Stikord til Retshistorie V22-23 (kodifikationer) – ordinær

Kvalifikationsbeskrivelse for Retshistorie:
Når de studerende har fulgt undervisningen i faget, forventes de at kunne:

- identificere og kontekstualisere retshistoriske tekster
- identificere og redegøre for fortidens retsregler, retlige institutioner og aktørgrupper samt retsvidenskab
- analysere og diskutere betydningen af konkrete retshistoriske tekster i forhold til retlige problemstillinger og retshistoriske udviklingslinjer
- forklare rettens forskellige funktioner under skiftende politiske, økonomiske, sociale, religiøse og øvrige kulturelle forhold
- forklare sammenhængen mellem dansk og fremmed – navnlig europæisk – ret med fokus på, hvordan fremmed ret har påvirket dansk retsudvikling
- diskutere sammenhænge mellem fortidens og nutidens retsregler, retsinstitutioner, retlige aktører og retsvidenskab
- fremstille analysen skriftligt i en velstruktureret form og et klart sprog

Opgaven:
På baggrund af de til opgaven udleverede kilder og pensum ønskes der en begrundet diskussion af:

- de i kilderne fremførte argumenter for og imod kodifikationer
- den tradition med ius commune, som kodifikationerne signalerede et brud med
- den historiske og forfatningsmæssige brydningstid, som Ørsted skrev ind i.

Udleverede kilder:

1) von Savigny om folket, juristerne og lovgiver (1814)
2) Ørsted om kodifikationer (1822)
3) Bentham om principperne for privatretlige kodifikationer (1843)

Spørgsmål 1: *På baggrund af de til opgaven udleverede kilder og pensum ønskes der en begrundet diskussion af de i kilderne fremførte argumenter for og imod kodifikationer.*

Von Savigny (1814):

- overvejelser om, hvad der skal til for at kunne udvikle en kodifikation for tysk privatret. Skelner i den forbindelse mellem hhv. det politiske og det tekniske – førstnævnte er typisk det, som almindelige borgere vil interessere sig for i form af fx familieret, mens sidstnævnte er det mere teknisk-juridiske i form af fx formueretlige principper. Grunden hertil er, at det politiske kun halvt har med jura at gøre, men lige så meget er skik og sædvaner, dvs. at det så at sige eksisterer, også selvom der ikke er en lov herom – er der røre i dette folkelige ophav, føres dette dog med over i loven, der dermed bliver uklar. I det hele taget kan retlige udviklinger, der skal kunne forstås af almindelige borgere, kun opstå hos folket og dermed afspejle den i folket opståede udvikling, dvs. at sådanne udviklinger ikke kan frembringes via lovgivning. Dermed også sagt, at det er umuligt at frembringe en udtømmende lovgivning, fordi den aldrig vil kunne rumme og afspejle de udviklinger, der sker løbende i samfundet og folkets bevidsthed.

- Omkring lovgivning på de juridisk-tekniske emner afhænger det af juristernes evne til at gøre det forståeligt for almindelige mennesker (ved at gøre det sanseligt), og da ingen jurister synes at kunne dette, kan der ikke udvikles en fælles kodifikation.
- Samtidig er der fare for, at særinteresser kommer særligt i spil, hvis der skal udvikles en lov af en såkaldt "ydre autoritet", dvs. et overstatsligt råd, der ikke nødvendigvis afspejler det folkelige ophav.
- (Von Savignys tænkning og betydning er behandlet i Kjær & Vogt, s. 201-203, 207.)

Ørsted (1822):

- Loven bør understøtte folkets retsfølelse og traditioner, der er frembragt ved sund fornuft. Beskyttelsen af det folkelige ophav er vigtigt for legitimiteten og folkets følgeskab, og derfor skal lovgiver så vidt muligt forsøge at udvikle lovgivning, der ikke strider direkte imod den almindelige opfattelse af, hvad der er rigtigt og forkert.
- Derfor kunne man få den idé at lave denne naturlige, uskrevne ret skrive ned, således at den kom til at stå helt klar og kendt for alle. Det ville dog være betænkeligt at forvente, at dette kunne gøres med en sådan nøjagtighed, at det giver mening, for der vil altid være nogle grænser mellem, hvad der er ret og ikke ret, og denne fornemmelse af, hvor grænsen er, kan nok håndteres af domstolene, der også forholder sig til retsfølelse og traditioner, men den kan ikke håndteres, hvis domstolene kun skal forholde sig til, hvad loven siger. Derfor kan loven ikke stå alene, ikke engang for juristerne, men retten må også være funderet i 'den naturlige ret', dvs. det, der er groet og lever hos borgerne.
- (Ørsteds tænkning og betydning er behandlet i Kjær & Vogt, s. 198-199, 205-209.)

Bentham (1843):

- lovgiver kan kun få succes med sine love, hvis han har fornemmelse for, at de rammer og rummer de forventninger, som borgerne har til loven, men sker dette, kan loven også være med til at påvirke forventningerne i ny retning. Forudsætningen herfor er bl.a., *at* lovene er kendte, dvs. gjort offentlige eller er af en sådan natur, at de er åbenlyse (fx ved at det er et alment fænomen, at man i alle samfund straffes for at slå en anden ihjel); *at* nye love følger de spor, der er lagt med tidligere love, dvs. at nye love lever op til det, befolkningen har af forventninger til, hvad der er ret; *at* loven er formuleret og struktureret på en for alle forståelig måde, således at den kan virke som en instruktion for, hvad man må og ikke må; *at* loven og dommernes tolkning af den tilpasses skiftende samfundsvilkår og tidernes skiften.
- En lov kan dog, på trods af at den måske er lidt uklar og usammenhængende, alligevel have værdi, fordi den i det mindste informerer om, hvor grænserne for det onde er. Derfor skal man også være varsom med at lade dommeren få for stor frihed til at tolke loven og retten, fordi man dermed risikerer, at retstilstanden bliver endnu mere usikker og sløret. Det sikreste for at leve op til ønsket om forudberegnelighed (og dermed retssikkerhed i et samfund) er derfor at henholde sig til – hvor ufuldkomne de så end er – lovene, fordi de trods alt giver os en fælles referenceramme for, hvad der er rigtigt og forkert.
- (Benthams tænkning og betydning er behandlet i Kjær & Vogt, s. 200-201, 203.)

Samlet:

- Savigny afviser, at det er muligt at udvikle en tilfredsstillende kodifikation, fordi den – hvis den skal være udtømmende og dermed bringe retsudviklingen videre – ikke kan rumme den udvikling og dermed retsforståelse eller retsfølelse, der løbende er i samfundet, samtidig med, at juristerne pt. ikke er dygtige nok til at kunne udvikle lovgivning, der både er juridisk holdbar og forståelig hos almenheden. Hertil kommer risikoen for, at de politiske repræsentanter, der skal fastlægge en ny lov, givetvis vil gå efter at optimere deres egne forhold frem for fællesskabets bedste.

- Ørsted synes også som Savigny at sondre mellem den ret(sfølelse), der lever hos folket, og juristernes ret, der findes i loven, og plæderer som Savigny for, at man i forbindelse med lovudviklingen ikke kan nøjes med at rumme den juristskabte ret, men også må inddrage 'den naturlige ret' i form af folkets retsfølelser og traditioner. Ørsted synes dog at se dette som et supplement, der skal tænkes med som en selvstændig retskilde ved siden af loven, mens Savigny er lidt mere svævende ift., hvorvidt der er tale om flere forskellige samtidigt eksisterende, supplerende retskilder eller elementer, der skal tænkes med i én eller anden form for lovgivning.
- Bentham anerkender, at lovene helst skal være i overensstemmelse med folks traditioner og idé om, hvad der er ret, og dette selv, når idéerne ændrer sig, men for at have en fælles referenceramme for, hvad der er forudberegneligt, giver det mening at arbejde med kendte love som det bedste redskab ift. at sikre størst retssikkerhed.

Der er ifølge opgaveteksten tale om "en begrundet diskussion", hvorfor der i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 1 bør være særlig opmærksomhed på at fremdrage de i kilderne fremførte argumenter og stille dem op mod hinanden i og med, at der præsenteres grundlæggende forskellige opfattelser af, om og hvorfor (ikke), det er umuligt/ikke tilrådeligt at udforme kodifikationer.

Spørgsmål 2: *På baggrund af de til opgaven udleverede kilder og pensum ønskes der en begrundet diskussion af den tradition med ius commune, som kodifikationerne signalerede et brud med.*

Det fremgår både af pensum, forelæsninger og manchetten til tekst 3, at kodifikationer er et brud med den tidligere fremherskende idé om, at retten har en form for fælles ophav eller baggrund, og at udviklingen af kodifikationer har deres pendant i nye, liberale – og nationalt orienterede – forfatninger i midten af 1800-tallet. Spørgsmål 2 sigter mod den ene af de to "fælles retssystemer" eller "retstænkninger", som her mister deres betydning, nemlig idéen om ius commune. Den anden idé, der aflives med nationalt sigtende kodifikationer, er naturretten/ den rationelle naturret.

Ift. ius commune begynder man i anden halvdel af 1700-tallet at se en bevægelse væk fra idéen om, at retten i de forskellige europæiske stater bygger eller trækket på et fælles juridisk-teknisk fundament i form af en videnskabelig almen udbredt måde at tænke ret på, den såkaldte ius commune. Ius commune betegnede nærmest en ideologisk måde at forstå og bruge retten på, og i forbindelse med begrebets opståen i middelalderen, var denne fælles tænkemåde baseret på den klassiske romerrets juridiske teknik og begrebsbrug og kanonisk rets moralske normer for, hvad der gør et godt menneske og dermed et godt samfund. Det betød også, at selvom romerretten i ren form aldrig rigtigt nåede til DK, så fandt ius commune som retlig tænkemåde og kultur alligevel herop via udbredelsen af kristendommen og den kirkelige tænkning og påvirkning, senere også via de studerende, som brugte de kompetencer, de tillærte sig under deres universitetsstudier i Sydeuropa (Kjær & Vogt, s. 29-41, 56).

Idéen om ius commune, dvs. en almen ensartet måde at tænke ret og retfærdighed på, hang ved efter reformationen i den forstand, at man fortsat arbejdede ud fra en almen opfattelse af de enkelte retssystemers juridisk-tekniske fundament. Dette hang ved selv i de reformerte lande på trods af, at retsvidenskaben splittes i to retninger, nemlig den reformerte humanistiske tradition med fokus på retskilderne for retskildernes egen skyld – da grundige studier heraf skulle skabe grobund for at udvikle et troværdigt fundament for retsstudiet – (som i forelæsningerne er blevet betegnet som mos gallicus, den galliske tradition) og den traditionelle skolastiske tradition (mos italicus, den italienske tradition), der fortsat sigtede mod at studere de kilder/kildeversioner, der lå til grund for gældende praksis (Kjær & Vogt, s. 106).

Det endelige dødsstød til ius commune-tankegangen kom så med kodifikationerne fra midten af 1700-tallet og frem (Kjær & Vogt, s. 198-200). Den gode besvarelse vil bemærke, at den samme udvikling gælder den rationelle naturret, hvor især Montesquieu spiller en rolle (Kjær & Vogt, s. 158-160). Dette er også blevet fremhævet i forelæsningerne, hvor der netop i forbindelse med Montesquieu er gjort en del ud af at tale national partikularisme som modstykke til den naturretlige universalisme.

Begrebsparret 'universalisme' og 'partikularisme' findes ikke pensum, men er brugt forholdsvis meget i undervisningen, fordi giver en god mulighed for at drøfte det fælles (universelle) med det nationale (partikularisme). Derfor vil begreberne givetvis dukke op i en del opgaver, men fraværet heraf kan samtidig ikke trække ned.

Også i forbindelse med spørgsmål 2 er der tale om "en begrundet diskussion". I modsætning til spørgsmål 1 er der dog ikke i sig selv flere potentielt modsatstående kilder at arbejde med her, så spørgsmålet forventes alene besvaret ud fra pensum. Den særligt opmærksomme studerende vil dog muligvis kunne se, at der er en vis sammenhæng mellem Savignys juridisk-tekniske kategori og ius commune-tænkningens karakteristika, hvorfor der kan trækkes tråde til dele af de udleverede kilder.

Spørgsmål 2 er dog opgavens svære element, fordi der reelt ikke står meget om ius commune i pensum.

Spørgsmål 3: *På baggrund af de til opgaven udleverede kilder og pensum ønskes der en begrundet diskussion af den historiske og forfatningsmæssige brydningstid, som Ørsted skrev ind i.*

Spørgsmålet henviser i sagens natur til den opbrudstid mellem en stærk enevælde og en begyndende liberal dagsorden, som Ørsted agerer i, i 1822. At det nogle gange krævede en balancegang, er tydeligt, både da han i 1826 blev forbudt at skrive mere samtidig med at være embedsmand, og da han i 1845 måtte rette sig efter kongens ønske frem for stænderforsamlingens omkring arveret på trods af, at han var enig med sidstnævnte (Kjær & Vogt, s. 206 og 231).

Den liberale dagsorden i oplysningstiden og første halvdel af 1800-tallet er i en dansk sammenhæng en opposition mod det eksisterende styre, dvs. mod den absolutistiske enevælde. Der er således to elementer i besvarelsen af spørgsmål 3, der kan vægtes lidt forskelligt, nemlig dels en karakteristik af enevælden, dels en forklaring på, hvorfor der er tale om en brydningstid.

Første element, dvs. en karakteristik eller forståelse for enevælden (jf. Kjær & Vogt, s. 149-194), kan evt. omfatte:

- selve den teoretiske tanke bag absolutismen, hvos særlig Hobbes er relevant, jf. s. 153-154 og 164, men hvor også andre rationelle naturretstænkere som Grotius, Pufendorf og Holberg kan inddrages, jf. s. 152-160. Der må forventes en vis dybde (frem for blot navns nævnelse) i beskrivelsen af teorierne, især Hobbes.
- den danske enevældes forfatningsmæssige indretning med Suverænitetsakten og Kongeloven af 1665 samt statsretstænkere som Bodin og Arnisæus (s. 161-165)
- den organisatoriske indretning (og opstramning) af såvel statens (retlige) administration som retsudviklingen, herunder domstolsindretningen, strafferetlig proportionalitetstænkning o.l. (s. 165-179)

Opgavens kilder og dermed selve problemstillingen ligger lige på grænsen mellem to kapitler/to perioder hos Kjær og Vogt. Det kan godt forvirre, fordi Kjær og Vogt kører med en noget utraditionel kapitelinddeling, hvor kap. 4 omhandler enevældens første 150 år (1660-1814), mens kap. 5 med perioden 1814-1872 omhandler den seneste enevælde og perioden hen over grundloven af 1849. Den traditionelle måde ville være 1660-1849 og 1849-1953. Dette kan få nogle besvarelser til at fokusere på forfatningstiden (dvs. 1814 og frem), mens den tidligere enevælde (omtalt i kap. 4) måske ikke berøres i nævneværdig grad. Det vigtigste er da ubetinget også det andet element i form af forfatningstiden (kap. 5).

Andet element har fokus på at forklare baggrunden for de liberale frihedsrettigheder, dvs. hvad der førte til udviklingen af idéen om, at der er sådanne rettigheder. Der er således fokus på kap. 5 (s. 197-233) i Kjær & Vogt, der omhandler udviklingen hen mod og indførelsen af Grundloven (og tilsvarende europæiske forfatninger). Også her er der en række elementer, som kan omfattes

- liberalismen, der som en afledt politisk ideologisk variant af den rationelle naturret hævder menneskets grundlæggende frihed og den betydning, dette har for statens styre – og Lockes og Montesquieus betydning for udviklingen heraf (jf. især s. 154-155 og 158-160). På s. 204-205 og s. 213-214 knyttes netop liberalismen og Lockes og Montesquieus betydning for samtidens tanker om beskyttelse mod statens overgreb og frihedsrettigheder sammen med 1800-tallets bølge af forfatninger, inkl. den danske grundlov. Der forventes en vis dybde (frem for blot navns nævnelse) i beskrivelsen af teorierne.
- Det giver i den forbindelse god mening at inddrage Den Amerikanske Uafhængighedserklæring fra 1776 og Den Franske Menneskerettighedserklæring fra 1789, evt. den belgiske forfatning fra 1831 og den norske Eidsvollsforfatning fra 1814, som udenlandske eksempler på den liberale tænkning. Marsilius af Padua kan evt. også nævnes i forbindelse med Lockes holdning til oprørsret.
- Det er også muligt at inddrage en skelnen mellem liberalismen og den konservatisme, som liberalismen er en reaktion på, evt. ved at inddrage indretningen af den lovgivende forsamling anno 1849 i to kamre i form af Landstinget og Folketinget, Burke og Ørsted.
- Den konkrete kontekst, der i et vist omfang forventes inddraget som historisk baggrund, er centreret omkring forfatningsstriden, der tog fart efter afståelsen af Norge i 1814 og diskussionerne omkring de sønderjyske hertugdømmers tilknytning til DK, samt stænderforsamlingernes funktion som rådgivende politisk forsamling (da forsamlingerne dermed blev omdrejningspunkt for de tiltagende krav om borgerskabets politiske medbestemmelse).
- Borgerskabet er i pensum ikke behandlet selvstændigt som begreb og socialklasse, men det er tydeligt, at det er borgerne og borgerskabet, der driver på for politiske forandringer, og den gode besvarelse er opmærksom på at tydeliggøre, at det ikke var alle og enhver, der var optaget af spørgsmålet, men derimod det borgerskab, der var i en økonomisk og social position, hvor de kunne ønske sig politisk medindflydelse. Begrebet er dog blevet introduceres i forbindelse med undervisningen, og den særligt opmærksomme besvarelse har observeret, at både Grundloven af 1849 og Straffeloven af 1866 i deres officielle titler direkte henviser til det borgerskab, der trumfede forfatningsændringen igennem (s. 226).

Som spørgsmål 2 er der tale om "en begrundet diskussion", der alene forventes besvaret ud fra pensum. Opgaveformuleringen henviser således til, at der i besvarelsen bør ligge en mere eller mindre ekspliciteret forklaring på, hvorfor en konkret kontekst, samfundsfilosof e.l. er inddraget.