

Småstykker

ROMERRETEN SOM JUS COMMUNE

I KRISTENHEDEN

AF

ERNST ANDERSEN

Efter de forestillinger, som behersker nutidens retsteori, har romerretten aldrig haft gyldighed i Danmark. Hertil måtte kræves enten en erobring eller en lovgivningsakt eller en sædvaneretsdannelse, men de romerske legioner nåede aldrig op til Danmark, en dansk lov om, at den Justinianske romerret skulle være subsidiær ret i Danmark, er ikke udfærdiget, og en indførelse ved sædvaneret har der aldrig været tale om.

Når en jurist alligevel kan føle sig foranlediget til at beskæftige sig lidt med dette problem, beror det på, at de retsteoretiske forestillinger, som var rådende i senmiddelalderen, og som kom til at præge udviklingen i Tyskland fra slutningen af det 15. århundrede, var væsentligt forskellige fra nutidens. Dette bliver man klar over, hvis man beskæftiger sig med retskildeteori, som er udviklet ved midten af det 14. århundrede af Bartolus fra Sassoferato (1313-57).

Bartolus er den berømteste jurist i senmiddelalderen. Han var professor i romerret i Pisa og derefter i Perugia. Når Bartolus kom til at fordunkle alle andre jurister fra senmiddelalderen, beror det navnlig på, at han var den første lærer, som magtede at give en fremstilling af hele den Justinianske romerret eller rettere af noget, som han gav ud for Justiniansk romerret, for der er tale om et konglomerat. Bartolus fremstillede hele »systemet«, og det var der ingen, der havde gjort før ham. De *Commentarii*, som Bartolus skrev, og som tidligt blev trykt som incunabler og senere gang på gang genoptrykt og genudgivet, var gennem flere århundreder grundlaget for universitetsundervisningen i såkaldt romerret. Den, der vil studere retsudviklingen i senmiddelalderen og i det 16. århundrede, kan ikke negligere Bartolus.

Juristen, som arbejder lidt med retshistorie, går derfor ud fra, at et emne som Bartolus's retskildeteori forlængst er undersøgt af retshistorikere og da navnlig af v. Savigny, som i sin *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* har udførlige udviklinger om Bartolus og om de

så kaldte kommentatorer. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Forklaringen synes at være det afskrækkende omfang, som Bartolus's *Commentarii* har. Får man på Det kongelige Bibliotek Baselerudgaven fra 1588-89 frem, opdager man, at der er tale om 5 store folianter, som hver er på flere tusinde sider.

Det var Johannes fra det røde land, som tilskyndede mig til at arbejde med Bartolus's retskildeteori. Jeg kunne ikke forstå baggrunden for Johannes's udviklinger om den franske tronfølgeordning. Johannes fra det røde land er en fransk kronadvokat, som i 1419 skrev et skrift *Contra rebelles*, der har været udgangspunktet for forestillingerne om, at den franske konge ikke på egen hånd kunne ændre reglerne om tronfølgen. Disse forestillinger fik stor betydning i sidste fjerdedel af det 16. århundrede, for der fæstnede sig da under de politiske stridigheder den opfattelse, at der fandtes visse *lois fondamentales*, som kongen var bundet af. Denne lære blev fastholdt i den følgende tid, hvad man bl. a. kan se deraf, at et edikt af Ludvig XIV om tronfølgen efter hans død blev annulleret som ugyldigt, og man kan derfor sige, at de forestillinger om en forfatning på højere gyldighedstrin end love, som kom til at spille en så stor rolle i det 18. århundrede, var lyslevende i Frankrig i slutningen af det 16. århundrede og på en måde har deres oprindelse i Johannes's skrift fra 1419 *Contra rebelles*.

Den betydning, som man har tillagt skriftet, fremgår af, at det er trykt allerede i 1526. Jeg har ikke haft mulighed for at undersøge, om der er bevaret håndskrifter af skriftet, og jeg har ikke undersøgt, om det er trykt som incunabel. Det er fra mit synspunkt bevis nok for skriftets betydning, at det er blevet trykt allerede i 1526, og at det blev genoptrykt af François Hotman i 1585 som et tillæg til hans skrift *Disputatio de controversia*. Dette sidste skrift findes på Det kongelige Bibliotek, men biblioteket har, så vidt jeg har kunnet se, ikke udgaven fra 1526.

Anledningen til, at Johannes skrev skriftet, var de politiske forhandlinger, der var igang mellem på den ene side Henrik V, der gjorde krav på Frankrigs trone, og på den anden side burgunderne og dronningen, og som resulterede i Troyestraktaten af 21. maj 1420. Efter denne skulle Henrik V ægte en datter af kongeparret og dauphinen udelukkes fra tronen, og når Karl VI, der længe havde været sindssyg, døde, skulle tronfølgekrigen slutte med, at Henrik V kom på tronen også i Frankrig. Skriftet er et indlæg i de politiske stridigheder. Det er muligvis skrevet på bestilling, og det er klart, at det er tendentiøst. Johannes har dog bestræbt sig for at lade sit skrift fremtræde med et vist videnskabeligt præg. Han lader det handle om tronfølgen i arvemonarkier i almindelighed, selvom det var tronfølgen i det franske arvemonarki, som var det brændende problem.

Afhandlingen er tung læsning. Den er lige så tyngt af henvisninger, som Johannes Parisiensis's skrift fra 1302 eller 1303 *De potestate regia et papali*, et skrift, der også skulle få stor betydning for forfatningsudviklingen i 15.-16. århundrede. Det er især *tractatus primus*, som er af interesse, jfr. herved Hotmans udgave s. 75-101. Johannes's ledende tanke er, at reglerne om tronfølgen i Frankrig er fastlagt ved sædvaneret. Efter en konges død er det den ældste mandlige slægtning i den nedstigende linje, der succederer. Er der ikke mandlige efterkommere i den nedstigende linje, succederer den nærmeste mandlige slægtning i sidelinjen. Det særlige for den nedarvede ordning er nu ifølge Johannes, at den franske konge hverken ved en testamentarisk disposition eller ved en *dispositio inter vivos* kan træffe bestemmelse om tronfølgen, og at kongen derfor, ganske bortset fra, at han som sindssyg slet ikke gyldigt kunne afgive viljeserklæring om nogetsomhelst, ikke kunne berøve tronfølgeren retten til at komme på tronen. Successionen skete selv mod kongens vilje blot i kraft af sædvanens magt »*etiam illo invito ex sola vi consuetudinis*«. Den, der er interesseret i enkeltheder, henvises til Johannes's skrift.

At Johannes ræsonnerer ud fra glossatorernes traditionelle sædvaneretssynspunkter, som var accepteret af Bartolus uden væsentlige ændringer, og som havde sit grundlag i de bestemmelser, som fandtes i Justinians *Digester* og i et enkelt *rescript* i *Codex*, er let at se for den, der kender middelalderens sædvaneretsdoktrin. Herom er der skrevet et skrift i dette århundrede af en tysk forfatter. Johannes citerer i hvert fald to gange det meget diskuterede fragment *de quibus* fra Julians *Digester*, der findes i Justinians *Digester* 1,3,32, og een gang fragmentet *diuturna* fra Ulpian, jfr. herved Justinians *Digester* 1,3,33. Det er ikke dette, som retsteoretikeren studser over, men den forudsætning, som han hele tiden støder på hos Johannes om, at der også i Frankrig fandtes en *jus commune med subsidiær gyldighed*. Johannes har ikke brugt begrebet *jus commune* på blot et enkelt sted. Det er brugt på så mange steder, at man kan slutte, at han har nogle indgroede forestillinger om, at der også i Frankrig fandtes en *jus commune*, som var gældende subsidiær ret, og som han kun kunne komme uden om ved at sandsynliggøre, at der i Frankrig havde udviklet sig en sædvaneret, som brød med, og som derfor havde prioritet forud for *jus commune*. Se fx s. 76 nederst, s. 80 øverst og medio, s. 83 medio og nederst, s. 84 medio i Hotmans optryk.

Det er formentlig fra studiet af Bartolus's *Commentarii*, at Johannes har denne forestilling om, at den Justinianske romerret var subsidiær *jus commune* i Frankrig. På det tidspunkt, da Johannes studerede legistik, var det Bartolus's *Commentarii*, der blev dyrket i retsskolerne og ved universiteterne. Beviset ligger efter min opfattelse i Johannes's

accept af gyldigheden – ikke ægtheden – af Konstantins gavebrev »de qua legitur auth quomodo oportet epis col 1«, jfr. Hotmans optryk s. 86. Dette er en henvisning til Bartolus's glosse Maxima quidem til novelle nr. 6 i Authenticum Quomodo oporteat episcopos, ikke til novellen, der ikke har noget om Konstantins gavebrev. Der kan ikke være tale om en glosse af Accursius, for Accursius bestred gyldigheden af Konstantins gavebrev. Hvis vi læser Bartolus's glosse Maxima quidem, kan vi se, at henvisningen passer.

Da Johannes's forestilling om, at den Justinianske romerret havde subsidiær gyldighed i regnum Franciæ, skønt den ikke var sat i kraft i Frankrig af Justinian eller af en fransk konge, svarer til den forestilling, som fra slutningen af det 15. århundrede lå bagved den såkaldte romerretsreception i Tyskland, tvang beskæftigelsen med Johannes's skrift mig til at studere Bartolus's retskildeteori. Jeg var – og er – vel opmærksom på, at den såkaldte Lotharfabel 3: beretningen om, at Lothar III ca. 1137 under et ophold i Italien havde udfærdiget en tysk rigslov om, at den Justinianske romerret skulle have (subsidiær) gyldighed (også) i den del af Sacrum Imperium, som lå nord for Alperne, var helt afgørende for receptionens forløb og succes. Når det doceredes ved universiteterne i Tyskland gennem mere end et århundrede, nemlig fra ca. 1532 og til ca. 1643, at der fandtes en sådan tysk rigslov, er der i og for sig ingen grund til at undre sig over, hvorfor den Justinianske romerret blev reciperet som »gemeines Recht«, for lov er lov, og lov skal holdes. Men problemet er, om det ikke var udviklingerne hos Bartolus og hans efterfølgere, som virkede før Lotharfabelen, og om ikke Lotharfabelen blot er en rationalisering af noget, som man længe havde antaget. Udtrykket »nach des Reichs gemainen Rechten« i statutterne af 1495 for Reichskammergericht er i så fald let forståeligt. Det står ex tuto. Man fastslog noget, der længe var blevet doceret ved universiteterne i Tyskland, Italien og Frankrig.

Bartolus's retskildeteori, som man skal stykke sammen ved hjælp af udviklinger spredt rundt omkring i hans Commentarii, har tre fra et retsteoretisk synspunkt besynderlige bestanddele. Juristen går på forhånd ud fra, at Bartolus blot videreudvikler de synspunkter, som findes i Justinians retsbøger, navnlig i Digesttiterne 1,1 og 1,3 og i rescriptet af Konstantin i Codex 8,53, men det viser sig, at dette slet ikke er tilfældet. Bartolus har lavet sin egen retskildeteori, som i visse væsentlige henseender er meget forskellig fra den Justinianske romerrets. Det fra mit synspunkt påfaldende er, at hver v. Savigny eller andre tyske retshistorikere har gjort opmærksom herpå.

For det første accepterer Bartolus alle de pavelige doktriner om »ret«, som fra slutningen af det 13. århundrede var bekæmpet først af Philip den smukke og hans legister samt af teologen Johannes Parisiensis og

derefter af Ludvig af Bayern og hans legister og af lægen Marsilio fra Padua, senmiddelalderens Alf Ross. Beviset herfor er navnlig Bartolus's betingelsesløse accept af dekretalerne *Pastoralis cura* og *Si fratrum*. Bartolus sagde også god for dekretalet *Unam sanctam ecclesiam*, men det er mindre vigtigt, for dekretalerne *Pastoralis cura* og *Si fratrum* går på en måde videre og er langt vigtigere end *Unam sanctam ecclesiam*, idet de er mere juridiske i argumentationen. *Unam sanctam ecclesiam* er nærmest en dårlig prædiken holdt af en forhenværende prokurator. *Pastoralis cura* er skrevet af en forhenværende juridisk professor, Clemens V, som var klarere i sin tanke end Bonifacius VIII.

Ingen betydelig, af pavestolen uafhængig professor i romerret var i første halvdel af det 14. århundrede gået så langt i retning af at sige god for paveabsolutisme, kurial translationsteori, verdensmonarkilære osv. som Bartolus. Han så at sige slugte det hele råt. Den, der har læst Johannes Parisiensis's skrift med den uhyre grundige argumentation eller Marsilio fra Paduas *Defensor pacis*, kan ikke undgå at få det indtryk af Bartolus, at han var overfladisk og letbenet i sin retsteoretiske argumentation. Det siger sig selv, at en professor i romerret, som gik ind for alle paveteorierne, fra den katolske kirkes synspunkt var en meget nyttig mand, og at den katolske kirke har haft den største interesse i at fremhæve, at Bartolus var en fremragende jurist, som overgik jurister som Accursius og Cinus. De kapitulerede nemlig ikke overfor kirken synspunkter.

Det næste, som må anmærkes, er, at Bartolus på grundlag af den traditionelle lære om, at den Justinianske romerret kunne ændres ved retssædvane, lavede en lære om, at den Justinianske romerret også kunne ændres ved statuta lavet af bystaterne. Bartolus accepterede kort sagt de italienske bystater som suveræne med hensyn til lovgivning. Han støttede dette på en analogi fra Julianfragmentet i *Digesterne* 1,3,32, som var fræk allerede af den grund, at det havde været meget omstridt, hvorledes bestemmelsen skulle forstås, og efter resultatet var helt utilladelig. At Justinian aldrig havde tænkt sig, at de norditalienske kommuner skulle kunne ophæve hans lovgivning, behøver ikke demonstration.

Det tredje er Bartolus's lære om, at den Justinianske romerret havde subsidiær gyldighed i hele »kristenheden«, ja måske endog i hele verden. Hovedstedet er hans glosse Hostes til *Digesterne* 49,15,24. Men herom og om yderligere enkeltheder om Bartolus's retskildeteori og om grundlaget for romerretsreceptionen i Tyskland vil jeg tillade mig at henvise til udviklingerne på s. 375-411 og s. 540-52 i min bog *Træk af juraens udvikling*, bd. II, 1973.

De historikere, som arbejder med senmiddelalderen og det 16. århundrede, vil sikkert kunne finde andre eksempler på, at Bartolus's lære

om den Justinianske romerrets gyldighed i hele »kristenheden« har sat sig spor, end det omtalte skrift af Johannes fra det røde land. Fremstillingen i Bartolus's *Commentarii* var grundlaget for undervisningen i legistik ved alle universiteter i de sidste halvandet hundrede år af middelalderen, og Bartolus's rolle var ikke udspillet med middelalderens slutning. Da ingen synes at have været opmærksom på, at Bartolus også med hensyn til problemet om romerrettens gyldighedsområde har accepteret og videreudviklet klerikale synspunkter, er man i retshistorikerkredse nok gået over et og andet, som skal forklares ud fra Bartolus's lære. Det er vel bl. a. et problem, om man ikke kan spore Bartolus's tankegang hos nordiske forfattere og i nordiske aktstykker.

Da jeg aldrig har arbejdet med dansk rets udvikling i middelalderen og i det 16.-17. århundrede, har jeg måttet lade dette ligge og begrænse mig til at henlede andres opmærksomhed på problemerne. Fra juristens synspunkt er Bartolus's lære om romerretten som *jus commune* i kristenheden et besynderligt produkt. Den chokerede mig, da jeg stødte på den. Men den er vel ikke mere chokerende end hans accept af de sindrige fortolkninger af steder i Biblen, som førte til paveabsolutismen. Det mest forbløffende er nok, at retshistorikerne ikke er blevet opmærksom på, hvad Bartolus's retskildelære går ud på.