

# Den lille Rødhætte - og Ørsted

- eller om Volksgeist og bæredygtighed som retskilder

Henrik Stevnsborg

Da Anders Sandøe Ørsted døde i 1860, efterlod han sig en bogsamling af dimensioner. Den blev solgt på en auktion i København, og kataloget omfattede ikke færre end 4454 numre.<sup>1</sup> Godt halvdelen var diverse faglitteratur, spændende fra filosofi over politologi, historie og filologi til medicin. At resten stod opført i kategorien "lovkyndighed" kan ikke undre. Ørsted var jo det 19. århundredes mest indflydelsesrige danske jurist.

På hans hylder stod imidlertid også enkelte mere eksotiske titler. Ørsted ejede til eksempel den tyske kulturforsker Johann Gottfried Herders *Zerstreute Blätter* 1-6 og sammes *Vernunft und Sprache* i 2 bind. Med arbejder som disse havde Herder inspireret til romantikken og dennes dyrkelse af fortid, følelser og folk, herunder af folkets gamle viser, af dets sagn og af dets eventyr. Sådant materiale var ligeledes i Ørsteds besiddelse; han ejede et eksemplar af hovedværket i tysk mytologi: *Das Niebelungen-Lied* samt af *Minne-Lieder aus dem schwäbischen Zeitalter*. Hertil kom både Asbjørnsens *Norske Huldre-Eventyr og Folkesagn* og klassikernes klassiker i genren: brødrene Grimms *Kinder- und Hausmärchen*.

Naturligvis kan man mene, at i så stort et bibliotek som Ørsteds måtte der nødvendigvis findes en del kuriosa, lige som man ikke kan slutte fra en bogs besiddelse til en bogs læsning. Men de pågældende folkløriske titler i Ørsteds bibliotek var nu ikke så kuriøse endda. For dengang bestod der en intim forbindelse mellem juraen og folkeminderne.

Den ældste af eventyr-brødrene Grimm, Jacob, var faktisk jurist af uddannelse - omend han aldrig tog sin afsluttende eksamen på grund af Napoléonskrigene. I vinteren 1802/1803 læste han arveret og juridisk metode ved Universitetet i Marburg an der Lahn. I sommersemesteret 1803 fulgte han undervisning i romersk retshistorie, og vinteren

1. Fortegnelse over Dr. juris Geheimekonferentsraad A.S. Ørsteds efterladte Bogsamling ..., 1860. Jfr. Ditlev Tamm, Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab". Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørsteds privatretlige forfatterskab, 1976, ss. 459-463.

1803/1804 i obligationsret og den justinianske romerrets begynderbog *Institutiones*.<sup>2</sup>

Læreren i disse discipliner var ikke professor Hvemsomhelst, men den Friderich Carl von Savigny, som grundlagde Den historiske Skole i retsvidenskaben. Denne så på retten, ganske som romantikerne så på kunst og litteratur. Gældende ret er derfor efter den historiske skoles opfattelse et historisk betinget produkt af folket og dets væsen - dets *Volksg Geist*. Ikke således at forstå, at fortidens ret pr. definition er "bedre" end nutidens eller fremtidens, men som von Savigny siger det: retsvidenskabsmanden må i sin forskning lægge allerstørste vægt på, "dass der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntniss wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen".<sup>3</sup> Skolens retshistoriske undersøgelser er altså ikke støvet, antikvarisk virksomhed. Tværtimod. Retshistorie og retsdogmatik er een og samme disciplin.

Med et berømt Savigny-citat er retten groet frem af "innere stillvirkende Kräfte",<sup>4</sup> og den kan følgelig aldrig basere sig på en lovgivers mere eller mindre tilfældige og tidsbundne regeludstedelse. Med andre ord må loven som retskilde blive subsidær i forhold til sædvanen, ja sædvaneretten - "das Gewohnheitsrecht" - er "das einzig wahres Recht", som von Savigny formulerede sig kategorisk ved en forelæsning i 1838.<sup>5</sup>

Jacob Grimm lagde ikke skjul på, at han betragtede sig som elev af von Savigny. I sin selvbiografi skriver han: "was kann ich aber von Savignys vorlesungen anders sagen, als dass sie mich aufs gewaltigste ergriffen und auf mein ganzes leben und studieren entschiedensten einfluss erlangten?".<sup>6</sup> De to forblev da heller ikke blot kolleger men stod tillige på venskabelig fod - skønt deres forskning gik i forskellig retning: Mens klassicisten von Savigny koncentrerede sig om Romerretten i den tyske retshistorie, var Jacob Grimm tilbøjelig til at anse Romerretten for

2. Jacob Grimm, *Selbstbiographie*, i samme, *Kleinere Schriften I*, 1864, s. 6. Jfr. Hermann Conrad, *Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friderich Carl von Savigny und Jacob Grimm*, i *ZRGGerm LXX*, 1947, ss. 261-283.
3. F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts I*, 1840, s. xv.
4. F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, s. 14.
5. Hans Thieme, *Savigny und das Deutsche Recht*, i *ZRGGerm LXX*, 1963, s. 21, note 54. Om Savigny og den historiske skole, se senest Lars Bjørne, *Nordisk Rättskällelära. Studier i rättskälleläran på 1800-talet (=Rättshistoriskt Bibliotek 46)*, 1991, især ss. 69-72.
6. Jacob Grimm, *Selbstbiographie*, s. 6.

et fremmedelement og beskæftigede sig i stedet med det rent germaniske.<sup>7</sup>

Også en anden af von Savignys elever, Georg Friderich Puchta, der i lighed med sin læremester blev en af 1800-tallets store romanister, interesserede sig for folkeminderne. I et af Puchtas hovedværker - karakteristisk nok bærer det titlen *Das Gewohnheitsrecht* og opererer med tre typer af retskilder: Retsvidenskaben, lovgivningen og sidst men ikke mindst folket - betragtes sagn og ret som to parallelle og organiske udslag af samme Volksgeist.<sup>8</sup>

Det åndelige slægtskab med von Savigny spores tydeligt i Jacob Grimms store arbejde fra 1828 om de *Deutsche Rechtsaltertümer*. Her hedder det blandt andet i forordet, at skrevne love som oftest er "ein mageres gerippe", eftersom de blot indeholder "was man neu zu bestimmen für nöthig erachtete, bei weitem nicht den ganzen umfang des unveränderten und fortbestehenden alten rechts, das sie als bekannt voraussetzen ...".<sup>9</sup> I konsekvens heraf anser Jacob Grimm den folkelige overlevering for mere relevant for den juridiske forskning end "zehn bände dürrer stadtrechte".<sup>10</sup> Og i konsekvens heraf er hans arbejde om disse "Rechtsaltertümer" baseret på en bred vifte af kilder, af hvilke flere vil forbløffe en jurist af i dag.

Grundstammen er en omfattende samling af middelalderlige "Weis-tümer", d.v.s. lokale vedtægter og afsagte domme. Jacob Grimms ellers klare germanistiske standpunkt taget i betragtning må det overraske, at hans empiri desuden omfatter antikke forfattere som Dio Cassius, Plutarch, Sueton og Cicero - og at han endda gerne henviser til en romerretlig kilde som De tolv tavlers Lov. Men hertil kommer rent folkløst stof som folkeviser og gamle sagn. Til eksempel henvises der i bogens indledningskapitel om rettens symboler under punktet "Handschuh" til et folkesagn om den hessiske landgrevinde Sophie.<sup>11</sup> I afsnittet om indgåelse af ægteskab dokumenteres den skik, at manden oprindeligt købte sin hustru, med kilder som Aristoteles, Homer, Saxo og nordiske sager, men begrebet "brudekøb" belægges i tilgift med "liedern und

7. Hermann Conrad, *Aus der Entstehungszeit*, især ss. 274-277. Om venskabet mellem Savigny og Grimm - som ikke var uden gnidninger - se Theo Schuler, *Jacob Grimm und Savigny. Studien über Gemeinsamkeit und Abstand*, i ZRGerm LXXX, 1963, ss. 197-305, hvor der tillige drøftes emner som gensidig påvirkning, Volksgeist og tysk romantik.
8. Georg Friderich Puchta, *Das Gewohnheitsrecht I*, 1828, ss. 153-155.
9. Jacob Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 1828, s. ix.
10. Samme, s. xi.
11. Samme, s. 153.

sagen".<sup>12</sup> Og i kapitlet om forbrydelse og straf skildres bl.a. straffen at dypes i tjære og rulles i fjer (pice oblinetur et plumis obleretur) en sær strafstype, der bedst kendes fra folkeminderne - og endnu overlever i tegneserierne.<sup>13</sup>

Ørsted bevægede sig i kredse, der dyrkede romantikken, og for hvem et eventyr som Rødhætte var pensum. Adam Oehlenschläger var hans svoger, og med digteren delte han en levende interesse for det svundne. Oehlenschläger berømmes da også i Ørsteds erindringer for sin "dybe Begeistring for den nordiske Gudeverden og for vores Fædres Bedrifter ..." - en begeistring, som ifølge Ørsted gjorde Oehlenschläger til bannerfører for "de Flere, der ... ellers have virket for at udbrede Kundskab og Kjærlighed til vor mythiske og ældre historiske Tid ...".<sup>14</sup> Og hvad von Savigny angår, da er Ørsteds beundring for Den tyske Mester ikke mindre varm: "en Mand, der hører til de dybeste og mest overskuende Retsgranskere, som nogen Tidsalder har seet" er blandt de lovord, Ørsted lader lyde om Savigny.<sup>15</sup>

Fra Savigny overtog Ørsted forestillingen om en i folket levende, naturlig ret, ligesom også *han* så med megen skepsis på dét at lovgive. Han var dog ikke slet så rabiat; i sit privatretlige hovedværk, *Håndbogen* fra 1822, ville Ørsted således ikke afvise berettigelsen af enkeltlovgivning, eksempelvis for "at opnaae et nyt og mere udvidet Øiemed, som Samfundet, under den fremskridende Udvikling, foresætter sig, eller for at afværge Misbrug og Farer for Retsordenen, som nye Forhold og Omstændigheder føre med sig".<sup>16</sup> Ejheller ville han afvise, at en samlet kodifikation af strafferetten kunne være hensigtsmæssig, hvor von Savigny havde vendt sig mod enhver form for kodifikation.<sup>17</sup>

Trods disse uoverensstemmelser ses indflydelsen fra von Savigny ganske klart i det følgende lange, men ganske illustrative, Ørsted-citat: "Det Retssystem, som ... har dannet sig selv ved den naturlige Retsfølelse, den sunde Fornuft, det borgerlige Livs Trang, Retsgjenstandenes og Folkets Sæder, er det ingenlunde den positive Lovs Hensigt at fortræn-

12. Samme, ss. 421-422.

13. Samme, s. 725.

14. Anders Sandøe Ørsted, *Af mit Livs og min Tids Historie*, udgivet med forkortelser..., 1951, ss. 402-403.

15. Se Ditlev Tamm, *Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab"*, s. 353.

16. Anders Sandøe Ørsted, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed ... I*, 1822, ss. 90-91.

17. Ditlev Tamm, *Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab"*, ss. 347-348 og samme, Anders Sandøe Ørsted og den historiske skole i Danmark, i *Juristen* 1983, ss. 253-266.

ge, hvorimod den bør søge at bevare, rette og forædle samme. Den af hine naturlige Elementer udviklede Ret, vil fuldkomnest stemme med Folkets Tarv; den vil have Meningen for sig, være Folket bekjendt og elskes af samme. Jo mere derimod den i Staten gjeldende Ret afviger fra den naturlige Tingenes Tilstand, jo mere den bestaaer af blot vilkaarlige Forskrifter, desto mindre vil den fremme Folkets Bedste, jo mere ubekjendt og fremmed vil den være Folket, jo mere ligegyldig, ja fiendtlig sindet vil det være mod Lovgivningen".<sup>18</sup>

Den historiske Skole var selv et historisk fænomen. I skolens program lå en bevidst afstandtagen til Den franske Revolutions tro på, at enhver tidsalder modellerer sin egen nye verden uden hensyn til fortiden, og der lå en afstandtagen til Revolutionens opfattelse af loven som den altafgørende retskilde. Et betragteligt antal af Revolutionens slagord og ideer skyldtes jurister. Der er derfor intet mærkværdigt i, at den franske 1791-forfatnings artikel 1 indeholdt en bestemmelse om, at hele den gældende borgerlige ret skulle kodificeres. Dette projekt var i egentligste forstand revolutionært.<sup>19</sup>

Den historiske Skole derimod nærrede selvsagt indædt uvilje mod de vekslende revolutionsregeringers eksperimenter med samfundsstyring ad lovgivningens vej, det være sig i form af lois, décrets, ordonnances, réglements - eller codes. Og set med von Savignys øjne var misèren ikke slut med Napoléons overtagelse af magten, for diktatoren trådte troligt i Revolutionens spor og lovgav efter forgodtbefindende. Bonaparte var en "vilkårlig lovgiver", der udstedte en regel den ene dag - for den næste dag selv at ophæve reglen. Savigny anfægter simpelthen legitimiteten af en sådan statslig intervention, og følgelig var den berømte franske lovbog fra 1804, *Code civil*, efter von Savignys mening nærmest et raffineret politisk instrument til at undertvinge de områder af Europa, som franskmændene havde besat under Napoléonskrigene. Lovbogen var "ein Band mehr, die Völker zu umschlingen".<sup>20</sup>

Vi befinder os ikke idag umiddelbart på den anden side af en Revolution, et Waterloo og en Wienerkongres, som Savigny, Grimm, Puchta og Ørsted gjorde. Alligevel er situationen ikke uden paralleller: Også i vor tid lyder der kritiske røster imod den statslige lovgivningsaktivitet - mod velfærdsstatens forsøg på at "kolonialisere livsverdenen", med Jür-

18. Anders Sandøe Ørsted, Haandbog I, s. 90.

19. Jean-Jacques Chevalier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 a nos jours*, 4. ed. 1972, s. 28.

20. F.C. von Savigny, *Vom Beruf*, s. 57.

gen Habermas' kendte formulering.<sup>21</sup> Begreber som deregulering, afregulering, regelforenkling og regelpauser er kommet på mode både blandt politikere og inden for retsvidenskaben.<sup>22</sup>

Samtidig er interessen vokset for andre, "blødere", retskilder end loven. Henrik Zahle konkluderede allerede i 1982, at politiets detentionsanbringelser har hjemmel i praksis - uden støtte i noget lovdirektiv - og accepterede administrativ praksis som en retskilde selv på et så hjemmelskrævende område som frihedsberøvelser.<sup>23</sup> Synspunktet gentages i Henrik Zahles *Dansk Forfatningsret* fra 1989.<sup>24</sup> Det er dog kun formuleret på et snævert område, nemlig med direkte adresse til frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen, og angår kun hidtidig, hævdevunden myndighedspraksis.<sup>25</sup>

Henrik Zahles 1982-artikel rummer imidlertid tillige mere principielle overvejelser. Sædvane og praksis ikke blot defineres - som "retskilder som stort set transformerer en oprindelig hjemmelsløs afgørelsestype til en legitim og hjemlet myndighedsadfærd";<sup>26</sup> men af hensyn til forståelsen af en sådan transformation henledes opmærksomheden på "den afgørelse i fortiden, der indledte denne praksis".<sup>27</sup> Og mens en lov idag typisk er ung og bærer både navn, dato og nummer, så strækker *praksis* sig anderledes ubestemt bagud i historien. Glosen fortid er ikke mindre dominerende i forbindelse med Henrik Zahles omtale af *sædvanen*, hvor han selv peger direkte tilbage til det 19. århundredes historiske skole.

21. Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* I, 2. opl. 1982, s. 10.
22. For en oversigt se Jørgen Dalberg-Larsen, Om deregulering og regelsanering. Nogle generelle betragtninger om et par af firsernes politiske modeord, i Lis Frost (red.), *Deregulering. Ret uden regler?* Tilegnet Jørgen Jepsen på 60-årsdagen 5. december 1990, 1990, ss. 17-42. Jfr. ligeledes Ellen Margrethe Basse, *Juridisk forskning i nye reguleringsmidler*, i samme (red.), *Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog*, 1989, samt Vibeke Jensen og Ellen Margrethe Basse, *Nye styringsmidler og forskning heri*, samme (red.), *Regulering og styring II - til fornyelse af den juridiske teori og metode*, 1990.
23. Henrik Zahle, *Hjemmel for frihedsberøvelse i forfatningsretligt perspektiv*, i *Juristen* 1982, især ss. 158-161.
24. Henrik Zahle, *Dansk Forfatningsret III. Menneskerettigheder*, 1989, s. 164, hvor der imidlertid efterlyses en lovhjemmel af hensyn til fremtidige detentionsanbringelser.
25. Domstolspraksis er holdt uden for. Det samme gælder, hvad Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. udg. 1987, ss. 229-232, kalder "publikumssædvaner".
26. Henrik Zahle, *Hjemmel for frihedsberøvelse*, s. 159.
27. S.st.

En kulturforskning som Johann Gottfried Herders har næppe megen relevans længere. Gad vidst hvor mange, der nu om stunder ville acceptere Herders teorier om historiens gang: at "sand humanitet" i tidens løb har taget livtag med "menneskeslægtens ødelæggende dæmoner" for i en bestandig evolutionær bevægelse at stige mod "Vernunft und Staatskunst"?<sup>28</sup> I dansk historieforskning skal vi formentlig tilbage til professor Caspar Paludan-Müller for at finde lignende tanker udtrykt, d.v.s. tilbage til tiden før det såkaldte kritiske gennembrud i historien, der fandt sted i slutningen af det forrige århundrede.<sup>29</sup>

I Tyskland har "Rechtliche Volkskunde" til stadighed været et flittigt dyrket forskningsfelt, og tråden mellem jura og folkeminder er aldrig blevet kappet.<sup>30</sup> Forudsat, at folkløren tages som udtryk for holdninger og forestillinger på indsamlings- og nedskrivningstidpunktet - og ikke bruges som kilde til fjern fortidshistorie<sup>31</sup> - skulle man tro, at også den danske retshistorie kunne rumme "Rødhætteforskning".<sup>32</sup>

Større interesse knytter der sig imidlertid nok til den historiske skoles retskildelære, som J.F. W. Schlegel præsenterede herhjemme med en afhandling i 1822 om *De gamle danskes retssædvaner*.<sup>33</sup> Siden er diskussionen om retssædvane contra lov aldrig helt forstummet. Fra nyere tid kan nævnes debatten om derogatoriske retssædvaner mellem Svend Gram Jensen og Preben Stuer Lauridsen i 1984.<sup>34</sup> Og det synes, som sagt, som om retskilderne praksis og sædvaner har fået fornyet aktualitet både her og i udlandet. Det er således slående, at Jean Bodin-Societetet i 1984 viede en kongres til spørgsmålet om retskilder - og valgte netop "la coutume" som sit første emne. Her blev sædvaneretten - der af Societetets

28. Johann Gottfried Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 15. bog II, 2.
29. Bent Egaa Kristensen, Caspar Paludan-Müllers Indledning til *Historiens Studium*, i *Danske Magazin* 8. rk. VI:1, 1991, 2. 37.
30. Se eksempelvis den omfattende litteratur i Wolfgang Schildt, *Alte Gerichtsbarkeit*, 1980, ss. 240-242 samt af genrens mester, Karl-S. Kramer, *Grundriss einer rechtlichen Volkskunde*, 1974.
31. Henrik Stevnsborg, "- af usikkert kan ikke komme sikkert". Evald Tang Kristensens sagnoptegnelser om konflikten mellem herremand og bonde, i *Fortid og Nutid XXIX*, 1982, ss. 375-408.
32. John Christensen og Henrik Stevnsborg, *Den blå jomfrus dræbende kys*, i *Samvirke* 1991:9, ss. 36-40. Henrik Stevnsborg, *Den blå Jomfru*, i *Folkeminder* 1991:2, ss. 5-8.
33. J.F.W. Schlegel, *Om de gamle Danskes Retssædvaner og Autonomie*, 1822.
34. Svend Gram Jensen, *Morarenter og tinglysningsloven*. En kommentar til U 1983.453, i *U* 1984 B, ss. 69-72. Preben Stuer Lauridsen, *Kort om sædvaner og dommen* i *U* 1983.453, i samme, ss. 188-189. Svend Gram Jensen, *Derogatoriske retssædvaner - endnu engang*, i samme, ss. 284-287.

generalsekretær, John Gilissen, beskrives som "un ensemble d'usages d'ordre juridique, qui ont acquis force obligatoire dans un groupe socio-politique donné, par la répétition d'actes publics et paisibles pendant un laps de temps relativement long" - studeret i små 150 rapporter, dækkende både fortid og nutid og fem kontinenter.<sup>35</sup> Det er ligeledes tankevækkende, at en af de senest forsvarede juridiske disputatser ved Københavns Universitet ligefrem bærer begrebet *Informel ret* i sin titel - defineret som "faktisk skik og brug".<sup>36</sup> I denne doktorafhandling af Hanne Petersen om den postmoderne ret indgår undersøgelser af både handelskutymer, forfatningsretlige sædvaner og arbejdsretlig praksis. Hanne Petersen ser intet behov for, at den informelle ret partout skal transformeres til formel ret, altså fæstnes i regelform. Snarere ser hun "behov for en diskussion af, i hvilke retninger og andre former det 'hele' og mangfoldige liv kan sikres - under hensyntagen til både social og økologisk 'bæredygtighed' ".<sup>37</sup> Men ikke mindst bæredygtighed er et begreb præcis så abstrakt som Den historiske Skoles folk og folkeånd. Og skal bæredygtighed være den centrale retskilde - og ikke loven - er der risiko for, at vi retskildemæssigt bringes hen, hvor vi stod før 1789 og Den franske Revolution.

#### *Författarupplysningar:*

Henrik Stevnsborg er dr. phil. og ansat som adjunkt ved Københavns Universitets retsvidenskabelige institut.

35. John Gilissen, *La coutume. Présentation du thème et note introductive*, i *Receuil de la Société Jean Bodin LI. La coutume*, 1990. Bind LIV udkom ligeledes i 1990, bindene LII og LIII er under udgivelse.

36. Hanne Petersen, *Informel ret på kvindearbejdspladser*, 1991, s. 301.

37. Samme, s. 330.