

Om dansk og fremmed ret

AF DITLEV TAMM

Indledning

For jurister er det fremmede ofte hjemligt. Mange love og andre regler har en fremmed oprindelse, som enten er glemt, eller som skønt erkendt er uden betydning for reglernes anvendelse. Det, der engang var fremmed, er blevet en del af den nationale ret og anvendes som sådan. Kun sjældent anvender danske jurister fremmed ret i bevidstheden om, at den er fremmed. Det sker i de tilfælde, hvor lovregler bestemmer, at fremmed ret skal anvendes, fordi en sags genstand har tilknytning til fremmed ret. Sådanne regler, som

bestemmer, hvilket lands regler der skal anvendes, når flere nationale systemer kommer på tale, kaldes international privatret. Denne juridiske disciplin har sin egen historie, og det er ikke den, der skal fortælles om her. Det følgende handler om de overvejelser, som man i Danmark har gjort sig siden det 18. århundrede om forholdet mellem dansk og fremmed ret, om betydningen af kendskabet til fremmed ret og om fremmed rets indflydelse på dansk ret. Det er et stort emne, som slet ikke kan behandles udtømmende her, men det er samtidig et emne, som i tidens løb er blevet drøftet med udgangspunkt i nogle faste synspunkter, hvis oprindelse og betydning vi skal søge at kortlægge.

Montesquieu

Franskmænden Charles-Louis de Secondat Montesquieu (figur 1), der af uddannelse var jurist, men som i dag ofte anses som en grundlægger af sociologien, og som citeres i mange sammenhænge, skrev i det 18. århundrede, hvad man har kaldt »århundredets bog«. I indledningen til det store værk om lovenes ånd, *De l'Esprit des lois* fra 1748, skriver Montesquieu om de enkelte nationers egne love, at de »bør i den grad tage sigte på det folk, de er givne for, at det er overordentlig tilfældigt, hvis én nations love kan passe til en anden« (Montesquieu 1998, I, 3). Montesquieus værk handler ikke bare, som mange tror i dag, om magtens tredeling eller om magtadskillelse, men om lovene i en meget bred forstand, og værket er et naturligt sted at begynde for den, der vil reflektere over forholdet mellem national ret og det fremmede. Montesquieu talte om lovenes ånd, og hermed sigtede han til de mange faktorer, der var medvirkende til at gøre ethvert lands love til noget særligt for netop det land. Regeringsform, klima, jordbundsforhold og geografiske omstændigheder, befolkningens levevis, frihedsgrader og religion var noget af det, man måtte se på, hvis man ville forstå et lands love til bunds. Lovene var i hans optik »afhængige af deres oprindelse, af lovgiverens formål og af den tingenes tilstand, de har grundlagt«. Man kan også gå et skridt videre og konstatere, at lov-



FIGUR 1. Den franske tænker Montesquieu (1689-1755) er især kendt for sine *Persiske Breve* (1719) og værket om lovenes ånd (1748), der fik enorm indflydelse både i hans eget århundrede og senere. Montesquieu var jurist, og hans tanker om loven og dens forbindelse med forholdene i hvert enkelt land fik stor betydning for udviklingen af dansk retshistorie og for en opfattelse af dansk ret som i særlig grad national.

givning for Montesquieu var et nationalt anliggende, og at forståelsen af et lands love byggede på iagttagelser af en række for det pågældende land særegne forhold. Set i det perspektiv er al ret national og har sit grundlag i landets egne forhold.

Montesquieu levede i en tid, der troede på almene love, gyldige for enhver og under alle forhold, man talte om naturretten. Den var også hans udgangspunkt, men det, der interesserede ham, var ikke de almene love eller principper, som man mente at kunne udlede af menneskets natur, men derimod det særegne, som han på grundlag af sine erfaringer fra bl.a. rejser og en omfattende lektüre af rejsebeskrivelser mente at kunne finde hos andre folk. Det, Montesquieu satte sig for at undersøge, var lovenes »afhængighedsforhold« af de her nævnte faktorer, og det er dem, som han »set i sammenhæng« kalder lovenes ånd. I den tankegang var der ikke megen plads til overvejelser over indflydelsen fra fremmed ret.

Samtidig lagde Montesquieu også grunden til en såkaldt »lovgivningskunst«, en *jurisprudentia legislativa*, der handlede om, hvordan man skulle »forfatte gode og nyttige Love«, som den danske jurist Peder Kofod Ancher under indflydelse fra Montesquieu udtrykte det senere i det 18. århundrede. Han blev grundlæggeren af den danske retshistorie som fag (figur 2).

Montesquieu viste i sit århundrede vejen for mange, der gerne ville se retten i et nationalt perspektiv. Tanken om retten som national satte sig fast, og det tog tid og krævede nye erfaringer, førend den erkendelse slog igennem, at ganske vist er det sådan, at enhver nation har sin ret, men ikke al ret er national. Kolonimagters overførelse af europæiske retssystemer til oversøiske kolonier viste, at det godt kunne lade sig gøre at indføre fremmed ret på steder, hvor forholdene var ganske anderledes. Det havde spanierne og portugiserne gjort allerede siden det 16. århundrede, og linjen blev fortsat af engelske, franske og andre kolonisateurer. Lån af retsregler fra andre retssystemer hører siden det 19. århundrede til dagens orden, men også tidligere var situationen mere kompleks, end man skulle tro, hvis man holder sig til Montesquieu. Det skal vi se på senere, men først skal den problemstilling kort introduceres, som handler om forholdet mellem national ret og fremmed ret.

Lån fra fremmed ret

Historien kender retssystemer, der prætenderer at være universelle. Hovedeksemplerne er romerretten i middelalderen og den katolske kirkes ret, den kanoni-



FIGUR 2. Peder Kofod Ancher (1710-1788) blev teologisk kandidat i 1730, men efter indførelsen af en juridisk eksamen i 1736 bestod han denne i 1738. Han blev professor i 1741 og rykkede i 1748 op i det første juridiske professorat. Han er især kendt for sit store værk om dansk lovhistorie (1769-1776), men han er tillige forfatter af responsa og en række andre juridiske værker, bl.a. om lensret.

ske ret. I dagens Europa er EU-retten et eksempel på en ret, der er bundet til et fællesskab og ikke en enkelt nation, men som tillige stiller krav til indretningen af den nationale retsorden.

Lån fra fremmed ret af enkelte regler eller ideer til indretning af dele af retssystemet er også hyppige. Med en fagterm taler man om reception af fremmed ret eller undertiden med et lån fra medicinen om »legal transplants«, når dele af et retssystem overføres til et andet. »Cross-fertilization« er et udtryk fra biologien, der også peger på, at et retssystem kan befrugte et andet med nye regler eller begreber, eller man kan tale om reglers »transmigration«, som om der var tale om personer, der drog fra sted til sted og krydsede grænser.

Receptionen kan være begrænset til enkelte regler, men den kan også have karakter af en *en bloc* reception, når store dele af et fremmed retssystem eller et retssystem i dets helhed indføres i et andet land. Sådan forholdt det sig med romerretten, der siden omkring 1500 ansås som fuldt ud reciperet i Tyskland, der ikke havde været en del af det romerske rige. Lande, som har været undergivet koloniherrredømme, har i dag ofte retssystemer, der domineres af koloniherrrens ret, typisk engelsk eller fransk ret, men som også kender til national ret i form af sædvaner. Ikke mindst i Afrika er et stort spørgsmål netop forholdet mellem den importerede europæiske ret og afrikanske sædvaner, men noget lignende kendes i Østasien og andre steder. Fra nyere tid kan nævnes lande, der ikke har været koloniseret, men som har gennemgået en moderniseringsproces og i den forbindelse har importeret hele lovbøger fra andre lande. Det gælder fx Tyrkiet, der efter rekonstruktionen som en ny stat under Kemal Atatürk i 1920'erne indførte schweizisk lovgivning på privatrettens område og i strafferetten den italienske straffelovbog. Det, der oprindeligt var fremmed, bliver på den måde en del af den nationale ret og er ikke længere fremmed. Tyrkisk ret er ikke schweizisk og italiensk ret, men netop tyrkisk ret. Japansk ret er også national, selv om den tyske Borgerlige Lovbog fra 1900 kom til at spille en stor rolle som grundlag for opbygning af et moderne retssystem i reformperioden efter Japans åbning.

Dansk ret kender ikke til en sådan omfattende reception af fremmed ret, og det er vistnok en ret udbredt opfattelse, at dansk ret er ganske særlig national og har vidst at holde sig fri af fremmed påvirkning. Undertiden omtales romerretten som et sådant dansk ret fremmed system, som vi skal være specielt glade for ikke at have fået til Danmark. Som det gælder så meget, er samspillet mellem dansk og fremmed ret noget mere kompliceret, end sådanne opfattelser kan give indtryk af. Dansk ret har sine særegenheder og også sin egen historie, men den historie handler i høj grad om en befrugtning fra fremmed ret, og det er dette samspil mellem dansk og fremmed ret, og den diskussion, som ikke mindst betydningen af fremmed ret for dansk ret har givet anledning til i årenes løb, der skal beskrives i denne korte afhandling.

Med bred pensel, men alligevel præcist har forfatteren og journalisten V. C. S. Topsøe i midten af det 19. århundrede trukket hovedlinjerne i diskussionen om dansk og fremmed ret op:

Man har sagt, at kun den romerske Privatrets

Indtrængen i de nyere Folkeslags Retsforfatninger danner et værdigt Sidestykke til hin uimodstaaelige Bevægelse, som har bragt de europæiske Stater til hos sig at optage og omdanne Grundtankerne i den engelske Statsret: de konstitutionelle Ideer (Topsøe 1878, s. 1).

Indflydelsen fra romerretten og den engelske forfatningsret er grundelementer i en diskussion af dansk og fremmed ret. Hertil kommer så andre ingredienser af mere speciel karakter, men netop forståelsen af romerrettens betydning for retsstudiet og de engelske forfatningsideer for hele den retlige indretning af statsstyret siden 1849 er det enkleste og mest håndgribelige udtryk for, at dansk ret ikke er blevet til i isolation. Om romerretten skrev Topsøe: »Det hører til vor juridiske Børnelærdom, at dansk Ret i ualmindelig ringe Grad lod sig paavirke af Romerretten og holdt sig fast paa den nationale Udviklings Grund« (smst.).

Topsøe var mest optaget af den konstitutionelle udvikling og mindre af privatretten og indflydelsen fra romerretten. Helt så enkelt, som han fremstiller det, er sagen da heller ikke, som det vil fremgå af det følgende. Lige så lidt som vi kan forestille os en dansk grundlov uden de konstitutionelle ideer i samtidens Europa, kan man forestille sig det juridiske studium uden romerretten.

Indførelsen af en juridisk eksamen i Danmark

Jura er mange ting. Det er en praksis, der bl.a. handler om at undgå eller at løse konflikter, men det er også en bestemt tænke måde i forbindelse med en sådan konfliktløsning. Det kræver ikke nødvendigvis en særlig juridisk indsigt, og langt op i tiden var opgaver, som vi i dag forventer løst af uddannede jurister, lagt i hænderne på personer uden nogen særlig juridisk sagkundskab, hvis man med jura forbinder den viden, der erhverves ved et fagstudium på et universitet eller anden uddannelsesinstitution. Det var helt frem til det 18. århundrede som regel lægmænd, der dømte, og i vidt omfang også lægmænd, der bistod andre som advokater for retten. Med indførelsen af en juridisk eksamen på Københavns Universitet i 1736 (figur 3) indledtes den retlige revolution, som førte til, at det også i Danmark ligesom i store dele af det sydlige Europa blev skik at lade konflikter løse af uddannede jurister og i det hele taget at fordre, at bestemte opgaver løstes af jurister.

Baggrunden for indførelsen af en sådan eksamen

giden; Saa efterdi Erfarenhed nok som har givet tilhørende, hvortledes Vore hære og troe Underjoaniter udi Tretter og Rettergangs Processer, til dets Stude fornuftelig vortvise og uerfarne Dommere og Procuratores ofte er bleven medtagen, hvoe Vi, for at forekomme slikt, herefter funden for got at see det Studium Juridicum her ved Vores Universitet Allernaadigst siddt udi een saa ensfelig Kler og Tiltagelse, at Justitien i Vore Riger og Lande, fornødtlig Kærlig og beqvemme Rettens Berente og Procuratores, Tid efter anden, desto bedre, efter Lands Lov og Ret, fundt werde plejet, og dermed saadan Anordning Allernaadigst at giøre som efterfølger.

Ite Post. Om Examinibus Juridicis.

1.

Ingen Studiosus maa efterdags søge om noget enten Dommer eller Procurator Embede eller anden Civil Besidding, som i ringeste maade med Justitien har at besidde, med mindre hand først af Facultate Juridica publice er examineret, og har faaet saadan en Character, som kunde vidne om hans Habilitate til det Embede, som hand attraar.

2.

Til den Ende skal Facultas Juridica, Maanetlig, saa ofte der anmodes sig nogen Studiosus Juris til Examine, være pligtig, ligesom det ved Facultate Theologica seer, at holde Examen Juridicum offentlig paa Consistorio, og det paa Latin, saaledes, at hver gang en eller flere Personer, tiltige til Examen antages, paa det de saameget nyere kunde overhøres; Og skal med dette Examine Juridico, hvoe Examinatores og Examinan-

dus

das selv, Notarii Embede, Tiden, Stedet, Protocollo saavel Quæstionum, som distinctionis og Schedulam attestatoriam angaar, ialt Waader forholdes, ligesom det in Examine Theologico er anordnet.

3.

Til Notario skal og maa Facultas Juridica selv antage een Pistelig og beqvem Person, somer Membrum Academicæ, og forstaaar selv, hvoe det in Examine forekommer, som skal give dem sin Kristelig Forsigt, at hand redelig og bona fide vil føre Protocollet, og siden paa samme maade Protocolleringen forrette ved alle forefaldende Examinibus Juridicis, som Prøven over Communiteret hidindtil de Theologiske Examinations-Protocolle helst haver.

4.

Som in Examine Juridico ligesom in Theologico skal være Tre Distinctioner imellem Candidatis, saa her

- (1) Ingen, som ikke in Jure Naturæ er nogenledes grundet, og derhos forstaaar den Danske og Norske Lov og Rettergangs Waade, samt de in Institutionibus forekommende terminos Juridicos, maa nyde den underste Character af Haud Contemenda.
- (2) Ingen som ikke er in Jure Naturæ & Gentium vel grundet, forstaaar den Danske og Norske Lov og Rettergangs, og har nogenledes Kundskab om den nu kongelige Jurisprudencia Romano-Germanica, maa med den anden Character af Haud Illaudabili afstages.
- (3) Ingen som ikke er in Jure Naturæ, Gentium & Universalium samt Danico & Norvagico vel grundet, og haver en god Kundskab om Jure Romano Germanico, og dets Forhold til Jure Danico, samt haver nogenledes forstaaet Jus

var et ønske fra regeringen om at styrke fagligheden hos de personer, som i praksis beskæftigede sig med juridiske spørgsmål uden at have en uddannelsesmæssig baggrund. Det drejede sig om dommere og advokater, der ofte var uden enhver teoretisk viden om jura. Den allerede omtalte fremtrædende danske jurist Kofod Ancher rejste det spørgsmål, om en uvidende eller en ond dommer var at foretrække, og han besvarede spørgsmålet med, at den onde dommer dog, når han ville, kunne nå rigtige resultater, mens en uvidende dommer traf sin afgørelse helt i blinde. Ludvig Holberg yndede i epigrammer og andetsteds at spidde netop den uvidenhed, som han mente var et kendetegn ved rettens udøvere. Holberg var selv med til at bane vejen for et bredere syn på juraen ved at sammenskrive en række europæiske klassiske juridiske værker af først og fremmest hollænderen Hugo Grotius og tyskeren Samuel Pufendorf til en indføring på dansk i tidens nye juridiske tanker, der gik under betegnelsen *naturret* (Holberg 1715-1716). Netop ønsket om, at dommere og advokater kendte til *naturretten* og dermed til almene grundsætninger for løsningen af retlige spørgsmål, når loven, som det ofte er tilfældet,

ikke lige havde en bestemmelse, der passede, var en del af baggrunden for indførelsen af den nye eksamen.

Jura kendte man i forvejen på universitetet, og der undervistes i *romerret* i hvert fald siden reformationen, men juridiske kandidater var der ikke mange af, og den nye erkendelse var, at dommere og advokater havde brug for kendskab til landets egen ret og til *naturretten* for at leve op til de krav, der måtte stilles for at kunne løse retlige tvister. Hvem der var den afgørende initiativtager bag indførelsen af den nye eksamen, ved vi ikke, men ved den praktiske gennemførelse spillede den juridiske professor Andreas Hojer en vigtig rolle. Kravene til eksamen formuleredes sådan, at det primært var kendskabet til *naturretten* og dansk ret, det nu kom an på, mens *romerretten* kom i anden række. At man skulle lære dansk ret, var indlysende. *Naturrettens* betydning var, at her kunne dommeren finde hjælp til at løse spørgsmål, som ikke var omhandlet i loven. *Naturretten* supplerede således den ofte kortfattede lovtekst.

Indførelsen af en juridisk eksamen i 1736 blev på ikke særlig langt sigt en revolution i uddannelsessy-

FIGUR 3. De centrale bestemmelser i den forordning af 1736, der indførte juridisk eksamen, vedrører eksamenskravene, som viser, at hovedsagen var kendskab til *naturret* og dansk ret og først derefter til *romerretten*.

Jus Militare & Jus Publicum Universale Danicum og Germanicum, saa hand ved de fornævnte Ting betragtes maa med den øverste Character af Ludabili dillingværet.

5. Ingen Studiosus maa ad Examen Juridicum admittæris, med mindre hand først anmelde ved Facultæten under sin Haand sit Navn, Alder, Højskole og Forældre, samt naar og fra hvad Skole hand er dismitteret ad Academiam, hvad hand formæner sig in Omnibus partibus Jurisprudentiæ et prætere, hvad for Collegia hand har hørt, og derhos fremlægger sin Præceptoris privati Brevs om sin Færd og Forhold.

6. Om nogen Candidatus skulle være end ydermeert fundet i andre partibus Jurisprudentiæ som in Jure Feudali Criminali Germanico, saasog Forskielen imellem den nu værende Danske og Norske Lov og Rettergang fra de gamle enten Danske eller Norske Lov, eller de endnu i de Kongelige Tydske Provincher brugelige, saasog Saksiske og Sydtske Rettergangs Ordninger, da maa Facultas Juridica, naar det for den in Examine gøtgjøres, derom foruden hans fortiente Character melde noget å parte i den ham gienvende Schedules Attestatoria.

7. Alle saaledes in Examine Juridico med en af ovenstående Characterer asslagte Candidati, skal desuden efter Facultætis Juridicæ Forskrift elaborere (1.) Et Indlæg, (2.) En Dom over saadan en Casu, som dem til den Ende forelægges; Over hvilket saaledes elaborerede Indlæg og Dom Facultas licentiæ skal censurere, og give Candidato derefter et å parte Brevs, med samme Distinctioner og paa samme Maade, som in Facultate Theologica ved Dimiss-Prædicatoris Censur brugeligt etc.

8. Naar

8. Naar Examen er forbi, skal Examinatus med Haandretning og sigulana Manus love og forpligt sig imod Examinatores, at hand aldrig vil viddendes vilse fra Sigt og Hæderlighed, naar det raade nogen til at føre li fernødne Processer eller i andre Maader consulendo concurrere til nogen u særviss Sag eller Intention.

9. Alle Studiosi Juris, som ude nogen Allernaadigst Befaling, skal efterdags, ligeaa vel som Studiosi Theologiæ hvedt gjort haver, tage deris Testimonium Academicum Publicum, og det paa behørigt Stad producere.

10. Om nogen som en har studeret, og derfor en sand publice examinæres, skulle det begjære, at lade sig privatem af Facultate Juridica examinære, da ville Vi, at det maa ske, og naar hand da i den Danske og Norske Process findes tilfredsellig grundet, ude Brevs derfor paa 24fd. Stæmplet Papiir, hvorefter det sig skal sættes, hvor vist hand in Examine har vist sig (1.) I Naturens Lov, saavit den af Danske og Tydske Begre fund sættes, (2.) I den Danske Process, (3.) I Loven og Lovindsig, herfor sættes, (4.) Og endelig i Indbeggers eller Dommenes forfættelse grundet og færdig. Da ingen maa ude sig Anstelt, som ikke i det mindste er nogenledes om Naturens Lov, saavel som om den Danske Process tilfredsellig informeret. Og skal Facultæten i alt for saadant et privas Examen enten der er en eller flere Examinandi indbril Waite, en færdig mere end Jure Udit, og Notarius af hver Person Jure Werk.

8

Ildeu

stemet og førte til, at en professionel stand af jurister opstod, men det betød ikke, at der fra den ene dag til den anden forlangtes juridisk eksamen for at udføre juridisk arbejde. Det begyndte med et krav om, at advokater for Højesteret var uddannede jurister, og siden 1770'erne blev en juridisk eksamen også et krav for højesteretsdommere og dommere i den såkaldte Hof- og Stadsret i København; det blev den første domstol, der rekrutteredes alene blandt jurister.

Med den juridiske eksamen lagdes grunden til udviklingen af en dansk retsvidenskab, og efterhånden tegnes billedet af forskellige former for juridisk virksomhed. Uddannede dommere dømmer, advokater bistår klienter med juridisk vejledning, og juridiske professorer bærer hovedansvaret for den teoretiske udvikling af juraen. Mens dommeren og rådgiveren er gamle funktioner, kan den juridiske professor og hele den videnskabeliggørelse af retten, som Universitetets uddannelse af jurister indebærer, betragtes som det formentlig vigtigste lån overhovedet inden for juraen af noget, der kan betragtes som fremmed. Jura som videnskab og ikke blot som en praktisk konfliktløsning bygger på en tradition, der går tilbage til romerretten,

og i enhver ældre diskussion af det fremmede i dansk ret stod forholdet mellem dansk ret og romerretten som noget centralt. Og sådan måtte det også være i det 18. århundrede, da et juridisk studium begyndte at tage form i Danmark.

Patriotisme

For den, der ikke er fortrolig med retshistorie, står romerretten ofte som et fremmedelement, hvis betydning for dansk ret anses for skræmmende, autoritær undertiden, og ofte som noget, der helst skal bortforklares. Realiteten er en anden og mere nuanceret. Ved romerretten forstår vi den ret, der er overleveret i samlinger fra det 6. århundrede, som den romerske kejser Justinians navn er knyttet til, og som i århundreder siden middelalderens universiteters opståen blev grundlaget for et juridisk studium. Romerretten var fremmed i lande, der ikke havde været en del af romerriget, mens stillingen var en anden der, hvor romerretten havde været gældende ret. Grænseområder var Tyskland, hvor romerretten blev reciperet siden middelalderen, og Frankrig, hvor romerretten var grundlaget



FIGUR 4. På Tøjhusmuseet i København opbevares i dag denne sten fra byporten i Rendsborg, der fortalte læseren, at Ejderen var grænsen for det romerske rige. Stenen hang i det 18. århundrede over porten til fæstningen i Rendsborg, som ligger ved Ejderen, der udgjorde grænsen mellem Slesvig og Holsten. Begge hertugdømmerne var i århundreder delt mellem de gottorpske hertuger og de danske konger; men kun Holsten havde den tyske kejser som lensherre. Foto: Statens Forsvarshistoriske Museum. Tøjhusmuseet.

for retten i den sydlige del af landet, mens andre normer gjaldt i den nordlige del, en splittelse, der først blev overvundet med Napoleons lovbog, *Code civil* fra 1804.

Danmark var ikke en del af romerriget, og det blev understreget af den tekst, man kunne læse på en sten, der var indsat i Rendsborgs byport mod syd: »Eidora Romani terminus imperii« (figur 4). Ejderen var grænsen til det romerske rige, og – kan man tilføje – dermed også til romerretten. Men så enkelt er det naturligvis ikke. Ingen jura uden romerret. Men romerretten og dens betydning stiller spørgsmål ved tanken om dansk ret som et grundlæggende dansk fænomen. Hvis man er optaget af tanken om en nær forbindelse mellem ret og nation, er forestillingen om romerretten som grundlaget for retlig tænkning mindre attraktiv, og det blev særlig klart, efterhånden som en national bevidsthed i det 18. århundrede begyndte at manifestere sig. At hævde dansk rets nationale karakter blev en del af tidens patriotisme. Retshistorien blev patriotisk, når den pegede på dansk rets rødder i gammel dansk ret, og dansk ret blev identitetsskabende netop som udtryk for særlige gamle danske tænke måder.

Samtidig med indførelsen af den juridiske eksamen, og altså allerede inden Montesquieu havde formuleret sit program i sit hovedværk om Lovenes Ånd, udsendte den juridiske professor Andreas Hojer en indføring i det juridiske studium, der udkom på latin

(Hojer 1736) og i dansk oversættelse som *Forestilling paa en Dansk Jurist* (Hojer 1744). Her kom han bl.a. ind på romerrettens betydning for en dansk jurist. Efter hans opfattelse burde »en jurist hos os for alle Ting gjøre sig den Danske og Norske Ret vel bekiendt og deraf retteligen danne sig en ret Sammenhæng af vores Indenlandske Lovkyndighed« (Hojer 1744, Cap. III, § I). Romerretten havde efter Hojers opfattelse ikke større betydning for forståelsen af dansk ret. Om romerretten skrev han, at den »intet hielper til at lære den Danske *Jurisprudenz*, men snarere hindrer et reent og accurat Begreb deraf, og indvikler den i allehaande unyttige Spidsfindigheder og *Fictioner*, som ellers stedse have været langt fra vor Nordens trohiertige og fra Alders Tiid af eenfoldige Sæder« (smst. § II). Derimod ville Hojer dog ikke benægte, at en allerede uddannet jurist kunne have glæde af at sætte sig ind i romerretten senere med dens rigdom af enkelttilfælde, hvorved forstanden kunne »meere skiærpes«, hvilket jo er en god ting for jurister. Men karakteristisk for denne opfattelse er altså, at udgangspunktet er en afgørende forskel mellem dansk ret og romerretten.

Mere positiv over for betydningen af romerretten var Peder Kofod Ancher i sin *Anviisning for en Dansk Jurist* fra 1777: »næsten alt, hvad der fortienet kaldes Jurister har i mere end 2000 Aar udøst al deres store Geist og Fliid paa de romerske Love... Det er derfor vist, intet at vide af romerske Love og Jurister, er saa godt som ikke at vide, at der er Lovkyndighed til«. Han mente derfor, at det var »fornødent, at vore Jurister vide den romerske Lov« (Kofod Ancher 1777, § 22). På den anden side mente Kofod Ancher ikke, at romerretten havde haft større betydning for dansk ret. For ham handlede det om juridisk metode, der kunne læres af de romerske jurister.

Den vægt, Kofod Ancher lagde på at fremhæve, at dansk ret havde egne nationale rødder, kommer tydeligt frem i det kobberstik, som pryder forsiden på hans hovedværk, *En Dansk Lov-Historie* (Kofod Ancher 1769-1776; figur 5). Billedet viser et træ med rødder, der er blotlagt. Træet forestiller den danske enevældes lovbog, *Danske Lov* fra 1683. Rødderne er ældre danske love, og hen over rødderne står skrevet, at i roden finder man lovens liv og ånd: »In radice vita et spiritus«. Kofod Ancher spiller her på et billede fra Montesquieu, som han klart henviser til med denne opfattelse af dansk lovs nationale rødder. Landets love var, skrev Kofod Ancher, at anse »ikke som fremmede Vahre, men som indenlandske Frugter voxne i vor egen Grund« (Kofod Ancher 1769-1776 I, s. 393), og han gik så vidt som til at hævde:



FIGUR 5. Titelkobberet til P. Kofod Anchers lovhistorie illustrerer den grundlæggende tankegang, at lovenes liv er at søge i rødderne. Retten anskues som et træ med grene og rødder. Det er et billede, Kofod Ancher har hentet fra Montesquieu som en illustration af en sammenhæng mellem lovene og det sted, hvor de er blevet til og skal gælde.

Aldrig har det været brugeligt hos os at søge efter Love i fremmede Lande, allermindst i de tider, da fremmet var det samme, som fiendtligt, og alt udenlandsk, Folk, Vahre, Love, Skikke, var om ikke forhadte, saa dog mistænkte; tvertimod finder man, naar Love skulle enten gives eller bruges, at der blev spurgt om Sædvane og Landets egne Skikke (s. 395)

Kofod Ancher fremhævede det samtidig som et fortrin ved den bisp Gunnar af Viborg, som anses for en af hovedkræfterne bag redigeringen af Jyske Lov 1241, at han var »fri for den farlige Indbildning om de fremmede Loves Fortrin« (s. 396).

Af samme grund var det også magtpåliggende for Kofod Ancher at afvise, at den tyske lovbog »Sachsenspiegel« fra begyndelsen af 1200-årene havde spillet nogen rolle for Jyske Lov, og det påviste han i en særskilt afhandling, »Beviis, at vore gamle Love ikke ere tagne af Sachsenspiegel«, som er en del af hans lovhistorie. Han mente selv, at han undgik »den Last, som en blind patriotisk Iver pleier at føde af sig« (s. 388), men det er nu svært at komme uden om, at han var en patriot, og at han brugte retshistorien til at fremhæve, at retten var national. Han anså det for en almindelig »Syge«, at man tidligere havde troet, at romerretten og kirkeretten, den kanoniske ret, havde haft stor betydning for dansk ret. Historikeren Arild Huitfeldt havde i begyndelsen af det 17. århundrede berettet om Jyske Lov, at den var indført for at erstatte romerretten eller »Kejser-Retten«, som hidtil havde været anvendt, fordi mange lærde og »meste Parten Bisper«, som havde studeret i udlandet, havde bragt kendskabet til romerret og kirkelig ret med sig hjem og anvendt den i praksis. Det var især denne opfattelse, Kofod Ancher vendte sig imod i sin omtale af Jyske Lov, og han var særlig kritisk over for tanken om lån fra romerretten, mens han erkendte den kanoniske rets betydning.

I forbindelse med sin afstandtagen fra tanken om, at »Sachsenspiegel« havde været grundlag for de gamle danske love, fastslog han en vigtig grundsætning for al retssammenligning, nemlig at man ikke kan slutte fra en regels lighed med en anden til, at der foreligger et påvirkningsforhold. Hans eksempel er i dag mere aktuelt end dengang. Kofod Ancher skriver, at ifølge Koranen får ved arv »en Dreng saa meget som to Pigers Andeel«. Tilsvarende regler findes i de middelalderlige danske landskabslove, uden at dog nogen vil antage, at vi her står over for kilden til Jyske Lovs første bog, femte kapitel, hvorefter en mand tager altid dobbelt så meget i arv som en kvinde (s. 338).

Det er nærliggende at pege på, at i 1776, samme år, som Kofod Ancher udsendte det andet bind af sin danske retshistorie (eller lovhistorie, som han kaldte det), udsendte regeringen den såkaldte Indfødsret, der gav landets egne indbyggere fortrinsret til offentlige stillinger. I forordningen om indfødsretten nævnes landets børn, landsfaderen og »Landets Brød«, ligesom fædrelandets historie og den særlige forbindelse mellem monark og undersætter omtales. Det passer fint ind i dette billede, at Kofod Ancher nu også kunne påvise, at landets børn af landets fader havde fået landets egen ret.

Pragmatisme

Det var en »overdreven Patriotisme«, skrev den danske jurist Anders Sandøe Ørsted (figur 6) i 1822, når Kofod Ancher ville nedsætte eller benægte romerrettens betydning for dansk ret (Ørsted 1822, s. 459).¹ Det havde allerede udgiveren af Kofod Anchers samlede værker, J. F. W. Schlegel, påvist i sin udgave fra 1807, men med Ørsted trængte den opfattelse rigtigt igennem, at fremmed ret ikke blot havde haft betydning for dansk ret, men at der også rent faktisk var noget at lære af fremmed ret. Det gav derfor ikke mening uden videre at forholde sig kritisk til reception eller lån fra fremmed ret.

Ørsted havde et omfattende kendskab til den samtidige tyske retslitteratur, og han var fortrolig med tidens store lovbøger, hvor særlig den franske *Code civil* spillede en vigtig rolle. For ham var retten ikke noget nationalt, der skulle hægges om som et klenodie, men derimod en levende organisme, der skulle fungere i et dynamisk samfund. Retsreglerne skulle ikke bedømmes efter deres egenskab af nationale eller ej, men efter om de fungerede efter hensigten, som grundlæggende var at lette og fremme samlivet mellem mennesker eller med hans ord »Samquemmets Tarv«. Det var derfor efter hans opfattelse en god ide at skele til retten i andre lande. Herved kunne man blive opmærksom på »Retsopgaver«, som man ikke havde tænkt på. Man kunne også få stof til eftertanke over eksisterende love, hvis dansk ret var i uoverensstemmelse med fremmed ret, eller fremmed ret kunne ligefrem være en »Autoritet«, når det gjaldt om at finde det »Rette og Fornuftsmeessige«. I endnu andre tilfælde var det vigtigt at se på fremmed ret for at opnå overensstemmelse på områder, hvor der var internationalt samkvem.

Det er en ny opfattelse af retten som et redskab for mennesker til at indrette samfundet hensigtsmæssigt, der ligger bag Ørsteds betragtninger over nytten af fremmed ret. Som embedsmand i den daværende centraladministration, Kancelliet, var Ørsted selv med til at gennemføre lovreformer. Eksempler er arveretten, hvor han lod sig inspirere af den østrigske lovbog fra 1811 i sin opstilling af arvegangsreglerne i familien. Et andet eksempel er indflydelsen fra bayersk ret på de regler om registrering af fast ejendom, der indførtes 1845.

1. Ørsteds betragtninger om fremmed ret findes fortrinsvis i første del af hans *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed* I (1822). Om Ørsted og fremmed ret kan i øvrigt henvises til Tamm 1976.



FIGUR 6. Anders Sandøe Ørsted (1778-1860) regnes ofte som nyere dansk retsvidenskabs fader. Han blev aldrig knyttet til universitetet som lærer, men hans karriere begyndte ved domstolene i 1801 og fortsatte efter en periode som højesteretsdommer 1810-1813 i centraladministrationen som ansat i Danske Kancelli, der administrerede justitsvæsenet og forberedte ny lovgivning. Som retsvidenskabsmand var han meget produktiv som udgiver af tidsskrifter og forfatter af banebrydende afhandlinger og enkelte større værker, bl.a. seksbindsværket *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed* 1822-1835. Med udgangspunkt i et indgående kendskab til samtidens tyske retslitteratur forenet med usædvanlige analytiske evner og stor juridisk viden gav han i sit store forfatterskab inden for en lang række juridiske discipliner dansk ret et nyt grundlag. Efter 1849 var han tillige aktiv som politiker og en periode 1853-1854 regeringsleder.

Retten i Europa har siden middelalderen været international, og det 18. århundredes patriotiske jurister dannede en art parentes, når de søgte at bagatellisere indflydelsen udefra, som Ørsted da også havde et så klart blik for i sine skrifter fra de første årtier af det 19. århundrede.

Nye impulser og discipliner

I det 19. århundrede skete en voldsom udvikling af dansk ret væk fra det grundlag, som var fastholdt med *Danske Lov* fra 1683, der som nævnt i vidt omfang byggede på ældre dansk ret. Diskussionen om indretningen af strafferetten blev voldsomt påvirket af tysk strafferetsvidenskab, men særlig tydeligt blev de udenlandske strømninger i forbindelse med tanker om indretningen af statens styre. Det var »de konstitutionelle Ideer«, der holdt deres indtog. Siden 1835 indkaldtes såkaldte rådgivende stænderforsamlinger, som var indrettet efter preussisk forbillede. Indførelsen af det konstitutionelle monarki i 1848 til afløsning af enevælden havde klare europæiske forbilleder, og den grundlov, som indførtes i 1849, byggede på en lang række fremmede forfatninger med Belgiens forfatning fra 1831 som det vigtigste forbillede.

Tyskland og tyske universiteter var i det 19. århundrede foretrukne mål for danske juristers studierejser. Universitetet i Berlin havde en særlig tiltrækningskraft. Her underviste Tysklands ubestridt førende jurist i første halvdel af det 19. århundrede, F.C. von Savigny. Blandt hans tilhørere var i 1830'erne den nationalliberale jurist Orla Lehmann, der i sine erindringer gav en malende beskrivelse af Savignys imponerende skikkelse og fremtræden, men som samtidig glædede sig over, at romerretten ikke var nået til Danmark. I Tyskland lærte danske jurister videnskabelig metode, og en meget stor del af de danske juridiske professorer i det 19. århundrede havde studeret i Tyskland. Især faget obligationsret, der handler om aftaler, erstatning og andre forpligtelser, udformedes i det 19. århundrede under indflydelse af tysk retsvidenskab.

Hele nye juridiske discipliner er i Danmark udviklet med forbillede i fremmed ret. Et særlig klart eksempel er den såkaldte forvaltningsret, som handler om de juridiske normer, der gælder for udøvelsen af offentlig forvaltning. I Frankrig udvikledes en række grundsætninger herom i det 19. århundrede, og en tysk jurist, Otto Mayer, skrev i slutningen af det 19. århundrede en bog om forvaltningsretten, der bl.a. inddrog de franske erfaringer, men som selvfølgelig også byggede på tysk praksis. Et begreb, der var udviklet i den sammenhæng, hedder på fransk »détournement de pouvoir«. På dansk er begrebet oversat til »magtfordrejning«; den foreligger, såfremt en myndighed misbruger en beføjelse på et område til at fremme andre formål. I Danmark var det juristen Poul Andersen, der siden 1920'erne byggede forvaltningsretten op

som et juridisk fag ved Københavns Universitet, netop med forbillede i franske og tyske erfaringer. Siden da har den såkaldte »offentlige ret« været en væsentlig del af det juridiske studium på linje med juraens traditionelle kerne, »privatretten«, der handler om ægteskab, arv, obligationsrettens kontrakter og erstatning, foruden beskyttelse af ejendomsretten m.v. Som det vil være fremgået, er begge disse grene af juraen i høj grad befrugtet af fremmed ret.

Det hører med til historien om dansk og fremmed ret, at der siden 1872 afholdtes møder mellem nordiske jurister, og at et af formålene med disse møder var at skabe et nordisk modstykke til især handelsretten i Tyskland. Det betød ikke, at man ikke ved udformningen af regler lod sig inspirere udefra, men resultatet var en helhed, der fremtrådte som særegen nordisk. Når jurister, der beskæftiger sig med at sammenligne forskellige retssystemer, overvejer, hvordan man skal beskrive nordisk ret i forhold til andre lande, er det almindeligt at betragte nordisk ret som en særlig »retsfamilie« i forhold til andre sådanne »familier«, fx den engelske og amerikanske *common law* eller den kontinentaleuropæiske såkaldte »civil law«, der med Frankrig og Tyskland som hovedeksempler leder sin ret tilbage til romerretten. Men selv om dansk ret sammen med retten i de øvrige nordiske lande kan betragtes som en sådan egen »familie« med sin egen historie og særtræk, betyder det ikke, at nordisk ret har været upåvirket af fremmed ret. Tværtimod hører det med til forberedelsen af nye love at undersøge fremmed ret, sådan som Ørsted havde anbefalet det.

Internationalisering

Mens tysk og fransk ret i det 19. århundrede spillede en betydelig rolle i danske juristers uddannelse, er billedet vendt i årene efter 2. Verdenskrig. Blikket er nu vendt mod de engelsktalende lande. USA's betydning har afspejlet sig i indførelsen eller anvendelsen af mange engelsksprogede begreber inden for særlig kontraktsretten, og det diskuteres, om også Danmark går i retning af at tillægge juraen og juridisk konfliktløsning større betydning end tidligere, efter inspiration fra USA.

Siden 1973 har Danmarks medlemskab af EF, senere EU, ført til harmonisering på en lang række områder, hvor andre retsprincipper end de danske eller nordiske har været grundlaget. Men det skal bemærkes, at forholdet mellem EU-ret og dansk ret er et andet end mellem fremmed ret, forstået som andre nationale retssystemer, og dansk ret. EU-retten er ikke

fremmed ret, men det drejer sig naturligvis heller ikke om dansk ret i sædvanlig forstand. Det særegne er, at EU-retten udarbejdes og vedtages af organer, som efter den danske grundlov har fået tillagt beføjelser, der ellers tilkommer danske myndigheder. Det er det, striden om EU handler om, nemlig omfanget af den kompetence, som er tillagt EU's organer. Når EF-domstolen træffer en afgørelse, bliver den ikke dansk ret, men den får umiddelbar betydning for den måde, hvorpå danske myndigheder kan agere, hvis man vil holde sig inden for rammerne af de forpligtelser, man har påtaget sig ved at tilslutte sig fællesskabet. EU er en overnational institution, og institutionens ret til at lovgive for medlemslandene følger af en traktat, som i Danmark er gennemført efter en særlig procedure i Grundloven om afgivelse af suverænitet til andre myndigheder end danske. Så i den forstand er EU-rettens forskrifter slet ikke fremmed ret. Der er heller ikke tale om national dansk ret. En del forskrifter retter sig til myndigheder, mens andre retter sig direkte til borgerne, og de skal følges, som var det national dansk ret.

En anden sag er, at der bl.a. inden for rammerne af EU er bestræbelser i gang for at harmonisere, som det hedder, forskellige retsopfattelser. Der er markante forskelle mellem på den ene side engelsk såkaldt common law og engelsk retsopfattelse i det hele taget og på den anden side den måde, hvorpå kontinentaleuropæiske jurister tænker og anvender retten. Meget er udlignet, men forskellene er der, og de søges overvundet i dialog mellem jurister fra forskellige lande. En sådan harmonisering og dens resultater er ikke EU-ret, men en bestræbelse på at overføre grundideen om europæisk samarbejde og skabelsen af et enkelt marked til andre dele af retssystemet, hvor forskelle komplicerer samhandelen. Det er der meget godt at sige om, men der er også kritiske røster, som bygger på en opfattelse af, at national variation og fremhævelse og forståelse af forskelle også er en del af det europæiske projekt.

Noget anderledes end med EU-retten forholder det sig med fremmede regler, der ved lov er direkte inkorporeret som en del af dansk ret. Det gælder fx Den europæiske Menneskerettighedskonvention, der i 1992 ved en særlig lov blev en del af dansk ret.

Konklusion

Det er vanskeligt at forestille sig dansk ret, som den er i dag, uden indflydelse fra fremmed ret. Hojers og Kofod Anchers opfattelse af en snæver forbindelse mel-

lem ret og nation er vejet for en langt mere åben kosmopolitisme. Ret er national, men reglerne behøver ikke at være nationale i deres oprindelse. Det var netop på det tidspunkt, hvor nationalromantikken prægede litteraturen, at retsvidenskaben med Ørsted fandt tilbage til et mere realistisk syn på sammenhængen mellem dansk ret og det øvrige Europa. Men man må ikke tro, at det betød en fuldstændig åbenhed for at erkende det fremmede. For Ørsted og for andre, der har ladet sig inspirere af fremmed ret, har det været afgørende, at de regler, som blev reciperet, passede til og opfattedes som dansk ret. Det handlede om udviklingen af en dansk retsvidenskab og om dansk ret som nationalt retssystem. Fremmed ret var fremmed, men den kunne anvendes, hvor den passede til dansk ret og kunne bringes i overensstemmelse med danske retsgrundsætninger. Patriotismen var væk, men man var stadig national.

I dag ser det anderledes ud. Tanken om at fastholde danske retsgrundsætninger har måttet vige for behovet for fornyelse og accept af retsinstitutter, der anvendes internationalt uden hensyn til deres forbindelse med dansk ret. Jurister kan beklage, at der på denne måde dukker fremmedelementer op i et ellers sammenhængende retssystem. Der er ikke den samme kohærens i dansk ret, som man kendte tidligere, og det er heller ikke entydigt, hvad forholdet er mellem dansk og fremmed ret.

Ret og retsvidenskab består af såvel almene refleksioner og metodisk kunnen som af kendskab til detaljer. Danske jurister har en forpligtelse til at udvikle dansk ret som nationalt retssystem. Spændingen og udfordringen for fremtiden, når det gælder det danske over for det fremmede, bliver muligvis, at vi vil møde to slags jurister. Der vil være dem, der passer dansk ret hjemme og sørger for, at dagligdagens konflikter løses efter dansk ret, og så vil der være dem, som bevæger sig i et internationalt eller globalt miljø, hvor kendskab til meget andet end dansk ret er nødvendigt. Af den sidste slags er der allerede en del, og de efterspørger naturligvis ikke uden videre en national baseret uddannelse i dansk ret, men ønsker en international bredde. Det er ikke realistisk at forestille sig, at der ikke i fremtiden bliver brug for jurister, der kan dansk ret. Tværtimod, dansk er et retssprog, og det vil det blive ved at være. Det kan derfor ikke nytte at lade en stor del af retsundervisningen foregå på engelsk. Danske juridiske begreber er blevet danske, også når de har fremmed rod, og det er danske universiteters opgave at uddanne jurister, der kan virke i en national sammenhæng, og som har det videnskabe-

lige juridiske grundlag for at arbejde med dansk ret. Det blev indført med den juridiske eksamen og den litteratur om jura, som fulgte i kølvandet på den juridiske revolution i 1736. Men det fremmede er rykket nærmere, og forholdet mellem dansk og fremmed ret er langt mere komplekst end tidligere. Ørsted talte om en »overdreven Patriotisme«. Den er for længst væk, når det gælder dansk ret i forhold til det fremmede, men som det gælder så meget, der er dansk, og som vi værner om, er der også blandt danske jurister bekymring for, hvorledes nedarvet retsopfattelse kan forenes med det meget nye og fremmede, der i dag opfattes som en del af dansk ret. Det bliver et af fremtidens spørgsmål, om dansk ret evner at forny sig i en international verden og finde en balance, der gør det muligt, at det nationale og det fremmede bringes i harmoni.

Litteratur

Generelt: Om udviklingen af dansk retsvidenskab kan der henvises til Tamm 2005 b. Der findes i dag en omfattende international litteratur om komparativ ret, reception af fremmed ret, transplants etc., som falder uden for rammerne af denne artikel. Om forholdet mellem dansk og fremmed ret kan henvises til Tamm 1988 med henvisninger, Tamm 1991 og i almindelighed Tamm 2005 a.

Højer 1736: Andreas Hojer: *Ideæ ꝛ Ci Danici pars prima disputatione anniversaria exposita*. København.

Højer 1744: Andreas Hojer: *Forestilling paa en Dansk Jurist, den 1. Part forfatted i en offentlig Disputatz, holden den 4. April 1736 af*

- Andreas Hoier, ... respondente Christian Fleischer og nu fordansket, samt med Tillæg, fornemmelig af Forskiællen imellem den Danske og Norske Lovbog forøget af Peder Sommer*. København.
- Holberg 1715-1716: *Ludvig Holbergs moralske Kiærne eller Introduction til Naturens og Folke-rettens Kundskab, uddragen af de fornemste Juristers ... Skrifter, Illustreret med Exempler af de Nordiske Historier og confereret med vore Danske og Norske Love, Recesse og Forordninger*. København.
- Kofod Ancher 1769-1776: Peder Kofod Ancher: *En Dansk Lov-Historie fra Kong Harald Blaatands Tid til Kong Christian Den Femtes*. København.
- Kofod Ancher 1777: Peder Kofod Ancher: *Anviisning for en Dansk Jurist, angaaende Lovkyndigheds adskillige Deele, Nytte og Hielpemidler*. København.
- Montesquieu 1998: Charles Secondat de Montesquieu: *Om Lovenes Ånd* 1-2. København
- Tamm 1976: Ditlev Tamm: *Fra »Lovkyndighed« til »Retsvidenskab«, studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørstedes privatretlige forfatterskab*. København.
- Tamm 1988: Ditlev Tamm: »Med lov skal land bygges«, i: *Ugeskrift for Retsvæsen*, s. 313-321.
- Tamm 1991: Ditlev Tamm: »Patriotische Rechtsgeschichte und nationale Identität«, i: *Die Bedeutung der Wörter. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*. München, s. 509-520.
- Tamm 2005 a: Ditlev Tamm: *Retshistorie. Danmark – Europa – globale perspektiver*. København.
- Tamm 2005 b: Ditlev Tamm (red.): *Juraen på Københavns Universitet 1479-2005. Københavns Universitet 1479-1979*, bind VI.1. København.
- Topsøe 1878: V.C.S. Topsøe: *Politiske Portræstudier*. København.
- Ørsted 1822: *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, med stadigt Hensyn til Hr. Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog I*. København.