldes deres beslutninger; derfor vil vi først se på personerne og deres status, som er forskellig og adskilt og dernæst personerne ret, som drejer sig om dem. Den første og korteste inddeling af personerne er, at alle mennesker er enten frie (liber) eller ufrie (servi) ...

Den engelske retshistoriker Maine opfattede i forrige århundrede det romerretlige islæt hos Bracton som meget stærkt: »That an English writer at the time of Henry III should have been able to put off his countrymen as a compendium of pure English Law a treatise of which the entire form and a third of the contents were directly borrowed from the Corpus juris, and that he should have ventured on this experiment in a country where the systematic study of the Roman law was formally proscribed, will always be among the most hopeless enigmas in the history of jurisprudence ...« I virkeligheden havde Bracton dog i langt mindre grad støttet sig på romerretten end man

Europa og romerretten

skulle tro ved læsningen af et citat fra hans værk, som det ovenfor anførte. Han byggede sin fremstilling på common law, som den var udviklet af de engelske domstole. Paradoksalt nok er denne ret i sin oprindelse slet ikke engelsk, men den bygger på europæisk lensret og anden kontinental ret, som de normanniske erobrere 1066 førte med sig.

I øvrigt var romerrettsstudiet ved Universitetet i Oxford blevet forbudt af kongen omkring midten af det 12. århundrede. Her havde en lærer fra Bologna Vacarius undervist i romerret. Det er dog noget usikkert, hvor vidtgående dette forbud var. Der var i England ingen egentlige juristuddannelse – først efterhånden begyndte en praktisk uddannelse.

Uddannelsen af vordende jurister foregik i de såkaldte Inns of Court, hvoraf der var fire i London. Her var der undervisning, moot-courts (procesøvelser) og retsbesøg med henblik på oplæring som advokat. Ældre advokater betegnede som serjeants (af servientes), og det var blandt dem, at dommerne i kongelige domstole rekrutteredes. Serjeants fik eneret på at møde i the Court of Common Pleas. Antallet af dommere og advokater i England har altid været lavt. I det 14. og 15. århundrede var antallet af dommere ved de to domstole Common Pleas og Kings Bench syv eller otte, og også kredsen af Serjeants-of-law var eksklusiv.

Engelsk retssprog var fransk og ikke latin, hvorved engelsk ret yderligere adskilte sig fra den, som lærtes på universiteterne. Omkring 1300 udviklede engelsk ret sig derfor til et eget sluttet system, men allerede tidligere havde man understreget engelsk rets selvstændighed: »Nolumus leges Angliae mutare« hed det i 1236 (vi vil ikke forandre Englands love), da kirken ville introducere princippet *legitimo per matrimonium subsequens* (at børn født uden for ægteskab legitimeres ved senere ægteskabs indgåelse).

Allerede tidligt forsøgte de engelske domstole at fastholde deres uafhængighed af kongen. Særlig kendt er en udtalelse fra begyndelsen af 1600-årene af den daværende Lord Chief Justice til den engelske konge Jakob I, om at han ikke var berettiget til at være med til at dømme. På den anden side havde den engelske konge – ligesom den danske – i sin kroningsed svoret på at »do equal right and justice« – men i det lange løb sejrede domstolenes synspunkt.

Equity

The Chancery var oprindeligt et regeringskontor, men blev efterhånden det sted, hvortil klager kunne indgives, når det ikke var muligt at nå et resultat gennem common law. Kansleren – the Chancellor – kunne på den måde supplere eller

Europa og romerretten

korrigere common law – ligesom den romerske prætor, når det gjaldt *ius civile* i romerretten – og behandlingen af sager her blev populær. Grundlaget for hans afgørelser var »equity« – billighed – og »good faith« – god tro – og retssystemet, som anvendtes her, vedblev at hedde »Equity« også efter at det havde udviklet sig i en retning, hvor det var blevet ligeså stift som common law. I det 17. århundrede lå reglerne i Equity således fast. Også udviklingen af det engelske equity-system og dets anvendelse var kompliceret. En vis indflydelse fra kanonisk ret og romerretten kan spores i dette system. »The Early ecclesiastical chancellors contributed to it from the Canon Law, many of the principles which lie deepest in its structure. The Roman Law, more fertile than the Canon Law in rules applicable to secular disputes, was not seldom resorted to by a later generation of Chancery judges ...« (Maine).

Ved siden af common law-domstolene og the Chancellor eksisterede også kirkelige domstole, hvor kanonisk ret anvendtes. Ved disse domstole anvendtes jurister uddannet ved universiteterne i romerret og kanonisk ret. Også ved såkaldte Admiralty Court, som behandlede sø- og handelssager anvendtes »civil law.«

Lex mercatoria

Lex mercatoria er betegnelsen for de handelsretlige sædvaner, som udvikledes siden middelalderen. I dansk ret er handelsretten ikke udsondret som en særlig disciplin. Det var heller ikke tilfældet i romerretten, men flere retssystemer kender særlige handelslovbøger, f.eks. den franske Code de commerce.

Karakteristisk for romersk aftaleret var, at enhver aftale kunne indgås i stipulationsform ved udvekslingen af simple former. Også konsensualkontrakten var et smidigt middel til at indgå aftaler. Om søhandel fandtes særlige regler, som en fælles-europæisk handelsret kunne bygge videre på.

I Middelhavets søhandelsbyer udvikledes en lang række sædvaner for søhandel. Den mest udbredte blev den samling, som tilvejebragtes i Barcelona som *Consolato del Mar*. Med titlen konsul betegnedes dommerne i handelssager, som behandlede af de lokale gilder eller af repræsentanter for det pågældende land på stedet. Consolato del mar var model for de nordeuropæiske søhandelsregler, som var samlet i de såkaldte *Rôles d'Oléron* (efter en ø på den franske Atlanterhavskyst). Disse regler havde igen betydning for den såkaldte Visbyske søret, der gjaldt i Østersøen og også indeholdt bestemmelser fra den hanseatiske ret. Særlig tysk ret, som den udvikledes i domme afsagt af Lübecks råd fik snart betydning for handelsrettens udvikling i Nordeuropa.

Store markeder var omsætningspladser for varer og penge. Som et middel til

Europa og romerretten

overførelse af penge og for at undgå risikoen ved pengetransporter opstod vekslen.

Nye selskabsformer dukkede op til supplement af romerrettens *societas*, således det såkaldte *compagnia*, indgået for en årrække, og som kunne forpligte sig udadtil. Partnerne forblev i hjembyen og overlod handelsrejserne til yngre købmænd, som også kunne optræde som faste repræsentanter i andre byer.

I søhandelen udvikledes af det klassiske sølån det såkaldte *commenda* eller *societas maris*, hvor en person kunne skyde penge i et skib og ladning og få andel i udbyttet uden iøvrigt at hæfte for forpligtelser i forbindelse med sørejsen. Det er urformen af det senere kommanditselskab. Begyndelsen til søforsikring blev gjort i forbindelse med forlæg i 1300-tallet på at sprede risikoen også til andre ved at betale en præmie og dermed formindske tab ved investeringen i et *commenda*.

Også de første aktieselskaber dukker op i denne periode; første gang i Genova i 1346.

Andre handelsretlige sædvaner var knyttet til køb og salg. En udbredt sædvaner var den, at ejeren ikke kunne vindicere løsøregenstande, som i god tro var blevet erhvervet på et marked, selv om tingene var stjålet. En sådan regel anerkendtes dog næppe i Danmark. Der opstod også en tendens til at anerkende kontrakter, selv om de ikke passede ind i de romerretlige typer. Også formløse løfter ansås således for gældende.

II

LOV OG RET I DANMARK I MIDDELALDEREN

Kronologi

1157-1241	Valdemarstiden
1157-1182	Valdemar I den Store konge af Danmark
1182-1202	Knud VI konge af Danmark
1200	Mandrabsforordningen
1201- ca. 1222	Anders Sunesen ærkebiskop af Lund
1215	Det IV Laterankoncil
1202-1241	Valdemar II Sejr konge af Danmark
1241	Jyske Lov
1241-1250	Erik Plovpenning konge af Danmark
1250-52	Abel konge af Danmark
1252-59	Christopher konge af Danmark
1254	Københavns første stadsret
1259-86	Erik Glipping konge af Danmark
1269	Ribe stadsret
1282	Erik Glippings »håndfæstning«
1296	Upplandsloven
1413	Sidste Danehof

Landskabslovene

De ældste skrevne danske love – landskabslovene – stammer fra årene omkring 1200. Disse love fik en lang levetid. En af dem, Jyske Lov, anvendtes endnu i dette århundrede. Vi har også efterretninger om dansk ret før landskabslovene. Hvad vi ved herom, er imidlertid fragmentarisk og behæftet med usikkerhed. Fremstillingen af den danske retshistorie indledes derfor i det juridiske århundrede fra o. 1150-1250, hvor landskabslovene blev til i lighed med tilsvarende love andre steder i Europa.

Middelalderen er i disse år kommet på mode. Fængslende romaner eller dokumentariske beretninger er med til at give et nyt og aktuelt billede af denne periode i Europas historie. De tider er forlængst forbi, da man talte om den mørke middelalder. Middelalderen fremstår tværtimod som en spændende brydningstid, hvor vigtige nye institutioner så dagens lys. For dansk rets vedkommende er der knyttet den særlige interesse til middelalderen, at det var i denne periode, at vore første skrevne retskilder, de såkaldte landskabslove, blev til. Det er et afgørende tidspunkt, hvor det skrevne ord erstatter mundtlig overlevering. Vi kalder vore ældste nedskrevne retsoptegnelser for landskabslovene, fordi de var gældende i de lande, som Danmark retligt var opdelt i. Retsenhed fik Danmark først i det 17. århundrede. Riget var indtil 1683 delt i tre retsområder Skåne, Sjælland og Jylland (med Fyn) som hver havde sin egen lov, og i tiden omkring 1200 blev disse love nedskrevet. Den kendteste af disse landskabslove er Jyske Lov fra 1241. Den blev nedskrevet på kongens initiativ. Ældre er Skånske Lov, som formentlig er nedskrevet i det første eller andet årti af 1200-tallet, og de sjællandske love. De to sjællandske love bærer kongenavne – Valdemars og Eriks sjællandske Love – men de er ligesom Skånske Lov private lovarbejder (såkaldte retsbøger). Der er elementer i Valdemars sjællandske Lov, som viser hen til en påvirkning fra Jylland. Det kan skyldes, at Valdemars sjællandske Lov bygger på en lov givet, mens den senere kong Valdemar den Store (1157-1182) var konge i Jylland. Fra Skåne kender vi også en latinsk redaktion af retten, den såkaldte Liber Legis Scaniae forfattet af ærkebiskop Anders Sunesen i begyndelsen af det 13. århundrede. Denne retskilde betegnes ofte som Anders Sunesens parafrase. Anders Sunesen har bl.a. systemiseret skånske lovs bestemmelser lidt anderledes og knyttet en række forklaringer til de anvendte retsudtryk.

Ikke alle landskabslovene er dateret. Af fortalen til Jyske Lov fremgår, at loven er givet i 1241, men de skånske og sjællandske retskilder savner datering. Det er derfor nødvendigt ved en analyse af lovens tekst at søge at

Lov og ret i Danmark i middelalderen

slutte sig til alderen. Den omstændighed, at lovene er givet i en brydningstid mellem gammelt og nyt er her en hjælp. Fra gammel tid havde man som bevismiddel kendt jernbyrd men i 1215, blev det forbudt gejstlige at medvirke ved jernbyrdsceremonialet, som hidtil havde fordret en kirkelig deltagelse. Beslutningen herom blev truffet på et internationalt kirkemøde (koncil) i Rom – det såkaldte IV. Laterankoncil i 1215 – og denne beslutning blev af kong Valdemar gennemført i Danmark, idet han i en lov satte andre former for bevis i stedet for jernbyrd. Dette må være sket i tidsrummet mellem 1215 og 1241. Vi kan herefter gå ud fra, at de landskabslove, som endnu kender til jernbyrd, er ældre end dette tidspunkt. Det gælder således Skånske Lov. Men selv om jernbyrd blev afskaffet, vedblev afskriverne af loven at omtale jernbyrd. Der var ingen lovgiver, som var beføjet til at ændre i den gamle tekst, selv om den ikke anvendtes i virkeligheden.

Anders Sunesen

Anders Sunesen er i retshistorien kendt som forfatter til en latinsk gengivelse af Skånske Lov, den såkaldte Liber Legis Scaniae. Han er født ca. 1170 og har formentlig i sin ungdom studeret i både Paris, Bologna og måske Oxford, hvor han opnåede en stor lærdom. I 1201 efterfulgte han Absalon som ærkebiskop i Lund og dermed som den danske kirkes overhoved. Foruden den såkaldte parafrase er han forfatter til et stort latinsk digt om skabelsen, Hexaëmeron. Anders Sunesen fik pavelig tilladelse til at trække sig tilbage som ærkebiskop i 1222. Han døde 1228 på Ivø i Skåne og ligger begravet i Lunds domkirke.

Et af de spørgsmål, som retshistorikerne beskæftiger sig med i forbindelse med retskilderne fra middelalderen, er, om de er udtryk for en ny retsopfattelse, eller om der er tale om nedskrivningen af gammel velkonsolideret ret. Det var tidligere en udbredt opfattelse, at vi i landskabslovene finder et udtryk for meget gamle retsregler, sædvaneret, som oprindelig mundtligt blev overleveret fra slægtled til slægtled. Men denne opfattelse er blevet taget op til revision, og i vidt omfang kan det påvises, at der ikke blot er tale om en skriftlig fiksering af en mundtlig tradition, men at landskabslovenes regler må være forholdsvis nye, og at lovene i det hele er fremkommet som led i en helt ny redaktion af retsgrundlaget. Det gælder en lang række bestemmelser, som viser påvirkning fra kirkelig ret, eller bestemmelser, som er udtryk for en styrket magtstilling for kongen, men også i en række andre tilfælde er det en ny retsopfattelse, der afspejles i lovene. De er blevet til i en brydningstid imellem gammelt og nyt, hvor der var et udtalt behov for at fastslå, hvad der

Lov og ret i Danmark i middelalderen

var ret. Undertiden kan vi ligefrem i lovene se to forskellige retsopfattelser refereret. Gammelt og nyt har tilsyneladende plads i landskabslovene side om side, og en spændende forskningsopgave har været den at afdække lovenes forskellige »lag«. En ny tolkning af landskabslovene som udtryk for samtidens magtsprog er en anden mere radikal måde at afvise tanken om lovene som udtryk for gammel mundtlig tradition på.

Et udtryk, som man ofte støder på i forbindelse med middelalderens opfattelse, er, at retten betragtedes som den »gode gamle ret«. Man stod tøvende over for »ny« ret og legitimerede den som gammel ret. Grundlaget for denne opfattelse er den iagttagelse, at der i middelalderen ofte skete en sammenkædning af begreberne »gammel« og »god«, således at den gamle retsopfattelse tillagdes præference frem for »ny« ret, som ofte identificeredes med misbrug og vilkårlig afvigelse fra det, som var den egentlige ret. Forestillingen om den »gode gamle ret« som modsætning til lovgivning er dog nu forladt. Retten i middelalderen var ikke statisk, tværtimod betød netop kongemagtens styrkelse og kirkens voksende indflydelse en fundamental ændring af retsopfattelsen på mange områder, som fandt udtryk i ny lovgivning. Vigtige eksempler fra dansk middelalder på kongemagtens lovgivningsinitiativer er en forordning fra 1200 om manddrab og en noget senere forordning om afskaffelsen af jernbyrd.

Det samfund, som landskabslovene afspejler, er et bondesamfund, men ikke nødvendigvis et samfund, som ikke rummede store sociale forskelle. Tanken om det middelalderlige samfund som lige og demokratisk er forlængst forladt. De personer, hvis retsstilling omtales i lovene, karakteriseres som regel som »bonden«. Jordbesidderen synes at være lovens »normalperson«. Der optræder i Skånske Lov også trælle, og i alle lovene er jordløse personer nævnt. Landboer og gårdsæder havde ikke egen jord og har hørt til de små i samfundet. Betegnelsen bryder for personer som administrerede en andens gods, kan omfatte også formueforvaltere med en vis solid position. Det antydes i loven, at der findes stormænd, og også kongen er omtalt. Hvordan det samfund så ud, som lovene gjaldt for, ved vi kun lidt om – om jordfordelingen var nogenlunde lige, eller om der var stor forskel på høj og lav, kan vi ikke sige med sikkerhed, men samfundet har været stærkt socialt differentieret. Vi kan ved hjælp af efterretninger om afdødes efterladenskaber rekonstruere meget store jordbesiddelser, der viser, at der har eksisteret stormænd med en rigdom, som ikke kan have været typisk, og meget tyder da også på, at forestillingen om det middelalderlige samfund som et samfund af frie og ligestillede bønder er mere romantik end realitet. Om befolkningens

Lov og ret i Danmark i middelalderen

størrelse har vi heller ingen sikre efterretninger, men det anslås, at den samlede befolkning i de tre lande (Jylland og Fyn, Sjælland samt Skåne, Halland og Blekinge) i begyndelsen af 1200-årene har været omkring en million. I slutningen af 1200-årene indtrådte en krise, og med den sorte død (pesten) i midten af 1300-årene antages det, at befolkningstallet sank drastisk for først o. 1700 at nå op på samme niveau som på landskabslovenes tid.

Flere retskilder gjaldt side om side. Købstæderne var små, men de havde deres eget retsgrundlag i form af stadsretter, som supplerede landskabslovene med særegne for byen gældende regler.

Foruden land og by havde også de kongelige slotte deres egen retsorden, som var indeholdt i den såkaldte gårdsret, der blev nedskrevet i begyndelsen af 1400-tallet og igen under Frederik II i 1562.

En helt afgørende indflydelse på retsopfattelsen i Danmark i middelalderen fik den kirkelige ret. Kirkens ret, den kanoniske ret, var et universelt retssystem, som med lokale variationer gjaldt for hele den daværende kristenhed. Dets grundlag var Bibelen og den senere kirkelige tradition. Den tysk-romerske kejser Frederik II af Hohenstaufen havde allerede i 1231 givet love for Sicilien. En anden, som i denne periode tog et tilsvarende lovgivningsinitiativ, var den danske konge Valdemar II Sejr, som gav Jyske Lov i 1241.

Hvis vi vil forsøge at danne os et indtryk af middelalderens retsliv i Danmark, må udgangspunktet tages i landskabslovene. Der er betydelige lighedspunkter mellem de enkelte love, men også forskelle fra land til land. Lovene er alle nedskrevet i samme periode – Valdemarstiden – og det er derfor naturligt, at lovene afspejler en nogenlunde ensartet retsopfattelse. Særlig påfaldende er overensstemmelserne mellem Skånske Lov og Jyske Lov. Her er lighederne med hensyn til såvel systematik som formuleringen af enkelte bestemmelser så slående, at det er nærliggende at antage, at Jyske Lovs koncipister har benyttet et håndskrift af Skånske Lov. Det forekommer da også naturligt, om den lidt ældre, men velformulerede Skånske Lov har været inddraget blandt forarbejderne ved redaktionen af Jyske Lov. Det spørgsmål har været rejst, om Jyske Lov i virkeligheden var tænkt som en fælles lov for de tre lande, Jylland, Sjælland og Skåne. Som loven er os overleveret, fremtræder den som en Jysk Lov, men det kan ikke udelukkes, at der med loven har været mere langsigtede planer. I første omgang blev loven præsenteret og vedtaget på et almindeligt rigsmøde i Vordingborg og ikke på landstinget. I hvert fald Jyske Lovs fortale kan således ikke opfattes alene som jysk ret, men som en for hele riget fælles ret. Jyske Lovs fortale dukker da også op i senere håndskrifter af de andre landskabslove.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

De ældste norske landskabslove stammer fra 1100-årene. De benævnes efter de fire norske retsområder som Frostatingsloven og Gulatingsloven, samt Eidsivating og Borgartings kristenret. Fra Sverige er bevaret en række landskabslove fra 1200- og 1300-årene. De inddeles i Götalovene og Svealovene. Den kendteste af disse er Upplandsloven, der ifølge sit stadfæstelsesbrev blev givet i 1296. Her omtales behovet for forandring af retten: »Thi efterhånden som tiden går og mennesker falder fra og andre kommer til, veksler menneskers omgang med hverandre; thi med tiden kan mange nye tilfælde indtræffe, og yderligere er meget blot omtalt med få ord i gammel lov og ikke så klart som nødvendigt. I disse tilfælde vedtages både i kirkeloven og i kejserloven ændringer, så at noget afskaffes, noget udfyldes med nøjagtige ord og atter andet bliver helt og holdent fastsat fra nyt«. Her omtales altså både kanonisk ret og romerretten som forbilleder.

Upplandsloven

Karakteristisk er fortalen til Upplandsloven, der kan minde om fortalen til Jyske Lov. Det hedder bl.a.:

»Gud selv indstiftede den første lov og sendte den til sit folk gennem Moses, som var den første lovgiver for sit folk. Således sender også sveers og göters eneherskende konge Birger, kong Magnus' søn, denne bog til alle dem, som bor mellem Savåen og Ødemarken, som indeholder Vigers regler og uplandsk lov.

Loven skal fastsættes og gives til rettesnor for alt folket, både rige og fattige, og til at skelne ret og uret. Loven skal holdes til værn for de fattige, til fred for de fredsommelige; men til afskrækkelse for de voldsomme. Loven skal være til hæder for de retfærdige og kloge, men til straf for de ulydige og ukloge. Hvis alle var retfærdige behøvedes ingen lov«.

Hälsinge-loven gjaldt i det nordlige Sverige og formentlig også i Finland.

I Norge med Magnus Lagabøtars landslov 1274 og i Sverige med Magnus Eriksons landslag 1350 tilvejebragtes lovbøger for hele landet, mens landskabslovene i Danmark fra begyndelsen af 1200-årene (Skånske Lov, Valdemars og Eriks sjællandske love og Jyske Lov) bevarede deres gyldighed indtil Danske Lov 1683.

Det var universitetsuddannelsen af juristerne, som dannede forudsætningen for en reception af romerretten. Siden det 12. og 13. århundrede havde studenter nordfra fundet vej til de italienske universiteter, hvor de indskrev sig som medlemmer af en særlig »natio Germanica« – en tysk nation, som også omfattede de nordiske lande. Også fra Norden kom studenter til Bologna og

Lov og ret i Danmark i middelalderen

andre universiteter, som hjemme fik ansættelse i kirken eller i et vist omfang hos kongen. Men i domstolene fandt de ikke anvendelse. Der var ingen lærde jurister, hverken ved landstingene eller ved kongens retterting endside ved de lokale domstole. Nogen særlig funktion her ville de heller ikke have haft, således som bevis- og appelsystemet var udformet. Derimod har der i de kirkelige domstole siddet uddannede jurister.

Med lov skal land bygges

Sætningen »Med lov skal land bygges« danner den magtfulde indledning til Jyske Lovs fortale. Man har kaldt denne fortale for det smukkeste stykke prosa fra den danske middelalder, andre har talt om en portal, som danner indgangen til middelalderens retsliv. Her kommer den middelalderlige danske statsretsopfattelse til udtryk. I fortalen indeholdes en beskrivelse af kongens opgaver, der tales om forholdet mellem kirke og stat og om loven. Om kongens forhold til lovgivningen indeholdes også vigtige sætninger i manddrabsforordningen fra år 1200. Her siges det ligefrem, at »det er i kongens magt at give eller ændre love«, mens Jyske Lov går ud fra en opfattelse, hvorefter kongen giver loven, mens den vedtages af folket på landstinget. I øvrigt er Jyske Lovs fortale i det store og hele en gengivelse af sætninger, som stammer fra kanonisk ret, først og fremmest Gratians dekret fra omkring 1140, men også Gregor IX's Liber Extra fra 1234 er citeret, når det hedder: »Der som nogen ikke af frygt for Gud og kærlighed til retten kan lokkes til det gode, at frygten for høvdinger og landets straffelov, da kan hindre dem i at gøre ondt og straffe dem, hvis de gør ondt«. I øvrigt beskrives kongens embede inden for de rammer, som den middelalderlige statslære havde opstillet. Opretholdelsen af fred og retfærdighed – *pax et justitia* – var kongens vigtigste opgaver. Det udtrykkes i fortalen på den måde, at kongen sammen med landets høvdinger skal overvåge domme og gøre ret og frelse dem, der tvinges med vold, og han er skyldig at give alle fred mod, at »alle, der bor i hans land« skylder ham lydighed og underdanighed.

I et særligt afsnit i fortalen tales om loven. Den skal være »ærlig og retfærdig, tålelig, efter landets sædvane, passende og nyttig og klar, så at alle kan vide og forstå, hvad loven siger«. Denne og følgende passus er næsten ordret taget fra Gratians dekret, der her atter citerer en ældre autoritet, nemlig et i middelalderen meget udbredt værk, *Etymologiae*, af den lærde biskop Isidor af Sevilla fra begyndelsen af det 7. århundrede. Disse sætninger om lovgivningen findes ikke blot i Jyske Lovs fortale, men også i anden europæisk

Lov og ret i Danmark i middelalderen

lovgivning fra middelalderen. Det var almindeligt europæisk tankegods om lovens udformning, der her udtrykt i sætninger på dansk gled ind i Jyske Lov.

Det har været opfattelsen, at ordene »Med lov skal land bygges«, som danner indledningen til Jyske Lovs fortale, er af nordisk oprindelse. Ved nærmere undersøgelse viser det sig imidlertid, at sætningen har paralleller i romerretten og i den klassiske romerske litteratur. Ved at bygge landet op med loven som fundament handlede kong Valdemar som lovgiver, »legifer« med samtidens udtryk, og i tidens ånd. Jyske Lovs fortale afspejler samtidens europæiske lovgivningsideologi.

I fortalen forbydes det at dømmes mod den lov, som kongen giver og landet vedtager. Hermed understreges sammenhængen mellem retten og det pågældende land. Loven sættes altså over sædvanen.

Kongen er bundet af loven. Han kan kun ændre den med folkets tilslutning. Men konge og land kan i fællesskab skabe ny ret. Hermed er der taget stilling til problemet om ændring af retten, som med opfattelsen af den gode, gamle ret var ganske prekært i middelalderen – spørgsmålet om en *jus vetus* (gammel ret) mod *jus novum* (ny ret). Jyske Lov indrømmer altså en mulighed for at ændre loven og skabe ny ret.

Om forholdet mellem konge og kirke hedder det, at »ligesom den hellige kirke styres af pave og biskop, således skal ethvert land styres og værges af kongen eller hans hjælpere«. Man har villet se denne opfattelse som et udtryk for en lokal afvigelse fra den herskende mening inden for kirkeretten, hvorefter kirken stod over staten. Meget tyder imidlertid på, at den i Jyske Lov fremsatte opfattelse er forenelig med kirkeretslæren. Der var ikke blandt kanonisterne enighed om, at kirken over alt havde primat. Kanonisterne sondrede mellem kejser og konge. I forholdet mellem pavemagt og kejser havde kirken forrang, derimod udøvede kongen efter nogle kanonisters mening sin statslige tvangsmagt direkte efter guddommelig overdragelse af sit embede. En lignende opfattelse kommer frem i Gratians dekret. Vi finder altså ikke i Jyske Lov en dansk særregel, men en af kanonister anerkendt og i Europa almindelig udbredt opfattelse af forholdet mellem kirke og stat i denne passus.

Middelalderens lovgivningsfilosofi

Isidor (ca. 560-636) var biskop i Sevilla. Han er forfatter til nogle af de ældste encyclopædier, herunder værket *Etymologiae*, den indeholder en række forklaringer på bl.a. retlige begreber.

Af *Isidor af Sevilla: Etymologiarum Liber V (o. 600)*

Quare facta est lex

Factae sunt autem leges ut earum metu humana coercentur audacia, tutaque sit inter inprobos innocentia, et in ipsis inpiis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas.

Hvorfor loven er givet

Lovene er givet for at menneskets vovemod kan tvinges af frygt for dem, og for at uskyldigheden kan sikres blandt onde mennesker, og lysten til at skade holdes tilbage ved en hård straf mod de onde.

Qualis debeat fieri lex

Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.

Hvorledes loven skal gives

Loven skal således være ærlig, retfærdig, mulig, efter naturen, efter landets sædvane, i overensstemmelse med sted og tid, nødvendig, nyttig og klar, og at ingen bedrages som følge af uklarhed, ikke til gavn for nogen enkelt, men skrevet til borgernes fælles bedste.

Af *Decretum Gratiani Distinctio prima*

Menneskeslægten styres på to måder, nemlig ved lov og sædvane. Naturretten er det, der indeholdes i loven og evangeliet, hvor det befales enhver at gøre det mod andre, som han vil de skal gøre mod ham selv, og hvor det forbydes at gøre mod andre, hvad man ikke ønsker, skal gøres mod en selv. Derfor siger Kristus i evangeliet: »Alt, hvad I vil, at andre mennesker skal gøre mod jer, det skal I også gøre mod dem. Det er nemlig loven og profeterne«.

c. 1

Alle love er enten guddommelige (divinae) eller menneskelige (humanae). De guddommelige er i overensstemmelse med naturen (natura), de menneskelige med sædvane (moribus), og de adskiller sig derved, at forskellige love behager forskellige folkeslag. § 1 *fas* er guddommelig lov (lex divina); *ius* menneskelig lov (lex humanae) ...

(fra Isidor, *Etymologiarum V*)

Fortalen til Jyske Lov

Af Jyske Lov 1241

Således begynder fortalen til Jyske Lov, som kong Valdemar gav, og danerne vedtog:

Med lov skal land bygges, men ville enhver nøjes med sit eget og lade andre nyde samme ret, da behøvede man ingen lov. Men ingen lov er så god at følge som sandheden, men hvor man tvivler om sandheden, der skal loven søge, hvad der er sandt.

Var der ikke lov i landet, da havde den mest, som kunne tilegne sig mest. Derfor skal loven gøres efter alles behov, så at retfærdige og forstandige og uskyldige kan nyde deres fred, og uretfærdige og lumske kan ræddes for det, der er skrevet i loven, og derfor ikke tør fuldbyrde den ondskab, som de har i sinde. Det er også rigtigt dersom nogen ikke af frygt for Gud og kærlighed til retten kan lokkes til det gode, at frygten for øvrigheden og landets straffelov da kan hindre dem i at gøre ondt og straffe dem, hvis de gør det.

Loven skal være ærlig og retfærdig, tålelig, efter landets sædvane, passende og nyttig og klar, så at alle kan vide og forstå, hvad loven siger. Loven skal ikke gøres eller skrives til nogen mands særlige fordel, men efter alles behov, som bor i landet. Heller ikke skal nogen mand dømmes mod den lov, som kongen giver, og landet vedtager; men efter den lov skal landet dømmes og styres. Den lov, som kongen giver, og landet vedtager, den må han ej heller ændre eller ophæve uden landets vilje, uden at han klart er imod Gud.

Det er kongens og landets høvdingers embede at overvåge domme og gøre ret og frelse dem, der tvinges med vold, såsom enker og værgeløse, børn, pilgrimme og udlændinge og fattige – dem overgår der tiest vold – og ikke lade slette mennesker, der ikke vil rette sig efter loven, leve i sit land; for når han straffer og dræber ugerningsmænd, da er han Guds tjener og landets beskytter for ligesom den hellige kirke styres af pave og biskop, således skal hvert land styres og værges af kongen eller hans hjælpere. Derfor er også alle, der bor i hans land, skyldige at være ham hørige og lydige og underdanige, og til gengæld er han skyldig at give dem alle fred. Det skal alle verdslige høvdinger også vide, at med den magt Gud gav dem i hænde i denne verden, overdrog han dem også at værge sin hellige kirke mod alle krav. Men bliver de glemsomme eller partiske og ikke værger, som ret er, da skal de på dommens dag stå til ansvar, hvis kirkens frihed og landets fred mindskes ved deres skyld i deres tid.

Vide skal alle, der ser denne bog, at kong Valdemar, den anden søn af Valdemar, der var Sankt Knuds søn, da han havde været konge i ni og tredive vintre, og der var gået tusind og to hundrede og fyrretyve vintre, efter at vor Herre var

født, i den næstfølgende marts måned lod skrive denne bog og gav denne lov, som her står skrevet på dansk, i Vordingborg efter beslutning af sine sønner, der var til stede, kong Erik, hertug Abel og junker Christoffer og Uffe, der da var ærkebiskop i Lund, og biskop Niels i Roskilde, biskop Iver i Fyn, biskop Peder i Aarhus, biskop Gunner i Ribe, biskop Gunner i Viborg, biskop Jens i Vendsyssel og biskop Jens i Hedeby og desuden efter beslutning af alle de bedste mænd, der var i hans rige.

»Han« eller »hun«?

En enkelt passus i fortalen har givet anledning til særlige fortolkningsproblemer. Det hedder om lovændringer, at »den lov, som kongen giver, og landet vedtager, den må han ej heller ændre eller ophæve uden landets vilje, uden at han klart er imod Gud«. Denne passus kan tolkes på den måde, at kongen, såfremt han ændrer loven uden at have samtykke fra landstinget, da handler mod Gud. En sådan udlægning vil være i overensstemmelse med den netop omtalte såkaldte augustinske statsopfattelse om kongen som bundet af loven. Det er en opfattelse, der har fundet udtryk i den på Augustin byggede lære om en retfærdig konge – *rex justus* – som var med til at fremme gudsriget i modsætning til den *tyrannus*, som modvirkede det. Læren er et led i den dualistiske statsopfattelse, hvorefter staten vel tilhører det verdslige rige, men hvor fyrsten dog har pligt til at medvirke til opnåelsen af det endelige mål, som var gudsstatens sejr ved tidernes ende.

En anden tolkning bygger på en læsemåde af denne passus, som tager udgangspunkt i den omstændighed, at der i enkelte, for det meste yngre, håndskrifter tales om, at, »hun klart er imod Gud«. Med »hun« må tænkes på loven, som i gammel dansk var et hunkønsord. Meningen er altså den, at kongen kan ændre den lov, som klart er imod Gud. Det har været nærliggende at tolke dette som udtryk for den opfattelse, at landets lov stod tilbage for kanonisk ret. Da Jyske Lovs fortale senere giver udtryk for en ligestilling af kongemagten og kirken, er denne tolkning dog ikke uden videre sandsynlig. Snarere skal udtrykket Gud ses i sammenhæng med den almindelige retsopfattelse, som kommer til udtryk i fortalen, og som bygger på Gratians dekret. Gratian sondrede mellem naturretten og sædvaneretten (*mos*) og mellem guddommelige love og menneskelige love. Naturretten var indeholdt i Moseloven og Evangeliet. Sædvaneretten var den vekslende menneskelige ret. Guddommelige love har deres udspring i Moseloven og Evangeliet. For Gratian er naturretten og den guddommelige ret altså sidestillede. Tolkes ordet »Gud« i Jyske Lovs fortale i overensstemmelse med denne opfattelse, når man frem til, at der med ordene »at hun klart er imod Gud«, nærmest må tænkes på, at loven er i strid med de øverste naturretlige og guddommelige principper, som er noget andet og snævrere end kanonisk ret.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Den historiske ramme for Jyske Lov og de ældre landskabslove er den såkaldte Valdemarstid, perioden ca. 1157-1241, hvor en voldsom social, kulturel og økonomisk opblomstring skete i Danmark. Kongemagten styrkedes, og lovgivningen ændredes på mange måder efter tilskyndelse fra kirken, som spillede en vigtig rolle i den danske middelalder. Samarbejdet mellem konge og kirke byggede på en opfattelse, som kom til udtryk i kirkefaderen Augustins værk om gudsstaten, *De Civitate Dei* fra begyndelsen af det 5. årh. e. Kr. Mennesket tilhørte efter denne opfattelse to riger, gudsriget – *civitas Dei* – og det verdslige rige – *civitas terrena*. Ved verdens ende ville gudsriget vinde. Dette gudsrige var ikke identisk med kirken, men et usynligt fællesskab af alle kristne. Et tilhørsforhold til kirken var derfor en forudsætning for menneskets frelse. Staten var ikke identisk med *civitas terrena*. Også staten har sin opgave i at virke for gudsrigets komme. Så længe gudsriget ikke var fremstået med evig fred og salighed, måtte mennesket affinde sig med den eksisterende stat. Det var imidlertid vigtigt, at staten byggede på fred og retfærdighed som forudsætning for at forberede mennesket til den evige frelse. Kongen havde derfor pligt til som lederen af staten at fremme gudsriget her på jorden i samarbejde med kirken.

Den stærke kongemagt, som var skabt under Valdemarerne, svækkedes under deres efterfølgere. Magtforholdet mellem kongemagt og aristokrati forrykkedes i stormændenes favør. Den såkaldte Erik Glippings håndfæstning fra 1282 er et klart udtryk for, at kongemagten er svækket. Blandt de forpligtelser, som kongen påtog sig i dette dokument, er også den hvert år at indkalde et såkaldt hof, et organ, som senere fik navn af Danehoffet. Sådanne møder havde også været afholdt tidligere, men det blev nu en pligt for kongen een gang om året at indkalde til en forsamling, som kunne kræve kongen til regnskab for regeringsførelsen og fungere som øverste domstol i sager mellem kongen og hans mænd eller overhovedet være med til at diskutere statsanliggender, herunder lovgivningen. Danehoffet spillede en særlig rolle i slutningen af det 13. århundrede, men blev senere kun indkaldt med lange mellemrum. Efter traditionen afholdtes det sidste gang i 1413. En anden vigtig bestemmelse i Erik Glippings håndfæstning begrænsede kongens ret til at udstede befalinger i tilfælde, som var omhandlet i loven. Med håndfæstningen søgte man at komme kongens såkaldte bandret, hans ret til at byde og forbyde under trussel om straf, til livs, men det lykkedes ikke. Ej heller lykkedes det at begrænse kongens selvstændige domsmyndighed. I håndfæstningen optræder de såkaldte kongebreve, kongens befalinger om at rette for sig. Efter håndfæstningen måtte kongen kun udstede sådanne befalinger,

Lov og ret i Danmark i middelalderen

når der var gået en dom i sagen forud, altså ikke på egen hånd. Håndfæstningen regulerede også på anden måde kongebrevsforfølgningen, tilsyneladende inspireret af den procedure, som anvendtes i den kirkelige ekskommunikationsproces. Kongebrevene var et led i tvangsfuldbyrdelsen. Ved at henvende sig til kongen kunne den, som ikke var i stand til at følge landskabslovenes system, som i vidt omfang overlod det til den enkelte selv at fuldbyrde en dom, få kongens hjælp.

Erik Glippings håndfæstning 1282

Erik, af guds nåde de danskes og venders konge, til alle, der ser dette brev, til sagens evige ihukommelse.

Vi vil, at det skal stå fast for nulevende og tilkommende, at vi i det Herrens år 1282 på hellig Olavsdag i Nyborg med råd af rigets bedste mænd har forordnet, hvad vi på mødet i Vordingborg med samme mænds råd lovende [1] at der een gang om året ved midfaste skal holdes den forsamling, som kaldes hof, [2] fremdeles at ingen må fængsles, medmindre han frivilligt på tinge har tilstået sig skyldig i, lovligt er dømt for eller grebet på fersk gerning i en forbrydelse, for hvilken han efter landets love skal miste liv eller lemmer men den lovligt dømte skal have den frist til at flygte ud af riget, som står i lovbøgerne [3] fremdeles må ingen mand, uanset hvilken sag han er dømt for, straffes med pengebøde eller anden straf udover, hvad der er udtrykt i lovene, og der må ikke pålægges nogen bøder, uden at han er lovligt dømt [4] fremdeles må ingen mand i nogen sag opnå kongebrev mod nogen, medmindre hans sag først har været undersøgt og behandlet på tingene men når en trodsigt har siddet kongens første brev, opnået på denne vis, overhørig, skal han bøde sagsøgeren en mark og kongen tre mark udover det, som han er idømt på de tidligere ting, for det andet (brev) skal han bøde lige så meget og for det tredje ligeledes denne sum; men for det fjerde kongebrev skal han bøde sagsøgeren tre mark og kongen 40 mark (dog således, at pengebøder i de enkelte sager i Lunde stift forstås således som det samme sted har været skik fra arilds tid og på mødet i Vordingborg offentligt har været sagt), og hvis han ikke har løsøre, men blot jord, så skal kongens ombudsmand påminde ham om inden for en måned at sælge så meget af sin jord, som han skylder bonden og kongen. Hvis han ikke gør det, skal kongens ombudsmand efter vurdering af hans gods modtage kongens og bondens ret af nævnte jord, men intet derudover, og hvis hans jord ikke er tilstrækkelig til bøden, skal manglen forholdsmæssigt blive kongen såvel som bonden til del. Men hvis nogen på uretmæssig måde opnår breve imod det som er sagt, skal han bøde bonden tre mark og kongen lige så meget. [5] Vi forordner også og lover fast at overholde ubrødeligt salig kong Valdemars love, således som de står i hans lovbøger, idet vi tilbagekalder som fuldstændigt ugyldige alle misbrug og afvigelser, indført mod

Lov og ret i Danmark i middelalderen

lovene, og det især de efterskrevne: for det første at ingen skal befordre levnedsmidler for os, vor hustru, vore børn og vor drost udover sit herreds grænser, og når nogen undlader at yde ægt, skal kongens ombudsmand leje en vogn, og den forsømmelige skal betale dens pris foruden tre mark [6] fremdeles at vort studkorn skal betales på St. Andreas dag efter hvert herreds sædvane [7] fremdeles at bønder ikke må tvinges til at bygge eller istandsætte gårde, møller og andet, og heller ikke borge undtagen i nødens stund, hvor de skal gøre, som de har været vant til på Valdemars tid; [8] og ikke må de under trussel om nogen straf tvinges til at give gæs eller kyllinger eller andre gaver til kongens bord med undtagelse af de ydelser, de plejede at betale på Valdemars tid, men de kan bedes om det som skænk eller gave [9] fremdeles skal det være tilladt selvejerbønder at tage stilling som bryder, dog således at de yder, hvad kongen har krav på, af deres egen jord [10] fremdeles må vi ikke bygge på fremmed grund undtagen med ejerens samtykke og vilje [11] fremdeles må vore ombudsmænd ikke stævne nogen undtagen til de retmæssige ting og ikke for ham selv [12] fremdeles skal vore åbne breve og privilegier forblive i kraft, hvis vi ikke ved vore tro mænd på hoffet kan vise, at de med rette bør kaldes tilbage [13] fremdeles må ingen mand for nogen forseelse miste sin jord, medmindre han bliver fældet for majestætsforbrydelse med ed af vordholdsnev, dog undtaget det ovenfor udviklede tilfælde [14] fremdeles vil vi, at lovbøgernes bestemmelser om skibbrudne skal overholdes [15] fremdeles må ingen nye byrder pålægges købmænd, der besøger vort Rige, eller vore egne, men de skal bruge de friheder, som de har været vant til at have fra arilds tid, idet dog de sædvaner, som iagttages i Skanør, skal stå ved magt [16] fremdeles hvis nogen vil sagsøge os for en hvilken som helst uretmæssig tilegnelse af gods, skal vi i den sag underkaste os vore tro mænds råd og bestemmelse på vore hoffer, som til enhver tid afholdes [17] fremdeles vil vi, at ingen Mand må gæste klostre, gejstlige eller verdslige ubeskedent, men han skal nøjes med, hvad husets herre har og vil give ham. Hvis nogen drister sig til at gå derudover, idet han voldeligt røver noget, skal (den skadelidte), hvis han er gejstlig, have fri myndighed til at forfølge sådan vold som hærværk, ran eller bandlysningssag, men hvis han er verdslig, som hærværk eller ran, [18] fremdeles at Danmarks kirke skal nyde alle friheder, ved hvilke den har stået i glans på kong Valdemars tid, som ville bevare dens frihed ubeskåret på ethvert punkt.

Men for at alt dette og hver enkelt bestemmelse kan forblive i gyldighed og kraft, har de ærværdige fædre hr. Jens, ærkebiskop i Lund, herrerne Peder, biskop af Viborg, Tyge, biskop af Aarhus, Tyge, biskop af Ribe, Svend, biskop af Børglum, og Ingvar, biskop af Roskilde, herrerne Jakob og Jens, Slesvigs og Odenses udvalgte og bekræftede Bisper, samt grev Otto af Ravensberg og hr. Valdemar af Rostock ladet deres segl hænge under dette brev sammen med vort. Forhandlet i Nyborg på ovennævnte år og dag.

Fejde, hævn og bod

En stor del af landskabslovenes bestemmelser handler om den processuelle fremgangsmåde i forbindelse med retsbrud. Vold har hørt til dagens orden i landskabslovenes samfund, men samtidig søgte kirke og kongemagt at håndhæve freden. Nogen offentlig forfølgelse af retsbrud fandt ikke sted i middelalderen, men alligevel havde kongemagten andel i retshåndhævelsen. I Jyske Lovs fortale hed det om kongen, at »Idet han straffer og dræber ugerningsmænd, da er han Guds tjener og landets vogter«. Fortalen fremhæver også, at »Dersom nogen ikke af frygt for Gud og kærlighed til retten kan lokkes til det gode, at frygten for øvrigheden og landets straffelov, da kan hindre dem i at gøre ondt og straffe dem, hvis de gør det«. Disse betragtninger over straffens præventive virkning er hentet fra kanonisk ret og må betragtes som udtryk for en opfattelse, som var ny herhjemme på landskabslovenes tid.

Diplomatik

Knud den VI's manddrabsforordning (n.f.) er opbygget i den traditionelle middelalderlige brevform som et diplom (brev). Læren om diplomers ægthed og form m.v. kaldes diplomatik, som er en historiks hjælpevidenskab. Ofte består et brev af tre dele, hvoraf de fleste kan genfindes i mandrabsforordningen:

Protokol:

Invocatio (påberåbelse af Gud)
Intitulatio (brevskrivners præsentation)
Inscriptio (angivelse af brevmodtager)
Arenga (angivelse af begrundelse for udstedelsen)

Tekst:

Dispositio (regelfastssættelse)
Promulgatio (udstedelsesformel)
Sanctio og corroboratio (straftrussel og bekræftelse)

Eskatokol:

subscriptio (underskrift) og datering

Mandrabsforordningen er dateret den 28. december 1200. Det er ikke en tilfældig dato for en lov, der vender sig mod voldsudøvelse. I den katolske helgenkalender er den 28. december dagen for barnemordet i Bethlehem (Sancti Innocentes). Angivelsen »efter at Ordet blev kød« i stedet for Kristi fødsel er en henvisning til Johannesevangeliet (1, 10) og udtryk samtidig for en i tiden udbredt

Lov og ret i Danmark i middelalderen

spiritualisering af kirkens væsen. I middelalderlige officielle kilder er ikke meget overladt til tilfældigheder.

Kongen havde efter kirkens opfattelse et særligt ansvar for opretholdelsen af fred og retfærdighed – *pax et justitia*. Kongen fik andel i de bøder, som betaltes ved retsbrud, når der var handlet forsætligt – eller med landskabslovenes terminologi: med vilje og ikke med våde. Yderligere tilkom det kongens ombudsmand at fuldbyrde visse straffe. Det gjaldt efter Jyske Lov dødsstraffen for tyveri, mens de øvrige landskabslove afspejler et ældre stadium, hvor det var den forurettede selv, som fuldbyrdede straffen. Endelig fastsatte kongen almindelige regler, som tilsigtede at begrænse visse former for retsbrud. En række forordninger fra det skånske retsområde om regulering af manddrab er eksempler på sådan lovgivning. Ved en forordning fra år 1200 for Skåne søgte kong Knud at fremme forligsmæssige ordninger i tilfælde af drab og satte straf for den, der tog hævn, når forlig var indgået. Endnu på landskabslovenes tid var hævnen en udbredt reaktion i tilfælde af drab. Selvtægt som hævn var i princippet den eneste passende reaktion. Hævnen var en ret for den dræbtes slægt og kunne rette sig imod ethvert medlem af drabsmandens slægt, men hævnen var tillige en pligt, for så vidt som social misbilligelse ramte den, som ikke søgte oprejsning for en krænkelse. I dette system var allerede inden landskabslovene sket den ændring, at det anerkendtes, at den ligevægt i samfundet, som var rystet ved retsbruddet, kunne genoprettes ikke blot ved hævndrab, men også ved betaling af en bod i form af penge eller andre værdier. I landskabslovene omtales den almindelige bod i tilfælde af drab som tre gange femten mark i Skånske Lov eller tre gange atten mark i Jyske Lov, men hertil kunne komme en tillægsbod (såkaldt *gørsum*). Bodden var opdelt i tre dele, hvoraf en tredjedel betaltes af drabsmanden selv, mens to tredjedele betaltes af hans fædre og hans mødre og frænder, den såkaldte ættebod. En nærmere regulering af, hvordan boden skulle erlægges, fandtes ikke, førend Knud i sin forordning om manddrab fra 1200 gav regler om bodsbetalingen. Disse regler havde som formål at skabe sikkerhed omkring betalingen af boden. En forudsætning for, at et forlig om betaling af bod kunne holde, og fejden dermed undgås var, at boden blev betalt og kom i de rigtige hænder. Under påberåbelse af sin kongelige myndighed søgte kong Knud i manddrabsforordningen at give regler, som skabte denne sikkerhed. Hertil kom i forordningen regler om den processuelle fremgangsmåde i forbindelse med visse andre former for retsbrud, som stod

Lov og ret i Danmark i middelalderen

i forbindelse med manddrab, således sår og hærværk. Afgørende nyt var det, at kongen satte sin autoritet bag denne forordning for at sikre samfundet mod hævn drab. Ikke blot fremhæves kongens myndighed og særlige embede til sikring af freden flere gange, men yderligere sanktioneres det at modsætte sig forordningen som forbrydelse mod kongens majestæt. Den, som tog hævn efter at have modtaget bøder, blev ramt af fredløshedsstraffen. Denne straf, som indebar at forbryderen blev retsløs – han kunne ikke optræde som sagsøger, hans ejendele faldt i arv, og enhver kunne slå ham ihjel – var ikke, som det tidligere blev antaget, en urgammel »germansk« sanktion knyttet til retsbrud. Tværtimod må vi i de danske retskilder betragte fredløsheden som en ny form for straf, der netop er knyttet til kongemagtens styrkelse, og som dermed kan ses som et udslag af kongens særlige myndighed til at straffe forbryderen. Effektiviteten af fredløshedsstraffen var knyttet til den kongelige retshåndhævelse.

Fejde og mandebod

Kong Knuds manddrabsforordning af 28. 12. 1200

Knud, af Guds nåde de danskes og venders konge, sender alle retsindige mænd, der bor i Skåne, sin hilsen i kærlighed. Når vi holder os den gerning for øje, som Gud i sin nåde har tildelt os, erkender vi os som skyldnere over for alle jer, der elsker retfærdig. heden, og ønsker at befordre hver enkelt i særdeleshed og jer alle i almindelighed. Men idet vi, således som vi er forpligtet til, bekymrer os for jeres gavn og fred, har vi igennem klagemål fra de bedste mænd i jeres land og ligeledes gennem almuens vidnesbyrd til fulde erfaret, at jeres land mere end de andre i vort rige hjemses af manddrabsforbrydelser. Endskønt ingen burde hente støtte i sin ondskab, bliver de, der forøver manddrab, rige ved det, som burde forarme dem, idet de ved ran, vold og plyndringer tvinger dem, som de regner for deres frænder, selv om de ikke er i slægt med dem, til at bøde sammen med sig, så meget som de kræver. Vi føler med jer i dyb barmhjertighed over denne trykkende byrde, eftersom det er os bekendt, at mange bliver tilskyndt til så stor og alvorlig en misgerning for denne afskyelige vindings skyld, og fordi forbrydelsen ikke straffes, hvorfor vi mod denne sygdom har sørgt for at skaffe et lægemiddel tilveje. Da nu loven er sat ikke for de retfærdige, men for de uretfærdige, og vi ønsker, så vidt vi ved Guds hjælp kan, at forhindre manddrab, beslutter vi i kraft af vor kongelige myndighed at kundgøre følgende lov mod forbrydelser af denne art.

(1). Om nogen begår manddrab, må han ikke modtage ættebod af sine frænder, før han af sit eget har bødet en trediedel af mandeboden, det vil sige een rate. Derefter skal han sammenkalde sine fædrene frænder og sammen med dem beregne, hvor meget hver enkelt skal bøde med ham. Og når alt er blevet

Lov og ret i Danmark i middelalderen

samlet, skal de ikke overgive drabsmanden noget før samme dag og stund, hvor han skal bøde, og efter at dette er overgivet til dem, der skal modtage bøden, skal det samme ske med de mødrene frænder. Dette bestemmes således, for at ikke drabsmanden efter at have modtaget bøden af sine frænder skal beholde den selv eller sløse den bort i ubetænksomhed, og frænderne tvinges til påny at bøde med ham.

(2). Om en frænde ikke vil bøde sammen med sin frænde, skal de andre frænder formane og opfordre ham til at bøde, men drabsmanden skal ikke have ret til enten ved nam eller på nogen som helst anden måde at tvinge ham dertil, men han skal tvinges dertil af frænderne med vor bistand, og hjælp, hvis de ikke selv kan. Hvis drabsmanden drister sig til at handle herimod og åbenlyst tager noget fra sin frænde ved nam, og det lykkes ham at slippe bort med det tagne, skal han bøde tre mark til kongen for ran og tre mark til den, han gjorde uret imod. Hvis han vil tage noget på tyvagtig måde og bliver grebet, skal han føres til tinget og dømmes til hængning som for tyveri. Hvis det lykkes ham at flygte, skal han, når han bliver anklaget i denne anledning, rense sig som for tyveri.

(3). Men i en hvilken som helst anden sag eller forbrydelse, som en mand forvolder, bortset fra manddrab, er frænderne ikke pligtige at bøde med ham.

(4). Om nogen sigtes for at have været i følge med den, der begik manddrabet, skal han, hvad enten han er frænde eller ubeslægtet, bevise sin uskyld med tolv mænds vidnesbyrd, det vil sige med tylvtered. Hvis han fældes eller tilstår, skal han bøde tre mark til kongen, tre til frænderne.

(5). Om nogen anklages for følgeskab og hjælp og for at have såret manden, da han blev dræbt, skal han, når han overbevises ved to mænds vidnesbyrd, rense sig med glødende jern. Hvis der ikke er vidnesbyrd derom, skal han rense sig med tre gange tolv mænds vidnesbyrd, det vil sige med tre tylvters ed. Hvis han bliver skyldig, skal han bøde tre mark til kongen, ni til sagsøgeren.

(6). Om nogen med voldelig hånd anfalder en mand i hans hus, eller mens han pløjer, eller hvor han har taget ophold efter at have sat sit spyd eller lagt sit skjold, skal der, hvis manden bliver dræbt, udredes fuld mandebod – fordi disse tre tilfælde bedømmes ens – og drabsmanden skal for hærværk bøde fyrre mark af sit eget til frænderne og fyrre til kongen, og enhver, som var med i følge, skal bøde tre mark til frænderne og tre mark til kongen.

(7). Om nogen, der har fem ledsagere og fem folkevåben med sig, bryder døren op i en andens hus og borttager noget med vold, skal han, hvis han overbevises ved to mænds vidnesbyrd, rense sig med gloende jern. Hvis han fældes eller tilstår, skal han betale fyrre mark til kongen og bøde fyrre mark til sagsøgeren. Og enhver af hans ledsagere skal bøde tre mark til kongen, tre mark til sagsøgeren.

(8). Om nogen kan bevise ved to mænds vidnesbyrd, at han er blevet såret af en anden, skal denne, hvis han nægter, rense sig med glødende jern eller i forhold til sårets art. Hvis det er et kødsår – som tilføjes legemet et eller andet sted – skal han, som er skyld heri, for den forseelse rense sig med tolv mænd.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Hvis det er et hulsår – som tilføjes i hovedet og går ind til hjernen eller i maven eller i brystet, hvad der på folkesproget kaldes øvre eller nedre hul – skal han rense sig med to gange tolv mænd. Hvis han bliver skyldig, skal han bøde tre eller seks mark til sagsøgeren i forhold til sårets art og tre mark til kongen.

(9). Om nogen dræber en mand, efter at der er modtaget bøde, skal han være fredløs, og alt hans løsøre skal inddrages med kongens ret. Og den skyldige skal aldrig få sin fred tilbage. Men omend skønt det er i kongens magt at give eller ændre love, giver vi ikke denne lov fra ny af, da den stod fast fra gammel tid, men vi kalder den frem igen i menneskenes erindring, hvorfra den var forsvundet, fordunklet af uvidenhedens tåger som følge af tidens gang, som er glemslens moder. Men de andre artikler i vor lov er vi rede til at forbedre, når nødvendigheden kræver det. Men hvis nogen opildnet af frækhed og overmod modsætter sig denne vor forordning, skal han ikke være i tvivl om, at han har krænket vor kongelige majestæt og skal lide den straf, han fortjener.

Udstedt i byen Lund år 1200, efter at ordet blev kød, i det 31. år efter kong Knuds kroning, i hans 19. år som enekonge, den 28. december, i nærværelse af hr. Absalon, ærkebiskop af Lund, og Peder, gælkær i samme by, samt mange velbyrdige fra samme land.

Sikring mod hævn

Af Anders Sunesens Parafrase

Kap. 46. Om sikkerhedsed og lighedsed

Straks efter ydelsen af en trediedel af boden bør der ligeledes ydes en trediedel af den sikkerhedsed, som man på det fædrene sprog kalder trygd, hvorved kun fire mænd, udnævnt blandt den dræbtes frænder, sværger, at hævn over dem, der har erlagt, i fremtiden skal være udelukket. Den fulde og hele sikring afgives nemlig af tolv dertil udnævnte mænd og skal først finde sted, når den anklagede hovedmand har udredet den sidste trediedel af boden. Forud for denne sikring bør altid gå en ed – den kaldes på dansk iafthnæthe eth – af tolv mænd, udnævnt blandt drabsmandens frænder, som, idet de berører en fremlagt hellig bog – og ikke helgenlevninger – sværger på deres sjæle(s) salighed) og beder Gud være dem nådig, så sandt som de for lignende brøde efter frænders og venners mellemkomst vilde tage lignende bod af deres modparter. Men når der kun er fire, der afgiver sikkerhedseden, skal også kun fire afgive lighedseden. Men lighedseden kræves altid meget ihærdigt, thi når de krænkede ligestilles med den, der krænker dem, bortfalder den ringeagt, som plejer at ramme dem, som har måttet finde sig i overgreb fra retsbryderes side; thi kloge folk lægger altid mere vægt på et uplettet navn og på generhvervelsen af det omdømme, de har krav på, end på en godtgørelse i penge.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Manddrabsforordningen gjorde ikke indskrænkning i en forurettet slægts ret til at fordrø oprejsning i form af hævn fremfor modtagelsen af bod. Det skete heller ikke ved den senere såkaldt ættebodsforordning, som pålagde drabsmanden at tilbyde bod og ellers flygte som fredløs. Men så længe drabsmanden var i landet, måtte kun han rammes af hævnen. Flygtede han, kunne hans slægtninge afværge hævnen ved at tilbyde bod. I andre tilfælde end manddrab kunne det ikke pålægges slægtninge at deltage i bodsbetaling.

Landskabslovenes strafferetlige bestemmelser afspejler en brydning mellem flere opfattelser af straffen. Almindelige bestemmelser om straf findes ikke. Der er ingen lære om tilregnelighed og tilregnelighed. I landskabslovene ses dog en øget betydning af gerningsmandens subjektive forhold. En grundlæggende sondring i lovene tager således sigte på at sondre mellem retsbrud begået med vilje og sådanne, der betragtes som vådesværk, f.eks. skade forvoldt uden forsæt eller af dyr eller livløse ting. Var skaden forvoldt med vilje, udredtes en bod til kongen foruden bod til skadelidte. Var handlingen ikke forvoldt forsætligt, modtog alene skadelidte en bod. Til gengæld spillede det ingen rolle, om skaden var forvoldt uagtsomt eller hændeligt. I begge tilfælde havde skadelidte krav på oprejsning.

Vådesværk og viljesværk

Af Anders Sunesens Parafrese

Kap. 67. Hvis nogen hændeligt sårer anden mand

Hvis nogen ikke forsætligt, men hændeligt, tilføjer nogen sår, da skal den sårede ikke desto mindre tage fuld bod, da hans smerte ikke har kunnet lindres ved, at der forelå en hændelse end forsæt til tilføjelsen (af såret), og da der ikke for ham ligger synderlig vægt på, om det snarere er ved en hændelse end med forsæt, at han har lidt overlast. Er det en hændelse, gives der dog gerningsmanden som følge heraf den fordel, at han i den anledning ikke skal betale noget til kongen eller biskoppen, hvis sag det ikke er at tugte for en uventet hændelse, som intet menneske kan forudse, men snarere at straffe ond vilje, for at ulovlige og uretfærdige handlinger for fremtiden kan forebygges ved frygt for straf. Hvis imidlertid et sår, som gerningsmanden påstår er hændeligt, af kongens eller biskoppens ombudsmand bestemt erklæres at være forsætligt, da skal gerningsmanden først støtte sin påstand med sin egen ed, dernæst skal den sårede selv bekræfte det samme med sin ed, efter dem får endelig ti mænd, sådanne som man kan finde, lejlighed til at udfylde tylvtereden; og dette er det eneste tilfælde, hvor der i anledning af kongens ret (til bøder) kræves ed af een udnævnt mand, nemlig den sårede selv.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Af Skånske Lov

Kap. 102

For al håndløs våde skal man enten bøde tre mark eller give tylvtered, både for horn og hov og hunds tand og al anden håndløs våde; men for den slags våde skal man ikke bøde kongens ret og ikke ærkebiskoppens, men kun bøde til den, der kom til skade.

Kap. 103

Opføder man vilde dyr eller vilde fugle, hvad slags de end er, hæfter man for dem og deres gerninger, men får en mand sår af dem, skal den, der ejer dem, bøde sårbøder for dem, som om han selv havde tilføjet det. Dræber de en mand, skal den, der ejer dem, ligeledes bøde fuld mandebod, som om han selv havde dræbt manden. Slipper de løs, og en anden mand dræber dem, skal han ikke bøde for dem, lige så lidt som hvis han dræbte et vildt dyr. Bliver de dræbt i bånd, da skal den, der dræbte dem, bøde tokkebøder for dem og ikke mere.

Kap. 104

Opføder en mand bjørn eller ulv eller et andet dyr eller fugle, som er af grum natur, og de dræber en mand, skal den, der ejer dem, bøde ni mark. Sårer de en mand, skal ejeren bøde tre mark. Opføder man dyr eller fugle, der af af blid natur, såsom hjort eller høg, og de dræber en mand, skal den, der ejer dem, bøde tre mark. Sårer de en mand skal den, der ejer dem, ligeledes bøde tre mark.

Kap. 108

For vådesår skal man ikke bøde kongens ret og ikke biskoppens, men man skal bøde til den, der fik såret. Siger kongens ombudsmand senere, at det sår var tilføjet med vilje og ikke med våde, da skal den, der tilføjede såret, først sværge, at han gjorde med våde og ikke med vilje. Dernæst skal den, der fik såret, stå frem og sværge, at det, som den anden svor, er sandt, og derpå skal ti mænd, nævninger udtagne ved lodkastning, stå frem og sværge efter dem begge. Dette er den eneste sag, hvor nævn anvendes ved bøder til kongen.

Af Jyske Lov

2-34. Hvis en mands kvæg dræber en mand

Hvis en mands hest eller andet husdyr, som man har lov til at have, såsom hornkvæg eller svin eller hund slår en mand ihjel, og der bliver aflagt ed på, at dyret har forvoldt mandens død, skal bonden, der ejede det, bøde ni mark penge og dog give edsbevis på, at han ikke vidste, at dyret havde den vane. Men hænder det tre gange stadig med det samme dyr, mens bonden endnu har det i sin besiddelse, skal han bøde fulde bøder.

2-35. Hvis man opföder vilde dyr

Men opföder en mand vilde dyr såsom ulvehvalpe eller bjørnevalpe, da skal den der opföder dem og har dem i sin besiddelse, bøde fulde bøder for den fortræd, de gør. Men slipper de løs, og dræber en anden mand dem, skal han ikke bøde derfor, men (så længe de er) i bondens varetægt, må de ikke dræbes.

2-36. Hvis en mand får sin død af en livløs ting

Hvis en mand drukner i en anden mands brønd, som vedkommende ejer alene, da skal ejeren bøde tre mark penge derfor, men ejer alle granderne den, skal der ikke bødes derfor. Det samme gælder lergrave. Men drukner en mand i en mølledam eller fiskegård eller en anden gravet dam, eller en mand falder ned fra et hus, eller et hus falder ned over ham, da skal der ikke bødes derfor.

Den øgede hensyntagen til skadevolders vilje skyldtes indflydelse fra den kirkelige skyldlære. Her lagdes vægt på, om der var handlet med forsæt. Samtidig var det kirkens opfattelse, at kun den skyldige burde rammes af straf. Kirken måtte derfor stille sig afvisende over for den kollektive slægtshæftelse, som da også indskrænkedes på landskabslovenes tid. En følge af den kirkelige opfattelse var tillige anerkendelsen af et ansvar for meddelagtighed, som havde været fremmed for den ældre ret. Meddelagtigheden kunne i landskabslovene have form af at være sammen med den, som begik et retsbrud (færd og følge), af tilføjelse af sår eller anstiftelse til en forbrydelse. Kirkelig indflydelse viste sig også ved håndhævelsen af en særlig fred, gudsfreden eller *treuga Dei*, hvis overtrædelse medførte særlige sanktioner.

Landskabslovene indeholder et udførligt katalog over forbrydelser, som rammes af en sanktion. Tilsvarende bestemmelser findes i ældre love flere steder i Europa og i den i Mosebøgerne i Bibelen indeholdte mosaiske ret. I hvilket omfang, der fra bestemmelsen i landskabslovene kan drages slutninger vedrørende indholdet af en ældre strafferet, er tvivlsomt. En række teorier om, hvad man opfattede som germanernes ældste strafferet bygget på landskabsloven, har måttet opgives. Det straffesystem, som møder os i landskabslovene, viser et mønster, som går igen i flere fremmede love. Det er samtidig afgørende præget både af kongemagten og af kirken. De forbrydelser, som opregnes, er først og fremmest manddrab, hvorom lovene indeholder udførlige regler, afhug af lemmer, voldtægt, ægteskabsbrud, samleje med ugift kvinde, hærværk, ran og tyveri. Hertil kom forskellige former for legemskrænkelser.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

En beskrivelse af gerningsindholdet i de enkelte forbrydelser giver landskabslovene ikke. En undtagelse danner den såkaldte hærværksforbrydelse. Gerningsindholdet er let afvigende fra lov til lov, men fælles er det, at forbrydelsen består i, at en bevæbnet bande af personer udfører en ejendoms- eller frihedskrænkelse i forbindelse med indtrængen i en anden mands hus. Det afgørende moment, som kvalificerede forbrydelsen som hærværk og dermed medførte en forhøjet bøde af 40 mark, var, at handlingen udførtes af flere personer i forening. Man taler derfor om en bandeforbrydelse. I landskabslovene er der tendens til at betragte også andre forbrydelser som hærværk, uanset at disse grundbetingelser ikke fordres opfyldt. Det gælder handlinger, som typisk fandt sted som led i fejder: Drab med krænkelse af husfreden, frihedsberøvelse, voldtægt, kvinderov og forsætlig ildspåsættelse. I disse tilfælde bliver der tale om straf, også når forbrydelsen begås af enkeltmand. En forklaring på, at der tales om hærværk, kan være, at disse handlinger er udskilt af den traditionelle hærværksforbrydelse og oprindelig kun har været belagt med straf, hvor betingelserne for at tale om hærværk var opfyldt. Hærværksbøden var på 40 mark – en meget stor bod. (En mark sølv kan på landskabslovenes tid (med megen usikkerhed) anslås til knap en okse værdi). Landskabslovenes bøder er i øvrigt som regel beløb delelige med tre. Også hermed indtager hærværk en særstilling, og det formodes, at det er en relativt ny forbrydelse, som hænger sammen med styrkelsen af kongens stilling som fredshåndhæver. Der består således en nøje sammenhæng mellem differentieringen af forbrydelser under etiketten hærværk og kirkens bestræbelser på at håndhæve gudsfreden, som i disse tilfælde blev omsat i verdslige sanktioner mod enkelte vigtige fredsbrud. Det er bemærkelsesværdigt, at de handlinger, som karakteriseres som hærværk i landskabslovene, typisk er sådanne, som fandt sted som led i slægtsfejderne.

Voldtægtsforbrydelsen har formentlig oprindelig været straffet som kvinderov måske i forbindelse med hærværk. På landskabslovenes tid er straffen en bøde af 40 mark eller fredløshed. I tilfælde af hustruens ægteskabsbrud havde ægtemanden ret til at dræbe horkarlen, men hustruen havde ingen tilsvarende ret i tilfælde af mandens ægteskabsbrud. Af sædelighedsforbrydelser kendtes yderligere lejermål, samleje med en ugift kvinde. Den bod, der i dette tilfælde skulle betales, tilfaldt i dette tilfælde kvindens slægtninge, formentlig som en art kompensation for forringet udsigt til at bortgifte hende.

Tyveri efter landskabslovene

Af Jyske Lov

2-86. Om tyveri

Hvis en mand rejser tyverisag mod en anden mand og griber ham med noget (af det stjålne) i hænde, skal han binde det på hans ryg og føre ham til tinget og overgive ham til kongens ombudsmand, og ombudsmanden skal have tingsdom for, hvad tyven har forbrudt ved et sådant tyveri.

2-87. Hvad en tyv kan hænges for

Har han stjålet koster til en værdi af en halv marks værdi eller mere, da kan ombudsmanden hænge ham uden dom og gør ingen synd derved, fordi hans gerning har dømt ham, og han hænger ham for rettens og kongens magts skyld og ikke af hævn. Men bonden må ikke selv hænge sin tyv fordi han gør det af hævn. Selv om der er handlet ilde imod ham, må han ikke selv tage sig til rette.

2-89. Hvis en tyv stjæler mindre end en halv mark

Uanset hvad en tyv stjæler af mindre værdi end en halv mark, skal han dog, hvis han bliver grebet med det og ført til tinget, have tyvsmærke og give kongen tre mark og bonden det stjålne og det dobbelte beløb. Men kommer tyven til tinget bundet med tyvekosterne – hvor ringe tyveriet end er – og han i forvejen har tyvsmærke, da kan han hænges, og bonden kan tage det stjålne og det dobbelte beløb, som det er sagt og kongen hele hans hovedlod.

2-106. Hvorledes man skal gå frem i en sag, der hviler på mistanke

Ved en mand, hvem tyven er, og dog ikke kan få sine ejendele at se, da skal han rejse sag mod den mand, som han formoder er skyldig i den sag, og lade ham stævne til tinget, således som det tidligere er sagt om ranssag, og på det andet ting skal han aflægge ed på, at vedkommende er skyldig i sagen til så stort beløb, som han tør give sin ed på. På det tredje ting skal nævningerne da træde til og enten sværge ham sagesløs med hensyn til de koster eller til tyv.

2-107. Hvis en mand bliver svoret til tyv

Men bliver han svoret til tyv, da skal han først udlevere så meget, som sagsøgeren fældede ham for, og desuden det dobbelte og tre mark til kongen, medmindre han tilstår tyveriet på tinget, eller (det stjålne) bliver fundet i hans besiddelse, da skal han behandles som andre tyve, og kongen tager hans hovedlod. Men trodser han, efter at der er svoret, og vil ikke opfylde, da skal sagsøgeren med vidner fra sit herredsting drage til landstinget og der bevidne, at den mand var sagsøgt således og ikke vil stå til rette, endskønt han tre lovdage var blevet påmindet i sin gård. Da skal der fastsættes et landsting for ham. Kommer han da ikke og tager til genmæle og står til rette for sagsøgeren, da forbrydes hans hals, som om han var taget med det stjålne.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Voldsforskydelserne synes at have været stærkt udbredte. Der findes en række bestemmelser i lovene om forskellige former for legemskrænkelser, såvel afhug som sår og slag straffedes med bøder afpasset efter beskadigelsesens omfang. Et særlig plastisk udtryk for denne tankegang findes i Eriks Sjællandske Lov, der indeholder et detaljeret katalog over straffen i tilfælde af legemsbeskadigelser. Om bøden for ben, som kan tages ud af sår, hedder det således, at der skal ske en graduering af betalingen helt ned til »hvert ben, som klinger i et bækken«, eller »som man kan se«.

Tyveri og ran var på landskabslovenes tid nøje adskilte forbrydelsesbegreber. I begge tilfælde var der tale om ulovlig tilegnelse af en anden mands ting. Afgørende var imidlertid, at tyveriet var kendetegnet ved at foregå hemmeligt, mens ran var den åbenlyse tilegnelse af andres ting. Den strafferetlige behandling var forskellig, idet bøder for ran var tre mark, mens tyveristrafen oprindeligt var ubetinget dødsstraf, men senere modificeret på den måde, at dødsstraf kun kom på tale, når der var sket tyveri af værdier af over en halv mark. Dødsstraffen er formentlig trådt i stedet for en ret til øjeblikkelig hævn. Formentlig er forskellen i straf mellem de to forbrydelser begrundet i, at gerningsmanden har haft forskellig social position i de to tilfælde. Tyven var en besiddelsesløs, mens ran ofte blev begået af personer med høj social status, som mente sig i stand til selv at tage sig til rette. Ransforbrydelsen var ligesom hærværksforbrydelsen på landskabslovenes tid i udvikling. En række handlinger, som ikke indebar borttagelse af fremmede ting, blev nu kvalificeret som ran og belagt med en ransbøde, f.eks. drab af en anden mands husdyr (gorniddingsværk), ligesom en række tilfælde af vægring ved at efterkomme forpligtelser straffedes med en tremarksbod. Loven taler om »retløsæ« i disse tilfælde, som hænger snævert sammen med lovens tvangsfuldbyrdelsessystem. Den, som var idømt en ransbod, kunne således miste sin mandhelg og dermed også rettens beskyttelse.

Langt den hyppigste straf på landskabslovenes tid var en bod, som regel på tre mark. Ved grovere fredsbrud, som betegnedes som hærværk, anvendtes som nævnt en 40-marksbod. Dødsstraf anvendtes ved tyveri og ifølge Jyske Lov i visse tilfælde af drab og røveri samt ildspåsættelse. Frihedsstraffen var ukendt. I stadsretterne fandtes ofte strengere straffe end i landskabslovene, og dødsstraffen var hyppigere foreskrevet som sanktion, således bl.a. i Ribe stadsret fra 1269 for manddrab.

Ret og dom

De skånske og de sjællandske love består »mest udi en hob eder, som tylv-tered og tre tylvters ed, item jernbyrd, og sådant mere som nu ej er i brug«. Således karakteriserede i 1641 en rådmand i Roskilde Christen Ostersen Weyle landskabslovenes processystem. De gamle love var på det tidspunkt endnu gældende, men netop processystemet måtte forekomme forældet, især på grund af lovenes bevisregler, som ikke modsvarede kravet til en tids-svarende retspleje i det 17. århundrede.

På flere punkter bærer Jyske Lov præg af bestræbelser for mere centraliseret retsudøvelse end den, som kendetegner f.eks. Skånske Lov. Det gælder først og fremmest med hensyn til processystemet, som i Jyske Lov er mere avanceret end i de øvrige love. Fælles for lovene er den grundlæggende inddeling af landet i retskredse, som betegnes herreder, hvis oprindelse er uvis, hver med sit herredsting. Herredsting afholdtes på landskabslovenes tid som regel en gang om ugen. Her drøftedes lokale anliggender, men først og fremmest var herredstinget en domstol. Fælles for hele landet var landstinget, for Jylland i Viborg, for Sjælland i Ringsted og for Skåne i Lund, hvortil kom nogle mindre landsting. Der var ingen appel fra herredsting til landsting, men der var vistnok valgfrihed for sagsøger mellem at indstævne for herredsting eller landsting. Større straffesager, særlig drabssager, blev dog ført for landstinget, mens praktiske hensyn formentlig har medført at det i øvrigt var herredsting, der var det almindelige forum ved løsning af lokale konflikter. Herredstinget havde på landskabslovenes tid ingen fast formand, men i løbet af middelalderen fik institutionen fastere rammer, og ledelsen af forhandlingerne blev lagt i hænderne på en af kongen beskikket herredsfoged. På landstinget ophører fra o. 1300 en landsdommer som tingets leder.

Landskabslovene indeholder et betydeligt antal processuelle regler. Ikke blot findes almindelige regler om tingene og om bevis, men en meget stor del af bestemmelserne i lovene er regler om, i hvilken processuel form retskonflikter skal løses. Netop her ses forskellene imellem de enkelte landskabslove. Fælles for lovene er den formelle bevisførelse i den forstand, at det er loven, som fastsætter, hvilket bevis der skal føres, og at der ikke var adgang til modbevis. Bevisførelsen var således ikke fri, men bundet til bestemte former, som var foreskrevet i lovene. Beviset betegnes da også i lovene ligefrem som »lov«. Karakteristisk er også, at det som udgangspunkt er sagsøgte, som fører bevis for at fralægge sig en anklage, mens det kun sjældent fordres, at sagsøger styrker sin anklage ved bevis. Beviset har altså en negativ funktion.

Kirkens syn på edsbeviset

Pave Honorius' brev til Anders Sunesen 28.5.1218

Til ærkebiskop Anders af Lund og hans lydbiskopper

I skal vide, at det er kommet os for øre, at præster og gejstlige i modstrid med de kanoniske retsbestemmelser frækt støtter sig på loven i Danmarks rige, der anerkender negativt bevis, og anses for frigjort for de beskyldninger, der på lovlig vis kan rejses mod dem og godtgøres ved troværdige vidner, såfremt de på den ene eller anden måde formår at rense sig herfor. Som følge heraf er det forekommet, at de undertiden skaffer sig folk til at rense sig med, som er ligeså forbryderiske som de selv, således at de til sin tid kan svare for dem i lignende forhold, og de begår mange forbrydelser i deres frækhed. Da det altså er vor vilje, at denne pest, der strider mod al ret, skal udryddes fuldstændigt hos gejstligheden, befaler og byder vi jer, brødre, ved denne vor apostoliske skrivelse, at I ikke imod de kanoniske bestemmelser må tillade nogen at føre negativt bevis for kirkens domstol, såfremt positivt bevis kan føres, og på kanonisk vis giver adgang alene for uberygtede mænd, når renselser skal finde sted, idet I skal vide, at den, der er plettet og brændemærket ved at være berygtet for en lignende brøde, er uegnet til at rense for en beskyldning, af hvad art den end er.

Givet ved S. Pietro i Rom den 28. maj i vort andet år.

Det almindeligste bevismiddel på landskabslovenes tid var partsed med mededsmænd. Reglerne herom veksler noget fra lov til lov, men typisk kræves, at tolv mænd ved deres ed bestyrker tilliden til en ed aflagt af en sagsøgt part. I lovene benyttes derfor også udtrykket tylvtered. Det var sagsøgte, som udtog mededsmændene, og han havde derved mulighed for at udtage personer, som han vidste, ville være villige til at støtte hans ed. Det fordredes, at samtlige mededsmænd var enige; nægtede blot én at sværge, var beviset bristet. Om villigheden til at optræde som mededsmænd i tvivlsomme sager har vi ingen egentlig viden. Men vi kan se, at der allerede i samtiden blev klaget over mened i forbindelse med dette bevis. Det var især i pavebreve, at disse klager kom frem. Om det nu skyldtes et mere propagandabetonet ønske fra kirkens side om at fremme de kanoniske bevisregler, som byggede på vidner og dokumenter, eller om der virkelig var grund til klage, ved vi ikke. Det klareste udtryk for den kirkelige opfattelse finder vi i et pavebrev 1218 fra pave Honorius til ærkebiskop Anders Sunesen, hvor partsed med mededsmænd ligefrem karakteriseres som en pest mod al ret. På den anden side er der også grund til at tro, at det sociale pres kunne være stort i disse sager. Det kan have haft den virkning, at en person ikke har turdet undlade

Lov og ret i Danmark i middelalderen

at støtte en slægtning som mededsmænd, men omvendt kan der også være forekommet sager, hvor en part så åbenlyst havde uret, at det ikke var muligt at skaffe mededsmænd.

I Jyske Lov findes partsed med mededsmænd som regel i form af kønsed. Her var det sagsøger, som udtog mededsmændene inden for sagsøgtens nærmeste slægt. Jyske Lov 1-1 bestemmer herom: »Kønsnævn er tolv mænd inden for tredje led og inden for syslet. Det er sagsøgeren, der skal udtage dem, men han skal dog ikke udtage modpartens åbenlyse uvenner«. Yderligere tilkom der sagsøgte en vis udskyldelsesret. Men selv i dette tilfælde var det en fordel for sagsøgte at føre bevis. Man taler da også ofte om, at landskabslovenes bevissystem byggede på en bevisret frem for en bevisbyrde. Det ændrede sig først i løbet af 1500-årene, hvor kravene til beviserne styrkedes. Edsbeviset anvendtes gennem hele middelalderen, og formelt blev partsed med mededsmænd først ophævet ved Danske Lov.

Vidnebeviset spiller en mere tilbagetrukket rolle i forhold til andre beviser, men rundt omkring i lovene tillægges som regel to personers vidnesbyrd en rolle. Undertiden optræder vidner til støtte for en anklage, og der stilles da større krav til sagsøgtens forsvar. Såkaldte tingsvidner udtalte sig om, hvad der var passeret på tinge eller – i en anden betydning af ordet – de gav oplysning på tinge om, hvad der var passeret uden for tinget. Anvendelsen af vidner var en tendens i retning af materielt bevis, som kirken foretrak. I modsætning til partsed med mededsmænd krævedes det, at de havde en vis viden om det faktum, som de udtalte sig om. De behøvede dog ikke ved selvsyn at have overbevist sig om, hvorledes det forholdt sig, men de kunne også give udtryk for en almindelig opfattelse på stedet.

Afskaffelse af jernbyrd

Kong Valdemars jernbyrdsforordning

Valdemar, af Guds nåde de danskes og venders konge, til dem, der bor i Skåne, hilsen i nåde. Eftersom den apostoliske herre har forbudt alle kristne mennesker prøven med glødende jern, har vi hverken kunnet eller villet unddrage os dette almindelige bud.

Derfor har vi med råd fra de bedste mænd længe og indgående overvejet, hvilket bevismiddel vi kunne sætte i stedet for dommen med glødende jern, og som i almindelighed var mere tåleligt. Omsider har vi efter megen overvejelse taget den beslutning og bestemmelse, at om nogen bliver sagsøgt for tyveri, skal han væрге sig med nævn fra herredet på følgende måde:

(1). Først skal den anklagede sagsøges på herredstinget. På næste (herreds-

Lov og ret i Danmark i middelalderen

ting) skal anklageren udmelde femten mænd fra herredet, af hvilke den anklagede kun må udskyde tre, og med de tolv, der er tilbage, skal han rense sig femten dage efter det andet ting på den måde, at de fornævnte tolv under deres ed erklærer, at de ikke ved sandere om den sagsøgte sag, end det de sværger. Disse tolv skal med deres ed enten fælde eller rense den anklagede, og det gælder for en halv mark og opefter. Men hvis anklageren under ed sigter den anklagede for at have taget mere, end han har, skal de samme tolv sværge, at han ikke har stjålet så meget, og så skal anklageren for sin begærligheds skyld miste de ting, han blev bestjålet for og berøvet. Men den, der på lovlig vis bliver fældet for tyveri, skal give det stjalne tilbage, og dertil det dobbelte og vor ret. Men hvis de tolv sværger imod hinanden, vil vi, at det skal stå fast, hvad flertallet har svoret. Men hvis de seks sværger et og de seks andre noget andet, skal der udmeldes seks andre, og det, som de fleste sværger, det skal da stå fast. Men hvis disse seks sværger imod hinanden, skal der udmeldes tre, og hvad de fleste derefter sværger, det skal stå fast. Endvidere kan den, der ved ed på lovlig vis fældes tre gange for tyveri, dømmes til hængning. Man kan sagsøge tyve på enhver tid på året undtagen fra palmesøndag til ottendedagen efter påske, undtagen i pinseugen og undtagen fra Herrens fødselsdag til helligtrekonger.

(2). Om sår skal man føre sag på herredstinget ligesom for tyveri med undtagelse af, at der på det første (herredsting) skal fremføres to mænds vidnesbyrd, og de, der skal sværge, skal udmeldes af sognet.

(3). Men om manddrab har vi bestemt dette, at den anklagede skal sagsøges på landstinget, og på næste ting skal anklageren udmelde femten fra den anklagedes herred, af hvilke vi har bevilget denne at måtte udskyde tre, og de tolv, der er tilbage, skal femten dage efter det andet ting sværge, enten at han har fortjent at blive berøvet sin fred, fordi han dræbte en sagesløs, eller at han skal bøde, eftersom han dræbte ham i retmæssig hævn eller de skal med deres ed frifinde ham helt og holdent. Men hvis den, der først sagsøgte, bliver frifundet, og anklageren sagsøger en anden, skal denne rense sig ved ed af tolv af sine slægtninge. På samme måde skal også en tredje rense sig, hvis han bliver sagsøgt. Men mere end tre skal ikke sagsøges for et og samme manddrab. Men når tre er rensede, skal der fældes bandlysningsdom over ophavsmanden i manddrabet.

(4). Om hærværk, som begås ved vold mod kvinder, har vi fastsat dette, at den anklagede skal værges sig ved ed af tolv af sine slægtninge. Men for anden slags hærværk, som begås mod folks ejendele, skal den anklagede rense sig ved ed af tolv, som er udmeldt af sognet.

(5). Men hvis der opstår strid og trætte om sager, som er afgjort på tinge, skal vor ombudsmand udmelde tolv, som var til stede på samme ting, og de skal afgøre tvivlsspørgsmålet ved deres ed. Men er det ombudsmandens sag, om hvilken der opstår trætte, da skal en af de bedste bønder udmelde tolv af tinget til at afgøre denne trætte.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Den samme tendens i retning af at fremme det materielle bevis lå også bag de bevismidler, som i landskabslovene blev sat i stedet for jernbyrdsbeviset, som endnu optræder i Skånske Lov og de sjællandske love.

Jernbyrd hører til den type af bevismidler, som betegnes som gudsdomme eller ordalier. Gudsdommene er ikke et for dansk retsorden særegent institut, men tilsvarende bevismidler kendes i mange former og i mange kulturer. I Danmark synes alene jernbyrd at have været kendt i middelalderen. I Skånske Lov omtales tre former for jernbyrd: Skudsjern, som gik ud på, at den bevispligtige skulle bære et stykke glødende jern ni skridt, førend han kastede det fra sig. Ved trugsjern skulle han kaste jernet i et opstillet kar. Mislykkedes forsøget, skulle han samle jernet op og gentage det. En tredje form for jernbyrd, skrå, bestod i at gå hen over tolv glødende plovjern. Jernbyrd foregik under gejstlig medvirken, da troen på, at Gud ville udpege den skyldige ved at afvende normale følger af berøringen med glødende jern, var et bærende element i bevisførelsen. Efter jernbyrden blev hånden iført en vante og forseglet. Efter nogle dages forløb konstateredes det, om der var efterladt brandsår. Havde den sigtede brændt sig, var beviset ikke ført. Jernbyrd anvendtes kun i få, mere alvorlige sager, således ved tyveri og manddrab samt grove legemsangreb og voldtægt. Anvendelsen af jernbyrd forudsatte, at anklageren støttede sin sigtelse med to vidner.

Om jernbyrdsbevisets funktion har der været megen diskussion i tidens løb. Det spørgsmål har været rejst, om det overhovedet har været muligt at føre beviset. Den ældste kendte danske beretning om jernbyrd – munken Poppo's jernbyrd for at bevise kristendommens overlegenhed over de gamle guder – er et eksempel på, at beviset er lykkedes. En anden kilde, som der i europæisk sammenhæng ofte henvises til, er en ungarsk liste fra begyndelsen af det 13. århundrede (den såkaldte *Regestum Varadiense*) over personer, som har underkastet sig jernbyrd. Det viser sig af listen, som omfatter ca. 300 tilfælde, at beviset er gennemført i omkring 130 og bristet i ca. 80 tilfælde. I de øvrige sager opnåedes forlig eller en anden ordning.

I det 12. århundrede blev gudsdommene udsat for kritik fra flere sider. Det kunne være en religiøs kritik, som navnlig flere fremtrædende gejstlige gav udtryk for, og som gik ud på at mennesket ved at fordre Guds medvirken til løsning af retssager i virkeligheden fristede Gud. Der kunne også i kritikken ligge en forståelig tvivl om bevisets effektivitet. Denne kritik af bevisets usikkerhed underbyggedes af eksempler på personer, som havde brændt sig, men senere viste sig at være uskyldige.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Vi kender ikke oprindelsen til jernbyrd i Danmark. Måske er bevismidlet kommet til landet med kirken, men i tiden omkring 1200 skiftede kirken officielt signal. På det store internationale kirkemøde i Rom 1215, det IV. Laterankoncil, blev det for fremtiden forbudt gejstlige at medvirke til liturgiske handlinger i forbindelse med jernbyrd og to andre former for gudsdomme, kedelprøven og koldtvandsprøven. Disse former kendtes ikke i Danmark. Kedelprøven bestod i at tage en genstand op af et kar med kogende vand, mens koldtvandsprøven var den form for gudsdom, som bestod i at den sigtede nedsænkedes med bundne hænder og fødder i koldt vand. Flød legemet ovenpå, var beviset bristet. Forbudet mod gejstlig medvirken, som fremkom under pave Innocens III, kan ses som et led i bestræbelserne for en mere rationel procesordning, hvor positive bevismidler foretrækkes frem for negative. Jernbyrd gik tilsyneladende ikke alle steder af brug på samme tid. Af den ovennævnte liste fra Ungarn fremgår, at man endnu et stykke op i det 13. århundrede anvendte jernbyrd. I Danmark gav forbudet mod gejstliges medvirken til jernbyrd anledning til, at dette bevismiddel hurtigt gik af brug. Det kendes ikke i de sjællandske love og i Jyske Lov. En forordning udstedt af kong Valdemar Sejv, som formodes at stamme fra tiden kort efter 1215, bestemte, at et bevis ved nævn skulle træde i stedet for jernbyrd i de sager, hvor dette bevis hidtil havde været benyttet.

Nævnsproceduren, som trådte i stedet for jernbyrd, imødekom i højere grad de krav, som stilledes i den senere middelalder til en kritisk undersøgelse af kendsgerninger, som kunne lede til en rigtig afgørelse. Der var tale om en tendens i retning af, hvad vi i dag anser som rationel bevisførelse med henblik på at nå til erkendelse af sandheden, »Ingen lov er jævngod at følge som sandheden«, som det hedder i fortalen til Jyske Lov. Men stadig er der langt til det stadium af processens udvikling, hvor det er sagsøger, som skal bevise sin påstand. I den skikkelse, hvori vi møder nævnet i kong Valdemars jernbyrdsforordning, blev dets medlemmer udtaget af sagsøger, men sagsøgte havde ret til at udskyde et antal af nævningerne. Nævnet traf afgørelse ved flertalsbeslutning. Hermed var et vigtigt nyt princip anerkendt i dansk ret. Flertals- eller majoritetsprincippet indtrængte var en følge af påvirkning fra kanonisk ret. Ifølge jernbyrdsforordningen skulle nævnets medlemmer »bede Gud hjælpe sig, så sandt som de ikke ved sandere om den sagsøgte sag, end det de sværger«.

Biskop og bedste bygdemænd

Af Jyske Lov

2-7. Hvis sandemænd er uenige

Er sandemændene uenige, da skal det stå fast, som de fleste udtaler, med den ene undtagelse, at otte af de bedste og pålideligste mænd i bygden og biskoppen vidner, at de har handlet mod loven eller gjort uret eller begge dele. Men selv om de alle sværger det samme, og det dog er så åbenbart mened, at alle ved, at det var mened, såsom hvis de sværger, at en mand er en anden mands drabsmand, og han ikke var i bygden, da den anden blev dræbt, og ikke i det land, da kan de dog godt forbyrde deres hovedlod, for sandheden skal altid være stærkere og kærere end bevis ved ed. Men hvis de fleste gode mænd i bygden ikke rejser sag mod dem, og de alle sværger det samme, da skal det stå fast. Sværger nogle på et ting, og de andre ikke er på tinget, da skal de godtgøre, at de havde forfald, at de enten ikke vidste, at der holdtes ting, eller at de havde lovligt forfald, da skal de sværge på det første ting, der holdes derefter, eller godtgøre, at de har forfald, således som før er sagt. Men sværger de ikke på det tredje ting, efter at de andre har svoret, har de forbrudt deres hovedlod, hvis de var inden for landet og ikke lå i sygeseng.

De nævn, som vi møder i det skånske retsområde og i de ældre kirkeretter, er nævn udtagne for den enkelte sag. Faste nævn forekommer kun i det jyske retsområde. Netop i forbindelse med nævnsproceduren er der afgørende forskelle mellem Jyske Lov og de øvrige landskabslove. Kongemagtens interesse i processens udformning viser sig i reglerne om sandemænd. De medvirkede i visse sager om fast ejendom samt i de alvorligere straffesager, således om manddrab, afhug, voldtægt, hærværk og frihedsberøvelse. Sandemændene udnævntes på livstid af kongen. Der var otte i hvert herred, og sandemændene traf deres afgørelse ved flertalsbeslutning. De traf deres afgørelse ved ed, og eden var bindende for domstolene. Ifølge Jyske Lov 2-7 var der dog mulighed for at tilsidesætte en fældende sandemandsafgørelse. Biskoppen og otte af de bedste og pålideligste mænd i bygden kunne underkende sandemændenes afgørelse ved at vidne, at sandemændene »har handlet imod loven eller gjort uret eller begge dele«. Det gjaldt, såfremt sandemændene var uenige, men også i tilfælde, hvor sandemændenes afgørelse var enstemmig, kunne den tilsidesættes, såfremt der åbenbart forelå en urigtig afgørelse. Denne mulighed for at underkende sandemændenes afgørelse afspejlede kirkens krav om indflydelse på sager, som afgjordes ved ed. Jyske Lov begrundede denne adgang for biskoppen og bedste bygdemænd til at

Lov og ret i Danmark i middelalderen

underkende sandmændenes ed med en henvisning til, at »sandheden skal altid være stærkere og kærere bevis end ed«.

Foruden sandmændene fandtes i det jyske retsområde andre faste nævn, således ransnævninger, der valgtes for et år ad gangen og medvirkede i sager om ran, vådesværk og tyveri. Ligesom det gjaldt om sandmændene, var det tinget, som i form af en dom pålagde ransnævningene »at sværge ret«. Om proceduren hedder det yderligere, at nævningene skulle rådføre sig med de bedste mænd i herredet, om de skulle sværge, og hvad de skulle sværge. Selve den fældende ed gik ud på, at de svor så sandt, som den mand »ranede det gods, som han er sagsøgt for . . . « Reglerne om biskop og bedste bygdemænd bragtes snart i anvendelse også på ransnævningene og andre nævninges afgørelse samt efterhånden også partsed med mededsmænd. På grundlag af denne mulighed for at underkende beviset udvikledes senere et egentligt appelinstitut. Efter reformationen indtrådte landsdommeren som enedommer i biskoppens sted.

Lovenes tvangsfuldbyrdsessystem var mangelfuldt. Tinget kunne give en domhaver ret til at bemægtige sig den dømtes løsøre ved nam og ved at tilbageholde det lægge pres på domfældte for at få ham til at opfylde dommen. Den, som sad tingets dom overhørig, kunne fradømmes sin mandhelg og derved miste retten til at være part i retsforhold. Den lovfældte, som ikke betalte sin tremarksbod, ramtes ligeledes af rettighedsfortabelse og kunne ikke afhænde sit gods eller føre sag på tinge. Senere i middelalderen udvikledes en særlig procedure kaldet fordeling, som også medførte rettighedsindskrænkninger over for den, som ikke rettede for sig. Ifølge en forordning af 8.9.1527 kunne dom til fordeling danne grundlag for egentlig eksekution, men det blev også først da regelen. Dette fragmentariske tvangsfuldbyrdsessystem suppleredes af forfølgningen med kongebreve, som havde karakter af kongens ordre til en part om at opfylde et krav. I det 16. århundrede talte man om rigets rets dele til indførsel.

Middelalderens ægteskabsret

Landskabslovene indeholder kun få regler om indgåelse og opløsning af ægteskab. Arveretten indtager en central placering i lovene, og de fleste love indledes med arveretlige bestemmelser, hvortil slutter sig ordningen af familieformuen og forholdet mellem forældre og børn. Om ægteskab hedder det i Skånske Lov om betydningen for ægtebarnsstatus, at kvinden er »gift og

Lov og ret i Danmark i middelalderen

guldfæstet«. Lovene indeholder endvidere bestemmelser om, hvilke slægtninge, der rådede over ugifte kvinders giftermål, i Jyske Lov med udtrykkelig fremhævelse af, at kvinden ikke kunne bortgiftes uden at have givet sit samtykke til ægteskabet.

Kanonisk ret og verdslig ret

Af Anders Sunesens Parafase

Kap. 127. At den for hor anklagede må underkaste sig jernbyrd
Når horkarl stævnes som anklaget for hor af horkvindens ægtemand, er den eneste tilflugt han kan ty til, den form for jernbyrd, som man på det fædrene sprog kalder scuzsjærn; og hvis han ikke derved kan udslette den pådragne vanære, skal han dømmes til landflygtighed og for fremtiden ingen adgang have til at vende hjem igen, medmindre den, hvem han har krænket med hensyn til hans ægtemage, samtykker i, at han udreder bod, som skal bestå af fyrretyve mark penge efter pengenes værdi. Dog bør den ydermere på grund af brødens omfang, uagtet det ellers er mod sædvane over for privatmænd, ledsages af en tokkebod, der består af tre mark (penge) eller een mark sølv. Hvis ægtemand anklager sin egen hustru for hor og støtter sin anklage ved to vidner, kan han nøde hustruen til at underkaste sig jernbyrd. Hvis hun derved kan godtgøre sin uskyld, vil hun både glæde sig ved uplettet rygte og bevare samlivet med sin mand. I modsat fald skal hun, plettet af vanrys skam og berøvet alt gods, ifølge den menneskelige lovs bud udelukkes både fra sin ægtefælles hus og seng. Ingen af ægtefællerne har dog, så længe den anden er i live, adgang til at indgå nyt ægteskab. Men det står til dels fast, at denne menneskelige lov som en lydige tjenerinde eller en terne, der følger sin frues fjed, indskrænkes af den guddommelige lovs fortrin, når denne foreskriver, at ægteskaber underkastes ikke tingets, men himlens, ikke den verdslige domstols, men den åndelige kirkes undersøgelse og afgørelse, og ej heller tillader, at adskillelse med hensyn til ægteseng tilvejebringes ved jernbyrd.

Ægteskabsretten befandt sig i det 12. og 13. århundrede i en brydningstid. Landskabslovenes fåtallige bestemmelser om ægteskab afspejler nogle af de interessekonflikter, som netop den retlige ordning af ægteskabet gav anledning til. At landskabslovene indeholder så få regler om selve ægteskabet skyldes, at det i Danmark på landskabslovenes tid i princippet var anerkendt, at ægteskabet hørte under kirkens jurisdiktion og blev indgået efter retningslinier fastsat i kanonisk ret. Kirken gjorde krav på afgørelsesmyndigheden i de såkaldte åndelige sager (*causae spirituales*), og hertil hørte først og fremmest ægteskabssager og testamentssager, og yderligere hørte under kirkelige

Lov og ret i Danmark i middelalderen

domstole sager mod gejstlige og visse persongrupper, som antoges i særlig grad at have kirkelig beskyttelse behov, således enker og forældreløse, fattige og pilgrimme, de såkaldte *personae miserabiles*, som også omtalt i Jyske Lovs fortale. Helt uden vanskeligheder har det næppe været at få anerkendt den kirkelige jurisdiktion. Anders Sunesen beskriver et sted i sin *Liber legis Scaniae* proceduren i forbindelse med ægteskabsbrud og kritiserer her, at sager herom kunne føres for verdslige domstole, mens de retteligt hørte under gejstligt forum. Men kirkens krav var ikke blot et spørgsmål om forum for ægteskabsager, det var også et spørgsmål om anerkendelse af en radikalt anderledes ægteskabsopfattelse end den, som man hidtil havde kendt.

»Den, der vil tage sig en kone«

Af Jyske Lov

1-33. Hvorledes man skal gifte sig

Den, der vil tage sig en kone, skal anmode om hende hos hendes fader eller hendes søn, hvis han er fuldvoksen, eller hendes broder. Men findes der ingen af disse, da skal han modtage hende af den nærmeste slægtning, men det skal dog være med hendes samtykke og vilje. Men har kvinden ingen slægtninge, kan hun bede, hvem hun vil, om at give hende til ægte. Men har hun så nære slægtninge, at de er hendes rette værger, såsom fader, broder, søn, bedstefader, farbroder eller morbroder, og hun giver sig selv til ægte uden deres samtykke, da skal de have rådighed over hendes ejendom, så længe hun lever. Men bliver hun voldtaget, har hun ikke af den grund forspildt sit gods.

En bestemmelse i Jyske Lov viser brydningen på et punkt, hvor kirkens opfattelse måtte være særlig vanskelig at acceptere, nemlig at ægteskabet var et anliggende mellem to, som ville indgå ægteskab, og ikke et slægtsanliggende. Denne opfattelse betød især en styrkelse af kvindens stilling, idet manden tidligere havde fået en mere selvstændig rolle i forbindelse med ægteskabsindgåelsen. Det lader sig ikke gøre at rekonstruere den danske ægteskabsret før landskabslovene på grundlag af de bevarede kilder. Ved hjælp af de mere udførlige regler i love fra de øvrige nordiske lande og tyske og angelsaksiske kilder tegner der sig et billede, hvorefter ægteskabsindgåelsen oprindeligt har været et anliggende mellem manden og kvindens slægter. Grundlaget var en aftale om udveksling af ydelser med en kvinde som den vigtigste aftalegenstand. Faderen eller en anden mandlig slægtning handlede på slægtens vegne, uden at kvinden fik indflydelse på valget af sin ægtemand.

Derimod synes manden at have haft en friere stilling og selv været den, som rettede henvendelse til kvindens slægt med henblik på indgåelse af ægteskab. Ved indgåelse af aftale herom, forlovelsen, aftaltes samtidig et tidspunkt for brudens overgivelse til manden i forbindelse med brylluppet, som afsluttedes med de nygiftes bestigelse af ægtesengen i vidners påsyn. Offentlighed var et vigtigt element i forbindelse med indgåelse af ægteskab. Ægteskabet medførte forskellige virkninger for kvindens formueretlige stilling, idet hun i vidt omfang kom til at stå under sin mands værgemål. Ægteskabsbrud fra hendes side blev fordømt på grund af faren for uretmæssige arvinger. Mens manden i tilfælde af ægteskabsbrud havde ret til at forstøde hustruen, havde hun ingen tilsvarende ret. Også i øvrigt havde manden ret til at forskyde sin hustru. Ægteskabet var i middelalderens samfund en central institution, hvis fulde virkninger dog først indtrådte, når der fødtes et barn.

I forhold til denne opfattelse af ægteskabet som et slægtsanliggende var den kanoniske ret, hvis opfattelse i løbet af middelalderen blev udbredt over hele Europa, radikalt forskellig. Man har ligefrem talt om en aristokratisk eller verdslig model, som står over for en kirkelig ægteskabsmodel, og hvor den aristokratiske model repræsenteres af den ovenfor skitserede opfattelse af ægteskabet som et slægtsanliggende, hvori beslutning træffes af familiens overhoved, typisk faderen, og ikke af de unge selv. De to modeller har hvert sit sigte. Den verdslige model sigter mod bevarelsen af den sociale orden, mens den kirkelige model er beregnet på at bevare den guddommelige orden. Om den kanoniske ægteskabsopfattelse henvises til afsnittet om kanonisk ret.

Ægteskab »more danico«

Af Jyske Lov

1-27. Hvor længe en mand kan have en slegfred hos sig
Hvis nogen har en slegfred i gårde hos sig i tre vintre og åbenlyst går til sengs med hende, og hun råder over lås og lukke og åbenlyst spiser og drikker med ham, da skal hun være hans ægtehustru og rette husfrue.

En særregel om indgåelse af ægteskab findes i Jyske Lov 1-27. Ifølge denne bestemmelse skal en ugift kvinde, en slegfred, som har levet sammen med en mand i tre år og der åbenlyst er gået til sengs med ham, og som har rådet over husets nøgler, betragtes som ægtehustru. Regelen er næppe et levn af en

Lov og ret i Danmark i middelalderen

særlig dansk tradition for ægteskabsindgåelse. Den skyldes formentlig en kirkelig påvirkning som et led i bestræbelserne for at gøre ægteskabet til den eneste anerkendte samlivsform mellem to personer. Muligt har en sådan regel været særlig aktuel i Danmark. I samtidige udenlandske kilder omtales uægteskabeligt samliv som »more danico« – efter dansk skik.

Arv og eje

I 1428 skænkede Mette Gudmundsdatter en grund med jord og hus til domkapitlet i Aarhus for sjælemesser for hende og hendes afdøde mand i domkirken. I forbindelse med overdragelsen bekræftede sognepræsten ved Frue Kirke i Aarhus og ni vidner, at hendes husbond i sin tid havde samtykket i overdragelsen, og at hun havde hus og grund »frit i sine være, oc var hennes æghæt«.

Om sådanne sjælegaver bestemte Jyske Lov 1-39 og 3-45, at en hustru, når ægtefællerne havde børn, kun måtte give en sjælegave med samtykke fra sin mand. Var der ingen børn i ægteskabet, måtte hun give halvdelen af sin formue, sin halve hovedlod. I Jyske Lov 3-45 optræder ordet testamente for første gang i landskabslovene i forbindelse med sjælegaver. Testamentet kendes fra romerretten, og det skyldes indflydelse fra kirken, at det i de danske middelalderlove anerkendes, at andre end slægtninge kunne få andel i en afdøds efterladenskaber. Landskabslovenes udgangspunkt var slægtsarven, og reglerne herom ansås som så centrale, at det er med dem, at de enkelte love indledes. Arveretten og familieformuereglerne danner indgangen til landskabslovenes verden. I øvrigt varierer reglerne noget fra lov til lov. Fælles er opdelingen i arveklasser, men mens Jyske Lov anerkendte den såkaldte stirpalgrundsætning, hvorefter børn træder i forældres eller andre ascendenters sted, så udelukkede efter Skånske Lov en arveladers barn ikke blot sine egne børn, men også andre søskendes børn fra at tage arv. Det var ikke efter lovene muligt at begunstige nogle arvinger frem for andre, i princippet herskede ligelighed, men mænd tog dog dobbelt lod i forhold til kvinder, den såkaldte broderlod. Denne ulighed bevaredes i dansk ret helt frem til midten af det 19. århundrede.

Ægtefæller tog ikke uden videre arv efter hinanden. En af virkningerne af, at der fødtes børn i ægteskabet, var imidlertid, at manden fik en lod i hustruens jord, mens hun ikke fik en tilsvarende ret. Det er netop denne ret for

manden til en lod i hustrujorden, som forklarer, hvorfor manden skulle give sit samtykke til hustruens sjælegaver, når der var børn.

Sjælegaver

Af Jyske Lov

3-45. Hvor meget en kone, der har en husbonde, må give i sjælegave
En hustru, der har barn med sin husbonde, må ikke i sjælegave give sin halve hovedlod eller nogen værdifuld genstand uden husbondens samtykke og vilje. Men vil nogen rejse krav om en sådan sjælegave, da skal husbonden forsvare sig med kønsnævn, og sandemænd skal ikke medvirke. Men bliver han fældet ved kønsnævnet, skal han udrede det, der var givet for hendes sjæl. Men har hustruen ikke barn med husbonden, da må hun give sin halve hovedlod bort for sin sjæl. Men rejser kirke eller kloster krav derpå, og er det mere end en halv mark sølv, da skal sandemænd medvirke. Men med hensyn til det, der ikke er skrevet i en mands testamente med gode mænds vidnesbyrd, og som kloster eller kirke eller hospital rejser krav om, skal husbonden altid værge sig med kønsnævn.

Hvad man kan tage med, når man går i kloster

Af Skånske Lov

Kap. 38

Vil husbonden gå i kloster, mens han er sund og frisk, da kan han drage derind med hele sin hovedlod. Bliver han syg, da kan han give halvdelen til et kloster, eller til hvem han vil, men ikke mere fra arvingerne, hverken til kloster eller til nogen anden.

Kap. 39

Giver husbonden sit barn i kloster, da må det ikke kræve arv efter hans død, medmindre han vil give det noget.

Kap. 40

Har en mand andre arvinger end sine børn, da er alt det, han ejer, både i løsøre og jord, hans hovedlod. Har han eet barn, da er den halvdelen af det, han ejer. Har han flere børn, da tager han lod sammen med hvert af dem, alt efter som han har børn til.

Om sjælegaver fandtes regler allerede i de skånske og sjællandske kirkelove fra slutningen af det 12. århundrede. Ingen kunne på sit dødsleje give mere end en halv hovedlod bort, og selv om præsten eller to vidner bekræftede dødslejegaven, kunne den tilsidesættes med partsed med mededsmænd eller

Lov og ret i Danmark i middelalderen

nævn. Efter Skånske Lov kap. 38 kunne den, som ville gå i kloster, mens han endnu var rask eller »med fuld mave«, som loven malende kalder det, medtage sin fulde hovedlod, som omfattede såvel andel i fælliget som særeje. Var han allerede syg, kunne han kun tage sin halve lod med.

Sjælegaven var et centralt element i kirkens omsorg for sjælens frelse. Tanken herom går tilbage til overvejelser i den tidlige kirke om, hvorledes den rige kunne frelse sin sjæl. Jesus havde jo i Matthæusevangeliet (19, 24) sagt, at »en kamel går lettere gennem et nåleøje end en rig går ind i Guds rige«. To opfattelser stod over for hinanden, da spørgsmålet blev drøftet af det 4. århundredes kirkefædre, som udtalte sig herom som de første: en radikal fordring om, at al rigdom burde gives bort, og en mere moderat opfattelse, som søgte at finde frem til en kompromisløsning, således at kun en andel skulle gives til kirken eller de fattige. I forbindelse med overvejelserne herom introducerede Augustin med ordene »*fac locum Christo*« – gør plads for Kristus – den norm, at enhver arvelader burde disponere til fordel for kirken med en lod der svarede til, hvad hver af arveladerens sønner modtog.

Augustins sønnelodsprincip blev kirkens lære, selv om der stadig var røster til fordel for et krav om, at man skulle bortgive hele sin formue. I danske landskabslove gik man den modsatte vej, idet det som en art kompromis alene anerkendtes, at der kunne disponeres over den halve hovedlod. En reminiscens af Augustins opfattelse finder vi således i landskabslovene, når størrelsen af den hovedlod, der kan disponeres over *mortis causa*, sættes i relation til antallet af børn.

Til sjælens frelse

Middelalderligt testamente

I Faderens og Sønnens og den Helligånds navn. Jeg Tue kaldet Atenmark ønsker – skønt svag på legemet, så dog karsk på sjælen – at sørge for min sjæl på en frelsebringende måde, hvorfor jeg opretter mit testamente på følgende måde. For det første giver (og) testamenterer jeg en grund, jeg har købt af Henneke Hare, og som ligger overfor dominikanernes indgang og er 12 alen bred og i længden som de andre omkringliggende grunde, til at holde og vedligeholde en lampe eller brænde vokslys ved Kristi legeme i St. Hans kirke i Ribe evindeligt. Fremdeles en grund, der støder op til fornævnte grund mod nord, som jeg har købt af herr Ripe Præst og Jakob Rød, også 12 alen i bredden til at sætte vokslys foran Kristi legeme i Vor Frue kirke i Ribe evindeligt på højaltret, dog således at mine arvinger skal have de nævnte grunde i hænde, så længe som de ærefuldt hvert år sørger for de fornævnte vokslys. Men hvis de svigter med hensyn til

Lov og ret i Danmark i middelalderen

disse vokslys af ligegyldighed eller på anden måde, skal de herrer ærkedegnen og kantoren, hvem de end til enhver tid er, med kapitlets råd frit bestyre den nævnte grund til fornævnte brug med de der opførte huse. Fremdeles en eng i Rejsby mark, der er beliggende på to steder, der yder efter den gamle vurdering 14 læs hø, til at brænde vokslys foran St. Hans alter i hans kirke i Ribe og foran St. Mikael's alter i Ribe evindeligt ved at dele indtægterne fra nævnte eng mellem de nævnte altre, jeg mener St. Mikael's alter, der nyligt er oprettet i hans kirke af den herre biskop Kristian. Da fremdeles mit gods skal deles mellem mine arvinger, giver og betaler jeg til min elskede hustru Margrete 120 mark gængse penge for hendes del til gengæld for hendes eget gods, der er bortsolgt, for hvilke 120 mark jeg sætter hele gården, i hvilken jeg plejer at bo, i pant, indtil samme Margrete erhverder nævnte beløb fuldstændigt. Til vidnesbyrd herom og om min sidste vilje har jeg ladet nærværende testamente bekræfte med segl tilhørende den ærværdige fader herr biskop Kristian af Ribe og kapitlet sammesteds og mig selv. Men jeg ønsker at have nærværende brev i to afskrifter, således nemlig at mine arvinger har et eksemplar og et andet er i kapitlets værn til forvaring. Vidner til dette testamente er følgende, som var til stede, herrerne Jens Rohde (Herod), og magister Fader, kanniker i Ribe, Vilken Grastrup, Gerhard Nyborg, Henneke Hedding, Lars Bælteslåer og Jens Pedersen. Til executores testamenti indsætter jeg de herrer ærkedegnen Jens og magister Fader, kanniker i Ribe, idet jeg beder dem handle i denne sag, som de vil svare for Gud. Forhandlet i det Herrens år 1309 dagen før St. Laurentius' dag.

Det grundprincip, at en arveladers dispositioner *mortis causa* på slægtens bekostning ikke kunne ske til private, men alene til fromme formål – *ad pias causas* – holdt sig i princippet længe i dansk ret. Det var først i det 19. århundrede med arveforordningen 1845, at det blev fastslået, at den, som efterlod sig livsarvinger, kunne disponere helt frit, uden hensyn til om det skete til fordel for private eller til bedste for kirker, skoler, fattige eller lignende fromt formål.

Centralt i landskabslovene stod familieformueforholdene. Grundlæggende begreber i den forbindelse var fællig og hovedlod. Det fremgår således af lovene, at en række ejendele: Løsøre og penge samt jord, som erhvervedes ved køb under ægteskabet, indgik i et fællig, som i tilfælde af, at ægtefællerne var barnløse, omfattede mand og kone, men som også kunne omfatte børn, børnebørn og svigerbørn. Den enkelte fælligdeltagers andel i fælliget betegnedes som hovedloden. Landskabslovenes regler er præget af mindre indbyrdes forskellighed med hensyn til familieformueordningen. Dispositionsretten over fælliget tilkom faderen, og det var først i tilfælde af skifte, at hver

Lov og ret i Danmark i middelalderen

enkelt deltagers hovedlod blev aktuel. Børn kunne dog kræve sig udskiftet af fælliget, men havde kun efter de sjællandske love krav på at få udbetalt en hovedlod i den forbindelse. Hovedlodden havde ud over at betegne hver enkelt parts andel i fælliget den funktion at tjene som grænse for visse dispositioner. Faderen kunne således som nævnt kun medtage sin hovedlod, hvis han gik i kloster, og forvoldte en fælligdeltager en forsætlig skadegørende handling, satte hovedlodden en grænse for ansvaret i relation til kongens krav på bod.

Fællig og hovedlod

Af Skånske Lov

Kap. 6

Får en mand, som har børn, en kone og fører hende i gårde til sig og sine børn, og træffes der ikke overenskomst om fællig med hensyn til hendes gods, og husbonden derefter dør, da får konen ikke mere end hovedlod over for hans børn, selv om hun førte hundrede mark ind, og husbonden og hans børn ikke ejede mere end tre mark eller mindre bortset fra deres jord. Således er det også, hvis det var husbonden, der kom i gårde hos en kone, der havde børn.

Kap. 7

Kommer to ægtefæller sammen på lovlig vis, og den ene af dem ejer een mark og den anden hundrede mark, og skilles de senere ved døden eller i levende live, da skal deres bo altid deles lige over mellem dem, eller hvis de er døde, mellem deres arvinger, for så vidt angår købejord og løsøre; anden jord skal gå til de rette arvinger. Får de arv, og der ikke finder barnmynding eller arvebed sted, da skal arven gå til de rette arvinger.

Kap. 17

Vil børn skilles fra deres fader, skal faderen drage til landstinget eller herredstinget og lyse, at de vil skilles fra ham, og give sine børn, hvad han vil, mens han lever, og mere kan de ikke kræve, så længe han lever. Og efter at han har gjort således, skal børnene selv hæfte for deres gerninger. Manddrab skal faderen og frænderne bøde sammen med dem, således som loven er.

Om fælligets alder har været fremsat forskellige teorier. Den herskende opfattelse er den, at fælliget i danske retskilder fra middelalderen må antages at være relativt nyt som legal formueordning. Den måde, hvorpå lovene understreger fælligordningen, f.eks. ved at fremhæve, at den også gælder, hvor ægtefællers økonomiske udgangsposition er forskellig (Eriks Sjællands-

Lov og ret i Danmark i middelalderen

ke Lov 1-1: »Også selvom hans ejendom var 100 mark og hun intet ejede«), tyder på, at der er tale om noget ret nyt og uvant. Også hovedlodsbegrebet er formentlig nyt. I samme retning viser anvendelsen af hovedlodsbegrebet i forbindelse med på landskabslovenes tid nye foreteelser som klostergang eller strafferetligt ansvar over for kongen.

Uden for fælliget faldt igennem hele middelalderen arvejorden. Arvet løsøre indgik i fællesskabet, når begge ægtefæller modtog arv. Man taler om arvebed. Den sidste arv jog (bede = jage) den første arv ind i ægteskabet. I kraft af det såkaldte barnmynding, som indtrådte, når der var født et barn i ægteskabet, indgik hustruens arvede løsøre i fælliget, og manden fik yderligere en dispositionsret over hendes jord og en arvelod ved hendes død.

Den gifte kvinde havde af fælligmidlerne ret til uden mandens samtykke at bortsælge 5 penninges værdi. Hun kunne optræde som mandens fuldmægtig på tinge, men hun kunne ikke stille borgen og ej heller disponere over sine efterladenskaber uden mandens samtykke, hvis der var børn i ægteskabet. Yderligere havde manden en revselsesret over hustruen. Ifølge Jyske Lov 2-81 kunne manden revse hustru og børn »med stok eller med vånd, hvis de forser sig, men ikke med våben«. Manden kunne yderligere lade lyse på tinge, at hustruen »ikke har så meget forstand, at de skal kunne sætte noget af hans bo over styr«, og dermed ifølge Eriks Sjællandske lov opnå, at hendes dispositioner ikke fik virkning.

Sune Ebbesens hovedlod

Der var stormænd, som rådede over meget betydelige formuer på landskabslovenes tid. Da den sjællandske stormand Sune Ebbesen døde i slutningen af det 12. århundrede, efterlod han sig jordbesiddelser af et omfang svarende til fire herreder: 1000 gårde og et sted imellem 30. og 40.000 td. land. Som andre havde også han sørget for at disponere over sin halve hovedlod til kirken, nemlig Sorø Kloster, og det er på grundlag af dette klostres gavelister, at vi kan rekonstruere hans besiddelser.

Sune Ebbesens rigdom må have hørt til undtagelserne, men i øvrigt ved vi kun lidt om ejendomsforholdene på landet på landskabslovenes tid.

I løbet af middelalderen blev de fleste bønder fæstebønder, således at de mod at betale en afgift – landgilde – boede på en gård og dyrkede jord, som tilhørte en anden som herskab eller jorddrot. I landskabslovene omtales fæste, men denne udvikling er formentlig især sket efter landskabslovenes nedskrivning. Lovene kom imidlertid til at gælde i et sådant samfund med få herremænd og

Lov og ret i Danmark i middelalderen

få selvejerbønder, men med mange fæstere eller landboer og mange besiddelsesløse.

Ordet ejendomsret optræder ikke i lovene. Det er en senere betegnelse, og vi skal her som andetsteds, når vi beskæftiger os med ældre ret, være varsomme med at overføre vort moderne begrebsapparat på datiden. Men der tales om, at jord kan være ens egen eller i eje. En bestemmelse i Skånske Lov taler om forskellen mellem at overdrage til pant eller til evigt eje. Det forudsættes, at fast ejendom og løsøre kan overdrages. Overdragelsen af fast ejendom skete ved en særlig ceremoni, som kaldes skødning. Anders Sunesen beskriver ceremonien i sin parafrase af Skånske lov. Sælger lægger en smule af jorden i købers kappe og erklærer, at han overfører ejendomsretten til køberen.

Eje eller pant?

Af Skånske Lov

Kap. 84

Sætter en mand sin jord i pant og skøder den ved pantsætning, og siger den, der har jorden i sin besiddelse, derefter, at den er skødet til evigt eje, da har han ret til at bevise, at den er skødet til evigt eje. Han skal bevise det med tylvtered af odelbønder og to mænds vidnesbyrd. Vil den anden nægte, at den var pantskødet, såvel som at den var skødet til evigt eje, da skal den, der har den i sin besiddelse, altid have ret til at føre bevis med samme bevis, som det er sagt.

Også løsøreomsætningen krævede visse former. Oprindeligt har en garant – i lovene *vin* – været til stede ved køkets indgåelse og indestået for sælgers hjemmel til at sælge, senere har garanten haft karakter af at være et vidne, som kunne sikre køberen mod at blive sagsøgt for tyveri, hvis det viste sig, at tingen var stjålet. Denne funktion har garanten i Jyske Lov 2-93.

Overdragelse af jord

Af Jyske Lov

1-37. Hvor jord skal købes

På tinge skal man skøde jord og ikke andetsteds, det vil sige på herredstinget i det herred, hvori jorden ligger, eller på sysseltinget eller på landstinget, for tingsvidne er så bindende, at der ikke kan gives bevis imod det.

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Det er usikkert, om der i ældre dansk ret har været anerkendt, hvad vi med et senere udtryk kalder for et eksstinktionsprincip. Ældre dansk ret bygger tilsyneladende på et vindikationssynspunkt, i hvert fald for så vidt angår tyveri, mens det er tvivlsomt, om man har anerkendt eksstinktion i tilfælde, hvor genstanden var kommet ud i omsætningen på anden måde end ved tyveri. Enkelte bestemmelser i lovene tyder på, at dette dog næppe har været tilfældet på landskabslovenes tid. Omsætning af løsøre var forholdsvis ualmindelig, og der var en formodning for, at den, der ikke kunne påvise sin sælger, havde handlet uredeligt. Efter en bestemmelse i Jyske Lov 2-92 kunne den, der var i besiddelse af stjalne koster, henvise til sin hjemmelsmand og af denne få godtgjort sin købesum. Dette kaldtes at »skyde på hjemmel«. Sælger kunne atter påvise sin sælger, der måtte udlevere løsøret og ifalde tyvsstraf, hvis der var tale om forarbejdede ting eller mærkede husdyr, medmindre han kunne føre to mænd (garanter) til stede for at bevidne, at han havde købt tingene. Drejede det sig om uforarbejdede ting, kunne den, der besad de løsøregenstande, der var tale om at vindicere, undgå det særlige tyveriansvar ved at aflægge ed på, at tingene var købt på torvet, men han måtte stadig udlevere tingene. Bestemmelsen i Jyske Lov 2-92 er ikke en egentlig vindikationsregel, men bygger på et vindikationsprincip som forudsætning. I sig selv er bestemmelsen af straffeprocessuel karakter og handler om, hvorledes man kunne undgå at ifalde tyveriansvar.

Om at skyde på hjemmel

Af Jyske Lov

2-92. Hvis man tager en tyv med noget (af det stjalne) i hænde
Griber man en tvv med noget (af det stjalne) i hænde, og han ikke kan henvise til, hvor han har fået det, da kan han bindes, men henviser han til nogen, og henvisningen eller hjemmelen glipper, da gælder det samme. Men man kan ikke henvise videre end til den tredje mand. Trediemanden skal altid udlevere de koster, som han vedgår. Han skal dog have sin garant ved udleveringen af de koster, med hensyn til hvilke der er blevet henvist til ham, og skal ikke bøde derfor, men have tabt købesummen. Men har han vidner på, at han købte det på torvet, da skal han dog give edsbevis på, at han ikke er tyv og ikke tyvs medvider og ikke kender sin sælger levende eller død, og have tabt købesummen. Garant er vidne, og vidnesbyrd fritager for bast og bånd og kongens ret.

2-93. Hvad man skal have garant til

Lov og ret i Danmark i middelalderen

Til tilskåret klæde og færdigt redskab og til våben, til hest eller hornkvæg og til andre husdyr og til alt det, der er særlig mærket, skal man have garant. Garanten er det vidne, som var til stede, da købet afgjordes. Det må ikke være færre end to mænd.

Jord kunne ikke afhændes uden videre, men måtte først tilbydes sælgers slægtninge, den såkaldte lovbydelse. Jord kunne falde i arv, men den jord, som en person havde erhvervet ved arv, indgik ikke i det fællig, som bestod mellem mand og hustru og deres børn eller andre slægtninge. Det gjorde til gengæld den jord, som ægtefæller under ægteskabet erhvervede ved køb.

Lovene indeholder en række regler om fast ejendom, således om optagelse af husdyr på marken, om gærder, om skove, om strømme, møller og om fordelingen af jord i landsbyen. Der er også regler om salg af jord. Skånske Lov afspejler her uenighed om, hvad virkningen af salget var i forhold til overdrageren. Tvivlen gik på, hvem der havde ret til at bevise, at han var ejer. Spørgsmålet var, om der hertil krævedes såkaldt lavhævd – besiddelse i tre år – eller bevisretten på et tidligere tidspunkt overgik til erhververen. Dette bevis blev ført ved partsed med mededsmænd. Andre regler tog sigte på den situation, at samme ejendom var overdraget til to forskellige erhververe. Tilsyneladende har det været noget temmelig nyt, at der var adgang til at overdrage jord. I en bestemmelse i Skånske Lov, som ordret genfindes i Valdemars Sjællandske Lov, argumenteres således for retten til salg med den begrundelse, at »det er hårdt for den, der er hjælpeløs og fattig, hvis han ikke må bortsælge ager og eng for at klare sig«, og det tilføjes, at »Skal en mand ikke kunne gøre det, da synes han ikke at have frihed over sit eget«. I byerne har omsætningen af fast ejendom formentlig været livligere. En nyere undersøgelse af ejendomsforholdene i danske byer viser, at udtrykket »i være have« betegner den almindelige rådighedsret over en ejendom, som overdrages.

Skånske Lov afspejler et stadium, hvor overdragelse til sikkerhed er sket i samme former som overdragelse til eje. Opstod senere tvivl om, hvad hensigten med overdragelsen var, havde pantnaver bevisretten. Det var ham, som sad inde med pantet, da pantsætning skete som håndpant, også når pantet var fast ejendom. Sikkerhed i form af underpant dukker op i byerne i løbet af det 16. århundrede, men det anerkendes retligt først i 1632. Landskabslovene indeholder ikke nærmere regler om indholdet af panteretten. Ordet pant dukker først op i kilderne omkring 1300. På landskabslovenes tid tales om

Lov og ret i Danmark i middelalderen

wæth (sml. vadium, gage) – et ord, som sprogligt har forbindelse med at vædde. I sin oprindelige form har *wæth* haft karakter af det, vi kalder *for-wæth*. Virkningen heraf var, at debitor opgav besiddelsen af pantet, men at pantet, såfremt det ikke blev indløst til det aftalte tidspunkt, tilfaldt panthaver uden vurdering. En anden form for pant, *wæth per modum grøthagiald* var en art brugeligt pant. Også her opgav pantsætter besiddelsen, og panthaver kunne tilegne sig pantets frugter, indtil pantet indfries. Afkastet fik herved samme funktion som renter. Kanonisk ret havde forbudt rentetagning i denne form i det 12. århundrede under Alexander III, og for at overholde denne kirkelige regel måtte panthaver afskrive værdien af afkastet på lånets hovedstol. Bevarede pantebreve fra middelalderen viser, at dette ikke i praksis blev overholdt. Andre steder talte man i tilfælde, hvor renter ikke blev afskrevet, om *mortgage*, og om *vifgage*, hvor dette var tilfældet.

Middelalderligt pantebrev

Froder Frodesen til alle, som ser dette brev, hilsen evindelig med Gud.

Jeg gør vitterligt for alle, såvel nulevende som fremtidige, at jeg erkender i sandhed at stå i skyld og gæld til den forstandige og hæderlige mand, nærværende brevviser Oluf Ebbesen for 10 mark lødigt sølv efter kølnsk vægt, for hvilke 10 mark sølv jeg med dette brev pantsætter ham min gård, nemlig en halv mark skyldjord i Ludserød med alle dens tilliggende, at indløse ved mig eller mine arvinger på Lynges herreds nærmeste tingdag inden førstkommande Vor Frue fødselsdag for nævnte sum sølv, på den tilføjede betingelse, at hvis jeg svigter til denne betalings- eller indløsningstermin, så skal nævnte gård tilfalde nævnte Oluf eller hans arvinger at besidde med rette evindelig. Til vidnesbyrd herom er mit segl tillige med segl tilhørende de gode mænd, herr Ingvar præst og Jacob Skål hængt under dette brev. Givet i det Herrens år 1340 på den hellige jomfru Marias renselsesdag (2.2.1340).

Erik Hasenberg, ridder, til alle, der ser dette brev, hilsen evindelig med Gud.

Jeg gør vitterligt for alle, at jeg med dette brev har pantsat mit gods i Bildsø til nærværende brevviser Niels Brymle, nemlig et halvt bol i skyldjord med dets øvrige tilliggende, løst og fast, vådt og tørt, for fem mark lødigt sølv kølnsk vægt, hvilket gods fuldt ud skal indløses på det ting, der holdes i Løve herred lige inden først kommende Mikkelssdag, på disse vilkår, for det første, at hvis fornævnte gods ikke indløses til fornævnte termin, skal samme Niels hvert år oppebære frugterne og indtægterne af dette gods tillige med frugterne for det år, i hvilket godset indløses, indtil fornævnte sum sølv fuldt ud er betalt, uden at de på mindste måde skal fradrages i gældens hovedstol. Hvis han endvidere bygger eller opfører nogen bygninger på fornævnte gods, vil jeg holde ham skadesløs efter

Lov og ret i Danmark i middelalderen

kendelse af to af vore venner, udtaget fra begge sider. Ligeledes forpligter jeg mig til at hjemle samme fornævnte gods for alle, hvem det angår eller vil kunne angå, og hvis omtalte gods på nogen måde bliver ham frataget af den grund at ..., forpligter jeg mig til fuldt ud at betale oftnævnte Niels hans sølv og på fyldestgørende måde holde ham skadesløs. Til vidnesbyrd herom er mit segl tillige med segl tilhørende de gode mænd Peder Nielsen af Brorup og Niels Riesen af Bildsø hængt under dette brev. Givet i det Herrens år 1352 på martyren St. Georgs dag (23.4.1352).

Langt de fleste af landskabslovenes regler handler om familie- og arveret, strafferet og fast ejendom. Bestemmelser om kontrakter eller lignende regler, som vi i dag ville henregne til obligationsretlige forhold, er der kun få af. Af kontrakter er nævnt lån, leje og forvaring. I Jyske Lov findes regler om borgen eller kaution. I alle lovene findes en række bestemmelser om skadegørende handlinger. Lovene opregner således en række ansvarssituationer, f.eks. for skade forvoldt af dyr, våben eller andre ting, således huse, der styrter sammen, eller uafdækkede lergrave o.l. I disse tilfælde ifaldt ejeren en bod for våde.

Rige, land og by

Der herskede ikke retsenhed i kongens rige. Landet var, som tidligere omtalt, opdelt i retsområder – lande – og mange byer havde egne byretter, som supplerede landsloven. Rigslovgivning – love udstedt af kongen med præention om at gælde for hele riget – var i middelalderen sparsom. Først efter 1500 bliver lovgivningen et virksomt middel i statsdannelsen, men fra middelalderen er dog bevaret en række kongelige forordninger, som tilsigtede at supplere landskabslovene. De vigtigste af dem er håndfæstningerne, men hertil kommer en række love om handelsforhold, straffe- og fredslove samt særlige love for købstæderne.

Langt den største del af befolkningen boede på landet. De særlige forhold i byerne, der alle i middelalderen var små, gjorde det nødvendigt med en særlig lovgivning, der retligt havde karakter af et privilegium fra kongen (eller for Københavns vedkommende Roskildebiskoppen) som byens herre. Her fandtes regler om byens styre og et hurtigere processystem og en i forhold til landskabslovene skærpet strafferet. Her kunne også findes andre

Lov og ret i Danmark i middelalderen

særegne bestemmelser, f.eks. om testationsret for ikke at tale om de for byen så vigtige handels- og markedsforhold.

Som et eksempel på en byret bringes neden for Københavns første stadsret givet af Roskildebiskoppen Jakob Erlandsen i 1254. Den ældste danske stadsret er formentlig Slesvig stadsret fra 1. halvdel af 1200-årene. Kun få byer havde selvstændige stadsretter. Foruden Slesvig og København gjaldt det Åbenrå (1335), Haderslev (1292) og Ribe (1269) samt Roskilde (1268). Fra Lund eller Helsingborg stammer den såkaldte birkeret. Flensborg byret fra 1284 viser påvirkning fra Slesvig, mens Tønders byret fra 1243 er en afskrift af Lübecks stadsret. I andre byer har man klaret sig med afskrifter af foreliggende byretter, f.eks. i Horsens og Æbeltoft, hvor man brugte Slesvigs ret.

Byens lov

Københavns første stadsret 1254

Hvis enhver i sin egen sag ville fælde dom efter eget forgodtbefindende, ville tøjlesløs havepsyge, der avler splid og giver anledning til trætte og ikke forstår at nøjes med sit eget, omstyrte retfærdige tilstande og ganske tilintetgøre anden mands ret. Derfor ønsker vi Jakob af Guds barmhjertighed biskop i Roskilde, at fjerne al anledning til tvist om den ret og de sædvaner og love, der er iagttaget hidtil og for fremtiden skal iagttages mellem os og vore efterfølgere til enhver tid på den ene side og Københavns borgerskab på den anden side, og for at det, der måtte være tvivlsomt og dunkelt, skal være klart for alle, har vi med borgernes enstemmige råd og samtykke besluttet at fastsætte følgende bestemmelser og til evig erindring at bekræfte og værne dem med dette dokument.

Af Københavns stadsret 1443

...

31. Item hvo ligger i hor i København, mand eller kvinde, og vorder derfor lovligt stævned og fordelt, så at de kommer i band og ikke vil tage imod skrifte og bod og bedring, som de bør, og bliver så dag og år i madband. Siden skal kongens sværd rette derover, manden halsen af og kvinden sættes levende i jorden og deres hovedlod være forbrudt til kongen og staden; den samme ret er også om jomfrukrænker og andre åndelige sager, om de sidder overhørig og fordeles i madband, som foreskrevet står.

Byerne fik i løbet af det 13. og 14. århundrede egne styreformer. Fra Tyskland importeredes rådet som institution. Medlemmerne betegnedes i de latinske tekster med den gamle romerske titel *consules*, mens borgmestrene, der er bevidnet i det 14. århundrede, kaldtes *proconsules*. I byerne var kongen

Lov og ret i Danmark i middelalderen

repræsenteret af en foged (*advocatus*), som førte forsædet på bytinget. Rådet udgjorde en med bytinget konkurrerende domstol, som kaldtes rådstueretten. Købstæderne hørte direkte under kongen, men rådsforfatningen gav dem dog et vist selvstyre i middelalderen. Fra det 16. århundrede trænges selvstyret imidlertid tilbage, og kongen fik større indflydelse på bystyret ved at udnævne borgmestrene og ved, at lensmanden også blev byens overøvrighed.

Riber Ret

Af Ribe Stadsret 1269

...

7) Ingen af vore borgere, de være ved deres fornufts brug eller ligge på deres yderste – må testamentere eller sælge urørligt gods, beliggende i vor stad, til kirker eller klostre, bisper eller riddere. Men hvis nogen vil testamentere (sådan gods), skal han sælge det til sine medborgere for penge og testamentere disse til kirker eller klostre. Den, som bryder dette, skal betale staden 6 mark penge og fogeden 6 mark penge, og alligevel skal det urørlige gods sælges til borgerne.

8) Når nogen bryder, hvad staden har forordnet at overholde, skal rådmændene dømme herom, og hvad bøde der end måtte blive vedtaget, skal staden oppebære halvdelen og fogeden halvdelen.

...

11) Hvis der pludselig opstår trætte eller strid mellem to mænd på gaden eller på en offentlig plads eller måske ved drikkelag, og de der griber knipler og stokke til gensidig legemsbeskadigelse, og det kan godtgøres ved to gode mænd, som var tilstede, at det ikke skete efter forudgående overlæg, men så at sige i hidsighed, skal (fredsforstyrrelsen) betale den skadelidte 6 mark penge, staden 6 mark penge og fogeden 6 mark. Men hvis det kan godtgøres ved gode mænd, at der forinden var strid imellem dem, og den ene havde lagt baghold for den anden og såret ham, skal han, hvis den skadelidte redder livet, betale ham 40 mark penge og ligeledes staden og fogeden 40 mark; men hvis han dør deraf, skal han have sit liv forbrudt.

...

27) Hvis en mand pågribes med anden mands ægtehustru, er det ret, at han af hende trækkes op og ned ad stadens gader ved lemnet, og hvis det træffer sig, at ægtemanden efter at have medtaget vidner dræber horkarlen eller begge i horsengen, skal han hverken betale erstatning eller bøde. Og hvis en pige mod forældrenes samtykke åbenlyst og af fri vilje ulovligt tager sig en mand, skal hun miste hele sin formue.

...

32) Enhver sag, som rådmændene bliver enige om med fogeden, skal overholdes som gyldig og retskraftig uden nogen protest fra borgere eller andre.

...

III

REFORMATION OG RENÆSSANCE

Kronologi

1479	Grundlæggelse af Københavns Universitet
1495	Grundlæggelse af Reichskammergericht
1501	Universitetet i Wittenberg grundlægges
1517	Luther opslår sine teser i Worms
1519-1555	Karl V tysk-romersk kejser
1534-1559	Christian III konge af Danmark
1536	Reformationen indføres i Danmark
1537-1539	Københavns Universitet genåbnes som luthersk universitet
1558	Den koldingske reces
1559-1588	Frederik I konge af Danmark
1582	Første danske ægteskabslov
1588-1648	Christian IV konge af Danmark
1643	Christian IV's Store Reces
1648-1670	Frederik III konge af Danmark

Konge og rigsråd

Årene umiddelbart efter 1500 var en urolig periode i Danmarks historie, men de blev afgørende for opbygningen af en ny type stærk fyrstestat. I 1523 blev Christiern II afsat efter et oprør, og hans lovgivning blev sat ud af kraft. Under hans efterfølger Frederik I begyndte reformationsrørelserne fra Tyskland at nå Danmark. Ved kongens død 1533 kastedes landet ud i en blodig borgerkrig, Grevens fejde, som først afsluttedes i 1536. Resultatet af Grevens fejde var en sejr for Frederik I's søn hertug Christian og de kræfter, som støttede ham. Christian III var overbevist lutheraner, og med ham gennemførtes reformationen i Danmark.

Kongemagten stod i 1536 i en meget stærk position. Rigsrådet var svækket, og de katolske biskopper, som havde haft en betydelig magtstilling, blev sat ud af spillet. Ved et statskup blev de fængslet og kirkegodset, som var meget omfattende, inddraget under kronen. Det er da også almindeligt at opfatte den nye danske forfatning, som blev til på en rigsdag i København 1536, som en styrkelse af kongens magtposition. Danmark var traditionelt et valgkongedømme, men i 1536 valgtes Christian III's søn udtrykkeligt til hans efterfølger. Kongen skulle fortsat udstede en håndfæstning til rigsrådet i forbindelse med sin tiltrædelse af regeringsmagten, og den statsform, som udvikledes i de kommende år, byggede på et samvirke mellem konge og råd om regeringsførelsen.

Håndfæstninger

I håndfæstningerne – ordet kommer af plattysk »hantveste«, som betyder forpligtelse – fastlagdes principperne for regeringsførelsen. Håndfæstninger kendtes også i middelalderen. Den første valghåndfæstning udstedtes i 1320, og også andre konger udstedte håndfæstninger i løbet af middelalderen. Fra 1448 bliver udstedelsen af en håndfæstning i forbindelse med kongevalg en fast tradition. Med Christian III's håndfæstning 1536 indledtes en ny række af håndfæstninger, idet senere håndfæstninger med forskellige modifikationer fulgte den som mønster. Ifølge håndfæstningen skulle kongen regere i forening med rigsrådet. Medlemmerne af rådet udpegedes af kongen, som regel iblandt medlemmerne af bestemte højadelige slægter, og i princippet var rigsråderne såvel kongens råder som repræsentanter for landet. Med en betegnelse fra samtiden kan man kalde det danske statsstyre i det 16. og 17. århundrede for et »monarchia mixta« – en dualistisk statsform, hvor en konge eller monark styrede landet, men måtte dele sin magt med andre. Trods kongens magtposition i 1536 blev resultatet af

Reformation og renæssance

forfatningsforhandlingerne ikke enevælde, men et styre, hvor kongen, når det gjaldt vigtige beslutninger først og fremmest af økonomisk eller militær rækkevidde, var afhængig af sit råd, der som nævnt bestod af et antal repræsentanter for landets mest indflydelsesrige adelsslægter.

Af *Christian III's håndfæstning 1536*

4. Sammeledes ville og skulle vi elske og fremdrage Danmarks riges råd og adel og med dem styre og regere Danmarks rige og besørge Danmarks riges råd med kronens len, så at de ikke skulle have behov at besøge herredage eller anden besværing på deres egen kost og tæring.

I det middelalderlige rigsråd repræsenterede biskopperne og enkelte andre gejstligheden. Efter 1536 var der kun verdslige medlemmer af rådet.

Foruden ret til selv at udnævne sine råder havde kongen også ret til at udnævne de såkaldte rigsembeds mænd. Rigsebederne var oprindeligt hof tjener, men efterhånden blev de politiske og administrative funktioner de vigtigste. Rigsebedsmændene tilhørte ikke nødvendigvis en bestemt stand, men i løbet af det 15. århundrede blev det skik at udpege adelige embedsmænd, som tillige optoges i rigsrådet, og pladserne i rådet forbeholdtes adelen. Rigsebedsmændene og rigsrådet bistod kongen i forvaltningen og i retsplejen. Men ligesom det gjaldt hele rådssystemet, hæmmedes deres indflydelse af, at de ikke permanent opholdt sig i kongens nærvær. Rigsrådet var kun indkaldt i perioder, som regel en gang om året ved den såkaldte *herredag*. I øvrigt varetog rigsråderne store dele af lokaladministrationen, idet de som lensmænd rundt omkring i landet administrerede kronens slotte og andre faste ejendomme, stod for skatteforvaltningen og havde den militære myndighed samt var med til at administrere den lokale retspleje. Lensmanden skulle holde bønderne »ved lov, skel og ret«, hed det i lensbrevene. Det betød, at råderne en stor del af deres tid, når de ikke passede deres goder, sad rundt omkring på de kongelige slotte. Også andre adelsmænd kunne være lensmænd, men rigsråderne havde fortrinsret til de mest attraktive len.

Kongens kansler

Blandt rigsebedsmændene indtog kansleren eller kongens kansler en særstilling, idet hans kontor, det såkaldte *kancelli*, var regeringens eneste ekspeditionskontor, hvorigennem al korrespondance måtte passere. Kancelliet var indtil

Reformation og renæssance

enevælden identisk med centraladministrationen. Kansleren indtog en mellemstilling mellem konge og rigsråd. Rådet voterede skriftligt om de forslag, som kongen stillede, og det var kansleren, som forelagde rådet kongens synspunkter, og han var den, som forhandlede direkte med kongen. Kancelliet havde sit faste sæde på Slotsholmen i København, hvor den daglige ledelse varetoges af en såkaldt øverste sekretær, som havde en stab af unge adelige, som ønskede at gøre statskarriere, og en række skrivere til sin bistand. Kanslerembedet styrkedes betydeligt i det 16. århundrede. En række fremtrædende kanslerpersonligheder var med til at give embedet tyngde. Det gælder således Christian III's kansler Johan Friis til Borreby, som forestod en omfattende reform af lensvæsenet med henblik på at styrke statens indtægter. Hans efterfølger Niels Kaas var ledende embedsmand under Frederik II og i Christian IV's formynderregering. Under Christian IV svækkedes embedet. Stærkest står Christian Friis til Borreby, mens Christen Friis til Kragerup og Christen Thomesen Sehested, der begge var højt uddannede og lærde, havde sværere ved at sætte sig igennem over for kongen. Under kansleren hørte den almindelige indenrigsforvaltning, herunder forberedelsen af ny lovgivning.

Rigets fornemste embedsmand var hofmesteren- eller rigshofmesteren. Han var kongens almindelige stedfortræder og havde med alle almindelige politiske, herunder udenrigspolitiske, spørgsmål at gøre. Efterhånden blev også finansstyrelsen hans domæne, idet rigshofmesteren fik overtilsynet med rentekammeret, hvor to rentemestre administrerede statens indtægter og udgifter. I lange perioder var embedet som rigens hofmester ubesat, og den fornemste embedsmand var da kansleren. Rigsmarsken var den tredje i rang. Han var traditionelt adelens talsmand i rådet. Embedet var en militær kommandostilling, men ikke nødvendigvis forbundet med den øverste ledelse af hæren. Til disse tre rigsembeder kom senere embederne som rigsadmiral og som rigens kansler. Rigens kansler var knyttet til retsvæsenet, idet han ledede en selvstændig afdeling af kongens domstol, som tog sig af sager om inddrivelse af pengekrav og erhvervelse af ejendom – den såkaldte rigens rets dele til indførsel og til lås. Yderligere ledede han rettertingets sekretariat og var den, som satte rettens segl under dommene.

Det administrative system, som fastlagdes i løbet af det 16. århundrede, viste sig mod midten af det 17. århundrede at være meget mangelfuldt. Der savnedes et faguddannet personale og en egentlig saglig forvaltning af de forskellige grene af statsstyret.

Reformation og renæssance

I det 16. og 17. århundrede kom lovgivningen som styrings- og disciplineringsmiddel over for befolkningen til at spille en anden og langt vigtigere rolle end hidtil.

To store lovkomplekser fra Christian II's tid danner en indledning til en ny epoke. Disse love blev ophævet efter Christian II's fald i 1523. Under Christian III sattes nye bestræbelser ind på at skabe en tidssvarende lovgivning. Lovgivningsaktiviteten voksede hektisk ved recesser af 1536, 1537, 1539, 1540, 1547, 1551, 1557 og den Koldingske Reces af 1558, der sammenfattede indholdet af tidligere recesser. Hertil kom ordningen af de kirkelige forhold ved kirkeordinansen af 1539 med tillæg 1542. Disse love fik væsentlig betydning for retsudviklingen i det 16. og 17. århundrede som supplement til eller ændring af landskabslovenes ordning. Lovgivningen blev et styringsmiddel med henblik på at indrette retsforholdene og administrationen og hele det øvrige samfundsliv på en ny og tidssvarende måde.

Under Frederik II fortsattes lovgivningsaktiviteten. Vigtige nye love er en søret i 1561, en gårdsret fra 1562 med regler for kongens og adelens gårde, en reces fra 1576 samt en ægteskabslov fra 1582, ægteskabsordinansen.

Reformation og ret

Reformation og renæssance er de to almeneuropæiske strømninger, som når til Danmark kort efter 1500.

Der består ingen umiddelbar forbindelse mellem reformationen og dansk ret. Reformationen i 1536 var i første række en kirkelig begivenhed, men reformationen medførte store ændringer i det danske samfundsliv og kom også til at medføre reformer indenfor flere områder af dansk ret. Det gjaldt retsområder, hvor den reformatoriske opfattelse måtte være en anden end den hidtil herskende efter kanonisk ret, således med hensyn til ægteskabsretten, men også synet på rentetagnings og åger modificeredes. Endelig var det af betydning, at universitetet blev reformeret efter reformationen. Universitetet blev hermed en præsteskole, men teologien og juraen havde i denne periode store berøringsflader. Den nye lutherske tro fik betydning for væsentlige dele af lovgivningen. Det var på universitetet, at den nye lære blev doceret, der var med til at skabe en ny samfundsopfattelse. Efter reformationen blev den enhed, som havde præget retsundervisningen i middelalderen, brudt. Universitetet, som var en kirkelig organisation, blev dybt berørt af reformationen. Mange universiteter, herunder Københavns Universitet, som var grundlagt i

Reformation og renæssance

1479, blev lammet af uroen omkring reformationen, og måtte senere reorganiseres.

Konfessionstvang og statsligt opsyn er nøgleord for at forstå de ændrede forhold for de nye universiteter. Det teologiske fakultet blev nu til et uddannelsessted for kommende kirkelige embedsmænd. Universiteterne blev bundet til en bestemt religiøs bekendelse, og man fordrerede af lærere og studenter en trosbekendelse. En følge af konfessionaliseringen var en indskrænkning i lærefriheden, som, hvad juristerne angik, blev særlig følelig gennem det voksende statsopsyn med universiteterne. Den fyrstelige regering var normalt ikke indstillet på at høre kritik fra universiteternes side, men forventede derimod, at der blev doceret lydighed overfor staten, således at der ikke blev skrevet eller talt mod fyrsternes politik. I de nye statutter for Københavns Universitet fra 1539 blev det udtrykkelig forbudt den juridiske professor at blande lovgivning og evangelium sammen eller at tale mod øvrigheden.

Med universiteternes nye placering i det offentlige liv blev uddannelsen af teologer til kirken og skolevæsen og af juristerne til embedsmænd i den fyrstelige forvaltning en hovedopgave. Studenterne blev bundet med hensyn til konfession, og de hidtidige internationale forbindelser mellem universiteterne blev påvirket af den religiøse spaltning. Særlig havde de italienske universiteter i Bologna og Padova været foretrukne rejsemål for juristerne, og i Frankrig havde Orléans og Bourges stor tiltrækningskraft. De internationale forbindelser blev ikke ganske afbrudt efter reformationen, men de ændrede sig. Universitetet i Padova stod åbent for protestantiske studenter, og mange danske jurister har også studeret der i det 16. og 17. århundrede, men det var især de reformatoriske universiteter i Wittenberg i Tyskland eller Leiden i det calvinske Holland, som tiltrak udlændinge fra de nordiske lande. Det var en ny studentertype, den unge adelige på rejse, som opretholdt det internationale studenterliv, uden dog derved formentlig at bidrage væsentligt til en højnelse af universiteternes standard.

Et alment træk ved det nye universitetsliv er en ændring af universiteternes forfatning. Det middelalderlige studenteruniversitet, hvor studenterne havde hovedindflydelsen, vev pladsen, og de nygrundlagte fyrstelige universiteter var ikke længere studenteruniversiteter. Det var nu doktorer og professorer, der dannede universitetets korporation. Undervisningen blev ikke mere båret af *collegia doctorum*, men af en lille gruppe af professorer, det egentlige lærerkorps. Undervisningen ved det juridiske fakultet blev i tiltagende grad udført af lønnede heltidsansatte professorer. Ved tyske universiteter synes et

Reformation og renaissance

antal af 3-4 juridiske professorer at danne normen, men ofte var der kun to. I København var der oprindelig, efter at universitetet i 1537 var blevet indrettet påny som protestantisk universitet, kun én juridisk professor.

I universitetsforvaltningen voksede statens indflydelse, mens kirken blev trængt tilbage. Som økonomisk grundlag fik universiteterne ofte kirkelig jord. Universitetets finanser, økonomiske administration samt regelmæssigheden og indholdet af forelæsningsne blev nu ofte gjort til genstand for statslig kontrol.

Men trods mange ændringer i universiteternes ydre form blev væsentlige træk af det middelalderlige universitet bibeholdt. Arten af undervisning, eksamenssystemet og, hvad især det juridiske studium angår, den grundlæggende uddannelse på basis af de romerretlige og kanoniske retsbøger – *jus commune* – virkede endnu som efter det middelalderlige universitetssystem. Den nationale ret blev fortsat i det væsentlige negligeret. Ved reformationen blev betydningen af den kirkelige, kanoniske ret dog en ganske anden. Reformatorerne anerkendte ikke en kirkelig retsorden, men uden videre kunne man ikke undvære mange af de retsnormer, der var indeholdt i den kirkelige ret.

Martin Luther

Luther (1483-1546) er den berømteste tyske reformator. Han fødtes i Eisleben og blev i 1501 indskrevet ved Universitetet i Erfurt, men i 1505 afbrød han sit juridiske studium for at blive augustiner munk. Siden 1508 opholdt han sig i Wittenberg som prædikant og teologisk lærer. Han udviklede her sit syn på gerningers manglende betydning for frelsen, og da han yderligere blev forarget over pavelig afladshandel offentliggjorde han i 1517 sine 95 teser, der blev indledningen til reformationen. I en række skrifter tog han afstand fra pavedømmet og sakramentslæren. I 1521 nægtede han under et møde i Worms at tilbagekalde sine teser. Gennem sine senere teologiske skrifter og sin oversættelse af Bibelen til tysk fik Luther umådelig betydning for reformationens udbredelse.

I det billede af det juridiske fakultets virksomhed indtrådte i det 16. århundrede særligt på to områder ændringer. Det kanonistiske fakultet, som i middelalderen normalt havde spillet en hovedrolle, tabte i Nordeuropa terræn i forhold til romerretten, og forelæsningsen over den indledende lærebog i Justinians lovsamling *Institutiones* fik efter den lutherske reformator Melanchtons universitetsreformer en ny og vigtig pædagogisk rolle i undervisningen.

Kampen om den Kanoniske ret

Romerrettens styrkede position i forhold til kanonisk ret i var Tyskland samtidig en følge af stærk efterspørgsel efter jurister uddannet i verdslig ret. Ifølge Luther måtte den kanoniske ret bekæmpes, fordi den stod som udtryk for pavens verdslige herredømme, og især fordi den netop som udtryk for en ydre kirkeorden stod i den stærkeste modsætning til Luthers spirituelle kirkebegreb. I et brev fra marts 1518 skrev Luther, at »ich einfach hin glaube, dass es unmöglich ist, die Kirche zu reformieren, wenn nicht von Grund auf die Kanonen, die Dekretalen, die scholastische Philosophie, die Logik wie sie jetzt gehandhabt wird, entfernt und andere Studien eingeführt werden«. At Luther den 10. december 1520 symbolsk brændte de kanoniske retsbøger i Wittenberg foran Elsterporten, kan ikke blot anses som en hævnaktion, men må også forstås som udtryk for denne almindelige opfattelse. Også vendingen »Juristen – böse Christen«, som hyppigt dukker op i Luthers bordtaler, er i første række møntet på kanonisterne, som forsvarede kirkeretten. I sine bebrejdelser mod kanonisterne overså Luther imidlertid, at den kanoniske ret i det praktiske retsliv særligt med henblik på ægteskabsretten og procesretten indeholdt en række normer, som man ikke kunne undvære i retsordenen. Mange jurister indså da også, at det var nødvendigt for retsordenen, at kanonisk ret vedblev at have gyldighed. Et sammenstød mellem de to synspunkter førte ved universitetet i Wittenberg til en kamp om den kanoniske ret, som blev afgørende for den kanoniske rets fortsatte eksistens i Tyskland. Striden gik om spørgsmål som pavens autoritet, kirkelig jurisdiktion i ægteskabssager, sækularisering af kirkeligt gods, præsters ægteskab og gyldigheden af hemmelig forlovelse uden forældrenes samtykke. Særlig trådte Wittenberg-juristen Hieronimus Schürpf ind for den kanoniske ret, men også flere af hans kolleger forsvarede den i det omfang, den ikke ansås for at være i modstrid med evangeliet. Ved kurfyrsten af Sachsens indskriden blev striden om den hemmelige forlovelses gyldighed afgjort på en sådan måde, at vel blev Luthers opfattelse, at det var nødvendigt med forældres samtykke, opretholdt, men alligevel blev den principielle gyldighed af kanonisk ret ikke draget i tvivl.

Med denne udgang af striden var den kanoniske ret sikret ved universiteterne. Men alligevel voksede antallet af romerretlige lærestole stærkt på de kanonistiske lærestoles bekostning. Ved de fleste universiteter blev en enkelt kanonist bibeholdt, som især skulle beskæftige sig med kanonisk procesret. Det var formentlig især muligheden for at opretholde titlen af doctor juris utriusque (i både romerret og kanonisk ret), som bevirkede, at den kanoniske ret blev bibeholdt. Således blev i København, hvor der ikke længere blev doceret kanonisk ret efter universitetsstatutterne fra 1539, endnu i 1657 oprettet et andet juridisk professorat med den begrundelse, at universitetet derved blev komplet, således at der blev undervist i såvel kanonisk ret som romerret, og ingen derfor skulle have behov for at rejse til udlandet for at erhverve en doktorgrad. Men tyngdepunktet i den juridiske uddannelse lå efter reformationen på romerretten.

Reformation og renæssance

Udviklingen af en rent verdslig jurist gik ikke for sig uden modstand fra teologernes side. Mange teologer, såvel i den gamle kirkes lejr som også blandt protestanterne, rejste spørgsmålet, om beskæftigelsen med den rent verdslige ret overhovedet var forenelig med den kristne lære. En hel række apologier for studiet af den romerske ret er eksempler på de samvittigheds-skrupler, som juristerne fik som følge af den kritik, der blev rettet imod dem fra teologernes side. Luther kaldte retsstudiet for et farligt kald, og det var ham der formede den sætning, at »ein Jurist, der nicht mehr sei als ein Jurist, ist ein arm Ding«.

Modstanden mod romerrettsvidenskaben kom særlig i 1520'erne til udtryk, da det blev hævdet, at samfundet ikke skulle regeres efter verdslig ret, men efter evangeliets forskrifter og Mose lov, som Christus ikke havde afskaffet. Sådanne tanker blev i flyveblade og prædikener fremsat af tyske sværmere som Karlstadt og Münzer, der ville grundlægge et nyt samfund med Bibelen som direkte anvendelig lovbog. I Luthers brev *An den Christlichen Adel deutscher Nation* finder man en tankegang udtrykt, som kan tydes som et udtryk for en lignende opfattelse. Også Melanchton delte en tid den opfattelse, at den mosaiske ret skulle træde i stedet for romerret og kanonisk ret. Tanken kom til udtryk i hans *Loci theologici* fra 1521. Sværmerne og den uro, der forårsagedes af bondeopstanden i 1525, fik imidlertid Luther og Melanchton til at ændre opfattelse med hensyn til det retlige grundlag for staten. Den mosaiske ret var nu for Luther, således som han udtrykte det i sit skrift *Wider die himmlischen Propheten*, »Der Juden Sachsenspiegel«, – altså en lov alene for jøderne – som ikke kommer os ved. Melanchton priste allerede i sin i 1525 trykte *Oratio de legibus* (tale om lovene) den romerske ret, hvori han fandt et udtryk for naturretten.

Melanchton og retsstudiet

I Melanchtons person forenedes reformationsbevægelsen og den humanistiske jurisprudens. De humanistiske fordringer til retsstudiet gik ud på, at det latinske sprog skulle behandles bedre, men særligt fordrede man en omfattende almindelig dannelse som forudsætning for de juridiske studier. Den filologiske metode blev nu grundlæggende for retsstudiet. Opfattelsen af romerretten som et udtryk for almindelige retsgrundsætninger fik som nævnt tillige den betydning, at lærebogen *Institutiones*, som indledte Justinians lovværk, kom til at spille en særlig rolle. Også her var Melanchton toneangivende, og i den studieordning, som han opstillede, indtog *Institutiones* en vigtig plads. Det samme gjaldt imidlertid teologiske studier og forelæsninger og Ciceros skrifter samt retorik, dialektik, etik, politik

Reformation og renaissance

og matematik, inden det egentlige fagstudium kunne indledes. Tilsvarende tanker kom til udtryk i Københavns Universitets statutter fra 1539, som byggede på en humanistisk opfattelse af det juridiske studium, og som formentlig har Melanchtons opfattelse som forbillede. Det blev her fremhævet, at den juridiske professor skulle forelæse over Justinians Institutiones, men så vidt muligt også inddrage tekster af Platon, af Cicero og af de antikke historikere. Det samme gjaldt Aristoteles' politik. I universitetsfundatsen fremhævedes også særligt, at romerretten var at betragte som et udtryk for naturretten, således som Melanchton havde udviklet det i sin *Oratio de legibus* fra 1525.

Inden for strafferetten førte reformationen til en genoplivelse af den teokratiske tanke om den guddommelige indstiftelse af kongens embede og til en understregning af øvrighedens opgave som straffuldbyrder. Luther opfattede fyrsten som »Gottes Zorn und Gottes Rute«, som straffede de onde for at opfylde Guds befaling. En streng retshåndhævelse var nødvendig for at beskytte de svage og de fromme. Den religiøse rets- og statsopfattelse førte inden for strafferetten til en vidtgående hensyntagen til Bibelen, særligt Det gamle Testamente, der som *jus divinum* (guddommelig ret) blev betragtet som en forbilledlig retskilde. Særlig ved afstraffelsen af drabs- og sædelighedsforbrydelser førte henvisningen til *lex divina* (Guds lov) til en betydelig skærpelse med dødsstraf som normalstraf ved drab. Og dekalogen – de 10 bud – blev nu indført som inddelingsgrundlag ved systematiseringen i de juridiske fremstillinger af strafferetten og i lovværker fra det 16. og 17. århundrede.

Kejserretten

I årene umiddelbart efter reformationen kan i rettertingets protokoller aflæses en hektisk domstolsaktivitet. Kongen og rådet rejste rundt i landet og holdt ret, til dels som led i det »retsopgør«, som fandt sted efter den borgerkrig i årene 1533-1536, som vi plejer at benævne Grevens Fejde. Også straffesager blev her pådømt, uanset om adelige var indblandet. Et kendt eksempel er en sag om ægteskabsbrud fra Ålborg 1537, hvor rettertinget idømte dødsstraf »efter kejserloven«. Hvad der menes med »Kejserloven« er mere tvivlsomt. Det kan være en henvisning til den nye tyske straffelovbog fra 1532 *Constitutio Criminalis Carolina*, men også en mere almindeligt holdt henvisning til tyske ret. Protokollerne fra disse år svulmer af sager. Rettertingsrejserne var et middel til at fastslå den nye protestantiske kongemagts autoritet.

Reformation og renaissance

Rettertingsdom af 15.4.1537

Vi Christian med Guds nåde udvalgt konge til Danmark og Norge, hertug i Slesvig, Holsten, Stormarn og Ditmarsken, greve i Oldenburg og Delmenhorst gør vitterligt for alle med dette vort åbne brev, at år efter guds byrd 1537 søndagen Misericordia Domini i vor egen nærværelse i vor købstad Aalborg, nærværendes os elskelige herr Magnus Gøye ridder og Danmarks riges hofmester, herr Ove Lunge ridder, Magnus Munck vor landsdommer i Nørrejylland, Erik Banner, Knud Gyllenstjerne, Peder Ebbesen, vor mand og råd og Axel Jul vor mand og tjener, for os på vort retterting var skikket Jens Vognfører vor borger i Aalborg og havde i rette stævnet Blasius Isfelder og hårdeligt beklaget, at han for nogle år siden (forleden) lå til herberg med ham og da lokkede hans ægtehustru fra ham og der over fortærede og fordølgede hans gods, hus og gård og endnu holder ham samme sin ægte hustru for Anne Hansdatter etc, og søger åbenbarlig seng og handling med hende, som hver mand i Aalborg og andet sted vitterligt er, og desligeste har han tit og ofte været efter ham for at overfalde ham og slå ham vunder (sår), dersom han kunne komme over ham, og desligeste samme Anne Hansdatter hans hustru, at så ske skulle, og endnu dagligt lever med forskrevne Blasius i åbenbar hor, og ville sig ej i nogen måde hverken for Gud eller verden mod forskrevne Jens Vognfører bedre eller omvende sig, med flere ord etc., og straks beviste med et sognevidne udgivet ved Sundby kirke, lydende at fornævnte Blasius havde været der med et ladt rør og en tændt lunte og søgt efter forskrevne Jens Vognfører og ville havde gjort ham en skamfering og overfald, om han kunne have overkommet ham, og at forskrevne Anne Hansdatter, hans hustru, var ham samme tid følgagtig; som beviseligt var etc. Item et andet vidne lydende at nogle dannemænd og dannekvinder havde vidnet, at siden Aalborg var bestormet, og samme Jens Vognfører var taget over sundet til Vendsyssel for frygt og fares skyld, da sendte han dem til sin hustru forskrevne Anne Hansdatter og bad hende for den gode tro, han satte til hende, at hun ville gøre sit bedste, for at han måtte fange lejde og komme hjem til sit hus. Da svarede hun dem, at dersom han kom her, da måtte han forlade sig til, at han skulle blive hængt i en galge, og at hun ville hverken nyde eller undgælde ham efter den dag, og hun bad Den onde Mand skille hende ved ham; med flere ord etc. Item et andet forligelsesbrev lydende, at forskrevne Anne Hansdatter for nogle år siden (forleden) var rømt fra ham og sit hus og hjem over til Vendsyssel og der havde hun brugt sin løbsagtighed, som hun ikke selv kunne sige nej til, og havde bedt Nis Jensen, den tid borgmester i Aalborg, med nogle borgere der sammensteds, at de ville forlige hende igen med hendes husbond, hvilket de også havde gjort, som forskrevne Nis Jensen og Chrestiern Pedersen Tolder selv bestod for os, dog så at hun aldrig skulle lade sig finde ydermere i sådan løbsagtighed, og siden denne tid havde både forskrevne Blasius og Anne Hansdatter altid ligget og brugt åbenbarlig deres hor til hobe. Og som de endnu daglig på denne dag gør og ej ville forlade hverken for Gud eller Verden etc. Dertil svarede forskrevne Blasius,

Reformation og renaissance

at forskrevne Anne Hansdatter havde købt hus og gods, som fandtes deri, af Kongelig Majestæts krigsfolk, den tid byen var bestormet, og han havde lånt hende penge til at betale samme gods med og siden ligget deri, og tæret for sine penge, og i rette lagde et sognevidne, udgivet i dag ved Sundby kirke, lydendes at nogle sognemænd der samme sted havde vidnet, at de ikke havde set, at forskrevne Blasius der havde søgt efter forskrevne Jens Vognfører for at ville slå ham etc. Item et andet vidne lydende at nogle os elskelige herr Magnus Gøyes svende havde vidnet, at de ikke havde fornemmet, at forskrevne Anne Hansdatter havde ført enten gods eller penge til Skanderborg til forskrevne Blasius og det der med ham fortæret etc. Sammeledes lagde forskrevne Anne Hansdatter et forligelsesbrev i rette, lydende at byfogden her i Aalborg med nogle borgere havde forliget dem, at hver skulle være især for sig selv og skulle hverken nyde eller undgælde hver andre efter den dag med flere ord, samme forligsbrev udviste og indeholder. Til hvilket forskrevne Jens Vognfører svarede, at han var nødt og tvungen til at samtykke (i) samme forlig ved sit livs fare, som han straks beviste med levende mænds røst etc., og hver mand her i Aalborg vitterligt er med flere ord etc. Og i rette satte forskrevne Jens Vognfører, om forskrevne Blasius, som således har lokket hans ægte hustru fra ham og var overvældig over hans bo, lukke og nøgle, og som åbenbarligen beviseligt var, om ham ej burde at lide den åbenbarlige straf for, og forskrevne Anne Hansdatter hans hustru, som slig åbenbarlig hor med ham i så måde havde bedrevet, om hende ej burde og at lide den straf for, og han efter Guds lov måtte være hende afskeden etc.

Da efter tiltale, gensvar og sagens lejlighed sagdes der så på for rette, at efterdi forskrevne Blasius har sig så indført i forskrevne Jens Vognførers hus og lokket og beligget hans ægte hustru og var vældig over lås og lykke til og fra og går endnu daglig årlig og silde til sengs og fra med samme Anne Hansdatter, da bør forskrevne Blasius derfor at stå sin ret og miste sin hals, og deslige samme Anne Hansdatter, som således har foragtet og forhånet sin ægte husbond, hende bør derfor at dø og sænkes udi en sæk efter Kejserloven, på det at andre her efter skulle vide at straffes for slige utilbørlige gerninger, og forskrevne Jens Vognfører skal straks tage sit hus og gård igen, som ham så frakommet er, med hvis gods som han der finder, som ham tilhørte med rette, og den forligelse, som de forskrevne borgere har gjort imellem sig i den sag, ikke har nogen magt.

Christian III's københavnske reces 1537

Vi Christian med Guds nåde Danmarks, Norges, Vendernes og Goternes konge, hertug i Slesvig, Holsten, Stormarn og Ditmarsken, greve i Oldenburg og Delmenhorst, gør alle vitterligt: at efter vi af den almægtigste Guds milde og nådige skikkelse og forsyn er kommet til Danmarks riges regimente, og på det, at dette

Reformation og renæssance

gode gamle kongerige des bestandigere må blive ved magt holden og Guds fortørnelse og onde sædvaner må blive nedlagt og afstillet, da har vi nu med vort elskelige Danmarks riges råd nu til denne almindelige herredag her i københavn forsamlet, menige riget og dets indbyggere til bedste, nytte og gavn al rigets lejlighed og bistand her hos os overvejet, berådslaget, og siden af en menig samtykke og endrægteligen besluttet og gjort her i riget sådan skikkelse, politi og ordning, som her efterfølger:

...

Art. 5. Sammeledes er også stor misbrugelse her i riget med meneder, som her også tit og ofte sker, så at Gud derfor hårdeligen fortørnes og det ganske rige derfor groveligen straffes med orlog, krig og dyrtid, som besynderligen i denne vor tid sket er, og derfor skal hver lensmand og så borgmester og rådmænd have der godt agt og tilsyn på, at når noget vidne kommer for dem og åbenbarligt bevisligt sværger dem om mén, at de da lade hugge to fingre af den, som sig om mén sværger, og skal på den samme også da være nederfældig, så at formeldst sådan straf på lemmerne sådan ugerning må afstilles og nederlægges.

...

Art. 7. Vi formærke og forfare også, at her i riget er en menig plage, at den ene står den anden efter liv og levned og for en ringe årsag, hvilket alt dog ikke kommer af andet, en fordi at der bliver taget penge for manddrab, og manddræberens uskyldige slægt og venner, ja og det barn, der ligger i vuggen, skulle lægge penge sammen og tilhjelpe at bøde den døde med, derpå da mange forlader sig og gør sådan gerning, hvilken han ellers ikke gjorde, dersom han vidste, at ham hængte nogen livsstraf på igen. Derfor skal herefter så holdes om manddrab: Hvor nogen købstadsmand eller bonde gør nogen manddrab, og det ikke sker af våde eller nødværge, og manddræberen gribes, da bødes liv for liv, og manddræberens hovedlod være forbrudt, halvt til os og halvt til den dødes nærmeste arving, og dermed skal manddræberens slægtninge være kvit og uden fejde af den dødes slægt og venner, og ej besværes med nogen ydermere bod

...

Den mosaiske ret har således haft stor betydning for retsopfattelsen – først og fremmest strafferetsopfattelsen i Vesteuropa. De strafferetlige normer i denne gamle lov og hele opfattelsen af, hvad der er tilladt og utilladt, som det kom til udtryk i de ti bud, præger såvel landskabslovene som endnu den dag i dag i vid udstrækning opfattelsen af, hvad der er strafbart. Særlig markant fremtrådte mosaisk rets betydning i Danmark imidlertid i årene efter reformationen i 1536. Man savnede lovregler på mange områder – kirkelig ret gjaldt ikke længere – og Guds lov, som den var udtrykt i Bibelen, ikke i den af den rabbiniske tradition modificerede udgave, blev den retskilde, der østes af.

Reformation og renaissance

Kongen salvedes ligesom det gamle Israels konger. Han var tillige øverste dommer og ansvarlig for lovens overholdelse. Afvendelsen af »Guds fortørnelse«, når forbrydelser går ustraffet hen, fremhævedes også som et nyt strafformål.

Mosaik ret

Som lovgivningsmønster benyttede de protestantiske fyrster – også den danske konge – i vidt omfang mosaik ret, som man fandt den udtrykt i Bibelen, der efter reformationen i oversættelse var blevet tilgængelig for en langt større kreds. De strafferetlige bestemmelser findes især i 2. og 5. Mosebog. For en række forbrydelser, hvor der hidtil kun var blevet straffet efter kirkelig – kanonisk – ret blev nu fastsat en verdslig straf.

Som eksempler på områder, hvor mosaik ret særlig fik betydning for retsopfattelsen, kan fremhæves manddrab (1. mos. 9.6., 2. mos. 21.12-15 og 21.28-29, 5. mos. 19.1.-6), sædelighedsforbrydelser (3. mos. 20.10-15, om hor, blodskam, homoseksualitet, kønslig omgang med dyr, og 2. mos. 22.16-17 om lejermål, 5. mos. 22.23-27 om voldtægt) og trolddom (2. mos. 22.18) (27). Mosaik ret foreskrev for disse forbrydelser dødsstraf. Dødsstraf for ærligt ukvalificeret manddrab kunne oprindeligt ikke gennemføres overfor adelen, der hævdede sin gamle fejderet. Christian den III.s Reces 1537 foreskrev derfor kun dødsstraf for borgere og bønder. Allerede under Frederik den II vandt dog den opfattelse frem, at også adelige drabsmænd burde straffes på livet.

For legemskrænkelser gjaldt efter mosaik ret talionsprincippet (»øje for øje, og tand for tand«, sml. 2. mos. 21.23-25 m.fl.st.). Dette princip fik dog uden for manddrabsforbrydelsen ingen indflydelse på dansk ret. For legemskrænkelserne bevarede herhjemme det gamle bodssystem. Til gengæld fik mosaik ret også betydning uden for den snævre strafferet, således f.eks. ved bestemmelsen af, i hvilke tilfælde slægts- og svogerskabsforhold konstituerede ægteskabshindring.

For andre forbrydelsers vedkommende skete en skærpelse af straffen.

Oprindeligt følte man sig ikke forpligtet til at anvende den i mosaik ret fastsatte straf for de enkelte forbrydelser. Udgangspunktet var, at Guds lov, hvorved man forstod de ti bud, havde fastslået, hvad der var strafbart, mens det var overladt til den verdslige øvrighed at bestemme straffens art. Efterhånden vandt imidlertid den opfattelse frem, at straffene burde eksekveres, og at kongen ikke var berettiget til at benåde i tilfælde, hvor mosaik ret fordrede dødsstraf for en forbrydelse. Dette var særlig aktuelt for manddrabs vedkommende og hævdedes bl.a. af præsten i Kolding Anders Mikkelsen i et skrift i begyndelsen af det 17. århundrede, som systematisk ordnede de bibelsteder, der burde vejlede øvrigheden. I byernes ret kendte man allerede et strengere straffesystem, men også indflydelse fra anden fremmed ret, især den nye tyske straffelovbog, *Constitutio*

Reformation og renæssance

Criminalis Carolina 1532, kan have spillet en rolle for den strengere strafferet. Særlig Sønderjylland, der grænsede op til Holsten, modtog efter reformationen stærk påvirkning fra tysk strafferet.

1. Mosebog, 9. kap.

6. Om nogen udøser menneskers blod, ved mennesker skal hans blod udøses, thi i sit billede gjorde Gud menneskene.

2. Mosebog, 21. kap.

23-25. Men hvis der sker en ulykke, skal du bøde liv for liv, øje for øje, tand for tand, hånd for hånd, fod for fod, brandsår for brandsår, sår for sår, skramme for skramme.

28. Når en okse stanger en mand eller kvinde ihjel, skal oxen stenes, og dens kød må ikke spises, men ejeren er sagesløs.

2. Mosebog, 22. kap.

18. En troldkvinde må du ikke lade leve.

3. Mosebog, 20. kap.

10. Om nogen bedriver hor med en andens mands hustru, om nogen bedriver hor med sin næstes hustru, da skal de lide døden, horkarlen såvel som horkvinden.

11. Om nogen har samleje med sin faders hustru, har han blottet sin faders blusel; de skal begge lide døden, der hviler blodskyld på dem.

13. Om nogen ligger hos en mand på samme måde, som man ligger hos en kvinde, da har de begge øvet en vederstyggelighed; de skal lide døden, der hviler blodskyld på dem.

15. Om nogen har omgang med et dyr, skal han lide døden, og dyret skal slå ihjel.

5. Mosebog, 19. kap.

(Om tilflugtsbyer).

4-6. Men om de manddrabere, der har ret til at ty derhen for at redde livet, gælder følgende: Når nogen af vanvare slår sin næste ihjel, uden at han i forvejen har båret nag til ham, når han således går med sin næste ud i skoven for at fælde træer, og hans hånd svinger øksen for at fælde et træ, og jernet farer ud af skaftet og rammer hans næste, så han dør, da må han ty til en af disse byer og redde livet, for at ikke blodhævneren i ophidselse skal sætte efter manddraberen og, fordi vejen er for lang, indhente ham og slå ham ihjel, skønt han ikke havde fortjent døden, eftersom han ikke i forvejen havde båret nag til ham.

Om en afsindigs tilregnelighed

Universitetets erklæring om et drab, som et afsindigt menneske har gjort.

Eftersom af den Høje Øvrighed er blevet befalet, Vores betænkning skriftligt til hans Majts. Kancelli at fremsende om et drab, som et afsindigt menneske har begået, da har vi derpå os således erklæret: Guds Ånd formelder udtrykkeligt Gen. 9., Exod. 21., Levit 24., Matth. 26., Apok. 13., og således både i Det gamle og ny Testamente, at den som udøser menneskets blod hans blod skal udøses, og den som omkommer nogen med sværd, han skal ved sværd omkomme, og det foruden al forskel og exception, som og så vidt udstrækkes Exod. 21: At endogså uskellige bæster, som dræber noget menneske, skal dø. Da dersom Søren Lassen har været ved den fornuft og forstand, at han ledig og løs har søgt om råd imod sin svaghed, så og ved andre end ved hans, som afsindig, egen sigelse og bekendelse liquidum (klart) er og bevist, at han har begået samme morderiske gerning, ved vi ej andet, end han jo skyldig er derfor at dø. Dog synes det ikke utilrådeligt at straffen i nogen tid blev opsat, om måske han imellemtiden kunne komme til videre forstand, kende sin synd og onde gerning, og ved en retsindig poenitense sig til døden des bedre berede.

Hafniæ 6 Mart. 1634. Rektor oc Professorer ved Københavns Universitet.

Kanonisk ret havde stillet sig afvisende over for rentetagning. I kanonisk ret anerkendtes dog en lang række andre retshandler, hvorved renteforbudet på mange måder kunne omgås. Der syntes også i de sidste år af den katolske tid inden for reformationen at have været en tendens til at se bort fra renteforbudet. Reformationen betød derfor heller ikke straks en ændring i synet på ågerforbrydelsen.

Luther var oprindelig en modstander af rentetagning, som han vendte sig skarpt imod i skriftet *Sermon von dem Wucher* (1519), og også i den danske kirkeordinans fra 1537 fandt man den opfattelse udtrykt, at åger var en kirkelig forbrydelse. Opfattelsen blandt protestanterne var dog ikke entydig. Et mere positivt syn på rentetagningen fandt man hos Calvin, og det blev efterhånden hans opfattelse, der slog igennem med hensyn til anerkendelse af rentetagning. I lovgivningen efter reformationen trængte gradvis den opfattelse ind, at rentetagning vel ikke i sig selv var stridende mod Guds lov, men at det på den anden side var nødvendigt, at staten som øvrighed greb ind og regulerede rentetagning. Man erkendte, at helt uden renter kunne samfundet ikke eksistere, og at fyrstens opgave måtte være den at begrænse ondet. Den første danske verdslige bestemmelse om rentetagning i en forordning 1547 fastsatte en maksimalrente på 6 1/4%. Dette ændredes ved en senere

Reformation og renæssance

forordning, og den Koldingske reces art. 66 tillod en rente på 5%. Det udtaltes dog samtidig, at det ikke er sømmeligt og imod Guds bud at tage rente eller åger. Inden udstedelsen af forordningen om rentetagning havde Christian III indhentet responsa fra jurister og teologer ved universitetet i Wittenberg. Mens den tidligere omtalte jurist Schürpf havde udtalt sig imod rentetagning, var Melancton mere positiv, idet han havde fremhævet øvrighedens opgave som den at begrænse de værste misbrug. Det var i overensstemmelse med denne opfattelse, at forordningen fra 1557, som senere blev optaget i Koldingske reces, blev udformet.

Den kristelige rente

Af Koldingske reces 1558

Vi Christian III ... gør alle vitterligt, at vi forfare, at de recesser, som vi har ladet udgå, siden vi med vort elskelige rigens råd lod udgå den reces år ... 1547 udi vor købstad København samme recesser har gjort hos vanvittige herredsfogder og dommere besvær, fordi at de ikke kunne vide dem derefter at rette. Derfor har vi nu med vores elskelige Danmarks riges råd, som nu her hos os tilstede er, som er ... (navne) draget samme recesser alle udi den efterskrevne reces, hvilken vi med forskrevne vore elskelige Danmarks riges råd nu har bevilget og samtykket i, som her efter følger. Og hvis denne reces ikke forklarer, da skal man rette sig efter loven; dog skal den reces, som vi med vort elskelige Danmarks riges råd, prælater, adel, købstadsmænd og bønder har ladet besegle og udgå hermed være uforkrænket udi alle artikler, som herudi ikke benævnt er.

...

Art. 66. Om åger

Efterdi at for os er berettet og vi er kommet i vis forfaring om den store misbrug og ukristelige handel sig her udi riget begiver iblandt adelen, så vel som præster, borgere og bønder med åger, så hvor som en udlåner penge, lader den sig ikke nøje med en føje rente og fordel deraf, men ublu understår at tage af hundred 6, 8, 10 og en part penge på anden: hvor en bonde låner en daler, giver han en tønne korn til leje deraf, hvor han låner en tønne korn, giver han en tønne deraf til rente, da på det slig ukristelig og utilbørlig rente og åger måtte afskaffes og nedlægges, har Vi os med vore elskelige Danmarks riges råd, så og med nogle de høj lærde rådslaget, at enddog det ikke er sømmeligt og er imod Guds bud at tage nogen rente eller åger af penge eller anden del, som så udlånes, og den handel dog ikke vel med alle kan aflægges, og på det at når nogen ågerbreve kommer for retten, at man da kunne vide, hvad der pådømmes kan, er det gjort sådan en handel på, at hvilken som efter denne dag vil bortlåne penge, korn eller andet på rente, da skal ikke tages deraf mere til rente og fordel om året end den

tyvende parts værd, der mand bortlåner, som er regnet af et hundrede daler fem til rente. Vil nogen, ædel eller uædel, præster eller andre, efter denne dag låne noget bort, penge, korn eller andet, på rente og findes at tage mere deraf til rente, end som foreskrevet står, da skal den, der gør, have forbrudt al hovedstolen, halvdelen til os og anden halvdel til den, der på klager. Dog ville vi ingen her med give årsag til nogen åger at bruge, men hver tiltænke at handle sig derudi, som han vil have sin samvittighed fri og ikke vil gøre imod den almægtige Guds bud og befaling.

Romerretten i Tyskland

Udviklingen af et retsstudium i Bologna omkring de romerretlige tekster fastlagde uddannelsesmønstret for europæiske jurister århundreder langt frem i tiden. Kun i England fandt man en anden form for juristuddannelse, som var mere praktisk betonet, og enkelte steder, f.eks. i de nordiske lande var antallet af uddannede jurister så ringe, at de kun fik begrænset indflydelse på retsdannelsen. Men andre steder fik det indgribende betydning for retsudviklingen, at lærde jurister tog plads i dommersæderne, i forvaltningen eller andre steder, hvor de kunne påvirke retsopfattelsen. I Tyskland gav overgangen til en retspleje og retsfastsættelse, hvori uddannede jurister deltog i stedet for som hidtil ulærde »Schöffen«, anledning til det fænomen, som vi som regel kalder »receptionen« – egentlig modtagelsen – af romersk ret. Ret besat var det, som skete, en ændring i retsforestillinger som følge af, at det nu var uddannede jurister, der anvendtes. Man taler om et nyt videnskabeligt syn, en videnskabeliggørelse – »Verwissenschaftlichung« – af retten, som fandt sted i årene op imod 1500. Tidligere var man tilbøjelig til også at sætte receptionen i forbindelse med tanken om det tysk-romerske kejserrige som en fortsættelse af romerriget, men dette anses nu ikke længere som det afgørende, ligesom man heller ikke som ofte tidligere betragter romerrettens indtrængen som en national ulykke for Tyskland. Man ser ikke idag romerretten som fremmed ret overfor den nationale ret, men netop som en ved universiteterne tillært ny juridisk metodes indtog; som en tysk retshistoriker udtrykker det: »Den moderne forskning ser receptionen i fælleseuropæiske rammer og opfatter den som en videnskabeliggørelse af retsvæsenet, som ledsages af

Reformation og renaissance

en grundlæggende forandring i retsforestillingerne, som foregik ved at retsteori, retspleje og retsfastsættelse gik over på en stand af lærde« (Schlosser).

Det tysk-romerske Rige

En opfattelse, som gang på gang dukker op i forbindelse med romerrettens reception er forestillingen om romerretten som knyttet til det tysk-romerske rige. Rigstanken – »das Reich« – byggede på forestillinger om, at romerriget var afløst af et nyt imperium, således at den tysk-romerske kejser var de romerske kejsers arvtager. Det var et udslag af denne forestilling, at de tysk-romerske kejsere endnu kunne bestemme, at deres forordninger skulle optages som en del af Justinians *Novellae*. Det skete i form af tillæg til Novellerne, såkaldte *Authenticae*. Efter en i middelalderen udbredt myte skyldtes indførelsen af romerretten i Tyskland ligefrem et kejserligt bud, nemlig en befaling fra kejser Lothar III. Denne såkaldte Lothar-legende blev dog tilbagevist allerede i det 17. århundrede af juristen og lægen Hermann Conring. Teorien om det tysk-romerske rige som arvtager fra romerriget havde en vis betydning for antagelsen af romerrettens gyldighed, men som omtalt var dog den såkaldte praktiske reception af den lærde ret afgørende.

Det tysk-romerske rige ansås for grundlagt med kroningen af en tysk kejser i 962 og det bestod indtil 1806, da den sidste tysk-romerske kejser, Joseph II, frasagde sig kejserværdigheden som tysk-romersk kejser for alene at være østrigsk kejser. Kejserriget udviklede ingen stærk centralmagt. Tyskland var splittet op i en lang række større eller mindre territorier og byer, som hver for sig havde deres egen regering. Hvert område havde også sin egen lokale ret.

I byerne gjaldt særlige stadsretter, »Stadtrechte«, og efterhånden som tyskerne koloniserede store dele af Østeuropa blev mange byretter overført fra deres oprindelige hjemsted til nye byer, som kom i en art juridisk underordningsforhold til moderbyen, hvis domstol betragtedes som overdomstol (*Oberhof*), hvortil datterbyen kunne sende vanskelige retsspørgsmål til udtalelse eller som appelsager. Denne procedure kaldtes »*Aktenversendung*«. Den kunne også finde sted i den form, at en domstol sendte en sag til udtalelse ved det nærmeste universitet. Både i appeldomstolen og ved universiteterne var det universitetsuddannede jurister, som kom til at tage stilling til sagen, og de anvendte herved romerret. »*Aktenversendung*« blev herved en af de måder, hvorpå receptionen af romerretten blev fremmet.

I 1495 grundlagdes en *Reichskammergericht* en fælles appelinstant for hele det tyske rige, hvor romerretten skulle anvendes. Ifølge *Reichs-Kammergerichtsordnung* af 7. august 1495 skulle der således dømmes efter »des

Reformation og renæssance

Reichs gemeinen Rechten« foruden efter »nedarvede og gode forordningers statutter og sædvaner«. Domstolen bestod af 16 dommere, hvoraf halvdelen skulle være uddannede jurister. Det blev allerede i 1500-årene et krav, som kom til at gælde alle dommerne. I løbet af 17. århundrede nåede antallet af dommere op på o. 50. Ved rigskammerretten anvendtes skriftlig procedure. Efter domstolens statutter skulle »gemeines Recht« anvendes som subsidiær retskilde, men i praksis kom romerretten til at indtage en central stilling. Skulle anden lokal ret anvendes måtte dens eksistens bevises for domstolen, mens retten ikke krævede bevis for romerretten: »Jus novit curia« (domstolen kender retten).

Reichskammergericht behandlede et stort antal sager, og kom til at tjene som forbillede for oprettelsen af tilsvarende appeldomstole i de enkelte tyske stater. I det meste af Europa fik den romersk-kanoniske italienske procesretslære stor betydning og fortrængte den gamle retspleje. Også denne nye form for retspleje var kommentatorenes værk og byggede på en videreudvikling af den sene romerske *cognitio*-proces. Karakteristisk var ikke blot skriftligheden, men også opdelingen af processen i en række stadier under dommerens procesledelse. Sagsøger måtte fremføre og bevise sine anbringender (*positiones*), sagsøgte have ret til at tage til genmæle og føre bevis etc. alt i en bestemt rækkefølge.

Humanismen og retsvidenskaben

Humanismen, den nye lærdomsretning i 1400-1500-årene, førte til en ny måde at anskue retten på. Humanisterne var antikvarisk orienteret, altså interesseret i historien og dermed i retskildernes oprindelige betydning. De var også filologisk, altså sprogligt kritiske over for de nedarvede tekster. Det humanistiske bidrag til retsvidenskaben kan sammenfattes i følgende hovedpunkter:

Humanisterne ønskede nye kildeudgaver, *ad fontes* (til kilderne) var et af tidens slagord. Humanisterne læste græsk »*graeca leguntur*« – i modsætning til middelalderens jurister. De havde en ny fri tilgang til teksterne uden at benytte glossen som autoritet. Også retsundervisningen foregik på en anden måde, idet humanisterne lagde særlig vægt på *Institutiones* som indføring til romerretstudiet. De læste derefter Dig. 50,17, som indeholdt almindelige retsgrundsætninger, og først da gik selve tekstsstudiet i gang. Endelig var

Reformation og renæssance

humanisterne utilfredse med Digesternes systematik og søgte at lægge andre former for systematik til grund.

I Italien fik humanismen kun ringe betydning for den juridiske praksis. Frankrig og Holland var derimod vigtige centre for humanistisk retsvidenskab. Ofte benyttes udtrykket den elegante jurisprudence (retsvidenskab). Det stammer fra den italienske humanist Lorenzo Valla (1405-57), som havde understreget elegancen som et led i fremstillingen. I Italien talte man også om »i culti« – de kultiverede – om dem, som forbandt retsstudiet med kendskab til antikken og som så romerretten i det lys.

Tre juristnavne fremhæves som regel, når det gælder grundlæggelsen af renæssancens retsvidenskab: Italieneren Alciat, tyskeren Ulrich Zasius og franskmanden Guillaume Budé.

Mos Gallicus

I Frankrig udvikledes i det 16. århundrede under indflydelse af den humanistiske retning en anden stil i behandlingen af romerretten. Vi taler om *mos gallicus* (i modsætning til *mos italicus*), som gik ud på ved nøje studium af kilderne at finde frem til den egentlige klassiske retskultur. De tilføjelser, som var sket under Justinian skulle derfor væk. Det gav anledning til et lærd studium af romerrettens kilder under indflydelse af det nye dannelsesideal, som fordrede en tilbagevenden til klassiske idealer. Tilbage til kilderne, lød kravet, og også i sprogbehandlingen fordredes nu et rent klassisk latin fremfor middelalderens mere enkle og mundrette latin. For romerrettsstudiet fik den franske skole stor betydning, for her begyndte ud fra tekstkritiske og filologiske synspunkter en undersøgelse af de romerretlige tekster med henblik på at fastslå, hvad der var klassisk, og hvad der kunne betragtes som tilføjelser under Justinian.

Et centrum for det humanistiske retsstudium var Universitetet i Bourges, hvortil Alciat var knyttet, og hvor skolens betydeligste navn Jacques Cujas virkede med flere afbrydelser i 1555-90. Det er formentlig først i forrige århundrede med den tyske historiker Mommsens romerretlige værker og udgaver, at Cujas' indsats har fået et modstykke. Efter ham er den gade i Paris opkaldt, hvor det juridiske bibliotek ligger – Bibliothèque Cujas. Cujas havde oprindeligt studeret i Toulouse og begyndte også sin egen universitetsløbebane der. I 1553 var Florentinahåndskriftet af Digesterne, som opbevarede i Firenze, blevet udgivet, og denne primære kilde til romerretten kunne nu udnyttes. Cujas skrev bl.a. om de enkelte juristers værker, f.eks. Papinians og Africanus', og han udgav en række af de førjustinianske kilder. Han var

Reformation og renæssance

også interesseret i de græske tekster i Corpus juris og i byzantinsk ret. Det var nyt, da man i middelalderen som nævnt havde negligeret de græske tekster ud fra synspunktet: »Graeca non leguntur« (Det græske læses ikke). Han var opmærksom på interpolationer i teksten og afslørede bl.a., hvorledes ordet *traditio* i mange kilder var sat ind i stedet for *mancipatio*, som var gået af brug på Justinians tid. Cujas havde også blik for de systematiske fortrin i Institutiones frem for Digesterne og var derved med til at give denne indførende lærebog en mere fremtrædende plads i romerretsstudiet.

Et væsentligt fremskridt for retsstudiet i det 16. århundrede var fremkomsten af trykte tekster og bøger Florentinahåndskriftet blev som nævnt udgivet i 1553, og senere udarbejdede Dionysius Godefroy en kritisk udgave af hele Corpus juris, som indtil det 19. århundrede var standardudgaven. Men de franske humanistiske retsvidenskabsmænd var ikke blot historikere. De ønskede korrekte tekster, for at romerretten også i praksis kunne anvendes korrekt.

Cujas' samtidige Hugo Doneau eller Donellus, som skabte et stort sammenfattende romerretligt system – *Commentarii juris civilis* i 28 bind, var kritisk over for romerretten og afviste, at den skulle være udtryk for den universelle fornuft. Donellus var især utilfreds med romerrettens systematik og udviklede sin egen naturlige orden. På samme linie lå i endnu mere kritisk form Fr. Hotman, hvis *Anti-Tribonien* på en gang er en kritik af romerretten og et indlæg til støtte for retsenhed i Frankrig baseret på en videnskabelig bearbejdelse af de lokale sædvaner først og fremmest *la Coutume de Paris*. Hos Hotman finder man tanken om den rene nationale ret fri for fremmed skadelig påvirkning.

Humanisterne fik stor betydning for retsstudiet i Frankrig og også andre steder. De styrkede bevidstheden om, at romerretten ikke kunne anvendes ukritisk, og de var dermed med til ikke blot at fremme interessen for de dele af romerretten, som kunne anses som almindelige retsprincipper, men også for den nationale ret.

Københavns Universitet

Det var under indflydelse af humanismens idealer, at romerretten ved nygrundlæggelsen af Københavns Universitet efter reformationen, blev indført som lærefag. I fundatsen for Universitetet 1539 fremhæves det, at Universitetets eneste juridiske professor skulle undervise i romerret og klassiske forfattere. Som grundlag for romerretsstudiet fremhæves i fundatsen, at også i andre lande end

Reformation og renæssance

det tyske kejserrige anerkendtes romerretten som skreven fornuft, som det kunne være nyttigt at kende for at forstå, i hvilket omfang landets egne love var rationelle. Et billede af retsopfattelsen i Danmark omkring 1600, hvor naturretten fremhæves som noget centralt, tegner historieskriveren Arild Huitfeldt: »Kejserrerthen er en ret for sig, engelsk, polsk ret er for sig selv, vor ret er en anden, hver for sig selv, dog udi mange stykker ens for den naturlige lovs skyld, som er udi os alle.« Ved Københavns Universitet doceredes romerretten, og den ældste bevarede lærebog er en samling af de romerske retsregler udgivet af den juridiske professor Nicolaus Theophilus i 1584.

Usus modernus pandectarum og den hollandske elegante jurisprudence

Med *usus modernus pandectarum* – den moderne brug af pandekterne (romerretten) betegner man den nye stil med hensyn til retsstudiet, som indledtes i Tyskland o. 1600 og nåede et højdepunkt i det 18. århundrede for at fortsætte ind i det 19. århundrede. Også i Danmark fik denne form for retsvidenskab betydning. Tyske *usus modernus*-værker anvendtes også som lærebøger ved Københavns Universitet i det 17. og 18. århundrede. En af sin tids berømteste jurister Samuel Stryk (1640-1710) var også kendt i Danmark. Stryk var professor i Frankfurt a.d.Oder, i Wittenberg og Halle. Andre centre for den nye metode var Tübingen, Rostock og Leipzig. Målet var at gøre romerretten praktisk anvendelig ved at forene fremstillingen af de anvendelige dele af romerretten med den iøvrigt gældende ret i Tyskland altså lokale love og forordninger. Det betød også, at retsstoffet måtte sættes i system og at der måtte udvikles almindelige retsprincipper på grundlag af de ofte konkret udformede romerrettlige tekster. Foruden Stryks fremstilling anvendtes i Danmark, som grundlag for sammenligninger med dansk ret, Georg Adam Struves *Jurisprudentia Romano-germanica* – kaldet den lille Struv' – og trykte forelæsninger af en anden tysk jurist, W.A. Lauterbach.

En særlig omfattende fremstilling af romerretten i næsten 100 bind udgaves o. 1800 af den tyske jurist Glück. Her var al samtidens romerrettlige lærdom samlet på samme måde som Ulpian 1500 år før havde overleveret sin tids romerretsvidenskab til eftertiden – og til Justinian.

Reformation og renaissance

I det 17. århundrede var Holland et af de vigtigste centre for retsstudiet. Særlig kendt var universitetet i Leiden, men også mindre universiteter nød et godt ry. Det gjaldt for eksempel en lille by som Franeker ved Zuidersøen, hvor den berømte jurist Ulric Huber en overgang var professor. Hertil kom i slutningen af det 17. århundrede bl.a. danskeren Cosmus Bornemann og disputerede hos Huber over et romerretligt emne. Bornemann blev senere juridisk professor ved Københavns Universitet. Den metode, som lærtes i Holland blev således videreført i København.

Den hollandske retsvidenskab forfulgte samme mål som den tyske *usus modernus*-skole, nemlig at gøre romerretten anvendelig i praksis. Udgangspunktet var i Holland, at den humanistiske tradition – *mos gallicus* – skulle forenes med praktiske behov. En lang række hollandske jurister i denne periode opnåede internationalt ry. Det gjaldt foruden den allerede nævnte Ulric Huber, jurister som Cornelis van Bynkershoek, Arnoldus Vinnius, Gerard Noodt og Johannes Voet.

Den såkaldte Roman-Dutch law, som udvikledes ved hollandske universiteter har endnu betydning i Sydafrika og Sri Lanka.

Protestantisk ægteskabsret

For en protestantisk opfattelse var ægteskabet intet sakramente, men – som Luther udtrykte det – en »weltlich Ding«, som det tilkom den verdslige øvrighed at foreskrive regler eller træffe afgørelse om. Luther stillede sig jo helt afvisende over for eksistensen af en kirkeret. Han lagde selv stor vægt på forældrenes samtykke til ægteskabsindgåelse og på, at trolovelse skete offentligt. Med hensyn til ægteskabets opløsning var med reformationen sket den væsentlige ændring, at skilsmisse nu anerkendtes i et vist omfang. Det gjaldt således i tilfælde af ægteskabsbrud, og når den ene ægtefælle uden grund forlod det fælles hjem (*desertio malitiosa*). Begge disse skilsmissegrunde støttede Luther, som principielt var modstander af skilsmisse, på evangelierne, idet han fortolkede de omtvistede steder i Matth. 10, 1-12, og Luk. 16, 18 i lyset af Matth. 5, 32 og 19, 3-12, der tillod skilsmisse i tilfælde af ægteskabsbrud, på en anden måde end katolikkerne. Helt afvisende stod han over for separation, og han ville yderligere tillade skilsmisse, hvor den ene ægtefælle nægtede at have samleje med den anden (*desertio non localis*), samt i tilfælde, hvor en ægtefælle forledte den anden til et ukristeligt levned (*exceptio Paulina*).

Reformation og renaissance

Den fremtrædende teolog Niels Hemmingsen havde i 1572 udgivet en vejledning i ægteskabssager på latin *Libellus de coniugio, repudio et divortio* (en lille bog om ægteskab, ophævelse og skilsmisse), og dette værk var sammen med en række samtidige tyske og schweiziske kirkelove bl.a. ordi- nansen fra Genève 1561 indgået blandt forarbejderne til ægteskabsordinansen fra 1582.

Denne første verdslige ægteskabslov i Danmark udstedtes 1582 for at afgøre en række tvivlsspørgsmål, som den nye protestantiske ægteskabsopfat- telse havde givet anledning til.

Ved ordi- nansen bestemtes, at trolovelse skulle indgås i overværelse af vidner, og det blev de trolovede forbudt at have samleje, førend vielse var sket. En efterfølgende vielse var altså i første omgang ikke en nødvendig betingelse for et gyldigt ægteskabs indgåelse, men ret kort efter 1582 synes dog den opfattelse at være slået igennem, at den ægteskabsstiftende kends- gerning var den kirkelige vielse.

I ægteskabsordinansen indeholdes en række skilsmiseregler. Ægteskabet kunne således opløses i tilfælde af ægteskabsbrud og ved *desertio malitiosa*. Endvidere anerkendtes skilsmisse, hvor den ene ægtefælle ved ægteskabets indgåelse var impotent, samt i tilfælde, hvor den ene ægtefælle idømtes landflygtighed eller en langvarig fængselsstraf for en forbrydelse. Derimod kendte hverken ægteskabsordinansen eller Danske Lov separation.

Om skilsmisse

Den fremtrædende teolog ved Københavns Universitet Niels Hemmingsen udgav i 1572 en bog på latin om ægteskab og skilsmisse, som hørte til forarbejderne til ægteskabsordinansen 1582.

Af *Niels Hemmingsen: Vejledning i ægteskabssager (1572)*:

321. Således som skilsmisser er bedrøveligere og tungere end hævdede forlovel- ser, således kræves der også større omhu af dommeren, så han ikke imod Guds vilje giver skilsmisser, eller godkender dem, til det sikreste fordærv for dem, der får skilsmisser uden retfærdige grunde.

322. De lærdes meninger om denne sag er meget forskellige. Der er nemlig dem, der kun anerkender én grund til skilsmisse. Der er dem, der anerkender to. Der mangler heller ikke dem, der hævder, at der er tre retfærdige grunde til skilsmisse. Mange opregner fem, andre endnu langt flere. Derfor, selv om det er svært at se, hvad man skal holde sig til, når forskellen er så stor, så vil vi dog fremlægge de enkeltes grunde og siden pege på hvad der synes os sikrest.

323. De, der kun hævder én grund til skilsmisse, nemlig hor, siger, at de

Reformation og renæssance

støtter sig til Kristi helt klare ord. Da Herren bliver spurgt, Matth. 18, om en mand har lov til at skille sig fra sin hustru af en hvilken som helst grund, svarer han: Har I ikke læst, at Han, der skabte mennesket fra begyndelsen, skabte det som mand og kvinde? Og Han sagde: Derfor skal en mand forlade sin fader og sin moder og holde sig til sin hustru, og de to skal blive ét kød. Så er de da ikke længere to, men ét kød. – På dette grundlag slutter han til dette svar på det stillede spørgsmål: Enhver, der skiller sig fra sin hustru af anden årsag end utugt og gifter sig med en anden, han bedriver hor.

De holder sig til disse ganske klare ord og anerkender ingen anden grund til skilsmisse.

Efter reformationen pådømtes ægteskabssager, som hidtil havde hørt under gejstlig jurisdiktion, af blandede domstole, såkaldte konsistorier, bestående af lensmanden og domkapitlerne eller andre lærde, for Sjælland siden 1681 af Konsistorium ved Københavns Universitet. Ægteskabsdomstolene benævntes ofte tamperretter. (De mødtes fire gange om året: *anni quattuor tempora* – deraf tamperretten, som ophævedes 1797). Processen ved disse retter reguleredes af ægteskabsordinansen, som var gældende indtil Danske Lov 1683, der optog en lang række af ordinansens bestemmelser i 3-16.

Ægteskabsordinansen

Af Frederik II.s Ægteskabsordinans 1582

Vi Frederik den anden ... gør vitterligt for alle, at eftersom vi er kommet i forfaring, hvorledes med en part hvis ægteskabssager, som for kapitlerne indstævnes og der skulle ordeles (på dømmes), skal gå fast uskikkeligen til, så at under tiden udi lige og ens sager ikke dømmes ved det ene kapitel som ved det andet, men adskillige domme tvært imod hver andre udgives, hvoraf stor urigtighed forårsages, da på det med sådanne ægteskabssager at forhøre och ordele må skikkeligen og tilbørligen forholdes og dermed kan gå des ordentligere og ret til, har vi med vore Danmarks riges råd og nogle højlerde her i riget den lejlighed overvejet og ladet forfatte og udgå nogen visse punkter og artikler, hvorefter i alle ægteskabssager, som efter denne dag indstævnes for kapitler eller anden steds, der de skulle forhøres, skal dømmes og ordeles, der efter sig og hver skal vide at rette, lydende som efter følger:

...

5. Og på det al ting kan gå des ordentligere og skikkeligere til, skal efter denne dag ingen troløvelse ske, uden at præsten og fem andre vidnesbyrd i det mindste er der overværende.

6. Skal og ikke heller tilstedes de, som er retteligt troløvet, at søge seng med

Reformation og renaissance

hver andre, før de er viet og givet sammen i kirken. Hver der fordrister sig derimod at gøre, skulle straffes af deres øvrighed, når de af sognepræsten bliver påmindet, og dersom de, der således er trolovet sammen, ligger i en ondt levned og forholder (undlader) at lade dem vie sammen for kirkedøren, skal sognepræsten sætte sådanne en vis tid for, inden hvilken de skulle komme til kirken og lade sig kristeligt vie og give sammen; hvis de ikke gør det, skal han åbenbart forbyde sådanne sakramenter; og dersom de ikke end da ville rette sig, da skulle de for sådan deres forargelses skyld åbenbarligt sættes iband.

Kongens domstol

I løbet af middelalderen gik domsmagten, som oprindeligt havde været udøvet af tingforsamlingen, over på en af kongen udnævnt embedsmand, Denne udvikling kan følges både på landsting og herredsting. En af kongen udnævnt landsdommer træffes på landstingene siden slutningen af det 13. århundrede. Landsdommeren tilhørte som regel adelen. Oprindeligt dømte han sammen med de andre tilstedeværende på tinge, men siden slutningen af det 16. århundrede dømte han altid alene. I løbet af det 16. århundrede udvikledes et appelsystem i forbindelse med vidnebevisets stigende betydning på de gamle bevismidlers bekostning og dermed en ændret stilling for landsdommeren med hensyn til efterprøvelse af bevisførelsen for underretten. Et led i appellen var, at den tabende part indstævnedes dommeren for den højere ret, og det var upraktisk at indstævne andre end landsdommeren.

Lande

Fra gammel tid havde inddelingen i lande og herreder dannet grundlag for retskredsinddelingen i Danmark. Landstingene og herredstingene var de almindelige domstole. Hovedlandstingene var Viborg og Ringsted for Jylland og Sjælland og Lund i Skåne, men hertil kom landsting for Fyn, Langeland (indtil 1681), for Lolland-Falster, for Møn (indtil 1681) og for Bornholm. Landstingene bestod indtil 1805 (Bornholm dog indtil 1812), da de erstattedes af såkaldte landsoverretter, en i Viborg og en i København, hvor den blev forbundet med Københavns Hof- og Stadsret (heraf navnet Landsover- samt Hof- og Stadsretten). Om nogen appelordning var der dog oprindeligt ikke tale.

Reformation og renæssance

På herredstinget kan iagttages en lignende udvikling, idet det i løbet af middelalderen blev skik, at en kongelig embedsmand ledede tingets forhandlinger og der repræsenterede kongens interesser, men efterhånden blev han også den, som udøvede domsmagten. Efter ca. 1400 blev det en af kongens lokale repræsentant, lensmanden, beskikket herredsfoged, som ledede tinget. Han dømte som regel alene, men i 1551 blev det foreskrevet, at han ved afsigelse af dødsdom skulle dømmes med domsmænd. I øvrigt skulle der altid være et antal personer – tinghørere eller stokkemænd – til stede på tinget, som i princippet kunne bevidne, hvad der var foregået. Herredsfogeden udnævntes i ældre tid blandt de lokale selvejerbønder. Han modtog ingen egentlig løn, men havde sin gård skattefrit og fik undertiden en afgift af bønderne (såkaldt »dommerkorn«).

Tingbøger

Af forholdene på herredstingene i ældre tid kan vi danne os et indtryk gennem de mange bevarede tingbøger. I 1551 blev det påbudt, at der skulle føres tingbøger ved hvert ting, og enkelte tingbøger fra det 16. århundrede er da også bevaret. Fra det 17. århundrede haves hele rækker af tingbøger, hvoraf nogle er udgivet. Herredstinget havde en ugentlig retsdag, hvor lokale konflikter blev behandlet, og det var først og fremmest gældssager og ejendomstvister, men her blev også afsagt straffedomme og læst skøder og pantebreve m.v. Tingets forhandlinger var offentlige og foregik på landet langt frem i tiden under åben himmel.

Tidligt blev også byerne udskilt af herrederne som særskilte birker, idet der oprettedes egne byting i byerne. Her lededes forhandlingerne af byfogeden og efterhånden var det ham alene, som havde den dømmende myndighed. Bytinget holdtes på torvet eller undertiden på rådhuset. En forordning 1635 indskærpede, at retsforhandlingerne skulle være offentlige. Ved siden af bytinget fik man i byerne, da byerne fik egne råd (borgmestre og rådmænd), rådstueretter, som beklædtes af rådet. Bytinget og rådstueretten var som regel sideordnede. Enkelte sagstyper, således sager om værger og håndværkerforhold, hørte under rådstueretten, men i øvrigt konkurrerede de to domstole med hinanden. I København, Malmø, Helsingør, Ribe og enkelte andre byer var rådstueretterne appelinstant i forhold til bytinget – man talte om at disse byer havde landstingsret. Birkerne på landet havde egne birketing, som lededes af en birkefoged, der udnævntes af kongen, hvis han var birkets herre, eller af den pågældende godsejer, hvis der var tale om et adeligt birk.

Reformation og renæssance

De særlige regler om processen for birketinget blev under Christian IV samlet i en birkeret 1623.

Birker

Birk er betegnelsen for områder, som var unddraget den almindelige retskredsinddeling i herreder. Birker med eget ting fandtes på de kongelige og visse adelige godser.

Den øverste dommer blev efterhånden kongen, som i takt med, at rigsrådet udvikledes, udøvede sin domsmyndighed sammen med rigsrådet på kongens retterting. Oprindelig synes kongen især at være benyttet som dommer i sager om rettigheder over fast ejendom, og først i tiden efter reformationen synes også straffesager at være blevet behandlet af kongen. Parterne var som regel adelige, og oftest dømte rettertinget som første instans, men efterhånden udviklede rettertinget sig til en appeldomstol eller en egentlig højesteret dog således, at sager om adeliges liv og ære altid behandlede af den kongelige domstol i første instans.

Vi kender rettertingsdomme allerede fra begyndelsen af det 15. århundrede. Sammenhængende rækker af domprotokoller er imidlertid først bevaret for tiden efter reformationen.

I løbet af det 16. århundrede tog antallet af sager for rettertinget af, og rettertinget fik under Frederik II karakter af værneting for adelen. Arve- og skiftesager mellem adelige optog en del af rettens tid.

En meget stor del af rettertingets sager vedrørte gældsforhold. Nogle af disse sager gav anledning til overvejelser over mere principielle juridiske spørgsmål. Det kan vi i hvert fald se idag, mens det ofte kan være tvivlsomt, om rettertingets dommere selv har gjort sig rækkevidden af deres domme klar.

Guldkædedømmene

I 1590 afsagde rettertinget således to vigtige afgørelser, som tog stilling til om ejerne af nogle guldkæder og sølvbægre, som var blevet udlånt eller pantsat, kunne fordres tilbage fra den person, som låntager eller panthaver havde videreoverdraget genstandene til. I begge sager var truffet en afgørelse i første instans – rådstueretten i København – som gik ejerne imod. Rådstueretten henviste som begrundelse til et også i nordtysk ret kendt princip, at hånd skal hånd få (»Hand muss Hand wahren«), hvilket indebar, at ejeren måtte holde sig til den person,

Reformation og renæssance

som han havde givet tingene enten som lån eller i pant. Rettertinget nåede imidlertid frem til et andet resultat, idet retten med henvisning til »loven«, altså Jyske Lov, fastslog, at ingen kan opnå en bedre ret, end overdrageren havde. Rettertinget fremhævede også, at erhververne af de lånte og pantsatte genstande havde været i ond tro. Rettertinget har dog næppe hermed ment at de havde erhvervet ret, såfremt de havde været i god tro, men har snarere villet fremhæve, at den sætning som rådstueretten anvendte, forudsatte god tro, som ikke var til stede. Dommene er derfor blevet taget som et udtryk for, at rettertinget lagde vægt på et vindikationsprincip overfor rådstuerettens eksstinktionslignende grundsætning. Rettertingets domme kom senere til at danne baggrund for tilsvarende regler i Danske Lov 5-8-12 og 5-7-4. Dommenes retshistoriske betydning blev altså langt større end den blot at træffe afgørelse i den konkrete sag. Muligt kan man henføre uoverensstemmelserne mellem rådstueretten og rettertinget med hensyn til resultatet til forskellen i sammensætningen af dommerkollegiet ved de to retter. I rådstueretten dømte byens råd, der som købmænd var interesseret i regler, der fremmede omsætningen, mens rigsrådet var tilhænger af ejendomsrettens konservering. I dommen undgik rådstuerettens dommere at ifalde ansvar for den afgørelse, som ændredes i overinstansen, da de havde afsagt en såkaldt »uendelig dom« – det vil sige selv havde henvist parterne til at søge en endelig afgørelse ved rettertinget.

Rettertingsdom af 4.8. 1590

Vi Christian &c. gør vitterligt for alle, at år 1590 den 4. august på vort retterting på vort slot Kolding i vor egen nærværelse, i overværelse af vor elskelig Niels Kaas til Thorupgård, vor kansler med hele rådet (undtagen Peder Gyldenstjerne, Erik Hardenberg og Arild Huitfeld) for os var skicket os elskelig Niels Parsberg til Sandbygård, vor mand, tjener og embedsmand på vor gård i Roskilde, og havde med vor egen stævning for os i rette stævnet os elskelige borgmestre og rådmænd i vor Købstad København for en dom, der for nogen tid siden blev dømt mellem ham på den ene side og os elskelig Caspar van der Kundtz, rigets profos, på den anden side, om en guldkæde og et forgyldt sølvstob (bæger), som hans hustru os elskelig fru Lisbet Sehested for nogen tid siden havde lånt en ved navn Lisbet Albret Willomsen, borgerske i København, og som hun siden havde pantsat til forskrevne Casper van der Kundtz og derud i den tildømt forskrevne fru Lisbet Niels Parsberg at tiltale forskrevne Albret Willomsen på sin hustru forskrevne Lisbets vegne, som hun havde betroet samme guldkæde og sølvstob, og Albret Willomsen siden at tale forskrevne Casper van der Kundtz til; På samme måde havde forskrevne Niels Parsberg med vor egen stævning for os udi rette stævnet forskrevne Casper van der Kundtz, som har erhvervet samme borgmester og råds dom om forskrevne guldkæde og sølvstob, og udi rette lagde forskrevne borgmester og råds dom, som beslutter, at fordi forskrevne fru Lisbet Niels Parsberg, har lånt og betroet Lisbet Albret Willomsen forskrevne hendes

Reformation og renaissance

kæde og credentzstob, eftersom Lisbet Albret Willomsens håndskrift i sig selv derom formelder, blev derpå afsagt for rette, at forskrevne fru Lisbet bør tiltale forskrevne Lisbet Albret Willomsen og hendes husbonde, som hun har overdraget og betroet samme kæde og stob, og Albret Willomsen siden at tiltale profossen forskrevne Casper van der Kundtz eller den, som han eller hans hustru har overdraget samme kæde, og siden at gå derom hvis ret er, som samme dom med mere indeholder og udviser, og satte forskrevne Niels Parsberg udi alle rette, om den forskrevne borgmester og råds dom bør komme ham eller hans hustru til hinder eller skade, efterdi deres gods er pantsat forskrevne Casper van der Kundtz uden deres minde eller kendskab. Da mødte for os i rette forskrevne borgmestere og råds mænd og gav tilkende, at de ikke mente, at deres ulempe skulle findes udi den måde, at de havde tildømt Niels Parsbergs frue at lade den tiltale, som hun havde betroet guldkæde og stob, og satte udi al rette, om den, som låner bort, skal kræve anden, end den, han låner det, og hånd skal hånd få, om håndfået og betroet gods at være anden lejlighed end med uhjemlet. – Ligeledes er også mødt udi rette forskrevne Albret Willomsen med sin supplikats (bønsskrift) til os og til forskrevne Niels Parsberg, hvorudi han begærer, at eftersom Niels Parsberg ville give ham nogen respit og tid, ville han beflitte sig på penge, hvormed han kunne indløse forskrevne kæde med det, som han har pantsat den for, eller og ville anvise ham udi nogen af den sikreste gæld, ham tilstod hos sine skyldnere, hvilke vilkår forskrevne Niels Parsberg ikke ville indgå, men blev ved sit, ham de vilkår at kunne tilbyde forskrevne profos, med mere samt hans supplik indeholder.

Da efter tiltale, gensvar og den sags lejlighed, blev der derpå afsagt for rette, at efterdi forskrevne Casper van der Kundtz har bekommet sådanne en guldkæde i pant af den, som ikke kan hjemle ham den, loven og formelder, ingen at kunne have adkomst uden af ret ejer; item hvem, som sælger uhjemlet og tilbagebetaler købesummen, han skulle og bøde 3 mark til bonden og kongen, fordi han solgte uhjemlet, og forskrevne guldkæde og stob uden ejers vilje er pantsat, og i så måde ikke kan hjemles, godt var og at vide, at forskrevne Lisbet Albret Willomsen, som er vitterligt at være kommet udi armod og af sine lave, ikke tilhørte samme kæde og stob, da bør forskrevne Casper van der Kundtz efter sliq lejlighed igen give fra sig samme guldkæde og stob til rette ejer, forskrevne Niels Parsberg, og forskrevne Casper van der Kundtz at tiltale den som pantsatte det til ham, og efterdi at forskrevne vore borgmester og råds dom ikke var endelig, men lød, siden at gå derom hvis ret er, da kunne deres ulempe (uret) ej heller findes eller de derfor skulle lide eller stande til rette.

I løbet af Christian IV's regeringsperiode steg antallet af sager igen, og rettertinget udviklede sig som allerede nævnt til en appeldomstol og dermed til en

Reformation og renæssance

forløber for den Højesteret, som oprettedes i 1661 efter enevældens indførelse.

Kongen og rigsråderne havde lige så lidt som landets andre dommere på det tidspunkt en juridisk uddannelse. De klarede sig med det kendskab til »loven, recessen og forordningerne«, som man nu engang måtte erhverve sig, når man var lensmand, godsbesidder og statsmand. I andre lande i Europa vandt den videnskabeligt behandlede »lærde ret« derimod frem. Man taler i Tyskland om en reception af romerretten. Forudsætningen for en sådan reception af romerretten var imidlertid et juridisk uddannet personale ved domstole eller i administration, som kunne håndtere den »lærde ret«. En sådan professionel stand af jurister, som kunne anvende romerretten, savnedes i Danmark, og det er formentlig den vigtigste grund til, at romerretten kom til at spille en mere tilbagetrukket rolle i dansk ret i denne periode.

Selv om der forelå trykte udgaver af landskabslovene, skrev man endnu omkring 1600 undertiden de gamle love af. Det var et fremskridt, at Jyske Lov i 1590 udkom på tryk i en sprogligt moderniseret udgave. Det styrkede tendensen til at anvende denne lov, som var den yngste af landskabslovene, også på Sjælland og i Skåne, og på kongens retterting blev Jyske Lov så godt som enerådende. I 1594 skrev rigsråd Jørgen Rosenkrantz til sin søn, den lærde Holger Rosenkrantz, som studerede i Wittenberg: »endog de haver en synderlig lov udi Skåne og en anden udi Sjælland, så følger vi dog almindelig denne Jyske Lov udi de domme, som går for kongen og Danmarks råd«. Men stadig havde man ikke én lov for hele riget, og det fik man heller ikke i Christian IV's tid, selv om rigskansler Arild Huitfeldt i sin Danmarks Krønike havde foreslået, at Jyske Lov skulle anvendes overalt. Det mishagede ham, at »efterdi vi have en Gud, en tro, en herre, en konge, et rige, at vi da ikke have ens lov...«.

Voteringsprotokoller

Rettertinget var kongens domstol – der står på bindet af flere af de bevarede domprotokoller, at det er »kongedomme«, som rummes i dem. Men i virkeligheden giver herredagsdombøgerne (herredagene var de særligt højtidelige rigsrådsmøder, hvor konge og råd holdt ret) kun ret få vidnesbyrd om kongens egenskaber som dommer. Skal vi danne os et indtryk af, hvorledes afgørelserne blev truffet, skal vi se efter et andet sted. Sammen med herredagsdombøgerne opbevares nogle uanselige hæfter i en række, som går tilbage til 1623. Det er voteringsprotokollerne, hvor afstemningen om hver enkelt sag er indført. Det er ikke udførlige vota. De enkelte rigsråder er her indført med deres initialer og en

Reformation og renæssance

som regel ganske kort bemærkning, som »landdommerens dom ej at være uret«, eller der står blot »omnes consentiunt«, at alle er enige. Undertiden anføres førstvoterendes mening og herunder ud for de øvrige dommere »idem« – at de voterede for samme resultat. Men kongens mening er ikke optegnet. Kongen voterede ikke. Han traf afgørelsen, når hans rådgivere havde udtalt deres mening. Og mens kongen, når det gjaldt de almindelige rigsrådsforhandlinger, blev præsenteret for en samlet rådsmening i form af et skriftligt aktstykke, kunne han, når der var tale om domsafsigelse, høre hver enkelt rigsråds mening og så lægge sin stemme, hvor han ville. For kongen var ikke bundet til at følge flertallet. Det fremgår klart af protokollerne, når de sammenholdes med dombogen. Her havde kongen mulighed for at sætte sin personlige mening igennem. Men ligefrem at gå imod hele rigsrådet synes han dog ikke at have gjort i noget tilfælde. Førstvoterende var den fornemste i rang og som regel kansleren, og den gennemgående tendens i dommene er tilslutning til hans standpunkt. Men undertiden delte rigsrådet sig i et flertal og et mindretal. Det er især i Christian IV's senere år, at dette kan iagttages. Kongen havde i så fald den udslaggivende stemme – selv om han lagde den til et mindretal. Rettertinget var kongens domstol.

Mange forskelle landsdelene imellem var dog i tidens løb blevet udvisket ved udstedelsen af nye rigslove. Kongen og rigsrådet havde lovgivningsmagten, og især efter reformationen 1536 var en række love udstedt med gyldighed for hele riget. Men lovgivningen var utilstrækkelig og måtte suppleres af sædvaner og retspraksis. Tidligere domme blev formentlig tillagt en vis vægt, når nye afgørelser skulle træffes. Fra Christian IV's tid er bevaret en lang række private domssamlinger i afskrift. De viser betydningen for dommerne i de underordnede domstole af at kende retspraksis. Der er ikke blot rettertingsdomme i domssamlingerne, men vi finder også mange domme fra landstingene, navnlig fra Viborg landsting. For udbredelserne af kendskabet til rettertingets afgørelser, var det af betydning, at appelsystemet fungerede på den måde, at landsdommerne indstævnedes for rettertinget for at forsvare deres afgørelse. Landsdommerne har således været til stede, når rettertinget trådte sammen, og herved fået oplysning om praksis også i andre sager.

Hekseprocesser

Året 1617 var et jubilæumsår. Den 31. oktober 1617 var det hundrede år siden, at Luther havde slået sine berømte 95 teser op på kirkedøren i Wittenberg. Reformationen var efter datidens opfattelse indledt med denne handling i 1517. Hundrede år efter kunne man i Danmark fejre reformationen og den triumferende

Reformation og renaissance

Luther – *Lutherus triumphans*, som tidens ledende teolog og reformationsjubilæets drivende kraft, Sjællands biskop Hans Poulsen Resen, kaldte sit reformationskrift.

I selve jubilæumsmåned oktober 1617 udsendtes tre forordninger om emner, som stod i så nær forbindelse med den kirkelige disciplin, at det kunne være naturligt at tage dem op som forberedelse til den tilstundende fest i anledning af den rette tros sejr i landet og som en art demonstration af, at man mente det alvorligt med den rene lære. To af de nye forordninger rettede sig mod misbrug, som gentagne gange havde kaldt lovgiver frem, løssagtighed og overdådighed. Nyt var det, at der samme dag – den 12. oktober 1617 – udstedtes en forordning, hvor der for første gang blev givet nærmere regler om troldfolk og deres medvidere. 14 dage efter den 25. oktober godkendte rigsrådet de tre forordninger. De var et naturligt led i den omfattende socialdisciplinering, som fandt sted i Christian IV's regeringsperiode. Hertil hørte en regulering af borgernes seksualvaner og deres forbrug, men overhovedet blev der sat ind overfor enhver form for afvigere.

Forordningen fra 1617 gav anledning til, at antallet af hekseprocesser kulminerede i Danmark. Jagten på kloge koner var gået ind allerede i de første år efter reformationen, men egentlige hekseprocesser indledtes først noget senere. I de sidste ti år har hekseforskningen i Europa taget et stort opsving. Tidligere var man tilbøjelig til at afvise fænomenet som galskab eller i hvert fald udtryk for et århundredes fanatisme, som var uforståelig. Men i de senere år er det lykkedes ikke mindst ved brugen af socialantropologiske metoder at komme heksetroen langt nærmere i forståelse. Nogen egentlig forklaring kan vi ikke give, hverken på, hvordan fænomenet er opstået, eller hvorfor det holdt op igen, men en intensiv undersøgelse af en lang række hekseprocesser og sammenligning af hekseprocesserne i forskellige lande har ført til, at man har fået forståelse for, at vi her står over for et langt mere centralt og vigtigt fænomen end man tidligere har antaget.

Ifølge en bestemmelse i Jyske Lov, der længe udgjorde det eneste lovgrundlag, afgjordes trolddomssager ved ed af et kirkenævn. Det betød, at der blev udtaget et antal, som regel femten nævninger, som skulle sværge, om den anklagede var skyldig eller ej. Men i 1576 fremhævedes det i den Kalundborgske reces, at det »tit og ofte er blevet befunden, at de som så er blevet oversvoret og rettet, haver været uskyldige«. Det blev derfor bestemt, at ingen måtte henrettes, førend dommen i første instans var blevet prøvet af landsdommeren, og det var en betydningsfuld regel, for landsdommerne var gennemgående mindre tilbøjelige end nævningene til at lade sig overbevise om trolddom, og i omkring halvdelen af sagerne skete frifindelse ved appelinstansen. Også andre bestemmelser i lovgivningen var med til at holde antallet af trolddomssager nede. Ifølge »recesen« – Christian III's Koldingske reces af 1558, som på dette punkt byggede på en ældre forordning fra 1547 – kunne personer, som var dømt for trolddom ikke vidne mod andre. Intet »udædisk menneske« skulle stå til troende, og det var en bestemmelse, som tillagdes stor vægt og ofte dannede grundlag for frifindelse.

Reformation og renaissance

En vigtig og i europæisk perspektiv temmelig enestående bestemmelse i recesen foreskrev, at tortur ikke måtte anvendes førend efter domfældelse. Det var altså ikke muligt ad den vej at frempresse tilståelse, og også denne bestemmelse synes som regel at være blevet respekteret.

Hvor mange hekse, der blev brændt i Danmark, ved vi ikke, men eksperter anser det for usandsynligt, at tallet oversteg tusind. Et sådant skøn forekommer rimeligt, når man betænker, at heksedomfældelserne ved landstinget for hele Nørrejylland holdt sig under ti om året med undtagelse af de første år efter Christian IV's forordning 1617, men deres antal nåede dog aldrig op over 30 inden for samme år.

Nyt i forordningen af 1617 var, at der blev sondret mellem forskellige former for trolddom. Hidtil havde man klaret sig med mere almene forestillinger om, hvad trolddom var, men nu fik man orden i begreberne. Der sondredes mellem på den ene side dem, som var kyndige i og benyttede »hemmelige kunster, som er signen, manen, målen, characteres eller manen, vise igen, visse dages udi ugen udvælgelse etc. ...«, og på den anden side de »rette troldfolk ... som med djævelen sig bebundet haver«. For de rette troldfolk var straffen dødsstraf på bålet, mens de andre kunne slippe med en mildere straf. Var de af adel, fastsatte rettertinget straffen arbitrært, andre skulle dømmes til landsforvisning og boslodsfortabelse, mens deres medvidere skulle stå offentligt skrifte og betale en bøde.

En begrundelse for forordningen blev givet i den udførlige indledning, og det hed her, at mange mente, at hemmelige kunster var tilladte, fordi de brugtes til menneskers og dyrs helbredelse. Men i virkeligheden var der tale om et misbrug af Guds ord, som ledte menneskene fra troen på Guds hjælp til djævelens hemmelige og unaturlige råd og midler. »Signen, manen og målen« var »alle troldfolks første alfabet« og var ofte et skridt på vejen til rigtig trolddom, altså forbindelse med Djævelen. Hertil kom, at trolddom var forbudt efter Guds lov – mosaik ret – og at trolddom derfor i særlig grad måtte fremkalde Guds fortørnelse – altså en religiøs begrundelse. Det blev derfor nu pålagt øvrigheden rundt omkring i landet at drage omsorg for, at der blev rejst tiltale mod de i forordningen angivne persongrupper.

Med denne begrundelse var forordningen i overensstemmelse med kirkens syn på trolddom, således som det var kommet frem i løbet af 1500-årene. Al trolddom var strafbar. Den berømte teolog Niels Hemmingsen havde formuleret det i et lille skrift fra 1575, som kom i ny udgave i 1618, året efter trolddomsforordningen, som havde aktualiseret den form for litteratur. For så vidt kan man sige, at forordningen i det væsentlige fastslog kirkens trolddomssyn, og det er sandsynligt, at ledende danske teologer fra 1600-tallets begyndelse har stået bag forordningen.

Indledningen til forordningen fra 1617 synes at være påvirket af en norsk forordning om trolddom for Bergenhus og Stavanger len, som blev udstedt af Frederik II i 1584, og som senere fik gyldighed for hele Norge. I denne forordning

Reformation og renaissance

var fastsat dødsstraf også for »signen, manen og målen«. Alle former for trolddom var herefter ligestillet, og det var vel egentlig den kirkelige opfattelse, men i forordningen fra 1617 er det kun djævelpagten, som belægges med dødsstraf.

Forordningen falder naturligt ind i rækken af religiøstbetonede forbud mod løsagtighed i sæder, overdreven luksus og lignende forhold, som efter datidens opfattelse var egnet til at fremkalde »Guds fortørnelse«. På den måde adskiller trolddom sig ikke fra andre forhold, som kongen fandt det nødvendigt at regulere – det hele var et led i den almindelige socialdisciplinering i 1600-tallet. Forordningen af 1617 var et udtryk for en accept af den i samtiden rådende dæmonologiske lære, som klart blev udtrykt i en erklæring 1632 fra Københavns Universitet, der som det centrale element i forbrydelsen fremhævede, at »det menneske, som gives fuld sag for trolddom, bør have afsagt Gud og forbundet sig med Djævelen«.

I Sydeuropa havde man på det tidspunkt flere steder begrænset hekseprocesserne, og også nord for Alperne og Pyrenæerne var der skeptikere, som samtidig med, at heksejagten i midten 1500-tallet kom i gang, stillede spørgsmålstejn ved forbrydelsens realitet, således den hollandske læge Johan Weyer, hvis bog *De praestigiis daemonum*, (om dæmonernes blændværk) er et af de første kritiske værker vendt imod hekseprocesserne. Den udkom i 1563 og oplevede adskillige oplag og en fransk og tysk oversættelse. Også Weyer troede på Djævelen, men han bestred muligheden af djævelpagter, eller at Djævelen kunne have samleje med en kvinde. Han manede til forsigtighed i hekseprocesser og pegede på den usikkerhed, som knyttede sig til tilståelser fremkaldt ved tortur, men han turde ikke afvise, at hekseri kunne finde sted. Til gengæld var den berømte franske statsretstænkter Jean Bodin en overbevist tilhænger af troen på djævelpagter, hekseabatter og muligheden af seksuel omgang mellem kvinder og djævelen. Som bevis anførte han i sit kendte skrift *De daemonia magorum* fra 1580 bl.a. de mange beretninger og domme i samtiden.

Også i Danske Lov 1683 fandtes bestemmelser om straf for trolddom, men i slutningen af 1600-tallet faldt antallet af processer drastisk. Den sidste heksebehandling i Danmark fandt sted på Falster 1693.

Procedure i trolddomssager

Af Københavnske reces 6.12.1547

»Udædiske mand må ingen mand »vidne« til skade«.

»Ingen skal pinligt forhøres, førend han er dømt«.

Koldingske reces 13.12.1558, art. 19

»Item skal ingen pinligt forhøres, uden den er tilforne lovligt forvunden til døde for nogen ugerning«.

»Item skal ej heller nogen udædiske menneske eller nogen anden, som er for-

Reformation og renæssance

vunden for nogen uærlig sag tyve, forrædere, troldkarle eller troldkvinder stå til troende enten i vidnesbyrd eller i andre måder, i hvad de ville sige eller vidne på nogen«.

Trolddomsforordningen

Forordning 12.10.1617

Eftersom daglig erfaring giver til kende, at nogle hemmelige kunster, som er signen, manen, målen, characteres eller manen, vise igen, visse dages udi ugen udvælgelse etc., fast går i svang og holdes for indifferent og uforbudne af den årsag, at de formenes at komme menneskene og fæ til gavn og helbredelse, så og fordi deri undertiden mænges (blandes) og vanbruges nogle forment Guds ord, uanset at sådanne kunster af Gud allermægtigste højlig forbuden er, som de, menneskene fra Gud og af ham tilforordnede naturlige hjælp og medicin til Djævelen og hemmelige unaturlige råd og middel henvender og bortfører, og der foruden befindes forskrevne kunster fast at være alle troldfolks første alfabet til troldoms onde og ulykkelig idræt og ret ophav og begyndelse, da på det sådanne gudsførtørnelse og vederstyggelighed næst Guds hjælp kunne afstilles og forekommes, har vi været forårsaget at tænke på alvorlige og dertil tjenende middel og veje og derfor med vore rigens råd således herom determineret og forordnet, så og hermed determinerer og forordner:

1. At dersom nogen efter denne dag befindes at være kyndige og erfarne og øve og anvende de forskrevne kunster, da skulle de, som er af adel, stå til rette og straffes efter det, som bliver besluttet og afsagt af vort riges råd; de andre, som ikke er af adel, skal have forbrudt deres boslod og rømme alle vore riger, lande og fyrstendømmer, men de, som er sådanne folks medvidere og enten bruger deres råd og dåd til sig selv eller deres familier, skal første gang, hvis de er adelige, stå åbenbart til skrifte og straffes efter deres formue; anden gang, såfremt nogen befindes i samme forseelse, da skulle de, hvem de end er, uden undtagelse være lige pen (straf) og straf undergivne som dem, som udøver kunsterne og som er erfarne ud i dem.

2. Hvis der er tale om rette troldfolk, som dem Djævelen har forbundet sig med eller som omgås ham, med dem skal forholdes efter loven og recessen; medens de, som sig med sådanne folk indvikler og ved deres trolddom sig understår at lade forrette, skal straffes på deres hals uden al nåde.

3. Og på det sådant vor alvorlige vilje og forordning Gud til ære des bedre kan efterkommes, da byder vi og befaler hermed på det strengeste alle vore befalingsmænd og ridderskabet, således også bisper, provster, præster, borgmestre, rådmænd, fogeder og andre, som er i øvrighedens kald og bestilling, at enhver efter sin kondition, straks de får kendskab til noget derom, alle de, om hvilke denne vor forordning formelder, angiver, tiltaler og lader straffe, såfremt de selv derfor ikke vil stande og til rette som de, sådanne folks medvidere er og med dem samtykke.

Christian IV som lovgiver

Det fortælles, at Christian IV engang spurgte sin kansler Christen Friis til Kragerup i 1616 om han havde »drømt en ny forordning i nat«. Det er måske en skrøne, men der kom i de år mange nye love. Selv om et antal på 30-40 om året ikke kan imponere læsere af »Lovtidende« i dag. Handel, håndværk og købstadspolitik optog især konge og kansler og gav anledning til mange nye love. 1619 var et stort lovår. Det år udstedtes en vigtig forordning om købstædernes styrelse, som ved at oprette nye myndigheder og give lensmanden og dermed statsmagten indflydelse på byrådenes sammensætning søgte at sprænge bystyrets magtmonopol.

I 1619 udstedtes nye regler om tjenestefolk og løsgængere. Det blev fastsat, hvilken løn tjenestefolk kunne gøre krav på, og der blev givet regler om ansættelsestid, opsigelsesvarsel m.v. Reglerne varetog først og fremmest arbejdsgiverens interesser. De skulle nemlig forhindre, at tjenestefolk på landet »sig understår ubillig og fast højere løn at begære og oppebære, end de vel fortjene og en del husbonder afstedkomme kunne ...«

Mange adelige måtte i de år sælge jord for at betale deres gæld. Det såkaldte opbud, som indførtes efter romerretligt forbillede, gav adelige ret til at befri sig for gæld ved at overlade deres gods til kreditorerne, og der var mange adelige skyldnere. I 1616 var der åbnet mulighed for at sætte adelige debitorer i gældsfængsel. En regulering af gældsvæsenet var påtrængende nødvendig. Det var en svækkelse af uadelige kreditors stilling, at kun adelige kunne erhverve såkaldt frit – altså adeligt – jordegods. Uadelige kreditorer måtte da sælge det gods, de gjorde udlæg i, til andre adelige. Et andet problem var, at adelige kunne forhale gældssager ved at hævde, at gæld var en æressag, og at de derfor kun kunne sagsøges for rettertinget.

På et rigsrådsmøde i juni 1623 var adelens gæld blevet taget op, og kort efter kom en forordning om gæld med en række vigtige bestemmelser om behandlingen af gældssager. Det blev nu overladt til landsdommerne at dømme om adeliges gældsforhold, således at adelige skyldnere ikke ved at skyde sig ind under rettertinget kunne forhale sagen. Året før – 1622 – var det blevet bestemt, at salg og pantsætning af adelsgods skulle lyses på landstinget. Det var skridt på vejen i en vigtig udvikling i dansk ret, som førte fra personlig hæftelse og brug af kautionister til realkredit, pant i fast ejendom, og som fuldbyrdes ved en forordning fra 1632, der indførte det såkaldte underpant i fast ejendom. Det indebar, at debitor kunne optage lån mod sik-

Reformation og renaissance

kerhed i sin ejendom uden at give besiddelsen af ejendommen fra sig som håndpant.

Samtidig blev det tilladt at tage 6% i rente mod hidtil kun 5%. I det 15. og 16. århundredes europæiske retsvidenskab var det gamle romerske retsinstitut *hypotheca*, underpant, blevet genoptaget, og det er en afsmitning af en almeuropæisk tendens til at anerkende underpant, som i det 16. århundrede når Danmark, og som i 1632 fører til en retlig anerkendelse af denne form for realsikkerhed.

Ved udarbejdelsen af de nye gældslove var romerretten således et forbillede. Det gjaldt også en lov, der udstedtes i 1619, og som fastsatte den almindelige myndighedsalder til 18 år, men som samtidig indførte begrebet »mindreårige« om personer mellem 18 og 25 år, som ikke kunne foretage visse dispositioner på egen hånd. Det gjaldt påtagelse af værgemål, salg af fast ejendom og kautionsforpligtelser.

Udsendelse af en trykt version i 1621 af den såkaldte Rigens ret hører også med i dette lovkompleks. Det var en noget besværlig og langsommelig procedure til inddrivelse af gæld, som foregik for rigens kansler. Et andet lidt større og mere systematisk lovarbejde fra denne periode er birkeretten fra 1623, som gav regler om behandlingen af retssager ved de private birker, som jo var selvstændige retskredse udenfor den almindelige herredsinddeling.

I årene 1625-1629 var lovgivningen præget af de urolige forhold, som følge af kongens engagement i trediveårskrigen. Christen Friis udarbejdede udførlige skibsartikler for flådens mandskab og lige så udførlige krigsartikler med drakoniske straffebestemmelser for kongens tropper til lands. Og da det hele gik galt, intensiveredes den kirkelige lovgivning. Religionen var et af statens fundament, som kongen havde ansvaret for. Kongen er »både pave og patriark i sit kongerige«, skrev en samtidig fransk iagttager ganske ramende. Forordningen om bededage udstedtes lidt over en måned efter kongens nederlag til de kejserlige tropper i slaget ved Lutter am Barenberg den 17.8.1626. Forordningen ville bidrage til at afvende »Guds retfærdige vredes ris« ved at foreskrive afholdelsen af en bods- og bedringsprædiken hver fredag. Men krigen fortsatte, en ny forordning om, hvordan man kunne skabe bedre disciplin i kirken, forvalte sakramenterne og regulere præsters drikkeri og påklædning, udstedtes i 1629. Forordningen fremhævede, hvorledes »den allerhøjestes visse vrede og hævn mod lande og riger retfærdigt optændes, når hans guddommelige majestæt den retsindige guds frygt, ære og lydighed ikke bevises, som udi hans ord udkræves... « Den stadige vedligeholdelse af borgernes frygt for Guds straf var et led i socialdisciplineringen og krævede

Reformation og renæssance

omfattende kontrol. Som noget nyt indførtes nu i hvert sogn sognemedhjælper, der kunne holde præsten orienteret om de laster, der foregik rundt omkring i hjemmene. Præstestanden blev professionaliseret. Der indførtes en teologisk embedseksamen, som forudsætning for at få præstekald.

I 1632 kom en ny arvelov, men familie- og ægteskabsforhold gav ikke iøvrigt anledning til megen lovgivning. Her måtte kancelliets bevillingspraksis supplere de gamle love.

I sine sidste år tog Christen Friis fat på arbejdet med en større samlet lovbog. Han lagde ud med processystemet. I januar 1632 bad han de to jyske landsdommere om at »affatte en bestemt måde og form for alle slags processer og dele ved hjemtingene og landstingene...«

Med dette brev indledtes en periode med lovgivning af en temmelig usystematisk karakter. En forordning af 31. marts 1635 regulerede så forskellige emner som tingdage, letfærdighed med barnefødsler, eder og umyndiges rostjeneste (pligt til at stille heste til hæren), mens en forordning af 1636 vedrørte »adskillige uordninger«, som det efterhånden hed med en helt fast formel, i forbindelse med »kirke-, lands- og bytingsforhold, domme og fogder, item om fangers henrettelse for ringe tyveri«. Ved tyveri over en vis værdi idømtes dødsstraf, men i 1636 blev det indskærpet, at dødsstraf ikke skulle anvendes ved første gang begået tyveri, men at de dømte skulle »til vores Bremerholm vel forvarende overskikkes...« Forordningen gav den ganske rammende begrundelse, at det er »ubilligt et menneskes liv så ringe at agte«, men det var nu nok mere et ønske om at undgå spild af god arbejdskraft end det var respekt for menneskelivet, som havde fremkaldt denne regel.

Den første lov om advokater

En forordning 1638 indeholdt bestemmelser om præstedrukkenskab, prokuratorer, æressager, sagsomkostninger, arrest, lovfældning, krybskytter og bøsser. I dette selskab optræder advokater eller prokuratorer for første gang i lovgivningen. Om dem hed det, at de fandtes mod al gammel og lovlig sædvane, og at de »mange fattige vanvittige sammenhidser og for deres egen fordel fører i vidtløftighed, trætte og pengespilde.« Brugen af prokuratorer blev dog ikke forbudt, men der blev nu givet regler om benyttelsen af dette, som man erkendte, nødvendige onde. Der måtte kun benyttes prokuratorer i byerne, og det blev udtrykkeligt forbudt at benytte prokuratorer på landet, »på det trætter ej skulle formeres«. De skulle aflægge ed på, at de ikke ville lade sig benytte i »beviste vrage og uretfærdige sager«, og det blev dem pålagt ikke at afgive »vidtløftige, indviklede

Reformation og renæssance

indlæg, forsæt eller processer ...« Til gengæld blev det stillet duelige prokuratorer i udsigt, at de kunne få embede som dommer.

Af Forordning af 9.8.1638

Eftersom os adskillige uordninger, som i vore riger i fulde svang går, er forekommet, da har vi den lejlighed med vort riges råd, som nu var tilstede hos os, flitteligt overvejet og rådslået og til des afskaffelse med deres råd, bevilling og samtykke for godt fundet at beskikke, påbyde og forordne, som efterfølger ...

5. Eftersom nu på nogen tid lang mod al gammel og lovlig sædvane prokuratorer lader sig finde, som andre folks trætter forfølge og sig af egen magt sådant påtage og deraf som et håndværk leve og dog mange fattige, vanvittige ophidser og for deres egen fordel føre i vidtløftighed, trætte og pengespild, og efterdi sådanne dog med alle ikke vel kunne ombæres og afskaffes for en del undersåtters ukyndighed og andre årsager, da skal udi købstæderne være prokuratorer, som efterfølger:

1. For det første skal ingen sig dertil må lade bruge uden de, som af kongens lensmænd og borgmestre og råd tilsættes, hvilke skulle være gode, fromme, uberygtede og oprigtige dannemænd; og skulle de være flere, på det, om nogen trætte påkom med den, en prokurator ved slægt-, svogerskab eller anden pligt var forbunden, han da en anden kunne have, som for sådant fri var, at bruge; ti udi sådanne tilfælde skulle lensmændene med borgmestre og råd forskaffe enhver den, han kan forvares med efter sagens lejlighed, om ej nogen anderledes kan haves.

2. For det andet, samme prokuratorer skulle beediges, at de i ingen dem beviste vrage og uretfærdige sager ville lade sig bruge, ej heller vidende nogen uretvigheder i rettergang, vidners føring eller anderledes drive, så og at de deres principaler oprigtigen ville tjene, ville og ej sagen med kroglov, udeblivelse, forhaling, unødvendige eller søgt skudsmål uden billig årsag opholde.

3. For det tredie skulle samme prokuratorer ingen tilfælde give enten for over eller underdommere med vidtløftige, indviklede indlæg, forsæt eller processer, at dommene vidtløftigere end tilbørligt skulle forfattes, med en kortelig hofvitmeningen i sådanne akter indføre, om hvilken ed han og af dommeren udi hver sag, som tvilrådig er, kan erindres. ...

Lovgivningsaktiviteten under Christian IV var ikke begrænset til Danmark. På samme måde, som Jyske Lov i 1590 blev udsendt i en moderniseret udgave, blev også i Norge sat bestræbelser igang for at give de gamle love en tidssvarende og forståelig skikkelse. Norge havde i modsætning til Danmark allerede en fælles lovbog for hele landet, nemlig kong Magnus Lagabøters landslov 1274 og byloven 1276. En ny redaktion af landsloven var afsluttet i 1604, og den udsendes som »Kong Christian IV's Norske Lovbog af 1604«.

Reformation og renaissance

Den gamle lovbog var sprogligt moderniseret, og forældede bestemmelser var udeladt, men en ny tidssvarende lovbog var det ikke. Det fik Norge først med Christian V's Norske Lov 1687. Christian IV's Norske Lov var fuld af misforståelser og forvanskninger, men alligevel var det et stort fremskridt, at loven nu forelå trykt på et forståeligt sprog. I 1607 fik Norge også sin egen kirkeordinans. Hidtil havde den danske kirkeordinans fra 1537 været gældende. Et særligt embede som kansler varetog i Norge lignende funktioner som rigskansleren i Danmark. Kansler var i begyndelsen af det 17. århundrede Jens Bielke, som også i 1630-erne var ivrig for en reform i Norge med henblik på at skabe en mere veluddannet lokal embedsstand.

Lovgivningsbestræbelserne under Christian IV fandt en statelig afslutning i »Den store Reces« fra 1643, det største lovarbejde i Danmark siden landskabslovene og et skridt på vejen mod Christian V's Danske Lov. Christen Friis havde i 1632 taget det første skridt til at få lovgivningen samlet. Og efter hans død blev arbejdet fortsat af hans efterfølger som kansler Christen Thomesen Sehested ad andre baner. Recessen samlede i tre bøger den kirkelige lovgivning, den verdslige lovgivning og de særlige love for Norge.

IV
ENEVÆLDEN

Kronologi

1641	Thomas Hobbes: Leviathan
1660	Enevælden indføres i Danmark
1661	Højesteret
1665	Kongeloven
1670-1699	Christian V konge af Danmark
1683	Danske Lov
1699-1730	Frederik IV konge af Danmark
1730-1746	Christian VI konge af Danmark
1736	Indførelse af juridisk eksamen
1766-1808	Christian VII konge af Danmark
1770-72	Struensee-perioden
1771	Grundlæggelse af Hof- og Stadsretten
1772	Struensee henrettes
1798	Gældsbrevsforordningerne

Enevælden

Lex Regia – den danske enevældes forfatning

Absolutismen eller enevælden er betegnelsen for den statsform, der lægger al magt i en herskers hænder. Mest kendt er nok absolutismen i den franske udgave, der lanceredes af Ludvig den XIV (1643-1715), og som er karakteriseret med ordene "Staten, det er mig". Om dette udsagn er autentisk er dog tvivlsomt. I tiden efter Trediveårskrigen (1618-48) vandt absolutismen indpas i de fleste europæiske stater. Undtaget var England, hvor parlamentet fastholdt sin andel i styret, og bl.a. de klassiske republikker Venezia og det schweiziske edsforbund samt Nederlandene. Særegent for Danmark er, at enevælden ligefrem fandt udtryk i en skreven forfatning, Kongeloven eller Lex Regia.

Med enevældens indførelse i Danmark 1660 er kongen indehaver af al magt. En særlig og i et europæisk perspektiv enestående forfatningslov, Kongeloven dannede fundamentet for det nye styre. Et rangsystem etablerede. Forvaltningssystemet moderniserede, der skabtes med Dansk Lov retsenhed i landet og iværksættes reformer på en række områder som led i skabelse af en ny magtstat. Enevælden blev i Danmark så populær som styreform, at den overlevede de europæiske revolutionsår i slutningen af det 18. århundrede.

Kongeloven er den danske enevældes forfatning – dens *lex fundamentalis* med en i samtidens statsret udbredt betegnelse. Man har beundrende betegnet den danske kongelov – *Lex Regia* – som et af absolutismens pyramidale kunstværker. Loven er et resultat af de gennemgribende ændringer i det danske statsstyre, som blev udgangen på den danske forfatningskrise i 1660, efter at landet havde befundet sig på randen af en katastrofe, og nu med afståelsen i 1658 af Skåne, Halland og Blekinge var lemlæstet efter krigen med Sverige og økonomisk var lagt i ruiner. Udgangen på denne krise blev etableringen af et absolutistisk styre med kongen som enevældig hersker. I Kongeloven formuleredes konsekvent og i kernefulde sætninger det teoretiske grundlag for statsmagten i overensstemmelse med samtidens statsretsoptattelse. Den danske enevælde var et resultat af bestemte historiske begivenheder, og i Kongeloven skildres den historiske nødvendighed, hvormed de måtte føre til indførelse af den nye statsform. I Kongeloven udtrykkes såvel den nye enevældige magts legitimationsgrundlag som dens indhold. Kongeloven kom i henvend to hundrede år til at danne grundlag for Danmarks statsstyre.

Enevælden

Den umiddelbare baggrund for Kongeloven var indførelsen af enevælden i oktober 1660. I indledningen til Kongeloven sammenfattes begivenhederne i forbindelse med enevældens indførelse som en af Guds forsyn ledet overdragelse af magten fra rigsråd og stænder til kongen.

Lex Regia

Grundlaget for den romerske kejsers lovgivningsmagt så man i den *lex regia* eller *lex de imperio*, hvorved de romerske kejsere siden Kejser Vespasian (69-79 e. Kr.) fik deres beføjelser overdraget. Dette er nærmere udviklet i en berømt tekst af juristen Ulpian, der særlig i middelalderen fik stor betydning for overvejelserne over, hvor beføjelsen til at give love var placeret.

Ulpian, Institutioner, 1. bog (D. 1, 4,1, pr.):

Hvad kejseren (princeps) beslutter, har nemlig overdraget ham hele sit imperium og magt ved en *lex regia*, der er udstedt om hans imperium(magt).

Med Kongelovens latinske betegnelse *Lex Regia* spilles netop på denne overdragelse. I kejser Justinians lovsamling *Codex* (1,17,7) omtales *Lex Regia* som den gamle lov, hvorved hele det romerske folks ret og magt blev overdraget til kejsermagten (»*lege antiqua, quae regia nuncupatur, omne ius omnisque potestas Populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem*«). Den grundlæggende tankegang er altså den, at den enevældige magt er legitimeret ved folkets overdragelse af magten til kongen. Denne anvendelse af udtrykket *Lex Regia* er i overskriften til den danske kongelov noget af en fiktion, for i realiteten blev det kongen selv, som kom til at udforme sin *Lex Regia*. Tankegangen var imidlertid taktisk velegnet som en begrundelse for magtskiftet og dertil i overensstemmelse med tidens statsretlige tankegang.

Begivenhederne, som førte til enevældens indførelse, udspillede sig i København i september og oktober 1660. Der var indkaldt til stændermøde med repræsentanter for adel, gejstlighed og borgerne (men ikke bønder) i København med henblik på en drøftelse af landets katastrofale finansielle situation efter krigen med Sverige. På mødet kom tanken frem om at anerkende kongens ret til Danmark som arverige. Ideen blev grebet af de gejstlige og borgerne, mens rigsrådet og adelen stillede sig afvisende over for dette forslag, der indebar som konsekvens, at kongens magtstilling over for rådet ville blive kraftigt styrket, idet den ikke længere ville være afhængig af et valg. Under pres måtte rådet imidlertid 13. oktober 1660 acceptere arveriget, og få dage efter den 17. oktober fik kongen sin håndfæstning tilbage som annulleret, og dagen efter den 18. oktober blev han hyldet som arveherre. De nærmere forfatningsretlige konsekvenser af, at kongen var hyldet som arveherre og

Enevælden

konge nåedes der ikke til klarhed over, mens stænderne var samlet i efteråret 1660. Det blev derfor et initiativ fra kredsene omkring kongen, som satte gang i sagen, og som førte til, at enevælden gennemførtes i den skikkelse, hvori den fremtræder i Kongeloven. I januar 1661 udsendtes den såkaldte enevolds-arveregerings- eller suverænitetssakt til underskrivelse blandt repræsentanter for stænderne. Heri erklærede stænderne, at de havde overdraget kongen, Frederik III, riget som arverige samt alle såkaldte majestætsrettigheder og absolut regering. Det overlodes samtidig i dette dokument kongen at fastsætte regler om regeringsførelsen og arvefølgen, og reglerne herom erklærede underskriverne at ville respektere som en fundamentallov.

Efter forskellige tilløb kom der gang i forfatningssagen, da den unge Peder Schumacher blev knyttet til projektet. Han var efter studierejse i udlandet vendt hjem med et grundigt kendskab til europæisk forfatningsdoktrin, som nu kunne udnyttes i den unge enevældes tjeneste. Således som Kongeloven, der er resultatet af bemyndigelsen fra 1661, er udformet, er den Schumachers værk både sprogligt og indholdsmæssigt.

Jean Bodin og suveræniteten

Udtrykket fundamentallov (*lex fundamentalis*) er et af nøgleordene i samtidens statsretlige tænkning. Arveretten til tronen var et led i den absolutte fyrstemand, og normerne for arveretten var derfor vigtige elementer i de enevældige staters forfatningsgrundlag eller leges fundamentale. Et andet statsretligt nøgleord, som indgår i Kongeloven, er begrebet suverænitet, som også spiller en central rolle i det 17. århundrede, således som dets betydning var blevet fastlagt af den franske statsteoretiker Jean Bodin (1530-96) i slutningen af det 16. århundrede. Bodin skrev under indtryk af religionskrigene i Frankrig bogen *Six livres de la république* (1576). Suveræniteten defineres her som »absolue« og »perpétuelle«, i en latinsk udgave kommer yderligere den gamle romerretlige formel »legibus soluta« – hævet over loven – her til udtryk, således at elementerne »summa, propria, perpetua et legibus soluta« – altså at magten er den højeste, uafhængige og personlige, permanente magt løst fra loven – bliver de afgørende kendetegn for suveræniteten. Det er denne bestemmelse af suveræniteten, som er den afgørende nydannelse hos Bodin, hvis værk i øvrigt følger en statsretlig tradition, som går tilbage til Aristoteles' politiske skrifter. Denne suveræne magt så Bodin helst forenet med monarkiet, således at magten var samlet hos en person. Af suveræniteten udledte Bodin de såkaldte majestætsrettigheder, som tilsammen rummede regeringsmagten. Det var i hans version først og fremmest lovgivningsmagten, men dertil kom retten til at føre krig og slutte fred, udnævnelse af embedsmænd, den øverste domsmagt, benådningssret, ret til at fordre troskab, til at slå mønt og indkræve skat.

Enevælden

For udviklingen af magtbegrebet og tankerne om statens interesse – statsræson – som overordnet loven spillede også florentineren Nicolo Machiavelli og hans værk *Il Principe-Fyrsten* (1532) en vigtig rolle.

I Kongeloven spiller begreberne suverænitet og majestætsrettigheder en central rolle. Det umiddelbare forbillede for Kongelovens afsnit om majestætsrettighederne (art. III-VI) var imidlertid det værk, som introducerede Jean Bodins tanker i Tyskland, nemlig Henning Arnisæus' *De jure majestatis* (1610). Arnisæus (1575-1638) havde været professor ved universitetet i Helmstedt, men blev kaldt til København som livlæge for Christian IV. I denne egenskab gjorde han sig ikke bemærket som statsretslærer, men hans tanker herom var kendt. Arnisæus inddelte majestætsrettighederne i de store og de små. De store var dem, som var nødvendige for at regere eller forsvare staten, således lovgivning, udnævnelse af embedsmænd, retten over krig og fred. Til de mindre rettigheder hørte retten over kirken, møntret og andre mindre fiskale rettigheder. Den dømmende magt havde ingen særskilt placering i Arnisæus' system, og det fik den heller ikke i Kongeloven i dens endelige udformning.

Kongeloven (uddrag)

I. Den beste begyndelse till alting er at begynde med Gud. Det første derfor, som VI for allting ville udj denne KongeLow allffvaarigen (alvorligt) haffve befalet, er. at Voris Effterkommere, Børn og Børnebørn i tusinde Leed paa Færne og Mørne (fædrene og mødrene), EenevoldsarffveKonger offver danimarck og Norge ære, tiene og dyrcke den eene rette og sande Gud paa den maade og manneer, som hand sig i sit hellige og sande ord aabenbaret haffver, og Voris Christelige Troe og bekiendelse klarligen derom formelder effter den form og maade, som den reen og uforfalsket er bleffven foresatt og fremstillet udj den Augsburgiske confession Aar et tusind fembhundrede og trediffve, og ved samme reene og uforfalskede Christelige Troe holde Landsens Jndbyggere og den vældeligen haandhæffve og beskierme i disse Lande og Riger mod alle Kiettere, Sværmere og Guds bespottere.

II. Danmarckes og Norges EenevoldsArffveKonge skal være hereffter og aff alle undersaatte holdes og agtes for den ypperste og høyeste hoffved her paa Jorden offver alle Menniskelige Lowe, og der ingen anden hoffved og dommere kiender offver sig enten i Geistlige eller Verdslige Sager uden Gud alleene.

III. Skall derfor ochsaa Kongen alleene haffve høyeste Magt og Myndighed till at giøre Lowe og forordninger effter sin eygen gode Villie og Velbehag, at for-

Enevælden

klare, forandre, formeere, formindske, ja og slet at opheffve forrige aff hannem sielff eller aff hans Forfædre udgiffne Lowe (denne KongeLow alleene undertagen (undtaget), huilcken saasom Kongedømmets rette Grund og GrundvoldsLow jo endeligen faar at bliffve uforanderlig og uryggelig), saa og at undertage huad og huem hand lyster udaff Lowens almindelige befaling.

IV. Skall og Kongen eene haffve høyeste Magt og Myndighed og isette og affsette alle Betiente, høye og lawe, være sig huad naffn og titel de haffve kunde, effter sin eygen frii Villie og tycke, saa at alle Embeder og Bestillinger, i huad Myndighed de haffver, skal aff Kongens Enevoldsmagt saasom af een kilde haffve sin første oprindelse.

V. Kongen skall eene haffve Vaabens og VæbningsMagt, at føre krig, slutte og opheffve forbund med huem og naar hand det got befinder, Told og all anden contribution at paalegge, efftersom een huer vel veed, at Riger og Lande icke tryggeligen kand besiddes uden væbnet Magt og KriigsMagt kand icke holdes uden besoldning, og besoldning (løn) icke bringes til Veye uden Skatt.

VI. Skall og Kongen eene haffve høyeste Magt offver all Clericiet fra den høyeste till den Laweste, at besikke og anordne all kircke og Gudstieniste; Moder, Sammenkomste og forsamlinger om Religions Sager, naar hand det raadeligt eragter, biude, forbiude; og i allmindelighed, korteligen at sige, skall Kongen eene haffve Magt at bruge alle Regalier og lur. Majestatis, huad naffn de og haffve kunde.

Et andet vigtigt element i Kongeloven er udformningen af loven som et led i en fra folkets side utilbagekaldelig og definitiv kontrakt mellem kongen om overdragelse af al magt til denne, altså som en art herskerkontrakt. Et forbillede for denne opfattelse var den i samtiden udbredte opfattelse af magtens basis i en samfunds- og underkastelseskontrakt, som havde brod mod en anden opfattelse, hvorefter forholdet mellem folk og fyrste ansås reguleret ved gensidig kontrakt, som foreskrev begge parter pligter, hvis ikke-overholdelse kunne medføre opsigelse af kontrakten.

Thomas Hobbes' Leviathan

Den engelske filosof Thomas Hobbes (1588-1679) beskrev i sit værk *Leviathan* (1651) en stat, hvor al magt af folket er overdraget til en fyrste, som herefter regerede ubundet af andre hensyn end hensynet til *salus publica* – det fælles bedste eller statsræsonen med et andet samtidigt udtryk. Hobbes tog udgangspunkt i en opfattelse af den menneskelige naturtilstand inden statens oprettelse, som en alles krig mod alle, som han kun mente, at den stærke stat, hvor al magt var samlet et sted, kunne komme til livs. Midlerne var en samfundskontakt og en

Enevælden

herskerkontrakt. *Leviathan* – titlen refererer til et uhyre i Bibelen – er et hovedværk i den statsretlige litteratur og udøvede stor virkning i samtiden, hvor dets synspunkter, som ikke levner megen plads til de overvejelser om magtens binding af guddommelige eller naturretlige love, som ellers hævdedes af de fleste, herunder Bodin, ansås som på en gang farlige og tiltrækkende. Værket er stadig genstand for nye fortolkninger, dets mekanistiske grundsyn og begrundelse for det totalitære regime er stadig aktuelt.

Kongeloven hørte til, hvad man i samtiden betegnede som *arcana imperii* – til statshemmelighederne, og loven blev ikke umiddelbart ved sin færdiggørelse i 1665 publiceret. Dele af loven er optaget som de første artikler i Danske Lovs 1. bog med en understregning af den kongelige magt. Arvereglerne, som var et af de væsentligste afsnit, forblev skjulte, indtil loven i sin helhed blev trykt i 1709.

Blandt majestætsrettighederne lægges i loven afgørende vægt på Kongelovens art. III om lovgivningsmagten, som kom til at indtage en central plads i grundlaget for det nye styre. Danske Lov 1683 blev det vigtigste monument over den enevældige lovgivningsmagt, men hertil kom en strøm af andre forskrifter under betegnelser som forordninger, plakater, anordninger, åbne breve, reglementer, resolutioner, skrivelser og ordrer. Lovgivningsmagten var en central majestætsrettighed, og det var også kongens ret efter art. IV til selv at udnævne sine »betjente«, embedsmændene.

I Lovens art. VI tillægges kongen i overensstemmelse med en ny naturretlig opfattelse af statens opgaver i forhold til kirken, som bl.a. Hugo Grotius havde skrevet om, også magten til at træffe bestemmelse om kirkens ydre og indre anliggender. Alene bekendelsesgrundlaget – den lutherske tro som fastlagt i den augsburgske konfession – kunne kongen ikke ændre.

En række bestemmelser i loven vedrørte formynderstyre ved kongens umyndighed, salving og kroning og prinsers og prinsessers undtagelse fra de almindelige love – disse sidste regler gælder endnu. Vigtige statsretlige principper var rigets udelelighed, som fastslået i art. 19, magtens uoverdragelighed i art. 26 og arvefølgen på grundlag af et primogeniturprincip (førstefødselsret) med både mandlig og kvindelig arvefølge, dog med fortrinsret for mænd.

Kongeloven var Danmarks forfatning eller *lex fundamentalis* i næsten 200 år, indtil staten fik et nyt grundlag i 1848-1849, hvor den enevældige styreform i Danmark endeligt afskaffedes.

Herskerkontrakter

Af *Thomas Hobbes: Leviathan*

Statssamfundets årsager, opståen og definition

For mennesker, som ifølge deres natur elsker frihed og herredømme over andre, er det egentlige motiv til og formål med at lægge bånd på sig selv, således som vi ser dem gøre det i stater, hensynet til deres egen selvopholdelse og dermed til en lykkeligere tilværelse. Det vil sige, at de dermed tilsigter at komme ud af en ulykkelig krigstilstand, som er en følge af menneskers naturlige lidenskaber, og som vil vedvare, når der ikke er en påviselig magt til at holde dem i ave og til at binde dem til deres overenskomster og til de naturretlige love ved frykten for straf. ...

Selv en nok så stor mængde mennesker kan ikke vente at kunne forsvare sig effektivt, hverken mod en fælles fjende eller mod andres uretmæssige overgreb, hvis deres handlinger drives af individuelle meninger og ønsker. Thi er de splittede i deres meninger om, hvordan de bedst kan bruge og udnytte deres kræfter, så bistår de ikke hinanden, men hemmer hinanden, og derved udsætter de sig let for, ikke blot hurtigt at blive underkuet af et meget ringe antal, der er enige, men de udsætter sig også for, når der ikke er nogen fælles fjende, at komme i krig med hinanden på grund af deres særinteresser. – Hvis vi kunne tænke os, at en stor mængde mennesker var enige i retsopfattelse og andre naturlove uden en fælles magt til at holde dem alle i ave, så var der også grund til at tro, at hele menneskeheden kunne gøre det samme, og så ville der hverken være eller behøve at være nogen regering eller stat overhovedet, fordi der ville være fred uden underkastelse.

Det er heller ikke nok for den sikkerhed, som mennesker ønsker skal vare hele deres levetid, at de bliver styret eller ledet ved en forordning i et begrænset tidsrum, som f.eks. under et slag eller en krig. Thi selv om de ved enige bestræbelser kan vinde sejr over en fremmed fjende, så må de dog bagefter, når de ikke har nogen fælles fjende, eller når det er således, at ét parti anser den for ven, som et andet parti anser for fjende, splittes og begynde en krig indbyrdes.

Det er sandt, at visse levende væsener, som f.eks. bier og myrer, lever harmonisk sammen i samfund, hvorfor Aristoteles henregner dem til de sociale væsener, og de har dog ingen anden drivfjeder end deres individuelle dømmekraft og behov. De har heller intet sprog, hvormed denne ene kan tilkendegive over for den anden, hvad der er formålstjenligt for det fælles vel. Der kunne derfor godt være en og anden, der kunne ønske at vide, hvorfor menneskeheden ikke kan gøre det samme?

...

Den eneste måde, hvorpå samfundets medlemmer kan oprette et sådant fælles magtorgan, er ved at overføre deres magt og styrke enten til ét menneske eller til en forsamling af mennesker, der med stemmeflertal kan reducere alle de enkelte viljer hos forsamlingens medlemmer til én vilje. Det vil sige, at de udpeger

Enevælden

et menneske eller en forsamling af mennesker til at varetage deres tarv, og endvidere, at enhver bemyndiger den, der skal varetage hans tarv til at handle eller sætte handlinger i gang inden for de områder, der angår den almene fred og sikkerhed; dermed giver enhver sin vilje ind under hans vilje og sin dom ind under hans dom. Dette er mere end et samtykke (consent) eller et sammenhold (concord), det er en virkelig enhed (unity) af alle i én og samme person, kommet i stand gennem overenskomst med alle, ligesom hvis enhver sagde til enhver anden:

Jeg bemyndiger denne mand eller denne forsamling til at være suveræn og overdrager ham eller den den ret, jeg ellers har til at regere mig selv, på den betingelse, at du på samme måde overdrager dine rettigheder til suverænen og bemyndiger den til alle handlinger. Når dette er gjort, og mængden således er forenet i én person, kaldes den en stat (commonwealth), på latin civitas. Således dannes den store *Leviathan*, eller for at sige det mere ærbødigt, *den dødelige guddom*, som vi næst efter *den udødelige* gud skylder, at vi kan leve i fred, og at vi kan forsvare os. Gennem denne bemyndigelse, der er givet suverænen af ethvert menneske i staten, har den fået rådighed over så megen magt og styrke, at den på grund af frykten derfor er i stand til at forme alle viljer i staten til fred og til gensidig hjælp og bistand mod ydre fjender. I denne bemyndigelse findes statens væsen, som kan defineres således: *En person, som af en stor mængde gennem indbyrdes overenskomst er blevet bemyndiget til at handle, idet mængden dermed har tilsigtet, at han bruger alle styrker og midler på den måde, han finder er hensigtsmæssig til fælles fred og fælles forsvar:*

Den, der har fået overdraget denne bemyndigelse, kaldes som sagt *suveræn*, og han siges at have den *suveræne magt* alle andre er hans undersætter.

Enevældens forvaltningsreformer

Det siden middelalderen i Danmark nedarvede forvaltningssystem viste sig ineffektivt, når det gjaldt at møde de udfordringer, som samfundsudviklingen i det 17. århundrede stillede statsmagten overfor. »The Iron Century« har en engelsk historiker kaldt denne urolige periode i Europas historie. Det gamle system, hvor rekrutteringen til de højeste administrative embeder i staten skete fra en enkelt numerisk meget lille del af befolkningen, slog ikke længere til. Mange steder i Europa, herunder i nabolandet Sverige, blev forvaltningen nu indrettet i form af sagligt organiserede kollegier, som varetog de forskellige samfundsfunktioner, som statsmagten tager sig af. Allerede før enevælden var et admiralitetskollegium og et krigskollegium indrettet i

Enevælden

Danmark efter nye retningslinier, omend uden eget ekspeditionskontor. Skrivelserne udgik gennem kancelliet. Det nye kollegiesystem, som man nu stod over for at bygge op, var udtryk for et princip om fagkyndig forvaltning. Det forudsatte en fagspecialisering og måtte nødvendigvis indebære, at veluddannede borgerlige kunne nå høje poster. Systemet måtte derfor støde på modstand fra rigsrådsadelen. Umiddelbart efter enevældens indførelse indledtes imidlertid reformer af centraladministrationen med henblik på oprettelsen af kollegier, og allerede inden udgangen af året 1660 var to nye kollegier dannet ved siden af de militære kollegier, admiralitets- og krigskollegiet, nemlig et skatkammerkollegium (senere rentekammeret eller kammerkollegiet) til varetagelse af den økonomiske forvaltning og et såkaldt statskollegium, som skulle gøre indstilling til kongen om vigtige statsanliggender. Det var fra statskollegiet, at det initiativ udgik, som førte til udarbejdelsen af Danske Lov, men i øvrigt blev statskollegiets betydning ikke stor. Det forsvandt allerede i 1676. Dets funktion som et overordnet organ blev overtaget af det i 1670 oprettede Geheimekonseil, som under kongens forsæde bestod af en snæver kreds af højere embedsmænd, som forhandlede de vigtigste beslutninger.

Kancelliet fortsatte i sin hidtidige skikkelse, indtil det i 1670 organiseredes med en kollegial struktur, således at sagerne behandledes af fire ledende embedsmænd, en kansler, en geheime- og kancelliråd og to oversekretærer. Senere blev betegnelsen »deputeret« eller »tilforordnet« almindeligt anvendt om de embedsmænd, som traf kollegiets beslutninger.

Kollegialsystemet

Karakteristisk for den kollegiale struktur var en opdeling i militære og civile kollegier og inden for de civile kollegier i en kancelliforvaltning, som tog sig af kirke, undervisning og retspleje, og en kammerforvaltning, som tog sig af økonomien. Nyt var det, at borgerlige fik adgang til kollegierne, hvor der i begyndelsen tilstræbtes en egentlig lighed i antallet af borgerlige og adelige medlemmer af kollegierne.

Fælles for kollegierne var fordelingen af sager efter faglige kriterier. Kollegierne var hierarkisk opbygget. I spidsen stod den kollegiale forsamling, som traf afgørelserne, og til sin disposition ved sagsbehandlingen havde kollegiet en række kontorer, som varetog ekspeditionerne (ekspeditionskontorer), hvor et efterhånden professionelt bureaukrati af sekretærer varetog sagsbehandlingen.

Enevælden

Også Højesteret oprettedes i 1661 som et kollegium. En skarp sondring mellem den udøvende og den dømmende myndighed kendte man ikke i 1660. Kongens personlige deltagelse i denne del af statsmagten var dog begrænset, og det blev ret tidligt almindeligt, at Højesterets arbejde foregik uafhængigt af kongemagten. De sidste eksempler på, at kongen personligt blandede sig i Højesterets afgørelser, stammer fra Christian VI's tid (1730-46). På den anden side traf også kollegierne afgørelser, som en senere tid ville betragte som et udslag af dømmende magt. Det gjaldt især kammerkollegiet. Her blev i løbet af det 18. århundrede sat ind særlig på grundlag af generalprokurør Henrik Stampes erklæringer, som inspireret af Montesquieu søgte af sætte en grænse mellem den dømmende magt, som hørte under domstolene, og den udøvende magt, som hørte under kollegier og amtmænd.

Kollegiernes antal udvidedes under enevælden betydeligt. Nye kollegier opstod, nedlagdes undertiden igen, også de permanente kollegier undergik talrige reformer. Skattekammerkollegiet blev fra 1679 til Rentekammeret, som var det centrale organ i den økonomiske forvaltning. Kollegierne fik med deres saglige, hierarkiske opbygning en stærk position i det enevældige system, som begrænsede kongens mulighed for at udøve den enevældige magt på egen hånd. I princippet var kongen frit stillet, men det kollegiale system og Geheimekonseillet virkede som en bremse på personlig magtudøvelse.

Geheimekonseillet ophævedes under Struensee i 1770, men genindførtes i 1772 som statsrådet. Statsrådet spillede omkring 1784 en vigtig rolle, men svækkedes i Frederik VI's første år for efter 1814 atter at komme til at indtage en central position i den sene enevældige regering.

Amter og len

Den enevældige lokalforvaltning varetoges af kongeligt udnævnte amtmænd. Amterne trådte i stedet for den hidtidige inddeling i len. Ordet len fik imidlertid en ny betydning, da der i 1671 ved de såkaldte privilegier for grever og friherrer blev indført adgang til at oprette len af større godsmasser. Retligt var ordningen den, at større godsmasser, som var blevet samlet privat, eller som stammede fra gaver fra kongen, modtoges som len af kongen med ret for den såkaldte lensbesidder til alt efter godsets størrelse at bære titel af greve eller baron (friherre) undertiden således, at godset hjemfaldt til kongen, når opretterens slægt uddøde. I årene efter enevældens indførelse oprettedes en række len ved, at godsbesiddere ansøgte om, at deres gods »erigeredes« til len ved et såkaldt erektionspatent. Tanken bag indførelsen af lenene var at skabe en loyal ny titeladelsstand

Enevælden

efter det gamle adelsvældes fald. Virkningen af at et gods betegnede som len, var såvel af privat- som af offentligretlig karakter. Sådanne godsmasser var unddraget fra kreditorforfølgning, og successionen skete samlet efter bestemte i erektionspatentet fastsatte retningslinier, som regel efter et primogenitursystem (førstefødselsret) og efter en agnatisk-cognatisk arvegang, således at mænd gik forud for kvinder. Lensbesidderen havde samtidig vigtige offentlige retlige beføjelser, idet han inden for sit len fungerede som amtmænd.

Christian V's Danske Lov 1683

Christian V's Danske Lov fra 1683 og Norske lov fra 1687, er den danske enevældes største lovgiverbedrift. Lovbøgerne er snævert knyttet til den nye statsform, der indførtes i 1660 – enevælden. Det var et ønske om en generel udrensning af den del af den gamle lovgivning, som ikke kunne forenes med det nye styre, der var baggrunden for, at en første lovkommission blev nedsat i 1661. Samtidig ville man forbedre domstolsordningen og processystemet. Da tanken om at gå videre og skabe en helt ny lovbog og ikke blot rense ud i den ældre lovgivning nogle år efter dukkede op i forbindelse med lovarbejdet, vandt den imidlertid straks kongens bifald, og Danske Lov blev dermed et af de vigtigste reformarbejder, der blev sat i gang i enevældens tidlige år. Norske Lov er med enkelte norske særbestemmelser i det væsentlige identisk med Danske Lov.

Hvad opnåedes med Danske Lov?

Med Danske Lov blev skabt retsenhed i Danmark, der indtil da havde været opdelt i et jysk, et sjællandsk og et skånsk retsområde. I den fortale, der indleder Danske Lov, tales udtrykkeligt om ulemperne ved, at »Undersåtterne, som havde en Gud, en tro, en konge i et rige« »var adskilte ved sær lovbøger og rettergang... « Processystemet blev forenklet, og overhovedet betød lovbogen en væsentlig lettelse i det daglige arbejde for de mange, der skulle administrere retsvæsenet i praksis. Det var også af betydning, at det ved Danske Lov tilstræbtes i højere grad at skabe lighed for loven ved ophævelsen af bestemmelser, der havde begunstiget adelen inden for strafferetten, procesretten og formueretten.

Enevælden

Således som arbejdet på Danske Lov skred frem kom man til at bygge på ældre ret frem for at søge nye retsregler formuleret. De kongelige ordrer, der fra tid til anden udgik om lovens udarbejdelse, lød nemlig på, at det var den hidtidige lovgivning, der nu skulle samles til en lovbog. Det har betydet, at Danske Lov har sikret en kontinuitet i dansk retsudvikling siden de ældste nedskrevne love fra begyndelsen af det 13. århundrede, men det har naturligvis tillige medført, at man kun i begrænset omfang finder generelle retsprincipper formuleret i loven eller indflydelse fra tidens retsvidenskab. Mange af Danske Lovs bestemmelser er gentagelser af ældre lovregler og har bevaret de oprindelige formuleringer. Der findes også almindelige sætninger udtrykt. Særlig kan fremhæves de grundlæggende bestemmelser om kontrakt 5-1-1 og 5-1-2. Som det er blevet sagt om den langt yngre franske lovbog – Code civil – gælder også om Danske Lov, at lovens skabere var disciple og ikke profeter.

Det mål, der blev sat ved udarbejdelsen af Danske Lov, var tilvejebringelsen af en fuldstændig samling af gældende ret på grundlag af den eksisterende lovgivning. Et *Corpus Juris Danici* var det udtryk, der blev anvendt for at karakterisere opgaven, men der lå ikke i denne fra den europæiske lovterminologi hentede betegnelse nogen opfordring til i særligt omfang at inddrage fremmed ret.

Danske Lov og fremmed ret

Romerretten og anden fremmed ret var dog ikke helt uden betydning for lovarbejdet. For enkelte af bestemmelserne i Danske Lov kan påvises direkte forbilleder i fremmed ret. Således 5-2-19, der er inspireret af Justinians noveller, bl.a. ved at pålægge den enke eller enkemand, som indgår nyt ægteskab, at tilbagelevere sin arv efter den afdøde. Andre bestemmelser er mere indirekte udtryk for påvirkning udefra, idet der er tale om optagelse af allerede gældende lovregler, der var inspireret af fremmed ret.

Danske Lov er en national lovbog i den forstand, at dens hovedgrundlag er at finde i den ældre danske lovgivning, men ikke i den forstand, at påvirkning fra fremmed ret ikke har fundet sted. Danske Lov blev til på et tidspunkt, hvor en dansk retsvidenskab endnu ikke eksisterede. En virkning heraf var, at Danske Lov kom til at bygge på ældre lovgivning, da et teoretisk grundlag for lovarbejdet og for udviklingen af almindelige sætninger i dansk ret savnedes. De fleste som fik sæde i de vekslende lovkommissioner, der kom til at

Enevælden

deltage i lovarbejdet, havde en juridisk uddannelse eller praktisk kendskab til retsvæsenet, men et fast teoretisk grundlag at gå ud fra, havde de ikke. Når lovbogen kom til i så høj grad at bygge på ældre ret, er det derfor ikke udtryk for en bestemt lovgivningsfilosofi, men betinget af omstændighederne.

Kodifikation eller kompilation?

Danske Lov er, hvad man kalder en kodifikation, en samlet lovbog, der tilsigter at regulere større dele af retssystemet. Med sine seks bøger er Danske Lov en sådan omfattende lovbog, og lovbogen er også i Europa blevet opfattet som en kodifikation. I sig selv prætenderede loven ikke at være fuldstændig – udenfor faldt således bestemmelser om forvaltningen, skat, næringsvæsen, m.v., eller som det hed i lovens fortale »Alt hvis til politien henhører...« »Politi« var en almindelig betegnelse i samtiden for den offentlige regulering. Det var det bestandige i retsordenen, domstolssystemet, kirkeretten, de enkelte stænders rettigheder, familieretten, søretten, regler om kontrakter og fast ejendom og strafferetten, man havde ønsket at samle. Ordet kompilation et nedsættende for et mere primitivt lovarbejde, der mere usystematisk samler ældre retsregler. Den Danske Lov er faktisk et omend ufuldkomment så dog usystematisk arbejde.

I lovens første bog »Om Retten og Rettens Personer« omhandles således procesretten, i anden bog »Om Religionen og Geistligheden« behandles kirkeretten, mens tredje bog »Om Verdslig- og Huus-Stand« indeholder regler om de enkelte stænders rettigheder, ægteskabsretten, myndighedslovgivningen og enkelte andre persongrupperes ret. Fjerde bog var reserveret søretten. I femte bog »Om Adkomst, Gods og Gield« findes regler af arveretligt, obligations- og tingsretligt indhold, således om kontrakter og om fast ejendom, mens sjette bog »Om Misgjerninger« er Danske Lovs straffelovbog. Dele af Kongeloven, bl.a. de dele, der fastslog kongens magt blev optaget i Danske Lov som 1. Bogs. 1. Kapitel: »Om den Lydighed, som man Lovgiver og Loven skyldig er«.

Principperne for kodificering af retten og spørgsmålet, om det kan lade sig gøre at kodificere et lands ret, hører til de klassiske temaer i europæisk retshistorie. Englænderen Jeremy Bentham gjorde sig omkring 1800 til fortaler for rettens kodificering, som han så som et nødvendigt led i den retssikkerhed, der var afgørende for menneskets lykke, og han pegede i den forbindelse på Danske Lov som et eksempel. Andre, der var mere skeptisk indstillede – først og fremmest den tyske jurist F. C. von Savigny – påpegede de efter deres opfattelse nærmest uoverstigelige vanskeligheder ved den slags projekter. Danske Lovs fædre var ganske uhildede af denne diskussion, der langt senere var med til at lamme mange kodifikationsbestrebelsers og også i Danmark har været med til at bevirke, at tanken om eventuelt at skabe en ny lovbog til afløsning af Danske Lov forlængst er blevet skrinlagt.

Enevælden

Ved tilblivelsen af Danske Lov var udgangspunktet ønsket om at skabe retsenhed, lighed for loven i større omfang og et mere tidssvarende processystem. En ambition om at skabe et fuldstændigt sammenhængende retssystem havde man ikke, men dog nok en forventning om i Danske Lov at have samlet de grundlæggende retsregler, som måtte forventes at blive stående, i modsætning til den foranderlige politiret. Det viste sig dog ret hurtigt nødvendigt at supplere og til dels ændre Danske Lov ved ny lovgivning, der ikke blev indarbejdet i loven, men levede videre ved siden af denne som et nyt corpus af »Noveller«. I den senere retshistoriske forskning har man da også spurgt, om der ved gennemførelsen af Danske Lov opnåedes stort andet end at få samlet den gældende lovgivning i en bog, og man har endda kunnet påpege, at lovbogen ikke i tilstrækkeligt omfang har taget hensyn til den anvendelse af de ældre lovregler, der skete i retspraksis, f.eks. at der ved affattelsen af Danske Lov ikke er taget hensyn til, at praksis inden for strafferetten undertiden var lempeligere, end det umiddelbart fremgik af de gamle loves tekster. På den anden side må det fremhæves, at der allerede kort tid efter udstedelsen af Danske Lov fandt strafskærpelser sted, og den senere udvikling viste også, at det uanset lovens ord var muligt ved benådning og ny lovgivning at nå frem til lempeligere resultater. Danske Lov bandt ikke retsanvendelsen, og det viste sig, at Danske Lov, skønt udstedt 1683, kunne bevare sin formelle gyldighed længe, fordi den ikke forhindrede en smidig retsdannelse ved siden af loven.

Danske og Norske Lov

Christian V's Danske Lov af 15. april 1683 og Norske Lov af 15. april 1687 er nært beslægtede. Begge lovbøger er resultater af de reform- og centraliseringsbestræbelser, der satte ind i dobbeltmonarkiet Danmark-Norge kort efter enevældens indførelse i Danmark i 1660. Ved udarbejdelsen af den noget yngre Norske Lov blev der lagt vægt på at opnå så stor overensstemmelse som muligt mellem de to love. En række særbestemmelser om norske forhold og enkelte afvigelser i formuleringen af andre bestemmelser adskiller de to love fra hinanden, men overensstemmelserne er så fremherskende, at man langt frem i tiden har kunnet tale om en dansk-norsk lovgivning og en derpå bygget retsvidenskab. Om et sådant retsfællesskab har der vel længe ikke været tale, men båndene er stadig snævre mellem dansk og norsk ret, og det mere omfattende nordiske lovsamarbejde, der indledtes i slutningen af forrige århundrede, har bidraget til at skabe et nyt fælles lovgrundlag også på områder, der ikke var reguleret af Christian V's lovbøger.

Enevælden

Danske Lov og Norske Lov hævder sig som monumenter over, hvad der i legislativ henseende blev formået under den tidlige enevælde. Også i udlandet var man opmærksom på, at det var lykkedes den enevældige danske monark at tilvejebringe den retsenhed ved en systematisk ny lovbog, som man også mange andre steder havde stræbt efter, og Danske Lov kom derfor til at indgå i talrige lovkommissioners forberedelsesarbejde – dog som regel på et tidspunkt, hvor lovens mangler også var synbare. Det gjaldt bl.a. Preussen, Rusland og Polen og til dels Sverige. Det hører også med i billedet af vurderingen af Danske Lov, at den kritisk indstillede engelske gesandt ved Christian V's hof, Robert Molesworth, i modsætning til mange andre danske institutioner dog udtalte sig rosende om Danske Lov.

Ny retsdannelse fandt ikke blot sted ved lovgivning. Tværtimod kan man spore en betydelig tilbageholdenhed med at ændre bestemmelser i Danske Lov. Karakteristisk for retsdannelsen under enevælden var, at der i administrativ praksis skete en udhuling af en række af lovens bestemmelser. Kongen benyttede her sin beføjelse i Kongelovens art. III til at gøre undtagelser fra loven, og på dette grundlag støttedes en righoldig dispensationspraksis, blandt andet inden for familierettens område, f.eks. ved indførelse af separation og skilsmisse udenfor de i loven angivne tilfælde.

Danske Lovs tilblivelse

Statskollegiets forestilling af 12.1.1661 om ordningen af instansfølgen i almindelighed, hvori det foreslås, at »visse kommissarier af alle provinser her i Danne-marck forordnes og nævnes, hvilke samme rettergangsproces til videre revision og Eders kongelige Majestæts approbation således kunne befales at opsætte« betragtes i almindelighed som det initiativ, der satte lovarbejdet i gang. Den 26.1.1661 indkaldtes den såkaldte første lovkommission til at give møde i København. Indkaldelsen udgik til 8 adelige, 12 borgerlige og yderligere 4 lærde medlemmer, der beordredes til at indfinde sig i København med henblik på at »opsætte en ordentlig og vel funderet rettergangs proces oc form« og »også foretage dette riges forrige love, recessen oc andre forordninger og deri observere og korrigere, hvis I kunde eragte og betænke, sig ej at skikke oc over ens komme med denne vores arveregering... « Ved udpegelsen af kommissionens medlemmer var der lagt vægt på at få repræsenteret såvel juridisk sagkundskab som kredse, der måtte formodes at støtte den nye regeringsform. De borgerlige medlemmer, for størstedelen borgmestre fra København og købstæderne, synes således især at være udvalgt blandt dem, der havde spillet en mere fremtrædende rolle på stændermødet i september – oktober 1660, hvor arveregeringen var

Enevælden

blevet besluttet. Blandt de adelige medlemmer var Jørgen Seefeld, der havde lang erfaring som landsdommer på Sjælland.

Af de fire lærde medlemmer var Rasmus Enevoldsen Brochmann professor i veltalenhed ved Københavns Universitet og fra 1661 tillige tilforordnet i Højesteret. De tre øvrige lærde medlemmer var alle kendte jurister. Peder Scavenius var efter en 12-årig udenlandsrejse i 1657 blevet juridisk professor ved Københavns Universitet. Han kom til at deltage i arbejdet i den første lovkommission og de fire revisionskommissioner og blev dermed den eneste af de oprindelige lovkommissærer, der kom til at opleve fuldendelsen af lovbogen. Henrik Ernst var tyskfødt og professor ved det adelige akademi i Sorø. Det for det kommende arbejde vigtigste medlem af kommissionen var Peder Lassen. Han, der blev en af de drivende kræfter i lovarbejdet, var juridisk licentiat fra Universitetet i Basel. Han afslog i 1649 et tilbud om at blive juridisk professor og tog ophold i Randers. Fra 1661 blev han en af de mest aktive dommere i den nyoprettede Højesteret.

Arbejdet i den første lovkommission synes at være blevet sinket af indbyrdes uoverensstemmelser. Især følte de adelige medlemmer sig i stadig mindretal. Kommissionen drøftede vigtige processuelle spørgsmål, som berørte adelsens stilling, og som derved i virkeligheden havde politiske implikationer, f.eks. om salg af adeligt jordegods eller adeligt værneting. En betænkning om gældssager blev det væsentligste resultat af denne kommissions arbejde, inden det i 1662 blev besluttet at lade arbejdet fortsætte af en mindre kommission, hvis medlemmer var de adelige Niels Trolle og Otte Krag samt Peder Lassen og Henrik Ernst. Denne såkaldte anden lovkommission udarbejdede et proceslovsforslag og afgav en betænkning om arv på grundlag af et forslag fra Peder Lassen. Hermed var kommissionen gået ud over sit oprindelige kommissorium, og ideen om at udarbejde en ny samlet lovbog ført frem. Det synes at have været Peder Lassen, der tog initiativet til en sådan revision af hele lovgivningen og ikke blot af processen.

I 1666 udpegedes tredje lovkommission, hvori Peder Lassen fik sæde sammen med tre nye medlemmer Christoffer Parsberg, der var amtmand og medlem af statskollegiet, Holger Vind og Rasmus Vinding, der senere blev den, der fik den største indflydelse på udformningen af Danske Lov. Af uddannelse var Vinding ikke jurist. Han havde under en udlandsrejse bl.a. studeret ved et fransk jesuitterkollegium (La Flèche) og blev i 1648 professor ved Københavns Universitet i græsk og senere historie. Siden 1661 voterede han i Højesteret som et af rettens flittigste medlemmer han var en udpræget juridisk begavelse og fra 1670 ligesom Lassen en af de referendarer i retten, der forberedte sagerne. Personligt stod han Peder Schumacher, den senere Griffenfeld, nær, og han synes at have haft gode relationer til det nye styre.

Den tredje lovkommission havde som kommissorium at fortsætte det hidtidige arbejde, men i april 1666 skiftedes signal, idet kommissionen fik ordre til at »bringe samme vores danske lov udi en god ordre, så at hvert materia af loven, recesserne og forordningerne vorder sammendragne udi den beste orden og på

Enevælden

sin bekvemme sted henførte...« Nu gjaldt det ikke blot en revision, men også en kodifikation. Arbejdet synes ikke at være skredet frem med fornøden hast, for den 8.3.1667 fik kommissærerne ordre til hver for sig at udføre det program, der var opstillet i april 1666. I hvert fald to af kommissærerne, Vinding og Lassen, udførte ordren. Vindings udkast, kaldet *Codex Fridericius*, er dateret den 26.4. 1667.

Næste skridt i lovarbejdet blev udstedelsen af en hemmelig kabinetsordre af 11. marts 1669 til Vinding med pålæg om af lovene at samle »et fuldkommen Corpus Juris Danici udi visse bøger og kapitler divideret... « Med ordren fulgte udkast til en disposition. Ordren var udfærdiget af Griffenfeld, og det skyldtes formentlig hans indflydelse, at Vinding fik denne opgave, som gav ham den centrale position i lovarbejdet. Det kan diskuteres, om et udkast efter Peder Lassens retningslinier ville have været et bedre grundlag set fra et juridisk og lovteknisk synspunkt end Vindings. Men især kan man spørge, om det overhovedet ville have været muligt at gennemføre lovarbejdet, såfremt man ikke havde haft en mand med Vindings arbejdskraft. I løbet af året havde således Vinding sit udkast – »det første project« – færdigt.

Der indtrådte nu omkring tronskiftet i 1670 en stilstand i arbejdet, hvor både Vinding og Lassen førte deres udkast å jour, indtil 1672. Den 24.9. 1672 kom lovarbejdet atter i gang, idet der udgik ordre til kansler Peder Reedtz, Peder Lassen og professor Peder Scavenius om at gennemse Vindings udkast og overveje de fornødne ændringer og tilføjelser. I februar 1673 fik yderligere Sjællands biskop Hans Wandal ordre til at gennemgå udkastets kirkeretlige afsnit. Resultatet af arbejdet i denne første revisionskommission kaldet revisionen synes at have foreligget i foråret 1673.

Med arbejdet i den første revisionskommission kunne lovarbejdet have fundet sin afslutning. Det blev imidlertid genoptaget i 1675 ved en mundtlig ordre fra Griffenfeld til Peder Lassen, Rasmus Vinding, Peder Scavenius og borgmester Jørgen Fogh, Griffenfelds svoger, om at fortsætte revisionsarbejdet. Kommissionen gennemgik atter Vindings første projekt, og i en række tilfælde vendte man nu tilbage til de oprindelige udkast og tilsidesatte »revisionen«. Det bevarede håndskrift med kommissionens arbejde – *det sidste project* – viser, at der ofte var uenighed, og at Lassen søgte at opretholde »revisionens« standpunkt overfor de øvrige medlemmer, der ville vende tilbage til det første projekt. Kommissionens sammensætning var i Vindings favør og skyldes sandsynligvis Griffenfelds indflydelse. Ved hans fald i 1676 mistede imidlertid også hans svoger Jørgen Fogh sine poster, og arbejdet i kommissionen fik hermed en brat afslutning.

I de følgende fire år lå lovarbejdet stille og blev først genoptaget i 1680. Initiativet synes at være udgået fra Kongens Kammer, og ordren til kommissionens medlemmer 1680 var vistnok paraferet af kongens kammersekretær Caspar Schøller. Kommissionen fik til opgave at sammenholde »det sidste project« med såvel »det første project« som »revisionen«. Endvidere skulle kommissionen sørge for en å jourføring af udkastet og forsyne det med en »sirlig

Enevælden

fortale«. I denne tredje revisionskommission var en meget betydelig sagkundskab repræsenteret, og der var nu igen tale om en bredt sammensat kommission, som det havde været tilfældet i 1661. Peder Lasen var trådt ud af lovarbejdet og døde året efter. I kommissionsarbejdet deltog Rasmus Vinding, Peder Scavenius, Holger Vind, der havde deltaget i arbejdet i den tredje lovkommission, og en række nye medlemmer. Til behandlingen af kirkeretten indkaldtes yderligere tre teologer. Om arbejdet i den tredje revisionskommission er vi særlig godt underrettet, da kommissionens forhandlingsprotokol er bevaret. Kommissionen har holdt mere end 100 møder og nåede også at foretage flere fuldstændige gennemgange af lovudkastet, men et endeligt resultat kom der ikke ud af kommissionens arbejde. Misstemning bl.a. som følge af uenighed mellem de verdslige og de gejstlige medlemmer kan være årsagen hertil.

Ganske kort efter arbejdets standsning udpegedes imidlertid en ny kommission 1681. Medlemmerne var Vinding, justitsråd Mikkell Wibe, Peder Scavenius, og Caspar Schøller, kongens kammersekretær, der sikrede kommissionens forbindelse direkte med kongen. Kommissionen foretog i løbet af 1681 en omhyggelig gennemgang af »det sidste project« med den 3. lovkommissions rettelselser og fordelte endeligt de mange bestemmelser på 6 bøger.

I løbet af 1681 må arbejdet være afsluttet, og den 3. januar 1682 kunne kongen omsider beordre Danske Lov sendt i trykken. Loven er dateret 15. april 1683.

Domstolsreformer

Retsvæsenet blev ikke umiddelbart berørt af den statsomvæltning, der fandt sted ved enevældens indførelse 1660. Højesteret, der oprettedes året efter, var bortset fra en ændret personsammensætning en fortsættelse af det retterting, hvor kongen og rigsrådet havde plejet ret som landets øverste domstol. Enevældens forfatning, Kongeloven af 1665, nævner ikke særskilt den dømmende magt som en af kongens såkaldte majestætsrettigheder. Kongen anerkendtes allerede inden enevælden som øverste dommer. Et plastisk udtryk for, at også domsmagten, såvel i overinstanserne som i de lokale retter, til syvende og sidst udsprang af kongens magtfuldkommenhed, finder man også i Kongelovens art. IV, der med et i samtiden yndet billede, der stammer fra den romerske historieskriver Tacitus, giver kongen den højeste magt og myndighed til at udnævne og afsætte alle betjente – altså såvel dommere som andre

Enevælden

embedsmænd – så at alle embeder og bestillinger, hvad myndighed de end måtte have, som af én kilde kunne have deres første oprindelse.

En tilfredsstillende ordning af retsvæsenet blev dog hurtigt en af de opgaver, der trængte sig på, og som skulle blive genstand for vigtige reformer som led i enevældens centraliseringsbestræbelser. Disse reformer satte særlig ind på tre områder. Det første var etableringen af retsenhed, og her opnåedes allerede 1683 et resultat med gennemførelsen af Danske Lov, som i sin 1. bog gav retsplejen et ensartet og overskueligt grundlag. De to andre punkter, hvor reformbestræbelserne satte ind, var dels domstolenes organisation, dels forbedringen af dommernes uddannelse. På disse områder trak det noget længere ud. En retskredsreduktion gennemførtes i 1680-erne kort efter, at der med Danske Lov var gennemført en reform af processystemet. Herved bragtes antallet af underretskredse efterhånden ned fra ca. 600 til ca. 300.

Det var ved underretterne, at der i særlig grad blev peget på et behov for reformer. Det var manglende kvalifikationer hos underretternes personel: Herredsfogeder, byfogeder og birkefogeder, som klagerne især tog sigte på. Landstingene og Højesteret var derimod besat af den kreds af personer, der ved fødsel, stand og uddannelse – omend ikke nødvendigvis en juridisk uddannelse – var udset til at varetage statsopgaver og træffe bestemmelser om andres forhold.

Vankundige dommere

Danske Lov opstillede i 1-5-1 det krav til dommerne, at de skulle være »vederhæftige og uberygtede dannemænd, som skulle skikke hver mand ret uden vild«. Der er bevaret en stor del af det officielle materiale, der i enevældens første år af centraladministrationen indsamledes til belysning af dommernes kvaliteter og vilkår med henblik på en nyorganisation af retsvæsenet. Meget oplysende for den, der vil danne sig et indtryk af, i hvilket omfang dommerstanden levede op til Danske Lovs idealer, er de svar, der indkom på en ordre 1686 til landsdommerne om at give oplysning om hver enkelt herredsfogeds og birkefogeds eller retsskrivers dygtighed eller udygtighed. Formålet hermed var at skabe grundlag for overvejelser om den allerede omtalte reduktion af antallet af retskredse ved sammenlægning. Særlig de jyske landsdommeres indberetning fra 1687 er udførlig og giver et lidet flatterende billede af retstilstanden. Om en herredsfoged hedder det f.eks., at han er »ganske udygtig til bestillingen, tilmed kan hverken læse eller skrive«. Om en anden, at han er »ikke aleneste uvederhæftig og ganske udygtig, men også fordrukken, og det synes ikke han haver sin fulde fornuft, og af des årsag gør hvad ham selv lyster ...«. Om en tredje hedder det, at »foruden han er af mærkelig stor malice og vanvittighed er (han) ganske

Enevælden

udygtig og uvederhæftig, hvorudover den vederfares bedst ret hos hannem og andre deslige, som hans nødtørftighed vil bedst ihukomme, han også skal have tilladt parterne at gøre koncept til dommen, som han afsiger«. Af sådanne karakteristikker er der mange, mindre end halvdelen af dommerne fandtes på det tidspunkt egnet til at fortsætte under en ny embedsstruktur.

At tilstanden 40 år efter i Jylland ikke er væsentligt bedret, viser et forslag af 1730 fra stiftamtmand Jørgen Bilde til Jyllands slette tilstands forbedring. Her omtales også retsvæsenet, og der gives den generelle karakteristik af dommerne, at de er »ulovkyndige, interesserede (partiske), ja ilde intentionerede, og altså udygtige til slige bestillinger«. Som eksempler fremhæves bl.a., at »udi Skagen er byfogden en reduceret løjtnant, samme er så uvittig som ulovkyndig«. Et eksempel på en noget særpræget embedskumulation findes i Hjørring, hvor byfogden tillige er herredsfoged over Han og Vennebjerg Herreder, som »haver desforuden formedelst han har været Hans Majestæts lakaj, Skagen og Anholt fyrer at holde ved lige med kul, hvorved han efter kontrakt sluttet med en anden, som fyret ved lige holder, profiterer årlig 600 rdl; samme byfoged er en ulovkyndig dommer (omendskønt efter al apparence skal være en ærlig mand), men snarere dømmes efter eget godtbefindende end efter allernådigste lov og forordninger«. Som midler til afhjælpning af denne tilstand nævnes af Jørgen Bilde bøder og lønforbedringer.

Særlig kritisable synes forholdet at have været i de birker – retskredse undtaget fra den almindelige herredsinddeling – hvor det ifølge privilegier tilkom adelige godsbesiddere at udnævne birkefogeden. Det var som regel en ridefoged, tjener eller lakaj, der udpegedes dertil, men det kunne også være lokale folk, hvorved kvaliteten undertiden yderligere sænkedes, som i et birk i Nordjylland, hvorom det i Jørgen Bildes nævnte forslag hedder, at her findes den sletteste birkefoged, »thi han er en fattig fisker, som kan hverken læse eller skrive, dets årsag når et puds skal gøres, søger slige folk til samme ting«. Dommeres vankundighed – og efterhånden også prokuratorers slethed – hører til det faste arsenal, når der er tale om enevældens retsliv. En lang række indberetninger og andre udsagn vidner da også om, at retsudøvelsen mange steder var afhængig af personer uden tilstrækkelige forudsætninger for at varetage et dommerhverv. De dårligste dommere har man fundet i de ringe lønnede landdistrikter og ganske særlig i de adelige birker.

Den rekruttering til fogedembederne, man i ældre tid havde kendt blandt selvejerbønder eller i byerne købmænd, havde – efterhånden som embederne i takt med samfundsudviklingen blev mere byrdefulde og komplicerede – ikke kunnet opretholdes, da få ønskede det afbræk i næringen, der var en følge af påtagelsen af et byrdefuldt, men dårligt lønnet offentligt hverv. Det kan også for rekrutteringen af dommere på landet have spillet en rolle, at der

Enevælden

i løbet af 1600-tallet synes at være sket en generel forarmelse af bondestanden, og at det derfor var vanskeligere at finde egnede kandidater. Ofte viste det sig nødvendigt at hente folk udefra. Det kunne være kongelige lakajer eller andre, som kongen ønskede at vise en gunst.

Om alle underretsdommere var så ringe er svært at sige med sikkerhed. De tusinder af sager i tingbøgerne viser, at befolkningen i hvert fald søgte til de lokale domstole for at få deres tvister afgjort, og det ville de næppe have gjort, hvis mistilliden til dommernes kvalifikationer var helt generel. Der har formentlig været store variationer fra retskreds til retskreds.

Nogen særlig indsats for at bedre de her skitserede forhold udover en række embedssammenlægninger spores ikke i enevældens første år, men efter Christian VI's tronbestigelse i 1730 blev der sat ind på en forbedring af dommerstanden. I 1731 udgik et reskript til amtmændene med anmodning om at skaffe oplysning om alle juridiske embedsmænd. I amtmændenes svar finder vi som 40 år tidligere klager over retsembedsmændenes ringe kvalitet, men også flere tilkendegivelser af, at de måtte betragtes som kvalificerede. Om der er tale om en egentlig bedring i de forløbne år, er imidlertid vanskeligt at sige. Man var dog nu opmærksom på, at en betryggende retspleje ikke blot afhang af dommerne, for året efter henlede en amtmand, den senere oversekretær i kancelliet J.L. Holstein, tillige opmærksomheden på de slette prokuratorer. Noget umiddelbart resultat syntes disse indberetninger ikke at medføre. Først nogle år efter, da Holstein var blevet oversekretær i kancelliet, gennemførtes ved en forordning af 10. februar 1736 den reform, der efterhånden skulle føre til, at der fremkom en egentlig faguddannet stand af embedsmænd, nemlig indførelsen af en juridisk eksamen ved Københavns Universitet.

Forud for indførelsen af en juridisk eksamen var i 1735 gennemført nye regler om pålæggelse af bøder til prokuratorer for unødigt trætte og regler om overretternes adgang til at pålægge underordnede domstole bøder for afsigelsen af gale domme – *pro meliori informatione*. I indledningen til denne forordning af 23. december 1735 udtaltes en skarp dom over datidens dommere og prokuratorer. Det hedder her om underdommerne, at deres »egenlyttheden, vankundighed eller partiskhed haver spildt parternes ret, og den ved vrang og uforsvarlig handling således forvirret, at den aldrig mere kom i lyset, og de i det mindste ere blevne nødte til med største bekostning at søge ved Højesteret, hvad de ved første instance burde have erholdt etc.«. Her nævnes kun Højesterets overbebyrdelse med appelsager. Antallet af sager ved landstingene var i denne periode lavere end tidligere. Nogle indberetninger

Enevælden

fra Viborg Landsting tyder således på et langt lavere antal sager, men ofte mere omfattende og komplicerede i det 18. århundrede end i det 17. århundrede.

Et usikkerhedsmoment er spørgsmålet om, hvorfor og tidspunktet hvornår en så markant forringelse af dommerstanden er indtrådt som den, der afspejles i de indhentede erklæringer fra enevældens første år. Nogle mener, at det er enevælden med dens centralisering af udnævnelsesproceduren, der var årsag hertil, men spørgsmålet er om ikke enevælden overtog et allerede ringe korps af herredsfogder, by- og birkefogder, som kom til kort over for nye, mere komplicerede sagstyper, som man ikke havde kendt tidligere. Vi savner de undersøgelser på grundlag af praksis, der kan give sikkerhed for nogle antagelser herom. Klager over retsplejens bedrøvelige tilstand lød også andre steder. Kong Frederik Wilhelm I af Preussen klager i 1713 over, at »die schlimme Justiz zum Himmel schreit, und wenn ich es nicht remediere, ich selbst die Verantwortung auf mich lege« – det var tilsyneladende en almindelig klage i samtiden.

Indførelse af juridisk eksamen 1736

Forordning af 10. februar 1736 (uddrag)

Fr. anl. hvorledes med examinibus iuridicis ved Københavns Universitet herefter skal forholdes; (på det justitien ved retvise og bekvemme rettens betjente og procuratores desbedre kan blive plejet).

I post.) Om examinibus iuridicis (se fund. 7 maj 1788. IV kap. 15:19). 1.) Ingen studiosus må herefter søge noget enten dommer- eller procuratorembede eller anden civilbestilling, som i ringeste måde med justitien har at bestille, med mindre han af facultate iuridica publice er eksamineret, og har fået sådan en karakter, som kan vidne om hans dygtighed til det embede, han attråer. 2.) Til den ende skal facultas iuridica månedlig, så ofte nogen studiosus juris melder sig, holde, ligesom ved fac. theologica sker, examen iuridicum offentlig på consistorio på latin, således, at hver gang ej mere end 8 personer til eksamen antages, på det de desto nøjere kan overhøres; Og skal med examen iuridicum, hvad examinatores og examinandus selv, notarii embede, tiden, stedet, protocola, såvel quæstionum som distinctionis, og schedulam attestatoriam angår, i alle måder forholdes, ligesom der ved den theol. eksamen er anordnet. ... 4.) I den juridiske eksamen skal, ligesom i den theologiske, være 3 karakterer neml. a.) Haud contemnendus, hvortil fordres at være nogenledes grundet in iure naturæ og derhos forstå den Danske og Norske Lov og rettergangs måde, samt de in institutionibus forekommende terminos iuridicos. b.) Haud Illaudabilis, hvortil kræves at være vel grundet in iure naturæ & gentium, forstå den Danske og

Enevælden

Norske Lov og rettergang, og have nogenledes kundskab om den nu brugelige jurisprudentia romanogermanico. Og c.) Laudabilis, hvortil, fordres at være vel grundet ifl jure naturæ, gentium & universali samt danico & norvegico, og have en god kundskab om jure romanogermanico og dets forskel fra jure danico, samt have nogenledes fattet jus militare & jus publicum universale danicum og germanicum, så de fornødne ting deraf vides. 5.) Før nogen studiosus admitteres til juridisk eksamen, må han først anmelde ved fakultetet under sin hånd sit navn alder, fødested, og forældre, samt når og fra hvad skole han er dimitteret, hvad han formener sig ifl omnibus partibus jurisprudentiæ at præstere, hvad for collegia han har hørt, og derhos fremlægge sin privat præceptors bevis om sin flid og forhold. 6.) Er en candidatus end ydermere funderet i andre partibus jurisprudentiæ, som ifl jure feudali criminali germanico, samt forskellen imellem den nuværende Danske og Norske Lov og rettergang fra de gamle enten Danske eller Norske Love, eller de endnu i de kgl. tyske provinser brugelige, sachsiske og lybekske rettergangs ordninger, da må facultas juridica, når det in examine godtgøres, derom foruden hans fortjente karakter melde noget aparte i den ham givne schedula attestatoria. 7.) Alle med en af ovenstående karakterer aflagte kandidater skal desuden efter det juridiske fakultets forskrift udarbejde et indlæg og en dom over en dem forelagt casus, hvorover fakultetet ligeledes skal censurere og give kandidaten derover et aparte bevis på samme måde, som ved dimisprækers censur er brugeligt i det theol. fakultet. 8.) Efter eksamen skal examinatus med håndrækning og stipulata manu forpligte sig for examinatores, at han aldrig vil videndes vige fra ret og retfærdighed, mindre råde nogen til at føre uforholdne processer eller i andre måder *consulendo concurrere* til nogen uretvis sag eller intention. ... 10.) Om nogen, som ej har studeret og derfor ej kan publice eksamineres, begærer, privatim at eksamineres, må det ske, og når han da i den danske og norske proces findes tilstrækkelig grundet, nyder han bevis derfor på 24 skilling stemplet papir, hvori tydelig skal sættes, hvorvidt han in examine har vist sig: a.) I naturens lov, såvidt den af danske og tyske bøger kan fattes. b.) I den danske proces. c.) I loven og lovkyndighed selv. d.) Og endelig i indlægs eller dommenes forfættelse grundet og færdig. Da ingen må nyde slig attest, som ikke i det mindste er nogenledes om naturens lov og om den danske proces tilstrækkelig informeret.

Først efter indførelsen af en juridisk eksamen i 1736 blev universitetskundskaber tillagt betydning ved dommerembeders besættelse, men også tidligere havde personer med visse universitetsstudier bag sig været ansøgere til embeder, der især for fallerede eller undertiden også for uddannede teologer kunne blive en levevej. Et eksempel fra det 18. århundrede er en vis Hans Borgen, om hvem det hedder, at »da han ikke har gaver for prædikestolen, har han lagt sig efter lov og ret«. Han optræder flere gange blandt ansøgere

Enevælden

til et dommerembede. Det skulle imidlertid være nogen tid, førend uddannede jurister blev reglen blandt underretternes personel. Endnu i 1759 skriver Henrik Stampe i en erklæring, at »det vil endnu være noget, førend man i Danmark kan lægge denne formodning til grund for en lov eller anordning rettergangsmåden vedkommende«, at man havde at gøre med »fornuftige og lovkyndige dommere, der havde tilstrækkelig indsigt i vores lovkyndighed og dens sammenhæng«. At man ikke kunne forvente hurtigt at råde over et faguddannet korps af dommere, var man klar over allerede i 1736, og der indførtes derfor for at råde bod på mangelen af egentlige juridiske kandidater en eksamen for ustuderede personer, der kunne lade sig privat eksaminere, og som ifølge forordningen 1736 da forud for andre kunne komme i betragtning ved besættelse af embederne som herreds-, by- eller birkefoged eller skriver og underretsprokurator. Man forudså nemlig, »at ej så hastig findes så mange og bekvemme og vel studerede jurister, som til alle dommers, skrives eller prokuratorers embede ved underretterne udfordres ...«. Tid denne eksamen krævedes alene et mere overfladisk kendskab til dansk ret og proces, til naturretten og til at forfatte indlæg i retssager. Dette krav blev yderligere udvandet, da det i anledning af en konkret sag i 1737 blev tilladt at lade denne eksamen foregå lokalt, uden at den pågældende behøvede at begive sig til Universitetet i København for at lade sig eksaminere. Der var embeder, der var så små og dårligt lønnede, at de ikke kunne afholde rejsen til København uden derved at beslaglægge flere års indtægter. Det siger sig selv, at resultatet blev uensartede fordringer ved de enkelte jurisdiktioner og tilsvarende uensartede kvalifikationer.

Forordningen af 1736 blev imidlertid end ikke overholdt i praksis. Det hændte hyppigt, at juridiske kandidater blev tilsidesat for andre ansøgere. Imidlertid bredte den opfattelse sig dog efterhånden, at blot praktisk færdighed ikke var tilstrækkelig til bestridelsen af et dommerembede, men at hertil måtte kræves teoretiske juridiske kundskaber. Men det kneb med at få denne anerkendelse til at trænge igennem, og det var typisk for tiden, at den juridiske professor P. Kofod Ancher i 1760-erne endnu diskuterer det spørgsmål, om en ukyndig eller en uretfærdig dommer måtte anses for den mest skadelige, hvorved han når til det resultat, at den ukyndige må anses som den værste og farligste, da den uredelige, men dog lovkyndige dommer i hvert fald ofte af ærekærlighed eller frygt for straf selv imod sin vilje måtte antages at ville afsige rigtige domme, mens den ukyndige ville være helt ude af stand hertil.

De overordnede domstole Højesteret og landstingene havde en ganske anden personel sammensætning end underretterne. For perioden 1685-1725

Enevælden

viser en undersøgelse af 60 højesteretsdommere, at kun fem havde foretaget juridiske studier, mens i hvert fald 25 havde universitetsstudier i øvrigt bag sig.

I perioden 1725-1771 havde af 58 dommere 16 studeret jura og ialt 30 foretaget universitetsstudier. Et vendepunkt indtræder ved den nye højesteretsinstruks 1771, hvorefter alle nyudnævnte dommere skal være juridiske kandidater. Denne ændring i Højesterets fagkyndighed afspejler sig i vøteringerne, der omkring midten af århundredet i højere grad end tidligere kommer til at antage karakter af en teoretisk analyse af sagsforholdene.

Omkring 1790 var de fleste underrettsdommere eksaminerede omend kun som ustuderede. Først i 1821 blev der i en ny forordning om juridisk embedseksamen truffet bestemmelse om, at alle dommere herunder underrettsdommere skulle være juridiske kandidater. På dette tidspunkt var underrettsdommerembederne imidlertid blevet langt mere lukrative gennem ændringerne i sportelvæsenet omkring 1800. Blandt landsdommerne var i slutningen af det 18. århundrede langt de fleste juridiske kandidater. Højesteret fik i 1790 sin første eksaminerede justitiarius, men alle ordinære assessorer var på det tidspunkt juridiske kandidater.

Hof- og Stadsretten

I sin egenskab af generalprokurør var Henrik Stampe medvirkende ved gennemførelsen af enevældens vigtigste reform inden for domstolsorganisationen, oprettelsen i 1771 af den såkaldte Hof- og Stadsret i København. Indtil da var jurisdiktionsforholdene i København præget af en betydelig usikkerhed og minde om i uoverskuelighed om, hvad man fandt mange steder i udlandet – en lang række forskellige jurisdiktioner, hvis indbyrdes kompetence kunne være vanskelig at holde rede på. Fra gammel tid havde man således et byting og en rådstueret, men hertil kom for kongelige betjente i rang en hofret og en borgret for hoffunktionærer uden for rangen. Tyveri- og hælerisager tog den i 1686 oprettede inkvisitionskommission sig af. Undersøgelsesdommerne og de sigtede var som regel personer med tilknytning til militæret, og man anvendte her barskere forhør end ellers, således forskellige former for tortur. Mindre straffesager afgjordes af politikammerretten, som vedblev at bestå med en ændret organisation også efter 1771. Visse sager, navnlig politisager og skifter, behandledes af magistraten som domstol. Ægteskabssager hørte under Konsistorium ved Universitetet som tamperret. Konsistorium havde endvidere jurisdiktion over de til Universitetet knyttede personer, mens under- og overadmiralitetsretten havde jurisdiktion i sager vedrørende søværnets personel, og også de militære garnisoner og regimenter holdt selv justits. Det blev Struensees blivende fortjeneste for dansk

Enevælden

retsvæsen at skære igennem denne jungle ved at beordre én ny almindelig jurisdiktion oprettet med ophævelse af alle tidligere jurisdiktioner. Den egentlige initiativtager var vel i øvrigt næppe Struensee, men derimod hans håndgangne mand A.U. Holstein, der ved et kup kort forinden var blevet gjort til overpræsident i København, og som ønskede magistraten befriet for judicielle opgaver. Det var Henrik Stampe, der førte reformen ud i praksis. Han har senere berettet om det hastværk, hvormed opgaven gennemførtes.

Med oprettelsen af Hof- og Stadsretten den 15. juni 1771 var der ikke blot skabt orden i hovedstadens jurisdiktionsforhold, men også skabt en moderne domstol, der er den umiddelbare forløber for Københavns Byret. Nyt var det således at lade retten operere i forskellige afdelinger, således at forundersøgelsen i kriminalsager, skiftesager, vidneafhøringer og fogedsager behandledes af hver sin dommer, ligesom en dommer havde indseende med tinglysningsvæsenet. I hver dømmende afdeling medvirkede fem dommere. Særlig vigtigt var det imidlertid, at dommerne i Hof- og Stadsretten var ansat der som faste dommere. Men hvervet som dommer i denne ret kunne ikke forbindes administrative hverv. Med gennemførelsen af denne bestemmelse var taget et væsentligt skridt i retning af en professionalisering af dommerstanden.

Med denne domstol var retsplejen i København blevet effektivt organiseret. Straks efter Struensees fald søgte imidlertid de institutioner, der var blevet berøvet myndighed og ikke mindst indtægter ved, at skiftevæsenet var blevet centraliseret, at få deres jurisdiktion igen. Det gjaldt militæret, magistraten og også Universitetet, der beklagede sig over, »at de tabe deres agt hos studenterne med videre, ved det de ikke kunne straffe de genstridige«. I en lang erklæring forsvarede Stampe imidlertid Hof- og Stadsretten mod sådanne anslag.

1805 afskaffedes de fire bestående landsting på Sjælland, Fyn, Lolland-Falster og i Jylland, og der oprettedes i stedet to landsoverretter i København (hvor landsoverretten knyttedes til Hof- og Stadsretten) og i Viborg. 1821 blev som nævnt juridisk kandidateksamen gjort til en betingelse for opnåelse af ethvert dommerembede såvel ved underretterne som ved de overordnede instanser.

24-timers reglen

En ny forordning om »rettens vedbørlige og hurtige pleje« fra 1796 bestemte dommernes opgaver i forbindelse med retsplejen. I denne forordning var med den franske forfatning 1791 som forbillede indsat en bestemmelse om afholdelse af forhør inden 24 timer over den, der er blevet anholdt.

Enevælden

Forordning af 3. juni 1796 IX kap., art. 25:

Når nogen på grund af misgerning eller forbrydelse er blevet pågrebet og fængslet, da skal den vedkommende rettens betjent inden 24 timers forløb holde forhør over den anklagede eller angivne skyldige og derunder tillige imodtage forklaringer af alle dem, som er til stede og kan give oplysning om sagen.

Privatretten i det 18. århundrede

I løbet af det 18. århundrede blev det mærkbart, at Danske Lov kun udgjorde en del af det eksisterende retsgrundlag. Fremkomsten af en dansk retsvidenskab, der stod friere i forhold til lovens tekst, og som var inspireret af samtidens naturretlige strømninger, var med til at afdække de mange retlige spørgsmål, som loven ikke havde taget stilling til, eller som det kunne være vanskeligt på grundlag af bestemmelserne i Danske Lov at nå til en klar besvarelse af.

For en ydre betragtning kan det 18. århundredes danske retsliv tage sig ud som en bølgedal mellem to højdepunkter. I 1683 fuldførtes arbejdet med udarbejdelsen af en næsten fuldstændig kodifikation omfattende ikke blot privatretten i snævrere forstand, men også strafferetten og processen, en bedrift som førende lande i Europa først omkring 1800 og senere kunne påvise sidestykker til. Til gengæld blev begyndelsen af det 19. århundrede den periode, hvori Ørsteds virke inden for så godt som alle retslivets områder faldt, hvorved en moderne dansk retsvidenskab grundlagdes. Med dette udgangspunkt er der tilsyneladende ikke meget tilbage til det 18. århundrede – ingen store lovgivningsarbejder og tilsyneladende ingen virkelig store retslære, der kunne bryde nye veje. Undersøger man imidlertid det 18. århundredes retsliv nærmere, vil denne opfattelse vise sig at være for unuanceret. Det blev en vigtig opgave at supplere Danske Lov, hvor denne i særlig grad måtte føles mangelfuld. Denne opgave måtte i vidt omfang løses af retspraksis. I sin disputats *Studier over nyere dansk Formueretspraksis* har Thøger Nielsen givet et indtryk af den stadig voksende sikkerhed, hvormed Højesteret gav sig af med denne opgave. Det er tyskeren v. Savigny, der har skabt forestillingen om det 18. århundrede som »sehr arm an grossen Juristen«, en udtalelse, der ganske vist var møntet på Tyskland, men som med Savignys overvældende indflydelse er blevet stående. De senere års forskning har på en række punkter modificeret denne opfattelse og påvist, i hvilket omfang det 19. århundredes retsvidenskab står i gæld til det 18. århundrede. Det gælder også lovgivningen, hvor ikke mindst slutningen af det 18. århundrede – også

Enevælden

i Danmark – blev en reformperiode, der skabte fundamentet for en moderne retsorden.

Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2

Grundlaget for domstolenes virksomhed var Danske lov, der i vidt omfang byggede på ældre ret. Visse bestemmelser var imidlertid helt nye. Det gælder bl.a. inden for privatretten bestemmelserne i 5-1-1 og 5-1-2 om kontraktfrihed, som var i overensstemmelse med det samtidige naturretlige princip om alle løfters bindende kraft. 5-1-2 med dens fremhævelse af, at alle slags kontrakter skulle holdes, kan tages som et udtryk for afstandtagen fra romerrettens typetvang, hvorefter kun bestemte kontraktstyper anerkendtes. Samtidig har bestemmelserne i 5-1-1 og 5-1-2 medvirket til, at der ikke har udviklet sig formkrav i dansk aftaleret. Et andet eksempel på nydannelser er reglen i 3-19-2 om husbondansvar. Reglerne om vindikation byggede på ældre lovgivning og retspraksis, mens det var en ny bestemmelse i 5-14-56, der kom til at danne det juridiske grundlag for udviklingen af negotiabilitetsregler i gældsbrevslovgivningen. I det følgende, som i et vist omfang må sammenholdes med kapitel 4 om naturretten, skal gives nogle eksempler på samspillet mellem Danske Lovs regler, retspraksis og retsvidenskab indenfor vigtige dele af formueretten.

Danske Lov

Femte bog; Om adkomst, gods og gjeld.

1. kapitel, om contracter og forpligter.

1. Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med mund, hånd og segl, lovet og indgået haver.

2. Alle contracter, som frivillig gøres af dem, der er myndige, og komme til deres lavalder, være sig køb, salg, gave, mageskifte, pant, lån, leje, forpligter, forløfter og andet, ved hvad navn det nævnis kan, som ikke er imod loven, eller ærbarhed, skulle holdes i alle deres ord og punkter, så som de indgangne ere.

Vindikation og eksstinktion

Forholdet mellem godtroende omsætnings erhververe og den ejer, som uretmæssigt har mistet besiddelsen af en ting, hører til de traditionelle formueretlige problemstillinger, som har givet anledning til omfattende spekulationer. Vindikationsregler og eksstinktionsregler er betegnelsen for de regler, der løser en sådan konflikt vedrørende ejendomsrettens beskyttelse: Hvis en ting er frakommet ejeren på uretmæssig måde, og han kan kræve den tilbage fra

Enevælden

en tredjemand, der sidder inde med den i god tro, taler man om vindikation; kan tredjemand beholde tingen, foreligger eksstinktion. Ordet eksstinktion er nyt i dansk retssprog. Det benyttedes første gang i slutningen af forrige århundrede. Også ordet vindikation er af nyere dato i dansk retssprog, men det viser tilbage til et romerretligt begreb *rei vindicatio*, der betegnede en ejers ret til at kræve sin ting tilbage fra den, som uretmæssigt sad inde med den.

Landskabslovenes regler er omtalt tidligere. I byerne spillede omsætnings-hensynet en større rolle end på landet. Det voksende handelssamkvem førte til en anerkendelse i købstaden af mere differentierede løsninger af vindika-tions- og eksstinktionsproblematikken. Formentlig under indflydelse af hanseatisk ret henviste man undertiden til princippet »Hånd skal hånd få«, som grundlag for eksstinktion i betroelsestilfælde. Det var en overførelse af en tysk retssætning »Hand muss Hand wahren«, som indebar, at løsøre kun i tilfælde af ufrivillig, men ikke ved frivillig afståelse af besiddelsen, kunne søges tilbage fra erhververen. Efter receptionen af romerretten i Tyskland o. 1500 fortrængtes denne regel i et vist omfang af det romerretlige vindika-tionsdogme, undertiden udtrykt i sætningen »ubi rem meam invenio, ibi vindicio« (hvor jeg finder min ting, der vindicerer jeg).

To rettertingsdomme fra 1590 viste, at princippet »Hand muss Hand wahren«, en overgang var anerkendt i København.

De vigtigste bestemmelser i Danske Lov, der tager stilling til spørgsmålet om vindikation og eksstinktion, er 6-17-5, 5-8-12 og 5-7-4, der alle hjemler vindikation. Bestemmelserne i Danske Lov 5-7-4 og 5-8-12 er formentlig inspireret af de nævnte rettertingsdomme fra 1590. Dommene statuerede vindikation med en dobbelt begrundelse, dels at der var rådet uhjemlet over betroede eller frempantsatte genstande, og dels at de, der modtog tingene som fremlån eller i frempantsætning, ikke var i god tro. En anden kilde til 5-7-4 og 5-8-12 er Chr. IV.s Norske Lov (1604), der hjemler vindikation uden at omtale betydningen af tredjemands subjektive forhold.

Vindikationsregler

Af Danske Lov

5-7-4

Håndfået pant må ingen til anden overdrage for højere sum, end som han det selv til pant annammet haver, og når den pantsettende betaler hovedstolen, som det er udsat for, med sin tilbørlig rente skadesløs, da bør pantet ham igen at

Enevælden

leveres af den, som det er overdraget til, og han søge sin skades opretning hos den, som det til ham overdrog.

5-8-12

Gør nogen fremlån, sælger, eller pantsætter det, som han selv til låns bekommet haver, da må den, som det udlånt haver, søge sit igen hos hvilken han vil, enten den, som det til låns bekom, eller den, som det findes hos Og hvo som sælger, eller pantsætter det, som ham lånt er, han bør at bøde til den, som udlånte, foruden lånets igengivelse også sine tre mark.

6-17-5

Torvekøber mand nogen stjålne koster, og ejermanden kommer og kender sig derved, da bør den, som købte, lovligen med vidne at bevise, at han torvekøbte dem, og gøre sin ed at han hverken er tyv, eller tyvs medvider, og ved ej hvo hans købmand var, og have dog tabt sit værd. Kan han opsøge sin købmand, da søge hos ham sin skades oprejsning.

Naturretten, der beherskede retsopfattelsen siden midten af 18. århundrede, byggede i overensstemmelse med romerretten på et absolut vindikationsdogme. Vindikationsretten ansås at være en følge af selve begrebet om ejendomsret. Der eksisterede således intet eksstinktionsproblem. Dette er klart udtalt af den juridiske professor Nørregaard i hans *Naturrettens første Grunde* (1784): »Vi tillægge derfor en ejer fuldkommen ret til at tilbagesøge eller vindicere sin ting, og det fra enhver, såvel den troskyldige, som den svigagtige tingens besidder«. Denne opfattelse beherskede både teori og praksis. Naturretten betød imidlertid ikke på dette punkt en ændring i retsopfattelsen. Den teoretiske konstruktion var i overensstemmelse med de resultater, der var nået i retspraksis på grundlag af Danske Lov.

Der lød først nye toner, da Ørsted i en afhandling fra 1824, som egentlig omhandlede gældsbreve, også for så vidt angik løsøre, tog afstand fra »den forudsætning, at den ret til at vindicere tingen fra den uskyldige tredjemand er en naturretlig og umiddelbar følge af begrebet om ejendomsret«, og fremhævede, at naturretslærerne i virkeligheden udledte af ejendomsretsbegrebet, hvad de selv havde lagt deri. Ørsted tog til orde for en begrænsning i vindikationsretten med udgangspunkt i sin teori om ejendomsretten som begrundet i det retlige samlivs tarv, der i et vist omfang fordrede en beskyttelse af godtroende omsætningserhververe (sml. nf. s. 263). Ørsted ville gå ret vidt i retning af eksstinktion, når erhververe var i god tro.

Anders Sandøe Ørsted om vindikation

Af Arkiv for Retsvidenskaben 1. Del (1824)

Mere grundigt synes de at gå frem, der bygge hin vindikationsret på den sætning, at ingen kan overdrage større rettighed, end den, han selv har, og at altså den, der middelbart eller umiddelbart har fået en ting fra tyven, finderens, bedrageren eller låntageren, lejetageren, depositarius o.s.v., ikke kan have erhvervet den ejendomsret over tingen, som manglede den person, hvorfra hans adkomst skulle stamme, skønt han for resten måtte have erhvervet tingen på den redeligste måde og i de bedste former. Denne slutningsmåde ville vel være aldeles uforkastelig, såfremt ejendomsrettens oprindelige erhvervelse skete i kraft af det forhold, hvori en ensidig handling (bemægtigelse eller bearbejdning) bragte tingen til en bestemt person. Men, når man forkaster denne lære om ejendomsrettens første grund i en med menneskenes fælles retlig interesse garanteret præsumtiv forening, så kan man heller ikke søge grunden til ejendoms afledte (derivative, som man meget upassende plejer at oversætte ved overdragende) erhvervelse, alene i dens vilje, hvorfra ejendommen går over, men der må ses hen til det retlige samlivs tarv. Ligesom ejendomsret er nødvendig, for at give den udvortes frihed et stof, hvorpå den, med sikkerhed, kan virke, således må og de regler, hvorefter ejendomsret kan erhverves ved borgernes indbyrdes mellemhandlinger, være således beskafne, at hint øjemed dermed kan bestå. Hvor altså en ubetinget ret til tilbagesøgningen af den én mod éns vilje frakomme ting ville ophæve ejendoms frie og sikre benyttelse og således forstyrre den borgerlige samhandel, der bør denne tilbagesøgning ikke tilstedes. Det ville således være stridende imod de grundsætninger, hvorpå al ejendomsret hviler, om penge skulle være genstand for slig vindikationsret.

Det kunne endog være meget tvivlsomt, om ikke enhver, der tilforhandlede sig en rørlig ting, især dem, som er af mindre betydning, burde være sikret ved en åbenlys og i sin form aldeles uforkastelig handel, indgået med en person, der er aldeles umistænkelig, ja vel endog har en særdeles bemyndigelse til at handle med deslige ting, eller om man ikke i det mindste skulle indrømme den, der havde slig erhvervelse for sig, adgang til at få sine udlagte penge igen, når den forrige ejer ligefuldt måtte anses berettiget til at søge tingen tilbage fra én. Endnu mere har det for sig, at den ejer, der ved lån, leje, forvaring, pantsætning eller på anden måde selv har afstået tingens besiddelse til en anden, må lade sig nøje med regres til sin medkontrahent, såfremt denne har misbrugt den ham viste tillid, ved at afhænde eller pantsætte tingen til tredje mand.

Hans tanker herom, som også var inspireret af fremmed ret, hvor vindikationsprincippet var mindre udtalt, vandt ikke megen genklang i samtiden. Et lovforslag, som Ørsted havde udarbejdet i kancelliet om indskrænkning i vindikationsretten, blev heller ikke fremmet.

Enevælden

Reglerne om vindikation og eksstinktion i de nordiske lande er indbyrdes afvigende. I Sverige og Finland er eksstinktionsprincippet fremherskende.

Spørgsmålet blev taget op på et nordisk juristmøde 1884, og i slutningen af det 19. århundrede kom man i retspraksis ind på eksstinktionsbetragtninger. Denne tendens er fortsat i dette århundrede, men i tilfælde af tyveri og betroelse gælder stadig som udgangspunkt Danske Lovs regler om vindikation.

I gældende dansk ret beskytter en række nyere bestemmelser den godtroende omsætningserhverver og hjemler således eksstinktion, f.eks. aftalelovens regler om fuldmagt med særlig tilværelse, lov om ægteskabets retsvirkninger § 14, kommissionslovens §§ 54-55, og i retspraksis har udviklet sig den såkaldte forhandlergrundsætning. Ældre regler, særlig Danske Lovs 5-7-4, 5-8-12 og 6-17-5, er udtryk for det vindikationssynspunkt, der vel stadig må betragtes som udgangspunktet i dansk ret, som herved adskiller sig fra de fleste europæiske retsordener.

Gældsbreve og kredit

Et gældsbrev er en skriftlig erklæring, der hjemler en i hovedsagen ubetinget ensidig fordring på et bestemt pengebeløb. De i dag gældende regler om gældsbreve findes i gældsbrevsloven fra 1938, hvori der sondres mellem simple gældsbreve og omsætningsgældsbreve. For simple gældsbreve gælder princippet i lovens § 27 om, at erhververen af et simpelt gældsbrev ved overdragelsen ikke får en bedre ret end den, overdrageren havde, samt legitimationsreglen i lovens § 29, hvorefter skyldneren uanset overdragelsen kan betale til overdrageren med frigørende virkning, så længe han ikke vidste eller burde vide, at denne ikke længere var berettiget til at modtage betaling. Det for omsætningsgældsbrevene karakteristiske er de særlige negotiabilitetsregler, der skal sikre en let omsættelighed. I kraft af disse regler kan erhververen opnå en bedre retsstilling, end overdrageren havde. Det drejer sig om reglerne om eksstinktion af rettigheder i gældsbrevsloven § 14, fortabelse af skyldnerens indsigelser, §§ 15-17 og regler om legitimation, dvs. regler om betaling med frigørende virkning til andre end rette kreditor.

Gældsbrevslovens regler var ikke en revolutionerende nydannelse i dansk ret, men byggede på en længere retshistorisk tradition.

I 1736 oprettedes Kurantbanken, der var Danmarks første lånebank til støtte af handel og industri. Banken ydede lån mod pantesikkerhed, og hermed blev en regel aktuel om, at afdrag og rente måtte afskrives på selve

Enevælden

gældsbrevet for at have gyldighed mod en senere erhverver, in casu banken, men spørgsmålet dukker også op i praksis i forholdet mellem private skyldnere og fordringshavere. Spørgsmålet om bevarelsen af betalingsindsigelsen, når betalingen ikke var afskrevet på selve gældsbrevet, blev således det første eksstinktionsproblem, som retspraksis blev stillet overfor.

Danske Lov 5-14-56

Den bestemmelse i Danske Lov, som i retspraksis blev udgangspunkt for løsningen af konflikten mellem skyldneren (cessus) og en senere erhverver (cessionaren), var 5-14-56, der lyder således:

»Når noget betales paa en håndskrift, eller kontrakt, enten af hovedstolen, eller renten, eller og den ganske afbetales, eller efterkommes, da skal kreditor og denne, der samme håndskrift eller kontrakt, med rette i hænde haver, det på brevene selv afskrive, eller nøjagtig kvittants derpå give ...«

I virkeligheden tog reglen i Danske Lov efter sin oprindelse næppe stilling til konflikten mellem den oprindelige debitor og en senere erhverver af gældsbrevet, men alene til spørgsmålet om bevis for betaling over for den oprindelige kreditor eller dennes dødsbo, men bestemmelsen var som den eneste almindelige forskrift i loven om kvitteringer et naturligt udgangspunkt i praksis. Hvis man ville antage, at reglen vedrørte forholdet til en senere erhverver, måtte det i øvrigt, som loven er formuleret, medføre, at en løs kvittering blev anset som tilstrækkeligt bevis over for erhververen af gældsbrevet (cessionaren), idet ordet »derpå« må referere sig til betaling og ikke til gældsbrevet. Denne fortolkning understøttes ved kendskab til Danske Lovs forarbejder, idet sætningen »eller... give« er indføjet senere end hovedteksten.

Højesteret fortolkede i en dom af 25. oktober 1766 reglen i DL 5-14-56 således, at løse kvitteringer på betaling, som var udstedt af andre end gældsbrevets indehaver, ikke kunne gøres gældende imod denne.

Højesteretsdom af 20. juni 1796

Hof- og Stadsretsdom af 11.1.1796

I følge en af afgangne regimentskvartermester Fugl under 24.4.1792 til citanten (sagsøger) Joseph Jacob udstedt obligation, ved hvilken en af indstævnte guldsmedemester John Johnsen til Fugls formand i ægteskabet afgangne kammeråd Lihme under 16.12.1783 udstedte panteobligation blev overleveret citanten, som håndfået pant, for såvidt sammes pålydende kapital og renter ved overleverelsen var ubetalte og uafskrevne, søger citanten under nærværende

Enevælden

sag indstævnte tilpligtet at betale sig det ved bemeldte panteobligation fastsatte årlige afdrag af 50 rdlr. fra 11.6.1792 til 11.6.1795 inklusive i alt med 175 rdlr., samt renter af de 575 rdlr., som resterede på obligationen, da den blev pantsat til citanten fra 11.12.1789, indtil betaling sker, hvorhos han tillige har reserveret sin ret til at erholde udbetalt, det som med videre rester på panteobligationen, når samme til betaling forfalder.

Indstævnte har derimod påstået frifindelse, på grund af, at han til afgangne regimentskvartermester Fugl skal have betalt de ved panteobligationen stipulerede årlige afdrag indtil 11.12.1797 inklusive således, at der i alt på kapitalen skal være afbetalt 700 rdlr., tilligemed renterne indtil 11.12.1794 inklusive, hvorom han til bevis har fremlagt en udskrift af panteobligationen med vedhæftede kvitteringer fra Fugl, såvel som en til bemeldte Fugl passerede notarialrekvisition, tilligemed hans svar, som indeholder tilståelse om kvitteringernes rigtighed.

Da det nu herved må anses tilstrækkeligt bevist, at indstævnte har betalt de af ham opgivne summer til afgangne Fugl, så bliver alene spørgsmålet i nærværende sag om denne betaling som stridende mod den ret, citanten ved Fugls obligation af 24.4.1792 havde erhvervet og præsteret til Fugl, på en tid, da han var uberettiget til at modtage samme, kan, i relation til citanten, anses som gyldig, hvilket citanten på grund af lovens 5-14-56, og den med sådan fremgangsmåde formentlig forbundne fare for den borgerlige sikkerhed, har forment at være uantageligt. Lovens 5-14-56 byder, at når noget betales på et håndskrift, enten af hovedstolen eller renter, eller og samme ganske afbetales, da skal kreditor på det på brevene selv afskrive, eller nøjagtig kvittance derpå give. Ordet *derpå* kan ligesåvel forstås om summer der afdrages, som om gældsbeviser, og det første bestyrkes ved artikelens slutning, som udtrykkelig sætter afskrivning, og en af kreditor udstedt særskilt kvittering ved siden af hinanden.

Bemeldte lovsted kan altså ikke anses at indeholde nogen udtrykkelig befaling om, at en debitor skal, til sikkerhed for 3die mand, forde afskrivning på gældsbeviset for de afdrag han betaler til sin kreditor, og en sådan bestemmelse er ej heller ved nogen anden lov udtrykkelig fastsat, men derimod viser forordningen af 27.11.1775 § 2, at kvitteringer for årlig afbetalte renter lovligt kunne meddeles på aparte papir uden for gældsbeviset, ligesom og plakaten af 18.1.1788 viser, at det ikke er nødvendigt, at kvitteringer for betalte fordringer efter domme skrives på disse, men at særskilte beviser derfor kunne modtages. Da nu en debitor, i følge det ovenanførte, ikke kan anses at være forpligtet ved lovene til at forde afskrivning på gældsbeviset selv, for de afdrag, han betaler til sin kreditor, så bliver det en følge af tingens natur, at han må anses tilstrækkelig betrygget for videre krav i den henseende, når han kan fremvise rigtige kvitteringer fra den mand, som i følge gældsbeviset er hans egentlige kreditor, og at det ikke kan pålægges ham at være ansvarlig for dennes lovstridige handlinger, når han ikke er vidende om eller deltagende i dem.

På grund af foranførte, og da citanten må tilskrive sig det selv, om han lider

Enevælden

noget tab ved den skete afbetaling, såsom det har stået i hans magt at forebygge sin skade, ved at lade den til ham af Fugl udstedt obligation tinglæse, eller ved at give indstævnte underretning om den panteret, han ved bemeldte obligation havde erhvervet; Så kan indstævnte (som ikke er overbevist om, på den tid, da han betalte afdragene og renterne til Fugl, at have været vidende om, at denne havde pantsat hans obligation til citanten) ikke efter citantens påstand blive at dømme, men må tillægges frifindelse, imod at betale til citanten de forfaldne renter af de på panteobligationen af 16.12.1783 resterende 350 rdlr. fra 11.12.1794 til 11.6.1795, hvorhos tillige citanten, som i følge en over Fugl ved denne ret under 23.3.1795 afsagt dom har erholdt eksekution udi bemeldte panteobligation, forbeholdes sin ret til at modtage det, som endnu resterer på oftnævnte panteobligation, såvelsom renterne deraf, når samme i følge obligationen til betaling er forfaldne.

Processens omkostninger bliver efter omstændighederne at ophæve.

Thi kendes for ret:

Indstævnte guldsmedemester John Johnsen bør, imod til citanten Joseph Jacob at betale renter 4 procent fra 11.12.1794 til 11.6.1795 af de på indstævntes under 16.12.1783 til afgangne kammerråd Lihme udstedte panteobligation resterende tre hundrede og halvtredsindstyve rigsdaler, i øvrigt for citantens tiltale i denne sag frie at være. Processens omkostninger ophæves.

At efterkommes inden 15 dage efter denne doms lovlige forkyndelse under adfærd efter loven.

Højesterets dom i samme sag afsagt den 20.6.1796

Hof- og stadsrettens dom bør ved magt at stande. Denne processes omkostninger ophæves. Til justitskassen betaler citanten, som tabende, 5 rdlr.

Banker og formentlig også private pengeudlånere indrettede deres praksis efter dommen fra 1766. Det gjorde i hvert fald en ved navn »Joseph Jacob af den jødiske Nation«. Men i en retssag mellem ham og guldsmed John Johnsen stadfæstede Højesteret i 1796 en Københavnsk Hof- og Stadsretsdom som fastslog, at Danske Lov 5-14-56 måtte forstås således, at en løs kvittering for renter og afdrag fra debitor måtte være tilstrækkelig til at frigøre ham også i forhold til en senere godtroende erhverver, og at det derfor måtte påhvile cessionaren at underrette debitor (cessus) om overdragelsen. Denne dom, som kuldcastede hævdunden praksis, vakte opsigt, og kort efter indgav den i 1791 oprettede Speciesbank, som afløste Kurantbanken, et andragende til kongen om en autentisk fortolkning af Danske Lov 5-14-56. Speciesbanken havde ved sine udlån mod pant i gældsbreve indrettet sig i tillid til den

Enevælden

hidtidige retspraksis og så nu sin sikkerhed truet ved vaklen i Højesterets praksis.

Speciesbankens erklæring af 3. november 1796

Til Kongen

I Speciesbankens repræsentantforsamling, den 3. i denne måned, har bemeldte banks direktion fremlagt hosfølgende indberetning fra dens juridiske konsulent, tilligemed ekstrakt af en i Hof- og Stadsretten og Højesteret pådømt sag, betreffende det spørgsmål: Om en panthaver, der har taget en obligation til håndfået pant, taber sin panteret i obligationens pålydende sum, og sit krav hos udstederen, når denne, med løse kvitteringer fra pantsætteren, beviser, at gælden, eller noget deraf, er betalt til ham, uagtet intet deraf findes afskrevet på gældsbrevet, der er i tredje mands besiddelse, som håndfået pant?

Omendskønt denne sag, i og for sig selv betragtet, ikke angår banken, bliver dens følger dog så vigtige for samme, at vi uden at handle imod vor ed og pligt, ikke kunne efterlade at andrage den for Deres Majestæt, med allerunderdanigst bøn, om en autentisk fortolkning over lovens 5 B. 14 K. 56 art.

Courant-Banken har, fra dens stiftelse, i længere tid, end et halvt århundrede, og Species-Banken, fra dens tilværelse, antaget gode pantebreve og obligationer, som betryggende håndfået pant. Man har, i denne henseende, støttet sig på den fornævnte lovs artikel, som udtrykkelig befaler: at,

Når noget betales på en håndskrift, enten af hovedstolen, eller renten, eller og den ganske afbetales, da skal *kreditor* og den, der sådant håndskrift med rette i *hænde haver*,; det *på brevene selv afskrive*, eller nøjagtig kvittants *derpå* give.

Bankens bestyrere har ikke troet, at disse lovens ord kunne tåle nogen anden fortolkning, end denne: at løse kvitteringer, udstedte af andre, end gældsbrevets rette ihænde-haver, ikke skulle gælde imod ham, til hans ejendoms eller pants forringelse.

Denne mening har været befæstet ved adskillige højesteretsdomme, hvilke, i tilfælde af tvistigheder, har kendt for ret, at sådanne kvitteringer ej kunne fornærme gældsbevisets lovlige besidder, når de betalte summer ikke på brevet selv fandtes at være afskrevne.

Til bevis om denne sandhed, vover vi, som eksempel at anføre en højesteretsdom, som er afsagt imellem grevinde Danneschiold Samsøe og justitsråd Thugesson den 25. oktober 1766. – Det kan altså ikke lægges Species-Bankens direktion til brøde, at den, i tillid til lovens bogstav og den øverste domstols fortolkning, har imodtaget gode obligationer til håndfået pant.

Men, allernådigste Konge! da den herved følgende ekstrakt oplyser, at Høje-

Enevælden

steret nu har antaget et aldeles modsat princip i at have stadfæstet en Hof- og Stadsretsdom, der frifinder en obligations udsteder for ihændehaberens tiltale, på grund af kvitteringer fra den, der har pantsat bemeldte gælds-brev, uagtet de betalte penge ej derpå findes afskrevne; så opfordrer den omsorg for bankens velfærd, som medborgeres tillid har betroet i vore hænder, os til at gøre Deres Majestæt opmærksom på denne forandring i domstolenes forklaring over loven; Thi Species-Bankens udlån på håndfåede panter af kongel. obligationer og panteforskrivninger, beløber sig for nærværende tid ikke til mindre, end 2,431,897 rdlr. species, for hvilken betydelige sum banken, såfremt den sidste højesteretsdom skal tjene til regel, i lige tilfælde, ikke har anden sikkerhed, end dens debitorers personlige redelighed.

Allernådigste Konge! vi kender fuldkommen den ærbødighed, vi skylder en dom, som er afsagt i Deres Majestæts navn. Vi ved, at denne er afgørende i den sag, som den angår; Vi skulle derfor ikke heller have ført anke derover, om den end umiddelbar havde angået Species-Banken, for såvidt, som den havde afgjort een enkelt sag, der var genstand for tvistigheden. Det, vi ønsker, og det, som vi med tillid tør vente af Deres Majestæts retfærdighed, det er alene *en fast bestemmelse, til ufravigelig og bestandig regel*; Thi, når domstolenes grundsætninger er uvisse og afvekslende, i sager af en sådan natur, som denne, da vakler den ejendommelige sikkerhed, og den offentlige kredit svækkes i dens grundvold.

Blandt årsagerne til denne vaklen er fremhævet Højesterets »korte hukommelse« med hensyn til tidligere afgørelser. Først efter at man i begyndelsen af det 19. århundrede fik trykte domssamlinger, skabtes en praktisk mulighed for domstolene for at følge tidligere afgørelser. Af særlig betydning for omslaget i retspraksis har dog snarere været indflydelse fra romerretten og naturretten. Overdragelse af fordringer (cession) var i romerretten kun med vanskelighed blevet anerkendt, og det stod fast, at overdrageren (cedenten) ikke kunne overdrage en større ret, end han selv havde. I romerretten anerkendtes oprindelig ikke, at fordringer kunne overdrages. Erhververen af et gælds-brev havde ingen særlig actio. Efterhånden anerkendtes der dog en ret for erhververen af en fordring til at indtale fordringen hos skyldneren som mandatar for den oprindelige kreditor. Fortabelse af debtors indsigelser anerkendtes ikke i romerretten, og denne tankegang havde i løbet af det 18. århundrede påvirket også danske jurister. Af betydning for dommens resultat har sikkert også været det naturretlige princip, at ingen bør betale to gange. I sin kommentar til 5-14-56 fra 1794 fremhæver C.B. Brorson, at det måtte

Enevælden

kræve udtrykkelig lovhjemmel at fravige dette princip. Disse betragtninger omtales i dommen fra 1796.

Foranlediget af den kritik, som højesteretsdommen fra 1796 havde givet anledning til, blev spørgsmålet forelagt generalprokurøren Christian Colbjørnsen, der i en betænkning herom lagde den modsatte fortolkning af 5-14-56 til grund af den, der var fastslået i den sidste højesteretsdom. I overensstemmelse hermed udstedtes gældsbrevsforordningen af 9.2.1798. Det blev fastslået, at løse kvitteringer for erlagte afdrag, der var udstedt af andre end det pantsatte eller overdragne gældsbevis' retmæssige indehaver, ikke kunne gøres gældende imod ham. Ved at lade forordningen fremtræde som en autentisk fortolkning – lovgivers egen fortolkning – opnåedes det at give reglen tilbagevirkende kraft, således at den kom til at omfatte allerede udstedte gældsbreve.

Analogi og modsætningslutning

Ved analogisk anvendelse af grundsætningen i denne forordning (der jo kun vedrører betalingsindsigelsen) på visse indsigelser og ved at slutte modsætningsvis i andre tilfælde nåede retspraksis frem til det system af stærke og svage indsigelser, der ligger til grund for gældsbrevslovens §§ 15-17. I en senere forordning af 28. juli 1841, taltes ligefrem om »en følge af de gældende loves grundsætninger« med henblik på eksstinktion af rettigheder over gældsbreve, der er omfattet af et pant.

Retstilstanden før 1938 er beskrevet af Julius Lassen i hans fremstilling af *Obligationsrettens almindelige Del*, der af Alf Ross i *Ret og Retfærdighed* karakteriseredes som »et rent festfyrværkeri af taskenspillerkunster med vekslende analogislutninger, fulde og partielle modsætningslutninger og udledninger af almindelige grundsætninger«. Efter forordningen af 1798 var alle gældsbreve i princippet negotiable gældsbreve. Først ved gældsbrevsloven gennemførtes sondringen mellem simple gældsbreve og omsætningsgældsbreve. Fortabeligheden af indsigelser om gældsbrevsforholdets ophør antoges ved en højesteretsdom 1809, for så vidt angik betalingsindsigelsen. I 1819 blev afsagt en højesteretsdom, som til støtte for fortabelighed af indsigelsen om, at skyldneren ikke havde modtaget fuld valuta for kravet på ham, henviste til sagens natur og grundsætningen i forordningen af 9.2.1798. Stærke indsigelser blev for så vidt angår forfalskning undtaget fra eksstinktion ved en højesteretsdom af 1869, medens umyndighedsindsigelsen var undtaget ved en højesteretsdom af 1859. Fortabelighed af en eksisterende modregningsadgang i tilfælde af, at gældsrevet for hovedfordringen transporteres til tredje mand, blev fastslået ved højesteretsdom 1887.

Enevælden

Hvad angår rettigheder over gældsbreve, anerkendtes den grundsætning, der i dag er fastslået i gældsbrevslovens § 14, i en af Højesteret i 1804 stadfæstet Hof- og Stadsretsdom om obligationer, der var bortkommet ved tyveri. Under voteringen i Hof- og Stadsretten havde Ørsted voteret for vindikation, idet han mente, at det var gældende rets standpunkt. Ørsted betragtede vindikation som fastslået ved en tidligere dom. Flertallet i Hof- og Stadsretten bøjede sig imidlertid ikke for Ørsteds standpunkt, men fandt, at vindikation ville stride mod obligationers natur og formindske tilliden til dem samt have skadelig indflydelse på kreditvæsenet i almindelighed. Det var denne afgørelse, hvor Ørsted selv kom i mindretal, som sammen med refleksioner over fremmed ret satte ham i gang med at overveje behovet for indskrænkninger i vindikationsretten i almindelighed.

Gældsbrevsforordningen 1798

Forordning af 9. 2. 1798

Fr., som forklarer 5-14-56 Norske Lov 13-54, samt nærmere bestemmer, hvorvidt løse kvitteringer skal anses gyldige for afbetalinger på gældsbreve, når samme ej på brevene selv findes at være afskrevne.

Gr. Da der iblandt de lovkyndige er forskellige meninger om den rette forståelse af 5-14-56 Norske Lov 13-54; i hvilken henseende nogle har antaget, at udstederen af et gælds brev kunne, ved løse kvitteringer fra den deri benævnte kreditor, værgе sig imod en tredie mand, som havde fået gælds brevet overdraget til ejendom eller pant, uagtet de i kvitteringerne anførte summer ikke var afskrevne på den overdragne gældsfor skrivelse; Men derimod andre forklarer de ovenbenævnte lovsteder således, at slige løse kvitteringer bør alene gælde imod dem, der har udstedt samme, og ej komme i betragtning imod tredie mand, der er i lovlig besiddelse af gælds brevet, undtagen for såvidt, som afbetalingerne findes at være antegnede eller afskrevne på selve obligationen eller forskrivningen; Så har kongen, med hensyn til, at betrygge ejendomsretten og den offentlige kredit, anset det gavnligt og fornødent at foreskrive en fast og bestemt regel, i dette tilfælde, til sikker efterretning for alle vedkommende, og til ufravigelig følge ved domstolene. Efterat han, til den ende, har på det nøjeste overvejet og prøvet de grunde, som er fremført for begge disse modsatte meninger, finder han, at den sidste slutning, nemlig: »at løse kvitteringer, der er udgivne af andre, end det pantsatte eller overdragne gælds brevs retmæssige ihænde haver, ikke kan gælde imod ham, til hans ejendoms eller pants forringelse«, fortjener bifald; efterdi denne lovfor klarung både synes rigtigst, efter de foranførte artiklers bogstav, og den tillige stemmer fuldkommen overens med 1-24-34 Norske Lov 22-36, hvor det befales (endog i det tilfælde, at kreditor gives udlæg, ved indførsel af rettens middel, i skyldnerens bo): »at de domme eller breve, efter hvilke indførsel gøres,

Enevælden

skulle nøjagtigt påskrives, og siden tilstilles den, af hvis bo udlæg er gjort«, samt end videre, i tilfælde af, at kreditor ikke ved udlægget har kunnet få sin fulde betaling, og han altså må beholde brevene »at da derpå skal afskrives, hvad han derpå bekommet har, og hvad han videre med rette har at fordr«. Ved at anstille betragtning over lovgiverens øjemærke, udledt fra sand statsklogskab, i forening med retfærdigheds og billigheds grundsætninger, findes det også, at følgen af denne fortolkning bliver velgørende, hvad enten man ser hen til det almindelige bedste, eller til de vedkommende individuelle personer i særdeleshed; Thi, når det, der afbetales på et gælds-brev, afskrives på brevet selv, betrygges skyldneren, som har udstedt håndskriften, imod krav, om endog den ham givne kvittering måtte tabes eller forkomme, og den tredie mand, der imodtager et sådant gældsbevis til pant, eller lader sig det transportere til ejendom, vinder derved fuldkommen sikkerhed for, at det virkelig har sin sande værd og gælder for deres pålydende sum. Heraf følger igen, at den, som trænger til at gøre lån derpå, kan så meget lettere erholde samme. Endelig vinder staten i det hele, formedelst den offentlige kredits opretholdelse, der fornemmeligen befordres ved lettelse i pengeomløbet, og betryggelse i panterettigheden. Endskønt kongen nu, af foranførte årsager, bifalder den bogstavelige fortolkning af 5-14-56 N 13-54, der udtrykker sig således: »Når noget betales på en håndskrift eller kontrakt enten af hovedstolen eller renten, eller og den ganske afbetales eller efterkommes, da skal kreditor og den, der samme håndskrift med rette ihænde har, det på brevene selv afskrive, eller nøjagtig qvitanz derpå give«; anser han det dog tjenligt, at gøre en undtagelse fra reglen, for såvidt renter betreffen, og at tillade, at løse kvitteringer for samme skal have gyldighed og kraft, ikke alene imod udstederen, men endog imod panthavere og andre lovlige besiddere af et gældsbevis; efterdi det ofte kunne være vanskeligt for den kreditor, der selv havde gjort lån på en obligation og leveret denne til sikkerhed, som håndfået pant, at skaffe den tilstede hver termin, for derpå at afskrive de betalte renter; Ligesom ej heller panthaverens betryggelse formindskes derved, at pantsætterten imodtager renterne af sin skyldner, når han igen betaler renter til sin kreditor af den sum, denne har betroet ham til låns på den pantsatte håndskrift. I overensstemmelse med disse forudskikkede grundsætninger, fastsættes herved følgende, som lov:

1.) Ligesom det er kreditors pligt, at levere debitor sin håndskrift kvitteret tilbage, når den hele kapital udbetales; så bør og det originale gælds-brev have tilstede, når noget afbetales i afdrag på kapitalen, og kreditor være forbunden til, i skyldnerens eller hans fuldmægtigs overværelse, både at afskrive på selve brevet det, der afbetales, og tillige at meddele særskilt kvittering derfor. Vægrer kreditor sig ved at efterkomme dette, da bør skyldneren (som vidnesfast anbyder den sum, der skulle afdrages) være berettiget til at holde samme tilbage, indtil kreditor opfylder fornævnte sin pligt; og skyldneren fritages imidlertid for at svare renter af den, til betaling forfaldne og tilbudne, del af kapitalen.

2.) Løse kvitteringer, for afbetalinger på et gælds-brevs pålydende kapital, skal,

Enevælden

når det i afdrag betalte ej tillige findes afskrevet på brevet selv, alene gælde imod dem, der har udstedt samme, men ej anses gyldige imod andre, som, ved pantsættelse, transport eller anden lovlig adkomst, måtte være blevne retmæssige ihændehavere af en sådan forskrivelse.

3.) Dog må renters betaling undtages fra disse regler, og særskilte kvitteringer derfor beholde fuldkommen kraft, ikke alene imod udstederen, men endog imod enhver anden, der siden måtte have fået håndskriften overdragen til pant eller ejendom.

Erstatningsret

Om erstatningsretten fandtes intet særligt afsnit i Danske Lov. Ordet erstatning benyttes heller ikke i Danske Lov. En række bestemmelser om ansvaret for skader findes imidlertid spredt rundt omkring i lovbogen. Om ansvaret i kontraktsforhold findes således en række bestemmelser i femte bog. Det gælder blandt andet de endnu gældende bestemmelser om pant i 5-7-1, hvorefter man skal gemme håndfået pant »som sit eget Gods«, 5-7-6 om brugspanthavers ansvar for »hans eller hans Folkis Skiødisløshed og Forseelse«, 5-8-1 om lån, hvorefter »Laan maa ej fortabis, men skal lydisløst hiemkomme ...« og deponeringreglen i 5-8-14: »annammer nogen anden Mands Gods i Forvaring til at gjemme, da har han det at gjemme som sit eget Gods«. I 5-13 findes endnu gældende bestemmelser om ansvaret for bier.

I fjerde bog fandtes en række bestemmelser om ansvaret i søretlige forhold, se særlig i 4-3 »Om Ulykkelige Hendelser, Averie og Lodsmand«. 4-3-3 indeholder således en regel om ligedeling af skaden i tilfælde af skibssammenstød, og 4-3-4 og 5 indeholder regler om skader, der forvoldes ved at skibe i drift påsejler skibe, som ligger for anker. Disse og andre ansvarsbestemmelser i dette kapitel bygger på skyldprincippet.

Bestemmelser om ansvar uden for kontrakt fandtes i Danske Lovs sjette bog »Om Misgierninger«. I tiende kapitel findes regler »Om Skade af anden Mands Vaaben eller Fæ«, i elvte kapitel »Om Vaadis Gierning«, i kapitel fjorten om skader på afgrøder (6-14-12, 14, 16 og 18), i kapitel nitten om ildspåsættelse og i kapitel tyve om »Fæis Drab eller Saar«.

Danske Lovs ansvarsbestemmelser udgjorde ikke et sammenhængende hele: »Et af de vanskeligste problemer, Danske Lov rejste for retsanvendel-

Enevælden

sen, var spørgsmålet om, i hvilke tilfælde der indtrådte ansvar for skadegørende handlinger« skriver Stig Juul. De mange bestemmelser var udtryk for forskellige opfattelser, der ikke let lod sig føre tilbage til et fælles grundsynspunkt.

Erstatningsbestemmelserne i Danske Lov stammer for manges vedkommende fra landskabslovene, eller bestemmelser fra Christian IV's Norske Lov af 1604, der gentager ældre bestemmelser i den gamle norske lovgivning. Andre bestemmelser bygger på skyldprincippet, og det har været almindeligt at betragte reglerne i Danske Lov om erstatning som udtryk for et overgangsstadium mellem den ældre rets bødesystem og skyldprincippet, der nu var ved at trænge frem. En almindelig erstatningsregel er ikke fastslået i Danske Lov, og det kunne være vanskeligt med udgangspunkt i de mange spredte regler at finde et sådant almindeligt princip. Det blev derfor opgaven for retspraksis og retsvidenskaben af finde frem til almindelige regler for de tilfælde, der ikke var udtrykkeligt omfattet af regler om ansvaret i Danske Lov.

Et subjektivt moment var i landskabslovene kommet ind ved sondringen mellem viljesværk og vådesværk. Denne sondring var ret ny på landskabslovenes tid og havde betydning for kongens ret til at kræve en bod i forbindelse med begået retsbrud. I forhold til den skadelidte var det uden betydning, om en handling var foretaget med vilje – forsætligt – af skadevolder eller ej, men skadevolders subjektive forhold blev tillagt vægt ved afgørelsen af, om der også tilkom det offentlige en bod. Dette var kun tilfældet, når der forelå viljesværk, mens tilfælde af våde, vådesværk, hvor der ikke var handlet forsætligt, blev holdt udenfor. Udtrykket våde anvendes også i Danske Lov, således i overskriften til 6-11 »Om Vaadis-Gierning«, og det betegner normalt ligesom i landskabslovene enhver handling, der ikke er forvoldt med gerningsmandens forsæt, og omfattede således også hændelig skade. Nogen fast terminologi med hensyn til det subjektive moment, der var afgørende for, om ansvar var pådraget, findes ikke i loven. Ordet forsæt eller »forsetligen« benyttes på lige fod med udtryk som »med Villie« eller »med vred Hu«. Til våde henregnes i Danske Lov som regel såvel uagtsomt som hændeligt forvoldt skade, men i enkelte tilfælde er betydningen af ordet våde dog begrænset til uagtsomhed, således ved ildpåsettelse i 6-19-2, hvor »Vaade og Skiødisløshed« er sat op som modsætning til »Forsæt«. Afgørende for denne ansvarsbegrænsning har nok været hensynet til de meget store skader, der let kunne forvoldes ved omgangen med ild. I andre bestemmelser benyttes udtryk som »Uagtsomhed« (5-6-7-1 og 6-19-2) eller »Uraaed« (4-3-3).

Enevælden

Skyldprincippet – culpareglen – der træder frem i en række af ansvarsbestemmelserne i lovbogen, særlig i femte bog om kontraktsansvaret, har sin oprindelse i romerretten.

I den samtidige naturretslære, hvor såvel Hugo Grotius som Samuel Pufendorf, de to store naturretslærere i Nordeuropa i det 17. århundrede tilsluttede sig skyldprincippet som det almindelige grundlag for erstatningsretten. Ubestridt var denne lære imidlertid ikke. En anden berømt naturretslærer, Christian Thomasius, gjorde imidlertid i en afhandling fra 1700 gældende, at skyldprincippet ikke i almindelighed kunne betegnes som reciperet i tysk ret, og Thomasius vendte dermed tilbage til tanken om det objektive ansvar som det, der bedst var i overensstemmelse med hensynet til skadelidte.

Tendensen gik dog på Danske Lovs tid i retning af en anerkendelse af culpa-princippet. I sin fremstilling af naturretten, der var almindeligt benyttet af danske jurister, fastslog Ludvig Holberg, »at den ringeste forseelse må erstattes, dersom ellers sagens beskaffenhed haver udfordret en nøje flid og agtsomhed«, derimod gjaldt det for Holberg, at »en skade, som skeer af en hændelse, kand ikke forbinde nogen til at erstatte den ...« Senere danske retsvidenskabsmænd, der var påvirket af naturretstankegangen, således Nørregaard og Hurtigkarl, gjorde sig til talsmænd for den opfattelse, at skadevolder i almindelighed måtte erstatte skaden uden hensyn til skyld, men i deres fremstillinger af dansk ret anerkendte de dog, at dette standpunkt, som de mente var naturretens, ikke uden videre var i overensstemmelse med Danske Lov.

Culpa-dommen

Højesterets voteringsprotokol 1759 No 36: Gotfried Berger contra skipper Hans Andersen Graae

Indstævner til underkendelse og forandring én Københavns politi- og commerce collegie dom af 19. sept. 1758 angående en skade, der skal være tilføjet skipper Graaes galease udi en overmåde stærk storm forrige år, og hvilken skade efter foregivende skal være forårsaget ved en af citanten i brug haft flådebro m.v. Ved hvilken forberørte dom er med videre konfirmeret den af citanten (sagsøger) indstævnte søretsdom, og citanten tilpligtet at betale skipper Graae den halve del af den derved tilføjede skade med 103 rdr. 3 mark tilligemed 10 rdl. i procesomkostning.

Politimester Horn nedlagte sin recess (afsluttende indlæg) i sagen, hvilken han onsdag den 7. marts 1759 sluttede med denne påstand, at de ergangne domme vorder tilsidesatte og underkendte således, at de ej må komme citanten

Enevælden

Gotfried Berger til præjudice eller penges udgift i nogen måde, men at han for skipper Hans Andersen Graaes ubeføjede tiltale i denne sag aldeles vorder frifunden, såvelsom og at skipper Graae vorder tilpligtet at erstatte Gotfried Berger denne proces' bekostning, såvel for de foregående retter som her for Højesteret med noget tilstrækkeligt.

Prokurator Anchersen exciperede (gjorde indsigelse) herimod og påstod de ergangne domme konfirmerede og Berger tilfunden med noget tilstrækkeligt at erstatte skipper Graae dennes procesomkostninger.

Vota

Brinck Seidelin:

Natten mellem d. 9. og 10. november 1757 er det arriveret, at en flådebro, som Gotfried Berger havde i brug, er ved stormen gået løs, og drevet på Hans Graaes skib tilføjet det skade. Qvæstio bliver nu, hvem der skal erstatte den på skibet gjorde skade, enten Berger eller skipper Graae. Den synsforretning, som Graae har ladet tage, formenes ej at kunne være eller komme Berger til præjudice, siden ej dertil efter loven er kaldet og taksation desuden og er befundet ulovlig. Hvad nu citantens forhold er anlangende, da ses, at han den samme dag, da skaden skete om natten, har villet føre flåden til slotsbroen, men formedelst vejr og vind ej kunne, som med vidner er bevist. Desuden hvor det lå, var det tilstrækkelig fastgjort, og som citanten har gjort alt, hvad han burde, er det ubilligt, at han skulle indemnitere (erstatte) denne skade. Når nu vidnerne eksamineres, som skipperen har ladet føre, da er deres udsigende ganske forskellig, såsom de siger, at de så flåden kome drivende imellem 6 og 7, og siden siger de, at de ej blev den var, førend den stødte på skibet, hvorfor concluderes til, at de erangne domme bør ej kome citanten Berger til præjudice eller penges udgift i nogen måde, men at han for skipper Graaes tiltale i denne sag bør fri at være. Procesomkostningerne ophæves og til J.C. betaler Hans Graae 5 Rdl.

Falsen:

Skipper Graaes skib har lidt en skade, som er takseret for 211 rdl. ved det, at Bergers flådebro er drevet på hans skib. Nu bliver Qvaestio, hvem der skal lide denne skade enten skipperen eller Berger. Loven har sat al den præcaution for skipperne som ligger i havn, som ske kunne, men har ej kunnet slutte sådan casus, som her er sket, nemlig at en flådebro driver løs og forårsager skade, hvilken casus derfor ej kan decideres efter de artikler i loven, som allegeret er. Qvaestio bliver nu, hvem af parterne, der har været in culpa. Gotfried Berger er bevist at have gjort alt, hvad han kunne til at forekomme skade. Skipper Hans Andersen Graaes forhold derimod har ej været som de burde, thi af synsforretningen ses, at han har fortøjet sit skib med et gammelt tov. Dernæst har skipperen ej indstævnet Gotfried Berger til denne synsforretning, ligeledes at der ej har været mere end én mand på sit skib, da derimod de andre som lå hos

Enevælden

ham, havde 4 mænd. Desuden ses og at taxations forretningen ej er at lide på, hvilken mester Gads regning udviser, hvorudi føres 36 rdl. op for en gie, hvorfor han dog ej har fået mere end 10 rdl. Ydermere er det og en forseelse, at flådebroen ej er blevet synet. Efter hvilke omstændigheder han konkluderer ut Justitsråd B. Seidelin.

Mængden af erstatningssager, der verserede for domstolene, var i ældre tid langt mindre end nu, og det kan derfor være vanskeligt med henblik på forholdene i de nærmeste år efter 1683 at tale om en fast praksis i erstatningssager. Omkring midten af det 18. århundrede synes culpapreglen imidlertid at være anerkendt som almindelig erstatningsnorm uden for kontrakt i retspraksis. Thøger Nielsen har i en undersøgelse af ældre dansk formuleretspraksis fremdraget en højesteretsdom fra 1759, der synes at være det første eksempel på, at culpaprincippet er fastslået uden klar støtte i en lovbestemmelse. Sagen drejede sig om en flådebro, der under et stormvejr havde revet sig løs og dermed havde forårsaget skade på et skib, der lå i Københavns havn. I voteringsprotokollerne kan dommernes overvejelser følges, og det fremgår heraf, at afgørelsen synes truffet ud fra en vurdering af, om brugeren af flådebroen havde gjort, hvad han kunne, for at undgå, at der skete skade. En af de voterende formulerede udtrykkeligt problemet som »Quaestio bliver nu, hvem af parterne, der har været in culpa«.

Det var ikke en let opgave for retsvidenskaben på grundlag af de spredte ansvarsbestemmelser i Danske Lov at opstille almindelige grundsætninger om erstatningsretten. Først med Anders Sandøe Ørsted fik culpapreglen et bæredygtigt teoretisk fundament i dansk retsvidenskab. En stadigt stigende interesse for romerretten i tysk retsvidenskab havde givet sig udslag også i en række værker om culpaprincippet og den romerske lex Aquilia, der var støttepunktet for opstillingen af culpapreglen. Blandt andet ved studiet af denne litteratur kom det til at stå også Ørsted klart, at erstatningsrettens fundament måtte være culpapreglen, og i sin gennemgang af dansk rets regler herom søgte Ørsted da også, omend undertiden på en noget anstrengt måde, at bringe reglerne i Danske Lov i overensstemmelse med culpaprincippet, men han var naturligvis klar over, at der også i loven fandtes bestemmelser, der statuerede ansvar uden hensyn til skyld.

Enevælden

Danske Lov 3-19-2

I Danske Lovs tredje bog findes en vigtig ansvarsregel. I 3-19-1 fastslås som almindelig regel: »Tienestefolk maa ej med deris forseelse føre deris Husbond Skade paa, men bør selv at lide for hvis de brut have«. Denne regel modificeres af 3-19-2, der indeholder den af alle jurister velkendte regel om ansvaret for ansatte: »End giver Husbond sin Tiener, eller anden Fuldmagt paa sine Vegne at forrette noget, da bør Husbonden selv at svare til hvad derudj forseis af den, som hand Fuldmagt givet haver, og af hannem igjen søge Opretning«. Bestemmelsen betragtes i dag som grundlaget for anerkendelsen af et almindeligt ansvar for arbejdsgiver eller husbond for skade, der forvoldes af ansatte i tjenesten både i og udenfor kontrakt – det såkaldte husbond- eller principalansvar. Således har bestemmelsen imidlertid ikke altid været forstået. Bestemmelsen synes, således som også dens sproglige formulering antyder, oprindelig kun at have fundet anvendelse i tilfælde, hvor en person overdrog eller delegerede udførelsen af en bestemt, ham påhvilende pligt til en anden – man kan tale om et delegationsansvar – og fandt i så fald anvendelse på skade forvoldt både i og udenfor kontrakt. Den retspraksis, der har taget 3-19-2 som udgangspunkt for anerkendelsen af et almindeligt husbondansvar, er således udtryk for en historisk urigtig fortolkning af Danske Lov.

Heller ikke Ørsted opfattede 3-19-2 som en almindelig regel om ansvar for folks fejl, men han ville kun lade den finde anvendelse, hvor der var tale om handlinger, som skulle udføres i kraft af et særligt pligtforhold, efter en grundsætning, der mindede om ansvaret for fuldmægtiges handlinger. Først efter en dom (UfR 1895, s. 216), der pålagde en arbejdsgiver ansvar for skade forvoldt af en kusk ved uforvarlig kørsel, udviklede 3-19-2 sig til at blive en af vore vigtigste erstatningsregler.

V

OPLYSNING OG NATURRET

Kronologi

ca. 500 f. Kr.	Sofokles' Antigone
106-43 f. Kr.	Marcus Tullius Cicero
354-430	Augustin
1225-75	Thomas Aquinas
1290-1349	William af Occam
1583-1645	Hugo Grotius
1588-1679	Thomas Hobbes
1625	Grotius' De jure Belli ac Pacis Libri III
1632-1694	Samuel Pufendorf
1641	Leviathan
1655-1728	Christian Thomasius
1672	Pufendorfs De Jure Naturae et Gentium I-VIII
1679-1754	Christian Wolff
1689-1754	Montesquieu
1713-88	Henrik Stampe (generalprokurør 1755-84)
1716	Ludvig Holbergs naturret
1724-1804	Immanuel Kant
1736	Indførelse af juridisk eksamen i København
1748	Montesquieus De l'Esprit des Lois
1748-1832	Jeremy Bentham
1764	Beccarias Dei Delitti e delle Pene
1767	Frd. om melankolske mordere
1769-76	Kofod Anchers En Dansk Lov-Historie I-II
1770-72	Struensee-perioden
1789	Dansk tyveriforordning
1789	Den franske Revolution
1794	Den preussiske landret (ALR)
1797	Kants Methaphysik dr Sitten
1799-1800	Feuerbachs Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts
1800	Kriminallovkommissionen i Danmark

Oplysningstiden

Det er almindeligt at sætte et skel omkring 1500 mellem på den ene side middelalderen og på den anden side nyere tid. Vigtige ændringer finder sted netop på det tidspunkt. Europas religiøse enhed hører op med reformationen, verden bliver større på grund af opdagelserne, kongemagten og staten styrkes, og statsretligt peges der frem mod absolutismen. På den anden side er der også en betydelig kontinuitet mellem tiden før og efter 1500. *Ius commune* vedbliver at gælde, og først i det 18. århundrede sætter sig med oplysningsfilosofien en ny kritisk tankegang over for den nedarvede ret igennem. Store nye udfordringer til retsordenen indtræder vel endda først i det 19. århundrede, hvor nationalstaten står overfor den opgave at løse de nye retskonflikter i industrisamfundet.

Oplysningstiden er en kort epoke i Europas historie. Den når sit højdepunkt i det 18. århundrede, og den sætter sig varige spor i form af de store kodifikationer, som endnu er gældende i en række europæiske lande. Oplysningstiden er intimt forbundet med den moderne naturretstænkning. Men fra omkring 1800 taber naturretten terræn overfor retspositivismen og den historiske skole.

Rationalitet, sekularisering og lighed er nogle af nøgleordene til forståelse af det opgør med det nedarvede samfund og dets normer, som fandt sted i oplysningstiden. Og hertil kom en god portion optimisme i troen på, at der ved lovgivning eller andre indgreb kunne skabes et bedre samfund. Fremskridtstroen – troen på, at videnskaben kunne skabe den bedste af alle verdener – var en del af denne optimisme. Fornuftstroen – rationaliteten fordrede reformer af strafferet og straffeprocess, og den førte til en afvisning af at anse Bibelen og romerretten som urokkelige autoriteter. Sekulariseringen – verdsliggørelsen – indeholdt et krav om, at forholdet mellem kirke og stat etableredes på et andet grundlag, og et krav om tolerance. Lighedskravet indebar en fordring om standssamfundets nedbrydning, om lighed for loven og politiske reformer. Den franske revolution var en frugt af disse tanker.

Anskuet fra et juridisk synspunkt indebar oplysningstiden, at retsordenen blev stillet for fornuftens domstol. Romerretten var usystematisk og uoverskuelig, og i stedet fordredes korte og klare regler, der var systematisk ordnet, så at enhver kunne forstå dem.

Oplysning og naturret

Goethes Faust

I en berømt passus i Goethes Faust kritiserer Mefisto i en samtale med en student den i Tyskland gældende romerret og det derpå byggede retsstudium:

»Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;...«

Overfor denne nedarvede romerret, der som en sygdom nedarves fra generation til generation, stiller Mefisto et andet retssystem:

»Vom Rechte das mit uns geboren ist,
Vom dem ist leider nie die Frage.«

Mefisto hævder her eksistensen af et af mennesket medfødt retssystem. Det er denne konflikt mellem en positiv i samfundet gældende ret, i dette tilfælde romerretten, der opfattes som ufyldstgørende, og et retssystem som antages at være mennesket medfødt – som er udledt direkte af menneskets natur – der er genstand for behandling i dette afsnit. Goethes vers anskueliggør en siden antikken kendt problemstilling, der vedrører eksistensen af naturretlige normer med højere gyldighed end positiv ret og deres forhold til den faktisk i samfundet gældende ret.

Naturretten

Kernen i naturretsdiskussionen er spørgsmålet, om der eksisterer et retssystem uafhængigt af positiv ret med udgangspunkt i menneskets natur og i lighed med denne uforanderligt og eviggyldigt, det samme til enhver tid og på ethvert sted. Spørgsmålet er af forskellige tidsaldre stillet i forskellig form, ligesom spørgsmålet om forståelsen af de tilgrundliggende begreber naturret, positiv ret, senere også om en guddommelig eller evig ret over eller identisk med naturretten, er besvaret på forskellige måder.

Retten skulle tjene folket. Det krævede ny ret og nye lovbøger, som førte den nye ret ud i praksis. Resultatet blev et brud med den nedarvede retsorden, men også med den hidtidige europæiske enhed inden for retsvidenskaben. De store naturretslærere, som med deres værker skabte grundlaget for megen af

Oplysning og naturret

den nye ret, blev læst i hele Europa, men den lovgivning, som fulgte derpå, var en national lovgivning.

Tanken om en retsorden, der bygger på menneskets natur og egenart er meget gammel og er i tidens løb udviklet i mange forskellige skikkelser. Som forestillingen om, at der eksisterer uforanderlige, tidløse normer hævet over tid og sted udgør naturretsforestillingen et evigt og stadigt tilbagevendende tema i retsfilosofiens historie. I antikkens Grækenland dukkede tanken op som en modsætning mellem de ideale uskrevne normer i naturen – *fysis* – overfor dagligdagens vilkårlige ret – *nomos*.

Antigone

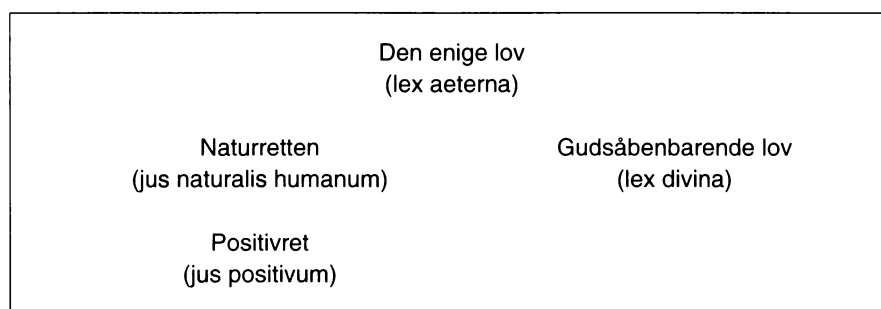
I tragedien Antigone anskueliggør Sofokles (o. 500 f. Kr.) naturretsproblemstillingen. Antigones broder er dræbt i en borgerkrig. Efter naturens love har hun pligt til at sørge for hans begravelse, men kongen af Theben, som føler sig som den krænkede part, har under trussel om dødsstraf forbudt hans begravelse. Antigone vælger at følge naturen og bryde kongens lov. Det begrundes hun i en tale til ham således: »For det var ikke Gud, der bød det, heller ej retfærd, der dvæler mægtig hos de dødes drot, og kun de har ret til at give denne lov. Jeg mente, dine bud var ej af sådan magt – du er dog dødelig – at de gik fremfor Guds uskrevne, uforgængelige love. De kom ikke ud i går og varer til idag, men evig, og ingen véd, hvornår de først blev til.«

Naturretsforestillingerne vandt også indgang i romerretten i en af den stoiske filosofi præget form. Cicero talte i sit filosofiske skrift *De legibus* (om love) om »hin højeste lov, som har eksisteret til alle tider og er skabt, før der fandtes nogen skreven lov, eller overhovedet var nogen ordnet stat.« I romerretten opererede Gaius med tanken om en *ius naturale* som retfærdighedsmålestok. Slaveri var i strid med naturretten og fulgte alene af *ius gentium*, som iøvrigt i det væsentlige faldt sammen med naturretten. Det var den ret »quod naturalis ratio inter omnes homines constituit« (som naturretten foreskriver for alle mennesker). For den romerske jurist Ulpian modsvarede naturretten en for alle levende væsener fælles naturlov, som ægteskabet og pligten til at opdrage børn fulgte af. Naturretten var »quod natura omnia animalia docuit« (hvad naturen lærer alle levende væsener).

Tanken om en evig verdensfornuft, som vi møder den hos Cicero, blev af kirkefaderen Augustin (354-430) sat ind i det kristne verdensbillede som den evige guddommelige lov – *lex aeterna* – der havde skabt og ordnet verden. I kirkeretten, f.eks. hos Gratian, sidestilledes naturens lov og Guds lov,

Oplysning og naturret

således som den var åbenbaret for menneskene i Bibelen. *Lex aeterna* kunne mennesket kun ufuldstændigt erkende som en medfødt naturret (*lex naturalis*). Den positive menneskelige retsfastsættelse (*lex humana* eller *lex positiva*) havde en anden oprindelse end naturretten og måtte vige for den, som en ufuldkommen virkeliggørelse af naturloven.



I Thomas Aquinas' (1225-74) teologiske hovedværk *Summa Theologica* videreførtes disse tanker, idet retten sattes ind som en del af Guds skabelsesordning. Rettens udspring var Gud – *lex aeterna* – som åbenbaredes for menneskene i forskellige former. *Lex aeterna* – den evige, guddommelige lov – kunne således erkendes af mennesket som naturret (*lex naturalis*) eller gennem den af Gud åbenbarede lov – først og fremmest de ti bud – *lex divina*. Den menneskelige lov udstedt af den af Gud indsatte øvrighed, *lex positiva* eller *lex humana* skulle søge sin begrundelse i og udledes af Guds lov og naturloven, og den kunne kun anses som gyldig, hvis den var i overensstemmelse hermed.

Thomas Aquinas' skolastiske system beherskede middelalderens retlige verden og har siden dannet grundlag for katolsk retsteologi. I det 16. og 17. århundrede arbejdede spanske teologer og jurister videre i disse baner. Vi taler om skolen i Salamanca efter det berømte spanske universitet, som en del af dem var knyttet til. De store opdagelser og erobringen af Amerika havde rejst nye etiske spørgsmål, nemlig om retten til erobring og overhovedet om, hvorledes kristne og hedninger skulle leve sammen. Havde de kristne ret til at anvende tvang overfor de indfødte? Det var om Salamancaskolen, at den bekendte engelske litterat Samuel Johnson i det 18. århundrede udtalte, at han holdt meget af Universitetet i Salamanca, for da det blev spurgt af den spanske konge, om det var tilladt at erobre Amerika, så svarede det nej. I virkeligheden var svaret mere nuanceret, men i citatet er indfanget det grundlæggende

Oplysning og naturret

de forhold, at den thomistiske (af Thomas Aquinas) naturret stillede absolutte krav til retsordenen, som måtte opfyldes for at denne kunne gøre krav på lydighed. Salamanca-skolen drog nye naturretlige følgeslutninger (*conclusiones*) af grundprincipperne og bidrog dermed til udviklingen af folkeretten og også til den såkaldte naturlige privatret. Som folkerettens grundlægger anses undertiden Salamanca-skolens Francisco de Vitoria (1485-1546). Andre vigtige navne fra det 16. og 17. århundrede er Diego de Cobarrubias y Leyva, Luis de Molina, Francisco Suarez og Fernando Vasquez.

Et andet standpunkt til naturretens gyldighed indtog de såkaldte nominalister i senmiddelalderen, blandt hvilke Wilhelm af Occam (1290-1349) er det kendteste navn. Mennesket kunne efter deres opfattelse ikke gennem naturretten nå til en erkendelse af Guds lov. Naturretten hvilede på Guds autonome vilje, som bestemte, hvad der var godt og ondt. Der eksisterede altså ingen absolut, men kun en relativ naturret. Vi taler om voluntarisme.

Forholdet mellem romerretten og naturretten var ikke afklaret i naturretslæren. For nogle stod romerretten som den skrevne fornuft (*ratio scripta*), mens andre betragtede romerretten som et historisk produkt med alle sin tids ufuldkommenheder, som derfor behøvede korrektion.

Med i billedet af en ny naturretsopfattelses udvikling i tiden efter 1500 hører også det nye menneske- og verdensbillede, der skabtes med renæssancen. »Da mennesket tog magten« har idéhistorikeren Johannes Sløk kaldt en bog om renæssancen og dermed leveret et af stikordene til forståelse af den nye tid. De naturvidenskabelige landvindinger – at solen og ikke jorden er verdensbilledets centrum (Kopernikus) – at det er faldloven og ikke tingene iboende kræfter, som styrer deres bevægelser (Galilei), eller at der overhovedet kunne tegnes et billede af mekanisk virkende naturlove (Newton), var erkendelser, som også medvirkede til, at man begyndte at spekulere over, om der eksisterede almengyldige love for menneskeligt samliv. Det var nu ikke længere nødvendigt at antage, at bevægelsen styredes af ydre kræfter. Verden hvilede i sig selv og styredes af sine egne love, der opfattedes som immanente. Naturens bog var, som Galilei udtrykte det, »skrevet i matematisk sprog, og skrifttegnene er trekanter, cirkler og andre geometriske figurer ...« Men ligesom der således kunne opstilles regler for den ydre natur, førtes man til at antage, at der med udgangspunkt i den menneskelige natur måtte kunne opstilles regler for menneskelig handle.

Omkring 1600 begyndte en ny naturretsopfattelse at udkrystallisere sig. Udgangspunktet var menneskets natur som fornuftsvæsen og de rettigheder og pligter, som måtte påhvile mennesket som borger i et samfund. Det gav

Oplysning og naturret

anledning til udviklingen af nye store naturretssystemer uden forankring i en højere orden. Disse systemer baseredes direkte på menneskets natur, og på det grundlag opstilledes de principper, som samfundet burde indrettes efter. Der var tale om en retsorden, som den positive ret direkte kunne og burde indrettes efter.

Hugo Grotius

Som grundlægger af den nye naturretsskole regnes traditionelt den i Holland fødte Hugo Grotius (1583-1645). Religiøse konflikter i Holland bragte ham allerede som ung i landflygtighed – i en lang periode var han i svensk tjeneste. Grotius var et universalgeni. Et stort forfatterskab er bevaret, der rummer både teologiske og juridiske skrifter, filologiske overvejelser samt tragedier og digte. Hans *Mare liberum* – om havets frihed – udsprang af en konflikt i 1609 mellem hollændere og portugisere. I dette skrift fastslog Grotius den berømte grundsætning om havets frihed. Hovedværket er *De jure belli ac pacis libri tres* (Tre bøger om krigens og fredens ret). Her søger Grotius at opstille grundsætningerne for et fredeligt samliv mellem nationerne og mellem menneskene indbyrdes. Grotius taler om de regler, som opretholder det menneskelige samfund, og hertil regner han »at afstå fra det, som tilhører andre, at give tilbage, hvad vi har fra andre eller af den fortjeneste, vi har haft deraf, pligten til at holde løfter, at betale erstatning for skadesforvoldelse og fortjent straf blandt mennesker.« Det er et samliv, som bygger på menneskets fundamentale trang til at leve i samfund. Det er regler, som må være de samme i alle civiliserede samfund, og som bl.a. kan erkendes ved en sammenligning af de civiliserede folkeslags ret. De kan også erkendes som fornuftsprincipper, og disse principper ville, siger Grotius med en ofte citeret vending, have gyldighed, selv om Gud ikke fandtes: »Etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana« (selvom vi antog, at Gud ikke fandtes, hvilket ikke kan ske uden at være en stor forbrydelse, eller (vi antog), at han ikke beskæftigede sig med menneskelige forhold). Denne sætning var dog ikke så epokegørende, som man ofte tidligere har antaget, der er tale om et lån fra den spanske senskolastiker Francisco Suarez (død 1617) men den fik nu ny gennemslagskraft som grundlæggende for et universelt system, der kunne forbinde alle mennesker uden hensyn til religion. Grundlaget var nemlig ikke *ius divinum*, men det var et system, som var givet alene med den menneskelige fornuft, og som derfor var uafhængigt af enhver lovgiver. Grotius' værk vandt da også udbredelse overalt i Europa, og f.eks. erklærede Ludvig Holberg i begyndelsen af 1700-årene, at det var hans yndlingslæsning. Om noget sammenhængende system er der ikke tale. Der er mange læsefrugter fra Bibelen og antikkens forfattere og ikke mindst de førnævnte spanske senskolastikere, men alligevel var grundlaget skabt for udviklingen af en systematisk naturretsvidenskab.

Oplysning og naturret

I denne form blev naturretstænkningen den herskende samfundsfilosofi i det 16. og det 17. århundrede. Romerretten var fortsat kernen i retsstudiet, og en lang række sætninger, som blev udgivet som naturretssætninger stammede i virkeligheden fra romerretten. Men naturretten stod frit overfor *Corpus juris civilis* og udviklede sit system på et andet grundlag. Det blev i slutningen af det 17. århundrede et metodisk grundlag, som fulgte naturvidenskaben. Man talte om den demonstrative eller geometriske metode, hvorved man udviklede retssætningerne af de naturretlige grundprincipper.

Udviklingen af naturretten til et sammenhængende læresystem efter Descartes' og matematikernes metode (*more geometrico*) foretog den tyske naturretslærer Samuel Pufendorf i storværket *De jure naturae et gentium libri octo* (1672). Pufendorf var den første tyske professor i naturret, oprindelig i Heidelberg, men ved grundlæggelsen af det nye universitet i Lund (1668) blev han kaldt hertil af den svenske konge, og her udkom hans naturretlige hovedværk. En kort »folke«-udgave af værket udkom året efter som *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo* (to bøger om menneskets og borgerens pligter efter naturloven), som i kort og koncis form foreskrev, hvilke pligter mennesket havde som menneske og som borger i et samfund. Værket opnåede enorm udbredelse og oversattes også til dansk. I dette værk hedder det bl.a. om grundlaget for naturretten, at det er, »at enhver bør arbejde på at befordre og håndhæve det menneskelige fællesskabs bedste i almindelighed. Hvoraf følger, at ligesom den, der vil et vist mål, bør tillige også ville midlerne, som fører til samme, og uden hvilke det ikke kan nås, så bør og alt det holdes for at være befalet af den naturlige ret, som er nødvendigt og i almindelighed bidrager noget til denne almindelige socialitet ...« De naturlige love er herefter »de regler, som man bør følge, for at være et bekvemt og nyttigt medlem af det menneskelige fællesskab ...«

Samfundspagten

Samfundspagten danner grundlaget for de fleste naturretsopfattelser. Man omfattede mennesket som et efter sin natur fornuftigt og samfundsindstillet væsen, der var skabt til at leve i samfund (*animal rationale, zoon politikon*), og udledte heraf retssætninger som de normer, der var nødvendige til opretholdelse af det samfund, der ansås for at være kommet i stand ved denne fiktive kontrakt mellem alle mennesker, hvorved de afgav en del af deres frihed i en oprindelig naturlig tilstand mod til gengæld at nyde samfundets beskyttelse. På dette grundlag udvikledes detaljerede regler om ejendomsrettens beskyttelse, om straf, om ægteskab osv. Opfattelsen af samfundet som skabt ved kontrakt førte ikke til

Oplysning og naturen

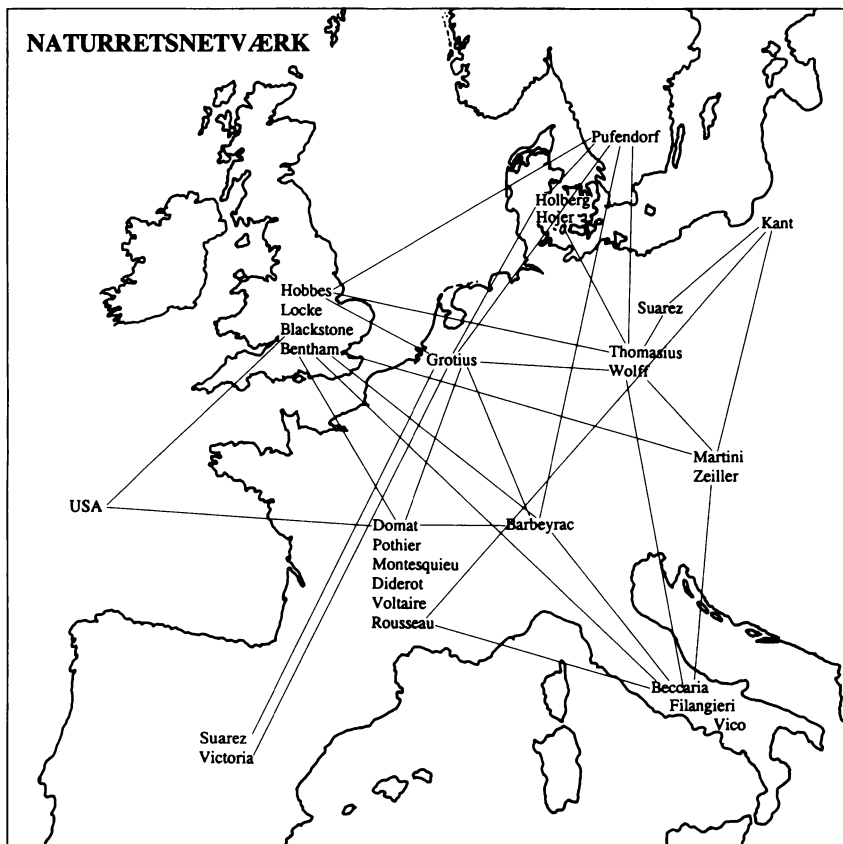
entydige resultater. Hvor vidt forskellige resultater, der kunne nås, får man et begreb om ved at sammenligne Hobbes lære om staten i *Leviathan* (1651) med Rousseaus ideer om almenviljen i *Du Contrat Social* (1762). Et eksempel på, hvorledes bestemte grundsætninger kan udledes af samfundspagten, giver Beccarias strafferetslære i *Dei delitti e delle pene* (1764).

Systematikken i Pufendorfs *De jure naturae* efterlignedes af Holberg i hans første danske fremstilling af naturen (1716-18). Pufendorfs system var frigjort fra enhver religiøs grundlag. Det var helt igennem rationelt og autonomt. Grundbegreber i systemet var menneskets manglende evne til at klare sig uden regler (*imbecillitas*) – her spores indflydelse fra englænderen Hobbes – og dets behov for samliv (*socialitas*). Pufendorfs system lagde grunden til udviklingen af den almindelige del (allgemeiner Teil), som er et karakteristisk led i moderne lovbøger, og hans overvejelser over viljens frihed har været medvirkende til udviklingen af en strafferetsvidenskab baseret på skyldlæren.

Pufendorfs elev Christian Thomasius (1655-1728) gjorde Universitetet i Halle til et søgt uddannelsessted. Blandt hans elever her var den første danske professor i naturen Andreas Hojer. Thomasius virkede i den preussiske stat, og han så naturen til dels som grundsætninger, der stillede krav til reformer i retsordenen, som burde gennemføres af den enevældige fyrste. Han stillede således krav om strafferettens og straffeprocessens indretning uden brug af tortur, og han anerkendte ikke, at hekseri og kætteri var forbrydelser. Også romerretten stillede han sig kritisk over for og fremhævede i stedet den gamle tyske ret. Et eksempel frembyder hans holdning til den romerske *lex Aquilia*, som han ikke ville anerkende som reciperet i Tyskland, idet han gik ind for et objektivi-ansvarsprincip af hensyn til skadelidte. Hans naturretlige hovedværk er *Fundamenta juris naturae et gentium* (1705), hvor han gennemfører en total adskillelse af naturen fra ret og moral. Særlig omtvistet var hans standpunkt, at naturen ikke forbød ægteskab mellem nærtbeslægtede.

Stor udbredelse vandt i det 18. århundrede den naturretsfilosofi, som doceredes af Christian Wolff (1679-1754), som var professor i matematik, samt natur- og folkeret i Halle. Hans forfatterskab er enormt og universelt i sit sigte, idet Wolffs mål var at skabe et system, som kunne omfatte alle menneskelige handlinger. Hans metode kendes – med et fra filosofen Spinoza hentet udtryk – som den matematisk-demonstrative. Alle sætninger udled-

Oplysning og naturret



Naturretsnetværket i den 17. og 18. århundrede
Efter Hans Thieme: Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte (1947)

Oplysning og naturret

tes af visse grundprincipper, hvoriblandt kravet om fuldkommenhed var centralt. Enhver handling, som tjente til menneskets fuldkommenhed var herefter rigtig, mens omvendt indgreb i andres sfære måtte afvises: »Netop af denne grund forpligter naturloven (lex natura) os til at foretage de handlinger, der sigter mod at gøre menneskene og deres status fuldkommen og til at undlade de handlinger, der sigter mod ufuldkommenhed for menneskene og deres status« skriver Wolff i sine *Institutiones Juris Naturae et Gentium* (§ 43).

Wolffs filosofi var en pligtlære – en lære om pligterne mod sig selv og andre. Wolffs metode til at udlede retssætninger har udøvet stor indflydelse på eftertiden på samme måde som hans ide om retssystemet som et lukket, logisk system. Hans hovedværk er *Jus naturae methodo scientifica pertractum* i otte bind (1740-48). Naturretslæren ved Københavns Universitet i anden halvdel af det 18. århundrede stod i dyb gæld til Wolff, men der var også dem, som fandt ham lumske kedelige som retshistorikeren Kofod Ancher, der skrev, at hvis det hørte med til at være en »honnête homme« at have læst Wolff, så overvejede han at renoncere derpå.

Naturretten er et historisk fænomen, men de almene spørgsmål, som er kernen i naturretten, har tillige store berøringsflader med den almindelige retslære. Derunder må behandles spørgsmålet om forholdet mellem naturretten og retspositivismen, der til stadighed vil blive debatteret. En væsentlig del af litteraturen om naturretten er indlæg i denne debat. For retshistorien er naturretten især interessant som historisk fænomen. Naturretten var den herskende samfunds- og dermed retsfilosofi i det 17. og 18. århundrede og kom til at øve væsentlig indflydelse på retsudviklingen gennem retsvidenskaben og lovgivningen. Retshistorikernes interesse for naturretten koncentrerer sig især om denne side af naturretten. Naturretslæren rækker i det hele langt udover juristens felt. Der er ikke tale om en ren juridisk lære, men naturretstankegangen er i sin oprindelse snarere en almindelig lære om menneskets placering i samfund og univers. Et fuldstændigt overblik over naturretsdiskussionen er det i virkeligheden næppe muligt at opnå. Der er for mange nuancer i begrebsbestemmelserne og betydningsindhold. Visse hovedlinier synes dog at kunne trækkes af en naturretlig udvikling, der filosofisk har sit udgangspunkt i antikken, som når sit højdepunkt i det 17. og 18. århundrede med anerkendelsen af den menneskelige fornuft som naturretens udgangspunkt, og som stadig føres som en debat om eksistensen af en højere retfærdighed eller lignende målestokke for et retssystem eller en retsregels gyldighed.

Montesquieu og århundredets bog

En helt anden naturretsopfattelse end Wolffs finder vi hos den samtidige franskmænd Montesquieu, der i værket om lovens ånd (*De l'Esprit des loix*) 1748 på grundlag af en række iagttagelser om de enkelte staters forhold og de omstændigheder, som kunne have indflydelse på lovgivningen, lagde grunden til en naturretsopfattelse, hvor hovedvægten ved udfindelsen af de love, som burde gælde i en stat ikke blev lagt på slutninger fra visse øverste fornuftsgrundsætninger, men på konkrete overvejelser. En ny lovgivningsvidenskab udvikledes på dette grundlag, som ikke betragtede naturretten som almengyldig, men som tilpassede lovene til de konkrete omstændigheder i hvert land, således dets regeringsform, beliggenhed, klima, religion, økonomi etc. Montesquieu tager i værket om lovenes ånd (1, 3) udgangspunkt i den almindelige naturretsopfattelse, som han derefter modificerer:

»Loven i almindelighed er den menneskelige fornuft, for så vidt den behersker alle folk på jorden; og hver nations offentlige og borgerlige love bør kun være særtilfælde, hvor den menneskelige fornuft finder anvendelse.

De bør i den grad være særegne for det folk, for hvilket de er gjort, at det er et stort tilfælde, hvis en nations love kan passe til en anden nation.

De skal stemme overens med naturen og princippet i den regeringsform, som er etableret, eller som man vil etablere; hvad enten de danner regeringsformen som de politiske love eller opretholder dem som de borgerlige love.

De bør være i overensstemmelse med landets naturlige beskaffenhed; med klimaet, om det er iskoldt, hedt eller tempereret; med jordbundens beskaffenhed; med dets beliggenhed, med dets størrelse; med folkenes levevis, hvad enten de er bønder, jægere eller hyrder: De bør passe til den grad af frihed, som regeringsformen kan tillade, til indbyggernes religion, til deres tilbøjeligheder, til deres rigdomme, til deres antal, til deres handel, til deres sæder og skikke. Kort sagt, lovene er i overensstemmelse med hverandre; de er i overensstemmelse med deres oprindelse, med lovgivers hensigter, med tingenes orden, i kraft af hvilke de er blevet til. Det er ud fra alle disse synspunkter, man skal iagttage dem.

Det er det, jeg påtager mig at gøre i dette værk. Jeg vil undersøge alle disse relationer: De danner tilsammen det, som kaldes *Lovenes Ånd*.« Det var en relativ naturret, som viste vejen hen imod et nyt mere historiserende syn på retten.

Montesquieu var et lykkeligt menneske. »Jeg følte mig lykkelig på landet«, skriver han i et brev, »hvor jeg ikke så andet end træer, og jeg føler mig

Oplysning og naturret

lykkelig i Paris, midt iblandt så mange mennesker, at antallet er som havets sand ...«. Vi finder glæder overalt, sagde han. Studier var efter hans opfattelse det bedste middel mod livets fortrædeligheder, og han føjede til, at han ikke havde kendt til større sorg, end at en times læsning kunne fordrive tanken om den. Et lykkeligt menneske. Også et flittigt menneske, og tillige en privilegeret. Charles Louis de Secondat de Montesquieu fødtes 1689 i en adelig familie, der havde sine besiddelser i egnen omkring Bordeaux. Her kan man endnu besøge hans slot La Brede og fornemme noget af den på en gang aristokratiske og dog rustikke ånd, hvori han blev opdraget og tilbragte en stor del af sit liv. Montesquieu var arving til godset, erhvervede et embede som dommer, og i en alder af 27 år fik han tillige titel af baron og arveligt embede som præsident for parlamentet i Bordeaux, der var regionens øverste domstol. Han var gift og fik to børn.

Det var Talleyrand, der sagde, at ingen, som ikke har levet før den franske revolution, kender livets sødme. Den kendte Montesquieu. Han delte sit liv mellem lange udlandsrejser, ophold på godset og virksomhed som dommer i parlamentet og besøg i Paris. Han overanstrengte sig ikke, men lagde vægt på, at timer tilbragt i studerekammeret modsvarede af tid til konversation. En lethed i tilværelsen, som uden at være ulidelig var med til at forme stilen i hans værker.

Ved sin død i 1755 kunne Montesquieu se tilbage på et forfatterskab, som foruden mindre værker og artikler bød på tre værker, der kan betragtes som klassikere. Det begyndte med brevromanen »Persiske breve« fra 1719. En satire indpakket som en persers rejsebeskrivelse fra Frankrig, hvor tidens sæder og skikke ses med udlændingens undrende øjne. I 1734 udkom hans tanker om et af samtidens store emner, Romerrigets storhed og fald. Montesquieu betragtede Romerriget som en organisme, der udviklede sig efter bestemte love eller årsager, som til sidst førte til dets fald. Og endelig i 1748 hovedværket »Om lovenes ånd«. Det værk, hvorom han selv sagde, at han egentlig havde arbejdet på det hele sit liv. Værket blev modtaget med begejstring af samtiden, der anså Montesquieu for en af tidens store filosoffer. Og også for eftertiden er Montesquieus navn forbundet med netop ideen om lovenes ånd. Montesquieus ideer om, hvorledes samfundet burde indrettes, har vi taget til os. Tanken om adskillelsen af den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt fandt vej fra bogen om lovenes ånd til moderne forfatninger. At der ikke bør straffes strengere end forholdene og forbrydelsens art tilsiger, var også en idé, som Montesquieu forfægtede. Han var en tilhænger af økonomisk liberalisme og af moderat statsstyre. Og en modstan-

Oplysning og naturret

der af enhver form for tyranni og umenneskelighed. I dag ville vi næppe uden videre rubricere ham som filosof. Han anses for en af sociologiens fædre og anerkendes som politisk tænkner og retsfilosof.

Bogen om lovenes ånd indeholder elementer af både sociologi og jura, økonomi og etnografi. Montesquieu opstillede idealer for lovgivningen. Man taler ligefrem om lovgivningskunst som den videnskab at finde frem til de love, der netop passer for et bestemt samfund. Montesquieu nærede respekt for traditionen, men han anviste samtidig vejen til en forbedring af samfundet. Ikke radikale forandringer, men netop en tilpasning til landets omstændigheder.

Montesquieu skrev sine værker i oplysningstidens Frankrig. Louis XIV – Solkongen – var død i 1715, og under hans efterfølger Louis XV og dem, der regerede for ham, begyndte adelen at få noget af den indflydelse tilbage, som den havde mistet under Louis XIV. I 1743 havde kongen efter sin rådgiver kardinal de Fleury's død søgt at udøve magten personligt, men kongen var svag og let påvirkelig af andre, og dermed var der større mulighed for, at netop de myndigheder på mellemniveau, som Montesquieu omtaler, kunne få større indflydelse og dermed yde kongemagten et modspil. Netop de franske parlamenter spillede som adelens talerør en vigtig rolle i den forbindelse. Embederne var arvelige, og i princippet skulle parlamenterne godkende ny lovgivning, selvom deres hovedopgave var at dømme som appelinstant i retssager. Det fremgår ikke klart af værket om lovenes ånd, hvad Montesquieu anså som sin idealstat. Men meget tyder på, at han kunne trives godt under en monarkisk statsform, hvor magten var kontrolleret af andre statsorganer. Og det er nærliggende at tro på grundlag af hans fremstilling, at han kunne anse netop parlamenterne for velegnede i denne forbindelse. Han tager heller ikke afstand fra adelige privilegier og fremhæver betydningen af æren som en drivkraft i monarkiet. Montesquieu var ingen revolutionær, og det var ikke hans hensigt at give anvisning på, hvorledes staten og dens styre kunne indrettes en gang for alle, således som mange af forkæmperne for den franske revolution senere mente, at man kunne gøre. Hvert land styredes nu engang – eller burde styres – i overensstemmelse med sine særlige omstændigheder. Hvad der var rigtigt i Frankrig behøvede ikke at være det i Japan eller i Rusland. Alligevel var han ikke sikker på, at fransk bogcensur kunne godkende værket, og han lod det udkomme i Genève i oktober 1748. Han undgik dog ikke kritik, bl.a. for sin omtale af den kristne religion. Mod nogle af anklagerne tog han til genmæle i et forsvarsskrift, der udkom i 1750. Værket er ren politik og ren retsvidenskab, skrev han i sit forsvar, men alligevel blev det

Oplysning og naturret

til hans store sorg året efter sat på den katolske kirkes liste over forbudte bøger.

Montesquieu gik ind for fornuftens herredømme. Men det, der rigtigt interesserede ham, var at udrede de nødvendige sammenhænge, der følger af »tingenes natur«. Det var de »sammenhænge« og »forhold«, som han ønskede at udrede. Læseren føres fra det gamle Rom og romerretten til Japans despotiske kejsere. Han kastes ud i Montesquieus økonomiske overvejelser, og overblikket kan let tabes, hvis ikke værkets grundstruktur fastholdes. Det er fordelt over enogtredive bøger af ulige længde. Grundideen er at skildre netop sammenhængen mellem et lands love og de forhold, der i øvrigt er rådende på stedet. Regeringsformen og statsstyret spiller en afgørende rolle, og især Montesquieus tanker om forskellene mellem republik, monarki og despoti har haft betydning for senere politisk tænkning. Original er Montesquieus inddeling ikke. Som så mange andre har han læst Aristoteles, og den idé at knytte principper til statsformerne kendes hos Platon, men alligevel er der megen forfriskende inspiration at hente i Montesquieus betragtninger, som bygger både på læsning og refleksion over indtryk fra rejser. Berømt er især det sjette kapitel i 11. bog, hvor vi finder Montesquieus tanker om den engelske forfatning og betydningen af magtadskillelsen for borgernes sikkerhed og politiske frihed. Men netop regeringsformen er central også for hans betragtninger om strafferetten og ideen om, at straffen bør stå i forhold til forbrydelsens grovhed. Frihed og værn mod magtmisbrug er væsentlige elementer i Montesquieus tankebygning. Han taler om moderate statsformer og er en tilhænger af, at der mellem regeringen og den enkelte borger er indskudt mellemlid, således at der ikke samles for megen magt på én hånd.

Montesquieu anså lovene for samfundets faste fundament. Lige modsat Rousseau, der anså mennesket som frit af naturen, men bundet under samfundets åg, var samfundet og dets love for Montesquieu grundlaget for menneskets frihed. Lovene var nødvendige for at holde lidenskaberne i ave. Frihed var for Montesquieu garanteret af love. Ikke at være tvunget til at gøre andet, end lovene foreskrev, deri bestod frihed i det menneskelige samfund. Anderledes forholdt det sig i staternes samfund, hvor det ikke var love, men styrke, der afgjorde magtforholdene. Den enkelte borger kunne nyde friheden i et samfund, der styredes ved gode love, men fyrsten og dermed staten i statsamfundet var underkastet den stærkeres lov.

For Montesquieu afhang friheden som alt andet af sammenhængen og forholdene. Hver enkelt borger var en del af en helhed, et samfund, hvis funktion kunne sammenlignes med en maskine, som for at fungere godt

Oplysning og naturret

forudsatte gode love. Montesquieu har ikke i værket om lovenes ånd udtænkt et idealsamfund. Der er ingen utopi i værket. Den enkeltes frihed og samfundet ses som et system af indbyrdes relationer. Til enhver regeringsform svarer et princip og dermed en bestemt udformning af lovene. Det er som nævnt ikke helt let at besvare spørgsmålet om, hvad der var Montesquieus idealstat. Det var ikke despotiet, men var det monarkiet eller republikken? Eller blot enhver stat, der gav sine borgere sikkerhed mod overgreb og frihed til at leve efter faste love? Montesquieu var ikke den, der som Voltaire eller Rousseau hudflettede sin samtid. Han ville have undret sig over, at hans bud på, hvad frihed er, kunne føre til revolution, og at der skulle en politisk omvæltning til for at gøre hans tanker om statsstyret og den borgerlige frihed til realiteter.

Montesquieus vigtigste budskaber er samlet i værkets første del. Landets forsvar og dets betydning gør han også en del ud af, og ikke mindst er han overbevist om, at klimaet spiller en væsentlig rolle for lovene. I denne del af værket findes mange iagttagelser, der vakte opsigt i samtiden, men ikke fik samme betydning for politisk tænkning som den første del af værket. Det samme gælder hans overvejelser over handel og religion som andre vigtige faktorer, der bestemmer eller bør bestemme lovgivningens indhold. Værket afsluttes med fire bøger, hvori Montesquieu gennemgår den franske rets historie og det franske lenssystem. En lidt mat afslutning på et værk, der har sat sig så kraftige spor i europæisk politisk tænkning. En egentlig konklusion savnes. Men Montesquieus ærinde var jo også blot at påvise nogle sammenhænge og indbyrdes relationer.

Montesquieu slutter sit værk med et kort citat af Vergils Aeneide. Det klassiske værk om Roms grundlæggelse. Han citerer det sted, hvor de flygtende trojanere opdager Italiens kyst, »Italiam«. Montesquieu slutter, hvor historien begynder. Historien om lovenes ånd har hverken en slutning eller en begyndelse. Den handler om menneskets stadige bestræbelser på at indrette et samfund, hvor det er lovene, der hersker. Den historie forældes lige så lidt som digterens epos.

Montesquieu og hans tanker var velkendte i Danmark i det 18. århundrede. Hans tanker om forskellen mellem monarki og despoti kan læses på en måde, der synes at indebære, at også den danske enevælde måtte henregnes til despotierne, som man ellers fandt dem i Tyrkiet og i Østen. Mod en sådan læsning vendte Ludvig Holberg sig i nogle af sine sene »Epistler«.

Magtadskillelæren

I eftertiden er Montesquieu blevet særlig kendt for magtadskillelsesloven, som kun udgør en lille del af hans store værk.

Montesquieu havde ikke selv opstillet en så fast magtfordelingsmodel som den, der senere er støttet på hans berømte afsnit om Englands forfatning: »Der er i enhver stat tre slags magt«, lyder indledningen til det berømte kapitel af lovenes ånd, hvori Montesquieu giver sin redegørelse for statsforfatningen i England, det 6. kapitel – »De la constitution d'Angleterre« – i den 11. bog af værket.

Af Montesquieu: Om lovenes ånd (1748)

2. bog. 1. kapitel.

Om de tre forskellige regeringsformers natur.

Der er tre arter af regeringsformer; den republikanske, den monarkiske, og den despotiske. For at opdage deres natur er den forestilling, som de mindst oplyste mennesker har herom, tilstrækkelig. Jeg forudskikker tre definitioner, eller snarere tre kendsgerninger: den republikanske regeringsform er den, hvor folket som helhed eller blot en del af folket har den højeste magt; den monarkiske er den, hvor en enkelt person regerer, men efter faste og etablerede love; hvorimod en enkelt person i den despotiske – uden lov og uden regler – drager alt med sig efter sin vilje og efter sine luner.

Dette er, hvad jeg kalder hver regeringsforms natur. Det skal nu undersøges, hvad det er for love, som følger direkte af denne natur, og som følgelig er de første fundamentallove.

11. bog. 5. kapitel.

Om staternes formål.

Selv om alle stater almindeligvis har samme formål, som består i at hævde sig, har hver stat ikke desto mindre sit eget specielle formål. Udvidelse var Roms formål; krig Spartas; ...

Der er også en nation, som har politisk frihed som direkte formål. Vi skal nu undersøge de principper, hvorpå denne nation bygger sin frihed. Hvis de er gode, vil friheden vise sig deri som i et spejl.

11. bog. 6. kapitel

Om Englands forfatning

Der er i enhver stat tre arter af magt; den lovgivende magt; magten til at gennemføre, hvad der bestemmes af folkeretten, og magten til at gennemføre, hvad der bestemmes af den borgerlige lov.

I kraft af den første gennemfører fyrsten eller øvrigheden midlertidige eller varige love samt ændrer eller ophæver allerede gældende love. I kraft af den anden slutter han fred eller erklærer krig, udsender eller modtager ambassa-

Oplysning og naturret

dører, håndhæver sikkerhed, forebygger fjendtlige invasioner. I kraft af den tredje straffer han forbrydelser eller dømmes i folks tvistigheder. Man kalder denne sidste den dømmende magt; og den anden slet og ret statens udøvende magt.

For en borger er den politiske frihed denne sindets rolighed, der hidrører fra den tanke, som enhver har om sin sikkerhed; og for at man kan have denne frihed, skal statsstyret være indrettet således, at en borger ikke behøver at frygte en anden borger.

Når den lovgivende magt og den udøvende magt er forenet i samme person eller øvrighed, er der ingen frihed; fordi man kan frygte, at den samme monark eller det samme råd udsteder tyranniske love for at gennemføre dem tyrannisk.

Der er heller ingen frihed, hvis den dømmende magt ikke er adskilt fra den udøvende magt.

...

Alt ville være tabt, hvis den samme mand eller den samme forsamling af de fornemste, af adelen eller af folket, udøvede disse tre former for magt; magten til at udstede love, magten til at gennemføre de offentlige beslutninger og magten til at pådømme forbrydelser eller private personers tvistigheder.

I de fleste af Europas kongedømmer er regeringsformen moderat, fordi fyrsten, som har de to første magtbeføjelser, overlader udøvelsen af den tredje til sine undersåtter. Hos tyrkerne, hvor disse tre magtbeføjelser er forenede i sultanens person, hersker der et frygteligt despoti.

En af grundtankerne i værket om lovenes ånd var at pege på overensstemmelse mellem et lands regeringsform og dets love. Montesquieu opererede med tre regeringsformer: Den republikanske, den monarkiske og den despotiske. Karakteristisk for monarkiet i forhold til despotiet var, at der i despotiet manglede faste love, således at alt regeredes efter en enkelt persons luner. Hver af disse regeringsformer hvilede på et psykologisk princip. Mens dyden var republikkens princip, var æren monarkiets, og despotiets bærende princip var frygten. Værket om lovenes ånd er i kapitlerne om regeringsformerne stort set beskrivende og går ud på at fremstille, hvorledes bestemte former for love modsvarer bestemte regeringsformer. Den bedste stat var da den, hvis regeringsform udøvedes således, at den kom sit princip nærmest. Andre steder går Montesquieu videre. Det gælder netop kapitlet om den engelske forfatning, der, som en tysk historiker har udtrykt det, på en gang indeholder en abstraktion på grundlag af fortiden, et ideal for samtiden og et program for fremtiden. Montesquieu gav en idealiseret fremstilling af »la constitution d'Angleterre«, som ikke modsvarede den forfatningsmæssige virkelighed.

Oplysning og naturret

Særlig vigtigt er det imidlertid at gøre sig klart, at dette kapitel bygger på et andet værdigrundlag end kapitlerne om statsformerne og deres princip. Montesquieu gør anerkendelse af magtadskillelæren til et kendetegn på den gode stat, som beskytter borgernes politiske frihed, der af Montesquieu defineres som »den sindets rolighed, som kommer af tanken om egen sikkerhed« – frihed for frygt. Montesquieus værdigrundlag er her udtrykt i spørgsmålet, om regeringen kan betragtes som moderat (modéré) eller ej. For Montesquieu var det kernen i den moderate regeringsform, at den dømmende magt var uafhængig af kongen. Den lovgivende og den udøvende magt ville man ofte finde forenet i den monarkiske stat, som på Montesquieus tid var den mest udbredte i Europa, derfor var det afgørende for regeringens natur, at domsmagten var uafhængig.

Montesquieus udgangspunkt var menneskets trang til at udvide og misbruge opnåede magtpositioner. Forudsætningen for, at en borger kan nyde sin politiske frihed, er, at magten ikke er samlet hos en person eller gruppe. For at sikre borgernes frihed er det nødvendigt, at den lovgivende magt ikke er forenet med den udøvende magt – man kan da befrygte, at den samme monark eller det samme råd skal give tyranniske love for at gennemføre dem på tyrannisk måde. Lige så lidt bør den dømmende magt forenes med den lovgivende magt eller med den udøvende magt. Hvis den dømmende og den lovgivende magt bliver forenet, vil magten over borgernes liv og frihed være vilkårlig, og hvis den dømmende og den udøvende magt forenes, ville dommeren have magt til at undertrykke. Derfor må disse tre slags magt holdes adskilt.

Den dømmende magt

Den dømmende magt har i Montesquieus system ingen politisk funktion – domstolenes uafhængighed ønskede han sikret ved, at retterne ikke fungerede permanent, og ved, at dommerne udtoges af folket. På den måde blev domsmagten »prèsque invisible et nulle«. Men selv om Montesquieu ikke ønskede faste domstole, fordrede han fasthed i retsplejen. Så lidt som muligt burde overlades til dommerens skøn. Sine betragtninger om den dømmende magt konkluderer Montesquieu da også med at fastslå, at den er »en quelque façon nulle«. Domstolene har ikke ret til at fravige loven, de er alene munden, der udtaler lovens ord, men må holde sig til den i al dens strenghed, selv om den må anses for i det konkrete tilfælde at være for streng: »Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés que n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur«.

Oplysning og naturret

Som hovedelementerne i Montesquieus opfattelse af den dømmende magt kan vi fremhæve:

- at den dømmende magt burde være politisk neutral
- at dommerne burde være lægmænd og ikke professionelle
- at ikke-professionelle dommere stiller et krav om klarhed i lovformuleringen
- at doktrinen om magtfordeling præsenteres som en politisk doktrin eller ideologi, forstået som individets psykologiske sikkerhed, og den realiseres ved retssikkerhed, som er til stede, når lovene sjældent forandres, er klart formuleret, og er givet for og ikke af dommere.

Montesquieus tanker var blevet kendt i Danmark gennem Holbergs epistler i 1750'erne. J.S. Sneedorf, der var professor ved Akademiet i Sorø, havde her forelæst over Montesquieus statslære, og i den juridiske teori var Kofod Ancher den første, der lod sit syn på retsudviklingen præge af Montesquieu. Kofod Ancher stod samtidig kritisk over for Montesquieus lære om monarki og despoti, da han læste Montesquieu således, at denne ville opfatte det enevældige styre i Danmark som et udslag af en despotisk regeringsform. Stampe var imidlertid den, der fik principperne indført i regeringsførelsen. Han fik derved sin betydning for, at den danske enevælde udviklede sig til hvad vi kalder »oplyst« med respekt – inden for visse grænser – for diskussionen af statsstyrelsens principper. En norsk historiker (J.A. Seip), har talt om den opinionsstyrede enevælde med henblik på den danske enevældes evne til at lade sig lede af den offentlige mening. En række vigtige reformer, hvoraf landboreformerne er de kendteste, men også en række lovreformer i 1790-erne kan nævnes, gennemførtes på den måde »indefra« af systemets egne mænd. Det er formentlig en del af forklaringen på, at Danmark ikke som Frankrig i slutningen af det 18. århundrede oplevede en revolution.

Naturretskodifikationer i Preussen og Østrig

De store naturretssystemer banede vejen for nye lovbøger, som fortrængte romerretten som gældende ret. Især i den sidste fase af naturretten var der lagt op til gennemførelsen af reformkrav i lovsform. Over hele Europa satte reformerne ind i det 18. århundrede. Oplyste monarker sørgede for gennemførelsen af tidens krav i Tyskland, i Østrig, i de italienske stater, først og fremmest Toscana, i Rusland, i Spanien og Portugal, i de nordiske lande og

Oplysning og naturet

Nederlandene. Også i Frankrig kom nye love, men reformerne var ikke effektive. I 1789 brød revolutionen ud. Den fik sin lovbog i *Code civil*.

Vi taler ofte om kodifikationsbevægelsen med en betegnelse skabt af den engelske utilitarist Jeremy Bentham. Rækken af naturretskodifikationer åbnes af den civillovbog for hertugdømmet Bayern, der udstedtes i 1756 som *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, som trods den latinske titel var skrevet på tysk. Denne lovbog, som redigeredes af juristen Kreittmayr, anerkendte endnu romerrettens subsidiære gyldighed i modsætning til de senere preussiske og østrigske lovbøger. Dele af lovbogen gjaldt helt frem til den tyske civillovbog BGB's ikrafttræden år 1900.

Den preussiske Landsret 1794

Den preussiske lovbog var et resultat af langvarige forarbejder. Preussen havde i løbet af det 18. århundrede udviklet sig til en europæisk stormagt, og en lovbog var et led i samlingen af landets forskellige dele til en enhed. Nogle tidlige forsøg i 1714 (hvor også Danske Lov var inde i billedet som et mønster) og i 1746 førte ikke til et resultat. I 1780 satte den preussiske konge Frederik den Store på ny reformarbejdet igang og overdrog to jurister C.G. Suarez og E.E Klein den opgave at udarbejde et udkast. Arbejdet var afsluttet i 1791, og i 1794 trådte den nye lovbog i kraft som *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (ALR). Det var ikke blot en civillovbog, men landretten omfattede tillige stats- og forvaltningsret og strafferetten, mens processen var kodificeret i en særlig *Allgemeine Gerichts-Ordnung für die preussischen Staaten* i 1793.

Af omfang var lovbogen enorm med sine mere end 17.000 bestemmelser, som indtil mindste detalje regulerede undersåtternes forhold. En ofte citeret bestemmelse fastslår således moderens pligt til at amme sit barn:

»Eine gesunde Mutter ist ihr Kind selbst zu seugen verpflichtet.

Wie lange sie aber dem Kinde die Brust reichen sollte, hängt aber von der Bestimmung des Vaters ab«, (se ALR II 2 § 67 og 68).

Landrettens »socialmodel« er stænderstaten. Lighed for loven indførtes ikke, men lovbogen sonderer strengt mellem de enkelte stænder, bønder, borgere, embedsmænd, adel og konge – ligesom Danske Lov havde gjort mere end hundrede år tidligere. Iøvrigt står landretten, hvad systematikken angår, i høj grad i gæld til Pufendorf og Wolff. Privatretten inddeltes efter romerrettens institutions-system i personer, ting og handlinger d.v.s. kontrakter og delikter. Fra et videnskabeligt standpunkt var den meget detaljerede lovbog mindre interessant. Hertil kom, at det i lovbogen ved et såkaldt kommenteringsforbud var forbudt at fortolke loven i kommentarer og domme, idet tvivl om lovens mening skulle forelægges en særlig lovkommission. Retsvidenskaben havde således stadig en mere frugtbar arbejdsmark: Romerretten.

Oplysning og naturret

De første kodifikationsbestræbelser i Østrig var præget af kejserinde Maria Theresias (1740-80) reformbestræbelser. En kommission nedsattes i 1753, men dens udkast fra 1766 til en *Codex Theresianus* ansås for at være alt for omfattende. Arbejdet gik videre, og i omarbejdet form trådte en del af virket i kraft som *Josephinisches Gesetzbuch* (efter kejser Joseph II) i 1787. En ny kommission nedsattes i 1790 under ledelse af juristen C.A. von Martini, og under hans ledelse trængte naturretten ind i lovarbejdet som videreførtes i en ny kommission under ledelse af naturretslæreren Franz von Zeiller (1751-1826). Han fik lovarbejdet bragt til afslutning som *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* (ABGB), der trådte i kraft i 1811, og som endnu danner grundlaget for østrigske privatret. ABGB er en ren privatretslovbog. Den består af tre dele omfattende personretten, tingsretten og de obligationsretlige forhold samlet i oprindelig 1.502 paragraffer, hvortil i årene 1914-16 knyttedes såkaldte »Teilnovellen«, som førte retten á jour. Lovbogen tillod ikke supplerings gennem den ældre sædvaneret, men fordrede, at dommeren, hvor han ikke kunne støtte sig til en lovbestemmelse direkte, anvendte analogi eller »natürliche Rechtsprinzipien.«

England

Romerretten spillede kun en beskeden rolle i England. Kendskab til romerret fordredes dog af de jurister, som var knyttet til de gamle kirkelige domstole, som tog sig af ægteskabssager, og på de engelske Universiteter blev romerretten stadig dyrket som Civil Law.

Engelsk ret i det 18. århundrede var i det væsentlige uberørt af de nye strømninger og reformer i Europa. Man fastholdt common law, således som den altid havde været, nemlig et sæt uskrevne regler, bygget på ældgammel sædvaneret og håndhævet og fortolket af domstolene, som stadig var centraliseret i Westminster Hall i London. Den såkaldte equity havde ikke noget til fælles med naturretten, men havde udviklet sig til et tilsvarende stift regelsæt, der anvendtes ved Court of Chancery.

Blandt de fremtrædende juristskikkelser er i begyndelsen af 1600-årene Edward Coke, som overfor kongen fastholdt domstolenes uafhængighed og deres ret til at tilsidesætte love, der ikke var i overensstemmelse med common laws grundprincipper.

Oplysning og naturret

I 1700-årene spillede den engelske dommer Lord Mansfield (1705-1793) en fremtrædende rolle som Lord Chief Justice ved King's Bench. Mansfield var skotte af oprindelse og havde et grundigt kendskab til kontinental ret. Hans fortjeneste var at inkorporere handelsretten, som i vidt omfang hvilede på kontinental praksis, i engelsk common law for derved at skabe et moderne system, der omfattede regler om kredit, veksler, forsikring, bankvæsen m.v. Mansfield anses derfor for at være engelsk handelsrets grundlægger. Men iøvrigt spillede engelsk ret og engelske jurister ingen større rolle i omformningen af det engelske samfund i forbindelse med industrialismens gennembrud. Engelske jurister holdt sig til deres nedarvede system og betragtede sig ikke som samfundslivets ingeniører.

Retsvidenskaben spillede i 1700-årenes England en nærmest forsvindende lille rolle, indtil der midt i århundredet ved universitetet i Oxford oprettedes et professorat i engelsk ret. Dets første indehaver var William Blackstone (d. 1780), som var påvirket af oplysningstidens strømninger, og hvis navn er uløseligt knyttet til hans analyse og overblik over grundprincipperne i engelsk ret, *Commentaries on the Laws of England* (1765-68 med talrige senere udgaver). Bogen havde yderligere den fordel, at den kunne læses af enhver, da den ikke var skrevet i det for andre end den snævre kreds af domstolsjurister uforståelige Law French, som først i 1700-tallet begyndte at gå af brug.

En anden engelsk jurist fra denne periode, som bør nævnes her, er Jeremy Bentham (1748-1832), som var en kritiker af engelsk ret og i langt højere grad tænkte kontinentalt. Det er fra ham, at udtrykket kodifikation stammer.

Jeremy Bentham

Bentham var sin tids største teoretiker og mest glødende forkæmper, når det gjaldt rettens nedskrivning i systematisk form. Han var ikke påvirket af naturretten, men udviklede sin egen filosofi, den såkaldte utilitarisme, hvis grundprincip var opnåelsen af den størst mulige lykke for det størst mulige antal mennesker. («The greatest happiness for the greatest number» med et slogan, som Bentham dog ikke selv havde formuleret.) Enhver retsregel måtte da også bedømmes efter dens nytteværdi. Lovbøger skulle medvirke til at skabe retssikkerhed og klarhed («cognoscibility»). I talrige mere eller mindre fuldendte arbejder gik Bentham ind for en retsreform, f.eks. i *Principles of Moral and Legislation* (1780-89). Hans manuskripter oversattes allerede tidligt til fransk og var ofte bedre kendt i Europa i den franske udgave end i den engelske original.

Benthams reformplaner havde ikke megen succes i England i hans egen levetid, men i løbet af det 19. århundrede blev en del deraf realiseret. Der skete

Oplysning og naturret

således i årene efter 1832 en udrensning af forældede lovbestemmelser. I 1870-erne gennemførtes en indgribende procesreform med ophævelse af den gamle sondring mellem common law – og equity-domstole og med indførelse af et moderne appelsystem. Afgørelser truffet af de almindeligt kompetente High Courts of Justice kunne appelleres til en Court of Appeals. Dog bevarede House of Lords som en overappellationsret.

Naturretten i Danmark

Omkring 1700 nåede naturretten til Københavns Universitet. De første juridiske professorer, der lagde Grotius og Pufendorf til grund for deres forelæsninger og værker, var Christian Reitzer og Henrik Weghorst. Den første danske professor i naturret var Andreas Hojer. Han efterlod sig ikke en større retsvidenskabelig produktion. Hans interessanteste værk er *Idea Icti Danici* (1736) (Forestilling på en Dansk Jurist), hvori han i tilknytning til sit forbillede Thomasius nærmere redegør for indholdet af sine tanker om det juridiske studium med særlig vægt på fremhævelsen af de almene forudsætninger herfor og betydningen af studiet af dansk ret.

Kendskab til naturretten var en af fordringerne til den, som ønskede at bestå den juridiske eksamen, der indførtes ved Københavns Universitet 1736. Den praktiske gennemførelse af eksamensordningen 1736 stod professor Andreas Hojer for, og han var som nævnt også forfatter af den første juridiske studievejledning. Forbilledet for den juridiske studieordning var den teologiske embedseksamen, der var indført i 1629. De grundlæggende eksamenskrav var kendskab til naturret, dansk ret og proces samt til romerretten. Hertil kom udarbejdelsen af et indlæg om et konkret retstilfælde. Særlig vigtigt var, at romerretten, som hidtil havde dannet grundlaget for retsstudiet, nu blev detroniseret til fordel for naturretten og den nationale ret.

Naturretten var ikke blot en juridisk disciplin, men tillige en praktisk filosofi, hvori fremstilles læren om ret og uret og borgernes pligter mod sig selv og andre. Det blev Ludvig Holberg, der løste den opgave at tilvejebringe en almen tilgængelig fremstilling på dansk af datidens fremherskende naturretssystem, som var opstillet af Pufendorf.

Ludvig Holbergs naturret

Holberg lagde ikke skjul på sine forbilleder. På titelbladet til sin *Moralske Kierne* eller *Introduction til Naturens og Folkerettens Kundskab*, der udkom i 1716, meddelte han, at den var »uddragen af de fornemste Juristers, besynderlig Grotii, Pufendorfs og Thomasii Skrifter«. Det er det af Samuel Pufendorf opstillede naturretssystem, der danner rygraden i bogen. Grundlaget for naturlovene er ifølge Holberg, der herved følger både Grotius, Pufendorf og englænderen Cumberland, hvis lære mindede om Pufendorfs: »at et hvert menneske så vidt det står til ham, må holde ved lige samkvem og forening, hvoraf følger, at hvad som udi almindelighed hjælper til sådan samkvem og omgængelse, det har den naturlige ret befalet, og, hvad som strider derimod, er af samme naturens ret forbudt«. Ligesom Pufendorf lægger Holberg bl.a. herved vægt på menneskets »skrøbelighed« (imbecillitas). Holberg var imidlertid ligeså lidt som Pufendorf en rendyrket tilhænger af det synspunkt, at menneskets sociale drift er en tilstrækkelig drivfjeder til samfundets opretholdelse. De var begge påvirket af Hobbes opfattelse, som den mest markant er fremført i *Leviathan* (1651) af naturstanden som alles krig mod alle, der kun kunne overvindes ved en underkastelseskontrakt, hvorved al magt overdroges til staten. Også dette synspunkt gør Holberg til sit, både når han i sit afsnit om naturloven forklarer dennes nødvendighed som en følge af bl.a. »menneskenes ondskab«, og når han senere forklarer statens opståen som et udslag af den »frygt, som det ene menneske har for det andets ondskab«. Endnu tydeligere er parallellen til Hobbes' sondring mellem samfundspagten og underkastelseskontrakten, når det senere hedder, at: »Derfor til at indrette en stat, udfordres to pagter og en forordning«, af hvilke den første pagt går ud »på at forene sig med hinanden« og den anden »hvormed beskikkes den, eller de, som skulle forestå regeringen«. I de senere udgaver af Holbergs naturret inddrages langt mere af den naturretlige litteratur, end han havde kendt eller kunnet kende ved udarbejdelsen af første udgave. Det gælder først og fremmest schweizeren Jean Barbeyracs kommentar til Pufendorfs naturret, som Holberg gengiver passager af uden altid at oplyse kilden. Men også på andre punkter fik han anledning til at uddybe fremstillingen. Bekendt er den uddybning af afsnittet om ægteskab mellem nærtbeslægtede, der var en følge af hans debat med Andreas Hojer, der i sit af Thomasius inspirerede af samtiden stærkt forkætrede *Diagramma de nuptiis propinquorum* (1719) (om nærtbeslægtedes ægteskab) havde gjort sig til talsmand for den opfattelse, at blodskam hverken stred mod naturens lov eller kunne opfattes som et udslag af den almindelige for alle gældende positive guddommelige lov som *jus divinum positivum universale*.

De spørgsmål, som naturretten traditionelt beskæftiger sig med, kommer også Holberg ind på. I sin redegørelse for långivning (*mutuum*) drøfter han således endnu det gamle spørgsmål om renters tilladelighed og i den forbindelse omtales det kanoniske renteforbud og de forskellige kendte transaktioner til omgåelse heraf. Holbergs opfattelse er den, at man kan »ikke med billighed fordømme

Oplysning og naturret

mådelig rente«. Han henviser herved til et værk af den franske huguenotpræst i København la Placette, til Barbeyrac og til den reformerte hollænder Salmasius' skrift *De Usuris* (1638), der gjorde sig til talsmand for tilladeligheden af at tage rente som leje for en udlånt kapital. Som et almindeligt princip for alle kontrakter opstiller Holberg »lighed«.

Holbergs naturret opnåede talrige oplag. Den har dækket et behov i samtiden. Den har vel ikke mindst været nyttig for dem, der ønskede at uddanne sig til danske jurister, hvortil efter forordningen om juridisk eksamen 1736 krævedes, at man havde vist sig grundet og færdig i »naturens lov såvidt den af danske og tyske bøger kan fattes«.

Martin Hübner er den eneste danske naturretslærer, hvis værker opnåede europæisk udbredelse. Dette gælder særlig hans folkeretlige hovedværk (*De la Saisie des bâtimens neutres* (1759)), hvor han gør sig til talsmand for neutrale landes frihed til at drive handel i krigstid. Det er denne lære, der udtrykt i sætningen »Frit skib, fri ladning« ved Pariser-deklarationen 1856 er indgået som et vigtigt led i den almindelige folkeret uden dog at blive respekteret i krigstid.

Kvindes umyndighed

Af Ludvig Holbergs Naturret

Endelig kan spørges, om der er nogen naturlig billighed derudi, at kvindekønnet skal altid anses umyndig, og som mindreårig. Udi Athen var i gamle dage sådan lov, at en kvindespersion kunne ikke kontrahere om noget, som overgik en skeppe; og de fleste borgerlige love nu omstunder holde alle kontrakter gjorte af fruentimmer ugyldige, med mindre der var en formynders eller lavværges samtykke hos. Fundamentet til sådant forbud tages af fruentimmers skrøbelighed og ubekvemhed til at dømme, om en kontrakt kan være dem til nytte. Men, uden at sætte til side noget af den respekt, jeg har og bør have for alle nationers borgerlige love, så må jeg dog tilstå, at jeg har aldrig kunnet fået i mit hoved, at man kan holde et fruentimmer bekvemt til at forestå et helt land, hvoraf så mange tusinde menneskers velfærd hænger, og derimod dømme det ubekvemt til at slutte en liden pengekontrakt; thi det er ligesom at dømme en bekvem til at slutte en købekontrakt om en herregård, og derimod ubekvem at kontrahere om en tylt bredder eller en favn brænde. Den Jyske Lov er hel streng derudi; thi den siger: Bonde bøder 3 mark, om han tier og tåler, at hans hustru sælger og skøder jord bort; thi det er uhjemlet og kan deles tilbage igen, og den, der køber taber sit værd.

Oplysning og naturret

En varig efterfølger fik Holbergs naturret ved fremkomsten af Nørregaards naturretsfremstilling (1776), der i 2. udg. udkom som *Natur-Rettens første Grunde* (1784). Forbilledet for Nørregaard var Christian Wolffs matematisk-deduktive metode. Wolffs system var ikke mindst tiltrækkende på grund af sin universalitet, som det også fremgik af titlen på det værk, hvori hans filosofi fastlagdes i 1720: *Vernünfftige Gedancken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen, auch allen Dingen überhaupt*. Her var Wolffs filosofi fastlagt, som han i sit store værk i otte bind i 1740'erne og i en kort lærebog *Institutiones juris naturae* overførte særligt på naturretten. Det ledende princip for Wolffs rets- og statstænkning var ønsket om at fremme menneskets fuldkommenhed (perfectio). Mennesket kan kun med andres hjælp nå til fuldkommenhed. At gøre sin egen og andres tilstand mere fuldkommen og dermed stræbe efter det fælles bedste, »Gemeinwohl«, bliver derfor et vigtigt mål for politisk stræben.

Nørregaards Naturret

Nørregaards naturret er ingen direkte oversættelse af Wolffs korte naturretsfremstilling, som den heller ikke følger slavisk. Selvom der undertiden er foretaget systematiske ændringer, genfindes imidlertid hovedindholdet af Nørregaards fremstilling hos Wolff. Der er så mange lighedspunkter, at man kan betragte Nørregaards værk som en tillempning af Wolffs lærebog på dansk.

Nørregaards system ser således ud:

Naturrettens første grunde:

- I Den medfødte naturens ret
 - 1. Om pligterne mod Gud
 - 2. Om pligterne mod sig selv
 - 3. Om de medfødte pligter mod andre mennesker
 - 4. Om pligterne mod de umælende dyr
 - 5. Om menneskets medfødte rettigheder, især de fuldkomne
- II Den hypothetiske naturens ret
 - 1. Om de hypothetiske pligter og rettigheder i almindelighed
 - 2. Om pligterne i hensigt til talen
 - 3. Om den naturlige ejendomsret
 - 4. Om den naturlige forbundsret
 - 5. Om den naturlige selskabsret.

Nørregaard formulerer som »Grundsats i Naturens Ret«: »Forfrem din fuldkommenhed; eller gør det, som beforder din fuldkommenhed, og efterlad det, som beforder din ufuldkommenhed«. Af denne grundsætning udleder Nørre-

Oplysning og naturret

gaard yderligere, »at et menneske bør befordre andre menneskers fuldkommenhed«. Naturens lov er ifølge Nørregaard at anse som »den eneste subsidiære ret, man kan og bør følge«. Af udgangspunktet i den menneskelige fuldkommenhed udledes enkelte retssætninger f.eks. pligten til at svare skadeserstatning således: »Når et menneske har fornærmet en anden, så har han derved påført den anden en ufuldkommenhed, eller et onde. Er nu et menneske, ifølge det ovenanførte fuldkommen forbunden til ikke at fornærme andre, eller (som er det samme) til ikke at være årsag i en andens ufuldkommenhed, så må han og være fuldkommen forbunden til, når han har beskadiget en anden, at mage det således, at han ophører at være årsag i det den anden påførte og endnu vedvarende onde ...«

Som menneskets medfødte rettigheder regner Nørregaard retten til at forsvare sig, retten til at forlange erstatning, til at straffe og retten til at føre krig, de defineres som »en tilstand, hvori man ved magt forfølger sin fuldkomne ret mod den, som nægter os samme«. Ved modstykket hertil, de såkaldte hypothetiske pligter og rettigheder, forstår Nørregaard sådanne, der forudsætter visse frie gerninger, hvorved man har samtykket i, at de skal finde sted. Disse rettigheder grunder sig enten i ejendomsret, kontrakt eller »selskab«.

Nørregaards naturret afspejler det stadium, hvorpå dansk naturret befandt sig i slutningen af det 18. århundrede. For så vidt betegnede bogen trods sine mangler et fremskridt, fordi den kommer ind på emner, der kun delvis tidligere havde været behandlet i dansk ret eller i hvert fald ikke under samme synsvinkel, således den almindelige beskyttelse af den enkeltes person med udgangspunkt i Wolffs lære. Pligten til at respektere andres personlighed afledes af menneskets pligter mod sig selv. Disse er bl.a. respekt for livet, sundhed, herunder at sørge for mad og drikke, klæder m.v., arbejde, velstand, agtelse. Da enhver har pligt til at befordre andres fuldkommenhed, må man hjælpe andre til at opfylde disse pligter.

Når det gælder erstatning for skadegørende handlinger, står Nørregaard på et rent forårsagelsessynspunkt uden at tillægge skadevolders subjektive forhold betydning. Holberg ville derimod kun anerkende en retlig erstatningspligt ved forsætligt eller uagtsomt forvoldt skade.

Familieretten behandles af naturretslæren ud fra kontraktsretlige synspunkter som et selskabsforhold. Denne tankegang går tilbage til Pufendorf, der systematisk opfatter forholdet mellem ægtefæller, forældre og børn og herskab og tyende ud fra denne synsvinkel. Også Wolff talte om ægteskabet i et afsnit, der betegnedes som »De matrimonio seu societate conjugali« (om ægteskab eller ægtefællers selskab). Fælles for Nørregaard og Holberg er

Oplysning og naturret

betragtningen af ægtefællerne som principielt ligestillede i ægteskabet – et spørgsmål, der var omdiskuteret i naturretten. Selve definitionen af ægteskabet har Nørregaard overtaget fra Wolff: »Ægteskab (*conjugium sive matrimonium*) er et selskab indgået imellem personer af forskelligt køn for at avle og opdrage børn«.

Ingen af de danske naturretlige værker er præget af originalitet, men er til det epigonagtige grænsende overførelser af fremmede systemer til dansk. Holbergs naturret udmærker sig litterært, men er dog blot en forkortet gengivelse af Pufendorfs og dennes kommentatorers tanker, der ubestrideligt opmuntres af hans vittige pen.

Nørregaard knyttede sig især til Wolff, men i slutningen af det 18. århundrede introducerede den juridiske professor J.F. W. Schlegel som en af de første i sin naturret Kant herhjemme. Schlegel var i begyndelsen af sin universitetstid en foregangsmand, men han gjorde sig ikke som Ørsted klart, at der ikke fra de Kantske formelle naturretsprincipper kunne udledes sikre slutninger om indretningen af den positive ret. Det indså Ørsted – under indtryk af sin belæsthed i samtidens naturretslitteratur – og forlod Kant for med andre udgangspunkter at beskæftige sig med den positive ret. Det var ikke mindst universitetets læreres manglende sans for det meget nye indenfor filosofi og retsvidenskab i tiden omkring 1800 og dets betydning, der medførte, at retsvidenskaben ved universitetet kom til at stå i stampe, indtil Ørstedes indflydelse senere gjorde sig gældende.

Kofod Ancher og lovgivningskunsten

Kofod Ancher var den første i Danmark, der drog konsekvensen af Montesquieus synspunkter for retsvidenskaben. Hans hovedværk *En Dansk Lov-Historie* I-II (1769-76) var frugten heraf, men også andetsteds i hans forfatterskab spores denne indflydelse. I *Anviisning for en Dansk Jurist* (1777) kommer Ancher flere steder ind på lovgivningskunstens betydning. Denne *jurisprudentia legislativa* adskiller sig fra anden lovkyndighed ved at angå læren om, »at forfatte gode og nyttige love« og er derfor ikke bundet til »givne love«. »At kende lovene både på den politiske og juridiske side, ikke alene som de er, men og som de bør være, kan aldrig for en jurist være et forgæves arbejde«. I lovgivningskunsten har man henseende til »enten ret og billigt, eller ikkun til det nyttige«.

I det 18. århundrede var der således tilløb til udviklingen af en videnskabelig lære om de almindelige grundsætninger for lovgivningen – en lovgivningskunst eller lovgivningsvidenskab. De mest fremtrædende repræsentanter for denne retning var franskmændene Montesquieu, italieneren Filangieri og englænderen

Oplysning og naturret

Bentham. De var alle kendt herhjemme og fik betydning både for retsvidenskaben og lovgivningen. Det samme gælder J.D. Michaelis og italieneren Beccaria, der også skal omtales i det følgende.

Uanset at en lærestol for dansk ret var oprettet i 1732, og at kendskab til dansk ret indgik som et vigtigt led i eksamenskravene til den i 1736 indførte juridiske embedseksamen, kom man længe til at savne egnede fremstillinger af den nationale ret. I undervisningen lagde man således udenlandske, særlig tyske fremstillinger af den i Tyskland gældende romerret, den såkaldte *usus modernus pandectarum*, til grund og forklarede i tilknytning hertil forskellene mellem dansk ret og romerretten. I løbet af det 18. århundrede spores en stigende bestræbelse på at komme bort fra denne metode og lægge selvstændige fremstillinger af den nationale ret til grund. Herved er udviklingen i dansk retsvidenskab i overensstemmelse med en almindelig europæisk bevægelse i dette tidsrum, der netop søger at løsrive sig fra det romerretlige forbillede for at tage øget hensyn til den nationale retsudvikling.

En første større fremstilling af dansk ret var Lauritz Nørregaards *Forelæsninger over den Danske og Norske Private Ret I-VI* (1784-97) som gav en systematisk oversigt over retssystemet, der ikke direkte knyttede sig til en romerretlig systematik. Nørregaard tager ofte ved fremstillingen af de enkelte emner udgangspunkt i sin naturretsfremstilling, men grundlaget for fremstillingen er den positive danske ret, som den var udtrykt i Danske Lov og senere tilkomne forordninger. Naturretten var den eneste kilde, hvortil man kunne ty i tilfælde af lovens tavshed. Samtidig spillede naturretten en afgørende rolle som fortolkningsprincip både derved, at naturretten ansås som indeholdende de almindelige principper for ret og billighed, og derved, at man opstillede den sætning, at loven i tvivlstilfælde burde fortolkes således, at den blev bragt i overensstemmelse med naturretten.

Revision af Danske Lov

Allerede i 1737 fik generalprokurør Andreas Hojer og justitiarius i Højesteret Diderich Sechmann pålæg om at foretage en revision af Danske og Norske Lov. Reskriptet til disse jurister af 11.10.1737 ytrer dog ingen kritik af det ældre lovværk. Tværtimod fremhæves det her, at »den af Kong Christian d.5te publicerede Danske og Norske Lov med saadan kongelig forsigtighed, retvished, fynd og tydelighed, efter de tiders beskaffenhed, er forfattet, at den derfor fremfor alle

Oplysning og naturet

andre bekendte love hele verden igennem er berømmet ...« Efterhånden blev også en række andre fremtrædende jurister inddraget i revisionsarbejdet, bl.a. professor P. Kofod Ancher. Han kunne i 1759 fremlægge en plan for lovarbejdet, og i princippet var revisionsarbejdet i gang indtil Kofod Anchers død i 1788. Reelt var arbejdet imidlertid længe forinden gået i stå, og noget resultat fremkom ikke. En række arkivpakker, der opbevares på Rigsarkivet, vidner i dag om den flid, der igennem det 18. århundrede blev udfoldet for at tilvejebringe en revideret lovbog.

Den samme systematik, der var anvendt af Nørregaard, fulgtes også af Hurtigkarl (1763-1829), hvis ufuldendte fremstilling af dansk ret kun i meget begrænset omfang betegner et fremskridt i forhold til Nørregaards forelæsninger.

Samtidig med fremkomsten af systematiske fremstillinger af den danske ret fremkom udførlige eksegetiske kommentarer til Danske Lov, hvoraf den vigtigste er den kommentar, der 1791-97 udgaves af højesteretsassessor C.B. Brorson, som i årene 1800-28 knyttedes til Universitetet.

En ændring i naturretsopfattelsen indtrådte i slutningen af det 18. århundrede, hvorved naturetten ikke længere opfattedes som almengyldige normer, men som en relativ, historisk naturet, der ikke – som det bl.a. var så karakteristisk for Christian Wolffs metode – blev deduktivt udledt af almene grundsætninger, men som var afpasset konkrete forhold. Det er Montesquieus berømte værk *De l'Esprit des Lois* fra 1748, der danner grundlaget for denne opfattelse. Montesquieus udgangspunkt var den grundlæggende erkendelse, at lovene skal passe til det folk, som de er beregnet for, og at det ville være et særegent og usædvanligt tilfælde, hvis et lands love skulle passe for et andet. Samtidig påpegede Montesquieu, hvad det var, lovgiver skulle tage hensyn til ved lovgivningens udformning, nemlig regeringsformen, landets naturlige beskaffenhed, således dets beliggenhed, klima, jordens beskaffenhed, folkets karakter af agerbrugere, jægere eller kvægavlere, religion, befolkningstal, handel, sæder o.s.v. Et nøglebegreb blev »sagens natur«. Denne nye opfattelse af naturetten dannede forudsætningen for de store naturretskodifikationer i Preussen, Frankrig og Østrig.

Mosaisk ret i det 18. århundrede

Blandt de spørgsmål, som det 18. århundredes retsvidenskab beskæftigede sig med, og som også Kofod Ancher måtte tage stilling til, var, om mosaisk ret måtte anses for bindende som en almen gyldig lov, eller om der var tale om love, som kun rettede sig til jøderne. Spørgsmålet var ikke mindst af betydning for reglerne om slægtskab og svogerskab som ægteskabshindring, hvor der netop i det 18. århundrede opstod en retspolitisk diskussion, om mosaisk rets vidtgående forbud virkelig måtte anses som bindende for lovgiver som udslag af en positiv guddommelig lov med almen gyldighed. Den, der med særlig vægt vendte sig mod den opfattelse, var teologen J.D. Michaelis fra universitetet i Göttingen, der i en række værker påviste, at de vidtgående ægteskabsforbud i mosaisk ret skyldtes særlige forhold hos jøderne og derfor ikke kunne gøre krav på almen gyldighed – bortset fra forbudet mod ægteskab mellem beslægtede i ret op- og nedstigende linie og søskende, der var begrundet i en almindelig morallov. Til denne opfattelse, der netop bygger på en undersøgelse af lovenes årsager, sluttede også Kofod Ancher sig. Hermed var et vigtigt lovgivningsspørgsmål endeligt løst, nemlig det teoretiske spørgsmål om mosaisk rets gyldighed. Denne opfattelse fik i Danmark betydning for ægteskabsretten og for den strafferetlige behandling af en række sædelighedsforbrydelser og manddrab.

Henrik Stampe

De nye naturretlige principper fik også betydning for opfattelsen af statens styre. De trængte ind i magtens korridorer og var herfra med til at forme et nyt syn på konge, stat og regering. En af dem, der i anden halvdel af det 18. århundrede fik den største indflydelse på retslivet, var generalprokurør Henrik Stampe (1713-1789). Generalprokurøren var som embedsmand tilknyttet kancelliet; han havde opsynet med kongens embedsmænd i almindelighed, men var først og fremmest den, der fungerede som regeringens juridiske konsulent, idet han gav udkast til nye love eller udfærdigede responsa i vanskelige eller tvivlsomme sager, en funktion, der minder om den, der i dag varetages dels af Justitsministeriets lovafdeling, dels af kammeradvokaten. Generalprokurøren havde tillige sæde i Højesteret; det var imidlertid ikke i denne egenskab, men som regeringens respondør, at Stampes væsentligste indsats faldt i hans år som generalprokurør 1753-1784.

Oplysning og naturret

Uægte børn

Henrik Stampe, erklæring af 7. august 1763

Den forbindtlighed, som naturens lov pålægger forældre til at opføde deres børn, haver ikke sin grund i præstevielsen, med derhen hørende og i de borgerlige love fastsatte ceremonier, men i fødselen, og er altså tilfælles for ægte og uægte børn, skønt ikke i lige grad, for såvidt forbindtligheden haver sin grund i de borgerlige virkninger af ægteskab.

Stampe hørte til dem, der havde læst og draget nytte af, hvad man ofte karakteriserer som »århundredets bog« – Montesquieus (1689-1755) værk om lovenes ånd, *De l'Esprit des Lois* (1748). Stampe var herved blevet optaget af Montesquieus lære om betydningen for borgernes retssikkerhed af, at øvrighedsmyndighed og domstole holdtes adskilt fra hinanden. Selve læren om adskillelsen af lovgivende, dømmende og udøvende magt måtte naturligvis i en stat, hvor kongen besad al magt, være af mindre praktisk betydning.

Strafskærpelse eller strafnedsættelse?

Henrik Stampe: Erklæring af 11. juli 1760

Erklæring over en forestilling af 17. december 1759, fra stiftamtmanden i Aalborg hr. geheimeråd baron Holck, hvorved han indsender et tingsvidne, som byfogden i Skagen, efter hans ordre havde erhvervet, angående den såkaldte marehalm eller klittetags afskær der i sandklitterne; hvoraf ses, at den største del af Ska-gens indvånere, og pågrænsende beboere, har derudi været delagtige. Og, da man ikke ved gentagne advarsler og trusler har kunnet bringe almuen til, at aflade fra denne skadelige misbrug, så indstiller stiftamtmanden: om lovens 6-17-29 art. måtte forandres derhen, at istedet for den der fastsatte straf, skulle den, som befandtes at afslå, oprykke eller ødelægge marehalm, hver gang bøde 10 rdr., halvdelen til angiveren og halvdelen til rettens betjente og actor, hvilke 10 rdr. straks, når forbrydelsen ved tingsvidne var bevist, skulle betales eller af deres bo udpantes, og de, i mangel af betaling straffes på kroppen efter forordningen af 6. december 1743; derudi han refererer sig til en anden forestilling af 29. maj 1752. Dette mener han, at ville have sin gode nytte, og at det ikke ville fattes på angivere, når de kunne vente sådan fortjeneste, da de undse sig i henseende til den ansatte hårde straf.

I henseende til disse indvånere, som ved dette tingsvidne er overbevidste, indstiller stiftamtmanden, om hans Majestæts ville eftergive dem den fortjente straf, imod at enhver, som udi forbrydelsen er bevist at være delagtig, betaler 1 rdr., halvdelen til sognets fattige og halvdelen til lige deling imellem rettens betjente og actor.

Oplysning og naturret

Denne allerunderdanigste forestilling fra hr. geheimeråd og stiftamtmand baron Holck, konfereret med en anden i samme materie, viser hvor ulige menneskenes tænke måde er, og at fornuftige mænd kunne vente, ej alene ved forskellige, men og ved ganske stridige midler, at komme til eet og det samme mål, og opnå een og den samme hensigt.

For et eller to år siden, sås en forestilling fra en amtmand i Jylland, hvis amter grænser på de amter, som er hr. geheimeråd baron Holck anfortroede, hvorved han indsendte trede domme, fældte over folk, som havde afslået eller oprykket marehalm eller klittedag, og derhos meldte, at denne skadelige misgerning tog alt mere og mere overhånd, samt indstillede, om det ikke for at få samme hæmmet var godt, at straffen blev skærpet, og at den straf, som forordningen af 25. november 1720 fastsætter alene for Bornholm, måtte blive udvidet til hele Danmark, hvilken straffens skærpelse han forment at ville blive et kraftigt middel til at skrække folk fra at begå denne misgerning, og altså til at hæmme den.

Her derimod møder en anden forestilling, hvor der iligemåde klages over, at denne misgerning går så meget i svang, og hvor straffens formildelse foreslås, som det bekvemmeste middel til at få den hæmmet.

Så underligt som dette sidste forslag ved første øjekast lader, så holder jeg for, at det haver bedre grund i de sætninger, hvorefter straf bør bestemmes, såvelsom i folks tænke måde i almindelighed, og bifaldes mere af erfaring end det første.

Straffens skærpelse er ikke alletider, men hel sjældnen, et sikkert middel til at hæmme en misgerning, som har begyndt at tage overhånd, fornemmelig under så mild, faderlig og nådig en regering, som vi have den lykke at leve under. Jo hårdere en straf er, eller synes at være, i forhold til misgerningens beskaffenhed og grovhed, jo sjældnere bliver den eksekveret. En mildere straf, som derhos er indrettet efter de motiver, der bevæger folk til at begå en misgerning, og just fordi den er tålelig let kan eksekveres, og af samme årsag jævnlig bliver eksekveret, har ofte langt bedre virkning end en hård straf, som just for dens hårdheds skyld sjældnen bliver eksekveret.

Når nogen tid er gået forbi, og en efter en anden, som haver begået misgerningen, er blevet benådede og unddragne fra den bestemte straf, så begynder folk at tro, at straffen kun er sat til en skræk i loven og ikke for at blive eksekveret, og just derved lader den af at være en skræk.

Dersom her skulle gøres en ny lov, og i samme sættes straf for denne misgerning, da faldt jeg snarere til hr. geheimeråd Holcks end til den anden mening, dog med det tillæg, at straffen skulle skærpes, når den samme person oftere kom igen og begik samme misgerning.

Men ligesom jeg tilforn har af ovenanførte årsager været imod det forslag om straffens skærpelse, så understår jeg mig ej heller nu for tiden, allerunderdanigst at råde Deres kongl. Majestæt til allernådigst at approbere dette forslag, dvs.: Straffens formildelse, da man fra adskillige steder hører klage over, at denne for landets bedste og vedligeholdelse mod sandflugten så skadelige og farlige mis-

Oplysning og naturret

gerning går meget i svang, og man i den henseende ikke kan vide, hvad virkning sådan formildelse på et eller andet sted kunne have.

Den amtmænd, som for nogen tid siden havde klaget derover, og foreslået straffens skærpelse, som et bekvemt middel til at hindre misgerningen, ville efter hans egen måde at tænke på, når han nu så, at straffen blev formildet, tro, at man ikke længere anså denne misgerning at være af så stor betydning. Iblandt den gemene mand ville måske adskillige, om ikke de fleste, tænke det samme.

Det, som hr. geheimeråd Holck og tildels anser, at ville bidrage meget til at hæmme denne misgerning, nemlig, at vedkommende ved en forventende gevinst blev lokkede og opmuntrede til at angive den, har loven allerede iagttaget; thi i følge loven skal den, der begår denne misgerning, foruden at betale igæld og tviegæld, have sin hovedlod forbrudt, og i følge lovens 6 bogs 17 kap. 29 art., tilfalder det altsammen angiveren, når han tillige påtaler sagen, hvilket alletider er ham tilladt, da denne aktion i vores lov anses som en *actio popularis*, hvilken enhver er berettiget til at anlægge mod den skyldige.

Det hr. geheimeråd Holck foreslår, at de skyldige, når forseelsen ved tingsvidne var bevist, straks uden videre lovmål skulle betale bøderne, og i mangel af betaling straffes på kroppen, efter forordningen af 1743, det må jeg tilstå, i hvor det og gik, jeg ikke kunne være enig med, da ingen efter mine tanker bør straffes, uden i følge en foregående dom, som tilfinder ham samme straf, og som han bør have lov til at appellere, ifald han formener sig derved på een eller anden måde fornærmet.

Denne regel bør være ganske almindelig, og ingen undtagelse derfra bør eller må tåles.

Det er godt nok, at man af et tingsvidne tydelig kan se, at en er tilfulde overbevist om at have begået en misgerning, men sålænge sagen ikke er ventileret for retten, ved man dog ikke tilfulde, hvad for exceptioner mod vidnerne, eller kontrabevis han kan have, eller hvad han videre til sin undskyldning kan have at anføre. Jeg skulle således holde det for tjenligst, at det i henseende til denne post, har sit forblivende ved loven.

Hvad det endelig angår, som hr. geheimeråd Holck foreslår, om straffens formildelse for dem i særdeleshed, som ved dette tingsvidne er graverede, da er det en ting, som vil komme an på Deres kongl. Majestæts nåde. Og da det er bekendt, at de fleste og næsten alle indvånerne i Skagen er fattige fiskere, det og synes ligesom de hidindtil ustraffet have forøvet denne misgerning, hvortil kommer, at der alene er ført tingsvidne, men ikke fældet nogen dom over dem, så ved jeg intet imod, om det allernådigst måtte behage Deres kongl. Majestæt, derudi at approbere stiftamtmandens forslag, når de skyldige alene får at vide, at det er for stiftamtmandens forbøns skyld, og alene for denne gang, at de bliver benådede, og at de, om de tiere måtte findes at have begået sådant, kunne vente at blive tiltalte og straffede efter loven.

I så fald skulle jeg allerunderdanigst indstille, om det allernådigst måtte behage Deres kongl. Majestæt at reskribere til hr. geheimeråd.

Oplysning og naturret

I løbet af det 18. århundrede havde statsmagten udvidet sine administrative beføjelser på bl.a. lokale godsejeres bekostning. Herredsfogeden fik som statsmagtens lokale repræsentant herved en række nye beføjelser. Det var derfor vigtigt, at Stampe med udgangspunkt i Montesquieus tanker om magtens deling greb ind i en række tilfælde, hvor forvaltningen ikke respekterede domstolens område. Det gjaldt for det første, hvor der var tale om forholdet mellem de underordnede herredsfogeder, der i løbet af det 18. århundrede havde fået pålagt så mange administrative opgaver, at de var indehavere af både domsmagten og den udøvende politimyndighed i deres distrikt, og på den anden side den overordnede myndighed amtmanden, som også havde videre juridiske beføjelser. Her påpegede Stampe gang på gang, at amtmændene alene kunne give en herredsfoged ordrer, når der var tale om dennes udøvelse af udøvende magt. Herredsfogeden var i administrative anliggender underordnet amtmanden, hans domme derimod kunne alene anfægtes ved, hvad man kaldte »lands lov og ret«, hvorved Stampe forstod appel til de overordnede domstole og overhovedet den retsgaranti, der lå i, at visse typer af sager hørte under domstolene. Hyppigt optræder hos Stampe udtalelser af denne type: »Det er forunderligt, så ofte det og er sagt og gentaget, så ville adskillige øvrigheds personer og især vore stiftamtmand og amtmænd ikke indse og begribe, at øvrigheds- og dommerembede hos os ere aldeles adskilt, omendskønt de ofte findes i en og samme person osv. «, eller at »i kriminelle ligesåvel som i civile sager bør dommeren som dommer aldeles intet have med øvrigheden og omvendt øvrigheden intet have med ham at bestille osv.« Dommerne skulle dømmе efter lovene, alene under ansvar over for de overordnede domstole, der følger de samme love. Øvrighedens befalinger var derimod uden betydning for dommerens udøvelse af dommerhvervet. Denne arbejdsdeling opfattedes som en garanti for retssikkerheden. Det samme får Stampe også lejlighed til at understrege i en lang række erklæringer, hvor der er tale om regeringskollegier, der ønsker at tiltage sig dømmende magt, og hvor Stampe gang på gang fremhæver betydningen af, at »lands lov og ret«, altså domstolsprøvelse og appelsystemet, sikrer borgernes handlefrihed mod administrative indgreb. Han skriver således, at »en konges ministre ikke bør give sig af med at dømmе i private folks sager, men overlade sådant til de ordinære retter, det har den berømte Montesquieu tydeligt nok vist«, eller i en anden erklæring, »at hvad ulejlighed det medfører, når de, der egentlig er ministre, ville give sig af med at kende og dømmе i de sager, der hører for retten, det kan man erfare af den berømte Montesquieu, og at sådant allermindst passer sig hos os, hvor øvrigheds- og dommerembede er så nøje

Oplysning og naturret

adskilt, og hvor der i kollegierne ikke engang findes betjente, som er satte til at gennemgå og overveje slige akter, og derudover give betænkning, det har jeg ofte tilform vist«. Også med hensyn til kongens forhold til Højesterets domme påpegede Stampe grænserne for udøvelsen af de kongelige prærogativer. Kongen kunne således alene formilde, men ikke skærpe domme, og dette princip støttede Stampe på »vor constitution«, som han altid opfattede som monarkisk.

Ny kriminalpolitik

Ved gennemførelsen af en ny straffelov af 1866 blev de endnu gældende straffebestemmelser i Danske Lov ophævet, men de udgjorde på det tidspunkt blot en del af den danske strafferet og kunne ikke længere, som det oprindelig havde været meningen, betragtes som en almindelig dansk straffelovbog. I 1859 udtrykte den juridiske professor F. C. Bornemann dette forhold således: »En sådan almindelig straffelovbog har man vel oprindelig haft i 6te Bog af Christian 5tes landslov, men man kan ikke længere tillægge den denne betydning efter de indgribende forandringer, som dens bestemmelser om de vigtigste materier er undergåede ved nyere love, hvis bud endog frem for de endnu uophævede bestemmelser i landsloven må tages i betragtning ved at finde de almindelige grundsætninger for den danske strafferet«.

Sådanne ændringer i Danske Lov blev gennemført allerede kort efter dens udstedelse. I 1690 indførtes dødsstraf for større mark- og indbrudstyveri, i 1697 skærpedes straffen for visse former for drab, og en række andre forordninger medførte forandringer i lovens straffesystem. De vigtigste reformer fandt sted under indtryk af nye strømninger, der i slutningen af det 18. århundrede ændrede synet på straffen, og under indtryk af en ny strafferetsvidenskabs fremkomst i tiden omkring 1800.

Den mest iøjnefaldende mangel ved Danske Lovs straffelovbog set med en senere tids øjne er mangelen af en strafferettens almindelige del, og det var vel ikke mindst denne brist, der gav anledning til, at Ørsted karakteriserede Danske Lov 6. bog »Om Misgerninger« som »den mindst fuldkomne« af lovens bøger. Samtidig fremhævede Ørsted dog, at lovbogens strafferet er præget af »en for sin Tid sjelden Humanitet«.

Det er blevet fremhævet som en mangel, at der ikke ved udarbejdelsen af Danske Lovs 6. bog i tilstrækkelig grad blev taget hensyn til den samtidige retspraksis, der i et vist omfang var lempeligere, end det umiddelbart måtte

Oplysning og naturret

følge af de gældende straffelove, der kom til at ligge til grund for de enkelte bestemmelser i Danske Lovs 6. bog. På den anden side betød Danske Lov netop med hensyn til den mest udbredte forbrydelse tyveri en mildnelse, og i flere tilfælde blev det som nævnt kort efter lovens udstedelse anset for nødvendigt at skærpe lovens straffe. Det var først i løbet af det 18. århundrede, at et mildere syn på strafferetten begyndte at vinde indpas, ikke mindst ud fra den rent rationelle erkendelse, at en mildere straf, der blev eksekveret, ofte virkede mere afskrækkende end truslen om en streng straf, der dog ikke kom til udførelse. At Danske Lovs fædre ikke hørte til kriminalpolitikens foregangsmænd, kan man beklage, men set i et datidigt europæisk perspektiv er der intet mærkeligt heri. De spørgsmål, der især optog sindene, var processens reform og ønsket om at skabe retsenhed og lighed for loven, og på disse punkter betød Danske Lov et klart fremskridt.

En væsentlig gevinst for retslivet var det også, at strafferetten nu var samlet på et sted. Et blik på kilderne til straffebestemmelserne i Danske Lov giver et indtryk af, hvor spredt det stof var, der før 1683 dannede grundlaget for strafferetten. En række bestemmelser fra landskabslovene, især Jyske Lov fra 1241, men også fra Eriks sjællandske Lov og Skånske Lov, er således optaget i 6. bog, og hertil kom nyere straffelovgivning især Christian IV's Store Reces af 1643, der havde optaget en stor del af straffelovgivningen siden slutningen af det 16. århundrede. Der var ikke i loven gjort alvorlige forsøg på at harmonisere de forskellige syn på straffen, der lå til grund for de enkelte kilder til lovbogens bestemmelser. Danske Lov 6. bog er derfor præget af en række forskellige strafferetlige principper og en betydelig variation i udbudet af straffereformer. Ejheller sondredes i loven klart mellem et offentligretligt strafansvar og et civilretligt erstatningsansvar. Der blev også ved Danske Lov givet nye straffebestemmelser. I 6-1 var indsat nye bestemmelser om straf for gudsbespottelse, 6-4 om majestætsforbrydelse var helt nyredigeret, men byggede dog til dels på ældre ret, mens 6-5 om børn forseelser mod deres forældre m.v. for størstedelen var ny.

Med Danske Lovs 6. bog var introduceret en egentlig strafferetssystematik, som savnedes i de ældre love. Det system, der er lagt til grund, er let at genkende, det er dekalogen eller de ti bud, der har bestemt rækkefølgen af de enkelte kapitler i Danske Lovs 6. bog. De tre første kapitler om kætteri m.v., sværgeren og banden og helligbrøde modsvarer således de første tre bud – lovens første tavle – og 6-4 om majestætsforbrydelsen danner overgangen til overtrædelsen af de øvrige bud, hvortil der knytter sig et eller flere af lovens senere kapitler. Denne strafferetssystematik er ikke særegen for Danske Lov,

Oplysning og naturret

men var almindeligt benyttet i samtiden. At lægge dekalogen til grund for strafferetssystematikken er en tanke, der kan følges tilbage til samlingerne af kanonisk ret i middelalderen. Efter reformationen blev strafferetsforestillingerne i Nordeuropa i stigende grad påvirket af mosaisk ret, og dekalogen vandt indpas som grundlag for strafferetten både i lovgivningen og i litteraturen.

Den fordel, der var opnået ved at have en systematisk straffelovbog, gik hurtigt tabt. Senere dansk straffelovgivning blev ikke indarbejdet i Danske Lov, hvilket måtte føre til at strafferetten snart blev lige så uoverskuelig, som den havde været før 1683, og savnet af en ny straffelovbog blev føleligt siden slutningen af det 18. århundrede, hvor helt nye grundsætninger for straffelovgivningen under indflydelse af naturretten og oplysningstiden begyndte at vinde frem.

Danske Lovs strafferetssystematik

Af Danske Lov 6. Bog

Om misgerninger

1. cap. Om vildfarende lære, Guds bespottelse og troldom
2. cap. Om sværen og banden
3. cap. Om helligbrøde
4. cap. Om forgribelse imod kongens højhed, eller crimine majestatis
5. cap. Om børns forseelse imod forældre, item husbonds og hustrus
6. cap. Om manddrab
7. cap. Om afhug og sår
8. cap. Om udfordringer, og dueller
9. cap. Om husfred, kirkefred, tingfred, vejfred, plovfred
10. cap. Om skade af anden mands våben eller fæ
11. cap. Om vådes gerning
12. cap. Om nødværge
13. cap. Om løstgighed
14. cap. Om vold og hærværk
15. cap. Om ran
16. cap. Om røveri
17. cap. Om tyveri
18. cap. Om falsk
19. cap. Om mordbrand og heedebrøde
20. cap. Om fæes drab eller sår
21. cap. Om æresager
22. cap. Om hustrus, børns, eller tjenestetyendes, forlokkelse

Oplysning og naturret

Forbindelsen mellem naturret og oplysning satte sig særlig tydelige spor inden for strafferetten. Over hele Europa førte nye tanker om strafferettens udformning til reformer i den nedarvede ret. Det var et nyt syn på strafferetten og dens formål, som var ved at bane sig vej. I de fleste lande var strafferetten præget af en udstrakt anvendelse af dødsstraf og lemlæstende straffe. I opfattelsen af strafferettens formål gik religiøse begrundelser om soning af skyld og hævn foruden en betoning af straffens afskrækkende virkning. Frihedsstraf blev, hvor den anvendtes, udstået under forhold, der nærmest havde karakter af forlænget dødsstraf. Også strafferetsplejen var meget mangelfuld. Her spillede i mangel af et udviklet bevissystem anvendelsen af tortur en væsentlig rolle for at fremkalde tilståelser, som kunne danne grundlag for domfældelse. Også i Danmark var behovet for reformer stort, omend Danske Lov havde givet strafferetten et nyt grundlag, og dødsstraffen her blev mindre hyppigt anvendt end mange andre steder. Også tortur blev her kun anvendt i undtagelsestilfælde som tvangsmiddel til at presse tilståelser frem, men fra 1686 skete en ændring heri, da der i København oprettedes en såkaldt inkvisitions kommission, som havde til opgave at opklare tyverisager. For her indgik tortur som et led i forhørsmetoderne.

Opgøret med det gamle straffesystem tog udgangspunkt i naturretten. Berømt er Hugo Grotius' formulering blevet, at straffen er et lidelsens onde, som påføres på grund af en ond handling: »Poena est malum passionis, quod infligitur ob malum actionis«. Begrundelsen for at straffe søgte naturretslæren i samfundspagten og den enkeltes underkastelse under statens herredømme. Straffen skulle da også tjene det almene bedste og dermed være til nytte. I den forbindelse stilledes tillige krav om proportionalitet mellem forbrydelse og straf og om, at dommeren ved straffastsættelsen holdt sig til loven, som burde udformes således, at proportionalitetsprincippet var gennemført. På den måde ønskede man også at begrænse antallet af benådnings. Det nye syn på strafferetten fik betydning over hele Europa. I Tyskland var det først og fremmest naturretslæreren, professor i Halle Christian Thomasius, som kritisk tog en række strafferetlige spørgsmål op. I en række i samtiden stærkt udbredte skrifter tog han såvel mere polemisk stilling til nedarvede forbrydelsesbegreber, således bigami, som han ikke kunne anerkende et naturretligt forbud imod, trolddom (*De crimine magiae*, 1701) og inden for strafferetsplejen mod anvendelsen af tortur. Særlig i anden halvdel af det 18. århundrede tog kritikken af strafferetten til. Fra Italien vandt Beccarias bog om forbrydelse og straf (1764) stor udbredelse og senere også Filangieris tanker om straffelovgivningen. I Frankrig var Montesquieu og Voltaire de vigtigste

Oplysning og naturret

navne. De udenlandske strømninger inden for denne kritiske naturretsopfattelse nåede også til Danmark i løbet af det 18. århundrede, hvor bl.a. Henrik Stampe og Christian Colbjørnsen var med til at give dele af den danske straffelovgivning en ny udformning under hensyntagen til de nye principper, hvor særlig overvejelser over forholdet mellem forbrydelse og straf kom til at spille en vigtig rolle.

Det kan diskuteres, om det nye strafferetssystem, som satte igennem i det 18. århundrede, i særlig grad var båret af en trang til at gøre strafferetten mere human ved at mildne hårde straffe, eller om de nye strømninger skal ses som et udtryk for en mere rationel opfattelse af, hvad straffens formål var, og hvordan målet kunne nås. I bekæmpelsen af de hårde straffe og anvendelsen af tortur indgik et menneskesyn, som ville pinsler og uretfærdigheder til livs. Montesquieu skrev således om torturen, som han ville henregne til den despotiske styreform: »... j'entends la voix de la nature qui crie contre moi«. Men samtidig er hele strafferetsdebatten i tiden præget af forestillingen om den hensigtsmæssige og rationelle indretning af strafferetten for dermed at bekæmpe forbrydelsen. Et led i argumentationen for proportionalitetsprincippet var, at for strenge straffe medførte et fald i opklaringsmulighederne, da ingen ville anmelde forbrydelser, når straffen ansås for uforholdsmæssigt stor. Således argumenterede bl.a. Henrik Stampe i talrige erklæringer, og han kunne her støtte sig på Montesquieu, som fremhævede i *De l'Esprit des Lois*, at barbariske straffe ikke hørte hjemme i monarkiet og republikken, men kun i despotiet, hvor frygten var det herskende princip. I øvrigt tillagde Montesquieu kun straffen en begrænset betydning ved bekæmpelsen af forbrydelsen, idet han pegede på oplysning og en almindelig højnelse af moralen som bedre midler end straf: »Lorsqu'un peuple est vertueux il faut peu de peines«. (Når et folk er dydigt, har man ikke brug for strenge straffe.)

Henrik Stampe var i sine erklæringer især påvirket af Montesquieus strafferetssyn. De franske oplysningsfilosoffer, foruden Montesquieu også Voltaire, Diderot og senere Rousseau, var med til at forme det strafferetssyn, som et af det 18. århundredes mest indflydelsesrige skrifter, italieneren Cesare Beccarias skrift *Dei delitti e delle pene* – om forbrydelse og straf – udsprang af. Værket udkom i 1764 og umiddelbart forinden, i 1763, havde Voltaire udsendt sit skrift »*Sur la tolérance*«, hvor han heftigt havde angrebet det franske justitsvæsen i anledning af en i samtiden stærkt omtalt proces i byen Toulouse, hvor en klædehandler Jean Calas året før var blevet henrettet for drabet på sin søn, selv om der var betydelig tvivl om den anklagedes skyld.

Cesare Bonesano Marchese di Beccaria

Beccarias (1738-94) bog om forbrydelse og straf (*Dei delitti e delle pene*) fra 1764 er særlig blevet kendt, fordi vi der finder et første forsøg på et rationelt opgør med dødsstraffen. Beccaria måtte efter sit almindelige syn på straffetrettens grundlag stille sig afvisende over for dødsstraffen. Statens ret til at straffe beroede efter hans af Rousseau inspirerede opfattelse på, at enhver borger ved sin indtræden i statssamfundet havde givet afkald på en del af sin frihed mod til gengæld at opnå statens beskyttelse. Til den frihed, som den enkelte havde afgivet, hørte efter Beccarias opfattelse ikke retten til at give afkald på sit eget liv. Helt ville Beccaria dog ikke udelukke dødsstraffen, som han ville lade finde anvendelse, hvor statens opretholdelse stod på spil, eller hvor anvendelse af dødsstraf var nødvendig for at afholde andre fra at begå forbrydelser – altså et generalpræventivt synspunkt. Men i øvrigt måtte netop generalpræventionen i almindelighed føre til, at en livsvarig frihedsstraf blev foretrukket frem for dødsstraf. Dette synspunkt begrundede Beccaria ved at henvise til, hvad han anså for et virkningsløst skuespil eller teater, nemlig den offentlige henrettelse. Han anså den generalpræventive virkning af at overvære en henrettelse for langt mindre end forestillingen om livsvarig indespærring.

Foruden dødsstraffen tog Beccaria i sit lille skrift også stilling til en lang række andre strafferetlige og strafprocessuelle spørgsmål. Han kritiserede anvendelse af tortur og inkvisitionsprocessen samt bevissystemet og fordrede i det hele en tidssvarende lovgivning, som kunne udelukke, hvad han anså som dommernes vilkårlighed ved straffastsættelsen.

Forbrydelse og straf

Af *Beccaria: Om forbrydelse og straf (1764)*

§ I. Straffens oprindelse

Lovene er de betingelser, hvorunder uafhængige og isolerede mennesker sluttede sig sammen i samfund, idet de var trætte af at leve i en vedvarende krigstilstand og af at nyde en frihed, som var ubrugelig på grund af usikkerheden med at fastholde den. De gav afkald på en del af friheden for at nyde den resterende med sikkerhed og ro. Summen af alle disse andele af friheden, som hver enkelt gav afkald på for sin egen skyld, udgør en nations højeste magt, og herskeren er den retmæssige beskytter og forvalter af dem; men det var ikke tilstrækkeligt at give dem i forvaring, det var nødvendigt at forsvare dem mod private overgreb fra hvert enkelt individ, som til stadighed søger ikke blot at få sin egen andel tilbage, men også at forgribe sig på andres. Dertil krævedes følelige bevæggrunde, som var tilstrækkelige til at afholde hvert enkelt menneskes despotiske sindelag fra at styrte samfundets love ned i det gamle kaos. Disse følelige bevæggrunde er de straffe, der er fastsat mod lovbrudere. Jeg siger følelige bevæggrunde, fordi erfaringen viser, at mængden ikke har faste principper for sin optræden og ej heller tager afstand fra det almindelige opløsningsprincip, som

man kan finde i den fysiske og den moralske verden, med mindre der findes bevæggrunde, som umiddelbart ryster sanserne, og som til stadighed aftegner sig i sindet for at modvirke de stærke indtryk af den enkeltes lidenskaber, som står i modsætning til det almene bedste: Hverken veltalenhed eller deklamationer, endsige den højeste sandhed har vist sig som tilstrækkelige til for længere tid at bremse de lidenskaber, som opvækkes af de kraftige indtryk fra de genstande, som omgiver os.

§ II. Retten til at straffe

Enhver straf, som ikke følger med absolut nødvendighed er tyrannisk, siger den store Montesquieu; denne sætning kan gøres mere almen således: Enhver myndighedshandling, som et menneske udøver imod et andet og som ikke følger med absolut nødvendighed er tyrannisk. Det er altså på dette grundlag, at herskerens ret til at straffe forbrydelser hviler: På nødvendigheden af at forsvare det forvarede af offentlig sikkerhed imod enkeltpersoners overgreb, og straffene er så meget mere retfærdige som sikkerheden er helligere og mere ukrænkelig, og større er den sikkerhed som herskeren overlader undersåtterne. Rådspørger vi det menneskelige hjerte, finder vi der de grundlæggende principper for herskerens sande ret til at straffe forbrydelserne, for der kan ikke ventes nogen varig fordel af den moralske politik, hvis den ikke grunder sig på menneskets ægte følelser. Enhver lov, som afviger fra dem, vil altid støde på en modstand, som vil sejre til sidst, og det på samme måde, som en kraft skønt ganske svag, hvis den til stadighed anvendes, overvinder enhver stærk bevægelse, som et legeme hensættes i.

Intet menneske har frivilligt overdraget en del af sin frihed til fordel for det almene bedste; et sådant hjernespinderi eksisterer kun i romanerne; hvis det var muligt ville enhver af os ønske, at aftaler, som binder andre, ikke bandt os selv; ethvert menneske gør sig til centrum for alle verdens tildragelser.

Forøgelsen af menneskeslægten, skønt ringe i sig selv, men langt større end de midler, som den ufrugtbare og forsømte natur stillede til rådighed for at tilfredsstille de behov, som i stadig højere grad kom i konflikt var det, som samlede de første vilde. De første forsamlinger dannede med nødvendighed de næste for at modstå de første, og således blev krigstilstanden overført fra individ til nation.

Det var således nødvendigheden, som tvang menneskene til at afgive en del af deres egen frihed: Det er derfor sikkert, at enhver kun vil overgive til det offentliges forvaring den mindst mulige andel, så meget som netop er nødvendigt for at få de andre til at beskytte det. Summen af disse mindst mulige portioner danner retten til at straffe; alt hvad der går derudover er misbrug og ikke retfærdighed, det er kendsgerninger, men ikke dermed ret. Læg mærke til, at ordet ikke står i modsætning til ordet magt, men at det første snarere er en indskrænkning/modifikation af det andet, det vil sige den modifikation, som er nyttigst for det størst mulige antal. Og ved retfærdighed forstår jeg ikke andet end det

nødvendige bånd for at holde private særskilte interesser forenet, som uden dette bånd ville vende tilbage til den oprindelige isolerede tilstand. Alle straffe, som går videre end nødvendigt for at bevare dette bånd, er efter deres natur uretfærdige. Man skal passe på ikke at forbinde forestillingen om noget virkeligt med ordet retfærdighed, såsom en fysisk kraft eller et levende væsen; det er simpelthen en måde, hvorpå menneskene opfatter tingene, en måde, som har en uendelig stor indflydelse på hver enkelts lykke; endnu mindre tænker jeg på den anden form for retfærdighed, som udspringer fra Gud, og som har direkte forbindelse med straf og belønning i det kommende liv.

§ III. Følgesætninger

Den første følge af disse principper er, at kun loven kan fastsætte de straffe, som følger af forbrydelsen, og myndighed hertil tilkommer kun den lovgiver, som repræsenterer hele samfundet, som er forenet af en samfundspagt; ingen dommer, for også han er en del af samfundet, kan på egen hånd pålægge et andet medlem af staten en straf. Men en straf, som går ud over den grænse, som loven fastsætter, er den retfærdige straf med tillæg af en anden straf; altså kan en dommer aldrig under påskud af nidkærhed eller hensynet til det almene vel forøge den straf, som er fastsat for en medborger, der gør sig skyldig i en forbrydelse.

Den anden følge er, at hvis hvert enkelt medlem er bundet til samfundet, er dette på samme måde bundet til hvert enkelt medlem ved en kontrakt, som efter sin natur forpligter begge parter. Denne forpligtelse, som rækker fra trone til hytte, og som på samme måde forbinder det største og det mest elendige af alle mennesker, har ingen anden betydning, end at det er i alles interesse, at de aftaler holdes, som tjener det størst mulige antal menneskers interesser. Overtrædelse blot fra en enkelts side vil være det første skridt på vejen til indførelse af anarki. Herskeren, som repræsenterer samfundet selv, kan kun skabe de almene love, som forpligter alle medlemmer, men ikke tage stilling til, om nogen har krænket samfundspagten, for da ville nationen deles i to partier, et som var repræsenteret af herskeren, som påstod, at kontrakten var krænket, og et andet af den anklagede, som benægter det. Det er derfor nødvendigt at en trediemand træffer afgørelse om, hvad der er sandheden. Derfor er der behov for en dommer, hvis afgørelse er inappellabel, og som består i den blotte antagelse eller benægtelse af kendsgerninger.

Den tredje følge er, at når det blev godtgjort, at straffenes grusomhed, omend den ikke står i direkte modsætning til det almene vel og det mål at forhindre forbrydelserne, men blot var unyttig, også i dette tilfælde ville være i modstrid ikke blot med den velgørende dyd, som er virkningen af en oplyst fornuft, som foretrækker at bestemme over lykkelige mennesker frem for en flok slaver, hvor en frygtsom grusomhed til stadighed pågår, men den vil også stå i modsætning til retfærdigheden og selve samfundspagten.

Oplysning og naturret

§ XXVIII. Om dødsstraffen

Denne unyttige ødslen med straffe, som aldrig har gjort folk bedre, har foranlediget mig til at undersøge, om døden virkelig er nyttig og retfærdig i en velorganiseret stat. Hvilken ret er det, som menneskene påberåber sig, til at dræbe deres egne. Bestemt ikke den, hvoraf suveræniteten og lovene afledes. Denne retfærdighed er kun summen af de bitte små andele af hver enkelts private frihed; de repræsenterer almenviljen, som er summen af de enkelte viljer. Hvem er da den, som har villet overlade til andre mennesker retten til at tage hans liv? Hvordan kan nogensinde i det lille offer af den enkeltes frihed være indeholdt det største af alle goder, livet? Og hvis det var sådan, hvordan forenes da et sådant princip med det andet, at mennesket ikke er herre over, om det vil dræbe sig selv, og at det burde det være, hvis man kunne overdrage en anden denne ret, eller samfundet som helhed.

Dødsstraffen er derfor ikke en ret, da jeg har påvist, at det kan den ikke være, men den er statens krig mod en borger, fordi den anser det som nødvendigt og nyttigt at ødelægge hans eksistens. Men hvis det kan påvises, at døden hverken er nødvendig eller nyttig, så har menneskehedens sag vundet.

En borgers død kan kun anses for nyttig af to grunde: Den første, når han også berøvet friheden kan have sådanne forbindelser og en sådan magt, at statens sikkerhed er truet og hvis hans eksistens kan fremkalde en farlig omvæltning i den etablerede statsform. En borgers død bliver da nødvendig, når nationen genvinder eller taber sin frihed, eller under anarkiske tilstande, når uorden indtager lovenes plads, men under lovenes stadige regering. Under en regeringsform, under hvilken staternes stammer er samlet, velforsynet udenfor og indenfor med magt og den almene mening, som måske er endnu mere effektiv end selve magten, hvor den virkelige magt ikke er hos den sande hersker, hvor rigdommene køber lyst og ikke autoritet, der ser jeg ingen nødvendighed i at dræbe en borger, med mindre hans død var den sande og eneste måde, som kunne afholde andre fra at begå forbrydelser, den anden grund til at anse dødsstraffen for retfærdig og nødvendig.

Når erfaringer fra alle de århundreder, hvor dødsstraffen aldrig har stillet sig i vejen for dem, som var indstillet på at krænke samfundet, når de romerske borgers eksempel og kejserinde Elisabeths tyveårige regeringsperiode, hvorunder hun gav folkenes fædre dette lysende eksempel, som opvejer i det mindste mange erobringer vundet med blodet af fædrelandets sønner, ikke har overbevist menneskene, som altid finder fornuftens røst mistænkelig og autoritetens overbevisende, er det tilstrækkeligt at rådspørge menneskets natur for at forstå sandheden i min påstand.

Det er ikke straffens hårdhed, som gør det stærke indtryk på det menneskelige sind, men dens varighed, fordi vores følelse bliver lettere og mere stabilt bevæget af små, almene men gentagne indtryk end af en stærk, en forbigående bevægelse. Vanens magt er for ethvert væsen, som føler, og således som menne-

Oplysning og naturret

sket taler og går og tilfredsstillende sine behov med dens hjælp, således indprentes også moralske ideer i sindet ved langvarige og gentagne påvirkninger. Det er ikke det frygtindgydende, men forbigående skuespil, som en forbryders død frembyder, men det, som er den virksomste bremse mod forbrydelsen, er det lange og jammerlige eksempel, som mennesket berøvet sin frihed frembyder, når det er blevet et trædyr og med sit arbejde kompenserer det samfund, som han har krænket. Det er virksomt, fordi det flere gange gentages og vender tilbage til os selv, at jeg selv skal reduceres til en så lang og elendig tingenes tilstand, hvis jeg begår lignende forbrydelser, og (forestillingen herom) er så meget mægtigere end døden, som mennesket altid ser i dunkel fjernhed.

Dødsstraffen gør et indtryk, som trods sin styrke ikke undgår den hurtige glemsel, som er naturlig for mennesket også i mere væsentlige ting, som fremskyndes af lidenskaberne. Som almindelig regel: De voldsomme lidenskaber overvælder menneskene, men ikke for lang tid, og dog er de i stand til at skabe de omvæltninger, som af almindelige mennesker skaber persere eller spartanere, men under en fri og rolig regering bør indtrykkene snarere være hyppige end stærke.

Dødsstraffen bliver et skuespil for de fleste og genstand for medfølelse blandet med foragt for nogle; begge disse følelser optager mere tilskuernes sind end den gavnlige skræk, som loven foregiver at indgyde.

For at en straf skal være retfærdig bør den ikke være strengere end nødvendigt for at afholde menneskene fra forbrydelse; nu er der ingen som ved nærmere eftertanke vælger det totale og evige tab af sin egen frihed, uanset hvor fordelagtig en forbrydelse kan være; derfor er strengheden i straf af evigt slaveri i stedet for dødsstraffen til strækkeligt til at afskrække fra et nokså bestemt forsæt; jeg tilføjer, at der er mere: Mange betragter døden med roligt og fattet mine, en anden af den forfængelighed, som næsten altid bedrager mennesket hinsides graven; andre i et sidste og desperat forsøg på ikke at leve eller undslippe ulykken, men hverken fanatismen eller forfængeligheden kan bestå imellem fangeblok eller hæder, under stokken, under åget, i et jernbur – og den desperate slipper ikke her for sine ulykker, men de begynder. Vort sind modstår lettere vold og de voldsomme, men forbigående smerter end tidens smerter og uafbrudt lede; de kan for at sige det på den måde samle sig helt et øjeblik for at modstå de førstnævnte, men deres stærke spændstighed er ikke tilstrækkelig til at modstå den lange og gentagne virkning af de sidstnævnte. Med dødsstraffen indebærer ethvert eksempel, som man giver nationen, en forbrydelse. Med straffen af evigt slaveri giver en enkelt forbrydelse mange og varige eksempler, og hvis det er rigtigt, at menneskene ofte ser lovenes magt så bør dødsstraffen ligge dem fjernt.

Beccarias skrift fik en meget stor udbredelse. Det oversattes først til fransk og senere til en lang række europæiske sprog, herunder dansk (1796). Sin største umiddelbare betydning fik Beccarias reformkrav i Italien, hvor der i

Oplysning og naturret

hertugdømmet Toscana i 1786 gennemførtes en reformlov med udgangspunkt i Beccarias tanker. I andre lande havde man tidligere i det 18. århundrede gennemført reformer, således i Preussen, hvor tortur var blevet ophævet i 1740, og en ny straffelovbog indeholdtes i de sidste paragraffer af den preussiske landret fra 1794, i Østrig (*Theresiana* 1768-69 og *Josephina* 1787) og i Bayern, hvor en straffelovbog fra 1751 *Codex juris criminalis Bavarici* i begyndelsen af det 19. århundrede blev erstattet af en ny straffelovbog.

I Tyskland fik oplysningstidens strafferetstanker stor betydning. Omtalt er allerede en række praktisk vigtige lovgivningsresultater. I 1790'erne udvikledes blandt tyske kriminalister såvel specialpræventive som generalpræventive teorier. Vigtigt i den forbindelse var udviklingen af et nyt syn på forholdet mellem ret og moral, som førte til en nyorientering af strafferetten. En særlig rolle for et sådant nyt syn på straffen og dens funktion tilkommer der filosofen Immanuel Kants absolutte straffeteori og Anselm von Feuerbachs teori om den psykologiske tvang.

Kants gengældelsesteori

Immanuel Kant var liberalismens filosof. Kants retslære bygger på en skarp sondring mellem lov og moral – mellem ret og etik. Efter Kants opfattelse er statslig tvang over for den enkelte borger kun berettiget, når denne foretager handlinger, der er uforenelige med andres frihed. Staten må især ikke udøve tvang for at fremme moralsk rigtige handlinger, thi moralske er kun handlinger, der udspringer af menneskets autonome kategoriske imperativ, det vil sige den rene pligt, som mennesket følger som fornuftsvæsen, uafhængigt af statslig tvang eller nyttevurderinger. Denne filosofi overførte Kant på strafferetslæren i sine *Methaphysik der Sitten* (1797). Forbudet mod indgriben i den enkeltes autonomi betød en afstandtagen fra betydningen af specialprævention som værende uden moralsk legitimation. Kant tog også afstand fra generalpræventionen, idet han hævdede, at mennesket aldrig må tjene alene som middel til virkeliggørelse af andres formål, herved ville det blot være at henregne til tingsrettens objekter, og det skulle dets medfødte værd beskytte det imod. Kant stillede ideen om en retsstat op mod politistatens realitet. For Kant var straffen alene begrundet i retfærdighedens væsen, thi, hvis retfærdigheden går under, har det ingen værdi, at der lever mennesker på jorden. Herefter var det gengældelsen for det begåede retsbrud, der for Kant var straffens formål. Straffen skulle i så vidt omfang som muligt ækvivalere den begåede forbrydelse. Han hævdede i overensstemmelse hermed talionsprincippet, således at bl.a. drab burde belægges med dødsstraf, og sædelighedsforbrydelser straffes med kastration.

Oplysning og naturret

Kants sondring mellem ret og moral og hans betoning af respekten for det enkelte menneskes værdi blev det grundlag, hvorpå Anselm von Feuerbach byggede sin epokegørende strafferetslære. I sine banebrydende værker *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799-1800) og *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801) gav Feuerbach afskrækkelsesprincippet en ny udformning. Afgørende herved var Kants sondring mellem ret og moral og Feuerbachs opfattelse af forholdet mellem ret og stat. På samme måde som Kant mente Feuerbach, at staten burde begrænse sin opgave til at afgrænse den enkelte borgers frie sfære, og ikke, som det var idealet i det 18. århundredes oplyste politistat, søge at opdrage og beskytte borgerne. Denne sidste opfattelse lå bag de specialpræventionsteorier, der ligeledes fremsattes i årene omkring 1800 (bl.a. af tyskeren Grolman), hvorefter straffen havde sin begrundelse i den formodning, som en forbrydelse vakte om, at forbryderen igen ville overtræde loven, hvorved vægten lå på straffuldbyrdelsen, hvis intensitet på sin side afhang af moralske overvejelser over forbryderens sindelag: Havde en person af egen fri vilje overtrådt loven, måtte det overvejes, hvorledes han skulle afholdes fra at gøre det igen. Heroverfor opstillede Feuerbach sin teori om den psykologiske tvang, som den er blevet kaldt. Afgørende er straffetruslens virkning på almenheden, på enhver præsumptiv lovovertræder, altså generalpræventionen. Den generalpræventive virkning blev imidlertid af Feuerbach alene knyttet til straffeloven. Det er loven, der bestemmer, hvad der er strafbart, og hvorledes der skal straffes. Det er så op til den enkelte borger at afveje ulemperne ved straffen over for de fordele, han tilsigter med forbrydelsen. Loven udøver altså en psykologisk tvang. Ved at knytte denne tvang til straffeloven alene ønskede Feuerbach at undgå tidligere tiders vilkårlige strafudmåling eller indgreb fra statsmagts side. Straffuldbyrdelsen spillede i forhold til straffetruslen en underordnet, men dog supplerende rolle. Det måtte nemlig indgå i overvejelsen om, hvorvidt det kunne betale sig at begå en forbrydelse, at straffen med sikkerhed ville blive fuldbyrdet.

Den endelige begrundelse for straffen så Feuerbach i retsstatens opgave at sikre borgernes frihed. Dette kunne kun ske derved, at der opstilledes en effektiv statslig trussel mod forbrydelser. Herimod kan især indvendes, at den forudsætter et kendskab til straffeloven, som forbryderen sjældent har – en psykologisk overvurdering af lovens motivdannende virkning –, og at den forudsætter et absolut påtaleprincip.

Feuerbachs tre sætninger

Feuerbach opstillede de tre sætninger, der senere er opfattet som kernen i hans lære: *nullum crimen sine lege* (ingen forbrydelse uden lov), *nulla poena sine lege* (ingen straf uden lov) og *nullum crimen sine poena legali* (ingen forbrydelse uden lovens straf).

Med udgangspunkt i disse øverste grundsætninger udviklede Feuerbach en strafferetslære, der især ved sin fremstilling af strafferettens almindelige del, som Feuerbach gav den første selvstændige fremstilling af, blev banebrydende for strafferetsvidenskaben, og som i Danmark satte sine frugter i Ørstedes strafferetlige skrifter. Feuerbach omsatte sine grundsætninger i praksis gennem sin medvirken til udarbejdelsen af den bayriske straffelov 1813.

John Howard

Det danske fængselsvæsen blev af den engelske fængselsreformatør John Howard, som besøgte fængsler i en lang række lande, underkastet en indgående kritik i hans bog *The State of Prisons* (1792), der står som et grundlæggende værk inden for læren om straffuldbyrdelsen. Også fra anden side lød kritiske røster om de fængslede vilkår, og et første spædt forsøg på en bedring af forholdene skete i 1790 ved oprettelsen af et såkaldt forbedringshus i tilknytning til det eksisterende tugthus i København. Forbedringstanken, som kom til udtryk i tyveriforordningen 1789, blev også fremsat af den med Beccaria samtidige lovgivningsfilosof Filangieri, hvis skrifter ligesom Beccarias fik vid udbredelse i Europa.

I Danmark som andre steder skete i løbet af det 18. århundrede en ændring i synet på mange forbrydelser, således sædelighedsforbrydelser, hvor frigørelsen fra den mosaiske ret førte til en mindre restriktiv holdning. Antallet af benådnings ved idømt dødsstraf steg. Siden 1735 var det en almindelig regel, at kongen skulle have dødsdomme forelagt med henblik på at tage stilling til benådning. Danske Lov var i forhold til mange udenlandske love bøger i samtiden temmelig mild, og til nogen generel reform af den danske strafferet kom det ikke i slutningen af det 18. århundrede.

Afskaffelse af dødsstraf for tyveri

Forordning af 27.4.1771

Gr. ligesom kongens hensigt, til underdanernes sikkerhed, går herhen, at straffelovene nøje må efterleves, og den deri for misgerninger satte straf i alle måder

Oplysning og naturret

fuldbyrdes, således, at de, der begåe slige misgerninger, ikke skal have anledning til, at gøre sig håb om straffens eftergivelse eller formildelse; Så skal der og, imellem straffens hårdhed og misgerningens grovhed, iagttages en billig og rimelig proportion; og da denne just ikke udfordrer, at den, der har begået et, skønt groft, tyveri, skal straffes på livet; Så bliver i henseende til straffen for grove og gentagne tyverier følgende anordnet:

I de tilfælde, hvor de, som have begået sær grove og kvalificerede tyverier, hidtil, i følge loven og fr., er dømte til at miste livet, der skal de efterdags alene dømmes til at kagstryges, have tyvsmærke på deres pande, og arbejde i jern deres livstid; men, i de tilfælde, hvor de, som have begået tyveri, hidtil er dømte til at kagstryges og brændemærkes, der skal de efterdags alene dømmes til at kagstryges, og arbejde i jern deres livstid; hvorimod alle slige domme, når de ved overretten er stadfæstede, og de skyldige ikke forlange dem appellerede, skal af vedkommende øvrighed uophødelig, og uden i forvejen at forestilles kongen, besørge eksekverede.

De væsentligste lovreformer i Danmark tog sigte på en tilpasning af straffen for tyveri til nye strafprincipper. I den kortvarige periode, hvor Struensee havde indflydelse på statsstyret (1770-1772), gennemførtes således en vigtig reform, idet dødsstraffen for tyveri, der skønt i det væsentlige afskaffet i Danske Lov var blevet genindført 1690, nu endeligt blev afskaffet. En forordning herom fra 1771 kodificerede vel i det væsentligste kun benådningspraksis, men fik alligevel fremhævet væsentlige reformprincipper ved at henvise til proportionalitetsprincippet og ønsket om at undgå benådning. Også tortur blev afskaffet i 1771, men genindført efter Struensees fald.

Tyveriforordningen 1789

Forordning af 20. februar 1789

Gr. Da det er kongens vilje, at straflovenes retfærdighed skal være ledsaget med så megen lemfældighed, som den offentlige sikkerhed tillader, så har han fundet for godt, fornemmelig i henseende til tyverier, som, af mange årsager, er de iblandt almuen mest i svang gående forbrydelser, at bestemme et så billigt og passende forhold imellem misgerningens forskellige grader og samme straffe, at disse sidste både kunne virke til forbedring, hvor denne var at formode, og tillige fuldbyrdes, uden at nogen benådning skal finde sted, eller de skyldige derom gives håb. I overensstemmelse med disse grundsætninger bliver herved følgende anordnet og fastsat:

1.) Alt simpelt tyveri skal herefter første gang straffes med tugthusarbejde fra 2 måneder indtil 2 år; i hvilken henseende forbryderens alder, opdragelse, fore-

Oplysning og naturret

gående levnet, iværende forfatning, gerningens anledning, det stjålne værdi, især med hensigt til den forurettedes vilkår, og endelig om forbryderen under samme sag findes at have gjort sig skyldig i flere tyverier, eller han har bestjålet den, hos hvilken han tjener, er de omstændigheder, der fornemmelig bør komme i betragtning, til at bestemme den fornævnte strafs grad.

2.) Befindes nogen, som er dømt for simpelt tyveri, anden gang i samme forbrydelse, da straffes han (efter de i 1 § benævnte omstændigheder) med raspus- eller fæstnings- eller tugthusarbejde fra 3 til 5 år, og, om det er kvindesperson, med tugthusarbejde i ligeså lang tid.

3.) Tredie gang straffes de skyldige med fæstnings- eller tugthusarbejde på livstid.

4.) Stjæler nogen heste eller stort kvæg på marken, gør indbrud, bestjæler skibbrudne folk, eller begår andre sådanne grove tyverier, for hvilke de forrige love og anordninger fastsætte højeste tyvstraf, da skal den skyldige straffes med at stryges til kagen og arbejde i fæstningen, eller tugthuset, på livstid.

5.) Skulle nogen, som er bleven dømt efter 3 eller 4, befindes at stjæle på ny, da bør han kagstryges, samt brændemærkes på panden, og igen indsættes for livstid, til arbejde, under streng bevogtning.

6.) Børn, som er over 10 og under 15 år, straffes første gang, for tyveri, med ris, ved slutteren, under fogdens opsigt men sker det oftere, da med tugthusarbejde, fra 2 måneder til 2 år, efter de i 1 § fastsatte regler.

7.) Tyvsmedvidere og hælere, som ej have været med i gerningen selv, skal første gang dømmes til vilkårlig tugthusstraf, fra 1 måned til 1 år; hvilken straf skal fordobles, når forseelsen igentages anden gang; men sker det oftere, da straffes forbryderen med at hensættes til fæstnings- eller tugthusarbejde, for livstid.

8.) Endelig skal de skyldige tilpligtes at erstatte den forurettede værdien af det stjålne, forsåvidt som han ej har fået det tilbage i uskadt stand; hvorimod den i loven bestemte tvigiæld og boslods forbrydelse ej skal have sted. I øvrigt er det kongens alvorlige vilje, at de i denne fr. således fastsatte straffe skal fuldbyrdes efter de fældende domme, uden at deri kan ventes nogen eftergivelse eller benådning.

Særlig tydeligt kommer det nye strafferetssyn frem i den mere indgribende tyveriforordning af 1789, der senere af Ørsted omtaltes som »en ædel frugt af den menneskekærlige strafferets grundsætninger, der, på den tid, begyndte at bane sig vej fra de filosoferendes skrifter til adskillige af de europæiske stateres kriminelle love«. Ved tyveriforordningen nedsattes straffen for første gang begået tyveri betydeligt, og der indrømmedes dommerne en strafferamme, inden for hvilken straffen kunne fastsættes. Hermed var der taget et nyt skridt i retning af realisering af proportionalitetsprincippet, som gik videre

Oplysning og naturret

end f.eks. Beccaria, som ønskede proportionaliteten udtrykt i loven og ikke ved at give dommeren et skøn. Men i øvrigt viser forordningen tydelig påvirkning fra Beccaria bl.a. ved i indledningen at fremhæve, at straffen ikke bør være hårdere end nødvendigt af hensyn til den offentlige sikkerhed. I forordningen sattes straf for hæleri, og straffen af det dobbelte af det stjalne, som ikke var i overensstemmelse med naturrettens lighedstanker, blev afskaffet.

Dødsstraffen for manddrab i Danske Lov opretholdtes i Danmark indtil 1930 (1933), men for en enkelt gruppe drabsforbrydere blev der i 1767 ved den såkaldte forordning om melankolske mordere ændret signal. Det drejede sig om personer, som begik drab med hensigt at blive underkastet dødsstraf. I stedet for det alment fordømte selvmord ønskede de henrettelse for at komme af med livet. Mod denne gruppe drabsmænd var tidligere sat ind med skærpet dødsstraf, men i 1767 blev kursen efter flere års forudgående forhandlinger lagt om. Teologiske overvejelser havde hidtil forhindret en afskaffelse af dødsstraf for drab, men nu lykkedes det at komme igennem med en straf af livsvarigt fængsel og en række skærpente tillæg, i et forsøg på en mere præventiv strafvirkning over for denne gruppe. Den nye forordning blev dog ikke givet tilbagevirkende kraft. Forordninger 1767 var udarbejdet af Henrik Stampe.

Melankolske mordere

Forordning af 18. december 1767

Gr. Da det, i anledning af de nu på nogen tid så ofte forøvede forsætlige mord på uskyldige børn og andre, er bragt i erfaring, at fr. 7. februar 1749, som skærper straffen for dem, der, uden nogen foregående tvistighed eller dertil givne årsag, begår forsætligt mord på de dem i møde kommende personer, ikke så fuldkommelig har opnået den derved intendede hensigt; ligesom livstraf ej heller synes så aldeles at passe på den misdæder, der ønsker sig døden og er ked af livet, og af sådan kedsommelighed lader sig forlede til at begå et forsætligt mord på en uskyldig person; Så bliver den, for slige melankolske og tungsindede mennesker, der dog ikke kan ansees at være berøvede forstandens brug (thi i så fald omgås der med dem efter 6-6-17 og 1-19 N(orske Lov) 17-7), som begå sådant forsætligt mord, ved bemeldte fr. fastsatte dødsstraf forandret til en anden daglig og vedvarende straf, lidelse og forhånelse, som, efter misdæderens gemyts beskaffenhed og tænke måde, eragtes mere bekvem til at opnå straffens hensigt, nemlig, undersåtternes sikkerhed og rolighed.

Når nogen sådan efterdags befindes med frie forsæt og beråd hu, uden nogen foregående dertil af den dræbte givne årsag eller anledning, alene i tanke at gøre

Oplysning og naturret

en ulykke og derved at miste sit liv, at have myrdet eller omkommet nogen mødende eller forekommende uskyldig person, voksen menneske eller barn, da skal sådan grov misdæder ikke straks miste livet; men derimod, sig selv til velfortjent straf og andre ligesindede til skræk og afsky, straffes på følgende måde, nemlig:

1.) Kagstryges og brændemærkes på panden, og derefter hensættes til arbejde i jern på livstid, mandfolkene i rasphuset, såfremt og sålænge deres kræfter det tillade, men ellers og siden i nærmeste fæstning, og kvindfolkene i tugthuset, og der, som de mest udædiske, farligste og foragteligste blandt alle uærlige slaver og misdædere, ej alene for sig selv vel forvares, men og daglig bruges, såvel, efter deres kræfters beskaffenhed, til det allerstærkeste og hårdeste, som til det allerliderligste, hånlige og foragteligste arbejde.

2.) Skal misdæderen engang hvert år, på den samme dag, på hvilken mordet var forøvet (såfremt den ellers indfalder over 12 uger, efter at den har første gang udstået sin straf, thi i vidrig fald udsættes det til næste år), fra rasp- eller tugthuset henbringes til det sted, hvor det var forøvet, eller i fald samme er for langt fraliggende, da til byens offentlige rettersted, og der atter kagstryges, eller piskes med 27 slag af 9 ris.

3.) Fra fængslet eller tugt- og rasphuset til retterstedet eller det sted, hvor mordet var forøvet, og tilbage igen, skal misdæderen, til desto større forhåelse, føres på natmandens sluffe, i gemene og de i fængslet eller rasp- og tugthuset brugte daglige klæder, uden hat eller hue, med blottet hoved, strikke om halsen og sammenbundne hænder.

4.) Når de i fæstningen, rasp- eller tugthuset ved døden afgår, skal deres legeme ved natmandens folk henføres til retterstedet, og hovedet samt hånden der afhugges, og kroppen derefter lægges på stejle, men hånd og hovedet sættes på en stage.

Henrik Stampe: Erklæring af 20. august 1768

En betænkning i følgende anledning: Efterat to personer, som havde dræbt umyndige børn, var ved Højesteret dømt til at straffes efter forordningen af 7 februar 1749, og Kancelliet ved at tilsende Hans Majestæt (som samme tid var i Nederlandene) visse domme, havde indstillet, om Hans Majestæt ville fritage delikventerne for at knibes med gloende tænger, eller ligefrem approbere de afsagte domme, som svar fra geheimeråd Bernstorff, som havde forestillet det: At hans Majestæt efter nøje overlæg var faldet på, at disse delikventer skulle straffes efter forordningen af 18. december 1767, skønt deres delictum (forbrydelse) forhen var begået. Derhos han tillige meldte, at, ifald conseillet skulle have noget af vigtighed derved at erindre, tillod hans Majestæt allernådigst, at de dermed kunne indkomme, og eksekutionen imidlertid udsættes. Derpå jeg efter geheimeråd grev Thotts (som selv havde opsat den første forestilling) begæring og ønske opsatte følgende betænkning:

Den 11. maj 1767 har delikventen Jacob Poulsen, som samme tid befandt sig

Oplysning og naturret

i Skoven, der dræbt en anden mands drengbarn 7 à 8 år gammel, ved at kvæle ham med et tørklæde; og derpå selv angivet den af ham forøvede misgerning.

Den 19. juni samme år har delikventinden Johanne Mikkelsdatter dræbt sit eget pigebarn, som var 26 à 27 uger gammelt, ved at skære struben over på det.

Den sidste er ved alle trede retter, nemlig, underretten, landstinget og højesteret, dømt til at straffes efter forordningen af 7. februar 1749.

Den første derimod er ved underretten og højesteret dømt efter samme forordning af 1749, men ved landstinget dømt til at lide efter forordningen af 18. december 1767.

Der er ingen tvivl om, at jo disse to delikventer er iblandt dem, som forordningen af 18. december 1767 taler om, da den første selv har tilstået, at det var kedhed af livet, der bragte ham til at gøre denne misgerning, og end videre forklaret, at denne kedhed af livet havde sin grund derudi, at hans samvittighed nagede og plagede ham i henseende til visse af ham forhen forøvede grove misgerninger.

Den sidste derimod har bekendt, at det, der bragte hende til at begå dette mord på sit eget barn, tildels var tungsindighed og bekymring over, at hun ikke kunne ernære barnet, og at det skulle mangle nødtørfigt ophold, men især den fanatiske tanke og indbildning, at hun befordrede barnets lyksalighed ved at tage det ud fra denne verden.

Men, da disse to misgerninger er forøvede over et halvt år, førend forordningen af 18. december 1767 udkom, så er det ligeså klart, at Højesteret ikke kunne eller burde dømme delikventerne efter denne forordning, men har derimod haft ganske god grund til at anse dem efter den allerede forhen gældende forordning af 7. februar 1749, alt i følge den almindelige og noksom bekendte regel: *lex non promulgata non obligat* (den ikke kundgjorte lov forpligter ikke), hvilken aldeles ingen undtagelse tåler, og allermindst *in criminalibus* (i straffesager), hvor det ville være af en meget farlig følge, om en straflov kunne tillægges *vis retroactiva* (tilbagevirkende kraft), så at den i følge deraf skulle være anvendelig på de gerninger, som var forøvede, førend den udkom.

Skønt dette er så almindelig bekendt, at ingen dommer kan eller bør derom være uvidende, så har dog forordningen af 18. december 1767 i den henseende, endog til overflod, givet vedkommende dommere en erindring, som burde vogte dem for fejltagelse; thi, når det i bemeldte forordning kommer til at fastsætte straffen, så sættes den alene for sådanne, som efterdags måtte findes, hvilket tydeligt nok viser, at forordningen ikke er anvendelig på dem, som forhen, nemlig førend forordningen udkom og blev publiceret, måtte have begået nogen der omtalt misgerning; så at landstinget, ved at anvende denne forordning på en gerning, som tilforn var forøvet, har vist, at de ikke med vedbørlig opmærksomhed har læst den forordning, de dømte efter.

Skønt det således må tilståes, at dommerne ikke var beføjede eller berettigede til i disse sager at dømme efter forordningen af 18. december 1767; så bliver dog endnu et spørgsmål tilovers, nemlig: da dommene, førend de kunne eksekveres,

Oplysning og naturret

dog skulle hans Majestæt allerunderdanigst refereres, om hans Majestæt da ikke allerunderdanigst kunne råde til, at forandre dem derhen, at den i forordningen af 18. december 1767 pålagte straf blev sat istedet for den, som delikventerne ved de afsagte domme er tilfundne at lide; fornemmelig det både i sig er højst rimeligt og af alle vedkommende tilforn til stået, at den straf, forordningen af 1767 fastsætter, bedre kommer overens med straffens hensigt, så man har årsag af den at love sig en langt sikre og vissere virkning, da den efter disse melankolske og fanatiske menneskers tankemåde er langt bekvemmere til at indjage dem straf og afsky, end den straf, som var pålagt ved forordningen af 1749.

Dette spørgsmål opløser sig igen i en anden, nemlig: hvad enten en sådan forandring af straffen ville have anseende af straffens skærpelse eller af dens formildelse?

Ligesom det er en temmelig almindelig mening, at en souverain eller *summus imperans* (øverste hersker) vel, i følge den ham tilkommende *jus aggratiandi* (benådningsret), kan formilde eller eftergive den af den ordentlige dommer tilfundne straf, men ikke vel skærpe den; så synes vor konstitution og at medføre, at hans Majestæts undersåtter ikke engang skulle anse det som muligt at hans Majestæt nogentid kunne få i sinde at skærpe den af dommeren idømte straf, da undersåtterne fra hans Majestæts nådekrone ikke bør vente eller love sig andet, end idel nåde, mildhed og godhed, og bør anse alt, hvad der er hårdt og skræksomt, som noget, der aldrig kan komme umiddelbar derfra.

Man ser i almindelighed, at en *summus imperans* ikke befatter sig med at dømme *in criminalibus* (i straffesager), eller at pålægge straf for en forøvet grov misgerning, men overlader dette forhadte, skrækkende og ubehagelige arbejde til andre, nemlig vedkommende dommere, hvis sag det er at bestemme straffen, ved at anvende straflovene på den forøvede misgerning. Han selv lader sådant have frit løb, og befatter sig ikke dermed, uden hvor han finder for godt at benåde eller formilde straffen; så at en delikvent de fleste tider kan glæde sig, men aldrig har årsag til at være misfornøjet med, at den over ham afsagte dom kommer for hans herres og konges øjne.

Her i rigerne er det tildels ved loven, tildels ved senere forordninger fastsat, at ingen dødsdom må eksekveres, førend den har været hans Majestæt allerunderdanigst forestilt.

Enhver indser lettelig det, som alle omstændigheder og bidrage til at vise, at grunden til denne lov indeholdes i den faderlige og gensidige kærlighed, de danske konger fra lang tid af bestandig har haft til deres tro undersåtter, og den omsorg, de har båret for at skåne deres liv.

På den ene side har de villet være forvissede om, at deres undersåtters liv ikke blev sat på spil, og at ingen kom til at miste det uden i de tilfælde, hvor en klar og tydelig lov udtrykkelig befalede det; på den anden side har de selv villet overveje og erfare, hvor omstændighederne og beskaffenheden gav anledning til at redde en undersåts liv ved at vige noget fra lovens strengthed.

Oplysning og naturret

Det må og tilstås, at denne lov hidindtil har reddet nogle hundrede menneskers liv, og derimod vel aldrig været årsag i nogen mands død.

Hvem, som har haft lejlighed til at kende højlovlig hukommelse kong Christian den 6.'s ret ømme og faderlige hjerte til hans kære undersåtter, han kan let forestille sig, hvorfor højstbemeldte Hans Majestæt derudi er gået endnu videre end hans højlovlige forfædre; da han allernådigst har villet, at ej alene alle dødsdomme, men og alle andre domme, hvorved nogen af hans undersåtter var dømt til hård legemlig straf, såsom at kagstryges, brændmærkes m.v. skulle ham allerunderdanigst forestilles, førend de måtte blive eksekverede.

Når en dom således bliver Hans Majestæt allerunderdanigst forestillet, antages eet af to at ske, nemlig, enten at Hans Majestæt ligefrem approberer dommen, eller og at han formilder straffen. I første tilfælde lader Hans Majestæt ret og retfærdighed have sin gang, og lader det altså forblive ved det, som den dertil kompetente og autoriserede dommer i følge loven har fastsat. I det andet tilfælde viser han nåde, v.d. at udøve det ham tilkommende *jus aggratiandi & mitigandi poenam* (ret til at benåde og formilde straffen).

Man kan altså antage som et fast princip, at Hans Majestæt kongen af Danmark ved det, at en afsagt dom i en kriminel sag allerunderdanigst forestilles ham, aldrig vil skærpe den ved dommen pålagte straf; hvoraf flyder, at Hans Majestæt ej heller allernådigst vil foretage sig noget, som kunne have anseende af en sådan skærpelse.

Når man blot sammenholder de to forordninger af 7. februar 1749 og 18. december 1767, og overvejer den i enhver af dem for een og den samme misgerning fastsatte straf; så skulle man snart falde på at tænke, at straffen ved den senere forordning var blevet formildet.

Men foruden at præmisserne i forordningen ikke giver mindste anledning til at antage sådant, så er det bekendt nok, at man ved at foreslå en sådan forordning aldeles ikke har tænkt på at formilde straffen, men at man, efter at have udstuderet disse melankolske og tungsindede menneskers gemytsbeskaffenhed og tænkemåde, har søgt at udfinde en straf, som i følge deraf måtte gøre stærkere indtryk hos dem og indjage dem større skræk og afsky, og altså være mere kraftig og tilstrækkelig til at opnå straffens hensigt, ved at hindre forbrydelsen, og at betrygge den almindelige sikkerhed og rolighed, som visse misgerninger så umiddelbar angriber.

Når man på den kant, og med hensyn til de personer, forordningen egentlig er skrevet for, betragter disse to forordninger, kunne man med nogen slags føje antage, at straffen ved den senere forordning er blevet skærpet.

Den straf, som forordningen af 7. februar 1749 pålægger, er i almindelighed mere gruelig og skræksom; men den straf, forordningen af 18. december 1767 fastsætter, er mere skræksom for de melankolske og tungsindede mennesker, som er lede af deres liv, og ønske at blive af med samme.

I den henseende kan man ej heller vel allerunderdanigst råde Hans Majestæt

Oplysning og naturet

til, derhen at forandre de afsagte domme, at, istedet for den derved tilfundne og på forordningen af 1749 grundede straf, skulle sættes den straf, som forordningen af 1767 fastsætter; thi, foruden at her i en kriminel sag ville gives en dom, som ikke var afsagt af den kompetente dommer, men af Hans Majestæt selv, så ville delikventerne indbilde sig, at deres straf af Hans Majestæt var skærpet, og andre derimod måske indbilde sig, at der var dømt efter en forordning, som endnu ikke var bekendtgjort, da forbrydelsen blev forøvet.

Skulle Hans Majestæt dog allernådigst inklinere for, at disse delikventer blev straffede og ansete efter forordningen af 18. december 1767 dens ånd og de principper, hvorpå den er grundet; da tænker jeg, at sådant rettest skete på en måde, som kendelig viste, at straffen var formildet, og det uden at anføre bemeldte forordning: såsom, om det allernådigst måtte behage Hans kongelige Majestæt derhen at formilde de afsagte domme: at begge delikventer skulle kagstryges, og derefter på livstid hensættes, Jacob Poulsen i rasphuset, men Johanne Mikkelsdatter i tugthuset, og der nøje opagtes, samt holdes til hårdt og strengt arbejde.

På den måde bliver straffen kendelig formildet, (da disse delikventer vederfares den samme og endnu langt større nåde, end den, som er dømt til at hænges, og bliver benådet med at kagstryges og arbejde i jern hans livstid) og det uden at man kan sige, at der er dømt efter forordningen af 18. december 1767, skønt dens ånd er fulgt. København den 20. august 1768.

Herefter blev under 20. december 1768 udfærdiget kongelige befalinger til kammerherre Gersdorph og etatsråd Albertin, samt endelig til den sidste under 20. maj 1769.

Lovgrundlaget for dansk strafferet var, indtil strafferetten blev kodificeret i den nye straffelovbog fra 1866, stadig Danske lov's 6. bog om misgerninger. Hertil var allerede i slutningen af det 17. og i løbet af det 18. århundrede kommet en række nye love af strafferetligt indhold, senest 1789 forordningen om tyveri, som viste, at helt nye principper var ved at trænge ind i straffelovgivningen. Det var derfor ikke uden grund, at der som led i de mange reformbestræbelser i slutningen af det 18. århundrede også blev rejst spørgsmål om udarbejdelsen af en ny straffelov, efter at det havde vist sig umuligt at gennemføre en almindelig revision af Danske Lov.

Kriminallovskommissionen 1800

I året 1800 blev der nedsat en kriminallovskommission med det formål at tilvejebringe grundlaget for en ny straffelovbog. Initiativet stammede vistnok fra Kancelliets præsident Moltke, som sammen med generalprokurør Christian Colbjørnsen var kommissionens ledende kraft. Kommissionens arbejde blev på mange

Oplysning og naturret

måder et monument over oplysningstidens bestræbelser på en reform af straffelovgivningen og fik næppe stor betydning for det 19. århundredes lovgivningsbestræbelser inden for strafferetten. Endnu i 1830-erne anså man dog Colbjørnsens arbejde i kommissionen for så betydningsfuldt, at det blev genoptrykt i et af Ørsteds tidsskrifter. Kommissionens opgave var at give udkast om grundlæggningerne for en kriminallov. En ny kommission skulle efter planen derefter omsætte disse principper i praktisk lovgivning. Et grundlag for kommissionens arbejde var Beccarias tanker om samfundspagten og om proportionalitet mellem forbrydelse og straf. Dødsstraffen blev underkastet en principiell diskussion, men foreslået opretholdt af Colbjørnsen, som ikke accepterede Beccarias synspunkt, at livsvarigt fængsel var en tilstrækkelig straf. Han ville dog begrænse antallet af forbrydelser, hvor dødsstraf kunne idømmes. Derimod var et andet medlem af kommissionen, Moltke, modstander af dødsstraffen. Andre principielle spørgsmål, der blev taget op, var begrænsning af ærestab i forbindelse med forbrydelser og ændringer i den måde, hvorpå frihedsstraffen blev udstået. Et andet punkt var begrænsningen i de økonomiske virkninger af forbrydelser – altså i almindelighed et opgør med straffens virkninger ud over straffen i sig selv. Kommissionen kom derimod ikke ind på en begrebsbestemmelse af de forskellige forbrydelser og dermed en fastsættelse af det strafbare gerningsindhold. I det store og hele forblev kommissionens arbejde ufuldendt, men noget af den senere lovgivning synes dog inspireret af kommissionens arbejde, således ændrede regler om frihedsstraf i 1816, en ophævelse af visse former for formuestraf (af bodslodsfortabelse og straf på yderste formue i 1824) og i 1827 afskaffelse af landsforvisningsstraffen.

VI

KONSTITUTION OG KODIFIKATION
TIDEN 1800-1848

Kronologi

1778-1860	Anders Sandøe Ørsted
1769-1861	F.C. von Savigny
1804	Code civil
1804-1810	Les cinq codes
1811	Den østrigske civillovbog (ABGB)
1814	Norge adskilles fra Danmark
1814	Kodifikationsstriden i Tyskland
1815	Grundlæggelse af den historiske skoles tidsskrift for historisk retsvidenskab
1822-35	Ørstedes Haandbog over den Danske og Norske Lovkyndighed
1835-1846	De rådgivende provinsialstænder

Konstitution og kodifikation

Den franske revolution i slutningen af det 18. århundrede afsluttede en epoke og dannede indgangen til en ny. Man taler ofte om tiden før revolutionen som »l'Ancien Régime« – det gamle styre. Den franske forfatter Marcel Proust gav i sidste bind af sit hovedværk »På sporet af den tabte tid« et genialt poetisk udtryk for, hvad der ligger heri: »J'aurais dû penser qu'on appelle ancien régime ce dont on n'a pu connaître que la fin« – Jeg ville have troet, at man kalder det for det gamle styre, som man kun har kunnet kende afslutningen på. Overgangen fra et førrevolutionært, som regel enevældigt styre til en ny styreform skete på forskellige tidspunkter i de enkelte europæiske lande. I Danmark skete revolutionen temmelig sent. Enevælden bevarede som statsform i første halvdel af det 19. århundrede, og først de europæiske strømninger i løbet af denne periode med revolutionerne i 1848 som udløsende faktor bragte også den danske enevælde til fald. Men endskønt statsformen var den samme, skete i den sene enevælde en udvikling, som havde mange paralleller i retsudviklingen i det øvrige Europa. Dobbeltmonarkiets opløsning med tabet af Norge i 1814 efter Napoleonskrigene markerede en epokes afslutning. I de kommende år blev forholdet mellem kongeriget Danmark og hertugdømmerne Slesvig og Holsten det altafgørende politiske spørgsmål, og det var også herfra, at de impulser udgik, som førte til en ny forfatning. Andre kriser, som var med til at præge udviklingen, var statsbankerotten i 1813, hvis virkninger først var overstået i slutningen af 1830-erne, og den store landbrugskrise 1828-1838. Kulturelt var denne periode blomstrende og betegnes som en »guldalder«. Juristen Anders Sandøe Ørsted spillede en så afgørende rolle for retsvidenskabens udvikling med sit store juridiske forfatterskab, at han kan henregnes til denne epokes betydeligste personer. Både som retsvidenskabelig forfatter og som embedsmand var han en af de mest indflydelsesrige personer i sin tid.

Det danske statsstyre hvilede endnu i begyndelsen af det 19. århundrede på det retlige grundlag, som var skabt med enevælden i 1660 og Kongeloven af 1665. Kongen forenede i sin person den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt. I løbet af det 18. århundrede havde enevælden fået sit eget præg med udviklingen af et stærkt bureaukrati, som reelt begrænsede kongens magtudøvelse. Denne tendens fortsatte i den sene enevælde, der bevarede kollegiesystemet. Danske Kancelli og Rentekammeret var fortsat de vigtigste regeringsorganer, og de suppleredes af 14 andre kollegier med

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

forskellige forretningsområder. I 1816 gennemførtes en reform af finansforvaltningen. I 1814 genoprettedes Statsrådet, hvor væsentlige sager blev behandlet.

En væsentlig fornyelse i statsstyret skete ved indførelsen af de rådgivende provinsialstænder ved forordninger i 1831 og 1834. Stænderforsamlingerne, som var organiseret efter preussisk forbillede, var alene rådgivende. Det fulgte af 1831-anordningens § 4, at kongen skulle forelægge forsamlingerne (som mødtes i Roskilde og Viborg samt i hertugdømmerne i Slesvig og i Itzehoe) love, som medførte ændringer i den personlige frihed og ejendomsretten, eller som vedrørte skatter og »de offentlige byrder«. Forsamlingerne kunne også selv tage initiativer, og faktisk blev ikke blot væsentlige dele af lovgivningen i enevældens sidste årti forelagt forsamlingen til drøftelse, men også vigtige initiativer udgik herfra.

Stænderforsamlingerne

Af Anordning af 28. maj 1831 ang. provinsialstænders indførelse i Danmark.

Gr. For desto fuldkomnere at sætte sig og sine efterkommere på tronen i stand til stedse at erholde den tilforladeligste kundskab om alt, hvad der kan fremme hans kære og trofaste folks tarv, og for derved tillige at knytte de bånd desto fastere, som forener kongehuset med folket, så og bidrage til almenåndens oplivelse har kongen besluttet sig til, i Danmark, ligesom i hertugdømmerne Slesvig og Holsten, at indføre rådgivende provinsialstænder. For at forberede en til kongens landsfaderlige øjemed svarende fuldbyrdelse af denne beslutning, har kongen forløbig ladet sagen gennemarbejde, og uagtet den ikke endnu er moden i den grad, som behøvedes, for at den allerede i alle sine dele ordnes ved fuldstændig lov, så har kongen dog fundet det passende, nu at kundgøre de almindelige bestemmelser, der skulle tjene til det faste grundlag for den indretning, som han vil give provinsialstænderne i Danmark.

I foranførte henseende anordnes, som følger:

1) Der skal i Danmark være to forsamlinger af rådgivende provinsialstænder, een for Sjælland, Fyens og Lollands-Falsters stifter samt for Island, og en anden for samtlige fire stifter i Nørrejylland.

Det var kun en lille del af befolkningen, omkring 3%, som havde valget til forsamlingerne. I Stændertidende blev forhandlingerne refereret. Samtidig kunne man i centraladministrationens nyhedsblad Collegialtidende læse om de overvejelser, som førte centraladministrationen til gennemførelse af nye

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

love. Der var således en del offentlighed omkring centraladministrationens beslutninger i enevældens seneste år.

Selv om adelig herkomst stadig var en fordel, når det gjaldt avancement i administrationen, havde mange borgerlige en fremtrædende position. Et godt eksempel er Anders Sandøe Ørsted, hvis far var apoteker i Rudkøbing. Kravene til bureaukratiets udøvere skærpedes med forordningen om juridisk eksamen af 28. januar 1821, idet det nu blev en betingelse for opnåelse af en række af de overordnede stillinger i administrationen, at juridisk eksamen ved Universitetet var bestået.

Stænderforsamlingerne var et vigtigt led i overgangen til et egentligt parlamentarisk styre i 1848. Et væsentligt resultat var således en liberal bevægelse med en forfatningsændring på programmet. Hvad en sådan ny forfatning eller »constitution« skulle indeholde, var imidlertid ikke afklaret.

Ofte taler man om det 19. århundrede som de borgerlige revolutioners tidsalder. Om betegnelsen borgerlig revolution er passende for de omvæltninger, som skete i statsstyret i Danmark i det 19. århundrede, kan diskuteres. Borgerskabet var svagt uden for København og vel kun til dels bærer af revolutionen. Men det var en revolutionær omvæltning, som skete i 1848, hvor et konstitutionelt monarki afløste det enevældige styre. En revolution behøver ikke at være blodig som den franske. Uanset at borgerskabet var svagt, var det tilsvarende interesser som dem, der ude i Europa betragtes som udtryk for målet med den borgerlige revolution, som vandt ved, at den danske stat i 1848 fik en ny ramme.

Begreberne forfatning eller konstitution og rettens kodifikation sættes ofte i forbindelse med hinanden. Den nye franske forfatning efter revolutionen førte som naturlig konsekvens med sig ikke blot en ny civillovbog, *Code Civil* fra 1804, men også kodifikationer af handelsretten i en *Code de Commerce*, af strafferetten og af civil- og kriminalprocessen, i alt fem lovbøger, de såkaldte »cinq codes« fra 1804-1810. Også i andre lande førte ændrede forfatningsforhold til udstedelsen af nye lovbøger, som indeholdt den nye retsorden, der var en følge af nye statslige princippers indtrængen.

Danske kodifikationsplaner

I Danmark gennemførtes ingen privatretskodifikation efter udenlandsk mønster i det 19. århundrede. Danske Lov opfattedes her som grundlag for retsordenen, mens lovbogens reelle betydning blev stadig mindre. I 1836 blev spørgsmålet om

en ny lovbog til afløsning af Danske Lov taget op på stænderforsamlingen i Roskilde. Forslagsstilleren, C.D. Reventlow, begrundede ønsket om en ny lovbog med behovet for at skaffe landets indbyggere et bedre overblik over deres pligter og rettigheder, og han havde formentlig forestillet sig, at Anders Sandøe Ørsted var den mand, som kunne løse den store opgave at skabe en sådan ny lovbog. Men hverken Ørsted selv, som i den forbindelse henviste til Savignys argumentation mod lovbøger, eller et udvalg, som drøftede sagen, fandt, at tiden var moden til en ny lovbog, og forslaget blev henlagt. Retsudviklingen i Danmark er herefter sket gennem enkeltlove og i retspraksis.

Det fremhæves ofte, at med overgangen til det 19. århundrede forsvandt den enhed, som indtil da havde præget privatretsvidenskaben i Europa. Romerretsstudiet havde dannet grundlaget for denne privatrettens enhed, og også naturretten i det 18. århundrede var et fælles europæisk fænomen. De samme autoriteter læstes og påberåbtes over hele Europa. Skønt dansk ret ikke byggede på romerretten, hørte også den danske retsvidenskab med i denne enhed. Med overgangen til det 19. århundrede vandt nationalstaterne frem. Som allerede nævnt gik man i de fleste europæiske lande over til at kodificere retten i en national lovbog. Herefter danner den pågældende lovbog grundlaget for privatretsvidenskaben i det pågældende land. Kun den tyske retsvidenskab indtog en særstilling. Grundlaget for den tyske retsvidenskab var i overensstemmelse med den historiske skoles program romerretten. På dette grundlag udvikledes en nærmest overnational almen privatret i store fremstillinger af den såkaldte »Pandektenrecht« (*Pandectae* er et andet navn for Justinians *Digesta*). Her er lagt stor vægt på brugen af de romerske retskilder og på udviklingen af almene retlige begreber, mens retssystemets virkning i praksis spillede en mindre rolle. Man taler ofte nedsættende om begrebsjurisprudens, når afstanden mellem teori og praksis bliver for stor. Uanset den nationale opsplitning var der også fælles tendenser, som forbandt retsordenen i de enkelte europæiske lande. Således skabte industrialiseringen ensartede problemer, men på forskellige tidspunkter i de fleste europæiske lande. Industrialiseringen gav anledning til nye retsinstitutters opståen eller andre fik et nyt indhold. Særlig kan fremhæves selskabsretten, konkurrencelovgivningen, lovgivning om vekslere og checks, patent- og varemærker. Nye regler om pantsætning af fast ejendom, om forsikring, arbejdsrettens udvikling og hele det sociale forsikringssystem hænger også sammen med industrialiseringen.

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

Et andet forbindende fænomen var de ensartede politiske bevægelser i Europa i det 19. århundrede. Således optrådte liberalismen og socialismen på omtrent samme tid i de europæiske lande og gav anledning til vigtige reformer.

Liberalismen er et nøgleord i den forbindelse med krav om lighed mellem borgerne og størst mulig frihed, personligt og i form af ophævelse af gamle bånd på ejendomsretten, først og fremmest jorden, eller i retten til fri næringsudøvelse. Reformen af processystemet med gennemførelsen af principper om offentlighed og mundtlighed og lægmænds medvirken i straffetsplejen stod ofte på programmet.

Fra jus commune til national ret

Det er almindeligt at sætte et skel omkring 1800 i den europæiske retshistorie. Selv om der ikke i Danmark som mange andre steder i Europa skete politiske omvæltninger i tiden omkring 1800, er også herhjemme nye strømninger med til at præge retsdannelsen i de kommende år. Den gamle europæiske enhed, når det gjaldt rettens fundament i romerretten, som Danmark kun til dels havde været med i, gik fra omkring 1800 tabt, og nye nationale lovbøger så dagens lys. Tilsvarende lovbøger fik vi ikke i Danmark, men fra disse nye lovbøger eller kodifikationer udgik impulser, som også kom til at præge dansk ret. Det samme gælder en vending, som sker i retsvidenskaben først og fremmest i Tyskland. Privatretten er den dominerende juridiske disciplin i det 19. århundrede, men i århundredets slutning begynder den offentlige ret at tage form.

I det 19. århundrede gik den europæiske retsenhed tabt. Det hidtidige retsfællesskab havde været et fællesskab, hvor retsvidenskaben ikke kendte grænser. Autoriteten var Corpus juris og den på denne lovsamling byggede retsvidenskaben. Med oplysningstiden og de nye kodifikationer var loven blevet sat i højsædet, tilmed en lov, som er nøje knyttet til nationalstaten. Idealet om den fuldstændige kodifikation, som skulle sikre borgernes rettigheder, kunne ikke forenes med en selvstændig retsvidenskab eller en retspraksis, som ville give enkeltpersoners – eller en lille gruppe juristers – opfattelse en for stor magt. Den retsfastsættende myndighed overtoges af lovgivningsmagten.

I de fleste europæiske stater, hvor romerretten hidtil havde været gældende, indførtes i løbet af det 19. århundrede nye lovbøger. Det hidtidige euro-

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

pæiske retlige fællesskab i form af *ius commune* faldt hermed bort. De nye lovbøger eller kodifikationer var nationale lovbøger. Ofte var udstedelsen af en lovbog et led i virkeliggørelsen af nationalstaten – de to begreber er nært forbundne. Modsætningen mellem de lande, som henregnes til »Civil Law« i modsætning til de angelsaksiske lande (og enkelte andre) med »common law« hænger netop sammen med denne udvikling. Fælles for »Civil Law«-systemerne er, at de under en eller anden form kan afledes af romerretten. Udenfor står engelsk-amerikansk ret og de nordiske landes ret.

I slutningen af det 18. århundrede og i løbet af det 19. århundrede tilvejebragtes i de fleste europæiske lande – bortset fra England og de skandinaviske lande – samlede lovbøger, såkaldte kodifikationer af privatretten. Som hovedeksempler plejer man at fremhæve den preussiske landret (ALR) fra 1794, den franske Code Civil fra 1804 og den østrigske borgerlige lovbog (ABGB) fra 1811. Særlig Code Civil kom til at danne forbillede for tilsvarende kodifikationer i talrige europæiske lande. Man taler i almindelighed om en kodifikationsbevægelse, hvis grundlag er at søge i bestræbelserne i det 18. århundredes retstænkning på at indfatte retten i et rationelt system. Udtrykket kodifikation om en sådan lov, som i systematisk form omfatter et helt retsområde, er skabt af den engelske retsfilosof Jeremy Bentham i begyndelsen af det 19. århundrede.

I Tyskland varede det endnu et århundrede, før en privatretslovbog forelå, mens endnu andre lande nemlig England og de nordiske lande slet ikke fik nogen privatretslovbog. I alle de nordiske lande blev spørgsmålet dog diskuteret. Længst kom man i Sverige, hvor et udkast, som viste stærk påvirkning fra Code civil, lå færdigt i 1827. I den norske forfatning 1814 havde ønsket om, at der udarbejdedes en lovbog fået udtryk, og der arbejdedes i Norge længe med tanken om en kodifikation. I Danmark blev spørgsmålet bragt frem i 1830-erne og igen omkring århundredeskiftet, men blev atter skrinlagt.

Trods uensartetheden i retsgrundlaget i Europa i det 19. århundrede var der også meget, som forbandt på tværs af landegrænserne. De herskende politiske strømninger liberalismen, konservatismen og socialismen gav sig til forskellig tid og med vekslende styrke til kende over hele Europa. Det stigende befolkningstal, nedgangen i dødeligheden, tekniske landvindinger, industrialiseringen, forbedring af samfærdselsmidlerne, en ny agrarstruktur, fri markedsøkonomi og nye sociale klassers opstigen er tendenser, som på forskellige tidspunkter kan påvises over hele Europa. Det betød, at de enkelte lande blev stillet over for ensartede problemer, som krævede en retlig løsning. De blev løst af hvert enkelt land i form af national lovgivning, og de lande, som

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

kom senere med, kunne udnytte erfaringerne i de andre lande. Indenfor handelsretten dukkede nye retlige figurer op, og der udvikledes helt nye retlige discipliner, således inden for selskabsretten og den private organisationsret, arbejdsretten, konkurrenceretten samt immaterialretten.

Liberalismen betød et krav om frihed i næringsforhold, fri omsættelighed af fast ejendom og et ønske om at frigøre familieretten fra kirkens bånd, som de konservative kræfter i reaktion mod revolutionens tanker søgte at fastholde. Konservativer var også modstandere af oplysningstidens lovgivningsideologi og ville i højere grad fremme retsudvikling gennem retsvidenskab og praksis.

Industrialiseringen stillede krav om et organiseret kapitalmarked. Børser og banker, aktier og obligationer fik stadig større betydning for kreditlivet. I Frankrig oprettedes i 1857 en industribank *Crédit Mobilier* og i 1856 et realkreditinstitut *Crédit Foncier*, som blev normgivende for tilsvarede pengeinstitutter andre steder. Fagforeningsbevægelsen vandt frem i århundredets anden halvdel, store industrisammenslutninger fandt sted og andelsbevægelsen tog form. Retsordenen stilledes overfor en lang række udfordringer i det 19. århundrede.

De tre store kodifikationer fra tiden o. 1800 var indbyrdes meget forskellige. Den preussiske landret har man kaldt for l' *Ancien Régimes* testamente. Den byggede som nævnt på stænderstaten med dens indordning af befolkningen i forskellige lag som socialmodel, mens *Code civil* derimod havde frihed og lighed som udgangspunkt. En særlig vigtig rolle for udviklingen af europæisk selskabsret i det 19. århundrede fik den franske *Code de commerce* fra 1807. Her blev for første gang givet almene regler om kapitalselskabet i forskellige typer. De vigtigste var aktieselskabet (*la société anonyme*) og kommanditaktieselskabet (*la société en commandite par actions*). Karakteristisk for fransk ret var kravet om, at der til stiftelse af aktieselskaber krævedes en forudgående tilladelse eller koncession, mens det såkaldte normativsystem, hvor selskaber kan oprettes uden særlig tilladelse, når bestemte i lovgivningen opstillede betingelser foreligger, har sin oprindelse i engelsk ret.

I tysk ret kendte man det såkaldte *Gemeinschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*). Nydannelser var også andelsselskaberne (tysk: *Genossenschaft*). I vidt omfang blev den private organisationsret skabt i det 19. århundrede. Der skabtes ikke i det 19. århundrede en fælleseuropæisk lovgivning, men de enkelte lande tog i vidt omfang ved lære af hinanden, således at der kan

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

spores en gensidig påvirkning. Netop inden for handelsretsvidenskaben var der gammel tradition for en fælleseuropæisk *lex mercatoria*.

På andre områder blev den gamle ret reformeret. Særlig, når det gjaldt overdragelse og belåning af fast ejendom var de nedarvede fra romerretten stammende regler utidssvarende. Der stilledes krav om sikkerhed ved lån og overdragelse. Nye former for registre og grundbøger radede bod på disse mangler. I Danmark var en reform af hypotheklovgivningen i 1845 inspireret af nye regler i Bayern, men i modsætning til tysk ret indførtes dog ikke den regel, at en ret for overhovedet at få gyldighed skulle indføres i grundbogen (Grundbuch).

Efter den herskende lære kunne retsvidenskaben og retspraksis i de lande, hvor en kodifikation var gældende, kun få begrænset betydning for retsdannelsen ved siden af loven. Ikke desto mindre fik fransk retspraksis – jurisprudence – stor betydning for udfyldelsen af Code civil. Særlig lovbøgerne almene formuleringer, f.eks. Code civil art. 1382 om erstatning, når der foreligger en »Faute« eller ligefrem generalklausuler, som f.eks. senere BGB's »Treu und Glaube« (tro og love)-klausul (art. 242) gav mulighed for en retsskabende jurisprudence. Udviklingen af regler om objektivt ansvar i fransk ret er et eksempel på betydningen af retspraksis. Resultaterne herfra inspirerede bl.a. den danske jurist Henry Ussing til disputats om »Skyld og Skade« (1924).

Code civil

Code civil (1804) er en rent privatretlig lovbog. Den suppleres af en *Code de commerce* (1807) for handelsrettens vedkommende og af en *Code de procédure civile* (1806), som indeholder de civilprocesretlige regler. Disse tre lovbøger udgør sammen med straffelovbogen *Code pénal* (1810) og en straffeprocesslovbog, *Code d'instruction criminelle* (1808), Napoléons fem berømte lovbøger – »les cinq codes.« *Code civil* er en frugt af den franske revolution og bygger på tanken om alle borgeres frihed og lighed i modsætning til f.eks. den preussiske lovbog fra 1794, der som nævnt i hele sin opbygning afspejlede l' Ancien Régimes standssamfund. Den store betydning, som *Code civil* fik i hele Europa, som den ny tids lovbog, er en vigtig faktor i opretholdelsen af en delvis europæisk enhed på rettens område, trods de nationale forskelle, som opstod med *ius communes* sammenbrud. *Code civils* regler er udformet som generelle principper, og der tilsigtes ikke en ind-

gående regulering af hvert enkelt emne, som behandles i lovbogen. Systematisk bygger Code civil på en tredeling i personernes ret, tingenes ret og erhvervelsen af rettigheder samlet i 2.281 artikler.

Der består en snæver sammenhæng mellem politiske revolutioner og udarbejdelsen af nye lovbøger. Allerede den franske revolutionsforfatning af 1791 havde formuleret kravet om en ny lovbog: »Il sera fait un code des lois civiles communes à tout le royaume.« Det var dette krav, som blev indfriet med Code civil. Lovbogen havde som andre revolutionære lovbøger ikke blot til formål at samle og systematisere den gældende ret. Det var en reformlovbog, som tog sigte på at være et redskab i samfundsudviklingen. Den byggede på ønsket om fornyelse og fremskridt. Lovbøger af denne art kunne stamme fra oplyste monarker, der gennemtrængt af tidens ånd satte reformer i værk, som f.eks. Frederik den Store af Preussen og den østrigske kejserinde Maria Theresia. Eller de kunne som den franske Code civil være sat igang under en revolution og dermed være led i folkelige krav om reform for derefter at blive gennemført af en stærk lovgivervilje, når revolutionen var til ende.

Code civil er resultatet af et kommissionsarbejde, som i modsætning til det langvarige arbejde med de tyske lovbøger, i løbet af kort tid førte til resultater. Lovbogen fremtræder for store deles vedkommende som en syntese af retsordenen i de to retsområder i det gamle Frankrig, pays de droit coutumier og pays de droit écrit. Repræsentanter for begge retssystemer arbejdede da også med i lovkommissionen. Også Napoléon selv tog aktivt del i lovarbejdet, særlig i dets tidlige faser, hvor man drøftede den mindre juridisk-tekniske del, som vedrørte person- og familieretten. Han udtalte selv, at mindet om hans lovbog ville leve længere end hans militære sejre. Et besøg ved Napoléons grav i Invalidekirken i Paris overbeviser også om den store betydning, som netop lovbogen tillagdes som en af de reformer, hvorved Napoléon var med til at overvinde den hidtil herskende usikkerhed og ulighed. En række relieffer i galleriet rundt om graven viser Napoléons reformer, og et af dem er særlig viet hans lovreformer.

Når de fem franske lovbøger, som kort efter hinanden blev til i årene 1804-10, ofte betegnes som Napoléons lovbøger er det et vidnesbyrd om betydningen af den lovgivervilje, som var forudsætningen for, at den opgave at give Frankrig et helt nyt retsgrundlag kunne løses på rekordtid. Opgaven var på en gang at skabe retsenhed, at inkorporere nogle af de nye principper, som havde fundet udtryk i revolutionstidens lovgivning – den såkaldte »droit intermédiaire« – og at skabe en sådan klarhed over, hvad der var ret, at lovkommentarer blev overflødige. Ved sin tiltræden som førstekonsul og

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

dermed som regeringschef efter statskuppet i november 1799 havde Napoléon proklameret, at revolutionen nu hvilede på de principper, som havde sat den igang, og at den dermed var forbi: »La revolution est fixée aux principes qui l'ont commencée, elle est finie.« Mindre end et år efter nedsattes en firemands lovkommission, hvori Fr. Tronchet repræsenterede sædvaneretten, mens et andet medlem J. Portalis var en fremragende kender af romerretten. Ingen af de fire kommissionsmedlemmer var universitetslærere, men de var advokater eller dommere, således også de to øvrige, F. Bigot de Préameneu og J. de Maleville. En særlig fremtrædende rolle i lovarbejdet spillede Portalis, som i en berømt indledningstale til lovarbejdet – *Discours préliminaire* – gav udtryk for, at lovbøger ikke blot tilsigtede en teknisk-juridisk regulering, men at de tillige var vigtige led i samfundsudviklingen. Portalis understregede også, at lovbøger ikke var revolutionære nydannelser, men at de byggede på fortidens erfaringer. En særlig berømt formulering fra hans side fik denne tanke i sætningen, at man ikke skaber lovbøger, men at de skaber sig selv med tiden: »Les codes se font avec le temps, mais á proprement parler, on ne les fait pas.« Som grundpiller i samfundsordenen og dermed også i lovbogen så Portalis ejendomsrettens ukrænkelighed under familieoverhovedets bestyrelse og familien, som på samme måde var underkastet ægtemandens og faderens myndighed. Dette sidste princip fandt udtryk i lovbogens første bog, mens anden og tredje bog som nævnt indeholdt reglerne om ejendomsretten og formerne for dens overdragelse.

Lovkommissionens udkast blev sendt til høring i domstolene og derefter behandlet i statsrådet – Conseil d'État – under ledelse af en af revolutionens forgrundsskikkelser, juristen og statsmanden, J.J. Cambacérès. Også Napoléon deltog som nævnt i statsrådets møder om lovbogen, og her fik den sin endelige skikkelse. I løbet af et år blev lovbogens enkelte dele vedtaget af den lovgivende forsamling (det såkaldte tribunal), og den 21. marts 1804 blev loven vedtaget samlet under navnet *Code civil des Français*. Ved en lov 1807 ændredes navnet til Code Napoléon, men denne betegnelse overlevede ikke kejserens fald i 1814.

Code civil fremtræder på mange måder som en syntese af gammelt og nyt. Revolutionens grundprincipper om frihed og lighed og kravet om indførelse af en samlet lovbog med en ensartet ret for hele Frankrig blev realiseret her, men samtidig byggede loven i vidt omfang på ældre retskilder. Det gjaldt sædvaneretten, først og fremmest i den form, som den havde fået i den vigtigste sædvaneretsordning, *la Coutume de Paris*, som før revolutionen nød almindelig anseelse over hele Frankrig. Romerretten spillede også en rolle,

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

særlig således som den var sat i system af den berømte franske jurist fra 1600-årene Jean Domat. Også anden retslitteratur var anvendt, bl.a. to 1700-års jurister spillede herved en rolle, nemlig Francois Bourjon og Robert Joseph Pothier, hvis *Traité des obligations* fik afgørende indflydelse på udformningen af denne del af *Code civil*. Med i billedet af kilderne til *Code civil* hører endelig også tre store love eller med den franske betegnelse ordonnances udarbejdet under Louis XV af hans kansler Daguesseau. Det drejede sig om love fra årene 1731-47 om gaver, testamenter og fideikommissarisk substitution.

Code civil

Lovens nye principper viste sig i familieretten med fastholdelsen af det under revolutionen indførte borgerlige ægteskab (marriage civil), skilsmisse og lighed for loven. Også reglerne om overdragelse af ejendomsret ændredes, se således art. 1138:

»Forpligtelsen til at levere tingen er fuldkommen ved den blotte overensstemmelse mellem de kontraherende parter. Den gør kreditor til ejer og overfører risikoen for tingen til ham i det øjeblik, hvor leveringsforpligtelsen opstår, selv om overgivelsen ikke er sket, med mindre debitor er i forsinkelse med leveringen, i hvilket tilfælde risikoen for tingen forbliver hos denne.«

Kontraktfrihed indførtes, sml. art. 1108:

»Fire betingelser er væsentlige for gyldigheden af en overenskomst:

- Samtykke fra den part, der forpligter sig,
- Partens evne til at kontrahere,
- Et bestemt objekt som kontraktens genstand,
- En tilladt retsgrund (cause) for forpligtelsen.«

Det middelalderlige renteforbud blev ophævet. Til gengæld indeholdt lovbogen trods proklamationer om lighedsprincippet forskellige former for ulighed. Særlig den gifte kvindes retsstilling var svag. Hun var ikke medlem af familierådet, men underlagt ægtemandens myndighed som husfader med pligt til at følge ham. Også forholdet mellem husbond og tjener byggede på ulighed. En bestemmelse i *Code civil* (art. 1781) fastslog således, at der i tilfælde af tvist om betaling eller opfyldelsen af gensidige pligter skulle lægges ensidigt vægt på arbejdsgiverens udsagn: »Le maître est cru sur son affirmation.«

Børn født uden for ægteskab havde ingen rettigheder i forhold til faderen: »La recherche de la paternité est interdite«, var et af lovbogens nu ophævede principper.

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

Gennemførelsen af den nye lovbog ledsagedes af indgribende reformer af processystemet. Det skete ved udstedelsen af en *Code de procédure civile* i 1806, hvis ordning af retsvæsenet stadig er gældende i Frankrig. Alle små-jurisdiktioner og private jurisdiktioner ophævedes, og der indførtes et ensartet processystem. Når det gælder grundprincipperne i processen byggede den nye proceslov i vidt omfang på Louis XIV og Colberts procesordonnance fra 1667 (*Ordonnance civile sur la réforme de la justice*).

En af revolutionens mange utopier havde været, at processer kunne overflødiggøres. Derfor skulle domstole og juridisk uddannelse afskaffes, lovene forenkles, og alle sager så vidt muligt afgøres ved forlig. Under revolutionen var indført en fast forligsordning (*préliminaire de conciliation*) – det samme var iøvrigt sket i Danmark i 1795 – og denne institution bevarede, omend den snart tabte sin betydning. Indførelsen af fredsdommere – *juges de paix* – blev dog fastholdt ligesom kravet om dommes begrundelse og indskrænkningen af antallet af appeldomstole.

Grundstrukturen i det nye processystem var indført allerede under revolutionen. Det bygger på et ensartet hierarkisk system, hvor den almindelige underinstans udgøres af en *Tribunal de grande instance* og appelinstansen af et antal *Cours d'appel*. Ensartetheden i anvendelsen af loven overvåges af en særlig *Cour de cassation*. Denne domstol kan ophæve afgørelser truffet af appelretten, som strider imod loven. Sagen kan derefter henvises til ny behandling ved en anden appelret. Derimod kan *Cour de cassation* ikke selv træffe afgørelse i sagerne. Hverken Frankrig eller flere andre lande, som nu indførte en øverste domstol, havde tidligere haft en for hele landet fælles øverste jurisdiktion. Oprettelsen af en sådan domstol var derfor et væsentligt skridt på vej med retsenhed. At domstolssystemet nu afsluttedes med en øverste domstol i toppen af pyramiden var også en sikring af domstolenes uafhængighed i forhold til den udøvende magt, som lettere havde kunnet gribe ind i domstolenes afgørelser, så længe en øverste appelinstans eller kassationsdomstol savnedes.

Med den nye lovbog var naturretens epoke til ende i Frankrig. Retsordenen byggede fra nu af på *Code civil*, og loven gav ikke mulighed for anvendelsen af naturretten som subsidiær retskilde, således som det var sket i århundredet før. Loven eller lovbogen havde nu den absolutte forrang som retskilde, mens alle andre retskilder som sædvane, der tidligere havde spillet en vigtig rolle, eller praksis, var reduceret til at spille en helt subsidiær rolle. Det samme gjaldt retsvidenskaben, hvis opgave blev fortolkningen af *Code*

civil. Den franske retsvidenskab i det 19. århundrede er da også blevet karakteriseret som l'école de l'exégèse (eksegese = fortolkning).

L'école de l'exégèse

Med indførelsen af Code civil var det fastslået, at loven var den højeste autoritet. En universitetslærer udtrykte det i midten af det 19. århundrede på den måde, at han ikke kendte til civilretten, men kun underviste i lovbogen: »Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon.« Den tanke, som her havde fået et tilspidset udtryk, var symptomatisk for den retsvidenskabelige metode, som anvendtes i de lande, som havde fået en ny kodifikation. Selv om denne metode idag i sin strengthed er forladt, har dens indflydelse været stor, og det er stadig reminiscenser af denne skole, danskere sporer, når de ofte opfatter kontinentale jurister som mere »formalistiske« i tankegangen, end vi er vant til ved omgangen med nordiske jurister.

Hvor begrænset den opgave var, som tilkom retsvidenskaben, vil fremgå, hvis man sammenligner billedet af domstolenes opgave, således som det tegnedes i doktrinen efter Code civils ikrafttræden, med retsvidenskabens. Dommerens opgave opfattedes som indskrænket til den at dømme, og han måtte passe på ikke at bevæge sig ind på lovgivers territorium. En berømt belgisk jurist, Laurent, har udtrykt det på den måde, at: »Le législateur ne doit pas être juge et le juge ne doit pas être législateur.« Oprindeligt havde man i forbindelse med Code civil ønsket et system, som helt udelukkede dommeren fra selvstændig retsdannelse. Hvis dommeren stødte på et problem, som ikke var omhandlet i loven, skulle han indberette det til lovgiver, som herefter måtte tage stilling til lovens fortolkning – såkaldt »référé législatif.« I den endelige udgave af Code civil blev ordningen dog en anden, idet det blev dommeren forbudt at undlade at træffe en afgørelse under det påskud, at loven intet indeholdt herom, var uklar eller utilstrækkelig (C.c. art. 4). I et sådant tilfælde måtte dommeren altså selv opstille en regel.

Den nye lovbog gav også retsvidenskaben en ganske anden stilling, end den havde tidligere. Retsvidenskaben blev ikke opfattet som en selvstændig retskilde. Dens opgave var alene at udlægge lovtæksten og give en sammenhængende fremstilling af retsreglerne. Det var ikke retsvidenskabens opgave at fremsætte retskritik eller at bidrage til rettens videreudvikling – det var alene lovgivers opgave. Kun loven var retskilde. Men trods retsvidenskabens begrænsede felt optrådte dog flere retsvidenskabsmænd med stor autoritet. En indflydelsesrig jurist var Troplong, hvis *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code* omfattede 27 bind (1836 ff). Den første systematiske fremstilling af fransk ret efter Code civil forfattedes af den tyske jurist Zachariae som *Handbuch des französischen Rechts* (1808 1. udg.). Hans system blev senere lagt til grund af to franske jurister Aubry og Rau, hvis *Cours de droit civil français* (1838 med talrige senere udgaver) længe var den autoritative systematiske fremstilling (man talte

om en méthode synthétique) af fransk ret i modsætning til lovkommentaren – (méthode analythique). Målet for fremstillingen var at udfinde *Code civils* »principes« ved en nøje analyse af teksten. Der blev også lagt stor vægt på at forstå de enkelte sætninger i loven i relation til andre regler i lovbogen. Derimod gjorde man ikke meget ud af lovbogens historiske sammenhæng eller forbindelsen mellem lovbogen og den ældre ret.

En mere kritisk holdning til *Code civil* end den, som man fandt i l'école de l'exégèse, træffes hos jurister som François Génys, der i *Méthode d'Interprétation des sources du droit privé français* (1899) kritiserede, at der nærmest var blevet sat lighedstegn mellem loven og retten, og han gjorde opmærksom på betydningen af et samvirke mellem retspraksis – la jurisprudence – og retsvidenskaben. Ingen lov kunne udtømmende tage stilling til alle retlige spørgsmål. En udfyldning var derfor nødvendig og den måtte ske ved en »libre recherche scientifique.« Fra Génys stammer også udtrykket »les faits sociaux« om de sociale kendsgerninger, som retten måtte tage hensyn til.

Et standardværk om fransk ret er Marcel Planiol: *Traité élémentaire de droit civil* (1899 ff). En anden kendt fransk jurist fra denne epoke er Esmein, grundlæggeren af det ledende juridiske tidsskrift *Revue trimestrielle de droit civil* (1902 ff).

Kritikken af det lukkede univers, som *Code civils* eksegeter bevægede sig i, har sat sig spor i nyere fremstillinger af fransk ret, hvori såvel andre retskilder som også retskritik og komparativ ret inddrages. Det gælder de nu toneangivende fremstillinger af fransk ret af Planiol – Ripert og Colin – Capitant.

Udbredelsen af code civil

Code civil gælder ikke blot i Frankrig. Efter Napoléons annekktion af det nuværende Belgien og Holland sattes loven også i kraft der (1810-11), og den vedblev at være gældende i Belgien efter løsrivelsen fra Holland i 1830, mens Holland fik en ny lovbog i 1838 (*Burgerlijk Wetboek*), som i vidt omfang bygger på *Code civil*. Overalt hvor Napoléon herskede indførtes også hans lovbog, således i Italien og i den erobrede del af Tyskland – den venstre Rhinbred – sattes *Code civil* i kraft.

I løbet af det 19. århundrede var *Code civil* forbillede for en lang række civillovbøger såvel i Sydeuropa, således i Spanien og Portugal, i Latinamerika og i de tidligere franske kolonier. Man kan tale om en helt fransk retskreds, hvor

retsordenen bygger på principperne i Code civil. Efter Napoléons fald forblev Code civil mange steder i kraft, eller der indførtes, som tilfældet var i en række italienske stater, nye lovbøger med Code civil som forbillede. Med indførelsen af Code civil i så mange lande gik den gamle europæiske retsenhed i form af en *ius commune* til grunde. Og selv, hvor den endnu var gældende antog den forskellige former, hvor ikke mindst tysk retsvidenskab gik egne veje.

Franske jurister blev læst i de lande, som stod under indflydelse af *Code civil*. Det gjaldt Belgien, Holland, Italien, Spanien, Portugal og også Rumænien. I Italien gennemførtes i 1865 efter landets samling en *Codice civile*, som havde den franske lovbog som forbillede. Både i perioden forinden, og også efter lovbogens ikrafttræden var indflydelsen fra fransk retsvidenskab i Italien stor. Også den tyske retsvidenskab spillede imidlertid en vigtig rolle i Italien, således at en fransk inspireret lovgivning forbandt sig med en tysk inspireret retsvidenskab.

I Spanien gennemførtes i 1889 en *Codigo civil*, der ligeledes havde Code civil som model. Indtil da gjaldt romerretten, således som den var indeholdt i de ældre spanske retskilder. Efter indførelsen af *Codigo civil* har spansk retsvidenskab modtaget påvirkning både fra fransk og tysk retsvidenskab.

I den canadiske delstat Quebec gælder til dels fransk ret fra tiden før Code Civil, og også lovbogen for staten Louisiana i USA bygger delvis på fransk ret.

I Latinamerika indførtes Code civil på Haiti og i Bolivia (1831). Derimod viste de to lovbøger, som i det 19. århundrede gennemførtes i Chile (1853), og Argentina (1869) og et samtidigt lovudkast i Brasilien større selvstændighed, idet de byggede på forarbejder fra tre store lovgiverpersonligheder, som alle var fortrolige med romerretten og europæisk lovgivning og retsvidenskab (Andrés Bello i Chile, Texeira de Freitas i Brasilien og Vélez Sarsfield i Argentina). De tre lovbøger dannede grundlag for retten i andre latinamerikanske lande.

Den historiske skole i Tyskland

Tysk retsvidenskab kom på afgørende måde til at påvirke europæisk retsvidenskab og herunder også til at øve indflydelse i Danmark i det 19. århundrede. Det var på mange måder problemstillinger, som var formuleret i tysk retsvidenskab, som også dansk retsvidenskab søgte at håndtere i forrige århundrede.

Blandt de mange danske jurister, som på kortere eller længere studieophold kom til Tyskland var den unge Orla Lehmann, senere berømt som politiker og en af grundlovsfædrene, der i 1832 kom til Berlin. Formålet med rejsen var at få kendskab til den samtidige tyske retsvidenskab. Orla Lehmann lod sig derfor indskrive ved universitetet, et af de berømteste i Europa på det

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

tidspunkt. Det var grundlagt i 1810, og man fulgte her de nyeste uddannelsesprincipper.

Universitetets største attraktion inden for retsvidenskaben var den berømte jurist Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), og deltagelse i hans forelæsninger hørte da også med i Lehmanns curriculum.

Savigny om lovgivning og retsvidenskab

Af *F.C. von Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814):

Men denne rettens organiske sammenhæng med folkets væsen og karakter bekræftes også i tidens løb, og også herved kan den sammenlignes med sproget. Ligesom med hensyn til dette gives der heller ikke for retten et øjeblik af absolut stilstand, den er underkastet den samme bevægelse og udvikling, som enhver anden af folkets indretninger, og også denne udvikling står under den samme lov af indre nødvendighed, som hin tidligste fremtoning. Retten vokser altså frem med folket, danner sig af det, og uddør, således som folket mister sit særpræg. Blot medfører denne indre videreudvikling også på kulturtrinet en stor vanskelighed for betragtningen. Det blev nemlig ovenfor hævdet, at rettens egentlige sæde er folkets fælles bevidsthed. Denne lader sig f.eks. i romerretten ret vel tænke for så vidt angår ægteskabets eller ejendomsrettens almindelige natur etc., men for den uendelige detaljmængde, hvoraf vi i Pandekterne har et uddrag, må enhver betragte det som umuligt. Denne vanskelighed fører os til en ny anskuelse af rettens udvikling. Ved en højere grad af kultur udsøndres nemlig folkets virksomhed mere og mere, og hvad hidtil blev udført i fællesskab, tilfalder det nu en enkelt stand at gøre. Som en sådan afsondret stand fremtræder mere og mere også juristerne. Retten udvikles nu i stadig højere grad i sproget, den tager en videnskabelig retning, og som den tidligere levede i det samlede folks bevidsthed, så tilfalder den nu juristernes bevidsthed, som herefter repræsenterer folket i denne funktion. Rettens tilværelse bliver herefter mere kunstig og indviklet, da den fører et dobbelt liv, både som en del af det samlede folkeliv, hvad den ikke hører op med at være, og som en særlig videnskab i juristernes hænder. Af dette dobbelte livsprincips samliv forklares alle senere fremtrædelsesformer, og det bliver nu forståeligt, hvordan også denne uhyre detaljmængde kunne opstå på organisk vis og uden egentlig vilkårlighed og hensigt. For korthedens skyld kalder vi herefter rettens sammenhæng med det almindelige folkeliv for det **politiske** element, og rettens afsondrede videnskabelige liv for dens **tekniske** element.

Savigny var hovedskikkelsen i den tyske historiske skole. I 1803 havde han med en monografi om besiddelse præsenteret sig som en fremragende romer-

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

retsforsker med et helt nyt metodisk syn. Nogle år efter udkom hans fremstilling af romerrettens historie i middelalderen. I 1814 fremkaldte et skrift af den tyske jurist A.F.J. Thibaut, som argumenterede for udarbejdelsen af en lovbog for hele Tyskland, et modskrift fra Savigny, der under titlen *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* frakendte sin egen tid evnen til at udarbejde lovbøger. Hermed var den såkaldte kodifikationsstrid, som skulle få vide konsekvenser for synet på de nye lovbøger, indledt. Savigny kritiserede de tre store naturretskodifikationer og gjorde sig til talsmand for, at videreudviklingen af retten skete ved retsvidenskaben – som i det gamle Rom – og ikke i lovsform. Hans grundsynspunkt var, at der bestod en organisk sammenhæng mellem ret og folk, og at lovgivning var et vilkårligt indgreb i retsudviklingen, som skete ved stille i det indre virkende kræfter. Retten levede i folket, og det var juristerne, der som folkets repræsentanter, måtte foretage den nødvendige tilpasning af retten til nye tider. Det kunne lovgiver ikke. I »Vom Beruf« har Savigny givet sit synspunkt en berømt formulering, idet han sammenligner retten med en trekant:

»I enhver trekant er der visse bestemmelser, af hvis forbindelse alle andre følger med nødvendighed: F.eks. denne, at trekanten er given ved to sider og den mellemliggende vinkel. På samme måde har enhver del af vor ret sådanne stykker, hvorved de øvrige er givne: Vi kan kalde dem de ledende grundsatninger. At føle sig frem til dem, og ved at gå ud fra dem erkende alle juridiske begrebers indre sammenhæng og slægtskabets art, det hører netop til vor videnskabs vanskeligste opgaver, ja det er egentlig det, som giver vort arbejde den videnskabelige karakter. Fremkommer nu lovbogen på en tid, som ikke er denne kunst mægtig, så er følgende ulempe ganske uundgåelig. Retsplejen bliver tilsyneladende behersket af lovbogen, men i virkeligheden af noget andet, som ligger uden for lovbogen, som den virkeligt herskende retskilde ...«

Retsvidenskabens opgave bestemte Savigny som den »at forfølge ethvert givet stof til dets rødder, og således opdage dets organiske princip, hvorved af sig selv det, som endnu har liv, må afsondres fra det, som allerede er afdødt, og nu kun tilhører historien...« I 1815 grundlagde han det tidsskrift, som gav den historiske skole navn – *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft*, hvor han i en indledende afhandling definerede forskellen mellem historisk bevidste jurister og andre, som han betragtede som metodeløse. Som den tyske nationale ret opfattede Savigny først og fremmest romerretten, og det var ved sine skrifter om romerretten og ved sine romerretlige forelæsninger, at han opnåede sin berømmelse som retsvidenskabsmand. I

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

1840-erne påbegyndte han udsendelsen af et stort juridisk værk, *System des heutigen römischen Rechts*.

Mens Savigny arbejdede som romanist med romerretten var der andre, som anvendte tilsvarende historisk metode på den gamle tyske ret. De kaldtes germanisterne, og deres vigtigste navn var Eichhorn, der skrev en *Deutsche Rechts- und Staatsgeschichte*.

Savigny og Orla Lehmann

Oplevelse af Savigny som forelæser i Berlin i 1830'erne skildrer den danske jurist Orla Lehmann således (Orla Lehmanns efterladte skrifter, s. 113-114):

»Så man denne forunderlige blanding af en plump marskbonde og en hellig apostel komme skridende ind i det overfyldte store auditorium, da skulle man tro, at det var en af Olympens guder, der vandrede omkring blandt de dødelige, og når han så stod på katedret og langsomt lod sit øje glide hen over den lydløse klynge, medens han med et fint hvidt tørklæde pudsede sin guldlorgnet, fik man tid til at fylde sin sjæl med stolthed over at tilhøre en tidsalder, der havde frembragt en sådan mand. Men når han så opløftede sin klangfulde røst, og med et mageløst herredømme over stoffet og en plastisk anskuelighed i fremstillingen lod de gamle romere udfolde deres samfundsforhold og deres i alle konsekvenser fint udarbejdede retsbegreber, så forsonedes man næsten med den overlegenhed, hvormed han først i få myndige og træffende ord ligesom bortblæste al den misforståelse og uforstand, hvormed »die neueren Juristen« havde fordunklet og forvansket den romerske antiks ædle træk, og dernæst lod verden vide: »Damit verhält es sich folgendermaaszen«. Men ved »die neueren Juristen« forstod han i grunden alle, der var yngre end pandekterne, og blandt de nulevende var der kun en, som opnåede den lykke at blive nævnt ved navn, og det var hans gamle modstander, Thibaut i Heidelberg. Det skete kun en gang i hvert semester og kun for med et medlidende smil og en let lille spøg at tage ham af dage; men desuagtet betragtedes den forud bekendte dag, da Savigny smilede over Thibaut, som dennes hædersdag, og fyldte alle gangene mellem de betalte pladser med hospitanter. Så pompøst optrådte denne togaklædte skikkelse, at man virkelig kunne tro, at det var en af Gaji eller Triboniani jævnbyrdige venner, man havde for sig.«

Efter Savigny stod romerretten og den videnskabelige behandling af de gamle romerske retskilder som grundlag for gældende tysk ret centralt i Tyskland. Tysk retsvidenskab i det 19. århundrede er uhyre omfattende og karakteriseret af en række dominerende juristskikkelser, der dyrkedes som berømtheder. Tyske jurister var stolte af deres retsvidenskab, for som en af Tysklands

kendteste jurister Windscheid skrev i 1847: »Das Mass unserer Kräfte ist grösser, nicht durch unser Verdienst, sondern weil uns eine Wissenschaft ganz anderen Reichtums und ganz anderer Tiefe erzogen hat.« I Østrig var det anderledes. Her herskede i det 19. århundrede en retsvidenskab i tilknytning til lovbogen, ABGB, som på mange måder mindede om den franske *École de l'exégèse*. Den kendteste jurist var Joseph Unger.

Anders Sandøe Ørsted og dansk retsvidenskab

Anders Sandøe Ørsted regnes i almindelighed for den danske retsvidenskabs fader. Han blev født i Rudkøbing i 1778, kom til København og blev juridisk kandidat fra Københavns Universitet i 1799. Kort efter deltog han i en konkurrence om et ledigt adjunktur ved Københavns Universitet. En anden blev foretrukket frem for ham, men to år efter fik Ørsted et embede som dommer i Hof- og Stadsretten, og hele hans fortsatte ydre livsløb blev en karriere i forskellige embeder i statens tjeneste. Varig tilknytning til Universitetet fik han på intet tidspunkt. Allerede i sine tidligste år havde Ørsted fulgt med i strømningerne inden for især tysk juridisk litteratur. Af grundlæggende betydning for hele den retning, som hans studier og forfatterskab kom til at tage, blev særlig hans kendskab til tysk ret og strafferetsfilosofien i tiden omkring 1800, og han var allerede teoretisk velfunderet, da han i 1801 udnævntes til dommer i Hof- og Stadsretten. Ørsted deltog i en stor del af rettens voteringer, der var skriftlige, og fik tillige i disse år lagt grunden til sit omfattende forfatterskab. I 1810 avancerede Ørsted – 31 år gammel, som det ikke var ualmindeligt – til Højesteret, som han forlod allerede i 1813 for at blive deputeret i Danske Kancelli. Ørsted fik som sin afdeling 2. departement, der omfattede de såkaldte justitssager fra Sjælland. 1825 udnævntes han til generalprokurør.

I en lang årrække opretholdt Ørsted samtidig med sin embedsvirksomhed et omfattende juridisk forfatterskab, der allerede opgjort efter antallet af sider næppe er overgået af nogen senere dansk jurist. Som forfatter var han begyndt som retsfilosof, men efter at han i 1801 var blevet dommer, fik forfatterskabet en udtalt juridisk retning. Ørsted var allerede tidligt begyndt at læse udenlandsk juridisk litteratur, og de impulser, han modtog især fra tysk retsvidenskab, der i disse år var inde i en særlig frugtbar udvikling, fik afgørende betydning for hans senere skrifter. Læsningen af den samtidige tyske strafferetslitteratur, der i særlig grad afspejlede de nye strømninger i tidens

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

filosofi, dannede en naturlig overgang til beskæftigelse også med anden fremmed juridisk litteratur. Sin grundlæggende indføring i retsvidenskaben havde Ørsted således fået i slutningen af det 18. århundrede, og de første år af det 19. århundrede. Ligesom hans almindelige politiske syn blev også hans retsvidenskabelige grundopfattelse afgørende bestemt af hans indtryk i disse år.

På Ørsteds forfatterbane danner årene 1801 og 1835 vigtige yderpunkter. Ydre omstændigheder, en ordre fra kongen 1826 efter Ørsteds deltagelse i en kirkelig debat, der gjorde det til en forudsætning for Ørsteds bevarelse af stillingen som generalprokurør, at han afstod fra yderligere litterær virksomhed omend på lempelige overgangsvilkår, viste sine virkninger i en gradvis nedtrapning af forfattervirksomheden fra slutningen af 1820'erne, indtil det juridiske forfatterskab i det væsentlige afsluttedes med udsendelsen af det sidste bind af hans privatretlige hovedværk i 1835. Det må stå hen, om Ørsted ville have været i stand til at fortsætte og videreføre sit forfatterskab i større omfang samtidig med sin varetagelse af sine administrative hverv i kancelliet og hvervet som kommissarius i stænderforsamlingen, som han kort efter fik pålagt. Særlig må det stå som tvivlsomt, om han havde fået tid og kræfter til at udarbejde en samlet fremstilling af dansk ret eller dele af denne, der i mere systematisk form, end det hidtil havde været ham muligt, som en syntese kunne sammenfatte og afrunde resultaterne af hans litterære produktion, der for en væsentlig dels vedkommende havde fået form af større og mindre afhandlinger og anmeldelser.

En overgang til en ny forfatterperiode dannede Ørsteds foredrag fra 1801 om statens ret til at ophæve og forandre stiftelser oprettet af private, et brændende spørgsmål i samtiden, som også Kant havde beskæftiget sig med og ligesom senere Ørsted besvaret bekræftende. Ørsted gjorde sig til talsmand for, at staten under visse omstændigheder kunne gribe ind i ejendomsretten, som han opfattede som indskrænket under hensyn til samfundets tarv. Denne opfattelse var vel ikke uden holdepunkter i visse opfattelser i det 18. århundrede om ejendomsrettens grænser som led i samfundets fornuftige indretning, men i Danmark var det første gang, at ejendomsretten blev beskrevet som en ret, der kunne begrænses ud fra samfundshensyn.

Ørsteds juridiske værker

Rigtig gang i det juridiske forfatterskab kom der, efter at Ørsted kort efter sin indtræden i Hof- og Stadsretten sammen med et par andre unge assessorer

indledte udgivelsen af et juridisk tidsskrift under navnet *Juridisk Maanedstidende*. I 1803 overtog Ørsted redaktionen af tidsskriftet *Juridisk Arkiv* og i dette og dets efterfølgere, *Nyt Juridisk Arkiv* (1812-1820) og *Juridisk Tidsskrift* (1820 ff), udsendte Ørsted en meget væsentlig del af sine værker som selvstændige afhandlinger, som kommentarer til de domme, der blev bragt i tidsskrifterne, og som anmeldelser eller udkast til større selvstændige fremstillinger. Ørsted fik redaktionen af *Juridisk Arkiv* lagt om, således at publikationen af Hof- og Stadsretsdomme blev tidsskriftets bærende indhold. Trykte domssamlinger havde man kendt før Ørsted, men de Ørstedeske tidsskrifter blev de første varige forsøg på at kombinere domsudgivelser og afhandlinger i samme tidsskrift. En række af sine vægtigste afhandlinger om moralfilosofiske, strafferetlige og processuelle emner udsendte Ørsted som *Eunomia* – gode love – i fire bind 1815-1824.

I enkelte større værker søgte Ørsted at sammenfatte resultaterne fra sine ældre afhandlinger. Det var karakteristisk for hans arbejdsform, at to af hans større forsøg på synteser systematisk knyttede sig til andre forfatteres værker og derfor ikke gav mulighed for at udvikle et nyt selvstændigt system. I 1804 begyndte Ørsted således på udgivelsen af, hvad han kaldte et »Supplement« til professor Nørregaards trykte forelæsninger over den danske privatret, der anvendtes som lærebog i dansk ret ved Universitetet. Værket forblev ufuldendt, og i 1822 påbegyndte han en lignende udgivelse, der knyttede sig til en tilsvarende lærebog af professor Hurtigkarl, som nu havde afløst Nørregaards lærebog. Dette supplement blev efterhånden til Ørstedes privatretlige hovedværk *Haandbog over den danske og norske lovkyndighed* i seks bind, der udkom i årene indtil 1835.

Privatretsvidenskaben var som den ledende juridiske disciplin i Europa og ikke mindst i Tyskland siden begyndelsen af det 19. århundrede inde i en væsentlig udvikling med den tyske jurist von Savigny og den historiske skole som drivende kraft. En lang række andre jurister var imidlertid samtidig med til at fremme privatretsvidenskabens vækst. Forskellige metodiske grundsynspunkter prægede tysk retsvidenskab i disse år, og Ørsted var uden særlig at knytte sig til en bestemt retning fortrolig med hovedværkerne i tysk retsvidenskab; han fulgte med i de mange nye tyske juridiske tidsskrifter, ligesom han var fortrolig med de store lovbøger – naturretskodifikationerne – der i disse år fremkom i Preussen, Frankrig og Østrig.

En lang række unge tyske jurister arbejdede i årene umiddelbart før og efter 1800 med udviklingen af en ny kriminalrettsvidenskab – en egentlig strafferetsdogmatik – hvor ikke mindst de almene spørgsmål om formålet med at straffe og de almindelige grundsætninger for straffelovgivning blev

taget op til revision. Den mest kendte blandt disse var Feuerbach, som Ørsted var en varm beundrer af. Foruden som kriminalistisk forfatter havde Feuerbach haft direkte indflydelse på straffelovgivningen gennem sin medvirken ved udarbejdelsen af en ny straffelovbog for Bayern 1813. Ørsted anså denne lovbog for at være det hidtil mest vellykkede forsøg på at udarbejde en straffelovbog, selv om han fandt, at også dette værk led af betydelige mangler. Diskussionen af denne lovbog i forbindelse med forsøg på en senere revision blev en anledning for Ørsted til direkte at skrive for et udenlandsk publikum. Netop her følte han nødvendigheden af at bidrage til den retspolitiske diskussion i et andet europæisk land. Det gjorde han i sine »*Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungsphilosophie*«, hvis andet og tredje bind (1824 og 1826) indeholdt en detaljeret og meget kritisk prøvelse af et straffelovudkast for Bayern udarbejdet af juristen N.T.V. Gönner og et svar på dennes voldsomme reaktion på Ørsteds skrift, mens første bind (1818) indeholdt en oversættelse af hans afhandling om straffelovgivningens grundregler. I forordet til dette første bind fremhævede Ørsted retspraksis som et særlig vigtigt element i strafferetten, og det var vel især ved sit kendskab til og anvendelse af praktisk strafferet, at han adskilte sig fra Feuerbach. På den anden side kunne den strenge strafferetsopfattelse, som Ørsted gav udtryk for, næppe uden videre betragtes som et fremskridt i forhold til de bayerske forslag, og var vel en medvirkende årsag til, at hans kritik kun vakte begrænset opmærksomhed.

Straffens formål

Af Anders Sandøe Ørsted: Indledning til den danske og norske Criminalrettsvidenskab, Arkiv for Retsvidenskaben 3 (1826) § 12

Nærmere bestemmelse af straffeøjemedet.

Den hovedvirksomhed, straffelovene har at anvende, består deri, at de, ved at forbinde lidelser med de handlinger, som krænker samfundets fred og orden, eller i det mindste udsætter den for fare, frembringer en modvægt imod de tilbøjeligheder, som kunde friste til sådanne handlinger, og at de ligeledes, hvor ingen positiv drift frister til overtrædelse, men der kun mangler på behørig interesse for det, loven vil bevirke, opvækker denne interesse. Straffelovgivningen går således ud på, at forbrydelsen ikke skal eksistere, og er desto fuldkomnere, jo mindre det vil blive fornødent at tvinge den til anvendelse. Uagtet det følger mere er ved sin tilværelse end ved dens virkelige udøvelse den skal ytre sin kraft, så er straffens fuldbyrdelse i overtrædelsestilfælde dog aldeles nødvendig; thi ellers ville lovens bebudelse af et fysisk onde, som skal ledsage forbrydelsen,

blive en tom lyd. Det må for resten ikke glemmes, at det ikke er alene eller fornemmelig ved den legemlige lidelse eller det afsavn af sanselige nydelser, straffene medfører, at de skulle udrette deres bestemmelse, men at det er nok så meget den med enhver straf forbundne beskæmmelse, hvorpå deres virksomhed beroer. Så må det og vel mærkes, at det ikke er kriminaljustitiens eneste eller engang dens betydeligste virksomhed, når den hos dem, der alt omgås med den tanke, at udøve en forbrydelse, indtræder i bevidstheden som et frarådende motiv; men at den især viser sin velgørende kraft derved, at den, i forbindelse med religion og sæder, virker ved at opvække og vedligeholde en levende afsky for de handlinger, der stemples som forbrydelser. Herved bevirkes det, at de impulser, som kunde lede til forbryderiske beslutninger kvæles i fødselen, så at det hos de fleste ikke kommer såvidt, at nogen udtrykkelig overvejelse af lovens straf behøves. Det er således klart, at straffelovene også virker til bedste for folkets sædelige dannelse og ingenlunde indskrænker sig til, ved umiddelbar skræk for et sanseligt onde, at overvinde de sanselige tilskyndelser, som frister til et lovstridigt forhold.

Ørsted var ved udviklingen af sin strafferetslære i vidt omfang påvirket af Feuerbach. Både ved bestemmelsen af generalpræventionen som straffelovens formål og i en række enkeltheder fulgte Ørsted Feuerbach. På den anden side modificerede Ørsted på en række punkter, ikke mindst ud fra sit bedre kendskab til praktisk strafferet Feuerbachs lære og skabte i virkeligheden derved det strafferetlige system, der i det væsentlige ligger til grund for den senere strafferetlige teori i Danmark. I sin afhandling *Over de første Grundregler for Straffelovgivningen* (1817) udviklede Ørsted de vigtigste strafferetlige grundbegreber. Han tog herved sit udgangspunkt i Feuerbachs almenpræventive teori og afviste Kants gengældelseslære. Han stod dog ikke på samme måde som Feuerbach afvisende over for specialpræventionen, men mente, at også den konkrete fare, som den enkelte forbryder frembyder for begåelsen af nye forbrydelser, burde tages i betragtning ved bestemmelsen af straffen. Det var herved af betydning, at Ørsted, der vel oprindeligt var tilhænger af Kants filosofi, senere havde udviklet en selvstændig retslære, der i langt højere grad tog hensyn til borgernes moralske og religiøse overvejelser som led i virkeliggørelsen af statens formål. I overensstemmelse hermed fremhævede Ørsted, at staten, hvor sådanne overvejelser ikke afholdt fra forbrydelse, burde tilvejebringe den fornødne respekt for loven ved straf. Mens Feuerbach ikke ville lægge vægt på straffuldbyrdelsen, mente Ørsted derimod, at også fuldbyrdelsen havde en afskrækkende virkning. Ørsted var

i det hele ikke mild i sin vurdering af straffens betydning, men betonedede nødvendigheden af strenge straffe, herunder legemsstraffe.

På et andet vigtigt punkt afveg Ørsted fra Feuerbach, nemlig med hensyn til anerkendelsen af grundsætningen *nulla poena sine lege*, der var et afgørende led i Feuerbachs system. Heroverfor betonedede Ørsted, at der fandtes et begreb om visse handlinger, der i ethvert civiliseret samfund belægges med straf. Ørsted kaldte sådanne handlinger »naturlige forbrydelser« og ville lade domstolene fastsætte en arbitrær straf i sådanne tilfælde.

Med hensyn til strafudmåling ville Ørsted binde dommerens skøn af en række lovbestemte omstændigheder, der burde have indvirkning på straffen. I særlige tilfælde, hvor forbrydelsen vel omfattedes af loven, men havde en atypisk karakter, ville Ørsted indrømme statsmagten en ret til benådning.

Ørsteds største fortjeneste inden for strafferetten er, at han var den første, der herhjemme udviklede de grundsætninger, der hører hjemme i strafferettens almindelige del, og som i Tyskland var fastslået af Feuerbach og kodificeret i den bayriske straffelovbog: Betydningen af tilregnelighed, tilregnelighed i form af forsæt og uagtsomhed, forsøg (den subjektive forsøgsteori), medvirken osv. Også med hensyn til bestemmelsen af det strafbare gerningsindhold af en række forbrydelser var Ørsted banebrydende. Især kan fremhæves hans monografi om tyveriforbrydelsen (1809).

Ørsted som politiker

Som generalprokurør virkede Ørsted, indtil han i 1848 blev afskediget fra samtlige sine embeder i forbindelse med martsbegivenhederne. Det gjaldt også posten som statsminister, medlem af geheimestatsrådet, hvortil han var blevet udnævnt i 1842. I årene 1835-1844 havde han tillige fungeret som kgl. kommissarius, d.v.s. som regeringens repræsentant på de rådgivende provinsialstænder i Roskilde og Viborg. Selv om Ørsted med skepsis betragtede den politiske omvæltning i 1848, holdt han sig ikke isoleret fra det politiske liv i årene derefter. 1848-1849 deltog han i arbejdet på den grundlovgivende rigsforsamling, lod sig fra 1850-1853 indvælge som medlem af landstinget og endelig fra april 1853 – december 1854 udnævne til premierminister, kultusminister og en tid tillige indenrigsminister og justitsminister, indtil han omsider trak sig ud af det offentlige liv. Den første rigsretssag 1855 var rettet mod Ørsteds ministerium, der blev frifundet for tiltale for at have afholdt ubevilgede udgifter.

Af Ørsteds indsats som politiker, der begyndte i 1835 og kom til at vare til midten af 1850'erne udsprang en lang række nye værker, efter at skriveforbudet var ophørt med hans udtræden af kancelliet, således det store værk *Prøvelse af udkast til en Grundlov, værket om Statens opretholdelse i dens Helhed*, og en

række mindre politiske skrifter, indtil forfatterskabet afrundedes med fjerde bind af erindringsværket *Af mit Livs og min Tids Historie* i 1857 nogle få år før hans død i 1860.

For den generation af jurister, der fulgte efter Ørsted, stod han i langt højere grad end universitetets professorer som den umiddelbare læremester, og også senere generationer har vænnet sig til at betragte Ørsted som dansk retsvidenskabs fader.

Dansk retsvidenskab i årene omkring og før 1800 var præget af en meto- disk usikkerhed, der hang sammen med en fundamental dobbelthed i det grundlag, retsvidenskaben arbejdede på. Udgangspunktet var naturretten, der var behandlet i store systemer af Grotius, Pufendorf og Christian Wolff, m.fl., hvis værker også lå til grund for danske lærebogsfremstillinger af naturretten. Naturretten var imidlertid intet sikkert grundlag ved løsningen af juridiske problemer, hverken når det gjaldt den ideelle løsning eller udfyldning eller fortolkningen af den nationale ret. Skønt naturretssystemet i princippet prætenderede at være almengyldigt, havde det vist sig, at mange retssæt- ninger både kunne begrundes og afvises med henvisning til naturretten, alt efter hvilket system man ønskede at henvise til.

En række forskellige retninger i tysk retsvidenskab søgte at overvinde retsvidenskabens krise omkring 1800. Ørsted var velorienteret om disse retninger, der for norges vedkommende søgte at arbejde videre med natur- retten, mens andre henviste til historien eller en kombination af historisk- empiriske undersøgelser og filosofi – systematisering – som grundlag for en fornyelse af retsvidenskabens.

En af de udenlandske jurister, Ørsted satte højest, var F.C. von Savigny, hvis tanker om vigtigheden af retsvidenskabens opgaver deltes af Ørsted, ligesom også han flere gange vender sig mod tanken om en kodificering af privatretten. På flere punkter modificerede Ørsted Savignys lære – han vil således ikke afvise en samlet straffelovbog, og han stillede sig også mere positivt end Savigny over for enkeltlovgivning. Hans grundlæggende be- tæneligheder, når det gælder en samlet lovbog, er imidlertid de samme som Savignys: Faren for forvanskning af folkets retstilstand ved lovgivers vilkårlige indgreb, retsusikkerhed, vanskelighederne ved at formulere udtømmende retssætninger.

Arveforordningen 1845

Arveforordningen 1845, som Ørsted var hovedansvarlig for, erstattede bestemmelserne i Danske Lovs 5-2-4 forskellige artikler om arv. Ørsted var ved udarbejdelsen af denne lov influeret af den østrigske civillovbog (CABGB), hvorfra han hentede det såkaldte parentelsystem som grundlag for slægtsarveretten. Systemet opererede dengang med fem arveklasser, nemlig descendensen, forældre og deres linie, bedsteforældre og deres linie, oldeforældre og deres linie og tipoldeforældre og deres linie. Parentelsystemet medførte, at fjernere arveklasser først kom i betragtning, når enhver descendent i et nærmere parentel var afgået ved døden. Med arveforordningen blev ikke indført lige arveret mellem mænd og kvinder. Modstand fra kancelliets præsident Stemmann førte til, at et forslag som Ørsted støttede, om ophævelse af den ulige arveret for kvinder og mænd ikke kunne gennemføres i sin helhed i 1845. I den endelige lov blev ligestilling mellem mænd og kvinder derfor kun gennemført i sidelinien, mens døtre stadig kun tog halv arv i forhold til sønner efter deres forældre. Et andet punkt, som var nyt i arveforordningen, var en styrkelse af ægtefællearveretten. Arveforordningen gik, i overensstemmelse med hidtidig bevillingspraksis, et skridt videre end Danske Lov med hensyn til anerkendelse af testamenter. Det stod nu enhver, som ikke havde livsarvinger, frit at testere, mens den, der efterlod sig livsarvinger, alene kunne testere over en fjerdedel af sine efterladenskaber. Som testamentsformer kendtes notartestamentet og vidnetestamenter. Arveforordningen fik først i 1963 en afløser i en ny arvelov.

1857 gennemførtes ligestilling mellem mænd og kvinder i henseende til arveret og den andel af sine efterladenskaber, som arvelader kunne disponere over ved testamente, blev forhøjet til en tredjedel.

Et vigtigt element i Ørsteds videreudvikling af dansk ret og dermed overvindelse af retsvidenskabens krise var retssammenligningen, der ikke umiddelbart var let at forene med opfattelsen af rettens nationale og historiske karakter. Her benyttede Ørsted det kunstgreb at se dansk ret som udtryk for et retligt stadium, hvor den oprindelige i folket levende ret var blevet suppleret ved udviklingen af almindelige grundsætninger fælles for alle folkeslag. Fremmed ret kunne således være en kilde til oplysning om indholdet og anvendelsen af disse grundsætninger.

Ørsted og fremmed ret

Ørsteds omfattende læsning af retslitteratur og lovbøger fra udlandet blev en vigtig kilde til fornyelse og videreudvikling af dansk ret. Han sagde selv, at fremmed ret ligefrem kunne være en autoritet, når der – hvad der ofte var tilfældet –

var usikkerhed om retstilstanden. Inden for privatretten fik fremmed ret afgørende betydning for udformningen af grundprincipperne inden for arveretten, hvor forbilledet var den østrigske civillovbog (ABGB fra 1811), de blev et argument for nye myndighedsregler; i obligationsretten blev væsentlige principper inden for kontraktsretten og skyldprincippet – culpælæren – som grundlag for erstatningsretten udformet under inspiration fra fremmed ret. Panteretten, læren om ejendomsrettens overgang, spørgsmålet om vindikation og eksstinktion, læren om quasikontraktforholdene: negotiorum gestio og conditio indebiti, veksels- og søretten er emner, som Ørsted ikke ville have behandlet på samme måde uden kendskab til fremmed ret. Inden for strafferetten stod han, hvad angik hele den grundlæggende behandling af strafferettens almindelige del, som allerede nævnt i gæld til Feuerbach og andre tyske jurister. Det samme gælder processen. Da Ørsted i 1835 opgav sin juridiske forfattervirksomhed, var dansk retsvidenskab en anden. Ørsted havde udviklet faste grundsætninger for lovfortolkning, og ved behandlingen af en lang række enkelte retsspørgsmål havde man nu et helt anderledes fast grundlag end tidligere. Retssætningerne var ikke uden videre udviklet af Danske Lov og den senere supplerende lovgivning. Meget var hentet fra fremmed ret uden særlig hensyntagen til, om en sætning fandtes i en lovbog eller var udviklet i retsvidenskaben. Nyt i forhold til megen udenlandsk litteratur var det imidlertid, at retspraksis havde fået en plads i de retsvidenskabelige fremstillinger. Nødvendigheden af et samvirke mellem teori og praksis hørte ganske vist til de faste formler i den samtidige juridiske litteratur, men kun få realiserede målet i samme omfang som Ørsted. Han medvirkede herved til at skabe en fast tradition i Danmark for et samvirke mellem retsvidenskab og retspraksis.

Den sene enevælde var ingen rig periode på lovgivning inden for de traditionelle juridiske felter, privatret, strafferet og proces. Efter indførelsen af provinsialstænderne i 1830'erne kom der nogen gang i lovgivningen og de vigtigste bidrag, Ørsted kom til at yde inden for lovgivningen, falder i denne periode. Det er arbejder, som de fire såkaldte Ørstedske straffelove fra årene 1833-1841, og inden for privatretten forordningen om arv 1845 og en anden forordning samme år om registrering af fast ejendom.

Inden for retsplejen fik også Ørsteds bevislære, særlig formuleringen af regler om det såkaldte indiciebevis – eller som Ørsted med et engelsk udtryk foretrak at kalde det, »det circumstantielle bevis« – i en forordning af 1844 stor betydning for udviklingen i retning af en fri bevisbedømmelse.

Det hændte også, at Ørsted selv tog initiativ til gennemførelse af ny lovgivning. Han fandt f.eks., at »det borgerlige samlivs tarv« krævede en indskrænkning i den omfattende adgang til vindikation, der kendtes i dansk ret.

Forslaget blev imidlertid opgivet, da bl.a. Højesteret fandt, at der var tale om et for voldsomt indgreb i den tilvante ret.

Om præjudikater

Af Anders Sandøe Ørsted: Haandbog over den danske og norske lovkyndighed I (1822):

Højesterets præjudicater nyde dog i virkeligheden megen anseelse, idet både denne øverste domstol selv antager, at den ikke, uden højst påtrængende grunde, bør forlade den grundsætning, hvorefter den forhen har afgjort borgernes retssager, dels og de underordnede domstole følge de grundsætninger, som de vide at være erkendte ved Højesteret. Det er vistnok af yderste vigtighed for et folk, at retfærdigheden plejes efter faste og lige grundsætninger, på hvilke man kan stole, og efter hvilke man kan vide at indrette sig. Jo mere det kommer an på dommernes foranderlige meninger, jo ufuldkomnere og usikrere er retstilstanden. Dersom man ubetinget ville antage, at ethvert af de enkelte dømmende individer blot havde at lægge sin subjektive overbevisning til grund for sit votum, uden at tage hensyn til hvad der forhen, i lignende tilfælde, var blevet kendt for ret, så ville en enkelt af de tilforordnede fra- eller tiltrædelse kunne forårsage, at det modsatte af, hvad der en dag, ved den øverste domstol, var kendt for ret, blev næste dag erklæret for ret ved samme øverste domstol. Herved ville såvel folkets agtelse for retsplejen som den indbyrdes sikkerhed lide et frygteligt afbræk. Også ville en sådan foranderlighed være så meget mere anstødelig, som dommene afsiges i kongens eget navn hvilken i mange henseender betydningsfulde form også synes at fordre, at de engang erkendte grundsætninger vedvarende følges, uden hensyn til individernes vekslende meninger.

Vel er det muligt at Højesteret engang har afgjort et tvivlsomt retsspørgsmål anderledes, end der senere findes anledning til at besvare samme; men det er lige så tænkeligt at den mening, som nu har de flestes bifald, kan være fejltagende, som at dette var tilfældet med den forhen antagne. Forsåvidt er man altså ligemeget udsat ved at gå efter præjudicater og ved at behandle hver retssag for sig, uden hensyn til, hvorledes andre lige sager have været behandlede. Men deri er der en betydelig forskel, at, når samme grundsætning stadig vedligeholdes, har man noget fast at rette sig efter, og den skade, en urigtig grundsætning forvolder, bliver ofte derved for den største del afhjulpen, i stedet for at endog overgangen til den rigtigere mening ikke sjældent kan have betydelig ulempe i følge medinig. Skulle en skadelig grundsætning have indsneget sig i praksis, står det desuden til den lovgivende magt at afhjælpe dette onde på samme måde som om en skadelig lov var givet.

Med Ørsted anerkendtes en ny præjudikatslære, som tillagde domme større betydning for retsudviklingen, end tilfældet var i det 18. århundrede. Ørsted

mente, at Højesterets dommere følte sig »bundet« af afsagte domme, men her gik han nok for vidt, og A.W. Scheel formulerede senere doktrinen således, at hensynet til retssikkerheden fordrede »stadighed men ikke uforanderlighed«. Højesterets domme var selv efter begrundelsespligtens indførelse i 1858 ofte svære at tolke, men deres betydning for retsudviklingen og retsvidenskaben blev nu langt større.

Ørsteds betydning for dansk retsvidenskab er svær at overvurdere. Set i et europæisk perspektiv ligger Ørsted dog ikke i spidsen, når det gælder udviklingen af nye retssætninger eller om at finde den rette balance mellem retsvidenskab, retspraksis og lovgivning. Mange liberaliseringstendenser i samtiden stod han afvisende over for. Det gjaldt inden for straffeprocessen spørgsmål som lægmænds deltagelse i strafferetsplejen eller indførelsen af et akkusationsprincip i stedet for inkvisition i strafferetsplejen. Hvis ikke en række yngre tyske jurister i 1790'erne og begyndelsen af det 19. århundrede med Feuerbach som den ledende skikkelse havde undersøgt strafferettens grundbegreber, og hvis ikke privatretsvidenskaben i Tyskland netop i begyndelsen af det 19. århundrede i vidt omfang på romerretligt grundlag havde taget en lang række nye problemstillinger op og formuleret nye mål for retsvidenskaben, var Ørsteds bidrag til dansk retsvidenskab blevet et andet og mindre. Det sted, hvor Ørsted måske klarest udtrykker, hvad han selv ydede for dansk retsvidenskab, findes i hans omtale af de romerske jurister, hvor han fremhæver, at deres »dybe og skarpe blik i det virkelige liv stedse giver de lærerigeste resultater«.

Retsvidenskab og lovgivning i Danmark

Da der i 1821 gennemførtes en ny studieordning for det juridiske fakultet ved Københavns Universitet, var formålet blandt andet at få optaget nye discipliner blandt studiefagene. Det drejede sig om fag som retsvidenskabens encyclopædi (en indledning til retsstudiet), retshistorie, juridisk hermeneutik (fortolkningslære) og folkeret. Hertil kom en række praktiske discipliner: Sø- og handelsretten, landboretten, kirkeretten og politiretten. Gennemførelsen af den nye studieordning fik indirekte betydning for retsvidenskabens udvikling, idet det blev bestemt, at der nu så vidt muligt skulle lægges trykte fremstillinger til grund for forelæsningerne. Udfyldningen af rammerne for denne nye studieordning gav i de kommende år anledning til en mere omfattende litterær aktivitet ved Universitetet, end man hidtil havde kendt. På

grundlag af den nye studieordning af 1821 begynder de enkelte juridiske discipliner at udskilles til særskilt behandling.

Indflydelsen fra tysk retsvidenskab

Dansk retsvidenskabs udvikling i denne periode er på mange måder en genspejling af europæiske strømninger. Den absolutte førerskikkelse i datidens tyske retsvidenskab, hvorfra de vigtigste impulser udgik, F.C. von Savigny, siden 1810 professor i Berlin, blev også for danske jurister et forbillede. De principper, han havde formuleret for den såkaldte historiske skole, nemlig retsudviklingens organiske udvikling gennem den retsvidenskabelige eksegese uden indgreb fra lovgivningsmagten, blev også af betydning i Danmark. Den historiske skole havde ikke blot et historisk program, men Savigny havde tillige en systematisk fremstilling af de enkelte retsinstitutter som et sammenhængende hele på programmet. Denne opgave tog Savigny selv op i *System des heutigen römischen Rechts* (1840 ff), der med sine otte bind forblev ufuldendt. Savigny lagde her den privatretlige systematik (inddelingen i en almindelig del, personret, familieret, tingsret, obligationsret og arveret) til grund, som blev fulgt i Danmark af I.E. Larsen som den første, men værket kom ved sin fylde af analyser og enkeltundersøgelser til at virke som en inspirationskilde for en hel generation. Den indflydelse, der udgik fra Savigny og dennes tilhængere inden for den såkaldte pandektvidenskab i Tyskland, satte sine spor over hele Europa og fik også i en lang periode betydning for dansk retsvidenskab.

Særlig tydelig er påvirkningen fra Savigny i A.W. Scheels fremstilling af *Privatrechts almindelige Deel* (1865-1866), der indeholder en udførlig fremstilling af læren om retskilderne, herunder fortolkningslæren, og i andet bind af retsforholdenes væsen, deres stiftelse og retsbeskyttelse. Svarende til første bog af Savignys værk »Rechtsquellen«, behandler Scheel retskilderne, og anden bog, der hos Savigny benævnes »Rechtsverhältnisse«, svarer til Scheels *Om Retsforholdene*. Begrebet retsforhold, er en oversættelse af det vigtige systembegreb »Rechtsverhältnis«, som danner grundlag for Savignys værk. Scheel har også overtaget indholdet af Savignys retsbegreb, hvis grundlag er Kants filosofi, når han bestemmer »Ret i objectiv Betydning« som »Indbegrebet af de Regler, hvorefter samlevende personers indbyrdes og udvortes forhold fastsættes og begrænses (§ 1). Herefter går retsreglen, der bestemmer retsforholdet, ud på at angive grænsen for den individuelle viljes herredømme og således anviser den vilje det rum, hvorpå den kan herske, uafhængigt af andres vilje. Den angiver følgelig, hvad der er ret og retspligt«. Afsnittet er en fri gengivelse af en tilsvarende passus hos Savigny og er i overensstemmelse med Kants retslære om retten som afgrænsning af den sfære, hvori den enkeltes vilje kan udfolde sig frit.

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

Da F.C. Bornemann i 1839 indledte sine forelæsninger over den almindelige retslære, syntes en ny epoke for retsvidenskaben at begynde. Bornemann opstillede som sit mål at påvirke retsvidenskaben i retning af en spekulativ behandling. Eksegesen – som han kaldte den af Ørsted og andre anvendte metode – havde nu fulden sin historiske opgave: at skabe en ny retstilstand på grundlag af den i vidt omfang forældede lovgivning. Nu måtte en ny lovgivning drage nytten heraf, og i stedet måtte videnskabens hovedopgave være, hvad han kaldte en filosofisk behandling af retsvidenskaben. Bornemanns udgangspunkt var, at kundskab om de positive retsfor skrifteres umiddelbare indhold ikke var tilstrækkeligt, da løsningen af retsvidenskabens opgave i overensstemmelse med det mål, som Bornemann havde sat sig, også forudsatte kendskab til »retsnormernes og institutionernes almindelige og uforanderlige natur«. Retsordenens væsen kunne efter Bornemanns opfattelse herved bestemmes som et verdsligt, men dog et sædeligt rige »den objektive, verdslige sædeligheds rige«, og livsforholdenes sædelige betydning, således som »menneskets åndelige natur, dets delagtighed i dette uendelige og evige« krævede, blev hovedprincippet for deres retlige ordning. Retsordenen var et udtryk for retsbevidstheden, der af Bornemann bestemtes som en i masserne sig udviklende »almenbevidsthed«, mens retten bestemtes som »normen for eller anordningen af det ydre samfunds liv, eller af de ydre sociale livsforhold, overensstemmende med deres sande betydning for samfundslivets hele økonomi«. På dette grundlag udviklede Bornemann sit system, der under tydelig påvirkning fra Hegels filosofi byggede på en inddeling af retsordenen i menneskeretten, familieretten og statsretten. Menneskeretten, der byggede på personlighedsprincippet, omfattede dels personlighedsretten (frihed, ære o.l.), dels formueretten og dels retten til at afværge retskrænkelser. Familieretten omfattede ægteskabet, forholdet mellem forældre og børn og arveretten, mens statsretten særlig omfattede forfatningen og forvaltningen og forholdet mellem stat og kommune.

Love og sædvaner

Af F.C. Bornemann: *Foredrag over den alm. Rets- og Statslære (1849-50)*

Love forudsætter det retlige samfunds udvikling til stat. Organisationen af en suveræn herskermagt, der styrer alle samfundets anliggender. Det er en af statsmagtens vigtigste funktioner at opretholde og uddanne retstilstanden, og navnlig at hæve de i folkets bevidsthed levende retsprincipper til fuld klarhed, uddanne dem til praktiske normer for anordningen af livets mangfoldige forhold.

...

Den lovgivende magt er netop i det som stat organiserede samfund almenviljens organ, der er beskikket til at udvikle og fikserer den i folket levende retsanskuelse. At derfor den lovgivende magt bør organiseres således, at de fra den udgående bestemmelser, der positivt gjælder for almenviljens forkyndelser, holdes i kontinuitet med den virkelige folkebevidsthed, er en konsekvens, men som vi her ikke kunne gå nærmere ind på.

...

Den sædvanemæssige ret har sine fortrin. En retssædvane kan navnlig ikke fra første færd stride mod den almindelige retsbevidstheds virkelige indhold, som tilfældet er med en lov. Men lovgivningen har også sine store fortrin. Den støttes af den videnskabelige erkendelse; den hviler på mere omfattende overblik over interesser og forhold, der ofte griber således ind i hinanden, at kun forstandig afgrænsning og udjævning formår at afværge fordærlige kollisioner; først den kan lade hensynet til nytte og hensigtsmæssighed komme til dets fulde ret; den har endelig en større bestemtthed; dens tilværelse er mere uomtvistelig, dens indhold mere tilgængeligt for alle.

Bornemanns tanker om retsvidenskabens opgave vandt kun i begrænset omfang genklang i samtiden, men for en senere generation, først og fremmest Goos og tildels Aagesen var Bornemann om ikke et forbillede, så dog den, der havde anvist retsvidenskabens nye veje.

De Ørstedeske straffelove

I løbet af det 19. århundrede fik en række europæiske lande nye straffelovbøger. Vigtige eksempler er den franske *Code Pénal* fra 1810 og den bayerske lovbog fra 1813. Disse lovbøger var en kodificering af straffelovgivningen efter nye principper, som adskilte sig fra de kasuistiske straffelove, som blandt andet Danske Lov var et eksempel på. De nye straffelove var udarbejdet på grundlag af en videnskabelig behandling af strafferetten, og de byggede på klare strafferetlige grundprincipper. Det var, hvad man også havde tilstræbt i Danmark med kriminalkommissionen i 1800, men uden resultat. En særlig betydning for denne bevægelse i retning af en kodificering af strafferetten fik Feuerbachs lære om strafferetten som grundet på loven. Typisk for de nye kodificerede straffelove var en indledning – en almindelig del – som indeholdt de almindelige grundsætninger, hvorpå straffelovgivningen hvilede, og en speciel del, hvori de enkelte forbrydelser var opregnet. Disse straffelove var ikke udtømmende, men de suppleredes af anden lovgivning, først og fremmest politilovgivning.

Det var først med gennemførelsen af de af Ørsted udarbejdede straffelove i årene 1833-41, at der blev taget fat på en egentlig reform af den danske straffelovgivning. Disse forordninger rådede bod på nogle af de mest indlysende mangler i Danske Lov, blandt andet ved nu gennem en beskrivelse af de strafbare gerningsindhold at afgrænse de enkelte forbrydelser over for hinanden. Årene efter 1807 havde været kendetegnet af en omfattende berigelseskriminalitet, det gjaldt simpelt tyveri, men også, ikke mindst inden for embedsstanden, forbrydelser som bedrageri og underslæb. Det var dog ikke her, man tog fat først. Den første forordning fra 1833 gjaldt legemsfornærmelser, og heri blev også givet almindelige regler om forsøg og medvirken. Men ved den vigtige forordning af 1840 om tyveri og bedrageri blev nye grundsætninger om berigelsesforbrydelserne fastslået. 1840 fulgte yderligere en forordning om falsk vidnesbyrd og i 1841 en forordning om brandstiftelse.

I sine forelæsninger over kriminalretten fremstillede F.C. Bornemann i 1840'erne i overensstemmelse med sine grundsynspunkter i den almindelige retslære med fremhævelsen af personlighedsprincippet – respekten for mennesket som person – som et bærende princip, fremstillede han sin straffeteori således: »Straffen, den lidelse, samfundsherredømmet tilføjer forbryderen til gengæld for hans overtrædelse, er på engang opretholdelsen af lovens herredømme over forbryderen og en opfordring til ham til forbedring; den fordres derfor af retfærdigheden, i hvilken lovenes ubrødelige overholdelse er i uadskillelig enhed med personlighedens håndhævelse og konservation«.

I mange lande er den civile proces og straffeprocessen behandlet i forskellige love. Det gælder feks. Frankrig, hvis *Code de procédure civile* (1806) og *Code d'instruction pénale* (1808) på mange måder kom til at danne forbilledet for reformbestræbelserne i andre lande. For dansk ret blev det især de tyske og østrigske civil- og straffeprocesslove, som kom til at influere på den endelige udformning af retsplejelovens bestemmelser, men det var foruden det engelske jury-system især kendskabet til den nye indretning af processystemet i Frankrig efter revolutionen, som var med til at formulere de maksimer, som blev ledetrådene i reformarbejdet.

Såvel den danske civilproces som den danske straffeprocess byggede på ordningen i Danske Lovs 1. bog: »Om retten og rettens personer«, som ikke med hensyn til retssagers gennemførelse sondrede mellem civilproces og straffeprocess. I begge typer af sager gjaldt et anklageprincip, og det var overladt til sagsøgeren selv at gennemføre sin sag for retten. Det gjaldt også i grovere straffesager, men i mange tilfælde overtog det offentlige eller

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

sagsøgtes herskab – som regel den lokale godsejer – retsforfølgningen, og det kunne de have interesse i også for at få andel i bøderne. Ved en række forordninger 1751, 1796 og 1819 skete en gradvis ændring af straffeprocessen, der endte med at indrømme dommeren en central rolle som den, som havde ansvaret for sagens opklaring. Man taler om en inkvisitorisk proces, hvis oprindelse går tilbage til den kirkelige retspleje i middelalderen, i modsætning til den akkusatoriske proces, hvor dommeren fører en tilbagetrukket rolle i forhold til anklager og forsvarer – aktor og defensor. Inkvisitionsprocessen findes i mange udformninger. Et led i processen, således som den udformedes i Danmark ved forordningen af 1819, var hemmelige forundersøgelsesforhør under dommerens ledelse – den samme dommer, som siden traf afgørelsen – samt muligheden for at anvende varetægtsfængsling som tvangsmiddel for at fremkalde sigtedes tilståelse. Egentlig tortur afskaffedes 1837. Indførelsen af et inkvisitorisk system omkring 1800 var i henseende til mulighederne for sagens opklaring formentlig et fremskridt, og indførelsen af en inkvisitorisk proces på dette sene tidspunkt kan ses i forbindelse med den styrkelse af dommerstandens faglige kvalifikationer, som var sket i løbet af det 18. århundrede, og som yderligere fæstnedes ved forordningen af 28.1.1821, der fastsatte, at dommere skulle have juridisk eksamen.

Set i et europæisk perspektiv tager indførelsen af inkvisitionsprocessen sig anderledes ud. Dansk procesret nåede nu et stade, som andre lande var ved at forlade. I 1808 havde Frankrig indført et moderne straffeprocessystem med fast anklagemyndighed, offentlighed og lægmænds deltagelse i retsplejen. På den baggrund måtte den danske forordning fra 1819 unægtelig virke lidet fremskridtsvenlig. Omstændighederne medførte, at en reform med gennemførelse af de nye principper trak så længe ud, at Danmark mod slutningen af det 19. århundrede formentlig var et af de mest tilbagestående lande i Europa, når det gjaldt indretningen af strafferetsplejen.

De nye tanker om strafferetsplejens indretning var kendt i Danmark. Anders Sandøe Ørsted var som ganske ung en varm tilhænger af lægmænds deltagelse i strafferetsplejen, men senere blev han mere skeptisk og tilsluttede sig Feuerbachs opfattelse, hvorefter der var knyttet store betænkeligheder til indførelse af juryinstitutionen. Bl.a. var det hans opfattelse, at tiden i stater uden fri forfatning ikke var moden til lægmandsdeltagelse i processen. Lægmandsdeltagelse i processen havde en sammenhæng med anerkendelsen af borgernes ret til at deltage i statsstyret. På samme måde stillede Ørsted sig i andre afhandlinger afvisende over for offentligheds- og mundtlighedsprincip-

perne, som på den tid blev fremført af de tyske retslærde Mittermaier og Feuerbach.

Et indlæg for nævningeinstitutionen

Af Hother Hage: *De faste Statsdommere og Edssvorne* (1847), s. 234-236.

Blandt edssvorne rettens goder må man ej glemme dens indflydelse på de juridiske dommere. Vi have alt fremhævet, at man, hvor den findes, kan indskrænke dommernes antal meget betydeligt og således få dygtigere, selvstændigere og mere uafhængige dommere. Selve disses samvirken med de edssvorne giver dem derhos en bedre retning, og udvikler deres dygtighed. Når dommeren ser sig omgivet af borgere, der med ham skulle håndhæve retfærdigheden, når han er forpligtet til at gengive hvad der er fremkommet under sagen, og til i det hele at give den nødvendige vejledning, da må han vistnok passe meget nøje på, han må anspænde alle sine kræfter, for at han kan udføre sit vanskelige hverv på en tilfredsstillende måde. Herved må hans dygtighed og selvstændighed i høj grad udvikles. En stor ligegyldighed eller en grov uvidenhed kan næsten ikke tænkes hos en dommer, der præsiderer i edssvorne ret. Alene dette taler afgørende til gunst for edssvorne retten, thi som Tocqueville siger: »Man kan med større tryghed lade selv uvidende edssvorne, præsiderede af en dygtig dommer, afgøre en sag, end juridiske dommere, hvis majoritet kun ufuldkomment kender lov og ret« (De la democratie en Amérique 8. udg. T. II, C. VIII, s. 171 note).

Endnu betydningsfuldere er edssvorne rettens indflydelse på folkets borgerlige, på dets åndelige og moralske dannelse.

Hermed var lagt låg over en mulig debat om strafferetsplejen, og det var da også først med de liberale rørelser i 1840-erne, at spørgsmålet igen blev bragt på bane. Særlig kraftigt blev ønsket om en reform fremført af den unge jurist Hother Hage (1816-1873), i bogen *De faste Statsdommere og Edssvorne*, der udkom i 1847. Hother Hage, der var stærkt betaget af franskmændens Tocquevilles bog om demokratiet i Amerika, havde nær tilknytning til de nationalliberale kredse omkring Orla Lehmann. Han blev senere medlem af den grundlovgivende rigsforsamling og kom både her og som folketingsmedlem til at virke for en reform af processystemet. I sin bog fra 1847 sammenlignede Hage det danske straffeprocessuelle system med Englands og Frankrigs og opstillede krav om nævningers indførelse som led i gennemførelsen af nye straffeprocessuelle principper. Allerede i 1842 var på den holstenske stænderforsamling i Itzehoe stillet forslag om indførelse af mundtlighed og offentlighed, anklageprincippet og nævninger (edssvorne), og noget lignende skete to år efter i Slesvig, mens de kongerigske stænderforsamlinger ikke

Konstitution og kodifikation – Tiden 1800-1848

nåede længere end til drøftelse af nævningeinstituttets indførelse uden at kunne træffe nogen beslutning herom.

VII
DANMARK OG EUROPA
1848-1945

Kronologi

1848	Februarrevolutionen i Frankrig
1848-50	Treårskrigen i Hertugdømmerne
1849	Danmarks Riges Grundlov (Junigrundloven)
1854	Tyendeloven
1864	Tabet af Slesvig og Holsten
1857	Ligestilling mellem mænd og kvinder i arveretten
1866	Danmarks gennemset Grundlov
1866	Ny straffelov
1871	Det tyske Rige
1872	Det første nordiske juristmøde
1875-94	Ministeriet Estrup
1885-94	Provisorieårene
1896	Den tyske civillovbog (1900)
1901	Systemskiftet
1906	Købeloven
1916	Retsplejereform (1919)
1920	Påskekrisen
1922-25	Ægteskabslov I-II
1926	Tinglysningsloven
1930	Straffeloven (1933)
1933	Hitlers magtovertagelse i Tyskland
1933-45	Det tredje Rige i Tyskland
1940-45	Danmarks besættelse
1945 f.	Retsopgøret efter besættelsen

Grundloven

Året 1848 blev et afgørende år i både europæisk og dansk forfatningshistorie. En række omstændigheder var medvirkende til, at det netop blev i året 1848, at den enevældige styreform afskaffedes. I januar 1848 døde Christian VIII (1839-1848) og efterfulgtes af Frederik VII, om hvis evner til at videreføre monarkiet der herskede tvivl. Ved et reskript af 28. januar 1848 kundgjorde kongen, at der var forfatningsovervejelser i gang. Tre af det gamle styres mænd, heriblandt Ørsted, arbejdede med et forfatningsudkast, men kort efter tog begivenhederne fart. I februar udbrød der revolution i Paris. Men det nationale spørgsmål i forholdet til hertugdømmerne blev afgørende. Fra Slesvig-Holstens side var der ønske om en fælles forfatning for de to hertugdømmer, mens danske liberale ønskede en fælles forfatning for Danmark og Slesvig. Efter et folketog til Christiansborg den 21. marts 1848 opløstes det gamle statsråd, og nogle dage efter dannedes en ny regering med repræsentanter for de liberale, eller som de kaldtes, de nationalliberale. Det blev dette såkaldte »Martsministerium«, som fik til opgave at udarbejde en ny forfatning. Samtidig udbrød der oprør i hertugdømmerne, som nedkæmpedes i treårskrigen 1848-1850.

Som den nye grundlovs fædre er der først og fremmest grund til at pege på de to nationalliberale politikere, teologen D.G. Monrad og juristen Orla Lehmann. Det var Monrad, som udarbejdede et første udkast til den senere grundlov. Monrad var uden enhver træning i forfatningsret, og det blev da også i vidt omfang samtidige fremmede forfatninger, der kom til at tjene som forbillede, især den norske grundlov fra 1814 og den belgiske fra 1831.

Grundloven blev i første omgang drøftet i regeringens forfatningskommission og derefter i statsrådet, hvor Lehmann var med til at give de enkelte grundlovsbestemmelser en prægnant formulering. Regeringens udkast blev forelagt en folkevalgt forsamling, den såkaldte grundlovgivende rigsforsamling, der trådte sammen i perioden oktober 1848 til maj 1849. Forsamlingen, der omfattede et imponerende udsnit af repræsentanter for en lang række forskellige synspunkter, herunder også forfatningsmodstandere, er forevigtet på et stort maleri af Constantin Hansen. I underkomiteer og på plenarmøder drøftedes grundlovsudkastet, indtil der forelå en endelig redaktion, som fik kongens underskrift den 5. juni 1849.

Ved grundloven indførtes en rigsdag bestående af et folketing og et lands-ting. Magtfordelingen gennemførtes således, at den lovgivende magt lå hos kongen og rigsdagen, den udøvende magt hos kongen og den dømmende

Danmark og Europa – 1848-1945

magt hos domstolene. Valgret til rigsdagen var almindelig i den forstand, at alle mænd over tredive år havde valgret til de to forsamlinger – undtaget var således kvinder, men valgretten var også indskrænket derved, at der stillede krav om egen husstand, og nydere af socialhjælp var afskåret fra valgrettens udøvelse. Valgbarhedsbestemmelserne var endnu strengere.

Danmarks Grundlov af 5. juni 1849

§ 1. Regjeringsformen er indskrænket – monarkisk. Kongemagten er arvelig.

§ 2. Den lovgivende magt er hos Kongen og Rigsdagen i forening. Den udøvende magt er hos Kongen. Den dømmende magt er hos domstolene.

...

§ 30. I særdeles påtrængende tilfælde kan Kongen, når Rigsdagen ikke er samlet, udstede foreløbige love, der dog ikke må stride mod Grundloven, og altid bør forelægges den følgende Rigsdag.

...

§ 34. Rigsdagen består af Folketinget og Landstinget.

...

§ 42. Antallet af Landstingets medlemmer skal stedse være omtrent halvdelen af antallet af Folketingets medlemmer.

...

§ 75. Den med visse ejendomme forbundne dømmende myndighed skal ophæves ved lov.

§ 76. Retsplejen bliver at adskille fra forvaltningen efter de regler, der fastsættes ved lov.

§ 79. Offentlighed og mundtlighed skal så snart og så vidt som muligt gennemføres ved hele retsplejen.

...

I misgerningssager og i sager, der rejse sig af politiske lovovertredelser, skulle nævninger indføres.

§ 80. Folkekirkens forfatning ordnes ved lov.

...

§ 88. Alle indskrænkninger i den frie og lige adgang til erhverv som ikke er begrundede i det almene vel, skulle hævnes ved lov.

...

§ 98. Intet len, stamhus eller fideicommisgods kan for fremtiden oprettes; det skal ved lov nærmere ordnes, hvorledes de nu bestående kunne overgå til fri ejendom.

I den nye grundlov opstilledes et katalog af frihedsrettigheder. Det hørte med til en forfatning i det 19. århundrede, men ikke alle medlemmer af den grund-

lovgivende rigsforsamling var overbevist om nødvendigheden af et sådant katalog. Bestemmelsen om, at enhver som anholdes, skal stilles for en dommer inden 24 timer, fandtes i en forordning fra 1796, men reglen blev nu gjort ubetinget. Samtidig indførtes efter mønster fra samtidige forfatninger bestemmelser om boligens ukrænkelighed, om ejendomsrettens ukrænkelighed, om forbud mod censur, garantier for foreningsfrihed og forsamlingsfrihed, og der indførtes religionsfrihed. Forbudet mod censur og retten til at danne foreninger uden forudgående tilladelse var nydannelser i forhold til praksis under enevælden.

Forfatning, grundlov, konstitution

Ordet konstitution har mange betydninger. Det stammer egentlig fra lægevidenskaben og betegner et menneskes tilstand. Overført på statsretten betegner det en stats måde at fungere på, dens forfatning, som den afspejler sig i statsorganerne. Siden slutningen af det 18. århundrede benyttes ordene konstitution eller forfatning især om skrevne forfatninger. De første skrevne forfatninger, hvoraf statsorganerne afledte deres legitimitet, var den amerikanske forfatning 1787 og den franske forfatning fra 1791. I den franske menneskerettigheds erklæring, der vedtoges 1789, hed det udtrykkeligt, at en stat, der ikke havde en forfatning (constitution), som byggede på magtadskillelsesprincippet og respekt for frihedsrettighederne slet ikke havde nogen forfatning.

Konstitutionalisme er udtrykket for tilvejebringelsen af forfatninger eller konstitutioner. I en mere snæver betydning tænkes først og fremmest på sådanne forfatninger, der tilsigter at skabe begrænsninger i magtudøvelsen og sikre mod misbrug. Tanken kan forfølges tilbage til det antikke Roms forfatning, der da også dannede forbillede for den første konstitution i snævrere forstand nemlig USA (sml. Senate, Capitol, klassisk arkitektur). I middelalderen kendes tanken som ideen om monarchia mixta, en blandingsform mellem monarki, aristokrati og demokratiske elementer, og også i 1500- og 1600-årene diskuteredes konstitutionalisme med udgangspunkt i Aristoteles' politik. Det blev dog først og fremmest England, der blev det sted, hvor de konstitutionelle ideer hentede næring i nyere tid. I England fastholdt parlamentet sin magtstilling over for absolutistiske tendenser hos kongemagten (Charles I henrettet 1649, the Glorious Revolution 1689). John Locke beskrev den engelske statsform (Two Treatises on Government, 1690), og her hentede Montesquieu også sine tanker om magtadskillelse, der fik stor betydning for udformningen af USAs forfatning. Senere forfatninger, der fik betydning for bl.a. Danmarks grundlov var den norske Eidsvoll-forfatning 1814 og den belgiske forfatning 1831 efter Belgiens løsrivelse fra Holland. Disse forfatninger, hvor især den belgiske fik modelkarakter, var inspireret af de konstitutionelle tanker fra England og USA og af de franske revolutionsforfatninger.

Danmark og Europa – 1848-1945

Som et eksempel på en moderne forfatning, der har fået en lignende modelkarakter kan peges på den tyske forfatning fra 1949, der har været forbillede for forfatninger i det tidligere kommunistiske Østeuropa. I Tyskland tales om grundlov eller »Grundgesetz« lige som i Danmark. Det er en oversættelse af det gamle udtryk *lex fundamentalis*, der bl.a. anvendtes om den danske Kongelov.

En række af de foranstaltninger, som stod på liberalismens program, blev ikke direkte gennemført ved grundloven, men tilsikret i særlige såkaldte »løfteparagraffer«, som siden skulle gennemføres af lovgiver. På den måde opstod et vigtigt bånd mellem forfatningen og den senere lovgivning. Til disse løfteparagraffer hørte indførelse af næringsfrihed, der gennemførtes ved love i 1857, og ophævelse af len, stamhuse og fideikommissgodser. Kravet om lenenes ophævelse gennemførtes først langt senere ved lensaflysningen i 1919.

En anden løfteparagraf sigtede på en nyordning af retsplejen med offentlighed og mundtlighed som grundprincipper og medvirken af lægmænd i strafferetsplejen. Disse krav gennemførtes ved retsplejeloven 1916. Også indførelsen af kommunalt selvstyre blev stillet i udsigt i en løfteparagraf.

Grundloven af 1849 gav domstolene et nyt forfatningsmæssigt grundlag. Den dømmende magt blev udtrykkeligt nævnt på lige fod med den lovgivende og den udøvende magt i en af grundlovens indledningsbestemmelser, dommernes uafhængighed blev fastslået, domstolenes ret til at efterprøve forvaltningens afgørelser, »øvrighedsmyndighedens grænser« blev nu indført. Samtidig bortfaldt de sidste 40 private birker i landet.

I årene efter 1849 førte forholdet til hertugdømmerne til nærmest uløselige statsretlige konflikter. Et forsøg på en løsning af problemerne var den såkaldte fællesforfatning af 2. oktober 1855, som fremkom efter flere regeringskift og langvarige overvejelser. Der indførtes herved et rigsråd med 80 medlemmer, der havde karakter af en fællesrepræsentation for monarkiets tre dele, Danmark, Slesvig og Holsten. Forinden havde rigsdagen vedtaget en indskrænkning af junigrundloven til indre danske anliggender. Ordningen blev kun af kort varighed. Den såkaldte Ejderpolitik gik ud på at fastholde et dansk monarki til Ejderen, altså omfattende Slesvig, men uden Holsten. I november 1863 gennemførte rigsdagen en fællesforfatning, som alene omfattede Danmark og Slesvig. Det var et brud på aftaler fra 1851-52, hvor Danmark havde forpligtet sig til ikke at knytte Slesvig nærmere til kongeriget

end til Holsten. Resultatet blev en krig med Preussen og Østrig, som medførte tabet af begge hertugdømmer.

Ministerialsystemet

Gennem hele enevælden fungerede det kollegialsystem, som blev fastlagt i årene omkring enevældens indførelse, men antallet af kollegier vekslede. På flere tidspunkter skete reformer, således omkring 1800 en vigtig kancellireform. I den enevældige forvaltning kendtes ingen tredeling af magten. I princippet var al magt samlet hos kongen, som ifølge kongelovens artikel IV udnævnte alle embedsmænd. Sondringen mellem den dømmende og den udøvende myndighed er omtalt. Domstolene kunne imidlertid ikke før Grundloven efterprøve forvaltningens afgørelser, der var ingen legalitetskontrol, og forvaltningens magt var i princippet ubegrænset. En del af den udøvende magt blev ikke forvaltet centralt eller af statslige organer, men blev udøvet af bl.a. godsejere, som såkaldt patrimonialforvaltning. I slutningen af det 18. århundrede var tendensen imidlertid klart den at styrke statsmagten på lokale myndigheders bekostning. Centraliseringen af forvaltningen var et af den sene enevældes mål.

Grundlæggende ændringer af det danske forvaltningssystem skete i 1848 samtidig med forhandlingerne om indførelse af et nyt forfatningsgrundlag. Målet var her at få en ny og tidssvarende forvaltning efter de samme modeller, som nu anvendtes ude i Europa.

I 1848 indførtes ministerialsystemet i Danmark. Det er et administrativt system, hvor den, som står i spidsen for hver af statens forvaltningsgrene er en enkeltmand (minister), som er ansvarlig for denne gren af administrationen i sin helhed, og i hvis navn alle beslutninger træffes. Indførelsen af dette ministerialsystem skete i Danmark som i de fleste europæiske lande samtidig med gennemførelsen af et nyt forfatningssystem. Undertiden ses ministerialsystemet som en naturlig konsekvens af ministeransvarligheden over for parlamentet, som var en af grundpillerne i magtfordelingslæren. Overgangen til ministerialsystemet hang sammen med dette systems i princippet større effektivitet, idet én mand træffer de beslutninger, som efter kollegialsystemet træffes i et samråd af flere.

Systemet udsprang af Napoléons reformer af den franske forvaltning, mens han var førstekonsul. Der oprettedes i Frankrig for at fremme centraliseringen syv ministerier, som hvert lededes af en minister, som til sin rådighed havde et bureaukratisk organiseret embedsmandskorps. Lokalt inddeltes Frankrig i departementer, hvis leder var en præfekt, som blev udnævnt af centraladministrationen. Det franske system kom til at danne grundlag for forvaltningsreformer i de fleste europæiske lande, således i Bayern 1806, i Preussen 1808, hvor Montgelas og von Stein stod for indgribende forvaltningsreformer med henblik på en modernisering af staten, i Norge 1814 samtidig med den nye forfatning og i Danmark 1848, mens administrationen i Sverige organiseredes efter et system,

som lagde det administrative tyngdepunkt i såkaldte »embetsvårk«, som ledes af en embedsmand. Svenske ministre leder derfor ikke på samme måde som danske en forvaltningsgren.

Overgangen til ministerialsystemet i Danmark forberedtes ved en kongelig resolution af 24. marts 1848, som samtidig med, at der udnævntes nye ministre, bestemte, hvilke af de hidtidige kollegier, som skulle være dem underlagt, indtil der kunne oprettes egentlige ministerier. Det skete i november 1848, og der oprettedes syv ministerier: Udenrigsministeriet, indenrigsministeriet, hvori dele af Danske Kancelli, Rentekammeret og Generaltoldkammeret indgik, finansministeriet, justitsministeriet, kultusministeriet (kirke- og undervisningsministeriet), krigsministeriet og marineministeriet.

Det var især generalprokurør Algreen-Ussing, som kom til at stå for tilrettelæggelsen af dette nye system. I 1852 oprettedes yderligere ministerier for Slesvig og Holsten. Disse ministerier bortfaldt efter krigen 1864, men i 1874 oprettedes et selvstændigt ministerium for Island. I 1894-96 og på ny 1900 udskiltes af indenrigsministeriet et ministerium for offentlige arbejder, og i 1896 et landbrugsministerium. I 1908 oprettedes ministeriet for handel og søfart (nu industriministeriet). Senere udskiltes kirkeministeriet som et selvstændigt ministerium, og der er i øvrigt gennemført en lang række ændringer i ministerialsystemet og i forretningernes fordeling på ministerierne.

Samtidig med oprettelsen af ministerialsystemet gennemførtes også magtfordelingen og domstolenes prøvelse af forvaltningens afgørelser. Tendensen gik i retning af det, vi plejer at kalde for retsstaten.

Efterhånden voksede kommunalforvaltningen og også det offentliges regulering af store dele af det økonomiske liv. Industrialiseringen og dens ledsagefænomener i form af jernbaner, post, telegraf, elektricitet, efterhånden også biler og planlægning i forbindelse med byernes vækst medførte således en øget offentlig retsregulering.

Den 28. juli 1866 underskrev kongen Danmarks gennemsete grundlov. Forfatningsproblemerne i helstaten havde fundet en klar, men brutal løsning. Den nye grundlov gav anledning til store politiske vanskeligheder. Det skyldtes valgreglerne til Landstinget. De var højst komplicerede, men samtidig udformet på en sådan måde, at de begunstigede de højst beskattede vælgere i byen og på landet. Det betød i praksis, at en lille gruppe velhavende borgere og først og fremmest godsbesiddere på landet, skønt de kun repræsenterede en forsvindende del af landets befolkning, fik afgørende indflydelse i Landstinget. Resultatet var, at partiet Højre kunne fastholde et flertal i Landstinget, mens bønderne i partiet Venstre opnåede flertal i Folketinget allerede fra 1872. Dette førte til et modsætningsforhold, som forfatningen ikke anviste en

vej til løsningen af. Venstre hævdede på sin side Folketingets supremati ved at henvise til en bestemmelse i grundlovens §§ 48 og 49, som tillagde Folketinget en fortrinsstilling ved behandlingen af finansloven, mens Højre henviste til kongens ret ifølge § 13 til at udnævne og afskedige sine ministre. Spændingen mellem de to ting udløste den hårdeste forfatningskamp i landets historie. Venstre benyttede mod Højre, der sad med regeringsmagten, det middel at nægte finanslovsvedtagelsen, og Højre svarede igen ved at vedtage finansloven som foreløbig eller provisorisk lov i medfør af en bestemmelse i grundloven, som tillader udstedelsen af foreløbige love, når rigsdagen ikke er samlet. En særlig kraftig kollisionskurs førtes i årene 1885-1893, hvor regeringen gennemførte årlige finanslovsprovisorier.

De provisoriske straffelove

Foreløbig lov ang. tillæg til den almindelige borgerlige straffelov. Nr. 224. af 2. november 1885.

Vi Christian den Niende: Da det under de forhåndenværende omstændigheder må anses for påtrængende nødvendigt at udfylde den almindelige borgerlige straffelov med sådanne bestemmelser, som i andre landes straffelove er fundne fornødne til beskyttelsen af den offentlige ro og orden, så ville vi i medfør af Grundlovens § 25, have befalet som følger:

...

§ 3. Den, som i tale eller skrift, henvendt til publikum i almindelighed eller til forsamlinger, eller iøvrigt på en den offentlige ro og orden faretruende måde opbidser befolkningen eller dele af den til had og forbitrelse eller til voldsgerninger imod andre, straffes med fængsel.

§ 4. Den, som offentlig fremsætter eller udbreder opdigtede eller forvanskede kendsgerninger for derved at gøre statens indretninger eller regeringens foranstaltninger forhadte eller foragtelige, straffes med fængsel.

To juridiske professorer lagde navn til denne politik, nemlig J. Nellesmann, som i årene 1875-1894 var regeringen Estrups justitsminister, og Henning Matzen, som i afhandlinger havde forsvaret den førte politik som juridisk forsvarlig, bl.a. i *Grundloven og Folkets Selvstyrelse*, 1873, hvor han for første gang gjorde sig til talsmand for den opfattelse, at kongens myndighed til at udstede foreløbige love var lige så udstrakt som den almindelige lovgivningsmyndighed og altså også omfattede finanslovene. Dette værk blev en støtte i Højres kamp mod Venstres krav om parlamentarisme.

Det har været diskuteret om Matzen ved udarbejdelsen af denne afhandling har været inspireret af den tyske litteratur i anledning af forfatningskampen i Preussen. Det var i denne forbindelse, at den tyske statsretslærde Laband udviklede sin særlige budgetretsteori på grundlag af en sondring mellem love i formel og materiel forstand. Der er da også visse lighedspunkter mellem Labands og Matzens synspunkter, men samtidig så afgørende forskelle i argumentationen, at Matzens fremstilling ikke uden videre kan sættes i et afhængighedsforhold til den samtidige tyske statsretsteori. På den anden side er det vist ikke urimeligt at antage, at det var kendskabet til de tyske diskussioner, der har givet Matzen anledning til at spekulere over spørgsmålet om finanslovens gennemførelse, når lovgivningsmagten ikke kunne nå til enighed. Matzens skrift om grundlovsfortolkningen fremkom allerede i 1873, altså inden spørgsmålet om finanslovens gennemførelse uden folketingets sanktion var blevet sat på spidsen i dansk forfatningspraksis.

De to professorer lagde hermed navn til en politik, som ikke kunne begrundes alene med juridiske argumenter. Der var tale om en politisk styrkeprøve, og begge parter søgte at underbygge deres standpunkt med juridiske argumenter. Ingen af parterne havde juridisk ret. Spørgsmålet om de provisoriske loves overensstemmelse med grundloven kom Højesteret til at tage stilling til i en række straffesager, hvor der forelå spørgsmål om overtrædelse af en sådan lov. Højesteret opretholdt – omend i flere tilfælde under kraftig uenighed – i disse sager lovene. En politisk løsning blev fundet, da kongen i 1901 udnævnte et venstreministerium under ledelse af den juridiske professor I.H. Deuntzer. Der skulle herefter forløbe mere end firs år, førend Højre, eller, som partiet kaldte sig fra 1915, de konservative, igen besatte statsministerposten.

Med det såkaldte *systemsifte* i 1901 måtte tillige opstå et krav om ændring af grundloven, således at en lignende situation som den, der i de sidste årtier af det 19. århundrede til dels havde lammet rigsdagen, ikke igen kunne opstå. Forfatningssagen blev taget op af Venstre, men det blev en regering af det i 1905 af Venstre udskilte radikale parti, som i 1915 gennemførte en ny grundlov, der demokratiserede Landstinget ved at gøre valgretten til Folke- og Landsting ens. Dog bevaredes visse konservative garantier, som betød, at Landstingets flertal kunne være et andet end Folketingets, som i det meste af perioden beherskedes af de radikale og Socialdemokratiet. Der var nu fire såkaldt gamle partier, Socialdemokratiet, der blev det største, Det konservative folkeparti, Venstre og det mindste af partierne, Det radikale Venstre.

Danmark og Europa – 1848-1945

Politisk blev mænd og kvinder nu ligestillede, idet kvinder fik valgret til Rigsdagen.

I 1920 gennemførtes mindre ændringer i forfatningen i forbindelse med genforeningen med Sønderjylland. Umiddelbart forinden havde den såkaldte *Påskekrise* stillet det parlamentariske system på prøve.

Siden 1920 har kongen ikke udpeget en regering uden om rigsdagen.

Socialdemokratiet fik i 1924 regeringsmagten, og fra 1936 havde folketing og landsting samme flertal. Et forsøg på grundlovsændring i 1939 kunne ikke gennemføres på grund af manglende stemmedeltagelse fra vælgerne. Det var først, da grundlovssagen efter besættelsen kædedes sammen med ændringer i tronfølgen, således at kvinder kunne arve tronen, at det lykkedes at få grundloven ændret. Ved grundloven af 1953 afskaffedes Landstinget, og valgrætsalderen nedsattes samtidig til 23 år. Med grundloven af 1953 grundlovsfæstedes det parlamentariske system, som var gennemført 1901. Der blev givet regler om folkeafstemning og indført en ombudsmandsinstitution.

Det nordiske lovsamarbejde

Den sene enevælde havde været tilbageholdende med lovgivningsinitiativer inden for privatretten, men til dels efter forslag fra stænderforsamlingerne gennemførtes dog i enevældens sidste år vigtige reformer af bl.a. arveretten og tinglysningssystemet.

Om gifte kvinders umyndigbed

Af Betænkning over lovudkast angående at ugifte fruentimmere med det fyldte 25 år er myndige. Af Rigsdagstidende 1857, tillæg B, Sp. 19-21

(formand og ordfører: *Orla Lehmann*)

... Om manden end har større evne og rigere midler til at *erhverve*, så har kvinden fuldkommen så stor gave til at *bevare*. – Og herpå kommer det dog først og fremmest an, når der er spørgsmål om ved særlige indskrænkninger at hindre hende i at forøde sin formue. Enhver, der er fortrolig med folkets indre liv, vil vide hvilken væsentlig andel i familiernes økonomiske velvære konens flid og sparsommelighed har ... Det vidnesbyrd om kvindens bekvemhed til selv at styre sine egne anliggender, som ligger i enkens nuværende retsstilling hos os, bliver dobbeltvægtigt, når det erindres, at denne i sin nuværende udstrækning ikke har

nogen klar hjemmel i lovgivningen, men at det er en praksis, som alt har over et århundredes hævd, som har udslettet den indskrænkning i enkens ret, som loven søgte i lavværgeninstituttet. Det er således i egentligste forstand folket selv der har tildelt enken den grad af fuldmyndighed, hun nyder i Danmark, og, ligesom dette måske er det stærkeste bevis på, hvorledes folkets autonomi har vedligeholdt sig selv under en meget udviklet lovgivningsvirksomhed, således er en sådan sejr af praksis kun mulig under forudsætning af en dybt begrundet erkendelse og af en meget almindelig, ved langvarige erfaringer stadfæstet, enstemmighed. Dette folkevidnesbyrd er således uigendriveligt.

Efter junigrundloven spores en stadig stigende lovgivningsaktivitet, ikke mindst i forbindelse med gennemførelsen af nye liberalistiske principper i lovgivningen. En vigtig tendens i slutningen af det 19. århundrede var således en bevægelse hen imod en forbedring af kvindens retsstilling. I 1857 fik ugifte kvinder myndighed, men først i 1899 fik gifte kvinder samme retlige stilling ved det 25. år. Endnu beholdt manden rådigheden over det fælles bo, og det var først ved gennemførelsen af loven om ægteskabets retsvirkninger i 1925, at mænd og kvinder fik samme formueretlige stilling. Et skridt på vejen imod en forbedring af gifte kvinders retsstilling var en lov fra 1880, som gav kvinder fri rådighed over deres selverhverv. Grundprincipperne, som vi finder i loven om ægteskabets retsvirkninger, om fælles eje, men med særråden og særhæften, byggede således på ældre lovgivning.

Inden for ægteskabsretten betød religionsfriheden, at der nu blev mulighed for at indføre et borgerligt ægteskab – civilægteskab. Det skete i 1851, men var oprindeligt kun en nødordning for personer, som ikke hørte til folkekirken. Først i 1922 indførtes almindelig valgfrihed mellem borgerligt ægteskab og kirkelig vielse.

En forordning, som byggede på et udkast af Ørsted fra 1845 havde skabt et nyt grundlag for det danske realkreditsystem. Forordningen, der var inspireret af en bayrisk hypoteklov fra 1822, supplerede Danske Lovs regler om tinglæsning. I 1926 gennemførtes et nyt tinglysningssystem i Tinglysningssloven, som i vidt omfang byggede på et udkast af Frederik Vinding Kruse. I denne lov fandtes også almindelige regler om pant og forholdet mellem flere panthavere, hvorved en række tvivlsomme retsspørgsmål blev løst.

Privatret og offentlig ret

I begyndelsen af det 19. århundrede blev et nyt system almindeligt i tysk og dansk retsvidenskab, når det gjaldt fremstillingen af privatretten. Det var et system, som efter to tyske jurister, som udformede det, kaldtes det Hugo-Heise-ske system. Det er på grundlag af dette system, at privatretten i almindelighed inddeles i person-, familie- og arveret samt tingsret og obligationsret.

Begrebet privatret benyttes som modsætning til den offentlige ret. I romerretten sondredes mellem privatretten, som den del af retssystemet, der vedrørte enkeltpersoner, mens den offentlige ret vedrørte den romerske stat: »Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem« (D.1,1,2). Omkring 1800 sker en indsnævring af privatretsbegrebet fra oprindeligt at have omfattet også kriminalretten og processen til kun at omfatte de discipliner, som vi i dag forbinder med privatretten. Viljesprincippet, der lagde vægt på den enkeltes vilje som grundlag for en forpligtelse, kom til at spille en vigtig rolle i sammenhæng med Kants tanker om privatsfæren og betydningen af den enkeltes autonomi.

Retsordenen i de nordiske lande er kendetegnet ved, at lovgivningen på en række vigtige områder er kommet i stand gennem samarbejde mellem de forskellige nordiske lande med henblik på at udarbejde ensartede love. Dette lovsamarbejde, som endnu i dag bliver fortsat, indledtes i slutningen af det 19. århundrede. Oprindeligt tog kun Danmark, Norge og Sverige del i lovsamarbejdet, men efter at Finland i 1918 havde opnået selvstændighed, kom også dette land med i samarbejdet, mens Island først kom til efter 2. verdenskrig.

Det første nordiske juristmøde 1872

Et første eksempel på gensidige tilnærmelser af lovgivningen i de nordiske lande er de love, som udstedtes i Danmark og Sverige i 1861 om gensidig fuldbyrdelse af domme i civile sager. Derudover blev det nordiske lovgivningssamarbejde fremmet af de nordiske juristmøder, som første gang blev sammenkaldt i København i 1872, og som med enkelte afbrydelser har fundet sted hvert tredje år. Forbilledet for de nordiske juristmøder var de tyske juristmøder og det engelske »Society for the Promotion of Social Sciences«. Baggrunden herfor var den skandinaviske bevægelse, som opstod omkring midten af det 19. århundrede, og som havde en tilnærmelse mellem de nordiske lande som sit programpunkt. Fra denne bevægelse kom initiativet til afholdelsen af det første nordiske naturforsker-møde i 1839, til en række nordiske studentermøder i 1840- og 50'erne og til grundlæggelsen af skandinaviske foreninger og selskaber i de enkelte nordiske

lande. Politisk bestræbte den skandinaviske bevægelse sig på en politisk og dynastisk union mellem de tre nordiske riger. Krigen i 1864, som Danmark kom til at udkæmpe alene mod Preussen og Østrig, viste imidlertid, at de øvrige nordiske lande ikke var indstillet på et forsvarsforbund. Dermed led den politiske skandinavisme et tilintetgørende nederlag, men selv efter dette levede skandinavismen videre og vendte sig mod andre vigtige programpunkter af upolitisk karakter. Hertil hører, foruden stærke forbindelser på det handelsmæssige og kulturelle område, ønsket om en tilnærmelse af lovgivningen mellem de nordiske lande, og heraf udsprang også ønsket om et nordisk juristmøde. Det er derfor næppe et tilfælde, at flere ledende deltagere i studentermøderne er blandt initiativtagerne til det første juristmøde. Selv om der ikke i forbindelse med afholdelsen af juristmøderne blev henvist til studentermøderne, kan man betragte dem som en forløber for disse møder.

I indbydelsen til det første juristmøde blev fremhævet, at der i den sidste tid var sket tilnærmelser i handelsmæssig og industriel henseende, som medførte et behov for kendskab til retsordenen i de enkelte nordiske lande. Særlig blev det fremhævet, at væsentlige overensstemmelser i retsopfattelsen og den fælles oprindelse af retsinstitutterne gjorde det ønskeligt, at en række påtrængende reformer blev gennemført ved ensartet lovgivning i de enkelte lande. Som områder, der trængte til behandling, fremhævedes især civil- og straffeprocessen samt handelsretten. I denne sammenhæng blev det betonet, at den regelmæssige afholdelse af juristmøder ville være et egnet middel til undersøgelse og drøftelse af retsspørgsmål, som egnede sig til en fælles løsning.

Det er karakteristisk for de nordiske lande, at der ikke, som i mange fremmede retsordener, findes en særlig handelslovbog. Således suppleredes den franske *Code Civil* af en særlig *Code de Commerce* (1808) med regler for handelsretten. De emnekredse, som medtoges i den særlige handelslovbog, var først og fremmest søretten, veksler og selskabsretten.

En handelslovskommission blev nedsat i Danmark i 1870'erne, men nåede ikke resultater. Derimod nåedes vidt i retning af en kodificering af handelsretten gennem lovsamarbejdet. Allerede ved det første juristmøde blev fra dansk side ønsket om gennemførelsen af en fælles veksellov bragt til debat, men det var først, efter at der på den svenske rigsdag var blevet rejst spørgsmål om udarbejdelsen af en handelslovbog for Sverige i samarbejde med de andre nordiske lande, at der kom et samarbejde i gang, som dog i første omgang blev indskrænket til vekslerretten. Der blev i 1877 nedsat kommissioner i de tre nordiske lande med den opgave på grundlag af den tyske veksellov at tilvejebringe så vidt muligt overensstemmende veksellove

Danmark og Europa – 1848-1945

i de enkelte lande. Den første egentlig fællesnordiske lovgivning var derfor veksellovene fra 1880, som blev udstedt såvel i Danmark som i Norge og Sverige på grundlag af et fælles kommissionsudkast.

Samarbejdet blev på svensk initiativ fortsat i de følgende år. I 1881 blev nedsat en kommission med henblik på udarbejdelse af fælles bestemmelser om handelsregistre, firma og prokura samt varemærker. Resultatet var love om varemærker, som blev gennemført i Norge og Sverige i 1884 og i Danmark i 1890, men i modsætning til vekselloven var de tre varemærkelove forskellige. Forskellene var dog begrænset til bestemmelser, der som følge af processuelle, administrative eller andre særegenheder i de enkelte lande måtte ordnes på forskellig måde. I det væsentlige ensartede love om handelsregistre, firma og prokura blev derefter udstedt i Sverige i 1887, i Danmark i 1889 og i Norge i 1890.

I året 1882 blev der fra dansk side peget på søretten som et område inden for handelsretten, hvor det ville være ønskeligt at tilvejebringe en tilnærmelse mellem de nordiske lande. I årene 1882 og 1883 blev nedsat kommissioner i de enkelte lande, og også på juristmøderne drøftedes i disse år søretlige emner. Der blev derefter forelagt i det væsentlige ensartede udkast til sølove i 1887, og efter yderligere drøftelser blev en ensartet sølovgivning gennemført i Sverige i 1891, i Danmark i 1892 og i Norge i 1893.

Bortset fra love om erhvervelse og tab af statsborgerrettigheder, som var blevet udstedt i Danmark og Sverige i 1898 og 1894, indskrænkede det nordiske lovsamarbejde sig i de følgende år i det væsentligste til temaer, som havde at gøre med handelsretten. I året 1890 blev spørgsmålet om indførelsen af kortere forældelsesfrister rejst på det nordiske juristmøde. Efter dansk og norsk ret var forældelsesfristen 20 år. Et samarbejde med henblik på en ensartet forældelseslovgivning kom i stand i Danmark og Norge, mens Sverige, som havde fået en ny forældelseslov i 1862, erklærede, at der ikke var interesse for et samarbejde på dette område. Det viste sig imidlertid, at det også mellem Danmark og Norge var vanskeligt at nå frem til et ensartet udkast. Et lovforslag, der i det væsentlige stemte overens med et udkast fra den norske kommission, blev gennemført i Norge i 1896, mens det først i 1908 i ændret form blev gennemført som dansk lov. Et samarbejde, der ligeledes indskrænkede sig til Danmark og Norge, førte i 1893 i Norge og i 1902 i Danmark til love om ophavsret.

Checkretten var det næste emne for fællesnordisk lovgivning. Det var her Norge, der tog initiativet, og emnet blev drøftet på juristmødet i 1896. Grundlaget for kommissionsarbejderne var et dansk forslag. I modsætning til vek-

Danmark og Europa – 1848-1945

selloven lykkedes det ikke at nå frem til fuldstændig enslydende bestemmelser i lovene, der gennemførtes i 1897 for Danmark og Norge og i 1898 for Sverige. Få år efter, i år 1900, nåede man frem til et fælles udkast med motiver til en lov om forsikringsvirksomhed, der med enkelte afvigelser blev gennemført som lov i Sverige i 1903 og i 1904 i Danmark, mens Norge indarbejdede sit forslag i en større lov om forsikringsselskaber i 1911.

Om selskabsretlige forhold savnedes i Danmark en lovregulering. Interessensskaber kendtes i Danmark siden det 17. århundrede, hvor en række store handelskompagnier var organiseret på selskabsbasis. I slutningen af det 19. århundrede skabte industrialiseringen og et dynamisk handelsliv baggrund for oprettelse af en lang række nye selskaber. Om aktieselskaber fandtes imidlertid ingen lovregler før 1889, da der blev foreskrevet en pligt til at anmelde sådanne selskaber, hvor der var en begrænsning i den enkelte deltagers hæftelse. Men i retspraksis havde man allerede i begyndelsen af det 19. århundrede anerkendt, at selskaber kunne stiftes på aktieselskabsbasis uden særlig tilladelse. Det var fastslået, at der ikke krævedes en særlig tilladelse til at oprette selskaber med et begrænset ansvar. Det såkaldte *koncessionssystem* var ikke gennemført i Danmark. Uden lovregler var der en betydelig frihed med hensyn til den måde, hvorpå aktieselskaber kunne organiseres. Antallet af sådanne selskaber steg da også betydeligt i løbet af det 19. århundrede, og først i 1917 gennemførtes en aktieselskabslov, der gav nærmere regler om aktieselskabernes organisation. Emnet havde da været drøftet allerede i 1875 på de nordiske juristmøder.

Af stor betydning for en fælles nordisk retskultur var grundlæggelsen af Tidsskrift for Retsvidenskab 1888, der redigeredes af den fremtrædende norske jurist Francis Hagerup.

En nordisk lovbog?

Tanken om en fællesnordisk lovbog, som Julius Lassen havde lanceret i 1899, blev taget op på det nordiske juristmøde i 1922, hvor især den norske professor Frederik Stang gik imod et sådant forslag, og man kom ikke videre. I 1948 udsendte Frederik Vinding Kruse på privat basis en fællesnordisk lovbog, men der var nu ikke længere interesse for at drøfte dette spørgsmål.

Af Julius Lassen: Privatrettens kodifikation. Tale ved Københavns Universitets reformationsfest (1899).

Jeg mener altså, at en ny »Danske Lov« hører til de opgaver, som det 20. århundrede i sin begyndelse bør søge at løse. Trangen er tilstede; allerede i Chr.

VI's og Fr. V's tider var man jo betænkt på en revision af landsloven. Og jo længere tiden går, desmere påkræves den nye lovbog af hensyn til retsudviklingens sundhed. Jeg tvivler ikke om, at man jo vil kunne magte opgaven. Et vældigt materiale, der også vil kunne benyttes af os, foreligger i forarbejderne til den nye tyske borgerlige lovbog af 18. juni 1896, som med sine 2385 paragraffer træder i kraft den 1. januar 1900. Også selve denne lov – der bl.a. er mærkelig derved, at den for store territoriers (ca. 17 millioner mennesker) vedkommende afløser Justinians Corpus juris som gældende lovbog – vil kunne lære os adskilligt ved vort kodifikationsarbejde, om den end vil skræmme os ved sin form og i mange måder forekommer os doktrinær.

Jeg ser nok, at opgaven egentlig bør stilles højere, og at en nordisk lovbog burde være målet. En for alle skandinaviske riger fælles, ved forenede danske, norske og svenske kræfter skabt lovbog ville sikrere og kraftigere give de ejendommelige nordiske retstanker udtryk. En nordisk lovbog ville stå med en autoritet, som den danske, norske og svenske hver for sig ville savne, og ville i forbindelse med en dertil knyttet, fælles skandinavisk retsvidenskab magte den skandinaviske rets mission i den almindelige borgerlige rets udvikling som mægleren mellem den romanistisk-tyske ret og den engelsk-amerikanske ret. Skulle denne vej vise sig farbar, bør den følges.

Netop omkring 1900 indtrådte en vending i lovsamarbejdet, efter at professor Julius Lassen i en universitetsfesttale i 1899 havde fremhævet nødvendigheden af en mere systematisk lovbog inden for den danske formueret. Han var herved inspireret af den tyske borgerlige lovbog (BGB) fra 1896, og han omtalte usikkerheden i den danske ret, som indenfor obligationsretten i det væsentlige byggede på almene retsgrundsætninger og i høj grad savnede faste regler. Lassen fremhævede fordelene ved en sammenfattende kodifikation og pegede på, at egentlig var det en nordisk lovbog, som burde være målet.

Denne tanke blev grebet på den svenske rigsdag, hvor et medlem foreslog, at der blev indledt et mere omfattende samarbejde inden for obligationsretten.

Civilretskommissionen

Der blev rettet henvendelse fra Sverige til Danmark, og i 1901 blev den såkaldte civilretskommission nedsat i Danmark og Sverige. I første omgang ville Norge ikke være med, men året efter tiltrådte man dog kommissionen. Fra dansk side var professor Julius Lassen medlemmerne af kommissionen. Fra svensk side kom blandt andre docent Tore Almén til at spille en stor rolle for udarbejdelsen af købeloven, og den norske professor Frederik Stang var også en drivende kraft

i arbejdet. De danske og svenske delegerede udarbejdede allerede i 1901 et program for den kommende lovgivervirksomhed. De henviste herved især til følgende fem emnegrupper, som syntes egnet til lovgivning: Aftaleretten, køb, kommission, spedition og værdipapirer.

Kommissionen besluttede at indlede arbejdet med at udarbejde en købelov. Der forelå her en ældre svensk lov fra 1894, som Julius Lassen betragtede som et godt grundlag for en fælles nordisk ret. Der afholdtes en række fællesmøder mellem kommissionens medlemmer. Købelovsforslaget blev vedtaget i Sverige i 1905, i Danmark 1906 og i Norge i 1907.

Efter gennemførelsen af købelovene var det kommissionens plan at lade arbejdet hvile, førend man fortsatte gennemførelsen af det i 1901 fastlagte program. I 1909 blev det på den svenske rigsdag og foreslået, at arbejdet udvidedes til også at omfatte familieretten. I 1909 indkaldtes til en forberedende konference af delegerede fra alle de tre nordiske lande, som dels skulle drøfte en fortsættelse af det obligationsretlige samarbejde, dels spørgsmålet om der var mulighed for at udvide det til dele af familieretten. Fra dansk side var professor Julius Lassen og professor Viggo Bentzon de drivende kræfter i dette arbejde.

Familieretskommissionen

Med hensyn til familieretten stod det klart, at gennemførelsen af en fælles lovgivning på grund af de enkelte landes særegne retsorden ville støde på større vanskeligheder end obligationsretten. Men også for familieretten var der områder, mente man, hvor en fælles lovgivning ville være hensigtsmæssig og gennemførlig. Hertil regnede man særlig forudsætningerne for indgåelse af ægteskab, formueforholdet mellem ægtefællerne, myndighedslovgivningen, opløsning af ægteskab ved separation eller skilsmisse såvel som de internationale privatretlige regler herom.

En vigtig nydannelse i dansk ret var myndighedsloven i 1922, som ophævede Danske Lovs 3-17 om umyndige og formyndere. Denne lov var et led i det nordiske lovsamarbejde. Med denne lov ændredes myndighedsreglerne, således at myndighedsalderen sættes til 21 år. Efter Danske Lov, som herved byggede på en forordning fra 1619, var myndighedsalderen 25 år i henseende til formueretlig råden og 18 år for råden over personlige forhold.

Store dele af ægteskabsretten byggede indtil ægteskabsloven fra 1922 på administrativ praksis. Det gjaldt således væsentlige dele af reglerne om opløsning af ægteskab udenfor de i Danske Lov nævnte tilfælde. I Danske Lov fandtes således ingen regler om separation, og kun de klassiske skilsmissegrunde, som

Danmark og Europa – 1848-1945

tog udgangspunkt i det såkaldte skyldprincip, var anerkendt i Danske Lov. Den administrative praksis, som var indledt i slutningen af det 18. århundrede, og som gik ud på også at tillade separation og skilsmisse i tilfælde, hvor forholdet i øvrigt måtte anses for ødelagt mellem parterne, blev fastslået i ægteskabsloven fra 1922, som medtog yderligere skilsmissegrunde og separation.

Formueforholdet mellem ægtefællerne blev reguleret i en lov fra 1899, som igen afløstes af en fællesnordisk lov fra 1925. Med hensyn til Danske Lovs 5-2-19, som hidtil havde været en hovedbestemmelse med hensyn til ægtefællernes formueforhold, havde der været tvivl, om ligedelingsreglen gjaldt ikke blot i tilfælde af dødsfald, men også når ægteskabet opløstes ved skilsmisse og separation.

I forholdet mellem forældre og børn var det uden udtrykkelig lovhjemmel igennem hele det 19. århundrede den almindelige opfattelse, at uanset at ægtefæller havde fælles forældremyndighed, var mandens opfattelse udslagsgivende i tilfælde af uenighed. På dette punkt betød myndighedsloven af 1922, som ligestillede parterne, en ændring.

Et nyt retsinstitut var adoption, som var udviklet i administrativ praksis siden begyndelsen af det 19. århundrede ved bevilling. Reglerne var i et vist omfang influeret af den franske Code Civil. Lovregler om adoption fik man først i 1923, og grundregelen blev den, at adoptivbørn fik samme retsstilling som ægtebørn.

Børn

For børn født uden for ægteskab havde der siden slutningen af det 18. århundrede eksisteret en underholdspligt for faderen. Det var fastslået i en forordning 1763. Forordningen byggede på et udkast af Henrik Stampe, som udtrykkelig fremhævede den almindelige pligt efter naturretten for begge forældre til at deltage i barnets underhold. Uanset underholdspligten havde faderen stadig mulighed for at nægte et barn født uden for ægteskab sit navn, og overhovedet var der endnu i det 19. århundrede knyttet vanære til uægtebarnsstatus. Herpå blev der bedret ved en lov i 1908, men først en lov fra 1937 gav barnet ret til at kende faderen og til at bruge hans navn og tillagde børn født uden for ægteskab arveret efter deres far. Børneloven fra 1960 omhandler børn født i og uden for ægteskab i samme lov.

På det obligationsretlige område gik man videre med udarbejdelsen af love om kontrakter og om kommission. Fremgangsmåden var den, at der i hvert land nedsattes kommissioner, som skiftevis påtog sig at udarbejde et skriftligt

Danmark og Europa – 1848-1945

forhandlingsgrundlag. I tilknytning hertil afholdtes en række fællesmøder, og derefter udarbejdedes et lovforslag, som blev viderebehandlet i hvert enkelt land og i givet fald gennemført som nationale love. I 1912 forelå således fællesudkast til love om kommission, handelsagenter og handelsrejsende, og i 1914 forelå udkastet til aftaleloven og til en lov om køb på afbetaling. Disse love gennemførtes i samtlige de nordiske lande, i Danmark i 1917. Det nordiske lovsamarbejde inden for obligationsretten videreførtes med bl.a. love om forsikringsaftaler (Danmark 1930) og gældsbreve (Danmark 1938). Der er tale om rent national lovgivning, og ikke alle udkast er gennemført i alle lande.

Om overdragelse af ejendomsret fandtes meget få regler i Danske Lov. En række bestemmelser om vindikation blev imidlertid særlig i begyndelsen af det 20. århundrede suppleret af bestemmelser i den fællesnordiske lovgivning. Det gjaldt således bestemmelser i aftaleloven, kommissionsloven og loven om ægteskabets retsvirkninger. Hertil kom den i retspraksis udviklede forhandlergrundsætning, hvorefter den, som afhændede genstande med ejendomsforbehold, under visse omstændigheder mistede ejendomsforbeholdet. Et centralt spørgsmål som ejendomsrettens overgang i forholdet mellem ejere, kreditorer og aftaleerhververe overlodes også til retspraksis, som forlod det traditionelle *traditio*-kriterium til fordel for differentierede løsninger.

I de senere år spores en lang række nye tendenser i privatretten, som er med til at give denne del af retssystemet en helt ny udformning. Den individualisme, som oprindeligt prægede privatretten, og som til en vis grad også danner baggrunden for udtrykket »privatret«, indskrænkes. Staten interverner i langt højere grad i forbindelsen mellem enkeltindividerne og beskytter bl.a. personer med en svag økonomi eller i øvrigt en svagere retsstilling. I fransktalende lande taler man om en »publicisation« af privatretten, altså en bevægelse i retning af at dele af privatretten overtages af eller påvirkes i social retning af normer fra den offentlige ret.

Den konstruktive retning og R.v. Jhering

I midten af 1800-årene beherskedes tysk retsvidenskab af den såkaldte begrebsjurisprudens. Ordet har i dag en dårlig klang blandt danske jurister. Det forbindes med en verdensfjern retsvidenskab, som beskæftigede sig med egne juridiske konstruktioner fremfor at finde frem til praktiske løsninger på

grundlag af overvejelser over retsreglernes funktion i det virkelige liv. Den jurist, som argumenterer ud fra et bestemt retsforholds »natur« i stedet for at pege på de såkaldte »reale« grunde får let knyttet prædikatet »begrebsjurist« på sig. Et forenklet billede af begrebsjurisprudensen fører imidlertid til, at denne retnings betydning for retsvidenskaben og herunder også dansk retsvidenskab undervurderes. Begrebsjurisprudensens metode beherskede tysk retsvidenskab også efter en ny tysk lovbog BGB's ikrafttræden år 1900, indtil den blev erstattet af andre metoder. Udgangspunktet for retsvidenskaben var de romerske retskilder. Hovedretningen i tysk retsvidenskab betegnes derfor ofte som pandektvidenskaben efter *Pandectae*, et anden navn for Justinians *Digesta*.

Den konstruktive retning

Karakteristisk for perioden er den betydning, der tilkom privatretsvidenskaben frem for retsvidenskabens øvrige dele. Efter Savigny havde privatretsvidenskaben bevæget sig i en formalistisk retning og særlig med G.F. Puchta udviklet den såkaldte konstruktive eller begrebsjuridiske metode, der gav juridiske begreber en selvstændig intellektuel eksistens løsrevet fra reale livsforhold. Man kan tale om en retsvidenskabelig positivisme, der udviklede retssætningerne på grundlag af retsvidenskabens system, begreber og læresætninger uden hensyntagen til de bagved liggende livsforhold, som retssætningerne tilsigtede at regulere. Systemet opfattedes som fuldstændigt, således at de enkelte retssætninger udledtes efter logikkens regler ved deduktion fra de retlige begreber, der betragtedes som tidløse udtryk for, hvad der var »rigtig« ret. En metode, der således i princippet helt udelukkede hensyntagen til politiske, sociale og økonomiske overvejelser, måtte naturligt blive udsat for kritik og fremkalde sin egen modsætning. Metoden kan ses som et udtryk for en liberal tidsalders politiske og økonomiske forudsætninger, og den måtte blive mødt med den almindelige kritik, som senere har ramt denne epoke. Pandektvidenskabens oprindelsesland var Tyskland, og en lang række »klassiske« navne blandt Savignys efterfølgere i tysk retsvidenskab, som alle opnåede europæisk ry, var i større eller mindre grad dens repræsentanter. Det gælder især Bernhardt Windscheid, hvis hovedværk *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870), der som det senere er blevet udtrykt, opnåede en autoritet, der i dag er fordelt på love, højesteretsdomme, lovkommentarer og lærebøger. Den tyske pandektvidenskab udøvede stor indflydelse på europæisk (og amerikansk) retsvidenskab i samtiden, herunder også på dansk retsvidenskab. Det var i henseende til behandlingen af retsstoffet, til begrebsanalysen og systematisering, at pandektvidenskabens kom til at øve indflydelse herhjemme. Derimod kom retningen ikke på samme måde som i Tyskland til at isolere retsvidenskaben fra det praktiske liv.

Metoden gik ud på at udvikle juridiske begreber, som gav udtryk for de enkelte retsinstitutters egentlige væsen, for af disse begreber da igen at udlede nye retssætninger. Denne fremgangsmåde betegnedes som konstruktion. Meningen var at skabe overblik over retssystemet og udfylde huller i systemet ved slutninger fra begreberne. En af skolens navn kundigste medlemmer – som senere vendte sig imod metoden – var Rudolph von Ihering, der i en ofte citeret sætning ønskede, at man gennem bearbejdelsen af den romerske ret skulle nå videre end romerretten: »Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus.« Begrebsjuristerne greb ofte tilbage i retshistorien og fandt gamle retsinstitutter frem, som kunne anvendes i en ny sammenhæng. Et eksempel frembyder juristen Bekker, som i slutningen af det 19. århundrede udviklede læren om den såkaldte »Zweckvermögen« som et bidrag til løsningen af problemerne omkring den juridiske person. En sådan formue kunne have en særlig retlig status. Bekker var herved inspireret af romerrettens regler om det *peculium*, som den romerske pater familias kunne tildele en søn eller en slave til fri rådighed.

I sidste halvdel af det 19. århundrede spores også en række andre tendenser, som var med til at gøre Tyskland til et attraktivt land at studere i også for danske jurister, der ønskede at foretage videregående retsvidenskabelige studier, som de mere beskedne forhold ved det juridiske fakultet i København ikke gav mulighed for.

Iherings juridiske begrebshimmel

I værket *Geist des römischen Rechts* (1852-65 med talrige senere udg.) opstillede Ihering et nyt begreb om den subjektive ret som den retligt beskyttede interesse. Sit tidligere begrebsjuridiske engagement afsvar han bl.a. i bogen *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884), hvor det i et kapitel kaldet »begrebshimlen« hedder:

De kender den haltende djævel, der afdækkede tagene og lod sin myndling se ind i kamrenes hemmeligheder. Lad venligst mig engang overtage hans rolle og vise Dem vore juridiske teoretikers studerekamre. Ved nattetid og lampeskær, ved siden af corpus juris, denne grube af civilistisk visdom, ser De her bærerne af videnskaben om *gemeines Recht* emsigt beskæftiget. Hvad bedriver de? Jeg vil vædde på, at halvdelen af dem, i hvert fald de yngre, Tysklands håb, for øjeblikket konstruerer. Hvad er at konstruere? For halvtreds år siden kendte man det endnu ikke, man »levede harmløst og i glæde, og pilen var kun rettet mod pandektsteder«. Men det har ændret sig gevaldigt! Den, der i dag ikke forstår sig på den »civilistiske konstruktion«, han skal passe på, hvorledes han kommer

gennem verden; lige så lidt som en dame nu til dags vover at vise sig uden krinoline, lige så lidt en moderne civilist uden konstruktion. Hvem denne nye civilistiske metode egentlig hidrører fra, ved jeg ikke, kun så meget er mig bekendt, at en eller anden oven i købet konstruerer selve denne konstrueren og har givet sin egen anvisning derpå, ja har endda til dette arbejdes udførelse anlagt en jurisprudentens højere etage, som derefter har fået navnet den »højere jurisprudentens«. I den underliggende etage bliver det grovere arbejde forrettet, dér bliver råstoffet stampet, garvet, bejdset, kort sagt – fortolket, men så kommer det op i den højere etage, i hænderne på de civilistiske kunstnere, som former det, giver det kunstnerisk-civilistisk form. Har de fundet denne, så forvandler den livløse masse sig nu til et levende væsen; gennem en eller anden mystisk fremgangsmåde bliver der i dette pustet liv og ånde, som i Prometheus' lerfigurer, og den civilistiske homunculus, d.v.s. begrebet, bliver produktivt og parrer sig med andre af sine lige og avler yngel.

...

Da du er romanist, kommer du i den juridiske begrebshimmel. I denne genfinder du alle de juridiske begreber, som du på jorden har beskæftiget dig så meget med. Men ikke i deres ufuldkomne skikkelse, ikke i den skamferede skikkelse, som de på jorden har fået af lovgivere og praktikere, men i deres fuldenkte, pletfrie renhed og ideelle skønhed. Her bliver de juridiske teoretikere belønnet for de tjenester, som de på jorden har ydet de juridiske begreber, her ser de i fuld klarhed de samme, som de på jorden kun så i tilsløret skikkelse, de skuer dem ansigt til ansigt og omgås dem som sine lige. Spørgsmål, som de i jordelivet forgæves har set sig om efter en løsning på, bliver her besvaret af begreberne selv. Her findes ikke mere nogen civilistisk gåde, konstruktionerne hereditas jacens, korrealobligationen, retten til rettigheder, besiddelsens natur, forskellen mellem *precarium* og *commodatum*, panteretten i egen ting, og hvad end de problemer måtte hedde, som har givet videnskabens discipel så meget at bestille på hans jordiske vandring, her er de alle løst.

Blandt de tyske jurister, som nød særlig anseelse, var den europæisk berømte Ihering, som i sit senere juridiske forfatterskab særlig i bogen *Der Zweck im Recht* (1877-83) forlod begrebsjurisprudenten til fordel for den opfattelse, at det var de i samfundet rådende interesser, der var de afgørende faktorer for retsdannelsen. Han formulerede den ofte citerede sætning, at det er formålet, som skaber retten: »Der Zweck ist Schöpfer des ganzen Rechts.«

I det lille skrift *Der Kampf ums Recht* (1872), der blev oversat til alverdens sprog, havde Ihering forinden i tilspidset form hævdet, at retsreglerne var et resultat af en stadig kamp imellem indbyrdes modstridende interesser, der bestemmer rettens indhold. Ihering tog herved afstand fra den Savigny-

Puchtaske opfattelse af rettens rolige organiske udvikling («durch innere stillwirkende Kräfte») og skabte en metafor for vestlig retsopfattelse.

Iherings betydning viste sig både i nye retninger inden for privatretten, særlig den såkaldte interessejurisprudens, og inden for strafferetten var Frantz v. Liszts sociologisk orienterede strafferetskole en følge af påvirkning fra Ihering. Denne brydning mellem en ældre konstruktiv retning og en ny »sociologisk« retning inden for retsvidenskaben afspejlede sig også herhjemme, hvor Iherings såkaldte *Zweckjurisprudens* fik betydning for danskeren Viggo Bentzons retslære, mens en række af hans bidrag til retsdogmatikken efterhånden gled ind som naturlige led i dansk formueretsvidenskab.

På grundlag af Iherings erkendelser udvikledes den såkaldte interessejurisprudens, som opfattede retsnormen som en afgørelse af konflikter i samfundet mellem forskellige interesser. Retsvidenskabens opgave var herefter at påvise, hvilke interesser, som lovgiver havde haft for øje. Dommeren skulle ved afgørelsen af retssager finde den norm, som var skabt med henblik på løsningen af den type interessekonflikt, som han har for sig. I afgørelsen af interessekonflikter indgik også bestemte etiske værdier. Denne erkendelse blev særlig fremmet i den såkaldte *Wertjurisprudenz*.

Det privatretlige begrebssystem, som blev udviklet i Tyskland, er det sidste retsvidenskabelige bidrag til *jus commune*. Det var et system, som man måtte kende og tage stilling til, hvis man skulle nå videre som retsvidenskabsmand. En række danske og svenske disputatser fra slutningen af det 19. århundrede viser, hvorledes også nordisk retsvidenskab søgte inspiration her. Den praktiske betydning af systemet i Danmark var mere begrænset, men på den videnskabelige uddannelse og på den systematiske måde at fremstille retsreglerne på øvede det stor indflydelse.

Den tyske civillovbog (BGB)

Det nye tyske rige fik først i året 1896 en ny lovbog. Den trådte i kraft år 1900. En række omstændigheder var medvirkende hertil. Tyskland var opdelt i enkeltstater, som i et vist omfang indførte egne lovebøger – kendtest er foruden den preussiske landret, den saksiske lov bog fra 1863. Men de politiske betingelser for en enhedslov savnedes. Det såkaldte tyske forbund, der eksisterede fra 1815 til 1866 kunne kun anbefale, men ikke påbyde lovgivning. Det lykkedes dog at gennemføre en almindelig handelslovbog

(ADHGB) fra 1861, der fik betydning for obligationsretten også i de nordiske lande. Først med proklameringen af det tyske rige i 1871 var betingelserne for gennemførelsen af nye lovgivningsinitiativer i større målestok skabt. I 1877 gennemførtes en fælles proceslov (*Reichs-Civilprozessordnung*), og kort forinden i 1874 var også forberedelserne til en civillovbog indledt. Indflydelsen fra den historiske skole var med til at trække lovarbejdet ud og skabe almindelig usikkerhed om grundlaget for en ny lovbog: Skulle romerretten eller tysk ret lægges til grund, hvis tiden da overhovedet kunne anses for moden til en lovbog.

Kritik at BGB

En forberedende kommission afgav i 1874 betænkning om grundprincipperne for en ny lovbog. På dette grundlag inddeltes lovbogen systematisk i en almindelig del (*Allgemeiner Teil*), obligationsret (*Schuldrecht*), tingsret (*Sachenrecht*), familieret (*Familienrecht*) og arveret (*Erbrecht*). Hver af lovbogens dele betroedes en redaktør, hvis udkast blev drøftet i en kommission. En særlig vigtig rolle i den tyske lovbogs tilblivelseshistorie tilkom en af tidens store romerretsjurister Bernhard Windscheid, forfatteren til en *Lehrbuch des Pandectenrechts* (1862-70 med talrige senere udgaver), som var et af standardværkerne i den tyske retsvidenskabelige litteratur. Værket fik enorm udbredelse og inspirerede herhjemme bl.a. Julius Lassen ved udarbejdelsen af hans *Obligationsrettens almindelige Del* (1892 ff). Et første udkast til BGB fremlagdes for offentligheden i 1889. Det blev modtaget med en del kritik bl.a. fra den berømte germanist O. von Gierke, forfatteren af klassikeren *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913 i fire bind). Man bebrejdede lovkommissionen, at der i for høj grad var lagt vægt på romerretten, samt at den byggede på en samfundsmodel, hvor den svage kom til kort som følge af lovens liberalistiske tilsnit. Det var især den østrigske jurist A. Menger, som i bogen *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (1890) gav udtryk for dette synspunkt. Lovens endelige tekst blev udformet af en ny lovkommission (1890-95), hvis udkast blev vedtaget i 1896 og trådte i kraft 1. januar 1900.

BGB er opbygget i en form og i et juridisk teknisk sprog, som gør lovbogen vanskelig at forstå for ikke-jurister. Den er strengt systematisk og bygger på en gennemført indre logik. Karakteristisk er de mange henvisninger fra en lovbestemmelse til en anden, der sikrer sammenhæng, men tillige vanskeliggør overblikket. Et eksempel på, hvor kompliceret det er at anvende lovbogen, giver reglerne om køb. Grundprincippet er, at der gås fra det almene til det specielle. Først må altså lovbogens almindelige del efterses, derefter

Danmark og Europa – 1848-1945

obliaktionsrettens almindelige del, så aftalerettens almindelige del, inden der nås til de særlige regler om køb (art. 433 ff.)

BGB indeholder såkaldte *generalklausuler* i den almindelige del. Særlig kendt er § 242 om hensynet til tro og love: »Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.«

Som i Frankrig rummes også en væsentlig del af tysk retsvidenskab i kommentarer til BGB. I princippet bør alle retlige spørgsmål kunne løses på grundlag af loven. Det har dog ikke forhindret, at der er kommet civilretlige nydannelser. Et eksempel er de såkaldte »positive Vertragsverletzungen« – krænkelse af debtors forpligtelser, som ikke er direkte omhandlet i loven.

BGB's ikrafttræden rejste spørgsmålet om dommerens bundethed af loven. Den såkaldte *Freirechtsschule* fastholdt her dommerens ret til at skabe ret ved siden af loven. BGB er et typisk produkt af det 19. århundrede. Den er dog forblevet i kraft i Tyskland og overlevede også forsøg under det tredje rige (1933-45) på at erstatte den med en *Volksgesetzbuch*.

For dansk retsopfattelse føles BGB's stramme system fremmed. Det er en lovbog, som, for at kunne anvendes, kræver en dyb fortrolighed med hele lovens indre sammenhæng. Mens tysk privatretsvidenskab i det 19. århundrede havde væsentlig betydning for danske jurister – som i det øvrige Europa – tog indflydelsen fra tysk ret af efter gennemførelsen af BGB. Den rest af gammel fælleseuropæisk retskultur, som havde karakteriseret tysk pandektvidenskabs store navne, gik tabt med BGB, der var en national og tilmed svært anvendelig lovbog. Det var derfor næppe så meget selve BGB, som det var den bedrift at gennemføre et moderne lovarbejde efter så ambitiøse retningslinier som BGBs, der som nævnt i 1899 fik den danske jurist Julius Lassen til at formulere udarbejdelsen af en nordisk lovbog som et mål, der burde stræbes efter.

Det blev ikke til noget, men BGB fik betydning for de schweiziske lovarbejder i 1907 og 1911 og for en supplerende af den østrigske lovbog 1914-16. Den schweiziske lovbog (ZGB) byggede på et udkast af juristen Eugen Huber, der i sin kommentar til lovbogen gav udtryk for, at kodifikation som regel har en konservativ tendens: »Im allgemeinen lässt sich wohl sagen, dass bei der Kodifikation die Konservierung der Neuerung vorgeht.« Det er i den schweiziske lovbogs første paragraf, at det princip er formuleret, at dommeren, såfremt han ikke i lovbogen finder løsningen på den retlige konflikt, som han er sat til at pådømme, da skal vælge den løsning, som han ville have valgt, såfremt han selv var lovgiver.

Danmark og Europa – 1848-1945

Den schweiziske *Zivilgesetzbuch* og *Obligationenrecht* indførtes som led i Kemal Atatürks reformer som lovbog i Tyrkiet i 1920-erne.

I Japan havde man, allerede inden BGB trådte i kraft i Tyskland været opmærksom på dens kvaliteter og gennemført tilsvarende lovregler – dog ikke inden for familieretten. Også i Sydamerika tjente BGB som forbillede (således i Peru), og den græske civillovbog, der indførtes efter anden verdenskrig (1946) byggede på BGB. Ligesom man kan tale om en fransk retskreds kan man også tale om en omend mere reduceret tysk retskreds. Hertil hører muligt til dels også Holland, hvor der siden anden verdenskrig har været et lovrevisionsarbejde igang med henblik på udarbejdelsen af en ny lovbog, der tager hensyn til den udvikling af hollandsk ret bl.a. under indflydelse af tysk ret, som er sket siden *Burgerlijk Wetboek* fra 1838. Arbejdet udførtes af en enkelt mand, E.M. Meijers, der var civilretslærer og retshistoriker. Den nye lovbog trådte i kraft 1992.

Retsvidenskab og lovgivning i Danmark

I perioden efter 1870 modtog dansk retsvidenskab så mange nye impulser, at der kan tales om et vendepunkt. Der kan som årsag hertil peges på de mange økonomiske, sociale og politiske forandringer, som det danske samfund underkastedes i disse år, ikke mindst gennem industrialismens gennembrud, på den betydning, som tilkom nye retninger i det politiske og det kulturelle liv og på nye påvirkninger fra udlandet, men man bør næppe heller undervurdere betydningen af en række fremragende forfatteres personlige indsats. Retsvidenskaben oplevede ikke som litteraturen en Georg Brandes, der med et slag åbnede døren til de europæiske hovedstrømninger. Det var heller ikke nødvendigt. For dansk retsvidenskab i denne periode, særlig karakteriseret ved navne som Aagesen, Nellesmann, Goos, Matzen, Deuntzer, Julius Lassen, Torp, Viggo Bentzon m.fl., var kendskabet til strømningerne i samtidig fremmed ret i større eller mindre omfang et naturligt grundlag for deres litterære virksomhed. Denne stadige kontakt med fremmed ret kombineret med bevarelsen af den Ørstedske tradition for en nøje forbindelse mellem teori og praksis gjorde perioden 1870-1930 til en frugtbar periode i dansk retsvidenskab. Hertil kommer den betydelige indflydelse, universitetets bærere i denne periode fik på dansk politik i almindelighed og i det legislative arbejde i særdeleshed gennem forberedelsen af en række vigtige nye love. Det gjaldt

Danmark og Europa – 1848-1945

såvel den privatretlige lovgivning som de vigtigste reformer inden for strafferetten og processen.

Udenlandske strømninger kom også i denne periode først og fremmest fra Tyskland, der særlig inden for privatrettsvidenskaben, men også inden for discipliner som almindelig retslære, offentlig ret og strafferet indtog en dominerende stilling. Indflydelsen fra tysk privatrettsvidenskab var i denne periode et fælleseuropæisk fænomen. I forhold hertil var påvirkningen fra Frankrig og England af sekundær betydning.

Carl Goos var en af sin tids mest fejrede jurister og ikke blot i Danmark, men også i de øvrige nordiske lande var han højt værdsat. Som videnskabsmand var han ikke universel som Ørsted, men særlig hans *Forelæsninger over den almindelige Retslære* (1889-1892) indeholdt en sådan mangfoldighed af synspunkter, at hans indflydelse kom til at strække sig langt ud over denne disciplin. Denne indflydelse må formentlig ses i sammenhæng med den beundring, som store sammenhængende systemer endnu kunne vække i en tidsalder, der lagde en særlig vægt på rettens systematiske side, ligesom de omfattende reformer af retten, der var under forberedelse som led i det nordiske lovsamarbejde, kan have medvirket til at fastholde interessen for et værk som Goos', der beskrev den ideale ret. For en nutidig betragtning kan det ikke undgås, at denne måde at gribe retslæren an på opfattes som en efterklang af det 18. århundredes naturret. Et værk som Goos' retslære, der søgte at give en fremstilling af retten som den efter forfatterens opfattelse burde indrettes, står i dag som i særlig grad et udtryk for idealer, der hyldedes i verden af i går – eller som Goos' efterfølger Viggo Bentzon udtrykte det allerede i 1914, som »enkeltmands næsten formastelige forsøg på at udtænke, hvorledes det hele burde være«.

Retslærens opgave

Af Carl Goos: *Forelæsninger over den almindelige retslære I*, s. 9-11 (1889)

Opgaven for den almindelige retslære i den betydning, hvori efter det ovenstående dette udtryk her tages, bliver altså den, at bestemme den positive rets forhold til den sædelige ide og af den herom givne bestemmelse at udlede de etiske følgesætninger for rettens område og indhold.

Goos karakteriserede selv den opgave, som han havde sat sig med sin retslære, som den »at bestemme den positive Rets forhold til den sædelige Ide«,

altså udviklingen af en etisk retsfilosofi. Goos gennemgik i overensstemmelse hermed de enkelte livsforhold, det etiske princip for deres indretning og den retlige ordning, som måtte være konsekvensen af det etiske princip gennemførelse. Systematisk sondrede han herved mellem retsanordningen og retshåndhævelsen og underinddelte atter den første i fire underafdelinger: Retten i det rene samlivsforhold, retten i familieforholdene og som noget nyt, retten i de borgerlige samlivsforhold og retten i de politiske samlivsforhold. Goos' fremstilling af retslæren fremkom først i trykt form i årene 1885-1892, men værket var udarbejdet på grundlag af forelæsninger, som Goos havde holdt i de år, der var forløbet, siden han i 1861 havde efterfulgt Bornemann som professor. Det bliver herved forklarligt, hvorledes Goos' synspunkter kunne vinde indflydelse også på værker, der fremkom i årene inden retslæren udkom på tryk, eller hvorledes andre tidligere kunne videreudvikle teorier, der var opkastet af Goos.

Under et studieophold i England modtog Goos påvirkning fra Stuart Mill og den utilitaristiske filosofi. I langt højere grad end sin forgænger Bornemann betonedede Goos således samfundsprincippet på personlighedsprincippets, eller om man vil, individualismens bekostning. Et eksempel er hans systematiske placering af formueretsforholdene under retten i de borgerlige samlivsforhold, hvorved han gjorde gældende, at skønt individualismen måtte være udgangspunktet for formueordningen, så måtte hensynet til samfundet begrunde en række indskrænkninger heri. Den formulering, som Goos gav de formueretlige grundprincipper, kom til at udøve stor indflydelse på den samtidige formueretsvidenskab, særlig hos Aagesen, Evaldsen og Julius Lassen. Et andet eksempel på synspunkter, der vakte genklang i samtiden, var Goos' lære om det objektive retsbrud, hvori det udvikledes, hvorledes bedømmelsen af straffe- og erstatningsansvar ikke alene kunne vurderes på grundlag af spørgsmålet om skyld og årsag, men at der også i vurderingen af en handling som retsstridig eller retmæssig måtte indgå en afvejning af de interesser, der forfulgtes med handling. Denne lære, der sammen med lignende synspunkter udviklet af nordmanden Bernhard Getz kom til at gå under betegnelsen den nordiske retsstridighedslære, fik stor betydning i dansk retsvidenskab, men er senere blevet gjort til genstand for kritik. Også Goos' definition af rettigheden som »det retsbeskyttede sædelige Gode« – med klar afstandtagen fra A.W. Scheels opfattelse af retten som viljesmagt, men overensstemmende med Iherings opfattelse – vandt genklang i samtiden.

Men de etiske krav, som Goos stillede til retsordenen, var samtidens. Tidens ideer og reformkrav, mens også dens begrænsninger – særlig tydeligt

i afsnittet om familieforholdene – var det grundlag, som Goos byggede på. På den anden side pegede f.eks. Goos' fremstilling af den ideale formueordning mellem ægtefællerne frem imod den senere regel om fælleseje med særråden og særhæften. I sådanne afsnit kan man endnu i dag glimtvis ane, hvorledes samtiden i Goos' værk kunne finde inspiration til reformer eller hjælp til forståelse af sammenhængen i retssystemet. Men Goos' værk i retslæren betegner i øvrigt, som det også blev tilfældet i strafferetten, snarere den monumentale afslutning på en epoke end indledningen til en ny.

I forhold til de ældre forfattere betød Andreas Aagesens (1826-1879) tingsretlige forfatterskab en nydannelse, idet han i stedet for at fortsætte den systematiske behandling af større dele af tingsretten søgte gennem en analyse af formueretlige grundbegreber som f.eks. ejendomsretten, overdragelse (særlig overdragelse af ejendomsret), sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder og begrebet singularsuccession at nå til en dybere retlig erkendelse. Det har været naturligt at se en sammenhæng mellem denne måde at gribe behandlingen af de retlige problemer an og den omtalte retning i den tyske retsvidenskab (pandektvidenskaben), som man også ofte betegner som den konstruktive metode eller begrebsjurisprudensen.

Aagesens forfatterskab omfatter en række monografier over tingsretlige emner. Hans formueretlige hovedværk *Indledning til den danske Formueret* (1881) blev først udgivet efter hans død. Et grundsynspunkt for Aagesen var »det i almenvellets tarv, nemlig hensynet til omsætningens sikkerhed grundede princip, at den, der i god tro indlader sig i omsætningsretshandel om erhvervelse af en vis formueretlighed og får denne erhvervelse fuldbyrdet, når det viser sig, at den, som overdrog ham rettigheden, ikke var berettiget dertil, inden for visse nærmere angivne grænser går forud for den rette indehaver af rettigheden, med andre ord, at en eksstinktiv erhvervelse finder sted ...« Dette eksstinktionssynspunkt – Aagesen er den første der benytter ordet, mens man tidligere talte om indskrænkninger i vindikationsretten – fandt Aagesen formuleret allerede hos Ørsted, men der var tillige tale om en videreudvikling af det også af C. Goos formulerede samfundsprincip. En anden praktisk konsekvens af dette samfundsprincip, som Aagesen drog, var anerkendelsen af princippet om »tro og loves ubrødelighed«, der også var blevet udformet af Goos, og som bl.a. medførte, at et løfte på grund af den derved skabte forventning betragtedes som bindende ved afgivelsen og ikke først, når det blev accepteret af den anden part. Der går herved en lige linie fra Aagesen over Evaldsen til periodens formueretlige hovedværk, Julius Lassens systematiske fremstilling af obligationsretten.

Det vigtigste af de principper, som Julius Lassen byggede sit hovedværk *Haandbog i Obligationsretten* (1892 ff) på, var allerede formuleret i samtidens retsvidenskab. Det gjaldt først og fremmest det grundlæggende formueretlige princip om retsbeskyttelse af berettigede forventninger, der som sin modsætning havde viljesdogmet. I konsekvens heraf sluttede Lassen sig, når det gjaldt spørgsmålet om uoverenstemmelse mellem vilje og erklæring, til den såkaldte tillids- eller erklæringsteori, og når det gjaldt indgåelse af aftaler, til løfteteorien. Disse teorier var udtryk for en stillingtagen til omstridte spørgsmål i både dansk og fremmed retsvidenskab. Når også Lassen lagde dem til grund for sin fremstilling, fulgte han den vej, der var banet af Aagesen og Goos, men som samtidig blev fulgt af A.C. Evaldsen, hvis forelæsninger over obligationsrettens almindelige og specielle del fik stor betydning for Lassen.

Ikke mindst den systematiske gennemgang af den trykte danske domspraksis siden 1800 gav Lassens håndbog dens særlige karakter af en autoritativ fremstilling af gældende ret. Det er næppe for meget sagt, at værket som den klassiske fremstilling af obligationsretten kom til at nyde samme autoritet som en lovbog inden for den i det væsentlige ulovbestemte obligationsrets felt. Lassen havde allerede på et tidligt tidspunkt gjort sig klart, at det var et studium af obligationsretten i praksis, der måtte danne grundlag for en fremstilling af obligationsrettens almindelige del. I nogle afskedsord 1917 ved sin fratræden som professor redegjorde Lassen selv for sit videnskabelige mål og fremhævede her betydningen af engelsk ret for sin fremstilling af obligationsretten. Det er da også blevet antydnet, at den vægt, Lassen lægger på analysen af de enkelte retstilfælde, kan være et udtryk for en påvirkning fra en retsvidenskab, der som den engelske tog sit udgangspunkt i retspraksis og ikke som den tyske pandektvidenskab i de romerske retskilder.

Håndbogen

Denne orientering mod praksis, der også kommer til udtryk i betegnelsen »Haandbog«, genfindes i de store engelske og amerikanske fremstillinger af kontrakts- og erstatningsretten, som Lassen hentyder til. Når Lassen kunne benytte de store engelske fremstillinger som et forbillede, skyldtes det ikke blot, at disse værker lagde accenten på studiet af den retspraksis, der udgør grundstammen i common law. Disse store »Textbooks« var på dette tidspunkt en nydannelse i engelsk retsvidenskab. De gav i modsætning til ældre værker en systematisk velordnet fremstilling af engelsk ret og viste, som det er blevet udtrykt, at denne kunne fremstilles ligeså »intelligibly and rationally as the Ger-

man Jurists were doing for the modernized form of Roman Law still operating in their own country«. Også når det gjaldt enkelte retssætninger kunne Lassen i et vist omfang finde støtte i de engelske fremstillinger, men nok så vigtigt er, at de engelske fremstillinger ligesom Lassen fremhævede den grundlæggende betydning af tysk retsvidenskab også for studiet af den nationale ret.

Trods nationale forskelligheder var obligationsretten og særlig kontraktsretten den del af retssystemet, der havde flest fælleseuropæiske berøringspunkter. Lassens værk placerer sig klart inden for en europæisk type også af store samlede systematiske fremstillinger af den nationale ret. Indholdsmæssigt i henseende til stof og metode måtte Lassens fremstilling, der tog udgangspunkt i dansk praksis og teori, naturligvis fremstå som selvstændig i forhold til forbillederne, og der var herved sat en naturlig grænse for omfanget af påvirkningen udefra. I systematisk henseende stod Lassen først og fremmest i gæld til andet bind af Windscheids pandekretsfremstilling, som Lassens håndbog kan betragtes som et dansk sidestykke til. Windscheid var dog også på andre punkter et forbillede. Således byggede Lassen sin forudsætningslære på Windscheids subjektive forudsætningsteori.

Store dele af obligationsretten blev efterhånden genstand for en fællesnordisk lovgivning, og også her viste bærekraften af Lassens tanker sig, da denne lovgivning i vidt omfang kunne bygge på Lassens fremstilling, der var uden sidestykke i de andre nordiske lande. Nordmanden Fr. Stang skrev i 1924 om Lassens obligationsretlige hovedværk: »Som Aandsværk vil det blive stående som en av de rikest detaljerte Tankebygninger dansk Aand har skabt«.

Goos' efterfølger i faget den almindelige retslære var Lassens samtidige Viggo Bentzon, der endnu i 1890'erne forelæste over Goos' retslære. Ved studiereformen 1902 reduceredes retslærens betydning som studiefag, ligesom Bentzon selv tog afstand fra store fremstillinger som Goos' af den ideale ret. I konsekvens heraf så Bentzon det ikke som sin opgave at udarbejde et nyt system, Derimod udgav han en kort indføring i retslæren, en bog om *Retskilderne* (1900-07) og *Skøn og Regel* (1914).

Både i sine retsteoretiske og i sine dogmatiske værker understregede Bentzon dobbeltheden i retsbegrebet, der var en følge af, at modstående hensyn måtte tilgodeses: På den ene side kravet om fasthed og regelmæssighed, på den anden side hensynet til det hensigtsmæssige for hvert enkelt

individuel tilfælde. Denne dobbelthed fandt udtryk i modsætninger mellem det individuelle *skøn* og den faste *regel*. Ved opstillingen af retsregler måtte derfor lægges vægt på disse »krydsende hensyn« – såsom individ-samfund, tvangfrihed eller regelmæssighed-individualisering. Bentzon talte også om »Rettens Kompromis-Natur«, hvorved dommerskønnet kom til at spille en stor rolle.

Bentzons forfatterskab faldt i en periode, der også i udlandet, særlig Tyskland, karakteriseredes af et opbrud i retsteorien blandt andet vendt mod den konstruktive metode, der hidtil havde domineret. I Tyskland opstod således i Iherings kølvand interessejurisprudensen og friretsskolen, der begge tog særlig stilling til spørgsmålet om dommerens retsskabende virksomhed, som allerede Oskar Bülow i sin afhandling *Gesetzbuch und Richteramt* (1885) havde peget på ud fra en erkendelse af, at intet lovgivningsystem kunne slå til over for ethvert retsspørgsmål, der måtte opstå, således at retsordenen til sin fuldendelse krævede også domstolenes retsskabende virksomhed. For den såkaldte interessejurisprudens stod dommerens udfyldning af »huller« (Lücken) i lovgivningen ved overvejelser over modstående interesser i centrum. Også Viggo Bentzon tog sit udgangspunkt i juristens funktion som konfliktløser i konkrete situationer. Han stod herved interessejurisprudensen nærmere end friretsskolen, hvis såkaldte *voluntaristiske retning* i opposition mod overdreven lovpositivisme tilsyneladende indrømmede domstolene frihed til endog at fravige loven. Interessejurisprudensen tog derimod sit udgangspunkt i den interesseafvejning, som lovbestemmelser i de enkelte tilfælde måtte tages som udtryk for. På samme måde betoned Bentzon i sin retskildelære – og knyttede herved tråden tilbage til Ørsted – at dommeren var bundet af loven og nedarvet dansk retsopfattelse.

Bentzons metodelære var hans vigtigste indsats i dansk retsvidenskab. Den kom til at virke befrugtende for den efterfølgende generation af jurister, og han anerkendtes af denne generations førende retsfilosof Alf Ross (1899-1979) som banebryder for et nyt såkaldt *realistisk* syn på retskilderne.

Lassens arvtager inden for obligationsretten blev Henry Ussing. Hans hovedværker begynder med den erstatningsretlige disputats *Skyld og Skade* (1914), hvor han vendte sig mod Iherings erstatningsretlige dogme »Kein Übel ohne Schuld«, idet han fremhævede, at samfundsudviklingen havde aktualiseret et objektivt ansvar. I fem grundlæggende værker i 1930'erne gav han obligationsretten et nyt videnskabeligt grundlag. Ussing lagde i højere grad end Lassen vægt på den konkrete analyse af de enkelte tilfælde, når det gjaldt at nå frem til den regel, der efter en vurdering ud fra samfundsmæssige

hensyn måtte anses som den, »der bedst tjener livets tarv«. I det nordiske lovsamarbejde fik Ussing særlig betydning for udformningen af gældsloven fra 1938.

Inden for formueretten blev en særlig indsats gjort af Frederik Vinding Kruse, som i sit hovedværk *Ejendomsretten* (I-V, 1929-1933, I-III, 1951), skabte et sidestykke til Lassens håndbog i obligationsretten.

Strafferetten i Danmark

En ny dansk straffelovbog gennemførtes i 1866. Den byggede som de fleste samtidige straffelovbøger på et gengældelsessynspunkt i den forstand, at forbryderens skyld danner grundlaget for straffen. Loven har opstillet et katalog af forbrydelser, hvortil der knytter sig en straf, som domstolene fastsætter. Man taler undertiden om den klassiske skole inden for strafferetten, som lader gerningsmandens personlige skyld set i relation til et på forhånd givet forbrydelsesbegreb være afgørende for den strafferetlige vurdering.

I straffeloven optoges en almindelig del, og i den specielle var sket en betydelig forenkling og nysystematisering af forbrydelserne i forhold til Danske Lov. Der var herved taget hensyn til den omfattende benådningspraksis, som havde fundet sted siden midten af det 18. århundrede.

Allerede kort tid efter straffeloven af 1866 viste der sig nye strømninger inden for strafferetsvidenskaben i Europa. Den indflydelse, der var udgået fra tysk privatretsvidenskab, havde givet privatreten en central placering i det 19. århundredes retsvidenskab og herfra udgik impulser også til de andre juridiske discipliner.

Frantz von Liszt

Den tyske jurist Frantz v. Liszt formulerede i 1882 et nyt program for strafferetsvidenskaben med udgangspunkt i den berømte tyske jurist Jherings teleologiske retslære, som lagde afgørende vægt på retsreglernes formål. Liszt så forbrydelsen i en sociologisk sammenhæng som bestemt af ydre faktorer. Han inddelte på specialpræventivt grundlag forbrydelserne i tre kategorier, alt eftersom straffens virkning burde være afskrækkende, forbedrende eller uskadeliggørende. For hver af disse forbrydelseskategorier var særlige foranstaltninger nødvendige til supplement af de almindelige strafsanktioner. Retsstaten satte grænser for hvilke sanktioner der kunne anvendes, og straffelovbogen skulle derfor være, som det blev formuleret, forbryderens Magna Charta. Også andre steder dukke-

de en ny opfattelse af strafferetsvidenskabens opgaver op, således at den i slutningen af det 19. århundrede udvidede sit felt fra at være en dogmatisk disciplin med hovedvægten på diskussionen af de strafferetlige grundbegreber, straffeloven og dennes fortolkning, og udviklede sig til en langt bredere orienteret videnskab, der med udgangspunkt i opfattelsen af straffen som et middel til at modarbejde kriminalitet inddrog også spørgsmålene om forbrydelsens årsager og straffens virkning og på dette grundlag fordrede en individualisering af straffen. Den ledende kraft i den moderne skole var som nævnt den tyske retsvidenskabsmand Franz von Liszt (1851-1919), mens andre navne, som betegnede nye retninger inden for strafferetten, var italienerne Cesare Lombroso og Ferri. De gik i en noget anden retning. Lombroso søgte således i sin bog om det forbryderiske menneske (*L'Uomo Delinquente*) på et naturvidenskabeligt grundlag at formulere bestemte forbrydertyper. Modsætningen mellem den ældre opfattelse af strafferetsvidenskabens opgaver, undertiden kaldet den klassiske retning, og den nye bevægelse, der fordrede strafferetsvidenskabens rammer udvidet, personificeredes på Københavns Universitet af Carl Goos og Carl Torp.

Goos' strafferetlige værk indledtes i 1875 med udsendelsen af en *Indledning til den danske Strafferet*, der i 1878 efterfulgtes af første afsnit af den almindelige del (om forbrydelsen) og afsluttedes i 1895-1896 med et værk, der almindeligvis ved siden af retslæren betragtes som Goos' hovedværk, *Den danske Strafferets specielle Del I-III*, hvori Goos udførligt under anvendelse af samme inddeling af retsordenen som i sin retslære redegjorde for de enkelte forbrydelser i straffeloven af 1866 og den til de enkelte forbrydelseskategorier knyttede særlovgivning under inddragelse af et stort domsmateriale.

I indledningen til strafferetten tog Goos stilling til en række teorier om straffens formål og formulerede straffens formål som det at bøje forbryderens karakter »til lydighed mod loven«. I løbet af forfatterskabet – og vel også i opposition mod den nye retning inden for strafferetsvidenskaben – undergik hans synspunkt en ændring, således at der i strafformålet indgik også et gengældelsessynspunkt, idet han i sin retslære (1892) opfattede forbrydelsen som en sædelig skyld, der sones ved lidelse. Kun ved at hævde en vis viljesfrihed og gøre den sædelige skyld til målestok for straffen mente han, at der kunne skabes en garanti mod samfundets overgreb over for individet f.eks. i form af ubestemte straffe. Nøglebegreber i Goos' strafferetslære er således viljesfrihed, tilregnelighed, skyld, dadel, tugt til lydighed. Også inden for strafferetten afsluttede Goos en epoke – den, der var præget af den liberale retsstatstanke, med rødder tilbage til oplysningsfilosofien i slutningen af det

Danmark og Europa – 1848-1945

18. århundrede, bag hvilken lå respekten for menneskets personlige sædelige værd.

Goos hørte til den klassiske retning inden for strafferetten, og han stillede sig skeptisk over for den såkaldte moderne skole, som begyndte at dannes i slutningen af det 19. århundrede, og som, hvor den klassiske skole havde stillet gengældelsen og generalpræventionen op som ledende straffeformål, i langt højere grad betonedede specialpræventionen.

Klassikere og moderne

Striden mellem tilhængere af den klassiske retning inden for strafferetten og den moderne skole var ganske heftig ude i Europa, og den fik også udløbere i Danmark, hvor den internationale kriminalistforening, som var bærer af de nye synspunkter, også fik en afdeling. Da der i 1905 af venstre-regeringen blev nedsat en kommission, som skulle overveje udarbejdelsen af en ny straffelovbog, blev Carl Goos formand for kommissionen. Kommissionen afgav betænkning i 1912. På det tidspunkt havde straffeloven fra 1866 undergået ganske enkelte ændringer, bekendt er en lov fra 1905, der indførte pryglestraffen. Vigtigere var indførelsen i 1905 af adgang til anvendelse af betingede domme.

Der var ikke mange nye tanker i kommissionsforslaget fra 1912, og da en radikal regering kort efter trådte til, udpegedes professor Carl Torp, som i langt højere grad var fortrolig med de nye tanker inden for strafferetten, til at afgive en betænkning over straffelovskommissionens udkast. I 1917 forelå et sådant udkast, hvori Torp samtidig gjorde opmærksom på, at der for at udarbejde en egentlig straffelovbog var behov for, at der blev nedsat en kommission også med repræsentanter for den praktiske strafferet. Det skete, og der blev i 1923 afgivet en betænkning, som i meget vidt omfang lagde Torps arbejde til grund, men som heller ikke indeholdt et radikalt brud med den gældende straffelov. Det væsentligste nye i forslaget var indførelse af regler om særbehandling af forskellige typer af lovovertrædere, således at der i højere grad kunne blive lagt vægt på forbryderens subjektive ejendommelighed end på den begåede forbrydelse.

En ny straffelov blev gennemført i 1930, og den trådte i kraft i 1933. Hermed blev også dødsstraffen, som dog ikke var blevet håndhævet siden 1892, endeligt afskaffet. Der blev indført særbestemmelser for en række lovovertrædere. Der skete en indskrænkning i antallet af arter af frihedsstraf til hæfte og fængsel, mens den gamle straffelov havde kendt syv forskellige typer af frihedsberøvelse, således simpelt fængsel, fængsel på sædvanlig fangekost, fængsel på vand og brød, statsfængsel, forbedringshusarbejde, tugthusarbejde og tvangsarbejde. I forbindelse med bødebetaling indførtes i 1939 dagbods-

systemet. Mens straffeloven af 1866 havde indeholdt ganske snævre rammer, inden for hvilke straffen skulle fastsættes, blev omfanget af strafferammerne betydeligt udvidet med straffeloven af 1930. Der skete ikke større ændringer med hensyn til de enkelte lovovertrædelser, men en vis forenkling i lovbogens almindelige del.

Siden 1970-erne er sket en række væsentlige ændringer i straffeloven af 1930, først og fremmest derved at reglerne om særbehandling i det store og hele er afskaffet, således at man i vidt omfang har været tilbøjelig til at tale om en tilbagevenden til klassicismen i strafferetten i forhold til hvilken, den moderne skole kommer til at stå som noget af en parentes. På flere punkter er sket en afkriminalisering, bekendt er striden om ophævelse af pornografi-straffen, og tendensen er også gået i retning af lavere straffe. De nye principper inden for straffelovgivningen har givet anledning til debat.

Retsplejereformen 1916

Der består en tydelig sammenhæng mellem nye principper inden for strafferet og straffeprocess og de nye forfatningsprincipper i det 19. århundrede. På begge punkter forløb udviklingen i Danmark langsomt, men mens det dog i løbet af det 19. århundrede lykkedes at få tilvejebragt en ny strafferetlig kodifikation, kom arbejdet med en retsplejelovsreform, der modsvarede forfatningens krav om offentlighed og mundtlighed og om lægmænds deltagelse i strafferetsplejen, til at strække sig ud over århundredet. Først med retsplejereformen i 1916 fik Danmark en moderne straffeprocess. Reformen af strafferetsplejen blev kædet sammen med en almindelig retsplejereform, som også omfattede civilprocessen.

Som retsplejereformen eller retsreformen betegnes de bestræbelser, der igennem store dele af det 19. århundrede og i begyndelsen af det 20. århundrede blev udfoldet for at give det danske processystem et nyt og tilfredsstillende grundlag. Det endelige resultat blev en mammutlov, retsplejeloven af 1916, der indeholder reglerne såvel om domstolenes organisation som om civil- og straffeprocessen.

Bestræbelserne for at følge grundlovens anvisninger på en retsplejereform indledtes i 1850-erne særlig ved, at højesteretsassessor Mourier blev bedt om at give udkast til en ny lov om strafferetsplejen, men hverken dette forslag, som væsentligst byggede på fransk ret, eller et udkast af Hother Hage, som tog mere hensyn til ordningen i England, blev gennemført. Derimod vedtoges

i 1856 et forslag, som Hother Hage havde fremsat på rigsdagen, om indførelse af pligt for Højesteret til at ledsage sine domme af en begrundelse. Denne vigtige reform i Højesterets arbejdsgang blev af stor betydning for højesteretsdommenes præjudikatværdi. Få år efter, i 1861, vedtoges loven om oprettelse af en Sø- og Handelsret med offentlig og mundtlig procedure, og det samme gjaldt den i 1863 oprettede offentlige politiret i København, som var en afdeling af Kriminal- og politiretten.

Grundloven og retsplejen

Der består en snæver sammenhæng mellem procesretten og forfatningsretten. Domstolenes stilling i samfundet er garanteret i forfatningen, men hertil kommer, at hele det reformarbejde inden for procesretten, som i Danmark kom til at strække sig over så mange år, tog udgangspunkt i programmerklæringer, som var formuleret i grundloven. I junigrundlovens § 76 hedder det: »Retsplejen bliver at adskille fra forvaltningen«, mens § 74 bestemte at »Offentlighed og mundtlighed skal så snart og så vidt muligt gennemføres ved hele retsplejen«. Det var digteren N.F.S. Grundtvig, der som medlem af den grundlovgivende rigsforsamling havde formuleret og fået forsamlingens tilslutning til denne bestemmelse, som vel især tog sigte på strafferetsplejen, men var udformet således, at den gjaldt hele processystemet, også civilprocessen. I samme grundlovsbestemmelse var også optaget kravet om indførelse af nævninger: »I misgerningssager og i sager, der rejser sig af politiske lovovertrædelser, skulle nævninger indføres«.

Bestemmelsen i grundlovsforslaget om nævnings indførelse optoges efter forslag fra juristen og politikeren A.F. Krieger.

Grundloven indeholdt også andre bestemmelser af betydning for processystemet. Det gjaldt magtfordelingslæren, der tillægger domstolene den dømmende magt, og en række bestemmelser, som sikrede dommernes personlige uafhængighed, således bestemmelsen om, at dommere kun kan afskediges ved dom. Vigtig var også bestemmelsen i § 77, hvorefter domstolene kunne påkende ethvert spørgsmål om »øvrighedsmyndighedens grænser«. Herved fik domstolene en ret til at efterprøve forvaltningens afgørelser, som ikke havde eksisteret under enevælden.

Bestemmelserne i grundloven om domstolene og indretningen af retsplejen var ikke enestående. Tilsvarende bestemmelser fandtes i flere fremmede forfatninger, som alle var inspireret af procesordningen i England og Frankrig. Udgangspunktet for reformkravene var de fleste steder ønsket om indretningen af en straffeprocess, som i højere grad tilgodeså de hensyn til individets retsbeskyttelse, som var blevet formuleret i menneskerettighedserklæringerne i slutningen af det 18. århundrede, og ønsket om en reform af civilprocessen kom først i anden række.

I 1868 nedsattes en proceskommission med A.F. Krieger som formand. Medlemmer af kommissionen var den første præsident for Sø- og Handelsretten C.S. Klein, Hother Hage, professor J. Nellesmann og senere også professor Carl Goos.

Nellesmann var først og fremmest civilprocessualist, og det må antages, at det skyldes hans indsats, at reformarbejdet nu udvidedes fra strafferetsplejen til også at omfatte civilprocessen. Inden for civilprocessen var udviklingen gået i en noget anden retning end inden for straffeprocessen. Dommerne havde ingen aktiv rolle, men tog stilling til sagen på grundlag af parternes skriftlige indlæg. Dommerne var efter forhandlingsmaksimen bundet til at afgøre sagen efter parternes sagsfremstilling. Kun for Højesteret var den mundtlige procedure bevaret. Allerede i 1869 havde Nellesmann et udkast til en civilproces færdigt, som kom til at ligge til grund for kommissionens udkast til en ny civilproceslov fra 1877, der byggede på principperne om offentlighed og mundtlighed samt bevisumiddelbarhed altså førelse af beviserne direkte for den dømmende ret. Det var nye processuelle tanker inspireret især af et civilprocesudkast fra de tyske stater Hannover og Preussen. I Tyskland gennemførtes en ny civilproceslov (*Zivilprozessordnung*) på dette grundlag i 1877. Kommissionen fremlagde yderligere et udkast til straffeprocessen, som byggede på forarbejder af Carl Goos, samt et udkast til lov om domstolsorganisationen.

Om mundtlighed i retsplejen

Af J Nellesmann: Nogle Bemærkninger om Mundtlig Rettergang i Civile Sager og dennes Indflydelse på Retsorganisationen og Sagførervæsenet (UfR 1868, s. 1-2 og 22-23)

Skønt vi ikke plejer at vende blikket mod Tyskland, når talen er om politiske reformer og fremskridt, er der dog een retning, hvori vi kunne lære meget af vore sydlige naboer, nemlig i henseende til det, som antydes i overskriften. Tyskland har været stillet under samme forhold, som vi, i dette punkt. Fra en ren skriftlig procedure, der igennem teori og praksis var udviklet til et helstøbt og afsluttet system, har man i de sidste decennier i næsten alle tyske stater gjort overgangen til en mundtlig rettergang først i straffesager og dernæst i civile sager. Det har ikke kunnet være andet, end at mange misgreb er begåede under famlende forsøg, og at mange uklare tanker er kommet til gyldighed, for senere efter grundigere overvejelse og længere erfaring at opgives. Netop disse ufuldkomnheder og fejlgreb, der nu for største delen indses og erkendes, bør tjene os til lære, og når vi give os ifærd med opgavens løsning, ville det være uforsvarligt

at kaste vrage på de modnede domme og prøvede erfaringer, som langsomt men sikkert har uddannet sig og vundet almindelig tilslutning og anerkendelse i de tyske juristers store kreds.

...

Hermed syntes en reform at være inden for rækkevidde. De øjeblikkelige resultater af kommissionsarbejdet blev imidlertid kun delvise reformer. En konkurslov fra 1872, en udpantningslov fra 1873 og den endnu gældende skiftelov fra 1874 byggede således på udkast fra proceskommissionen. Selve hovedlovene om domstolsorganisationen, civil- og straffeprocessen blev derimod ofre for det politiske dødvande i provisorieårene. Nellemann havde i høj grad engageret sig på Højres side til, at et af ham som justitsminister fremsat forslag til ny proceslov kunne vente fremgang på rigsdagen, og end ikke den omstændighed, at en ny straffelov var trådt i kraft 1866, kunne fremme den presserende reform af straffeprocessen.

I forbindelse med de politiske forligsbestræbelser kom retsplejereformen på dagsordenen igen i 1891, og året efter nedsattes med C.S. Klein, som i mellemtiden var blevet overpræsident i København, som formand en ny proceskommission. Den afgav en betænkning i 1899, som med visse revisioner byggede på grundlaget fra 1877. Bl.a. havde man mulighed for at inddrage erfaringer fra Østrig i arbejdet, hvor en ny civilprocesordning var gennemført i 1895 (ÖZPO), som blev forbilledet for senere tyske reformbestræbelser og for procesreformer i de nordiske lande. Skaberens af ÖZPO var Franz Klein, som ønskede at styrke dommernes mulighed for materiel procesledelse bl.a. med henblik på at forkorte retssagerne.

Proceskommissionens i alt seks lovforslag, som tilsammen udgjorde en retsplejelov, drøftedes på de følgende folketingsamlinger, men da forslagene endelig i 1908 var blevet gennemført som lov, skete det i P.A. Albertis ministertid. Da han samme år meldte sig for millionbedragerier, måtte en retsplejereform, som bar hans navn, betragtes som kompromitteret, og der fremsattes derfor af hans efterfølger i venstre regeringen et næsten enslydende lovforslag, der blev vedtaget i 1909. For at spare det offentlige for nogle af udgifterne i forbindelse med reformens ikrafttræden udsatte man adskillelsen af domstole og forvaltningen og opgav indførelsen af en selvstændig anklagemyndighed. Det var en væsentlig forringelse af reformen, som der blev rådet bod på af den radikale regering, som endelig i 1916 fik retsplejereformen i hus. Reformen fik virkning fra 1. oktober 1919. Blandt fortalere for den nye

Danmark og Europa – 1848-1945

reform var H. Munch-Petersen, der som professor i proces udgav den første samlede fremstilling af processen efter de nye regler i *Den Danske Retspleje I-V* (1919).

Den endelige lov omfattede 1043 §§ fordelt på 95 kapitler i fem bøger, som behandlede domstolsorganisationen, fællesreglerne for civil- og straffeprocessen, civilprocessen og straffeprocessen. Hovedprincipperne i retsplejeloven – offentlighed og mundtlighed, bevisbedømmelsens frihed og en høj grad af bevisumiddelbarhed, indførelse af nævninger, oprettelse af adskilte dommer- og politimesterembeder og en særlig anklagemyndighed med en rigsadvokat i spidsen – er siden blevet fastholdt, men på mange punkter er retsplejeloven blevet ændret. I 1936 indførtes domsmandssystemet, og med hensyn til domstolsorganisationen er der senere sket en forskydning, således at nu byretterne og ikke som oprindelig landsretterne betragtes som den almindeligt kompetente instans. Hertil kommer talrige detailændringer, der ikke skal omtales her.

Ved retsreformens gennemførelse nedlagdes Landsover- samt Hof- og Stadsretten i København, Viborg overret og Kriminal- og Politiretten i København. De afløstes af Københavns Byret og Østre og Vestre Landsret i København og Viborg (og i 1920'erne tillige Søndre Landsret i Sønderborg), og i tilknytning til dem indførtes nævningeinstitutionen.

I 1919 blev det gamle by- og herredsfogedembede skilt, således at de hidtidige dommerfunktioner for fremtiden varetoges af en dommer, mens en politimester tog sig af de administrative opgaver. I den forbindelse nedlagdes en række gamle retskredse, og nye politikredse oprettedes.

Efter de seneste ændringer i retskredsinddelingen i 1972 er der i dag 84 retskredse i landet med en eller flere byretsdommere. Ved denne omlægning forsvandt de sidste rester af de gamle herredsnavne, som hidtil havde været en del af de enkelte underretsdommerembeders betegnelser.

Den offentlige ret

Den offentlige ret og særlig forvaltningsretten har fået en stadig stigende betydning i takt med den offentlige sektors vækst og dermed overhovedet det offentliges dominans. Nutidens administrative apparat er meget stort. Der er for tiden ca. 800.000 offentligt ansatte i Danmark. Den offentlige rets historie er langt mindre udforsket end privatretten, men i de senere år er dog administrationshistorien ved at udskille sig som en selvstændig disciplin.

Danmark og Europa – 1848-1945

I retsvidenskaben kom forvaltningsretten imidlertid længe til at spille en tilbagetrukket rolle. Umiddelbart efter grundloven af 1849 skrev Holck en forvaltningsret, men bortset herfra blev det først i dette århundrede, at denne del af retsvidenskaben fik sin selvstændige videnskabelige behandling. En af grundene hertil er muligvis den, at der ikke i Danmark som i Frankrig og Tyskland eksisterer særlige forvaltningsdomstole, hvis praksis kunne danne grundlag for en videnskabelig behandling. Det var imidlertid ud fra kendskabet til retspraksis i udlandet, først og fremmest i Frankrig, hvor en Cour d'Etat spillede den afgørende rolle i forvaltningsjurisdiktionen, at en forvaltningsretsvidenskab udviklede sig. I Tyskland grundlagdes en ny forvaltningsretsdisciplin af juristen Otto Mayer i 1890'erne, og det var fra ham, at den danske jurist Poul Andersen hentede inspiration til sit i Danmark banebrydende værk om *Ugyldige Forvaltningsakter* (1924), hvormed forvaltningsretten fik et nyt grundlag i Danmark. Begrebet forvaltningsakt var netop overtaget fra tysk og fransk terminologi. Poul Andersen udarbejdede senere en almindelig fremstilling af forvaltningen, og hertil er i de senere år samtidig med at forvaltningsretten er kommet til at spille en langt mere central rolle som juridisk disciplin, kommet en lang række nye værker.

Netop i løbet af 1930'erne havde kriselovgivning og en lang række andre regulerende indgreb fra det offentliges side bevirket en ekspansion i den offentlige sektor, som aktualiserede en fastlæggelse af grænserne for forvaltningens virksomhed i forhold til borgerne. Poul Andersens ugyldigheds-lære var præget af respekten for den enkeltes frihed og kravet på beskyttelse over for magtmisbrug. Den var derfor i særlig grad egnet til at danne grundlag for retspraksis vedrørende disse spørgsmål. Et nyt begreb, der i den forbindelse dukkede op i dansk ret, var begrebet magtfordrejning, som var introduceret af Poul Andersen som en oversættelse af den i den franske domstols praksis udviklede lære om ugyldighed på grund af ulovligt formål, »détournement de pouvoir«.

Arbejdsret og socialret

Arbejdsretten er ikke et produkt af det 19. århundredes industrialisering. Regler om lønarbejde og om forholdet mellem arbejdsgivere og ansatte har man haft langt tilbage i tiden. Den kollektive arbejdsret indtager derimod en særstilling og må ses i sammenhæng med opståen af faglige organisationer i det

19. århundrede og dermed i forbindelse med anerkendelse af foreningsfrihed og, for så vidt angår retten til demonstrationer, med forsamlingsfriheden.

Tyendeloven 1854

En første mere indgående regulering af forholdet mellem arbejdsgiver og ansatte fulgte først efter Grundloven af 1849 med tyendeloven af 1854. Loven var tænkt som en forbedring af tyendes retsstilling, men måtte alligevel i flere henseender anses som utilfredsstillende som beskyttelseslovgivning. Det var en liberalistisk lov, som byggede på parternes kontraktsfrihed i forbindelse med indgåelse af arbejdsaftalen. Husbond havde stadig en revselsesret over for sit tyende, og et pres på de ansatte var også bestemmelserne om skudsmålsbogen, det såkaldte *slavepas*, de tjenestebøger, som skulle opbevares af den ansatte og fremvises ved tiltræden og afrejse fra tjenesten. En bedring af de ansattes stilling indtrådte i 1921 med medhjælperloven, som ud over at afskaffe »tyende« som retligt begreb indeholdt præceptive regler til fordel for de ansatte.

Om individuelt ansatte fandtes regler i Danske Lov 3-19, først og fremmest om tyende. Loven byggede på tanken om en almindelig pligt til at arbejde, således at personer på landet uden fast arbejde betragtedes som landstrygere.

Tyende- og medhjælperlovene tog først og fremmest sigte på at regulere retsstillingen i personlige tjenesteforhold, hvor en person for en periode stiller sin legemlige arbejdskraft til rådighed for en anden i dennes husholdning. En forudsætning for kollektivaftalernes opståen var industrialiseringen. Fabrikarbejdernes forhold var ikke reguleret af tyendelovgivningen, og også for håndværkerne gjaldt særlige regler, som stod i sammenhæng med hele næringsvæsenets ordening. Om fabrikarbejderne gjaldt ingen særlige regler – arbejdsgiver og ansatte kunne frit regulere forholdet. Heri betød indførelsen af næringsfrihed og nyordningen af næringsforholdene i 1857 ingen ændring. Når der tales om arbejdsretten som en retlig nyskabelse i det 19. århundrede, er det derfor som regel den kollektive arbejdsret, der tænkes på. Den kollektive arbejdsret hænger snævert sammen med anerkendelsen af den faglige organisationsfrihed. Over hele Europa kostede det kamp at nå frem til organisationsfrihed, og også arbejderbevægelsens forsamlinger søgte statsmagten at lægge hindringer i vejen for. Et kendt dansk eksempel er forbudet mod en socialistisk demonstration i Fælledparken i maj 1872, som førte til det såkaldte *Fælledslag* mellem politi og demonstranter og for en tid lammede den socialistiske bevægelse. I Danmark nåedes i 1890'erne til enighed mellem fagforeninger og arbejdsgivere om principperne for faglig strid – Septem-

berforliget 1899. Strejken anerkendtes som et middel i lønkampen, men samtidig fastlagdes arbejdsgiverens ret til at lede og fordele arbejdet. 1910 oprettedes den permanente voldgiftsret, senere Arbejdsretten, og forligsmandsinstitutionen.

Et led i statsmagtens forsøg på at komme den sociale utilfredshed til livs og dermed at pacificere arbejderbevægelsen var oprettelsen i 1890'erne af sociale ordninger. I 1891 fik det offentlige fattigvæsen et nyt grundlag, alderspension indførtes 1891, arbejdsulykkesforsikring indførtes og i 1892 en sygekasseordning. Forbilledet for disse første forsøg på en sociallovgivning var Bismarcks socialreformer i Preussen umiddelbart forinden. Det tyske socialdemokratiske parti var det stærkeste i Europa og en kraftig modspiller over for »Jernkansleren«. En grundlæggende socialreform i Danmark gennemførtes dog først under den socialdemokratiske regering med K.K. Stejneger som socialminister i 1933 med de fire love om offentlig forsorg, folkeforsikring, ulykkesforsikring og nye regler om arbejdsanvisning og arbejdsløshedsforsikring.

Østeuropa

Østeuropas retshistorie danner ingen enhed, men er nøje knyttet til de vekslende politiske forhold. Sydøsteuropa med de nuværende stater Grækenland, Bulgarien, Rumænien og dele af det tidligere Jugoslavien stod længe under tyrkisk herredømme. Polen var delt mellem Rusland, Østrig og Preussen, mens Tjekkiet, Slovakiet og Ungarn var dele af det østrig-ungarske monarki.

I Rumænien gennemførtes i 1864 en kodifikation med Code civil som forbillede, mens der i de øvrige sydøsteuropæiske stater vedblev at gælde et retssystem med elementer af flere retsordener. I den preussisk administrerede del af Polen gjaldt ALR, mens ABGB fik indflydelse på retsudviklingen i de dele af Østeuropa, der hørte til det habsburgske monarki.

Rusland var i løbet af det 18. århundrede kommet i nær kontakt med det øvrige Europa. Under Zar Peter den Store gennemførtes i 1720-erne reformer med bl.a. Sverige som forbillede. Oplysningstidens strømninger fik en vis omend begrænset indflydelse under Katharina II i slutningen af 1700-årene. Men først efter Napoléonskrigene, der havde ført mange russere til Europa, gennemførtes mere indgribende reformer af retsvæsenet. I 1832 udsendtes en ny lovbog *Zvod zakonov*. Det var et omfattende lovværk i 15 bind med mere end 40.000 artikler. Indflydelsen fra Vesteuropa var begrænset, den spores især som påvirkning fra Code civil i privatretssystematikken. En moderne

Danmark og Europa – 1848-1945

civilretskodifikation fik det gamle Rusland ikke, men en indgribende procesform fandt sted i 1864 med de franske proceslove, *Code d'instruction criminelle* og *Code de procedure civile* som forbillede. Der indførtes offentlighed og mundtlighed, akkusationsproces og domstolens uafhængighed sikredes. Statsretligt forblev Rusland enevældigt. Under Sovjetregimet udsendtes nye socialistiske lovbøger i 1922 og 1946. Efter kommunismens fald og indførelse af demokrati og markedsøkonomi har det været nødvendigt at udarbejde en ny lovbog efter nye principper. I 1995 var første bog med almindelige principper for personret og formueretten færdig. I 1996 fulgte anden bog om kontrakter og erstatning, mens et tredje bind om immaterialret, arv og international privatret er under forberedelse.

England

Udviklingen i England var en ganske anden end på kontinentet. De metoder, som udvikledes i studiet af de nye europæiske kodifikationer vandt ikke indpas her, men tysk retsvidenskab påvirkede dog enkelte forfattere, som i slutningen af det 19. århundrede i store lærebøger (Text-books) søgte at give mere sammenfattende beskrivelser af dele af engelsk ret. Grundlaget for engelsk ret var imidlertid stadig common law's case law, således som den dyrkedes i retspraksis, mens retsundervisningen og retsvidenskaben kun spillede en mindre rolle. Sprogbarrieren var vel ikke uden indflydelse på engelsk rets isolering. Romerretsstudiet var takket være Savignys indflydelse dominerende i Tyskland, men som retshistorikeren Pollock skriver: »The literature on Roman Law to be found in our own language was, with few exceptions, antiquated or contemptible« (*Introduction* til Henry Sumner Maine: *Ancient Law*). Engelske jurister havde ikke den retsvidenskabelige tradition eller de hjælpemidler, som kunne danne en bro mellem kontinental og engelsk retsvidenskab.

De store fornyere af engelsk ret var og er til en vis grad stadig dommere, som da også i England i almindelighed nyder større prestige end universitetslærere. Dette har efterhånden ændret sig, og nogle års juridisk studium ved et universitet er idag et krav til en vordende jurist. Her læses nu også engelsk ret, mens romerretten – Civil Law – er reduceret til et bifag. De tider er trods alt forbi, hvor man, som den berømte engelske statsretslærer Dicey gjorde det i sin indledningsforelæsning, kunne spørge: »Can English Law be taught at the Universities?« (1883).

Danmark og Europa – 1848-1945

Særlig engelsk retsfilosofi har ydet vigtige bidrag til europæisk retstænkning. Fra forrige århundrede kan nævnes positivisten John Austin (d. 1859) med *Province of Jurisprudence Determined* (1832), som samtidens engelske praktikere ikke satte højt. Kendte retshistorikere er Henry Sumner Maine med *Ancient Law* (1881), samt Maitland og Holdsworth, der står for omfattende undersøgelser af den særegne engelske retshistorie.

I de senere år er lovgivning, Statute Law, i England kommet til at spille en vigtigere rolle, og selv om de gamle modsætninger mellem »common law« og »Civil Law« stadig har betydning, er en vis tilnærmelse på vej.

Det Tredje Rige og retten

Interessen for retsforholdene i Hitlers Tyskland har i de senere år været stærkt stigende. En lang række nye monografier og samleværker afdækker hidtil ukendte eller fortrængte sider af retslivet. Perverteringen af retten er et hyppigt anvendt slagord i forbindelse med den nazistiske retsorden. Perioden 1933-45 i Tyskland hører med til den europæiske retshistorie som et eksempel på, hvorledes en retsstat i løbet af kort tid med retlige midler kan forvandles til sin modsætning, og den skal kort introduceres her.

Ved Hitlers magtovertagelse i 1933 begyndte en hastig afmontering af den forfatning fra 1919, som dannede grundlag for den såkaldte Weimarrepublik. Ved en »Ermächtigungsgesetz« i 1933 overdrog rigsdagen den lovgivende magt til regeringen, staten blev en etpartistat, hvor kun det nationalsocialistiske parti (DNSAP) anerkendtes, al magt centreredes hos føreren, Adolf Hitler, hvis vilje var lov.

Inden for strafferetten gennemførtes betydelige skærpelser bl.a. ved ophævelsen af analogiforbudet, således at ikke blot forbrydelser ifølge straffelovbogen kunne straffes, men også sådanne, »die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.« Udtrykket »nach gesundem Volksempfinden« var en vej for nationalsocialistiske tanker til at gennemsyre retssystemet.

Romerretten blev af de nationalsocialistiske ledere lagt for had som et individualistisk og asocialt retssystem, der ikke tjente fællesskabets interesser, og dermed rettedes kritikken også mod den romerretligt inspirerede BGB. I stedet ønskede man en folkelovbog (Volksgesetzbuch) i nationalsocialistisk ånd. Der oprettedes et Akademie für deutsches Recht, som skulle skabe det

Danmark og Europa – 1848-1945

videnskabelige grundlag for retsreformer, og arbejdet med en ny lovbog gik igang, uden at der dog opnåedes resultater.

Ved de såkaldte Nürnberglove fra 1935 blev ægteskab mellem jøder og ikke-jøder forbudt, og overhovedet skete en stadig forringelse af jødernes retsstilling, indtil den totale tilintetgørelse satte ind under krigen.

En vej til gennemførelse af nationalsocialistiske principper i civilretten var BGB's generalklausuler, som af domstolene kunne fortolkes som indeholdende en henvisning til »gesundes Volksempfinden.« På den måde kunne f.eks. kontrakter med jødiske kontrahenter kendes ugyldige, og beskyttelsen af jødiske lejere mod uberettiget opsigelse faldt bort ud fra samme tolkning.

Gamle begreber fra den germanske retshistorie indgik i den nationalsocialistiske ideologi, »Treue«, »Gehorsam«, »Genossenschaft«, »Gefolgschaft«, »Sippe« m.v. og henvisninger til germansk ret kunne anvendes som legitimation for overgreb. Det hævdedes således, at germanerne havde straffet homoseksualitet med dødsstraf som led i tilintetgørelsen af seksuelle afvigere. En del fremtrædende jurister og også germanister gik aktivt ind for det nye styre, mens andre forholdt sig mere neutrale. Om nogen direkte anvendelse af den germanske retshistorie som legitimation for nationalsocialistiske begreber er der dog ikke tale, da de fleste af begreberne allerede i det 19. århundrede som følge af begrebsjurisprudensens konstruktive metode havde fået en formulering og udformning, som lå fjernt fra de retshistoriske kilder. Det var ikke mere historiske begreber, men begreberne levede deres eget liv og kunne bruges til hvad som helst. Et »germansk« ejendomsbegreb kunne enhver bruge på sin måde.

Radbruchs tese

Efter krigen oplevede naturretten i en periode en renæssance i et forsøg på at bortforklare det tredje riges ret som en »gesetzliches Unrecht«. Den tyske retsfilosof Gustav Radbruch (1878-1949) lagde navn til den tese, at lovmæssig uret måtte vige for den ret, der stod over loven.

Moderne retshistorisk forskning i den nationalsocialistiske ret anlægger nu mere realistiske synsvinkler, og peger på generalklausulerne og en friere dommerholdning som årsager til, at nazistisk ideologi kunne trænge ind.

Besættelsen og retsopgøret

Den 9. april 1940 blev Danmark besat af tyske tropper, og besættelsen varede til den 5. maj 1945. Danmarks retlige status under Anden Verdenskrig har været diskuteret. Ordningen var særegen i forhold til de fleste andre besatte lande, der var underlagt krigsadministration. Danmark var efter den almindelige opfattelse ikke i krig med Tyskland, men heller ikke neutralt. Undertiden tales om en *neutralitet sui generis* i hvert fald frem til den 29. august 1943, da regeringen trådte tilbage. Efter aftale med besættelsesmagten vedblev danske myndigheder, Rigsdag, regering, domstole og administration nemlig at fungere uafhængigt af besættelsesmagten. Den imødekommende danske politik over for besættelsesmagtens krav kaldes »Forhandlingspolitikken« eller »samarbejdspolitikken«. Man taler også om den officielle kollaborationspolitik. Besættelsen medførte, at der vedtoges en række ekstraordinære love om straf for bl.a. propaganda eller sabotage rettet mod besættelsesmagten. Der gennemførtes i 1941 en lov om forbud mod kommunistpartiet og også frihedsrettighederne indskrænkedes. Disse love blev håndhævet af dansk politi og danske domstole. Som nævnt fortsatte en dansk regering indtil august 1943. Administrationen varetoges derefter af administrationscheferne, og denne sidste del af besættelsesstyret kaldes derfor for departementschefsstyret.

Allerede under besættelsen indledtes drøftelser af, hvorledes et retligt opgør efter besættelsen skulle gennemføres.

Retsopgøret er betegnelsen for dette strafferetlige opgør, der efter besættelsen fandt sted med dem, der ansås for at have været på den gale side under besættelsen. Opgøret var indvarslet i efteråret 1943 af modstandsbevægelsen i »Når Danmark atter er frit«. Blandt parolerne, som fastholdtes var, at samarbejdspolitikens politikere ikke skulle mødes med strafferetlige sanktioner. Selve opgøret forberedtes af et udvalg nedsat af modstandsbevægelsen med juristerne Niels Busch-Jensen fra »Ringene« og kommunisten Carl Madsen som de drivende kræfter. Kort før besættelsen mødtes modstandsbevægelsens jurister med kontorchef Herfelt fra justitsministeriet, rigsadvokat Pihl og den konservative højesteretssagfører Henning Hasle, der var tidligere minister, uden at der dog kunne opnås enighed om et udkast til lov. For modstandsbevægelsen var det afgørende, at en straffelov med tilbagevirkende kraft gennemførtes, og at loven fik gyldighed helt tilbage til 9. april 1940, mens politikere og embedsmænd foretrak datoen 29. august 1943 som skæringsdato. Der var enighed om indførelse af dødsstraf (med den begrundelse af undgå lyn-

chjustits), men modstandsbevægelsen ønskede tillige, at retsopgøret gennemførtes ved særlige domstole, som nød modstandsbevægelsens tillid. I diskussionen om straffelovstillægget spillede spørgsmålet om lovgivning med tilbagevirkende kraft kun en begrænset rolle. Der var udbredt enighed om, at det var nødvendigt at skærpe den eksisterende lovgivning, og at grundloven ikke stillede sig i vejen for straffelovgivning med tilbagevirkende kraft.

Straffelovstillægget

Af Lov nr. 259 af 1. juni 1945 om tillæg til borgerlig straffelov

§ 1: Denne lovs bestemmelser kommer til anvendelse på handlinger, der er foretaget i tiden fra og med den 9. april 1940 indtil 1 år efter lovens ikrafttræden. Borgerlig straffelovs almindelige bestemmelser om forholdet mellem ny og ældre lov er ikke til hinder for at påkendelse sker i henhold til de ved denne lov fastsatte regler.

De i denne lov omhandlede handlinger, der er foretaget forinden den 29. august 1943, er straffri, såfremt gerningsmanden handlede i henhold til lov eller ordre eller anvisning givet af lovlig dansk myndighed indenfor dennes myndighedsområde. Er handlingen foretaget på eller efter nævnte dato, kan under den nævnte forudsætning tiltale undlades eller straffen nedsættes eller under særligt formildende omstændigheder bortfalde.

§ 3: For handlinger omfattet af denne lov anvendes følgende straffe: livsstraf og fængsel. Arbejdshus, sikkerhedsforvaring eller psykopattfængsel kan ikke idømmes efter denne lov. Betingede straffedomme finder ikke anvendelse.

Livsstraf fuldbyrdes ved skydning efter nærmere ved kgl. anordning fastsatte regler. Livsstraf kan ikke idømmes personer, som ved den strafbare handling foretagelse ikke var fyldt 18 år.

Fængsel idømmes fra 4 år indtil på livstid. Straffen kan dog ikke sætte lavere end det dobbelte af den i borgerlig straffelov for vedkommende handling foreskrevne mindste straf. Under formildende omstændigheder kan straffen nedsættes indtil fængsel i 1 år. Hvor strafnedsættelse er hjemlet, kan straffen gå ned til fængsel i 30 dage.

Prøveløsladelse i henhold til straffelovens § 38 kan ikke finde sted. Fangerne anbringes snarest muligt i særlige strafanstalter. De nærmere regler for strafudståelsen fastsættes ved kgl. anordning.

...

§ 10: Den, der har hvervet eller ladet sig hverve til tysk krigstjeneste, straffes med fængsel. Hvor særlige hensyn gør sig gældende, kan der finde strafnedsættelse sted, og under ganske særlige omstændigheder kan tiltale undlades.

Med fængsel straffes endvidere den, der har gjort tjeneste i et korps, som virkede i tilknytning til besættelsesmagten mod den danske stats lovlige organer eller dens borgere, eller som iøvrigt her i landet i tysk tjeneste har udøvet virksomhed af politimæssig karakter.

For den, som efter den 19. september 1944 har udøvet politimæssig virksomhed ved tjeneste i Hipo-Korpset, Sommer-Korpset eller anden lignende organisation, er straffen livsstraf eller fængsel ikke under 10 år.

Retsopgørets hovedlov, det såkaldte straffelovstillæg, behandlede på rekordtid i Justitsministeriet og på Rigsdagen og kunne underskrives den 1. juni 1945. Grundprincipperne var, at loven havde tilbagevirkende kraft regnet fra den 9. april 1940, idet det dog kunne tillægges betydning om en handling før den 29. august var udført i henhold til »lov, ordre eller anvisning« fra lovlig dansk myndighed. Minimumsstraffen var fængsel i fire år – dette begrundedes med, at kun de alvorligste sager skulle føre til dom – og der indførtes dødsstraf i tilfælde af drab, vold, angiveri og alvorlige politiske forbrydelser. Straffelovstillægget indeholdt bestemmelser om drab og vold, deltagelse i tysk krigs- og polititjeneste, angiveri, groft værnemageri og andre tilfælde af bistand til besættelsesmagten. I tilknytning til straffeloven gennemførtes et retsplejelovstillæg, der på forskellig måde fraveg almindelige procesregler bl.a. ved afskaffelse af nævninger i disse sager. Yderligere bestemtes, at sigtede skulle holdes varetægtsfængslet under hele sagen. Modstandsbevægelsen havde ikke tillid til dommerne, som havde dømt modstandsfolk efter de ekstraordinære love under besættelsen, og ønskede derfor særlige dommere udpeget. Men det endte alligevel med, at der blandt de ordinære dommere udpegedes de dommere, der skulle stå for opgøret lige som anklagemyndigheden overdroges de ordinære statsadvokater. Fra modstandsbevægelsen udnævntes som den eneste statsadvokat Carl Madsen, der påtog sig ansvaret for gennemførelsen af opgøret med den økonomiske kollaboration, værnemagerne, der foruden straffelovstillægget støttedes på en særlig værnemagerlov, der lagde vægt på, at der havde fundet et »utilbørligt« økonomisk samkvem sted.

I alt blev ca. 13.500 personer dømt i henhold til de to love. Langt den overvejende del af de dømte var mænd, og hovedparten af de dømte straffedes for deltagelse i tysk krigstjeneste under en eller anden form. Denne del af opgøret gav anledning til diskussion, da forsvaret for de tiltalte rejste spørgsmålet, om ikke hvervning til bl.a. Frikorps Danmark, der var godkendt

Danmark og Europa – 1848-1945

af regeringen og dermed faldt ind under undtagelsesbestemmelsen om »anvisning« fra lovlig dansk myndighed. Korpset var hvervet i Danmark blandt danskere og stod under kommando af danske officerer, der officielt havde fået tilladelse til at »træde uden for nummer« for at indtræde i korpset. Domstolene valgte uanset denne tvivl at dømme, idet dog Højesteret fastlagde to års fængsel som straf for almindelig krigstjeneste.

Opgøret fik en vanskelig start, da der i anklagemyndigheden var tvivl om forståelsen af lovens bestemmelse om fire års minimumsstraf. Resultatet blev, at der i meget vidt omfang blev rejst tiltale, og domstolene fulgte i vidt omfang anklageskriftet og tog kun sjældent hensyn til forsvarernes henvisning til regeringens politik. Opgøret blev dermed strengt, ikke mindst i begyndelsen, hvor en række mindre sager, der var lettere at overskue kom for. I 1946 faldt den første dødsdom. I alt 46 personer blev henrettet, idet en del af de i alt 78 dødsdømte senere blev benådet.

Kritikken af det danske retsopgør har især rettet sig mod dets strenghed, men der er også sat spørgsmålstegn ved retfærdigheden af, at domstolene slet ikke lagde vægt på politikernes holdning og udtalelser under besættelsen og dermed – som det også måtte forventes efter domstolenes holdning under besættelsen – viste ringe selvstændighed.

Efterhånden gennemførtes en revision af loven og de idømte straffe, men det kom som regel kun de senest dømte til gode. De ofte mindre alvorlige sager, der pådømtes i retsopgørets begyndelse, førte således til forholdsvis højere straf end de senere mere alvorlige, der nød godt af de mildere vinde, der blæste efter 1947. Det gjaldt også benådnings af dødsdømte. Der er således en sandhed i den bebrejdelse, at opgøret især ramte »de små fisk«. Politikerne gik helt fri, idet resultatet af den Parlamentariske Kommissions undersøgelse fik lov til at trække ud, mens det øvrige opgør gennemførtes, uden hensyn til opgøret med politikerne. Det var en anden væsentlig skævhed ved opgøret, som formentlig accepteredes af politikerne, der var interesseret i at aflede opmærksomheden ved at støtte en strengt strafferetligt opgør. Der var dog kræfter og så på Rigsdagen, der så kritisk på opgøret, men de neutraliseredes til en vis grad ved betegnelsen »modbevægelsen«, hvis synspunkter dog i dag på mange måder anerkendes som en rimelig kritik af en meget rigid gennemførelse af straffelovstillæggets grundsætninger, som førte til, at mange ret bagatelagte forhold belagdes med en straf af op til to års fængsel.

Opgøret med værnemagerne fik en noget anden karakter, da statsadvokat Carl Madsen ret hurtigt måtte opgive at rejse tiltale mod en række større entreprenørvirksomheder, der støttedes af regeringen. Denne del af opgøret

var præget af, at udtrykket »utilbørlig« gjorde det nødvendigt på en helt anden måde at tage hensyn til regeringens holdning og det udførte arbejdes betydning for besættelsestidens politik. Resultatet blev, at værnemageropgøret især kom til at rette sig mod mindre virksomheder, der på mindre væsentlige områder havde udvist anstødeligt initiativ eller var ekspanderet kraftigt på grund af økonomisk samkvem med besættelsesmagten.

Retsopgøret efter besættelsen hører til de emner, der stadig påkalder sig interesse. Det skyldes nok ikke mindst det moralske spørgsmål opgøret rejser om sammenhængen mellem samarbejdspolitikken og selve opgøret. Det rejser spørgsmål, om politikernes ansvar og deres manglende vilje til efter besættelsen at stå ved den førte politik. Opgøret rejser også spørgsmål om danske domstoles rolle som følgagtige i et opgør, der ved at bygge på love med tilbagevirkende kraft måtte give anledning til forsigtighed og kritik over for politiske ønsker om domfældelse af så mange som muligt. Til gengæld lykkedes det at gennemføre opgøret uden at der på længere sigt opstod en gruppe af udstødte domfældte i det danske samfund, det skyldtes nu i vidt omfang gode økonomiske konjunkturer, men også et politisk opportunistisk ønske om at forøge arbejdsstyrken.

En del af retsopgøret rettede sig mod de offentligt ansatte. En særlig *tjenestemandsdømstol* nedsat ved lov fik som opgave at undersøge og påkende sager mod tjenestemænd i stat og kommune for nogle særligt i loven opregnede forhold. Det drejede sig om 1) medlemskab af et nazistisk parti, 2) udvisning af »uværdig national adfærd«, 3) ydelse af hjælp til besættelsesmagten og 4) unødvendigt samkvem med medlemmer af besættelsesmagten. Tjenestemandsdømstolen bestod af tre medlemmer med en dommer som formand. Dømstolen kunne pålægge disciplinær straf, forsættelse til anden tjeneste, forflyttelse, degradation eller afskedigelse med hel eller delvis fortabelse af ret til pension. Dømstolen kom til i alt at behandle ca. 600 sager, hvoraf ca. 200 afsluttedes med frifindelse. Ca. 300 tjenestemænd blev afskediget med fuld, delvis eller uden pension, mens de øvrige blev mødt med andre sanktioner. I forhold til det samlede antal af tjenestemænd må udrensningen betragtes som beskeden og et dermed udslag af, at den danske administration i det store og hele fungerede uden tysk indblanding, lige som tilknytning til et nazistisk parti ikke af nogen udnyttedes til advancement el. lign.

Derved at medlemskab af et nazistisk parti kunne medføre en sanktion adskilte opgøret med tjenestemændene sig fra retsopgøret i øvrigt, der ikke kriminaliserede partimedlemsskab. Som begrundelse angav man, at tjenestemænd stod i et særligt troskabsforhold til staten.

Også tjenestemandsopgøret blev ramt af kritik. Det gjaldt først og fremmest opgørets største og mest omtalte sag, sagen mod Statsbanernes generaldirektør Peter Knutzen væsentligst på grundlag af en række udtalelser, der for mange måtte stå som dækket af den officielle politik. Sagen mod ham virkede urimelig, når politikerne gik fri. Generaldirektøren afskedigedes, og denne afgørelse stadfæstedes af en ankedomstol for tjenestemandssager, der oprettedes i 1945. Sammenfattende kan om tjenestemandstolens siges, at der anlagdes en streng opfattelse med hensyn til afskedigelse på grund af partimedlemskab, uanset de pågældendes stilling, og spørgsmålet om forståelsen af lovens udtryk »uværdig national adfærd« førte også til, at rene bagateller kunne føre til sanktion. Tjenestemandstolens virke viste som mange andre af retsopgørets sager dommernes utilbøjelighed til at tage selvstændig stilling. Og ikke mindst sagen mod generaldirektøren for Statsbanerne demonstrerede dommernes manglende evne til at skelne væsentligt fra uvæsentligt eller overhovedet at bedømme besættelsestidens forhold, som de måtte tage sig ud på gerningstidspunktet og ikke, som de så ud i bagklogskabens lys.

Frikorpsdommen

Højesteretsdom af 27. november 1945. UfR 1946, s. 31-34.

Rigsadvokaten mod Erik Kam (Højesteretssagfører H.H. Bruun).

Statsforbrydelser – Strafferetspleje VII. Myndighedernes holdning overfor Frikorps Danmark kunne ikke anses som en under § 1, Stk. 2, i Straffelovstillæget nr. 259 af 1. juni 1945 faldende anvisning om at melde sig til korpset, idet det dels ville være lidet stemmende med den sproglige forståelse af ordet anvisning, dels ville medføre en væsentlig begrænsning af reglen i § 10, stk. 1, som hverken kunne anses vel forenelig med denne bestemmelses indhold eller tilsigtet af lovgivningsmagten, ligesom en sådan opfattelse ikke havde støtte i lovens forarbejder. Herefter, og idet spørgsmålet om en tiltalt, der i april 1942 havde meldt sig til korpset, havde troet at handle i hh. t. myndighedernes anvisning, ville kræve en selvstændig bedømmelse af bevisernes vægt og derfor var endelig afgjort af Landsretten, tiltrådtes det, at tiltalte var anset efter Straffelovstillægets § 10, stk. 1. (Dissens).

Strafnedsættelse – Idet der i regeringens holdning og det om tiltaltes forhold oplyste fandtes at være grundlag for en nedsættelse af straffen efter Straffelovstillægets § 10, stk. 1, 2. punktum, jvf. § 3, stk. 3, 3 pkt., bestemtes straffen til fængsel i 2 år. (Dissens).

Strafferetsforhold i alm. – Tiltalte kendtes uværdig til almen tillid for et tidsrum af 5 år. (Dissens).

Københavns Byrets dom 18. juli 1945 (21. afd).

Under denne sag, der er behandlet under medvirken af domsmænd, tiltales arrestanten, Erik Kam, ifølge statsadvokatens anklageskrift af 28. juni 1945 til at lide straf i medfør af lov nr. 259 af 1. juni 1945 om tillæg til borgerlig straffelov § 10, stk. 1, ved i april 1942 i København at have ladet sig hverve til tysk krigstjeneste i Waffen S.S., hvorefter han i tiden indtil maj 1944 gjorde tjeneste på østfronten i det nævnte våben.

Tiltalte er født den 26. oktober 1919 og er ikke fundet tidligere straffet.

Tiltalte har forklaret, at han indmeldte sig i Frikorpset af idealistiske grunde for at kæmpe mod Rusland for Finlands skyld. Efter uddannelsen var han ved Østfronten fra december 1943 til januar 1944, da han blev alvorlig såret, og han blev hjemsendt i maj 1944. Han havde aflagt ed til Hitler i slutningen af 1942. Han var på orlov her i landet i 3 uger i sommeren 1943. På grund af forholdene i Danmark søgte han at blive hjemsendt, men uden held, indtil han blev såret. Fronttjenesten udførte han i Korps Nederland, hvor han til tider var eneste dansker. Tiltalte hørte først om begivenhederne den 29. august 1943 flere måneder efter, at de var sket. Tiltalte har henvist til, at han indmeldte sig i frikorpset til tjeneste på Østfronten efter anvisning af den danske regering.

Retten finder, at der må gives tiltalte medhold i, at han kan have opfattet forholdet således, at regeringen gav anvisning på, at danskere indmeldte sig i Frikorpset, og under hensyn hertil og til, at han blev såret og ukampdygtig ret hurtigt efter, at han havde fået at vide om begivenhederne den 29. august 1943, findes hans handlinger straffri efter straffelovstillæggets § 1, stk. 2. ...

Østre Landsrets dom 30. august 1945 (IX Afd.).

Den indankede dom, der er afsagt den 18. juli 1945 af Københavns Byrets 21. Afdeling (Sag NL 20/1945), er påanket af anklagemyndigheden til domfældelse af tiltalte, Erik Kam, i overensstemmelse med anklageskriftet. Tiltalte har påstået dommen stadfæstet.

Landsretten kan ikke tiltræde, at tiltalte har opfattet regeringens holdning overfor Frikorpset på den i dommen angivne måde, og tiltalte vil derfor være at anse efter Straffelovstillæggets § 10, stk. 1.

Straffen findes at kunne bestemmes til fængsel i 4 år, hvoraf 66 dage anses udstået. Tiltalte kendes for bestandig uværdig til almen tillid. ...

Højesterets dom

Den i denne sag af Østre Landsret afsagte dom er med Justitsministeriets tilladelse indanket for Højesteret af tiltalte.

I pådømmelsen har tretten dommere deltaget.

Det bemærkes, at tiltalen angår tiltaltes indtræden i Frikorps Danmark.

Tiltalte har støttet sin frifindelsespåstand på bestemmelsen i Straffelovstillæggets § 1, stk. 2, idet han har henvist til regeringens holdning overfor Frikorps Danmark, således som den bl.a. har fundet udtryk i Krigsministeriets cirkulæreskrivelse af 8. juli 1941 til Hærens afdelinger m.fl. og i Ritzau's Bureaus officielle meddelelse af 4. s.m. om oberstløjtnant Kryssings overtagelse af kommandoen over Frikorpset.

Tolv dommere finder ikke, at myndighedernes holdning overfor Frikorps Danmark kan anses som en under straffelovstillæggets § 1, stk. 2, faldende anvisning om at melde sig til korpset, idet dette dels ville være lidet stemmende med en sproglige forståelse af ordet anvisning, dels ville medføre en meget væsentlig begrænsning af reglen i § 10, stk. 1, som hverken kan anses vel forenelig med denne bestemmelses indhold eller tilsigtet af lovgivningsmagten, ligesom en sådan opfattelse ikke har støtte i lovens forarbejder.

Herefter og idet spørgsmålet om, hvorvidt tiltalte har troet, at han handlede i henhold til myndighedernes anvisning, ville kræve en selvstændig bedømmelse af bevisernes vægt og derfor er endeligt afgjort ved landsrettens dom, tiltræder disse dommere, at tiltalte er anset efter straffelovstillæggets § 10, stk. 1.

Syv af disse dommere finder, at der i regeringens holdning og i det om tiltaltes forhold oplyste er grundlag for en nedsættelse af straffen efter straffelovstillæggets § 10, stk. 1, 2. pkt., jvf. § 3, stk. 3, 3. pkt., og stemmer herefter for at stadfæste landsrettens dom, dog således, at straffen nedsættes til fængsel i 2 år, hvoraf nu 125 dage anses udstået, og således, at tiltalte kun for et tidsrum af 5 år kendes uværdig til almen tillid.

Fem af de nævnte tolv dommere finder, at der efter det om tiltaltes personlige forhold oplyste, herunder hans medlemsskab af DNSAP, og under særligt hensyn til, at han lod sig hverve på et tidspunkt da Frikorpset og den danske befolknings gensidige indstilling var klarlagt, ikke er grundlag for at fastsætte straffen lavere end til lovens almindelige minimum eller for kun at frakende tiltalte almen tillid for et bestemt tidsrum, og de stemmer derfor for at stadfæste landsrettens dom, dog at der nu fradrages 125 dage.

Een dommer bemærker følgende:

Ved den ovennævnte skrivelse af 8. juli 1941 har krigsministeriet med tilslutning af den øvrige regering og de samarbejdende rigsdagspartier meddelt, at den danske regering havde givet tilladelse til, at faste befalingsmænd og hjemsendte værnepligtige meldte sig til Frikorps Danmark, idet der i skrivelsen derhos er givet nærmere forskrifter om, hvorledes de pågældende skulle forholde sig, samt udtalt, at det ikke måtte vanskeliggøres for dem at indtræde i korpset. Samtidig hermed blev der som ovenfor nævnt gennem Ritzaus Bureau udsendt en officiel Meddelelse om, at oberstløjtnant Kryssing med den kongelige danske regerings billigelse havde overtaget kommandoen over Frikorps Danmark, og at alle, der havde aftjent deres værnepligt, kunne melde sig til korpset. Denne stilling overfor

Danmark og Europa – 1848-1945

Frikorpset har regeringen derefter på forskellig måde lagt for dagen, blandt andet ved korpsets afrejse fra landet og senest, kort før tiltalte lod sig hverve, ved regeringserklæring af marts 1942, der bl.a. udtaler: »Frivillig deltagelse i krige, hvori den danske stat ikke tager del, er tilladt efter dansk ret og tradition såvel som efter Folkeretten.« Samme standpunkt som regeringens er endvidere taget af lovgivningsmagten ved lov nr. 527 af 22. december 1941 om bemyndigelse til at afvige fra visse bestemmelser i Hærloven og ved senere love.

Ved denne holdning findes regeringen at have givet en sådan tilskyndelse til at indtræde i Frikorpset, at tiltalte, hvis forhold ikke ville være strafbart efter straffelovens § 101, må anses at have handlet i henhold til anvisning af lovlig dansk myndighed og således i medfør af straffelovstillæggets § 1, 2. stk., må være straffri. Denne dommer vil herefter frifinde tiltalte.

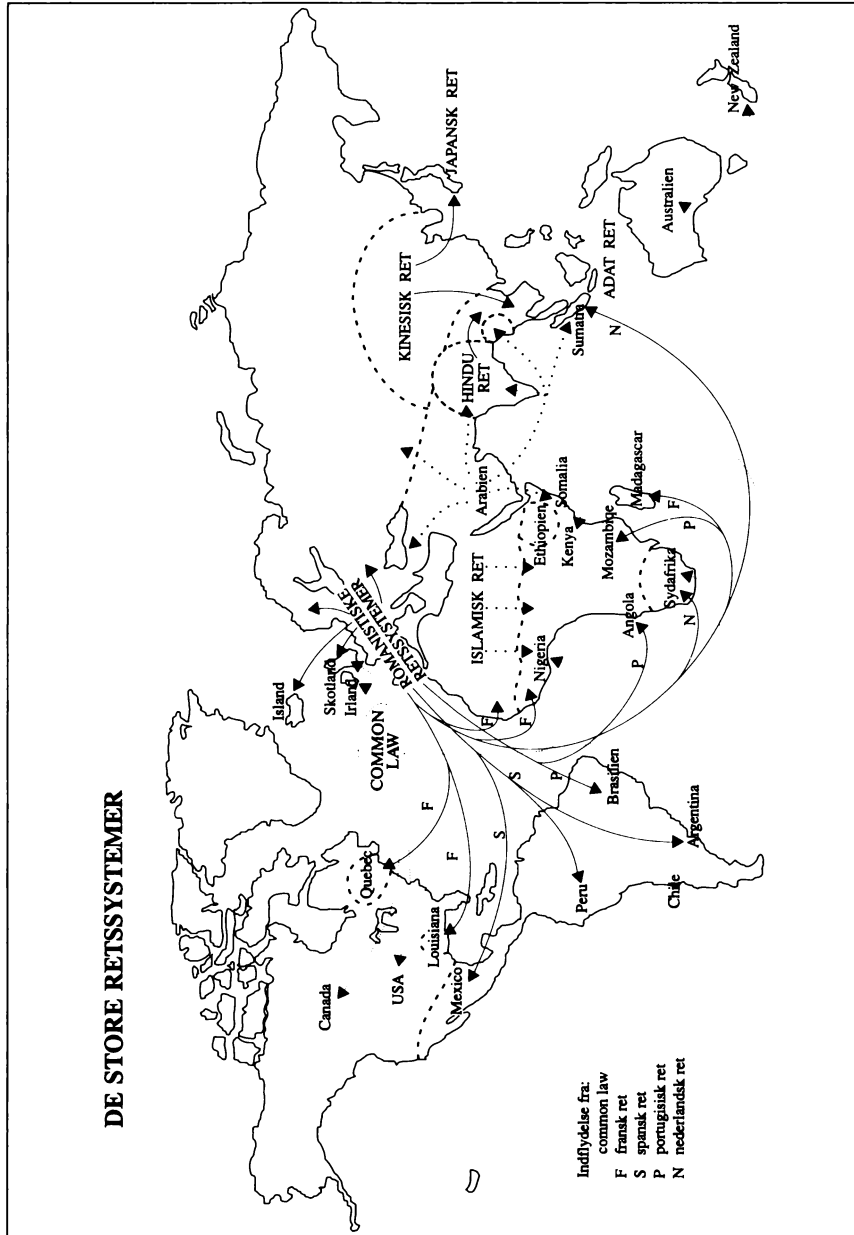
Der vil være at give dom efter stemmeflertallet.

Thi kendes for Ret:

Landsrettens dom bør ved magt at stande, dog at straffetiden bestemmes til 2 år, hvoraf nu 125 dage anses udstået, og at tiltalte, Erik Kam, kendes uværdig til almen tillid for et tidsrum af 5 år.

Der tillægges højesteretssagfører Bruun i salær for Højesteret og i godtgørelse for udlæg 400 kr. og 32 kr. 10 øre, der udredes af det offentlige.

VIII
GLOBALE PERSPEKTIVER



Europa efter 1945

Det hævdes undertiden, at Anden Verdenskrig først sluttede med Berlinmurens fald 1989, kommunismens sammenbrud i Østeuropa og etableringen af nye regimer i de tidligere kommunistiske lande. Den engelske historiker Erich Hobsbawm taler om »Det korte århundrede«, som han kalder perioden fra 1914 til 1989. Kort efter afslutningen af Anden Verdenskrig begyndtes imidlertid bestræbelser for at etablere et europæisk samarbejde, som skulle vise bæredygtighed også ind i det næste årtusinde. På initiativ fra den engelske statsmand Winston Churchill oprettedes 1949 Europarådet som et politisk forum. Forsvarssamarbejdet institutionaliseredes samme år i NATO. Et økonomisk samarbejde fandt sted i OEEC. På dette grundlag arbejdedes i de følgende år videre. Ideen til et Europæisk Kul- og Stålfællesskab, der som en supranational institution skulle råde over ressourcer, der kunne anvendes i militærindustrien, fostredes først og fremmest af den franske statsmand Jean Monnet, der indså at politisk og økonomisk samarbejde hørte sammen. Ideen var at fordele beslutningskompetencen, som tidligere havde ligget hos især Tyskland og Frankrig på en supranational organisation. På dette grundlag skabtes senere Det europæiske Fællesskab, der blev til EU. Den franske udenrigsminister Maurice Schumann bekendtgjorde i 1950 planerne om den nye organisation med en henvisning til, at Europa ikke kunne skabes på en gang, men at der fordreder konkrete handlinger, som i første omgang skulle skabe solidaritet. Kul- og Stålfællesskabet etableredes i 1952, og Romtraktaten undertegnede i 1957, i første omgang med seks medlemmer, Frankrig, Italien og Tyskland samt Benelux-landene. Inden for rammerne af EU foregår en betydelig harmonisering af retten i de europæiske lande på en række udvalgte områder, selskabsret, forbrugerbeskyttelse, køb og salg, patenter m.v., og der arbejdes også med grundprincipperne for en europæisk kontraktsret.

Jus commune og europæisk retsenhed

Retten ændrer sig, og den ændrer sig i hastigt tempo. Alligevel bygger dansk ret stadig i det væsentlige på det fundament, som blev skabt ved de mange reformer i slutningen af det 19. og begyndelsen af dette århundrede. Men også de mange nye love fortsætter i vidt omfang traditioner, som rækker langt tilbage i tiden.

Globale perspektiver

Kontinuiteten sikredes i det 17. århundrede ved, at store dele af landskabslovenes ordning optoges i Danske Lov fra 1683. Derved fik landskabslovenes regler en lang levetid, men det er naturligvis kun en lille del af retsordenen idag, som således kan forfølges tilbage til middelalderen.

Langt den største del af den ret, som vi kender idag, er af nyere dato. Ikke mindst har velfærdstatens udvikling givet anledning til store forandringer. Det gælder væsentlige dele af den offentlige ret og hele væksten i den offentlige sektor, men også privatretten underkastes betydelige forandringer i disse år. Selskabsretten er ved at få en ny udformning blandt andet som følge af direktiver fra EF, køberetten er under omformning under hensyntagen til internationale konventioner (f.eks. CISG) og nye principper, hvor bl.a. en øget hensyntagen til forbrugersynspunkter har været med til at skabe nye regler. Mens dansk ret tidligere især modtog indtryk fra kontinental ret – det gjaldt ikke mindst hele den retsvidenskabelige behandling af privatretssystemet – har amerikansk ret i de senere år lånt dansk ret og andre europæiske landes ret nye principper og retlige former. Produktansvar og nye kontrakttyper som leasing og franchising og anvendelsen af anglo-saksiske kontraktsformer er eksempler på denne udvikling i retning af en »amerikanisering« af dansk ret. Ny teknik, ikke mindst edb-teknik, stiller retsordenen overfor nye udfordringer både med hensyn til regler om beskyttelse af borgernes privatliv og i henseende til de retlige figurer, som i privatretten skal benyttes ved omsætning og beskyttelse af nye tekniske produkter. Samtidig sker en løbende ajourføring af de mere traditionelle dele af retssystemet. Straffeloven og retsplejen er under stadig revision. Den offentlige regulering spiller en stadig større rolle. Miljøet er et fag, som ikke fandtes på den juridiske studieplan for få år siden.

En stor del af de nye regler fremkommer som led i et internationalt samarbejde eller viser tydelig påvirkning af fremmed ret. De samme tendenser til stigende offentlig regulering og til en internationalisering af store dele af privatretten kan iagttages i mange vesteuropæiske lande og også andre steder, hvor europæisk ret danner grundlag for retsordenen. Domstolene og juriststanden stilles overfor nye udfordringer, og ingen ville idag som Savigny i begyndelse af forrige århundrede drømme om, at retsudviklingen kunne overlades alene til juristerne eller retsvidenskaben. Juristerne virker, når det gælder ny regelformulering eller diskussion af retten, sammen med andre aktører. Retshistorien er ikke blot juristernes historie. Det er historien om retten og dens sociale funktion i en bred historisk forstand. Love, domme og

Globale perspektiver

retsvidenskab spiller en central rolle i denne historie. Men det er ikke hele historien.

Jus commune er betegnelsen for den fælles retsopfattelse på grundlag af romerret, kanonisk ret og naturret, som beherskede Europa indtil omkring 1800. Udviklingen af en ny europæisk privatret og en dertil hørende retsvidenskab står i dag for en del jurister, fortrinsvis med en eller anden form for romerretlig baggrund, som en af moderne retsvidenskabs store udfordringer.

Netop i de nordiske lande kender vi til de vanskeligheder og også de mange fordele, som flyder af etableringen af en fælles retsorden. Det nordiske lovsamarbejde med dets udspring i De nordiske Juristmøder er et særlig vellykket eksempel på, hvorledes det kan lykkes at skabe en fælles privatret. Den nordiske fælles lovgivning har næppe noget sidestykke på internationalt plan. Netop de fællesnordiske formueretlige love har i de senere år vist sig at kunne danne inspiration også når det gjaldt udformningen af nogle af de internationale konventioner på privatrettens område, som er med til at fremme bevidstheden om et større retligt fællesskab. Det gælder købsretten og i mindre grad transportretten og immaterialretten.

Der sker stadig fremskridt med hensyn til internationaliseringen, men det er karakteristisk, at de internationale regler udformes uden sammenhæng med et fælles grundlæggende retssystem. Mange af de internationale regler kommer på den måde til at virke som fremmedlegemer i de nationale retsordner ligesom dele af den ret, som indføres på grundlag af direktiver fra EU.

En ny jus commune?

Tanken om en art ny europæisk jus commune synes især at have fundet grobund i Tyskland, der jo også var det land, som længst beholdt sin retsvidenskabelige tradition baseret på romerretten. Særlig vigtigt forekommer det at skabe en fælleseuropæisk bevidsthed om retligt fællesskab og på det grundlag at søge opbygget en europæisk retsvidenskab. Et eksempel på et retssystem, som i vidt omfang er en sådan symbiose af forskellige europæiske elementer frembyder den sydafrikanske »Roman-Dutch Law«, og her har tyskeren Reinhard Zimmermann hentet megen inspiration i sin formulering af tanken om »Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit.« Allerede i 1981 formulerede den tyske retssammenligner Hein Kötz kravet om udarbejdelsen af »europæiske« juridiske lærebøger, der ikke tog udgangspunkt i et bestemt retssystem, men søgte at udvikle almene grundsætninger og retsprincipper for europæisk privatret, således at vi kan nå frem til »europäische Begriffe«

Globale perspektiver

– en fordel som erkendes af enhver, der skal forsøge at forklare f. eks. danske retsbegreber på et andet sprog og særlig engelsk.

I 1990 pegede Helmut Coing, gennem mange år leder af Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte i Frankfurt på behovet for en »Europäisierung der Rechtswissenschaft«. Coing peger på både den europæiske *jus commune* og den amerikanske common law som eksempler på, at enhedsbestrebelse kan lykkes. I mindre målestok kunne man også have peget på det nordiske lovsamarbejde. På længere sigt er udviklingen af en fælleseuropæisk handels- og selskabsret formentlig uundgåelig, men Coing er heller ikke blind for de store vanskeligheder som udviklingen af fælleseuropæiske grundsætninger frembyder i et trods en fælles arv fra *jus commune* alligevel retligt og sprogligt splittet Europa. Studiet af fremmede retssystemer, som en del af juristuddannelsen, mere retssammenligning og internationalisering af den juridiske uddannelse er skridt på vejen. Den juridiske studieordning ved de danske universiteter åbner idag muligheder for en sådan europæisk åbning.

Der er mange hindringer at overvinde på vejen mod en europæisk privatretsvidenskab. Jurister i forskellige lande tænker ofte forskelligt og bygger på forskellige traditioner. Lærebøgerne er forskellige. I Tyskland og især Frankrig er der tradition for at benytte den samme lærebog i nye udgaver i flere generationer. I Danmark sætter enhver universitetslærer en ære i at skrive sin egen lærebog. I Tyskland indtager de store BGB-kommentarer en autoritativ stilling, der ligger langt fra den mere praktiske brug, som danske jurister gør af kommentarer til enkelte love eller Karnovs lovsamling. Franskmændene tillægger autoritative noter til domme stor betydning, mens vi herhjemme stadig kan strides om, hvordan vi egentlig skal rubricere højesteretsdommenes kommentarer til rettens domme. Læsningen af tyske og franske domme, der hver for sig er så forskellige i stil, viser, at der trods juristernes fælles rødder i middelalderens Bologna er gået meget forskellige veje til København, Paris eller München.

Som et særkende for den europæiske retsudvikling har man peget på vestlig rets »vitalitet« eller dynamik – dens evne til stadig at forny sig og tilpasse sig. Hvad enten EU udvikler sig til et »nationernes Europa« eller til en mere integreret enhed, vil der i de kommende år være behov for at tænke ud over rettens nationale grænser. Retshistorikeren kan se tilbage og konstatere, at det engang var muligt for jurister at tænke som europæere.

Globale perspektiver

»Alle Europæiske landes ret stammer fra samme kilde«, skrev omkring 1800 den engelske filosof Edmund Burke, en samtidig med og modstander af den franske revolution. Delingen af Europa i Øst og Vest efter Anden Verdenskrig blev også en grænsedragning mellem to forskellige retssystemer.

Den socialistiske retsfamilie

Østeuropa kom sammen med andre kommunistiske lande til at danne en særlig socialistisk retsfamilie, som byggede på marxistisk filosofi. »Alt hvad der har med det økonomiske at gøre er hos os den offentlige og ikke privatrettens sag«, sagde Lenin i 1921. Den socialistiske retsfamilie, hvis særkende var at privatretten var skrumpet ind i forhold til den offentlige ret og til dels familieretten, har vist sig kun at være en historisk episode. Den socialistiske retskreds eller »Østretten« er nu vejet for vestlig ret, der jo uægteligt også har udviklet sig i løbet af det 20. århundredes anden halvdel. En amerikansk retshistoriker taler ligefrem om en revolution i synet på retten, som særlig har vist sig i det offentliges regulering af mange retsforhold, som før var overladt til kræfternes frie spil.

I det delte Tyskland gjaldt to forskellige retssystemer. Vesttyskland havde en borgerlig lovbog (BGB) fra 1900, der ofte fremhæves som i særlig grad præget af kapitalistiske grundsætninger, mens DDR i 1975 fik en civillovbog, som bevidst fjernede sig fra den gamle tyske tradition. Lovbogen, som i dag er retshistorie, indledtes med en række grundsætninger for socialistisk civilret, som ved nærmere eftersyn viser sig delvis at være gengivelser af vedtagelser på SED's (Det tyske enhedsparti) partikongres om civillovbogens »Hauptaufgabe«. Det hedder således i lovbogen, at »Væsentlige opgaver for det socialistiske samfund er den fortsatte styrkelse af folkets materielle og kulturelle levestandard og udviklingen af borgerne til alsidigt uddannede socialistiske personligheder«. Om ejendomsretten hedder det, at den er »det økonomiske grundlag for udviklingen af det socialistiske samfund og alle borgere«, mens erstatningsretten »tjener til opdragelsen af alle borgere til agtelse for liv, sundhed og ejendom«. Lovbogen opstillede altså en metateori om lovens formål, som i en moraliserende form henviser til en uden for loven eksisterende orden, nemlig det socialistiske samfundssystem. Et sådant system kan kun administreres af jurister, der er loyale overfor og afhængige af statsmagten. Der var ikke brug for uafhængige og kritiske jurister. Det kan ikke undre, at det har været nødvendigt i vidt omfang at importere jurister fra Forbundsrepublikken til de nye forbundslande, hvor den socialistiske lovbog nu er blevet afløst af BGB.

Forholdet til den nedarvede retstradition har ikke været det samme i de tidlige østlande. Østblokken udgjorde fra et juridisk synspunkt ingen enhed. I Tjekkoslaviet gik man ligesom i DDR radikalt til værks, og søgte at skabe

Globale perspektiver

et nyt socialistisk grundlag for retten, mens andre lande som Polen bevarede store dele af det gamle privatretssystem og dermed en solid juristuddannelse. Det samme gælder Ungarn.

I Rusland er problemet anderledes end i de andre østeuropæiske lande. I disse lande fandtes lovbøger før indførelsen af den socialistiske ret. I Rusland indtrådte diskontinuiteten allerede ved revolutionen i 1917, og der var ikke i zartiden skabt en moderne lovbog, som i dag kan danne grundlag for en ny retsorden.

Alligevel er der noget rigtigt i Burkes udtalelse om europæisk rets fælles udspring. Vi taler om *jus commune* og sigter herved til en fælleseuropæisk retstradition, der bygger på romerretten, og som knyttede Europa sammen fra middelalderen, og indtil nationale lovbøger siden ca. 1800 brød med denne tradition for en fælles retsvidenskab. De europæiske lande er i forskellig grad led i denne tradition. Stærkest er den i Italien, på den iberiske halvø, i dele af Frankrig og i Tyskland, hvor romerretten har været gældende. Traditionelt har retshistorikernes begreb om Europa taget udgangspunkt i middelalderens *ius commune*. Med det udgangspunkt kan man diskutere, om de nordiske lande eller England hører til Europa, for her var *jus commune* ikke gældende, og det var den heller ikke i Polen og Ungarn, for slet ikke at tale om Sydøsteuropa og Rusland, hvor påvirkningen ikke kom fra Rom, men sammen med den græsk-ortodokse kirke fra Byzans. Når vi alligevel taler om en fælleseuropæisk retskultur skyldes det i nok så høj grad udviklingen efter retsvidenskabens opståen ved de italienske universiteter i middelalderen. Indflydelsen fra naturretten i det 17. og 18. århundrede og nok så vigtigt den indflydelse, som udgik fra tysk retsvidenskab i det 19. århundrede.

Omkring 1800 fik en række lande egne lovbøger. Retten blev national. I Tyskland gik det anderledes. Her fortsatte romerretten med at være grundlag for retsvidenskaben, som hermed bevarede sin universelle karakter. I Frankrig læste man fransk ret på grundlag af Code civil fra 1804, men i Tyskland læste man fortsat på grundlag af de gamle romerske retskilder. En række store tyske jurister i det 19. århundrede vandt europæisk berømmelse. En af de største, Rudolph von Ihering, skrev ligefrem, at når grænserne for retsvidenskaben faldt sammen med de politiske grænser, så var det »Eine demütigende, unwürdige Form für eine Rechtswissenschaft« – en nedværdigende og uværdig form for retsvidenskab. Tysk retsvidenskab, pandektvidenskaben, som den ofte kaldes, blev et forbillede over hele Europa i det 19. århundrede. Også i Danmark og de østeuropæiske lande, som ikke hørte til *jus commune*.

Globale perspektiver

Selv i England læste man de tyske jurister, og deres fremstillinger var forbillede for nye systematiske fremstillinger af engelsk kontraktsret.

Den gamle »juridiske børnelærdom«, om at dansk ret ikke er påvirket af romerretten eller at engelsk ret har udviklet sig helt isoleret fra europæisk retsudvikling, er en sandhed med betydelige modifikationer. Det er i hvert fald på kontinentet blevet populært at tale om »the European side of English law«. Og det samme gælder for store dele af Østeuropa, hvor vesteuropæisk ret vandt indpas i det 19. århundrede. I Polen og Tjekkoslaviet kom pandektvidenskaben til at spille en stor rolle for retsvidenskabens europæisering, ligesom i Danmark og Sverige. I Rumænien knyttedes forbindelsen til europæisk retstradition ved, at der indførtes en lovbog efter fransk forbillede i 1865. Det 19. århundrede blev på mange måder den periode, hvor de europæiske randområder fik tilknytning til den europæiske retstradition.

Det var i virkeligheden på mange måder pandektvidenskaben og ikke romerretten, som formidlede den europæiske retstradition. Den socialistiske ret var en parentes, og i dag er det fælles grundlag, som tilvejebragtes i det 19. århundrede, ved at blive genoprettet. Europa i opbrud er også et Europa på vej mod en ny retlig enhed på grundlag af en fælles retstradition. Der er dem, som endda lidt optimistisk mener, at vi ligefrem er på vej mod en ny europæisk *jus commune*.

Retsfamilier

Inden for komparativ retsforskning tales ofte om »legal families« – retsfamilier. Udtrykket er ikke særlig stringent, og det forsøges ofte undgået, men det forsøger at besvare spørgsmålet, om et stort antal forskellige retssystemer kan inddeles i et mindre antal overordnede grupper. Det rejser så nye spørgsmål, om hvilke grupper, vi kan operere med, og hvad kriterierne er for, at et bestemt retssystem hører hjemme i den ene eller den anden gruppe. I tidens løb er forskellige inddelingkriterier lagt til grund. Den for tiden mest udbredte inddeling er formentlig den, der ligger til grund for fremstillingen af de to tyske komparatister Konrad Zweigert og Hein Kötz i deres indføring i den komparative ret (3. udg. i eng. overs. som *An Introduction to Comparative Law*, 1998). Her opereres med en inddeling i følgende seks »familier«:

- Den romanistiske familie med udgangspunkt i fransk ret og Code civil og de systemer, der har taget fransk ret som forbillede.

Globale perspektiver

- Den germanistiske (tyske) retsfamilie, hvor udgangspunktet er BGB, den østrigske og den schweiziske civillovbog.
- Den anglo-amerikanske retsfamilie, hvor hovedvægten ligger på engelsk Common Law og amerikansk ret.
- Den nordiske retsfamilie, der omfatter de nordiske lande.
- Retten i det fjerne Østen (Kina og Japan).
- De religiøse retssystemer (islamisk ret og hinduret).

Tidligere udgjorde socialistisk ret en stor familie med basis i Sovjetunionen, men efter Berlinmurens fald og opløsningen af de kommunistiske regimer i Europa, er denne familie blevet stærkt reduceret og spiller nu ingen selvstændig rolle.

Spørger man, på hvilket grundlag denne inddeling af verdens retssystemer finder sted, peges på retssystemernes historiske baggrund. De romanistiske og germanistiske systemer – undertiden sammenfattet som »civil law« – har i modsætning til den anglo-amerikanske (og den nordiske) retsfamilie en baggrund i romerretten. Der peges på retskilder. Udgangspunktet kan være en lovbog, lovgivning eller domstolspraksis. Der peges på retssystemets særegne tænkemåde, sml. nf. om Kina, f. eks. som stærkt konfliktorienteret eller mæglende. Der kan også som en forskel mellem kontinentaleuropæisk og engelsk opfattelse peges på betydningen af abstrakte retsnormer frem for konkrete sætninger udledt af retspraksis. Som andre kriterier peges på særlige retsinstitutter eller en bestemt ideologi.

Amerikansk ret

Inden for de enkelte retsfamilier kan der også eksistere store indbyrdes forskelle. Amerikansk ret adskiller sig på væsentlige punkter fra engelsk ret. I modsætning til England har USA en skreven forfatning (fra 1787 med ikrafttræden 1789), og forfatningsfortolkning spiller en stor rolle i amerikansk ret. USA er en føderalstat, og særegen er bl.a. den rolle de føderale domstole med US Supreme Court i spidsen spiller for retsudviklingen. Lovgivning (i de enkelte stater) har også en langt mere fremtrædende plads end i engelsk ret. Også amerikansk retsfilosofi har spillet en særlig rolle. Fra det 19. århundrede kan især peges på den amerikanske realisme med navne som O.W. Holmes senere Karl Llewellyn og Jerome Frank og den mere sociologiske orientering med Roscoe Pound. Fra nyeste tid kan henvises til værker om forfatning og rettigheder af Ronald Dworkin og om retfærdighed af filosofen John Rawls.

Globale perspektiver

I faget retshistorie spiller en historisk tilgang til den komparative ret en vigtig rolle. Der er flere gange her i fremstillingen peget på forskellige retssystemers forskellige historiske udgangspunkter og de forskellige måder, som lovgivning, retspraksis og retsvidenskab har virket sammen på for at skabe et givent retssystem. Den historiske udvikling er en vigtig faktor i forståelse af forskellige retssystemer. Og uden kendskab til romerretten forstår man slet ikke den europæiske retsudvikling, lige som det kan være svært at forstå dansk ret uden at kende til det sene udviklingsstadium af retsvidenskaben og den rolle, som de ret elementære landskabslove (og efterfølgeren Danske Lov) spillede langt op i tiden. Dansk (og anden nordisk) ret er først på et sent tidspunkt blevet »europæiseret«, mens engelsk ret langt tidligere udviklede et raffineret system bygget på praksis.

I det følgende introduceres kort to retssystemer af en helt anden karakter end de europæisk baserede retssystemer. Islamisk ret er prototypen på et religiøst retssystem. Kinesisk retskultur er et eksempel på et system, hvor retstænkning traditionelt har spillet en mindre fremtrædende rolle. Der findes en veludviklet islamisk retsvidenskab, men ingen traditionel kinesisk retsvidenskab.

Are legal systems converging?

Ethvert retssystem må forstås på sine egne præmisser. Det kræver indlevelse ikke blot i retsregler, men også i en fremmed kultur. I de senere år er det blevet almindeligt at tale om forskellige retskulturer. Heri ligger, at et lands retsregler eller normer ikke kan anskues isoleret, men at de udspringer af en dybt forankret opfattelse af, hvordan ret bliver til, som har vide forgreninger langt ud i samfundet. Denne tankegang er for så vidt ikke ny, men har rødder tilbage i opfattelser, som vi kender fra begyndelsen af forrige århundrede, af en snæver sammenhæng mellem folk og ret. Efter denne opfattelse er der en grænse for, hvor langt man kan komme i retning af at integrere flere landes retssystem.

I forbindelse med overvejelserne om at skabe en fælleseuropæisk lovbog inden for EU har en canadisk jurist, Pierre Legrand, peget på de store retskulturelle forskelle, som stiller sig hindrende i vejen for et sådant projekt. Udgangspunktet er her forholdet mellem den engelske *common law* og den kontinentaleuropæiske retsopfattelse, *civil law*, der bygger på romerretten. Legrand er indehaver af vistnok det første europæiske professorat i »Comparative Legal Culture« ved universitetet i Tilburg i Holland. Han skriver om vanskelighederne ved at forene forskellige landes retsopfattelse på grund af de kulturelle forskelle:

Globale perspektiver

» The rules that the European Community and the member States present to their respective constituencies similarly capture a legal culture. These are not simply reflections of some natural order. Rather, they are produced by human agency through institutional structures and legal processes. Hence, they inevitably contain a social component: they are not wertfrei. Legal statements achieve the status of »rules« only if they are generated and implemented in accordance with prior agreements about the appropriateness of particular policies, the merits of given intervention techniques, compliance procedures, review processes and so on. These agreements in turn, are socially derived through continuous negotiation and renegotiation among relevant bodies of law-makers consisting of culturally determined individuals. This is the sense in which there is more to rules than it appears: there exists a socio-culturally dimension which, although it is largely concealed, remains inherent to rules.« Pierre Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, i *International Comparative Law Quarterly*, 1996, s. 57.

Islamisk ret

Islamisk ret er snævert knyttet til islam som religion. Islam bygger på en hellig bog Koranen, der efter islamisk tradition er åbenbaret for profeten Muhammed (c. 570-632). Koranen er samlet efter Muhammeds død under hans efterfølgere. I islamisk ret kaldes de regler, som den troende muslim må følge for at opfylde religionens bud for Shariah, der betyder vejen. Shariahens gyldighed beror på dens karakter af guddommelige bud. Islamisk ret dækker som religiøs ret menneskets hele tilværelse, loven er i princippet uforanderlig, og det er samfundet, som må tilpasse sig loven, ikke omvendt.

Allerede i det 8. århundrede udviklede sig juridiske skoler, der fortolkede shariah. Det arabiske rige var på det tidspunkt inde i en stærk ekspansionsperiode, der spredte islam fra den arabiske halvø til store dele af Mellemøsten og Sydspanien. I byen Medina grundlagdes en skole, der opkaldtes efter juristen Malik. I Kufa i Iraq grundlagdes Hanafiskolene opkaldt efter Abu Hanifa. I slutningen af det 9. århundrede opstod to skoler opkaldt efter As-Safi'i og Ibn-Hanbal, Safitter og hanbalismen.

Det var As-Safi'i, der grundlagde doktrinen om islamisk rets fire »rødder« (usul-al-fiqh) eller retskilder. Det var for det første Koranen, der dog kun indeholder meget få egentlige retsregler. Blandt dem er de såkaldte *hadd-*

Globale perspektiver

straffe for bl.a. at drikke alkohol og tyveri. Den anden rod den såkaldte *Sunna*, traditionen eller sædvane, der kan føres tilbage til profeten (hadith). Senere er som to yderligere retskilder tilkommet konsensus mellem jurister (idjma) om spørgsmål, der ikke direkte er reguleret af koranen og sunna, samt endelig analogi (kiyas) – altså en metode over for autoritet. Karakteristisk for udviklingen af islamisk ret er, at det siden det o. 900 ikke længere var muligt at videreudvikle retten ved nye selvstændige fortolkninger (isjtihad) – fortolkningens porte er lukket, hed det med et plastisk udtryk. Fra nu af gjaldt såkaldt *taklid* – en underordnelse under de givne autoritative fortolkninger, som de forelå fra de fire retsskoler.

Islamisk ret bygger på en række principper, der er vanskelige at opretholde i moderne samfund. Blandt de institutioner, der diskuteres er polygami, mandens ensidige ret til skilsmisse (talaq), forbud mod renter (riba) og forsikringskontrakter, da man ikke anerkender aftaler om en risiko (gharar). Også kvindens stilling efter islamisk ret er stærkt omtvistet, selv om Koranen på flere punkter var en forbedring i forhold til de sædvaner, der gjaldt på den arabiske halvø på Muhammeds tid. Betegnelsen *kadi* anvendes om en islamisk dommer, og en arabisk retslærd med speciale i resligøs ret kaldes en *mufti*, der har kan afgive sit bidrag til forståelse af islamisk ret i form af en *fatwa*, der alene er udtryk for den pågældende muftis opfattelse med den autoritet, han har, men ikke har en officiel karakter.

I moderne tid er islamisk lov på den ene side kommet under pres i en række arabiske stater, der har indført nyere sækulariseret lovgivning. I Tyrkiet gennemførtes en islamisk lovbog i det 19. århundrede, men efter Kemal Atatürks magtovertagelse 1923 indførtes de schweiziske civillovbog og den italienske straffelovbog i Tyrkiet. Også andre arabiske stater har sekulariseret bl.a. ægteskabsretten. På den anden side står også stærke kræfter i en række islamiske lande bag en genoplivelse og streng gennemførelse af Shariahens bud. Det gælder bl.a. Saudiarabien, der følger den strenge hanbalistiske skole. I nogle islamiske stater findes særlige islamiske domstole ved siden af sekulære domstole andre steder er de to domstole forenet. En vigtig diskussion i den islamiske verden i dag er, om fundamentalistiske islamiske grupper kan gennemtvinge et krav om tilbagevenden til islamisk ret i stedet for den vestlige ret, der har præget moderne lovgivning i mange arabiske lande.

Kinesisk retskultur

Når kulturelle forskelle gør det så vanskeligt blot at slå en bro over forskelle mellem europæiske retssystemer, hvordan må det da ikke tage sig ud, når vi bevæger os uden for Europa? Men samtidig er realiteten jo den, at europæisk retsopfattelse trods kulturelle forskelle har bredt sig ud over verden. »Legal pluralism« er et begreb, som anvendes for at skildre situationen i lande, hvor en europæisk retsopfattelse på nogle områder trives side om side med en traditionel opfattelse. De lande, som har været udsat for europæisk kolonisering, kender alle dette fænomen. I de arabiske lande spiller islamisk ret en vigtig rolle, når det gælder familieret og arveret, og i Indien gælder på disse områder hinduret, men når det kommer til handelsret, aftaler og erstatningsret, har indflydelsen fra europæisk ret i form af enten engelsk eller fransk ret haft stor indflydelse på retstænkningen. Og også når det gælder fjernøstlige kulturer har man spurgt, hvor meget af den traditionelle retstænkning der er tilbage efter en massiv påvirkning fra vestlig ret. Det gælder Japan og i høj grad Kina, hvor lovmøllen har malet i de sidste årtier for at skabe et retligt grundlag for samhandel mellem Kina og Vesten. Spørgsmålet er så, om retskulturelle forskelle trods alt ikke består, selv om lovenes tekst er formuleret i vestlige termer.

Retlig stil

Foruden retskultur og pluralisme tales også om retlig »stil«. Det er et begreb, som anvendes af moderne retssammenlignere og også i et af standardværkerne, som er forfattet af to tyske retssammenlignere K. Zweigert og H. Kötz. An Introduction to Comparative Law, 3. ed., 1998, s. 63 f. Begrebet hænger sammen med inddelingen af verdens retssystemer i såkaldte retsfamilier. Der er ikke hermed tænkt på nogen form for biologisk slægtskab, men der er alene tale om et inddelingskriterium, som gør det muligt at få et overblik over de forskellige retssystemer ved at klassificere dem i et begrænset antal grupper efter visse fælles træk. Et af de træk, som er nævnt, er »stilen«, som sammenfatning for noget karakteristisk og særegent ved de enkelte retsfamilier.

Stilen udgøres af en række elementer. Det er det enkelte retssystems historiske baggrund, dets særegne tankesæt, begreber, der er særlige for systemet, retskilderne og dets ideologi.

Det særlige tankesæt er et stiltræk med mange facetter. Det dækker over en forskel mellem mere abstrakt eller systematisk retstænkning karakteristisk for de retssystemer, der bygger på romerretten, og en opfattelse, som i højere grad som den engelske lægger vægt på den enkelte retsafgørelse. Som et mere generelt

Globale perspektiver

stiltræk for vestlig retsopfattelse i almindelig har man peget på den opfattelse, at ret er noget, der skal kæmpes for. Står to parter over for hinanden, har en af dem ret, og grundlæggende fordrer systemet, at parterne står fast på deres ret.

Ofte citeres i den forbindelse den berømte tyske jurist Rudolph von Jhering, som i et berømt lille skrift, der udkom i 1872 («Der Kampf um's Recht»), talte om kampen for retten. At bevare retten krævede efter hans opfattelse, at den, som mente at have ret, også var villig til at kæmpe for sin ret.

Det fremhæves ofte, at netop dette stiltræk, kampen for retten, står i modsætning til den opfattelse, man traditionelt finder i det fjerne Østen, at det ikke gælder om at vinde ret, men om at finde en løsning, som alle kan være tjent med uden at tabe ansigt. Forlig og forligsmægling går derfor forud for retlige afgørelser. Opfattelsen af, hvad der er ret, bliver en helt anden. Begrebet en subjektiv ret og retskrav får en helt anden betydning i en sådan kultur.

Som en absolut modsætning er dette stiltræk formentlig trukket for skarpt op. Også vestlige domstole (og det gælder udpræget i Danmark) søger at tilvejebringe forlig frem for retsafgørelser, men der synes at være den rigtige kerne i denne tankegang, at vestlig ret som udgangspunkt bygger på den opfattelse, at der findes en retligt rigtig løsning, som ligger den fjernøstlige tankegang fjernere, og forlig eller mægling betragtes da også som et alternativ til domstolsbehandling.

Det fjerne Østen opfattes i retssammenligningen som en retsfamilie for sig med en egen opfattelse af retten. For Kinas vedkommende peger man på en ældgammel strid mellem tilhængere af Konfucius' lære, hvor hensynet til ritualer – på kinesisk *li* – spiller en fremtrædende rolle, mens legalisterne går ind for regulering ved retsregler – *fa*. Karakteristisk har også været opfattelsen af en sammenhæng mellem universets og de menneskelige love. Opretholdelsen af harmoni er således et vigtigt element. I et berømt afsnit af sit store værk »Science and Civilisation in China« har sinologen Joseph Needham skildret forskellen mellem »*Human Law and the Laws of Nature in China and the West*«. En amerikansk forsker i kinesisk ret har udtrykt det på denne måde:

»In the final analysis, a disturbance of the social order really meant, in Chinese thinking, a violation of the total cosmic order because, according to the Chinese world – view, the spheres of man and nature were inextricably interwoven to form an unbroken continuum.« (Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China*, 1967, s. 4.)

I den franske tænker Montesquieus store værk »Lovenes ånd« fra 1748 findes flere kapitler om Kina. Montesquieu havde læst en af de beskrivelser af forholdene i Kina, som en fransk jesuit, du Halde, havde udgivet nogle år

Globale perspektiver

før, og på det grundlag kunne han bl.a. konstatere om lovgiverne i Kina, at *»de skelnede ikke mellem religionen, loven, sæderne og opførslen; alt dette var moralen, alt dette var dyderne. De forskrifter, som angik alt dette, var hvad man kalder ritualer. Det var gennem den nøje overholdelse af disse ritualer det kinesiske styre sejrede.«*

Montesquieu var på denne måde med til at fremkalde det indtryk, at der ikke i Kina fandtes love eller overhovedet et retssystem.

Kort før fremkomsten af »Lovenes ånd« var i Kina imidlertid udstedt en lovbog, den store Qing-lovbog (opkaldt efter dynastiet), så helt dækkende kunne Montesquieus opfattelse jo ikke være. Ganske vist ser den kinesiske lovbog, som bygger på en tradition, der kan følges tilbage før Tangdynastiet (618-907 e. Kr.), anderledes ud, end de lovbøger, vi kender i Europa. Den indleder med at forklare straffe og forbrydelser og er i øvrigt inddelt i bøger, der svarer til de forskellige afdelinger af den kejserlige forvaltning. Strafferetten og den administrative ret står i forgrunden, og i den forstand er kinesisk ret anderledes end det, vi kender fra Vesten, men billedet af et samfund helt uden ret er langt fra dækkende.

Nogle kinesiske retsafgørelser fra 1700- og 1800-årene viser noget om det retlige tankesæt, og hvor komplekst billedet af en gammel retskultur som den kinesiske er.

I 1826 udstedte Kinas kejser følgende befaling:

»I den senere tid er der gentagne gange sket fejl ved henrettelsen af fanger dømt til halshugning eller strangulering. Årsagen har hver gang været vagternes manglende disciplin, der sammen med den almindelige forvirring forårsaget af tilskuermasserne har forhindret den nødvendige kontrol af de dømte. Sådanne sager har allerede givet anledning til skandale. Generalguvernørerne og guvernørerne skal derfor vide, at fra nu af er de forpligtet til nøje at instruere embedsmændene i deres provinser om, at der, når forbrydere, som er bestemt til henrettelse under efterårssessionen, er samlet, skal være sendt vagter i forvejen i tilstrækkeligt antal til at opretholde ro og orden, og larmende sammenløb af tilskuere forbydes. Garnisonens kommanderende officer skal yderligere selv overvære henrettelserne og ikke, som tidligere, vise en respektløs holdning over for dem. Denne ordre skal rundsendes til almindelig oplysning for rette vedkommende.«

Den kejserlige ordre havde sin begrundelse i en konkret sag, som havde været forelagt den kejserlige straffekommission, som var den øverste myndighed i straffesager for hele Kina. Her afgjordes det endeligt, om dødsdom

Globale perspektiver

skulle fuldbyrdes straks eller gøres betinget, eller om anden straf skulle anvendes.

I trængslen på vej til henrettelse var der sket det, at to forbrydere var kommet til at skifte plads med det resultat, at den ene, som skulle stranguleres, var blevet halshugget, og han, som var bestemt til halshugning var blevet stranguleret. Hver enkelt henrettelsesform havde sin egen bøddel, og også de to straffe var forskellige. Halshugning var den alvorligere straf, da en del af legemet skiltes fra kroppen. Uorden i forbindelse med henrettelser var en alvorlig disciplinær forseelse for de implicerede. To vagter, som ikke havde sørget for, at fangerne var blevet på deres plads, idømtes 60 slag af den tunge bambusstav og et års straffearbejde. For den ene af vagternes vedkommende ændredes straffen dog, da han var eneste søn og havde en gammel mor. I sådanne tilfælde gjaldt en særregel, der gjorde det muligt for børn at blive hjemme og tage sig af deres forældre. Forvisningsstraffen ændredes derfor til en ofte anvendt skamstraf, som minder om den spanske kappe, vi kender fra Europa. Også de to bøddler blev dømt for ikke at have passet på, at det var de rigtige dødsdømte, de hver for sig tog sig af, og straffen var hård. 80 slag af den tunge bambus, to måneders skamstraf som før nævnt, og afskedigelse. Endelig ramte straffen også to høje embedsmænd, en civil og en militær, som bar det overordnede ansvar for, at henrettelsen gik rigtigt til, som begge mistede deres embede.

Konfucius og konfucianismen

Konfucianismen er betegnelsen for en kinesisk livsfilosofi baseret på tanker fra filosofen Konfucius (551-479 f.Kr.). Konfucius lære, der fremsattes i en urolig periode i kinesisk historie, byggede på krav om moralsk rigtig opførsel. Grundbegrebet er ren (dyd). Hertil krævedes et liv i overensstemmelse med naturen, menneskelighed, respekt for samfundets rangordning, således ærbødighed over for kejseren, forældre eller ældre søskende, og udførelse af de nedarvede ritualer (li). Den, der opførte sig i overensstemmelse med de konfucianske idealer betegnedes som en junzi – en »dydig gentleman«, der havde som opgave at vejlede de mindre oplyste. Konfucius' lære rettede sig ikke mindst til hans samtids herskere og stillede krav til deres regeringsførelse. Var herskerne og befolkningen dydig behøvede man ikke love og strenge straffe.

Konfucius' lære blev officiel kinesisk filosofi under Han-dynastiet (206 f. kr.-220 e. Kr.). Konfucianismen har gennemgået flere faser, den genoplivedes som Neokonfucianisme, blev undsagt af kommunisterne efter 1949, men spiller i dag en vigtig rolle både i Kina og i andre østasiatiske lande med stor kinesisk indflydelse.

Globale perspektiver

Denne sag viser, hvilke strenge krav som stilledes til embedsmændenes korrekte optræden.

En anden sag for den kejserlige strafferetskommission fra 1791 viser noget om kravene i relationen mellem forældre og børn. Her var der spørgsmål om straffen for en kvinde, som ved at lade sig forføre af en mand og stikke af med ham havde kastet en sådan skam over sin far, at han begik selvmord. Hun blev dømt til døden ved strangulering efter en bestemmelse, som egentlig kun gjaldt ugifte døtre, men som kejseren udtrykte det: »Da et barns forhold til forældrene afledes af Himlen, skal der ikke med hensyn til en datter gøres forskel på, om hun er gift eller ej.«

En anden afgørelse, hvor Konfucius' lære og dennes opfattelse af de særlige relationer mellem forældre og børn spiller ind, er fra 1826 og omhandler en far, som dræbte sit nyfødte barn og derefter søgte at give en anden skylden for drabet. Selve barnedrabet takseres kun til nogle slag med den tunge bambusstav. Værre var forsøget på at tillægge andre skylden. Straffen var her et par års strafarbejde, men hvis drabet skete med det formål at tillægge en anden skylden, var straffen det strenge eksil i en militærlejr.

Der er sket meget i kinesisk retsudvikling siden disse afgørelser fra den kejserlige strafferetskommission. Efter den kommunistiske magtovertagelse i 1949 har der været perioder, hvor lovgivning var bandlyst, men denne periode er nu afløst af en tid med hektisk aktivitet fra NPC – Den nationale Folkekongres' – side på at indføre retsregler, som kan danne baggrund for det økonomiske opsving, der er i gang. Der er stor interesse for vestlig lovgivning, og der er endda taget initiativ til at oversætte dele af det gamle romerrettlige lovværk »Corpus juris civilis« fra det 6. årh. e. Kr. til kinesisk. Men stadig fastholdes det, at kinesisk ret er noget særligt, og at traditionerne fra Konfucius stadig er en del af kinesisk retsopfattelse.

Konfucianismen i Kina i dag

Under en konference i anledning af Konfucius' fødselsdag afholdt kort efter massakren på Tien-an-menpladsen i Beijing, sagde konferencens leder Gu Mu bl.a.:

»The Chinese nation has had a long history and brilliant ancient culture. For a long period of time in human history, the Chinese culture with the Confucian school of thought is a main stream, glittered with colourful splendor ...

Culture serves both as the emblem of the level of civilisation of a nation or a country and the guidance for its political and economic life. To promote prosperity and peace for a nation and for mankind in general, it is necessary to develop a

Globale perspektiver

compatible culture. In this regard, a proper attitude toward the traditional national culture is very important. It is inadvisable either to be complacent about the past or to discard the past and the tradition. The correct attitude is to inherit the essence and discard the dross.«

Efter at have beskrevet det kinesiske folks hårde arbejde for at modernisere landet på socialistisk grundlag omtaler Gu Mu nødvendigheden af at integrere landets traditionelle kultur med udvalgte dele af avancerede udenlandske kulturer, men således at den traditionelle kultur har føringen:

»As is known to all, the idea of harmony is an important component of the Chinese traditional culture. As early as in the last years of the West Zhou dynasty over three thousand years ago, ancient scholars elucidated the brilliant idea of »harmony making prosperity«. Later Confucius and the Confucian school put forward the proposition of »harmony above all«, and established theories on the coordination of interpersonal relations, the protection of the natural environment, and the maintenance of ecological balance. These thoughts not only made positive contributions to the prosperity of ancient Chinese society, but also have profound practical significance for the survival and development of mankind today.«

Talen er et klart vidnesbyrd om den bevidsthed, der stadig hersker i Kina, om en tradition, der er helt anderledes end den vestlige. Besindelsen på, hvad der opfattes som en arv fra konfucianismen, er væsentlige elementer i forståelsen af Kina.

Når det gælder retsopfattelsen, har man derfor peget på, at netop ønsket om at skabe eller fastholde harmoni ved forlig frem for retlige afgørelser stadig spiller en vigtig rolle. Og særlig for strafferetten har man peget på tilståelsen som et vigtigt moment, der tillægges stor betydning i forbindelse med strafudmåling som en formildende faktor. Der er således meget, der tyder på, at der i Kina er ved at danne sig en klar opfattelse af, at der eksisterer en særlige kinesisk retskultur, som moderne lovgivning hentet udefra skal tilpasse sig.

I marts 1999 gennemførtes en ændring af den kinesiske forfatning, hvor det bestemtes, at Kina skal gennemføre princippet om at lede landet i overensstemmelse med loven og skabe et socialistisk land, der er styret af retten »the rule of law, building a socialist country governed according to the law«. Lovgivningsapparatet er centreret om Den nationale Folkekongres og dens stående komité, der forbereder nye love. Hvad retssektoeren angår, knytter der sig problemer til spørgsmålet om domstolenes uafhængighed. Et andet problem er manglen på uddannede jurister, og det gælder både dommere og advokater. Vigtige reformer bliver i disse år også gennemført inden for

Globale perspektiver

strafferetten, hvor den ældre straffelov og straffeprocesslov revideres. Det betyder dels, at en række meget almindeligt holdte forbrydelsesbegreber erstattes af mere veldefinerede forbrydelseskategorier, dels en styrkelse af den sigtedes retsstilling. Men selv efter reformerne i 1997 er kinesisk straf-feret stadig præget af moralske og politiske synspunkter, og også den ret udstrakte anvendelse af dødsstraf giver anledning til kritik.

I det gamle Kina sondredes der ikke på samme måde som i Vesten mellem offentlig ret og privat ret. Kejsertidens lovbøger rettede sig, som nævnt, først og fremmest til embedsmændene og foreskrev, hvorledes de skulle forholde sig. I dag er også et forvaltningsretligt system adskilt fra privatretten under udvikling i Kina, og det bliver mere og mere vigtigt i takt med den økonomiske udvikling og nødvendigheden af en offentlig styring. Men også her er der langt igen. Bl.a. mangler et skattesystem, en skatteforvaltning og finansielle redskaber til at styre udviklingen og sikre en økonomisk udjævning blandt borgerne.

Retskultur, retlig stil og retsfamilier er begreber i forandring. Men det er vigtige støttepunkter i en forståelse af brydningen mellem gammelt og nyt. Retskulturen sætter en grænse for, hvor langt uniformeringen kan gå. Hensynet til retskulturen bør imidlertid også indgå i overvejelser over, hvordan tilpasning af traditionelle retsopfattelser til ny lovgivning bør foregå. Når jurister begynder at tage begreber som retskultur og stil op, så er det i en erkendelse af, at vi her står over for nogle vigtige faktorer i forståelsen af den udviklingsproces, som retten hele tiden er underkastet. Vi er ikke ens, og selv om mange retsregler ensartes i den globale landsby, så er der stadig store kulturelle forskelle.

Bibliografisk vejledning

Dansk retshistorie

I Ditlev Tamm: *Dansk og europæisk retshistorie. Studieudgave 2000* og de til grund liggende fremstillinger *Dansk retshistorie* og *Romerret* findes efter hvert kapitel mere indgående litteraturhenvisninger, hvortil henvises. For dansk retsvidenskab findes henvisninger i Ditlev Tamm: *Retsvidenskaben i Danmark*, 1992. Der findes ingen nyere samlet fremstilling af dansk retshistorie. For den ældre stasforfatningsrets vedkommende kan stadig henvises til Poul Johannes Jørgensen: *Dansk Retshistorie* 1940, mens den seneste samlede fremstilling er H. Matzen: *Forelæsninger over dansk Retshistorie 1893-97*. Gode og udførlige litteraturhenvisninger også til retshistorie findes i *Danmarkshistorie* 1-10 (Gyldendal), 1977 ff. Af nyere litteratur kan bl.a. henvises til *Dansk forvaltningshistorie* I-II (2000)

Om europæisk retsudvikling i alm.:

- Erik Anners: *Den europæiske rättens historie* I-II, Stockholm 1975-80.
H.J. Berman: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983.
R.C. van Caenegem: *Judges, Legislators and Professors*, Cam. 1987.
R.C. van Caenegem: *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988. (også i eng. overs.)
R.C. van Caenegem: *History of European Civil Procedure*, Int. Enc. of Comp. Law vol. XVI – 2.
F. Calasso: *Medio evo del diritto*, Milano, 1954.
A. Cavana: *Storia del diritto moderno in Europa* I, 1982.
H. Coing (udg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. I: Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung, München, 1973, II: Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts, 1. Teilband: Wissenschaft, 1977, 2. Teilband: Gesetzgebung und Rechtsprechung, 1976, III: Das 19. Jahrhundert, 1. Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Pri-

Bibliografisk vejledning

- vatrecht, 1982, 2. Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, 1982, 3. Teilband: Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, 1986, 4. Teilband: Die nordischen Länder, 1987, 5. Teilband: Südosteuropa, 1988.
- H. Coing: *Europäisches Privatrecht I-II*, München, 1985-1989.
- J.P. Dawson; *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.
- S. Gagnér: *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm, 1960 (Acta Universitatis Upsaliensis. Studia Juridica Upsaliensia, 1).
- J. Gilissen: *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIIe siècle. Elément d'une histoire du droit privé*, Bruxelles, 1979.
- Juristen-Lexicon* (red. af Michale Stolleis, München, 2001 (mange juristbiografier fra hele verden fra antikken til i dag)
- P. Koschaker: *Europa und das römische Recht*, München, 1947.
- O.F. Robinson, T.D. Fergus and W.M. Gordon: *An introduction to European Legal History*, Glasgow, 1985.
- Hans Schlosser: *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 6. Aufl., 1988.
- W. Wagner, *Annäherungen an eine europäische Rechtsgeschichte*, Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing, Frankfurt, 1982, s. 387-420 (Ius Commune. Sonderhefte, 17).
- A. Watson: *Legal Transplants*, Ed. 1974.
- A. Watson, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Mass., 1981.
- A. Watson: *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*, Phil., 1984.
- F. Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen, 1967.

På dansk foreligger:

- Ernst Andersen: *Træk af Juraens Udvikling I-II* (1970-73)
- Ernst Andersen: *Bankvæsenets oprindelse*. 30 Essays om renter, handel, penge og kredit, 1976.
- Ole Fenger: *Romerret i Norden* (u.å.)
- Stig Juul: *Forelæsninger over Hovedlinier af den europæiske Rets Udvikling*, 1970.

Kanonisk ret

- G. le Bras (ed.): *Histoire des Institutions et du Droit de l'Eglise en Occident*, Paris 1955 f.

Bibliografisk vejledning

- James A. Brundage: *Lew, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, 1987.
- H.E. Feine: *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die Katholische Kirche*, Köln, Graz, 1972.
- W. Plöchl: *Geschichte des Kirchenrechts*, Wien I, 1960, II, 1962, III, 1959, IV, 1966.

Italien

- E. Besta: *Fonti del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano sino ai tempi nostri*, Milano 1950.
- A. Pertile: *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, 2e éd. par P. Del Giudice, 7 vol., Torino, 1896-1903.
- M. Bellomo: *Società e istituzioni in Italia medioevo ed età moderna*, Cat. 1977.

Frankrig

- F. Olivier-Martin: *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1948.
- P. Ourliac et J. de Malafosse: *Histoire du droit privé*, I. Les obligations, Paris 1969, II: Les biens, 1971, III: Le droit familial, 1968.
- P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga: *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Paris, 1985 (Coll. »Evolution de l'Humanité« fondée par H. Berr).
- T.J. Rivers: *The Laws of the Salian and Ripuarian Franks* (1986).
- P.C. Timbal/A. Castaldo: *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris 1979.
- A. Watson: *The Making of the Civil Law*, Cam. Mass. 1981.

England

- J.H. Baker: *An Introduction to English Legal History*, London, 1979. R.C. van Caenegem: *The Birth of Common Law*, Cam. 1973.
- Buckland and McNair: *Roman law and Common Law*, 1965.
- W.S. Holdsworth: *History of English Law*, 17 vol., London, 1903-72.
- D. Ibeetson: *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, Oxf. 1999.
- H.F. Jolowicz: *Roman Foundations of Modern Law*, 1957.
- A.H. Manchester: *Modern Legal History*, London 1980.
- H. Milsom: *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969.
- T.F.T. Plucknett: *A Concise History of the Common Law*, London 1956.

Bibliografisk vejledning

Tyskland

- K. von Amira: *Grundriss des germanischen Rechts*, 4. udg. u. K.A. Eckhardt, I: Rechtsdenkmäler, II: Rechtsaltertümer, Berlin, 1960-67 (Grundriss der germanischen Philologie, 5, 1, 2).
- H. Brunner: *Deutsche Rechtsgeschichte*, I. Leipzig, 1906, II, udg. af C. von Schwerin, München, Berlin, 1928.
- H. Coing: *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1972.
- H. Conrad: *Deutsche Rechtsgeschichte*, I: Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe, 1962, II: Neuzeit bis 1806, 1966.
- K. Kroeschell: *Deutsche Rechtsgeschichte*, I: Bis 1250, (ny udg. 1999) II: 1250-1650, III: 1650- , Hamburg 1972 ff.
- R. Stintzing et E. Landsberg: *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, I, II, III, 1. 2. München, Leipzig, Berlin 1880-1910.
- H. Thieme: *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*, Gesammelte Schriften I-II, Köln-Wien, 1986.

Holland og Belgien

- R. Feenstra: *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privatrecht*. Inleidende hoofdstukken, Leiden, 1984.
- P. Gerbenzon et N.E. Algra: *Voortgangh des rechttes*, Alphen aan den Rijn, 1979.
- P. Godding: *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*, Bruxelles, 1987 (Académie Royale de Belgique, Classe des Lettres).

Spanien

- E. Gacto Fernandez, J.A. Alejandro Garcia et J.M. Garcia Marin: *El derecho histórico de los pueblos de España*, Madrid, 1982.
- A. Garcia-Gallo: *Manual de Historia del Derecho Español*, 2 vol., Madrid, 1967.
- E.N. van Kleffens: *Hispanic Law until the End of the Middle Ages*, Ed. 1968.
- J. Lalinde Abadia: *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1983.
- F. Tomas y Valiente: *Manual de Historia del derecho español*, Madrid, 1981.

Hjælpemidler, bibliografiske oversigter, tidsskrifter

- J. Gilissen (éd.): *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1964 f.
- The American Journal of Legal History*, Philadelphia, 1957 f.

Bibliografisk vejledning

- Annali di storia del diritto*, Milano, 1957 f.
Anuario de Historia del Derecho español, Madrid, 1924 f.
Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, s.l.dir. de A. Erler et E. Kaufmann, Berlin, 1964 f.
Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt, 1967 ff.
The Journal of Legal History, London 1980 ff.
Law and History Review, Ithaca, 1983 f. (Cornell Law School and American Society for Legal History).
Quaderni Fiorentini, Firenze 1972 ff.
Rechtshistorisches Journal, Frankfurt, 1982 ff.
Revue historique de droit français et étranger, Paris, 1855 ff.
Rivista di storia del diritto italiano, Rom, 1928 ff.
Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire du Droit. The Legal History Review, Dordrecht, Anvers, 1918 ff.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung. Weimar 1880 ff. Romanistische Abt., 1880 ff. Kanonistische Abt., 1911 ff.
Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte, Wien 1979 f.
Endvidere kan henvises til en række bind i serien *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Berlin 1985 ff.

Islamisk ret

- J. Schacht: *An Introduction to Islamic Law*, Oxf. 1964.

Stikordsregister

A

Absolutisme 157
Abu Hanifa 368
Accursius 37
actio spoli 50
adoption 319
advokater 151
Aktenversendung 130
aktieselskabslov 316
Alberti, P.A. 340
Alciat 132
Alexander III 44
Algreen-Ussing 308
Amira, Karl von 5
Amter 166
Analogi 194
Andersen, Poul 342
Arnisæus, Henning 160
Arv 98
Arveforordningen 290
As-Safi'i 368
Augustin 73, 100
Austin, John 346

B

Baldus 39
Barbarossa, Frederik 46
Bartolus de Saxoferrata 40
Beccaria, Cesare 244, 245, 255
Bekker 322
Bentham, Jeremy 169, 270
Bentzon, Viggo 318, 328, 332
BGB 317, 324, 363
Birker 140
Biskop og bedste bygdemænd 93

bod 86
Bodin, Jean 159
Bornemann, Cosmus 135
Bornemann, F.C. 240
Bracton 57
Breviarium Alaricianum 27
Brorson, C.B. 193
Brunner, H. 5
Bulgarus 37
Burke, Edmund 363
Busch-Jensen, Niels 348
Børn 319

C

Calas, Jean 244
Calvin 127
Checkretten 315
Christian III 113, 128
Christian VIII 303
Christian V's Danske Lov 167
Code civil 267, 272, 314, 364
Code de commerce 271, 272, 314
Code de procédure civile 272
Code pénal 272
Code d'instruction criminelle 272
Codex 18
Codex juris canonici 45
cognitio-proces 131
Coing, Helmut 362
Colbert 56
Colbjørnsen, Christian 194, 244, 260
Common law 56
Constitutio Criminalis Carolina 121, 126
Corpus juris civilis 14, 18
Corpus juris canonici 45

Stikordsregister

Cujas 132
Culpa-dommen 199

D

Danske Kancelli 165, 265
decretales 43
dekalog 242
Den historiske skole 279
Det Tredje Rige 346
Digesta 17, 268
Diplomatik 76
Domat, Jean 56
Dominium 41
Donellus 133
Dumoulin, Charles 55
dødsstraf 125, 245, 261, 336

E

Ebbesen, Sune 103
Edictum Rothari 31
Edictum Theoderici 26
Eichhorn 2, 282
eksstinktion 184
enevælden 157
England 345
Equity 58
Erik Glippings håndfæstning 73
Erstatningsret 197

F

1582 137
Feuerbach, Anselm von 251, 286, 287
Filangieris 243
Florentina 35
Formularprocessen 20
forældelsesfrister 315
Frederik VII 303
Freirechtsschule 326
Friis, Christen 149
Frikorpsdommen 353
fundamentalis 306
fællesforfatning 306
Fællig og hovedlod 102

G

Gaius 17, 22
Geheimekonseil 165
generalklausuler 326
generalprokurør 181, 235
Gény, François 278
Getz, Bernhard 329
Gierke, O. von 325
Glanville 57
Goos, Carl 328, 335, 339
Gratians dekret 68
Gregor IX 44
Grotius, Hugo 199, 243, 289
Grundloven 303
gudsdomme 91
Guldskædedommene 140
Gældsbreve 188
Gældsbrevsforordningen 195
Gönner, N.T.V. 286

H

Hage, Hother 299, 337
Hansen, Constantin 303
Hegel 295
Hekseprocesser 144
Hemmingsen, Niels 136
Hexabiblos 29
Hobbes, Thomas 161
Hof- og Stadsretten 181
Holberg, Ludvig 5
Holmes, O.W. 366
Holstein, J.L. 177
Hotman 133
Howard, John 252
Huber, Eugen 135
Huitfeldt, Arild 134
Humanismen 131
hærværk 84
håndfæstninger 113

I

Ibn-Hanbal 368
Ihering, Rudolph von 322, 364, 371
Innocens III 44

Stikordsregister

- Interessentskaber 316
Isidor af Sevilla 29, 69
Islamisk ret 368
Iuul, Stig 6
- J**
jernbyrd 89
juridisk eksamen 178
Jus commune 16, 34, 359
Justinian 14
Jyske Lov 63, 241
Jørgensen, Poul Johs. 6
- K**
kanonisk ret 41, 119
Kanonisk ægteskabsret 46
Kant, Immanuel 250, 287
Karl den Store 30
Karlstadt 120
Kejserretten 121
Klein, C.S. 340
Knutzen, Peter 353
Kodifikation 169
Kolderup-Rosenvinge, J.L.A. 2
Kollegialsystemet 165
kompilation 169
konfucianismen 373
Konfucius 373
Kong Knuds manddrabsforordning 78
Kongeloven 160
Kongens Retterting 140
Kongens kansler 114
konsensualkontrakterne 25
konstitution 305
Koranen 368
Krieger, A.F. 338
Kruse, Frederik Vinding 334
Københavnske reces 1537 123
kønsed 89
kønsnævn 89
- L**
L'école de l'exégèse 277
la Coutume de Paris 274
Lande 138
Landskabslovene 63
Landstinget 87
Larsen, I.E. 3, 294
Lassen, Julius 316, 317, 325, 331
Lassen, Peder 173
Lehmann, Orla 279, 282, 303
len 166
Lenin 363
Lensretten 31
lex fundamentalis 157
Lex Aquilia 23
Lex mercatoria 59
Lex romana Visigotorum 26
Lex Regia 38, 157, 158
Lex romana Burgundionum 26, 27
Lex Salica 30
Liber Extra 44, 66, 68
Liszt, Frantz v. 324, 334
Lombarda 33
Lombroso, Cesare 335
Ludvig den XIV 157
Luther, Martin 118, 135
- M**
Madsen, Carl 348
magtfordrejning 342
Maine, Henry Sumner 345
Malik 368
Martinus 37
Matzen, Henning 3, 309
Mayer, Otto 342
Melanchton 120, 128
Menger, A. 325
Mikkelsen, Knud 42
Mill, Stuart 329
Ministerialsystemet 307
modsætningslutning 194
Monnet, Jean 359
Monrad, D.G. 303
Montesquieu 1, 236, 243, 371
Mos Gallicus 132
mosaiske ret 124, 125
Muhammed 368

Stikordsregister

- Munch-Petersen, H. 341
myndighed 312
myndighedsalder 150
- N**
Napoléon 272, 307
Nellemann, J. 309, 339
Nielsen, Thøger 6
nordiske juristmøder 313
Novellae 18
næringsfrihed 306
nævn 92
Nørregaard 186
- O**
Oplysningstiden 205
ordalier 91
Orléans 53
Overdragelse af jord 104
- P**
P. Kofod Ancher 1, 180, 234
Pandektenrecht 268
pant 104
Papinian 22
Parlement de Paris 54
partsed med mededsmænd 88
Paulus 22
pays de droit coutumier 54
personae miserabiles 96
Pothier, Robert Joseph 275
provinsialstænderne 291
prætor 20
Prætors edikt 21
Puchta, G.F. 321
Pufendorf, Samuel 289
Påskekrise 311
- R**
ran 86
ransnævninger 94
Raymundus af Peñaforte 44
Realkontrakter 25
Reformation 116
- Regestum Varadiense 91
Reichskammergericht 130
Reinhard Zimmermann 361
Rentekammeret 166, 265
renter 127
rentetagning 127
retsopgøret 348
Retsplejereformen 337
rigsembedsmænd 114
rigshofmester 115
Rigsrådet 113
Ross, Alf 333
Rusland 344
rådgivende provinsialstænder 266
- S**
Sachsenspiegel 120
sandemænd 93
Savigny, Friedrich Carl von 1, 15, 169, 280,
282, 289, 294, 360
Scheel, A.W. 293, 294
Schlegel, J.F.W. 2
Schumacher, Peder 159
Schumann, Maurice 359
separation 171
Septemberforliget 344
Shariah 368
Siete Partidas 34
sjælegaver 98, 99
skilsmisse 135, 171
Skolastikken 39
Skånske Lov 63
Speciesbank 192
stadsret 109
Stampe, Henrik 181, 235, 244
Steincke, K.K. 344
Stemann, Ernst 3
stipulatio 25
strafferetssystematik 241
Struensee 253
Struves 134
Stryk 134
Sunesen, Anders 35, 63, 64, 96
suveræniteten 159

Stikordsregister

systemskifte 310
Sø- og Handelsret 338
søretten 315

T

Tacitus 174
testamente 100
Thibaut 281
Thomasius, Christian 199, 243
Tingbøger 139
Tinglysningsloven 312
Tocquevilles 299
Tolv Tavlens Lov 19
Torp, Carl 335, 336
treuga Dei 83
Tribonian 19
tyendeloven 343
tyveri 85, 151, 240

U

Ulpian 23, 158
underpant 106
Unger, Joseph 283
Upplandsloven 67
Ussing, Henry 333
Usura 51
usus modernus pandectarum 134

V

Valdemars og Eriks sjællandske Love 63
varemærker 315

Vidnebeviset 89
viljesværk 81, 198
vindikation 105, 184, 291
Vinding, Rasmus 173
Volksgesetzbuch 346
Voltaire 243, 244
Voteringsprotokoller 143
vådesværk 81, 198

W

Weimarrepublik 346
Weyle, Christen Ostersen 87
Windscheid, Bernhardt 283, 321, 325, 332
Wittenberg 119
Wolff, Christian 289
Writs 57

Æ

ægteskab 318
Ægteskabsordinansen 137
ægteskabsret 94, 312

Ø

Ørsted, Anders Sandøe 186, 201, 240, 265,
267, 283, 298

Å

åger 51
Aagesens, Andreas 330