



*Henry Kissinger*

FESTSKRIFT

TIL

PROFESSOR, DR. JURIS

HENRY USSING

5. MAJ 1951

UDGIVET AF  
**JURISTFORBUNDET**  
UNDER REDAKTION AF  
O. A. BORUM OG KNUD ILLUM

NYT NORDISK FORLAG ARNOLD BUSCK  
NORDLUNDES BOGTRYKKERI KØBENHAVN

## Tabula gratulatoria

|                                          |                                            |
|------------------------------------------|--------------------------------------------|
| <i>Aasgaard, Reidar, lagmann</i>         | <i>Arntzen, Sven, høyesterettsadv.</i>     |
| <i>Abildgaard, E., lrsagf.</i>           | <i>Asmund, F., dommer</i>                  |
| <i>Adserballe, V., landsdommer</i>       | <i>Asmussen, John, lrsagf.</i>             |
| <i>Afzelius, Axel, justitieråd</i>       | <i>Atmer, Gunnar, advokat</i>              |
| <i>Agge, Ivar, professor</i>             | <i>Bache, Henrik, hrsagf.</i>              |
| <i>Ahrnborg, Bertil, advokat</i>         | <i>Baden, Jørgen, landsretssagfører</i>    |
| <i>Algreen-Ussing, Holger, lrsagf.</i>   | <i>Bagge, Algot, f. d. justitieråd</i>     |
| <i>Alkil, Niels, høyesteretssagfører</i> | <i>Bang, C., retspræsident</i>             |
| <i>Alsén, John, justitieråd</i>          | <i>Bang, I. C., landsretssagfører</i>      |
| <i>Ameln, Henrik, overrettssakf.</i>     | <i>Bang, Stig, landsretssagfører</i>       |
| <i>Amtoft, P., dommerfuldmægtig</i>      | <i>Barner-Rasmussen, M., vicedir.</i>      |
| <i>Andenæs, Johs., prof. dr. jur.</i>    | <i>Bech-Bruun, H., hrsagf.</i>             |
| <i>Andersen, A., sagf. cand. jur.</i>    | <i>Beckman, Nils, justitieråd</i>          |
| <i>Andersen, A. E., bankfuldm.</i>       | <i>Behrman, Walter, häradshövd.</i>        |
| <i>Andersen, Ernst, prof. dr. jur.</i>   | <i>Beier, Gustav A., sagf., cand. jur.</i> |
| <i>Andersen, E. Lego, lrsagf.</i>        | <i>Bendz, Erik, borgmästare</i>            |
| <i>Andersen, H. Torp, lrsagf.</i>        | <i>Bentsen, Ralph, lrsagf.</i>             |
| <i>Andersen, J. Manzanti, cand. jur.</i> | <i>Bentzon, A. Drachmann,</i>              |
| <i>Andersen, Johannes, advokat</i>       | <i>høyesteretsdommer</i>                   |
| <i>Andersen, Poul, prof. dr. jur.</i>    | <i>Berg, H. W., overretssagfører</i>       |
| <i>Andreasen, S. A. lrsagf.</i>          | <i>Berg, Paal, høyesteretts-</i>           |
| <i>Andrup, H., landsretssagfører</i>     | <i>justitiarius</i>                        |
| <i>Arnason, Isleifur, professor</i>      | <i>Bergendal, Ragnar, professor</i>        |
| <i>Arnholm, Carl Jacob, professor</i>    | <i>Bergh, Henrik, høyesterettsadv.</i>     |



Berning, Hugo, hrdommer  
 Berntsen, Ejnar, lrsagf.  
 Bertelsen, A. T., byretsdommer  
 Berthing, Thorvald, hrdommer  
 Bierfreund, Poul, hrsagf.  
 »Bikuben«, Forsørgelses-  
     forening og Sparekasse  
 Bing, Otto, overretssagfører  
 Birketvedt, Odd, politifuldm.  
 Bisgaard-Frantzen, A., sagf.-fm.  
 Bjarup, A., landsretssagfører  
 Bjercke, Olaf R., overrettssagf.  
 Bjerre, Chr., dommerfuldm.  
 Bjerre, M. C. A., landsretssagf.  
 Björkman, Erik, vice assessor  
 Björling, Johan, hovrättsassessor  
 Bjørnbak, Bjørn, lrsagf.  
 Björnbom, Märta, advokat  
 Björnvik, Henning, hradvokat  
 Blanck, Ivar, advokat  
 Blicher, Kai, landsretssagfører  
 Blæhr, Albert, dommer  
 Boas, Vilhelm, departementschef  
 Bohr, Ole, fg. sekr. i justitsmin.  
 Bonlov, Knud, landsretssagfører  
 Bonnevie, Carl, lagmann  
 Borenus, Lauri, vicehäradshvd.  
 Borrit-Hansen, Th., lrsagf.  
 Borum, O. A., professor dr. jur.  
 Bramsnæs, C. V., fhv. national-  
     bankdirektør  
 Brendstrup, birkedommer

Broger, Erik, byretsdommer  
 Bruun, S., lrsagf., dir. f. Koda  
 Bruun, Troels, ktchef i skatdep.  
 Brückner, Emil, lrsagf.  
 Bryrup, Niels, bankdirektør  
 Brækhus, Sjur, prof., dr. jur.  
 Buhl, Jens, sagfører, cand. jur.  
 Buhl, Peter E., landsretssagfører  
 Bunch-Jensen, K., hrsagf.  
 Bülow, Frits, højesteretssagfører  
 Byrdal, Karsten, lrsagf.  
 Byrdal, V., overretssagfører  
 Byskov-Ottosen, K., lrsagf.  
 Bödtker, Henning, regjerings-  
     advokat  
 Bøtefyhr, K., sagfører, cand. jur.  
 Cappelen, Didrik, statsadvokat  
 Carstensen, Tage H., lrsagf.  
 Carstensen, Viggo, hrsagf.  
 Caselius, Ilmari, professor  
 Castberg, Frede, professor  
 Castrén, Lauri, advokat.  
 Castrén, U. J., president  
 Cavallin, Sven, bankdirektör  
 Cederlund, Carl Jacob, advokat  
 Celinder, Ove, overretssagfører  
 Christensen, Alb., lrsagf.  
 Christensen, Andreas, hrsagf.  
 Christensen, Børge, fuldm. i  
     Østift. Kreditf., cand. jur.  
 Christensen, C. Ove, kst. byretsd.  
 Christensen, Otto, komm.dir.

Christensen, S. Schroll, lrsagf.  
 Christiansen, Poul, lrsagf.  
 Christoffersen, C. B., hrsagf.  
 Christrup, G. L., hrsagf.  
 Clausen, Andreas, rodemester  
 Clausen, Sven, prof., dr. jur.  
 Cohn, Bernhard P., lrsagf.  
 Cohen, J. L., overretssagfører  
 Colleen, Sven, advokat  
 Conradi, Erland, hovrättsassess.  
 Dahl, Dagfinn, direktør  
 Dahl, Poul, landsretssagfører  
 Dahll, Olaf, høyesterettsadvokat  
 Dalgaard-Knudsen, J., lrsagf.  
 Damgaard, Steen, lrsagf.  
 Damm, Knud-Peter, sagffuldm.  
 Danmarks Nationalbank  
 David, C. L., højesteretssagfører  
 Davidsson, Carl, häradshövding  
 Dietrichson, Eigil, lrsagf.  
 Dige, Palle, sagfører, cand. jur.  
 Dillén, Nils, docent  
 Dragsted, Esben, lrsagf.  
 Dragsted, F., overretssagfører  
 Drangel, Eskil, lagman  
 Dreyer, Jørgen S., lrsagf.  
 Dybdal, Bodil, landsdommer  
 Dybdal, C. C., direktør  
 Dyreborg, R. Johs., sorenskriver  
 Eberstein, Gösta, professor  
 Eberth, Ole C., lrsagf.  
 Eckerberg, Enar, regeringsråd

Edelman, Edvard, vicehäradshövding  
 Eegholm, Erik, landsretssagfører  
 Eger, Manner og Trampe Kindt, høyesterettsadvokater  
 Ehlers, Knud, sagførerfuldm.  
 Ekeberg, Birger, riksmarskalk  
 Ekelöf, Per Olof, professor  
 Eklund, M. A., vicehäradshövding, advokat  
 Eklund, Rudolf, f. d. justitieråd  
 Elgaard, Knud, sekretær  
 Ellilä, Tauno, professor  
 Elmlund, E., sagfører, cand. jur.  
 Elmquist, A. L. H., lrsagf., fhv. justitsminister  
 Engberg, J., landsretssagfører  
 Engströmer, Thore, universitetskansler  
 Erichsen, Aage Bay, hrsagf.  
 Erichsen, Leif Nagell, hradvokat  
 Ericsson, Hugo, justitieråd  
 Ericsson, Kjell, hovrättsassessor  
 Eriksson, Brita, Chr., advokat  
 Ernst, Axel, sagfører, cand. jur.  
 Eyben, W. E. von, prof., dr. jur.  
 Fahlbeck, Erik, professor  
 Falk-Jensen, A., ktchef i finansm.  
 Faurholt, Johs., dir. i Bikuben  
 Federspiel, Per, lrsagf.  
 Feiring, Ragnar, advokat, vicehäradshövding

|                                           |                                           |
|-------------------------------------------|-------------------------------------------|
| <i>Fischer, Leo, landsretssagfører</i>    | <i>Grette, Sverre, høyesterettsdom.</i>   |
| <i>Fischer-Møller, H. O., hrsagf.</i>     | <i>Grundt, Theodor, professor</i>         |
| <i>Fog, dommer</i>                        | <i>Guldborg, Harry, president</i>         |
| <i>Fogh-Andersen, E., lrsagf.</i>         | <i>Gullestad, A. L., høyesterettsadv.</i> |
| <i>Fonager, H., landsretssagfører</i>     | <i>Gyllenswärd, Ragnar, justitieråd</i>   |
| <i>Forssner, Tom-Erik, advokat</i>        | <i>Götzsche, A., landsdommer</i>          |
| <i>Fougner, Eiliv, høyesterettsadv.</i>   | <i>Haagentoft, Haagen, lrsagf.</i>        |
| <i>Fougner, Sigurd, høyesterettsd.</i>    | <i>Haataja, Kyösti, professor</i>         |
| <i>Frandsen, Bjarne, fuldm. i justm.</i>  | <i>Hakulinen, Y. J., justitieråd,</i>     |
| <i>Frandsen, Niels, lrsagf.</i>           | <i>juris dr.</i>                          |
| <i>Frederiksen, Leo, lrsagf.</i>          | <i>Handelshögskolans Bibliotek,</i>       |
| <i>Frølund, Thomas, præsident for</i>     | <i>Stockholm</i>                          |
| <i>Højesteret</i>                         | <i>Hansen, A. Karoli, lrsagf.</i>         |
| <i>Funder, Sv. Aage, orsagf.</i>          | <i>Hansen, Filip, dommer</i>              |
| <i>Gammeltoft, Gunnar, lrsagf.</i>        | <i>Hansen, H. M., rektor f. Kbh.s</i>     |
| <i>Gammeltoft, Poul, hrdommer</i>         | <i>Universitet</i>                        |
| <i>Gangsted, Erik, lrsagf.</i>            | <i>Hansen, K. Espen, lrsagf.</i>          |
| <i>Geertsen, A., sagfører</i>             | <i>Hansen, Olav, dommerfuldm.</i>         |
| <i>af Geijerstam, Sven, byråchef</i>      | <i>Hansen, S. Wesley, lrsagf.</i>         |
| <i>Gernow, Erik, cand. jur.</i>           | <i>Hansen, Victor, højesterets-</i>       |
| <i>Gestrin, Henrik, vicehäradsd. hvd.</i> | <i>dommer, dr. phil.</i>                  |
| <i>Gestrin, Lars, justitierådman</i>      | <i>Hansson, Albert advokat</i>            |
| <i>Giersing, Franz, lrsagf.</i>           | <i>Harbek, Ole F., sorenskriver</i>       |
| <i>Glistrup, Mogens, sagførerfm.</i>      | <i>Harbou, Niels, dommer</i>              |
| <i>Godenhielm, Berndt, jurisdoktor</i>    | <i>Hartwig, Ernest, lrsagf.</i>           |
| <i>Gomard, Bernhard, sekr. i justm.</i>   | <i>Harup, Børge, direktør, lrsagf.</i>    |
| <i>Gormsen, Knud, lrsagf.</i>             | <i>Hasle, Henning, fhv. min.,</i>         |
| <i>Gorrissen, N. J., hrsagf.</i>          | <i>højesteretssagfører</i>                |
| <i>Graffman, Gösta, hovrättsråd</i>       | <i>Hasted, Svend, lrsagf.</i>             |
| <i>Granfelt, O. Hj., akademiekansl.</i>   | <i>Hastig, Carl Axel, justitieråd</i>     |
| <i>Gravesen, Johs. F., lrsagf.</i>        | <i>Hastrup, Erik, byretsdommer</i>        |
| <i>Grette, Einar, høyesterettsadv.</i>    | <i>Hauer, Chr., landsretssagfører</i>     |

|                                             |                                             |
|---------------------------------------------|---------------------------------------------|
| <i>Haulrig, Kurt, fg. sekr. i justitsm.</i> | <i>Hertzen, Henning von, vice-</i>          |
| <i>Haume, Henning, lrsagf.</i>              | <i>häradshövding, justitiesekr.</i>         |
| <i>Haxthow, Viktor, hradvokat</i>           | <i>Heuser, Viggo, lrsagf.</i>               |
| <i>Hay-Schmidt, H. Ph., dommer</i>          | <i>Hilbert, C. A., landsdommer</i>          |
| <i>Hede, Holger, overretssagfører</i>       | <i>Hinrichsen, Erik, lrsagf.</i>            |
| <i>Hedeberg, O. C., lrsagf.</i>             | <i>Hjejle, Bernt, hrsagf., dr. jur.</i>     |
| <i>Heden, Chr., landsretssagfører</i>       | <i>Hjelm-Hansen, Paul, dommer</i>           |
| <i>Hedström, Klas, hovrättsråd</i>          | <i>Hjermind, Poul, lrsagf.</i>              |
| <i>Heegaard, Louis, sekr. i inden-</i>      | <i>Hoel, G. Astrup, dr. jur.</i>            |
| <i>rigsministeriet</i>                      | <i>Holmbäck, Åke, professor</i>             |
| <i>Heiberg, Axel, jr., hradvokat</i>        | <i>Holst, Hans P., lrsagf.</i>              |
| <i>Heide-Jørgensen, Erling, ktchef</i>      | <i>Holst-Knudsen, C., lrsagf.</i>           |
| <i>i justitsministeriet</i>                 | <i>Holm, Henrik, sagførerfuldm.</i>         |
| <i>Heide-Jørgensen, Sigrid, lrsagf.</i>     | <i>Holmboe-Jensen, Tage,</i>                |
| <i>Heijnes, Emil, advokat</i>               | <i>protokolsek. i Højesteret</i>            |
| <i>Heilesen, Tyge C., fg. fuldm. i</i>      | <i>Homén, Lars, vicehäradshövd.</i>         |
| <i>justitsministeriet</i>                   | <i>Hoppe, Iver, landsretssagfører</i>       |
| <i>Heise, Carl, højesteretssagfører</i>     | <i>Horsten, Hans, lrsagf.</i>               |
| <i>Heise, Fr., højesteretsdommer</i>        | <i>Hove, Niels, landsretssagfører</i>       |
| <i>Helsted, Eiv., hrsagf.</i>               | <i>Hove, Robert, retspræsident</i>          |
| <i>Hemmar, A., direktör</i>                 | <i>Hult, Phillips, professor</i>            |
| <i>Henriksen, H. Steen, lrsagf.</i>         | <i>Hurwitz, Stephan, prof. dr. jur.</i>     |
| <i>Henriques, C. B., hrsagf.</i>            | <i>Hägglund, Folke, hovrättsråd</i>         |
| <i>Henriques, Carl Otto, vekselerer</i>     | <i>Høgh, Egon, cand. jur.</i>               |
| <i>Herlitz, Nils, professor</i>             | <i>Højesterets Bibliotek</i>                |
| <i>Hermann, Povl, landsdommer</i>           | <i>Illum, Knud, professor, dr. jur.</i>     |
| <i>Hermansen, E., sagførerfuldm.</i>        | <i>Ingerslev, Ph., lrsagf.</i>              |
| <i>Hernlund, Ebbe, häradshövding</i>        | <i>Instituttet för jämförande rätts-</i>    |
| <i>Herold-Nielsen, J., eksp.sekr.</i>       | <i>vetensk. v. Uppsala Universit.</i>       |
| <i>Herrlin, Hans, försäkringsom-</i>        | <i>Ipsen, Svend, landsdommer</i>            |
| <i>budsman</i>                              | <i>Iuul, Stig, professor, dr. jur.</i>      |
| <i>Hertzberg, L. R., hovrättsasses.</i>     | <i>Iversen, Carl, professor, dr. polit.</i> |

*Jacobi, Adam, hrsagf.*  
*Jacobi, H., vicepræsident i sø-  
 og handelsretten*  
*Jacobi, Knud, overretssagfører*  
*Jacobsen, Bent, hrsagf.*  
*Jacobsen, J. Hartvig, hrsagf.,  
 dr. jur.*  
*Jacobsen, Jac. P., hradvokat*  
*Jacobsen, Poul, højesteretssagf.*  
*Jacobsen, Per Finn, sagffuldm.*  
*Jacobsen, Thorkild, politikom.*  
*Jakobsen, Ellinor, sagførerfm.*  
*Jarner, Knud, orsagf.*  
*Jensbye, Thøger, lrsagf.*  
*Jensen, C. C. S., orsagf.*  
*Jensen, C. E., landsretssagfører*  
*Jensen, Chr. L., hradvokat*  
*Jensen, Erik, statsadvokat*  
*Jensen, Erling, sagf., cand. jur.*  
*Jensen, Gerhard, civildommer*  
*Jensen, Jørgen, lrsagf.*  
*Jensen, Kristian, dommer*  
*Jensen, O. E., sagfører*  
*Jensen, P. Hedemann, sagfører*  
*Jensen, P. Munk, sagførerfuldm.*  
*Jensen, Vagn, landsretssagfører*  
*Jeppsson, Nils, fiskalaspitant*  
*Jerichow, Ernst B., lrsagf.*  
*Jerker, Victor, revisionssekret.*  
*Jespersen, C. Chr. P., sagfører*  
*Jespersen, H., departementschef*  
*Jessen, Gert, højesteretssagfører*

*Jessen, J. Qvist, sekretær i indu-  
 strifagene, cand. jur.*  
*Johannesen, V. Høiriis, direktør.*  
*Johanson, Helge, justitieråd*  
*Johnsen, Jon, overretssagfører*  
*Johnsen, Karen, landsdommer*  
*Jokela, Heikki, jur. lic, vice-  
 häradshövding*  
*Juridiska Seminariet vid Upp-  
 sala Universitet*  
*Juul, Kai, landsretssagfører*  
*Jääskeläinen, Jyrki, vicehäradshövding*  
*Jørgensen, Alb. V., hrsagf.*  
*Jørgensen, Niels Alb., lrsagf.*  
*Jørgensen, Stig, sagførerfuldm.*  
*Kaarsberg, O. J., hrdommer.*  
*Kaira, Kaarlo, professor*  
*Kaira, Kurt, justitieråd*  
*Kalha, J. E., häradshövding,  
 hovrättsråd*  
*Kallesøe, Søren Gunnar, fuldm.  
 i justitsmin.*  
*Kalliala, Kaarlo, försäkringsrät-  
 tens ordförande*  
*Kampmann, Harald, lrsagf.*  
*Karlgren, Hjalmar, justitieråd*  
*Karlson, Sverker, vicehäradshövding*  
*Karnøe, Georg, lrsagf.*  
*Kaspersen, S., dommer*  
*Kaufmann, Axel, lrsagf.*

*Kemp, Arne, kammeradvokat*  
*Kemp, Henrik, fuldm., cand. jur.*  
*Kier, Knud, landsretssagfører*  
*Kihlström, Eva, sekr., cand. jur.*  
*Kiilerich-Hansen, J., lrsagf.*  
*Kirk, J. P., landsretssagfører.*  
*Kierkegaard, P. H., dommerfm.*  
*Kierstein, J., landsretssagfører*  
*Kjøgx, Kai, sekretær*  
*Klein, Walter, advokat*  
*Klerk, Niels, lektor, lrsagf.*  
*Knudtzon, Th., hrsagf.*  
*Koch, Heinrich E. E., lrsagf.,*  
*oberstløjtnant*  
*Kobbernagel, Jan, professor*  
*Kolbye, V. M., landsdommer*  
*Krabbe, Oluf H., fhv. professor*  
*Krarup, Ove, højesteretsdommer*  
*Kretzschmer, Mogens, lrsagf.*  
*Kristiansen, E. V., sagfører*  
*Krog, Henning, kst. fuldm. i*  
*justitsmin.*  
*Krog-Meyer, Mogens, lrsagf.*  
*Krogsgaard, Sven R., lrsagf.*  
*Kroman, Mogens, lrsagf.*  
*Kromann, Johan, lrsagf.*  
*Kruse, A. Vinding, dr. jur.*  
*Kyllesbech, Lauritz, sagffuldm.*  
*Kæstel, R., underdirektør*  
*Københavns Byrets Bibliotek*  
*Lagus, Julius, advokat, vice-*  
*häradsbövding*

*Landahl, Bengt, advokat*  
*Lando, Ole, sekretær*  
*Lang, N. A., häradsbövding*  
*Larsen, Aage, landsretssagfører*  
*Larsen, Børge, landsretssagfører*  
*Larsen, Kurt Cornelius, politi-*  
*fuldmægtig*  
*Larsen, Sv. Unmack, borgmester,*  
*fhv. justitsminister*  
*Larsen, Victor, sagfører*  
*Lárusson, Ólafur, professor*  
*Lassen, Anker, lrsagf.*  
*Lassen, Bengt, hovrättsråd,*  
*lagbyråchef*  
*Lauritzen, Hans, overretssagf.*  
*Laursen, C. A., lrsagf.*  
*Lawski, Sven, f. d. justitieråd*  
*Lebech, Hans, sekr., cand. jur.*  
*Lehtinen, Juho Niilo, advokat*  
*Leijon, Hugo, lagman*  
*Lejman, Fritjof, professor*  
*Levinsen, F. C., lrsagf.*  
*Levysohn, Alfred, lrsagf.*  
*de Lichtenberg, A., lrsagf.*  
*Lichtenberg, Frans, amtsfuldm.*  
*Lind, Erik, justitieråd*  
*Lind, E., landsretssagfører*  
*Lind, Oluf, lrsagf., lektor*  
*Lindahl, Alf, advokat*  
*Lindahl, H. A., sekr., cand. jur.*  
*et polit.*  
*Lindboe, Poul, landsretssagfører*

|                                                              |                                                                |
|--------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|
| <i>Lindebrække, Sjur, bankchef.,<br/>dr. jur.</i>            | <i>Melchior, J. A., hrsagf.</i>                                |
| <i>Lindegaard, Per, sekr. i justitsm.</i>                    | <i>Mellbye, Jens, Chr., hradvokat</i>                          |
| <i>Lindstedt, Gustaf, lagman f. d.<br/>jur. dr.</i>          | <i>Meyer, Karsten, hrsagf.</i>                                 |
| <i>Ljungman, Seve, professor</i>                             | <i>Meyer, Poul, dr. jur.</i>                                   |
| <i>Loft, Viggo, overretssagfører</i>                         | <i>Meyer, Torben, cand. jur.</i>                               |
| <i>Loheman, Arne, tingsdomare</i>                            | <i>Miang, I. H., landsretssagfører</i>                         |
| <i>Lorenzen, Aage, landsdommer</i>                           | <i>Michelsen, Eigill, lrsagf.</i>                              |
| <i>Lorentzen, Aa., lrsagf.</i>                               | <i>Michelsen, Nic., lrsagf.</i>                                |
| <i>Lund, Kaj, landsretssagfører</i>                          | <i>Mikkelsen, Henning, dommer-<br/>fuldmægtig</i>              |
| <i>Lund, Torben, professor, dr. jur.</i>                     | <i>Mikkelsen, M. Johs., lrdommer</i>                           |
| <i>Lund-Andersen, H. E., hrsagf.</i>                         | <i>Mikkelsen, Robert, lrsagf.</i>                              |
| <i>Lund-Andersen, Sv., dommer</i>                            | <i>Møllerup, T., lrsagf.</i>                                   |
| <i>Lundstedt, Vilh., professor em.</i>                       | <i>Moltke-Leth, Mogens, lrsagf.</i>                            |
| <i>Lunn, Leif, sekretær</i>                                  | <i>Mortensen, Gylling, lrsagf.</i>                             |
| <i>Løber, Georg, hrsagf.</i>                                 | <i>Mortensen, S. Storm, lrsagf.</i>                            |
| <i>Löchen, Edvard, hradvokat</i>                             | <i>Mosbæk, Harry, lrsagf.</i>                                  |
| <i>Lögberg, Ake, docent</i>                                  | <i>Mosbæk, Holger, lrsagf.</i>                                 |
| <i>Lærkesen, Y., politifuldmægtig</i>                        | <i>Mossfeldt, Arne, lrsagf.</i>                                |
| <i>Madsen, Gunnar, lrsagf.</i>                               | <i>Munch-Petersen, Erik, fg. eksp.-<br/>sekr. i socialmin.</i> |
| <i>Madsen, Marvin, sekr., cand. jur.</i>                     | <i>Munch-Petersen, Erwin, prof.</i>                            |
| <i>Madsen, Niels, sekr. i justitsmin.</i>                    | <i>Munck, H. V., stiftsfuldm.</i>                              |
| <i>Madsen-Mygdal, N. P., hrsagf.,<br/>dr. jur.</i>           | <i>Munck af Rosenschöld, Th.,<br/>borgmästare</i>              |
| <i>Magnussen, O. K., overretssagf.,<br/>lektor, dr. jur.</i> | <i>Mundt, Kaj, præsident for Østre<br/>Landsret</i>            |
| <i>le Maire, Louis, prof., dr. jur.</i>                      | <i>MunkteU, Henrik, professor</i>                              |
| <i>Malmström, Ake, professor</i>                             | <i>Münter, Erik, landsretssagfører</i>                         |
| <i>Marcussen, Carl, cand. jur.</i>                           | <i>Møller, Arnt, dommer</i>                                    |
| <i>Martens, Erik M., hradvokat</i>                           | <i>Møller, Ejvind, hrsagf.</i>                                 |
| <i>Mehl, Holger, landsretssagfører</i>                       | <i>Møller, Fritz, cst. byretsdommer</i>                        |

*Møller, Julius, hrdommer*  
*Møller-Andersen, A., lrsagf.*  
*Mørk, Hans V., sekr. i finansm.*  
*Nagell, Egil, overrettssagfører*  
*Nebelong, Bent, lrsagf.*  
*Neel, O. T., højesteretssagfører*  
*Nelson, Alvar, jur. dr., docent*  
*Nial, Håkon, professor*  
*Nielsen, Brix, lrsagf.*  
*Nielsen, K. Axel, lrsagf.*  
*Nielsen, Kurt, sekr., cand. jur.*  
*Nielsen, Niels, overrettssagfører*  
*Nielsen, P. Dines, amtsfuldm.*  
*Nielsen, T. Stefan, hrsagf.*  
*Nielsen, Thorkil, sekr. i justm.*  
*Nielsen, Thøger, docent*  
*Nielsen, Verner, sagførerfuldm.*  
*Nielsen, Viggo Johs., sagfører*  
*Nielsen, Xenia Gylling, ekspedi-*  
*tionssekretær*  
*Niiranen, Ilmari, f. d. hovrätts-*  
*vicepresident*  
*Nilsson, Axel I., advokat*  
*Nissen, Knut H., justitieråd*  
*Nordin, Arend, hovrättsassessor*  
*Nordström, Torkel hovrättsass.*  
*Norgård, Kjell, overrettssagfører*  
*Norsker, Knud, lrsagf.*  
*Nybergh, Gunnar, justitieråd*  
*Nyeboe, E. J., fuldm., cand. jur.*  
*Nygaard, Marius, høyesteretssd.*  
*Nyman, Kuno Fr., jur. lic.*

*Nystad, Jørgen, amtsfuldmægtig*  
*Nørgaard, J., landsretssagfører*  
*Nørregaard, Jens, professor*  
*Olesen, Niels, overrettssagfører*  
*Olivecrona, Karl, professor*  
*Olsen, Julie, kontorchef*  
*Olsen, N. M. H., sagfører*  
*Olsen, Poul M., overrettssagfører*  
*Olsson, Curt, jur. dr.*  
*Orup, H. C., fuldm., cand. jur.*  
*Ossbahr, Carl Patric, advokat*  
*Paabøl, R. C., landsretssagfører*  
*Palin, Olav, vicehäradshövding*  
*Palmgren, Bo, jur. dr., professor*  
*Palmgren, Gunnar, jurisdoktor,*  
*prof., verkställande direktör*  
*Palmgren, Sten, advokat*  
*Palmquist, P. O., hovrättsråd*  
*Paulsen, Jul., sekr. i justitsmin.*  
*Pedersen, Arne, sagfører*  
*Pedersen, Axel H., lrsagf.*  
*Pedersen, C. Verner, lrsagf.*  
*Pedersen, Hans Børge, sagf.-fm.*  
*Pedersen, Helga, justitsminister*  
*Pedersen, Henry, lrsagf.*  
*Pedersen, H. Roat, cst. landsd.*  
*Pedersen, H. Winding, prof.*  
*Pedersen, Johs., dommer*  
*Pedersen, Jørgen, lrsagf.*  
*Pedersen, Laurs, lrsagf.*  
*Pedersen, P. J. lrsagf.*  
*Penttinen, Jorma, assessor*



|                                                                 |                                                                       |
|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| <i>Petersen, Arne Kjærgaard,</i><br><i>sagfører, cand. jur.</i> | <i>Rehnberg, Ingemar, hovrätts-</i><br><i>fiskal</i>                  |
| <i>Petersen, Carl Johan, kontor-</i><br><i>chef, cand. jur.</i> | <i>Reiserer, Max, landsdommer</i>                                     |
| <i>Petersen, Ernst, lrsagf.</i>                                 | <i>Rekve, Anders, hradvokat</i>                                       |
| <i>Petersen, Halvor, lrsagf.</i>                                | <i>Reumert, Michael, lrsagf.</i>                                      |
| <i>Petersen, Helge, dommerfuldm.</i>                            | <i>Ricard, C., højesteretssagfører</i>                                |
| <i>Petersen, Oluf, hrsagf.</i>                                  | <i>Rikkonen, Olli, vicehäradshövd.</i>                                |
| <i>Petersen, Theodor, landsdommer</i>                           | <i>Rode, Stig, højesteretssagfører</i>                                |
| <i>Petersson, Sture, häradshövding</i>                          | <i>Rohde, Knut, professor</i>                                         |
| <i>Petrén, Viktor, hovrättsråd</i>                              | <i>Roepstorff, Thorkild, landsd.</i>                                  |
| <i>Philipsson, Ivar, advokat</i>                                | <i>Rohbeck, Paul G., hrsagf.</i>                                      |
| <i>Plesner, Mogens, lrsagf.</i>                                 | <i>Rogard, Folke, advokat</i>                                         |
| <i>Pontoppidan, Erik, lrsagf.</i>                               | <i>Roll, Otto, høyesterettsadvokat</i>                                |
| <i>Poulsen, Finn, lrsagf.</i>                                   | <i>Ros, Axel, assuransdirektör</i>                                    |
| <i>Poulsen, Oscar E., sagfører</i>                              | <i>Roschier-Holmberg, Ake, vice-</i><br><i>häradshövding, advokat</i> |
| <i>Prytz, R., landsretssagfører</i>                             | <i>Ross, Alf, professor, dr. jur.</i>                                 |
| <i>Raaen, Sofus, landsretssagfører</i>                          | <i>Rothenborg, Arnold, lrsagf.</i>                                    |
| <i>Raith, John, sagførerfuldm.</i>                              | <i>Rudholm, Sten, hovrättsfiskal</i>                                  |
| <i>Rasmussen, Grethe, lrsagf.</i>                               | <i>Rudewall, Folke, justitie-</i><br><i>ombudsman</i>                 |
| <i>Rasmussen, Henning, lrsagf.</i>                              | <i>Rydman, Aulis, justitiesekret.</i>                                 |
| <i>Rasmussen, Jens, lrsagf.</i>                                 | <i>Rynning, Lorentz, hradvokat</i>                                    |
| <i>Rasmussen, O. Bang, overinspk.</i>                           | <i>Ryssdal, Rolv E., hradvokat</i>                                    |
| <i>Rasmussen, O. Gangsted, lrsagf.</i>                          | <i>Rytter, Svenning, fhv. byrets-</i><br><i>præsident</i>             |
| <i>Rasmussen, Ove, hrsagf.</i>                                  | <i>Rønnow, Knud, lrsagf.</i>                                          |
| <i>Rasmussen, P. Graae, lrsagf.</i>                             | <i>Rønsted, Karmark, lrsagf.</i>                                      |
| <i>Rasmussen, V. Ravnsholt, dom-</i><br><i>merfuldm.</i>        | <i>Røsholdt, Leif B., overrettssakf.</i>                              |
| <i>Rasting, Carl, professor, dr. jur.</i>                       | <i>Sachs, P. M., byretsdommer</i>                                     |
| <i>Raunetsalo, Eevert, vicehäradshövding</i>                    | <i>Salmiala, Bruno, A., professor</i>                                 |
| <i>Reeh, Rasmus, sekr. i indenrmin.</i>                         | <i>Salomon, Jacob, lrsagf.</i>                                        |

*Sander, Jørgen, sagfører*  
*Santesson, Per, justitieråd*  
*Satz, Margot, cand. jur.*  
*Schack-Bondesen, K., lrsagf.*  
*Schjelderup, Ferdinand, høyesterettsdommer*  
*Schelle, Tage, fuldm. i justitsm.*  
*Scherling, Frithjof Folkvard von, hærads-hövding*  
*Schjødt, Annæus, hradvokat*  
*Schlegel, Otto, direkt. i Bikuben*  
*Schlyter, Karl, dr. jur., f. d. president*  
*Schmidt, Bertel, sagførerfuldm.*  
*Schmidt, Folke, professor*  
*Schmidt, Torben Sønné, sagf.-fuldmægtig*  
*Schmith, Poul, landsretssagfører*  
*Schrøder, Johan, overretssagf.*  
*Schultz, Aage, overretssagfører*  
*Silfverstolpe, Gudmund, jur. kand., direktör*  
*Silfverstolpe, Maja, jur. kand.*  
*Simonsen, G., dommer*  
*Simonsen, Gunnar, sekr. i justm.*  
*Sindballe, Kristian, prof., dr. jur.*  
*Sipilä, Arvo, professor*  
*Sjögren, Ivar W., professor*  
*Skaaning, Erik, lrsagf.*  
*Skadhauge, Poul, landsdommer*  
*Skjerbæk, Oluf J., overinspektør*  
*Skovgaard, C., dommer*

*Smith, Oscar, høyesterettsadvok.*  
*Soelseth, A. E., høyesterettsd.*  
*Spies, J. H., sagfører*  
*Spleth, P., landsdommer*  
*Staffeldt, Sven, sagfører*  
*Stahlschmidt, Erik & Kirsten sagførere, cand. jur.*  
*Statsanstalten for Livsforsikring*  
*Steensen, Erik, fuldm., cand. jur.*  
*Stefánsson, Stefán Jóh., direktør, fhv. statsminister*  
*Steffensen, Ole Th., sekretær*  
*Steglich-Petersen, K., hrsagf.*  
*Stenius, Jaako, vicehærads-hövding*  
*Stenmarck, Gustaf, rådman*  
*Sterzel, F., justitieråd*  
*Strahl, Ivar, professor*  
*Strøjer, Erik, landsretssagfører*  
*Strømsheim, Marius, overretts-sagfører*  
*Stubgård, Erik, lrsagf.*  
*Sundberg, Halvar G. F., juris professor*  
*Sundbo, Arne, overretssagfører, borgmester*  
*Suontausta, Tauno, jur. dr.*  
*Suontausta, Yrjö, justitieråd*  
*Swalander, Herm. f. d. stadsnot.*  
*Svane, Oskar Bondo, hrsagf.*  
*Svendsen, Aage, fhv. departementschef i justitsmin.*  
*Svendsen, Jørgen, sekr. i justm.*

|                                                             |                                                                      |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| <i>Svendsen, Knud, sagf., cand. jur.</i>                    | <i>Topsøe-Jensen S., kaptajnløjtn., cand. jur.</i>                   |
| <i>Svendsen, N. Borup, lrsagf.</i>                          | <i>Topsøe-Jensen, Vilh., højesteretsdommer</i>                       |
| <i>Sø- og Handelsrettens Bibliotek</i>                      | <i>Torkild-Hansen, Carl, lrsagf.</i>                                 |
| <i>Søndergaard, Jens, lektor</i>                            | <i>Torp, Henry, sagfører</i>                                         |
| <i>Sørensen, Børge Malmfred, fuldm. i landbrugsmin.</i>     | <i>Torp-Pedersen, A. H., direktør</i>                                |
| <i>Sørensen, Carl, lrsagf.</i>                              | <i>Torstensen, C. A., hradvokat</i>                                  |
| <i>Sørensen, Erna, sagfører</i>                             | <i>Tuominen, Timo, justitierådman</i>                                |
| <i>Sørensen, H. A., byretsdommer</i>                        | <i>Tyllinen, Toivo, ældre justitierådman</i>                         |
| <i>Sørensen, K. Kaae, direktør</i>                          | <i>Ulrik, Per, sagfører</i>                                          |
| <i>Sørensen, Max, prof., dr. jur.</i>                       | <i>Undén, Östen, utrikesminister</i>                                 |
| <i>Tamm, Henrik, byretsdommer</i>                           | <i>Unonius, Gustaf Wilhelm, vicehäradshövding, t. f. stadsfiskal</i> |
| <i>Taxell, Lars Erik, professor</i>                         | <i>Urne, Henrik, ekspeditionssekretær i justitsministeriet</i>       |
| <i>Thamsen, Ole S., sagf., cand. jur.</i>                   | <i>Waaben, Knud, sekr. i justitsm.</i>                               |
| <i>Thesbjerg, J., landsretssagfører</i>                     | <i>Waagstein, Leif, landsrættarsagførerari</i>                       |
| <i>Thomasson, Erik, häradshövd.</i>                         | <i>Wagner, Henrik S., hrsagf.</i>                                    |
| <i>Thomsen, Christian L., sekretær</i>                      | <i>Walin, Gösta, justitieråd</i>                                     |
| <i>Thornstedt, Hans, docent</i>                             | <i>Vang, Felix, højesteretssagfører</i>                              |
| <i>Thors, Jørn, amtsfuldmægtig</i>                          | <i>Waselius, Arne A., vicehäradshövding, advokat</i>                 |
| <i>Thorsen, Søren, sagførerfuldm.</i>                       | <i>Weber, F., sekretær, cand. jur.</i>                               |
| <i>Thorsteinsson, Th., hrsagf.</i>                          | <i>Vedel, Johannes, lrsagf.</i>                                      |
| <i>Thuesen, Alfred, lrsagf.</i>                             | <i>Wegener, Erik, lrsagf.</i>                                        |
| <i>Thulstrup, Andreas, lrsagf.</i>                          | <i>van de Velde, Einar, advokat</i>                                  |
| <i>Thyregod, Ib, landsretssagfører</i>                      | <i>Werner, Einar, advokat</i>                                        |
| <i>Tidemand-Dal, Mogens, dommerfuldmægtig</i>               | <i>Westergaard, Harald, lrsagf.</i>                                  |
| <i>Tirkkonen, Tauno, professor</i>                          | <i>Vestre Landsrets Bibliotek</i>                                    |
| <i>Tobiesen, Erik, lrsagf.</i>                              |                                                                      |
| <i>Tofft, Lorenz, sagførerfuldm.</i>                        |                                                                      |
| <i>Toldam, Aage, landsdommer</i>                            |                                                                      |
| <i>Topsøe-Jensen, Hans, kontorchef i justitsministeriet</i> |                                                                      |

*Westrup, C. W.*, stiftskriver,  
dr. jur.  
*Vetli, Erik*, kontorchef i justits-  
ministeriet  
*Wetter, Sune*, advokat  
*Wichmann, Jac.*, lrsagf.  
*Wiersholm, Otto*, hradvokat  
*Wieslander, Ivar*, hovrättspresid.  
*Vikma, Väinö*, professor  
*Wijnbladh, Mauritz*, president  
*Wikander, Hugo*, hovrättsråd  
*Villars-Dahl, L.*, høyesterettsadv.  
*Vinge, Karl Axel*, advokat  
*Windfeld, Per*, fuldm. i finansm.  
*Winther, Mogens*, sekretær

*Wirgin, Allan*, rådman  
*Wistrand, Rolf*, advokat  
*Vuorisalo, K. K.*, justitiekansler-  
sekreterare, jurislicentiat  
*Würtzen, P. E.*, bankdirektør  
*Ylöstalo, Matti*, vicehäradshövd.  
*Zetterberg, Herman*, statsråd  
*Zeuthen, F.*, professor  
*Zitting, Christian*, vicehäradshövding, advokat  
*Ørum, Aage*, overretssagfører  
*Ørum, Chr.*, overretssagfører  
*Østerberg, Erik*, sagførerfuldm.  
*Østre Landsrets Bibliotek*  
*Aström, Axel*, bankombudsman

## Indhold

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| KNUD ILLUM: Henry Ussing 65 år ... ..                                                                                          | 1   |
| JOHS. ANDENÆS: Om selgerens ansvar for farlige egenskaber ved<br>den leverte gjenstand ... ..                                  | 9   |
| ERNST ANDERSEN: Kompagnonansvaret i sagførerfirmaer m. v. ...                                                                  | 19  |
| POUL ANDERSEN: Nogle Bemærkninger om Erstatning for Raadig-<br>hedsindskrænkninger ... ..                                      | 28  |
| CARL JACOB ARNHOLM: Et fullmaktsspøsmål ... ..                                                                                 | 42  |
| C. BANG: Erstatning til enkemand for tab af forsørger m. v. ... ..                                                             | 50  |
| O. A. BORUM: Er livrenteforsikringskrav overdragelige? ... ..                                                                  | 64  |
| SJUR BRÆKHUS: Skal enkelt- eller dobbeltkravslæren anvendes ved<br>beregningen av rederens begrensede kollisjonsansvar? ... .. | 75  |
| GÖSTA EBERSTEIN: Firma och namn. Tillika en fråga om metod ...                                                                 | 101 |
| BIRGER EKEBERG: Nordisk rättsgemenskap ... ..                                                                                  | 110 |
| W. E. v. EYBEN: Forsikringsret, erstatningsret og politiret ... ..                                                             | 126 |
| O. HJ. GRANFELT: De finländska växel- och checklagarnas mellan-<br>folkliga bestämmelser ... ..                                | 135 |
| Y. J. HAKULINEN: Succession i rätten till ersättning för ideel skada                                                           | 141 |
| BERNT HJEJLE: Kontraheringspligt ... ..                                                                                        | 150 |
| PHILLIPS HULT: Perpetuatio obligationis ... ..                                                                                 | 165 |
| STEPHAN HURWITZ: Til skyldbegrebet ... ..                                                                                      | 207 |
| STIG IUUL: Caveat emptor-reglens oprindelse ... ..                                                                             | 220 |
| J. HARTVIG JACOBSEN: Ophævelse af forlagskontrakten på grund<br>af forandrede forhold ... ..                                   | 235 |

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| HJALMAR KARLGREN: Ett gammalt tvisteämne: nullitet och an-<br>griplighet ... ..                                          | 247 |
| JAN KOBBERNAGEL: Om stiltiende partshenvisninger i den inter-<br>legale handelsret ... ..                                | 267 |
| A. VINDING KRUSE: Ansvarsfraskrivelse for tingskade i enkelte<br>kontraktsforhold ... ..                                 | 279 |
| ÓLAFUR LARUSSON: Arbejdsgiverens ansvar for arbejdernes culpa<br>efter islandsk ret ... ..                               | 295 |
| FRITJOF LEJMAN: Skadeståndsansvar för farlig verksamhet i nyare<br>svensk rättspraxis ... ..                             | 300 |
| TORBEN LUND: Erstatningsproblemet inden for ophavsretten ... ..                                                          | 313 |
| VILH. LUNDSTEDT: Några anmärkningar om skadeståndsrättens<br>systematisering och om kausalitetsfrågan i juridiken ... .. | 328 |
| N. P. MADSEN-MYGDAL: Magtfordrejningsproblemer i civilretten                                                             | 348 |
| AKE MALMSTRÖM: Till frågan om skadestånd utanför kontrakts-<br>förhållanden inom den internationella privaträtten ... .. | 362 |
| POUL MEYER: Om panterrettens begreb ... ..                                                                               | 387 |
| ERWIN MUNCH-PETERSEN: »Egen skyld» og erstatning for vare-<br>tægtsfængsel og strafafsoning ... ..                       | 399 |
| HAKON NIAL: En fråga rörande överlåtelse av panträtt i värdepapper                                                       | 425 |
| THØGER NIELSEN: Klausulen »klingende Mynt» ... ..                                                                        | 430 |
| CARL RASTING: Henry Ussings betydning for udformningen af<br>culpareglen i moderne nordisk ret ... ..                    | 451 |
| KNUT ROHDE: Om begreppet hävning av avtal ... ..                                                                         | 458 |
| ALF ROSS: Tû-Tû ... ..                                                                                                   | 468 |
| KRISTIAN SINDBALLE: Fordring efter gensidig Aftale som Gen-<br>stand for Overdragelse eller Kreditorforfølgning ... ..   | 485 |
| IVAR STRAHL: Till frågan om skadeståndsskyldighet för barn ... ..                                                        | 495 |

# Henry Ussing

## 65 Aar

**K**UNDE man i femogtreds Aars Alderen blive stillet over for sig selv som ung, vilde mange næppe kende deres egne Træk hos Ynglingen. Tempora mutantur et nos cum illis. Den gladeste af de unge kan Tiden have gjort til en sur Jeronimus, og den, som var tung og svag, kan Aarene have modnet og udviklet. Tiden er heller ikke gaaet sporløst hen over Henry Ussing; men han er dog i sjælden Grad blevet sig selv lig. Som ung har han baaret Præg af tidlig Modenhed, af sine usædvanlige Evner og af den Maalbevidsthed, hvormed han udnyttede dem. Snart 50 Aars flittigt Virke i Retsvidenskabens Tjeneste har ikke svækket den unge Ussings Energi, og han har bevaret Evnen til at underkaste gamle Tanker nye Overvejelser. Hans spinkle Skikkelse har intet sat til af Ungdommens Spændstighed. Det smalle Ansigts karakteristiske Træk synes ikke ældede; men Aarene har forlenet det med større Fasthed og Styrke, som Tilfældet er hos den, som har levet et arbejdsomt Liv i Harmoni med sig selv og sine Omgivelser.

Henry Ussing tilhører en Slægt med grundfæstede, akademiske Traditioner. Ikke mindst i en Tid, hvor der fra mange Sider kaldes paa Tilgang til Universiteterne fra alle Samfundslag, er der Grund til ogsaa at fremhæve Værdien heraf. Den, der vælger den akademiske Løbebane, rives ofte bort fra sit eget Miljø og kan have vanskeligt ved at tilpasse sig det nye. Men den, der ved

Slægtsbaand er knyttet til det akademiske Liv, har dermed Rod i et Samfundslag, hvor en social Indstilling mere end andetsteds er Almeneje, og hans Tanker er tidligt rettet imod de Baner, hvori de føres under Studiet og den videnskabelige Forskning. Ussings Bedstefader J. L. Ussing var Professor i klassisk Filologi; hans Farbroder N. V. Ussing var Professor i Geologi. Faderen Stiftsprovst, Dr. theol. Henry Ussing var ikke blot en udmærket Teolog, men ogsaa en fremtrædende Personlighed inden for den danske Kirke. I det kultiverede Præstehjem prægedes Henry Ussing tidligt af en kristen Livsopfattelse, som han er forblevet trofast gennem hele sit Liv.

Ussing begyndte det juridiske Studium i 1904 og blev Kandidat i 1910. Paa den Tid erhvervedes Udmærkelse til juridisk Embedseksamen næppe saa let som senere. Men fra Studiekammeraterne ved vi, at han forlod Universitetet med fuldt saa gode Kundskaber som nogen juridisk Kandidat. Hans Ven og Studiekammerat Karsten Meyer fortæller, at Professor Torp standsede en Forelæsningsserie, fordi Ussing korrigerede ham for ofte, og Torp skal have antydnet, at Student Ussing lod til at kunne Stoffet bedre end han.

Efter afsluttet Embedseksamen rejste Ussing allerede i Aarene 1911-13 paa Studierejse til München, Paris og Oxford. Som en Frugt af dette Studieophold fremkom i 1914 Disputatsen *Skyld og Skade*. Man gør næppe nogen Uret ved at kendetegne dette Værk som den bedste Bog, der er belønnet med den juridiske Doktorgrad ved Københavns Universitet. Ussing havde i sin Studietid modtaget varig Paavirkning navnlig fra Viggo Bentzon og Julius Lassen. Et varmt Venskab knyttede Ussing til den langt ældre Lassen, hvis grundlæggende Arbejder paa Obligationsrettens Omraade det tilfaldt Ussing at videreføre. Allerede i Disputatsen fremtraadte dog de Særegenheder ved Ussings juridiske Forfatter-skab, som i adskillige Henseender har ført ham ud over Forgængerne. I Disputatsen giver han et Program for den videnskabelige



Dogmatiks Opgaver. Paa mange Maader falder det vel i Traad med nyere, mere filosofisk prægede Retninger inden for nordisk Retsvidenskab, hvis Problemstilling han til en vis Grad har foregrebet i sin Opfattelse af Retsvidenskabens Opgave. Ud fra sin udpræget praktiske Indstilling tager han Afstand fra spekulative og konstruktive Argumenter, som var saa stærkt fremtrædende i den ældre Retsvidenskab, men som dog endnu paa Ussings Tid spillede en ikke ringe Rolle. Selv Julius Lassen, hvis Arbejde var bygget op paa Grundlag af indgaaende Studier af Retspraksis, saa det som en Hovedopgave at omstøbe de vundne Resultater i ledende Principper eller Grundsætninger og begrundede ofte Afgørelsen af Enkeltilfældet med en Henviſning til almindelige Retssætninger. Hos Ussing ligger Tyngdepunktet i den realistisk analytiske Behandling af Enkeltilfældet. Enkeltilfældet maa behandles paa den Maade, som skønnes bedst at tjene Samfundets Tarv. Sammenfatningen af de vundne Resultater tjener derfor kun det Formaals at vinde Oversigt over de ved Studiet af Enkeltilfældet vundne Resultater; og Henviſningen til et almindeligt Princip eller en Grundsætning dækker efter Ussings Opfattelse kun over en Mangel paa virkelig Argumentation. »Vejen til at finde det rette«, siger han, »maa være en indgaaende Iagttagelse af Livets Fænomener, hvorved man maa søge at fremdrage de forskellige praktiske Hensyn og afveje dem indbyrdes«. Han er dog klar over, at Afgørelsen af Retsspørgsmaal ikke kan naas af rent logisk Vej. Det fører ham vel ikke derhen, at Retsvidenskaben af denne Grund skal afstaa fra at søge at angive en Løsning af tvivlsomme Retsspørgsmaal. »Resultatet maa i det enkelte Tilfælde naas«, siger han videre, »ved en Samvirken af Følelse og Refleksion, ved en skønsommæssig Bedømmelse af Enkeltilfælde efter Retsfølelsen og en Prøvelse og Sammenstilling af dem i Forstandens Lys«. Man maa dog »først og fremmest lægge Vægt paa den forstandsmæssige Argumentation« og samtidig »søge Støtte i andres Retsbevidst-

hed« og i Udviklingen i andre Landes Ret, der ofte vil være af født af Tidens Krav og derfor kan tjene som Forbillede for den hjemlige Ordning. Angivet paa denne Maade er den juridiske Forfatters Opgave ikke meget forskellig fra den gode Dommers. Men medens Dommen er kategorisk, maa den videnskabelige Fremstilling kunne give Udtryk for den Tvivl, som man kan nære om Sikkerheden for, at en angiven Løsning kan ventes fulgt af Domstolene. Og paa dette Punkt har Ussing altid været meget samvittighedsfuld. Det viser sig ved den hyppige Anvendelse af afsvækkende Gloser som »formentlig«, »vistnok« etc.

Disputatsen skaffede straks Ussing et Docentur ved Københavns Universitet; faa Aar efter, i 1918, udnævntes han til Professor. Skønt Ussing saaledes kun i ringe Udstrækning havde taget Del i praktisk juridisk Virksomhed, før han begyndte sin Virksomhed som Universitetslærer, har han mere end andre fremhævet, at Retsreglerne maa udformes efter Livets Tarv, og hans Fremstillinger er overalt præget af Forstaaelse for Retsreglernes Betydning. Hertil har det i høj Grad bidraget, at Ussing ligesom tidligere Lassen altid bygger paa en indgaaende Undersøgelse af den foreliggende Retspraksis. Det store Lærestof, som findes i Domssamlingerne, er ikke blot en rig Kilde til Oplysning om gældende Retssætninger; men Dommene indeholder en saadan Vrimmel af interessante Oplysninger om praktiske Forhold, at Læsningen af Domme kan være en Genvej ogsaa til praktisk Forstaaelse.

Ved Universitetet har Ussing først og fremmest haft Betydning som juridisk Forfatter. Hans Forelæsninger har været lærerige og inspirerende, men kun for de faa. Hans knappe Form, lidt fattig paa oratoriske Nuancer og saa prunkløs som hans Fremtræden i det hele, har ikke kunnet fastholde den store Mængde af de studerende. Men de Studenter, som ærligt stræbte efter mere end den letteste og hurtigste Tilegnelse af Eksamensstoffet, ser tilbage paa Ussings Forelæsninger som dem, de havde størst Udbytte af. Disse

Studenter modtog et levende og varigt Indtryk af den Grundighed og Kraft, hvormed Ussing altid har gennemført sit juridiske Arbejde.

Gennem Aarene er en lang Række af juridiske Værker kommet fra Ussings Haand. De vigtigste er *Bristende Forudsætninger* 1918, *Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del* (udgivet i Samarbejde med Jul. Lassen) 1923, *Kaution* 1928, *Aftaler paa Formuerettens Omraade* 1931, (en stærkt omarbejdet og udvidet Udgave kom i 1945), *Dansk Obligationsret, Almindelig Del* 1935-37, *Gældsbrevslovene* (i Samarbejde med C. C. Dybdal) 1938, *Erstatningsret* 1938, *Køb* 1939, *Enkelte Kontrakter* 1940 og *Retsstridighed* 1949. Ud over disse Bøger har Ussing skrevet talrige større eller mindre Tidsskriftsafhandlinger, de fleste i Ugeskrift for Retsvæsen, hvis literære Afdeling han redigerede i Aarene fra 1920 til 1945. Blandt Afhandlingerne kan navnlig fremhæves *Livsforsikringskravets Beskyttelse mod Retsforfølgning efter dansk Ret* 1917, *Forsikrerens Regresret* 1921, *Fuldmagt og Bemyndigelse* 1930. Ussings Interesse for alt, hvad der foregaar inden for hans Omraade, Obligationsretten, har ogsaa givet sig Udtryk gennem et meget betydeligt Antal af Anmeldelser. De indeholder en overlegen kritisk Bedømmelse og er samtidig præget af en velvillig Indstilling ikke mindst over for de yngre Jurister og en usædvanlig Lydhørhed ogsaa over for Kritik af Ussings egne Meninger.

Ussings Betydning som juridisk Forfatter skal imidlertid ikke bedømmes ud fra Omfanget af hans Produktion og hans store Flid. Den beror først og fremmest paa den enestaaende Lødighed, som præger de Arbejder, der udgaar fra hans Haand. Ussing forener i sjælden Grad de Egenskaber, som skaber den fremragende Jurist. Hans fremtrædende personlige og videnskabelige Redelighed har medført, at han altid stiller store Krav til sig selv med Hensyn til Forarbejdet, og han besidder et enestaaende Kendskab til dansk og fremmed Retsliteratur og som foran nævnt Retspraksis. Under

et Besøg, jeg aflagde hos Ussing, der dengang havde min Doktor-disputats til Bedømmelse, viste han mig med et Smil en Stabel Bøger, der laa i Vinduet. Jeg havde henvist til Oertmann og »de der anførte Forfattere«. Det var »de der anførte Forfattere«, hvis Bøger laa i Vinduet. Til mit Held havde Oertmanns Henvisninger været tilforladelige.

Til Ussings Grundighed følger der sig en levende juridisk Fantasi; vel ikke en saadan, som bringer de store Syner og nye, frapperende Synspunkter. Men Ussing har en usædvanlig Evne til med sin store Tankestyrke at gennemtrænge de enkelte Spørgsmaal, udfinde de mange krydsende Hensyn, som gør sig gældende, og bringe en Helhedsopfattelse saavel som Enkeltløsninger, der i Regelen fremtræder som mønstergyldige. Hans juridiske Jugement, som er præget af et indgaaende Kendskab til Retspraksis, er sikkert og sundt. Mod Formen kan man vel indvende et og andet, navnlig naar man tager i Betragtning, at Ussings Værker benyttes som Lærebøger for de studerende, i en vis Udstrækning endog i de andre nordiske Lande. Ussings Stil er kort og knap. Ordenes Brug er helt underordnet Tanken, som skal udtrykkes, og de anvendes under Udfoldelsen af den største Økonomi. Stilen er ogsaa det ligefremme Udtryk for Ussings videnskabelige Redelighed og Vederhæftighed. Hans egen Opfattelse understreges aldrig ved et forstærkende Adjektiv, hvis han ikke finder det rigtigt og forsvareligt. Fremstillingen kan forekomme ganske lidenskabsløs; men det er i Virkeligheden Udtryk for, at han helt igennem er besjælet af Opgaven og opfatter Retsvidenskaben som et forpligtende Kald.

Ussing har næsten altid holdt sig strengt til sit eget Fagomraade, Obligationsretten. Det hører til de faa Undtagelser, som bekræfter Regelen, at han i 1922-23 gav et vægtigt Bidrag til Diskussionen om en Reform af Ægteskabslovgivningen. Hans juridiske Metode har dog befrugtet alle Grene af Retsvidenskaben, og inden for sit Felt har Ussing ydet et fremragende Bidrag til at

forme et fast Grundlag for Retsopfattelsen, som er nødvendigt for Udfoldelsen af et sundt Retsliv. Vel er det saaledes, at Retslivet ikke udspringer umiddelbart af den juridiske Teori. Men Teori og Praxis maa gensidig befrugte hinanden, for Teoriens Vedkommende navnlig ved den Maade, hvorpaa Enkelttilfældet sættes ind i og bedømmes ud fra den almindelige Sammenhæng. Og det maa heller ikke glemmes, at Studenterne af i Dag er Dommere i Morgen. Det Grundlag, hvorpaa Universitetsuddannelsen sker, er derfor ogsaa Grundlag for det praktiske Retsliv ad denne Vej.

Ved Udviklingen af Lovgivningen paa Obligationsrettens Omraade har Ussing ogsaa ydet en værdifuld Indsats, og det fællesnordiske Lovgivningsarbejde har altid haft hans levende Interesse. Her skal navnlig erindres om hans Deltagelse i Udarbejdelsen af Gældsbrevslovene og i Forberedelsen af en fællesnordisk Lovgivning om Erstatningsansvar. Ogsaa her spores den realistiske Betragtningssmaade; og selv om Ussings Reformbestræbelser ikke kan siges at være rettet mod en Omstyrtning af det bestaaende, danner hans kritiske Holdning over for nedarvede Retsgrundsætninger Grundlag for Fremsættelsen af Forslag til Ændringer i Lovgivningen, som betydeligt afviger fra den hidtidige juridiske Tankegang.

Den Anseelse, som Ussing nyder ud over Landets Grænser, har givet sig Udtryk paa mange Maader. Han er Medlem af det norske Videnskaps Akademi i Oslo, af Kungl. humanistiska Vetenskapssamfundet i Lund, af Kungl. Svenska Vetenskapsakademien, Æresmedlem af Juridiska Föreningen i Finland og af Suomalainen Lakimiessyhdistys. I 1946 promoveredes han som Æresdoktor ved Oslo Universitet og i 1949 ved Universitetet i Lund. Danske Jurister betragter Ussing som Standens Førstemand, lige agtet for sine fremragende Evner som for sin beskedne, bramfri Færd. De har vist det ved at vælge ham som Formand for Juridisk

Forening i København i en længere Aarrække og til Formand for Styrelsen for de nordiske Juristmøders danske Afdeling. I 1943 belønnedes Ussing med danske Juristers fornemste Hæderspris, den ørstedske Prismedaille.

Henry Ussing har en stor Vennekreds blandt danske og nordiske Jurister. Fra Besøg i det gæstfri Hjem i Charlottenlund bevarer Vennerne et stærkt Indtryk af den Harmoni, som har præget Livet i den Ussingske Familie. Naar en Kreds af Videnskabsmænd i de nordiske Lande paa 65 Aars Dagen bringer et Festskrift, sker det ikke blot for at vidne om den nordiske Videnskabs Taknemmelighedsgæld over for Ussing, men vi vil ogsaa give Udtryk for vor Hengivenhed og vor personlige Taknemlighed for, hvad han har betydet for saa mange af os. Vi ønsker ham endnu mange Aars frugtbart Virke i Retsvidenskabens Tjeneste.

KNUD ILLUM

# Om selgerens ansvar for farlige egenskaper ved den leverte gjenstand

Av professor, dr. jur. Johs. Andenæs

Kjøpslovens §§ 42 og 43 gir regler om selgerens ansvar for mangler. Det er omstridt om disse regler gjelder for skade som voldes ved farlige egenskaper hos den leverte gjenstand, f. eks. ved at et levert dyr lider av smittsom sykdom som forplanter seg til kjøperens besetning, eller ved at en maskin eller et brannslukningsapparat lider av fabrikkasjonsfeil som fører til eksplosjon. *Almén* hevder at ansvaret etter §§ 42-43 også omfatter slike skader, men ellers er det den motsatte oppfatning som dominerer i nordisk teori og rettspraksis.<sup>1</sup>

Spørsmålet har sin største betydning for generisk bestemte gjenstander. Ansvaret i kjøpslovens § 43 er i prinsippet objektivt; antar en at skade voldt ved tingens farlige egenskaper faller utenfor regelen, må ansvar for slik skade være begrenset til tilfelle av skyld eller klar garanti. Også ved salg av individuelt bestemte gjenstander kan imidlertid spørsmålet få noen betydning. Erstatningsregelen i § 42, 2. ledd om mangler ved gjenstanden gjelder ikke bare ved skyld fra selgerens side, men også når gjenstanden savner egenskaper »som må ansees tilsikret«. Det blir gjerne antatt, at dette i og for seg fullstendig intetsigende uttrykk dekker noe mer enn den virkelige garanti. *Ussing* antar således at erstatning etter omstendighetene også må svares, »når sælgeren ved en blot opplysende meddelelse om en vis egenskap ved tingen eller ved sit forhold i øvrigt har givet køberen føje til at stole på, at egenskapen var til stede, og sælgeren måtte indse, at han gjorde dette« (Køb, 2. udg. s. 124). Derimot antar han at ansvar for skade voldt

ved salgsgjenstandens farlige egenskaper i alminnelighet må være betinget av *særlig garanti eller uforsvarlig adferd* fra selgerens eller hans folks side ved salget i tiden inntil tingen overgis (l. c. s. 126). I det følgende skal jeg for enkelthets skyld holde meg til genustilfellene.

Ved første øyekast kan det virke noe overraskende at nettopp skade voldt ved tingens farlige egenskaper skal være unntatt fra det objektive ansvar. I erstatningsretten utenfor kontraktsforhold er farligheten av en handling eller en virksomhet tvert om ett av de momenter som indiserer et objektivt ansvar. Analogien er imidlertid mer tilsynelatende enn virkelig. Når det pålegges objektivt erstatningsansvar for »farlig bedrift« dreier det seg — iallfall som den store hovedregel — om ansvar for en *kjent fare*.<sup>2</sup> Ved selgeransvaret er det derimot tale om ansvar for en fare som selgeren ikke har hatt kjenskap til.

Spørsmålet blir da: Kan en i lovens ord eller motiver finne holdepunkt for denne begrensning av erstatningsplikten? Eller foreligger det avgjørende reale grunner som tilsier å foreta en slik begrensning også uten støtte i loven?

Loven taler bare om at kjøperen kan »kreve skadeserstatning«. Hvilke skadefølger erstatningen omfatter, sier den ikke noe om. Heller ikke blir en synderlig klokere av å lese motivene. I de norske motiver heter det s. 58:

»Om erstatningskravets omfang uttaler utkastet seg ikke. Det lar således åpent det spørsmål, om selgeren også skal betale erstatning for den skade, tingen kan volde derved, at den (uten kjøperens vitende) har farlige egenskaper, således hvor kreaturfor viser seg å være giftig (jfr. HRD i Retst. 1903 s. 134), eller solgte dyr har sykdommer, som smitter kjøperens besetning. Disse spørsmål blir derfor å avgjøre etter den alminnelige erstatningsrett.«

Uttalelsen er særdeles uklar. Henvisningen til »den alminnelige erstatningsrett« kan bety, at erstatning bare kan kreves etter skyldregelen. Men den kan like gjerne leses som en henvisning til vanlige regler om *erstatningsberegningen*, først og fremst reglene om skadens påregnelighet (adekvansen). Det kan språklig og logisk anføres argumenter til fordel for begge tolkinger, og det lønner seg neppe å spekulere mer over hva motivforfatterne kan ha ment.



Det er sjelden å finne noen egentlig begrunnelse for den unntagelsesregel som blir stilt opp for skade voldt ved salgsgjenstandens farlige egenskaper. Selv Ussing, som ellers gjerne trekker fram den reale begrunnelse for reglene, nøyer seg her med å si at de vanlige ansvarsregler ved mislighold »formentlig« ikke kan anvendes overfor denne gruppe.

Arnholm (T. f. R. 1941 s. 515) begrunner regelen med at det her ikke er en oppfyllelsesinteresse kjøperen krever erstattet; hans krav bygges på at selgerens adferd har skadet hans rettsgoder, og kontraktsforholdet er bare den ytre anledning til at skaden er voldt. Og da er der grunn til å falle tilbake på de erstatningsregler som gjelder utenfor kontraktsforhold, derunder også kravet om subjektiv skyld.

Resonnementet er neppe bindende. Det synes å forutsette at oppfyllelsesinteressen er begrenset til tapet ved å *unnvære kontraktmessig ytelse*. En slik begrensning er imidlertid ikke holdbar. Erstatningskravet for mangelfull levering omfatter f. eks. krav på erstatning for særlige omkostninger ved undersøkelse og oppbevaring av den mangelfulle vare. Med Ussing (Obl. alm. del, 2. utg. s. 125) kan vi definere oppfyllelsesinteressen som *det tap fordringshaveren, her kjøperen, lider ved misligholdet*, d. v. s. ved at fordringen ikke blir riktig oppfylt. Skjematisk kan de viktigste tilfelle av skadefølger grupperes slik:

1. Tap ved å unnvære kontraktmessig ytelse. Dette kan igjen være et normalt tap, knyttet til salgsgjenstandens verdi (jfr. kjøpslovens §§ 25 og 45), eller det kan være et særlig tap for kjøperen, f. eks. ved at en bedrift må stå stille fordi bestilte råvarer, driftsmidler eller maskiner uteblir eller er ubrukbare.

2. Omkostninger ved undersøkelse, oppbevaring o. s. v. som skyldes misligholdet og altså ikke ville vært påløpt ved kontraktmessig levering.

3. Tap ved at arbeidskraft og omkostninger ved anvendelsen av salgsgjenstanden går til spille på grunn av dennes mangler. En plen blir f. eks. tilsådd med gressfrø uten spireevne. En tannlege utfører kostbare broarbeider med mangelfulle materialer, slik at hele arbeidet må gjøres om. En vinlegning blir mislykket fordi det anvendte gjærpreparat viser seg ubrukelig.

4. Tap voldt ved at bruken av salgsgjenstanden blir årsak til skadetilfelle, uten at gjenstanden i seg selv kan karakteriseres som farlig. Fabrikasjonsfeil i et rør eller en kran fører til vannskade, fabrikasjonsfeil ved et kar til at innholdet renner ut, defekt ved et brannslukningsapparat til at det ikke lykkes å kvele ilden i fødselen.

5. Til slutt har vi så skade voldt ved gjenstandens i egentlig forstand farlige egenskaper, f. eks. smittsom sykdom hos et dyr, giftige forurensninger i næringsmidler o. s. v.

Ved fullstendig uteblivelse av ytelsen er det som regel bare tale om tap som går inn under gruppe 1 ovenfor. Da erstatningsansvaret for mislighold fortrinnsvis er blitt drøftet med sikte på de rene uteblivelsestilfelle, er det naturlig at det er tap av denne art som først og fremst faller i tanken når en taler om oppfyllelsesinteressen. Gruppe 2 blir det tale om både ved forsinkelse og mangler, gruppe 3-5 bare ved mangler.

Noen klar grense mellom gruppene 4 og 5 er det ikke mulig å trekke. Bortsett fra de »absolutt farlige« ting (smittefarlige dyr etc.), beror farligheten av en gjenstand på den bruk som blir gjort av den, og i begge grupper av tilfelle medfører den normale bruk av gjenstanden fare for en skadevoldende begivenhet. Et defekt rør eller en defekt elektrisk ledning er, isolert sett, ufarlig, men som ledd i et anlegg i drift representerer den et faremoment. Almén, som i tilknytning til de svenske motiver ikke taler om farlige, men om *skadebringende* egenskaper hos godset, nevner som eksempler »att levererade fat eller andra förvaringspersedlar varit otäta, så att däri förvarade ämnen runnit ut eller avdunstat; att utsädeesspannmål varit bemängd med skadligt ogräsfrö o. s. v.«. Han tar altså åpenbart både gruppe 4 og 5 med under begrepet. Han fremhever som karakteristisk for de behandlede tilfeller, at erstatningsbeløpet lett kan stige til mange ganger verdien av det solgte gods. Dette gjelder imidlertid også for gruppe 3, når f. eks. hele produktet blir ubrukbart på grunn av feil ved en bestanddel som har en ubetydelig verdi i forhold til det hele.

For Almén er avgrensningen av underordnet betydning, siden han mener kjøpslovens vanlige ansvarsregler gjelder over hele linjen. Annerledes for de forfattere som stiller opp en særregel for

skade voldt ved godsets farlige egenskaper. Så vidt jeg kan se har ingen av disse forfattere gitt noen nærmere presisering av området for unntagelsesregelen. Det ser ut som om de har hatt oppmerksomheten henvendt så sterkt på de klare typetilfelle, at de har gått forbi de overgangstilfelle som kompliserer problemet. Det får derfor være et åpent spørsmål hvordan de vil trekke grensen mellom området for kjøpslovens ansvarsregler og området for unntagelsesregelen.<sup>3</sup>

Etter norsk rett må en nok lære at ansvarsreglene i kjøpsloven iallfall gjelder tap ved at arbeidskraft og omkostninger går til spille på grunn av mangler ved salgsgjenstanden (gruppe 3). Motivene nevner i en annen sammenheng (s. 61) at den som leverer et mangelfullt maskineri må erstatte den ødeleggelse av råprodukter, det økede kullforbruk eller den nedgang i produksjonsmengden som mangelen har voldt. Fra praksis kan nevnes en høyesterettsdom i Norsk Retstidende 1937 s. 323, hvor kjøperen av et parti hvit parafin til parafinering av tobakksesker ble tilkjent erstatning hos selgeren, fordi eskene på grunn av en feil ved parafinen ble befengt med lukt så de måtte kasseres. Som regel lar det seg vel trekke en prinsipiell grense mellom denne gruppe på den ene side, gruppe 4 og 5 på den annen side. At materialer og arbeidskraft blir spilt på grunn av feil ved et av de stoffer som blir brukt ved en tannbehandling, hører under gruppe 3, men får pasienten en betendelse i munnhulen, hører det under gruppe 5. Mangler gressfrøet spireevne, slik at plenen må såes til påny, hører det under gruppe 3; er det ugressfrø som er levert, slik at det må ekstra foranstaltninger til for å bekjempe ugresset, hører det under 4 eller 5. Men det er ikke umiddelbart innlysende at grensen skal ha rettslig relevans. Om vinen blir ubrukbar på grunn av feil ved gjærpreparatet, eller går tapt på grunn av feil ved fatet, er skadebegivenheter av økonomisk helt likeartet karakter. Hvorfor skal selgerens ansvar være forskjellig i de to tilfelle?

De hensyn som vanligvis anføres som grunnlag for det objektive selgeransvar: Hensynet til å ramme skjult skyld, ønsket om å fremtvinge en særlig påpasselighet hos selgeren, retts tekniske hensyn, gjør seg i og for seg gjeldende også hvor skaden skyldes tingens farlige egenskaper. Skal ansvarsfrihet antas, må det derfor

være fordi motstående hensyn har sterkere vekt. Det er imidlertid vanskelig å forstå at tingens farlighet i seg selv skal være noe argument for ansvarsfrihet. Både *de lege ferenda* og *de lege lata* er det naturlig å søke etter et mer alminnelig synspunkt i stedet for å bli stående ved en isolert unntagelsesregel.

Det mest nærliggende er å undersøke om forholdet ikke kan bringes inn under adekvanssynspunktet.

Nå lar det seg ikke nekte at adekvanslæren rommer store uklarheter, både med hensyn til det legislative grunnlag og med hensyn til den praktiske utformning — det er nettopp derfor den kan brukes til så mangt. Ikke minst gjør denne uklarhet seg gjeldende når det er spørsmål om erstatning i kontraktsforhold. For å få problemstillingen mer anskuelig, kan vi i det foreliggende tilfelle spalte spørsmålet om skadens påregnelighet i to. For det første: Var det påregnelig for selgeren at varen kunne lide av en slik feil? For det annet: Var det påregnelig for selgeren at en slik feil kunne føre til en slik skade?

På det siste spørsmål vil en i alminnelighet måtte svare ja når varen er beheftet med farlige egenskaper. At et sykt dyr kan smitte kjøperens besetning, at bedrevet fôr kan føre til forgiftning o. s. v., er livets regel. Adekvansspørsmål kan nok oppstå, men de har neppe noen særlig interesse i denne forbindelse.

Vender vi oss i stedet til det første spørsmål, må vi imidlertid konstatere følgende: Spørsmålet om selgerens ansvar for en upåregnelig feil er ikke overlatt til løsning ved ulovbestemte adekvansbetraktninger, men er regulert i kjøpslovens ansvarsregler. For å svare til disse, må spørsmålet omformuleres. Kjøpslovens § 24, som § 43 henviser til, fritar selgeren for ansvar når »muligheten av å oppfylle avtalen må anses utelukket ved omstendigheter, som ikke er av sådan beskaffenhet, at selgeren ved kjøpets avslutning burde tatt dem i beregning«. Det er altså ikke nok at mangelen var upåregnelig for selgeren, det kreves også at den har gjort kontraktmessig oppfyllelse umulig. Og av de eksempler på umulighet som § 24 nevner, synes det å fremgå at umuligheten må være av en viss objektiv karakter. § 24 er uklart formet, og det har for moraltilfellenes vedkommende vært sterkt omdiskutert hvordan den skal tolkes. Men med sikte på mangelstilfellene har det, så vidt jeg vet,

vært enighet om, at ansvarsfrihetsregelen ikke dekker et tilfelle hvor selgeren i god tro bruker en mangelfull gjenstand til oppfyllelse av en generisk bestemt avtale. Det motsatte ville i virkeligheten nærme seg en opphevelse av det objektive ansvar ved genuskjøp. Mangelens upåregnelighet for selgeren kan derfor ikke anerkjennes som noen ansvarsfrihetsgrunn. Forsøket på å begrunne ansvarsfrihet for skade voldt ved gjenstandens farlige egenskaper ut fra adekvanssynspunkter, må følgelig oppgis.

I en dom i Norsk Retstidende 1945 s. 388 har Høyesterett fritatt selgeren for ansvar med en begrunnelse som leder tanken hen på adekvanslæren. Et kjøleanlegg hadde modttatt fra hvalfeltet hvalkjøtt som var infisert med »ikke spesifikke« mikrober, som forårsaket forgiftning av kjøttet uten at dette fremgikk av kjøttets utseende og lukt. Kjøleanlegget solgte kjøttet som revedfôr, med den følge at en rekke rever døde og eierne søkte erstatning av selgeren. Herredsretten frifant kjøleanlegget, da der hverken forelå skyld eller garanti, og kjøpslovens regler ikke ansåes anvendelige i dette tilfelle. Lagmannsretten kom til det motsatte resultat. Det var en mangel ved kjøttet at det var giftig, og at skade oppstod ved benyttelsen var en direkte følge av mangelen, slik at kjøpslovens § 43, siste ledd, etter rettens mening måtte komme til anvendelse. Høyesterett var derimot enig med herredsretten. Førstvoterende dommer Hanssen, uttalte som begrunnelse.

»Hva angår kjøpslovens § 43 så foreskriver den visstnok at selgeren uten hensyn til skyld skal betale skadeserstatning for en mangel ved salg av gjenstander, som er bestemt etter art, men paragrafen sier intet om erstatningsplikts omfang. Og det fremgår av motivene (s. 58) at hensikten har vært at holde åpent spørsmålet om selgeren også skal betale erstatning for den skade, tingene kan volde derved at de har farlige egenskaper, således hvor kreaturfor viser seg å være giftig. Dette spørsmål blir å avgjøre etter den alminnelige erstatningsrett. For mitt vedkommende mener jeg at det ikke vil være rimelig i et tilfelle som det foreliggende å pålegge selgeren ansvar for en så uberegnelig skadevirkning som den det her er tale om. At hvalkjøtt er infisert av mikrober som volder forgiftning, er såvidt jeg skjønner et meget sjeldent forekommende tilfelle. På den annen side vil det i et sånt tilfelle kunne inntreffe skader av vidt omfang. Å kalkulere varen under hensyntagen til risikoen for ansvar for en sånn skade, er formentlig ugjørlig«.

Selv om skadevirkningens uberegnelighet er nevnt som et moment i begrunnelsen, ville det sikkert ikke være riktig å betrakte avgjørelsen som utslag av en ren adekvansbetraktning. Om vi tenker oss at mottageren av kjøttet hadde fått mistanke om at noe var galt fatt og derfor hadde anstillet nærmere kjemiske undersøkelser som brakte feilen på det rene, er det neppe tvilsomt at han ville fått godkjent et erstatningskrav for sine omkostninger ved undersøkelse og destruksjon av varen. Feilens uberegnelighet utelukker altså ikke i og for sig erstatningsansvaret, bare ansvar for skader av den art og det omfang det her var tale om.

Det rette er utvilsomt å se avgjørelsen som utslag av en *risikobetraktning* av samme art som vi kjenner fra den norske høyesteretts praksis ved spørsmålet om objektivt ansvar utenfor kontraktsforhold — risiko her tatt i betydningen *risiko for skade*, ikke risiko i motsetning til ansvar. Selgerens objektive ansvar for mangler kan etter Høyesteretts oppfatning være på sin plass så lenge ansvaret holder seg innenfor en normal ramme, men virker urimelig når det er tale om en skade av denne karakter. Her bør kjøperen selv bære skaden, og retten finner støtte i de uklare motiver for en slik begrensning. Høyesteretts begrunnelse er meget konkret formet. Skal en prøve å gi den en mer alminnelig formulering, må det bli noe i denne retning: Det objektive ansvar etter kjøpslovens § 43 gjelder ikke risikoer av så ekstraordinær og vidtrekkende art at det etter forholdet mellom partene ville være urimelig å la selgeren bære tapet. Ved denne rimelighetsbedømmelse kan en ta hensyn til om det lå mer eller mindre nær for selgeren å regne med en risiko av denne art. Det kan også være grunn til å ta hensyn til selgerens stilling. Om det virker urimelig å gjøre en detaljforhandler ansvarlig for skade som skyldes fabrikasjonsfeil ved et solgt apparat, er det ikke sikkert at det er urimelig å strekke fabrikkens ansvar så langt. Regelen vil være en sikkerhetsventil som muliggjør en rimelig løsning av ekstraordinære tilfelle, og er forsåvidt nær i slekt med adekvansbegrensningen, selv om den ikke faller sammen med den.

Hvis en godtar en slik setning, kommer en utenom det teoretisk utilfredsstillende ved å stille opp gjenstandens farlighet som ansvarsfriehtsgrunn. Skade voldt ved tingens farlige egenskaper vil

etter regelen falle utenfor ansvaret oftere enn annen skade, men formen for skadeforvoldelsen vil ikke være det i seg selv relevante moment. Det kan tenkes skade som er voldt ved tingens »farlighet«, men som likevel er utslag av en så nærliggende og så begrenset risiko, at det er rimelig å la den omfatte av ansvaret.<sup>4</sup> Og det kan på den annen side tenkes skade som ikke henger sammen med farlige egenskaper, men som likevel blir så omfattende og fjernliggende at den sprenger rammen for det ansvar som rimeligvis kan legges på selgeren. Feilen ved den vanlige lære om skade voldt ved tingens farlige egenskaper skulle da være, at den har opphøyet et indisium på ansvarsfrihet til det rettslig relevante moment.

Svakheten ved en regel som den antydde ligger åpenbart på det retts tekniske område. Den rettsskapende virksomhet som den norske høyesterett har utfoldet med hensyn til reglene om objektivt erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold, viser hvilken rettsusikkerhet regler av denne type kan føre til på områder hvor det ikke finnes en noenlunde fast og ensartet rettsbevissthet. Innvendingen har imidlertid mindre realitet i det foreliggende tilfelle, hvor man ikke som alternativ kan stille opp en fast avgrenset regel, men hvor alternativet er en regel med usikkert anvendelsesområde og uten noe rasjonelt holdepunkt for avgrensningen. Også om en i prinsippet legger til grunn en risikobetraktning som nevnt, må det selvsagt være en oppgave for teori og rettspraksis å utkrystallisere typetilfelle hvor løsningen blir fastslått med større sikkerhet.<sup>5</sup>

En spør imidlertid seg selv om ikke det lovgivningsmessig riktige ville være at loven begrenset det objektive ansvar til en *normalerstatning* f. eks. omfattende reduksjonen i gjenstandens verdi og rimelige omkostninger til undersøkelse og oppbevaring, og at ytterligere erstatning var betinget av culpa eller annet særlig rettsgrunnlag. Spørsmålet rekker imidlertid ut over området for mangelslæren, og forutsetter en mer inngående analyse av grunnlaget for det objektive misligholdsansvar enn det er anledning til her. At en slik begrensning ikke kan gjennomføres uten hjemmel i lov, er ganske klart.

Disse fordringsløse refleksjoner fra en outsider på formueret-

tens område pretenderer på ingen måte å gi noen løsning av de problemer som er drøftet. De er festet på papiret til ære for den mann som mer enn noen annen nordisk jurist i vår generasjon har bidratt til gjennomlysning av obligasjonsrettens problemer. Kunne de stimulere ham eller andre til fornyet og fordypet gransking av enkelte punkter, ville forfatteren ha oppnådd alt han kan håpe på.

## NOTER

1. Se for norsk rett *Øvergaard* i T. f. R. 1912 s. 256 og 285-286, *Gustad*, Kjøp og salg (1935) s. 149, *Arnholt* i T. f. R. 1941, s. 515, *Stang-Solem*, Kontraktsrettens spesielle del (1942) s. 174-175, *Gaarder*, Forelesninger over kjøp (1944) s. 107-108, *Kristen Andersen*, Norsk kjøpsrett (1945) s. 113-114 og de nedenfor omtalte dommer i Retstidende 1945 s. 388 og 1949 s. 121. Om dansk teori og praksis vises til *Ussing*, Obl. alm. del paragraf 14 og Køb, paragraf 15, II. D. 4. Om svensk rett *Almén* ved note 36-45 til paragraf 45.
2. Således høyesterettsdom i Norsk Retstidende 1929 s. 737. Et kjøleskap i en kjøttforretning eksplo-derte og voldte skade på omgi-velsene. Byretten holdt forretningens innehaver ansvarlig etter reglene om ansvar for farlig be-drift. Høyesterett kom til et an-net resultat. Den naturlige be-grunnelse for et objektivt ansvar forelå etter rettens mening når man på grunn av bedriftens far-lighet har måttet være forberedt på at skade kunne voldes uten påviselig uaktsom adferd, derimot ikke når som i det foreliggende tilfelle bedriftens innehaver ikke kunne bebreides for at han ikke kjente til at der var noen fare forbundet med bruken av maski-nen.
3. *Gaarder* taler generelt om »feil som volder skade på kjøperens øvrige aktiva«, og tar herunder med også gruppe 3 ovenfor. Men til gjengjeld stiller han ikke opp noen absolutt unntagelsesregel, jfr. n. 4.
4. I samme retning *Gaarder* s. 107-108. Jfr. Oslo byretts dom av 22. des. 1950: Hjemmebakeri kjent ansvarlig uten culpa for brudd på en tann som følge av sten i et wienerbrød.
5. En dom i Retstidende 1948 s. 121 handler om et tilfelle hvor fros-sen sild solgt som revemat hadde medført forgiftning. Saken ble avgjort med henvisning til at til-fellet var meget beslektet med det som var avgjort ved dommen i Retstidende 1945 s. 388, og at det likesom i dette tilfelle ikke ville være rimelig å pålegge sel-geren ansvar for skaden.



# Kompagnonansvaret i sagførerfirmaer m. v.

Af professor, dr. jur. Ernst Andersen

Det er meget almindeligt, at sagførere samarbejder, enten under den enkle form »kontorfællesskab«, hvor kun en begrænset del af udgifterne er fælles, eller i form af et navngivent eller ansvarligt interessentskab, hvor både indtægterne fra forretningen og dennes udgifter er fælles.

Disse to samarbejdsformer trives også indenfor andre liberale erhverv. Blandt københavnske læger er klinikfællesskabet meget udbredt, medens det ansvarlige interessentskab er undtagelsen. Provinslægerne benytter derimod ofte interessentskabsformen. Slår man op i telefonbogen under »revisorere«, »arkitekter«, »rådgivende ingeniører« og »danselærere« støder man ofte på de sammenslyngede navne, der indicerer tilstedeværelsen af et ansvarligt erhvervsdrivende interessentskab.

Ingen af disse navngivne erhvervsdrivende interessentskaber, som jeg vil kalde for liberale interessentskaber og opfatter som en species af de ikke af firmaloven omfattede erhvervsdrivende interessentskaber, omfattes af firmaloven. Dennes område er interessentskaber, der driver handel, håndværk eller industri. De hverken skal eller kan anmeldes til handelsregistret. Heller ikke reglerne om firma vedrører dem, hvilket dog ikke udelukker, at der i et vist omfang ud fra forholdets natur kan gælde lignende regler. Det kan således ikke være tilladt i et sagførerfirma eller tandlægefirma at optage andenmands navn eller navnet på andenmands faste ejendom uden hans tilladelse. Grundsætningen har for handelsselskabernes vedkommende fundet udtryk i firmalovens

§ 10, 1. stykke, 1. punktum, men da den kun er optaget ex tuto, har den også gyldighed for de liberale interessentskaber.

Når bortses fra forholdet til fimaloven, plejer man i almindelighed at opstille lignende regler om de liberale interessentskaber som om handelsselskaber, fx. om fordeling af vinding og tab, forholdet mellem selskabskreditorer og særkreditorer, opløsning. Der er dog endnu en vigtig relation, hvor der efter de nu anvendte dansk-norske selskabsretlige fremstillinger, Platou, Torp og Sindballe, findes en særregel for liberale interessentskaber i forhold til handelsselskaber. De omfattes ikke af den almindelige legitimationsregel, som er udviklet af den europæiske handelsret århundreder tilbage og senere reciperet af dansk ret. Efter denne er en deltager i et ansvarligt interessentskab legitimeret til på selskabets vegne at indgå forretningsaftaler med den virkning, at også kompagnonen — eller kompagnonerne — forpligtes overfor medkontrahenten.

Fra et forretningsmæssigt synspunkt er denne legitimationsregel så naturlig, at det ikke kan undre, at den har udviklet sig meget tidligt og vundet almindelig anerkendelse i handelsretten. Den opfylder forretningslivets elementære behov. Hvis man ikke anerkendte den, ville en forretningsmand, som havde en kompagnon, gang på gang af medkontrahenten blive stillet overfor kravet om enten at skaffe kompagnonens tiltrædelse eller også at møde med en fuldmagt til at underskrive tillige på kompagnonens vegne. Det ville blive ret besværligt. »Selskabets virksomhed ville åbenbart lammes på en måde, der ganske ville stride imod dets øjemed, når intet skulle kunne foretages uden af samtlige interessenter i forening.« (Gram).

På forhånd skulle man derfor tro, at denne almindelige legitimationsregel måtte finde anvendelse også i de liberale interessentskaber. Hverken efter Platous, Torps eller Sindballes fremstillinger af læren om interessentskab er dette imidlertid tilfældet. Legitimationsreglen gælder vel i de af fimaloven omfattede ansvarlige interessentskaber  $\alpha$ : handelsselskaber. I andre interessentskaber, derunder de liberale, gælder de almindelige regler om fuldmagt. Har den kontraherende interessent overskredet sin beføjelse, bliver kompagnonen kun bundet, såfremt der forelå fuld-

magt med særlig tilværelse, og den kontraherende har handlet indenfor rammerne af denne fuldmagt.

I tilfælde, hvor en deltager i et ansvarligt interessentskab på selskabets vegne kontraherer i strid med bemyndigelsen, vil den godtroende medkontrahents stilling altså efter herskende lære blive forskellig i handelsselskaber og i andre navngivne erhvervsdrivende interessentskaber. I handelsselskaber er kompagnonen forpligtet ifølge den almindelige legitimationsregel. I andre navngivne erhvervsdrivende interessentskaber må der påvises en udover bemyndigelsen rækkende speciel legitimation, i kraft af hvilken kompagnonen forpligtes uanset bemyndigelsesoverskridelsen.

Jeg tror ikke, at denne distinktion lader sig opretholde. Det forretningsmæssige behov, som ligger bag opstillingen af den almindelige legitimationsregel, melder sig med omtrent samme styrke i et navngivent interessentskab mellem fx. arkitekter eller tandlæger som i et navngivent interessentskab mellem vinhandlere, og tanken om at udvide reglen til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber er derfor nærliggende.

At der ikke er noget revolutionerende nyt i denne udvidelse, ses deraf, at tanken findes allerede i den første danske fremstilling af læren om interessentskab, P. G. Bangs »Udvikling af Læren om Interessentskab og de samme nærmest vedkommende Retsforhold« fra 1829. S. 109 fremsætter Bang først nogle bemærkninger om »den mærkelige sætning, at den, der af et handelshus erklæres for sammes associé, eo ipso er berettiget til ved sine foretagender at forbinde dette.« S. 112-13 kommer Bang ind på, hvilke regler der bør gælde for andre interessentskaber. Han anser det vel for tvivlsomt, om det i almindelighed bør være de samme regler, der gælder her. Men han udvider dog legitimationsreglen til interessentskaber »af den beskaffenhed, at til sammes virksomhed fordres en øjeblikkelig bestemmelse af jævnlig forekommende foretagender, der henhører under samme«, medens der ikke er grund til at lade reglen gælde, når der er tale om et mindre betydeligt interessentskab, der nærmer sig en *communio unius rei*. At legitimationsreglen er farvet af de romerretlige mandatsynspunkter, skyldes fuldmagtslærens daværende stilling. Fremstillingen i Grams formueret fra 1864 er på linje med Bangs. Det er

først Torp og Platou, der forlader disse synspunkter, og til dem har Sindballe sluttet sig.

Firmaloven er ikke til hinder for, at man udvider den almindelige legitimationsregel til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber, selv om de ikke er anmeldelsespligtige eller anmeldelsesberettigede. Reglen hviler på sædvane, forholdets natur, domspraksis og doktrinen og var anerkendt længe før firmaloven. Dens gyldighed er forudsat ved anmeldelsesreglen i § 18 under nr. 3 og 4. Forudsætningen går imidlertid ikke ud på, at reglen *kun* gælder i handelsselskaber. Det ville være at drage en uberettiget modsætningslutning fra firmaloven.

Hensynet til omverdenen taler ligeledes for at foretage den anførte udvidelse. Udadtil fremtræder også interessenter i liberale interessentskaber som en enhed, idet de — på samme måde som interessenter i et handelsselskab — som regel tilkendegiver det økonomiske fællesskab gennem benyttelsen af et kollektivfirma, typisk »A og B«. Dette anvendes som forretningsnavn ved skiltning, i telefonbogen, vejviseren, annoncer og cirkulærer, på brev-papir, regningsblanketter, underskriftsstempler o. s. v. Det har overfor omverdenen firmaets normale funktion at fremhæve, at der foreligger et fællesskab om en forretning. Deltagerne bruger udtrykket kompanion eller medinteressent om hinanden. Ofte lægger kunderne ikke særlig vægt på, om de betjenes af den ene eller den anden af interessenterne, i hvert fald ikke, når den af interessenterne, som de plejer at søge, er syg eller på ferie.

Undersøger man, om domspraksis følger den ene eller den anden regel, støder man på forskellige vanskeligheder bl. a. den, at de almindelige fuldmagtsregler er ret elastiske. Det er i mange tilfælde ikke så vanskeligt for en behændig dommer at slå bro mellem de to synspunkter. En § 18-fuldmagt kan være »stiltiende«. En kunde henvender sig til en af interessenterne, men denne henviser ham til en anden med en bemærkning om, at denne har mere forstand på den særlige forretning, der er tale om. Dette ville formentlig af en domstol blive tydet som en »stiltiende« bemyndigelse. Synspunktet var fremme i den første af de tre betydningsfulde domme om sagførerinteressentskaber, som blev afsagt i 1934, dommene i U. f. R. 1934 s. 71, 76 og 811. I denne dom, som er af-

sagt af landsretten og på dette punkt stadfæstet af Højesteret, anføres det bl. a. som begrundelse for at dømme den sagsøgte sagfører, at »sagsøgeren ved sin henvendelse til sagsøgte blev henvist til overretssagfører Conradsen«.

Læren om de almindelige fuldmagtsreglers anvendelse i liberale interessentskaber ville komme ud for en afgørende prøve i fx. den situation, at en tandlæge på kredit købte kostbare instrumenter til kliniken, skønt det i interessentskabskontrakten var fastsat, at han ikke uden kompagnonens samtykke kunne købe på kredit, skønt bestemmelsens overholdelse var indskærpet ham, og skønt han ikke tidligere havde overtrådt den. Ville mon domstolene i denne situation dømme kompagnonen til at betale?

Her er det ikke muligt at anvende begrundelsen »stiltiende« bemyndigelse. Det ville være at gribe til en åbenlys fiktion. Den logiske konsekvens af herskende læres henvisning til de almindelige fuldmagtsregler synes at være den, at kompagnonen frifindes. Hvis imidlertid dommerne under deres også af følelsen påvirkede overvejelser om sagens rette udfald finder resultatet stødende og i strid med, hvad forretningslivets tarv kræver, kan de *ud fra herskende læres udgangspunkt* også komme til det modsatte resultat enten ved at statuere tilstedeværelsen af en stillingsfuldmagt eller ved at fastslå, at der foreligger en ikke i aftaleloven nærmere omhandlet fuldmagt med særlig tilværelse, en legitimation *sui generis*. Og endelig kan dommerne opgive det traditionelle udgangspunkt og udvide legitimationsreglen til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber.

Et så klart tilfælde som det anførte har, så vidt ses, ikke hidtil foreligget for Højesteret. Der er dog en nyere højesteretsdom, der kunne tyde på, at Højesteret vil udvide den almindelige legitimationsregel til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber, hvad enten de er anmeldt til handelsregistret eller ej. Jeg sigter til den anden af de tre ovennævnte domme, højesteretsdommen i U. f. R. 1934 s. 76. Det var vel fra den sagsøgte sagførers side bestridt, at der forelå en interessentskabsaftale, men Højesteret satte sig ud over denne indvending. Da interessentskabsaftaler mellem sagførere ofte er mundtlige, er det forståeligt, at Højesteret ikke lagde altfor megen vægt på, hvorledes forholdet var ordnet mellem

parterne, men så på, hvorledes det tog sig ud overfor omverdenen. Her var forholdet efter de ret udførlige højesteretspræmisser dette, at de to sagførere udover fælles kontor »havde fælles kasse og bogholderi, at kvitteringer, der udstedtes af den kontoristinde, som forestod kassen og ekspederede alle ind- og udbetalinger vedrørende såvel den ene som den anden af sagførerne, blev forsynet med et stempel, som indeholdt begge sagførernes navne, og at de havde annoncer og forretningspapir med begges navne«. Herefter concluderede retten således:

»Da indstævnte er gået med til, at forholdet mellem ham og Conradsen ordnedes *på en måde, der udadtil fremtrådte som kompagniskab*, og også indadtil havde en interessentskabsmæssig karakter, findes indstævnte at måtte være ansvarlig for det beløb, der indbetaltes . . . .«

Da Højesteret i præmisserne overhovedet ikke går ind på distinktionen mellem handelsselskaber og andre selskaber og den betydning, som denne har efter teorien, kan man vel stadig forsøge at forlige dommen med herskende lære. Det forekommer mig dog naturligst at tyde dommen således, at den hviler på en forudsætning om tilstedeværelsen af en almindelig legitimationsregel for alle de sagførerkompagnier, der udadtil fremtræder som sådanne. Hvis man i denne sag forsøger at støtte resultatet på reglen om § 18-fuldmagt, strækker man synspunktet »stiltiende« bemyndigelse så langt, at der i ethvert fast samarbejde mellem erhvervsdrivende interessenter foreligger »stiltiende« bemyndigelse. Så er man ved fiktionens hjælp nået til at udvide den almindelige legitimationsregel til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber.

Ud fra herskende lære har man tilbage den mulighed at hævde, at der in casu forelå en stillingsfuldmagt eller en ikke i aftaleloven omhandlet form for fuldmagt med særlig tilværelse. Dette er imidlertid blot en anden måde, hvorpå man udvider den almindelige i handelsselskaber gældende legitimationsregel til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber. Hvorfor gå denne omvej? Det er mere realistisk at erkende, at de grunde, der har ført til reglens anerkendelse i handelsselskaber, med samme vægt taler for at udvide den til alle navngivne erhvervsdrivende interessentskaber. Herved undgår man at tilskynde praksis til at anvende Prokrustes-

metoder og åbenlyse fiktioner for at få det resultat, som dommeren bl. a. ved følelsens hjælp har fundet bedst stemmende med forholdets natur, til at stemme med doktrinen.

Uforenelig med højesteretsdommen i sagførersagen er en dom af Vestre Landsret, der findes i U. f. R. 1913 s. 257, hvor der i overensstemmelse med Torps lære lagdes afgørende vægt på, at der forelå et uanmeldt erhvervsdrivende interessentskab. Kompagnonens frifindelse i denne sag forekommer mig stødende. Udadtil fremtrådte forholdet som almindeligt kompagniskab, og der var endog tale om betaling for annoncer, der var bestilt med anvendelse af forretningspapir, hvorpå firmaet med dets indehavere var trykt. Efter afsigelsen af dommen i sagførersagen kan man ikke tillægge denne landsretsdom betydning som præcedens.

En forskel bliver der dog stadig mellem handelsselskaber og andre erhvervsdrivende interessentskaber i henseende til legitimationen ved retshandlers indgåelse. I handelsselskaber følger legitimationen allerede af anmeldelsen til handelsregistret, som er påbudt. I andre navngivne erhvervsdrivende interessentskaber er anmeldelse til handelsregistret udelukket. Legitimationen må knyttes direkte til den omstændighed, at interessenterne udadtil optræder som kompagniskab, typisk gennem anvendelse af et kollektivfirma, jfr. bemærkningen i højesteretsdommen om, at forholdet var ordnet på en måde, der udadtil fremtrådte som kompagniskab. Legitimationen knyttes til forholdet, sådan som det tager sig ud for omverdenen. » . . . et intelligentur socii, qui invicem pro talibus se tractant et publice pro sociis habentur . . .«, hedder det i nogle statutter fra 1580 for den italienske by Arezzo. Der er god overensstemmelse mellem dette synspunkt og den danske højesterets præmisser i sagførersagen.

Jeg har hidtil bevidst undgået at anvende det udtryk »gensidig fuldmagt«, som såvel Platou som Torp og Sindballe anvender til beskrivelse af den almindelige legitimationsregels indhold, fordi der her efter min opfattelse er sket det, »at et begreb, efter at det har mistet sit oprindelige levende indhold, dog bliver stående med sin engang givne struktur, der er inadækvat i forhold til senere tiders tænkemåde og derfor i den moderne psyke fremtræder som en forstenet levning af en dunkel urtidsmentalitet.« (Ross.)

Den gensidige fuldmagt er en reminiscens af den ellers indenfor fuldmagtslæren forlængst opgivne romanistiske mandatslære, hvorefter fuldmagten var den ydre side af en mandatskontrakt. I den nyere danske fremstilling af fuldmagtslæren er det navnlig *Henry Ussing*, der har taget afstand fra mandatslæren, understreget nødvendigheden af en konsekvent terminologi, der holder legitimation og bemyndigelse ude fra hinanden, og fremhævet, at legitimation kan foreligge, uden at der foreligger en bemyndigelse, ja på trods af en bemyndigelseserklæring.

At læren om den gensidige fuldmagt er en udløber af mandatslæren, ses dels deraf, at Platou nævner, at man tidligere talte om det gensidige mandat, dels deraf, at Torp i ældre udgaver af interessentskabslæren bruger terminologien gensidigt mandat, men i 1919-udgaven har ændret denne til gensidig fuldmagt.

Tanken bagved den reciperede romanistiske konstruktion har vel oprindeligt været denne ud fra traditionelle voluntariske synspunkter at give en forklaring på en af handelsbrugen skabt legitimationsregel. Teorien forefandt en legitimationsregel og skulle give en forklaring ud fra synspunktet: du forpligtes, fordi det stemmer med din vilje. Denne forklaring kunne gives ved hjælp af konstruktionen gensidigt mandat. Synspunktet er dette, at A, når han kontraherer, indgår aftale i to egenskaber, dels på egne vegne, dels som fuldmægtig for B. B forpligtes, fordi A er hans fuldmægtig. Legitimationsvirkningens grundlag er en bemyndigelse fra A til B og vice versa. Se fx. P. G. Bangs bog fra 1829 s. 108-12 med udførlig gennemgang af bemyndigelsessynspunktet og anvendelse af begrebet stiltiende bemyndigelse.

Konstruktionen rammes af de samme indvendinger, som Ussing har fremført imod mandatslæren indenfor den almindelige fuldmagtslære. Det er kun typisk rigtigt, at baggrunden for fuldmægtigens optræden er en mandatskontrakt. Fuldmægtigen kan forpligte fuldmagtsgiver, selv om han handler udenfor rammerne af sin bemyndigelse. Her at tale om en stiltiende bemyndigelse vil ofte være ensbetydende med anvendelsen af en fiktion.

Navneforandringen til gensidig fuldmagt er vel et fremskridt, fordi man herved løsner begrebet fra mandatslæren, men i ordet gensidig ligger stadig en forudsætning om en indbyrdes bemyn-



digelse, der ofte ikke foreligger, altså en reminiscens fra mandatslæren. Eller også en konstatering af, at der for *alle* kompagnoner eksisterer en legitimation, der er uafhængig af, om der foreligger en bemyndigelse.

Den førstnævnte tanke er urigtig, og den sidstnævnte kan udtrykkes klarere ved direkte anvendelse af legitimationsforestillinger uden at benytte fuldmagten som *genus proximum*. Forestillingen om interessentens permanente Celestin-Floridor tilværelse er unødvendig til at forklare en af forretningslivet skabt, forretningslivets behov tilfredsstillende legitimationsregel.

# Nogle Bemærkninger om Erstatning for Raadighedsindskrænkninger

Af professor, dr. jur. Poul Andersen

1. Ved en Række ældre og nyere Love er der indført Bestemmelser, som fastsætter eller indeholder Hjemmel for administrativ Fastsættelse af forskelligartede, ofte meget vidtgaende Indskrænkninger i Ejeres Raadighed over fast Ejendom. Oftest er det Ejeren Adgang til faktisk Raaden, t. Eks. Bebyggelse, undertiden Adgangen til at fjerne Bygninger, der begrænses; men det forekommer ogsaa, at Begrænsningen vedrører Ejeren retlige Raadighed, t. Eks. Udstykning af fast Ejendom.

Lovgiveren er her blevet stillet overfor det Spørgsmaal, om der af det offentlige skal ydes Ejeren Erstatning for det Tab, han lider ved Raadighedsindskrænkningen, og undertiden indeholder Loven Bestemmelser desangaaende. Det er imidlertid tydeligt, at der har hersket stor Usikkerhed m. H. t. Erstatningsspørgsmaalet. I første Række har det kunnet være tvivlsomt, om Ejendomsindgrebet maatte anses for Ejendomsafstaaelse i H. t. Grl. § 80, saaledes at Ejeren havde et grundlovmæssigt Krav paa Erstatning. Antages dette ikke at være Tilfældet, kunde der blive Tale om at tillægge Ejeren Erstatning, fordi det skønnedes rimeligt eller hensigtsmæssigt;<sup>1</sup> men ogsaa i saa Henseende maatte Afgørelsen naturligvis være usikker.

De omhandlede Lovbestemmelser er da ogsaa meget inkonsekvente m. H. t. Erstatningsspørgsmaalet. Særligt iøjnefaldende er det, at medens der ifølge Lov om Byplaner Nr. 122 af 18. April 1925 skulde ydes Erstatning for de i Medfør af Loven fastsatte Raadighedsindskrænkninger,<sup>2</sup> er Raadighedsindskrænkningerne i

H. t. Lov om Byplaner Nr. 181 af 29. April 1938 i Almindelighed erstatningsfri,<sup>3</sup> medmindre der er Tale om Landbrugsejendomme m. v., se Lov Nr. 211 af 23. April 1949 § 2 og § 6. En Svingning i modsat Retning betegner Lov om Regulering af bymæssige Bebyggelser Nr. 210 af 23. April 1949. Skønt der snarest er mindre Grund til at give Erstatning for de i denne Lov hjemlede Raadighedsindskrænkninger end for Raadighedsindskrænkningerne ifølge Byplanloven, hjemler Lovens § 14 Ejeren Krav paa Erstatning, hvis en Byudviklingsplan medfører en Værdinedgang; det er endog bestemt, at Erstatningsfastsættelsen kan indbringes for Domstolene, se ogsaa den ovennævnte Lov Nr. 211 af 23. April 1949 § 6, hvilket maa forstaas saaledes, at Domstolene i Modsætning til, hvad der er antaget endog m. H. t. almindelige Ekspropriationserstatninger, kan foretage en fuld Efterprøvelse af Erstatningsfastsættelsen, herunder Erstatningsudmaalingen.

Disse Inkonsekvenser skyldes ikke blot et forskelligt Resultat af praktisk betonedede Overvejelser og politiske Forhold, men vistnok tillige den Omstændighed, at Lovgiveren m. H. t. den grundlovsmæssige Nødvendighed for Ydelse af Erstatning undertiden har ladet sig bestemme af en teoretisk Opfattelse, som ikke i andre Tilfælde har gjort sig gældende. Naar man ved Udarbejdelsen af Forslaget til Byplanloven af 1938 og under Rigsdagens Behandling af Lovforslaget har ment, at de byplanmæssige Raadighedsindskrænkninger kunde fastsættes uden Erstatning til Ejerne, har man utvivlsomt støttet sig til den af Vinding Kruse hævdede Opfattelse,<sup>4</sup> hvorefter Raadighedsindskrænkninger, i hvert Fald hvis de ikke er forbundet med Overførelse af Ejerbeføjelser, kan indføres uden Ydelse af Erstatning.<sup>5</sup>

Denne Opfattelse, der har vundet Tilslutning fra flere Sider<sup>6</sup> og som ovenfor nævnt øvet en betydelig Indflydelse paa Lovgivningen, vil, om den kan anses for rigtig, i høj Grad bidrage til den vanskelige Fastlæggelse af Grænsen mellem Ejendomsafstaaelser, for hvilke der i H. t. Grl. § 80 skal gives fuldstændig Erstatning, og de saakaldte Begrænsninger i Ejendomsretten, som kan indføres, uden at der er nogen grundlovsmæssig Nødvendighed for Ydelse af Erstatning. Jeg mener imidlertid, at omend Raadighedsindskrænkninger oftest ikke afføder noget grundlovsmæssigt

Erstatningskrav, vil den nævnte Opfattelse i visse Tilfælde føre til uholdbare Resultater.

2. I det følgende skal først Raadighedsindskrænkningers tabforvoldende Egenskab søges belyst.

Naar det hævdes, at der ikke er nogen grundlovsmæssig Nødvendighed for at yde Erstatning for Raadighedsindskrænkninger, beror det sikkert ofte paa en Forestilling om, at der i saadanne Tilfælde intet tages fra Ejeren. Raadighedsindskrænkninger vedrører jo kun den fremtidige Raaden, det er kun fremtidige Fordele, Ejeren afskæres fra.<sup>7</sup> Landmanden kan vedblivende dyrke sin Jord, blot ikke udstykke den til Bebyggelse, Hedebonden kan vedblivende holde Faar paa sin Hedestrækning, blot ikke opdyrke den eller beplante den osv.

En saadan Sondring mellem tilstedeværende Fordele, som kun kan berøves Ejeren mod Erstatning, og fremtidige Fordele, som kan udelukkes uden Erstatning, er ganske uklar og irrationel. Det er selvfølgelig kun Fratagelse af bestaaende Fordele, som kan begrunde et Erstatningskrav; men Muligheden for i Fremtiden at anvende Arealet paa en anden og mere indbringende Maade end hidtil er netop en bestaaende Fordel. Fordelen ved at eje et Stykke Jord er i Relation til Erstatningsspørgsmaalet ikke, hvad Ejeren faktisk faar ud af Jorden ved Dyrkning eller paa anden Maade, men hvad der er Mulighed for ved en økonomisk hensigtsmæssig Anvendelse eller ved Salg at faa ud af Jorden.<sup>8</sup>

Det er paa ingen Maade givet, at de to Ting falder sammen.<sup>9</sup> Pietetsfølelse overfor en Slægtsgaard eller manglende Forretningsdygtighed kan have bevirket, at et til Udstykning velegnet Areal drives som Landbrug. En Hedebonde har maaske ikke haft Kræfter til at opdyrke sin Hedejord, medens Naboen har gjort det og har stort Udbytte deraf. At de Muligheder, der i saadanne Tilfælde foreligger for en bedre Udnyttelse, er økonomiske Realiteter,<sup>10</sup> træder klart for Dagen i Tilfælde af Salg. Ved Anlægget af den nye Landevej mellem København og Køge blev Arealerne mellem Vejen og Køgebugt stærkt efterspurgt som Byggegrunde. Hidtil havde disse været benyttet til Landbrug, Græsning el. lign. Kunde man da virkelig tænke sig en Fredning mod Bebyggelse af disse Arealer uden Erstatning<sup>11</sup> med den Begrundelse, at Fred-

ningen jo kun gik ud paa, at Arealerne alene maatte benyttes som hidtil?

I Almindelighed er det naturligvis en større Byrde for Ejeren at skulle afgive Ejendomsretten til et Stykke Jord, end at han t. Eks. blot ikke maa bygge paa Jordstykket. Denne Forskel kan man ikke paa Forhaand frakende Betydning; thi ved Sondringen mellem Ejendomsafstaaelse i Grundlovens Forstand og Begrænsninger i Ejendomsretten maa ogsaa Indgrebets større eller mindre Byrde for Ejeren tages i Betragtning. Imidlertid forekommer der Raadighedsindskrænkninger, som er saa vidtgaaende, at Ejendomsretten ikke reelt er noget Gode for Ejeren, maaske endog en Byrde, fordi kun Skattepligten bliver tilbage. Under Krigen blev en stor Villa ved Øresund bombesprængt af Tyskerne. Tænker vi os, at Byggeforbudet i Naturfredningslovens § 25, 1. Stk. var blevet bragt i Anvendelse, saaledes at Genopbyggelse var udelukket, vilde Grunden have været praktisk talt værdiløs. Den blev gennem Forhandlinger mellem Overfredningsnævnet og Ejeren overtaget af Staten for et Vederlag af ca. 100.000 Kr. Ejers Tab vilde have udgjort omtrent samme Beløb, hvis han skulde have ladet Grunden henligge i ubebygget Stand. Det forekommer i det hele taget ikke saa helt sjældent, at en fast Ejendom kun med økonomisk Fordel kan udnyttes gennem netop den Anvendelse, som udelukkes ved Raadighedsindskrænkningen. Eksempelvis kan nævnes Fredningsforbud mod Beplantning af et Areal, som er aldeles uegnet til Landbrug. Det maa fra Ejers Synspunkt forekomme vilkårligt, at der i saadanne Tilfælde, hvor Raadighedsindskrænkningen praktisk talt gør Arealet værdiløst, ikke skal ydes ham nogen Erstatning, naar han, hvis Arealet var blevet frataget ham, vilde have faaet Krav paa Erstatning.

De Fordele, en Raadighedsindskrænkning berøver en Ejer m. H. t. hans fremtidige Udnyttelse af sin Ejendom, kan ganske svare til Fordele, som en Servituthaver kan tilgodese sig af Ejendommen, og det hvad enten der er Tale om en paabegyndt eller ikke paabegyndt Udnyttelse. Eksempelvis kan nævnes et Fredningsforbud mod Kalkgravning paa en Ejendom, over hvilken Naboen har en Servitut, der giver Ret til Kalkgravning.<sup>12</sup> Skal da Ejeren ikke have Erstatning, synes heller ikke Servituthaveren

at burde have Erstatning. Efter Omstændighederne kan Raadighedsindskrænkninger ogsaa nok paalægges, uden at hverken Ejeren eller Servituthaveren kan forlange Erstatning under Paa-beraabelse af Grl. § 80.<sup>13</sup>

Naar dernæst en Ejer afskæres fra en vis Udnyttelse af sin Ejendom, bliver hans Tab det samme, hvad enten Udnyttelsen ved en Raadighedsindskrænkning ganske udelukkes eller Retten til Udnyttelsen overføres til det offentlige. Om Grusgravning af landskabelige Grunde forbydes i Henhold til Naturfredningsloven, eller en udelukkende Ret til Grusgravning tillægges det offentlige, kommer fra Ejeren Synspunkt ofte ud paa eet. Imidlertid er der nogenlunde Enighed om, at en saadan Overførelse af Udnyttelsesretten ikke kan finde Sted uden Erstatning til Ejeren.<sup>14</sup> Hvorfor skal saa Ejeren være prisgivet, naar der er Tale om en blot og bar Raadighedsindskrænkning?

I det foregaaende er Raadighedsindskrænkninger betragtet ud fra Ejeren Synspunkt, med Henblik paa deres tabforvoldende Evne. Men det er klart, at Erstatningsspørgsmaalet ikke kan besvares uden en alsidig Overvejelse. I det følgende skal Raadighedsindskrænkninger da søges belyst i Forhold til andre af de Egenskaber ved Ejendomsindgreb, som maa blive af Betydning for Erstatningsspørgsmaalet.

3. Der skal ikke her gaas nærmere ind paa det gamle Spørgsmaal, om Ekspropriation kun foreligger, naar der sker en Overførelse af den Ret eller Beføjelse, som Ejeren mister. Naar man nylig for den bekræftende Besvarelse har anført, at Statsmagten kun vil føle sig fristet til Misbrug og Overgreb, hvor Indgrebet betyder en Retserhvervelse »for den selv eller Personer, den kan have Interesse af at støtte, hvorimod den i Almindelighed kun vil lade sig lede af saglige, ideelt samfundsmæssige Grunde, hvor Indgrebet tilsigter en Udslettelse af Retten,«<sup>15</sup> kan jeg ikke være enig heri.<sup>16</sup> Om man vil anse Ejendomsindgreb for Misbrug og Overgreb beror ofte paa ens politiske Indstilling. Tænkes der ved Misbrug paa Ejendomsindgreb, der har et rent partipolitisk Formaål, kan noget saadant snarest tænkes at forekomme ved visse Slags Raadighedsindskrænkninger, t. Eks. Fastsættelse af urimeligt lave Maksimalpriser paa visse Levnedsmidler eller Produktionsordnin-

ger, der favoriserer bestemte Befolkningsklasser. Snarere kunde man til Støtte for Overførelsesteorien anføre, at naar Stat eller Kommune erhverver den Rettighed eller Beføjelse, som Ejeren mister, ækvivaleres Erstatningen af en konkret Modydelse. Dette kan dog — af Grunde, som det vilde føre for vidt at gøre Rede for — heller ikke være afgørende. Under alle Omstændigheder finder Overførelsesteorien i Almindelighed ikke nu til Dags Tilslutning i Praksis.<sup>17</sup> Den fører til helt urimelige Resultater. Det skulde t. Eks. kunne bestemmes, at en Ejer uden Erstatning skal nedrive en stor og kostbar Bygning for derved at skabe Udsigt over et smukt Landskab.<sup>18</sup>

Antages det saaledes, at der meget vel kan foreligge Ekspropriation i Tilfælde, hvor der ikke sker nogen Overførelse af en Rettighed eller Beføjelse, kan man ikke frakende Raadighedsindskrænkninger Egenskaben af Ekspropriationsindgreb blot med den Begrundelse, at der ikke her sker en saadan Overførelse.

4. Det er utvivlsomt rigtigt, naar man har peget paa, at Ejendomsindgrebets Grund (causa) har Betydning for Afgørelsen af, om Indgrebet kan anses for Ejendomsafstaaelse i Grundlovens Forstand<sup>19</sup>. Ejendomsindgreb, som retter sig mod en Brug eller Udnyttelse, som maa anses for samfundsskadelig, kan ikke i Forhold til Grl. § 80 sidestilles med Ejendomsindgreb, der rettes mod en Brug eller Udnyttelse, som ikke med Rimelighed kan karakteriseres som samfundsskadelig og maaske heller ikke af Lovgivningsmagten opfattes som saadan. Det maa t. Eks. antages, at et almindeligt, i Ædruelighedshensyn begrundet Spiritusforbud ikke kan anses for Ejendomsafstaaelse, jfr. U. 1918.953 H. og 957 H., medens et tilsvarende Forbud som Led i et fiskalt begrundet Spiritusmonopol for Staten formentlig kun kunde indføres mod Erstatning.<sup>20</sup>

Hvad enten man nu vil tillægge Ejendomsindgrebets Retsgrund større eller mindre Vægt ved Afgørelsen af, om Indgrebet kan anses for Ejendomsafstaaelse, er det givet, at omend Raadighedsindskrænkninger langt hyppigere end Fratagelse af Ejendomsret skyldes Grunde, som kan føre til Erstatningsfrihed, er det ingenlunde saaledes, at saadanne Grunde altid foreligger ved Raadighedsindskrænkninger og aldrig ved Ejendomsfratagelse.

Hvis privat Fremstilling af Sukker forbydes som Led i et Statsmonopol, foreligger der, saafremt Ejendomsretten til Sukkerfabrikker m. v. lades uberørt, en Raadighedsindskrænkning m. H. t. disse Fabrikker; men Ejeren har et grundlovsmæssigt Krav paa Erstatning for deres Værdiforringelse. Til den anden Side kan anføres, at Ejendomsret i visse Tilfælde maa kunne berøves Ejere ved Lovbestemmelser, der gaar ud paa Tilintetgørelse af Ting, som er farlige for andres Retsgoder eller for en almindelig Samfundsinteresse, uden at der er nogen grundlovsmæssig Nødvendighed for at yde Erstatning. Det kan være tvivlsomt, hvorledes Grænsen her maa drages; men det kan i hvert Fald ikke antages, at der foreligger Ekspropriation overalt, hvor Tingens Bevaring ikke er »retsstridig«. <sup>21</sup>

5. Man har i Regelen lagt Vægt paa, om Raadighedsbegrænsningen er generel eller konkret. Denne Sondring har nogle endog tillagt absolut Betydning, sidst O. K. Magnussen, som lader den være eneafgørende for Afgrænsningen af Ekspropriationstilfælde overfor andre Ejendomsindgreb. <sup>22</sup>

Selve Formuleringen af Indgrebsbestemmelsen kan naturligvis ikke være afgørende. Om det f. Eks. under en Krise af Hensyn til Mangelen paa Foder og Levnedsmidler bestemmes, at alle vilde Dyr, som holdes i Fangenskab, skal slaas ned, eller at dette skal gælde om Dyrene i vore 3 à 4, med Navn anførte zoologiske Haver, maa komme ud paa et.

Naar man tillægger den nævnte Sondring Betydning for Erstatningsspørgsmaalet, beror det paa en ubestemt Følelse af, at det lettere gaar an at tilføje Ejere Tab uden at yde Erstatning, naar Indgrebet rammer ligeligt, end naar det skaber Ulighed. Denne Følelse er utvivlsomt af retlig Kvalitet; men retligt anvendelig bliver Sondringen mellem generelle og konkrete Ejendomsindgreb først, naar man har angivet det Kriterium, i H. t. hvilket Indgrebet anses for generelt; thi først derigennem faar Sondringen en bestemt Mening.

Der tænkes jo i Almindelighed paa den Ejendomsgegenstand, som Indgrebet tager Sigte paa; men t. Eks. faste Ejendomme frembyder ud fra utallige Synspunkter Lighed og Ulighed: Der kan være Lighed og Ulighed i Henseende til Jordens Bonitet, Arealets



Størrelse, dets Beliggenhed, Bebyggelse, Anvendelse, landskabelige Udseende, geologiske Beskaffenhed, Bevoksning osv. osv.<sup>23</sup>

At Indgrebet er generelt i H. t. det ene eller andet af de nævnte eller andre Kriterier, tilfredsstiller ikke i lige Grad den ovennævnte Lighedsfølelses Krav. Udfærdiges der t. Eks. i en Krisetid for at fremme Produktionen af Korn og Rodfrugter et Forbud mod at udlægge mere end en vis Brøkdel af Landbrugsejendommens Areal med Frøafgrøder, vil Lighedsfølelsen vel nok i højere Grad være tilfredsstillet, hvis Forbudet rammer alle Landbrugsejendomme, end hvis det kun rammer Ejendomme over en vis Størrelse, eller det maaske gradueres efter Størrelsen. Det hele er dog meget usikkert. I det nævnte Eksempel kan man sige, at der bør være Lighed i Forhold til den hidtidige Benyttelse; dette Synspunkt vil maaske netop føre til at gøre Forskel efter Ejendommenes Størrelse.

Et Indgreb, som efter et eller andet Kriterium er generelt, vil i højere Grad tilfredsstille Lighedsfølelsen, hvis det rammer mange, end hvis det kun rammer faa. Et Forbud mod at opføre Bygninger i Nærheden af Skove og Strande og et Forbud mod at opføre Bygninger i Nærheden af Lufthavne er begge generelle efter et Beliggenhedskriterium; men det første rammer langt flere Ejendomme end det sidste og tilfredsstiller derfor i højere Grad Lighedsfølelsen. Medens der ikke gives Erstatning for Byggeforbudet i Lov om Naturfredning Nr. 140 af 7. Maj 1937 § 25, jfr. Lov Nr. 339 af 25. Juni 1940, betragtes Forbudet i H. t. Lov om Sikring af Indflyvning i offentlige Lufthavne og Landingspladser Nr. 411 af 12. Juli 1946 under visse Forudsætninger som Ekspropriation.<sup>24</sup>

Det anførte er tilstrækkeligt til at vise, at naar man sonderer mellem generelle og konkrete Raadighedsindskrænkninger, er der Tale om noget mere eller mindre, ikke om et Enten-eller. Alligevel er der her Tale om en Egenskab ved Raadighedsindskrænkninger, som maa tages i Betragtning ved Afgørelsen af, om de medfører grundlovsmæssige Erstatningskrav, men en Egenskab, som gør sig gældende med større eller mindre Vægt.

Om Raadighedsindskrænkninger indtræder umiddelbart i H. t. Loven eller ved administrative Beslutninger, der er fuldt lovbundne Forvaltningsakter, er uden Betydning; men i de aller fleste Tilfælde træffes de administrative Beslutninger med større el-

ler mindre Frihed indenfor Lovens Rammer. Dette gælder t. Eks. ogsaa om Fredningskendelser i H. t. Naturfredningsloven. Man har ganske vist hævdet, at Generalitetskravet her er opfyldt, idet Udvælgelsen af Fredningsomraader sker efter objektive saglige Grunde og Skelnemærker.<sup>25</sup> De ganske vage Regler i Naturfredningslovens § 1 gaar imidlertid ingenlunde ud paa, at Omraader af en vis Beskaffenhed er undergivet eller skal undergives Fredning. Afgørelserne herom er ofte af meget konkret Karakter; rent kvantitative Overvejelser kan endog blive afgørende. Det er saaledes forekommet, at Fredning af et Hedeareal er blevet opgivet, fordi der i Forvejen i Nærheden var iværksat eller paatænkt iværksat en tilsvarende Fredning. Undertiden vil en Fredning i Studieøjemed sikre visse botaniske, zoologiske eller geologiske Forekomster, som tidligere fandtes mange Steder i Landet, men nu kun et enkelt Sted, fordi Arealerne er blevet opdyrket paa nær et Restareal, som man nu vil frede. Allerede i saadanne Tilfælde kan man i en vis Forstand sige, at Generalitetskravet ikke er opfyldt, idet Ejere af ganske tilsvarende Arealer tidligere har kunnet disponere frit; herimod kan dog indvendes, at Sjældenhedsværdi er et objektivt, generelt Kendemærke. Det forekommer imidlertid ogsaa, at der sættes ind med en Fredning paa et tidligere Tidspunkt, før det paagældende Areal er blevet en Sjældenhed, idet man paa Forhaand vil sikre, at en videnskabeligt interessant Forekomst bevares et vist Sted eller visse Steder i Landet, men ikke overalt, hvor den kan paavises. I det nordlige Jylland har man i de senere Aar paabegyndt Opdyrkning af de i geologisk og landskabelig Henseende ejendommelige »Rimmer og Dobber«. I den Anledning har man fredet to saadanne Arealer mod Opdyrkning, medens man ikke har fundet tilstrækkelig Begrundelse for at frede alle »Rimmer og Dobber«, hvilket der ej heller har været stillet Krav om fra Danmarks Naturfredningsforening. Til Fredning har man naturligvis udtaget de mest »karakteristiske« Arealer; men dette har kun kunnet gøres med en vis Vilkaarlighed. Og lad os sætte, at Arealerne var ganske ens. I saa Fald vilde man alligevel have fredet en Del og kun en Del af Arealerne, og det vilde have været soleklart, at Lighedskravet ikke var opfyldt.<sup>26</sup>

At Naturfredninger ikke iværksættes paa den Maade, at man

blot udfinder Omraader af en vis Beskaffenhed, jfr. Naturfredningslovens § 1, viser sig ogsaa deri, at der tages økonomiske Hensyn, idet man naturligvis lettere gaar til en Fredning, som er gratis eller billig, end til en Fredning, der vil medføre en meget stor Erstatningsudgift. Naar t. Eks. Møens Klint ikke forlængst er blevet fredet, skyldes det den store Erstatningsudgift, som Fredningen vilde medføre. At dette økonomiske Hensyn maa tages, beror bl. a. paa, at Udbetaling af Erstatningerne ikke finder Sted uden videre i H. t. de afsagte Kendelser, men først efter at der af Folketingets Finansudvalg er givet bevillingsmæssig Tilslutning til Udbetalingen. Det er forekommet, at saadan Tilslutning ikke er blevet givet, saaledes at Kendelsen har maattet ændres. Ogsaa Overfredningsnævnets Sammensætning indicerer, at saadanne økonomiske Hensyn ikke ligger udenfor Lovens Forudsætninger. Naar ifølge Lovens § 4 fire af de syv Medlemmer vælges af Rigsdagen, har man herigennem bl. a. villet skabe en vis Sikkerhed for, at Statskassens Andel i Fredningsudgifterne vil blive bevilget.

Man kan hertil sige, at hvis Fredningerne skete uden Erstatning, vilde et saadant økonomisk Hensyn ikke gøre sig gældende. Afgørelsen kunde da simpelthen træffes i Henhold til Lovens Fredningskriterier. Men saa vilde uundgaeligt, netop i de Tilfælde, hvor der nu bliver Tale om store Erstatninger, Hensynet til det Tab, som Fredningen paafører Ejeren, med betydelig Vægt gøre sig gældende. Iøvrigt vilde de rene Fredningskriterier som ovenfor nævnt ikke altid føre til, at alle Omraader af en vis Beskaffenhed maatte fredes.

6. I nyere Tid har en Række Forfattere hævdet, at Spørgsmaalet om et Ejendomsindgreb grundlovsmæssigt kun kan finde Sted mod fuldstændig Erstatning, jfr. Grl. § 80, ikke kan afgøres ud fra et enkelt eller nogle enkelte Kriterier, men kun ud fra en Overvejelse, som tager Hensyn til en hel Række Egenskaber ved Ejendomsindgrebet.<sup>27</sup> Den foranstaaende Udvikling viser formentlig, at heller ikke det mere begrænsede Spørgsmaal, om Raadighedsindskrænkninger kan finde Sted uden Erstatning i H. t. Grl. § 80, kan besvares ud fra et enkelt Kriterium. Ogsaa her maa en Række Egenskaber ved Ejendomsindgrebet inddrages under en samlet Overvejelse. I det foregaaende er fremhævet Tabet, Rets-

grunden for Indgrebet og dettes almindelige eller konkrete Karakter. Ogsaa andet kan komme i Betragtning.<sup>28</sup> Kun hvis det var muligt paa Forhaand at tillægge de Indgrebsegenskaber, som er relevante i Forhold til Erstatningsspørgsmaalet, en bestemt Vægt, vilde det være muligt ved en Slags Addition at opstille en Grænse, som kunde være afgørende; men dette er kun et Tankeeksperiment, allerede fordi disse Egenskaber kan foreligge som noget mere eller mindre.

Under disse Omstændigheder vil Domstolene være meget utilbøjelige til at tilkende Erstatning for Raadighedsindskrænkninger, som fastsættes ved eller med Hjemmel i en Lov, der bestemmer eller klart forudsætter, at der ikke skal ydes Erstatning. Men hvis Domstolene her giver Lovgivningsmagten carte blanche samtidig med, at de afstaar fra en effektiv Prøvelse af, om Lovbestemmelser, der normerer Erstatningens Størrelse ved Ekspropriationer, er forenelige med Grundlovens Krav om fuldstændig Erstatning, jfr. navnlig U. 1921. 644 H., og om Lovbestemmelser, som hjemler Ekspropriation, udkræves af »Almenvellet«, jfr. U. 1913. 457 H., bliver Resultatet, at Grundlovens Bestemmelser om Ejendomsretten kun faar Betydning som en Henstilling til Lovgivningsmagten.

#### NOTER

1. Selvom det antages, at der ved Naturfredning tillægges Ejerne Erstatning i videre Omfang end grundlovsmæssig nødvendigt, er det ikke givet, at Loven eller Praksis bør ændres. Erstatningsfri Fredningsindgreb vil i Befolkningen kunne fremkalde en Fredningsfjendtlighed, som kan blive meget skadelig for Fredningssagen, se ogsaa *Ejvind Møller*, Festskrift til Vinding Kruse S. 255 f.
2. Jfr. *Knud Illum*, *Servitutter* S. 31 Note 16.
3. I Bemærkningerne til Lovforslaget anføres det, at Loven af 1925 havde fundet meget ringe Anvendelse p. G. af dens Erstatningsbestemmelser, se Rigsdagstid. 1937-38 Till. A. Sp. 3845.
4. Jfr. *Ernst Andersen*, U. 1945 B. S. 54, *Knud Illum*, *Servitutter* S. 39.
5. Jfr. *Fr. Vinding Kruse* i *Juristen* 1937 S. 92 og *Ejendomsretten* I, 3. Udg. S. 250 f.
6. Jfr. *Vagn Jensen*, U. 1934 B. S. 213 ff., *Anders Vinding Kruse*, T. f. R. 1947 S. 318, *Ejvind Møller*, Festskrift til Vinding Kruse, S. 253 ff.
7. Jfr. *O. K. Magnussen*, *Naboretlige studier* S. 144 f.

8. Jfr. ogsaa *Ivar Strahl*, *Fyra expropriationsrättsliga uppsatser*, 1926, S. 187 ff.
9. *O. K. Magnussen*, *Naboretlige studier* S. 145 mener, at »den nuværende udnyttelse af ejendommen ... maa formodes at være den fordelagtigste for ejeren.«
10. Det kan forekomme, at der under en Naturfredning, som tilsigter Bevarelse af et Areal som Hede, inddrages et opdyrket Hedeareal, idet man regner med, at dette Areal, naar det sammen med den uopdyrkede Hede undergives Dykningsforbud, atter vil »springe i Lyng.« Hvis der da under Fredningsomraadet er Arealer, der er lige saa egnede til Opdyrkning, maa Erstatningen principielt blive den samme i de to Tilfælde, naturligvis under Hensyntagen til Opdykningsomkostningerne.
11. Noget ganske andet er, om den af Vejanlægget fremkaldte Værdistigning med Rimelighed kunde have været inddraget i Statskassen.
12. Jfr. *Knud Illum*, *Servitutter* S. 261 f., der fremhæver, at Servitutrettens Bortfald kan sidestilles med en Raadighedsindskrænkning for den herskende Ejendom.
13. Se Lov om Byplaner Nr. 181 af 29. April 1938 § 10, 2. Stk. og vedrørende Naturfredningslovens Forbud mod Friluftsklamer, *Knud Illum*, *Servitutter* henholdsvis S. 262 f. og S. 259.
14. Jfr. *Anders Vinding Kruse*, T. f. R. 1947 S. 318 f.
15. *Anders Vinding Kruse*, T. f. R. 1947 S. 297.
16. Jfr. ogsaa *O. K. Magnussen*, *Naboretlige studier* S. 119, som gør opmærksom paa, at Eksproprianten jo ikke faar Tingen til fri Raadighed.
17. Jfr. for Sveriges Vedkommende *Ivar Strahl* S. 63 Note 9 og S. 96, for Norges Vedkommende *Frede Castberg*, Norges Statsforfatning II, 1947, S. 371, for Tysklands Vedkommende *Gerhard Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1933, S. 708 f. og 713 f.

*O. K. Magnussen*, *Naboretlige studier* S. 116 f. hævder, at den Modsætning, hvorpaa Overførelsesteorien bygger, i Virkeligheden slet ikke eksisterer. Naar f. Eks. sunde Dyr i en smittet Besætning eksproprieres for at slaas ned, vil det sige, at en enkelt af de Beføjelser, Ejendomsretten rummer, overføres til det offentlige. Men Dyret skal jo slaas ned; det kan dog ikke anses for en Beføjelse.
18. *Anders Vinding Kruse*, T. f. R. 1944 S. 315 mener, at naar det ifølge Naturfredningslovens § 13, 2. Stk. kan bestemmes, at allerede skete Bebyggelser skal fjernes, saafremt dette ikke er forbundet med uforholdsmæssigt Værditab, kan dette ske uden Erstatning til Ejeren, idet der ellers ikke vilde opstaa noget Værditab for ham. Denne Fortolkning kan ikke tiltrædes. »Værditab« er ikke i Loven sat i Relation til Ejeren.
19. Jfr. navnlig *Troels G. Jørgensen*, *Festskrift for Vinding Kruse* S. 214 f., hvorefter der foreligger

- (og kun foreligger) Ejendomsafstaaelse i Grundlovens Forstand, naar Ejeren underkastes Indgreb i sine Ejerbeføjelser uden anden Begrundelse end Andenmands Behov for Overtagelse af disse Beføjelser, S. 217. Denne Afgrænsning af Ejendomsafstaaelsens Begreb er maaske i visse Retninger for vid og i alt Fald i visse Retninger for snæver. T. Eks. vilde en Lov, der paabød Nedrivning uden Erstatning af en Bygning for at tilvejebringe en smuk Udsigt — for 40 Aar siden taltes der for Alvor om at nedrive Terminusbygningen for at skabe Udsigt til Banegaarden — være stridende mod Grl. § 80.
20. Anderledes *Troels G. Jørgensen*, Festskrift for Vinding Kruse S. 219.
  21. Saaledes dog *O. K. Magnussen*, Naboretlige studier S. 133.
  22. *O. K. Magnussen*, Naboretlige studier S. 137 og 151 mener, at Ejendomsindgreb er Ekspropriation og kun er Ekspropriation, naar de rammer et enkelt eller nogle enkelte Retsgoder blandt flere af samme Slags og anfører S. 139 som Begrundelse for denne Opfattelse, at Fristelsen til at gøre Indgreb er langt større, hvis man nøjes med at lade Indgrebet gaa ud over Enkelte. Jo flere det rammer, des større Modvilje vil det fremkalde, og Lovgivningsmagten vil betænke sig mere.
- Overfor denne Begrundelse kan anføres, at om Indgrebet rammer mange eller faa, beror ikke paa, om det rammer alle Retsgoder af samme Slags. Antallet af samtlige Skovejere er langt mindre end Halvdelen af alle Landbrugere.
23. Se om den saakaldte Lighedsgrundsætning min Afhandling i Tidsskrift, utgivet af Juridiska Föreningen i Finland, 1937, og i Grundtvig som Rigsdagsmand og andre Afhandlinger, 1940.
  24. Ogsaa et rent praktisk og finansielt Hensyn vil kunne føre til, at Lovgiveren snarere giver Erstatning, hvor Ejendomsindgrebet rammer faa end mange, et Hensyn, som dog ikke synes at have gjort sig gældende ved Givelsen af Lov om Regulering af bymæssige Bebyggelser Nr. 210 af 23. April 1949.
  25. Jfr. *Vinding Kruse*, Ejendomsretten I, 3. Udg., S. 257, *Vagn Jensen*, U. 1934 B. S. 216 og i Jubilæumsskriftet »Bygningsfredning gennem 25 Aar« S. 89, *Anders Vinding Kruse*, T. f. R. 1947 S. 312.
  26. Paa samme Maade forholder det sig med Inddragning af Bevillinger til Beværtning eller Gæstgiveri »for at bringe Antallet af Beværtninger ned«, jfr. Beværterlov Nr. 129 af 15. Marts 1939 § 41. *Troels G. Jørgensen*, Festskrift for Vinding Kruse S. 216 f. mener, at den Omstændighed, at Inddragningen kun rammer et enkelt, ikke er Udslag af Vilkaarlighed. Det er som man tager det. Selve Udpegningen af den Bevilling blandt flere, som skal inddrages, er nødvendigvis vilkaarlig, hvis den kun er motiveret ved Ønsket om at nedbringe Antallet af Bevillinger.

27. Jfr. *Ragnar Knoph*, *Rettslige standarder*, 1939, S. 103-118, *Knud Illum*, *Servitutter* S. 24-65, *Ernst Andersen* i *Alf Ross* og *Ernst Andersen*, *Dansk Statsforfatningsret II*, 1948, S. 217-228. I Tyskland har *Walter Jelinek* under den lidt misvisende Betegnelse »Schutzwürdigkeitstheorie« fremsat en lignende Opfattelse, se *Verhandlungen des 36 Deutschen Juristentages*, 1930, S. 292-320.
28. Jfr. *Knud Illum*, *Servitutter* S. 60f.

# Et fullmaktspørsmål

Av professor Carl Jacob Arnholm

Ved den praktiske («konkrete») oppgave til juridisk embetseksamen ble det nylig lagt frem et fullmaktspørsmål som voldt atskillig tvil. Senere har jeg gjennomgått det på juridiske seminarøvelser, og diskusjonen der ga meg en del å tenke på. I det følgende legger jeg frem spørsmålet — som jeg for øvrig har endret en del for å få visse hovedpunkter klarere frem — sammen med de refleksjoner det har vakt hos meg:

A averterte en leiegård til salgs. B, som bodde i en annen by, hadde fra tidligere et visst kjennskap til gården, men var ikke riktig sikker på hvor godt den var vedlikeholdt. Han var forhindret fra å komme og se på den selv, og skrev derfor til C, som bodde på stedet, og ba ham undersøke gården. Samtidig ba han C by inntil 60.000 for den på hans vegne hvis C fant vedlikeholdet tilfredsstillende; men han ba også C gjøre sitt beste for å oppnå en lavere pris. Noe særskilt fullmaktsdokument ble ikke utferdiget.

C trådte straks i forhandlinger med A. C var vel fornøyd med resultatet av sine undersøkelser, og avtalte at han skulle treffe A onsdag klokken 12 til endelig forhandling. C ga ikke på dette tidspunkt noen beskjed til B, idet han trodde B var bortreist.

Tidligere hadde B og C forhandlet om en brukt bil som C hadde til salgs. C hadde erklært seg villig til å selge bilen for 8000 kroner, og akseptfristen utløp samme onsdag klokken 12.

B angret imidlertid på sin plan om å kjøpe A's eiendom — han hadde fått rede på en annen gård som også var til salgs, og



som han hadde likt bedre. Han skrev derfor til C og tilbakekalte hele oppdraget — og dermed fullmakten. I samme brev meddelte han at han aksepterte C's tilbud om bilsalget. Brevet ble sendt tirsdag middag og ble avlevert i C's bolig (C var privatmann og hadde ikke noe kontor) onsdag klokken 9 morgen; dette var som man kunne vente det etter vanlig postgang. Men C var da allerede gått hjemmefra, og kom heller ikke hjem før ut på ettermiddagen. I mellomtiden hadde han etter avtalen vært hos A og kjøpt gården i B's navn for 58.000 kroner i henhold til den fullmakt han mente å ha. Det var heller ikke noen annen hjemme hos C som kunne ha varslet ham om brevet som var kommet; men det var på det rene at det hadde ligget i hans postkasse fra klokken 9 av.

B nektet å stå ved salget — og så er vi altså ved spørsmålene. Jeg forutsetter at den faktiske situasjon ikke er slik at man kan ta hensyn til A's etterfølgende kunnskap etter avtl. § 39. Hvis fullmakten ikke var gyldig tilbakekalt da den endelige avtale ble sluttet, er altså B bundet. Hvis fullmakten var gyldig tilbakekalt, er B ikke bundet; men da blir det et nytt spørsmål om tapet skal ramme A, eller om han kan holde C ansvarlig etter avtl. § 25.

Før man går over til å tolke avtalelovens regler, kan det være naturlig å foreta en praktisk vurdering av de tre løsninger som kunne komme på tale.

En ting må være klart: Det bør ikke bli tale om å la fullmektigen betale gildet. Har han ikke hatt positiv grunn til å regne med at et tilbakekall var underveis, kan ingen bebreide ham at han ikke undersøker sin postkasse umiddelbart før han utfører det oppdrag fullmaktsgiveren har gitt ham. Skulle fullmektigen komme i ansvar i et tilfelle som dette, ville det være ganske risikabelt å være fullmektig — selv om man naturligvis skal innrømme at tilfellet ikke hører til de dagligdagse.

Om medkontrahenten A anfører man ofte at han bevisst tar en ganske stor risiko når han kontraherer på grunnlag av en fullmakt som ikke er rettet direkte til ham — alt står og faller med fullmektigens pålitelighet; derfor skal det heller ikke være alminnelig at forretninger av betydning slutes på dette grunnlag. Som *Brækhus* har påvist (Meglerens rettslige stilling s. 302) er det siste slett ikke riktig — omsetning av verdipapirer foregår

regulært gjennom meglere som ikke har noen skriftlig fullmakt; og det beror igjen på at risikoen normalt er liten fordi medkontra-  
henten vanligvis kan stole på at han kan holde seg til megleren  
etter avtl. § 25 om det unntagelsesvis skulle hende at fullmakten  
ikke var i orden. Skulle man finne det riktig å legge risikoen for  
tilbakekall på A, måtte det nok være på et annet grunnlag. Man  
fikk vel helst si at risikoen var så liten at den ikke ville bety noen  
nevneverdig belastning på omsetningen; dels vil det ikke hende  
ofte at man støter på et tilbakekall som fullmektigen ikke med  
rimelighet kunne ha rede på, og dels vil det normalt ikke oppstå  
noe tap for medkontrahtenten om ulykken en sjelden gang skulle  
være ute — oftest vil forholdet bli oppklaret meget snart. Helt  
risikofritt kan det aldri bli å kontrahere, og tilleggsrisikoen er liten.

Så har man endelig fullmaktsgiveren B. Overfor ham kan man  
unektelig si at det er ham som i egen interesse har valgt å bruke  
fullmektig, og at han derfor er ganske nær til å bære den typiske  
»bedriftsrisiko« som ligger i at tilbakekallet ikke er kommet til  
fullmektigens kunnskap i det øyeblikk han slutter sin avtale.

Men hvordan stiller saken seg etter avtaleloven?

Den foreliggende fullmakt skulle tross sin skriftlige form være  
et klart tilfelle av det man i dansk teori betegner som fullmakt uten  
»særlig tilværelse overfor tredjemann« eller simpelthen som »§ 18-  
fullmakt«. I norsk teori taler man gjerne om »muntlig« fullmakt i  
disse tilfelle — ikke noe helt godt navn i et tilfelle som dette, hvor  
alt er foregått skriftlig, men man har jo en parallell i de »muntlige  
fordringer«. Et brukbart navn var kanskje »oppdragsfullmakt«; det  
markerer at fullmakten bare er en sidevirkning av det verv full-  
maktsgiveren har gitt fullmektigen, og at det ikke foreligger noe  
regulært løfte fra fullmaktsgiver til tredjemann.

Om disse fullmakter bestemmer avtl. § 18 at fullmakten er kalt  
tilbake »når en erklæring om, at fullmakten ikke skal gjelde lenger,  
er kommet frem til fullmektigen«. Bestemmelsen har samme ordlyd  
i den danske og den norske lovtekst.

Uttrykket »kommet frem« viser først og fremst det negative at  
det ikke er nødvendig at erklæringen er kommet til fullmektigens  
bevissthet. Ellers finner man ikke noen presisering hverken i ordene  
i § 18 eller i motivene til denne paragraf. Man her er tausheten

talende. Det har utvilsomt vært meningen å bygge på den »alminnelige påbudsregel« som loven allerede har gitt uttrykk for i § 2: Aksepten kommer tidsnok når den er »kommet frem« innen akseptfristens utløp. Og i motivene til denne paragraf får man iallfall en viss rettledning: »I alminnelighet må det forlanges at akseptanten har brakt aksepten under slike ytre forhold, at han etter livets alminnelige regel kan regne på, at tilbydereren umiddelbart blir bekjent med den, således at det beror på denne selv om dette skal bli tilfellet eller ikke. Er således en skriftlig aksept på et forretningstilbud avlevert på tilbyderens kontor, eller er aksept på et tilbud, som ikke angår forretninger, avlevert i hans bolig, er aksepten i begge tilfelle kommet frem til ham, selv om han faktisk aldri får lest den« (norske motiver s. 25).

De som ikke føler seg tiltalt av det resultat at B fremdeles skulle være bundet av fullmakten, kunne kanskje ville henvise til at B her hadde måttet varsle A direkte etter særregelen i avtl. § 19. Men det kan ikke føre frem med mindre B måtte regne med at forhandlingerne var kommet så langt at det var fare ved opphold; § 19 blir overhodet ikke brukt svært meget. Men dernest kunne de reise det spørsmål om tilbakekallet virkelig var »kommet frem« i lovens mening. Det er ikke noe irregulært i at en mann forlater sitt hjem før klokken 9 morgen; og hvis C ikke hadde særlig grunn til å vente at fullmakten skulle bli tilbakekalt, var det heller ikke noe irregulært i at han ikke gikk hjem for å undersøke sin postkasse før han møtte til forhandling med A klokken 12. Altså skulle tilbakekallet ikke være brakt under slike forhold at man kunne regne med at B ble kjent med det innen det kritiske tidspunkt — og da er det i lovens forstand ikke »kommet frem« i tide.

Men B's brev til C inneholdt to disposisjoner. Den annen var aksepten av C's tilbud om bilen — og denne aksept måtte være »kommet frem« innen klokken 12 for å binde C. At aksepten i lovens forstand er kommet frem i tide, kan det overhodet ikke være tvil om. Og det ville være nokså akrobatisk å sondre mellom de to disposisjoner i samme brev — den ene skulle være kommet frem og den annen ikke. Resultatet blir visstnok at begrepet »kommet frem« til en viss grad blir geografisk, og at det ikke åpner mulighet for å sondre etter arten av den disposisjon det gjelder.

Hvis man på den ene side antar at fullmakten etter gjeldende rett må anses gyldig tilbakekalt i det foreliggende tilfelle, og på den annen side synes de reale grunner for et slikt resultat er svake, gir det utgangspunkt for refleksjoner som kan bære ganske langt.

Avtaleloven er sterkt preget av Stangs fullmaktsteori — som igjen er Lenels: Fullmaktens adressat er »tredjemann«, den mulige medkontrahent. Fullmaktsforholdet er derfor bare gyldig etablert ved at fullmakten er kommet til hans bevissthet. Men veiene er mange; en mulighet er også den at fullmektigen selv overbringer sin fullmakt.

Når det gjelder å tilbakekalle fullmakten, er det prinsipielle utgangspunkt dette: »Hva fullmaktsgiveren skal foreta, når han vil kalle tilbake en fullmakt, avhenger av den måte som han har meddelt fullmakten til tredjemann på. Som hovedregel kan det oppstilles, at fullmaktsgiveren må gå samme vei for å kalle fullmakten tilbake som han har gått for å gi meddelelse om den« (norske motiver s. 43).

Som Ussing har fremhevet (T.f.R. 1930 s. 18), er motivene ikke engang konsekvente i forhold til den teori de bygger på, når de nøyer seg med et tilbakekall som er kommet frem *til fullmektigen*. For Lenels teori er det vesentlig at selve fullmakten er en disposisjon hvis adressat er »tredjemann«, den vordende medkontrahent. Og da skulle man jo vente at også tilbakekallet måtte adresseres til ham. Det er dristig nok å forklare »oppdragsfullmakten« på den måte at fullmektigen selv har overbrakt fullmakten til tredjemann. Og fullmektigens *unnlátelse* av å opplyse at fullmakten senere er tilbakekalt, kan da iallfall ikke være en formidling av tilbakekallet til den som skulle være rette adressat, nemlig »tredjemann«.

Heller ikke er det umiddelbart innlysende at tilbakekallet med rettsvirkning skal kunne overføres på en usikker vei fordi selve fullmakten er brakt frem på den samme usikre måte. Det er fullmaktsgiverens egen sak om han vil velge en usikker formidlingsmåte når han bringer fullmakten frem; kommer den bort underveis, blir det hans skade og ingen annens. Men tilbakekallet berører i høy grad andres interesser. Om man har fått sin tro puddel

til å bringe fullmakten frem, følger ikke dermed at man trøstig kan la tilbakekallet gå puddelveien.

Men tilfellet peker på svakheter av mer generell karakter — på en »rettshandelslære« som temmelig ensidig er bygget opp med tanke på løftene, og hvor påbudene er havnet i et halvmørke, og må klare seg som de best kan med den »alminnelige påbudsregel« som skal gå ut på at påbudet får sin rettsvirkning allerede ved å »komme frem« til påbudsadressaten.

Det hører til Ussings store fortjenester av den alminnelige avtalerett at han også har rettet søkelyset mot påbudene. Og jeg tror det foreliggende tilfelle kan bidra til å føre drøftelsen videre. Det gjelder særlig det punkt i påbudslæren at påbudet skal få sine virkninger når det bare er *kommet frem* til adressaten.

Når Stang oppstiller dette som den alminnelige påbudsregel, er hans begrunnelse den at det ellers ville bli for lett å unngå et ubehagelig påbud — den som ventet slikt, kunne bare la være å lese de brever som kom til ham (Innledning 3. utg. s. 288).

I dette ligger det en ganske sterk forenkling av problemstillingen. Regelen virker jo også i de tilfelle hvor det ikke er noe som helst å bebreide adressaten. Men det er ikke vanskelig å forme en mer bærekraftig begrunnelse — vel å merke når man tenker på det som sikkert er utgangspunktet for den »alminnelige påbudsregel«, nemlig avtalelovens regel om at en aksept bare behøver å »komme frem« til løftegiveren innen utløpet av akseptfristen. Når det settes en akseptfrist, som ofte er kort, må det også fikses en mållinje som aksepten må ha passert for å være kommet i rette tid. Og da er det for det første normalt i begge parter interesse å velge en klar mållinje; la gå at det ikke alltid er uomtvistelig hva det betyr at aksepten er »kommet frem« — det er allikevel noe mer håndgripelig enn om det skulle kreves (bevis for) at den var nådd til adressatens bevissthet. For det annet er linjen hensiktsmessig ut fra den betraktning at det dermed er overlatt til adressatens egen vurdering om han vil sørge for snarest mulig å få den kunnskap om aksepten som han normalt vil kunne skaffe seg når den er »kommet frem«. Det behøver selvsagt ikke å være noe mislig i at han venter med å skaffe seg denne kunnskap. Nettopp fordi dette blir hans egen sak, kan man tillate ham å inn-

rette seg som det passer ham i så måte. Det vesentlige er at det er gjort mulig for ham å få kunnskapen når han ønsker det — dermed har man tatt skyldig hensyn til ham.

Men det ligger i dagen at denne betraktningssmåte ikke bærer for hele den store og uensartede gruppe av disposisjoner man har samlet under kategorien påbud.

Et vesentlig ulikt bilde får man når påbudet innebærer en instruks til adressaten og det en instruks som avgiveren krever fulgt straks. At han ikke ubetinget kan kreve instruksen fulgt fra det øyeblikk den ligger i adressatens postkasse, forekommer meg nokså klart. I Alminnelig avtalerett s. 184-186 har jeg søkt å utvikle hvordan jeg tror kravene bør stilles — de bør sikkert variere ganske sterkt etter de konkrete forhold.

Og så har man tilbakekall av fullmakt. Her er altså utgangspunktet den posisjon som er skapt ved fullmakten. Det har sine store betenkeligheter om et tilbakekall skal endre denne posisjon uten at tredjemann — den vordende medkontrahent — får et effektivt varsel. Og det representerer ikke noe effektivt varsel til ham at et brev om tilbakekall ligger i fullmektigens postkasse.

Her har man to mulige angrepspunkter — regelen om at tilbakekallet i § 18-tilfellene gyldig kan rettes til fullmektigen, og regelen om at det er nok at den er »kommet frem« til ham innen fullmektigen kontraherer med tredjemann.

Såvidt jeg forstår, er det den siste regel kritikken må rette seg mot. Selvfølgelig kan det være ubehagelig for fullmaktsgiveren om hans tilbakekall ikke blir effektivt fordi adressaten med hensikt lar være å skaffe seg kunnskap om det. Men slike tilfelle er neppe alminnelige; og man ville vel være langt hjulpet med andre regler — det er klart at en slik adferd ville innebære et grovt pliktbrudd fra fullmektigen, og man måtte vel likefrem kunne si at han handlet utenfor fullmakten hvis han forsto at fullmaktsgiveren hadde søkt å tilbakekalle den. Og iallfall: Det er fullmaktsgiveren som har skapt en posisjon som kan innebære en viss risiko, og som normalt har gjort det i egen interesse. Så lenge tilbakekallet ikke er kommet til fullmektigens kunnskap, består det en fare for komplikasjoner. Det forekommer meg derfor at utgangspunktet burde være at fullmaktsgiveren ikke blir fri før han

har klart å bringe tilbakekallet til fullmektigens kunnskap. Er man redd for å la fullmaktsgiveren bære tapet hvis fullmektigen forsettlig unndrar seg den kunnskap et brev skal gi ham, eller hvis det av andre grunner tar usedvanlig lang tid fra det kommer frem og til han får lest det, kan man overveie å gi særregler for disse tilfelle, om man finner det riktig og nødvendig. Men den regel vi har, at tilbakekallet er gyldig i det øyeblikk det ligger i fullmektigens postkasse, skyter over målet. Det er da ikke noe irregulært i at et brev ikke blir lest momentant. Og så har man en mellomperiode hvor det kan hende at fullmektigen i begrunnet god tro slutter avtale med en tredjemann som heller ikke har hatt noen grunn til mistanke. Det kan ikke være noen rimelig løsning at tredjemann skal bære det tap dette kan volde — med den begrunnelse at fullmaktsgiveren blir ubundet fordi fullmakten er gyldig tilbakekalt, og fullmektigen blir ansvarsfri etter siste punktum i avtl. § 25.

Derimot kan det neppe være grunn til å kritisere den regel at tilbakekallet i § 18-tilfellene gyldig kan rettes til fullmektigen selv. For det første er denne regel så temmelig nødvendig for fullmaktsgiveren, fordi han jo slett ikke alltid vet hvem fullmektigen forhandler eller vil forhandle med. Og for det annet har regelen heller ikke alvorlige betenkeligheter ut fra hensynet til tredjemann, hvis man bare sørger for at tilbakekallet først blir virksomt når det er kommet til fullmaktsgiverens kunnskap eller iallfall kommet til ham på en slik måte at hans mulige kunnskapsmangel kan bebreides ham. Vel kan det tenkes at fullmektigen fremdeles opptrer som fullmektig — mot bedre vidende, eller fordi han er likeglad. Men da vil medkontrahenten kunne holde seg til fullmektigen etter § 25 — hans risiko vil være redusert til den risiko han alltid må ta når han kontraherer på basis av en § 18-fullmakt.

# Erstatning til enkemand for tab af forsørger m. v.

Af retspræsident C. Bang

I sit ungdomsværk »Skyld og Skade«, der i 1914 skaffede Ussing den juridiske doktorgrad, siger han (p. 5), at det er »Opgaven at udfinde, hvad der stemmer med Retfærdigheden, med Forholdets Natur . . . og denne Opgave forstaas saaledes, at det gælder at finde *den Regel, der bedst tjener Livets Tarv*,<sup>1</sup> der i det praktiske Liv vil have den gavnligste Virkning«, og senere (p. 6) hedder det: »Vejen til at finde det rette maa være en indgaaende Iagttagelse af Livets Fænomener, hvorved man maa søge at fremdrage de forskellige praktiske Hensyn og afveje dem indbyrdes.«

Med disse linjer har Ussing allerede i sit første betydningsfulde værk klart og skarpt givet udtryk for den stræben, der præger hele hans videnskabelige produktion; ved sit mådehold og sin udprægede sans for og hensyntagen til livets realiteter har den haft en overordentlig indflydelse ikke mindst på domspraksis, så meget mere, som hans udprægede redelighed og ædruelighed ved undersøgelsen af de resultater, der kan udledes af domspraksis, giver den, der søger hans vejledning, en absolut tryghedsfølelse. At søge at give en oversigt over Ussings indflydelse på domspraksis ville — ikke mindst for en praktiker — være en fristende, men også i alt fald indenfor dette festskrifts rammer uoverkommelig opgave. Jeg vil da give mit beskedne bidrag til den hyldest til Ussing, som dette festskrift skal give udtryk for, ved at opkaste og søge at besvare et enkelt spørgsmål indenfor erstatningsretten, som i de senere år har givet anledning til adskillige retssager.

Næppe noget område indenfor juraen har i de seneste årtier



undergået en så rivende udvikling som erstatningsretten udenfor kontraktsforhold, og næppe noget område er så ulovbestemt som dette. I sit nysnævnte værk »Skyld og Skade« p. 447-48 siger Ussing, at der ikke er nogen tvivl om, at dansk ret anerkender en almindelig erstatningsregel, culpaeglen, hvis retskilde er »en fast Retspraksis i Forbindelse med Forudsætninger i forskellige Love og Analogi fra en Række Specialregler . . .«. En almindelig erstatningsretlig lovregel findes vedblivende ikke, og følgen heraf bliver, at domstolene gennem deres enkeltafgørelser er i stand til at tage hensyn til den fremadskridende udvikling på en langt smidigere måde, end de ville være, hvis en sådan almindelig lovregel fandtes. Men et heldigt resultat forudsætter på den anden side, at domstolene ikke i for høj grad konservativt føler sig bundne af tidligere afgørelser. Allerede i det nævnte værk (p. 453) gør Ussing gældende, at domstolene også vil kunne pålægge ansvar udenfor culpaeglen »i Kraft af Forholdets Natur«, og tilføjer, at rigtigheden heraf også er anerkendt i retspraksis. I det langt senere udkomne værk »Erstatningsretten« (nyt optryk) giver Ussing en samlet fremstilling af den senere udvikling på dette område, hvoraf fremgår, at domstolene — til dels med støtte i forskellige spredte lovbestemmelser — har formået at følge med, efterhånden som livsforholdene har ændret sig. Med hensyn til spørgsmålet om, hvilket tab der erstattes, når erstatningspligt er fastslået, er forholdet dog for så vidt anderledes, som der har været enighed om, at ikke-økonomisk skade<sup>2</sup> kun erstattes i det omfang, i hvilket positiv hjemmel foreligger.<sup>3</sup> Hovedbestemmelsen herom gives i ikrafttrædelseslov 15. apr. 1930 § 15. Dennes nærmere regler skal ikke omtales her udover bestemmelsen i 2. stk., hvorefter den, som »efter dansk Rets Erstatningsregler er ansvarlig for en andens Død, kan dømmes til at give den, som derved har mistet en Forsørger, Erstatning for det Tab, han antages derigennem at lide . . . samt Godtgørelse for Forstyrrelse eller Ødelæggelse af Stilling og Forhold«. Herefter kan sådan erstatning altså — i modsætning til tidligere — gives også for ikke strafbar forårsagelse af en andens død, og det er naturligt i denne forbindelse at nævne, at det skyldes Ussings indsats, at denne naturlige udvidelse af mulighederne for at give forsørgererstatning m. v. fik

hjemmel i lovgivningen. I straffelovskommissionens udkast til § 15 (udk. § 82) var reglen i straffelov 1866 § 302 vel foreslået ændret, for så vidt som § 82 udvidede kredsen af de personer, hvem forsørgererstatning kunne gives, men kravet om strafbar forårsagelse af døden var bibeholdt. I U. f. R. 1923 B p. 257-261 gjorde Ussing imidlertid gældende, at denne begrænsning var urimelig og ej heller stemmende med senere lovbestemmelser, hvorfor strafbarhedsbetingelsen foresloges slettet, og med udtrykkelig henvisning her-til<sup>4</sup> skete dette i de senere fremsatte forslag til ikrafttrædelseslovens § 15.

Reglen om forsørgererstatning m. v. måtte i kraft af sin natur give anledning til mangfoldige tvivlsspørgsmål og er da også behandlet i adskillige afhandlinger såvel før som efter ikrafttrædelsen af § 15.<sup>5</sup> Diskussionen kan ikke siges at være afsluttet. Med hensyn til, hvad der skal forstås ved forsørger, kan så meget siges, at ikke blot den retlige forsørgelsespligt, men også den faktiske, jfr. »Erstatningsretten« p. 157, er anerkendt som basis for pålæg af erstatning for tab af forsørger. Men iøvrigt afgiver de foreliggende domme et ret broget billede, og helt let er det ikke af alle disse enkeltafgørelser at udlede ganske faste retningslinier, omend domstolene i det hele og store også på dette specielle område af erstatningsretten synes at have givet rimelige resultater og være fulgt med udviklingen.

Der er dog et særligt område, hvor domstolspraksis synes mig ikke at stemme overens med de ændrede livsforhold. Jeg tænker på stillingen i domspraksis med hensyn til erstatning i tilfælde af tab af hustru. Her synes man endnu at bygge på økonomiske livsforhold, der forlængst er et tilbagelagt stadium. Spørgsmålet, om den ægtemand, der mister sin hustru som følge af et til erstatning forpligtende forhold, kan få erstatning for tab af forsørger, kunne også rejses i henhold til den før ikrafttrædelseslovens § 15 gældende herhenhørende lovgivning, særligt straffelov 1866 § 302, men som følge af, at forsørgererstatning var begrænset til strafbar forårsagelse, var spørgsmålet da af forholdsvis mindre betydning; i det følgende begrænser jeg mig derfor i hovedsagen til nyere domstolspraksis og teori.

Udgangspunktet kan passende tages i følgende udtalelse af

Bache i U. f. R. 1929 B p. 354: »Naar det er Manden, der er den efterlevende, bliver der normalt ikke Tale om Erstatning, men kun naar Hustruen faktisk helt eller delvis forsørgede en svagelig Mand, derimod ikke en Drivert. Efterlades der Børn, vil der ganske vist kunne blive Tale om øgede Udgifter for Manden, men dette kan ikke bringes ind under Ordene: »Tab af Forsørger . . .«. Det kan vist siges, at Bache med disse ord sætter fingeren netop på det afgørende punkt, og det må erkendes, at praksis i de nærmest følgende år synes i så henseende at have fulgt hans linje, omend det vel må betvivles, at domstolene har lagt vægten på den nærmest rent formelle begrundelse, Bache giver for sit standpunkt, hvorved jo også må erindres, at der efter ikrafttrædelsen af § 15 endvidere kan tilkendes godtgørelse for forstyrrelse, hvorunder de af Bache nævnte øgede udgifter i alt fald vil kunne indbringes. Til støtte for sit standpunkt henviser Bache til *H. R. d. i U. 1926 p. 31* og domme i *U. 1921 p. 886* samt *1928 p. 159*. Af disse domme kan dog kun dommene fra 1926 og 1928 med føje påberåbes til støtte for det af Bache antagne. *H. R. d. 1926*, der stadfæster en Ø. L. d., siger uden nærmere begrundelse, at en *gårdejers* afdøde hustru ikke »i nærværende tilfælde« kunne anses som forsørger i forhold til ham. I *U. 1928* var forholdet følgende: Ved underrettsdommen havde en *garver*, hvis hustru var afgået ved døden som følge af en automobilpåkørsel, for hvilken automobilejeren ansås ansvarlig, fået tilkendt forsørgererstatning, idet hustruen havde haft en årlig indtægt ved selverhverv på 500 kr. der indgik i fællesboet, ligesom mandens merudgift til en husbestyrerinde var anslået til 120 kr. årlig. I Ø. L. d. 2. november 1927 hedder det, at hustruen »efter det foreliggende ikke vil kunne anses som forsørger i forhold til manden«.

Ved dommen i *U. 1921 p. 886 (Ø)* — også en automobilpåkørsel, hvorved en hustru var dræbt — blev der derimod tilkendt en *arbejdsmand*, hvis hustru »til Stadighed havde bidraget til Familiens Underhold ved sit Arbejde for Fremmede«, hvilket indbragte 600 kr. årligt, en forsørgererstatning på 2500 kr. En dissens ville dog ikke give erstatning bl. a. under henvisning til, at mandens merudgift til hushjælp i stedet for hustruen ikke kunne give grundlag for forsørgererstatning. I en note til dommen hedder det, at »ved

tidligere Domme er saadan Erstatning nægtet«. *H. R. d. i U. 1924 p. 205* statuerer blot, at en mand, hvis hustru var blevet dræbt af toget, havde krav på erstatning »i Overensstemmelse med Forskrifterne i § 3, 1. Stykke i Lov Nr. 117 af 11. Marts 1921.« Det hedder i en note i U., at »hermed var det naturligvis ikke afgjort, at Manden ved Hustruens Død overhovedet havde lidt nogen Skade«, for hvilken han havde krav på erstatning, idet dette spørgsmål henhørte under den i lovens § 4 ommeldte kommissions afgørelse.

*H. R. d. i U. 1930 p. 43* nægter en *repræsentant*, hvis hustru var dræbt ved en automobilulykke, erstatning for påstået tab »af Hustru og Husmoder«, idet der »paa det foreliggende« ikke ville kunne tillægges erstatning for tab af forsørger.<sup>6</sup>

*Ø. L. d. 23. nov. 1931 i As. S. D. XII (1933) p. 215*, tilkender en *arbejdsmand*, hvis 46-årige hustru havde haft indtægt c. 300 kr. årlig ved roe- og høstarbejde, en (nedsat) erstatning for tab af forsørger.

Ved *Ø. L. d. i U. 1935 p. 1003* tillægges der en »*afbygger*«, hvis hustru var dræbt ved fald med cyklen, forårsaget ved en fodgængers uforsvarlige færdsel, 800 kr. som erstatning — foruden for begravelsesudgifter — som »passende Godtgørelse for den ved hendes Død forvoldte Forstyrrelse af hans Forhold«. I dommen indeholdes ingen nærmere oplysninger om ægtefællernes indbyrdes forhold.

Derimod nægter *V. L. d. i V. L. T. 1933 p. 105, 1934 p. 262 og 1935 p. 366 (U. 1936 p. 136)* at give manden forsørgererstatning. I førstnævnte dom drejede det sig om en *aldersrentenyder* med fribolig, der gjorde gældende, at han fremtidig måtte spise ude og have fremmed hjælp 1 gang ugentlig. Dommen siger, at A. ikke havde lidt økonomisk tab ved at miste hustruen, der ikke selv havde haft nogen indtægt. Dommen 1934 nægter en *landmand* forsørgererstatning uanset, at H. i alt væsentligt havde udført arbejdet i hjemmet og bedriften og således havde været en særlig værdifuld medhjælper for M., der — mulig på grund af svagelighed — ikke havde taget videre del i arbejdet. Endelig nægter dommen 1935 en *cigarhandler*, hvis hustru omkom ved et spring ud af et vindue under indlæggelse på et hospital, sådan erstatning, under henvisning til, at hustruen, uanset at hun indtil indlæggelsen for-

uden at passe hjemmet uden medhjælp havde deltaget nogle timer daglig i pasningen af forretningen, ikke kunne anses »som havende været Forsørger«.

*H. R. d. i U. 1938 p. 1040* tilkender derimod en *gårdejer*, hvis hustru var død efter en tandudtrækning hos en læge som følge af et uheld, for hvilket lægen ansås ansvarlig, en erstatning på 6000 kr. for *tab af forsørger* i henhold til ikrafttrædelseslovens § 15. Det hedder i Højesterets dom: »Efter de foreliggende Oplysninger om Appellantens Svaghed og Sygdom i længere Tid i de senere Aar og om, at Hustruen i særlig Grad har bidraget til Familiens Forsørgelse ved at drive et stort Hønseri, som efter hendes Død måtte nedlægges, finder 7 af de nævnte 11 Dommere, at der foruden de positive Udgifter . . . er tilføjet Appellanten et Tab, for hvilket Indstævnte er erstatningspligtig i Henhold til § 15 . . . , og som skønsmæssig findes at kunne ansættes til 6000 Kr.« 4 af de voterende »finder efter det om Ægtefællernes Forhold oplyste ikke, at der foreligger Grundlag for at tilkende Appellanten selv Erstatning for Tab af Forsørger . . . «.

*V. L. d. 22. december 1938 i As. S. D. XVII B p. 242* tillægger en *arbejdsmand*, hvis 19-årige hustru var dræbt ved en eksplosion under hjemmearbejde for en fyrværkerifabrik, forsørgererstatning, der dog ansås dækket af den manden i henhold til ulykkesforsikringsloven udbetalte erstatning 4400 kr. Det var under sagen ubestridt, at H. i væsentlig grad havde bidraget til familiens underhold.

*V. L. T. 1939 p. 153* nægter en mand, der sammen med hustruen var antaget til at lede en større *landejendom*, hvis folkehusholdning hun forestod, erstatning for tab af forsørger eller forstyrrelse, idet hans stilling på gården i det væsentlige var uforandret efter H.s død.

*H. R. d. i U. 1940 p. 430* nægter en *rentier M.* — tidligere gård-ejer — erstatning efter § 15. Kravet var støttet på, at M., der nogle år inden hustruens død havde måttet overlade driften af sin gård til en søn, boede alene med H. i et lille hus, og at afdøde uden medhjælp havde passet hjemmet, hvorfor han efter hendes død ville blive nødt til at antage en husholderske med en bekostning af 60-70 kr. månedlig.

To Ø.L.d. i U. 1941 p. 164 og 899 tilkender enkemænd erstatning efter § 15. I det første tilfælde drejede det sig om en *husmand*, hvis afdøde 60-årige hustru gennem hele ægteskabet havde deltaget i pasning af ejendommen (4 tdr. land) og besørget hele arbejdet, når han — c. 60 dage årlig — havde arbejde uden for hjemmet. Da afdøde fandtes at have »bidraget i ikke uvæsentlig Grad til det fælles Hjems Opretholdelse«, tillagdes der manden 1000 kr. i erstatning for den ved hustruens død skete *forstyrrelse* af hans forhold. I en dissens hedder det, at da H. ikke havde været forsørger, var der ikke i § 15 hjemmel til at tillægge erstatning for forstyrrelse af M.s forhold, hvorimod der kunne »blive Spørgsmaal om at tilkende . . . Erstatning for andet økonomisk Tab« end begravelsesudgifter m. v. Da imidlertid »den Omstændighed alene, at Hustruen med sin Arbejdskraft har bidraget ikke uvæsentligt til Opretholdelse af det fælles Hjem«, og at M. »nu ikke kan klare Bedriften og Husholdningen uden fremmed Hjælp«, ikke var nok til at statuere, at der forelå sådant økonomisk tab, ville dissensen kun tilkende M. de positive udgifter. Dommen 1941 p. 899 giver en *avispakker* 1500 kr. i erstatning for *forstyrrelse* af stilling og forhold, idet »Hustruen, hvis betydelige Bidrag til Familiens Underhold maa antages at have været bestemmende for Ægteparrets Levefod«, måtte anses som forsørger i lovens forstand. H. tjente c. 2200 kr. årlig og passede ægteparrets hus og have, medens M. tjente c. 3500 kr. årlig.

Ø.L.d. i U. 1942 p. 420 nægter en *landmand* § 15 erstatning, skønt han og hustruen efter det oplyste havde passet ejendommen på 10 tdr. land uden fremmed hjælp, idet H. foruden at besørge det indvendige arbejde havde deltaget i alt forefaldende undtagen det groveste udendørs arbejde. Det hedder i begrundelsen, at det arbejde, hustruen havde udført i bedriften, ikke kunne »antages at have været forskelligt fra det, der sædvanligvis udføres af en mindre Landbrugers Hustru . . .«.

V.L.d. i U. 1943 p. 620 nægter § 15 erstatning til en 39-årig *arbejdsmand*, der sammen med den jævnaldrende hustru boede på H.'s faders ejendom; H. havde været husbestyrerinde for faderen, medens M. dels gik på dagleje hos andre, dels hjalp med ved driften af ejendommen. H. fik 40 kr. månedlig og begge kost

og logis. Da M. — der efter H.'s død dog havde fået andet arbejde — havde normal arbejdssevne og også før indflytningen havde været i stand til at forsørge H. og sig selv, ansås H. ikke som forsørger.

En utrykt V. L. d. af 16. juli 1949 (II. 869/49) nægter at give såvel forsørgererstatning som erstatning for forstyrrelse til en murermester, hvis 67-årige hustru var død som følge af en på et sygehus begået fejl. M. havde gjort gældende, at H. alene uden medhjælp havde passet husførelsen og hjulpet ham i hans forretning med regnskaberne og udskrivning af regninger, medens han fremtidig måtte antage en husbestyrerinde, hvilket ville koste fra 2-3000 kr. årlig. Dommen begrundes nægtelsen med henvisning til, at H., hvis arbejde, bortset fra nogen deltagelse i regnskabet og udfærdigelse af regninger, udelukkende *foregik i hjemmet*, ikke havde deltaget i forretningen på en sådan måde, at hun derigenem havde bidraget til familiens indtægter i så væsentlig grad, at hun kunne betragtes som forsørger.

Endvidere skal nævnes en utrykt Ø. L. d. af 10. novbr. 1950 (III 204/50), der giver forsørgererstatning i et tilfælde, hvor en 52-årig H., der ved indtægten fra en kontorplads ernærede sin 57-årige M., som på grund af sygdom ikke kunne arbejde ved sit fag, men passede hjemmet, var omkommet ved en færdselsulykke.

Ved utrykt V. L. d. af 21. februar 1951 (IV 1372/50) tillægges der en 67-årig *invalid aldersrentenyder* med en årlig aldersrente af c. 1600 kr. og et lille hus en forsørgererstatning på 3000 kr. i anledning af, at hans 62-årige hustru var omkommet ved et ulykkestilfælde, for hvilket A. var ansvarlig. Det hedder i dommen: »Efter det oplyste har afdøde i ikke uvæsentlig grad ved arbejde i hjemmet og udenfor dette bidraget til familiens underhold, og da det arbejde, hun har udført, skønnes at have ligget betydeligt udover, hvad der sædvanligvis udføres af kvinder i hendes alder og stilling med en svagelig ægtefælle, må hun i forhold til sagsøgeren anses som forsørger i den forstand, hvori dette ord må antages at være benyttet i ikrafttrædelseslovens § 15, stk. 2.«

Som det vil ses, er det ikke helt nemt at finde faste retningslinjer i den af domspraksis hidtil indtagne holdning til spørgsmålet om § 15-erstatning til en enkemand. Så meget kan dog si-

ges, at domstolene har været overordentlig tilbageholdende med hensyn til at tilkende sådan erstatning, men at der i de senere år dog synes at være sket en vis meget forsigtig ændring heri.

Ser vi på de domme, der *anerkender* enkemandens krav på § 15-erstatning, dommene i U. 1921 p. 886 (Ø), As. S. D. XII p. 215 (Ø), U. 1935 p. 1003 (Ø), 1938 p. 1040 (H), As. S. D. XVII B. p. 242 (V), U. 1941 p. 164 og 899 (Ø) samt Ø. L. d. 10. november 1950 og V. L. d. 21. februar 1951, vil det ses, at sådan erstatning i almindelighed kun er tilkendt i tilfælde, hvor hustruen har ydet væsentligt bidrag til de fælles indtægter ved *arbejde uden for hjemmet*, enten for fremmede eller — i mindre landbrug — ved regelmæssig deltagelse i pasningen af bedriften. Med de i disse domme ommeldte tilfælde må vel sidestilles sådanne, hvor H. driver selvstændigt erhverv og derved tilfører indtægter, der er af væsentlig betydning for ægtefællernes hele levelfod (jfr. U. 1941 p. 899). Negativt kan siges, at § 15-erstatning ikke gives, hvor hustruen alene har passet børnene og det fælles hjem, selvom hun yderligere af og til har givet manden en håndsækning i hans bedrift (jfr. V. L. T. 1935 p. 366). Ø. L. d. i U. 1935 p. 1003, tilkender ganske vist manden en mindre erstatning for forstyrrelse, uden at der i dommen indeholdes nogen oplysning om, at hustruen har haft særindtægter, hvorfor det vel er berettiget at gå ud fra, at H. alene har passet hjemmet, men denne dom må vist i så fald vurderes overensstemmende med det gamle ord om den enlige svale, der ingen sommer gør. Men end ikke for tilkendelse af § 15-erstatning til enkemanden i *det anførte beskedne omfang*, kan der siges at være en fast praksis. Den eneste H. R. d. (U. 1938 p. 1040), der tilkender erstatning (med dissens), lægger udover det foranførte vægt på, at manden i længere tid havde været svagelig. V.Lr. anerkender kun enkemandens krav i dommen i As. S. D. XVII B. p. 242, hvor erstatningskravet dog ansås dækket ved den manden tillagte erstatning efter ulykkesforsikringsloven, og dommen af febr. 1951, hvor manden var invalid. Ø.Lr.s holdning er svær at blive klog på. Jeg skal i så henseende blot henvise til dommene i U. 1941 p. 164 og U. 1942 p. 420, der henholdsvis tilkender og nægter § 15-erstatning til mindre landmænd, hvis hustruer begge sammen med manden havde passet ejendommen.



Det vil fremgå af de anførte domme,<sup>7</sup> at der ikke i praksis skelnes skarpt mellem erstatning for tab af forsørger og godtgørelse for forstyrrelse af stilling og forhold. Medens tab af forsørger må anses for økonomisk skade, har det i teorien været stærkt omtvistet, hvorvidt tab ved forstyrrelse af stilling og forhold kan henregnes hertil eller snarere må anses som en ideel skade. *Niels Lassen*<sup>8</sup> udtaler således, at en skarp sondring mellem økonomisk skade og sådant tab ikke foreligger, medens strfl.udk. 1912, mot. p. 138 kalder sådant tab for »ideel Skade«, jfr. T. U. 1917, mot. p. 93, der taler om den i strfl.udk. 1912 § 92 hjemlede erstatning bl. a. for forstyrrelse som en »Godtgørelse for ikke økonomisk Skade«. I U. 1933 B. p. 238,<sup>9</sup> udtaler *Ussing*, at spørgsmålet må anses afgjort ved ikrafttrædelseslovens § 15, der klart forudsætter, at denne skade — ligesom ulempe — »gaar udover, hvad § 15 forstaar ved økonomisk Skade«. At »forstyrrelse« dog også efter *Ussings* mening kan og i de fleste tilfælde vil være af økonomisk art, fremgår af hans udtalelser (ang. det Rigsdagen da forelagte, men ikke gennemførte lovforslag om ændring af ikrafttrædelsesloven § 15) i U. 1939 B. p. 100 f. o.<sup>10</sup>

Efter den norske lov om »Almindelig borgerlig Straffelovs Ikrafttræden«, jfr. P. Kjerschow, Kommentar 1930, kan der gives dels (§ 21, 1. stk.) erstatning for tab af forsørger, dels (§ 21, 2. stk. jfr. § 19, 2. stk.) »oprejsning«, der i modsætning til førstnævnte erstatning kun kan kræves af ægtefælle, børn og forældre, men ikke forudsætter, at afdøde har *forsørget* pågældende.<sup>11</sup> I motiverne til § 21, 2. stk. hedder det, at de bemærkninger angående »oprejsning«, der er anført til støtte for den tilsvarende bestemmelse i § 19, 2. stk. også passer her, »idet man nemlig skal feste opmærksomheden på de visstnok ikke sjeldne tilfeller, hvor bestemmelsen i paragrafens første ledd ikke vil finde anvendelse, fordi den drepte ikke har været de efterlattes forsørger i rettslig forstand, mens drabet allikevel vil kunne ha en følelig betydning også i økonomisk henseende«. I kommentaren p. 999 siges derhos: »Å trekke en skarp grænse mellem den økonomiske og den ikke økonomiske skade, er næppe mulig«.<sup>12</sup>

Det kan vist herefter fastslås, at der, selvom skade ved tab af egentlig forsørger — en skade, der ud fra en i og for sig sund,

men efter forholdene særdeles omtvistelig »mandfolkeopfattelse«<sup>13</sup> sjældent anerkendes for enkemandens vedkommende — ikke anses at foreligge, hyppigt, ja oftest vil være lidt skade ved »forstyrrelse af stilling og forhold« også i økonomisk henseende.

Således som de økonomiske forhold har udviklet sig, hvor medhjælp i hjemmet snart er en luksus, som kun meget velstillede kan skaffe sig, og hvor hustruens arbejde i selve hjemmet derfor er af ligeså stor økonomisk værdi som mandens og den selverhvervende kvindes udenfor dette, burde formentlig sådan skade ialt fald i langt større udstrækning, end domstolene hidtil har været tilbøjelig til, anerkendes ikke blot for enker og efterladte børn, men også for enkemænd. Det er af interesse hermed at sammenholde udviklingen hos Borum, Familieretten, II, 1941 p. 167, hvor det ved omtalen af ægtefællernes gensidige underholdspligt iflg. lov nr. 56 af 18. marts 1925 § 2 bl. a. hedder: »Navnlig har man villet ramme en Pæl igennem den Forestilling, at en Hustru, der selv passer sit Hus og Hjem, medens Manden er Erhverver udadtil, forsørges af Manden. I de overvejende Antal Tilfælde, hvor Mandens Indtægt ikke overstiger Udgiften ved et beskedent Forbrug, yder Hustruen, der paa egen Haand passer sit Hjem og sine Børn, en Indsats, der fuldt ud modsvares Mandens, og godt kan sidestilles med det Bidrag til Familiens Underhold, som ydes af en Hustru, der i Fællesskab med Manden driver et mindre Landbrug«. Den naturlige konsekvens af den ligestillethed, der ved loven er givet ægtefællerne med hensyn til underholdet, og de synspunkter, der som af Borum anført ligger til grund herfor, synes mig at måtte føre til, at det — i hvert fald i adskilligt videre omfang end i praksis hidtil sket — anerkendes, at også for den mand, der mister sin hustru, vil den økonomiske basis, familiens forhold bygge på, i høj grad være forrykket, særlig når der er mindreårige børn i hjemmet,<sup>14</sup> eller manden er ældre, og at der derfor turde være al grund til i højere grad end hidtil, ja i almindelighed at give godtgørelse for sådan forstyrrelse bortset fra tilfælde, hvor det drejer sig om et ungt ægtepar uden børn eller et ægtepar, hvor enkemanden er så velsitueret, at han er i stand til uden nedsættelse af sin levefod at forskafe sig anden kvindelig hjælp i huset, eller lignende tilfælde. Jeg kan derhos ikke se, at der er nogen virkelig grund til at skelne

mellem landbefolkningen og bybefolkningen, således som der i praksis synes at være en tendens til. Det er vel rigtigt (og ikke i tilstrækkelig grad erkendt i praksis), at hustruens indsats i de fleste landbrugshjem er af lige så stor økonomisk betydning som mandens, men mon det samme ikke ret beset gælder de allerfleste byhjem, arbejderes, funktionærers, håndværkeres, småhandlendes m. v., hvor tabet af hustruen ofte skaber de største vanskeligheder også af økonomisk art for den efterlevende mand, hvad enten H. har været helt eller tildels selverhvervende (hvad meget hyppigt er tilfældet), har arbejdet tillige i forretningen m. v. eller alene har passet hjem og børn. Som oftest vil den efterlevende mand — selvom han hverken er svagelig eller en »drivert« — lide alvorlig økonomisk tab eller forstyrrelse i sine forhold. Naturligvis må det tages i betragtning, at udgiften til hustruens underhold er bortfaldet, ligesom hensyn eventuelt må tages til, om manden muligt er bedre situeret end skadevolderen, men heri ligger der jo ikke noget for dette erstatningstilfælde særegent.

Når spørges, hvad der ligger til grund for domstolenes udprægede tilbageholdenhed, må svaret vel blive, at den i alt overvejende grad må antages at skyldes den overleverede opfattelse af manden som den egentlige forsørger. Det er jo oftest ham, der skaffer pengene til huse, og ikke mindst blandt »skabningens herrer« (fra hvis kreds dommerstanden endnu i alt væsentligt rekrutteres) har vist erkendelsen af hjemmearbejdets ækvivalens først i de senere år fæstnet sig. Dette må antages at have haft så meget større indflydelse på domspraksis, som vor ikrafttrædelseslovs § 15 — i modsætning til norsk lovs regel om oprejsning, jfr. foran — også som betingelse for at give godtgørelse for forstyrrelse kræver, at den dræbte har været »forsørger«. Kravet herom var da også opgivet i det fornævnte forslag til ændring af § 15, og ingen af de forfattere, der har udtalt sig om forslaget,<sup>15</sup> har haft noget at indvende herimod. Det rigtigste ville vel være, om »forsørger«-kravet i denne relation opgaves ved en eventuel ændring af ikrafttrædelseslovens § 15, men jeg ville mene, at domstolene allerede nu med føje må kunne fortolke »forsørger« noget videre, end man øjensynlig hidtil har været tilbøjelig til, idet den rette begrænsning med hensyn til tillæggelsen af, hvad man kunne kalde egentlig

forsørgererstatning — i modsætning til forstyrrelseserstatning — opnås ved fortsat at stille visse krav til beviset for eller sandsynliggørelsen af, at aktuelt tab er lidt.

En ændring i praksis i den af mig forsvarede retning ville formentlig være så meget rimeligere, som der selv under de stærkt ændrede livsvilkår i almindelighed tilkendes den efterlevende hustru erstatning for tab af forsørger, selvom hun er ung, barnløs og fuldt erhvervsdygtig,<sup>16</sup> ligesom der — vistnok uden undtagelse — tilkendes mindreårige børn sådan erstatning efter den afdøde moder, uanset om deres økonomiske forhold ikke ændres det ringeste, idet det er og altid har været den efterlevende fader, der bringer pengene hjem. Det er vel i disse tilfælde nærmest bortfaldet af den retlige forsørgelsespligt, der lægges vægt på, men det må jo herved erindres, at også hustruen har forsørgelsespligt overfor manden. Endelig må anføres, at en efterlevende mand, hvis hustru er dræbt ved et ulykkestilfælde henhørende under ulykkesforsikringsloven, jfr. lovbekendt. nr. 149, 23. marts 1948 § 39, har krav på samme forsørgelseserstatning som en enke, hvis den afdøde hustru »regelmæssig og i væsentlig Omfang deltog i Familiens Erhvervsarbejde«. Det ses ikke, hvilke relevante hensyn der kan føre til at pålægge erstatning for tab af forsørger i videre omfang ved ulykkestilfælde efter nævnte lov end ved andre skadetilfælde, hvor ansvaret endda er betinget af culpa.

#### NOTER

1. Udhævelsen er Ussings egen.
2. Jfr. om dette begrebs afgrænsning udviklingen i »Erstatningsretten« p. 137-42.
3. Jfr. l. c. p. 136 og Bache, U 1929 B p. 345-46.
4. Jfr. R. T. 1927-28 Till. A. sp. 5416-17.
5. Jfr. således Ussing: T. f. R. 1921 p. 80 ff., Forhdl. på 13. nord. Juristmøde, 1925 p. 96-124 og Bache U. 1929 B, p. 345 ff.
6. Jfr. lign. afgørelser i U. 1926 p. 31 (H), 1928 p. 159 (Ø). As. S. D. VII 1928 p. 134, VIII p. 124 (V) IX p. 203 (V), XI p. 252 (Ø) og 253(Ø), XIV p. 144(V) og 186(Ø).
7. Jfr. også U. 1937 p. 460 (H).
8. Jfr. T. f. R. 1892 p. 118-20, jfr. også forhdl. på 9. nord. juristmøde, 1899, p. 138 ff. og Scheel bil. IV, særligt p. 14.
9. Anmeldelse af Popp-Madsen, Bod. 1933.
10. Jfr. herved Krabbe i U. 1939 B. p. 294.

11. Jfr. Kjerschow, Kommentar p. 1005.
12. Se om svensk ret strafflagen 19. marts 1926, 6. kap., 4 § jfr. Hj. Karlgren, Skadeståndsläran p. 163 ff. samt E. Hörstadius i Sv. J. T. 1935 p. 242 ff. (særlig p. 249).
13. Jfr. Baches foran cit. udt. i U. 1929 B. p. 354.
14. Som foran anført erkender Bache da også, l. c. p. 354, at der vil kunne blive tale om øgede udgifter for manden i så tilfælde.
15. Jfr. Ussing U. 1939 B. p. 93 ff., Drachmann-Bentzon, smst. p. 114 ff. og Krabbe, smst. p. 293 ff. (særlig p. 295).
16. Jfr. således U. 1944 p. 912 (V), der tillægger en 27-årig barnløs, fuldt arbejdsdygtig enke efter 30-årig kontorassistent 7000 kr. for tab af forsørger. Ægteskabet havde varet i 7 måneder; H. havde såvel før som af og til under dette arbejdet i en forretning, og tog efter mandens død ansættelse som sygeplejeelev.

# Er livrenteforsikringskrav overdragelige?

Af O. A. Borum

Fortolkningen af § 18 i lov 7. april 1899 om formueforholdet mellem ægtefæller og dens afløser § 15, stykke 2 i lov 18. marts 1925 om ægteskabets retsvirkninger (Æ. L. II) har givet anledning til adskillig tvivl. Her skal som et bidrag til dette festskrifts hyldest til *Henry Ussing* omtales et spørgsmål der rækker ud over familieformueretten. Udenfor formuefællesskabet er ifølge loven 1899 § 18 — foruden personlige rettigheder, såsom forfatterrettigheder og lignende rettigheder — »sådanne formuerettigheder, som ere uadskillelig knyttede til den berettigede person, såsom pensioner, livrenter, overlevelserefter, aftægtsrettigheder, fideikommissariske rettigheder, uoverdragelige brugsrettigheder, derunder fæsterettigheder, næringsrettigheder, personlige privilegier o. desl.« Æ. L. II udtrykker sig mere kortfattet, idet den kun taler om »rettigheder som er uoverdragelige (eller iøvrigt af personlig art)«. Motiverne, familieretskommissionens betænkning 1918 s. 130, siger herom at man ikke har fundet det nødvendigt at give den udførlige opregning af rettighederne som findes i § 18, men at udkastets kortere udtryk omfatter de samme rettigheder. Det der karakteriserer disse rettigheder, hedder det videre, er deres tilknytning til den berettigedes person, særlig deres uoverdragelighed.

Hvad særlig angår retten ifølge en livrenteforsikring er *Bentzons* standpunkt i *Familieretten* II 1926 s. 64 at en livrente er særeje. Som begrundelse siges lige ud: thi retten er »uoverdragelig«. *Bentzon* har her glemt sin tidligere udtalelse i *Familieretten* 1916 s. 124, der gentager *Deuntzers* *Familieret* 1899 s. 127: »men det ligger

ikke i loven, at alle disse rettigheder altid er uoverdragelige, f. eks. livrente, aftægt, og har de ikke denne karakter, hører de til fællesboet«. *Borum*, Familieretten II 1942 yder intet fortolkningsbidrag, men er opmærksom på lovændringen 1930-31, idet livrente — hvorved i første række er tænkt på livrenteforsikring — forsigtigt nævnes som eksempel på rettigheder som »kan være uoverdragelige«, (jfr. Formuefællesskabet 1937 s. 12 note 15).

Udkastet til loven 1899 er affattet af Deuntzer og Nellemann. Lovens § 18 svarer ordret til udkastets § 17 med den ene tilføjelse at »aftægtsrettigheder«, som — efter hvad Nellemann sagde i landstinget — måtte antages omfattet af reglen, udtrykkelig blev nævnt. I bemærkningerne til lovforslagets § 17 (lovens § 18) i rigsdagstidende 1898-99, tillæg A sp. 2655-56 gives følgende begrundelse for reglen: Når den første af disse kategorier nævnes (herved sigtes til hele § 18) er det væsentlig for fuldstændigheds skyld, og ikke fordi man herved tror at indføre noget nyt. De rettigheder, som her anføres er dels (de personlige) . . . . . dels sådanne virkelige formuerettigheder, som enten ifølge deres natur eller på grund af positive lovbestemmelser er uadskillelig knyttede til den berettigede person, hvilket sædvanligvis vil vise sig i, at vel måske den enkelte præstation, men ikke selve rettigheden kan overdrages til andre; herhen kan regnes pensioner, livrenter og overlevelsesser, for hvilke sidstes vedkommende det tillige jævnlige vil være bestemt ved lov eller særlig bevilling, at de ikke kunne være genstand for kreditorers forfølgning . . . . . Om de nævnte rettigheder og andre lignende, der ikke kunne udtømmende opregnes, gælder det allerede nu, at selve rettigheden står udenfor formuefællesskabet, hvilket bl. a. viser sig deri, at man formentlig ingen sinde har antaget, at den først afdøde ægtefælles arvinger ved skifte med den længstlevende, når denne er indehaver af de nævnte rettigheder, kunne forlange rettigheden evalueret, for at få deres andel i penge.

Når *N. Cohn* i sin disputats: Livsforsikringskravets Formueretlige Behandling 1918, s. 246 (jfr. iøvrigt s. 261-62, s. 404-06 og s. 431) påstår at *motiverne* til loven 1899 viser, at det end ikke har været meningen at opstille en formodning om uoverførlighed for de udtrykkelig nævnte former, livrenter og overlevelsesser, har

denne påstand ikke kunnet verificeres. Det er derimod muligt at Cohn har ret i at *meningen* kun har været at udtale det selvfølgelig, at formuerettigheder ikke indgår i formuefællesskabet, hvis de er uadskilleligt knyttede til den ene ægtefælles person, men ikke at afgøre hvornår dette er tilfældet. Deuntzers senere, ovenfor citerede udtalelse i Familieretten 1899 kan tyde herpå. På et senere sted i afhandlingen udtaler Cohn sig da også anderledes. Side 405-06 hedder det at hvis loven har forudsat, at rentekravene i sig selv har denne karakter (uoverdragelige rettigheder), er forudsætningen urigtig, og da den ikke er nødvendig for bestemmelsens anvendelse, tillige uforbindende. Dette er en helt anden melodi, der lyder ganske bestikkende, selvom den er udtrykt i nogle kedelige lærebogssætninger.

Forklaringen på at de to meget kyndige jurister *Deuntzer* — *Nellemann* ved formuleringen af § 18 uden videre har nævnt livrenten som eksempel på rettigheder som er uadskillig knyttede til den berettigedes person, må vist nærmest søges i følgende to omstændigheder. Medens livrente i dag er nogenlunde ensbetydende med livrenteforsikring, bruger *Jul. Lassen* i Obligationsrettens specielle del 1897 s. 548 — under bevidst udskyden af forsikringskontrakterne — ordet livrente som fællesbetegnelse for de forsørgelseskontrakter der giver den berettigede krav på bestemte periodiske ydelser og som ikke er fledføris- eller aftægtskontrakter. Da *Nellemann* i landstinget bliver spurgt af Octavius Hansen hvorfor aftægtsrettigheder ikke er nævnt i § 18, svarer han da også (sp. 590): At aftægt ligesom en fæsterettighed i reglen vil være en personlig ret, antager jeg som oftest vil slå til. — Den anden omstændighed, som var egnet til at tilsløre livrentens principielle overdragelighed, var de lovbestemmelser der hjemler forsørgelsesrettigheders, derunder livrenters uoverførlighed.

Der tænkes her først og fremmest på reglen i loven af 18. juni 1870 om Statsanstalten for livsforsikring § 6, stykke 3: Ingen forsørgelse kan overføres til nogen anden end den til fordel for hvem den er tegnet, medmindre forsørgeren ved forsikringens tegning udtrykkelig har erklæret at sådant skal kunne ske, og bliver bemærkning herom i så fald at optage i forsikringsdokumentet.<sup>1</sup> På grund af den overvejende betydning som Statsantaltens regler om



livrenter havde på tidspunktet for gennemførelsen af loven af 7. april 1899, var det ikke unaturligt at man havde vænnet sig til at betragte livrenteretten som uoverførlig. Dette gjaldt de i Statsanstalten tegnede livrenter, og det var langt de fleste. At der ved køb i Statsanstalten af en livrente f. eks. til en hustru eller datter skulle være taget forbehold om at den forsørgede skulle være berettiget til at overføre forsørgelsen »til nogen anden«, var sikkert en så sjælden undtagelse, at man ved betragtningen af reglen i loven 1870 § 6, stykke 3 kunne bortse herfra.

Ved forsikringsaftaleloven af 15. april 1930 § 118 gøres de for kapitalforsikring i de foregående §§ af kap. 3 fastsatte regler anvendelige på renteforsikring, derunder navnlig livrenten, hvor sel-skabet forpligter sig til periodiske ydelser, sålænge en bestemt person lever. Den person i hvis levetid renten skal løbe kan være forsikringstageren eller en trediemand. Hovedtilfældene, som vi i det følgende vil holde os til, er: 1. A køber ved indbetaling af en sum en gang for alle en livrente til sig selv, d. v. s. en livrente der skal betales ham sålænge han lever; 2. A (forsikringstageren) køber på samme måde en livrente til en person B, som han ønsker at sikre en forsørgelse, f. eks. sin hustru eller datter, d. v. s. en livrente der løber sålænge hustruen eller datteren lever.

Den følgende undersøgelse tager sigte på at belyse nogle af de problemer der opstår, navnlig indenfor familieformueretten, ved lovens skematiske overførelse en bloc af reglerne om kapitalforsikring på livrentekontrakten. Allerede højesteretsdommer *Drachmann Bentzons* udtalelser i Juridisk Forening 1922<sup>2</sup> giver udtryk for en vis kritik. Det hedder her, at livrentepolicen på grund af ydelsens usikre karakter ikke egner sig til at benyttes i omsætningen eller som sikkerhed. Det siges videre, at reglerne om indsættelse af begunstiget er ret upraktisk ved livrenter. Men man har dog ment ikke helt at burde udelukke reglernes anvendelse, da der kan tænkes tilfælde hvor der kunne blive praktisk brug for dem. Hermed kan jøvnføres *Henry Ussings* udtalelser i *Enkelte Kontrakter* 1940 s. 277, 2. udgave 1946 s. 294: reglerne om indsættelse af en begunstiget har hovedsagelig praktisk betydning ved livsforsikring på dødsfald, og s. 290, 2. udgave s. 309: renteforsikringer egner sig i almindelighed ikke til omsætning. Det tilfælde

som Drachmann Bentzon har for øje ved sin bemærkning om at man ved livrenter ikke helt har villet udelukke anvendelsen af reglerne om indsættelse af en begunstiget, beskrives i motiverne til lovudkastet 1925 således s. 161: Hvis f. eks. en mand har tegnet en livrente, der skal løbe i hans gifte datters levetid, uden at denne har fået tillagt nogen ret til at oppebære renten, og hun senere forlader landet efterladende sig et barn som forsikringstageren tager sig af, vil der kunne være anledning for denne til at søge livrenten overført på barnet (men selvfølgelig således at den vedblivende løber i datterens levetid). Man har derfor ikke fundet tilstrækkelig anledning til med de øvrige nordiske tekster at udelukke ham fra at tilbagekalde begunstigelsen eller indsætte en ny begunstiget efter at rentenydelsen er trådt i kraft. — Dette er beklageligt, for såvidt som man herved har givet plads for en tvivl som de andre nordiske love lykkeligt har undgået. Det i motiverne skildrede triste familieanliggende kunne man roligt have overladt til privat arrangement. Det kan i hvert fald ikke bære den danske lovs særstandpunkt, rent bortset fra den i motiverne unævnte vanskelighed, der opstår ved at der hver gang livrenten skal udbetales, skal præsteres leveattest for datteren. Den norske og svenske lov opstiller her den fornuftige formodningsregel, at begunstigelsen, når forbehold ikke er taget, bliver uigenkaldelig ved udbetaling af det første rentebeløb, jfr. *Phillips Hult Föreläsningar över Försikringsavtalelagen* 1936 s. 244. Jeg er tilbøjelig til at antage at man, uanset den danske lovs afvigende affattelse og motivernes bemærkninger, ved naturlig fortolkning af aftalen må komme til det samme resultat, nemlig at begunstigelsen, når forbehold ikke er taget, bliver uigenkaldelig, såsnart rentenyderen er begyndt at oppebære livrenten, således at forsikringstageren afskæres fra den ham ved genkaldelig begunstigeelse efter § 108 stykke 1 tilkomende ret til at råde over forsikringen; jfr. *Drachmann Bentzons kommentar* 1931 s. 510 »hyppigt fremgå af omstændighederne at det har været forsikringstagerens mening at give rentenyderen en uigenkaldelig ret«.

Det næste spørgsmål bliver så: hvilken ret har livrentenyderen til at råde over forsikringen? Da en ret til at forlange tilbagekøbsværdien ved livrenten i al fald kun indrømmes under særlige be-

tingelser, se Ussing s. a. side 305, kan opmærksomheden her foreløbig rettes mod livrentenyderens ret til at overdrage, pantsætte eller på anden måde råde over de rettigheder som forsikringsaftalen måtte hjemle. For sammenhængens skyld vil vi først tænke på det ovenfor nævnte tilfælde at en fader som gave har købt en livrente, f. eks. på 200 kr. månedlig til sin datter. Er datterens ret til så længe hun lever at nyde livrenten uoverdragelig, eller kan hun overdrage den f. eks. til en veninde eller til sit barn? Var livrenten før 1931 tegnet i Statsanstalten var sagen klar. Ifølge den ovenfor citerede bestemmelse i loven 1870 § 6, stykke 3 kunne ingen overførsel ske, med mindre faderen ved forsikringens tegning udtrykkelig havde bestemt at dette skulle kunne ske og bemærkning herom var optaget i forsikringsdokumentet; jfr. herved endnu *Jul. Lassen*, Lærebog i Obligationsrettens specielle del 4. udgave 1931 ved *Henry Ussing* s. 278: Efter lov 1870 er det dog hovedreglen at livrenter og overlevelserefter i Statsanstalten er uoverdragelige — til dem sigter § 6, stykke 3 med udtrykket »forsørgelse«. — I tillæg 1936 til nævnte lærebog lod Ussing denne sætning udgå.

Ved de af forsikringsaftaleloven af 1930 foranledigede ændringer af statsanstaltsloven som skete ved lov nr. 299 af 26. november 1931, se nu lovbekendtgørelse nr. 335 af 24. juni 1940 med senere ændringer af 12. juli 1946, forsvandt imidlertid reglen i den gamle lovs § 6 stykke 3 om livrenters uoverførlighed. Dette var en følge af at F. A. L. § 118 har gjort reglerne i §§ 111-115 om omsætning af livsforsikringspolicer anvendelige på livrenteforsikringer, med den af § 118 pkt. 2 følgende undtagelse at selskabet har ret til uden iagttagelse af den i § 114 foreskrevne fremgangsmåde at udbetale forfaldne livrenteydelser til den opgivne rentenyder. Statsanstaltsloven 1931, nu lovbek. 1940, indeholder imidlertid i § 25, stykke 3 et fingerpeg om at livrenter der er tegnet i Statsanstalten for trediemand, f. eks. en datter, stadig ikke uden videre kan behandles efter de om kapitalforsikringer gældende regler om overdragelighed og råden over forsikringen. Det bestemmes nemlig her at tilbagekøb (mod tilfredsstillende helbredsattest, jfr. U. f. R. 1937 s. 974) af livrenter der er tegnet af andre end den forsikrede, kun sker når det er betinget ved forsikringens tegning

eller forsikringstagerens samtykke foreligger. — Reglen i statsanstaltslovens § 25 er (efter at ovenstående var skrevet) blevet ændret ved lov nr. 507 af 20. december 1950. Livrenters tilbagekøb er nu ikke blot betinget af tilfredsstillende helbredsattest, men finder i det hele kun sted undtagelsesvis, hvor forholdene efter bestyrelsens skøn gør det rimeligt.<sup>3</sup> Sidste punktum lyder nu: »Ved . . . . livrenter, tegnet af andre end den forsikrede, er det yderligere en forudsætning, at forsikringstageren ikke har bestemt, at tilbagekøb ikke må finde sted.« Omformuleringen hænger sammen med Statsanstaltens praksis, hvorefter der, når en livrente tegnes af en anden end den forsikrede, altid i begæringen forlanges en udtrykkelig erklæring fra forsikringstageren om hvorvidt livrenten skal tilhøre den forsikrede, og om den, hvis den forsikrede bliver ejer af den, skal være uafhængelig. Reglens ændrede formulering kan naturligvis ikke udelukke at tilbagekøb finder sted, selv om forsikringstageren i begæringen har bestemt at dette ikke må ske, når hans samtykke hertil senere erhverves af den forsikrede.

Den materielle retsstilling ved livrenter der — som i det ovenfor nævnte tilfælde — i forsørgelsesøjemed er tegnet af andre end den forsikrede må nemlig, hvad enten livrenten er tegnet i Statsanstalten eller i de private forsikringsselskaber, antages at være den at livrentenyderen ikke, hverken i forsikringstagerens levende live eller efter hans død, er berettiget til ved aftale med selskabet at få livrenten afløst af en kontant udbetaling af tilbagekøbsværdien, medmindre forbehold herom er taget ved forsikringens tegning eller forsikringstagerens samtykke er opnået. Denne ordning følger af hvad der må antages at have været *faderens mening og hensigt* ved købet af en livrente til datteren, nemlig *at sikre hende en livsvarig indtægt, en forsørgelse*. At livrenten ikke kan røres af datterens kreditorer følger af F. A. L. § 116, stykke 1. Men kan datteren gøre hele faderens hensigt og formål med den af ham præsterede opofrelse illusorisk ved at overdrage livrenten til en veninde eller sin forlovede eller til sin ægteemand eller sit barn?

Antages det at retten til livrenten efter faderens død (§ 110) eller ved hans overgivelse af policen til datteren (§ 111) bliver en overdragelig ret, som datteren kan disponere over efter forgodt-

befindende, må det også antages at den indgår i formuefællesskabet mellem hende og hendes ægtemand, og følgelig skal deles hvis hun bliver separeret eller skilt fra manden, ligesom den indgår i dødsboet ved mandens død, alt under forudsætning af at faderen ikke i henhold til Æ. L. II § 21 nr. 2 har bestemt at livrenten skal være datterens særeje. Er dette ikke sket, dækkes livrenten ikke af reglen i samme lovs § 15, stykke 2, hvis den ikke opfattes som en uoverdragelig rettighed.

Ser vi først på det tilfælde at faderen er blevet liggende med polisen, men har givet datteren meddelelse om tegningen og har ladet livrenten tilflyde hende, er faderens ret efter F. A. L. § 109 meget lidt værd. Nogen tilbagekøbsret eksisterer ikke. Begunstigelsen er ved første udbetaling af livrenten til datteren blevet uigenkaldelig, jfr. ovenfor, medmindre forbehold er taget. Faderen kan følgelig ikke disponere over retten i nogen som helst retning, medmindre han får datterens tilslutning hertil. Hvorledes datteren, som hidtil ikke har kunnet disponere over de fremtidige livrentebeløb, skulle få en anden stilling ved faderens død er ikke let at indse. Nogen real begrundelse herfor synes ikke at kunne gives. Der kan navnlig ikke i forholdet mellem faderen og datteren findes noget holdepunkt for at hendes beføjelse til at disponere over retten skulle blive en anden og videregående, når faderen dør.

Men kan man spørge, tvinger F. A. L. § 110 ikke til et andet resultat? Dette vil jeg indtil videre benægte. Læser man motiverne til § 110 har de ganske andre situationer for øje. Den mekaniske overførelse af § 110 på livrenter må forstås cum grano salis. Det er naturligt at retten til eventuel bonus overgår til datteren, ligeledes retsstillingen ifølge tilsynsloven af 30. juni 1922 § 30. Men jeg er så temmelig ude af stand til at forstå at datteren ved faderens død skulle erhverve en ret til at disponere over de fremtidige livrentebeløb, *en ret som faderen ikke havde, mens han levede.*

At forlange at faderen udtrykkelig skal have betinget sig at retten skal være uoverdragelig er en urimelig formalisme. Dette kræves heller ikke af § 110. Efter ordene »såfremt intet andet fremgår af forholdet«, må den af faderen ved tegningen manifesterede interesse for at sikre datteren en vis fremtidig forsørgelse være tilstrækkelig til at gøre retten uoverdragelig.

At retsstillingen skulle blive en anden ved faderens overgivelse af policen til datteren kan jeg heller ikke se. Det er ganske naturligt at faderen giver datteren policen som et bevis på den forsørgelse han har skænket hende. I dette tilfælde at konstruere policens overgivelse som en ved køb eller på anden måde stedfunden overdragelse af en livsforsikringspolice (F.A.L. § 111), forekommer mig at være en opfattelse der ganske sætter sig ud over hvad der har været parternes vilje og hensigt med handlingen. Forøvrigt er § 111 ligesom § 110 fravigelig. Dens eventuelle anvendelse udelukker derfor ikke antagelsen af et til »overdragelsen« knyttet stiltiende, men i hele situationen liggende forbehold fra giverens side om livrenterettens uoverdragelighed.

Akcepteres det anførte, må man sikkert komme til *en almindelig formodningsregel om at en livrente der i forsørgelsesøjemed tegnes til fordel for en forsikringstageren nærstående person må anses for uoverdragelig*,<sup>4</sup> i overensstemmelse med hvad der må antages at have været giverens hensigt. Tanken om en videreoverdragelse af en sådan ret må forekomme så fjerntliggende, at et regelsystem som forsikringsaftalelovens, der nuanceløst overfører de om kapitalforsikring gældende regler på livrenter, ikke kan tvinge til at antage et resultat der ganske strider mod det af giveren tilsigtede forsørgelsesøjemed.

Den her forsvarede præsumtion for livrentens uoverdragelighed må også gælde en livrente som den ene ægtefælle tegner til fordel for den anden. Ægtepagt kan ikke kræves. Livrentens karakter af en »forsørgelse som sikres den anden ægtefælle« må føre den ind under undtagelsesbestemmelsen i Æ. L. II § 30, jfr. Borum i U. f. R. 1939 s. 124 og Familieretten II s. 279-80. Er der skabt en uoverdragelig ret for den begunstigede ægtefælle, fører reglen i Æ. L. § 15, stykke 2 i dette tilfælde til at rettigheden i tilfælde af ægteskabets opløsning (samt ved separation og bosondring) bliver at behandle som livrentenyderens særeje. Dette resultat kan i det almindelige tilfælde hvor livrenten har karakter af en forsørgelse der af en ældre ægtemand sikres hustruen heller ikke anses for betænkeligt. Har livrenten mere undtagelsesvis en anden karakter, der bevirker at den ægtefælle for hvis bodelsmidler eller særeje livrenten indkøbes ikke vil opgive den en forsik-

ringstager i almindelighed tilkommende råden over forsikringen, må han tage forbehold herom ved tegningen af livrenteforsikringen. Muligt vil situationen i ganske enkelte tilfælde ligge således, at et stiltiende forbehold herom naturligt må indfortolkes i aftalen med den anden ægtefælle.

Tilbage bliver så de tilfælde hvor en gift eller ugift mand eller kvinde har tegnet en livrente på sit eget liv der skal udbetales til ham selv.<sup>5</sup> Her kommer den i F. A. L. § 118 skete henvisning til reglerne om kapitalforsikring uden videre til anvendelse. Retten ifølge livrentekontrakten er overdragelig og indgår i fællesboet mellem forsikringstageren og hans ægtefælle uden hensyn til om den er tegnet før eller efter ægteskabets indgåelse, medmindre den er forsikringstagerens særeje ifølge Æ. L. II § 21, d. v. s. medmindre den er særeje ifølge ægtepagt eller er indkøbt for midler der er forsikringstagerens særeje ifølge givers eller arveladers bestemmelse. Er livrenten indkøbt for fællesejemidler hører den til fællesboet og må indgå i dette ved dets deling i tilfælde af ægteskabets opløsning (samt separation og bosondring), enten således at der tillægges den anden ægtefælle eller dennes arvinger halvdelen af de derefter faldende livrentebeløb eller således at der i kraft af vederlagsreglen i § 23 tillægges disse halvdelen af livrentens tilbagekøbsværdi.<sup>6</sup> Mod kreditorerne er livrenten også i dette tilfælde dækket ved reglen i F. A. L. § 116, stykke 1. Kun i tilfælde af forsikringstagerens konkurs, kan livrenteretten angribes af hans kreditorer efter de nærmere regler i § 117.

#### NOTER

1. Jfr. tidligere kgl. resolution af 2. marts 1842 om en Forsørgelsesanstalt og en Livsforsikringsanstalt § 15: Til betryggelse for forsørgerne om at de for andre erhvervede forsørgelser ikke skulle få en anden anvendelse end den de havde påtænkt, bestemmes det udtrykkelig at enhver disposition, den forsørgede måtte gøre over den for ham anskaffede forsørgelse, er ugyldig og ikke vil blive anerkendt af anstalten.
2. Se Juridisk Forenings årbog 1921-22 s. 69 og Juridisk Tidsskrift 1922 s. 61.
3. Begrundelsen herfor er ifølge motiverne til § 25 (rigsdagstidende 1950-51 tillæg A sp. 3529 ff., jfr. finansministerens forelæggelse 29. november 1950 i landstingstidende sp. 205) at den ret til til-

bagekøb uden motivering som tidligere tilkom den forsikrede ved livrenter i flere tilfælde har medført uheldige resultater, idet der herigennem vil kunne spekuleres mod Statsanstaltens interesser. Det oplyses videre i motiverne at de private selskaber normalt ikke tillader tilbagekøb af livrenter.

4. Pensionskrav, der omfattes af lov nr. 183 af 11. november 1935, er ifølge § 18 uoverdragelige; jfr. U. f. R. 1941 s. 457 om Østifternes Kreditforenings pensionsreg-

lement. Pensionskrav i henhold til lov 6. juni 1946 om statens tjenestemænd er ifølge § 35 uoverdragelige, jfr. *Poul Andersen* Dansk Forvaltningsret 2. udg. 1946 s. 198.

5. Der bortses fra det ikke meget praktiske tilfælde at A tegner en livrente på B's liv, der skal udbetales A sålænge B lever.
6. Se Østre Landsrets domme i U. f. R. 1932 s. 1127 og 1944 s. 368, jfr. *Sindballe* Forsikringsret II s. 77 og *Borum* Arveret s. 42.



# Skal enkelt- eller dobbeltkravslæren anvendes ved beregningen av rederens begrensede kollisjonsansvar?

Av professor, dr. jur. Sjur Brækhus

## *1. Problemstilling.*

1. Hvis det ved en kollisjon mellom to skip er utvist skyld på begge sider, skal etter sjøl. § 220. 2 »enhver av de skyldige erstatte skaden efter forholdet mellem beskaffenheten av de paa hver side begaaede feil«. Er begge skip blitt skadet ved kollisjonen, kan erstatningsplikten beregnes på to forskjellige måter:

(1) Man kan legge sammen begge skips tap, og ved hjelp av skyldbøken bestemme hvor stor del av det samlede tap hvert rederi skal bære. Det rederi som ved kollisjonen er tilføyd mindre tap enn det etter beregningen skal bære, pålegges så å erstatte det annet rederi differansen.

(2) Man kan bestemme hvert rederis (brutto)ansvar som en så stor del av det annet rederis tap som skyldbøken tilsier, og så ved å trekke det minste beløp fra det største finne den saldo som skal betales.

Til disse to beregningsmåter svarer to forskjellige juridiske konstruksjoner. Ved den første faller det naturlig å si at det bare oppstår ett erstatningskrav, nemlig kravet på utligning av tapet så fordelingen blir slik skyldbøken tilsier. Denne konstruksjon kan også anvendes ved den annen beregningsmåte, idet bare kravet på den saldo som skal betales, oppfattes som et egentlig erstatningskrav. Men her ligger det nærmere å si at det oppstår to erstatningskrav, som senere motregnes.

Ussing kaller den første av disse konstruksjoner for »enkeltkravslæren«, den annen for »dobbeltkravslæren«;<sup>1</sup> man taler også

om henholdsvis »netto- og bruttoberegning«, eller man anvender det engelske retsspråks »single« og »cross liability«.

I mange tilfelle vil resultatet bli det samme enten man gjør opp på grunnlag av enkeltkravslæren eller på grunnlag av dobbeltkravslæren. Men det forekommer også konflikter hvor valg av oppgjørsmåte får stor betydning for de forskjellige interessenters rettsstilling.

2. Særlig viktig er valget av oppgjørsmåte når man skal bestemme hvad rederne skal kunne kreve av sine assurandører. Denne side av problemet har vært drøftet inngående tidligere.<sup>2</sup> Av hensyn til det følgende finner jeg imidlertid å måtte gi en kort oversikt over de viktigste punkter her.

Rederiene vil som regel ha dekket kollisjonsrisikoen, både risikoen for skader på eget skip og risikoen for ansvar overfor det møtende skip. Dette betyr imidlertid ikke at et rederis samlede tap ved en kollisjon skal bæres av den eller de samme assurandører. For det første må rederiet normalt bære visse deler av tapet selv, først og fremst tidstapet. For det annet vil ansvarsrisikoen eller en del av denne undertiden være dekket av andre assurandører enn kaskoassurandørene. Når et skip pålegges å betale kollisjonserstatning til det annet skip, vil skipets samlede tap og ansvar altså i prinsippet bli fordelt mellom tre personer: rederi, kaskoassurandør og ansvarsassurandør. Et tilsvarende fordelings-spørsmål oppstår hvor skipet blir tilkjent en kollisjonserstatning: Hvis kaskoassurandøren har erstattet skipets skader, trer han etter prinsippet i fal. § 25 inn i erstatningskravet mot det møtende skip forsåvidt kaskoskadene angår.<sup>3</sup> Den del av kollisjonserstatningen som skal dekke tidstapet, beholder derimot rederiet selv. Rederiets ansvarsassurandør har selvsagt ikke krav på noen del av erstatningen.

Hvis kollisjonsansvaret beregnes på grunnlag av dobbeltkravslæren, vil denne fordeling av skade og ansvar og av tilkommende erstatning kunne gjennomføres fullt ut i forholdet mellom hvert enkelt rederi og dettes assurandører. Legges derimot enkeltkravslæren til grunn, vil det bare være ett av rederiene som pålegges ansvar et ett som tilkjennes erstatning. Selv om de samme fordelingsregler benyttes ved oppgjøret mellom rederi og assuran-

dører, vil resultatet da bli et annet. Med utgangspunkt i dobbeltkravsbetraktningen kan man her si at erstatningskravene er motregnet så langt de dekket hverandre. Men derved er for hvert skips vedkommende erstatningskravet, som skulle tilfalle rederi og/eller kaskoassurandør, så å si blitt brukt til dekning av et ansvar som skulle bæres av ansvarsassurandøren. De forskyvninger dette medfører, vises klarest ved et stilisert talleksempel:

Skipet A har ved kollisjonen lidt skader på 30 og blitt tilføyd et tidstap på 20, samlet tap 50. Skipet B's skader er 120, dets tidstap 30; samlet tap 150. Skyldbrøken er  $\frac{1}{2}$ .

*Dobbeltkravsoppgjør:* A får erstattet sin halve kaskoskade og sitt halve tidstap. Det første beløp godskrives kaskoassurandøren, som følgelig bare belastes med halve kaskoskaden; det annet beløp godskrives rederiet, som selv bærer den annen halvpart av tidstapet. A's ansvarsassurandør betaler halvparten av B's samlede skade. Et tilsvarende oppgjør skjer for B's vedkommende, og den endelige fordeling av tapet blir:

|   | Rederi | Kaskoassurandør | Ansvarsassurandør |
|---|--------|-----------------|-------------------|
| A | 10     | 15              | 75                |
| B | 15     | 60              | 25                |

*Enkeltkravsoppgjør:* Av rederienes samlede skade, 200, skal hvert bære halvparten, 100; det oppnås ved at A betaler 50 til B. Av disse 50 skal B's kaskoassurandør ha  $120/150 = 40$ , han belastes følgelig med  $120 \div 40 = 80$ . Resten av erstatningen fra A, 10, går til avdrag på B's tidstap, slik at rederiets endelige tap her blir 20. Tapsfordelingen blir nå:

|   | Rederi | Kaskoassurandør | Ansvarsassurandør |
|---|--------|-----------------|-------------------|
| A | 20     | 30              | 50                |
| B | 20     | 80              | 0                 |

Man ser her at A's ansvarsassurandør, som ved dobbeltkravsoppgjøret må bære 75 %, ved enkeltkravsoppgjøret slipper med 50 %. Denne fordel har han vunnet dels på bekostning av rederiet, som ved enkeltkravsoppgjøret ikke får erstatningen for det halve tidstap, og dels på bekostning av kaskoassurandøren, som på samme måte går glipp av erstatningen av den halve kaskoskade. En

tilsvarende forskyvning skjer på B's side; ansvarsassurandøren, som ved dobbeltkravsoppgjør må bære 25 % av tapet, slipper her helt fri ved enkeltkravsoppgjør.

Hvor kaskoassurandøren, som etter fal. § 61,<sup>4</sup> også hefter for rederiets kollisjonsansvar overfor det møtende fartøy, får forskyvningen i forholdet mellom kasko- og ansvarsassurandøren normalt ingen betydning. Etter engelske forsikringsvilkår, som bare pålegger kaskoassurandøren  $\frac{3}{4}$  av kollisjonsansvaret,<sup>5</sup> vil forskyvningen gjøre seg gjeldende for den siste fjerdeparts vedkommende. Forskyvningen i forholdet mellom rederi og ansvarsassurandør vil selvsagt ikke påvirkes av at kaskoassurandøren samtidig er ansvarsassurandør.

3. I forholdet rederiene imellom er det normalt likegyldig om oppgjøret skjer etter dobbeltkravs- eller enkeltkravslæren; saldoen mellom bruttoansvarene etter første oppgjørsmåte blir lik det beregnede enkeltansvar etter den annen oppgjørsmåte. Men i ett tilfelle vil valget få stor betydning også i dette forhold, nemlig hvor det ene (eller begge) rederier krever sitt ansvar begrenset etter reglene i sjøl. 10. kapitel.

Rederiet kan etter sjøl. § 254 nr. 2, jfr. §§ 255 og 257, kreve sitt kollisjonsansvar begrenset enten til

(1) verdien av skipet etter kollisjonen («vrakverdien») med tillegg av 1) 10 % av verdien ved reisesens begynnelse («uskadd verdi») og 2) erstatning og havaribidrag for skade på skipet, som er oppstått etter reisesens begynnelse og ikke er utbedret (den såkalte skipsverdiregel) eller til

(2) 145 kr. pr. tonn av skipets drekthet, beregnet etter § 258 (den såkalte pundregel, jfr. engelsk retts tilsvarende regel om ansvar begrenset til 8 pund pr. tonn).

Disse beløp skal ikke bare dekke rederiets ansvar overfor det møtende skips rederi. Rederiet kan ved kollisjonen ha pådradd seg annet ansvar, som konkurrerer om dekning i samme beløp. Dels blir det her tale om ansvar for skade på det møtende skips last; kollisjonsskade på eget skips last hefter rederiet som regel ikke for, se konnossementslovens § 4, nr. 2 a og sjøl. § 122. Og dels kan det oppstå ansvar for personskade. For slik skade hefter riktignok rederiet i alle tilfelle med et særskilt beløp på 145 kr. pr. tonn;

men hvis dette ikke strekker til, vil personskade-kravene for den udekkede dels vedkommende konkurrere med tingskade-kravene i den begrensningssum som står til disposisjon for disse.

Problemet er nå: Kan rederiet kreve dobbeltkravslæren lagt til grunn, slik at begrensningen foretas allerede på brutto-ansvarene, hvoretter man ved å motregne det eller de begrensede brutto-ansvar finner den saldo som skal betales? Eller skal de fulle brutto-ansvar motregnes, og begrensning først tilstedes hvor saldoen overstiger maksimalansvaret?

Vi kan illustrere forskjellen mellom de to beregningsmåter ved å bygge videre på det talleksempel som ble brukt ovenfor (og som blir noenlunde realistisk hvis tallene multipliseres med 1000).

a. Jeg begynner med *begrensning etter pund-regelen*; her er forholdet enklest.

(1) Det forutsettes først at A's ansvarsgrense etter pundregelen er 40 og B's 60, og at det bare er rederierne som har lidt tap ved kollisjonen.

Etter *dobbeltkravslæren* er A ansvarlig for B's halve tap, lik 75; dette ansvar begrenses til 40. B er på samme måte ansvarlig for A's halve tap, lik 25; da det er mindre enn B's maksimale ansvar, må B svare fullt ut. Resultatet blir at A må betale  $40 \div 25 = 15$  til B.

Etter *enkeltkravslæren* foreligger bare ett ansvar, nemlig A's ansvar overfor B for saldoen, 50. Dette ansvar kan A begrense til 40, som rederiet må betale til B. A må altså her ut med 25 mer enn etter den første beregningsmåte.

(2) Ved *dobbeltkravsoppgjør* kan det også tenkes at begge brutto-ansvar blir begrenset. Hvis vi i vårt eksempel forutsetter at A's last er blitt tilføyd skade for 100 ved kollisjonen, vil B iflg. sjøl. § 220. 3 være ansvarlig for halvparten av dette beløp, altså for 50. Disse 50 og A's erstatningskrav, 25, konkurrerer om B's maksimale heftelsessum, 60; det gir 40 til lasteierne og 20 til A. Resultatet rederiene imellom blir at A må ut med  $40 \div 20 = 20$  til B.

Ved *enkeltkravsoppgjør* ville resultatet rederiene imellom blitt det samme som under (1) ovenfor; A betaler 40 til B. A's lasteiere vil derimot bli stilt gunstigere; de er nå alene om å søke erstatning hos B, og får full dekning.

Sett fra dobbeltkravslærens synsvinkel kan forskjellen mellom de to beregningsmåter beskrives slik:<sup>6</sup> Ved dobbeltkravsoppgjør blir 145 kr. pr. tonn det virkelige maksimum for A's samlede ting-skade-ansvar, medregnet ansvaret overfor B, idet A har sitt krav mot B i behold. Ved enkeltkravsoppgjør utvides derimot ansvaret til 145 kr. pr. tonn pluss A's krav på kollisjonserstatning av det møtende skips rederi, B. B får nemlig først delvis dekning for sitt krav ved motregning med sitt ansvar overfor A, og melder seg deretter for det resterende som kreditor i heftelsessummen på 145 kr. pr. tonn. Ved at B får forlods dekning i eget ansvar, skjer samtidig et brudd på prinsippet om likestilling mellom kreditorer som har like godt prioritert sjøpanterett (sjøl. § 259.1).

b. Ved *ansvarsbegrensning etter skipsverdiregelen* blir forholdet noe mer innviklet. Når A's maksimale ansvar skal beregnes, skal man som nevnt foran regne med i ansvarsbeløpet A's erstatningskrav på B for skade på A; på samme måte skal B's krav på A tas med ved beregningen av B's ansvarsgrense. Det er bare erstatningen for selve kaskoskaden dette gjelder, altså ikke erstatningen for tidstap. Og det er bare den erstatning som faktisk kan kreves, som teller. Begrenser B sitt ansvar, er det således bare den begrensede kollisjonserstatning det skal tas hensyn til ved beregningen av A's maksimale ansvar. Hvis begge skip begrenser, vil det ved bruttoberegningen kunne oppstå en gjensidig avhengighet mellom de to ansvarsgrenser.

(1) Enklest er forholdet *hvor det ikke gjøres gjeldende andre krav enn kravene på erstatning av kaskoskadene*.

Ved *dobbeltkravsoppgjør* kan begge rederier her dekke sitt krav på det annet rederi i sitt ansvar til dette; det minste brutto-ansvar inngår så å si i begge heftelsessummer. Differansen mellom bruttoansvarene må så dekkes av resten av det ansvarlige rederis heftelses-sum, dvs. i vrakverdien pluss 10 % av uskadd verdi. Resultatet blir altså akkurat det samme som ved beregning etter enkeltkravslæren.<sup>7</sup>

(2) Forskjellen viser seg først *hvor det også er andre krav som skal dekkes av ansvarsbeløpet*, f. eks. krav om erstatning av lasteskade på det møtende skip. Jeg begynner her med det tilfelle hvor *begrensning bare kommer på tale for ett av fartøyene*. I vårt

gjennomgangseksempel lar vi A's vrakverdi + 10% av A's uskadde verdi være 35, og B's halve lasteskade være 75.

Ved oppgjør etter *dobbeltkravslæren* blir A's maksimalansvar 35 pluss den halve kaskoskade, 15, som B hefter fullt ut for, i alt altså 50. I dette beløp konkurrerer B for sin halve skade, 75, og B's lasteiere for sin halve skade, 75. Resultatet blir  $\frac{1}{3}$  dekning, og B's bruttokrav mot A blir 25, altså like stort som A's bruttokrav mot B, følgelig blir det ikke noe å betale.

Ved oppgjør etter *enkeltkravslæren* ville A's maksimalansvar være 35, A har her intet krav mot B. B melder nettokravet, 50, i konkurranse med lasteiernes krav på 75, resultatet blir at B får 14.

(3) *Begge skip begrenser ansvaret.* Jeg forutsetter så at B's vrakverdi med tillegg av 10 % av uskadd verdi er 52, og at lasteierne på A krever sitt halve tap, 80, erstattet av B. Setter vi A's begrensingsbrøk til  $x$  og B's til  $y$ , får vi da etter *dobbeltkravslæren*:

$$x = \frac{35 + 15 y}{75 + 75} \qquad y = \frac{52 + 60 x}{25 + 80}$$

hvilket gir  $x = \frac{3}{10}$  og  $y = \frac{2}{3}$ . A's begrensede brutto-ansvar blir da  $75 \times \frac{3}{10} = 22,5$ , og B's  $25 \times \frac{2}{3} = 16,67$ , resultatet blir at A må betale 5,83 til B.

Ved oppgjør etter *enkeltkravslæren* ville resultatet bli det samme som i foregående tilfelle: at A må betale 14 til B.

Også her kan vi belyse forskjellen mellom de to beregningsmåter ved å betrakte enkeltkravsoppgjøret fra dobbeltkravslærens synspunkt.<sup>8</sup> Hvis det begrensende skips bruttokrav bare gjelder erstatning for kaskoskade, skjer det ved motregningen ikke noen økning av ansvarssummen ut over det loven bestemmer; erstatningskravet skal jo medregnes til ansvarssummen. Forsåvidt er det her en viktig forskjell fra forholdet ved begrensning etter pundregelen. Felles for begge tilfelle er imidlertid at den motregnende skaffer seg en prioritert stilling ved forloddts å dekke seg i en del av ansvarssummen. Hvis det begrensende skips bruttokrav også omfatter erstatning for tidstap o.l., skjer det ved motregningen også en utvidelse av heftelsessummen, på samme måte som ved pundregelen.

## II. Nordisk teori og praksis.

1. Når det gjelder det interne oppgjør mellom rederi og assurandører, må det anses som sikker rett i Danmark, Norge og visstnok også Sverige, at dobbeltkravslæren skal legges til grunn, selv om hverken de alminnelige forsikringsvilkår eller politen har noen bestemmelse om det.<sup>9</sup>

Fra rettspraksis kan nevnes ND 1936.237 NH (*Terje-Nassau*): N hadde etter amerikansk rett måttet betale full erstatning til eierne av T's last, og ble kreditert for halvparten av beløpet i oppgjøret med T. T's ansvarsassurandør ble dømt til å erstatte T denne halvpart. Da saldoen ved oppgjøret mellom partene var i T's favør, hadde T i det hele tatt ikke betalt noe til N, og ansvarsassurandørens dekningsplikt må derfor bygge på dobbeltkravslæren. Se også ND 1912.249 Oslo (*Sigurd-Juno*), hvor retten i meget generelle vendinger gikk inn for dobbeltkravslæren. I ND 1937.265 DH (*Fredensbro-Manchester Shipper*) var spørsmålet oppe i et tilfelle hvor det møtende skip hadde begrenset sitt ansvar etter amerikansk rett. Saken ble her avgjort på nokså spesielt grunnlag, men dommen utelukker i hvert fall ikke anvendelsen av dobbeltkravslæren i slike tilfelle.<sup>10</sup>

2. Spørsmålet om enkelt- eller dobbeltkravslæren skal legges til grunn ved beregningen av det begrensede ansvar, har derimot vært sterkt omstridt i nordisk litteratur.

Under de eldre regler om begrensningsregler om rederansvaret, som gjennomførte det såkalte eksekusjonssystem, hadde spørsmålet ikke så særlig stor betydning; det gjaldt som etter vår nåværende skipsverdiregel hovedsakelig om man skulle innrømme det annet skip rett til ved motregning å skaffe seg fortrinnsvis dekning i en del av ansvarsmassen. *Møller*<sup>11</sup> anså enkeltkravslæren for å være den riktige, i samme retning må *Platou*<sup>12</sup> forstås, mens *Stang*<sup>13</sup> stiller seg tvilende.

Under våre någjeldende begrensningsregler spiller begrensningsregler etter pundregelen størst rolle i praksis, og derved har valget mellom beregningsmåtene fått langt større betydning. *Sindballe*<sup>14</sup> og *Ameln*<sup>15</sup> holder på dobbeltkravslæren, og av *Stangs*<sup>16</sup> uttalelse om engelsk rett kan man slutte seg til at dette også ville ha vært hans syn. *Tybjerg*<sup>17</sup> har derimot uttalt seg meget bestemt til fordel for



enkeltkravslæren. Blant praktikere synes meningene å være delte, i all fall er det tilfellet i Norge.

3. De underordnede domstoler i Danmark og Norge har i en rekke tilfelle pådømt kollisjonssaker, hvor valget mellom enkelt- og dobbeltkravslæren hadde eller kunne tenkes å ha betydning for beregningen av det begrensede rederansvar. Se her følgende avgjørelser:

*SHT 1930.79 (Kajsa-Douro)*: K's tap var ca. 230.000 kr., D's ca. 23.000 kr., K's skyld  $\frac{9}{10}$ , D's  $\frac{1}{10}$ . K gjorde gjeldende at dets ansvar var begrenset til 10 % av uskadd verdi, lik 18.500, idet vraket var overlatt bergerne som bergelønn; D hevdet at vrakverdien, 40.000, skulle regnes med. Retten regnet ut ansvaret etter enkeltkravslæren og kom til at D måtte betale ca. 2.500 kr. til K. og uttalte, at det da ikke ble anledning til å komme nærmere inn på spørsmålet om beregningen av K's begrensede ansvar.

*ND 1932.390 SøHa (Linda-Ponape)*: L's tap var ca. 40.000 kr., P's ca. 26.000 kr., skyldbøk  $\frac{1}{2}$ . Retten dømte P til å betale ca. 7.000 til L, uten engang å nevne at P's maksimale ansvar (etter skipsverdiregelen) av L var innrømmet å være 16.400 kr.

*ND 1938.161 SøHa (Dorthea-Kirsta)*: D's tap var ca. 547.000 kr., K's ca. 31.000 kr. Skylden var henholdsvis  $\frac{2}{3}$  og  $\frac{1}{3}$ . K krevde ansvarsbegrensning etter skipsverdiregelen, det var imidlertid uenighet mellom partene om skipets verdi etter kollisjonen. Retten beregnet K's ansvar etter enkeltkravsmetoden til ca. 161.000 kr. og uttalte at da dette var mindre enn det maksimalansvar K innrømmet å ha, 235.400 kr., var det ikke nødvendig for retten å ta standpunkt til tvisten om begrensningsverdien. Som man vil se lå for øvrig også K's brutto-ansvar her innenfor ansvars grensen.

*ND 1940.200 Oslo (Håkon Hauan-Frans Jose)*: HH's tap var 15.000 kr., FJ's 91.500 kr., skyldbøk  $\frac{1}{2}$ . Retten beregnet HH's ansvar etter enkeltkravsmetoden til 38.250 kr. Spørsmålet om ansvarsbegrensning ble ikke berørt, til tross for at påstand om begrensning var nedlagt av FJ.

*ND 1941.209 Eidsiva (Heggholmen-sjøfly LN-EAM)*: H's tap var ca. 6.500 kr., flyets ca. 75.000 kr., skyldbøk  $\frac{1}{2}$ . H ble her dømt til å betale flyets eier ca. 3.100 kr., som var H's maksimale ansvar etter pundregelen. Ved begrensning på brutto-ansvaret ville resultatet ha blitt at H kunne ha krevd ca. 150 kr.

*ND 1948.202 SøHa (Dana-Benedikt)*. D's skade var ca. 270.000 kr., B's ca. 48.000, skylden henholdsvis  $\frac{1}{3}$  og  $\frac{2}{3}$ . B's brutto-ansvar, ca. 180.000, ble her begrenset til ca. 102.500 kr. (antagelig etter pundregelen), hvor-etter D's brutto-ansvar, ca. 16.000 kr. blev trukket fra. B ble altså dømt til å betale ca. 86.500, mens han ved enkeltkravsoppgjør måtte ha betalt ansvarsmaksimum, 102.500 kr.

I den sistnevnte dom bemerker retten at oppgjøret er foretatt overensstemmende med partenes prosedyre, noen større vekt kan det da ikke legges på dommen. Av de andre dommer må man ha lov å slutte at domstolene i all fall finner det naturlig å anvende enkeltkravslæren. Men prejudikater er dommene ikke. Partene synes nemlig ikke å ha vært oppmerksomme på at det forelå et tvilsomt spørsmål; det har etter premissene å dømme ikke vært behandlet i prosedyren. Dessuten er det bare i dommen av 1941 at valget virkelig har hatt betydning for resultatet. I dommene av 1930, 1932 og 1938 skulle man nemlig ved en konsekvent gjennomføring av dobbeltkravslæren regne med skipets eget erstatningskrav ved beregningen av maksimalansvaret etter verdiregelen. Hvis det var blitt gjort, ville det ha blitt full dekning også ved begrenning av bruttokravene.

### III. *Fremmed rett.*

1. Da vår regel om ansvarsbegrensning til 145 kr. pr. tonn skriver seg fra *engelsk rett*, er det av særlig interesse å undersøke hvorledes man i England har stilt seg til spørsmålet om hvorvidt ansvarsbegrensningen skal skje på brutto-ansvarene eller på saldoen.

Spørsmålet ble første gang forelagt domstolene i *Chapman v. Royal Netherlands Steam Nav. Co.* (1879), 4 P.D. 157 (*Savernake-Vesuvius*). Dommeren i første instans og en av dommerne i Court of Appeal bygget på at det bare forelå ett ansvar, ansvaret for saldoen, og at derfor bare dette ansvar kunne begrenses. De to andre dommerne i Court of Appeal antok derimot at det forelå cross liability, og at bruttoansvaret kunne kreves begrenset.

Denne avgjørelse ble imidlertid »overruled« av House of Lords i 1882 i *The Stoomvaart Maatchappij Nederland v. the P. and O. Steam Nav. Co.*, 7 App. Cas. 795 (*Voorwaarts-Khediye*). The Law Lords, som betegnet saken som »one of unusual difficulty«, fant enstemmig<sup>18</sup> at begrensning bare kunne skje på saldoen. Begrunnelsen var at det bare forelå ett erstatningskrav; dette ble igjen bygget hovedsakelig på betraktninger av formell, prosessteknisk karakter. Også noen reelle synsmåter ble gjort gjeldende; de forekommer meg imidlertid å være lite overbevisende.

Som følge av den generelle begrunnelse er dommen blitt betraktet som prejudikat også i andre tilfelle hvor valget mellom cross- og single liability er av betydning, således hvor det gjelder oppgjøret mellom reder og assurandør. Se her *The London S.S. Owners' Insurance Co. v. The Grampian S.S. Co.* (C. A., 1890), 24 Q. B. D. 32 og 663 (*Balnacraig-Karo*), som gjaldt ansvarsfordelingen mellom B's kaskoassurandør som hadde overtatt  $\frac{3}{4}$  av kollisjonsansvarsriskoen, og P. & I.-assurandøren, som hadde overtatt den siste  $\frac{1}{4}$  av denne risiko. Da B hadde lidt størst skade, og følgelig etter den dagjeldende engelske halveringsregel ble tilkjent erstatning av K, ble P. & I.-assurandøren frifunnet for ansvar under henvisning til House of Lords' avgjørelse i *Khedive-saken*.

2. I *hollandsk rett* innførte man ved sjølvsrevisjonen i 1920-årene et ansvarsbegrensningssystem som er meget likt det engelske: for kollisjonsansvar hefter rederen således med 50 gylden pr. m<sup>3</sup> av skipets drektighet.<sup>19</sup> Når det gjelder spørsmålet om cross eller single liability, har man imidlertid ikke fulgt det engelske forbilde; ifølge *Cleveringa*<sup>20</sup> skal etter rettspraksis begrensningen foretas på bruttoansvarene.

3. Den *belgiske* Cour de cassation uttalte i en dom av 1933<sup>21</sup> at når en reder påberopte seg lovens regel om ansvarsbegrensning til 200 frc. pr. tonn, måtte ansvarsbegrensningen foretas på bruttoansvaret før motregning fant sted. Avgjørelsen gjaldt begrensning etter loven av 1908, men vil vel bli fulgt også etter at begrensningsreglene ved en lov av 1928 ble brakt i overensstemmelse med Brysselkonvensjonen av 1924.

4. I *U.S.A.*, hvor rederen kan kreve sitt ansvar begrenset til verdien av skip og frakt, er derimot enkeltkravoppgjøret blitt fastslått som det riktige ved the Supreme Court's dom i 1882 i *The North Star*.<sup>22</sup> *The North Star* kolliderte med *Ella Warley*, som gikk totalt tapt. Begge skip hadde skyld, og skaden skulle da etter amerikansk rett bæres med halvdelen av hvert skip. EW ville her begrense sitt ansvar til verdien av skipet, d. v. s. til 0, men samtidig kreve sin halve skade erstattet av NS. Dette førte ikke frem. EW hadde lidt størst tap; etter en nettoberegning oppsto det overhodet ikke noe ansvar for dette skip. Retten uttalte:

»When the resulting liability of one party to the other has been ascertained, then, and not before, would seem to be the proper time to apply the rule of limited liability.«<sup>23</sup>

5. I tysk rett begrenses ansvaret fremdeles etter eksekusjonssystemet. Jeg har ikke kunnet finne noen opplysninger om hvorvidt man ved beregningen av ansvaret følger enkelt- eller dobbeltkravslæren. I diskusjonene om en sjøkreditors rett til å motregne hevdes imidlertid at motregning kan foretas når kreditor selv er i gjeld til sjøformuen, selv om han ved motregningen skaffer seg bedre prioritert dekning enn han normalt kunne kreve.<sup>24</sup> Da kravet på erstatning for kaskoskaden går inn i sjøformuen (jfr. HGB § 775. 2), vil som før nevnt den reelle forskjell mellom de to beregningsmåter bli sterkt redusert.

#### IV. *Konstruktive betraktninger.*

1. Man søker undertiden å løse det foreliggende problem ved først å bringe på det rene om det ved kollisjonen »virkelig« oppstår to kryssende ansvar eller bare ett ansvar for saldoen. Det siste spørsmål søker man igjen å besvare ved å tolke lovbestemmelsene om kollisjonsansvaret,<sup>25</sup> ved å analysere den prosessuelle fremgangsmåte ved gjennomføringen av kollisjonsoppgjøret, domernes måte å beregne det beløp som faktisk skal betales, domskonklusjonens form, o. l. Har man så truffet sitt valg mellom enkelt- og dobbeltkravslæren, er løsningen på de mange spesialspørsmål gitt. Et godt eksempel på en slik fremgangsmåte gir her de engelske dommer som er nevnt i forrige avsnitt.

Idag vil imidlertid de fleste finne at dette er en uheldig måte å angripe problemet på. Man har ved utformingen av ansvarsreglene og de prosessuelle former neppe tenkt på å ta standpunkt til de mange vanskelige spørsmål som valget mellom enkelt- og dobbeltkravslæren innebærer, og resultatet av en »tolking« av disse regler og former vil derfor bli nokså vilkårlig. Det er heller ikke nødvendig at den samme konstruksjon legges til grunn for løsningen av alle spørsmål som oppstår i denne forbindelse. Det riktige må være å undersøke særskilt for hvert av de forskjellige problemkomplekser hvilken konstruksjon som passer best. Man risikerer da selvsagt at svaret faller forskjellig ut f. eks. for for-

sikringsspørsmålenes og ansvarsbegrensningsspørsmålenes vedkommende. Konstruksjoner som »enkeltkrav« og »dobbeltkrav« er selvsagt ikke uttrykk for håndfaste realiteter, slik at enten den ene eller den annen er riktig. Konstruksjonene er bare hjelpemidler ved formuleringen av innviklede rettsregler, og det er ikke noe påfallende i at man snart benytter én, snart en annen konstruksjon på det samme faktiske forhold.

2. Som før nevnt må det anses som sikker rett at dobbeltkravslæren skal legges til grunn ved oppgjøret mellom reder og assurandør. Av det foregående fremgår at vi ikke av denne regel kan slutte oss til at dobbeltkravslæren også gjelder ved beregningen av det begrensede rederansvar. At man i engelsk rett har funnet den omvendte slutning bindende, nemlig at single liability ved ansvarsbegrensning nødvendigvis betyr single liability også ved forsikringsoppgjøret, kan vi se som utslag av en konstruktiv metode, som hos oss er forlatt.

Engelsk praksis gir imidlertid på et annet punkt foranledning til å undersøke om det ikke reelt sett er en viss sammenheng mellom forsikringsreglene og ansvarsbegrensningsreglene når det gjelder valget mellom enkelt- og dobbeltkravslæren. Etter *Balnacraig-dommen* i 1890, som fastslo at single liability-prinsippet gjaldt også i relasjon til assurandørene, ble de engelske forsikringsvilkårs klausul om kasko-assurandørens heftelse for kollisjonsansvar gitt følgende tilføyelse:

«...when both Vessels are to blame, then unless the liability of the Owners of one or both of such Vessels becomes limited by law, claims under this clause shall be settled on the principle of cross-liabilities as if the Owners of each Vessel had been compelled to pay to the Owners of the other of such Vessels such one-half or other proportion of the latter's damages as may have been properly allowed in ascertaining the balance or sum payable by or to the Assured in consequence of such collision.»

Ved denne klausul er dobbeltkravsoppgjør avtalt for alle tilfelle hvor redernes ansvar ikke blir begrenset. Hvorfor er begrensningstilfellene unntatt? Klausulen er utformet av erfarne praktikere som neppe har latt seg lede av formelle juridiske betraktninger. Hensikten med å unnta begrensningstilfellene ble dengang oppgitt som »not to overweigh the clause with complication«.<sup>26</sup>

Senere tolkere av klausulen har derimot hevdet at det er *umulig* å gjennomføre et cross liability-oppgjør overfor assurandørene når rederansvaret er begrenset på grunnlag av single liability.<sup>27</sup>

Hvis dette er riktig, ville man her ha et sterkt argument for å anvende dobbeltkravslæren ved ansvarsbegrensning, i så fall får man jo alltid to brutto-ansvar som kan fordeles i riktig forhold mellom reder og assurandør. Å oppgi dobbeltkravslæren helt ved forsikringsoppgjørene kan det ikke bli tale om, og det engelske system er heller ikke heldig: at man ved avregningen med assurandørene går over fra brutto- til nettoberegning så snart ansvarsbegrensning blir aktuell, kan føre til det urimelige resultat at redere alt i alt blir stilt dårligere hvor hans ansvar er begrenset enn hvor han hefter ubegrenset.<sup>28</sup>

Nå er det imidlertid ikke riktig at ansvarsbegrensning etter enkeltkravslæren er uforenlig med forsikringsoppgjør etter dobbeltkravslæren. Begrunnelsen for påstanden er gjerne denne: Man kan bare operere med (fiktive) brutto-ansvar, hvert lik det annet skips skade multiplisert med eget skips skyldbøk, så lenge differansen mellom disse ansvar svarer til det beløp som faktisk blir betalt. Og det gjør den ikke når ansvarsaldoen reduseres ved begrensning. Dette er selvsagt riktig, og det er også riktig at det cross liability oppgjør den siterte klausul anviser, ikke kan gjennomføres etter ordlyden hvor ansvarsbegrensning finner sted. Man kan selvsagt ikke operere med ubegrensede brutto-ansvar når saldoen er redusert. Men brutto-oppgjør overfor assurandørene kan likefullt gjennomføres etter en enkelt korreksjon, nemlig ved å redusere det største (beregnete) brutto-ansvar like meget som saldoen er blitt begrenset.<sup>29</sup> I eksempel (1) ovenfor s. 79 hvor A's brutto-ansvar var 75 og B's 25, og A's ansvar for saldoen etter enkeltkravsregning var redusert fra 50 til 40, må man ved dobbeltkravsavregning overfor assurandørene altså operere med brutto-ansvar på henholdsvis 65 og 25.

3. Etter at vi har slått fast at problemet enkeltkrav - dobbeltkrav ikke kan løses abstrakt, og at løsningen kan bli forskjellig i forskjellige relasjoner, må det være tillatt å yte en viss tributt til konstruksjonenes egenverdi og den konstruktive metode.

Det er for det første klart at det retts teknisk (og pedagogisk)

vil være en fordel at rettsreglene vedrørende et forhold, f. eks. en skipskollisjon, i størst mulig utstrekning knyttes til de samme definisjoner og konstruksjoner. En vidt drevet begrepsrelativisering kan gjøre regelsystemet så komplisert at det blir vanskelig å praktisere.

Og man kan vel for det annet si at enkelte konstruksjoner på grunn av sin umiddelbare naturlighet og anskuelighet virker »riktigere« enn andre, og at det derfor under ellers like vilkår forekommer rimeligst å legge dem til grunn.

Begge disse momenter synes å tale til fordel for dobbeltkravslæren ved begrensning av rederansvaret. At man derved skaper formell overensstemmelse med forsikringsreglene, er klart. Og de fleste vil vel også finne at dobbeltkravslæren gir den naturligste utbygning av reglene om skadelidtes medvirkning ved ensidig skadeforvoldelse til tilfelle av gjensidig skadetilføyelse og feil på begge sider.<sup>30</sup>

Noen avgjørende betydning har disse konstruktive betraktninger ikke. Men det er naturlig å trekke dem inn dersom de reelle hensyn ikke utpeker en bestemt løsning som den riktige.

#### *V. Hvilken beregningsmåte gir de rimeligste resultater?*

Begrensningsreglenes formål er å beskytte rederiene mot de meget store ansvar som ellers kunne virke ruinerende. Det er innen nokså vide rammer av underordnet betydning hvor høyt eller lavt maksimalansvaret settes; man kan og bør derfor legge stor vekt på de retts tekniske hensyn når reglene skal utformes, se VI nedenfor. Reglene får på denne måten et utpreget positivrettslig preg; de gir liten plass for slutninger på grunnlag av reglenes formål, »sakens natur« eller konkrete billighetsbetraktninger.

Man kan derfor ikke vente at en drøftelse av »de reelle hensyn« vil gi noen større veiledning når valget skal treffes mellom enkelt- og dobbeltkravslæren. Men helt likegyldig fra et rimelighetssynspunkt er valget kanskje ikke.

Ansvarsgrensen bør ikke settes så lavt at den beskyttelse ansvaret skal gi skadelidte, blir helt ineffektiv. Det kan med atskillig grunn hevdes at pundregelen som følge av de sterkt reduserte pengeverdier fører til et ansvar som ligger under dette lavmål;

særlig når det gjelder små fartøyer, blir forskjellen mellom fartøyetets verdi og dets ansvar etter pundregelen urimelig stor. Av dette kan man igjen trekke den slutning at man i tvilstilfelle bør velge den forståelse av ansvarsreglene som fører til det største ansvar, altså i det foreliggende tilfelle begrensning etter enkeltkravslæren. Jeg kan tenke meg at domstolene, om ikke formelt så i hvert fall reelt, vil ta hensyn til dette forhold; dommerne søker naturlig nok i første rekke å unngå det konkret urimelige resultat. Personlig er jeg imidlertid i tvil om det er riktig å bygge på synspunkter av denne art. Den hevning av ansvarsgrensen man oppnår, er nokså tilfeldig; manglene ved begrensningsreglene kan bare rettes ved en revisjon av loven.

Man har også søkt å vise ved typiske eksempler at den ene eller den annen beregningsmåte virker urimelig.

På den ene side har man trukket frem det tilfelle hvor det ene skip har lidt et større tap enn det etter skyldbrøken skal bære. Grunntanken i reglene om kollisjonsansvaret er at skipet her skal kunne kreve et beløp av det annet skip til utligning av tapet. Ved ansvarsbegrensning etter dobbeltkravslæren kan resultatet imidlertid bli det omvendte: det skip som allerede har det forholdsvis største tap, pålegges å betale erstatning til det annet skip slik at ulikheten blir enda større. (Som eksempel kan vises til *ND 1941. 209 Eidsiva*). Dette resultat, som man finner støtende, ville man unngå ved begrensning etter enkeltkravslæren.

På den annen side har man pekt på tilfelle hvor et stort og et lite skip støter sammen; de har like stor skyld og tilføyes like store skader. Ved begrensning etter enkeltkravslæren må her det lille skip, hvis tap langt overstiger ansvarsmaksimum etter pundregelen, bære en like stor del av tapet som det store skip med det langt større ansvarsmaksimum. Også dette resultat har man funnet urimelig.

Etter mitt skjønn gir hverken det ene eller det annet av disse eksempler noe sikkert holdepunkt for løsningen av vårt spørsmål. I det siste overser man at tapet som hovedregel skal fordeles proporsjonalt med skylden, ikke med de kolliderende skips verdi. Ansvarsbegrensningsreglene skal ikke oppheve dette prinsipp, men bare sikre at den enkelte reders maksimale tap står i et visst for-



hold til verdien av hans skip. Og det vil det gjøre også i det nevnte eksempel.

Hvis ansvarsbegrensningen skjer på grunnlag av enkeltkravslæren, vil det begrensende skips ansvar innen visse grenser være uavhengig av hvor stor skade skipet selv har lidt og hvor stor del av skylden det har. Er f. eks. A's ansvarsgrense 40 og B's skade 150, skyldbrøk  $\frac{1}{2}$ , vil A's ansvar uforandret være 40, hvis A's egen skade varieres i intervallet 0 til 70. Først når A's skade er større enn 70, blir saldoen mindre enn ansvarsmaksimum 40. Setter vi på den annen side A's skade til 50 og lar A's skyldbrøk variere, vil A's ansvar uforandret være 40, hvis A's skyldbrøk ligger i intervallet 1 til 0.45. — Etter dobbeltkravslæren vil variasjonene i A's skyldgrad og skade få innflytelse på B's brutto-ansvar (så lenge dette ikke overstiger B's ansvarsgrense), og derved på det beløp A skal betale.

Dette forhold er undertiden blitt trukket frem til fordel for dobbeltkravsoppgjøret.<sup>31</sup> Så vidt jeg kan se er det imidlertid helt uten betydning. Faste ansvarsgrenser må nødvendigvis i noen grad oppheve proporsjonaliteten mellom skyld, skade og ansvar. Det er ikke sannsynlig at dette i nevneverdig grad vil innvirke på ansvarsreglenes preventive virkning. Og i hvert fall gjør forholdet seg også gjeldende ved dobbeltkravsoppgjør, nemlig hvor bruttoansvarene på begge sider overstiger de respektive ansvarsgrenser. Ved begge oppgjørsmåter vil det dessuten innen vide grenser være likegyldig hvor stort tap det er tilføyet det skip som ikke kan begrense sitt ansvar.

At andre kreditorer, f. eks. det møtende skips lasteiere, har fordel av enkeltkravsoppgjør hvor begrensningen skjer etter pundregelen (jfr. eks. (2) ovenfor s. 79), kan heller ikke tillegges noen vekt.

## VI. *Rettstekniske hensyn.*

Som nevnt i forrige avsnitt er det p. g. a. begrensningsreglenes positivrettslige karakter grunn til å legge stor vekt på de retstekniske hensyn. Hvis den ene av de to beregningsmåter er enklere og lettere å praktisere enn den andre, bør den første foretrekkes.

På dette grunnlag kan vi antageligvis straks utelukke den helt

gjennomførte dobbeltkravsberegning etter verdiregelen. Man bør i hvert fall tillate motregning mellom B's fulle krav på A og A's krav på B forsåvidt A's kaskoskader angår. Det sistnevnte krav skal som nevnt regnes med i A's heftelsessum, og motregningen kan også fra dobbeltkravslærens synspunkt forsvares som en anvendelse av prinsippet om motregningsrett i konkurs.<sup>32</sup> Man unngår på denne måten den gjensidige avhengighet mellom ansvars-grensene og de beregninger som er nevnt på side 80-81.

A's krav på tidstaperstatning skal derimot ikke regnes med i heftelsessummen, og motregning også overfor dette krav kan ikke forenes med dobbeltkravslæren. Dette taler for en fullstendig overgang til enkeltkravslæren ved begrensning etter verdiregelen, da systemet ellers blir for innviklet.

Ved begrensning etter pundregelen gjør det seg ikke gjeldende tilsvarende hensyn. Men også her har man pekt på at enkeltkravsberegningen har oppgjørstekniske fortrinn. Som nevnt i forrige avsnitt vil det begrensende skips ansvar ved denne beregning uforandret være lik ansvarsmaksimum, selv om skyldbrøken og skipe-nes skader varierer innen visse grenser. Dette letter et minnelig oppgjør, idet man ikke behøver å få skyldbrøk og skader nøyaktig fastlagt, hvor det er på det rene at de i all fall ligger innenfor de grenser hvor ansvaret må bli likt heftelsesmaksimum. Et lignende forhold kan som nevnt også gjøre seg gjeldende ved dobbeltkravsoppgjør, nemlig hvor det er klart at begge skip kan begrense brutto-ansvarene. Men disse tilfellene vil sikkert være langt sjeldnere.

Det er i og for seg fullt mulig å benytte enkeltkravslæren ved begrensning etter skipsverdiregelen, og dobbeltkravslæren ved begrensning etter pundregelen. Dette kan gjennomføres selv hvor de to skip krever begrensning etter hver sin regel: A's brutto-ansvar begrenset etter pundregelen motregnes da med B's fulle brutto-ansvar; er saldoen i A's favør, begrenses B's ansvar for denne til B's vrakverdi + 10 % uskadd verdi. En slik løsning er imidlertid for komplisert, og bør ikke godtas. De retts tekniske hensyn tilsier derfor at enkeltkravslæren legges til grunn i alle tilfelle av ansvars-begrensning.

## VII. Konklusjon.

De konstruktive betraktninger taler for dobbeltkravsoppgjør ved begrensning av rederansvaret; fra et rimelighetssynspunkt synes løsningen derimot å være nokså likegyldig, mens de retts tekniske hensyn trekker i retning av enkeltkravsoppgjør. Utslagene er ikke store i noen retning. Personlig er jeg stemt for å legge enkeltkravslæren til grunn; jeg tror de retts tekniske hensyn veier tyngst, og tar videre i betraktning at engelsk rett bygger på single liability, og at også de nordiske domstoler synes å ha funnet denne oppgjørsmåte naturlig.

## NOTER

1. Erstatningsret § 23, III, jfr. U 1932 B. 177-186. Om spørsmålet i sin alminnelighet se også *Stang*: Skade voldt av flere § 20, og *Øvergaard*: Norsk Erstatningsrett § 19, VI.
2. Se *Nilsson* i *Assurandøren* 1936. 85-87 og 104-105 og i *NFT* 1951. 68-72, *Skovgaard-Petersen* i *ND* 1936. 97-108, *Tybjerg* i *NFT* 1936. 391-408 og 1938. 45-52 og *Appelqvist* i *NFT* 1951. 43-50. Se også henvisninger i note 1, 4 og 5.
3. Jfr. dansk Søforsikringskonvention 1934 § 71 og Norsk Sjøforsikringsplan 1930 § 48.
4. Jfr. Norsk Sjøforsikringsplan 1930 § 78. Etter Dansk Søforsikringskonvention 1934 § 160 skal kollisjonsansvaret fordeles mellom kaskoassurandør og fraktassurandør (evt. rederi). Se videre *Appelqvist* i *NFT* 1950. 248-256.
5. Institute Time Clauses (Hulls) nr. 1, den såkalte »Collision clause» eller »Running-down clause». Se om denne *Arnould*: *Marine Insurance*, 13. ed. (1950) sect. 792-796, *Templeman-Greenacre*: *Marine Insurance* (1934) chap. XIII, *Brom*: *Engelsche standaardclausules voor Zee-casco-verzekering* (1932) s. 127-252.
6. Jfr. *Stang* l. c. s. 282-287.
7. Jfr. *Stang* l. c. s. 288 note 28.
8. Jfr. *Stang* l. c. s. 287-289.
9. Se *Stang* l. c. § 20, III, især s. 279, *Schiørring*: *Den danske Søforsikringspolice* s. 334, *Tybjerg*: *Dansk Søforsikringskonvention* av 1934, note 1 til § 160 og i *NFT* 1936. 399, *Skovgaard-Petersen* i *ND* 1936. 99 og *Appelqvist* i *NFT* 1950. 253. I motsatt retning *Platou* i *Rt.* 1905. 257 ff.
10. Dommen er behandlet i den litteratur som er nevnt i note 2, se dessuten *Jantzen* i *ND* 1936. 161-178, jfr. s. 245-249 og 1937. V-X og *Tybjerg* i *ND* 1936. 241-244.
11. Erstatningsansvaret ved Skibssammenstød I s. 332-333 og s. 346.
12. *Rt.* 1905. 257 ff.
13. L. c. s. 289, jfr. *Køersner* i *TfR* 1919. 99.
14. Dansk Søret s. 447-448, se også s. 483 og 485.
15. *ND* 1945. 49-52. Se også *Appelqvist* i *NFT* 1950. 253.

16. L. c. s. 287.
17. NFT 1936. 396-397, jfr. Nilsson i NFT 1951. 72.
18. Lord *Bramwell* skrev et interessant utkast til dissenterende votum, trykt i 7 App. Cas. 824 ff., noten, men sluttet seg ved vøteringen til de øvrige dommere.
19. Wetboek van Koophandel art. 541.
20. Het nieuwe Zeerecht, 3. druk. (1946) s. 594-95. I motsatt retning van *Oven*: De uniformeerende Werking van het Brusselsche Aanvaringstractaat (1938) s. 213-218.
21. DOR 29. 46.
22. 106 U. S. 17, her referert etter *Brom* l. c. s. 249-251.
23. Også etter amerikansk rett skal det skadede skips erstatningskrav tas med ved beregningen av det begrensede ansvar, se *Benedict: American Admiralty*, 6. ed., (1940) III s. 451. Også dobbeltkravslæren ville vel derfor konsekvent gjennomført ha resultert i utelukkelse av ansvarsbegrensning, se ovenfor ved note 7.
24. *Wüstendörfer: Seeschiffahrtsrecht* (1923) s. 397 med note 47 med henvisninger.
25. Se f. eks. *Øvergaard* l. c. s. 271, *Cleveringa* l. c. s. 595. Smlg. *Ussing* i U. 1932 B. s. 182.
26. Ifølge *Brom* l. c. s. 142.
27. Se f. eks. *Templeman-Greenacre* l. c. s. 309, *Carey: Marine Insurance* (1921) s. 98-100, *Farrow* i *Institute Handbook on Marine Contracts* (1946) s. 62-63 og *Brom* l. c. s. 142 og 240-247.
28. Jfr. *Tybjerg* i NFT 1936. 401-402, og *Brom* l. c. s. 247-248.
29. Se nærmere *Skovgaard-Petersen* i ND 1936. 99-101 og *Tybjerg* i NFT 1936. 399-401. *Nilsson*, NFT 1951. 72, vil redusere begge brutto-ansvar i samme forhold som saldoen er blitt redusert ved begrensningen. Etter mitt skjønn er dette en mindre naturlig beregningsmåte.
30. Avgjørende er dette synspunkt selvsagt ikke, slik *Stang* l. c. s. 273 synes å mene. Men jeg tror *Ussing*, U. 1932 B. s. 178, reduserer dets betydning for sterkt når han karakteriserer det som et rent formelt resonnement.
31. Bl. a. av Court of Appeal i *Savernake*-saken, nevnt under III. 1 foran.
32. Jfr. *Stang* l. c. s. 289.

# Litt juridisk statistikk

Av direktør Dagfinn Dahl, Oslo

Men behøver ikke å være meget husvarm i et forsikringsselskap før man støter på publikums klage: »Selskapene krangler jo om alt mellom himmel og jord«. — Jeg har ansett det for å være av en viss interesse, såvel av juridiske som av forsikringstekniske grunner, å ta dette spørsmål opp til behandling. — Om forsikringsselskapene i sin alminnelighet har en tilbøyelighet til å »krangle«, kan ikke godt være gjenstand for en eksakt undersøkelse. Jeg vet ikke riktig hvordan den skulle legges an, men man kan formentlig få et holdepunkt for en vurdering ved en statistisk bearbeidelse av prosesshyppigheten i skadeforsikring.

Noen samlet norsk statistikk er her ikke utarbeidet — såvidt jeg kjenner til. Jeg har måttet nøye meg med det tallmateriale som har stått til min disposisjon i et av de eldre norske forsikringsselskaper. Selskapet opptok ulykkesforsikring i 1885 og ansvarsforsikring i 1906.

Undersøkelsen faller naturlig i to grupper: Ansvarsforsikring, hvor man prosederer *for* sin forsikringstager *mot* den felles »fiende«, skadelidte, — og annen forsikring, hvor selskapet prosederer *mot* sin forsikringstager. Det sier seg selv at prosesshyppigheten må være meget større i den første gruppe enn i den andre.

Jeg behandler først *ansvarsforsikring*, hvori er inkludert automobil-ansvar, men ikke andre skader i bilforsikring, kasko, tyveri etc.. Verserende prosesser er regnet som ikke forlikte. Voldgiftsavgjørelse er sidestillet med dom. Regress-saker er ikke medregnet. Deres antall er ubetydelig. Noen få voldgiftssaker av бага-

tellmessig omfang i bilansvarsforsikring er ikke kommet med i statistikken. Som forlikt regnes en sak hvis den er forlikt før dom i første instans. Er den hevet i ankeinstansen, regnes den ikke som forlikt.

For å få frem en linje i utviklingen har jeg delt inn det observerte materiale i perioder på fire år, — for tiden 1948-1949 blir det bare to år.

Følgende tall kan anføres:

| Periode: | Anmeldte skader: | Anlagte prosesser: | Prosesser pr. 100 skader: |
|----------|------------------|--------------------|---------------------------|
| 1916-19  | 811              | 34                 | ca. 4,2                   |
| 1920-23  | 1.408            | 47                 | ca. 3,3                   |
| 1924-27  | 2.067            | 40                 | 1,9                       |
| 1928-31  | 4.023            | 48                 | 1,2                       |
| 1932-35  | 4.101            | 47                 | 1,1                       |
| 1936-39  | 4.389            | 46                 | 1,0                       |
| 1940-43  | 1.719            | 32                 | 1,9                       |
| 1944-47  | 2.018            | 23                 | 1,1                       |
| 1948-49  | 1.482            | 21                 | 1,4                       |
| 1916-49  | 22.018           | 338                | 1,5                       |

Prosessfrekvensen har, som man vil se, stort sett vist en synkende tendens.

Atskillige av de anlagte prosesser er blitt forlikt uten dom, d. v. s. forlikt under behandlingen i første instans.

Dette vil fremgå av følgende tabell:

| Periode: | Anlagte prosesser: | Derav forlikt: | Antall dommer: |
|----------|--------------------|----------------|----------------|
| 1916-19  | 47                 | } ca. 41       | } ca. 40       |
| 1920-23  | 34                 |                |                |
| 1924-27  | 40                 | 22             | 18             |
| 1928-31  | 48                 | 5              | 43             |
| 1932-35  | 47                 | 17             | 30             |
| 1936-39  | 46                 | 14             | 32             |
| 1940-43  | 32                 | 6              | 26             |
| 1944-47  | 23                 | 6              | 17             |
| 1948-49  | 21                 | 4              | 17             |
| 1916-49  | 338                | 115            | 223            |

Av 22.018 anmeldte krav i ansvarsforsikring er der altså tatt dom eller voldgiftsavgjørelse i 223. Det vil si at der av 1000 krav ikke er tatt dom i mere enn ca. 10. — Hvis man bare regner med de siste 18 år (1932-49), får man 13.709 anmeldte skader og 122 dommer. I løpet av denne tid har det således ikke vært nødvendig for de skadelidte å ta dom i mere enn ni av tusen skader. — En betydelig del av sakene har selskapet eller den sikrede vunnet. Brukbar statistikk har jeg ikke på dette punkt. En del av prosessene har selskapet satt i gang for å få prinsipielle rettsavgjørelser. Blant de ovenfor nevnte 22.018 ansvarsskader foreligger bare en eneste dom i tvist mellom selskapet og sikrede. — En slik sak er blitt forliket uten dom, en annen er avgjort ved voldgift av en praktiserende advokat.

La oss kaste et blikk på de tilfelle hvor selskapet ikke har prosedert for, men mot sin forsikringstager. Selskapet driver så å si alle skadebransjer — med unntagelse av sjøforsikring og husdyrforsikring. Hovedtyngden ligger i ulykkesforsikring og i bilforsikring. To ulykkesskader avgjort ved voldgift er ikke regnet med. Den ene angikk størrelsen av invaliditetsgraden, den andre spørsmålet om der forelå krigsrisiko eller ikke. I et par tilfelle hvor ganske særegne grunner har foreligget, har selskapet gått til rettslig inkasso av premie. Disse saker er heller ikke medregnet.

Statistikken ser slik ut:

| Periode: | Anmeldte skader: | Anlagte prosesser: | Derav forliket: |
|----------|------------------|--------------------|-----------------|
| 1916-49  | 35.788           | 16                 | 7               |

Av 35.788 til selskapet anmeldte skadetilfelle er der altså ikke falt dom eller voldgiftsavgjørelse i mere enn 9. Det vil si at selskapet behandler ca. 4000 skader mellom hver gang det er nødvendig for sikrede å ty til dom eller voldgift.

I ansvarsforsikring så vi at der på 1000 anmeldte skader falt 9 dommer. I annen forsikring faller altså på 1000 anmeldte skader bare  $\frac{1}{4}$  dom.

Nu er det jo så at statistikk hentet fra et enkelt norsk selskap har en begrenset verdi. Det tør vel kanskje også sies at det sel-

skap hvis statistikk jeg her har benyttet, legger særlig an på å holde seg klar av prosesser.

På den annen side skulle sammensetningen av selskapets portefølje ofte gjør prosessspørsmålet nokså aktuelt. Jeg sikter til at en relativt betydelig del av ansvarsporteføljen består av formueskadeforsikring — en vanskelig og lite uteksperimentert bransje, hvor det ligger nær å søke domstolenes avgjørelse. — I statistikken for andre bransjer enn ansvarsforsikring spiller prosesshyppigheten i garanti- og maskinforsikring en uforholdsmessig stor rolle. Dette turde delvis komme av at man her står overfor relativt nye og lite utbredte bransjer, hvor en ved skadereguleringen ennå ikke har ervervet den ønskelige rutine.

\*

Det ville være av interesse om man kunne sammenligne de resultater jeg ovenfor er kommet til, med materiale fra andre land. Dessverre er jeg ikke i stand til her å bringe så svært meget, men noe kan meddeles.

I Nordisk Forsikringstidsskrift 1945 s. 251 flg. har *N. Skriver Svendsen* offentliggjort noen statistiske opplysninger fra et dansk selskap som driver ansvarsforsikring.\* Tallene refererer seg praktisk talt bare til landboforhold. Bilansvar er holdt utenfor, i motsetning til den statistikk som er nevnt ovenfor.

I de ti år 1935-1944 regulerte selskapet 52.713 ansvarsskader. Derav endte 951 med dom i retten. Det vil si 1,8 %. 98,2 % ble ordnet i minnelighet ved forhandling med skadelidte. Prosessfrekvensen ligger altså noe høyere enn i det norske selskap. Tallene kan dog neppe direkte sammenlignes. I den danske statistikk er således, såvidt jeg kan se, regressaker mellom selskaper samt straffesaker medregnet. Felles for både den danske og den norske statistikk er at prosesshyppigheten i den iaktatte periode viser en synkende tendens.

Et annet ledende dansk selskap i ansvarsforsikring har i sitt husorgan for november 1943 offentliggjort en statistikk omfattende 13.000 ansvarsskader i ubrutt rekkefølge. Bilskader og hus-eierskader er unntatt. I nøyaktig 2 % av tilfellene ble erstatningen

\* Se også *Axel Skibsted* i Ugeskrift for Retsvæsen 1936 s. 122 flg.



avgjort ved dom. Straffesaker er inkludert. Selskapet har regnet ut at det ikke har mere enn 4-5 tapte sivile erstatningssaker pr. 1000 anmeldte skader i ansvarsforsikring.

*Svenska Försäkringsbolags Riksförbund* har for noen år siden utarbeidet en oversikt over et betydelig antall svenske selskapers skadereguleringsvirksomhet i de tre år 1941-43. Dette arbeide har *Harry Molén* gjort nærmere rede for i *Nordisk Forsikringstidskrift* 1950 s. 211 flg.. På basis av et stort tallmateriale regner han ut at det knapt er ett tilfelle på ti tusen hvor der oppstår tvist mellom sikrede og selskapet av sådan art at man må ty til dom eller voldgift for å finne en løsning. Dette tall kan dog ikke uten videre sammenlignes med det som ovenfor er nevnt fra et norsk selskaps statistikk. Såvidt jeg forstår, er nemlig livsforsikring, husdyrforsikring, den tvungne arbeiderulykkesforsikring og flere andre bransjer medregnet — som ikke overtas av det norske selskap. Hvis man plukker ut av den omfattende svenske statistikk de samme bransjer som er medregnet i den norske, kommer man til det resultat at mens det norske selskap regulerer 4000 skader mellom hver gang der søkes avgjørelse ved dom eller voldgift, regulerer svenske selskaper 6300. Jeg må ta det forbehold at sammenligningen muligens ikke er helt eksakt. Den baseres på en vurdering av flere noe usikre faktorer. — Molén antar — og deri har han vel rett — at dette lave prosessantall bunner i det svenske system med en rekke nevnder i forskjellige bransjer. Disse ledes av upartiske — utenfor forsikringsvesenet stående — jurister som har til oppgave å være rådgivere for selskapene når det gjelder skaderegulering.

Vender man seg mot ansvarsforsikringen, viser imidlertid den svenske statistikk et tall som ligger høyere enn de norske og danske som foran er gjort rede for. I ansvarsforsikring inkl. bilansvarsforsikring (trafikkforsikring) opererer den svenske statistikk med et samlet skadeantall i treårsperioden på 106.415 og et antall dommer av 2855. Det vil si at når der i den norske statistikk faller 9 dommer pr. 1000 anmeldte skader, faller der i Sverige 27 dommer pr. 1000. Den sivile ansvarsforsikring viser et betydelig lavere tall enn den norske og danske. Det er trafikkforsikringen som bringer tallet oppover. Herom heter det i Riksförbundets

undersøkelse: »Anledningen till det i förhållande till övriga försäkringsgrenar mycket höga antalet rättsfall berörande trafikförsäkringen är i stället att söka i den omständigheten, att en trafikolycka i regel ger anledning till att allmänne åklagaren väcker åtal mot vederbörande för trafikförseelse eller brott mot motorfordonsförordningen för fastställande av det straffrättsliga ansvaret och i samband med sådan rättegång kommer jämväl den civilrättsliga ansvarigheten, d. v. s. skadeståndsskyldigheten, ofta under domstolens prövning.«

\*

Til slutt et par ord om tysk praksis. I »Neumanns Zeitschrift für Versicherungswesen« 1930 s. 526 anføres, at efter en gennem decennier ført statistikk kommer der på hundre ansvarstilfelle ikke engang én prosess. »Dette er,« heter det, »et overordentlig gunstig resultat, når man betenker at rettsspørsmålene i ansvarsforsikring for det meste er ganske vanskelige — og at de skadelidte hyppig er alt annet enn beskjedne, fordi de vet at der står et kapitalsterkt selskap bak skadevolderen.« I en artikkel i samme tidsskrift 1936 s. 212 flg. har generaldirektør *Stieringer* (»Leiter der Fachgruppe Unfall-, Haftpflicht-, Kraftfahrzeugversicherung«) anslått prosesshyppigheten for tysk ansvarsforsikring til mellom 1 og 2 % av anmeldte skadetilfelle.

Den lille utredning som her er gitt, og den sammenligning som er foretatt mellom det mere eller mindre tilfeldige materiale som foreligger i flere land, peker i den retning at prosess mellom selskapet og sikrede hører til sjeldenhetene. Prosesshyppigheten er selvsagt betydelig større i ansvarsforsikring, hvor selskapet prosederer for den sikrede. Her ligger dog forholdene så forskjellig an at en direkte jevnføring mellom landene er vanskelig. Så meget må imidlertid kunne sies at de her foretatte undersøkelser i ikke liten grad sannsynliggjør at selskapene også i ansvarsforsikring prosederer mindre enn man skulle ha trodd.

# Firma och namn

## Tillika en fråga om metod

Av professor Gösta Eberstein

Föreliggande undersökning har närmast framkallats av *Per Nilsson-Stjernquist*, Föreningsfirmans funktion (1950), vilket arbete jag i brev till auktor sade mig ha läst med »stort intresse och mycken motsägelselusta«. Detta alltför allmänna omdöme är det min avsikt att här något närmare motivera.

Stjernquist vänder sig (s. 15 ff.) mot den inom litteratur och praxis hittills närmast såsom självklar antagna åsikten, att firma är namn på en person eller ett särskilt bildat rättssubjekt, t. ex. en förening. Han menar, att man icke kan slå sig till ro med ett sådant resultat på den grund att enligt honom en associations firma, och såsom exempel väljer han föreningsfirman, har en annan funktion än den enskilde köpmannens: »Det gäller att tränga djupare, att fixera de *fakta* som täckas av orden förening« (s. 16) att »få reda på vad en förening är för någonting« (s. 17 f.), alltså att komma till rätta med ett associationsrättsligt problem. I överensstämmelse härmed lämnas den enskildes firma helt åsido.

Sin undersökning söker Stjernquist genomföra på så sätt, att han upptager till prövning (s. 17 ff.) de olika företeelser, som sammanhånga med och ansetts representera en förening, ekonomisk eller ideell. Dessa anger han vara *dels* en persongrupp (föreningsmedlemmarna) och *dels* en förmögenhetsmassa (föreningsförmögenheten), eventuellt själva företaget, och han undersöker, med negativt resultat, om firman är namnet på den ena eller andra av dessa företeelser.

Hade han med fasthållande av enahanda krav som ställas vid

denna argumentering gått vidare och frågat sig, huruvida — vilket är hans tes — det karakteristiska för föreningen, d. v. s. den sammanhållande faktorn i fråga om denna, istället är firman själv, skulle han ha kommit till samma negativa resultat.

Han finner nämligen till en början (s. 12 ff.) att firman icke är namnet på en persongrupp, ty *dels* är den något mer än en kollektivbeteckning, *dels* användes den i situationer, där det icke finns någon persongrupp (enmansförening), vartill kommer att det icke existerar något gemensamt drag som konstituerar gruppen — t. ex. bosättning inom visst lokalt område — annat än det formella, att gruppen består av dem som upptagits som medlemmar i föreningen. Av analoga skäl sluter han sig sedan (s. 20 f.) till att firma icke heller är namn på föreningsförmögenheten.

Följdriktigheten hade krävt, att han även beträffande firma fullföljt resonnemanget efter en analog linje och gjort en motsvarande slutsats, nämligen denna: Man kan icke heller säga, att den sammanhållande faktorn i fråga om föreningen är rubricering under firman, ty intetdera av de med föreningen sammanhängande båda momenten, det personliga respektive det sakliga, sammanhålls av firman. Den sammanhåller icke persongruppen, ty »ibland har ju firman applicerats på personer, som ej betraktas som medlemmar. Ibland anses någon fortfarande vara medlem, ehuru han blivit avrubricerad» (s. 43). Ej heller är firman sammanhållande faktor i fråga om förmögenheten, ty det finns »åtskilligt, som kan motivera, att domstolarna frångå själva rubriceringen. Och omvänt: en handling som inte är utställd på firman, kan omtydas till att avse denna» (s. 47). Motsvarande gäller även om firmateckningen; användandet av firman är nämligen på intet sätt oefftergivligt blott det klart framgår att meningen varit att engagera föreningen (s. 48 ff.).

I samband med att Stjernquist konstaterar detta, ger han ock själv uttryck för tvekan, huruvida »det verkligen kan vara riktigt att påstå, att firman fungerar som den sammanhållande faktorn inom medlemsgruppen» (s. 43). Men accepteras icke detta, skulle man ju stå »på bar backe, utan varje gruppbildande faktor».

Det synes vara denna sista eventualitet som förmår honom att quand même — trots att denna konstruktion är lika bristfällig som

de av honom tidigare förkastade — framhärda i att betrakta firman såsom föreningens sammanhållande moment. Han redogör t. ex. (s. 40) för gången av en föreningsbildning: det konstituerande sammanträdet, då beslutet härom fattas, bestämmandet av firman, antagandet av stadgar, anmälningarna om medlemskap och medlemmarnas val av styrelse, varefter han ställer frågan: »Vad innebär nu en sådan föreningsbildning»? Hans svar blir: »I grund och botten ingenting annat än att deltagarna låta rubricera sig under en viss föreningsfirma i syfte att samverka i en viss riktning. Deras namn uppföras på en medlemsförteckning eller en teckningslista, vars *enda nödvändiga* (kurs. av mig) karakteristikum består av att firman står som rubrik. Därigenom uppkommer en tydligt avgränsad persongrupp med firman såsom särskiljande kännetecken».

Lika förvånad — sedan man förut fått klargjort, att firmans användande *icke* är nödvändigt för rubriceringen — blir man, när Stjernquist utvecklar samma betraktelsesätt i fråga om föreningsegendomen. Även här skulle firman vara den sammanhållande faktorn, t. ex. vid ett köp: Man har tidigare gjort sig åtskilliga traditionella föreställningar om köpet och har inte »kunnat tänka sig en så enkel förklaring som att köpet innebär en rubricering under firman« (s. 60). Här kan man nästan tala om en övertro på firmans rättsskapande förmåga.

Stjernquist säger i inledningen till sin bok, att hans framställning »på sätt och vis gäller en sociologisk uppgift snarare än en juridisk i traditionell mening« och att det därigenom inte alltid blir möjligt att utan vidare använda den vanliga juridiska terminologien, varför det inte går att undvika, att boken i viss mån får »karaktär av experiment« (s. 14).

Vad är emellertid juristens uppgift utöver sociologens. Sedan sociologen beskrivit, i detta fall den sedvanliga gången vid en föreningsbildning, får juristen *icke* underlåta att bestämma den ur rättslig synpunkt riktiga rangordningen mellan de sociologiska företeelserna, så att ej en mera sidoordnad omständighet placeras i centrum och vad som är mera väsentligt skjutes åt sidan. Till en sådan försyndelse har Stjernquist enligt min uppfattning gjort sig skyldig, när han betecknar firman såsom teckningslistans enda

nödvändiga karakteristikum och skjuter undan i andra planet under rubriken »neutraliserande omständigheter« en rad fakta som vid den rättsliga värderingen måste anses vida mera väsentliga. Det blir sålunda en skev bild, när man t. ex. degraderar till allenast »neutraliserande« en sådan omständighet som att en person, som upptagits på den med firman försedda teckningslistan, aldrig begärt att bli medlem. Att firman sättes ur funktion genom en sådan »neutraliserande omständighet« beror ju av att denna är central på ett helt annat sätt än att teckningslistan saknar firmauppgift. En analog degradering sker, när i fråga om föreningsegendomen den formella rubriceringen istället för fånet skjuts i förgrunden.

Om nu i överensstämmelse härmed firman sättes på den mera blygsamma plats som bättre anstår den, står man fördenskull icke »på bar backe«. Även en iakttagare, som är sociolog, måste väl säga sig, att ett försök att bland de element, som ingå i föreningen, plocka ut det ena och det andra för att pröva, om detta *isolerat* för sig kan betraktas som föreningens enhetskriterium, är från början dömt att misslyckas såsom ett otjänligt försök. Det gäller ju just att rättsligt värdera en *förening* av flera element. Detta antydes för övrigt ock i det tidigare anförda citatet, att det är fråga om att fixera »de fakta«, som täckas av ordet förening. Det associationsrättsliga problemet blir istället att undersöka, om icke en *kombination* av personliga och sakliga element, eventuellt av både persongrupp, förmögenhet och firma kan vara det juridiska bindemedel som sammanhåller föreningen till en juridisk enhet.

Det är väl en sådan kombination av fakta, som Rümelin och Bergendal avse, då de tala om den *relationspunkt*, till vilken tekniskt sett rättigheter och skyldigheter samt en persongrupp blivit anknutna (s. 55 ff.). För denna kombination har firman en mycket betydelsefull uppgift att fylla såsom föreningens namn, som ju ock är en av förutsättningarna för dennas registrering.

Stjernquist kursiverar på ett ställe såsom vunnet resultat (s. 55): »Föreningsfirman är inte i första hand ett namn på en organisation. *Utan* (ytterligare kurs. av mig) den är ett viktigt element i själva organisationen«. Istället skulle jag vilja säga: Föreningsfirman är i första hand ett namn på en organisation *och därigenom* ett viktigt element i själva organisationen. Att Stjernquist icke

»upptäckt« detta förefaller mig nära sammanhänga med att han vid undersökningen av den formella firmarätten helt bortser från den materiella. Att han icke ingått på vare sig »firmans användning som medel i affärskonkurrensen« (s. 13) eller »frågan om förväxlingsbar likhet« (s. 26) kan visserligen icke läggas honom till last, men väl att han icke vid behandlingen av den formella firmarätten tillgodogjort sig den materiella namn- och firmarättens erfarenheter om vad firma är.

Dessa erfarenheter peka på att firma är ett verkligt namn. När en tysk författare<sup>1</sup> kritiserar sin landsman Goethe och säger: »Wenn Goethe also sagt: 'Name ist Schall und Rauch', so sagt er noch zu viel; der Name ist nur Schall«, är detta även sociologiskt otillfredsställande. För att inse detta behöver man icke gå så långt som den svenske författaren Per Hallström, som uttalar att Napoleon inte skulle ha varit Napoleon, om han hetat Pierre eller Paul; hade han haft ett vanligare namn skulle han ha varit en vanligare man. Det räcker sociologiskt med att rikta uppmärksamheten på firmas förmögenhetsvärde, som ju även det, tack vare den ensamrätt rättsordningen ger, är ett erfarenhetsfaktum och kan göra firman till en viktig del av firmainnehavarens aktiva. Detta värde erhåller firman genom sin förmåga att individualisera och, närmare bestämt, att vara kännetecken för *hela* den kombination av varierande fakta, som firmanamnet hänför sig till. Detta är såvitt jag kan se den viktigaste sociologiska företeelsen inom firmarätten, det faktum som bäst anger vad firma är, och på analogt sätt förhåller det sig med namnrätten. En sociologisk undersökning skulle visa — lika väl beträffande associationsfirman som den enskildes firma — att det främst är själva kombinationen, som firman är ett uttryck för och som ger den dess förmögenhetsvärde, men att det därvid än är det personliga, och än det sakliga elementet i kombinationen — eventuellt i förra fallet affärsledaren, i det senare en tillverkningsmetod — och än en kombination av båda momenten, som väger över.<sup>2</sup>

Stjernquist tar avstånd från det i svensk litteratur och praxis till uttryck komna — historiskt givna — strävandet att reservera termen firma för ekonomisk verksamhet och eljest använda den »vilseledande termen« (s. 124) namn. Han anser det »synnerligen

värdefullt att ha en gemensam term för alla ordformler, som användas som sammanhållande faktor inom en organisation«. Huruvida den enskilde köpmannens namn fortfarande skulle jämsides härmed få kallas firma eller icke, nämner han ej.

Det är svårt att förstå, varför Stjernquist anser det vara »vilseledande« att tala om en ideell förenings namn. Han är nämligen ingalunda blind för namnets och firmans gemensamma egenskap av individualiseringsmedel. Han säger (s. 26) att firman kommer till användning som »något slags kännetecken« och konstaterar i flera sammanhang, att föreningsfirman i stor utsträckning fungerar på samma sätt som personnamnet. I framställningen handlar hela kap. III (ss. 58-80) om fall av denna natur, och här fastslås uttryckligen (s. 75) att en namn- eller firmateckning under en utfästelse »ju inte främst tillkommit för rubriceringsändamål« utan bland annat anger »varifrån den utfästa prestationen skall fullgöras«,<sup>3</sup> alltså en ren namnfunktion. Men i inledningen till samma kapitel (s. 59) understrykes likheten istället så, »att personnamnet på samma sätt som associationsfirman fungerar som sammanhållande faktor för aktiva och passiva«. <sup>4</sup> Uttrycket sammanhållande faktor är väl här dubbeltydigt, ty finge man taga Stjernquist på orden, skulle det innebära, att personnamnets funktion att sammanhålla personens aktiva och passiva, vilket icke är något annat än själva namnfunktionen, skulle vara analog med associationsfirmans. Så bör man ock enligt min mening — men väl icke enligt Stjernquist — uppfatta läget. Med andra ord även för associationsfirmans del bör — i anslutning till vad jag tidigare utvecklat — huvudvikten läggas på dess egenskap av kännetecken (namn) och den sammanhållande faktorn blir något väsentligt annat, nämligen i första hand beträffande persongruppen en ansökan att upptagas såsom medlem av föreningen och i fråga om förmögenheten ett avtal.

När Stjernquist finner sig urståndsatt acceptera detta resultat, beror det väl framför allt på att det med hans metod icke är möjligt att få ett grepp på en kombination av företeelser (relationspunkt), därför att föreningen av dessa icke låter sig bestämma på ett direkt konkret, närmast kanske lokalt, sätt. I sociologens verklighetsskildring kanske det finnes mindre utrymme för att



beskriva den i en förening ingående kombination av fakta. För juristen däremot är det ofrånkomligt att söka komma åt det ur rättslig synpunkt karakteristiska för själva denna kombination.

Jag är icke tillräckligt förtrogen med Stjernquists tankegångar för att kunna avgöra, huru långt de tillåta honom att härvid sträcka sig. Vi begagna — om icke olika språk — dock i många stycken olika juridiskt uttryckssätt, jag det hävdvunna och han det som användes av den åsiktsriktning som förmenar, att en rad gängse termer, såsom rättighet etc. äro uttryck för någon slags metafysisk åskådning. »Det är väl numera allmänt erkänt« säger Stjernquist på ett ställe (s. 127), »att föreställningarna om rättigheter och skyldigheter inte ha några omedelbara reella motsvarigheter«. Det ligger här nära att citera ett ord av *Henry Ussing* — U. f. R. 1946 s. 83 — att uttryck sådana som rättighet »kan opfattes som rent tekniske hjælpebegreber, der ikke forudsætter tro på realiteter, der står udenfor erfaringens verden«, och at själva rättighetsbegreppet »er et indtil videre uundværligt middel til at forme visse retsregler«. Stjernquist medger ock, att det finnes »något verklighetsunderlag« även hos begreppen rättigheter och skyldigheter, och »detta består tydligtvis till en väsentlig del av förmögenhetstillgångar respektive utfästelser« (s. 128).

För den som i likhet med *Ussing* anser juridisk begreppsbyggnad ofrånkomlig såsom tekniskt hjälpmedel, är visserligen en första uppgift att så noggrant som möjligt utforska den erfarenhetsmässiga verklighet, som ett juridiskt begrepp skall täcka. Men den mest maktpåliggande uppgiften blir att juridiskt värdesätta denna verklighet. Icke heller sociologen undgår att, sedan han beskrivit sina fakta, klassificera och systematisera dessa och att därvid för att kunna bemästra materialet begagna sig av tekniska hjälpbegrepp. Men de juridiska begreppen måste få ett annat innehåll, därför att det erfarenhetsmässigt givna här skall ses från en ny synpunkt, den rättsliga, som alltså för över på ett annat plan än den omedelbara verklighetens.

I fråga om det traditionella firmabegreppet är det därför riktigt, när Stjernquist uttalar att, då relationspunkten »endast är föreställd, saknas all anledning att söka efter den i verkligheten« (s. 56). Men det är icke riktigt, att detta skulle dispensera från

att söka tränga fram till dess verklighetsunderlag och därmed avhålla från att »upptäcka firmans grundläggande roll«.

Såsom namn på föreningen blir föreningsfirman — på analogt sätt som den enskilde köpmannens firma — såsom förut berörts, i stånd att ge uttryck åt alla de olika personliga och sakliga moment, som i det speciella fallet tillhopa bilda föreningen och vilka såsom framgår av Stjernquists utredning kunna växla från fall till fall, alltså den persongrupp (eventuellt den enskilde person) som anmält sig och erhållit medlemskap i föreningen, den förmögenhet (insatser eller tillskott), som är underlag för verksamheten, och det syfte som fullföljes.

Från rättslig synpunkt förefaller det att vara väl mycket begärt att man, för att kunna tala om en avskild persongrupp och en avskild förmögenhet skall fordra en lokal eller därmed jämförlig avskildhet (s. 19 ff.), när tillgångarna äro individualiserade och fått rättslig karaktär av särskild förmögenhet och persongruppen kan angivas bestå av dem som upptagits såsom medlemmar i föreningen.

Denna kombination av personliga och sakliga moment med visst syfte är visserligen icke av samma slag som »a human being«, men den utgör en produkt av rättsordningen, som givit regler för dess uppkomst, förlänat den rättskapacitet och i olika avseenden fastställt de rättsverkningar, som knutits vid densamma. Och denna rättsliga enhet är i likhet med den enskilde i trängande behov av ett namn. Att vid firmans betecknande såsom ett namn och ingenting annat hela föreningsorganisationen skulle »falla sönder för tanken« och man stå där utan någon »gemensam anknytningspunkt för de växlande företeelserna« (s. 23), är det svårt att verifiera, då namnets funktion just är att känneteckna och därigenom för tanken sammanhålla själva föreningsorganisationen.

Av stort intresse har varit att följa Stjernquist i hans ihärdiga försök att, trots alla svåröverstigliga — enligt min mening delvis oöverstigliga — hinder söka fullfölja sitt experiment. Detta är i och för sig en prestation, som är av värde genom den erfarenhet som vinnes, även om man menar, att behållningen av undersökningen, såvitt frågan gäller firmabegreppet — vad en firma är för någonting — är den, att en annan metod skulle givit bättre resultat.

## NOTER

1. Isaac, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen (Berliner In. Diss. 1899) s. 21.
2. Det är därför så långt ifrån att firman på den grund, att den »endast» är ett namn, skulle stå »utanför organisationen», att den tvärtom därigenom är ett särskilt viktigt uttrycksmedel för denna.
3. »Här på passivsidan — heter det vidare — är som regel den formella namn- eller firmateckningen avgörande. Man utgår därvid från den huvudprincipen — och den bottnar i grundläggande civilrättsliga tankegångar — att en utfästelse ej gäller mot annan än den som förklarat sig vilja bli bunden». En sociologisk läsare frågar sig väl här: mot vem annan?
4. Inom parantes tillägges: »men längre sträcker sig överensstämmelsen naturligtvis inte». Härmed åsyftas väl icke något annat än att personnamnet i olikhet med associationsfirman hänförs sig till en fysisk person.

# Nordisk rättsgemenskap

Av Birger Ekeberg

Då representanter för de nordiska staterna äro samlade för att skriva lag, arbetar man i den trygga känslan att bygga på gemensam grund, på en i det väsentliga enhetlig rättsuppfattning. Att land skall med lag byggas fastslogs uttryckligen i den medeltida lagstiftningen på båda sidor om Sundet och Kölen och denna grundsats har under tidernas växlingar alltså hållits i ära. Århundrade efter århundrade arbetade emellertid de lagstiftande organen utan att söka kontakt med varandra, och ehuru de nordiska folkens levnadsbetingelser och den samhällsmiljö, ur vilken lagarna växte fram, hade så många väsentliga drag gemensamma, gingo lagstiftarna i viss mån skilda vägar även på områden där en enhetlig lösning legat inom räckhåll. De politiska konstellationerna medförde därvid att folken i väster länge följde en i stort sett gemensam linje, Sverige och Finland en annan. Från 1380 till 1814 voro Danmark, Norge och Island förenade till ett rike och Christian V:s i allt väsentligt likalydande danska och norska lagböcker av 1683 och 1687 befäste rättsenheten för lång tid framåt. Den svensk-finska rättsgemenskapen går lika långt tillbaka i tiden som de båda folkens gemensamma historia och Sveriges rikes lag av 1734 har här spelat en roll, motsvarande den dansk-norska lagbokens. Båda dessa lagverk innefatta en kodifikation av civil-, straff- och processrätten, och för enhetlighet i rättstillämpningen var i bägge fallen sörjt därigenom att prövningen i sista instans tillkom en för hela rättsområdet gemensam högsta domstol.

Då 1809 de statsrättsliga föreningsbanden mellan Sverige och

Finland avklipptes och de konstitutionella garantierna för framtida rättsenhet därmed gingo förlorade, innebar detta dess bättre icke att det gemensamma rättsarvet förspilldes. Sveriges rikets lag bibehöll under den ryska parentesen sin giltighet i Finland, den utgjorde alltså den fasta grunden för landets rättsliv och blev ett ankarfäste för motståndet mot trycket från öster. Och ehuru utrymme ej fanns för officiell samverkan med det gamla moderlandet, strävade Finlands folk målmedvetet att på lagstiftningens område följa den svenska linjen.

Norges förening med Sverige föranledde ej tillskapande av gemensamma organ för lagstiftning och rättskipning. Försök till samarbete mellan unionsländerna gjordes emellertid på begränsade områden, först på straffrättens, där överläggningar upptogos 1830 och snart nog resulterade i ett svenskt och ett norskt förslag till kriminallag, vilka visserligen ej voro fullständigt överensstämmande men företedde nära frändskap både principiellt och beträffande detaljer. Även ett danskt namn är knutet till detta svensk-norska samarbete, i det att ingen mindre än A. S. Ørsted togs till råds, åtminstone från svensk sida. Det norska förslaget upphöjdes 1842 efter åtskilliga ändringar till lag och ur det svenska framgick efter betydliga amputeringar och ändringar 1864 års strafflag. Ett på 1850-talet inlett samarbete på konkursrättens område blev däremot resultatlöst liksom även det försök som samtidigt gjordes att samordna de svenska och norska reglerna om verkställighet av domar. I sistnämnda ämne kom däremot 1861 en svensk-dansk överenskommelse till stånd av samma innehåll som den föreslagna svensk-norska.

Ej heller skandinavismen, som stod i sitt flor under decennierna omkring mitten av 1800-talet, visade sig ägnad att framkalla fruktbärande initiativ på rättslivets område. Det var först efter skandinavismens sammanbrott som idén om samverkan på detta fält spirade och satte frukt.

Tanken på gemensamt skandinaviskt lagstiftningsarbete väcktes i början av 1870-talet av de nordiska juristmötena. Initiativet till dessa möten togs av några svenska jurister i framskjuten ställning genom en hänvändelse till danska kolleger med förslag om anordnande av ett allmänt nordiskt juristmöte i Köpenhamn. Denna

åtgärd hade sin historiska bakgrund i den kris, som under olycks-åren 1863-64 skakat Danmark och hela Norden. Det gällde att efter vad som skett slå bryggor mellan Nordens fria folk av annan och mera hållbar art än dem som skandinavismen trodde sig ha skapat. De danska juristerna upptogo förslaget och förde det vidare till norska kolleger som också ställde sig förstående, och i augusti 1872 sammanträdde i Köpenhamn det första nordiska juristmötet.

Den organisation som då började sin verksamhet har visat sig äga stor livskraft och har spelat en betydande roll i Nordens rättsliv. Talrika grundläggande frågor inom privaträtten, straffrätten och processrätten och många andra rättsliga problem ha här upptagits till diskussion och fått en allsidig belysning. Vänskapsband ha knutits över gränserna och det tankeutbyte som begynt under mötena har i skilda former fullföljts år och decennier igenom. Juristmötena kommo allt ifrån begynnelsen att bilda ett sakkunnigt nordiskt parlament för dryftande av frågor om gemensam lagstiftning. Redan vid det första mötet fattades en resolution om sådan lagstiftning på växelrättens område. Detta initiativ föranledde icke omedelbart någon åtgärd från de lagstiftande myndigheternas sida. Sedan ytterligare ett möte hållits väckte emellertid en av förgrundsfigurena vid dessa möten, landshövding Bergström, i svenska riksdagen förslag om utarbetande av en handelslagbok för Sverige i samarbete med Danmark och Norge. Detta förslag vann riksdagens bifall. Regeringen, som i princip delade riksdagens uppfattning, ansåg att man försöksvis borde börja med ett mera begränsat område och inbjöd de danska och norska regeringarna till det samarbete, som resulterade i de likalydande skandinaviska växellagarna av den 7 maj 1880. Härmed var stenen satt i rullning. Nästa ämne som upptogs till behandling gällde varumärken samt handelsregister, firma och prokura, och lagar på dessa områden antogos i Danmark, Norge och Sverige inom den följande tioårsperioden. Under åren 1891-93 gjorde det gemensamma lagstiftningsarbetet en betydande landvinning; då tillkommo nämligen efter ingående förberedelser de nordiska sjölagarna, de mest omfattande lagverk som byggts upp med förenade krafter. På 1890-talet utfärdades även checklagarna och, utanför handelsrättens område, svenska och danska lagar om medborgarrätt.

Innan det nittonde seklet gått till ända utgick från Danmark en mäktig maning till lagstiftningsprogrammets utvidgande. Vid den reformationsfest som 1899 firades i Köpenhamn tog Julius Lassen, som då var universitetets rektor, till orda för en för alla skandinaviska riken gemensam, genom förenade danska, norska och svenska krafter skapad lagbok. En nordisk lagbok skulle stå med en auktoritet som den danska, norska och svenska var för sig skulle sakna och skulle i förening med en därtill knuten, gemensam skandinavisk rättsvetenskap kunna fylla den skandinaviska rättens mission i den allmänna borgerliga rättens utveckling som medlare mellan den romanistisk-tyska rätten och den engelsk-amerikanska. Lassens tanke upptogs i den svenska riksdagen av borgmästaren Carl Lindhagen. Riksdagen gick emellertid försiktigare fram än förslagsställaren; man stannade vid en hemställan att regeringen måtte taga under övervägande, i vilken omfattning lagstiftningen på obligationsrättens område kunde bli föremål för samarbete. Sverige och Danmark enades snart om denna linje och efter någon tvekan anslöt sig även Norge. Ett program för samarbete uppgjordes och de nordiska köplagarna blevo den första frukten.

Vid unionsbrottet sommaren 1905 hade köplagen just hunnit antagas av den svenska riksdagen och utan hinder av den politiska brytningen fördes lagstiftningsärendet fram till en lycklig lösning även i de båda andra länderna. Många fruktade kanske att samarbetet på lagstiftningsens område därmed var tillända åtminstone för en längre tid framåt. Nu liksom efter olycksåren 1863-64 visade det sig emellertid, att ett återupptagande av detta samarbete efter vad som hänt framstod såsom en särskilt angelägen uppgift. Redan 1909 väckte Carl Lindhagen frågan till liv i riksdagen. Hans motion i ämnet föll visserligen i första kammaren, men med den folkvalda kammarens stöd inledde svenska regeringen förhandlingar med de danska och norska. Innan året gått till ända hade delegerade för de tre länderna utarbetat ett program för fortsatt samverkan och följande år sattes arbetet i gång på två betydelsefulla områden samtidigt, obligationsrättens och familjerättens. Därmed inleddes en ny period i det gemensamma lagstiftningsarbetets historia. Märklig är arbetsfältets utvidgning till

den familjerättsliga lagstiftningen. Att även på stora delar av detta ömtåliga område, särskilt äktenskaps- och förmynderskapsrätten, betydelsefulla resultat kunnat vinnas visar bäst hur närbesläktad rättsuppfattningen är i de nordiska länderna. Från obligations- och handelsrätten äro att anteckna lagarna om avtal och andra rättshandlingar, om avbetalningsköp, om kommission, handelsagentur och handelsresande, om försäkringsavtal och om skuldebrev, vidare sjömanslagen samt växel-, check- och sjölagarna i deras nya gestalt samt luftfartslagstiftningen. Inom vissa delar av aktiebolagsrätten har ett åtminstone för den svenska lagstiftningen fruktbarande samarbete ägt rum, auktorrätten och patenträtten upptogs till legislativ behandling och i straffrättsliga ämnen inleddes överläggningar, delvis av officiell natur, delvis anordnade av de skilda ländernas kriminalistföreningar. Lagstiftningen om medborgarskap reviderades och ett flertal konventioner slötos, avsedda att lösa internationellt privaträttsliga frågor, särskilt de svårigheter som kunna föranledas av motsättningarna mellan nationalitets- och domicilprincip. Konventioner ha också slutits i syfte att främja en gemensam nordisk arbetsmarknad genom att så långt lämpligen kan ske tillförsäkra medborgare i ett av de nordiska länderna som söker sin utkomst i ett annat samma sociala förmåner som detta lands medborgare äga. Redan före första världskriget inleddes samarbete på det socialpolitiska området i syfte att utbyta erfarenheter och verka för en utjämning av bestående olikheter.<sup>1</sup> Av särskild betydelse äro de nordiska socialministermötena, som påbörjades under mellankrigstiden och sedan 1945 hållits vart annat år.

Då samarbetet 1910 återupptogs, var det liksom tidigare tre länders delegerade som togo plats vid förhandlingsbordet. Sedan Finland 1918 vunnit sin självständighet och Island samma år blivit ett självständigt rike, intill 1944 i personalunion med Danmark, har kretsen utvidgats. Finland och Island deltaga sedan 1919 i samma former som Danmark, Norge och Sverige i de nordiska juristmötena. Finland medverkar också i samma utsträckning som sistnämnda länder i de nordiska lagstiftningskommittéerna, och ehuru Island ofta avstår därifrån, ha de av dessa kommittéer utarbetade lagarna till största delen införlivats även med den isländska rätten.



Vid sidan av det allmänna nordiska samarbetet har det förekommit att ett par av länderna förenat sina krafter för att gemensamt söka lösa en lagstiftningsuppgift. Finlands äktenskapslag tillkom sålunda efter samarbete mellan ledamöter av de finska och svenska lagberedningarna och senare har samverkan i sedvanliga former ägt rum mellan Finland och Sverige beträffande successionsrättens hela område jämte därtill hörande internationellt privaträttsliga problem. Och ännu i början av april 1940 höllos i Oslo överläggningar mellan de norska och svenska straffrättskommittéerna angående ny lagstiftning om förmögenhetsbrott.

Medan det första världskriget i stort sett lämnade det nordiska lagstiftningsarbetet oberört, hade det tyska överfallet mot Danmark och Norge en förlamande verkan. Till en början torde väl knappast någon ha räknat med möjligheten att återupptags samarbetet förrän fred åter rådde åtminstone i denna del av världen. Man gjorde emellertid vad som göras kunde för att upprätthålla de personliga kontakterna och det dröjde inte länge förrän samarbetet på rättslivets område i viss utsträckning åter kom i gång. Initiativet kom från några danska jurister, bland dem den hösten 1941 bortgångne höjesteretsadvokaten Øivind Ahnfelt-Rønne, som under kriget ofta hade ärenden över till Sverige. Man slog in på två vägar: besök av föreläsare i juridiska ämnen och anordnande av en blygsam motsvarighet till fredstidens juristmöten och juriststämmor. Tyvärr visade det sig omöjligt att i dessa former återupptaga samarbetet med Norges och Islands jurister, men mellan Danmark, Finland och Sverige skedde i viss utsträckning utbyte av föreläsare och den 24-29 april 1941 hölls i Stockholm och Uppsala en juristvecka, i vilken deltog jurister från Danmark, Finland och Sverige, såväl äldre som yngre,<sup>2</sup> och det väckte stor tillfredsställelse, då redan under första dagens förhandlingar helt oväntat även en norsk jurist kastade sig in i diskussionen.

Kort därefter togs ännu ett steg till återknytande av förbindelserna; den nordiska auktorrättskommittén, som börjat sitt arbete i maj 1939, sammanträdde i Köpenhamn i juni 1941, ehuru tyvärr i stympat skick: de norska delegerade voro förhindrade att infinna sig. Innan sammanträdet utsattes hade man emellertid förvissat sig om att man från deras sida ej hade något att erinra emot att ett

möte hölls i deras frånvaro, sedan det överenskommits att diskussionsprotokoll skulle föras och alla handlingar från mötet i betryggande former hållas de norska delegerade tillhanda. Den 21-29 september följande år hölls under samma betingelser ett möte i Finland; det öppnades och avslutades i Helsingfors men var dessemellan förlagt till Aulanko nära Tammerfors. Man skildes åt i förhoppning att snart nog få fortsätta förhandlingarna i Stockholm, men den inträdda skärpningen av det tyska trycket över Danmark lade hinder i vägen; först efter krigstillståndets upphörande kunde auktorrättskommittén åter samlas, denna gång i fulltaligt skick.

Auktorrätten var inte det enda ämne som under dessa hårda år var föremål för gemensamma överläggningar i legislativt syfte. Samarbetet på patentlagstiftningens område fullföljdes på ett möte, som utan norsk medverkan hölls i Helsingfors 1941, under intervallen mellan Finlands båda krig. Därefter avstannade detta samarbete, som emellertid ej blev resultatlöst utan i viss mån satte sin prägel på Finlands patentlag av 1943 och 1944 års ändringar i den svenska patentlagen. Och under auktorrättskommitténs nyssnämnda möte i Helsingfors hade det lyckats att väcka intresse för en revision av de i Finland gällande ålderdomliga och ganska torftiga reglerna om köp av lös egendom i samband med en översyn av den skandinaviska köplagen. På grund av det alltmer skärpta läget kunde åt ett samarbete i sådant syfte ej givas officiell karaktär, men i januari 1944 hölls i Stockholm överläggningar i detta ämne, varvid Henry Ussing företrädde Danmark, Yrjö Hakulinen Finland, Algot Bagge och Rudolf Eklund Sverige. Om de resultat till vilka man kommit sändes en utförlig redogörelse till den norska London-regeringen och detta betydelsefulla lagstiftningsärende har sedermera upptagits på det för de nordiska länderna gemensamma lagstiftningsprogrammet.

Under auktorrättskommitténs möte i Finland mitt under brinnande krig fick man ett överväldigande intryck av vad den fäderneärvda rättsordningen betytt och mer än någonsin betydde såsom grundval för folkets hela livsinställning, dess försvarsvilja och framtidstro. Vid en sammankomst med Juridiska föreningen berättade en av de svenska delegerade att vid det tillfälle, då leda-

möterna i Norges högsta domstol sammanträdde för att taga ståndpunkt till Quislingregeringens obehöriga försök att dirigera domstolens verksamhet, en av ledamöterna såsom argument för den mening som blev domstolens enhälliga beslut föredrog de strofer ur Runebergs dikt Landshövdingen, som ge ett så mäktigt uttryck åt nordisk rättsuppfattning. Då reste sig ett par av de äldsta finska juristerna och berättade, djupt gripna, att de under Bobrikoffs hårda regim såsom ledamöter i Viborgs hovrätt varit utsatta för samma hot, men hellre än att bryta sin domared offrat sin frihet och sin välfärd; också för dem hade Runeberg visat vägen. Det var den kvällen liksom om en bro hade slagits mellan Norges och Finlands folk: det stod klart för oss alla, att ehuru de kämpade på skilda fronter, kampen gällde samma omistliga värden: den nordiska rätts- och samhällsordningen, som var hotad från mer än ett håll. Och vi skildes åt i den fasta förvisningen att den nordiska samhörigheten är ett livsvillkor för Finlands hårt prövade folk.

Efter det andra världskrigets slut visade det sig inom kort att intresset för det gemensamma lagstiftningsarbetet i samtliga nordiska länder alltjämt var mycket stort, och snart var man beredd att med all kraft återupptaga samarbetet på rättsordningens förnyelse och befastande.

Av särskilt intresse äro härvid de åtgärder som vidtogos för vinnande av ökad planmässighet vid samarbetets bedrivande. Juristmötena hade allt sedan 1872 spelat en betydande roll då det gällt att anvisa lämpliga lagstiftningsuppgifter och ställa dem i allsidig belysning. Men dessa möten hållas enligt stadgarna ej oftare än vart tredje år och deras verksamhet har av kända skäl legat nere från 1902 till 1919 och från 1937 till 1948. Juristmötena lämna sig väl som idégivare och forum för sakkunnig prövning, men organiserandet och ledningen av lagstiftningsarbetet måste ligga i andra händer. Vid två tillfällen, 1901 och 1909, hade sakkunniga representanter för Danmark, Norge och Sverige uppgjort program för samarbetets fullföljande<sup>3</sup> och dessa program hade under årens lopp till stor del förverkligats. I början av 1946 beslöt nu de danska, norska och svenska justitieministrarna vid ett möte i Köpenhamn att ånyo slå in på samma väg. De i anledning

härav utsedda delegerade avgåvo i juni 1946 ett yttrande,<sup>4</sup> vari de förordade fortsatt samarbete på vissa områden, där sådant i en eller annan form inletts före kriget, och angåvo ett flertal andra ämnen, som ansågos ägnade för gemensam lagstiftning: skadeståndsrätten, statens och kommunernas ansvar för sina tjänstemäns åtgärder, de redan på 1909 års program upptagna frågorna om preskription och borgen, vidare den materiella konkursrätten, skiljeavtalet och namnrätten samt en revision av köplagen, av lagen om avbetalningsköp och av medborgarskapslagstiftningen. De delegerade uttalade tillika, att ändrade tidsförhållanden kunde ge anledning till omkastningar i programmet och framhöllo såsom ett önskemål att ändringar i lagar, som tillkommit på grundval av nordiskt samarbete, ej måtte genomföras i ett land utan samråd med de övriga. Med hänsyn härtill borde anstalter vidtagas till säkerställande av ett kontinuerligt samarbete.

Vid ett möte mellan de tre ländernas justitieministrar i Oslo i november 1946, i vilket de delegerade deltog, godkändes deras förslag till arbetsprogram och det beslöts att genom norska utrikesdepartementets förmedling inbjuda Finland och Island att delta i programmets förverkligande, en inbjudan som av båda länderna antogs. Även vad de delegerade yttrat om önskvärdheten av åtgärder i syfte att trygga samarbetets planmässiga fullföljande och vidmakthålla dess resultat vann beaktande och i vart och ett av de nordiska länderna ha utsetts två permanenta delegerade med uppgift att främja samarbetet. Någon instruktion för dem har icke utfärdats, men det förutsattes att de, under fast och regelbunden kontakt genom korrespondens och möten, skulle föra en fortlöpande uppsikt över lagstiftningsarbetet och därvid tillse att lämpliga tillfällen till samarbete tillvaratagas och att uppnådd rättsenhet såvitt möjligt vidmakthålles. De kunna sålunda väcka förslag om utvidgning eller ändring i det uppgjorda programmet och taga andra initiativ till rättsgemenskapens främjande, t. ex. genom gemensamma lagkommentarer, rättsfallssamlingar eller studiekurser. De kunna, har det sagts, på en gång göra tjänst som fem rådgivande organ i de särskilda länderna och ett gemensamt nordiskt lagstiftningsråd. Det torde även få anses ankomma på dem att vaka över de nordiska ländernas intressen i det internationella

lagstiftningsarbetet. Så långt den nordiska rättslikheten sträcker sig ha de som vid de internationella konferenserna företräda Nordens länder en fast gemensam grund att bygga på. Erfarenheterna från sjörättens, växelrättens, checkrättens, köprättens och lufträttens områden visa vad detta har att betyda. Det gäller här värden som icke få förspillas. Särskilt bör tillses, att de nordiska ländernas representanter i god tid taga kontakt med varandra och vid gemensamma överläggningar söka nå fram till en enhetlig nordisk förhandlingslinje.

Under de år som gått sedan delegerade utsågos ha de givit och mottagit upplysningar i hithörande frågor och årligen sammanträtt till gemensamma överläggningar. Vid dessa lämnas och diskuteras redogörelser för fortgången av det på skilda områden redan inledda samarbetet. Vidare gives en översikt av övriga lagstiftningsfrågor som i vart och ett av länderna äro aktuella och överväges ämne för ämne huruvida dessa frågor lämpligen böra upptagas till gemensam prövning av delegerade för samtliga länder eller vissa av dem, varvid även den ändamålsenligaste formen för ett samarbete diskuteras. Överläggningarna avse även deltagandet i allmänna internationella konferenser på hithörande områden. Bland andra frågor som varit föremål för diskussion må nämnas underlättande av universitetslärares förflyttning från ett nordiskt land till ett annat och beredande av möjlighet för yngre jurister i ett av länderna att förlägga sin verksamhet till ett av de övriga och därigenom vinna personlig erfarenhet beträffande rättsvård och rättsuppfattning i detta land. Såväl överläggningar och redogörelser som beslut protokollföras och regeringarna hållas under rättade genom avskrifter av protokollet och muntliga rapporter. De danska, finska, norska och svenska delegationerna ha var sin sekreterare, och då envar av dem är befattningshavare i sitt lands justitiedepartement, är det väl sörjt för den personliga kontakten. Att upprätta förslag till lagar eller konventioner faller utanför ramen av de delegerades uppdrag.

Tanken på en fastare organisation av det nordiska lagstiftningsarbetet är icke ny. Den svenska riksdagens andra kammare uttalade sig 1911 och 1912 för åtgärder i denna riktning. Vid nordiska juristmötet i Stockholm 1919, det första efter den svensk-

norska unionens upplösning, stod den nordiska rättsgemenskapen på programmet. Inledaren, professor Viggo Bentzon, förordade inrättande av en samnordisk lagberedning och svenska justitiedepartementen Eliel Löfgren ville nå samma mål genom att i vart och ett av de nordiska justitiedepartementen anställa en eller två befattningshavare med särskild uppgift att vara nordiska kontaktmän.

Den år 1946 träffade lösningen synes ägnad att tillfredsställa de önskemål som föresvävade Bentzon och Löfgren. Den samnordiska lagberedningen skulle enligt Bentzons mening icke taga befattning med utarbetandet av de särskilda lagförslagen utan vara en fast institution för planläggning och övervakande av hela den samlade gemensamma lagstiftningen; den skulle värna om de redan vunna resultaten och verka för rättsgemenskapens utveckling i rätt riktning och i lämpligt tempo. Då Löfgren i stället ville lösa frågan med hjälp av befattningshavare i de olika justitiedepartementen, hade detta sin grund i en önskan att vinna en smidig direkt kontakt departementen emellan. Med den sammansättning de år 1946 utsedda delegationerna fått är väl sörjt för en sådan kontakt.

Det betydelsefullaste resultat som efter andra världskriget inhöstats av det nordiska lagsamarbetet äro de nya danska, norska och svenska lagarna om medborgarskap. Nämnas bör också konventionen mellan Danmark, Norge och Sverige om erkännande och verkställighet av domar i brottmål och därav föranledd lagstiftning. De delegerade, som haft sig anförtrött att utarbeta förslag till ny lagstiftning om avbetalningsköp, ha slutfört sitt uppdrag. Auktorrättskommittéerna ha också avslutat sina gemensamma överläggningar. På vidsträckta områden av den privata och offentliga lufträtten pågå parallellt med de internationella konventionsförhandlingarna nordiskt samarbete. Nordiska förhandlingar om revision av sjömanslagarna ha slutförts. Särskilda efter samråd verkställda förberedande utredningar, utmynnande i likalydande rekommendationer angående lagstiftning på skadeståndsrättens område, ha avgivits till de danska, norska och svenska regeringarna. Förhandlingar pågå angående utomäktenskapliga barns och adoptivbarns arvsrätt, rörande artificiell insemination samt om andra betydelsefulla frågor på barnlagstiftningens område. Lag-

stiftningen om varumärke och firma har också upptagits till revision under samverkan länderna emellan och frågan om gemensam nordisk patentprövning är även föremål för utredning. Deltagandet i den sjunde Haag-konferensen för internationell privaträtt förberedes i samråd och samarbete pågår alltjämt inom skilda delar av straffrätten. På det nordiska programmet har även uppförts trafiklagstiftningen. Förhandlingarna i detta ämne skola avse såväl trafikregler som vägmärken.

Den lämnade redogörelsen visar, att samarbetet på lagstiftningens område sträckt sig ut över allt vidare fält. Pionärerna på 1870-talet togo närmast sikte på handelsrätten, men under årens lopp ha gränserna vidgats och omfatta numera icke blott andra vidsträckta områden av privaträtten utan också stora delar av straffrätten, vissa till processrätten hänförliga frågor och även stats- och förvaltningsrättsliga ämnen. Frågan om medborgarskap har i tre repriser varit föremål för samarbete och under senare år har den djärva tanken på ett nordiskt medborgarskap framförts i diskussionen. Om denna tanke framstår som en utopi, kan man söka sig fram efter andra linjer i syfte att jämna vägen för en medborgare i ett nordiskt land som vill söka sin lycka i ett annat. Ett steg i denna riktning har tagits genom att öppna möjlighet till förvärv av medborgarskap på liberalare villkor. Ett annat är beredandet av viss likställighet med vistelselandets egna medborgare i fråga om sociala förmåner i syfte att främja en gemensam nordisk arbetsmarknad. Men den skiljemur som divergenserna på den administrativa och ekonomiska lagstiftningens område skapa är icke därmed avlägsnad och frågan om samarbete i syfte att även här i största möjliga utsträckning utjämna olikheterna framställer sig därför. Denna fråga blir tydligen alltmer brännande men också allt svårare att lösa ju mera statsmakterna ingripa reglerande i den enskilda medborgarens liv.<sup>5</sup> Vissa hithörande ämnen ha redan varit eller äro föremål för samarbete; strävandena till rättslikhet på sjörettens och lufträttens område avse i stor utsträckning även administrativa rättsregler och de nyligen inledda överläggningarna i fråga om trafiken till lands erbjuda ytterligare ett exempel. Det år 1949 återupptagna samarbetet beträffande patent åsyftar i första hand en samordning av de administrativa reg-

lerna på området. För framtiden ankommer det på den permanenta delegationen för nordiskt lagstiftningsarbete att uppmärksamma även hithörande betydelsefulla problem. Svenska riksdagen har 1947 i skrivelse till Kungl. Maj:t (nr. 131) hemställt om utredning angående ökad delaktighet för de nordiska grannländernas medborgare i de rättigheter och förmåner som tillkomma svenska medborgare samt om initiativ till inledande av samarbete för gemensam reglering av nordiska medborgares rättsställning i annat land än hemlandet. Samma år anhöll riksdagen i annan skrivelse (nr 203) att frågan om ett vidgat samarbete på utredningsväsendets och den offentliga förvaltningens område måtte upptagas till prövning.

Till sist må här några ord sägas om tanken på en nordisk lagbok. Julius Lassens paroll från sekelskiftet återupptogs vid 1919 års juristmöte ej blott av honom själv utan även från flera andra håll; såväl Bentzons som Löfgrens organisatoriska förslag siktade mot detta mål. Och vid juristmötet i Oslo tre år senare var frågan om kodifikation av de nordiska ländernas privaträtt uppställd som en särskild programpunkt. Tanken vann därvid principiell anslutning av talare från Danmark, Finland och Sverige, medan på norskt håll meningarna voro delade och en isländsk talare förklarade att en nordisk lagbok icke kunde förväntas passa för de säregna levnadsförhållandena på Island men kunde bli till god nytta för den isländska lagstiftningen. Anhängarna av kodifikationstanken ha betonat att man ej äsyftar en kodifikation efter kontinentalt mönster, gjuten i ett stycke efter den rättsvetenskapliga systematikens krav. De ledande synpunkterna skulle vara överskådlighet och lättillgänglighet till formen, överensstämmelse med vår egen tids åskådning till innehållet. För Sveriges och väl också för Finlands jurister hägrar en modern motsvarighet till 1734 års lag som det slutliga målet. Det står emellertid klart för oss alla, att detta önskemål inte kan förverkligas genom en enda lagstiftningsakt. Lagstiftningsapparaten räcker inte till för en så jättelik uppgift, och vad viktigare är: skilda delar av rättssystemet kunna icke förväntas samtidigt stå mogna för en reglering i den form varom här är fråga. Mottot för det svenska lagstiftningsarbetet är också sedan lång tid tillbaka: successiv förnyelse av



1734 års lag. Vi sträva mot detta mål genom att successivt upptaga större sammanhängande partier av rättssystemets centrala delar till legislativ behandling. Denna arbetsmetod har visat sig väl förenlig med det nordiska samarbetet; den kan tillämpas oberoende av huruvida en kodifikation av ett eller annat slag för de samverkande staterna framstår såsom slutmål för reformarbetet. I ena som i andra fallet kräves en vidsynt planmässighet i lagstiftningen. Vid uppgörande av en generalplan bör behovet av lagstiftning och övriga förutsättningar för ett fruktbärande arbete fälla utslaget. Naturligtvis kan det inträffa att den som ser det slutliga målet i en lagbok vill lägga upp programmet på annat sätt än den som är likgiltig för tanken på en sådan, men jag kan ej erinra mig något fall, då meningsskiljaktigheter av denna art vållat oss svenskar bekymmer vid upprättande av program för nordiskt samarbete.

Det kan i detta sammanhang förtjäna nämnas, att intresse för en civillagbok nyligen kommit till uttryck i Norge. Stortingets justitiekommitté föreslog 1948 att ett belopp skulle anslås för nämnda ändamål. Såsom stöd för denna hemställan åberopades § 94 i grundlagen, enligt vilket lagrum en sådan kodifikation skulle framläggas på första eller andra stortinget efter grundlagens antagande, samt ett uttalande av professor Gjelsvik, vilken med hänsyn särskilt till lekmäns deltagande i den civila rättskipningen funnit tiden vara inne att förverkliga detta grundlagens bud. I justitiedepartementets budgetförslag för 1949-50 upptogs icke något belopp för ändamålet, men stortinget biföll kommitténs hemställan. Av den särskilt till en början något diffusa diskussionen synes framgå att denna hemställan inte avsåg någon kodifikation efter kontinentalt mönster. Kommitténs ordförande uttryckte saken så att lagarna borde samlas gruppvis där de höra hemma och skrivas på landsmål. Icke minst det sistnämnda torde ha varit en hjärtesak för förslagsställarna. Vad man i övrigt ville vinna var en förenkling och koncentrerings av lagstoffet och en utmönstring av obsoleta bestämmelser. Nyare lagar på hithörande områden, bland dem produkterna av nordiskt samarbete, skulle, vill det synas, upptagas utan sakliga ändringar. Huru man tänkt sig att det borde förfaras med befintligt lagmaterial i övrigt och hur man skulle gå tillväga på sådana punkter där skriven lag saknas framgår ej av

vad som förekom vid förhandlingarna i stortinget. Vid ärendets senare behandling inom justitiedepartementet har stortingets beslut tolkats så att ett kodifikationsarbete av betydande omfattning skall sättas i gång men att det bör bli föremål för närmare övervägande efter vilka riktlinjer och i vilken omfattning den beslutade kodifikationen skall ske, och genom Kungl. resolution den 9 december 1949 anförtröddes åt en särskild kommitté att utreda detta spörsmål. Den 23 oktober 1950 var kommittén färdig med sin »Plan for ei norsk sivillovbok.« Enligt denna plan skall lagboken omfatta femton avdelningar och behandla icke blott de mera centrala partierna av civilrätten utan även exempelvis stora delar av handelsrätten och sådana ämnen som den moderna arbets- och jordlagstiftningen samt immaterialrätterna. En av kommitténs tre ledamöter erinrar om att syftet med lagboken i själva verket pekar i riktning mot de gamla nordiska kodifikationerna, som ej begränsats till privaträtten, och framkastar alternativt tanken på planmässigt utarbetande av en serie lagar, var och en avseende ett större sammanhängande rättsområde och tillhoppa omfattande alla ämnen, som överhuvud lämpa sig för kodifikation. Kommitterade betona, att det nordiska samarbetet icke är något hinder för förverkligandet av deras program utan ägnat att befrämja detta och att omvänt kodifikationssträvandena kunna förväntas stimulera samarbetet.

Vid Finlands Juristförbunds möte den 26 maj 1950 höll professor Toivo Kivimäki ett föredrag som utmynnade i ett av mötet bifallet förslag om hemställan till justitiedepartementet om tillsättande av en kommitté med uppgift att undersöka möjligheterna för en kodifikation av Finlands civilrätt och, om dylika ansåges föreligga, uppgöra en plan till dess genomförande.

Julius Lassens framtidsdröm om en nordisk civillagbok har givit Vinding Kruse impulsen till en imponerande kraftprestation: han har ensam upprättat ett utkast till en sådan lagbok jämte motiv, ett arbete grundat på studium av de nordiska ländernas rätt och med utblickar i motiven även till de engelska, franska, tyska och schweiziska rättssystemen. Lagtexten är fördelad på sex böcker: Almindelig Del, Personretten, Familieretten, Arveretten, Ejendomsretten och Fordringsretten. Hans lagbok är, säger han, att

betrakta icke såsom ett slutligt förslag utan blott som ett utkast, avsett att tjäna som en arbetsbesparande förhandlingsgrundval för en blivande nordisk lagkommission. En sådan borde enligt hans mening snarast möjligt tillsättas och arbetet på närmare angivet sätt organiseras i syfte att nå fram till ett resultat redan inom ett par år.<sup>6</sup>

Vid den diskussion i kodifikationsfrågan som ägde rum på juristmötet i Oslo 1922 var det icke någon som vågade hoppas att en nordisk lagbok skulle kunna färdigställas inom loppet av några få år. Och hur gärna jag ville det kan jag inte heller nu, trots Vinding Kruses nitiska arbete till sakens fromma, dela hans ljusa tro. Jag vill dock gärna hoppas att hans stora verk skall övertyga de tveksamma om att uppgiften kan lösas inom överskådlig tid och bidra till att inskräpa vikten av vidsynt planmässighet i det gemensamma lagstiftningsarbetet. Om detta arbete skall fortgå i etapper, är det ett angeläget önskemål att varje avsnitt får sina naturliga, tillräckligt vittomfattande gränser. Det ankommer i första hand på den permanenta delegationen för nordiskt lagstiftningsarbete att sörja härför. Ett betydelsefullt steg i denna riktning är taget genom beslutet att uppföra ett så centralt och vittomfattande ämne som skadeståndproblemen på det nordiska programmet. Den grundläggande förutsättningen för framgång i strävandena till förnyelse och befastande av gemensam nordisk rättsuppfattning är emellertid att samarbetet uppbäres av de fem nordiska folkens förtroende.

#### NOTER

1. Se *Bernt Hjejle*, Nordisk Retsfællesskab, Köpenhamn 1946, s. 79-88 och *Ake Elmér*, Socialpolitiken i Norden, Stockholm 1950, s. 35-48 och där anförd litteratur.
2. Se Svensk juristtidning 1941, s. 769-776.
3. Se Nytt juridiskt arkiv avd. II 1910 nr. 2.
4. Se *Herman Zetterberg*, Planläggningen av det nordiska lagstiftningsarbetet, Svensk juristtidning 1947 s. 561-573.
5. Se *Nils Herlitz*, Nordiskt samarbete inom offentlig rätt. Festschrift tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 267-279.
6. De skilda delarna av förslaget ha behandlats i en serie artiklar av skilda författare i Svensk juristtidning 1950 s. 321-337, 879-897, 1951 s. 241-246.

# Forsikringsret, erstatningsret og politiret

Af professor, dr. jur. W. E. v. Eyben

En ny debat må rejses om erstatningsrettens grundproblemer. De betænkninger, som *Henry Ussing*, *Ivar Strahl* og *Arne Wikberg* nu har afgivet som grundlag for de forestående nordiske forhandlinger på erstatningsrettens område, har vakt røre i interesserede kredse og forstærket hovedindtrykket af, at dybtgående reformer er tiltrængte. For praktiske jurister er problemet ikke så meget dette, om man ved at klippe en hæl og hugge en tå kan finde frem til en fra alle sider acceptabel fællesnorm, som kan opsættes i lovsform, selv om fordelene herved er iøjnefaldende. Derimod er det afgørende, at de, der må beskæftige sig i det daglige med at bekæmpe, hvad man kunne kalde »den lille kriminalitet«, har en levende følelse af, at man svinger sværdet forgæves. Derfor samler interessen sig ikke så meget om ydertilfælde, hvor det kan diskuteres, om der overhovedet bør reageres fra samfundets side med et eller andet retshåndhævelsesmiddel, men derimod om tilfældene i centrum, hvor der kan skaffes nogenlunde enighed om, at samfundet ikke kan lade tilfældet passere uden nogen reaktion.

Udgangspunktet kan tages i visse kendsgerninger. For det første er det klart, at samfundet kun får lejlighed til at reagere overfor et meget begrænset udsnit af tilsidesættelser af den almindelige handlingsnorm. Om der rejses politisag, og om der rejses erstatningskrav, beror på en række tilfældige omstændigheder: en forurettets lyst eller ulyst til at bringe sagen frem, om der tilfældigvis indtræder en skade og i bekræftende fald af større eller mindre omfang, om en politimand tilfældigvis observerer handlingen, om

politimanden er mere eller mindre nidkær i sin tjeneste o. s. v. Dernæst må det nævnes, at politiet i hvert fald undertiden rejser politisager med det hovedformål at få erstatningskravet anerkendt og gennemført. I de civile afdelinger i Københavns Byret overraskes man ved det ringe antal erstatningssager udenfor kontraktsforhold. Af denne art sager behandler *de civile afdelinger ca. 100 årligt, mens politiretterne behandler i hvert fald 7.000*. Hovedparten af de civile erstatningssager udgøres af 4 hovedgrupper: 1) Gamle sager, hvor der ikke er sket anmeldelse og derfor heller ikke optaget rapport straks, fordi man ikke regnede med, at der var sket skade af betydning, 2) sager, hvor skaden er forvoldt af ukendte motorkøretøjer, 3) sager mod skadevoldere under den kriminelle lavalder, og 4) sager med kompliceret erstatningsopgørelse, der udskilles fra politisagen. Derimod er det sjældent, at man må rejse civil erstatningssag, fordi der ikke findes straffe-hjemmel. Færdselslovgivningen og politivedtægterne er således formuleret, at kun væsener med overjordiske egenskaber kan være sikker på at klare sig igennem tilværelsen uden at komme i konflikt med loven. Jeg må åbent erkende, at heller ikke mine papirer er helt fine, selv om jeg egentlig har været ganske heldig med at undgå skader og opdagelse. Snarere kunne man som en femte gruppe anføre tilfælde, hvor politiet har skønnet, at der intet er at bebrejde skadevolderen, men hvor den forurettede ikke vil bøje sig for politiets skøn.

Som den næste betragtning må det anføres, at adskillige vel funderede erstatningskrav opgives på halvvejen, fordi det anses for håbløst eller i hvert fald meget vanskeligt at gennemføre kravet. I praksis virker tiltalen i politisager undertiden som en energisk inkassoforretning, idet en lempelig afgørelse stilles i udsigt, såfremt der betales erstatning, eventuelt gennem en afdragsordning. Politiet har den fornuftige indstilling, at det er vigtigere, at skadelidte får erstatning, end at staten får sin bøde. Som anført af *Henry Ussing* taler gode grunde for at få fastslået erstatningskravets prioritet forud for bødekraft. Også på anden måde giver sammenspillet mellem erstatningskravet og bødekraft sig udtryk: Ved udmåling af bødernes størrelse tages der i vidt omfang hensyn til, om den tiltalte personlig har måttet udrede erstatning til

skadelidte, eventuelt endog således, at sagen sluttet med en advarsel, når erstatningen er betalt. Men netop på dette punkt er praksis utvivlsomt meget forskellige i forskellige kredse og vel endog indenfor den samme kreds — blandt andet fordi erstatning og bødekrav principielt holdes skarpt ud fra hinanden i den gældende lovgivning.

Dernæst må man også inddrage den kritik, der vist alle dage har været rejst mod behandlingen af politisager. Specielt i storbyer lægges kritikken således an, at den maskinmæssige behandling og den uhøflige optræden overfor de tiltalte betragtes som hovedfejlene. Selv om der nu kan udrettes meget ved at rette på forholdene i anledning af denne kritik, må man gøre sig klart, at man ikke herved er nået til bunds i problemet. Selv behandlingen hos dommere, om hvis høflighed der går frasagn, og om hvis grundighed der ikke rejses tvivl, giver anledning til kritik. Sagen er vel den, at »pæne« folk betragter det som noget af en fornærmelse, at der overhovedet rejses tiltale i småsager. De skal »slæbes« ind i en kriminalret og må stå skoleret for, hvad de har begået. De »mister ansigt« ved at blive anset skyldig i en forseelse, selv om det kun drejer sig om overtrædelse af færdselslovgivningen eller politivedtægten. Det vil være urigtigt at bagatellisere disse følelser hos almindelige mennesker. Følelserne er en realitet, som retsordenen må tage stilling til. Man kan naturligvis hertil sige, at meningen med behandlingen netop er at give de pågældende et tydeligt udtryk for samfundets misbilligelse af deres adfærd, idet man så samtidig tilslutter sig den opfattelse, at det er af underordnet betydning, om der idømmes en større eller mindre bøde, blot der sker et eller andet. Spørgsmålet er imidlertid, om man ikke ved selve den strafferetlige behandling af sagen giver et for kraftigt udtryk for samfundets misbilligelse — om ikke den pågældende ville foretrække at betale et større beløb end det, der nu sædvanlig betales i bøde, blot det ikke sker på den odiose måde, at der rejses en formelig tiltale i strafferetsplejens former. Ganske vist kan man i politisager ofte undgå det ubehagelige møde i retten ved at vedtage en bøde udenretsligt — blot ved indsendelse af en giroblanket, men denne metode kan netop ikke anvendes i praksis, når sagen er kompliceret ved, at et erstatningskrav tillige skal finde sin afgørelse.

Disse forskellige betragtninger fører til en kraftig understregning af Ussings krav om, at de erstatningsretlige overvejelser koordineres med strafferetlige overvejelser. Det er ikke nok, at man overvejer indførelse af »bod« som reaktion i sjældent forekommende tilfælde. Som anført er det mellemgruppen, den praktiske interesse samler sig om, og det er i disse tilfælde, man fordomsfrit må tage de strafferetlige og de civilretlige reaktioner under overvejelse på eengang. Tilvante forestillinger gør det vanskeligt at få gennemført reformer af dybtgående art. Det må også erkendes, at det er vanskeligt at overskue konsekvenserne af større reformforslag. Man udsætter sig for stærk kritik ved at fremsætte konkrete reformforslag. Det er en betydelig lettere opgave at indsamle skyts mod sådanne reformforslag end at fremsætte dem. Men reformforslag må der fremsættes, således at man ikke står i stampe og blot indskrænker sig til lapperier på den gældende ordening.

Som et foreløbigt diskussionsgrundlag kunne jeg tænke mig, at man overvejede *afskaffelse af hele den strafferetlige forfølgning i alle de tilfælde, hvor straffelovgivningen i første række tilstræber at afværge eller begrænse skader*. Modstykket hertil må være, at erstatningsinstituttet kom til at virke som bærer af præventionen i alle de tilfælde, som falder ind under denne gruppe. Dette vil ganske vist medføre det for den tilvante tankegang ejendommelige, at der også skal betales erstatning i tilfælde, hvor der ikke er sket nogen skade, omend altså der har været en mere eller mindre konkret eller blot en abstrakt mulighed for, at der indtræffer skader. De erstatningskrav, der gennemføres uanset at der ikke er sket nogen skade, må indgå i en almindelig fond, som må tjene til at skaffe skadelidte erstatning i tilfælde, hvor dette af en eller anden grund ikke lader sig gøre. I første række kommer de tilfælde i betragtning, hvor det ikke er muligt at gennemføre et erstatningskrav mod skadevolder, fordi denne ikke kan betale, og tilfælde, hvor det findes forsvarligt at lempe det mod skadevolderen rejste erstatningskrav. Der sker altså herved en *nivellering* af erstatningskravene, der på en måde er i slægt med en forsikringsordning. »Præmierne« til denne forsikringsfond betales altså af personer, der ved deres adfærd kunne have forvoldt en skade, men hvor

tilfældige omstændigheder har bevirket, at deres adfærd lykkeligtvis ikke fik denne følge. Man kan diskutere, hvad man bedst kan vælge som betegnelse for disse bidrag til den almindelige fond. Det vil nok volde vanskeligheder at benævne bidragene »erstatning«, hvis der faktisk ikke er forvoldt nogen skade. Det går nok heller ikke at betegne dem som »præmier«. Heller ikke betegnelsen »erstatningsbøder« er god, men den peger dog i den rigtige retning. Dels drejer det sig om ydelser, der har til formål at skaffe erstatning, men virker som en art bøder, dels optræder disse ydelser som erstatning for, som surrogat i stedet for de tilvante bøder.

Man kunne straks indvende, at der set fra »tiltaltes« synspunkt ikke sker nogen afgørende ændring i forhold til den nugældende ordning. Han kommer dog til at betale et beløb, som måske ikke kommer til at divergere meget fra, hvad der skulle betales i bøde. Her må imidlertid de ovenfor anførte psykologiske betragtninger understreges. Der består en forskel mellem at skulle betale en bøde og betale et bidrag til et erstatningsfond, der netop dækker skader af samme art som den, »tiltalte« kunne have forvoldt. Forholdet er altså ikke det samme, som vi kender efter nugældende lov, hvor visse bøder tilfalder radiospredningsfond, fiskerifond, apotekerfond o. l., hvor bøden — der iøvrigt er en ganske almindelig bøde — tilfalder fond, der ikke tjener til at dække skade, som tiltalte lige så let kunne have forvoldt. Det virker ikke psykologisk overbevisende på den, der har glemt at betale radioafgift, at hans bøde dog går ind i radiospredningsfonden. Det må endelig mærkes, at man ved den processuelle behandling af disse erstatningsbøder må tilstræbe at skille behandlingen ud fra strafferechtsplejen, idet det offentlige, som gør krav på erstatningsbøden, må optræde via det »erstatningsråd«, der administrerer fonden. Selve forberedelsen af disse erstatningssager må vel nok som hidtil ske ved politiet, men visse processuelle beføjelser kunne muligvis henlægges til erstatningsrådet, og politiets administration kunne for så vidt henlægges under erstatningsrådets tilsyn.

Hvornår skulle der så kunne anlægges sag til idømmelse af erstatningsbøde? Det skulle der i alle de tilfælde, der falder ind under det ovennævnte område, uanset om der in concreto er indtruffet nogen skade eller ej. Og erstatningsbøden må betales uaf-



hængig af, om den pågældende har dækket sig ved ansvarsforsikring eller ej. Den nuværende ordning, hvorefter ansvarsforsikringen i praksis optræder på skadevolders vegne, men uden nogen-  
 somhelst retlig sikret stilling (bortset fra tilfælde, hvor der indtrædes i motorsager), må legaliseres, således at ansvarsforsikringen har en fuldstændig selvstændig ret til at optræde i sagen for så vidt angår det almindelige erstatningskrav. Skadevolder — resp. den potentielle skadevolder — har til gengæld en selvstændig ret til at optræde for så vidt angår erstatningsbøden. Præventionshensynet må læsses over på erstatningsbøden, der må fastsættes efter en række forskellige hensyn. For det første må erstatningsbøden fastsættes således, at det ikke kan betale sig at undlade særlige sikkerhedsforanstaltninger. Dernæst må der — da erstatningsbøden kommer til at virke som en præmie til erstatningsfonden — tages hensyn til *faretendensen*, d. v. s. sandsynligheden for skadens indtræden og skadens størrelse. Dette vil vel ofte bevirke, at erstatningsbøden bliver større, når en skade er indtrådt, end når dette ikke er tilfældet, da det jo nu ligger klart, at skaden er indtrådt. Endvidere må der tages hensyn til den uagtsomhed eller den hensynsløshed, hvormed der er optrådt, og til skadevolderens økonomiske forhold. At faretendensen må blive et meget vigtigt hensyn skulle være umiddelbart indlysende, når det tages i betragtning, hvad erstatningsbøden går til. Man spørger undertiden: hvorfor skal en bilist betale mere i bøde, når han tilsidesætter sin vigepligt, end hvis det drejer sig om en cyklist? Er bilistens og cyklistens »skyld« ikke lige stor? Meget muligt — men faretendenserne er ikke de samme.

Når erstatningsbøden forudsættes at kunne bære præventionsbetragtningen, bliver de problemer, som nu opstår vedrørende forsikringsaftalelovens § 25, mindre. Er skadelidte dækket ved en forsikring, kan det almindelige erstatningskrav mod skadevolder (i modsætning til erstatningsbøden) bortfalde. Har han vist grov uagtsomhed eller en betydelig simpel uagtsomhed, kan dette give sig udtryk i, at erstatningsbøden fastsættes større end ellers. Og ansvar efter D. L. 3-19-2 og andre lignende regler kan formentlig også udelades i disse tilfælde.

Gennemføres den skitserede ordning, kan vedkommende myn-

dighed med god samvittighed anlægge sag, selv om det er klart, at strafferetligt ansvar efter de nugældende regler er udelukket. Derimod måtte vedkommende myndighed naturligvis kunne nægte at anlægge sag, hvis man skønnede, at der hverken kunne idømmes erstatningsbøde eller almindelig erstatning. I en lovregel må der skaffes hjemmel til idømmelse af erstatningsbøde, når den pågældende ved sin adfærd forsætligt eller uagtsomt har forvoldt eller kunne have forvoldt skade. Reglen må naturligvis udformes nærmere, idet man i forbindelse hermed må tage stilling til en del af erstatningsrettens grænseproblemer. Der bliver derimod ikke anledning til at udvide forskellige af straffelovens regler. Ved en reform af erstatningsretten, hvorved man ophævede erstatningspligten mod at udvide forsikringsordningerne, kunne der ellers være tale om sådanne udvidelser, hvilket også antydes i *Ussings* betænkning. Den der nævnte bestemmelse i straffelovens § 252 er meget snæver. Men der er en afgjort uvilje mod at anvende denne regel og andre tilsvarende regler som § 138, stk. 1, § 249 og § 291, idet disse regler efter deres indhold klart kunne anvendes i en række tilfælde, hvor ingen nu drømmer om at rejse tiltale. Man må derfor fra kriminalistisk side advare mod en tiltro til, at man ad denne vej skulle kunne opnå de ønskede resultater.

Det nævnte erstatningsråd skulle bistå ved inddrivelse af erstatningskrav. Erstatningsbøderne måtte sikres ved adgang til udpantning og i hvert fald i de grovere tilfælde ved tvangsanbringelse. Desuden skulle erstatningsrådet eller dets repræsentanter også bistå ved inddrivelse af de almindelige erstatningskrav, hvis disse er fastslået ved dom eller retsforlig, evt. også andre forlig. Dette er for så vidt ikke noget epokegørende nyt, som politiet efter en ofte overset bestemmelse i retsplejelovens § 997 har en pligt til at assistere ved gennemførelse af erstatningskrav, der er fastslået ved straffedom. Allerede dette vil betyde en væsentlig sikring af skadelidtes krav. Men herudover skulle erstatningsfonden kunne virke som »kautionist« for erstatningskrav, således at fonden efter nærmere fastsatte regler udbetalte erstatningsbeløb, der var behørigt fastslået, til skadelidte, når beløbene ikke kunne indrives hos skadevolder. Muligvis burde der også være en adgang til forskudsvis udbetaling gennem fonden. Herved kom man også

udover det stødende i, at skadelidte ofte presses til at indgå et forlig om et vist mindre beløb, når der af skadevolder skaffes en vis garanti for, at dette mindre beløb kan betales i løbet af kortere tid, medens inddrivelse af det fulde beløb vil blive et dubiøst foretagende.

Erstatningsfondens midler skulle også gå til et andet vigtigt formål. Det har som bekendt været diskuteret stærkt, i hvilket omfang det er forsvarligt at tillade lempelse af erstatningskrav udover de spredte regler i forsikringsaftalelov, myndighedslov og sømandslov, og man vil erindre *Ussings* indgående redegørelse herfor i forbindelse med det nordiske juristmøde i 1948. Det ville være naturligt at anvende erstatningsfondens midler til at fremskaffe disse lempelser. Man kunne altså i så fald lempe erstatningskravet, uden at dette kom til at gå ud over skadelidte, der kunne få supplerung fra fondens midler. Hermed ville der blive tale om udøvelse af en art *benådningsmyndighed*. Domstolene har hidtil været meget utilbøjelige til at indlade sig på en skønsmæssig nedsættelse af erstatningskravets størrelse, hvadenten der nu har været tale om anvendelse af forsikringsaftalelovens § 25 eller om en ikke-lovhjemlet lempelse i tjeneres ansvar. Særlig betænkelig har domstolene naturligvis været, hvor en lempelse ville føre til, at skadelidte ikke fik fuld erstatning, men selv om denne er sikret, vil domstolene føle sig på gyngende grund, når der er tale om udøvelse af en sådan benådningsmyndighed. Hvis derimod afgørelsen blev overladt til et centralorgan, erstatningsrådet, skulle der være en mulighed for, at der i løbet af en forholdsvis kort tid blev dannet en nogenlunde fast og dog smidig praksis, således som tilfældet er blevet ved justitsministeriets virksomhed i straffesager og finansministeriets virksomhed i konfiskationssager. Det ville være rimeligt, at erstatningsrådet indhentede udtalelser fra vedkommende domstol, ligesom retten også skulle kunne indstille til hel eller delvis eftergivelse. I første række måtte man ved afgørelsen tage hensyn til skadevolders økonomiske forhold, men også andre hensyn skulle kunne komme i betragtning, f. eks. om skadevolder har forvoldt skaden i en andens tjeneste. Når man dernæst spørger om, hvor langt det kan være forsvarligt, at rådet går i sin benådningspraksis, kan man vist sige, at grænsen simpelthen sættes ved det punkt, hvortil fondens midler kan strække. På den ene

side er det rationelt, at der foretages en nivellering, således at der sker en indbyrdes fordeling mellem de faktiske skadevoldere, de potentielle skadevoldere og de skadelidte — fremfor at staten indtræder i kravene og lader det indkomne indgå i statens almindelige kasse. Men på den anden side må denne pulje kunne klare sig selv, fonden må hvile i sig selv. Det er temmelig uberegneligt, hvorledes det vil gå med fondens indtægter og udgifter, men man har altså en vigtig sikkerhedsventil: Hvis fonden i det løbende regnskab får overskud, kan man lempe rådets benådningspraksis, og hvis det går i modsat retning, må man stramme praksis. Også derfor er det nødvendigt, at et centralorgan står for administrationen af lempelserne i erstatningskravene.

Man kunne måske tro, at dette forslag går i modsat retning af dem, der er fremme om at *indskrænke* erstatningsrettens område til fordel for forsikringsretten. Dette er ikke tilfældet, tværtimod. Når man overfor disse forslag indvender, at præventionsbetragtningen kommer til at svæve i luften, er svaret, at den må overlades til strafferetten. Men strafferetten er ikke moden til at bære betragtningen i sin nuværende form. Den virker på den ene side *for hårdt* — netop ved at være en *strafferet*. Bagatelstrafferetten bør afkriminaliseres og trækkes ind i den civile atmosfære, hvor den hører hjemme. Til gengæld virker den *ikke hårdt nok*, fordi der ikke slås hårdt nok til, hvor den farlige handling kun ved tilfældighedernes spil ikke er resulteret i en skade. Det støder den almindelige retsfølelse, at der er et svælg mellem resultaterne i to grupper af tilfælde. *En nivellering mellem de tilfælde, hvor skade forvoldes, og hvor dette ikke er tilfældet, bliver det centrale i dette forslag.* Dernæst opnås, at *de skadelidte* — i modsætning til skatteborgerne i almindelighed — *nyder gavn af de beløb, som de potentielle skadevoldere betaler.* Endelig har man i hvert fald en chance for at underkaste den offentlige politiret en radikal kur og derved tage brodden af en stadig tilbagevendende kritik af den danske retspleje. Der bliver mening i at idømme bøder. Man behøver da ikke — som *Strahl* i Festskrift for Karl Schlyter s. 327 — at betragte bøderne som foranstaltninger, der kun er egnet til at medføre ulyst hos den dømte, og som netop fastsættes på grund af denne egenskab.

# De finländska växel- och checklagarnas mellanfolkliga bestämmelser

Av akademiekansler O. Hj. Granfelt

Växeln och checken betjäna i stor utsträckning de mellanfolkliga affärsförbindelserna. Det är därför alldeles naturligt, att man just i fråga om växel- och checkrätten strävat att ernå internationell enhetlighet. Därom vittna de mellanfolkliga kongresserna, dessas debatter och förslag i ämnet resulterande slutligt i Genève-konventioner av den 7 juni 1930 och den 19 mars 1931, de förra angående en gemensam växelrätt och reglerande en del lagkonflikter beträffande växlar och de av det senare datum angående det samma rörande checker. Samtliga dessa konventioner hava medelst verkställighetsförordningar, utfärdade den 30 dec. 1933, förklarats träda i kraft uti Finland från den 1 jan. 1934. Därförinnan hade emellertid på basen av 1930- och 1931-års Genève-konventioner utarbetats förslag till växel- och check-lagstiftning gemensam för de nordiska länderna. I Finland blevo dessa förslag förverkligade redan genom växel- och check-lagar av den 14 juli 1932.

Den finländska växel- och checklagstiftningen innehåller liksom de andra nordiska landens åtskilliga bestämmelser reglerande ett antal rättsspörsmål föranledda av växelns och checkens internationella roll. Stadgandena äro dock i första hand avsedda att vinna tillämpning blott emellan stater, som godtagit Genève-konventionerna, medan envar av dem är lämnad öppen rätt att utfärda och tillämpa andra rättsregler i fråga om landområden utanför konventionskontrahenternas territorium. Av denna befogenhet har Finland likvisst ej begagnat sig. Vid detta förhållande synes

den slutsats vara berättigad, att enligt finländsk rättsuppfattning Genève-konventionernas rättsregler sådana dessa utformats i våra växel- och check-lagar tilläggas universell bärvidd.

Ett av de första mellanfolkliga problem som möter är frågan om förmågan att ingå en växel- eller checkrättslig förbindelse.

Vad den aktiva habiliteten beträffar är den s. k. nationalitetsprincipen stadgad såsom huvudnorm (VäxelL § 79 m. 1 o. 2; CheckL § 58 m. 1 o. 2). Tillämplig är således lagen uti det land, där personen ifråga är medborgare. Detta gäller undantagslöst beträffande finländsk medborgare. Men i avseende å utlänning är grundsatsen så till vida modifierad (VäxelL § 79 m. 2 o. 3; CheckL § 58 m. 2 o. 3), att därest lagen i dennes hemstat påbjuder annan princip, domicilprincipen, detta skall lända till efterrättelse även i Finland. Och om utlänning, som enligt lagen i sin hemstat saknar aktiv habilitet, ingått förbindelse i ett land, vars lag tillerkänner honom sådan förmåga, då anses denna förpliktande även här i Finland (*lex loci actus*). Det om utlänning sist sagda torde ock kunna anses gälla vidkommande den som ingenstädes haft och har rättsligen erkänd medborgarrätt eller om vars medborgarskap utredning ej står att vinna. I fråga om dessa har ock domicilprincipen ansetts tillämplig. Så även beträffande den, som visserligen haft visst medborgarskap, men *de facto* förlorat denna sin medborgarrätt. Om återigen någon har medborgarrätt i flere stater, vilkas lagar påbjuda tillämpning av olika grundsatser, bör skillnad göras emellan den händelse att någon av dessa land är Finland och det fall då alla äro främmande stater. Vid förra alternativet finner finländsk rätt användning. Om den senare eventualiteten är för handen, synes visserligen bedömandet principiellt kunna ske enligt det ena eller andra landets lag, dock med den begränsning att därest en förbindelse med förpliktande verkan förefinnes enligt någon av de ifrågavarande landens rätt eller lagen där förbindelsen ingåtts, då tillägges förbindelsen sådan verkan även här i Finland.

I avseende å s. k. juridiska personer lär vid nationalitetsprincipens tillämpning såsom hemstat böra anses det land, om rättsobjektet registerförts i officiellt register, där detta skett och i annat

fall där centralstyrelsen har sitt säte. Om emellertid en juridisk person har filial inom annat land och filialen jämlikt där gällande lag har full civil handlingshabilitet, då plär filialen även tillerkännas aktiv växel- och check-habilitet.

Beträffande den passiva checkhabiliteten finnas i 1932 års CheckL (§ 59 m. 1 o. 2) par bestämmelser av internationell valör. Sålunda är det sagt, att regeln visserligen är den, att frågan därom på vem en check kan dragas må bedömas enligt lagen i den stat, där checken skall betalas, men att en check, som utställt i annat land, dock aldrig får anses helt och hållet ogiltig allenast på den grund att den dragits på någon, som jämlikt betalningsortens lag ej kan vara trassat. Och det förefaller som om undantagsstadgandets kategoriska avfattning krävde dess tillämpning även i det fall, att den, varå checken dragits, icke heller i det land, där denna utställt, vore tillåten trassat. Med hänsyn till checkförbindelsernas självständigt förpliktande natur är yttermera bestämt, att den omständighet, att checken är dragen på någon, som enligt betalningsortens rätt ej kan vara trassat, icke medför att övriga checkförbindelser vore ogiltiga, om dessa tecknats på checken i stater, vilkas lagstiftning godkänner den angivna trassaten.

Vidkommande växel- och checkförbindelsernas form är den huvudregel uttalad (VäxelL § 80 m. 1; CheckL § 60 m. 1), att formkraven på den ort, där förbindelsen tecknats, skola iakttagas. Härvid presumeras att detta skett på den ort, som är angiven, men ifall vid uppkommen meningsolikhet utredning företes om annan ort, är dennas lag bestämmande. Därest återigen ingen ort är angiven, förmodas teckningen hava skett, om annat ej visas, där tecknaren vid tiden för tecknandet var bosatt eller, om förbindelsen bör hänföras till viss affärsrörelse, där denna bedrevs. Från huvudregeln är dock det undantag medgivet (VäxelL § 50 m. 3), att av en finländare utomlands i enlighet med finländsk rätt tecknad växelförbindelse, då denna göres gällande av en landsman här i Finland, tillägges förpliktande kraft, ehuru teckningsortens föreskrifter icke blivit följda. Den kompletterande bestämmelse är ock given i VäxelL:n (§ 80 m. 2) för den händelse att en grundväxel icke är formellt giltig enligt lagen, där den tecknats, men

överensstämmer med annat lands lag och i detta land å densamma tecknats ny där giltig växelförbindelse, då tillerkännes denna nya växelförbindelse förpliktande verkan i samma land.

Icke heller den finländska checklagen fordrar en undantagslös tillämpning av *lex loci actus*. Uttryckligen är nämligen stadgat (§ 60 m. 1), att en check har full rättsverkan å betalningsorten så snart den fyller där gällande formföreskrifter, fastän teckningslandets formkrav icke iakttagits. Dessutom är i saklig överensstämmelse med växellagens bestämmelser förklarad (CheckL § 60 m. 2), att därest på en check, som ej uppfyller tecknings- och betalningsortens formkrav men väl annat lands formanspråk, i detta sist åsyftade tecknats där giltig checkförbindelse, må denna där ej fränkännas förpliktande giltighet.

I fråga om det sätt varpå och den tid inom vilken en för utövning av en växel- eller checkrätt erforderlig åtgärd bör ske är den regel uttalad (VäxelL § 85; CheckL § 64), att bestämmande är lagen i den stat, där åtgärden vidtages. Detta gäller också beträffande nödig protest, evad fråga är om växel eller check. Ett omdebatterat spörsmål är däremot, huruvida samma regel är tillämplig även i avseende å alla andra växelrättsliga tidsfrister. Lösningen synes bero därpå, om föreskriften angående tidsfristen ifråga är att betrakta såsom allenast en ren formföreskrift eller bör tilläggas även materiell innebörd. Är det förra fallet torde en jakande lösning vara klar. Har tidsfristen materiell valör, är problemet omdiskuterat. För den händelse att fråga är om tiden för återgångskrav i ett växelärende är uttryckligen utsagt (VäxelL § 82), att bestämmande för alla växलगäldenärer skall vara lagen i den stat, där växeln utställts. Detta stadgande får måhända anses tillämpligt även i avseende å tidsbestämmelserna beträffande påbjuden presentation och notifikation, enär dessa näppeligen ha karaktär av enbart formföreskrifter. Det, som i växellagen är sagt vidkommande återgångstalan, motsvaras i checklagen (§ 62) av bestämmelsen därom, att tiden för regresstalan skall med bindande verkan för alla checkgäldenärer bedömas enligt lagen i den stat, där checken blivit utställd.



I avseende å rättsverkningarna av tecknade växel- och checkrättsliga förbindelser är den huvudnorm fastlagen (VäxelL § 81 m. 2; CheckL § 61), att dessa bestämmas av lagen i den stat, där förbindelsen undertecknats. Uteslutet är ju icke, att den, som påtagit sig en förpliktelse, genom att vid förbindelsens datering ange en viss ort, kan anses därigenom hava avsett att lokalisera jämväl rättsverkningarna till å den orten gällande lag. Dock torde motbevisning vara tillåten. Därest återigen ingen ort är angiven och utredning ej förebragts därom, var förbindelsen ingåtts, då lärers presumptionen vara för undertecknarens bosättningsort eller, om förbindelsen kan hänföras till viss affärsverksamhet, till den ort, där denna utövats.

Från angivna huvudregel äro emellertid några undantag stadgade.

Sålunda är i fråga om accept av dragen växel och utställandet av egen växel föreskrivet (VäxelL § 81 m. 1), att normgivande bör vara betalnings- d. ä. uppfyllelseortens lag. Detta synes jämväl böra gälla — vilket ock uttrycklingen är förklarat i VäxelL (§ 84) — möjligheten av partiell accept och betalning. Samma lag är även tillämplig i avseende å de åtgärder, t. ex. dödande, vilka må vidtagas, då växel obehörigen avhänts innehavaren eller förkommit (VäxelL § 86). Meddelst ett växelrättsligt tilläggsstadgande är slutligen ännu uttalat (VäxelL § 83) för den händelse att, enligt lagen i det land där en växel utställts, växelinnehavaren skall betraktas såsom tillika innehavare av den fordran, vilken föranlett växeln, detta bör lända till efterrättelse.

Också den finländska CheckL (§ 63) påbjuder tillämpning av betalningsortens lag i följande tio fall; nämligen 1) därom huruvida checken måste vara betalbar vid uppvisandet eller om vid dennas utställande annan tid efter uppvisandet kan fixeras, 2) angående verkan av checks postdatering, 3) rörande uppvisningstiden, 4) om check må accepteras, certificeras, bekräftas eller viseras samt beträffande verkan av påskrift härom, 5) beträffande partiell betalning, 6) rörande korsning av check och av teckningen »blott i avräkning» samt verkan av sådan, 7) angående checkinnehavarens rätt till täckningen, 8) om återkallelse av check eller åtgärd, som avsåge att förhindra checks inlösande, 9) därom vilka åtgärder som

må vidtagas, då check förkommit eller obehörigen fränhänts dess innehavare samt 10) huruvida protest eller därmed jäinställt bestrykande erfordras för rätt till återgångstalan mot indossent, utställare eller annan checkgäldenär.

Den här givna framställningen av den finländska växel- och checkrättens mellanfolkliga bestämmelser utvisar, att utländsk rätt i åtskilliga fall bör finna tillämpning. Domstol i Finland kan sålunda i växel- och checkmål stå inför spörsmålet, huru må utredning vinnas om tillämplig främmande lag. Såväl gällande Växell (§ 87) som CheckL (§ 65) ge därom anvisning. Är relevant utländsk rättsnorm av domstolen känd, skall densamma av rätten beaktas och tillämpas, även om part ej uppmärksammat domstol å dess förekomst eller påyrkat dess tillämpning. Finner domstolen att utländsk rättsnorm visserligen borde finna användning, men äger ej säker kännedom om dess innehåll, då bör utredning härom presteras. I första hand synes detta ankomma på den part, som jämlikt finländsk processrätt bör anses bevisningspliktig. Och det tillhör domstolen att anmoda parten att göra detta, dock utan rätt att medelst förelagt egentligt tvångsmedel förständiga parten att efterkomma uppmaningen. Vid fullgörandet av rättens anmodan kan parten använda sig av vanliga bevismedel, främst naturligtvis dokumentarisk utredning och sakkunniga. I vad mån motparts erkännande härvid är till fyllest torde få bero på fri prövning av domstolen. Vinnes icke full klarhet genom parts åtgöranden, tillhör det domstolen att själmant söka införskaffa erforderlig utredning. I sådant syfte skall rätten i ämbetsväg vända sig till utrikesministeriet med anhållan om upplysning i saken. Leder ej heller detta till åsyftat resultat, äger domstolen supplementärt tillämpa inhemsk rätt.

## Succession i rätten till ersättning för ideell skada

Av justitierådet, jur. dr. Y. J. Hakulinen, Helsingfors

I likhet med de övriga nordiska ländernas lagar innehåller även finsk lag en mängd stadganden om skyldighet att utgiva ersättning för ideell skada. Dessa stadganden avse huvudsakligen skadeståndsplikt på grund av delikt eller eljest på grund av ett sådant ansvarsstiftande faktum, som faller utanför kontraktsförhållande. Men även sådana föreskrifter finnas, som statuera skyldighet att gottgöra ideell skada, vars uppkomst står i samband med underlåtenhet att fullgöra ett avtal mellan parterna.

Såsom huvudföreskrift måste alltså betraktas det i strafflagens skadeståndskapitel ingående stadgandet, enligt vilket skadestånd inbegriper icke blott ersättning för ekonomisk skada utan även gottgörelse »för sveda och värk, eller lyte eller annat stadigvarande men, så ock för lidande, som förorsakats genom våldtäkt, frihetens förlust eller annat dylikt» (SL 9:2, 3 punkten). Lagrummets ordalydelse giver vid handen, att detsamma i fråga om arten av den ideella skada, som kan och bör ersättas, ej avsett giva en uttömmande föreskrift utan lämnat härutinnan fria händer åt domaren. Beträffande åter ansvarsgrunden utvisar lagrummets plats i lagen att detsamma omedelbart ansluter sig endast till sådana rättsstridiga gärningar och underlåtenheter, som utlösa ett kriminellt ansvar. Men ingenting hindrar att tillämpa stadgandet även då ansvarsyrkandet grundas på ett rent civilt delikt. Sålunda är det klart att stadgandet kan åberopas bl. a. mot den, vilken för underlåten tillsyn om barn under femton år eller om avvita eller annan otillräknelig person, av vilken skadan gjorts, förklarats skyl-

dig att utgiva skadeersättning (SL 9:5). Ändå att underlåtenheten icke kan tillräknas förmyndaren eller annan tillsynspliktig såsom kriminellt vållande, måste han stå jämväl för den ideella skadan, som tillskyndats av den över vilken han ägt utöva tillsyn. Härutöver finnas stadganden som utvisa att skyldighet att giva ersättning för ideell skada kan föreligga också i fall då skadeståndsplikten inträder oberoende av vållande. Härtill hör skyldigheten för luftfartygs eller elektrisk kraftanläggnings innehavare att ersätta skador som utomstående ådragit sig till följd av luftfart eller anläggningens drift (L om luftfart 1923, 10 §, L om elektriska anläggningar 1928, 11 §) samt statsmaktens skyldighet att giva ersättning för det lidande, som någon utstått till följd av sedermera upphävd straffdoms verkställighet eller ock häktning, då det senare klart framgått att den häktade varit oskyldig (L om statens ansvarighet för skada förorsakad av tjänsteman 1927, 1, 2 §§).

För att ytterligare belysa omfånget av lagbestämd skyldighet att giva gottgörelse för ideell skada må nämnas att sådan plikt åligger den som missbrukat en rättighet (*abus du droit*) sålunda att han genom uppförande av byggnad, grävning eller annorledes utövat sin rätt att utnyttja grunden på sådant sätt eller under sådana omständigheter, att åtgärden haft till sitt väsentliga ändamål att tillskynda granne skada eller men (L ang. grannelagsförhållanden 1920, 13 §), samt den som — med eller utan subjektiv skuld — står i ansvar för s.k. immissioner (*ibid.* 17, 21 §§). Vidare bör märkas att, vad intellektuella rättigheter, m. a. o. immatriellt rättsskydd, beträffar, ersättning för ideell skada kan undfås av den, som kränkt annans författarrätt (L om upphovsmannarätt 1927, 31 § 2 mom.) eller som gjort intrång i annans patenträtt, närmast i rätten till uppfinnaräran (PatentL 1943, 74 § 2 mom., jfr. 8 §).

Såsom redan påpekats, är det icke uteslutet att ersättning för ideell skada kan påyrkas även inom ramen av ett kontraktsförhållande. Sådant anspråk har genom uttryckliga lagstadganden tillerkänts resande å järnväg (L ang. ansvarighet för järnvägsdrift 1898, 1 §), sjöfartyg (SjöL 1939, 171 § 2 mom.) eller luftfartyg (L om befordran med luftfartyg 1937, 24 §, jfr. 20 §), och i rättspraxis har analogisk tillämpning av dessa stadganden ansetts möjlig. Till föreskrifter, i vilka rätt till ersättning för ideell skada till-

erkännes den förorättade i ett kontraktsförhållande, höra ytterligare äktenskapslagens stadganden om deflorationspengar till förmån för trolövad kvinna (ÅL 9 §) samt om skadeersättning på grund av äktenskapets upplösning (69, 78 §§).

Av det sagda framgår att ansvar för ideell skada kan förekomma i ett stort antal fall. Genom analogisk rättstillämpning vinner ansvaret alltjämt ny utbredning. Därjämte finnas vissa sammansatta påföljder, för vilka det är utmärkande att de vid sidan av andra syften, för vilkas förverkligande de blivit statuerade, tillfredsställa även den skadelidandes intresse av att få den ideella skadan gottgjord. En sådan karaktär har det förstörings- resp. utlämningsanspråk, som tillkommer den vars upphovsmannarätt till ett alster av andlig verksamhet blivit kränkt medelst bearbetning, efterbildning osv. (L om upphovsmannarätt 32 §). Genom detta anspråk förverkligar upphovsmannen icke blott sitt på uteslutanderätten till den andliga skapelsen beroende »possessoriska« intresse utan delvis även sitt intresse av att få den ideella skadan utplånad medelst återställande in natura av det tidigare tillståndet.

Med den mångskiftande bild för ögonen som stadgandena om rätten till ersättning för ideell skada förete synes det falla av sig självt att en ensartad, för alla hithörande fall gällande regel angående *succession* i sagda ersättningsrätt ej kan uppställas. För att underlätta undersökningen synes en grundläggande skillnad böra göras mellan å ena sidan de fall, då den rätt, till vars skydd skyldigheten att giva ersättning för ideell skada statuerats, i sig själv är oöverlåtlig, och å andra sidan de fall, då denna rätt kan överlåtas till annan. De rättsregler som hänföra sig till den förstnämnda gruppen avse skydd för hälsa, frihet, ära och andra rent personliga förhållanden, de skadestandsregler åter som höra till den sistnämnda gruppen åsyfta skydd för vissa förytterliga intellektuella rättigheter, såsom upphovsmannarätt, eller skydd för ägande- resp. nyttjanderätt, såsom i fråga om förbudet mot missbruk av rättighet till fastighet i avsikt att göra förfång åt annan, vilken såsom ägare eller arrendator besitter fast egendom i grannelaget.

Beträffande de stadganden som avse skydd för rent person-

liga förhållanden och bland vilka den i strafflagens skadeståndskapitel 2 § 3 punkten ingående regeln utgör huvudstadgandet ligger det nära till hands att uppställa en princip som så nära anknyter sig till skadeståndsskyldighetens personliga grundval att succession i rättigheten överhuvud vore utesluten evad det är fråga om universal- eller singularsuccession. Till stöd för en sådan ståndpunkt kan anföras att skadeståndet i dessa fall utgör en gottgörelse för det lidande en person varit underkastad till följd av att hans personliga rättshåvor tillfogats skada. Lika litet som någon kan ärva eller förvärva en annans hälsa, frihet, ära osv., kan han ärva eller förvärva den gottgörelse, som tillkommer denne till följd av lidandet.<sup>1</sup> Anspråket på ersättning för ideell skada vore enligt detta betraktelsesätt så nära förbundet med den skadelidandes person, att detsamma aldrig kunde skiljas från denna. Ersättningsfordringen skulle icke kunna överlätas *inter vivos*, och den skulle försvinna med den skadelidandes död i enlighet med regeln *actio personalis moritur cum persona* och de grundsatser som i romersk rätt gällde för s. k. *actiones vindictam spirantes*.

Sagda betraktelsesätt har funnit gehör i tidigare svensk och finsk rättspraxis. Man har gått t. o. m. så långt att anspråkets fullföljande vägrats arvingarna även om den skadelidande redan hunnit göra anspråket gällande i rättegång och domstolen före dödsfallet medelst dom, mot vilken talan sedermera förts i högre instans, fastställt anspråket.<sup>2</sup> Senare har man i svensk praxis medgivit arvingarna befogenhet att träda i den skadelidandes ställe i rättegången, därest anspråket under hans livstid hunnit fastställas genom dom, som sedermera överklagats.<sup>3</sup> Man undgår sålunda de svårigheter, som enligt den tidigare uppfattningen kunde uppstå ifall underrättens resp. hovrättens dom hunnit provisoriskt verkställas före dödsfallet. I nyare finsk praxis åter har man omfattat *litis contestatio*-synpunkten, enligt vilken anspråket blir ärftligt, så snart den skadelidande väckt talan om utfående av skadeståndet.<sup>4</sup> Det är icke nödigt att anspråket hunnit bliva domfäst innan den skadelidande dött, utan det är tillfyllest att anspråket gjorts gällande medelst talan, som väckts i den skadelidandes namn och således under hans livstid.<sup>5</sup> Denna rättsuppfattning överensstämmer med den som blivit uttryckligen lagfäst både i Danmark<sup>6</sup> och

Norge.<sup>7</sup> Den kontinentala rätten synes till övervägande del intaga samma ståndpunkt.<sup>8, 9</sup>

Bakom satsen att anspråket på ersättning för personligt lidande icke finge överleva den, som anspråket ursprungligen tillkommit, ligger tanken att sådant anspråk icke längre skulle hava någon uppgift att fylla sedan lidandet upphört att finnas till och någon sådan personlig kränkning icke mera är förhanden, som kunde kompenseras medelst de av lagen utlovade tröstepenningarna.<sup>10</sup> Det synes emellertid vara uppenbart att lidandets försvinnande icke i och för sig kan förorsaka att anspråket förloras. Har den skadelidande väckt sin talan så sent att hans hälsa blivit helt och hållet återställd, kan ersättningen icke desto mindre tilldömas honom. Syftet med anspråket är att bereda den skadelidande lindring, tröst, *solatium*. Genom att utlova ersättning för personligt lidande avser lagen att framkalla hos offret en känsla av tillfredsställelse såsom motvikt till det lidande han får utstå. Även den som är så svårt skadad att det finnes föga hopp om att han överlever rättegången måste kunna räkna med att lagens löfte gäller honom. Han behöver icke taga i betraktande en sådan möjlighet att löftet kan bringas ur kraft blott och bart därigenom att rättegången, som eventuellt fortsättes i högre instanser, drar ut på tiden så länge att definitiv dom icke hinner fällas under hans livstid. Eljest bleve rätten till ersättningen sprödaste egendom i dens händer vars lidanden varit svårast.

Men för att nyssnämnda syfte bleve uppnått, kan man icke av den skadelidande begära mera än att han under sin livstid framställer krav på ersättningen. Har han genom sådant krav ådagalagt att han sätter värde på den gottgörelse som lagen utlovat, måste detta vara tillfyllest för att förena ersättningsfordringen med hans förmögenhet. Sagda krav kan framställas endast av den skadelidande personligen eller hans befullmäktigade ombud. Men så snart kravet gjorts, måste den skadelidande kunna tillgodogöra sig ersättningsfordringen efter gottfinnande t. ex. därigenom att han medelst cession förvandlar den till penningar eller skänker den till en närstående. Hur han förfar med fordringen eller pengarna, är hans ensak.<sup>11</sup> *Solatium* består däri att honom tillförsäkras en fordringsrätt såsom gottgörelse för ideell skada.

Om han tydligen visat sin vilja att göra bruk av denna fordringsrätt, kan fordringen icke berövas honom och skiljas från hans förmögenhet även om det kunde ledas i bevis att han icke före sitt dödsfall hunnit uppbära något på grund av fordringsrätten.

Ovanstående betraktelser leda till att så snart den skadelidande framställt ett otvetydigt krav på utfående av ersättning för ideell skada, varom nu varit fråga, hans rätt till ersättning blir succesibel. Den kan överlätas till annan och den går i arv. Denna tolkning harmonierar bäst med ordalydelsen i den finska strafflagens 9 kap. 8 §, vari det heter att efter målsägandens död hans rättsinnehavare icke äro berättigade att söka det skadestånd som avses i 2 § 3 punkten, alltså den gottgörelse för personligt lidande som målsäganden fått utstå. Lagen förbjuder således endast arvingarnas eget initiativ till utfående av skadeståndet men den förmenar icke dem rätt att förverkliga ett initiativ som gjorts av målsäganden själv. Vidare utvisar termen »söka« att initiativet måste av målsäganden tagas i form av talans anhängiggörande resp. yrkandets framställande vid domstol (jfr. RB 10:6, 11:8).<sup>12</sup>

Att utöver skadeståndstalans anhängiggörande fordra att anspråket hunnit före målsägandens död fastställas av domstol, om än medelst en icke lagakraftäggande dom, vore varken förenligt med ordalydelsen i nämnda lagrum eller i överensstämmelse med ifrågavarande anspråks legislativa syfte. Det vore icke riktigt att åvälva målsäganden risken av rättegångens fortsättande. Denne måste genom rättegången förhjälpas till en position som skulle have tillkommit honom därest domen fällts redan vid anhängiggörande av talan, som finnes vara rättmätig.<sup>13</sup>

Samma verkan som talans anhängiggörande måste tillmätas en förlikning, som ingåtts mellan parterna. Däremot är det icke tillräckligt för ersättningsfordringens utsöndrande från målsägandens personliga rättssfär att han utfärdar fullmakt för talans anhängiggörande eller att han utan att väcka talan cederar sin fordran till tredje man.

Ovan anförda slutsatser torde vara tillämpliga i alla de fall då anspråket på ersättning för ideell skada avser skydd för personliga, oöverlåtliga rättshåvor. Ansluter sig anspråket till en förytterlig rättsposition, torde den närmast liggande lösningen



vara, att fordran på ersättning för ideell skada övergår i samband med den rättighet, till vilken ersättningsanspråket är anknutet. Upphovsmannens rättsinnehavare torde sålunda vara berättigade att fordra ersättning för ideell skada, som tillskyndats upphovsmannen under hans livstid utan att denne hunnit anhängiggöra talan. Att de sålunda kunna göra gällande ett under upphovsmannens livstid uppkommet förstörings- resp. utlämningsanspråk för att därigenom eliminera rättskränkningen medelst naturalrestitution, står utom allt tvivel. Till ett annat resultat torde man ej heller kunna komma med avseende å anspråket på penningersättning, som skall givas till följd av att upphovsmannens s. k. *droit moral* blivit kränkt under hans livstid. Visserligen är denna »moraliska rätt« icke överlåtlig i den bemärkelse, att arvingarna finge såsom fallet är med upphovsmannen själv fritt bearbeta och stympa verket, ty de äro pliktiga att icke genom förvanskningar skada upphovsmannens anseende (L om upphovsmannarätt 23 §).<sup>14</sup> Men då upphovsmannarätten i övrigt övergår till arvingarna och dessa på grund härav hava ett särskilt intresse av anspråket på ersättning för ideell skada, vilket anspråk är oundgängligt för att reaktion vore möjlig även i sådana fall då straff i brist på uppsåt ej kan ådömas gärningsmannen, synas några berättigade tvivel icke kunna hysas med avseende å arvingarnas succession i den under upphovsmannens livstid uppkomna ersättningsfordringen.<sup>15</sup>

Vad slutligen beträffar missbruket av egendomsrätten i grannlagsförhållanden, faller det av sig självt att grannen kan under åberopande av ideell skada i sin arvlåtares ställe påyrka naturalrestitution medelst avlägsnande av förargelseväckande anordningar på granntomten även om dessa uppförts före dödsfallet. Likaledes kunna arvingarna göra anspråk på penningersättning och därvid yrka att hänsyn tages även till den tid som förflutit innan arvlåtaren avlidit. Hava däremot de förargelseväckande anordningarna avlägnats redan före arvfallet, måste den allmänna regeln, enligt vilken succession förutsätter rättegångens påbörjande under arvlåtarens livstid, tillämpas på arvingarna.

## NOTER

1. Jfr *Forsman*, *Läran om skadestånd i brottmål* (1893) s. 204, jfr densamme, *Straffrättens allmänna läror*, *Föreläsningar* utg. av *Lars Wasastjerna*, 3 uppl. (1914) s. 444.
2. Se betr. svensk praxis *N J A* 1909 s. 369, 1915 s. 90. Ur finsk praxis *H D* 1929 I 45 (omröstning 3:2).
3. Se *N J A* 1916 s. 571, 1917 s. 339, 1927 s. 360, 1933 s. 416, 1941 s. 507 och 593, 1946 s. 529, samt *Karlgren*, *Skadeståndsläran* s. 167 f., *Strahl*, *Om påföljder för brott* s. 242.
4. Se *H D* utsl. 5. 12. 1950 nr 2925. Utslaget, som kommer att publiceras såsom redogörelse, gavs enhälligt på en fulltalig division (7 ledamöter).
5. En lösning av frågan i enlighet med nyare svensk praxis förordades av *Grottenfelt*, *Kommen-tar till strafflagen* s. 273, medan åter *Ekström*, *Privaträttens allmänna läror* s. 934, hävdade den ståndpunkt som numera kommit i uttryck i finsk praxis.
6. Lov om ikrafttræden af borgerlig straffelov (1930) § 15 stk. 3.
7. Straffelovens ikrafttrædelseslov § 27. Jfr *Platou*, *Privatrettens alm. del*, s. 647, *Øvergaard*, *Erstatningsret* (1941) s. 356, 390.
8. Jfr *B G B* 847 § och ang. tidigare rätt *Dernburg*, *Pandekten II* § 132, 1. Ang. fransk o. italiensk rätt se *Demogue*, *Traité des obligations en général IV* nr 536, 538. I schweizisk praxis har man ansett t. o. m. cession till tredje man vara tillfyllest för att göra fordringen på »Genugtuung» oberoende av den skadelidandes död, och samma verkan har tillmätts fullmakt, som utfärdats till advokat för inledande av rättegång. Se v. *Tuhr*, *Schw. OblR* s. 106 f., som å sin sida ej godkänner nämnda praxis utan vill betrakta ifrå-gavarande fordran såsom icke ärfblig.
9. Om tillämpningen av satsen »actio personalis moritur cum persona» i modern engelsk rätt efter 1934 års lagändring se *Pollock — Landon*, *On torts*, 14 uppl. (1939) s. 53 ff., *Dagfinn Dahl T f R* 1938 s. 523.
10. Jfr v. *Tuhr* a. a. s. 106.
11. Jfr ang. skadeståndsfordringar i allmänhet *Ussing*, *Erstatningsret* s. 140 f.
12. Det något dunkla uttryckssättet i *L* om statens ansvarighet för skada förorsakad av tjänsteman (1927) 6 §, vari det talas om skadeståndets »utverkande» före dödsfallet, måste tolkas i enlighet med *S L* 9:8.
13. Jfr *H D* 1927 I 47 (plenum), vari klanderrättens personliga karaktär icke ansetts utgöra hinder för bördemans rättsinnehavare att fortsätta bördsklandret, då bördemannen avlidit under den av honom påbörjade rättegången. Se ock *Tarjanne*, *Asianosaisseuraanto (Partssuc-cession)*, 1929, s. 113, *Hakulinen* i *Defensor legis* 1947 s. 21.
14. Jfr ang. dansk rätt *Torben Lund* i *Festskrift för prof. Eberstein*, 1950, s. 169.

15. I fråga om uppfinnaräran torde motsvarande regel anses böra gälla. Men har upphovsmannaresp. patenträtten icke övergått å arvingarna emedan den blivit överlåten till tredje man, kunna

arvingarna icke heller kräva ersättning för ideell skada som tillskyndats före dödsfallet, med mindre talan härom anhängigjorts av arvlåtaren.

# Kontraheringspligt

Af højesteretssagfører, dr. jur. Bernt Hjejle

*Henry Ussing* udtaler i sin erstatningsret, udg. 1937, p. 55: »En slags undladelse, der i den sidste tid har tildraget sig opmærksomhed, er nægtelse af at indgå aftaler med andre. I visse tilfælde pålægger lovgivningen en pligt til at afslutte kontrakt ... I sådanne tilfælde vil nægtelse af at afslutte kontrakt med en person kunne pådrage erstatningsansvar ... Tilsvarende regler må formentlig kunne opstilles, hvor de iøvrigt findes påkrævede, således når en virksomhed opnår et faktisk monopol«.

Da der i de siden da forløbne år er sket en yderligere udvikling af de af Ussing her påpegede forhold, vil det formentlig have en vis interesse at betragte udviklingen nærmere.

I sin bog »Rettens Stilling til konkurrenceregulerende Sammenlutninger og Aftaler« (Oslo 1937) har *Kristen Andersen* givet en omfattende redegørelse for norsk rets stilling til spørgsmålet om kontraheringsnægtelse og kontraheringspligt efter den norske trustlovgivning og den derpå opbyggede betydelige praksis. I Norge har de samfundsmæssige problemer, som den sidste menneskealders aftalebestemte konkurrenceregulering i erhvervslivet har rejst, langt tidligere end her givet anledning til reaktion fra lovgivningens side, og den retlige behandling af disse problemer har derfor også ligget langt foran vor. De senere års udvikling i Danmark har imidlertid kastet så meget lys over problemerne også her, at der kan være anledning til at standse og fæste øjet på forholdene.

Den sociologiske udvikling, der har givet spørgsmålet om kontraheringsret og kontraheringspligt en mere almindelig aktualitet, er de monopoltendenser, der i de sidste årtier har vist sig i erhvervslivet, og som navnlig har givet sig udtryk i meget udbredte konkurrenceregulerende aftaler og bestemmelser.

Udtrykkene »aftaler« og »bestemmelser«, jfr. prislovens §§ 10 og 11, afspejler to forskellige typer af konkurrenceregulering, idet denne enten kan fremtræde som en aftale f. eks. mellem erhvervsdrivende indenfor samme omsætningsled — ofte kombineret med en aftale med en kreds af erhvervsdrivende i næste (resp. forrige) omsætningsled — om begrænsning, resp. eliminering af konkurrence, eller som en bestemmelse f. eks. truffet af en producent (importør) om de betingelser og vilkår, hvorunder en af ham produceret (importeret) vare skal forhandles gennem de næste omsætningsled.

Som et karakteristisk eksempel på en *aftale* af den første slags kan nævnes en aftale mellem et produktionskartel og en grossist-sammenslutning, hvorefter denne sidste er eneberettiget til at sælge det førstes produkter på visse nærmere bestemte vilkår. Sådanne aftaler er truffet i stadigt stigende tal i de senere år, ikke mindst efter at statens importrestriktionspolitik siden 1932 på en række områder har gjort landet til et »lukket« marked. I det hele bør det i det følgende have in mente, at statens importrestriktioner på vide områder har skabt et faktisk monopol for danske virksomheder og herværende repræsentanter for udenlandske virksomheder og derved har skabt forudsætningerne for disse aftaler.

Et typisk eksempel på de konkurrenceregulerende »*bestemmelser*«, er de af en producent af en »mærkevare« fastsatte »brutto-priser«, rabatter og øvrige salgsvilkår, som kræves overholdt af de næste omsætningsled ved varens videresalg, hvorved konkurrencen i omsætningsleddene sættes ud af kraft, forsåvidt angår denne vare. Sådanne bestemmelser afspejler en mere universel udvikling, baseret på den stadigt mere udprægede rationalisering og standardisering af produktionen. For den, der har fremstillet et gennemstandardiseret produkt, hvad enten det er en blyant, en grammo-phonplade, en ost eller et automobil, er det nærliggende også at søge afsætningen standardiseret således, at produktet ikke blot

fremtræder ganske ensartet, men også sælges til samme pris og på samme vilkår overalt, idet dette erfaringsmæssigt — jeg skal ikke her fordybe mig i årsagerne — stimulerer omsætningen. Sådanne bestemmelsers overholdelse søges ofte gennemført ved »revers«-bestemmelser indeholdende sanktioner mod undersalg og lign., men forekommer også simpelthen som »bruttopriser« uden at der er knyttet særlige sanktioner til ikke-overholdelse.<sup>1</sup> Som følge af priskontrolrådets principielt modvillige holdning overfor bruttopriser — hvorved avancefastsættelsen i omsætningsleddene jo sker ensidigt af producenten — er der i visse brancher opstået de såkaldte »vejledende« bruttopriser.

Spørgsmålet om kontraheringsnægtelse kommer navnlig frem i den første kategori, nemlig de konkurrenceregulerende aftaler. I den sidste kategori, bestemmelserne, har principielt enhver kontraheringsadgang, når blot de stillede salgsvilkår overholdes. I den første derimod er formålet at udelukke alle, der står udenfor rammerne af denne såkaldte »exclusivaftale«.

Man står her overfor et udsnit af den brydning, der i de senere år med stedse større styrke har udviklet sig på kontraktsrettens område mellem den private autonomi og de samfundsmæssige hensyn, som den politiske udvikling har givet forøget styrke. Ligesom vi har set kontraktsfriheden — friheden til at bestemme kontraktens indhold — blive stadigt mere begrænset af den »socialt« betonedede lovgivning, således bliver også kontraheringsfriheden — friheden til at bestemme kontraktens parter eller deltagere — begrænset på lignende måde.

Spørgsmålet om kontraheringspligt har hidtil været behandlet som et isoleret fænomen i forbindelse med offentlig meddelelse af koncessioner, privilegier eller en særlig autorisation. Med meddelelse af koncessioner følger visse forpligtelser til at udføre de i koncessionen omhandlede foranstaltninger; oftest er takster og priser godkendt af den koncessionsmeddelende myndighed, og det må da antages at koncessionshaveren, f. eks. private jernbaner, rutebiler, elektricitetsværker, luftfartsselskaber m. v., ikke vilkårligt kan nægte at kontrahere med enkelte personer. — Fremdeles kan kontraheringspligt være pålagt i forbindelse med virksomheder, hvortil der kræves en offentlig autorisation for virksomhedens

udøvelse; der kan herved henvises til f. eks. sundhedsvæsenet, se således apothekerl. nr. 107 af 31. marts 1932 § 29 og lægel. nr. 72 af 14. marts 1934 § 7, men også udenfor dette område må tilsvarende regler antages at gælde, jfr. f. eks. U. f. R. 1926.166 (aut. elektroinstallatør). Om en række herhenhørende tilfælde kan i det hele henvises til *Ussing: »Aftaler«* (1950) p. 98 f., 393 og 404.<sup>2</sup>

Medens kontraheringspligten i disse tilfælde er udtryk for et vilkår fra statens side for meddelelse af en særlig næringsretlig begunstigelse, fremtræder den kontraheringspligt, der i de senere år har tildraget sig opmærksomheden, navnlig som udtryk for et i samfundsmæssige hensyn, navnlig hensynet til erhvervsfriheden, begrundet modtræk mod private monopol tendenser i erhvervslivet.

Problemet opstår som nævnt ved, at f. eks. en kreds af et produkts forhandlere træffer aftale med producenten om eksklusiv levering til dem. Såfremt det nu drejer sig om et produkt, der ikke fremstilles af andre, har den pågældende kreds monopoliseret afsætningen. Der sker derved et indgreb i den erhvervs- og næringsfrihed som grundlovens § 81 — omend udfra andre historiske forudsætninger — har tilkendegivet en samfundsmæssig interesse i at opretholde, og samfundsmagten må derfor reagere overfor denne aftalebestemte begrænsning i kontraheringsfriheden, med mindre særlige reale hensyn kan motivere begrænsningen. — Det er dette synspunkt, der har fundet udtryk i den oprindelige prisaftalelov af 18. maj 1937 § 9, hvori det hed, at »aftaler eller bestemmelser om pris-, produktions-, omsætnings-, eller transportforhold er forbudt, for så vidt de ... medfører eller kan antages at medføre urimelige priser eller andre samfundsmæssigt urimelige indskrænkninger i den frie erhvervsudøvelse«, en bestemmelse der i prisloven af 30. maj 1940 og de senere prislove — senest lov nr. 432 af 14. november 1950 §§ 8 og 10 — er erstattet med forbudet mod »urimelige priser og forretningsbetingelser«.

I jo højere grad man indenfor et givet erhvervsområde enten ved statens importrestriktioner skaber hjemlige monopoler eller ved private aftaler mellem de næringsdrivende monopoliserer området, i jo højere grad vil de samfundsmæssige bestræbelser for at bevare erhvervs- og næringsfriheden derfor gøre sig gældende.

På et konkurrencemæssigt frit erhvervsområde vil det naturlig-

vis normalt stå en erhvervsdrivende frit, med hvem han vil kontrahere og på hvilke betingelser, jfr. således H. K. K. i H. R. T. 1933. 740, jfr. H. R. T. 1934. 127, hvori det (p. 143) hedder, at sagsøgerne — en bank, der havde afbrudt forretningsforbindelsen med en handlende og havde forbudt visse andre virksomheder, i hvilke den var økonomisk interesseret, at handle med ham — »ikke havde opgivet den af dem hævdede, i og for sig rimelige og naturlige ret til at bestemme, om virksomheder, som de selv eller for hovedpartens vedkommende ejer, må stå i forretningsforbindelse med sagsøgte«. Her kan også henvises til H. D. i U. 1916. 677.

Dermed er det imidlertid ikke sagt, at en kontraheringsnægtelse ikke skulle kunne være retstridig udenfor monopolområdet. F. eks. vil chikanehensyn e. l. kunne gøre kontraheringsnægtelsen retstridig. Dette har nu fået en særlig baggrund i den nugældende prislovs forbud mod »urimelige forretningsbetingelser«. Det hedder i folketingsudvalgets betænkning til den første prislov, hvori denne bestemmelse forekom, Rigsdagstidende 1940, till. B., sp. 1155 ff.: »Som urimelige forretningsbetingelser vil herefter eksempelvis kunne nævnes sådanne salgsbetingelser, som udfra hensyn af ikke-købmandsmæssig karakter stiller visse erhvervsdrivende ugunstigere end andre, enten ved helt at udelukke dem fra den pågældende omsætning eller ved en forskelsbehandling gennem pris- og rabatfastsættelse«. Den almindelige terminologi, der her anvendes, viser, at man med vendingen »urimelige forretningsbetingelser« ikke blot har sigtet på, hvad man i den norske trustlovs § 21 betegner som boykott, der »kan antages at ville skade almene interesser«, men også på de tilfælde, der omfattes af trustlovens ord: »kan antages at ... virke urimelig eller overfor den boykottede må anses utilbørlig«.

Men spørgsmålet kommer naturligvis navnlig frem, hvor det drejer sig om varer, hvis fremstilling eller forhandling kontrolleres af et monopol eller af aftaler af monopollignende karakter. Her har beskyttelsen af erhvervsfriheden ikke blot fundet udtryk i lovgivningen, jfr. de ovenfor citerede bestemmelser i prisaftaleloven og prisloven, men også i domstolenes og priskontrolrådets praksis.

I dommene U. f. R. 1932. 357 og 1944. 562 er det således fastslået, at en sammenslutning, resp. en virksomhed, som har et lo-



kalt monopol, ikke vilkårligt kan nægte at kontrahere med af-tagere, resp. leverandører, af de pågældende varer indenfor mono-polets område.

Her kan ligeledes nævnes en række domme fra krigstidens og efterkrigstidens rationeringsforhold, der fastslår, at der m. h. t. de såkaldte »mangelsvarer« består en særlig kontraheringspligt for de handlende overfor deres sædvanlige kundekreds, medmindre da særlige købmandsmæssige forhold objektivt berettiger en leve-ringsnægtelse, se således dommene U. 1942. 1168, 1943. 341 og 351, U. 1944. 674 og U. 1946. 1114 samt i det hele *K. L. Thoft og Adam Jacobi* U. 1946 B, p. 187-90 og 190-92 med de deri citerede udtalel-ser fra bl. a. grosserer-societetets komité. Se endvidere »Beretning fra Priskontrolrådet« 1943-45, p. 47-48.

En række domme fra de senere år, således Ø. L. D. i U. 1935. 1130 og H. D. i U. f. R. 1943. 1066, 1944. 1092, 1945. 472, 1946. 246 og 295 samt V. L. D. i U. 1948. 618 må ligeledes ses som udtryk for de samme grundsynspunkter. Som eksempel kan tages dom-men U. 1943. 1066: En købmand i jern- og stålbranchen i Jylland ønskede at blive medlem af Foreningen af Købmænd i Jern- og Stålbranchen i Jylland, hvilken forening — der havde til formål at samle de jydsk firmaer, der handlede med jern og stål — havde tilknytning til det tyske Stahl-Verband og bl. a. søgte at hindre, at købmænd, der ikke var medlemmer af foreningen, købte visse sorter jern fra andre end foreningens ved indbyrdes pris-aftaler bundne medlemmer. Dommen fastslog, at købmanden efter det om foreningens formål og dens tilknytning til det tyske Stahl-Verband oplyste, fandtes at have en så væsentlig, berettiget er-hvervsmæssig interesse i medlemsskabet af foreningen, at denne, der ikke havde fremført nogen indvending af speciel art mod at optage købmanden som medlem, måtte være pligtig hertil.

Disse domme fastslår, at hvor en producent eller sælger, der indtager en monopollignende stilling på markedet har truffet en eksklusivaf-tale indeholdende visse nærmere beskrevne samhandels-betingelser med en købersammenslutning, må denne sammenslut-ning stå åben for andre købere, som opfylder de formelle betingel-ser, der opstilles — og med rimelighed bør kunne opstilles — for medlemsskab af sammenslutningen, og som kan påvise en væsentlig

erhvervsmæssig interesse i medlemsskabet. Det vil med andre ord sige, at der ikke ved en aftale mellem en monopolproducent og en købersammenslutning kan dannes et afsætningsmonopol, hvorved erhvervsdrivende, der opfylder de saglige kvalifikationer, der med rimelighed kan kræves af dem, og mod hvem der ikke iøvrigt kan rettes særlige indvendinger, udelukkes fra handel med monopolproduktet. — Man kan formentlig også udtrykke det således, at når en person har en efter domstolenes skøn tilstrækkelig retlig interesse i samhandel, kan han ikke vilkårligt udelukkes herfra, men der må herfor kræves en særlig på objektive og rimelige købmandsmæssige betragtninger hvilende og generelt gennemført begrundelse.

De i de citerede domme omhandlede sager fremtræder som tilfælde af foreningsboykott. Dette skyldes, at sagsøgerne har været en udenforstående handlende, som stillede krav overfor sammenslutningen eller foreningen om adgang til denne. Men sagerne kunne ligesåvel have fremtrådt som omhandlende kontraheringsnægtelse, nemlig hvis den handlende ikke havde rettet sit krav mod foreningen, men mod den anden part i exclusivaftalen, nemlig monopolproducenten. I så fald ville de være blevet afgjort efter kriteriet »urimelige forretningsbetingelser«, og der ville være pålagt monopolisten kontraheringspligt, jfr. nedenfor. Når sagerne ikke har været anlagt mod producenten, skyldes det formentlig at denne i de fleste tilfælde var et udenlandsk kartel; måske også at det rent umiddelbart synes lettere at bryde sammenslutningens handelsmonopol end producentens afsætningsmonopol, jfr. også nedenfor.

De centrale spørgsmål i disse sager er, hvorvidt på den ene side (1) den udelukkedes interesse i kontrahering med aftaledeltagerne er retlig relevant, og på den anden side (2) om de motiver, der bærer exclusivaftalen, udfra en samfundsmæssig betragtning må anerkendes som berettigede. — (ad 1) I førstnævnte henseende vil det naturligvis navnlig have betydning, om den udelukkedes tilknytning til branchen gennem uddannelse og kvalifikationer er tilstrækkelig stærk, i hvilket omfang det vil være muligt for ham at drive den pågældende virksomhed uden at deltage i aftalen etc.; som modgående hensyn kan navnlig tænkes, at han ved sin hand-

lemåde i væsentlig grad har modvirket eller skadet sammenslutningens interesser.<sup>3</sup> — (ad 2) Som et eksempel på bedømmelsen af eksklusivaftalers motiver kan nævnes, at priskontrolrådet i 1946 afviste et stormagasins krav til rådet om at pålægge Københavns Guldsmedeforening at optage magasinet som medlem, hvilket var en betingelse for at forhandle varer fra Sølvvarefabrikantforeningens medlemmer. Guldsmedeforeningen havde som begrundelse for sin afvisning henvist til, at man måtte befrygte, at konsekvenserne af stormagasiners optagelse i foreningen ville blive, at guldsmedestanden fuldstændig ville forsvinde. Hertil sluttede rådet sig udfra den betragtning, at samfundet måtte være interesseret i at beskytte mindre næringsdrivende og derved bevare en stand selvstændige detailhandlere. Ankenævn og handelsministerium sluttede sig ligeledes hertil. Det pågældende stormagasin indbragte derefter spørgsmålet for retten, men ved H. D. i U. 1949.345 kom retten til samme resultat som priskontrolrådet, idet der navnlig lagdes vægt på, at foreningens betingelser for optagelse skønnedes tilstrækkeligt begrundet i rimelige hensyn til opretholdelsen af en for branchen passende standard, samt at disse betingelser måtte antages at blive håndhævet med tilstrækkelig ensartethed og fasthed. At dette sidste synspunkt tillægges væsentlig betydning ses da også af begrundelsen for H. D. i U. 1944.1042 og 1946.295.

Som eksempel på tilsvarende tilfælde, i hvilke optagelse i en forening blev anerkendt, kan nævnes H. D. i U. 1950.60, hvor det under hensyn til, at »en overordentlig vid kreds af forretningsdrivende uden at fyldestgøre særlige faglige krav« ... havde »adgang til at købe fabrikantforeningens medlemmers fabrikata«, blev antaget, at der ikke forelå »sådanne vægtige saglige hensyn«, at stormagasinet burde afskæres fra køb.

I denne forbindelse skal endelig bemærkes, at disse domme i forenings- og næringsretlig henseende godt kan tænkes at gå ud over den egentlige monopolsfære; f. eks. begrundes H. D. i U. 1945.472 også med sagsøgerens interesse i at blive medlem af en med myndighederne forhandlingsberettiget brancheforening, således at e. o. også andre synspunkter end monopolsynspunktet vil kunne være afgørende for spørgsmålet om en erhvervsdrivendes adgang til optagelse i en forening eller sammenslutning, jfr. herved

også Ø. L. D. i U. 1950. 580 og *Poul Meyer* i »Dansk Foreningsret« (1950) p. 92.

I en række tilfælde har priskontrolrådet med tilslutning af det ved prisloven etablerede prisankenævn og handelsministeriet, prislovens § 15, truffet afgørelse om kontraheringspligt indenfor monopolbeherskede områder. Eksempelvis kan nævnes prisankenævnets indstilling til handelsministeriet af 29. januar 1944. I en sammenslutning, hvis medlemmer beherskede den langt overvejende del af produktionen og importen af samtlige de til det pågældende brancheområde hørende varer, påhvilede der ifølge lovene samtlige medlemmer pligt til ikke at sælge branchens varer til fællesindkøbsforeninger af detailhandlere, ligesom medlemmerne ikke måtte købe hos leverandører, der solgte til sådanne sammenslutninger. Formålet hermed var naturligvis at afskære sådanne detailhandler-sammenslutninger — der var dannet som modvægt mod de såkaldte »kædeforretninger« — fra købsmulighed. Da sælgerforeningen omfattede næsten alle fabrikanter og importører, og da fri import dengang var udelukket, meddelte priskontrolrådet foreningen pålæg om ophævelse af disse bestemmelser og fik heri medhold af ankenævn og handelsministerium. — I ganske samme retning går prisankenævnets indstilling af 28. juni 1947. A/S De danske Sukkerfabriker havde nægtet at levere sukker til A/S HOKI, bl. a. under henvisning til, at dette selskab i realiteten var en sammenslutning af en række detaillister i aktieselskabsform, medens sukkerfabrikerne kun leverede til grossister, der var tilsluttet visse nærmere bestemte kolonialgrossistforeninger. Da selskabet imidlertid opfyldte de objektive betingelser, der kunne stilles for berettigelsen til at handle som grossist med sukker, og da sukkerfabrikerne indtog en monopolstilling på det danske marked og deres afslag ville medføre, at selskabet i realiteten ville blive afskåret fra at handle med dansk sukker, pålagde prisdirektoratet sukkerfabrikerne leveringspligt, og dette stadfæstedes af ankenævn og handelsministerium. — Et ganske tilsvarende tilfælde har forøvrigt foreligget m. h. t. Tændstikfabrikkernes Salgscentral, der blev kendt pligtig til at levere til HOKI.<sup>4</sup>

Som man vil se, var i disse sager — i modsætning til de ovenfor citerede domme i »foreningssagerne« — klagen rettet mod produ-

centleddet i exclusivaftalen, idet klageren ikke havde nogen interesse i at blive medlem af sammenslutningen. —

Disse afgørelser — der kan suppleres med flere lignende — rejser imidlertid spørgsmålet om, i hvilket omfang de omhandlede præceptive betragtninger afskærer en monopolvirksomhed fra fri kontraheringsret, eller omvendt i hvilket omfang man bør pålægge monopolvirksomheder kontraheringspligt.

Vil således priskontrolrådet, resp. domstolene, generelt kunne modsætte sig, at en monopolvirksomhed, der ønsker at rationalisere sit salg, lægger dette om fra en række private forhandlere (købmænd) til egne udsalg med udelukkelse af andre? I almindelighed vel næppe. Man kunne dog spørge, om f. eks. en producent-sammenslutning, der faktisk behersker fremstillingen af en almindelig forbrugsvarer, der traditionelt er blevet forhandlet gennem private købmænd, og som indgår som et betydningsfuldt led i disses handel, kan bestemme, at al handel med dette produkt alene skal ske gennem sammenslutningens egne udsalg? Hvis f. eks. Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger (F. D. B.) erhvervede samtlige kaffesurrogatfabriker, kunne den næppe gennemføre en omlægning af salget af kaffesurrogat således, at det fremtidig kun kunne ske gennem brugsforeningernes udsalg; en sådan omlægning ville formentlig kunne rammes som en samfundsmæssigt urimelig forretningsbetingelse, både i relation til købmændene i kolonialbranchen og til forbrugerne.

Hvis derimod f. eks. en producent af galanterivarer, der i det væsentlige behersker produktionen, af rationaliseringsmæssige grunde ønskede at koncentrere sit salg i nogle af de få store specialudsalg, ville man umiddelbart være tilbøjelig til at anse dette for tilladeligt.

Det problem, disse spørgsmål rejser, kan naturligvis ikke besvares generelt. Afgørelsen må i hvert enkelt tilfælde blive et udtryk for de krydsende privatøkonomiske og samfundøkonomiske hensyn, der på dette område gør sig gældende. Disse krydsende hensyn har bl. a. fundet udtryk i priskontrolrådets udtalelse i »Beretning« 1938-43, p. 40 (i sagen: Brancheforeningen for Parfumeri- og Toiletartikler), hvori det hedder: »Det må iflg. alm. retsgrundsætninger og særlig efter prisaftalelovens ikrafttræden anses for retsstri-

digte at en indenfor en branche dominerende gruppe af fabrikanter og importører slutter sig sammen med det ene formål ved kollektiv boykott at gennemtvunge deres priser, idet en sådan aftale medfører væsentlige ... indskrænkninger i den fri erhvervsudøvelse, uden at samarbejdet sætter sig spor i samfundsmæssige fordele indenfor produktion eller fordeling«. I de sidste linier peges der således på de krydsende hensyn der e. o. vil kunne gøre en indskrænkning i den fri erhvervsudøvelse retmæssig. — Jeg skal i det følgende søge fremdraget nogle betragtninger, der må spille ind ved afgrænsninger af kontraheringsfriheden.

Hovedsynspunktet må vel være dette, at aftaler eller bestemmelser, der tilsigter at begrænse en vares produktion eller omsættelighed, må underbygges med »købmandsmæssigt« forsvarelige argumenter for at kunne accepteres. Men hvor stærke disse argumenter skal være, beror naturligvis atter på en række faktorer, f. eks. på varens betydning for produktion og omsætning. Jo vigtigere den pågældende vare er for forbrugerne, jo større betydning vil det have for detailhandlerne at føre denne vare, og jo stærkere må begrundelsen være for at kunne begrænse dens omsætning. Drejer det sig således om en alm. forbrugsvare som f. eks. sukker, vil der knytte sig en betydelig interesse både for forbrugerne til, at varen kan fås i enhver kolonialbutik, og for detailhandlerne til, at de kan forhandle den vare, der naturligt falder ind under deres øvrige vareassortiment. Den samfundsmæssige interesse i at bevare erhvervsfriheden på dette område er så ligetil, at selv en velunderbygget påvisning af, at en rationalisering af salgsapparatet med salg gennem enkelte store údsalg ville sænke prisen, ikke ville kunne berettiggte en sådan omlægning. — At dog også købmandsmæssige betragtninger selv ved de store forbrugsvarer kan motivere en kontraheringsbegrænsning, kan eksempelvis ses deraf, at en margarinefabrikant formentlig måtte kunne vægre sig ved at sælge sin vare gennem almindelige købmandsforretninger, hvis kan kunne godtgøre, at varens kvalitet kan lide derved, i modsætning til når den sælges i mejeriudsalg.

I jo højere grad det drejer sig om en specialvare, og jo mere man fjerner sig fra de store konsumartikler, jo snarere vil man være tilbøjelig til at lade de købmandsmæssige argumenter for en

omsætningsbegrænsning træde i forgrunden. En radiofabrikant f. eks. må kunne nægte at sælge gennem cykelhandlere og holde sig til specialudsalg.

Medens forbrugerhensynet normalt kun vil spille ind ved afgørelser i detailhandlerleddet, vil hensynet til de handlendes »velerhvervede rettigheder« i henseende til at føre en given vare have betydning i alle omsætningsled. Hvor de handlende i en branche traditionelt har handlet med en bestemt vare, vil det efter omstændighederne kunne betragtes som en samfundsmæssig set urimelig begrænsning i den frie erhvervsudøvelse, hvis omsætningen af denne vare overføres fra sine normale kanaler til producentens egne udsalg, eller hvis nyetablerede virksomheder udelukkes fra at handle med varen (»etableringskontrol«). Ganske som i relation til forbrugerne må det her bero på varens betydning for omsætningen i forretningerne, samt på hvor stærke rødder traditionen har etc.

Overfor disse hensyn, som vil kunne begrænse retten til kontraheringsnægtelse, står en række betragtninger, der e. o. vil kunne gøre en kontraheringsnægtelse retmæssig. Først og fremmest naturligvis hensynet til markedsrationalisering; kan man derved opnå en hensigtsmæssigere og (derfor) billigere distribution, vil dette hensyn naturligvis bære langt. Der vil derfor fra et samfundsmæssigt synspunkt være en betydelig forskel på det tilfælde, at en producent, f. eks. for at sikre sig betalingsdygtige købere, træffer aftale med en sammenslutning af en række større grossister om udelukkende salg gennem disse, og på det tilfælde, at producenten af salgstekniske grunde kun ønsker at sælge gennem f. eks. 1 grossist for København, 1 for Øerne og 1 for Jylland.

Hensynet til at skabe sunde konkurrencemæssige vilkår og undgå urimelig konkurrence med tabgivende undersalg o. l. er vel et af de hyppigste motiver til konkurrenceregulerende aftaler. Ved H. D. i U. 1945.81 blev således en leveringsstandsning, der var etableret udfra disse hensyn, anerkendt af domstolene. Som et andet eksempel på en sådan ordning, der gav anledning til forhandlinger med priskontrolrådet kan nævnes autogummiordningen, se »Beretning« 1938-43, p. 23 ff.

Jeg har endvidere ovenfor nævnt hensynet til varens behand-

ling og kvalitet, som vil kunne motivere, at en vare — ikke mindst naturligvis de varer, der kræver en særlig omhyggelig behandling — kun sælges gennem specialister. — Men også andre købmandsmæssige betragtninger vil kunne motivere en kontraheringsbegrænsning. Hvis f. eks. en producent begrænser salget af sine produkter til en vis kreds af grossister imod, at disse garanterer ham en vis omsætning, — resp. at producenten giver dem en særlig rabat eller andre fordele til gengæld for en garanti — vil dette efter omstændighederne kunne retfærdiggøre eksklusivaftalen. — Som eksempel på andre købmandsmæssige motiveringer kan nævnes priskontrolrådets afgørelse i »Beretning« 1938-43, p. 46-47. I Bladkompagniets forretningsbetingelser for forhandlere i Storkøbenhavn indeholdtes i § 9 en bestemmelse »hvorefter erhvervsmæssig udlejning af Bladkompagniets blade eller levering af disse til sådanne personer eller firmaer, der formodes at drive erhvervsmæssig udlejning, var forbudt«. Priskontrolrådet bemærkede hertil, at en sådan bestemmelse utvivlsomt havde været berettiget inden prisaftaleloven, og tilføjer, at »selvom denne retstilstand ikke kan antages ubetinget opretholdt efter prisaftalelovens ikrafttræden, er der dog ikke påvist at være knyttet sådanne samfundsmæssige ulemper til det ... fastsatte forbud ... at rådet finder tilstrækkelig anledning til indskriden«. Det havde formentlig været naturligt, om rådet også havde betonet den positive og berettigede interesse, Bladkompagniet havde i at modvirke udlejning af bladene.

Det er jo herved stadig forudsat, at det drejer sig om en monopolvare; men til selve dette begreb knytter der sig naturligvis atter en ikke ringe usikkerhed. Monopolsituationen foreligger jo ikke blot, når hele produktionen eller omsætningen beherskes af en enkelt virksomhed, resp. af en sammenslutning eller en aftale mellem alle de eksisterende virksomheder, der fremstiller varen, men også hvor det drejer sig om en virksomhed (virksomheder), hvis varer har en væsentlig betydning på det pågældende område. I denne forbindelse kan henvises til to af priskontrolrådet truffne afgørelser, refereret i »Beretning fra Priskontrolrådet« 1938-1943, p. 31 og p. 35. I det første tilfælde drejede det sig om en eksklusiv-aftale mellem de 3 dominerende importører og Danske Fotograf-



grossisters Handelsforening og Fotohandlerforeningen, og det siges her i begrundelsen for rådets krav om ophævelse af aftalen, at det i begge omsætningsled ville være umuligt at oparbejde »en blot nogenlunde rimelig omsætning« udenom aftalerne. I det andet tilfælde drejede det sig om en eksklusivaftale indenfor skotøjsbranchen, og i begrundelsen for rådets krav om ophævelse hedder det, at det antagelig ikke er muligt at drive en »velassorteret skotøjsforretning« uden leverancer fra sammenslutningens medlemmer. Disse afgørelser stemmer altså godt med de ovenfor nævnte højesteretsdomme i foreningssager, der kun kræver, at optagelseskravet skal have en væsentlig erhvervsmæssig interesse for klageren, ikke derimod at det skal være en egentlig »velfærdssag« for ham.

•

Jeg har koncentreret ovenstående fremstilling om den udvikling indenfor erhvervsrettens område, der i de senere år har gjort spørgsmålet om kontraheringspligt aktuel. — Jeg skal derfor ikke her gå nærmere ind på de andre retsområder, på hvilke der kan forekomme tilfælde af kontraheringspligt, men blot henvise til at problemet navnlig har interesse i arbejdsretten, jfr. reglerne om arbejdsgiverens ret til frit at vælge, hvilke arbejdere han vil beskæftige, septemberforligets § 4, jfr. *Illum*: »Arbejdsret« (1939), p. 182 og p. 356 ff.

Et retsforhold, der ligger udenfor kontraheringspligtens egentlige område, men hvor de samme synspunkter gør sig gældende, er licitationsforholdet, idet mange håndværksorganisationer fra gammel tid har pålagt deres medlemmer at gøre deres tilbud betinget af, at uorganiserede mestre ikke deltager i licitationen, eller at tage forbehold om, at tilbudet kun gælder, såfremt det øvrige arbejde ved det pågældende byggeforetagende udføres af organiserede mestre. Om de synspunkter, der her gør sig gældende, kan henvises til de i handelsministeriets licitationskommissions betænkning, jfr. prisdirektoratets bekendtgørelse af 20. marts 1946 vedrørende aftaler om regulering af licitationsbud m. m., angivne retningslinier, samt til H. D. i U. 1950. 18 (jfr. tidl. U. 1936. 613).

Jeg skal endelig bemærke, at jeg her ikke er gået ind på spørgsmålet om følgerne af en uretmæssig kontraheringsnægtelse, her-

under spørgsmålet om den kontraheringsberettigedes eventuelle erstatningskrav. Jeg henviser herom til *Ussing* i *U.f.R.* 1947. 240 ff., særlig p. 269.

#### NOTER

1. Se herom idet hele: *Ussing*: »Obligationsretten, alm. del« (1946) p. 536 og 549, *Vinding Kruse*: »Ejendomsretten« (1946) p. 1308-10, *Povl Bang-Jensen*: »Mindstepris og Undersalg« (1934) samt *Johs. Hansen*: »Aftaler om Detailpriser« (1934).
2. Fra andre områder kan nævnes den legale begrænsning i kontraheringsfriheden, der indeholdes i lov nr. 339 af 9. juni 1948 § 8, stk. 1, jfr. bekendtgørelse nr. 428 af 25. oktober 1948 § 18, om statens forkøbsret til visse landejendomme.
3. Til belysning af dette synspunkt kan bl. a. henvises til H.D. i U. 1949.39 og Ø.L.D. i U. 1950, p. 580 samt *Poul Meyer*: »Dansk Foreningsret« (1950) kapt. 5.
4. De her omtalte tilfælde er endnu ikke optaget i priskontrolrådets beretning.

# Perpetuatio obligationis

Av professor Phillips Hult

Att ordet har en stor makt över tanken är en ofta gjord iakttagelse. Särskilt stor blir ordets makt, då det formulerats i ett kort ordspråk eller slagord. Ett fyndigt slagord eller till och med blott en påträngande slogan är propagandans verksammaste vapen. »Åsikter äro som spikar; lätta att slå i, svårare att dra ut«, har en svensk paradoxmakare<sup>1</sup> sagt. Men särskilt lätt gå spikarna in och särskilt hårt fastna de, då de hamras in av ett ofta upprepat slagord.

Denna erfarenhet av slagordets betydelse kan otvivelaktigt verifieras även med mångfaldiga exempel från juridikens område. Icke minst har den romerska rätten tillhandahållit många koncist formulerade satser, som redan genom sin slående formulering kommit att anammas som uttryck för allmängiltiga regler även i rättssystem, vilka icke hava sina grundvalar i den romerska rätten. Ett par exempel därpå erbjuda satsen »*Impossibilia nulla est obligatio*« och den därmed nära sammanhängande regeln om perpetuatio obligationis: »*Mora debitoris obligatio perpetua fit*«.

Den senare satsen kompletterar den förra. Dess praktiska innebörd är, att om en sak, som en person skall prestera till en annan, går under, medan gäldenären befinner sig i mora, och det således är omöjligt att prestera saken, kommer icke för den skull gäldenärens förpliktelse att upphöra utan den »förevigas« genom hans mora och kan därmed utgöra grunden för en skadeståndsförpliktelse i förhållande till borgenären. Gäldenären blir skyldig att ersätta borgenärens skada.

Ehuru denna grundsats otvivelaktigt hade sin motivering i ett

specifikt romerskrättsligt betraktelsesätt, vars innebörd för övrigt är starkt omstridd, har den kommit att utöva ett stort inflytande långt utanför den romerska rättens område. Rättsregler av motsvarande innebörd hava sålunda upptagits exempelvis i fransk rätt (Code civil art. 1302 och 1245), i tysk rätt (Bürgerliches Gesetzbuch § 287) och i schweizisk rätt (Schweizerisches Obligationenrecht, Art. 103),<sup>2</sup> och dessa rättsregler hava också icke sällan blivit föremål för en tolkning, som varit starkt influerad av det betraktelsesätt, vilket kommer till uttryck i den romerskrättsliga grundsatsen.<sup>3</sup> Detta är dock måhända mindre anmärkningsvärt. Mera påfallande är att denna regel, ehuru aldrig upptagen i de nordiska ländernas lagstiftning, utövat ett stort inflytande även på dessa länders rätt eller i varje fall på deras juridiska doktrin och där ofta godtagits som uttryck för en allmän rättsgrundsats av oomtvistlig giltighet.

Vad först dansk doktrin beträffar synes inom den råda nästan fullständig enighet om att regeln om perpetuatio obligationis bör erkännas som giltig även för dansk rätts del. I denna riktning uttala sig sålunda bland andra *Evaldsen*,<sup>4</sup> *Niels Lassen*<sup>5</sup> och *Jul. Lassen*<sup>7</sup> samt senast *Illum*<sup>7</sup> och *Hasle*.<sup>8</sup> *Ussing*,<sup>9</sup> som dock icke underkastat regeln någon närmare undersökning, synes också acceptera den såsom giltig i dansk rätt åtminstone i viss utsträckning men tillägger: »Undertiden udstrækkes Sætningen til alle Tilfælde, hvor Umuligheden indtræffer, efter at Skyldneren er kommet i Mora, der paadrager ham Ansvar. Dette kan næppe anbefales«. Vad som ligger i denna reservation är icke alldeles klart. Den kan tänkas åsyfta allenast de långtgående åsikter om regelns innebörd, vilka utvecklats av *Evaldsen* och *Niels Lassen*. Enligt dessa skall gäldenären, så snart omöjlighet att prestera föranletts av en olycklig tilldragelse, vilken inträffat, medan gäldenären är i mora, giva borgenären skadeersättning, oberoende av om det kan visas, att samma skada skulle drabbat denne, även om gäldenären levererat i tid. Det kan emellertid också tänkas, att *Ussing*, i överensstämmelse med sin allmänna vetenskapliga metod, funnit den ifrågasvarande regeln böra, innan något kan med bestämdhet sägas om dess giltighet i olika tänkbara fall, bliva föremål för en sådan analys, som man är van att finna i *Ussings* verk.

I dansk rättspraxis föreliggande avgöranden gå i divergerande riktningar och synas icke lämna någon säker upplysning om de danska domstolarnas syn på saken. Vissa äldre rättsfall, bl. a. UfR 1879 s. 1112, ha icke accepterat principen,<sup>10</sup> i vissa nyare domar åter synes den hava tillämpats; se fr. a. UfR 1915 s. 369 och möjligen också 1916 s. 533.<sup>11</sup>

Norsk doktrin har i det hela intagit samma ståndpunkt som dansk och sålunda i allmänhet accepterat regeln om perpetuatio obligationis som gällande i norsk rätt. Naturligt är att regeln skulle godtagas av romerskrättsligt orienterade författare som *Hagerup*<sup>12</sup> och *Platou*.<sup>13</sup> Anmärkningsvärt är åter att även *Stang*,<sup>14</sup> trots sin utpräglat kritiska inställning i förhållande till romerskrättsliga inflytanden, accepterade regeln. Han gjorde visserligen detta, oaktat han fann det mindre klart, huruvida regeln verkligen kunde anses motiverad; men denna oklarhet var å andra sidan i själva verket *Stangs* enda motivering för att godtaga »den gamle regel». Till stöd för påståendet om regelns giltighet i norsk rätt har återopats ett rättsfall i NR 1918 s. 680.

I finsk doktrin har *Chydenius*,<sup>15</sup> så vitt angår speciesköp, avslutit sig till uppfattningen, att regeln om perpetuatio obligationis bör erkännas som giltig även i finsk rätt. Samma mening har *Hernberg*<sup>16</sup> gjort gällande, och senast har *Gunnar Palmgren*<sup>17</sup> uttalat, att regeln otvivelaktigt gäller i Finland. Helt avvisande till den ifrågavarande rättssatsen var åter *Serlachius*.<sup>18</sup> Han framhöll, att den icke kunde härledas ur sakens natur utan för att antagas måste vara stadgad i den positiva rätten; men något dylikt stadgande förekomme icke i finsk rätt. Huruvida en dylik regel vore förestavad av lämplighetsskäl ansåg sig *Serlachius* kunna lämna därhän. Några rättsliga avgöranden till stöd för sin åsikt angående gällande rätt i Finland har ingendera sedan anförts.

Även i Sverige har, såsom den följande framställningen skall visa, en övervägande opinion för regelns giltighet framträtt i den juridiska litteraturen. Ätminstone en starkt kritisk röst har emellertid låtit höra sig, i det *Almén*<sup>19</sup> på ett oförtydligt sätt uttalat sig emot regelns acceptering i svensk rätt. Vad svensk rättspraxis beträffar har, såsom i 3 uppl. av *Almén*'s arbete framhålles,<sup>20</sup> en åsikt motsatt *Almén*'s kommit till uttryck. De återopade avgöran-

dena äro emellertid delvis divergerande och för övrigt delvis ganska intetsägende, varför man knappast på dem kan grunda någon bestämd uppfattning om att de svenska domstolarna skulle hava godtagit en rättsgrundsats av allmän räckvidd, överensstämmande med läran om perpetuatio obligationis.

Med hänsyn till det läge, vari spørgsmålet om nämnda läras förenlighet med svensk rätt befinner sig, synes det motiverat att underkasta detta spørgsmål en särskild undersökning.

I. I frågan om vad som utgjorde den verkliga grunden för regeln om perpetuatio obligationis i den romerska rätten råda olika meningar. *Hägerström*<sup>21</sup> har i sitt stora arbete om det romerskrättsliga obligationsbegreppet sökt visa, att den romerskrättsliga regeln har sitt upphov i en rent vidskeplig föreställning, och han har givit skäl för denna uppfattning, vilka åtminstone lekmannen måste finna icke blott intressanta utan även högst beaktansvärda. De gå, i korthet återgivna, ut på att ådagalägga stipulationsobligationernas ordbundenhet, d. v. s. att visa, att icke den i orden framträdande avsikten utan orden själva konstituera obligationerna. Orden i en stipulation, varigenom någon stipulerat sig en viss sak, gå ut på att denna sak skall presteras, och när detta blir omöjligt genom att saken går under måste man fingera att denna fortfarande existerar; förpliktelsen att prestera *saken* perpetueras, ty eljest skulle någon förpliktelse icke vidare existera, och en möjlighet skulle vara öppnad för den prestationsskyldige att genom egen culpa befria sig från obligationen.

Andra uppfattningar av den romerskrättsliga regelns innebörd hava utvecklats av andra författare. Här skall någon redogörelse för dem icke lämnas. Det skall blott påpekas, att även den romerskrättsliga uppfattningen av obligatio som ett »juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei« i förening med satsen »impossibilium nulla est obligatio« kan utgöra en tillräcklig förklaringsgrund till regeln om perpetuatio obligationis, i det man genom denna regel fingerade, att bandet mellan gäldenär och borgenär fortbestod, trots att på grund av omöjligheten att fullgöra den prestation, vartill gäldenären skulle vara förbunden, detta band egentligen borde vara upplöst.

Vilkendera av de nu antydda uppfattningarna av den romerskrättsliga regelns innebörd, som är den historiskt mest välgrundade, må här lämnas därhän; kanske äro de båda motiverade, var och en för sitt tidsskede. Uppenbart är emellertid, från vilkendera uppfattningen man än utgår, att nämnda regel är grundad på en fiktion och för den skull för oss allenast kan hava ett historiskt intresse. Vid en undersökning av huruvida läran om perpetuatio obligationis är förenlig med svensk rätt kan det blott bliva fråga om att söka fastställa, huruvida en regel om att mora bör hava den faktiska rättsverkan, som är den reella innebörden av läran om perpetuatio obligationis, kan anses förenlig med och hava stöd i nuvarande svensk rätt. Och därvid kan någon annan motivering för en dylik regel icke komma i fråga, än den som kan grundas på erkända allmänna rättsregler, på tolkning av hithörande lagstadganden och analogier från dem med däri inkluderade ändamålsöverbäganden samt på rättspraxis.

II. Med hänsyn till frågan vad som kan anses utgöra allmänt erkända allmänna rättsgrundsatser i svensk rätt har det sitt intresse att först undersöka, huru frågan om perpetuatio obligationis uppfattats i *svensk doktrin*.

Det första uttalandet i denna fråga i ett arbete angående svensk rätt torde vara det, som göres av *Loccenius*<sup>22</sup> i *Synopsis juris privati* (utg. 1648, i 3 uppl., här citerad, 1673) i den sjätte av de quaestiones, som efterfölja framställningen *De emtione et venditione*. Det heter där: »*De casibus tamen mere fortuitis nihil praestare tenebiter venditor arg. c. 35. § 2 Bygn. LL & mora sua emptori non venditori nocebit, arg. c. 21 in fin. Edzör. LL nisi dolus vel mora venditoris in traditione intercesserit. (1. 4 Cod. de peric. & com. r. v. 1. 2. §. 21 de act. empt.)*«. Av detta citat framgår att *Loccenius* som belägg för regeln, att säljaren fritages från sin prestationsplikt, då en helt och hållet tillfällig händelse föranlett godsets undergång, hänvisar till landslagens edsöresbalk kap. 21 in fine. Hur *Loccenius* i det anförda stället kunnat finna något belägg för nämnda regel är svårt att förstå, men av intresse är dock, att ett svenskt lagbud åberopats. Något belägg för det av *Loccenius* till nämnda regel fogade undantaget för det fall, då casus inträffat, medan säljaren var i mora med sakens traderande — vilket undantag tydligen just motsvarar den praktiska innebörden av satsen om perpetuatio obligationis — har emellertid *Loccenius* uppenbarligen icke kunnat finna i då gällande svenska rättsregler, utan han hänvisar i stället till den romerska rätten. Den första hänvisningen han därvid ger avser ett stadgande i codex, fjärde bokens 48 titel, enligt vilket »*post perfectam venditionem omne commodum et incommodum,*

quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet» men vilket icke säger något om casus, som inträffar, medan säljaren är i mora. Vad den andra hänvisningen avser är åter icke möjligt att fastställa; den måste hava blivit felaktig genom felskrifning eller feltryck.

Det första uttalandet i frågan, vilket förekommer i ett svenskspråkigt juridiskt arbete, torde vara det, som finnes i *Kloots* Then swenska Lagfarenheetz Spegel (1676).<sup>23</sup> För »skada eller fara», som efter köpets fullbordande kunde övergå godset genom säljarens skuld eller försummelse, hade enligt *Kloot* säljaren att svara. Men »om Skadan wore förutan Sälliarens Skuld och Oachtsamheet aff rätten Wåde i medler tijdh förorsakat, tå synes icke Sälliaren utan Köparen böra Skadan lijda». En förutsättning härför vore emellertid, att köparen redan erlagt betalning för godset eller fått köpa detta på kredit, så att det stode honom fritt att godset »handfånga eller handfånga låta». Denna regel gällde dock icke, om säljaren av något särskilt skäl tagit faran på sig, och ej heller »om Sälliaren försummelingen fördrögde öfwer förelagd Dagh at lefwerera Godset, som sedan finge aff Wåda någon Skada; tå är han plichtigh til Skadeståndet at swara, oansedt Godzet heelt och hållit fördärfwades aldeles utan hans Skuld». Här uttalas ju regeln om perpetuatio obligationis lika klart och tydligt som hos *Loccenius*. Något belägg för regeln anföres emellertid icke.

I *Stiernhööks* arbete *De jure Sveonum et Gothorum vetusto*<sup>24</sup> är frågan om casus- och skadeståndsansvaret vid köp av lös egendom icke uppmärksammas, men däremot förekomma vissa uttalanden rörande casus-ansvaret vid försträckning, lån och deposition, vilka emellertid icke heller beröra frågan om dylikt ansvar vid den prestationsskyldiges mora. Detta är värt att notera. *Stiernhöök*, som genomgående lade de svenska lagarna till grund för sin framställning, har tydligen icke i dessa funnit något, som kunde motivera de regler beträffande denna fråga, vilka hans samtida ansågo sig kunna uppställa.

Ungefär en mansålder efter *Loccenius* och *Kloot* finner man *Nehrman*<sup>25</sup> göra gällande samma mening som de. Efter att hava uttalat att »all skada, som timmar af blott olycka och oförmodeligt tilfålle, ther ey kommer annars åthgiärd i», icke bör tillräknas någon, varför skadan blir ägarens, fortsätter *Nehrman*: »Dock bör thetta så förstås: Så framt icke någon warit in mora, då skadan honom tillräknas kan, så at han måste ärsättia alla omkostningar, som medelst hans olagliga drögsmåhl förorsakas, 4 cap. Gifft. B L.L. och Stl. samt betala skadan, K:gl Brefwet d. 15 Febr. 1720, i synnerhet när wisas kan, at ägendomen hade blifwit i behåll och oskadd, om han then til rätta ägaren utgifwit, tå then hade bort utlefwereras.» Det undantag från huvudregeln om att ägaren står faran, vilket det citerade uttalandet innebär, överensstämmer ju med grundsatsen om perpetuatio obligationis och har till och med genom de sist återgivna orden i viss mån preciserats med hänsyn till sådana fall, då den timade skadan ej stått i



orsakssammanhang med dröjsmålet. De belägg i svensk rätt för satsens giltighet, som *Nehrman* anför, äro emellertid helt intetsägande. Och detsamma gäller om de hänvisningar *Nehrman* tillfogat i 2 uppl. av sitt arbete,<sup>26</sup> utgiven efter tillkomsten av 1734 års lag, nämligen 7 kap. 1 § giftermålsbalken och 20 kap. 5 § ärvdabalken, av vilka den förra hänvisningen, som motsvarar det i första upplagan citerade stadgandet i lands- och stads-lagarnas giftermålsbalkar, avser det dröjsmål med vigsel, som orsakas av att giftoman utan laga orsak vägrar fästekvinna att gifta sig med sin fästeman, och den senare hänvisningen avser sådan skada, som sker genom att någon utan laga skäl vägrar åtaga sig förmynderskap.

Även om *Nehrman* i svenska lagbud sökt finna belägg för den ifrå-gavarande regeln om dröjsmåls betydelse för casusansvaret, är det väl otvivel-aktigt, att de anförda lagrummen icke giva något sådant stöd och att *Nehrman* i verkligheten hämtat själva regeln från den romerskrättsliga läran om perpetuatio obligationis.

Detsamma gäller också andra rättslärdar under 1700-talet, vilka uttalat sig angående ifrå-gavarande spørsmål, exempelvis *Abrahamsson*, *König* och *Tengwall*. Enligt *Abrahamsson*<sup>27</sup> står köparen faran, om han försummat att avhämta godset »utan så är at Sälliaren warit Skuld til dröjsmålet»; och *König*<sup>28</sup> fastslår helt kort: »Säljaren är till skadan vållande, som är i dröjsmål». På liknande sätt uttalar sig *Tengwall*.<sup>29</sup> Sedan han förklarar, att köparen från den tid äganderätten tager vid får vinsten men också förlusten, om den timar utan säljarens vållande, gör han undantag från denna regel för, bland andra, det fall, »då säljaren dröjer med lefwe-reringen öfwer utsatte tiden utom laga förfall» och anför därom: »för hvad sedan tilstöter det sålde stadnar han i answar». Något stöd i lagen för sin ifrå-gavarande åsikt ha varken *Abrahamsson*, *König* eller *Tengwall* anført.

Samma åsikt, som de sist nämnda rättslärdar uttalade, omfattade också *Schrevelius*,<sup>30</sup> som anförde följande: »Om, sedan debitor är in mora sol-vendi, en olyckshändelse inträffar, som gör det för honom omöjligt, att praestera det, som skall praesteras, t. ex. om tinget, som skall praesteras, är ett species, som förkommer genom en olyckshändelse, (ty är det en quantitas, så gäller reglen: genera et quantitates perire non censentur) så måste han ersätta creditor den skada, han derigenom lidit, äfven om han annars icke är skyldig, att praestera casus. Denna reglen lider icke en gång då alltid ett undantag, om tinget skulle hafva förkommit, äfven om det i rättan tid blifvit praesteradt åt creditor, såvida creditor ändock hade kunnat undvika förlusten derigenom, att han förut förtytttrat tinget.»

Icke heller *Schrevelius* anför något lagbud eller någon rättspraxis till stöd för sin åsikt. I själva verket anser han den av honom angivna regeln kunna som en viktig slutsats »med lätthet deduceras» ur en av honom inledningsvis, även den utan belägg, anförd allmän rättsgrundsats av innebörd, att »verkan af mora är i allmänhet, att den, som är in mora, måste

sjelv lida den skada och förlust, som derigenom förorsakas, och ersätta den andre den skada, som han derigenom lider». På ett annat ställe (i läran om säljarens mora) synes emellertid samme förf. vilja grunda skadeståndsskyldighet för säljaren, då den sålda saken går under, medan denne är i mora, på den omständigheten, att säljaren har *culpa*.

Att vid mora solvendi »debitorn ... blir ansvarig äfven för tillfällig skada om också annars en sådan skyldighet ej ålegat honom» var också Assarssons<sup>31</sup> åsikt. Något belägg härför ur svensk rätt anförde emellertid icke heller denne, och det verkar onekligen snarast komiskt, då han i omedelbar anslutning till det citerade uttalandet fortsätter: »Samma regel synes hava gällt enligt romerska lagen». Att det var ur den romerska rätten Assarsson hämtade sin åsikt om svensk rätt framgår otvetydigt av de hänvisningar till corpus iuris han gör i det följande; (jmför för övrigt också förf:s förord).

I senare svensk litteratur har frågan om perpetuatio obligationis i allmänhet av de flesta, som alls berört den, ägnats mycket liten uppmärksamhet.

Av det största intresset är *Almén*s tämligen ingående behandling av frågan. Medan de ovannämnda författarna, under århundrade efter århundrade, mer eller mindre deciderat uttalat åsikten, att svensk rätt erkänner en regel, som motsvarar läran om perpetuatio obligationis, har *Almén* bestämt hävdadt, att denna lära icke är förenlig med nuvarande svensk rätt. Denna mening har *Almén* motiverat<sup>32</sup> med att »även svensk rätt i fråga om skadeståndsskyldighetens utsträckning lär omfatta principen om dess begränsning till sådana verkningar, som skäligen kunnat beräknas bli en följd av den skadan orsakande handlingen», och att det undantag från denna princip, som läran om perpetuatio obligationis innebure, krävde stöd i positiv lag.

Emot *Almén*s åsikt har *Roos*<sup>33</sup> riktat kritik och efter en tämligen ingående diskussion av frågan som sin mening uttalat,<sup>34</sup> att enligt svensk rätt »gäldenären vid föreliggande subjektiv mora [är] skadeståndsskyldig för den under moratiden även utan hans vållande inträffade objektiva och juridiska omöjligheten». Beträffande det fall att olyckshändelsen drabbat sålt gods, sedan säljaren låtit dröjsmål komma sig till last och på grund därav blivit skadeståndsskyldig, har *Hasselrot* uttalat,<sup>35</sup> att det riktiga torde vara, att säljaren måste ersätta även »det genom olyckshändelsen uppkomna ytterligare dröjsmålet». Som belägg härför har *Hasselrot* åberopat NJA 1878:65 men samtidigt till jämförelse andragit NJA 1907:383. *Winroth* har endast tagit i sikte den situation, som uppkommer vid ett leveransavtal, då sådan omöjlighet, som avses i 24 § köplagen, uppkommit i tiden efter inträtt dröjsmål, och uttalar därom,<sup>36</sup> att dylika omständigheter i sådant fall icke fritaga säljaren från att ansvara »för det tillskott i tidsutdräkt och skada, som de må föranleda».

*Karlgren* har gent emot *Almén* gjort gällande,<sup>37</sup> att läran om perpetua-

tio obligationis icke saknar betydelse, även om dess tillämpning begränsas till fall av adekvat förorsakad skada, och har hänvisat till NJA 1923:266. Samme förf. har ytterligare framhållit, att nämnda lära, »så vitt hävningsrätten angår», kan sägas ha godtagits i 37 § köplagen. Till jämförelse åberopar *Karlgren* NJA 1914:190, 1920:362 och 1924:525.

Till bilden av de olika uppfattningar angående läran om perpetuatio obligationis, vilka framträtt hos representanter för svensk rättsåskådning, höra också de bestämmelser angående säljarens casus- och skadeståndsansvar, vilka upptogos i det av lagkommittén år 1815 framlagda förslaget till handelsbalk, vilket sedermera ingick i samma kommittés förslag till allmän civillag 1826. Angående casusansvaret stadgades i förslaget till handelsbalk i 1826 års civillagsförslag 1 kap. 14 § som huvudregel, att köparen skulle stånda faran, sedan äganderätten övergått till köparen (vilket enligt regeln i samma kapitel 2 § skedde i och med att köpeavtal kommit till stånd). Från denna regel gjordes undantag i samma kapitel 20 §, som bland annat innehöll följande: »Gifwer ej säljaren ut det han sålt, och har han ej laga skäl att det qwarhålla, som i 18 och 19 §§ sägs; ... gälde ock säljaren kostnad och skada till köparen; och stånde i medlertid all fara för det sålda». Motsvarande regler om att casusansvar drabbade panthavare, depositarie och låntagare, som gjorde sig skyldig till dröjsmål med återställande av pant m. m., gávos i 6 kap. 4 §, 8 kap. 1 § och 9 kap. 3 §.

Till motivering av regeln om att köpare, som var i dröjsmål, skulle stånda faran, anförde lagkommittén:<sup>38</sup> »Änskönt köparen, efter hwad förut är wisadt, bör widkännas all skada, som åkommer det sålda, utan säljarens wällande eller wanwård, gifwes likwäl ett fall, då denna regel icke kan eller bör tillämpas, det nemligen, när säljaren obehörigen och egenwilligt dröjer att utlemna det såldt är. Man har i allmänhet antagit den sats såsom gällande, att säljaren borde sjelf stå faran för det sålda, när han försummat att det i rätt tid utgifwa, samt följaktligen, i sådan händelse, wara skyldig ersätta köparen den skada, som derå kommer, äfwen om den af wåda sker.

Någre författare hafwa likwäl härwid gjort skilnad emellan skadligt och oskadligt dröjsmål hos säljaren. Om dröjsmålet warit en bidragande orsak dertill, att såld egendom genom wådlig händelse blifwit skadad eller förgången, i så måtto, att denna händelse, der egendomen varit utlämnad, icke drabbat densamma, så borde, efter deras mening, säljaren wara bunden till answar och ersättning; men der åter kunde wisas, att egendomen, äfwen om den blifwit till köparen öfwerlämnad, skulle hafwa tagit skada eller genom wåda förkommit, såsom t. ex., om det hus, hwaruti köparen ämnat den förwara, afbrunnit, wore säljaren ifrån ersättningsskyldighet fri.

Det kunde wäl, wid första betraktandet, synas, som wore denna skilnad grundad på billighet och rättwisa; men deremot förekommer: 1:o att man i de flesta fall ej skulle kunna, med någon säkerhet, urskilja och bedöma,

huruvida köpt egendom, om den blifwit utlemnad, warit underkastad samma fara, som då den förblifwit i säljarens wård, och att, när säkre och bestämde reglor kunna gifwas för händelser, hwaraf twister uppkomma, Lagstiftaren ej bör låta domslutet bero på blotta sannolikheter eller, som är detsamma, af domarens godtycke; och 2:0 att den säljare, som obehörigen wägrat att utlemma såld egendom, såmedelst ostridigt begått en förseelse jemnlik med, eller åtminstone ej mindre än den af wanwård.

På dessa skäl, har man, med förkastande af ofwanberörda skilnad emellan skadlig och oskadlig försummelse, ansett säljare alltid och utan undantag böra stå faran för det sålda, när han, utan giltigt skäl, hindrat köparen att det till sig taga.»

Det var sålunda en mycket extrem tillämpning av läran om perpetuatio obligationis, som framträdde i den föreslagna regeln. Lagcommittén, vars förslag i det hela är prägladt av starkt inflytande från code civil, som i sin tur var starkt påverkad av romersk rätt, avvek i denna del i viss mån från nämnda förebild. Till stöd för sin åsikt åberopade den ingenting annat än det förut återgivna korta uttalandet av *König*: »Säljaren är till skadan wällande, som är i dröjsmål».

Ehuru lagcommitténs stora lagförslag aldrig blev genomfört, har det otwivelaktigt under lång tid i många delar haft ett stort inflytande såväl på doktrinen som på rättspraxis. Mycket sannolikt är därför, att flera av de i det föregående citerade uttalandena av rättsvetenskapens representanter mer eller mindre direkt influerats av lagcommitténs förslag. Anmärkningsvärt är emellertid, att ifrågavarande bestämmelser i lagcommitténs förslag, som oförändrade återfinnas i lagberedningens år 1850 avgivna förslag till handelsbalk och utsökningsbalk m. m., icke upptogos i nya lagberedningens år 1895 avgivna förslag till lag om köp och byte. I detta stadgades allenast *dels* (i 26 §), att säljaren, ändå att faran ej låg å honom — den övergick på köparen i och med avtalet — skulle vara ansvarig för skada, som, innan godset avlämnades, uppkom genom hans vanvård eller försummelse, ävensom för skada som uppstod under transport av godset genom oriktigt förfarande av säljaren, exempelvis avvikelser från givna föreskrifter, *dels* (i 34 §) att om i följd av säljarens eller köparens försummelse godsets utgivande fördröjdes, den försumlige skulle stånda faran för godsets försämring eller förstörelse, vid leveransavtal dock först sedan visst gods blivit för köparen avskilt eller eljest uppenbarligen vore för honom avsett.

III. Den nu givna redogörelsen för svensk doktrin torde hava visat att inom denna ända sedan 1600-talet och alltså råder en nästan enhällig, låt vara hos olika författare något olika utformad åsikt om att enligt svensk rätt en säljare, som är i dröjsmål och på den grund skadeståndsskyldig, har att ersätta köparen även

sådan skada, som beror på att den sålda saken efter dröjsmålets inträffande genom kasuell händelse gått förlorad. Redogörelsen torde emellertid också hava visat, att denna regel sannolikt introducerats i svensk doktrin under inflytande av den romerskrättsliga grundsatsen om perpetuatio obligationis och att man i denna grundsats sökt stöd för regeln ännu i senare hälften av 1800-talet. Samtidigt visar redogörelsen, att några svenska lagbud, som kunde stödja regeln, icke någonsin blivit anförda. Vid nu nämnda förhållande synes den ifrågavarande opinionen i doktrinen knappast kunna tillmätas någon särskilt stor betydelse som uttryck för en svensk rättsåskådning.

I detta läge har man att försöka komma till en uppfattning om vad i förevarande avseende kan anses bäst förenligt med svensk rätt genom att företaga en analys av det föreliggande spørsmålet med beaktande av sådana regler i svensk rätt, som i olika avseenden bestämma rättsverkningarna av en gäldenärs, eller vid köp — det enda fall som här skall behandlas — en säljares dröjsmål.

Från denna utgångspunkt synas a priori böra beaktas dels reglerna om farans övergång, dels reglerna om de olika anspråk en köpare kan göra gällande mot en säljare, som är i dröjsmål. Som *Almén* framhållit<sup>39</sup> äro emellertid reglerna om faran i detta sammanhang av mindre intresse. Frågan huruvida säljaren skall vidkännas förlusten av köpeskillingen, när godset går förlorat, eller i stället köparen vidkännas den ekonomiska förlusten av godset, har köplagen löst genom de särskilda reglerna om farans övergång, enligt vilka icke säljarens dröjsmål i och för sig utan i stället godsets faktiska avlämnande är för frågan avgörande. Därmed har från vårt spørsmål avskilts den fråga, som sannolikt utgjorde huvudfrågan för en äldre doktrin; åtminstone är denna fråga i princip besvarad genom nämnda regler, låt vara att den likväl trots detta dyker upp igen då och då vid diskussionen av vårt egentliga spørsmål. Detta är emellertid sålunda i princip reducerat till en fråga om utsträckningen av den skadeståndspåföljd, som kan åläggas en säljare, vilken är i dröjsmål, förutsatt att han över huvud har att utgiva något skadestånd.

I och med att spørsmålet kan så begränsas synes det klart, att

man vid dess lösande icke heller bör taga sin utgångspunkt i de regler om s. k. *casus mixtus*, som till äventyrs kunna anses gälla.<sup>40</sup> Dessa regler taga endast sikte på en fråga om casusansvaret, medan det i här diskuterade fall är fråga om en därutöver gående skyldighet att giva ersättning för ett avtalsintresse. Visserligen är den vid *casus mixtus* föreliggande situationen ganska lika den här diskuterade. Men väsentliga olikheter synas också vara för handen. För det första bör man beakta det nyss anmärkta förhållandet, att frågan om casusansvaret beträffande sålt gods fått en helt speciell reglering i köplagen, vilken icke har någon verklig motsvarighet i de fall man har i sikte, då man talar om *casus mixtus*; i dessa senare fall är det fråga om culpa med avseende på värden av visst objekt eller något annat rättsstridigt förfarande med avseende på en sak, såsom olovligt begagnande av lånat eller deponerat gods, olovligt tillägnande o. s. v. Vidare och framför allt är att märka att den här diskuterade frågan kan uppstå alldeles oberoende av om säljarens dröjsmål beror på hans culpa, och åtminstone för dessa fall kan det icke vara befogat att utan vidare ex analogia tillämpa de regler, som må gälla om *casus mixtus*. Detta sammanhänger i sin tur med att nämnda regler angående *casus mixtus* endast taga i sikte sådana fall, då den förpliktades prestation avser ett visst objekt, medan vårt spørsmål lika väl kan avse en genusförpliktelse. Till slut må om det nu berörda spørgsmålet för svensk rätts del tilläggas, att frågan vad som bör gälla vid *casus mixtus* i själva verket är lika omtvistlig som frågan om *perpetuatio obligationis*.<sup>41</sup>

Sedan vi sålunda begränsat vårt spørsmål till en fråga om säljarens skadeståndsansvar, kan denna närmare angivas sålunda: skall skadeståndsansvaret omfatta också sådana förluster, som bero på att godset under säljarens dröjsmål genom olyckshändelse gått förlorat eller, vid leveransavtal, på att sådant prestationshinder, som avses i 24 § köplagen eller kan vara förutsett i en *force majeure*klausul, har uppstått? Vad som föreligger till besvarande är alltså, som *Almén* påpekat,<sup>42</sup> ett spørsmål angående orsakssammanhanget mellan dröjsmålet och den timade skadan. Står, med andra ord, den skada köparen lidit i sådant orsakssammanhang med säljarens underlåtenhet att avlämna godset i tid, att säljaren

enligt vår rätts allmänna principer för bestämmandet av skadeståndsskyldighetens utsträckning bör svara för skadan?

Beträffande innebörden av det krav på orsakssammanhang, som uppställs i skadeståndsrätten, då en person göres ansvarig för den skada, som han vållat eller »tillskyndat« annan eller som uppstått »genom« hans handling eller underlåtenhet, har i den rättsvetenskapliga debatten gjorts gällande många olika meningar. Här skall jag icke ånyo taga upp denna fråga till diskussion. Jag kan så mycket hellre avstå därifrån, som jag tidigare på annat ställe<sup>43</sup> tämligen ingående dryftat och tagit ståndpunkt till de viktigaste av de frågor, som uppstå, då man diskuterar kausalitetsproblemet inom skadeståndsläran, de som sammanhånga med »konkurrerande skadeorsaker«. De resultat jag anser mig hava vunnit genom den åsyftade undersökningen skall jag delvis utnyttja i det följande. Med hänvisning till sagda undersökning anser jag mig också kunna utgå från att betingelsebegreppet med de preciseringar, som framgå av den berörda framställningen, är användbart även vid sådana kausalitetsbedömningar, som måste företagas vid prövning av skadestandsfrågor.

Därmed är emellertid icke sagt, att detta begrepp skulle vara tillfyllest vid prövning av de åsyftade kausalitetsspörsmålen. Ville man lägga skadeståndsansvar på envar, vars handling eller underlåtenhet utgjort »conditio sine qua non« för en inträffad skada, skulle skadeståndsskyldigheten få en orimlig utsträckning, detta är utan vidare uppenbart. I alla tider hava därför de jurister, som funderat över dessa spørsmål, sökt angiva vissa gränser för skadeståndsansvaret genom att närmare precisera kausalitetskravet. Många olika åsikter hava därvid utvecklats. Nu för tiden hava emellertid de flesta accepterat den av *von Kries*<sup>44</sup> ursprungligen framförda och senare av *Rümelin*<sup>45</sup> och *Traeger*<sup>46</sup> m. fl. ytterligare utvecklade åsikten, att den nödvändiga begränsningen bör åstadkommas genom upprätthållandet av ett krav på »adekvat« kausalitet.<sup>47</sup> Detta innebär helt allmänt angivet, att en betingelse betraktas som orsak till en skada, allenast om den efter erfarenhetens vittnesbörd kan anses hava varit generellt ägnad att leda till skadan, d. v. s. en skada av det slag, som inträffat, men icke om den i detta avseende varit att anse som indifferent. Utanför skade-

ståndsansvaret falla med andra ord sådana följder av en handling, som endast i följd av tillstötande extraordinära omständigheter kunna leda tillbaks till handlingen i fråga.

På grund av vad nu anförts anser jag det befogat, ja nödvändigt att vid prövning av kausalitetsfrågor inom skadeståndsrätten, därest icke uttryckliga lagbud eller rättspraxis motivera något annat,<sup>48</sup> förutsätta ett krav på adekvat kausalitet i nu helt generellt angiven mening. Emellertid kan den tanke, som ligger bakom ett krav på adekvat kausalitet i nyss angivna allmänna innebörd, föra till i viss mån varierande preciseringar av begreppet.<sup>49</sup> Här skall jag utgå från den formulering, som synes mig hava från de givna utgångspunkterna — de av von Kries utvecklade sannolikhetsresonemangen — mest följdriktigt och klart preciserat innebörden av kravet på adekvat kausalitet — det är den av *Traeger*<sup>50</sup> framlagda definitionen: »Eine sich als conditio s. q. n. eines bestimmten Ereignisses erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolgs, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolgs von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöhte«.

Beträffande den sålunda bestämda utgångspunkten för undersökningen kan naturligen anmärkas, att något bevis för dess fullständiga överensstämmelse med svensk lag och rättspraxis icke förebragts. Tyvärr kan i detta sammanhang något sådant bevis icke heller förebringas. Detta torde dock icke spela någon avgörande roll. Det väsentliga är att i stort sett enighet råder om att helt inadekvata följder av en handling eller underlåtenhet icke skola ersättas och att man därvid med »inadekvata följder« torde mena i allt fall ungefär det, som framgår av *Traegers* definition. I denna framhävas två saker, som här äro av intresse: att frågan om det adekvata orsakssammanhanget utgör ett spörsmål om en sannolikhetsbedömning; och att vid denna sannolikhetsbedömning sådana betingelser för en viss effekt, vilka innefattat allenast en helt obetydlig ökning av sannolikheten för effektens inträde, icke komma i fråga att betraktas som adekvat orsak till effekten. Härom torde i själva verket, oavsett meningsskiljaktigheter i övrigt, enig-



het kunna antagas råda, och detta är för det ändamål definitionen skall fylla i förevarande sammanhang tillräckligt.

Skall man från nu angivna utgångspunkter försöka klargöra, huruvida ett dröjsmål vid fullgörande av ett köpeavtal kan vara adekvat orsak till skada, som drabbar köparen genom att, medan dröjsmålet varar, en olyckshändelse<sup>51</sup> inträffar, som medför omöjlighet<sup>52</sup> för säljaren att prestera, torde man böra skilja på olika fall.

1. Till en början bör man särskilja de fall, då dröjsmålet berör själva huvudprestationen, och de fall, då det berör allenast någon i avtalet åtagen biförpliktelse, exempelvis ett åtagande av säljaren att teckna försäkring till förmån för den riskbärande köparen eller en säljaren pålagd plikt att på visst sätt underrätta köparen om godsets avsändande. Har dröjsmål med fullgörande av en dylik *biförpliktelse* inträffat och godset under dröjsmålet gått förlorat, skall läget ofta vara sådant, att någon tvekan om att dröjsmålet utgör adekvat orsak till den förlust, som drabbat köparen, icke kan föreligga. Att dröjsmålet med försäkringens ombesörjande utgör dylik orsak till köparens förlust, då det oförsäkrade godset går förlorat, är sålunda uppenbart. Den skada, som inträffat, är i detta fall just den, för vilken risk till följd av dröjsmålet förelåg. Och på samma sätt kan det förhålla sig vid dröjsmål med fullgörande av en sådan underrättelseplikt som nyss nämdes. Ett mycket upplysande exempel härpå utgör det nedan<sup>53</sup> närmare omtalade rättsfallet NJA 1923:266.

2. Helt annorlunda kan det åter förhålla sig, därest det är fråga om dröjsmål med själva *huvudprestationen*. Föreligger sådant dröjsmål, synes det nödvändigt att vid kausalitetsfrågans bedömande göra ännu en distinktion, nämligen mellan sådana fall, då dröjsmålet är av allenast ringa betydelse, och sådana, då det är av större betydelse. Om exempelvis vid ett försändningsköp, avseende leverans från Buenos Aires till Stockholm, godset skulle avlämnats en dag för sent på avsändningsorten och sedermera gå förlorat vid en sjöolycka i Stockholms skärgård, lär ingen<sup>54</sup> rimligtvis kunna påstå, att det korta dröjsmålet med avlämnandet utgjort *adekvat* orsak till sjöolyckan och köparens därmed sammanhängande förlust. Den risk för sjöolycka, som skulle förelegat, om godset sänts i rätt tid, en dag tidigare, torde icke av någon kunna

anses hava blivit genom dröjsmålet så ökad, att det vore rimligt att räkna med denna ökning av risken som orsak till sjöolyckan och den skada, som på grund av den drabbat köparen. Ökningen av risken, om någon sådan alls föreligger, är ur objektiv synpunkt negligabel. Endast tillfälligheternas helt oberäknliga spel kan föranleda, att godset går förlorat på den fördröjda resan men måhända skulle lyckligt framkommit, om resan anträtts en dag tidigare.

3. Skulle åter dröjsmålet med avlämnandet varit *väsentligt*, synes situationen bliva en annan. Visserligen kunna de rent yttre förhållandena även i dylikt fall hava varit sådana, att man näppe-ligen kan tala om att dröjsmålet varit adekvat orsak till en där-efter timande olyckshändelse, varigenom godset går förlorat. Tänk-bart är till och med, att utsikterna för transportens lyckliga genom-förande efter en objektiv sannolikhetsberäkning förbättrats, i det transporten i följd av dröjsmålet kommer att utföras under en av dåligt väder och liknande risker mindre hotad tid. Lika fullt kan det i dylikt fall vara befogat att betrakta dröjsmålet som adekvat orsak till den skada, som drabbat köparen. Anledningen härtill är den, att genom dröjsmålet uppstått en avsevärd *risk* för att köparen skall finna sig nödsakad häva avtalet och kräva ersättning av säljaren för vad han därigenom går miste om.

Att köparens hävningsrätt i detta sammanhang är av betydelse kan Roos räkna sig till förtjänst att hava framhållit. I polemik mot *Alméns* uppfattning,<sup>55</sup> att säljaren ej vore ansvarig för skada, som orsakats genom kasuell händelse efter dröjsmål, enär skade-ståndsskyldigheten vore begränsad till sådana verkningar, som skäligen kunnat beräknas bliva en följd av den skadan orsakande handlingen, anför Roos, närmast med avseende å handelsköp av bestämt gods:<sup>56</sup> »Enligt vår mening kan i detta fall den skada, som uppkommer genom omöjligheten, mycket väl förutses av säl-jaren. Detta anse vi följa därav, att säljaren vid kontraktsbrottet bör kunna tänka sig, att köparen på grund av dröjsmålet häver köpet och fordrar ersättning för den genom dröjsmålet vållade icke-uppfyllelsen«.

Beträffande Roos' framställning synes emellertid kunna an-föras, att han icke ur den av honom angivna synpunkten genom-fört någon analys av de olika situationer, som kunna föreligga.

För det första saknas ett ståndpunktstagande beträffande det fall, att hävningsrätt *icke* föreligger. Om förf. fullföljt sin tanke konsekvent, borde han åtminstone beträffande dylika fall gjort undantag från den generellt formulerade sats han till sist uppställer,<sup>57</sup> enligt vilken gäldenären »vid föreliggande subjektiv mora [är] skadeståndsskyldig för den under moratiden även utan hans vållande inträffade objektiva och juridiska omöjligheten«. Härtill kommer vidare, att förf. *icke* beaktat, att ur den av honom angivna synpunkten förhållandet, såsom ovan redan utvecklats, måste te sig helt olika, allteftersom allenast ett dröjsmål av ringa eller ingen betydelse eller tvärtom ett mera betydelsefullt dröjsmål förekommit, då godset går förlorat. Detta sammanhänger i sin tur med att förf., såsom till sist och framför allt kan anmärkas, *icke* närmare utvecklat, varför det kan anses motiverat att på grund av köparens hävningsrätt i de diskuterade fallen anse dröjsmålet utgöra adekvat orsak till den genom avtalets bristande fullgörande uppstående skadan för köparen.

Vad det här gäller att förklara är, huru ett dröjsmål, ehuru det *icke* kan anses som adekvat orsak till den *fysiska* effekt, som själva olyckshändelsen utgör, likväl vid bedömandet av den *skada*, som föranledes av olyckshändelsen, kan betraktas som adekvat orsak till skadan. Genom formuleringen av den nu ställda frågan är redan antytt, att man vid här föreliggande spörsmåls bedömande liksom vid bedömningen av kausalitetsfrågor över huvud inom skadeståndsrätten, såsom särskilt *Stang* på ett klagörande sätt utvecklat,<sup>58</sup> *icke* kan stanna vid att endast undersöka den eller de kausalitetskedjor, som fört fram till den *fysiska* effekt, ur vilken den *ekonomiska* skada, om vars ersättande det är fråga, till sist har utvecklat sig, utan måste föra kausalitetsundersökningen ända fram till den ifrågavarande *ekonomiska* skadan.

Ställer man frågan, huruvida dröjsmålet i de diskuterade fallen varit adekvat orsak till den inträffade *fysiska tilldragelse*, varigenom godset gått förlorat, måste man otvivelaktigt komma till det resultatet, att dröjsmålet mycket sällan utgjort en sådan orsak. Men eftersom det, såsom antytt, dock till sist är fråga om, huruvida den *ekonomiska skada*, för vilken köparen kräver ersättning, kan föras tillbaka till säljarens dröjsmål såsom orsak, bör kausali-

tetsfrågan taga denna skada i sikte. Och om så sker visar det sig, att köparens *hävningssrätt* blir av väsentlig betydelse vid kausalitetsfrågans bedömande. Detta sammanhänger åter med att i dessa fall i själva verket föreligger ett exempel på konkurrerande orsaker, eller närmare bestämt vad *Stang*<sup>59</sup> kallat *självständigt verkande orsaker* till en och samma effekt.

Beträffande kausalitetsspörsmålets bedömande, när ett fall av konkurrerande skadeorsaker föreligger, ha olika meningar uttalats. I fråga om min egen uppfattning får jag här hänvisa till min förut nämnda analys av detta spörsmål.<sup>60</sup> Som ett resultat av denna analys, varifrån jag här utgår, fasthåller jag följande: När kausalitetsspörsmålet såsom i förevarande fall är att bedöma som en fråga om förutsättningarna för skadeståndsplikt, måste detta spörsmål ytterst taga formen av en fråga om i vad mån en viss förmögenhetsförlust blivit orsakad. Det är såsom ovan redan anförts den av objektets fysiska skadande beroende *ekonomiska* skadan, som skall ersättas, och man har därför till sist alltid att besvara frågan, vem som orsakat denna skada. Antager man nu, att en handling (A) är orsak till en viss *fysisk* effekt och att en annan handling (B) icke är orsak till denna effekt, kan det oaktat uppstå en fråga, huruvida icke såväl A som B varit orsak till den *ekonomiska* skada, som framstår som en följd av den nämnda fysiska effekten. Att B, som icke orsakat den fysiska skadan, kan ifrågasättas vara orsak till den ekonomiska skadan beror på att från B redan före den fysiska effektens inträffande en *fara* för den ifrågavarande förlusten kan hava hotat på sådant sätt, att redan genom detta hot en ekonomisk skada inträffat.<sup>61</sup>

Att i enlighet med det nu sagda redan åstadkommandet av en *fara* för en skada under vissa omständigheter kan anses utgöra ett orsakande av samma skada torde framgå av de skäl jag i samband med förutnämnda analys av *Stangs* motsvarande uppfattning utvecklat.<sup>62</sup> Oriktigt är visserligen, som jag där framhållit,<sup>63</sup> *Stangs* påstående,<sup>64</sup> att *varje fara* för en ekonomisk skada är en sådan skada, när den blott är så stor, att man i det praktiska livet räknar med den — för att en ekonomisk skada skall kunna anses åstadkommen redan genom förorsakandet av en *fara* för samma skada måste krävas en viss *fixering av fareläget* — men när faran

så fixerats, att den icke längre går att avvända eller den kan avvändas endast genom kostnadskrävande åtgärder, har redan själva faran orsakat en ekonomisk skada; denna är under först nämnda förutsättning i själva verket total och uppgår under sist nämnda förutsättning minst till ett belopp, motsvarande kostnaden för de åtgärder, som erfordras för farans avlägsnande.

Det nu sagda ger utgångspunkterna för att bedöma även den kausalitetsfråga, som föreligger, då köpare yrkar skadestånd, enär godset, efter säljarens dröjsmål går förlorat genom kasuell händelse. Utgår man från att i dylikt fall köparen på grund av säljarens dröjsmål kan häva köpeavtalet, är läget det, att redan på grund av dröjsmålet en fara föreligger för att en sådan situation skall inträda, då, i följd av att fullgörelsemöjligheten genom avtalets hävande bortfallit, köparen lider en större eller mindre skada. En sådan situation är det emellertid å andra sidan, som också den kasuella händelsen orsakat i och med att godset gått förlorat. Läget är sålunda då det, att den skadesituation, som den kasuella händelsen orsakat, redan dessförinnan hotade<sup>85</sup> att inträda i följd av köparens hävningsrätt. Uppenbart är visserligen att den skadesituation, som hotade, icke är alldeles densamma som den, vilken genom olyckshändelsen faktiskt har realiserats. Men de båda skadesituationerna, den som hotade och den som realiserats, äro så lika och närliggande varandra, att man vid kausalitetsfrågans bedömande har anledning betrakta dem som identiska. Vid de kausalitetsundersökningar, som ha ett rättsligt syftemål, rör det sig icke om ett renodlat logiskt kausalitetsbegrepp utan om ett mera diffust, av sannolikhetsöverbäganden prägladt begrepp. Det räcker därför i nyssnämnda avseende med att den inträffade och den hotande skadan enligt ett praktiskt skön äro identiska. Och detta krav är här uppfyllt. Vad som inträffat är praktiskt taget just det, som redan på grund av köparens hävningsmöjlighet omedelbart före den kasuella händelsen hotade att inträffa.

Beträffande den faresituation, som genom köparens hävningsmöjlighet sålunda var för handen i det ögonblick den kasuella händelsen timade, är nu att observera, att den så till vida var fixerad, att den icke längre stod i säljarens makt att inverka på den. Ur hans synpunkt måste därför situationen te sig så, som

om dröjsmålet praktiskt taget *redan orsakat*<sup>66</sup> den skada, som skulle uppstå i och med att i följd av avtalets hävande hans rättsliga möjlighet att på avsett sätt uppfylla detta komme att bortfalla.

Fullt fixerad är emellertid dock icke denna faresituation — möjligheten att köparen icke kommer att häva föreligger ännu, då godset går förlorat. I själva verket är faran för att köparen skall häva, sedan han fått kännedom om dröjsmålet, högst varierande. Är dröjsmålet av liten betydelse, är nämnda fara så ringa, att man i överensstämmelse med vad redan i det föregående<sup>67</sup> utvecklats kan anse den helt negligabel. I dylikt fall kan man därför icke betrakta dröjsmålet som adekvat orsak till den ifrågasvarande skadan. I andra fall åter, när dröjsmålet är av *väsentlig* betydelse, är sannolikheten för att köparen, sedan han får kunskap om dröjsmålet, skall komma att häva så stor, att den kan anses som en överhängande fara, vilken föranleder *praktiskt taget samma ekonomiska skada*, som om faran realiserats. I dylikt fall måste den ekonomiska skadan redan anses orsakad av dröjsmålet. I åter andra fall ligger sannolikheten någonstades mellan nämnda båda ytterligheter. Då möter naturligen ett praktiskt skön stora vanskligheter, men principiellt är det icke av något annat slag än det skön, varigenom kausalitetsfrågan besvaras i ytterlighetsfallen.

I det nu sagda har kausalitetsfrågan bedömts ur säljarens synpunkt. Ser man frågan ur köparens synpunkt kan samma sak uttryckas så, att en köpare, som omedelbart före den kasuella händelsens inträffande skulle kunnat häva avtalet och sannolikt också skulle gjort detta och krävt skadestånd, icke bör berövas skadeståndet genom den tillfälliga omständigheten, att den skada, som hotade och praktiskt taget redan var realiserad, plötsligt orsakas även genom en annan, självständigt verkande orsak.

IV. Försöker man ur nu angivna synpunkter närmare analysera de fall, då den här diskuterade skadestandsfrågan kan uppkomma, föranledes man att göra åtskilliga distinktioner.

1. Till en början har man att observera skillnaden mellan köp av bestämt gods (speciesköp) och leveransavtal (genusköp). Denna distinktion bör uppmärksammas redan av det skäl, att den klassiska läran om perpetuatio obligationis allenast avsåg köp av be-

stämt gods.<sup>68</sup> Att en säljares dröjsmål med fullgörande av en genusförpliktelse ursprungligen icke togs i sikte i detta sammanhang berodde ju på naturen av ett dylikt åtagande: även när det objekt, varmed säljaren avsett att fullgöra avtalet, går förlorat genom kasuell händelse, fortbestår i regel förpliktelsen, eftersom den icke är knuten till just detta objekt. Något behov av att perpetuera förpliktelsen föreligger därför så till vida icke.

Förhållandet kan emellertid vara ett annat. För det första kan dröjsmålet bero på någon händelse, för vilken säljaren i avtalet träffat särskilt förbehåll, varigenom han fritages från den skadeståndsskyldighet, som eljest skulle åligga honom. Vidare kan dröjsmålet bero på en händelse av det slag, som avses i 24 § köplagen; även då blir säljaren fri från skadeståndsplikten. I båda dessa fall uppkommer tydligen ett problem av samma slag som i fall av speciesköp; får den kasuella händelsen eller omöjligheten åberopas av säljaren, då han vid dess inträffande redan befinner sig i dröjsmål?

Den största praktiska betydelsen kan måhända denna fråga synas hava i den först nämnda gruppen av fall. Hur betydelsefull den blir i den andra gruppen beror delvis på en tolkning av 24 § köplagen. Utgår man från den av *Lundstedt*<sup>69</sup> utvecklade tolkningen av detta lagbud — och till den synas med tiden allt flera mer eller mindre benägna att ansluta sig — får emellertid frågan även i dessa fall en praktisk betydelse, som helt motsvarar dess betydelse i den först nämnda gruppen av fall. I övrigt kan den bli av vikt i alla sådana fall, då en händelse, som omfattas av en force majeure-klausul, har inträffat.

Utöver vad nu sagts torde distinktionen mellan köp av bestämt gods och leveransavtal icke vara av relevans för vårt spørsmål. Visserligen har nämnda distinktion också betydelse för frågan om *över huvud* någon skadeståndsskyldighet föreligger, men detta är ju en förutsättning för vårt spørsmål, som det icke finns anledning att i detta sammanhang närmare diskutera. I fortsättningen finns det därför ingen anledning särhålla dessa båda slag av köpeavtal. Spörsmålet har, när det över huvud uppstår, samma innebörd för dem båda. Av praktiska skäl och även för att markera, att vårt spørsmål icke bottnar i den romerska rättens betraktelsesätt, synes

det emellertid lämpligt att i den följande framställningen närmast taga leveransavtal i sikte. Vad därvid säges om dessa avtal gäller emellertid sålunda, *mutatis mutandis*, även köp av bestämt gods.

2. Överblickar man de olika faktiska lägen, i vilka vårt spörsmål kan aktualiseras, framstå flera olika omständigheter som praktiskt betydelsefulla. Till en början torde man lämpligen böra särskälla *dels* de fall, då kasuell händelse inträffar efter det godset avlämnats men innan det kommit i köparens besittning, och *dels* de fall, då den kasuella händelsen inträffar, innan godset avlämnats. Inom den förra gruppen blir det fråga om kasuell händelse i samband med det enkla försändningsköpet och därmed mer eller mindre jämställda köp, t. ex. fobköp, cifköp med flera. Inom den senare gruppen kommer det framför allt att gälla francoköpet.

Inom vardera gruppen av fall har man vidare anledning att taga i betraktande *dels* aktuell, *dels* anteciperad mora. Vidare blir bland annat att observera, huruvida köpet är ett civilt köp eller ett handelsköp, huruvida köparen, då den kasuella händelsen inträffade, var reklamationspliktig eller icke, huruvida i förstnämnda fall han fullgjort eller försummat reklamationsplikten, och slutligen, i överensstämmelse med det ovan utvecklade principiella resonemanget, huruvida vid den kasuella händelsens inträffande ett mer eller mindre betydelsefullt dröjsmål förekommit.

A. a) Analysera vi först de situationer, som kunna inträffa vid ett *enkelt försändningsköp* eller ett därmed likartat köp, och antaga vi vidare till en början, att det är fråga om ett *civilt köp*, så blir för vår fråga avgörande, huruvida det dröjsmål, som förekommit, är eller icke är av sådan betydelse för köparen, att det ger honom hävningsrätt. Inträffar i dylikt fall den kasuella händelsen efter ett ringa dröjsmål, som icke ger köparen rätt att häva, synes dröjsmålet icke kunna betraktas som adekvat orsak till den förlust, som drabbat köparen, och någon skadeståndsrätt för honom bör då icke komma i fråga i vidare mån än en sådan kan vara motiverad — något som emellertid i dylikt fall synes osannolikt — redan av den fördröjning av leveransen, som förelåg, då den kasuella händelsen inträffade. Är åter läget det motsatta och hade köparen, då godset gick förlorat, sin hävningsrätt alltså i behåll, bör dröjsmålet i en-



lighet med det förut utvecklade betraktelsesättet anses som adekvat orsak till den förlust, som genom godsets undergång drabbat köparen.

b) Antaga vi här efter, att det är fråga om *handelsköp*, så hava vi att utgå från att varje dröjsmål ger köparen hävningsrätt. Lika fullt måste vi här i överensstämmelse med den ovan utvecklade tankegången göra en skillnad mellan de fall, då dröjsmålet är av allenast ringa betydelse, och de fall, då motsatsen är händelsen.

(1) Är dröjsmålet av *ringa betydelse* och står rätten att häva köpet öppen, då godset genom den kasuella händelsen går förlorat, är säljaren i nämnda ögonblick visserligen utsatt för en risk, att köparen kommer att begagna sig av möjligheten att häva, men är dröjsmålet mycket litet, så är denna risk så obetydlig, att dröjsmålet icke kan komma i betraktande som adekvat orsak till godsets undergång och den därav resulterande förlusten för köparen.

(2) Skulle köparen i nyss nämnda fall av ringa dröjsmål, sedan han erhållit underrättelse om dröjsmålet, hava försummat den honom enligt 27 § köplagen åliggande reklamationsplikten och därigenom förlorat rätten att häva köpet, är det ännu klarare, att man icke kan tillerkänna honom rätt till skadestånd för de förluster, som orsakas av att godset går förlorat, även om han i behörig reklamation skulle gjort förbehåll med avseende å honom tillkommande skadeståndsanspråk. Enär hävningsrätten gått förlorat, föreligger än mindre än i nyssnämnda fall någon möjlighet att betrakta dröjsmålet som adekvat orsak till den senare inträffande kasuella händelsen och den därav orsakade förlusten för köparen.<sup>70</sup> Skulle åter köparen icke genom en behörig reklamation hava förbehållit sig skadeståndsrätt, uppkommer över huvud icke något problem.

(3) Antager man åter, att säljarens dröjsmål i det ögonblick, då den kasuella händelsen inträffar, är *mera betydande*, och hade köparen då icke försummat sin reklamationsplikt, föreligger i enlighet med den ovan utvecklade tankegången möjligheten att betrakta dröjsmålet som självständigt verkande, adekvat orsak till den genom den kasuella händelsen inträffande förlusten för köparen. Så bör dröjsmålet bedömas, om det är av den betydelse, att det måste anses hava förelegat en överhängande risk för att

köparen, om han ägt kännedom om dröjsmålet, skulle hava hävt köpet.

(4) I det sist nämnda fallet kan jämväl det *anteciperade* dröjsmålet vara av betydelse. De frågor, som anknyta till dylikt dröjsmål hava emellertid sin största praktiska betydelse så vitt angår dröjsmål med fullgörande av francoköp och skola därför mera ingående behandlas i det följande. Här skall blott framhållas, att det anteciperade dröjsmålet i förevarande sammanhang liksom i fråga om francoköpen blir av särskilt intresse av det skäl, att man med *Almén*<sup>71</sup> måste antaga, att köparen i dylikt fall, trots att godset icke avlämnats, är reklamationspliktig enligt 27 § köplagen, d. v. s. går förlustig hävningsrätten, därest han icke reklamerar, sedan han genom meddelande från säljaren erfarit, att denne icke blir i stånd att leverera godset på den bestämda tiden men kommer att göra det senare.

B. Undersöka vi härefter de situationer, som kunna uppstå, då gods sålts att levereras *franco* (fraktfritt) viss ort senast viss dag, torde det lämpligaste vara att först granska de fall, då *godset går under före den avtalade leveransdagen*.

a) I dylikt fall kan endast *anteciperad mora* föreligga, då den kasuella händelsen inträffar. Avgörande blir då i första hand, huruvida köparen från säljaren fått besked om att leveransen blivit fördröjd men nu kommer att inom viss tid fullgöras, i det godset redan blivit skeppat eller snart kommer att skeppas. Har köparen fått sådant meddelande, måste man som nyss anförts med *Almén* antaga, att han, för så vitt han önskar avvisa leveransen, måste reklamera på sätt 27 § köplagen föreskriver.

(1) Antag att köparen, ehuru han fått sådant besked, som nyss nämnts, *underlåter att reklamera* och sålunda förlorar hävningsrätten. I så fall måste frågan om köparens rätt till skadestånd vid dröjsmål, som senare uppstår genom kasuell händelse, besvaras helt oberoende av det förut timade dröjsmålet. Kan säljaren hänvisa till att den händelse, som inträffat, går in under någon force majeure-klausul i avtalet, eller innebär nämnda händelse, att objektiv omöjlighet inträtt, är säljaren sålunda fri från köparens ifrågavarande skadeståndskrav men kan naturligen ej kräva köpeskillingen, eftersom han och icke köparen står faran för godset.

Det beträffande skadestandsfrågan avgörande är, att omedelbart före den kasuella händelsen till följd av den underlåtta reklamationen någon risk för avtalets hävande *icke* längre förelåg. Där-  
emot har köparen givetvis rätt att fordra skadestånd till täckande av de förluster, som han kan visa, att leveransens ursprungliga fördröjning förorsakat; en sådan förlust kan exempelvis föreligga därigenom, att köparen, sedan han fått besked om den påräkneliga fördröjningen, på annat håll till högre pris skaffat sig ersättning för så stor del av den köpta varan, som han nödvändigt måste hava omedelbart.<sup>72</sup> Självklart är också, att köparens skadestånds-  
rätt *icke* beröres, därest säljaren varken kan åberopa *force majeure*-klausul eller omöjlighet att fullgöra avtalet.

Med sådant meddelande från säljaren, varom ovan varit tal, synes böra jämsställas den vetskap om leveranshinder, som en köpare erhåller genom en representant för honom, vilken har i uppdrag att som *kontrollant* följa säljarens tillverkning av vissa varor, och likaså redan den vetskap av dylikt slag kontrollanten i denna sin egenskap erhåller, därest han, såsom regelmässigt måste antagas vara fallet, har fullmakt att mottaga sådant meddelande. Har i dylikt fall ett längre dröjsmål förekommit, vilket *icke* påtalats av vare sig köparen eller hans kontrollant, och inträffar under detta dröjsmål en sådan händelse, som avses i 24 § köplagen, exempelvis ett i säljarens land utfärdat exportförbud, bör någon skadeståndsrätt *icke* tillkomma köparen i vidare mån, än skada för honom redan uppstått, då den ifrågavarande händelsen inträffade.<sup>73</sup>

(2) Av särskilt intresse i förevarande sammanhang är emellertid den situation som föreligger, *därest köparen icke*, innan den kasuella händelsen inträffar, *fått något besked* från säljaren om att en fördröjning av leveransen är att påräkna. I dylikt fall består i det ögonblick godset går under en faktisk risk för att köparen under åberopande av anteciperat dröjsmål skall komma att häva köpet, så snart han erfar, att sådant dröjsmål föreligger. Den skada, som drabbar köparen genom godsets uteblivande, hotade då redan i den kasuella händelsens ögonblick att realiseras på annat sätt, nämligen genom risken för att köparen skulle häva köpet.

Avgörande blir i dylikt fall i enlighet med det förut utvecklade principiella resonemanget, huru beaktansvärd denna risk var. Var det fråga om ett *mycket ringa dröjsmål*, saknades kanske rent av fog för ett hävande, i det. möjligheten stod öppen, att godset trots allt skulle kunna levereras i tid. Även om emellertid dröjsmålet icke var så ringa, var det kanske dock icke av så beaktansvärd storlek, att köparen rimligtvis kan antagas skola hava begagnat sig av möjligheten att häva köpet. Antag exempelvis att en för en köpare i Stockholm avsedd last, som av en säljare i Buenos Aires sålts att levereras fritt i Stockholm viss dag, två dagar dessförinnan går förlorad vid ett haveri utanför Englands kust. I dylikt fall är det otvivelaktigt, att lasten icke skulle kunnat hinna till Stockholm i rätt tid och att köparen enligt köplagen skulle kunnat under återopande av anteciperad mora häva avtalet i det ögonblick godset gick förlorat. Sannolikheten för att så skulle skett och att köparen därefter krävt skadestånd är emellertid så ringa, att den vid adekvansspörsmålets bedömande bör lämnas ur räkningen. Är den kasuella händelsen i och för sig av natur att böra fritaga säljaren från skadeståndsplikt, bör den hava denna verkan oberoende av att den inträffade, medan å säljarens sida förelåg dröjsmål av så obetydlig beskaffenhet, som här antagits.

Det nu sagda innebär, att köparen kan komma att sakna skadeståndsrätt, ehuru han anses kunna häva köpet även efter det att godset gått förlorat. Att köparen också i nämnda situation har hävningsrätt är väl en ofrånkomlig konsekvens av regeln i 58 § köplagen. Men därmed är dock ännu icke sagt, att han på grund av dröjsmålet skall kunna kräva *skadestånd* för en förlust, som icke står i adekvat orsakssammanhang med dröjsmålet. Den frågan har man att pröva särskilt för sig. Härvid kan man endast taga hänsyn till den situation, som var förhanden, *innan* den kasuella händelsen inträffade. Endast vad som ligger i tiden före denna händelse och den därav resulterande skadan kan komma i betraktande som självständigt verkande orsak till samma skada. Köparens hävande av avtalet inträffar emellertid i det förutsatta fallet först efter sagda händelse och kan därför icke komma i betraktande som orsak till denna.

Till det nu beträffande skadeståndsansvaret sagda bör till sist

kanske tillfogas, att säljaren, även om han i detta fall undgår skadeståndsansvaret, likväl står faran för godset — detta har ju aldrig avlämnats — och sålunda, då det går förlorat, mister rätten till köpeskillingen.

Annorlunda blir åter frågan om köparens rätt till skadestånd att bedöma, därest ett mera *väsentligt dröjsmål* förekommit, då den kasuella händelsen inträffar, exempelvis om i nyssnämnda fall godset förlorats två dagar före den avtalade leveransdagen vid ett haveri utanför Argentinas kust. I dylikt fall föreligger på grund av det avsevärda dröjsmålet stor sannolikhet för att köparen skall komma att häva köpet, när han fått kunskap om dröjsmålet. I följd härav bör detta i överensstämmelse med det ovan utvecklade principiella resonemanget betraktas som självständigt verkande, adekvat orsak till den skada köparen lider, då godset genom den kasuella händelsen går förlorat.

b) Till sist är att taga i betraktande de fall, då den kasuella händelsen inträffar efter den avtalade leveransdagen, d. v. s. då redan *aktuell mora* föreligger. I stort sett bliva dessa fall att bedöma på samma sätt som de närmast förut behandlade. Förutsatt att köparen då ännu har möjligheten att häva köpet i behåll — och det är givetvis det vanliga — bör det även i dessa fall komma an på huruvida, då godset går förlorat genom kasuell händelse, ett mer eller mindre väsentligt dröjsmål förekommit. Här kommer det dock icke allenast an på det aktuella dröjsmålets längd, då godset går förlorat, utan beaktas bör även, huruvida i nämnda ögonblick ett större dröjsmål till äventyrs var att befara. Om i det förut nämnda exemplet, då leveransdagen är inne, för godsets transport fram till Stockholm kan beräknas åtgå en eller två dagar och den kasuella händelsen inträffar någon av dessa dagar, bör köparen icke äga någon rätt till skadestånd, eftersom dröjsmålet är så ringa, att, om godset kommit fram, det är ytterst osannolikt, att köparen skulle hävt köpet. Om däremot ett mera väsentligt dröjsmål redan faktiskt är för handen eller är att räkna med,<sup>74</sup> då godset går under, bör resultatet bliva det motsatta — dröjsmålet bör anses som adekvat orsak till köparens förlust, och för denna bör därför köparen äga kräva skadestånd.

V. I de rättsordningar, vilka upptagit grundsatsen om *perpetuatio obligationis*, brukar denna kompletteras med en regel, enligt vilken säljare i mora fritages från den av nämnda grundsats följande skadeståndsskyldigheten, därest han kan visa, att godset skulle hava gått förlorat för köparen, även om det levererats i rätt tid. Redan beträffande den romerska rätten framträder i vissa källställen en sådan uppfattning.<sup>75</sup> Den har också lagts till grund för de förut nämnda stadgandena i de franska, tyska och schweiziska civillagarna.<sup>76</sup> Även doktrинens representanter hava med ganska få undantag<sup>77</sup> funnit en dylik regel välmotiverad. Till denna regel har så fogats ytterligare en undantagsregel, enligt vilken köparen även i dylikt fall trots allt kan fordra skadeersättning, därest läget är det, att han genom att sälja godset, om det levererats i rätt tid, skulle kunnat undgå att drabbas av dess förlust. Därvid har det dock yppats olika meningar om, huruvida köparen eller säljaren bör hava bevisskyldigheten beträffande den avgörande omständigheten.<sup>78</sup>

Att man, därest man överhuvud har godtagit regeln om *perpetuatio obligationis*, måste komplettera denna med en undantagsregel av förutnämnda innebörd förefaller klart. Detta synes vara en konsekvens av att i den ifrågavarande situationen — då det på grund av säljarens mora uteblivna godset skulle gått förlorat för köparen, även om det levererats i rätt tid — det brister i kausal-sammanhanget redan av det skäl, att dröjsmålet icke kan anses utgöra ens en *betingelse* för den förlust, som drabbat köparen; men att den handling, som skall medföra skadeståndsplikt, åtminstone varit en *betingelse* för den timade skadan är väl ett under alla förhållanden ofrånkomligt minimikrav. På en närmare utläggning och analys av det här föreliggande kausalproblemet skall jag emellertid icke inlåta mig i detta sammanhang; jag får i detta avseende inskränka mig till att hänvisa till den diskussion av begreppet *betingelse*, vilken jag företagit i min förut nämnda uppsats om konkurrerande skadeorsaker.<sup>79</sup> Än mindre skall jag här befatta mig med det nyss antydda bevisbördespörsmalet. Detta är av vansklig natur och torde kräva en särskild undersökning, för vilken här icke finnes plats.

VI. Det återstår att konfrontera resultaten av den nu företagna analysen med *svensk rättspraxis*. Denna är på detta område tyvärr icke särdeles omfattande. I 3 uppl. av *Almén*s kommentar<sup>80</sup> till köplagen hänvisas till elva rättsfall. Härtill kan läggas tre fall, vartill *Karlgren* hänvisat.<sup>81</sup> Av alla dessa rättsfall är det emellertid högst fyra, som visa något angående högsta domstolens ståndpunkt i frågan. Till dem kunna dock fogas ett par fall, i vilka enskilda domstolsledamöters åsikt kommit till uttryck.

Som belägg för ett ganska allmänt påstående, att svensk rättspraxis accepterat grundsatsen om *perpetuatio obligationis*, har man framför allt åberopat fallet *NJA 1923: 266*. Situationen i detta fall anges i rubriken till referatet på följande sätt:

»*Perpetuatio obligationis*. Vid köp av bestämt gods, som befann sig på väg till säljarens speditör å utländsk ort och som, efter framkomsten dit, skulle på säljarens order av speditören utlämnas till köparens ombud därstädes efter det köparen till säljaren guldit köpeskillingen, har — sedan godset framkommit och köpeskillingen erlagts men därefter godset till följd av obekant persons bedrägliga förfarande av speditören utlämnats till annan än köparens ombud — uppkommit fråga om rätt för köparen att, på grund av säljarens försummelse att vidtaga viss honom vid köpeskillingens emottagande åliggande bekräftelseåtgärd, av säljaren utfå, förutom köpeskillingen, tillika skadestånd (ersättning för förlorad handelsvinst m. m.). Verkan härutinnan av utredning därom att köparen, även om säljaren icke hade gjort sig skyldig till berörda försummelse, likväl ej skulle hava hunnit utbekomma godset innan bedrägeriet lyckats?»

Av detta referat framgår, att det i detta mål icke var fråga om dröjsmål med utgivande av huvudprestationen utan i stället dröjsmål med fullgörande av en säljaren åliggande biförpliktelse. Säljaren, en firma i Stockholm, hade, sedan han mottagit köpeskillingen och på grund därav sänt telegram och bekräftelsebrev till sin speditör i Petrograd med anmodan att utlämna varorna till köparen därstädes, skickat avskrift av telegrammet till sin generalagent, en firma i Köpenhamn, genom vilken köpet kommit till stånd. Denna firma hade emellertid icke sänt dessa avskrifter vidare till köparen förrän på tionde dagen efter den dag de sänts till honom från Stockholm. Någon gång innan avskrifterna kommit köparen till handa, dock tidigast tre dagar innan dessa avgingo från Köpenhamn, hade en bedragare lyckats utfå varorna.

Köparens anspråk på ersättning för mistad handelsvinst m. m. ogillades av en majoritet i domstolen. Som skäl härför anfördes, att det, med hänsyn till de föreliggande omständigheterna icke kunde antagas, att köparen skulle, därest säljaren fullgjort den ifrågavarande skyldigheten att omedelbart avsända förutnämnda telegramavskrift m. m., hava lyckats utfå godset. Minoriteten i domstolen kom till motsatt resultat, enär det »icke kunde anses tillförlitligen utrett», att köparen, även om säljaren icke låtit dröjs-

mål i berörda hänseende komma sig till last, ändock icke skulle kunnat utfå godset.

Av referatet torde framgå, att detta rättsfall, i motsats till vad man gjort gällande, knappast kan anses visa, att högsta domstolen accepterat en allmän rättsgrundsats av den innebörd, som avses med hänvisningen till regeln om perpetuatio obligationis. Att domstolens avgörande innebär ett ogillande av köparens skadeståndskrav är visserligen icke utan vidare något hinder för att tillägga rättsfallet den antydda innebörden; domstolens ståndpunkt kan ju trots det negativa avgörandet framgå av domens motivering. Anmärkningsvärt är emellertid för det första, att det för kravets ogillande anförda skälet innebär ett konstaterande av, icke att säljarens ifrågavarande dröjsmål icke utgjort adekvat orsak till den inträffade förlusten utan av att orsakssammanhanget brister på den grund, att dröjsmålet över huvud icke varit någon *betingelse* — *conditio sine qua non* — för skadan; denna skulle enligt domstolens uppfattning hava inträffat, även om säljaren i tid uppfyllt sin skyldighet. Ur rent logisk synpunkt kan därför hävdas, att skadeståndskravet ogillats av en grund, som är sådan, att man av domen icke kan draga någon slutsats *e contrario*. Man kan med andra ord icke av domens formulering sluta, att kravet skulle gillats, om domstolen funnit bevisat, att skadan skulle uteblivit, därest förpliktelsen uppfyllts, d. v. s. om dröjsmålet utgjort en *betingelse* för den timade förlusten. Ty även vid ett sådant antagande vore det en öppen fråga, huruvida icke kravet likväl bort ogillas, enär det sålunda konstaterade orsakssammanhanget dock till äventyrs icke satisfierat kravet på *adekvat* kausalitet.

Härmed skall dock icke vara sagt, att detta är mer än en logisk möjlighet; sannolikt skulle majoriteten under nu antydd förutsättning hava i likhet med minoriteten bifallit kravet. Detta sammanhänger med en omständighet, som är av den största betydelse vid bedömandet av detta domstolsavgörandes räckvidd: bejakar man frågan, huruvida dröjsmålet utgjort en *betingelse* för den inträffade skadan, måste man *med hänsyn till omständigheterna* finna det klart, att också kravet på *adekvat* kausalitet är uppfyllt. I själva verket är det uppenbart, att dröjsmålet i dylikt fall utgjort adekvat orsak icke blott till den inträffade ekonomiska skadan utan rent av till den fysiska skada — tillgreppet av varorna — vilken föranlett den ekonomiska skadan; ty vad som hotade vid en underlåtenhet att varsko köparen om att speditören fått order att utlämna varorna var, bland annat, just risken, att under de oroliga förhållanden, som vid ifrågavarande tid (hösten 1917) voro rådande i Ryssland, godset skulle kunna komma i orätta händer. Detta innebär, att det i förevarande rättsfall i själva verket icke förelåg något sådant problem, som man brukar hava i sikte, då man diskuterar regeln om perpetuatio obligationis. Alla torde vara ense om att en säljare, som är i dröjsmål, skall betala köparen ersättning för varje skada, som står i *adekvat* orsakssammanhang med dröjsmålet. Vad man kan diskutera är endast, huruvida en säljare i mora, såsom många mena,



skall betala köparen fullt skadestånd för de förluster, som sammanhånga med att köpeobjektet går förlorat genom kasuell händelse, *oberoende* av om dessa förluster stå i adekvat kausalsammanhang med dröjsmålet. Att högsta domstolen skulle accepterat en rättsgrundsats av dylik innebörd framgår *icke* av det nu diskuterade rättsfallet.

En rättsregel av nämnda innebörd synes högsta domstolen däremot hava lagt till grund för avgörandet i fallet *NJA 1878:65*.

Det var i detta fall fråga om tillämpning av en vitesklausul i anledning av dröjsmål med fullgörande av ett leveransavtal, avseende tillverkning av sammanlagt 120 järnvägsvagnar. Dröjsmål hade uppstått beträffande en delleverans, avseende sammanlagt 50 vagnar. Dagen efter det dessa skulle levererats meddelade tillverkaren i brev till beställaren, att endast 8 vagnar voro färdiga att levereras i rätt tid, medan återstående vagnar komme att levereras successivt under den följande månaden. Natten efter det detta meddelande avsänts härjades tillverkarens verkstad av en eldsvåda, vilket orsakade ytterligare dröjsmål, så att leveransen *icke* blev fullgjord förr än drygt tre och en halv månader efter den bestämda leveransdagen. Enligt vitesklausulen skulle tillverkaren betala visst belopp för varje dags försening. Under återopande härav yrkade beställaren, att vite skulle utdömas för hela dröjsmålstiden. Tillverkaren invände, att i vitesklausulen gjorts förbehåll för dröjsmål, som kunde orsakas av strejk eller olyckshändelse vid verkstaden, och att därför vite *icke* borde utgå för längre tid, än som motsvarade det dröjsmål, vilket skulle uppstått, därest branden *icke* inträffat.

I detta fall biföll högsta domstolen köparens krav, »då den inträffade eldsvådan *icke* kunnat utgöra hinder för [tillverkaren] att hava leveransen färdig till viss bestämd tidpunkt före olyckans inträffande samt det av olyckshändelsen förorsakade ytterligare fördröjandet av leveransen, i anseende till [tillverkarens] redan före olyckan inträffade försummelse, måste lända [denne ensam] till men«.

Denna motivering innefattar otvivelaktigt ett accepterande av regeln om perpetuatio obligationis. Tillverkaren fick, blott därför att han var i dröjsmål redan vid den olyckliga händelsens inträffande, svara för därigenom uppstående skada. Huruvida avgörandet var välgrundat synes med skäl kunna ifrågasättas. Det dröjsmål, som före brandens inträffande kunde förutses, var så relativt obetydligt, att någon beaktansvärd risk för avtalets hävande i detta ögonblick knappast förelåg; i själva verket kan man väl, med hänsyn till beskaffenheten och omfattningen av det ifrågavarande leveransavtalet, till och med betvivla, att det förutsebara dröjsmålet borde anses så betydelsefullt, att beställaren på grund därav vore berättigad att häva avtalet.

Ett avgörande, som synes peka på att högsta domstolen senare var benägen följa en motsatt åsikt, föreligger i ett flera årtionden senare avgjort fall, *NJA 1907:383*. Också här var fråga om ett leveransavtal med vites-

klausul, enligt vilken köparen för varje dags försening ägde utkräva visst belopp. I vitesklausulen hade gjorts förbehåll för bland annat sjöolycka. Sedan (anteciperat) dröjsmål å säljarens sida redan kunde fastställas, orsakades ytterligare dröjsmål genom att ett av säljaren för det sålda godsets försändande befraktat fartyg havererade på väg till lastningsorten. Köparen frändrog vid betalningens erläggande ett belopp, som enligt hans uppfattning motsvarade, vad säljaren minst hade att utgiva som vite på grund av dröjsmålet efter tillgodoräknande av skälig tidsfrist för befraktande av nytt fartyg. Säljaren, som yrkade att återfå viss del av detta belopp, bestred skyldighet att utgiva vite för längre dröjsmål än det, som kunde beräknas hava uppstått, om sjöolyckan icke inträffat.

I detta fall har högsta domstolen visserligen icke direkt tagit ståndpunkt till säljarens påstående, att han vore befriad från skyldighet att utge vite för den fördröjning, som orsakats av sjöolyckan. Domstolen fann nämligen, att »även om [säljaren] på grund av kontraktets innehåll finge anses [befriad] från utgivande av plikt för den tid leveransen fördröjts genom [fartygets] förolyckande«, hade säljaren i allt fall genom underlåtenhet att inom skälig tid befrakta nytt fartyg ådragit sig skyldighet att erlägga ett vitesbelopp, som översteg det innehållna beloppet. Även om de citerade orden äro långt ifrån klara till sin innebörd, ligger väl dock sannolikt bakom dem åsikten, att säljaren icke hade att utge vite för den fördröjning, som berodde på fartygets förolyckande.<sup>82</sup>

Det kan anmärkas, att det även i detta fall var fråga om dröjsmål med en del av en större leverans ävensom att det dröjsmål, som kunde beräknas hava uppstått oberoende av fartygets förolyckande, beräknades till omkring 14 dagar. Huruvida ett så relativt litet dröjsmål i detta fall skulle utgjort tillräcklig hävningsgrund förefaller åtminstone tivelaktigt. Med hänsyn härtill synes med de ovan utvecklade synpunkterna bäst förenligt att anse säljaren befriad från skyldighet att utgiva vite för den fördröjning, som berodde på sjöolyckan.

Ett avgörande, som i likhet med det nyss refererade lämnar rum för tvivel angående vilken ståndpunkt högsta domstolen intagit, är *NJA 1911: 488*, vilket rör skadeståndskrav i anledning av dröjsmål med fullgörande av certeparti. Situationen var följande: Ett fartyg hade bortfraktats för fem »konsekutiva« resor under tiden maj-september från England till Sverige, men fartyget fullgjorde under den angivna tidrymden endast tre resor och led därpå efter utgången av kontraktstiden haveri (i början av oktober). I certepartiet hade intagits en vitesklausul, enligt vilken vid icke-fullgörande av certepartiet rederiet hade att betala »böter« motsvarande den beräknade frakten. Under återopande härav yrkade befraktaren, att på grund av dröjsmålet vite motsvarande frakten för två uteblivna resor skulle utdömas. Rederiet bestred kravet under hänvisning till att det genom haveriet blivit urständsat att fullgöra de två sista resorna. Häremot invände befraktaren, att haveriet inträffat först sedan kontraktstiden gått till

ända och sålunda dröjsmål redan förelåg, vartill rederiet genmälde, att dröjsmål vid angivna tidpunkt icke förelåg, enär de utförda resorna verkstälts med all tillbörlig skyndsamhet.

Högsta domstolen fann, att någon bestämd tidrymd, inom vilken alla resorna skulle hava utförts, icke kunde anses genom avtalet bestämd. Med hänsyn härtill och då vid angivna förhållande »obehörigt dröjsmål med certepartiets fullgörande ej kunde anses hava förekommit under den tid, som hunnit löpa innan fartyget ... led haveri«, ogillades skadeståndskravet. Formuleringen av det citerade domskälet kan möjligen synas tyda på att domstolen, om dröjsmål hade förekommit, innan fartyget havererade, skulle kommit till motsatt resultat och bifallit skadeståndskravet fullt ut. En sådan slutsats vore dock säkerligen obefogad. Eftersom dröjsmål icke förekommit, hade domstolen över huvud ingen anledning att taga ståndpunkt till den skadeståndsfråga, som under motsatt förutsättning skulle uppkommit.

I annat läge befunno sig däremot två dissidenter i domstolen, vilka utgingo från att samtliga resor borde varit fullgjorda före viss dag. Deras votum innebär, att rederiet icke kunde undgå att utgiva vite för den sista resan, enär med avseende på denna resa vid fartygets haveri redan förelåg anteciperat dröjsmål av sådan omfattning, att det var klart, att resan icke skulle kunna påbörjas inom kontraktsenlig tid. Denna slutsats är under angivna förutsättning givetvis ofrånkomlig. Den innebär allenast, att ett *redan uppkommet* skadeståndskrav icke kan beröras av senare inträffande omöjlighet att fullgöra den fördröjda prestationen.

Något annat än detta är det väl icke heller högsta domstolen uttalat i fallen *NJA 1919 not. A nr 403* och *1924 not. A nr 403*, så vitt man kan se av de refererade domskälen. Någon anledning att närmare kommentera dessa rättsfall föreligger därför icke.

Mera upplysande om högsta domstolens ståndpunkt än de hittills refererade fallen synes *NJA 1922:113* vara. Situationen i detta fall var i kortet angiven följande: 5000 kg maskinolja hade sålts att levereras fritt Göteborg före 15/3 1917. Säljaren hade, innan han slöt försäljningsavtalet, i Amerika förskaffat sig en tillräcklig kvantitet olja, vilken redan i januari 1917 inlastats på två ångare. Svårigheter för ångarna att få avgå hade emellertid yppats, enligt vad säljaren uppgav. De voro ännu på den avtalade leveransdagen kvar i Amerika och anlände sedermera till Göteborg först under sommaren 1917. I brev till säljaren 21/3 och 24/3 s. å., då sålunda omkring en veckas dröjsmål förelåg, påfordrade köparen leverans. Härpå gav säljaren i brev 27/3 köparen meddelande om det ifrågavarande leveranshindret. Efter omkring ytterligare en vecka lades i Sverige (d. 3/4) beslag å alla förråd av mineralolja om minst 170 kg. I följd härav blevo även säljarens ifrågavarande oljelaster vid ankomsten till Sverige beslagtagna. Köparen yrkade ersättning för den förlust han led genom leveransens uteblivande. Säljaren bestred kravet under åberopande av force majeure.

Högsta domstolen biföll köparens skadeståndsyrkande, enär i målet icke kunde anses hava ådagalagts någon omständighet, på grund varav säljaren jämlikt 24 § köplagen vore befriad från ersättningsskyldighet. Säljaren ägde således icke till sin befrielse från ersättningsskyldigheten åberopa den omöjlighet att leverera, som genom statsbeslaget på olja uppstod först efter det säljaren redan befann sig i dröjsmål.

Detta avgörande står tydligen i bästa överensstämmelse med grundsatsen om perpetuatio obligationis. Beträffande frågan, huru långt rättsfallets betydelse når, är emellertid följande att observera. I och med att köparen 21/3 och 24/3 påfordrade leverans, måste han anses hava avstått från att åberopa det dittills förekomna dröjsmålet som hävningsgrund. Det kunde på grund härav synas, som om, i enlighet med det ovan utvecklade resonemanget, säljarens dröjsmål icke kunde anses som adekvat orsak till den förlust, som drabbade köparen genom leveransens uteblivande. Situationen blev emellertid helt förändrad, då säljaren kort tid därefter (27/3) meddelade, att han var urständsat att leverera. Därmed fick köparen ånyo möjlighet att på grund av dröjsmål häva avtalet. Visserligen hade nu efter sistnämnda tidpunkt mindre än en vecka förflutit, då force majeure genom oljebeslaget inträffade, och det dessförinnan förekomna dröjsmålet kan således synas ganska obetydligt. Så är dock i verkligheten icke fallet. Oljelasterna befunno sig vid tillfället i Amerika, och på grund härav och icke minst också på grund av säljarens åberopande av force majeure genom övermäktiga transporthinder kunde tydligen ett högst avsevärt dröjsmål anteciperas. I det ögonblick, då till sist force majeure genom oljebeslaget verkligen inträffade, förelåg därför tydligen stor risk för att köparen på grund av anteciperat dröjsmål skulle komma att häva köpet och kräva skadestånd. Detta dröjsmål bör i enlighet med ovan utvecklade resonemang anses utgöra en självständigt verkande, adekvat orsak till köparens förlust genom lastens uteblivande.

Med det nu refererade fallet kan jämföras *NJA 1920 not. A nr. 452*. I detta fall fastslog högsta domstolen väl, att sådan omöjlighet att fullgöra den ifrågavarande leveransen, som säljaren åberopat, icke förelegat under den avtalade leveranstiden, och utdömde därför skadestånd. Om domstolen därvid utgått från att omöjlighet förelegat *efter* leveranstiden framgår emellertid icke klart av domen; denna hänvisar i detta avseende till HovR:ns dom, vilken utgår från att de av säljaren åberopade transporthindren icke varit rådande »under så avsevärd tid» efter kontraktstidens slut, att säljaren därigenom blivit fritagen från sin förpliktelse. Rättsfallet synes sålunda icke visa annat, än att en säljares förpliktelse icke upphäves genom omöjlighet, som är övergående.

I sammanhang med rättsfallet 1922:113 har även hänvisats<sup>83</sup> till *NJA 1920 not. A nr. 528*. Detta fall är dock av ännu mindre intresse än det närmast förut omtalade. Det visar allenast, att en säljare blev fri från sin förpliktelse, då köparen hävde avtalet, medan fullgörandet av säljarens

leveransskyldighet hindrades av force majeure (uppbringande av den last, med vilken leveransen skulle fullgöras). Detta fall torde därför icke kräva någon särskild kommentar. Detsamma gäller fallet *NJA 1913 not. A nr 24*. Det gällde i detta fall dröjsmål med fullgörande av hyresavtal, och dröjsmålet kom att avsevärt förlängas genom en opåräknad händelse, arbetsinställelse. Högsta domstolen utdömde skadestånd, trots den förpliktades invändning om force majeure. Detta torde dock icke sammanhånga med att arbetsinställelsen inträffade först sedan dröjsmål å den prestationskyldiges sida redan förelåg utan torde bero på att domstolen över huvud icke ansåg en arbetsinställelse medföra objektiv omöjlighet.

Med detta fall kan jämföras det votum en skiljaktig ledamot avgav i rättsfallet *NJA 1903 not. A nr 288*. Fallet gällde krav på skadeersättning i anledning av dröjsmål med fullgörande av leveransavtal, och dröjsmålet hade, så vitt framgår av nämnda votum, kommit att liksom i näst föregående fall förlängas genom en oförutsedd händelse, arbetsinställelse. I motsats till majoriteten i domstolen ville den skiljaktige ledamoten utdöma skadeersättning, enär säljaren »varken enligt kontraktet eller, så vitt visat är, på grund av särskilt avtal emellan parterna ägt häva kontraktet i följd av nämnda hinder, som uppstått först efter den i kontraktet stadgade leveranstidens utgång». Genom inryckandet i motiveringen av det kursiverade domskälet kan denna ledamot synas hava velat säga, att strejken av honom skulle betraktats som ett prestationshinder, vilket skulle befria säljaren från skadeståndsskyldighet, om det inträffat före dröjsmålet. Denna del av domskälen synes å andra sidan svår att förena med det förhållandet, att denna domstolsledamot jämväl uttryckligen åberopade, att arbetsinställelsen icke berättigade säljaren att häva avtalet. Vid sådant förhållande säger i själva verket den anförda motiveringen icke så mycket angående denna dissidents uppfattning i den här diskuterade frågan.

En klar ståndpunkt intog däremot i ett annat fall, *NJA 1920 not. A nr 477*, en dissident i domstolen, vilken ville döma en säljare skadeståndsskyldig oberoende av att den utlovade leveransen uteblivit på grund av force majeure och motiverade detta med att säljaren »redan befann sig i dröjsmål med leveransen», då ifrågavarande leveranshinder inträffade.

Några andra rättsfall än de nu refererade, vilka kunde vara av betydelse för den här diskuterade frågan, föreligga så vitt bekant icke. Påfallande är att sålunda några dylika fall härrörande från det senaste stora kriget icke kommit till synes bland refererade avgöranden av högsta domstolen. Möjligen ligger förklaringen härtill i det allt allmänare bruket att slita handelsrättsliga tvister genom skiljenämnd.<sup>84</sup>

Sammanfattar jag till slut resultaten av den föregående analysen av rättspraxis, så anser jag det kunna konstateras, att de rättsfall, som förekommit, knappast äro ägnade att stödja påståendet, att högsta domstolen adopterat en allmän regel mot-

svarande grundsatsen om *perpetuatio obligationis*. Det till stöd för ett sådant påstående ofta åberopade rättsfallet 1923:266 synes vid närmare betraktande icke bestyrka, att domstolen godtagit en sådan regel. Däremot har domstolen i ett annat, dock mycket gammalt fall, 1878:65, lagt en regel av sådan innebörd till grund för sitt avgörande. I ett flera decennier senare rättsfall, 1907:383 synes domstolen åter snarast hava intagit en rakt motsatt ståndpunkt. Kvar står såsom mera betydelsefullt egentligen blott fallet 1922:113. Om detta kan sägas, att det är väl förenligt med regeln om *perpetuatio obligationis* men ingalunda bestyrker, att denna regel av domstolen skulle godtagits såsom en allmän och undantagslös princip. Målet i fråga rörde ett fall, i vilket dröjsmålet var *adekvat* orsak till köparens förlust, och visar följaktligen *icke* att högsta domstolen vore sinnad tillägga *varje* dröjsmål en sådan verkan, som den tillagt dröjsmålet i sagda fall.

I själva verket torde därför fältet vara fritt för utvecklingen av en rättspraxis i överensstämmelse med de i den föregående framställningen utvecklade tankarna. Dessa innebära, att man, obunden av de rättsföreställningar, som slagordet »*perpetuatio obligationis*» väcker till liv, har att pröva de ifrågavarande skadeståndsspörsmålen efter en analys med syfte att fastställa, huruvida i det särskilda fallet den förlust, för vilken yrkas ersättning under hänvisning till ett förelupit dröjsmål med fullgörande av en förpliktelse, kan anses stå i adekvat orsakssammanhang med dröjsmålet, när under detta en kasuell händelse eller motsvarande omständighet inträffat, som omöjliggjort förpliktelsens fullgörande. Av en sådan analys lär framgå, att dylikt orsakssammanhang stundom är för handen, stundom icke. Att visa detta har varit avsikten med denna studie.

#### NOTER

1. *Hirdman*, *Paradoxer* (1941).
2. Däremot synes regeln icke hava vunnit insteg i engelsk rätt. Den regel i *The Sale of Goods Act*, 1893, sect. 20, vartill *Palmgren* i arbetet *Om påföljderna av säljarens mora* (1936) s. 204 hänvisat som ett belägg för att även engelsk rätt skulle hava upptagit ifrågavarande allmänna rättsgrundsats, avser i själva verket allenast frågan, vem casusansva-

ret åvilar, när godset blivit fördröjt genom endera partens vållande: »the goods are at the risk of the party in fault as regards any loss which might not have occurred but for such fault». När det åter gäller skadeståndsansvaret har engelsk rättspraxis utgått från ett betraktelsesätt, som icke lämnar utrymme för regeln om *perpetuatio obligationis*: vid säljarens kontraktsbrott har köparen »an option to treat [the contract] either as rescinded or as still operative», *Cheshire & Fifoot*, *The Law of Contract*, 2nd ed. (1949) s. 440. Väljer han det senare, får han taga konsekvensen därav, vilket bland annat innebär, att »the supervening circumstances may operate to relieve the party in default from all liability». Belägg för riktigheten av denna sats utgör det ofta citerade rättsfallet *Avery v. Bowden*; där- om se *Cheshire & Fifoot* a. a. s. 441.

3. Se t. ex. *Baudry-Lacantinerie & Barde*, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3 éd., T. 3 nr 1918 (s. 251 f): »Les jurisconsultes romains s'exprimaient autrement: pour eux, dans notre hypothèse, l'obligation était perpétuée. Bien que son objet eût péri, elle subsistait. Ainsi, à leurs yeux, il n'y avait pas changement d'obligation. Cette conception présentait un grand intérêt à divers point de vue particuliers au droit romain. C'est ainsi que l'obligation, demeurant la même, conservait son caractère contractuel et, par suite, passait aux héritiers du

débiteur, tandis qu'une obligation nouvelle, née de la faute de celui-ci, n'aurait pas été transmissible au point de vue passif. Mais l'idée de perpétuation de l'obligation permettrait aussi d'expliquer facilement des solutions que nous retrouvons dans notre législation, spécialement le maintien de l'engagement des cautions. Elle peut donc intervenir utilement dans l'interprétation du droit français.

Il y aurait même, nous semble-t-il, un avantage considérable à reproduire aujourd'hui la conception romaine: si la doctrine faisait triompher cette idée que, dans notre hypothèse, il s'agit de l'obligation primitive, par conséquent de l'obligation née du contrat, et non pas d'une obligation nouvelle, engendrée par la faute du débiteur, nos tribunaux renonceraient sans doute à appliquer — ce qu'ils font à tout moment et de la façon la plus abusive — la disposition de l'art. 1382 à propos de l'inexécution de conventions.»

4. *Evaldsen*, *Skyldnerens Mora* (1870) s. 156 ff.
5. *Lassen, Niels*, *Nogle Bemærkninger om Skadeserstatningspligtens Omfang* (*Tidsskrift for Retsvidenskab* 1889 s. 61).
6. *Lassen, Jul.*, *Til Læren om Køb* (*Tidsskrift for Retsvidenskab* 1916 s. 12); *Haandbog i Obligationsretten*. Almindelig Del, 3 Udg. (1917-20) s. 440, *Lassen & Ussing*, *Haandbog i Obligationsretten*, Speciel Del I (1923) s. 150.

7. *Illum*, Foreläsningar över allmindelig Formueret (1937) s. 229 f.
8. *Hasle & Nebelong*, Løserekøb. Kommentar til Lov om Køb af 6. April 1906 (1949) s. 90.
9. *Ussing*, Dansk Obligationsret, Almindelig Del, 3 Udg. (1946) s. 138 f.
10. Däröf se *Niels Lassen* a. a. s. 62.
11. Se *Hasle & Nebelong* a. st.
12. *Hagerup*, Om Kjøb og Salg, 2 Udg. (1884) s. 134 f.
13. *Platou*, Foreläsningar över ... Privatrettens almindelige Del (1914) s. 566.
14. *Stang*, Erstatningsansvar (1919) s. 89 f.
15. *Chydenius*, Lärobok i finsk kontraktsträtt, 2 uppl. (1916) s. 93.
16. *Hernberg*, Gäldsförhållandet (1934) s. 79.
17. *Palmgren*, Om påföljderna av säljares mora (1936) s. 205.
18. *Serlachius*, Lärobok i obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt (1902) s. 125.
19. *Almén*, Om köp och byte av lös egendom ... 3 uppl., ombesörjd av *Rudolf Eklund*, I (1934) s. 211-213.
20. A. a. s. 213 not 161.
21. *Hägerström*, Der römische Obligationsbegriff . . . II (1941) s. 86 ff, 246 ff.
22. *Loccenius*, Synopsis juris privati ... (1673) s. 394.
23. *Kloof*, Then Swenska Lagfarenheetz Spegel (1676) s. 161 f. Även i *Rålamb*s år 1674, d. v. s. två år för *Kloofs* arbete utgivna *Observationes Juris Practicae* (2 uppl., här citerad, 1679) förekommer en framställning av reglerna om vem som har att bära faran vid köp. Enligt *Rålamb* (s. 167 f) är faran köparens i och med köpet, eftersom »om någon fördel aff thet sålde förorsakas«, den tillkommer köparen och dessutom det beror på honom, om han vill avhämta godset eller lämna det kvar hos säljaren. Betydelsen av säljarens mora beröres emellertid icke av *Rålamb* i vidare mån, än att han förklarar säljaren få ansvaret för godset, om han *hindrar* köparen att utfå det. Som belägg för denna regel åberopas (indirekt) ett ställe i *Institutiones*.
24. *Stiernhöök*, De jure Sveonum et Gothorum vetusto (1672) s. 256 f.
25. *Nehrman*, Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem ... (1729) s. 153.
26. *Nehrman*, Then swenska jurisprudentia civilis efter Sweriges rikets år 1734 antagna lag (1746) s. 12.
27. [*Abrahamsson*], Swerikes Rijkes Lands-Lag ... (1726) s. 536.
28. *König*, Lärdoms-Öfning, T. 2 (1741) s. 187.
29. *Tengwall*, Twistemåls Lagfarenheten ... (1794) s. 124, första noten.
30. *Schrevelius*, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt, 2 uppl. D. 2 (1857) s. 438 f.
31. *Assarsson*, Om skadestånd enligt Sveriges allmänna lag (1867) s. 13.
32. *Almén* a. a. s. 211 ff.
33. *Roos*, Om prestations omöjlighet ... (1915) s. 109 ff.
34. A. a. s. 112.
35. *Hasselrot*, Något ang. köplagens bestämmelser i §§ 1-20. Omtryckt (1927) s. 96.



36. Winroth, Köp av lös egendom (1917) s. 117.
37. Karlgren, Kollegium i allmän obligationsrätt I (1942) s. 58 f.
38. Förslag till handelsbalk (1815). Motiver . . . s. 29 ff. Förslag till allmän civillag (1826) s. 172 f.
39. *Almén* a. a. s. 211.
40. Annorlunda *Jul. Lassen* i Tidskrift for Retsvidenskab 1916 s. 12; jmf *Ussing* a. a. s. 138 och Erstatningsret s. 153, varest *Lassens* uppfattning om grunden för ifrågavarande regler i dansk rätt och om möjligheten att på dem grunda en allmän rättsgrundsats kritiseras.
41. Tvivlande ställer sig *Almén* a. a. s. 411 not 57, medan åter *Hasselrot*, Handelsbalken s. 182 ff, Juridiska skrifter 7 s. 235 ff, 8 s. 117 ff anser en dylik regel gälla.
42. *Almén* a. a. s. 212.
43. *Hult*, Till frågan om konkurrerande skadeorsaker (i Festskrift tillägnad *Thore Engströmer*) (1943) s. 65 ff.
44. *von Kries*, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben (i Viertel-Jahrschrift für wissenschaftliche Philosophie, 1888, s. 179 ff).
45. *Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht (i Archiv für die civilistische Praxis Bd 90, 1900, s. 171 ff).
46. *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht (1904).
47. En och annan bestrider värdet av detta begrepp. Så gör t. ex. *Kristen Andersen* (i Tidskrift for Rettsvitenskap 1941 s. 299 ff); jmf även *Lundstedt* i samma tidskrift 1923 s. 113 f. Denna kritik av begreppet adekvat kausalitet kan icke i detta sammanhang bemötas. Enligt min åsikt skjuter den över målet. Vad A:s kritik angår utgår den för övrigt från en oriktig och icke heller tillräckligt skarpt preciserad bestämning av det kritiserade begreppets innebörd; jag hänvisar särskilt till A:s uttalande s. 324.
48. Huruvida en undantagsregel av åsyftat slag kan antagas vara motiverad beträffande s. k. casus mixtus är i svensk doktrin omtvistat; om denna fråga se ovan avd. III. Att vid lösningen av föreliggande spörsmål förutsätta något sådant kan i varje fall icke komma i fråga.
49. En god översikt över olika åsikter i denna fråga ger *Enneccerus* i Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von *Enneccerus, Kipp & Wolff*, 18-22 Aufl. 1923 § 235 not 14 (s. 33 f).
50. *Traeger* a. a. s. 159.
51. I det följande talas för korthetens skull i allmänhet blott om »olyckshändelse» eller »kasuell händelse». Detta refererar egentligen blott till speciesköpen. Vid leveransavtal kan befrielse för säljaren inträda endast om den inträffade händelsen är av den art, att den medför sådan omöjlighet att prestera, som avses i 24 § köplagen, eller om händelsen i fråga upptagits i en force majeureklausul. Med hänsyn härtill borde i framställningen, då den har båda slagen av köpeavtal i sikte, ständigt vid sidan

- om kasuell händelse nämnas händelser av de sist angivna slagen. Detta bedjes läsaren ständigt hava i minnet.
52. För korthetens skull talas i texten blott om detta fall, ehuru hit-hörande spörsmål uppstår även om olycksfallet blott medför, att godset skadas. Samma synpunkter torde emellertid vara tillämpliga i detta senare fall.
  53. Se under VI.
  54. Icke ens *Enneccerus*, vars kausalitetsbegrepp dock är särdeles omfattande, anser adekvat kausalitet föreligga i dylikt fall. Även E. fasthåller vid att en betingelse för en skada icke kan betraktas som orsak till skadan, om betingelsen i fråga enligt sin allmänna natur är indifferent för uppkomsten av en skada av det slag, varom fråga är, men tillägger att en betingelse är på åsyftat sätt indifferent, endast om den varken ökar faran för skadans inträde eller ändrar kretsen av de hotande farorna. Med tilläggandet av sist nämnda omständighet synes E. beröva begreppet adekvat kausalitet det mesta av dess innehåll. Även E. gör emellertid, trots denna definition, undantag för »Erhöhungen oder Veränderungen, die so gering sind, dass man damit nicht mehr rechnet»; a. a. § 235 not 12 (s. 32 f).
  55. Jmfr emellertid en likartad uppfattning hos *Almén* själv vid diskussionen av ett ganska närliggande spörsmål, orderstridigt försändande, *Almén* a. a. s. 408 ff, särskilt s. 411 f.
  56. *Roos* a. a. s. 111.
  57. *Roos* a. a. s. 112.
  58. *Stang* a. a. s. 70, 297 ff, 346 m. fl. st.
  59. *Stang* a. a. s. 68.
  60. *Hult*, Till frågan om konkurrerande skadeorsaker (1943).
  61. Här om se närmare *Stang* a. a. s. 70, 297 ff, 346 m. fl. st.
  62. *Hult* a. a. s. 79 ff.
  63. *S. a. a.* s. 83.
  64. *Stang* a. a. s. 298.
  65. Enligt den uppfattning *Evaldsen* a. a. s. 161 utvecklat har skadan redan inträffat i och med att den förpliktades prestation uteblir på den bestämda dagen. Detta är för övrigt grunden för *Evaldsens* åsikt, att man icke har att taga någon hänsyn till att saken till äventyrs skulle gått förlorad hos köparen, om den avlämnats i rätt tid. Detta antagande — att köparen i och med den köpta sakens uteblivande gör en ekonomisk förlust motsvarande sakens värde — synes innebära ett överdrivande av en riktig tanke och utgår från en oriktig förutsättning. Den oriktiga förutsättningen består, som *Jul. Lassen Alm*. Del § 43 not 5 (s. 440) påpekat, i att *Evaldsen* utgår från att den skadeersättning, som kan komma i fråga, alltid motsvarar sakens normala värde. Överdriften åter beror dels på denna oriktiga förutsättning, dels på ett bortseende från att dröjsmålet kan vara helt kort och övergående.
  66. Observera här den skillnaden gent emot *Evaldsens* i föregående not berörda åsikt, att jag förutsätter hävningsituation.

67. Se ovan under III 2.
68. I överensstämmelse härmed avser också code civil art. 1302 endast förpliktelser att prestera en »corps certain et déterminé«, medan åter BGB § 287 avser även genusförpliktelser.
69. *Lundstedt*, Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig? (Svensk juristtidning 1921 s. 325 ff).
70. Jmfr angående den synpunkt, som är vägledande för engelsk rättspraxis ovan not 2 med hänvisningen till *Cheshire & Fifoot* a. a. s. 440 f.
71. *Almén* a. a. s. 385 och 386 not 41.
72. Jmfr NJA 1919 not. A nr 403 och 1924 not. A nr. 403.
73. Ett fall av detta slag har för någon tid sedan förelagat till bedömande inför en svensk skiljenämnd. Situationen var följande. En svensk tillverkare hade slutit en serie leveransavtal med en engelsk köpare, enligt vilka inom angivna tider från och med januari 1938 till och med augusti 1939 vissa produkter skulle levereras till köparen. Beträffande flera av de avtalade leveranserna befann sig säljaren i dröjsmål, då krigsutbrottet i slutet av augusti 1939 och i anledning därav infört svenskt exportförbud omöjliggjorde vidare leveranser. I följd härav uppstod vid tillämpning av regeln i lagen om kommission m. m. 27 § andra stycket en fråga, huruvida säljaren kunde åberopa krigsutbrottet och exportförbudet som ett hinder, vilket medförde objektiv omöjlig-  
het att fullgöra leveransen. Frågan besvarades av skiljenämnden nekande under hänvisning till att säljaren, när de nämnda händelserna inträffade, befann sig i dröjsmål. Avgörandet kan ur ovan anförda synpunkter ifrågasättas, i det köparen, som sedan årtal tillbaks stod i affärsförbindelse med säljaren och genom sina kontrollanter hos säljaren följde hans tillverkning för köparens räkning och som tidigare utan att göra några påföljder gällande funnit sig i alldeles likartade dröjsmål, måste anses hava förlorat hävningsrätten beträffande de nu ifrågavarande avtalen och därmed också måste anses hava saknat fog för ett åberopande av regeln om perpetuatio obligationis.
74. Ett exempel på detta senare utgör situationen i fallet NJA 1922:113. Godset skulle levererats 15/3. 21/3 och 24/3 krävde köparen leverans. Därmed hade han för tillfället avstått från att häva. 27/3 fick köparen meddelande från säljaren, att denne var urstånd-satt att leverera och att det för köparen avsedda godset alltså var kvar i Amerika. Därmed fick köparen åter möjligheten att häva, och risken för att han skulle göra detta var tydligen utomordentlig, då omöjligheten att leverera inträdde 3/4.
75. Se *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd 2, 9. Aufl. (1906) s. 149 noten från föregående sida.
76. Code civil art. 1302 andra stycket, Bürgerliches Gesetzbuch § 287,

- Schweizerisches Obligationenrecht art. 103 andra stycket.
77. Emot en dylik regel vända sig bland andra *Evaldsen* a. a. s. 161 f och *Niels Lassen* a. a. s. 61 f.
78. Se fr. a. *Windscheid* a. st.
79. Jmfr även rättsfallet NJA 1923: 266 och vad nedan därom anføres.
80. *Almén* a. a. s. 213 not 161.
81. *Karlgren* a. a. s. 59.
82. Jmfr emellertid *Almén*, Om köp och byte av lös egendom 2 uppl. (1924) s. 228 not 157 a.
83. Se NJA 1922:113.
84. Jmfr det ovan not 73 anförda.

# Til skyldbegrebet

Af professor, dr. jur. Stephan Hurwitz

Både i civilret og strafferet anvendes det mangetydige begreb skyld. På begge retsområder arbejdes der indenfor skyldbegrebet med tilregnelserformerne forsæt og uagtsomhed, og en fælles problemstilling for erstatningsret og politistrafret er, hvorvidt økonomisk ansvar kan pådrages »uden skyld«.

Medens nu de skyldspørgsmål, der er af praktisk interesse for civilretten, foreligger klart belyst i nyere dansk teori, først og fremmest i *Ussing's* værker, har skyldlæren i dansk strafferet kun fået en nødtørftig behandling siden *Torp's* snart halvhundredte år gamle fremstilling af strafferettens almindelige del. Og det er dog i den kriminalretlige problemstilling, skyldspørgsmålet i en række af sine vigtigste forgreninger spiller den største rolle. Det er her spørgsmålet om psykisk normalitet som forudsætning for skyld volder sine egentlige vanskeligheder, det er her sondringen mellem forsæt og uagtsomhed kræver den mest indgående analyse, og det er her spørgsmålet om ulovbestemte skyldforudsætninger som supplement til de gammelkendte krav om tilregnelighed og tilregnelser er blevet praktisk vigtigt. På alle disse punkter burde den civilretlige litteratur, for så vidt den kommer ind på denne emnekreds, kunne bygge på grundige forarbejder i kriminalretten. Særlig gælder dette i forsætslæren, der måske vil komme til at spille en stigende rolle i erstatningsretten. Men der er her et hul ikke blot i dansk, men i nordisk teori i det hele taget.

Jeg skal i denne lille artikel bare berøre enkelte spørgsmål, som trænger til uddybelse i den kriminalretlige skyldlære. Men

indledningsvis må jeg slå fast, at det skyldbegreb, hvormed der her arbejdes, uanset den metafysiske biklang, som hæfter ved ordet »skyld«, ikke rummer nogen bekendelse til et indeterministisk grundlag for det kriminalretlige ansvar. Skyld benyttes som en sammenfattende betegnelse for ansvars subjektive betingelser. Det erkendes, at disse ikke udtømmende karakteriseres gennem blot deskriptive psykologiske kendemærker, men at de er isprængt normative elementer, der giver udtryk for en social-etisk vurdering. Men denne vurdering ses som en praktisk nødvendighed, psykologisk og sociologisk kædet sammen med bedømmelsen af menneskelig adfærd, hvadenten et indeterministisk eller deterministisk grundsynspunkt anlægges.

\*

*Carl Torp* indledte i 1895 (i skriftet *Forsøg og Meddelagtighed*, s. 40), et felttog mod hidtidig teoris skarpe sondring mellem forsæt og uagtsomhed og førte kampen videre i *Strafferettens almindelige Del* og i en afhandling i *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1911, s. 85 ff. Praktisk satte hans synspunkt, der ikke mødte modsigelse i dansk teori, sig det spor i straffeloven af 1930, at straffesamfundet for forsætlig og uagtsom forbrydelse i de fleste tilfælde kom til at gribe over i hinanden. Men principielt bevarede dog i loven en forskelsbehandling af uagtsomhed og forsæt, navnlig således, at flertallet af de i loven omhandlede strafbare forhold kun kriminaliseredes som forsætligt begåede. Og i retspraksis er der i de grupper af tilfælde, hvor også uagtsomhed straffes, blevet bevaret en kraftig forskel i strafudmålingen for de to tilregnelserformer. Ser man f. eks. på straffen for manddrab, er der selv i de groveste af de tilfælde af uagtsomt drab, der har foreligget til påkendelse, ikke anvendt maksimalstraffen for denne forbrydelse (4 års fængsel), og omvendt er man ikke gået ned til minimumsstraffen for forsætligt drab (5 år) bortset fra undtagelsestilfælde, hvor strfl. § 85 eller andre nedsættelsesgrunde er kommet til anvendelse.<sup>1</sup>

Denne retspraksis, der sikkert i sine store træk stemmer med en almindelig samfundsvurdering af de pådømte forhold, tør ses som et erfaringsbevis for, at *Torp's* kritik har skudt over målet.

Det er ganske vist rigtigt, at der kan tænkes overgangstilfælde, hvor de laveste grader af forsæt vanskeligt lader sig adskille bevis- eller bedømmelsesmæssigt fra de højeste grader af bevidst uagtsomhed. Men sådanne grænsetilfældes mulige forekomst er af underordnet betydning i forhold til den klare forskelligartethed mellem forsæts- og uagtsomhedsområdets typetilfælde. Det forholder sig her som på andre områder, f. eks. i kritikken af medvirkningslæren og af læren om tyveri og ulovlig omgang med hittegods, hvor man ved at hæfte sig for stærkt ved grænsetilfælde er kommet til at undervurdere de realiteter, der i almindelighed begrunder en sontring, jfr. med rette *Krabbe*, *Betragtninger over Forbrydelser og Straf*, 1939, s. 104. I hvert fald ved visse forbrydelseskategorier frembyder forsætlig og uagtsom begåelsesmåde i deres typiske former et sådant spring, at en forskellig bedømmelse klart er indiceret.

Når tanken om at udjævne forsæts-uagtsomheds sontringen har kunnet gøre sig så stærkt gældende i dansk teori, hænger det sikkert sammen med den indflydelse, de såkaldte forestillings-teorier har haft på opfattelsen af forsætsbegrebet her i landet. Efter de definitioner af forsæt, som *Torp* og *Krabbe* anfører, og som var udtrykt i lovsform i de to sidste udkast til straffeloven af 1930, er kærnen i forsætsbegrebet en intellektuel proces, en forestillen sig noget som nødvendigt, i høj grad sandsynligt, etc., i modsætning til en forestillen sig noget som blot havende en vis mindre sandsynlighed (rimelighed, mulighed, etc.) for sig. Handles der trods erkendelse af en højere sandsynlighedsgrad med hensyn til et relevant moment (ledsagende omstændighed eller følge), statueres forsæt; har forestillingen haft en lavere sandsynlighedsgrad, foreligger bevidst uagtsomhed, der dog (kan) bedømmes som forsæt — *dolus eventualis* —, hvis gerningsmanden ville have handlet på samme måde som sket også under sikker viden om det pågældende moments tilstedeværelse eller indtræden. Det ses, at det intellektuelle kendemærke går igen i *dolus eventualis* konstruktionen, hvor vægten lægges på en hypotetisk viden.

Ud fra et på denne måde orienteret forsætsbegreb må det erkendes som nærliggende, at man tvivler om eller ligefrem bestrider muligheden af at sætte et rationelt begrundet skel mellem forsæt

• og uagtsomhed. Forestillingsprocessen har en skala af sandsynlighedsgrader, der glider jævnt over i hverandre, og selv bortset fra bevisvanskeligheder med hensyn til, hvad gerningsmanden virkelig har tænkt sig — vanskeligheder, der ofte er uoverstigelige — må enhver fast inddeling af denne skala erkendes som vilkårlig.

Forholdet ligger imidlertid noget anderledes, når man i højere grad, end tilfældet har været i hidtidig dansk teori, bestemmer forsætsbegrebet under hensyntagen til, hvad gerningsmanden har *villet*, og giver forsættets intellektuelle momenter en mere akcessorisk eller subsidiær placering som forudsætninger for viljesakten. Om nogen skarp modsætning mellem vilje og viden (forestilling) på dette område kan der imidlertid ikke være tale. Det er for længst anerkendt, at viljes- og forestillingsteoriene ikke repræsenterer logiske modsætninger, men kun modstående tendenser med hensyn til, hvad der fremhæves som forsættets essens. Ikke desto mindre har valget mellem de to tendenser både teoretisk og praktisk betydning, og det ikke blot med hensyn til spørgsmålet om afgrænsningen mellem forsæt og uagtsomhed.

•

Et forsætsbegreb, der primært lægger vægten på, hvorvidt gerningsmandens vilje omfatter de momenter, om hvis tilregnelser som forsætlige der er spørgsmål, har utvivlsomt et bedre psykologisk fundament end et efter intellektuelle kriterier udformet forsætsbegreb. I vidt omfang er strafbare handlinger og derved voldte følger, om hvis forsætlighed der hverken efter almindelig psykologisk eller juridisk opfattelse hersker nogen tvivl, udslag af en villen, der ikke har været ledsaget af en klar, endsige genemtænkt forestillingsproces om handlingen selv og dens konsekvenser. Og ikke sjældent, i hvert fald indenfor rammerne af, hvad der kriminalretligt bedømmes som »normalt«, har gerningsmanden ladet sin vilje til forbrydelsen fortrænge hæmningerne under opbud af et psykisk selvbedrag (motivbesmykkelse, optimisme om muligheden af at afværge eller genoprette en af forbrydelsen følgende skade, etc.), der tilslører eller udvisker en klar virkelighedserkendelse. Tilfælde af denne art er for nylig fremdraget af Trolle (Festskrift for Schlyter, Stockholm 1949, s. 358 ff),



der med rette bemærker, at dansk teoris gængse forsætsdefinitioner her kommer til kort overfor virkeligheden.

Ligesom ved den almindelige afgrænsning af forsæt fra uagtsomhed giver viljessynspunktet ved bedømmelsen af det »slørede forsæt« en orientering henimod det for den kriminalretlige bedømmelse centrale hensyn. Om noget skarpt kriterium, der kan udkrystalliseres i en fast formuleret definition, bliver der dog efter forholdets natur ikke tale. Et abstrakt juridisk begreb kan og må bestemmes fast og entydigt, men en begrebsdannelse omkring et biologisk eller psykologisk fænomen må give plads for den ubestemthed eller spændvidde, som dette fænomen i virkeligheden har.

Ved nærmere udformning af forsætslæren i tilslutning til et viljessynspunkt må der søges vejledning i den psykologiske videnskab. Men dennes terminologi og resultater kan ikke uden videre overføres til kriminalvidenskaben, der har en anden terminologisk tradition og sin særegne problemstilling. Der kan kun være spørgsmål om en tilnærmelse, navnlig således at kriminalvidenskaben undgår at arbejde med uholdbare psykologiske forudsætninger. Hvad særlig angår forståelsen af udtryk som »villen«, »stræben«, etc. som grundlag for en forsætstilregnelser, må der — i hvert fald på psykologiens nuværende udviklingstrin — til en vis grad faldes tilbage på en umiddelbart sproglig og retlig fornemmelse. Praktisk vil forsætstilregnelsen — bortset fra mulige bevisvanskeligheder — være utvivlsom, når gerningsmanden har villet en handling eller følge i den forstand, at han har tilstræbt den som ønskværdig eller har taget den med i købet som det nødvendige middel eller den uundgåelige følge af det tilstræbte mål. Men udenfor disse klare tilfælde bevæger man sig ind på et tvivlsområde. Det er her, hjælpebegrebet *dolus eventualis* sætter ind. Læren herom er på flere punkter utilfredsstillende i dansk teori.

\*

Det er den almindelige opfattelse i dansk — og også i norsk — teori, at der kun bliver brug for anvendelse af *dolus eventualis*, når den handlende har forudset en følge eller formodet en omstændighed med en vis mindre grad af sandsynlighed eller som en blot mulighed. Har han derimod forudset den pågældende

følge som »overvejende sandsynlig« eller haft en vis bestemtere, men dog ikke sikker, antagelse med hensyn til vedkommende omstændigheds tilstedeværelse, statueres direkte forsæt. I udenlandsk doktrin, der gennemgående lægger en viljest teori til grund, således navnlig i tysk og svensk litteratur, er det derimod almindeligt, at tilfælde af sidstnævnte art (sandsynligheds- og antagelsestilfælde) holdes udenfor det direkte forsæt og kun medfører forsætsansvar efter et *dolus eventualis* synspunkt.

I den praktiske anvendelse fører de to forskellige opfattelser næppe til større divergenser. Men der kan dog tænkes tilfælde, hvor det ville være urigtigt at statuere forsæt på grundlag af en sandsynlighedsantagelse uden den yderligere subjektive betingelse, der ligger i kravet om *dolus eventualis* (i den nedenfor angivne forstand). Hvis A vel har indset, at en vis begivenhed med overvejende sandsynlighed ville blive følgen af hans handling, men i den givne situation dog har set sig nødsaget til at foretage denne handling netop med det formål at afværge denne begivenhed, der ellers ville være indtrådt ad anden vej, ville det være urimeligt at sige, at han har handlet med det forsæt at hidføre begivenheden. Goos var opmærksom på sådanne tilfælde og undtog udtrykkelig fra forsætsområdet tilfælde, hvor den handlende netop med hensyn til muligheden af at undgå det i høj grad sandsynlige har truffet foranstaltninger for at hindre skadens indtræden (Den danske Strafferet, II, s. 373).

Undtagelsestilfælde af den angivne art viser, at det er teoretisk rigtigt ikke at lægge sandsynlighedsforestillingen som sådan til grund for forsætstilregnelsen. Det er viljesretningen, det kommer an på, og den sandsynlighedsgrad, under hvilken der handles, har i virkeligheden kun betydning som indikator for den kriminelle vilje. Har A foretaget en vis handling a trods forståelse af, at den efter al sandsynlighed vil hidføre resultatet b, kan der som almindelig regel gås ud fra, at han har vilje (forsæt) til at bevirke dette resultat. Og for nemheds skyld kan da kriteriet for tilregnelsen knyttes direkte til sandsynlighedsforestillingen. Men dette er kun en praktisk simplificering.

Det er derfor i princippet rigtigt, når sandsynlighedstilfælde sættes i klasse med de tilfælde, der efter hidtidig dansk teori hen-

føres til *dolus eventualis* gruppen, altså tilfælde, hvor en vis følge er forudset som muligt indtrædende eller en vis omstændigheds tilstedeværelse i nogen grad har været formodet, alt under en videregående kriminalitetsvilje end den, der sædvanlig er forbundet med handlen i bevidst uagtsomhed.

Bestemmelsen af denne videregående vilje sker nu i vor teori efter et hypotetisk kriterium: Ville gerningsmanden have handlet på samme måde, hvis han havde vidst fuld besked? Det er en formulering hentet fra ældre tysk forestillingsteori (*Reinhard von Frank*), nu ikke længere opretholdt i tysk doktrin og ved nærmere betragtning næppe egnet til at lægges til grund for forsætsafgrænsningen.

Det må nemlig for det første erkendes, at der forekommer formodningstilfælde, hvor der realt er grund til at statuere forsæt, selv om det ikke med sikkerhed tør antages, at gerningsmanden ville have handlet som sket, hvis han havde haft sikker viden om det pågældende faktum. Dette gælder navnlig, hvor han med vilje har undgået at blive bekendt med oplysninger, der kunne bestyrke hans mistanke. Som eksempel kan henvises til det af *Strahl* og *Alexandersson* i Svensk Juristtidning 1945, s. 33 ff. og 295 ff. omtalte retstilfælde, hvor Högsta Domstolen pålagde ansvar for forsætlig utugt med pige under 15 år. Det siges i domsbegrundelsen, at den tiltalte ganske vist ikke havde haft sikker viden om pigens alder, men at det efter omstændighederne — han havde vidst, at hun var elev i folkeskolen, og hun var legemligt ikke særlig udviklet — havde stået som »synnerligen tvivelaktigt« for ham, hvorledes det forholdt sig med hendes alder, og *Alexandersson* tilføjer, at den pågældende forsætligt måtte antages at have holdt sig i uvished om hendes alder for at undgå risiko for strafansvar. Skånska hovrätten havde statueret forsæt med den traditionelle *dolus eventualis* formulering (at han ikke ville have ladet sig afholde fra gerningen, hvis han havde haft kendskab til alderen), men i virkeligheden kunne det ikke siges med sikkerhed, at han havde turdet foretage handlingen, hvis han på forhånd havde indhentet oplysninger, der gjorde hans onde tro til en beviselig viden. Og efter svensk lov måtte da frifindelse være blevet konsekvensen af et forsætskrav, der lægger den afgørende vægt på,

hvorledes der ville have været handlet i tilfælde af en hypotetisk viden.

Det er muligt, at danske domstole i et tilfælde som det her omtalte som den forsigtigste løsning ville falde tilbage på uagtsomhedsbestemmelsen i strfl. § 226, jfr. § 222, stk. 1. Men alligevel viser tilfældet ligesom en række andre eksempler i tysk litteratur, se *Mezger*, Strafrecht, 2. Auflage, München 1933, s. 347 f., at det hypotetiske vidensforsæt kan føre til utilfredsstillende resultater.

Mod den hypotetiske konstruktion, baseret på en eventuel viden, taler også formelle betænkeligheder. Det byder ligefrem domstolene imod at begrunde et strafansvar på, hvad den tiltalte ville have gjort, hvis han havde haft en viden, han faktisk ikke har haft. Det er en begrundelse, der smager for meget af teori. Tiltalte og lægdommere vil have svært ved at forstå den. Og den har faktisk ikke fået fodfæste i dansk domspraksis. Der findes kun en enkelt dom fra nyere tid (U. f. R. 1947, s. 745, note 1), der anvender den.

Hvad der er trang til, og hvad der kan udtrykkes uden hypotetisk omskrivning, er at anerkende en forsætsform, som fra den bevidste uagtsomheds område udskiller tilfælde, hvor den handlendes viljesforhold til gerningsindholdet er af en sådan positivitet, at en forsætsbedømmelse efter et friere skøn realt er velbegrundet. Man kan her med nyere tysk og schweizisk teori som stikord for det krav, der må stilles, tale om »positiv indvilligelse«, akcept, billigelse, tagen med i købet, etc. Vægten ligger imidlertid ikke på det enkelte ord eller udtryk, der dog ikke kan dække hele det brogede område, hvor forsætsspørgsmål opstår. Teorien kan næppe mere end angive en tendens eller et synspunkt af betydning for den konkrete afgørelse af tilregnelsen.

Det skal tilføjes, at det her hævdede synspunkt vel afviger fra hidtidig dansk teori, men næppe betyder noget brud med opfattelsen i retspraksis. I de ganske få domme, som man hidtil har set som mulige udtryk for, at dansk retspraksis anerkender *dolus eventualis* som forsæt, jfr. således U. f. R. 1900, s. 526 (H) og U. f. R. 1918, s. 946 (H), anvendes udtryk, der nærmest stemmer med, hvad der ville følge af en anvendelse af den positive indvilligelsesteori.

Om man vil bevare »dolus eventualis« som betegnelse for den her omtalte forsætsform, er jo et rent terminologisk spørgsmål. Det er vistnok praktisk at bevare betegnelsen, men således at den ikke lækkes til den hidtidige definition. Det i denne indeholdte tankeeksperiment vil for øvrigt stadig bevare interesse, idet det vil kunne anvendes som et af flere midler ved bedømmelsen af gerningsmandens viljesforhold.

Grænsen for den forsætstilregnelser, hvorom der her er spørgsmål, drages fra alle sider, både indenfor forestillings- og viljesteorierne, ved krav om tilstedeværelse af en vis formodning eller forudseen. Den ubevidste uagtsomhed skal, ligegyldigt hvor grov den end er, aldrig kunne rejse spørgsmål om dolus eventualis. Der kan måske nok stilles et spørgsmålstegn ved denne afgrænsnings reale værdi. I hvert fald opererer den med et kriterium, der bevismæssigt ofte kan frembyde den største tvivl. Man må imidlertid regne med, at antagelsen af en vis formodnings tilstedeværelse hos gerningsmanden — og den deraf følgende mulighed for en dolus eventualis — hyppigt, måske som regel, bygges på slutninger fra den udviste uforsvarlige adfærds karakter, og at derfor tilfælde af ubevidst uagtsomhed faktisk kan komme til at glide ind under samme bedømmelse som den bevidste uagtsomhed. Ligger det omvendt klart, at den handlende overhovedet ikke har haft sin tanke henvendt på den eventualitet, om hvis tilregnelser der er spørgsmål, må det vel fra ethvert synspunkt billiges, at denne eventualitet holdes udenfor muligheden af et forsætsansvar.

\*

Man kunne måske frygte, at en bestemmelse af forsætsbegrebet, derunder dolus eventualis, efter en sådan friere viljesbedømmelse som omtalt i det foregående, vil medføre en vagere afgrænsning tenderende til en udvidelse af forsætsområdet i forhold til hidtidig teori og praksis her i landet. Efter erfaringerne fra Tyskland, Schweiz og andre lande, hvor forsæt efter herskende opfattelse gennem lang tid har været bestemt efter de angivne retningslinier, skulle sådan en frygt være ubegrundet.

I hvert fald kan det kun være til gavn, at forsætslæren i dansk strafferet tages op til kritisk prøvelse. Den har været forsømt i en

lang årrække, og det er næppe uden forbindelse hermed, at der i retspraksis gør sig en del usikkerhed gældende med hensyn til betingelserne for at statuere forsæt ved forskellige forbrydelseskategorier, se særlig med hensyn til hæleri den af *Theodor Petersen* i *Juristen* 1943, s. 369 ff. foretagne gennemgang af domspraksis. Denne usikkerhed afspejler sig undertiden i selve formuleringen af præmisserne for antagelse af forsæt. Det kan ikke kritiseres, at disse som regel holdes i almindelige, uforpligtende vendinger, som f. eks., at de ved vedkommende forbrydelse fornødne betingelser for at statuere forsæt har foreligget. Derimod er det uheldigt og egnet til at medføre en udvanding af forsætskravet, når flere nyere domme (afsagt af Østre Landsret) antager forsæt med en begrundelse, der taget efter ordene næppe kunne føre videre end til at statuere uagtsomhed, se således U. f. R. 1948, s. 113 (det må »antages at have stået ham klart, at hans handling rummede fare for R's liv«) og U. f. R. 1949, s. 797 (det måtte have stået tiltalte klart, at han ved at skyde under de nævnte omstændigheder havde udsat de pågældende for at blive dræbt). Højesteret måtte som ankeinstans kunne tilsidesætte sådanne afgørelser på grund af urigtig retsanvendelse, således som det flere gange er sket i norsk højesteretspraksis i lignende tilfælde.<sup>2</sup> Dette har dog hidtil ikke fundet sted her i landet, men Højesteret har stadfæstet forsætsafgørelserne i de nævnte sager med bemærkning, at landsrettens dom fandtes at måtte forstås således, at det var anset bevist, at de til forsæt fornødne betingelser har foreligget. Efter de foreliggende oplysninger kan der materielt næppe være nogen betænkelighed ved de resultater, man herved er kommet til. De stemmer formentlig med, hvad der måtte antages efter et dolus eventualis synspunkt med vægten lagt på gerningsmandens vilje i forhold til den indtrådte virkning.

\*

Tilregnelseskravet er efter dansk teori i almindelighed anset for udtømt med konstateringen af forsæt, respektive uagtsomhed. I nyere tysk teori har man derimod indgående beskæftiget sig med nødvendigheden af at supplere kravet om forsæt eller uagtsomhed med et yderligere skyldelement. Det betones, at forsæt og uagtsomhed er *skyldformer*. Men til skyld kræves, at det udviste for-

hold subjektivt er dadelværdigt efter en retlig bedømmelse. Det må imidlertid erkendes, at der forekommer tilfælde, hvor et gerningsindhold forsætligt (uagtsomt) er realiseret, uden at der tør fældes nogen negativ værdidom over handlingen. Dette kan bero på, at der foreligger en objektiv retmæssighedsgrund, og der opstår da intet særligt skyldproblem. Men det samme kan være tilfældet, selv om handlingen efter almindelig opfattelse ikke kan betragtes som retmæssig. Hvis der da dog foreligger sådanne særlige omstændigheder, at handlingen ikke kan bebrejdes den pågældende, idet der under disse omstændigheder ikke kunne forventes en anden handlemåde fra en almindelig, lovlydig samfundsborger, kan skyld ikke statueres. Der mangler, hvad man i tysk teori har kaldt Zumutbarkeit, eller med en nyere og bedre betegnelse: *Vorwerfbarkeit*.

Denne side af skyldlæren er blevet stærkt akcentueret i nyeste tysk doktrin efter den anden verdenskrig, hvor retspraksis og teori har stået overfor særlig tilspidsede skyldproblemer i retsopgøret med Hitlerperiodens forbrydelser. Man får et levende indtryk af, hvilken rolle skyldspørgsmål af denne kategori er kommet til at spille ved at læse det nylig, efter seks års pause, udkomne første hæfte af *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, hvor samtlige artikler kredser om emnet.

Det ville føre for vidt her at komme ind på enkeltheder i den nye tyske doktrin om et »socialtisk skyldelement« som led i skyldkravet. Jeg skal blot nævne, at en af hovedforfatterne i den etiserende skyldretning, der nu synes at dominere i tysk strafferetsteori, er Göttingen-professoren *Hans Welzel*, der i 1935 med værket *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* lagde grunden til den værdifilosofi, som præger debatten i dag. Aktuelt koncentrerer denne sig om nogle af Oberster Gerichtshof für die britische Zone (i Köln) afsagte domme i straffesager mod tyske læger, der har efterkommet ordrer til at dræbe håbløst syge patienter (såkaldte euthanasi-tilfælde), men som til deres undskyldning har anført — og formentlig godtgjort — at deres vægring ved at efterkomme ordren ville have medført indsættelse af SS-læger i de pågældende lejre med et langt større antal dødsopfre til følge.

Ved disse domme — der er refererede i *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1949, s. 371 og *Neue Juristische Wochenschrift* 1950, s. 151 ff. — er de pågældende læger blevet frifundet for strafansvar. Begrundelsen er hverken, at deres handlemåde har været retmæssig (ifølge et nødretligt synspunkt), eller at der ikke kan bebrejdes dem nogen skyld, men domstolen har søgt tilflugt i den konstruktion, at der under de foreliggende omstændigheder måtte anerkendes en »personlig strafudelukkelsesgrund«. Mod denne begrundelse vender bl. a. *Welzel* sig i det nævnte hæfte af *ZStW*, s. 47 ff. Hans standpunkt er, at domstolen ikke kan unddrage sig fra at tage stilling netop til skyldspørgsmålet. Hvis det har været lægernes socialetiske pligt under de foreliggende omstændigheder at handle, som de gjorde, har de ingen skyld i retlig forstand, selv om der moralsk altid må anerkendes en skyld ved forsætlig opofrelse af andres liv, omend en tragisk konflikt ikke har ladet anden udvej åben.

Til belysning af synspunktet anfører *Welzel* et godt eksempel. En godsvogn har revet sig løs fra en togstamme på en bjergskråning og farer med stor hast nedad mod et passagertog på samme spor. En banefunktionær, der ser godsvognen komme, kan i sidste øjeblik foretage et sporskifte, hvorved den ledes ind på et vige-spor, men her er tre arbejdere beskæftiget, og de vil sikkert blive dræbt ved manøvren. Foretages den ikke, vil med sikkerhed et betydeligt større antal mennesker blive dræbt ved sammenstødet med passagertoget.

I et tilfælde som dette, siger *Wenzel*, bør den omtalte handling utvivlsomt foretages. Den kan ganske vist ikke klassificeres som retmæssig, da det ikke går an at antage en nødretlig beføjelse til at ofre uskyldige menneskers liv til fordel for andres liv. Menne-sket kan i overensstemmelse med den Kant'ske etik ikke benyttes blot som middel. Men handlingen må være straffri, fordi der ikke foreligger nogen skyld (i socialetisk og retlig forstand).

Jeg skal ikke komme ind på den spekulative filosofi, som udgør det dybere grundlag for den her berørte skyldteori. Også uden at dette grundlag akcepteres, har teorien interesse for dansk strafferet. Særlig med henblik på nødret er det jo også opfattelsen her, at denne i almindelighed, i hvert fald indenfor rammerne



af straffelovens § 14, ikke giver hjemmel for opofrelse af menneskeliv. Skyldsynspunktet, den betragtning, at handlingen under de foreliggende omstændigheder ikke kan bebrejdes den handlende, må i en række tilfælde vistnok anerkendes som teoretisk og praktisk tilfredsstillende.

I denne forbindelse kan nævnes Østre Landsrets dom i U. f. R. 1947, s. 420. Sagen drejede sig om en ung mand, der efter at være blevet arresteret af tyskerne under besættelsen brød sammen af frygt for en truende dødsdom og angav kammerater og andre til Gestapo, lod sig bruge som cellespion m. v. Han blev frifundet af landsretten for angiveri med den begrundelse, at *hans »forsæt ikke (havde) haft en sådan karakter af frivillighed«, at hans handlinger kunne rammes med straf.* Formuleringen er ikke ganske træffende. Med manglende frivillighed (tvang) er der, bortset fra mekanisk og lignende tvang, der betager handlingen dens karakter af viljesakt, gjort op i strfl. § 84, nr. 5. Men reelt dækker formuleringen over, at der under de foreliggende ekstraordinære omstændigheder ikke kunne statueres en strafbar skyld.

Den supplerende skyldvurdering, som efter det anførte i særlige situationer kan være påkrævet udover en konstatering af de traditionelle skyldelementer forsæt eller uagtsomhed, rummer ligesom disse tilregningsformer mulighed for en gradation. I et vist omfang kan denne gradation ske under anvendelse af strafnedsættelsesreglen i strfl. § 85, stk. 1, eller anvendelse af betinget dom i medfør af samme bestemmelses stk. 2. Men for de undtagelses-tilfældes vedkommende, hvor slet ingen retlig bebrejdelse tør rettes mod den handlende, og hvor det derfor ville være en uretfærdighed at domfælde selv under anvendelse af § 85, må vejen i overensstemmelse med den anførte landsretsdom holdes åben for en frikendelse. Dertil behøves ingen udtrykkelig lovhjemmel. Ligesålidt som straffeloven har bestemt, hvad der ligger i begreberne forsæt og uagtsomhed, har den bestemt, hvad der ligger i det skyldbegreb, som ligger bag disse tilregningsformer, og som betinger ansvar til straf.

#### NOTER

1. Se W. E. von Eyben, Straffudmåling, 1950, s. 222 f.

2. Se bl. a. Harald Sund i Svensk Juristtidning 1948, s. 66-67.

# Caveat emptor-reglens oprindelse

Af Stig Iuul

Reglen i købelovens § 47\* antages ofte at hidrøre fra den romerske ret. Allerede den omstændighed, at den i almindelighed udtrykkes i den latinske sætning: *Caveat emptor*, synes at antyde dens romerretlige oprindelse, og retsprincippets forekomst i de romanistiske retsordener kan kun bestyrke den opfattelse, at det i sidste instans gaar tilbage til Justinians kodifikation.

En nærmere undersøgelse viser imidlertid, at de første spor af reglen kan paavises længe forud for det tidsrum, da den romerske rets indflydelse paa de øvrige europæiske retssystemer satte ind. End ikke den latinske formulering af reglen hidrører fra romersk ret, idet den første gang dukker op i engelsk retssprog i det 16. aarhundrede. At man her formulerede reglen i en latinsk sentens, kan ikke undre i betragtning af, at alle retslige dokumenter i England indtil 1731 (4 Geo. II. c. 26) skulle være affattet paa latin. Efter *Coke's* opfattelse var det ogsaa hævet over enhver tvivl, at reglen ikke hidrørte fra romersk ret, men tværtimod var i strid med denne. I hans *First Institute* (1628), der fremtræder som en kommentar til den middelalderlige retslærde *Littleton's Tenures*, siges udtrykkeligt:

»Note that by the Civil Law (d. v. s. romerretten) every man is bound to warrant the thing that he selleth and conveyeth albeit there be no express warranty, but the Common Law bindeth him not, unless there be a warranty either in deed or in law, for *Caveat emptor*« (102 a).

Hvor gammel denne regel var i common law paa *Coke's* tid, er

vanskeligt at sige. *Bracton*, hvis virksomhed faldt omkring midten af det 13. aarh., gentager næsten ordret (II, c. 27), den ca. 75 aar ældre *Glanville's* udtalelser (X, c. 14) om køberens mangelsbeføjelser, idet han giver køberen ret til at hæve købet paa grund af mangler, saafremt sælgeren har solgt tingen »tamquam sanam et sine mahemio«. Ingen af disse to forfattere siger dog, at garantien skal have fundet udtryk i et forseglet dokument (deed), men dette var sikkert en forudsætning. Hos *Fitzherbert*, som skrev i begyndelsen af det 16. aarh., forekommer reglen i hans »*New Nature Brevium*«, idet det siges (94, c. 1), at hvis en mand sælger vin eller en hest uden garanti, »it is at the other's peril and his eyes and his taste ought to be his judges in that case«. Der tages intet hensyn til »statements«, som ikke har karakter af »express warranties«. Et samtidigt ikke-juridisk værk »*Book of Husbandry*«, <sup>1</sup> der ofte henføres til samme forfatter, har tilmed den latinske formulering af reglen, idet det om en solgt hest siges: »If he be tame and haue ben rydden vpon than caveat emptor, beware the byer, for the byer hath both his eyen to se and his handes to handell«. En sædvaneregul fra Lancaster (*Selden Society* publ. 21 s. 183) fra 1562 fastslaaer samme princip, idet den om købere af malt siger: »lette their eye be their chapman, for yf it prove nought, thei shall have no remedie for it afterwards, except thei can prove the seller thereof dyd warrand the same to be good«.

Leading case in common law blev dommen om bezoarstenen fra 1603: *Chandelor v. Lopus*, (*Holdsworth* VIII p. 68 f.). Sagen drejede sig om en juveler, der havde solgt en sten, som han urigtigt betegnede som en bezoar (d. v. s. en sten, der dannes i maven paa bezoargeden og i ældre tid benyttedes over for forgiftninger og smitsomme sygdomme). Prisen var efter datidens forhold meget høj, nemlig 100 £. Det fremgaar af det bevarede ufuldstændige referat af sagen, at det eneste grundlag, paa hvilket køberen kunne gennemføre sit krav, var ved at godtgøre, at sælgeren havde gjort sig skyldig i svig eller havde paataget sig en egentlig warranty.

Den videre udvikling af caveat emptor-reglen i engelsk ret skal ikke følges paa dette sted. 1862 formulerede Chief Baron Pollock reglen saaledes i sagen *Emmerton v. Mathews* (*Revised Reports* vol. 126 p. 572): »The undoubted general law is, that, in

the absence of all fraud, if a specific article be sold, the buyer having an opportunity of examining and selecting it, the rule of caveat emptor applies«. Heraf fremgaar, at reglen i mellemtiden var blevet underkastet visse begrænsninger, og man antog, at der i adskillige tilfælde forelaa en saakaldt »implied warranty«. Disse er nu kodificeret i Sale of Goods Act af 1893 (56, 57 Vic. c. 71 s. 14), samtidig med at princippet iøvrigt er opretholdt som gældende engelsk ret.

Caveat emptor-reglens forekomst i England i et tidsrum, da retsudviklingen i ringe grad var paavirket af romersk ret, er i sig selv et argument imod, at den skulle være af romerretlig oprindelse. Det afgørende bevis ligger dog deri, at den forekommer i saa mange germanske retsordener, at den kan betegnes som et almindeligt princip i germansk ret. De første spor af den kan paavises i de saakaldte germanske stammelove, af hvilke *Lex Bajuvariorum* (741-43) i tit. 15 c. 9 fastslaar, at køberen har ret til at levere en ting tilbage i løbet af 3 dage, saafremt den lider af visse i loven nærmere omtalte mangler, medmindre sælgeren med edsbevis kan godtgøre, at han ikke kendte manglen. I det sidstnævnte tilfælde er ophævelse af købet altsaa udelukket. En tilsvarende regel findes i det langobardiske *Edictus Rothari* (fra 643). Om begge disse love kunne ganske vist siges, at de gjaldt for folkeslag, som havde en vis forbindelse med Romerne og maaske ikke helt var undgaaet romerretlig paavirkning, f. s. v. angik reglerne om køb og salg; men dette gælder i hvert fald ikke om Angelsakserne, hos hvem *Ines lov* (688-95) c. 56 paa ganske tilsvarende maade bestemmer, at køberens adgang til at tilbagelevere den mangelfulde ting var betinget af, at sælgeren kendte manglen.

Ogsaa de nordiske retskilder staar i hovedsagen paa samme standpunkt.

Efter Uplandsloven var der i visse tilfælde fastsat bødestraf for at sælge mangelfulde varer, nemlig naar disse var forfalskede og sælgeren var vidende derom. Særlige regler var fastsat om forfalsket guld og sølv. I disse tilfælde ligesom i de tilfælde, hvor sælgeren vidste, at salgsgenstanden var behæftet med mangler, og skjulte disse for køberen, kunne denne hæve købet. Der sagdes her at foreligge *löndalastær*, men adgangen til at paaberaabe sig

en saadan bortfaldt efter en vis kortere tids forløb. For visse ting gjaldt særlige regler. Naar Lydekins ekscerpter (tillæg til den yngre Vestgöta-lov) 81 ogsaa foreskriver bødestraf for den jernblæser, som sælger daarligt jern, maa man sikkert ogsaa i dette tilfælde gaa ud fra, at der er tale om en saadan löndalastær; men til denne regel findes intet sidestykke i de andre love. Derimod bestemmer Uplandsloven, at køberen af en hest eller andet kvæg inden en vis frist kan træde tilbage fra handelen, naar dyret er behæftet med en vis fejl, selv om sælgeren ikke var vidende herom. Dette gjaldt dog ikke ved torvekøb. Gotlandsloven har lignende regler om trælle, som maatte være erhvervet paa torvet, og Södermanlandsloven udvider endelig den lige omtalte regel i Uplandsloven til at gælde andre ting, men ogsaa her gøres der en undtagelse m. h. t. torvekøb.

De norske love er noget strengere for køberen end de svenske. Ganske vist hjemler Gulatingsloven 3 marks bøde for salg af ting, som sælgeren ved er forfalskede, samtidig med at loven giver køberen adgang til at hæve købet, men bortset herfra var det kun visse typiske mangler, som kunne komme i betragtning, og hvis sælgeren aflagde ed paa, at han ikke havde været vidende om dem, var der ingen mulighed for køberen for at hæve købet. En enestaaende regel findes dog i Bjarkøretten om, at køberen kunne kræve handelens tilbagegang, hvis købet var afsluttet i mørke, saaledes at ingen af parterne kunne se tingen.<sup>2</sup>

De danske landskabslove indeholder overhovedet ingen regler om mangler. Derimod foreskriver § 50 i den gamle byret for Slesvig, som ligger til grund for § 62 i Flensborg byret, at i handel med fremmede købmænd skal køberen nøje besigtige tøjet, og at han ikke kan hæve købet, naar tøjet er afmaalt, medmindre det er mølædt eller angrebet af raadenskab. Ogsaa her ser man, at sælgerens ansvar er begrænset til visse typiske fejl, men der synes paa den anden side ikke at have været adgang for sælgeren til at føre bevis for sit ukendskab til manglen.

Vil man herefter i korthed sammenfatte retstilstanden i den ældste tid hos de germanske folk m. h. t. betydningen af, at en salgsgenstand viser sig at være mangelfuld, kan det siges, at retsordenen vel beskytter køberen mod svig fra sælgerens side, men

at køberen bortset herfra i reglen ikke har nogen beføjelser i tilfælde af mangler ved salgsgenstanden. Efter visse af lovene gøres der begrænsede undtagelser fra dette standpunkt, men som hovedregel gælder, at køberen maa se sig for: *caveat emptor*.

En principielt forskellig opfattelse træder for dagen i den justinianske ret. Ganske vist er køberens ret til at kræve *erstatning* for mangler ved tingen begrænset til tilfælde, hvor der foreligger *dolus* eller egentlig garanti for mangelfrihed fra sælgerens side, men køberens adgang til at hæve købet — eller til at kræve forholdsmæssig afslag i købesummen — er langt videre end i de germanske retsordener. De herom gældende regler var som bekendt opstillet i det ædiliske edikt med henblik paa torvehandelen og var dikteret af rent politimæssige synspunkter, som førte til, at man ikke gav sælgeren adgang til at føre bevis for, at han var uvidende om tingens mangelfuldhed. Som ovenfor omtalt indtog de germanske retsordener det stikmodsatte standpunkt: selv om der iøvrigt maatte være adgang til at paaberaabe sig mangler inden for visse grænser, gjaldt dette ikke, naar tingen var erhvervet paa torvet. Paa den anden side førte de politimæssige synspunkter i romerretten ikke til, at man indrømmede en køber, som selv var klar over, at tingen var behæftet med en mangel, adgang til at hæve kontrakten (*actio redhibitoria*) eller til forholdsmæssigt afslag i købesummen (*actio quanti minoris*). Reglerne tilsigtede kun at beskytte køberen mod at blive ført bag lyset (D. 21, 1, 1, 6: »*Hoc tantum intuendum est, ne emptor decipiatur*«). Med en saadan viden hos køberen om, at tingen var mangelfuld, sidestilledes det forhold, at hans ukendskab til manglen maatte karakteriseres som *dissoluta* (D. 21, 1, 55), hvilket nærmest kan oversættes ved: uundskyldelig.

Ifølge D. 21, 1, 14, 10 betragtes endvidere en sygdom hos en slave som udtrykkelig oplyst, hvis den er af en saadan art, at den kan ses af alle, f. eks. hvis slaven er blind eller har et iøjnefaldende og farligt ar i hovedet eller andetsteds paa kroppen. Endnu videregaaende er reglen i D. 21, 1, 1, 6 om, at det ædiliske edikts bestemmelser ikke finder anvendelse paa mangler ved eller sygdomme hos slaver, som i reglen plejer at vise sig ved ydre tegn.

Køberen var herefter udelukket fra at paaberaabe sig reglerne

i det ædiliske edikt, naar han enten 1) kendte manglen, eller 2) denne var aldeles aabenbar (i hvert fald naar det drejede sig om slaver), eller 3) køberens ukendskab til manglen maatte betegnes som uundskyldelig. Herved maa imidlertid erindres, at disse undtagelsesbestemmelser var udformet med henblik paa torvehandelen, hvor en forudgaaende besigtigelse af salgsgenstanden var et naturligt led i handelen. Den udvidelse af ediktets regler til at gælde andre former for køb og salg — herunder ogsaa distancehandelen —, som vistnok først fandt sted paa et ret sent udviklingsstrin i den romerske ret, maatte unægtelig rejse spørgsmaalet om, hvad man under disse omstændigheder skulle forstaa ved aabenbare mangler; men til besvarelse af dette spørgsmaal findes intet bidrag i de justinianske kilder.

Som ovenfor omtalt gik de skandinaviske retskilder fra midten af middelalderen noget videre i retning af at beskytte køberen end de ældste germanske retsordener, men de tyske retskilder fra tiden mellem det 13. aarhundrede og indtil receptionen af romerretten viser, at man ogsaa i Tyskland efterhaanden var naaet til det standpunkt, at tilstedeværelsen af visse typiske mangler gav køberen ret til inden en vis frist at hæve købet. Bortset fra saadanne tilfælde gjaldt imidlertid stadig, at køberen maatte se sig for, saaledes som det f. eks. siges i den hamborgske stadsret fra 1270: »Kofft ein man quick unde besüht he id, de schall id gel-den« (VI. 27), og endnu i den reviderede lybske ret fra 1586. (III, 6, 15): »Kaufft jemand es sey was es vor gud wolle, wenn er dasselbe zu vorn zu genüge besehen, do es kann besehen werden, solches mus er bezahlen«. Sin populære formulering fik dette princip i kendte retsordsprog som: »Wer die Augen nicht auf tut, tut den Beutel auf«, »Wer närrisch kauft, muss weislich bezahlen« og »Wer unrechte Ware kauft, mag unrechte Ware behalten«.<sup>3</sup>

Paa den anden side maa det haves i erindring, at det nævnte retsprincips praktiske virkninger til en vis grad blev begrænset af en anden vigtig regel i tysk ret, nemlig at købet først var afsluttet, naar enten tingen var taget i besiddelse af køberen, eller købesummen var erlagt, eller den saakaldte »gudspenning« til de fattige eller til lidkøb var udredet af køberen. Heraf fulgte f. eks., at i forsendelseskøb paa kredit, hvor der ikke var erlagt nogen guds-

penning, kunne køberen afvise en mangelfuld salgsgenstand paa et temmeligt sent stadium af mellemværendet med sælgeren.

Sammenstødet mellem de nedarvede tyskretlige regler og den romerske ret medførte som bekendt adskillige ejendommelige kompromisordninger. Inden for reglerne om køb og salg blev resultatet, at købet ansaas for perfekt allerede ved aftalen mellem parterne, og at risikoen som regel overgik allerede paa dette tidspunkt, medens den tyske ret havde lagt vægt paa overleveringen som det tidspunkt, da risikoen gik over. Paa den anden side viste adskillige af den gamle tyske rets regler sig overordentlig livskraftige over for romerretten. Saaledes lykkedes det ikke at faa indført de særlige forældelsesfrister paa 6 og 12 maaneder for henholdsvis actio redhibitoria og actio quanti minoris i Tyskland. Her blev man staaende ved den ældre regel om, at køberen kunne afvise tingen, indtil han havde taget den i sin besiddelse, men heller ikke senere, uagtet denne regel paa en vis maade svævede i luften ved at være løsrevet fra sin forudsætning: de gamle regler om, hvornaar købet ansaas for definitivt afsluttet.

De nedarvede regler om, at kun visse »Hauptmängel« ved salgsgenstanden kunne paaberaabes som grundlag for at hæve købet, lod sig ogsaa vanskeligt forene med det ædiliske edikts regler om, at alle skjulte mangler gav adgang enten til actio redhibitoria eller actio quanti minoris. I pandektsystemerne fra det 18. aarhundrede søgte man at bygge bro over modsætningen ved at fastslaa, at actio redhibitoria kunne anvendes af køberen, hvor manglen var væsentlig (hvilket nogenlunde svarede til den ældre rets »Hauptmängel«), og at han ellers kun havde krav paa actio quanti minoris, men denne opfattelse var uden ethvert holdepunkt i de romerske retskilder.

I reglen løstes problemet rent praktisk ved, at det i partikulærlovgivningen blev fastslaaet, at hvor talen var om salg af kreaturer, kunne køberen kun hæve købet, naar der forelaa en hovedmangel. Man fastholdt altsaa paa dette punkt den tyske rets regler, mens man iøvrigt bøjede sig for det ædiliske edikt, i hvert fald forsaa vidt angik pladshandelen. Den nærmere udformning af reglerne varierede imidlertid saa meget fra sted til sted, at man ikke uden grund har talt om »ein lächerliches System von Rechtsverschie-



denheiten«.⁴ De sidste rester af denne retstilling genfindes i BGB § 481 f., der for køb af visse husdyr fastslaa, at sælgeren kun er ansvarlig for Hauptfehler, at disse skal gøres gældende inden bestemte frister, samt at en med samtykke af Bundesrat udstedt kejserlig forordning skal fastslaa hovedmanglerne og fristerne.

Ogsaa caveat emptor-reglen undergik en vis omformning. Efter gammel tysk ret maatte køberen se sig vel for, fordi der principielt ikke var mulighed for at hæve et køb paa grund af mangler ved salgsgenstanden. Efter romersk ret maatte han se sig for, fordi han ikke kunne paaberaabe sig mangler, der betragtedes som aabenbare. Efter begge retssystemer medførte det altsaa — omend i forskelligt omfang — en betydelig risiko for køberen enten helt, at undlade at undersøge tingen eller at foretage en overfladisk undersøgelse. Formuleringen af caveat emptor-reglen i det 19. aarhundredes kodifikationer bærer imidlertid præg af divergensen mellem de to retssystemer. Klarest træder den gamle tyske opfattelse for dagen i den preussiske landret fra 1794, der hjemler køberen ret til at afvise tingen paa grund af mangler, naar disse er iøjnefaldende, lige indtil han har tilegnet sig tingen, altsaa en reminiscens af den gamle opfattelse, hvorefter købet først var afsluttet, naar køberen havde tilegnet sig tingen. Paa den anden side udelukkede denne lovbog køberen fra at hæve købet paa grund af saadanne mangler, efter at han havde tilegnet sig tingen, medmindre sælgeren havde gjort sig skyldig i svig. For andre mangler var der fastsat frister af forskellig længde (I. 5. § 330). Omvendt fastslog den af romersk ret stærkt paavirkede saksiske lovbog fra 1863, at køberen ikke kunne paaberaabe sig mangler, han kendte eller som sagkyndig »wahrnehmen musste« (§ 904). Den østrigske lovbog fra 1811 § 928 udelukker ligeledes mangelsbeføjelserne, naar manglerne var iøjnefaldende. I motiverne til BGB siges, at i samhandelen gælder ganske vist den regel, at enhver maa passe paa, men pligten til at holde øjnene aabne maa dog ikke spændes saa højt, at den omfatter ringe uagtsomhed, hvorefter udkastet til BGB formulerede caveat emptor-reglen (§ 382) saaledes, at den fandt anvendelse paa en mangel, »welcher dem Erwerber in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist«, jfr. BGB § 460 stk. 2. Hertil kræves ikke, at manglen er

aabenlys eller straks kunne opdages af en forsigtig køber, medens det dog heller ikke antages, at der i alle tilfælde bestaar en pligt for køberen til at undersøge salgsgenstanden.

Den schweiziske obligationsret fra 1881 udtrykte caveat emptor-reglen saaledes, at bortset fra de tilfælde, hvor sælgeren havde garanteret mod mangler eller han var vidende om saadanne, hæftede han ikke for mangler, »die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen«, jfr. nu OR § 200 stk. 2.

Ogsaa i fransk ret blev det gamle princip om køberens pligt til at se sig for udtrykt i nær tilknytning til romerrettens sondring mellem aabenlyse og skjulte mangler. *Pothier*<sup>5</sup> frakender for fransk rets vedkommende mangler, »qui peuvent facilement s'apercevoir«, karakter af »vices redhibitoires«. Køberen præsumeres ligefrem at kende saadanne aabenbare mangler, og bevis for ukendskabet til dem tillades ikke ført. Køberen maa tilregne sig selv, at han led tab: »il ne tenait qu'à lui d'examiner la chose avant de l'acheter ou de la faire examiner par quelqu'un s'il n'y connaissait pas lui-même«. I overensstemmelse hermed formuleres reglen i c. c. paa følgende maade: »Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même«. (art. 1642).

Naar man herefter spørger, hvorledes det i tidens løb gik det gamle germanske caveat emptor-princip i dansk ret, er det vanskeligt at give et tilfredsstillende svar herpaa. Køb og salg af løsøre er som bekendt et omraade, som først paa et meget sent tidspunkt tildrog sig lovgivningens opmærksomhed — endog D. L. 5-3, der efter sin overskrift angaar køb og salg, indeholder næsten udelukkende regler om fast ejendom. — Heller ikke teorien skænkede dette i praksis saa vigtige omraade nogen større opmærksomhed før i det 19. aarhundrede. Naar hertil kommer, at det er ret tilfældigt, hvad der er offentliggjort af domspraksis før aar 1800, er det uundgaaeligt, at enhver udtalelse om caveat emptor-reglens skæbne i tiden efter Danske lov maa faa en meget hypotetisk karakter.

Det er dog nærliggende at antage, at den udtrykkelige bestemmelse i 5-1-2 om, at kontrakter skulle holdes i alle deres ord og

punkter, saa som de indgangne ere, maa have haft en væsentlig betydning ogsaa for spørgsmaalet om betydningen af, at salgsgenstanden var mangelfuld. Den nævnte artikel antoges i det 18. aarhundrede at fastslaa, at kontrakter skulle undergives en meget streng fortolkning, en opfattelse, der forekommer saa sent som hos Hurtigkarl, jfr. ogsaa en Sjællands landstings dom af 1797 (Themis bd. 5 s. 99 f.). Heraf fulgte formentlig, at større afvigelser fra det omkontraherede kvantum antoges at give køberen ret til at hæve købet, mens kvalitetsmangler maatte vurderes ud fra en fortolkning af købekontraktens karakteristik af salgsgenstanden. Det er først hos Ørsted, at mere almindelige vejledende betragtninger fremsættes i forbindelse med behandlingen af »hjemmelspligten i videre forstand«. Denne pligt antoges nemlig af Ørsted at omfatte alle de egenskaber ved den omkontraherede ejendom eller rettighed, der enten er udtrykkelig betinget eller i mangel af udtrykkelig aftale af modstaaende indhold maa forudsættes (Hdb. V. s. 129, jfr. AfR I. s. 495 f.). Ørsted udtaler sig andetsteds (Hdb. V. s. 71 f.) imod den ældre opfattelse, hvorefter alle kontrakter efter dansk ret ordentligvis var *stricti juris*, og hævdede, at naar kontrakten angik et mere sammensat forhold, var det nødvendigt at supplere det udtrykkeligt betegnede med det, som forholdets natur, almindelig skik og brug og parternes hensigt tilsiger at være ment, ligesom ogsaa disse billighedshensyn vil være fornødne ved anvendelsen af de almindelige, skønt tydelige overenskomstpunkter paa de konkrete forhold.

Det er i virkeligheden kun en anvendelse af disse almindelige synspunkter, naar Ørsted (l. c. s. 130) hævder, at overdrageren formodes at paatage sig indestaaelse for, at tingen ikke lider af saadanne skjulte mangler, som, hvis de havde været bekendte, ville have afholdt den anden fra at købe tingen. Ørsted diskuterer hvorvidt mangler, som ikke aldeles ophæver tingens væsen af kontraktsgenstand eller kun angaar en vis afsondret del af den, giver adgang til en *actio redhibitoria* eller *actio quanti minoris*, og kommer til det resultat, at den første maa indrømmes, saafremt køberen kan godtgøre eller opgive nogen rimelig grund til, at han ikke ville have indgaaet kontrakten, hvis manglen havde været ham bekendt, mens der ellers kun kan indrømmes køberen *actio quanti*

minoris. Herved forstaar Ørsted imidlertid ikke kravet paa forholdsmæssigt afslag i købesummen, men paa erstatning af manglen. Et videregaaende ansvar for manglen af egenskaber, der forudsættes hos tingen, maa være betinget af dolus eller culpa. Om betydningen af aabenbare mangler udtaler Ørsted sig ikke direkte, lige saa lidt som *J. E. Larsen* (Sml. Skr. II, 2 s. 49 f.), hvis fremstilling af spørgsmaalet i det hele hviler paa Ørsteds. Derimod hævder *Gram* (II, 1. s. 234), at hvis medkontrahenten kendte eller burde kende manglen, f. eks. fordi denne var aldeles aabenbar og kendelig, kunne intet ansvar paahvile overdrageren. Til støtte herfor anføres en dom (J. U. 1849 s. 138) angaaende en hest, som var købt paa auktion og siden viste sig at lide af kuller. Denne dom frifandt ganske vist sælgeren, men afgørelsen er unægtelig af ret speciel karakter, idet sagen drejede sig om et køb paa auktion, med hensyn til hvilken auktionsvilkaarene udtrykkelig fastslog, at alt solgtes, som det var og forefandtes. Herefter var det forstaaeligt, at den paagældende gældskommissionsdom udtalte, at køberen maatte tilregne sig selv, at han havde købt en hest, der led af et for enhver hestekender synligt onde; men det kan ikke nægtes, at den støtte, dommen afgiver for den af *Gram* opstillede almindelige sætning, er meget spinkel.

Hos *Hindenburg*<sup>6</sup> forekommer caveat emptor-reglen i en væsentlig mere præcis udformning, naar det siges, at hvis sælgeren har henvist køberen til at tage den individuelle ting i øjesyn, kan køberen ikke paaberaabe sig mangler, som han ved en nøjagtig undersøgelse kunne komme til kundskab om. *Hindenburgs* dokumentation for rigtigheden af denne sætning indskrænker sig imidlertid til en paaberaabelse af *Grams* lige omtalte opfattelse og den ovenfor refererede dom fra 1849 samt en højesteretsdom fra 1869 (U. f. R. 1869 s. 1095). Hvad den sidstnævnte dom angaar, synes imidlertid ogsaa den at have en mere begrænset rækkevidde. Dommen fastslog vel, at ophævelse af en hestehandel, fordi hesten led af »hanetrin«, ikke kunne finde sted, men afgørelsen begrundedes i første linie med, at denne mangel ikke hørte til dem, som sælgeren ved indgaaelse af aftalen havde garanteret imod. Ved siden heraf lagde dommen vægt paa, at fejlen ikke var saa vigtig, at sælgeren burde have gjort køberen opmærksom paa den ogsaa

uden anledning fra køberens side. Det ser saaledes ud til, at retten er gaaet ud fra, at hævebeføjelsen i anledning af mangler var betinget af garanti eller svig fra sælgerens side. At manglen ikke var blevet bemærket af køberen ved den stedfundne besigtigelse af hesten, nævnes alene med henblik paa spørgsmaalet om, hvorvidt sælgeren burde have oplyst køberen om manglen, som sælgeren selv var vidende om. Dette antoges altsaa ikke at være tilfældet, »navnligen« da det ikke var godtgjort, at manglen kunne henregnes til usynlige fejl eller ikke kunne iagttages ved besigtigelse af hesten, især af en sagkyndig køber som sagsøgeren.

Hindenburgs opfattelse accepteredes imidlertid af *Evaldsen*,<sup>7</sup> der fastslaar, at det er en navnlig i de egentlige handelsforhold fast antagen sætning, at køberen ikke kan gøre saadanne mangler gældende, som kunne opdages ved almindelig undersøgelse. En forudsætning var det dog, at køberen var i besiddelse af den indsigt i bedømmelsen af den omspurgte ting, som enhver forstandig mand anser for nødvendig, naar han uden at forskafe sig sagkyndig bistand vil afslutte en handel som den omspurgte.

Hermed havde caveat emptor-reglen faaet borgerret inden for teorien. Selve den latinske sentens anvendtes første gang af *Hagerup* i hans forelæsninger fra 1883, idet han oplyste, at den hidrørte fra engelsk ret. *Jul. Lassen* overtog den i de senere udgaver af obligationsretten, hvorigennem den blev almindelig bekendt.

Betragter man praksis fra slutningen af det 19. aarhundrede, finder man vel domme, som giver udtryk for lignende synspunkter som de i teorien hævdede; men i reglen begrundes afgørelserne tillige paa anden maade, saaledes at køberens manglende paa-passelighed kun er et enkelt af de momenter, afgørelsen bygges paa. I en Sø- og handelsrets dom (SHT 1873 s. 173) lægges saaledes ikke alene vægt paa, at det skyldtes køberens egen forsømmelse, at han ikke havde udvist større omhu ved undersøgelsen af et parti pølser, forinden han købte det, men det betones samtidig, at køberen havde hjemtaget pølserne og var begyndt at sælge af dem, forinden han reklamerede. Højesteretsdommen i U. f. R. 1882 s. 370, som citeres af *Jul. Lassen*, afviste krav om erstatning i anledning af en ejendomshandel, støttet paa, at kælderen ikke var beboelig. Begrundelsen for frifindelsen var imidlertid

den, at lejekontrakten ikke gav køberen anledning til at forudsætte, at kælderen kunne benyttes til beboelse, og at han derfor, hvis han havde lagt vægt paa dette punkt, selv burde have søgt at skaffe sig den fornødne underretning. Efter rettens opfattelse var der altsaa tale om en rent individuel forudsætning om salgs-genstandens egenskaber, som var ukendelig for sælgeren og derfor maatte være denne uvedkommende.

Det var først to Sø- og handelsretsdomme fra begyndelsen af 90erne, som indskrænkede sig til at paaberaabe caveat emptor-reglen som begrundelse. Den ene dom (U. f. R. 1890 s. 454) angik et parti bockskin, som køberen havde undersøgt før købet, uden at han var blevet opmærksom paa, at stoffet kun havde en bredde af  $\frac{3}{4}$  alen, og ikke som angivet paa en vedhængende kupon:  $\frac{9}{4}$  alen. Den anden dom (U. f. R. 1894 s. 933), der angik et parti læder, lagde vægt paa, at køberen havde haft adgang til at besigtige partierne i saa stort omfang, han ville, og faktisk havde benyttet sig af denne adgang i ikke ubetydeligt omfang. Herefter ansaas han afskaaret fra at hæve købet paa grund af, at nogle af skindene viste sig at være tyrehuder.

Derimod viser dommen i U. f. R. 1887 s. 1051 om en hest, der led af staldkrampe, ikke meget, idet der her forelaa garanti for, at hesten var fri for skjulte fejl, og staldkrampe i det foreliggende tilfælde, nemlig over for den stedfundne mønstring, maatte betegnes som en skjult fejl.<sup>8</sup>

I det hele maa det siges, at caveat emptor-princippet paa den tid, da købeloven blev udarbejdet, kun i meget ringe grad var kommet til udtryk i dansk retspraksis. Det var derfor temmelig vidtgaaende, naar det i motiverne siges,<sup>9</sup> at gældende ret var i overensstemmelse med § 47 i udkastet, som havde følgende indhold: »Har køberen haft adgang til før køkets afslutning at undersøge salgsgenstanden eller en prøve af den, kan han ikke paaberaabe sig mangler, der ved saadan undersøgelse burde være opdagede af ham, medmindre han har haft gyldig grund til ikke at foretage undersøgelse, eller sælgeren har handlet svigagtigt.«<sup>10</sup>

For handelsrettens vedkommende var der kun de nævnte to domme, som klart fastslog køberens pligt til at se sig for, og tilmed alene med henblik paa tilfælde, hvor en undersøgelse faktisk havde

*fundet sted*; for almindeligt civilt køb var retstilstanden endnu mere uafklaret. En overrettsdom (U. f. R. 1900 s. 503) havde dog fastslaaet, at en køber efter besigtigelse af tingen før købet ikke kunne paaberaabe sig en mangel, han ved almindelig agtpaagivenhed kunne have iagttaget. Som bekendt voldte redaktionen af § 47 ogsaa meget store vanskeligheder og i sin definitive udformning er bestemmelsen stærkt paavirket af den svenske Högsta domstolens ønske<sup>11</sup> om i nogen grad at modificere den i udkastet liggende begrænsning af køberens adgang til at paaberaabe sig mangler ved salgsgenstanden. Resultatet blev en formulering, der var strengere for sælgeren end udkastets, hvilket næppe er uden forbindelse med, at den svenske Handelsbalk 1:4 paalagde sælgeren et almindeligt ansvar for skjulte fejl, og fastslog, at en fejl var skjult, naar den ikke var kendt af køberen.

Af den hermed afsluttede oversigt over de retshistoriske forudsætninger for købelovens § 47 vil ses, hvor svært det kan være at efterspore en bestemt retsregels oprindelse. I andre tilfælde er det væsentlig lettere. Saaledes er reglen om forholdsmæssigt afslag i købesummen hentet fra romerretten gennem de romanistiske kodifikation. Caveat emptor-reglen er derimod i sit udspring uden forbindelse med den romerske ret, og i England forblev den til stadighed uden paavirkning fra denne retsorden. Paa kontinentet medførte sammenstødet med de romerske retsregler, at caveat emptor-reglen blev omformet, saaledes at den i det hele dækkede de vigtigste undtagelser fra de strenge regler i det ædiliske edikt. Mest kompliceret har udviklingsgangen været i den skandinaviske ret, hvor reglen i lange tider var trængt helt i baggrunden, men i løbet af det 19. aarhundrede fik nyt liv. Om romanistiske tankegange har været medvirkende hertil, lader sig næppe udrede; men i hvert fald er den nuværende formulering af købelovens § 47 saa forskellig fra de kontinentale retsordeneres caveat emptor-regel, at der ikke kan siges at foreligge en reception af denne i skandinavisk ret.

#### NOTER

\* »Har køberen før køkets afslutning undersøgt salgsgenstanden eller uden skellig grund undladt

at efterkomme sælgerens opfordring til at undersøge den, eller er der før køkets afslutning givet

ham lejlighed til at undersøge en prøve af salgsgenstanden, kan han ikke paaberaabe sig mangler, der ved saadan undersøgelse burde være opdagede af ham, medmindre sælgeren har handlet svigagtigt.«

1. English Dialect Society vol. XIII (1881-82) s. 73.
2. En mere detaljeret gennemgang af de svenske og norske lovbestemmelser findes i v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht I s. 568 f. og II s. 699 f.

3. A. Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts I s. 60 f.

4. Cosack I. s. 429 (3. udg.).

5. Vente no. 207.

6. Om Kjøb og Salg (1872) s. 51 f.

7. Obl.ret Alm. del s. 220 f., jfr. 212.

8. Det samme gælder en anden dom om en hestehandel (U. f. R. 1900 s. 100).

9. R. T. 1904/05 tillæg A sp. 3454.

10. R. T. 1904/05 tillæg A sp. 3327.

11. Jfr. NJA 1906 II s. 84-85 smh. m. R.T. 1904/05 tillæg A sp. 3578/79.



# Ophævelse af forlagskontrakten på grund af forandrede forhold

(*Contractus rebus sic stantibus*)<sup>1</sup>

Af højesteretssagfører, dr. jur. J. Hartvig Jacobsen

1. I obligationsrettens alm. del 2. udg. s. 24 ff. omtaler *H. Ussing* den udvikling, kontraktsretten gennemløber ud fra princippet om bona fides, jfr. B. G. B. § 242. Efter *Ussing* har parterne i skyldforholdet en vis pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesse. Der nævnes eksempler på en række pligter, som i gensidige kontraktsforhold udspringer heraf. »Det særlige ved *alle disse pligter* er, at deres mål ikke er at hidføre ydelsen i skyldforholdet, men at beskytte andre interesser hos medkontrahenten, navnlig at afværge skade for ham i forbindelse med kontrakten«.

Hvad her er sagt om kontraktsforhold i almindelighed gælder i forstærket grad for forlagskontrakten. Denne er den gensidige kontrakt, hvorved ophavsmanden overdrager forlæggeren en vis eneret til for egen regning at mangfoldiggøre og sælge (sprede) åndsværket, hvilket forlæggeren forpligter sig til.<sup>2</sup> Begge parter forfølger videregående formål end medkontrahentens blotte erlæggelse af modydelsen. Ophavsmandens krav går ikke blot ud på, at forlæggeren svarer det aftalte vederlag. Hans ideelle interesse kræver værkets størst mulige udbredelse. Og forlæggerens økonomiske interesse er netop knyttet til denne. For begge parter spiller det ideelle moment en afgørende rolle, og en stærk gensidig afhængighed er derfor karakteristisk for kontraktsforholdet.

Når forlagsforretningen ofte sidestilles med anden forretningsvirksomhed og det hævdes, at den, der kan sælge kul, jern, møbler eller andre ting, også kan sælge bøger i kraft af sin blotte forretningsduelighed, slår begrundelsen ikke til.<sup>3</sup> Forlagsvirksom-

heden forudsætter hensyn til det nævnte moment på fyldestgørende måde. Ophavsmanden er væsentlig interesseret i forlæggerens personlighed og forretningsmetoder. Omvendt er forlæggerens risiko også knyttet til ophavsmandens personlige indstilling, anseelse, produktion udover selve det åndsværk, der er genstand for kontrakten, og fremtidige ydelser. Hertil kommer, at forlagskontrakten er en *langvarig* kontrakt. Den kan vedrøre en forfatters hele produktion.<sup>4</sup> Men selv om den normalt kun drejer sig om et enkelt værk, vil den som regel give forlæggeren ret til offentliggørelse af nye oplag, sålænge han holder markedet behørig forsynet. Disse forhold må have sig øje ved bedømmelsen af forlagsretlige spørgsmål. For tysk rets vedkommende har man ment, at de i B. G. B. indeholdte almindelige regler om gensidige kontrakter ikke er tilstrækkelige som lovgrundlag for forlagskontrakten, hvorfor en særlov er givet som et supplement til B. G. B.s regler, nemlig lov af 19. juni 1901 om forlagsretten.<sup>5</sup>

Hvad dansk ret angår gives i den gældende lov nr. 149 af 26. april 1933 om forfatterret og kunstnerret enkelte vigtige regler om forlagskontrakten, se særlig § 9. Men forlagsretten er iøvrigt ulovbestemt. De almindelige kontraktsregler suppleres her af særlige koutumer og af formularer til normalkontrakt udarbejdet af de respektive organisationer. Nys er vedtaget en kontraktsformular mellem det nordiske forfatterråd og det nordiske forlæggerråd. Denne er i november-december 1947 godkendt af forfatter- og forlæggerforeningerne i de nordiske lande til brug for aftaler om romaner, noveller, digtsamlinger og værker, der kan sidestilles hermed. Mange spørgsmål er dog stadig uløst og må afgøres ved fortolkning og ud fra kontraktsforholdets forudsætninger.<sup>6</sup> Den gensidige afhængighed får her e. o. videregående konsekvenser og kan blive af betydning for spørgsmålet, om parterne fortsat skal være forpligtede til selve *erlæggelsen af ydelsen*, eller om parten under henvisning til forudsætningssynspunktet kan frigøre sig fra sin forpligtelse. *Ussing* siger, alm. del s. 83, om kontraktsforhold i almindelighed, »at Skyldneren efter Omstændighederne maa fritages for at opfylde, naar der viser sig *Hindringer, som man ikke kunde forlange, han tog i Betragtning forud, og som kun kan overvindes ved Opofrelser, der er ganske uforholdsmæssige* eller

ligger helt udenfor Parternes Forudsætninger. Men denne Sætning giver ikke synderlig Vejledning til Afgørelsen af konkrete Tilfælde. Hvis der skal skabes rimelig Sikkerhed i Retslivet paa disse Omraader, maa man stræbe efter at opstille fastere Regler for saa mange Tilfælde som muligt«. Dette kan jeg tiltræde, idet forudsætningernes betydning må bedømmes ud fra det pågældende kontraktsforholds karakter.

I det følgende skal undersøges, i hvilket omfang parterne i forlagskontrakten kan frigøre sig fra denne på grund af forandrede forhold. Udgangspunktet for besvarelsen af spørgsmålet må være det, at kontrakten binder trods forandrede forhold.

2. I den ovennævnte normalkontraktsformular indeholdes i § 9 stk. 4 følgende bestemmelse:

»Er der siden værkets udgivelse sket sådanne ændringer i forholdene på det kunstneriske, politiske eller andet område, som fra første færd med sikkerhed ville have afholdt forfatteren eller forlæggeren fra at udgive værket i den foreliggende form, kan hver af dem kræve, at nyt oplag ikke udgives. Ønsker nogen af parterne at udgive værket i omarbejdet form, må der træffes særlig aftale derom«.

Som det ses, vedrører denne klausul kun udgivelse af nyt oplag af et tidligere offentliggjort værk. Fremtvingelig ret til nyt oplag har ophavsmanden ikke, hverken efter lovens § 9 eller efter normalkontraktens § 7 stk. 2. Efter denne bestemmelse skal ophavsmanden, hvis han ønsker nyt oplag udsendt — når værket er udsolgt — skriftligt kræve dette af forlæggeren. Er nyt oplag ikke udsendt senest 9 måneder derefter, har ophavsmanden ret til at hæve kontrakten og kan tillige kræve erstatning. Men kriteriet for, om parten i henhold til formularens § 9 stk. 4 kan hindre udsendelse af nyt oplag er ændringer i forholdene, »som fra første færd« ville motivere ikke-udgivelse. Da partens interesse i at hindre selve offentliggørelsen under forandrede forhold selvsagt<sup>7</sup> er større end at hindre en blot udsendelse af nyt oplag, må kontraktsformularen forudsætte, at de nævnte forandrede forhold kan give parten ret til at hindre selve offentliggørelsen af værket, når forandringer af den nævnte art er indtruffet efter *kontraktens* afslutning, men inden offentliggørelsen.<sup>8</sup> Den tyske forlagslov §

35 handler også herom, når den giver ophavsmanden adgang til Rücktritt p. g. a. omstændigheder, »die bei dem Abschlusse des Vertrags nicht vorausszusehen waren und den Verfasser bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles von der Herausgabe des Werkes zurückgehalten haben würden«.⁹ Også efter den gældende kontraktsformular bliver spørgsmålet da, hvilke ændringer i forholdene, der kan give den ene eller den anden af parterne krav på frigørelse fra kontrakten. Reglen er fælles for parterne. Foreløbig kan bemærkes, at økonomiske forandringer næppe kan få samme betydning som andre, særlig for forlæggeren. Denne overtager ved kontrakten den økonomiske risiko for udgivelsen. Og selv om der her vel i første række tænkes på den økonomiske risiko, som flyder af udgivelsen under de på kontraktstidspunktet gældende økonomiske forhold, må forlæggeren også, når han slutter kontrakt, tage mulige forandringer i de økonomiske forhold med i sine overvejelser. Et forlag må ledes således, at hensyn tages til eventuelle nødvendige produktionsindskrænkninger som følge af forandringer i kreditforholdene eller i produktionsforholdene iøvrigt, fx. stigende omkostninger.

Forholdene må have ændret sig i tiden mellem kontraktens indgåelse og den planlagte udgivelse, resp. udgivelse af nyt oplag. At der har foreligget omstændigheder på kontraktstidspunktet, som parten har været ubekendt med, men som, om de havde været ham bekendt, ville have afholdt ham fra at slutte kontrakt, giver ikke ret til at hæve kontrakten.

Hvis ændringerne vel er indtrådt efter kontraktens indgåelse, men parten kunne eller burde forudse forandringen, foreligger uagtsomhed, og der kan da være spørgsmål om af den grund at nægte adgang til at hæve, jfr. således den tyske forlagslov § 35.<sup>10</sup> Det er formentlig det rigtigste at lægge vægt på forholdets objektive karakter. Se også ordene i den nævnte kontraktsformular § 9 stk. 4 »med sikkerhed ville have afholdt ... fra at udgive«. I disse ord ligger, at forandringerne efter et objektivt skøn er af en sådan art, at parten ikke bør være bundet. Det er omvendt ikke nok, at parten gør gældende, at han ikke ville have udgivet værket og sandsynliggør dette.

3. Der nævnes forandringer på det »kunstneriske, politiske eller

andet område« som omstændigheder, der medfører ret til ophævelse. Her må først understreges, at omstændighederne ikke er begrænsede efter deres art, men at forandringerne p. d. a. s. må have hensyn til et »område«, altså noget udenfor partens egne særlige forhold. Der skal være indtrådt forandringer (på et område) som får virkning for partens forhold. Klarest stiller sagen sig her ved forandringer på det politiske område. Gennemført revolution, krig, besættelse o. l. kan medføre, at ophavsmanden eller forlæggeren med sikkerhed ville have afstået fra udgivelsen. Parternes interesser falder ofte her sammen, thi også forlæggeren løber e. o. risiko for liv og frihed ved at medvirke til offentliggørelsen. Men vil den ene heroisk fremme offentliggørelsen, kan den anden hæve. På samme måde stiller sagen sig, når forandringer er indtrådt på andre områder. Videnskabelige fremskridt, ændringer i lovgivning, i im- og eksportforhold eller i andre samfundsforhold kan gøre værket genstandsløs, så parten kan hæve, selv om medkontrahenten vil fremme offentliggørelsen trods forandringen. Således har ophavsmanden, der har udarbejdet et værk på bestilling, ret til at hæve, når et videnskabeligt »gennembrud« i faget forælder værket. Selv om bogen kunne sælges på ophavsmandens navn og blive en god forretning for parterne, må forlæggeren finde sig i ophævelsen.

Den nævnte kontraktsklausul er ikke udtømmende. Den gælder kun, når den er optaget i forlagskontrakten. Og selv hvor den er det, må forudsætninger kunne have en sådan karakter, at ophævelse kan ske udenfor det udtrykkeligt nævnte område. Dette gælder navnlig forudsætninger vedrørende individuelle forhold. Er ingen forandring (af betydning) sket på det kunstneriske, politiske eller andet område, så kan parten forandre sig i tiden fra kontrakten til udgivelsen. En professor, der leder landets fredsbewægelse, kontraherer om et fredsskrift i bevægelsens tegn, men medens korrekturlæsningen står på, falder der som skæl fra hans øjne, og han ser, at bog og bevægelse slet ikke tjener fredens sag. Han må kunne hæve mod forlæggerens protest. Det samme gælder anden »omvendelse«, lægen, der har forfattet en grundig vejledning vedrørende kønslivets love, forebyggelse af svangerskab m. m. må kunne hæve, hvis han inden offentliggørelsen kommer til den

overbevisning, at værket vil virke samfundsskadeligt o. s. v. Der er her siden kontraktens indgåelse indtruffet en afgørende forandring i ophavsmandens personlige indstilling til værket, og da værket, når det offentliggøres, vil blive modtaget som et udtryk for ophavsmandens nuværende standpunkt, må forlæggeren under hensyn til hvad ovenfor er sagt om parternes gensidige afhængighed finde sig i ophævelsen. Dog er ikke enhver »fortrydelse« nok.<sup>11</sup> At ophavsmanden under korrekturlæsningen bliver utilfreds med sit værks kvalitet er uden betydning, han kan ikke hæve kontrakten, men kun ændre i korrektoren. Heller ikke utilfredshed med forlæggeren eller forandringer i dennes forhold vil være tilstrækkeligt.<sup>12</sup>

Er værket bestilt til en bestemt begivenhed, jubilæum, fest o. l., der udebliver, må både ophavsmand og forlægger kunne hæve. Det samme gælder, hvor der er tale om et bidrag til et samlerværk, der ikke kommer til udgivelse af en eller anden grund.

Ovenfor er nævnt enkelte tilfælde, hvor ret til at hæve kontrakten må gives ophavsmanden alene p. g. a. forandringer i dennes egen indstilling til værket. Hyppigst vil situationen imidlertid være den, at ydre årsager gør sig gældende og bevirker, at en offentliggørelse kan medføre skade eller fare for ophavsmanden (og forlæggeren) eller trediemand.

J. Kohler nævner, anf. værk side 321, at der indtræder omstændigheder, »welche dem Werke eine für die Laufbahn des Verfassers oder auch für die Laufbahn der Geschicke verhängnisvolle Bedeutung, so wenn im Werke ein Angriff gegen eine Persönlichkeit gemacht wird, die nachträglich Präsident des Staates oder leitender Staatsmann wird, oder wenn eine Einrichtung bekämpft wird, die durch einen inzwischen eingetretenen Krieg sich als Notwendigkeit erweist, oder wenn der Verfasser selbst, der als Privatmann geschrieben hat, eine öffentliche Stellung erlangt, welche seiner Darstellung einen ganz anderen Sinn verschaffen und darum seine Wirksamkeit für Staat und Volk beeinträchtigen, ja das Gemeinwesen schädigen könnte, weil das Leben vom Staatsmann eine Menge von Zugeständnissen verlangt, welche eine wissenschaftliche Darstellung, so lange die Dinge nicht brennend werden als »quantités négligeables« behandeln darf . . .«

Nutidens forhold understreger stærkt betydningen af sådanne forandringer. Ved højesterets dom af 22. november 1949 blev afgjort en sag, hvor ophavsmanden havde stillet krav om udsættelse med udgivelsen i 1944 i Sverige af værket: Vi flydde över Öresund under henvisning til, at værkets offentliggørelse ville kunne skade danske interesser og medføre fare for hans personlige sikkerhed. Værket var med henblik på risiko for danske interesser forinden kontraktens oprettelse gennemset og ændret af særlig tilkaldte. Dommen lægger vægt på, at forlæggeren herefter ikke havde grund til at regne med, at bogens udgivelse kunne skade de nævnte interesser. Når han derfor efter at være gjort bekendt med faren, herunder senere fremsatte trusler mod ophavsmanden, indgik på at udsætte bogens udgivelse, måtte han have føje til at kræve rimeligt vederlag for afholdte udgifter (trykkeudgifterne). Minoriteten, 4 dommere, ville frifinde ophavsmanden og bemærker bl. a., at det må have været forudseeligt også for forlæggeren, at der kunne rejse sig alvorlige indvendinger mod bogens udgivelse under Danmarks besættelse. Det må imidlertid antages, at ophavsmanden, når han hæver kontrakten p. g. a. forandrede forhold, e. o. kræver udgivelsen udsat til et tidspunkt, hvor udgivelsen er formålsløs, må erstatte forlæggeren de udgifter, som denne forinden ophævelsen har afholdt i kontraktens medfør, jfr. således tysk forlagslov § 35 stk. 2. Dette er ikke sagt i den danske kontraktsformular § 9 stk. 4, men denne taler direkte kun om udsendelse af nyt oplag.

Reglerne om misligholdelse e. o. anteciperet sådan virker udenfor de her behandlede forudsætningstilfælde. Medens forlæggerens efter kontraktens indgåelse forringede økonomiske forhold ikke kan give ophavsmanden ret til at hæve kontrakten ud fra det her behandlede synspunkt, vil ophavsmanden eventuelt kunne hæve p. g. a. anteciperet misligholdelse, når fx. forlæggeren ikke har erlagt en forskudsbetaling, kontrakten hjemler, eller når kontrakten vedrører et fortløbende flerbindsværk, og forlæggerens økonomiske forhold vækker begrundet tvivl om hans evne til at gennemføre foretagendet.

4. Derimod ligger det tilfælde helt indenfor rammerne af problemet, om forlæggeren kan hæve kontrakten p. g. a. indtrådte

forandringer i den *almindelige* økonomiske situation, kreditindskrænkninger, forringelse af den nationale valuta o. l. *Borum* oplyser anf. sted s. 33-34, »... at man indenfor kontinental retsopfattelse møder det synspunkt, at hvis forandrede og uforudseelige forhold medfører en forrykkelse af den naturlige ligevægt mellem ydelse og modydelse, som bør herske, kan dette medføre, at domstolen ophæver kontrakten eller modificerer skyldnerens forpligtelse ... Et subjektivt lastværdigt forhold ved aftalens indgåelse kræves (således) ikke, derimod at de gensidige ydelser ved begivenheder, der er indtruffet senere, er kommet i et sådant misforhold til hinanden, at kreditor vil gøre sig skyldig i et misbrug af sin ret, hvis han nu under de forandrede forhold vil fastholde kontrakten og de ved denne fastsatte ydelser«. Hvad forlagskontrakter angår, må det imidlertid erindres, at forlæggeren selv bestemmer bogladeprisen, og at ophavsmandens honorar sædvanligt bestemmes i forhold til denne. Problemet er derfor, om forlæggeren p. g. a. de ændrede forhold kan udskyde, hæve, de »gamle« kontrakter til fordel for nye udgivelser, der nu sluttes kontrakt om.

Kontraktsformularen § 9 stk. 4 handler ikke herom, idet der er tale om at afholde sig fra at udgive værket »i den foreliggende form«. Den tyske forlagslov taler heller ikke herom, idet den alene i § 18 giver forlæggeren ret til at opsige (Kündigung), når formålet med udgivelsen falder bort efter kontraktens indgåelse, eller det drejer sig om bidrag til et samlerværk, hvis udgivelse udebliver. Det er således et spørgsmål om betydningen af forudsætninger, for tysk ret spørgsmålet om eventuel anvendelse af B. G. B. § 242.

Tysk teori og retspraksis har på denne baggrund udviklet en grundsætning om »Wegfall der Geschäftsgrundlage«. Dr. Babbert henviser i Börsenblatt für den deutschen Buchhandel 1950 s. 377 ff. til følgende af *Oertmann* opstillede og af retspraksis billigede definition af begrebet Geschäftsgrundlage:

»die beim Geschäftsabschluss zu Tage tretende und von den Vertragsparteien in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanzandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung beider Vertragsparteien vom Sein oder dem Eintritt oder Nichteintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage sich ihr Geschäftswille aufbaut«.



Ud fra selve dette grundlag er det klart, at forlæggeren ikke kan få ret til at frigøre sig fra kontrakten p. g. a. de nævnte forandrede økonomiske forhold i samfundet. Han må bære denne risiko, som han må bære risikoen ved forringelse af den egne økonomi. En ophavsmand kan ikke slutte kontrakt ud fra en forudsætning om, at forlæggeren ikke skulde være forpligtet til udgivelsen under andre økonomiske forhold. Han må gøre sig gældende også under sådanne. Også forlæggeren må »fortsætte forretningen«. Det vilde være i strid med kontraktsgrundlaget, om det overlodes til forlæggeren at hæve de kontrakter, som under de nu tilkomne forhold må antages at være de i forretningsmæssig henseende ugunstigste. Forlæggeren må stedse disponere med hele forlagets kontraktsportefølje for øje, herunder forlagets forpligtelser til udsendelse af nye oplag af udsolgte værker. I kontrakten kan forlæggeren tage forbehold m. h. t. indgreb fra det offentlige fx. papirrationering eller andre uforudsete produktions-tekniske forhindringer, jfr. kontraktsformulærens § 7 stk. 3,<sup>13</sup> men et forbehold vedrørende forandrede økonomiske forhold vilde tilintetgøre tilliden til forlagskontrakter.

I et svar til dr. Babberts ovennævnte afhandling udtaler dr. Wallstab, at forlæggeren vel må bære den almindelige økonomiske risiko, og at der herved må anlægges en streng målestok, men at der henset til B. G. B. § 242 må kunne anerkendes tilfælde, hvor forlæggeren p. g. a. forandringer i de økonomiske forhold får ret til at hæve, når dette i det konkrete tilfælde er nødvendigt for at undgå følger, der er uforenelige med Treu und Glauben. Han vil tillade indsigelse begrundet i bortfald af »Geschäftsgrundlage«.

»wenn seit Abschluss des Verlagsvertrages durch Ereignisse, die ausserhalb des Machtbereiches des Verlegers und ausserhalb des Vorstellungskreises auch sorgsam handelnder Parteien gelegen haben, eine so tiefgreifende Umwälzung der die Grundlage des Verlagsvertrages bildenden wirtschaftlichen Verhältnisse herbeigeführt worden ist, dass der von den Parteien mit dem Verlagsvertrag verfolgte Zweck, das Werk des Autors im Dienste der wirtschaftlichen und ideellen Interessen von Verleger und Autor zu vervielfältigen, zu verbreiten und bei dem Publikum abzusetzen, vereitelt ist, und daher bei sorgfältiger Abwägung der Interessen

von Verleger und Autor das Festhalten an dem Vertrage zu Ergebnissen führen würde, die mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr unvereinbar sind.«

Som det ses, lider denne bestemmelse af usikkerhed på alle afgørende punkter. Søger man at dele problemet »økonomisk forandrede forhold«, vil det vise sig, at disse i deres enkelte bestanddele altid har henhørt under forlæggerens risiko. Prisstigning på råmaterialer og stigning i lønninger er momenter, forlæggeren må tage i betragtning.<sup>14</sup> At der økonomisk<sup>15</sup> er afsætningsmuligheder for det pågældende værk ligeså. Dette er selvfølgelig, når det drejer sig om et enkelt litterært eller videnskabeligt værk. Men det gælder også konversationsleksika og andre lignende værker, der påregnes at udkomme i mange bind fordelt over en årække. Det kan ikke nægtes, at forlagsforretning netop herved bliver en e. o. meget risikabel forretning. Sådan risiko må forlæggeren imødegå ved at have »mange strenge på sin bue« og på anden måde. Tilbage bliver tilfælde, hvor en økonomisk »omvæltning« har fundet sted. Her er det muligt, at markedet ikke for tiden kan bære den omkontraherede udgivelse, eller at vilkårene for denne viser sig urimelige, men dette kan næppe fri forlæggeren for kontrakten. Han må forhandle med ophavsmanden om en opgivelse af udgivelsen eller en udsættelse af denne, om ændring af vilkårene eller endelig om en erstatning for ikke-udsendelsen. Forandringer i de økonomiske forhold er ikke et sådant typetilfælde, som de ovenfor angivne, hvor retten til at hæve ikke skader tilliden i kontraktsforholdet, idet udgivelsen ikke mere har noget formål.

#### NOTER

1. *Jul. Lassen*: Obligationsrettens alm. del, 3. udg. s. 826 ff. *H. Using*: Bristende forudsætninger s. 32-33, 158 ff., samme: Dansk obligationsret, almindelig del s. 85, 509, samme: Aftaler s. 458, 473 ff. *O. A. Borum*: Dødsgaver. Aftalers bestaaen under forandrede forhold s. 27 ff., se navnlig

her om »Klausullærens Udviklingshistorie« s. 29 ff. *Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten s. 238 ff. *Gunnar Nybergh*: Förlagsrätliga studier s. 345 ff., 351 ff. *J. Kohler*: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht s. 319 ff. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht, 6. bd. s. 146 ff. *Rieszler*: Deut-

- sches Urheber- und Erfinderrecht s. 371 ff. *H. H. Kuhnke*: Rücktritt und Kündigung beim Verlagsvertrag, Ufita 1936 s. 123 ff. *Philipp Allfeld*: Das Verlagsrecht 2. udg. s. 94 ff., 173 ff. *W. Hoffmann*: Verlagsrecht und Verlagsvertrag, Ufita 1931 s. 2 ff. s. 40 ff.
2. Forlagskontrakten er en *contractus sui generis*, hvorfor betragtninger fra andre kontraktstyper, køb og salg, værksleje, arbejdskontrakt m. m. ikke uden videre kan anvendes på kontraktsforholdet, *Allfeld* s. 11, *W. Hoffmann* anf. sted s. 5.
  3. *Stanley Unwin*: Om forlagsvirksomhed s. 18: »Den tiltagende merkantilisering af literaturen bidrager, selv om den er uundgåelig, næppe til at skabe et mere harmonisk forhold imellem forfattere og forlæggere. Den hviler på den opfattelse, at manuskripter og bøger slet og ret er handelsvarer, døde ting i stedet for levende. En sådan opfattelse overser ganske det ejendommelige »slægtskab« mellem en skribent og hans værk, men erkendelsen heraf er hos en forlægger begyndelsen til visdom.«
  4. Overdragelse til et forlag mod et vederlag en gang for alle af »den hele og fulde forfatterret« til 15 værker, der tidligere var udkommet på forlaget, anset for en forlagskontrakt U. 1945.985.
  5. Også en række andre lande har særlige love om forlagsretten, se *Hoffmann* anf. sted s. 4-5. I Finland er i 1938 udarbejdet forslag til »Lag om förlagsavtal«. *Gunnar Nybergh* knytter i sin ovennævnte afhandling kritiske bemærkninger til dette forslag.
  6. *Josef Kohler*: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht s. 319: »Das Verlagsverhältnis greift in so tiefgehende Lebensbedingungen ein, dass seine Entwicklung ohne vielseitige Voraussetzungen nicht denkbar, mindestens nicht rechtlich angemessen wäre: solche Verhältnisse ohne Voraussetzungen wären wie ein menschliches Auge ohne Anpassungsfähigkeit«.
  7. Forlæggeren skal kun tåle, at forlagsretten overgår til andre. Ophavsmanden har tidligere offentliggjort værket i en form eller med et indhold, som ikke svarer til de ændrede forhold. Men hvad han skrev, skrev han.
  8. Se hertil *Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten s. 240.
  9. Forlæggeren har ikke adgang til Rücktritt«, men alene »Kündigung«, se tysk forlagslov § 18 og nedenfor.
  10. *Allfeld* s. 174-175. Imod lovgivelsen *J. Kohler* anf. værk s. 321: »das Gesetz aber hat unrichtigerweise im Falle der Fahrlässigkeit das Kündigungsrecht (således benævner *Kohler* retten) des Verfassers ausgeschlossen; die Folge ist, dass er dadurch vielleicht in die Lage versetzt ist, unrettbar dem Verderben zu verfallen, so dass seine Lebenslaufbahn vernichtet wird, nur deshalb, weil er aus Fahrlässigkeit gewisse Dinge nicht vorausgesehen hat, die er hätte voraussehen sollen«.
  11. Se hertil *Eberstein*: Den svenska

- författarrätten s. 124-27 og Im-  
materielt rättsskydd s. 17-18.
12. Omvendt kan forlæggeren ikke  
hæve kontrakten p. g. a. ophavs-  
mandens senere adfærd, med-  
mindre denne ter sig som egent-  
lig misligholdelse, jfr. U. 1946.  
834 H. og *Allfeld* s. 175. Om ære-  
fornærmelse fra ophavsmandens  
side se *Hillig: Gutachten* bd. II  
s. 178-80.
13. Dette forbehold hjemler kun ad-  
gang til forlængelse af tidsfrister-  
ne for udgivelse af værket eller for  
udgivelse af nyt oplag, men det  
berører ikke iøvrigt kontrakten.
14. Jfr. *Hillig: Gutachten* bd. I s.  
219-20 og bd. II s. 176-78.
15. Anderledes hvis det fx. drejer sig  
om efter Tysklands kapitulation  
i Tyskland at udgive nazistiske  
værker eller udsende nye oplag  
af sådanne i henhold til gamle  
kontrakter. Disse har utvivlsomt  
for begge parter som »Geschäfts-  
grundlage« forvisningen om »Be-  
stand des tausendjährigen Rei-  
ches«.

# Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet

*En rättssystematisk undersökning*

Av Hjalmar Karlgren

Som bekant har i den civilrättsliga doktrinen sedan gammalt hävdats, att beträffande rättsärendens ogiltighet måste göras en grundläggande skillnad mellan å ena sidan de fall, där ogiltigheten är av nullitets natur, och å andra sidan de fall, där ogiltigheten har den svagare karaktären av angriplighet (»Anfechtbarkeit«, »annulabilité«). Rörande innebörden av distinktionen råda dock i mångt och mycket olika meningar, åtminstone då den icke, såsom i Tyskland, erhållit sin bestämning i lag. Än mer omtvistat är värdet av densamma. Danska läsare behöva knappast erinras om den berömda avhandling av *Julius Lassen*,<sup>1</sup> vari nämnda uppdelning skoningslöst kritiserades, ja betecknades som »et ondartet dogmatisk Misfoster«, uppkommet genom att man missförstått romerska rätt. Lika långt går icke *Ussing*, men också hans hållning är i princip avvisande.<sup>2</sup> Jämväl utanför Norden, bl. a. i fransk och schweizisk doktrin,<sup>3</sup> har livlig opposition mot uppdelningen förekommit.

Icke dess mindre ådagalägger den bekämpade läran seg livskraft. För den kontinentala och engelska rättens del anses den tydligen fortfarande på de flesta håll outhärlig. Även i nyare framställningar av nordisk avtalsrätt (Stang, Arnholm m. fl.) återkommer uppdelningen, låt vara starkt modifierad och uppmjukad. Man undgår knappast intrycket, att läran trots allt vad som anförts mot densamma har en kärna av berättigande, som med nödvändighet tränger sig fram till beaktande. Naturam expellas furca, tamen usque recurret.

Den vanligaste beskrivningen av skillnaden mellan nullitet och angriplighet må här, såsom underlag för det följande, återgivas. Ogiltigheten har nullitets natur, när ifrågavarande rättsärende överhuvud icke frambringar de åsyftade rättsverkningarna. Någon särskild reaktion mot rättsärendet, under åberopande av det fel som förelupit, är således icke betingelse för den rättsliga effektens uteblivande. Förekommer emellertid sådan reaktion, kan den härröra icke blott från den ene eller andre kontrahenten utan i princip även från utomstående, från vilken tredje man som helst. Ogiltigheten måste av domstolen beaktas ex officio. Den är definitiv och ohjälplig. — Angripligheten kännetecknas åter av att det förelupna felet visserligen icke hindrar rättsverkningarnas omedelbara inträde men öppnar möjlighet för deras undanröjande, nämligen genom att angrepp riktas mot det felaktiga rättsärendet. Detta angrepp måste emanera från viss eller vissa bestämda intressenter. Vid det angripliga rättsärendet föreligga under sådana förhållanden särskilda utsikter till att felet »läkes»: genom vederbörande intressents (utomprocessuella) passivitet efter rättsärendets tillkomst, genom hans underlåtenhet att i rättegång göra invändning om ogiltigheten, genom att han i form av ett efterföljande och med tillbakaverkande kraft utrustat (även formlost) godkännande avhänder sig angreppsmöjligheten.

Såsom *Lassen*, *Ussing* och andra författare påvisat spänner distinktionen mellan nullitet och angriplighet, uppfattad på angivet sätt, över alltför mycket för att med fördel kunna göra tjänst. Därför att ogiltigheten i vissa hänseenden har de egenskaper, som enligt det nyss sagda utmärka nulliteten resp. angripligheten, är det icke nödvändigt att den har det i *alla*. Blandformer kunna helt visst förekomma. Dessutom är det oklart vad som förstås med motsättningen mellan att rättsverkningarna överhuvud icke inträda och att de visserligen omedelbart inträda men sedermera undanröjas. Oklarheter saknas ej heller i övrigt.

Men man bör icke kasta ut barnet med badvattnet. Det finnes nog i den klassiska läran en eller ett par *dominerande* realiteter, som man synes kunna taga fasta på, även om med denna utgångspunkt icke står att vinna en i så många hänseenden utmejslad väsensskillnad, som nämnda lära pretenderar att få fram.

Är till detta pris en hållbar syntes möjlig, måste det ur rätts-systematisk synpunkt vara en vinst. Den större överskådligheten — fördelen av att icke enbart vara hänvisad till en detaljerad analys rörande ogiltighetens innebörd i ett otal skilda relationer — utgör som sådan ett värde.

Man lär aldrig komma ifrån att det föreligger en fundamental olikhet mellan dels en ogiltighet, som är *svävande*, *villkorlig* till sin natur, och dels annan, mera definitiv och obetingad ogiltighet. Vilka skäl som sedan föranlett att rättsordningen stundom nöjt sig med dylik »mildare» ogiltighet — hänsynen till felets mindre allvarliga beskaffenhet, dess mera förborgade natur eller vad det nu må vara — är en sak för sig.

1) Hur tager sig då denna villkorlighet, detta svävande rätts-tillstånd, uttryck?

A). I första hand kommer i betraktande, att ogiltigheten i vissa fall måste, för att vinna rättsligt beaktande, av vederbörande kontrahent göras gällande *inom viss tid* räknad från rättsärendets tillkomst (resp. från att kontrahenten vunnit kännedom om felet i fråga eller eventuellt från någon annan för ändamålet lämpad tidpunkt). Alltså: det fordras i dessa fall icke blott ett angrepp mot det felaktiga rättsärendet utan ett angrepp som företages inom viss »fatalietid». Någon mera betydelsefull distinktion inom ogiltighetsläran än denna kan enligt min mening knappast tänkas. En dylik ogiltighet innebär nämligen, när allt kommer omkring, ett slags latent, villkorlig *giltighet*. Underlåter kontrahenten att angripa rättsärendet före tidsfristens utgång, blir han förpliktad som om detsamma varit giltigt och detta, väl att märka, även om omständigheterna icke utvisa att han genom sin uraktlåtenhet att reagera åsyftat att lämna något slags godkännande. Väl utgöres villkoret av kontrahentens eget beteende (hans passivitet) men icke av ett *sådant* beteende, som innefattar ett hans tillträdande av rättsärendet.<sup>4</sup> Det rör sig om en objektiv »passivitetsverkan», vilket icke hindrar att till de motiv som uppbära rättsregeln må höra hänsynen till att den underlättna reaktionen ofta bottnar i ett ratihabitionssyfte. Rättsärendet kan sägas vara *resolutivt* villkorat. — I detta uttryck och i talet om latent giltighet inlägges emellertid icke utan vidare, att rättsärendet jämväl under den tid

villkorligheten fortfar, innan denna ännu är avgjord, av rättsordningen behandlas som giltigt (att med andra ord »rättsverkningarna omedelbart inträda«). Spörsmålet härom står icke i något logiskt sammanhang med den resolutiva villkorligheten sådan den här skisserats.

En kvalificering av anmärkta villkorlighet — och alltså ett ytterligare försvagande av ogiltighetspåföljden — föreligger, om den reaktion eller det angrepp, som skall äga rum före tidsfristens utlöpande, tillika måste försiggå *i viss ordning*. I synnerhet avses här de fall då för ändamålet måste föras särskild talan vid domstol, enligt svensk terminologi en »klandertalan«. Att man i dessa lägen, och överhuvud när särskilda formaliteter äro att iakttaga för ogiltighetens hävdande, kommit mycket långt bort från den rena nulliteten är uppenbart. Detta gäller i förbigående sagt t. o. m. om så skulle vara, att den formella beivran av ogiltigheten icke vore underkastad någon som helst tidsbegränsning.

Den ifrågavarande tidsfristen kan vara bestämd på olika sätt.

a) Den är eventuellt fixerad i månader, dagar etc., något som är särskilt vanligt då krav uppställts på klandertalan vid domstol. Ett pregnant exempel i detta hänseende erbjuder enligt svensk rätt 7:5 testamentslagen. Flertalet av de fel, som kunna vidlåda ett testamente, måste enligt detta lagrum göras gällande genom anhängiggörande av talan före viss tids utgång; eljest tager testamentet åt sig giltighet. Närmast för detta läge uppträdde ock *lagberedningen* — om än med synbar räddhåga och respekt för den Lassenska kritiken — till försvar för begreppet angriplighet. Se vidare 7:4 och 8:4 ävensom 7:3 arvslagen, 6:8 boutredningslagen, 36 § handelsbolagslagen, 138 § aktiebolagslagen, 227 § sjölagen, 22 § lagen om bostadsrättsföreningar, 7 § lagen om hyresreglering, 54 § jfrd med 42 § köplagen (jag syftar närmast på fall av ursprungligt fel i bestämt gods när skadeståndsrätt ej tillkommer köparen); jfr ock 13:1 äldre ÅB, 11 § lagsökningslagen, 21 § contra 20 § lagen om skiljemän.

b). Det kan vara i lag föreskrivet, att ogiltigheten måste beivras »utan oskäligt uppehåll«, »inom rimlig tid« 1. dyl. Exempel: 32 § 2 st. avtalslagen, 8 § jfrd med 6 och 7 §§ lagen om försäkringsavtal, 78 och 89 §§ kommissionslagen o. s. v.



I talrika fall måste vidare dylik angriplighet antagas även utan stöd i lag, förutsatt att ogiltigheten icke, såsom förestavad av of-fentligträttsliga hänsyn eller eljes, är av den art att privata intres-senter ej kunna disponera över densamma. Just i detta avseende finnes nämligen stort utrymme för att, i enlighet med en utbredd mening i nyare nordisk doktrin och rättspraxis, tillämpa »passivi-tetsgrundsatsen«. Först och främst, på sätt ofta förordas, när medkontrahenten var i god tro (analogi från nyssnämnda 32 § 2 st. avtalslagen ävensom 6 § 2 st. samma lag), jfr. t. ex. NJA 1949 s. 305.<sup>5</sup> Och även om medkontrahenten visserligen var ondtröende men detta ej i högre grad än att han gjorde sig skyldig till vårdslöshet, kanske ej särskilt grov sådan, behöver det icke vara i prin-cip uteslutet att ändock fordra reaktion mot rättsärendet inom skälig eller rimlig tid.<sup>6</sup> — Som exempel må nämnas, att betalning skett under inflytande av oriktiga, enligt reglerna om *condictio indebiti* i och för sig relevanta förutsättningar hos betalaren. Obe-roende av att oaktsamhet ligger betalningsmottagaren till last, bör denne regelmässigt äga fordra, att krav på betalningens ogiltighet eller återgång framställles inom skälig eller rimlig tid (jfr SvJT 1940 s. 340). Ett annat exempel: det förhållandet att i svensk lag icke bestämts någon klanderfrist för talan mot ogiltiga beslut å sammanträde med ideell förening kan näppeligen föranleda, att ogiltigheten må göras gällande så sent som helst, kanske årtal efter beslutets fattande.<sup>7</sup>

c). I vissa fall kan inträffandet av viss omständighet — annan än kontrahents godkännande av rättsärendet — avskära rätten att åberopa ogiltigheten. Sålunda kommer i betraktande möjligheten att *fullgörandet* av ett rättsärende föranleder, att ett fel varmed rättsärendet är behäftat tappar sin relevans. Vanlig är dylik lä-kande verkan av en fullgörelseakt enligt svensk rätt visserligen icke. Nämnas kunna dock vissa fall av naturalobligationer (in-klusive det som avses i 36 § sista punkten avtalslagen); jfr ock 9:6 FB i vad angår det fall att ett av en omyndig ingånget ogiltigt avtal blivit »rätteligen fullgjort» med egendom varöver han äger råda. Se vidare 2:1 nyttjanderättslagen i dess före 1943 års lag-stiftning gällande lydelse: formfel i arrendeavtal botades genom fastighetens »övertagande till brukande». För övrigt är att märka,

att även när ett rättsärende icke redan på de grunder, som omförmälts ovan under b), är att anse som allenast angräpligt giltigt, detsamma kan komma att så bedömas, om *jämte* förloppet av viss tid tillkommit en uppfyllelsefaktor. På en kontrahent, som presterat enligt avtalet resp. mottagit medkontrahentens prestation, kan ju med mycket starkare skäl än eljest ställas anspråket, att han icke låter tiden gå utan reagerar mot ogiltigheten (jfr. det nyss om *condictio indebiti* sagda).<sup>8</sup> — Men även andra fakta av varierande beskaffenhet kunna utöva ifrågavarande preskriberande verkan. Se t. ex. 11:29 GB och 7:9 FB (jämkning av uppenbart ogiltigt avtal »senast i skillnadsmålet») samt 20 § aktiebolagslagen (formfel vid aktieteckning får ej åberopas efter bolagets registrering).

d). Angående det fall, att tiden för angreppet ställts i relation till ett motpartens godkännande 1. dyl., hänvisas till vad nedan under 2) anföres.

Av angräpligheten sådan den här uppfattats kunna verkligen i största utsträckning dragas de konsekvenser, som den traditionella läran plägar härleda ur angräplighetsbegreppet. Sålunda måste ogiltigheten före fatalietidens utgång kunna läkas genom ett formlöst godkännande, även om det ogiltiga rättsärendet självt är formbundet. Det vore nämligen föga följdriktigt att kräva iakttagande av viss form för ett godkännande, då redan tidsförloppet som sådant gör rättsärendet oklanderligt. Den ifrågavarande tidens utlöpande får vidare anses äga tillbakaverkande kraft icke blott kontrahenterna emellan (detta är nog icke något för blott dessa ogiltighetsfall karakteristiskt) utan i princip även mot tredje man.<sup>9</sup> Om alltså A genom en ogiltig överlåtelse avhänt sig egendom till B och sedermera skett ett härmed oförenligt förfogande, frivilligt eller exekutivt, från A till C, lär det förlora sin verkan, om angreppstiden går till ända utan att det i förhållande till B reagerats mot rättsärendet. Det måste nämligen antagas, att fatalietiden löper till nackdel icke blott för A utan även för A:s rättsinnehavare. Varför skulle B, om han har anspråk på att ogiltigheten inom viss tid göres gällande mot honom, försättas i sämre läge därför att A:s rätt, B ovetande, övergått till C? Vad nu anförts innebär däremot ingalunda, att före berörda tids utgång ett angrepp mot rättsärendet blott skulle kunna emanera från A personligen och icke tillika från en dennes

rättsinnehavare C. Tvärtom måste normalt<sup>10</sup> anses gälla, att C under tidsperioden har samma möjlighet att genom ett mot B riktat handlande angripa rättsärendet, som stått A till buds innan dennes rätt övergått till C; ett av A efter nämnda rättsövergång lämnat godkännande saknar ock i allmänhet rättslig betydelse. Vad slutligen angår frågan, huruvida domstolen äger ex officio beakta ogiltigheten i de fall då fatalietiden vid domstillfället ännu icke utlupit (en förutsättning som väl mera sällan inträffar), yttrar sig den skildrade angräpligheten åtminstone däri, att en dylik befogenhet icke förefinnes, om vederbörande kontrahent i rättegången förklarar sig avstå från att åberopa ogiltigheten; i övrigt hänvisas till det nedan under 3) sagda.

B). Hittills har endast talats om att genom ett före utgången av viss tid företaget angrepp av en *kontrahent* rättsärendet mister sin giltighet. Men även andra omständigheter, såsom en reaktion mot det felaktiga rättsärendet å *tredje mans* sida, kunna utlösa enahanda destruktiva effekt. Ett slags resolutiv villkorlighet är då likaledes förhanden. Det förutsättes härvid, att denna möjlighet att rättsärendet i följd av ett »utomstående« faktum göres om intet är, liksom vid omförmälda angräplighet, tidsbegränsad.<sup>11</sup> Exempel: 6:4 och 5 GB; jfr ock reglerna om återvinning i konkurs.

2). Att i alla de fall, där ogiltigheten icke är av ovan under 1) avsedda beskaffenhet, beteckna densamma som nullitet vore emellertid inadekvat. Även en annan form av svagare — svävande eller villkorlig — ogiltighet låter sig påvisa.

Här syftas på de fall då en kontrahent är i viss utsträckning bunden av det felaktiga rättsärendet men definitiv bundenhet icke kommer att åvila honom, med mindre visst positivt faktum ytterligare tillkommer. Uteblir detta faktum, står ogiltigheten fast. Inträffar åter detsamma, är allt i sin ordning. Rättsärendet kan här sägas vara *suspensivt* villkorat, icke såsom vid angräpligheten resolutivt.

A). Antag sålunda, att vid ett avtal endera kontrahenten A är på grund av omyndighet, fullmäktigs bristande behörighet, viljefel eller annan orsak icke på något som helst sätt bunden av avtalet, medan däremot viss bundenhet åvilar motparten B — vare sig nu B under längre eller kortare tid icke alls äger åberopa ogiltig-

heten eller han får göra detta allenast i den begränsade omfattning, som föranledes av de mera sekundära hänsynen till att han på grund av A:s valrätt att vidbliva avtalet eller därifrån avstå är underkastad ovisshet om sin rättsställning och behöver rättsskydd däremot. Ogiltigheten är alltså, mer eller mindre utpräglat, av *ensidig* natur. Vad som i detta sammanhang intresserar är nu B:s rättsläge. Det ytterligare positiva faktum, som måste tillkomma för att definitiv bundenhet skall åvälvas honom, är närmast ett A:s (eller hans representants) godkännande av avtalet. Även för B:s del måste visserligen avtalet sägas vara ogiltigt.<sup>12</sup> Men någon nullitet är ingalunda förhanden. B:s viljeförklaring är allenast behäftad med ett slags suspensiv villkorlighet.

I övrigt har man beträffande B:s bundenhet, såsom nyss antyddes, huvudsakligen att räkna med två konstellationer.

Antingen är B, under längre eller kortare tid, bunden i *avtalslagens* *bemärkelse*, i analogi med en anbudsgivare enligt 1 §. B måste här, under den svävande perioden, stå fast vid avtalet. Någon möjlighet att förhindra dess godkännande å motpartens sida har han icke. Exempel härpå ger 9:6 st. 1 *andra* punkten FB: avtal ingången av en omyndig, när medkontrahenten känt till omyndigheten (från visst undantagsfall bortses här).

Eller också har visserligen även B befogenhet att åberopa ogiltigheten och kan alltså frånträda avtalet, men då denna — av berörda sekundära hänsyn förestavade — befogenhet står till hans disposition endast så länge ett godkännande från A:s håll icke mellankommit, är B trots allt även i förevarande läge i viss mån bunden, låt vara allenast i den under 1) behandlade latent formen. Exempel erbjuder *första* punkten i nämnda lagrum: avtal med en omyndig, när medkontrahenten *saknat* vetskap om omyndigheten. Även här är situationen jämförlig med det fall att B till A avgivit ett anbud. Men denna gång är fråga om ett före accepten »återkalleligt» anbud, d. v. s. ett anbud som kan tagas tillbaka men som på grund av att detta tillbakatagande icke får dröja till efter accepten utgör tjänligt underlag för denna.<sup>13</sup> Just den omständigheten att B:s rätt att frånträda avtalet är på skildrade sätt begränsad möjliggör, att hans viljeförklaring kan utgöra basis för ett godkännande och förty *tillika* fungerar som ett suspensivt vill-

korat rättsärende. Även förutsatt att det resolutiva villkoret icke realiserats, d. v. s. att B underlåter att draga sig från avtalet undan, kommer ju giltigt sådant till stånd endast om A:s godkännande följer. Därutinnan ger sig alltså den suspensiva villkorligheten tillkänna. Det förhållandet att godkännandet meddelas är å andra sidan otillräckligt för att förhjälpa avtalet till giltighet, om dessförinnan ett frånträdande ägt rum å B:s sida. Sätillvida gör sig den resolutiva villkorligheten gällande. Att B:s viljeförklaring på en gång är, i olika hänseenden, behäftad med både suspensiv och resolutiv villkorlighet är ingenting märkligt. Det betyder endast att dubbla förutsättningar — en positiv, en negativ — måste uppfyllas för att avtalet definitivt skall erhålla giltighet.<sup>14</sup>

I överensstämmelse med vad ovan under 1) för där anförda fall understrukits är emellertid av vikt att betona, att med begreppet suspensiv villkorlighet icke åsyftats att utsäga något om huruvida i tiden före villkorlighetens avgörande rättsärendet behandlas som fullgiltigt eller ej.<sup>15</sup>

B). Det positiva faktum, som måste tillkomma för att vederbörande rättsärende skall förlänas definitivt giltighet, kan emellertid även vara av annat slag än ett sådant godkännande av avtalet från en *kontrahents* sida som nu berörts. För ett avtals giltighet kräves sålunda eventuellt godkännande av viss *tredje man*, eller införande i ett offentligt register, eller överhuvud åtgärd här rörande från offentlig myndighet. En avhändelse av andel i en ekonomisk förening kan t. ex. bli utan verkan, om ej föreningen godtager förvärvaren som medlem;<sup>16</sup> överlåtelse av en omyndigs fastighet resp. överlåtelse av fastighet till en utlänning saknar giltighet utan domstols resp. Kungl. Maj:ts tillstånd; föryttring av visst till gränserna bestämt område blir måhända ej bestående med mindre området genom laga delning skiljes från den fastighet vartill det hör (jfr 4:7 i lagberedningens nya förslag till jordabalk och SvJT 1945 rf. s. 22); ett äktenskapsförord är ej, ens mellan parterna, »gällande» förrän det ingivits till rätten (8:12 GB). Ha nu bägge kontrahenterna medvetet ställt avtalets bestånd i beroende av nämnda faktum, torde visserligen avtalet icke böra betecknas som ogiltigt. Men ha de icke gjort detta, måste väl ett slags ogiltighet, av här åsyftade suspensiva natur, anses vara för-

handen. I övrigt kan kontrahenternas bundenhet även i dessa lägen vara av tvåfaldig art. Antingen äro de, i tiden före villkorlighetens avgörande, bundna i avtalslagens bemärkelse. Eller också föreligger för kontrahenterna eller endera av dem rätt att före detta avgörande — men icke efteråt — frånträda avtalet; i så fall är med den suspensiva villkorligheten förknippad en resolutiv villkorlighet på samma sätt som förut utvecklats. Vilket alternativ som är det riktiga kan för övrigt ej sällan vara tveksamt.<sup>17</sup> Understundom finnes dock en uttrycklig lagreglering i ämnet; se 29 § aktiebolagslagen, med tillhörande motiv, angående medkontrahentens ställning i tiden innan ett å ett oregistrerat bolags vägnar slutet avtal blir »gällande» genom registreringen av bolaget.

#### *Tillägg till 1 B) och 2 B).*

I de fall då befogenhet att göra ett avtals felaktighet gällande principiellt tillkommer endast en tredje man i dennes intresse, och icke tillika någondera kontrahenten<sup>18</sup> — i alla händelser icke annat än i reducerad omfattning, för tillgodoseende av hans behov att ernå klarhet om rättsläget —, anses understundom i doktrinen rättsärendet icke böra betraktas som ogiltigt utan som »relativt overksam» l. dyl. Värdet av denna terminologiska begränsning är emellertid diskutabelt (och alldeles särskilt när avtalet dock i viss omfattning kan frånträdas även av kontrahenterna eller en av dem). Begränsningen iakttages icke heller mera allmänt ens i modernt svenskt lagspråk.<sup>19</sup>

3). I de under 2 a) behandlade fallen förhåller det sig ju så, att den ene kontrahenten A står helt obunden, medan det för motparten B:s vidkommande förefinnes en mer eller mindre långtgående bundenhet. Detta innebär, från en annan synpunkt sett, att A:s viljeförklaring i dessa fall dock är verksam såtillvida att densamma, änskönt icke i någon mån för honom bindande, utgör anknytningspunkt för B:s bundenhet. B:s rättshandlande blir tack vare just A:s ogiltiga förklaring så att säga giltigt *mottaget*, och A (eller hans representant) har möjlighet att genom ett tillträdande av avtalet förskaffa detta full giltighet *utan* att B för sin del behöver lämna någon medverkan i sådant hänseende. Det är

denna effekt av A:s ogiltiga rättsärende, som *Arnholm* särskilt tagit fasta på (a. a. s. 334 ff.). Ett ensidigt godkännande från A:s sida är tillfyllest för att avtalet, betraktat som enhetligt rättsfaktum, skall läkas. En del av vad som erfordras för ett giltigt avtalsslut är trots ogiltigheten »undangjort».<sup>20</sup>

Sistnämnda förhållande framträder även i ett annat hänseende, som det är viktigt att fästa uppmärksamheten på, även om det icke rör sig om en säregenhet, som ej ibland skulle kunna förekomma även vid starkare gradationer av ogiltighet. En kontrahent, som principiellt är alldeles obunden, kommer de facto på den grund att ett låt vara ogiltigt rättsärende å hans sida föregått att bindas lättare än om intet tidigare från honom emanerande handlande alls ägt rum. Påtagligt är nämligen, att domstolarna ofta eller oftast för ett godkännande icke kräva lika mycket som för tillkomsten av en helt ny viljeförklaring. Det ursprungliga rättsärendet är ur denna synpunkt långt ifrån en nullitet. Kontrahenten blir ju visserligen icke i förevarande fall bunden *enbart* genom förloppet av viss tid; även positiva omständigheter måste tillkomma, varifrån man kan sluta sig till att godkännande skett. Men dessa omständigheter behöva icke ha samma valör som normalt kräves för att en viljeförklaring skall anses föreligga. Man härleder t. ex. på relativt lösliga grunder en ratihabitionsvilja ur kontrahentens allmänna uppträdande i. dyl., eventuellt ur vissa hans interna viljeyttringar — liksom passiviteten vid sidan av icke särdeles vägande positiva fakta tillmätas extraordinärt beaktande, jfr. NJA 1947 s. 121. Än vidare anses en formlös förklaring relevant även i fall, då rättshandlingstypen i och för sig fordrar viss form. För svensk rätts del torde det sålunda vara en säker regel, att ett av en omyn- dig ingånget eller med viljefel behäftat formbundet rättsärende läkes formlöst.<sup>21</sup> Tankegången är kanske närmast den, att en upprepning av formen icke är av nöden, eftersom det förelupna felet ligger på annat plan än det formföreskriften har i sikte. Men detta betyder just, att det ursprungliga rättsärendet trots ogiltigheten duger i vissa hänseenden. Ett handlande eller en underlåtenhet, som eljest icke skulle vara som rättsfaktum utslagsgivande, blir numera för ändamålet tillfyllest.

Slutligen möter beträffande nu ifrågavarande, under 2 a) an-

märkta fall — där alltså den ene kontrahenten A tänkes helt obunden — det klassiska spörsmålet, hurvida domaren är förhindrad att ex officio, eller således oberoende av därom utav A framställd invändning, beakta en ogiltighet, rörande vars existens han under rättegången blivit övertygad. Här måste strängt skiljas mellan två frågor, som ofta sammanblandas med varandra. Den ena är den, huruvida domaren måste böja sig för en i processen angiven förklaring därom, att ogiltigheten icke åberopas. Svaret måste tydligen i förutsatta fall bli jakande. Det är en naturlig konsekvens av ogiltighetens karaktär. Den andra frågan åter gäller, huruvida domaren, för den händelse ogiltigheten varken åberopats eller eftergivits, har att i *vederbörande parts* (A:s) intresse ex officio bedöma rättsärendet som ogiltigt eller tvärtom skall anse rättsärendet giltigt, om ej invändning göres. En regel i den senare riktningen följer ingalunda logiskt därav, att ogiltigheten på sätt som här avses är svävande. Det kunde ju tänkas, att domaren borde hjälpa parten att bevaka hans intresse av ogiltighetens upprätthållande. Svaret på föreliggande fråga torde närmast, såsom *Ussing* understryker (a. a. s. 243), bero på processuella hänsyn. I viss mån måste väl dock även beaktas ogiltighetens materiella intensitet. Enligt svensk rätt får i allt fall i princip anses gälla, att vid nu dryftade slag av ogiltighet — liksom för övrigt vid angriplighet enligt 1 a) här ovan — domaren *icke* har att inskrida ex officio. Jag hänvisar till stadgandet i 17:3 RB, att när saken är sådan, att förlikning därom är tillåten, dom ej må grundas på omständighet, som icke av part åberopats till grund för hans talan (se dock även 44:8 RB). Jfr ytterligare t. ex. 5:10 GB (»på ena makens yrkande«), 11:29 GB och 7:9 FB (»på hans talan«) samt den i förevarande sammanhang redan av *Lassen* uppmärksammade 227 § sjölagen (»efter yrkande av någondera parten«). I den mån således ogiltighetens beaktande avhänger av partens invändning, föreligger när allt kommer omkring ett slags angriplighet, låt vara av speciellt processuell karaktär. Partens förevarande reaktionsmöjlighet är ju enligt sakens natur tidsbegränsad.

4). Av väsentligt annan art är däremot ogiltigheten, när den icke är svävande i någon av de former som förut skildrats. Ingendera kontrahenten är förty bunden av rättsärendet, icke ens på



det mot läget vid återkalleligt anbud svarande sätt varom ovan varit tal. Här kan alltså icke enbart en kontrahents passivitet under viss tid förläna avtalet giltighet. Ej heller uppnås giltighet genom att ett ensidigt godkännande av motparten meddelas eller att eljest något positivt faktum tillkommer; det saknas nämligen för ändamålet erforderligt underlag i bundenhets hänseende. Rättsärendet måste företagas på nytt, när det gäller avtal under bägge kontrahenternas medverkan. Här kan med åtminstone visst fog — ehuru uttrycket innefattar stor överdrift — talas om »nullitet«.

Exempel på dylik ogiltighet förekomma i allmänhet i de fall, då ett avtal är oförbindande på grund av ett formfel, som hänför sig till båda kontrahenternas viljeförklaringar. Fullständig obundenhet å bägge sidor är ju i detta läge förhanden. En upprepning av avtalet må visserligen kunna ske, under ömsesidig medverkan av kontrahenterna och i den stadgade formella ordningen (en formlös läkning av formfelet självt kan nämligen knappast utan särskilt stöd antagas). Sätillvida framstår för kontrahenterna den önskade rättseffekten icke lika definitivt spolierad som i de fall, där t. o. m. en upprepning är på grund av ogiltighetens beskaffenhet utesluten. Men avtalet måste i allo företagas på nytt, ingenting är genom vad som tidigare förevarit »undangjort«, och av det äldre avtalet är alltså intet, eller praktiskt taget intet,<sup>22</sup> i behåll. — Även om formkravet hänför sig till blott endera kontrahentens viljeförklaring, såsom principiellt vid fastighetsköp enligt svensk rätt, kan det vara så, att även medkontrahenten till följd av formfelet är obunden, sc. icke i någon mån bunden. Läget blir då likartat med det nu nämnda, dock med den skillnaden att läkningen av ogiltigheten möjligen kan ske lättare. Ty även om medverkan å medkontrahentens sida härför är nödvändig, kan denna måhända, i överensstämmelse med det ovan under 3) sagda, försigå under enklare betingelser än uppkomst av bundenhet genom ett helt nytt avtal. Huruvida nu i det ena eller andra fallet rättsreglerna verkligen få anses ha sådant innehåll, att medkontrahenten är helt obunden, kan likvisst understundom vara oklart.<sup>23</sup>

Som exempel på ogiltiga rättsärenden av förevarande beskaffenhet må vidare nämnas sådana aktierättsliga förfoganden, som

stå i strid med de till skydd för bolagsborgenärerna och andra tredje män meddelade reglerna om aktiekapitalet m. m.

Är ett ogiltigt avtal ensidigt förpliktande och den med förpliktelsen belastade kontrahenten helt obunden, finnes väl i allmänhet icke heller något utrymme för en svävande ogiltighet.<sup>24</sup> Och motsvarande kan sägas, när fråga uppkommer om ogiltighet beträffande allenast viss för medkontrahenten enbart förmånlighet *del* av ett avtal, såsom en *lex commissoria* enligt 37 § avtalslagen eller klausuler av det slag som avses i t. ex. 3 kap. 19 §, 24 § sista st., 35, 40, 43 och 47 §§ nyttjanderättslagen.

Ifrågavarande nullitet ernär till sist en stegrad intensitet i de fall, där ytterligare tillkommer, att domaren *ex officio* har att beakta ogiltigheten, möjligen även att en i förhållande till vad eljest gäller vidgad krets av tredje män äger göra densamma gällande. Här är nullitetsbeteckningen mer än eljest träffande, dock att man icke ens i dessa lägen får förutsätta frånvaron av *varje som helst* med det felaktiga rättsärendet förbunden rättsverkan.

De fall som nu åsyftas äro sådana, där ogiltigheten är markerat offentligrättsligt präglad, så att den kan sägas uppehållen i hela samhällets intresse (icke blott för den eller den kontrahentens, den eller den tredje mannens eller tredjemanskretsens skull). Det rör sig t. ex. om en ogiltighet grundad på att ett avtal avser främjande av straffbart eller mot goda seder stridande handlande eller på att avtalet innefattar åtaganden, som på grund av sin natur icke böra vara föremål för rättsliga sanktioner (se *Ussing* a. a. s. 240 f.). Andra och praktiskt viktigare fall äro, att ogiltigheten är statuerad i en av utpräglad offentligrättsliga skäl förestavad förbudslagstiftning. Hithörande fall torde med hänsyn till tendensen i nutida lagstiftning — även den privaträttsliga — bli allt vanligare.

Det förhållandet att hela samhället kan sägas vara engagerat i intresset av ogiltighetens upprätthållande influerar omedelbart på läget i processen. Domaren måste rimligen — som representant så att säga för samhällsmedlemmarna i gemen — ha att *ex officio* beakta ogiltigheten, oberoende således av huruvida invändning om densamma göres eller ej, ja t. o. m. i strid mot en av endera eller bägge parterna avgiven uttrycklig ratihabitionsförklaring.

Detta framgår visserligen icke tydligt av ordalagen i 17:3 RB — själva »saken» skulle i föreliggande fall kunna sägas icke vara undandragen partsdisposition — men måste enligt min mening följa av grunderna för stadgandet.<sup>25</sup>

Mera ovisst är, huruvida för denna särskilt utpräglade form av nullitet tillika kan anses karakteristiskt, att ogiltigheten med hänsyn till hela samhällets intresse av dess upprätthållande principiellt får, på ett sätt som icke har någon motsvarighet vid ogiltighet i övrigt, åberopas av tredje man. Att vilken tredje man som helst skulle äga göra nulliteten gällande är under alla omständigheter oantagligt. Endast till en tredje man som har »rättsligt intresse» (vad nu detta skall betyda) av ogiltigheten lär hänsyn kunna tagas.<sup>26</sup> Då nu omvänt även vid andra ogiltighetsgradationer åtminstone vissa tredje män måste kunna åberopa det fel som vidlåder rättsärendet, blir distinktionen i fråga icke särdeles klar. Möjligen står dock så mycket kvar av densamma, att kretsen av tredje män, som i nu avsedda nullitetsfall äga göra sig ogiltigheten tillgodo, blir vidsträcktare än eljest.

#### NOTER

1. Nullitet og Anfægtelighed, i Udvalgte Afhandlinger, utg. av Dahl, 1924, s. 179 ff.
2. Aftaler, 2 uppl. 1945, s. 237 ff., särskilt s. 256 f. (märk rubriken).
3. Jag nämner speciellt *Japiot*, Des nullités en matière d'actes juridiques, 1909, ett skarpsinnigt arbete av enastående grundlighet, samt *Des Gouttes*, Système des nullités en droit suisse (i Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd 48, 1929).
4. Om en s. k. »Wollensbedingung» är det följaktligen, såsom utvecklats av bl. a. *Almén*, Om auktion, II, 1900, s. 131 ff., icke fråga.
5. Det torde dock få krävas, att den person, på vars passivitet det ankommer, icke är en annan än

den avtalsslutande kontrahenten själv. En förmyndare kan således icke utan vidare anses pliktig att inom viss frist reagera mot ett av den omyndige på egen hand slutet avtal; jfr åter beträffande verkan av passivitet å en numera myndigbliven kontrahents sida SvJT 1932 rf. s. 1. — Tiden för angrepp i förevarande fall får naturligtvis ofta räknas, icke från rättsärendets tillkomst utan från viss senare tidpunkt, såsom den då ifrågavarande ogiltighetsgrund upphört att påverka vederbörande: denne har t. ex. återställts från en övergående sinnessjukdom eller en tillfällig sinnessförvirring. Ett viktigt motiv för

nu berörda passivitetsverkan är ju som nämnt hänsynen till att tystnaden kan antagas vara uttryck för en godkännande inställning.

6. Se i ämnet *Ussing* a. a. s. 246, 253 f. och *Arnholm*, *Alminnelig avtalerett*, 1949, s. 345 ff. — Med hänsyn till passivitetsgrundsatsens landvinningar under senare tid torde icke vara avgörande, att vid avtalslagens tillkomst synbarligen förutsattes, att någon reklamationskyldighet icke skulle åvila den kontrahent som äger åberopa ogiltigheten, såsnart medkontrahenten icke var helt godtroende. Av motsvarande skäl lär på frågan om angriffligheten i de fall, som avses i 1924 års lag om verkan av avtal som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet, knappast böra influera, att lagstiftaren ej intresserat sig för denna fråga, (jfr. dock *Ussing* a. a. s. 246 not 26).
7. Skulle likvisst så anses (se *Schmidt*, *Kollektiv arbetsrätt*, 1950, s. 74), är väl ändock ogiltigheten försvagad av det skäl att den måste beivras i viss ordning, nämligen genom anställande av rättegång. Märk i detta sammanhang *lagberedningens* uttalanden om vissa fall av testamentes ogiltighet (eller överksamhet), som ej gå in under 7:5 testamentslagen, NJA II 1930 s. 371, 373. Jfr ock NJA 1936 s. 716.
8. I den mån ett rättsärende, såsom en uppsägning, verkar mot adressaten, kommer angriffligheten att yttra sig i att denne måste reagera utan oskäligt uppehåll, ge-

nast etc. Exempel härpå i de fall då det ifrågasättes skyldighet för en adressat att vid misstanke om bristande behörighet å den handlandes sida »fordra bevis» om behörigheten. Jfr 12:22 RB.

9. Även när fråga är om rättsärendets datering i sådana hänseenden, som beröras av *Arnholm* a. a. s. 335, lär det vara mest naturligt att antaga tillbakaverkan de kraft.
10. I de undantagsfall, då rätten att angripa rättsärendet icke tillkommer A:s rättsinnehavare (särskilt icke sådana vid utmätning, jfr *Ussing* a. a. s. 248 f.), föreligger uppenbarligen en särskilt markant angrifflighetsvariant.
11. Föreligger ingen dylik tidsbegränsning för t. ex. en viss tredje mans rätt att angripa rättsärendet, kan visserligen ogiltigheten ändock ha allenast villkorlig karaktär. Om nämligen kontrahenterna eller endera av dem äro på det ena eller andra sättet bundna, har det ju sin mening att trots frånvaron av berörda tidsbegränsning icke betrakta rättsärendet som obetingat ogiltigt. Men förevarande ogiltighet blir i så fall — om man håller i minnet att vid begreppsbildningen ingen hänsyn toges till huruvida under den svävande perioden »rättsverkningarna inträda» eller ej — av samma typ som anges nedan i texten under 2). Ty själva tidsförloppet medför under sagda förutsättning icke giltighet. För ändamålet måste tillkomma en positiv faktor (tredje mans godkännande 1. dyl.).

12. Det förutsättes, att B icke medvetet ställt avtalets giltighet i beroende av godkännandet; se nedan i texten.
13. Det är alldeles oriktigt att föreställa sig, att ett anbud, som före accepten (alltså ej under obegränsad tid) är återkalleligt, icke medför *någon som helst* bundenhet. Även det återkalleliga anbudet är »bindande», om än blott i anmärkta resolutiva utgestaltning, något som för flertalet fall är ur praktiska synpunkter tillfyllest. Hur skulle eljest, i de länder som sakna en mot 1 § avtalslagen svarande regel, avtalsmekanismen kunna fungera?
14. Skillnaden mellan det suspensivt och det resolutivt villkorade ogiltiga rättsärendet är alltså, att vid det förra måste, för att rättsärendet skall bli definitivt *giltigt*, en ytterligare positiv faktor tillkomma, under det att vid det senare motsvarande faktor (angreppet m. m.) tjänar till att medföra rättsärendets *ogiltighet*. Eller på annat sätt uttryckt: vid det förra medför tidsförloppet som sådant intet undanröjande av ogiltigheten, vid det senare har tidsförloppet just denna effekt.
15. Emellertid: liksom en anbudsgivares bundenhet understundom sträcker sig ända därhän, att han har förpliktelse att prestera före accepten (åtagande av realanbud), kan det ibland även förekomma, att vid ett ogiltigt avtal den bundne kontrahenten B är omedelbart prestationspliktig. Detta blir då, om man så vill, en tredje bundenhetskonstellation.

Om t. ex. B svikligen förlett A att köpa viss B tillhörig egendom och A, generad över att ha blivit lurad eller i resignation inför bevissvårigheterna, beslutar sig för att icke alls låtsas om förledandet utan stå fast vid avtalet, lärar B, om han sedermera underlåter att prestera, icke kunna till sitt försvar och för undgående av morapåföljderna åberopa, att avtalet är ogiltigt på grund av hans eget svek och att något godkännande från A icke inlupit. En annan sak är, att om B levererat men A sedermera frånträder avtalet, leveransen måste återgå.

Det sist anmärkta visar, att den nu avhandlade ogiltigheten kan vara så utformad, att talet om att rättsverkningarna omedelbart inträda, för att sedermera eventuellt undanröjas, täcker en betydelsefull realitet. I det valda exemplet var det nu endast en *medkontrahent*, och en ondtroende sådan, till vars last de ifrågavarande rättsverkningarna omedelbart inträdde. I och för sig är emellertid motsvarande system tänkbart även när tredje mans rättsläge står på spel. Detta skulle bl. a. betyda, att rättsordningen med hänsyn till tredje mans prestationsskyldighet visserligen behandlade rättsärendet (t. ex. en ogiltig överlåtelse av en fordringsrätt, en ogiltigt ingången gäldsförbindelse) som giltigt under det svävande tidskedet — debitor-cessus eller en löftesman vore alltså redan under denna period prestationspliktig — men sedermera, när

ogiltigheten gjordes gällande, låte konsekvenserna av densamma inträda med verkan på det ena eller andra sättet även mot tredje man. Emellertid måste uppenbarligen en sådan reglering, enligt vilken alltså i efterhand neutraliserades ett tidigare, med utgångspunkt från rättsärendets bedömande som giltigt åvägbragt rättstillstånd, inge praktiska betänkligheter. Naturligare är att i stället gå fram på endera av följande två vägar. Den ena är att tredje man inte ålägges någon prestationsförpliktelse förrän den av ogiltigheten beroende villkorligheten avgjorts; han får »vänta och se», huruvida rättsärendet till slut blir gällande eller ej. Detta torde, i enlighet med vad som förordats av *Lassen* och *Ussing*, vara huvudregeln enligt nordisk rätt. Den andra vägen är, att rättsärendet visserligen i förevarande relation behandlas som giltigt redan under ovisshetsperioden men att de inträdda rättsverkningarna bli, alltså i vad tredje mans rätt rör, *bestående* även sedan det blivit klart, att någon läkning av ogiltigheten inte kommer till stånd. Exempel: avtal ingånget av ett aktiebolags styrelse, utsedd genom ogiltigt beslut å bolagsstämma (se *Stenbecks* m. fl. kommentar till aktiebolagslagen, 2 uppl. s. 519 f.); jfr ock institutet återgång av äktenskap. Men följes denna andra linje — som är speciellt näraliggande vid kontinuerliga rättsförhållanden: arrende, bolag o. s. v. (märk även frågan om

tredje mans respekterande av genom ogiltigt fång förvärvat äganderätt till fastighet, särskilt efter meddelad lagfart) — har man i själva verket redan *delvis* dragit ett streck över ogiltigheten. Så snart ogiltigheten överhuvud verkar »ex nunc» i stället för »ex tunc», är den faktiskt allenast partiell. En verkan ex nunc kan för övrigt förekomma även kontrahenterna emellan; se t. ex. 1:1, 2:4 och 3:3 nyttjanderättslagen. Att detta är en från övrig ogiltighet klart avgränsad rättsfigur torde under senare tider knappast ha betvivlats.

16. Hit borde principiellt även höra arrendators resp. hyresgästs överlåtelse av nyttjanderätten utan jordägarens eller hyresvärdens samtycke. Jfr emellertid det närmaste till ogiltighetens behandling som angräplighet, vilket med stöd av 2:37 och 3:33 nyttjanderättslagen skett genom rättsfallen NJA 1948 s. 331 och 1949 s. 221.
17. Beträffande försäljning till utlänning anser *Nial* i TfR 1936 s. 39 f., 52, alternativet nr 2 vara tillämpligt, varom naturligen kan diskuteras (jfr *Rodhe*, Om fastighetsindelningen och dess betydelse, 1941, s. 309 not 1). Rörande tolkningen av 8:12 GB i detta hänseende se *Westrings* m. fl. kommentar till lagrummet, jfr ock NJA 1949 s. 427.
18. En dylik reglering förekommer dock ingalunda i *alla* fall, då rättsärendet fränkännes verkan av hänsyn till tredje man. Behövet att förstärka effektiviteten av rättsskyddet för tredje man kan

- nämligen motivera, att rättsärendet göres ogiltigt även kontrahenterna emellan. Så t. ex. inom aktiebolagsrätten beträffande förfoganden, som innefatta åsidosättande av vissa »skyddsbestämmelser» till förmån för tredjeman.
19. Se de förut anmärkta bestämmelserna i 6:4 och 5 GB; jfr ock 1 § 2 st. lagen angående vissa utfästelser om gåva. — Ibland betecknas i doktrinen hithörande fall som »kompetensogiltighet». I förbigående må anmärkas, att lagspråket ej heller utan vidare godtager den i litteraturen ofta accepterade terminologin, att ett rättsärende, som ej kan fordras fullgjort enligt sitt primära innehåll, likväl icke skulle vara att anse som ogiltigt, om förpliktelse att gälda det positiva kontraktsintresset träder i stället för rätten till naturalfullgörelse. Jfr 2:1 nyttjanderättslagen; märk andra stycket.
  20. Men liksom för mottagandet av ett vanligt anbud krävas vissa kvalifikationer, måste undantag göras för det fall att vederbörande saknar uppfattningsförmåga om vad saken gäller; jfr NJA II 1924 s. 341 f. och, vad rättspraxis beträffar, NJA 1945 s. 605.
  21. Alltså även om någon frist för angrepp icke kan anses utsatt, jfr ovan före 1 B. — I svensk rättspraxis har ifrågavarande regel, i vad angår verkan av omyndigs fastighetsföryttring, tillämpats oaktat lagen fordrar form icke blott för fastighetsföryttringen själv utan även (vad med efterföljande godkännande kunde tyckas jämförligt) för fullmakt till sådan föryttring, NJA 1897 s. 18. Jfr vidare NJA 1949 s. 444.
  22. Det skulle då vara att det nya avtalet må kunna presumeras ha liknande innehåll som det gamla: tillbakaverkande kraft *kontrahenterna emellan*.
  23. Vid fastighetsköp är det sålunda möjligt, ehuru visst icke säkert, att om säljaren för att avhjälpa formfelet tillställer köparen en behörigen upprättad köpeurkund redan innan denne uppdagat felet (bevisbördan å säljaren), avtalet tager åt sig giltighet. Tvivelaktigt är i varje fall, om man kan gå ett steg längre och med analog tillämpning av 9:6 st. 1 p. 1 FB anse en säljare ha rätt att genom dylik formell ratihabition bota ett formfel ända till dess köparen gentemot säljaren åberopat detsamma, så att man skulle ålägga en köpare, som på egen hand upptäckt avtalets felaktighet, förpliktelsen att vid äventyr av att avtalet blir gällande reagera mot detsamma (i sådan riktning *Almén*, Lagen om avtal, 1916, s. 125 not 2); jfr i ämnet NJA 1903 s. 90.
- En liknande frågeställning möter även vid en sådan ensidig rättshandling som uppsägning, beträffande vilken eljest plägar läras, att densamma måste, om den företagits av obehörig person, vara en nullitet (NJA II 1924 s. 342 f.). Se NJA 1949 s. 352, där nullitetstanken icke upprätthölls.
24. Annorlunda försåvitt rättsärendet såsom en uppsägning verkar *mot* medkontrahenten. Här kan

dennes eventuella villkorliga bundenhet taga sig uttryck i en tillbakadatering av rättsärendet i jämförelse med godkännandets tidpunkt. Jfr nästföregående not in fine.

25. Däremot kunna dessa grunder icke föranleda, att vilka som helst ogiltighetsregler, vid vars tillkomst offentligrättsliga hänsyn

i viss mån medverkat, skulle beaktas ex officio. Sålunda t. ex. icke utan vidare regler om formfel; jfr även lagberedningens låt vara som en helhet något oklara uttalanden om beskaffenheten av den vid arvsavtal enligt 1930 års lag inträdande ogiltigheten (NJA II 1930 s. 409 f., 431).

26. Jfr *Ussing a. a. s. 242* (överst).



# Om stiltiende partshenvisninger i den interlegale handelsret

Af professor Jan Kobbarnagel

Til de klassiske problemer inden for den interlegale ret<sup>1</sup> hører partsautomien, spørgsmålet om parternes ret til ved aftale at bestemme, efter hvilket lands lovgivning en eventuel konflikt skal afgøres. Den herskende opfattelse går i nutiden ud på, at sådanne aftaler som hovedregel bør anerkendes, i hvert fald når formålet er legitimt. De undtagelser, der gøres (hensyn til ordre public, territoriale love, visse krav til tilknytning etc.) skal ikke her drøftes.

I den internationale handel spiller sådanne partsaftaler en betydelig rolle. Hyppigst vil en aftale om anvendelse af en bestemt lovgivning kun være materielretlig. Hvor aftalen f. ex. er undergivet dansk ret, kan parterne bestemme, at visse af dansk rets deklatoriske regler skal erstattes af bestemmelser i et andet retssystem eller af andre regler, f. ex. Incoterms. Det forekommer dog ikke sjældent, at en partsaftale er kollisionsretlig, således at den valgte lovgivning i sin helhed anvendes på kontrakten og i reglen uden hensyntagen til præceptive eller deklatoriske regler i andre lovgivninger. I det omfang, hvori sådanne aftalers gyldighed anerkendes, er der enighed om, at de kan indgås udtrykkeligt eller stiltiende. Det er sidstnævnte form, der her skal omtales.

Ved en stiltiende aftale forstår man i almindelighed en aftale, der fremgår af en persons optræden, uanset at aftalen ikke har fundet nogen udtrykkelig skriftlig eller mundtlig udformning. Stiltiende aftaler har, i hvert fald i nordisk ret, samme gyldighed som udtrykkelige. Det praktiske problem angår kun beviset for aftalens indgåelse.

Spørgsmålet er nu, hvorledes en kollisionsretlig partshenvisning kan vedtages stiltiende.

Borum<sup>2</sup> vil anerkende en sådan stiltiende vedtagelse, når der »i kontrakten foreligger bestemte holdepunkter for, at parterne har villet undergive deres retsforhold et bestemt lands lov«. Som eksempler nævner han værnetingsvedtagelsen, aftalen om fælles opfyldelsessted, henvisningen til bestemte paragraffer i en lovbog eller henvisning til en kutyme, der er tilpasset efter en bestemt lovgivning. I samme retning udtaler Nial<sup>3</sup> sig, omend forsigtigere. Han nævner som eksempel bl. a. voldgiftsklausuler og tilføjer, at også det i kontrakten anvendte sprog kan give et fingerpeg.

Det sidste eksempel er nu mindre heldigt. I udenrigshandel er man nødt til at betjene sig af et sprog, som begge parter forstår, og den udbredte anvendelse af engelsk kan naturligvis ikke fortolkes som en henvisning til engelsk ret. Derimod kan man undertiden, som Dicey<sup>4</sup> gør opmærksom på, udlede noget af kontraktens sprogbrug, idet visse udtryk kan indicere forudsætningen om en bestemt lovgivnings anvendelse.

Af de nævnte faktorer er der særlig to, som påkalder interesse på grund af deres praktiske betydning, nemlig værnetingsaftaler og voldgiftsklausuler. Der er derfor grund til at undersøge, om sådanne vedtagelser kan opfattes som en stiltiende, kollisionsretlig henvisning til vedkommende lands lovgivning.

Som led i en større undersøgelse af udenrigshandelens kontrakter, iværksat gennem Handelshøjskolen i København, har jeg haft lejlighed til at gennemgå et materiale af indsamlede kontrakter, omfattende en betydelig del af dansk import og eksport. Da indsamlingen af kontrakter ikke er afsluttet, og materialet endnu ikke er repræsentativt, må iagttagelserne gengives med et vist forbehold. De yder imidlertid en foreløbig vejledning.

Som det var at vente, indeholder flertallet af kontrakter overhovedet ingen bestemmelser om løsning af retstvister. Blandt det mindretal, der forudser misligholdelse og foreskriver regler herom, kan følgende typiske vedtagelser fremhæves:

1. Udtrykkelig kollisionsretlig henvisning, uden værnetings- eller voldgiftsklausul — (meget få kontrakter).

2. Udtrykkelig kollisionsretlig henvisning, kombineret med en værnetingsvedtagelse — (synes ret udbredt, ca.  $\frac{1}{6}$  af det ovennævnte mindretal).
3. Udtrykkelig kollisionsretlig henvisning, kombineret med en voldgiftsklausul — (bruges i visse standardkontrakter, men er ellers ret sjælden).
4. Værnetingsaftale uden kollisionsretlig henvisning — (synes ikke ualmindelig).
5. Voldgiftsklausul, uden kollisionsretlig henvisning — (forekommer hyppigt, ca.  $\frac{1}{3}$  af det heromhandlede mindretal).

Selv med ethvert forbehold over for materialets ufuldstændighed er tendensen tydelig: udtrykkelige aftaler om den anvendelige lovgivning er relativt sjældne. Derimod spiller voldgiftsklausuler en ikke uvæsentlig rolle, og også værnetingsvedtagelsen har nogen udbredelse.

Det spørgsmål, der nu skal diskuteres, er, om en værnetings- eller voldgiftsaftale, der optræder isoleret, dvs. uden nogen udtrykkelig kollisionsretlig henvisning, kan fortolkes som en stilltende aftale om, at lovgivningen i det land, hvortil afgørelsen geografisk er henlagt, skal bringes til anvendelse ved konfliktens løsning.

Der er næppe tvivl om, at mange forretningsfolk uden kendskab til den interlegale rets principper rent umiddelbart vil besvare spørgsmålet bekræftende. Det er nemlig en udbredt misforståelse, at domstole og voldgiftsretter altid anvender *lex fori*. Er denne misforståelse tilstede hos begge parter, volder det ingen betænkelighed at fortolke aftalen som en kollisionsretlig partshenvisning. Hvis en af parterne imidlertid har en anden opfattelse, idet han kender så meget til interlegal ret, at han ved, at domstolene efter omstændighederne anvender fremmed ret, synes det noget urimeligt at tage større hensyn til den uvidende kontrahents opfattelse end til den mere kyndiges. Dette ville i hvert fald kun være berettiget, hvis den kyndige havde udnyttet medkontrahentens uvidenhed. Beviset herfor vil dog som oftest glippe, ligesom det vil være vanskeligt at godtgøre, at den, der nu påberåber sig kyndighed, måske ved aftalens indgåelse har svævet i samme vild-

farelse som den anden part. Uenigheden om den anvendelige lovgivning forudsætter jo netop, at parterne nu ønsker forskellig lovgivning anvendt, og man kan derfor ikke vente helt oprigtige svar på spørgsmålet om, hvad parterne i aftaleøjeblikket havde tænkt sig.

For problemets nærmere undersøgelse vil det være hensigtsmæssigt at sondre mellem værnetingsvedtagelsen og voldgiftsklausulen.

I en *værnetingsvedtagelse* ligger for det første en aftale om, at begge parter underkaster sig retsplejelovgivningen på stedet. De er ikke blot pligtige at møde for den aftalte ret, men har også underkastet sig *lex fori* regler om berømmelse og forkyndelse og procesmåden i det hele. Dette følger af grundsætningen om, at processuelle love er territoriale og dermed hævet over partsautonomien.

Endvidere underkaster parterne sig domslandets interlegale retsregler. Det er — i hvert fald i de lande, der ikke hylder *renvoi* princippet — en fastslået regel, at domstolen anvender sin egen interlegale rets kollisionsnormer. Dette betyder, at hvis der findes lande, hvis interlegale ret anerkender værnetingsaftalen som en stiltiende partshenvisning, er vedtagelse af et sådant lands domstole identisk med vedtagelse af dette lands lovgivning. Som det påvises nedenfor, hører England og Tyskland vistnok til disse lande. Adskillige andre steder anser man værnetingsaftalen for en tilknytningsfaktor af en vis vægt, og hvis styrken af de øvrige tilknytningsfaktorer er fordelt ligeligt, kan værnetingsaftalen efter omstændighederne blive udslaggivende. Hylder *lex fori renvoi* princippet, må følgen blive, at retten først efter almindelige kollisionsregler afgør, hvor sagen henhører, og når dette er udfundet, undersøger den, om værnetingsaftalen i vedkommende lovgivning tillægges betydning. Det er dog overordentlig sjældent, at *renvoi* anvendes i den interlegale handelsret.

Den foreliggende litteratur kan opvise adskillige eksempler på den opfattelse, at værnetingsaftalen ubetinget må fortolkes som en kollisionsretlig partshenvisning. Dernæst er der adskillige forfattere, der opfatter den som et stærkere eller svagere tilknytningsmoment. Ret kategorisk er Dicey,<sup>5</sup> der mener, at hvis ikke det

modsatte fremgår af kontrakten, kan det antages, at parterne med værnetingsaftalen har tilsigtet, at retten skulle anvende sin egen lovgivning, dvs. at de har »selected the law of that country as the proper law of the contract«. Rabel<sup>6</sup> udtaler ligefrem, at sætningen er fastslået i England, medens den andre steder, f. eks. i Svejts og Canada, kun har karakter af en præsumptionsregel. Han mener også, at sætningen har sikker støtte i tysk praksis. Battifol<sup>7</sup> — der forøvrigt ikke mener, at parterne direkte kan bestemme, hvilken lov der skal anvendes, men kun kan »lokalisere« kontrakten ved at vælge tilknytningsfaktorerne — hævder, at værnetingsvedtagelsen skaber en sikker formodning (»la presumption la plus sérieuse«) for, at parterne dermed har tænkt sig, at dommerne skulle anvende deres egen lov. Han konstaterer, at denne sætning har klar hjemmel i engelsk og tysk domspraksis, og mener også, at fransk praksis kan opvise en tendens i samme retning (»Orientée sans équivoque dans le même sens«), og at dette også gælder Svejts.

Andre forfattere vil dog kun anerkende værnetingsvedtagelsen som en tilknytningsfaktor på linje med andre, mere eller mindre sekundære faktorer. Dette gælder således Cheshire<sup>8</sup> i hans fremsstilling af engelsk ret, og Raape<sup>9</sup> for tysk rets vedkommende. Karsten Gårder<sup>10</sup> forudsætter, at en sådan regel også stemmer med norsk retsopfattelse. Englænderen Graveson<sup>11</sup> synes nærmest at mene, at slutningen fra »choice of jurisdiction« til »choice of law«<sup>12</sup> er en metodisk fejl, som kan bebrejdes fortiden, og som endnu i det 19. århundrede var udbredt, medens den nu lykkeligt er overvundet.

For nordisk rets vedkommende foreligger såvidt ses ingen klar domsafgørelse. Indtil en sådan er truffet må man derfor gøre sig usikkerheden ved at vælge et nordisk værneting klart. Omvendt tør man forvente, at valg af engelsk eller tysk værneting vil skabe en stærk præsumption for lex fori, og det samme gælder, omend i svagere grad, ved valg af fransk eller svejtsisk forum.

Skulle man ud fra forholdets natur forsøge en løsning for dansk interlegal ret, måtte en henvisning til den i flere fremmede lande fremherskende præsumptionsregel tillægges en betydelig vægt. Det ville næppe være heldigt, om et enkelt land isoleret stil-

lede sig på det standpunkt, at en værnetingsvedtagelse var uden enhver betydning. Det synes i hvert fald ubetænkeligt at anerkende værnetingsklausulen som en tilknytningsfaktor, der — alt andet lige — gør udslaget. Det ville også være i god overensstemmelse med den i Norden anerkendte individualiserende metode, om man godkendte værnetingsaftalen som en faktor af en sådan vægt, at den kunne opveje visse andre tilknytningsfaktorer af mindre betydning. Mere tvivlsom er det, om man kan lade værnetinget være afgørende i tilfælde, hvor flere vægtige faktorer trækker i modsat retning af *lex fori*. Selv for dette standpunkt kan der dog anføres flere argumenter. For det første må det erkendes, at værnetingsvedtagelsen, der lægger afgørelsen i hænderne på det pågældende lands dommere, indeholder en tillidserklæring fra parterne til det valgte lands myndigheder. Dette synes at indicere, at parterne nærer en lignende tillid til det valgte lands retsorden, hvoraf dets domstole jo dog er et udslag. Og når parterne tør give sig ind under det vedtagne forums processuelle og interlegale retsnormer, kan de næppe antages at nære mistillid til samme forums materielle retsregler. Dernæst må det erindres, at domstolene i de fleste lande nærer en naturlig utilbøjelighed mod at anvende fremmed ret, medmindre der af parterne fremskaffes helt pålidelige oplysninger om dennes indhold. Det hermed forbundne besvær såvel for parterne som for dommerne, der skal sætte sig ind i det fremskaffede materiale, i forbindelse med risikoen for, at det ikke lykkes at tilvejebringe tilstrækkeligt fyldestgørende oplysninger om den fremmede ret, indebærer en latent mulighed for anvendelsen af *lex fori*, uanset et oprindelig fælles ønske om afgørelse efter en anden lovgivning. Det vil derfor gennemgående være uhen-sigtsmæssigt at aftale værneting i et land, hvis ret ikke ønskes anvendt. Erkendelsen heraf kan efter omstændighederne — og i mangel af holdepunkter for det modsatte — føre til den antagelse, at parterne snarere har villet foretrække den lettere og sikrere procedure, der opnås ved at underkaste sig *lex fori* materielle ret. — Ved bedømmelsen af disse argumenters vært må også parternes forklaringer om, hvorledes de har opfattet værnetingsaftalen, indgå som et led. Hvis således den ene erkender, at han i sin uvidenhed gik ud fra, at værnetingsaftalen automatisk involverede en

kollisionsretlig henvisning, medens den anden oplyser, at han ud fra sit kendskab til interlegal ret var klar over, at spørgsmålet var tvivlsomt, kan det ikke nægtes, at den sidste havde haft en naturlig opfordring til at søge tvivlen hævet ved en klar aftale. Gårder mener derfor, at man efter omstændighederne bør tolke klausulen mo den sådan part.<sup>13</sup> Hertil skal dog bemærkes, at det altid er noget betænkeligt at indrømme nogen en favør på grund af rets- uvidenhed.

Madsen-Mygdal<sup>14</sup> har de lege ferenda peget på, at der inter- legalretligt kunne opstilles et system af værnetingsregler, hvor- efter hvert enkelt retsforhold kun kan bedømmes ved eet bestemt i de enkelte tilfælde nærmere angivet værneting. Disse skulle da kombineres med reglen om, at domstolene altid anvendte *lex fori*.

Til forfatterens tanke kunne føjes det forslag, at en aftale om værneting altid skulle opfattes som en henvisning til *lex fori*. En international konvention af dette indhold synes ikke at ligge helt uden for mulighedernes grænse.

Det hænder undertiden, at værnetingsklausulen er affattet al- ternativt, idet det overlades en af parterne, hyppigst sælgeren, at vælge mellem to eller flere værnetingssteder. En tysk dom<sup>15</sup> har i et sådant tilfælde antaget, at værnetingsklausulen ikke kunne have kollisionsretlig betydning, og dette resultat tiltræder Battifol,<sup>16</sup> idet han bemærker, at klausulens »*valeur localisatrice*« her var dobbelttydig. Dette standpunkt er næppe rigtigt. Det forudsætter, at aftalens gyldighed er betinget af, at aftalens indhold allerede ved indgåelsen er definitivt fikseret. Men en aftale bliver ikke ugyldig, fordi et enkelt punkt er stipuleret alternativt og valget overladt til den ene part. Hvis man anerkender, at parterne gen- nem en værnetingsklausul stiltiende har aftalt *lex fori*, er der intet til hinder for at godkende, at valget af værneting bestemmes senere efter et eller andet kriterium, f. ex. sælgerens valg.<sup>17</sup>

Som nævnt ovenfor spiller *voldgiftsklausuler* en betydelig større rolle i udenrigshandelens kontrakter end værnetingsaftalerne. Årsagerne hertil skal ikke diskuteres her; det skal kun nævnes, at traditions-hensyn sikkert gør sig gældende, og at indsættelse af voldgiftsklausuler derfor hyppigere følger af sædvane end af en rationel overvejelse. Spørgsmålet er nu, om den rene voldgifts-

klausul kan opfattes som involverende en stiltiende kollisionsretlig henvisning til lovgivningen i det land, hvor voldtgiften finder sted.

Hvad der tidligere er anført om parternes forventninger til konsekvensen af en værnetingsaftale finder i og for sig samme anvendelse på voldtgiftsklausuler. Også her må det antages, at mange forretningsfolk går ud fra, at »arbitration in London« automatisk medfører afgørelse efter engelsk ret. Også her kan det siges, at den mere kyndige er nærmest til at sige fra, hvis han ønsker et andet resultat. Til disse betragtninger kan imidlertid føjes nogle synspunkter, som er specielle for voldtiftsaftalen.

For det første indikerer voldtiftsaftalen, at parterne har ønsket en afgørelse, der i højere grad er baseret på skøn og billighed end på strikte anvendelse af retsreglerne. Sat på spidsen kan sagen udtrykkes derhen, at parterne netop ikke har ønsket konflikten løst efter loven. Hvis dette anerkendes, har det egentlig ikke megen mening at spørge om, hvilken lov parterne har tænkt sig anvendt — thi de har netop ingen tænkt sig.

Til dette ræsonnement kan dog knyttes to bemærkninger. Den ene er, at selv om voldtiftsmændene ikke direkte dømmer efter loven, lader de sig dog i høj grad lede af den almindelige retsopfattelse, som hersker i deres land. Lovgivningens indhold præger formentlig borgerens tankesæt i langt videre omfang, end mange forestiller sig. Kun undtagelsesvis vil loven an vise en afgørelse, der strider mod almindelig retsfølelse i landet. Da lovgivningen imidlertid varierer fra land til land, vil den almindelige retsopfattelse også variere. Eksempelvis kan det tænkes, at den forskel, der består mellem dansk og engelsk rets regler om adgangen til at hæve på grund af forsinkelse, også vil kunne spores i den vægt, forretningsfolk i de to lande vil tillægge en indtrådt forsinkelse. Gennem en voldtiftsaftale kan man måske sætte sig ud over loven, men ikke ud over den almindelige retsopfattelse.

Den anden bemærkning er, at man ikke uden videre tør forudsætte, at parterne gennem en voldtiftsaftale gyldigt har bestemt eller overhovedet kan bestemme, at loven ikke skal gælde. Dette er ganske vist muligt i Danmark, hvor det fra gammel tid antages, at voldtiftsmændene netop ikke er bundet af lovens regler men kan afgøre sagen efter skøn og billighed —



bortset naturligvis fra de præceptive lovbud.<sup>18</sup> Også i Tyskland anerkendes denne regel; men i flere andre lande gælder den ikke. I Norge antages det således, at voldgiftskendelsen skal træffes i overensstemmelse med lovgivningens materielle regler, medmindre parterne udtrykkelig har tilkendegivet, at de ikke ønsker en sådan afgørelse. Og i Frankrig gælder, at voldgiftsmændene kun er frit stillet, hvis de er udnævnt til »amiables compositeurs«, medens de i alle andre tilfælde er bundet af loven.<sup>19</sup> I England har opfattelsen været svingende. Nyere domspraksis synes dog at gå ind for, at voldgiftsmændene som hovedregel er frit stillet; men der gøres en vigtig undtagelse for det tilfælde, at kendelsen ligefrem tager direkte stilling til egentlige retsspørgsmål — i så fald skal loven følges. Man vil med andre ord ikke tolerere, at voldgiftsmændene åbenlyst tilsidesætter samfundets retsregler. Skal det gøres, bør det ske diskret, dvs. uden at det af kendelsen direkte fremgår, at afgørelsen er baseret på en regel, der strider mod loven.<sup>20</sup> Skønt dette forbehold har fundet en særlig omhyggelig udformning i engelsk ret, afviger det dog næppe fra, hvad man også andre steder måtte antage. Et lignende forbehold må sikkert også tages her i landet.<sup>21</sup>

Selv i de lande, hvor voldgiftsmændene ikke er bundet af loven, vil denne dog i de fleste tilfælde blive lagt til grund for afgørelsen. At parterne enstemmigt skulle opfordre voldgiftsmændene til at dømme i mod loven, kan næppe forekomme. En praktisk situation er, at voldgiftskendelsen deler et tab i tilfælde, hvor en dom ville have givet en af parterne medhold. Men selv hvor dette sker, vil afgørelsen være baseret på betragtninger af retlig natur — måske uden at voldgiftsmændene gør sig klart, at det er retssætninger, de anvender.

Resultatet bliver da, at retsreglerne under alle omstændigheder øver en sådan indflydelse på afgørelsen, at det har betydning at vide, hvilket lands retsregler sagen henhører under. Hvis en af parterne mener, at sagen ikke bør afgøres efter *lex fori*, må voldgiftsretten tage stilling til denne påstand, og hvis han får medhold, må den tolerere, at vedkommende fremmede lovgivning påberåbes under proceduren.

Ligesom værnetingsaftalen har voldgiftsklausulen den retsvirk-

ning, at parterne underkaster sig de processuelle regler, der gælder på voldgiftsstedet. Dette har bl. a. den betydning, at spørgsmålet om voldgiftsrettens pligt til at følge loven afgøres efter *lex fori*. Endvidere er det klart, at voldgiftsretten anvender sin egen inter-legale ret. Hvis denne går ud på, at voldgiftsaftalen betragtes som en stiltiende vedtagelse af *lex fori*, er sagen dermed afgjort. I modsat fald må voldgiftsretten efter sit lands almindelige kollisionsnormer afgøre, hvilken lovgivning der skal anvendes, og i givet fald må den sætte sig ind i de fremmede retsregler. Dette må formentlig gælde, selv om voldgiftsretten anser sig for kompetent til at sætte sig ud over loven, thi den kan jo i hvert fald ikke sætte sig ud over præceptive love, og den kan som anført heller ikke vel begrunde sine resultater på betragtninger, der måtte være i åbenlys modstrid med en regel i vedkommende lovgivning.

I den foreliggende litteratur er den opfattelse ikke ualmindelig, at en voldgiftsklausul, hvis intet andet fremgår af kontrakten, meget ofte kan betragtes som en stiltiende partshenvisning til *lex fori*, eller i hvert fald som et vigtigt tilknytningsmoment. Sikrest er resultatet i England.<sup>22</sup> I Tyskland har ældre retspraksis antaget det samme, medens nyere domme synes at gå imod.<sup>23</sup> I Frankrig synes spørgsmålet ikke afklaret,<sup>24</sup> men dette skyldes, at en forudgående voldgiftsaftale (*clause compromissoire*) var generelt forbudt indtil 1925, fra hvilket år den blev tilladt i handelsforhold. Rabel omtaler en enquete til brug for den 6. Haag-conference, hvor flertallet af de adspurgte stater svarede, at udnævnelse af voldgiftsmænd ikke uden videre medførte, at disse anvendte deres nationale ret.<sup>25</sup> For U. S. A. udtaler forfatteren blot, at de fleste voldgiftskendelser træffes uden henvisning til nogen bestemt lovgivning, og han tilføjer, at det i Holland er antaget, at en voldgiftsklausul indirekte virker kollisionsretligt derved, at den udelukker den lov, som ellers skulle have været anvendt. Hvis den sidste sætning skal have mening, kan den kun betyde, at voldgiftsretten anvender *lex fori*.

I nordisk ret er spørgsmålet uafgjort. Nial vil kun anse voldgiftsklausulen som en tilknytningsfaktor af en vis betydning;<sup>26</sup> Gårder opfatter den som en ret stærk præsumption for *lex fori*.<sup>27</sup>

Ud fra forholdets natur synes det for dansk rets vedkommende

rimeligt at anerkende voldgiftsklausulers virkning som en ikke uvæsentlig tilknytningsfaktor. Herom kan ganske henvises til det om værnetingsaftalen anførte. De lege ferenda kan yderligere tilføjes nogle synspunkter. For det første, at voldgiftsmænd ofte er lægmænd, af hvem man vanskeligt kan forlange, at de skal sætte sig ind først i deres egen interlegale ret og derefter eventuelt i en fremmed materiel ret. Hensynet til voldgiftsmændene taler derfor med styrke for *lex fori*, medens der ikke er grund til at tage det samme hensyn til juridisk uddannede dommere. For det andet, at voldgiftskendelsen ikke kræver begrundelse, og at man derfor ikke altil kan kontrollere hvilken lovgivning der er anvendt. Voldgiftsmændene vil i tilfælde, hvor en fremmed lov volder dem vanskelighed, være fristet til at skjule deres usikkerhed under mangelfulde præmisser. For det tredje, at mange voldgiftskendelser er inappellable, en omstændighed, der gør det særlig vigtigt, at voldgiftsretten er i stand til at træffe den rette afgørelse. Også dette hensyn taler for at lette dem arbejdet ved at lade dem anvende deres egen lov. Endelig og for det fjerde, at næsten alle stående voldgiftsretter i deres statuer har fastsat, at de anvender den lokale ret. Når parterne gennem de af deres brancheorganisation udarbejdede standardslutsedler har underkastet sig branchens voldgiftsudvalg, har de samtidig underkastet sig *lex fori*. Billighed tilsiger derfor, at samme regel bør gælde ved lejlighedsvoldgift.

Den foretagne undersøgelse kan herefter *sammenfattes* således:

Såvel værnetings- som voldgiftsaftalen kan opfattes som en tilknytningsfaktor, der med betydelig styrke peger mod *lex fori*. Alt andet lige vil en sådan klausul virke udslaggivende. Men selv en ret stærk tilknytning til andet forrum kan efter omstændighederne opvejes af en vedtagelse af afgørelsens forum. I mangel af tydelige holdepunkter for det modsatte må sådanne klausuler som hovedregel antages at indebære en ret kraftig præsumption for, at parterne har ønsket *lex fori* lagt til grund for sagens materielle afgørelse. Denne formodning gør sig af flere grunde gældende med noget større styrke ved voldgiftsklausuler end ved værnetingsaftaler.

## NOTER

1. I overensstemmelse med den af *Alf Ross* foreslåede terminologi bruges her udtrykket interlegal ret i stedet for international privatret. Se *Alf Ross: Lærebog i Folkeret*. Kbh. 1942, p. 86.
2. *O. A. Borum: Lovkonflikter*, 3. udgave. Kbh. 1948, p. 152 f.
3. *H. Nial: -Internationell förmögenhetsrätt*, Stkh. 1944, p. 25.
4. *Dicey's Conflict of Laws*. 6. ed. London 1949, p. 590.
5. *Dicey*, anf. V. 589, hvor der henvises til en House of Lords dom fra 1927.
6. *Ernst Rabel: The Conflict of Laws*, II, Chicago 1947, 385, der henviser til den i N. 5 nævnte dom.
7. *Henri Battifol: Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris 1938, 130-36.
8. *G. C. Cheshire: Private International Law*, 3.ed. Oxford 1948, 314.
9. *Leo Raape: Internationales Privatrecht. Ein Lehrbuch*; 3 aufl., 1950, p. 289.
10. *Karsten Gårder: Om anvendelse av fremmed rett i kontraktsforhold*, Tidsskrift for Rettsvidenskab 1939, p. 228.
11. *R. H. Graveson: The conflict of Laws*. London 1948, p. 147-48.
12. *Battifol*, anf. V. p. 136 og *Nussbaum: Principles of Private International Law*, New York 1943, p. 150 ff.
13. Således også *Karsten Gårder i T. f. R.* 1939, p. 228.
14. *N. P. Madsen-Mygdal, Ordre public og territorialitet*. Kbh. 1946, p. 32-33.
15. *R. G. E.* 12. marts 1928.
16. *Battifol*, anf. V. 133.
17. Når *Battifol* forsvarer dommen, skyldes det muligvis hans interesse i at påvise, at tysk praksis ligger fast. Den ene undtagelse kræver derfor en plausibel forklaring.
18. Jfr. *Bernt Hjejle: Frivillig Voldgift*, Kbh. 1937, p. 160-65.
19. *Hjejle*, anf. V. p. 164, note 27.
20. *Hjejle*, anf. V. p. 278-81.
21. Således også *Hjejle*, p. 164.
22. *Dicey*, p. 589-90.
23. *Rabel*, p. 386; *Battifol*, p. 133-34. *Raape* omtaler ikke denne svingning i praksis, men nævner, under henvisning til *Nussbaum*, at praksis er yderst sparsom.
24. *Battifol*, der bør læses med kritik, se p. 135-36.
25. *Rabel*, 386, note 109.
26. *Nial*, p. 25.
27. *T. f. R.* 1939, p. 229-31.

# Ansvarsfraskrivelse for tingsskade i enkelte kontraktsforhold

Af dr. jur. A. Vinding Kruse

## I. Indledning.

En kontrahent vil ofte være interesseret i at fraskrive sig sit sædvanlige kontraktsansvar. At dansk ret tillader dette i almindelighed er uomtvisteligt; som eks. fra lovgivningen kan købel. § 24 nævnes, men spørgsmålet er, om der hersker ubetinget frihed.

Dette problem behandles af professor *Henry Ussing* i hans hovedværk: *Dansk Obligationsret, Almindelig Del*, 2. udg., 184-185. Stedet er karakteristisk for *Ussing*. Thi selvom det ikke her har været hans hensigt at foretage nogen udtømmende bearbejdelse af problemet, giver den korte omtale ikke alene en fyldestgørende og nøjagtig orientering i emnet med henvisninger til den vigtigste lovgivning og litteratur, men tillige — i forfatterens kendte knappe stil — retningslinjer for fremtidens retsudvikling. På det anførte sted hedder det således:

»Hvis aftalen går ud på at *fritage løftegiveren for at erstatte skade, der rammer den anden part* eller hans formuegoder, kan den under ingen omstændigheder fritage løftegiveren for ansvar for forsæt. Med hensyn til uagtsomhed kan der næppe opstilles almengyldige regler. For personskade må der uden hensyn til aftaler være ansvar ialfald for grov uagtsomhed. Og selv med hensyn til anden skade er der ialfald i visse kontraktforhold en stigende tendens til at indsnævre adgangen til ansvarsfraskrivelse. Skyldnerens ansvar for bevist culpa vil man ialfald fastholde, hvor ansvarsfrithedsklausulen ikke klart hjemler andet.«

I det følgende skal der gøres forsøg på at uddybe disse retningslinjer på nogle praktisk vigtige områder, nemlig forsåvidt angår transportørers (bortfragteres), forvareres og bearbejderes ansvar for beskadigelse eller ødelæggelse af gods, som er blevet betroet dem i nævnte øjemed.

Hvad angår sø-, luft- og jernbanetransport har lovgivningen opstillet særlige regler, se søloven (lov nr. 319 af 1. dec. 1937) § 122 samt lov nr. 150 af 7. maj 1937 om konvention om konnossementer §§ 3, 4, 6 og 7 og lov nr. 123 af 7. maj 1937 om befordring med luftfartøj §§ 17 og 30 jfr. 23. Disse regler vil blive forbigået i det følgende, idet der herom kan henvises til speciallitteraturen.<sup>1</sup> De nævnte bestemmelser tillader iøvrigt kun ansvarsfraskrivelse i et vist, meget begrænset, omfang. Det er således ved søbefragtning navnlig forbudt bortfragteren at fraskrive sig ansvaret for egne fejl og forsømmelser; ligesom der ikke kan tages forbehold om erstatningens størrelse under et vist minimum, se således søloven § 122 stk. 2: minimum 1.800 kr. for hvert kollo eller anden enhed af godset. Kort udtrykt kan det siges, at ansvarsreglerne både ved sø- og lufttransport er lagt i meget faste rammer, og at der i disse er givet adskillige ansvarsbegrænsende bestemmelser, men således at videregående ansvarsfraskrivelse praktisk talt er udelukket. De i denne lovgivning indførte ansvarsbegrænsninger illustrerer, at der er trang til at begrænse ansvaret, men de viser på den anden side — ved forbudet mod yderligere ansvarsfraskrivelse — at der bør være en grænse nedad. Der kunne være trang til at drage analogislutninger fra disse regler, men grundet på deres specielle og detaillerede natur er der næppe nogen mulighed herfor.

Ansvarsfraskrivelsen kan iøvrigt sætte ind på forskellige punkter. Der kan ikke alene være tale om ansvarsfraskrivelse i almindelighed, men også mere specielt, f. eks. ved maksimering af erstatningens størrelse til et bestemt beløb pr. enhed o. l. eller ved ansvarsfraskrivelse for særlige grupper af ting, f. eks. kunstgenstande etc.

I overensstemmelse med det ovenfor bemærkede vil jeg i det følgende kun beskæftige mig med indenlandske transportkontrakter (bortset fra luft- og jernbanetransporter), forvaringskontrakter

og bearbejdningskontrakter (bortset fra entreprisekontrakter), altså navnlig vaskeriers, farveriers og lignende virksomheders ansvar; også fordi de nævnte grupper grundet på deres nære slægtskab i nærværende forbindelse formentlig i det væsentlige kan undergives en samlet behandling. Den følgende fremstilling vil som følge heraf kun beskæftige sig med de enkelte grupper, når retsreglerne skønnes at være afvigende, men iøvrigt vil gennemgangen ske på basis af de forskellige tænkelige former for ansvarsfraskrivelse, såsom fraskrivelse af ansvar for egne fejl, medhjælperes fejl (D L 3-19-2), ubetinget ansvar, særlige tingsgrupper, maksimering af erstatningens størrelse o. s. v.

## *II. I hvilket omfang tillader dansk ret ansvarsfraskrivelse.*

### *A. Almindelige retshensyn.*

Ansvarsfraskrivelse for skadevoldelse på medkontrahentens ting (eller person) kan ikke paralleliseres med ansvarsfraskrivelse for ikke-opfyldelse af selve kontrakten. Thi når det gælder selve opfyldelsen, vil medkontrahenten normalt kunne indse konsekvenserne — ialtfald i hovedsagen — og handle i overensstemmelse hermed, f. eks. ved helt at opgive at indgå kontrakten. Det må derfor utvivlsomt antages, at ansvarsfraskrivelsen i disse tilfælde endog gyldigt kan omfatte forsætlig ikke-opfyldelse, sml. Ussing l. c. 184. Anderledes derimod ved ansvarsfraskrivelse for tingsskade, idet dette ofte kun vil tage sig ud som en inferior kontraktsbestemmelse, som medkontrahenten normalt ikke vil hæfte sig syndelig ved.<sup>2</sup> Men hvis ansvarsspørgsmålet måtte blive aktuelt, kan klausulen medføre et tab, som måske langt overstiger hans interesse i selve kontrakten. Der vil derfor på dette område være trang til at sætte grænser for gyldigheden af slige ansvarsfrihedsklausuler.

På den anden side kan der også anføres gode grunde, som taler til fordel for den anden part. Det vederlag, som f. eks. en flytteforretning kan betinge sig for en flytning, vil ofte være helt utilstrækkeligt til at dække den risiko, som virksomheden løber for at lide tab som følge af de almindelige ansvarsregler; f. eks. ansvaret for medhjælperes fejl. Ved mindre virksomheder kan erstatningsansvaret i grelle tilfælde endog medføre virksomhedens

økonomiske ruin. Og denne risiko vil normalt ikke kunne dækkes ved forsikring. Således vil præmien for en »all-risk« forsikring, f. eks. for en flytning, sædvanligvis overstige virksomhedens vederlag for selve flytningen. Men forøvrigt vil f. eks. blot tegningen af en brandforsikring for et møbelopbevaringsmagasin ofte være en økonomisk umulighed, og i visse tilfælde kan det endog være praktisk umuligt, idet intet forsikringsselskab vil tegne den pågældende forsikring, f. eks. for et farveris ansvar for skade som følge af fejl ved farvningsmetoden.

Konflikten mellem de modstående interesser er således særdeles skarp, hvilket altid vanskeliggør den retlige løsning. Det turde dog som følge af det anførte være givet, at ansvarsfraskrivelse må tillades indenfor visse — ikke altfor snævre — rammer. På den anden side synes det rimeligt, at vidtgående ansvarsfraskrivelser som regel ikke bør tolereres, men at de — helt eller delvist — bør kunne erklæres ugyldige. For gældende dansk rets vedkommende frembyder spørgsmålet imidlertid en del vanskeligheder, idet der her — bortset fra særbestemmelserne, navnlig om luft- og søbefragtning — ganske mangler en almindelig hjemmel i lovgivningen for domstolene til at anfægte ansvarsfriklausuler. Således vil, som ovenfor berørt, analogislutninger fra de nævnte særbestemmelser ikke alene have tvivlsom føje, men også ofte være ufyldestgørende. Det samme kan siges om de to mest nærliggende bestemmelser i aftaleloven, nemlig §§ 33 og 36. Såvidt ses, har heller ingen danske domme — måske med undtagelse af ØLD i U 1943.941 og HD i U 1950.65, se herom nedenf. ved note 9 — tilsidesat en ansvarsfriklausul med den begrundelse, at den måtte anses for »åbenbar ubillig« (sml. aftalel. § 36), el. lign. Ganske vist har adskillige domme tilsidesat klausulerne, men altid med den begrundelse, at disse ikke klart har fundet udtryk overfor kunden; en begrundelse som iøvrigt i nogle af dommene ikke synes at have haft tilstrækkelig hjemmel i de foreliggende kendsgerninger.<sup>3</sup> Retspraksis er ialtfald indtil fornylig meget tilbage for at tilsidesætte ubillige ansvarsfraskrivelser direkte under henvisning til forholdets natur (alm. retsgrundsætninger).<sup>4</sup> Man må imidlertid håbe, at praksis i fremtiden vil overvinde sine betænkeligheder, når overvejende grunde taler for at erklære en an-



svarsfrihedsklausul ugyldig. Den nævnte HD i U 1950.65 tyder på, at domstolene er ved at indstille sig herpå, selvom præmisserne ikke udtrykker det helt klart (det samme gælder U 1943.941), hvorfor visse dele af den følgende udvikling vil befinde sig på grænsen af *lex lata* og *lex ferenda*.

#### B. *De enkelte tilfælde af ansvarsfraskrivelse.*

1. Fraskrivelse af et eventuelt *ubetinget ansvar*. Spørgsmålet er ikke særlig praktisk, da de omhandlede virksomheder — bortset fra lov eller aftale — ikke er undergivet noget ubetinget ansvar.<sup>5</sup>

2. Fraskrivelse af et eventuelt *vis major-ansvar*. Der kan anføres en del reale grunde for at gennemføre en vis major-regel i de heromhandlede tilfælde, således at virksomheden kun er ansvarsfri, hvis den kan godtgøre, at skaden er hidført af udefra kommende begivenheder af en sådan art, at skaden efter livets erfaring — altså uden bevisførelse — ikke kan undgås, selvom der er truffet forsvarlige forholdsregler. Der kan også henvises til, at en lignende regel gælder for beskadigelse af fragtgods ifølge jernbanelovens § 37.<sup>6</sup> Det må imidlertid antages, at også en slig regel kun vil gælde i tilfælde af særlig lov eller aftale. Der vil således næppe kunne være tale om nogen analogislutning fra den nævnte lovbestemmelse. Men iøvrigt vil bevisbyrdereglen ofte føre til det samme resultat i de praktisk vigtige tilfælde. En vis major-klausul vil således normalt ikke bevirke nogen indsnævring af ansvaret men snarere en udvidelse, hvorfor det ikke har nogen interesse at forfølge problemet videre i denne forbindelse. Måtte spørgsmålet blive aktuelt, må det sikkert antages — bortset fra udtrykkeligt forbud i lov — at ansvaret gyldigt kan fraskrives.

3. Fraskrivelse af ansvar for *medhjælperes fejl* (DL 3-19-2). Der kan ikke rejses tvivl om, at vedkommende virksomhed hvad enten det drejer sig om transport, forvaring eller bearbejdning, ifalder ansvar for culpøs adfærd fra virksomhedens folks side.<sup>7</sup> Hvad særlig angår forvaringskontrakter, kan det næppe antages, at bestemmelsen i DL 5-8-14 medfører nogen begrænsning i denne retning. Overvejende grunde synes at tale imod anerkendelse af ansvarsfraskrivelse for 3-19-2-ansvaret, idet dette sædvanligvis vil

virke som en fuldstændig ansvarsfraskrivelse. De retshensyn, som bærer ansvaret efter denne bestemmelse, synes også afgørende at tale herimod. Såvidt vides, tager de forskellige virksomheder heller ikke forbehold i så henseende.<sup>8</sup> Dansk retspraksis synes også at nægte slige forbeholds gyldighed, jfr. U 1950. 65 H.<sup>9</sup> Dog kunne måske noget tale for at tillade ansvarsfraskrivelse for de udvidelser, som 3-19-2-ansvaret undergår i kontraktsforhold, såsom ansvar for medhjælpernes »inadækvate« handlinger og »abnorme skridt« til hvervets udførelse. Spørgsmålet er vel tvivlsomt, men det må formentlig antages, at et sådant forbehold er gyldigt, medmindre der foreligger culpa fra ledelsens (indehaverens) side, enten fordi instruktionen af medhjælperen har været mangelfuld, eller fordi ledelsen f. eks. har været klar over, at medhjælperen var tyvagtig.

Det antages af Ussing: Obligationsret, Alm. Del, 136, se hertil J. L. Frost i T f R 1944. 15 f., at virksomheden også må være ansvarlig for selvstændigt arbejdende medhjælpere, f. eks. hvor et møbelmagasin anvender en selvstændig transportør, når det af dem udførte arbejde sædvanligvis udføres af virksomhedens egne folk, og medkontrahenten måtte forudsætte dette. Denne regel, som er af stor praktisk betydning på det foreliggende område, må utvivlsomt godkendes, men spørgsmålet er, om man også her bør udelukke ansvarsfraskrivelse. Forudsat at kunden i disse tilfælde erhverver et selvstændigt krav mod vedkommende selvstændige medhjælper (hvilket kunden sædvanligvis vil gøre), er der ikke de samme betænkeligheder som i de almindelige tilfælde, hvorfor ansvarsfraskrivelsen her formentlig må anerkendes, medmindre der foreligger omgåelseshensigt. Ansvarsfraskrivelse for fejl begået af virksomhedens *indehaver selv*, må af præventive grunde formentlig helt forbydes, ialtfald forsåvidt angår forsæt og grov uagtsomhed, jfr. Ussing l. c. 184 og Enkelte Kontrakter 412.<sup>10</sup>

4. Det må formentlig også antages, at ansvarsfraskrivelser ikke vil dække for skader, som skyldes *pengemangel* hos virksomheden.

5. Forbehold om, at *bevisbyrden påhviler kunden*. I overensstemmelse med de almindelige bevisbyrderegler i kontraktsforhold må det antages, at virksomheden har bevisbyrden for, at der ikke foreligger fejl og forseelser fra virksomhedens side. Dette er også antaget i en lang række domme.<sup>11</sup> Disse domme må forstås derhen,

at virksomheden er ansvarlig, medmindre den kan godtgøre, at skaden ikke skyldes culpa fra virksomhedens eller dens folks side, herunder at der er truffet sådanne sikkerhedsforanstaltninger, som med rimelighed kan forlanges af den pågældende virksomhed. Det er imidlertid en hyppig foreteelse, at virksomheden tager forbehold herom, således at bevisuvished kommer kunden til skade, se t. eks. D.M.-F. Et sådant forbehold, der rent praktisk vil virke som en ret vidtgående ansvarsfraskrivelse, synes ikke helt ubetænkeligt, idet virksomheden som oftest er den eneste, der kan give de fornødne oplysninger om skadens årsag. Der vil således være fare for, at virksomheden undgår selve culpaansvaret ved at undertrykke oplysninger eller måske navnlig ved at udvise ligegyldighed med at sikre sig de fornødne oplysninger og foretage de i denne forbindelse nødvendige undersøgelser, således at kunden står uden midler til at oplyse forholdet; til illustration kan den ovenf. i note 11 nævnte dom, U 1943.1133 H (se især 1136 f.n.), anføres. Et forbehold af den omhandlede art bør derfor efter min opfattelse kun opretholdes, hvis virksomheden loyalt medvirker til sagens oplysning på en sådan måde, at der ikke kan rejses grundet mistanke om, at den enten har søgt at forholde oplysninger, eller at den ikke i fornødent omfang har foretaget undersøgelser — eventuelt undladt at opfordre kunden hertil — på det tidspunkt, da beskadigelsen eller ødelæggelsen skete.

6. *Maksimering af erstatningens størrelse* er utvivlsomt den hyppigste form for ansvarsfraskrivelse i de heromhandlede kontraktsforhold.<sup>12</sup>

Hvis maksimeringen sættes til et i forhold til godsets sædvanlige værdi yderst ringe beløb, vil maksimeringen i realiteten virke som en fuldstændig ansvarsfraskrivelse, der utvivlsomt må betragtes som ugyldig, jfr. Ussing: Obligationsret, Alm. Del, 185. Hvis maksimeringen omvendt nogenlunde svarer til godsets sædvanlige værdi, må den være gyldig, selvom den undtagelsesvis vil føre til, at kunden ikke opnår fuld erstatning, jfr. Ussing l. c. Thi for det første er den yderst gavnlig for virksomheden, som således til enhver tid klart kan overse sit tilsvær, og for det andet giver den ikke anledning til større betænkeligheder, idet kunden i undtagelsestilfældene kan indgå særskilt aftale med virksomheden.

Behandlingen af mellemtilfældene giver derimod anledning til vanskeligheder. H D i U 1929. 707, som beskæftigede sig med et tilfælde af den heromhandlede art, har ikke gjort op med spørgsmålet. I domstiltældet havde en flyttevirksomhed påtaget sig en flytning af et indbo på visse nærmere i en slutseddel fastsatte vilkår, hvori det bl. a. bestemtes: »For et enkelt stykke flyttegods ydes ikke erstatning udover 100 kr. For effekter udover denne værdi må særlig assurance tegnes«. Under transporten blev en buste, hvis værdi takseredes til 2.000 kr., ødelagt ved en uforvarlig handling fra en af flyttemændenes side. Virksomheden hævdede, at begrænsningen til 100 kr. også måtte gælde, når skaden skyldtes uforvarlig adfærd fra det underordnede personale. Både Ø L R og H R tilpligtede imidlertid flyttevirksomheden at betale erstatning med den begrundelse, at den citerede ansvarsfraskrivelse måtte forstås »som alene indeholdende en indskrænkning i de sagsøgte garantiansvar for hændelig skade, medens de sagsøgte må hæfte efter lovgivningens almindelige regler for deres egen eller deres folks uagtsomhed.« Denne begrundelse for resultatet er næppe helt tilfredsstillende.<sup>13</sup> At flyttevirksomhedens mening med ansvarsfraskrivelsen har været ansvarsfrihed også for medhjælperes uagtsomhed udenfor den stipulerede 100 kr.-grænse, er formentlig hævet over enhver tvivl og finder vel også en vis objektiv støtte i den citerede passus om forsikring. På den anden side forstår man naturligvis nok domstolenes ulyst til at gå ind på selve hovedproblemet, og resultatet kan måske forsvares ud fra den betragtning, at enhver tvivl om, at ansvarsfraskrivelsen også omfatter egne folks uagtsomhed må komme virksomheden til skade, idet det må påhvile denne at udtale forbeholdet aldeles utvetydigt.<sup>14</sup> Dommen yder således intet bidrag til løsningen af de tilfælde, hvor forbeholdet er udtalt ganske utvetydigt, men hvor maksimum — som i dommens tilfælde — ligger betydeligt under gennemsnitsværdien.<sup>15</sup> Man savner utvivlsomt her en pendant til aftalel. § 36, idet selv en partiel analogi fra denne lovbestemmelse til det foreliggende område næppe vil være mulig. Hvis det imidlertid på baggrund af den ovennævnte H D i U 1950. 65 må antages, at domstolene helt vil tilsidesætte en ansvarsfrihedsklausul, når dens maksimum findes at være åbenbart ubillig, synes det na-

turligt, at domstolene kan nøjes med at gøre det mindre: at opskrive maksimum til et i forhold til godsets sædvanlige gennemsnitsværdi rimeligt beløb.<sup>16</sup> Ved bedømmelsen af maksimumsbestemmelsens rimelighed bør man dog tillige tage hensyn til vederlagets størrelse, der, som tidligere omtalt, ofte står i et betragtelig misforhold til ansvarets omfang, cfr. dog tildels dommen i U 1943.1056.

7. Fraskrivelse af ansvar for *bestemte tingsgrupper* er også en hyppig form for ansvarsfraskrivelse.<sup>17</sup> Den frembyder færre betænkeligheder end maksimering af erstatningens størrelse, navnlig fordi kunden ved denne form for ansvarsfraskrivelse er mindre udsat for overraskelser. Klausulen må naturligvis fortolkes strengt som ikke omfattende mere, end hvad der klart falder ind under dens udtryk. Forbindes forbeholdet med en almindelig maksimering af erstatningens størrelse, kan forbeholdet dog ofte virke ubilligt og bør her kunne medføre hel eller delvis tilsidesættelse, således at kunden eventuelt må kunne kræve erstatning indtil det stipulerede maksimum.<sup>18</sup>

8. Aftale om, at *kunden eller dennes forsikringsselskab ikke skal være berettiget til regres* mod virksomheden i h. t. forsikringsaftalel. § 25, hvis skaden er dækket af kundens forsikring, er næppe nogen hyppig form for ansvarsfraskrivelse, men den ser dog undertiden, jfr. således U 1937.595. Ved dommen blev en klausul om, at forvareren (en cykleparkeringsvirksomhed) ikke erstattede skader, som var dækket af deponenternes egen forsikring, anerkendt. Det må dog bemærkes, at dommens tilfælde antagelig faldt indenfor forsikringsaftalel. § 25 stk. 1 pkt. 2's nedsættelsesbestemmelse (selve klausulen omfattede iøvrigt »ethvert erstatningsansvar«). Som bekendt er denne kun fakultativ, men det må formentlig på baggrund af dommen antages, at aftaler om, at regresansvaret skal bortfalde indenfor dens område, normalt er gyldige. Der kan dog rejses nogen tvivl, om dette også gælder i de tilfælde, hvor domstolene er utilbøjelige til at indrømme nedsættelse efter § 25; således navnlig hvor skaden er opstået ved »kunstfejl«, d. v. s. fejl ved udførelsen af fagligt kvalificeret arbejde,<sup>19</sup> hvilket selvsagt er af stor betydning på det foreliggende område. Selvom præventionshensynet her har større vægt end i de

almindelige tilfælde, bør klausulen formentlig ikke frakendes gyldighed. Dette er derimod større grund til, hvis tilfældet falder udenfor § 25's nedsættelsesområde, f. eks. hvor der er udvist grov uagtsomhed fra indehaverens side.

Når det drejer sig om gaver og dermed beslægtede aftaler, strækker det almindelige ansvar for tingsskade sig næppe videre end til giverens egen culpa, jfr. herved Ussing: Obligationsret, Alm. Del, 144. Ved vederlagsfrie ydelser på det foreliggende område — transport, forvaring og bearbejdning — må det formentlig antages, at yderen også må kunne fraskrive sig dette begrænsede ansvar; måske dog lige med undtagelse af forsæt, hvilket iøvrigt heller ikke er af synderlig praktisk betydning.

### III. *Formen for ansvarsfraskrivelse.*

Et andet, men til ansvarsfraskrivelsesspørgsmålet nært knyttet problem er, hvilke krav til formen for indgåelsen der må stilles ved en iøvrigt gyldig ansvarsfraskrivelse. Må det kræves, at ansvarsfrihedsklausulen er optaget som en bestanddel i kontrakten eller dog i en af kunden underskreven erklæring, eller er det tilstrækkeligt, således som det hyppigt er tilfældet ved de heromhandlede kontraktsforhold, at klausulen blot er angivet på virksomhedens fakturaer, regninger, følgesedler og andre forretningspapirer?

Hvis klausulen indeholdes i en af kunden underskreven kontrakt eller erklæring, vil den naturligvis normalt være bindende for kunden. Men som antydnet i det foregående må den for det første være aldeles utvetydig, og for det andet kan den e. o. alligevel tilsidesættes, hvis den er »gemt hen« mellem andre, ikke særligt fremhævede, inferiøre kontraktsbestemmelser.<sup>20</sup>

Hvis derimod klausulen kun er aftrykt på virksomhedens følgesedler og andre forretningspapirer, stiller sagen sig mere tvivlsom. At den må gælde på linje med en egentlig kontraktsbestemmelse, hvis det er givet, at kunden har været bekendt med den (f. eks. hvis han erkender det), synes rimeligt. Dette antages også af domspraksis, se således følgende domme, som alle respekterede ansvarsfraskrivelsens form: U 1946.1146: ansvarsbegrænsning (maksimering af erstatningen) på ordresedlen; 1946.183: ansvars-

begrænsning (maksimering af erstatningen) på køresedlens bagside, til hvilken der henvises på forsiden. Kunden havde gennem flere år benyttet den pågældende virksomhed og stadig fået forelagt køresedler med den nævnte ansvarsbegrænsning; 1945.162: forbehold om, at et opbevaringsbevis ikke skulle være at betragte som et legitimationspapir, anbragt på selve beviset; 1937.595: klausul om, at kundens forsikringsselskab ikke skulle være berettiget til regres (se ovenf. II. 8), anbragt på bevogtningskupon; 1929.707 H: ansvarsbegrænsning (maksimering af erstatningen) trykt bag på slutsedlen. Hvis kunden imidlertid benægter, at han har været bekendt med klausulen, må det omvendt være givet, at klausulen ikke kan tillægges betydning, medmindre det klart fremgår af omstændighederne, at kundens påstand ikke kan være rigtig; se hertil U 1923.671. Hvis klausulen først bringes til medkontrahentens kundskab efter kontraktens indgåelse, er der ingen tvivl om, at klausulen må frakendes betydning; dette blev også antaget i den ovenfor i note 14 anførte engelske dom.

#### NOTER

1. Se nærmere om disse regler *Ussing*: I. c. 136 og *Enkelte Kontrakter*, 2. udg., 412, Kr. *Sindballe*: *Dansk Søret* § 41 og *Aage Neergaard*: *Lærebog i Søret*, 3. udg., 205 ff. Om ansvarsfraskrivelse for forsørgertab ved lufttransport kan henvises til *Arne G. Cohn* i U 1946 B. 287-295; se også *Phillips Hult*: *Civilrättsliga spørsmål* 63 ff. Om jernbanernes ansvar kan henvises til *Ussing* I. c. og *Th. Jensen*: *Jernbanernes Ansvar for Godstransport*, Kbh. 1950. 62 ff. Om ansvar for luftbefordring af gods m. v. henvises til *Ussing* I. c. og *Indberetning fra den nordiske luftprivatretskomité*, Kbh. 1936. Om spørgsmålet i almindelighed og ældre ret se *Helge Klæstad*: *Ansvarsfraskrivelse i befragtningsforhold*, Kristiania 1924, og *Oscar Platou*: *Søret I*, 2. udg., Oslo 1929, 345 f. Se også *Ragnar Knoph*: *Norsk Sjørett*, Oslo 1931, 205 og § 32, og tildels *Svend Andersen*: *Om sø- og anden transportforsikring af varer*, Kbh. 1949, især 144 ff.
2. Dette gælder særligt i de — på dette område meget hyppige — tilfælde, hvor der anvendes trykte standardkontrakter; se hertil også *Ussing*: *Aftaler*, 3. udg., 183 f. De af *Ussing* I. c. opstillede regler vil e. o. kunne medføre, at der må ses bort fra ansvarsfriklausulen. Som eksempel fra praksis på det foreliggende område kan U 1943.941 nævnes.
3. Dette kan f. eks. diskuteres m. h. t. U 1929.707, jfr. nedenf. un-

- der B. 6. Iøvrigt kan der henvises til U 1923. 671, 1928. 144 og 1943. 1056.
4. Eventuelt under henvisning til DL 5-1-2 »imod loven eller ærbarhed«, se hertil *Ussing: Aftaler* 203.
  5. I U 1943 B. 77 f. har *Vilh. Meyer* ganske vist rejst spørgsmål om, hvorvidt virksomheder, som har modtaget gods i bearbejdelsesøjemed, ikke bør være ubetinget ansvarlige, altså ansvarlig også for *hændelig* skade, idet han finder det ubilligt, hvis f. eks. den, der har indleveret noget tøj til rensning, ikke skulle have krav på erstatning, hvis det ikke blev leveret tilbage, uanset årsagen. Forf. ender dog med at vige tilbage for tanken, og denne må sikkert også forkastes i almindelighed. Når man betragter forf.s argumentation synes det også, som om han ubevidst har tænkt på bevisbyrdereglen, og vistnok er gået ud fra, at det er kunden, der har bevisbyrden for, at ødelæggelsen skyldes culpa fra virksomhedens side. En del dommes formulering kunne også tyde på, at der var ansvar uden culpa, se t. eks. J 1947. 127, men der kan formentlig ikke indlægges andet og mere i dem, end den omtalte bevisbyrderegel; se også nedenf. ved note 11. Derimod vil der formentlig være god grund til at lade virksomheden bære risikoen for mulige hændelige skader, som står i forbindelse med selve den af virksomheden udførte bearbejdningsproces således, at f. eks. et renseri bliver gjort ansvarlig for ødelæggelse af tøj, selvom virksomheden kan godtgøre, at farvningsprocessen har bevirket ødelæggelsen som følge af specielle og ukendelige egenskaber ved tøjet e. l. På den anden side turde det som følge af det ovenf. under A. anførte være klart, at virksomheden må være berettiget til at fraskrive sig et sligt »bedrifts«-ansvar, hvis domstolene måtte indføre det. At en låntager må kunne fraskrive sig det ubetingede ansvar efter DL 5-8-1 må utvivlsomt antages.
  6. Se herom *Ussing: Enkelte Kontrakter* 413 og om vis major-reglen idetheletaget *Obligationsret, Alm. Del*, 139 f.
  7. Se nærmere *Ussing: Obligationsret, Alm. Del*, § 12 og *Enkelte Kontrakter* §§ 50 og 51. Dette antages også af praksis på det foreliggende område, se t. eks. U 1923. 671, 1929. 707 H, 1943. 941 og 1056, 1945. 162 samt flertallet af de nedenf. i note 11 nævnte domme.
  8. Det er således ikke optaget i »Dansk Møbeltransport-Forenings Bestemmelser om Møbeltransport« og samme forenings opbevaringsbestemmelser. Disse bestemmelser, som i realiteten enslydende (i det følg. citeret under eet som »D.M.-F.«), er praktisk vigtige, idet næsten alle firmaer indenfor branchen lader kunderne underskrive et eksemplar af bestemmelserne. Lign. bestemmelser gælder praktisk talt overalt i Europa; der kan henvises til *Handbuch für den Möbelspediteur*, Berlin 1939, og



*Marc Dumont: Haftung des Spediteurs, Bern 1939, som gennemgår samtlige europæiske landes ret. Se også Siegmund Grünberg: Das europäische Speditionsrecht, Wien 1929.*

9. Dommen drejede sig om følgende tilfælde: I januar 1945 havde den danske generalkonsul K i Paris med hjemmel i instruksen for udenrigstjenesten modtaget til opbevaring for M et kontant beløb af 600.000 frcs., der henlagdes i det til K.s private virksomhed hørende pengeskab, hvortil flere havde nøgle. I marts 1945 opdagedes det, at beløbet var forsvundet, uvist hvordan. Idet opbevaringen fandtes at have været uforsvarlig, ansås udenrigsministeriet ansvarlig, og det kunne under de foreliggende omstændigheder ikke fritage for ansvar, at beløbet var modtaget på den betingelse, at »hverken den danske stat, dette konsulat eller nogen af dets funktionærer på nogen måde skal være ansvarlig for tab, ødelæggelse eller beskadigelse af det deponerede«. Det må bemærkes, at det drejede sig om et regulært depositum. Som tidligere bemærket, er præmisserne ikke utvivlsomme, idet de måske kun er et udtryk for, at ansvarsfritræksklausulen måtte fortolkes indsnævrende, som kun omfattende hændelig skade. I ØLD, jfr. U 1943.941, havde Zone-Redningskorpset i en ikke særlig fremhævet bestemmelse i abonnementspolicen taget forbehold om, at det påtog »sig ingen garanti eller erstatningsansvar«.

Desuagtet blev Korpset ved dommen kendt erstatningspligtig for en skade på et automobil, hvilken skade var sket under transporten som følge af folkenes fejl. Underretten tilsidesatte ansvarsfritræksklausulen under henvisning til, at den var for »vidtgående«, medens LR nærmest synes at have tilsidesat den under henvisning til, at den dels ikke var særligt fremhævet og dels ikke med sikkerhed omfattede forsømmelser, udvist af Korpsets egne folk.

10. B G B § 276 Abs. 2 forbyder kun ansvarsfraskrivelse for forsæt; bestemmelsen gælder ikke for ansvarsfraskrivelse m. h. t. medhjælperes fejl, se § 278, men bl. a. ved tingsskade vil der være mulighed for at ramme ansvarsfraskrivelse for egen uagtsomhed og medhjælperes fejl ved hjælp af § 138 (»gegen guten Sitten«), jfr. *Fischer-Henle-Titze: B G B, München 1932*, 153 note 8. For søbefragtingers vedkommende anerkender dog adskillige landes ret selv vidtgående ansvarsfritræksklausuler i henseende til medhjælperes fejl, se *R. Knoph l. c. 242 m. henv.*, men herfra kan der, som anført, næppe sluttes til det foreliggende område.
11. Se U 1921. 214 og 440, 1922. 927, 1936. 433, 1939. 389, 1940. 871, 1942. 551, 1943. 1016, 1944. 575, 1945. 1103 H, 1946. 976, 1947. 280 H og 373, 1949. 704 og 754 samt V L T 1946. 232 og J D 1947. 127. Afvigende dog U 1939. 120 om en automobilreparatør. Se iøvrigt *Ussing: Obligationsret, Alm. Del*,

132. Ved forvaring giver D L 5-8-14 støtte for en modsat regel, se *Ussing*: *Enkelte Kontrakter*, 405 m. henv. Dette antages også af praksis, se navnlig U 1943.1133 H. Der burde formentlig sondres mellem, om der skal ydes vederlag for forvaringen eller ej; praksis synes imidlertid ikke at tage hensyn hertil, se den ovennævnte H D.

Hvor der måtte være tvivl om, hvad der overhovedet er indleveret, har kunden i og for sig bevisrisikoen, men retten skønner frit over, hvorvidt beviset er ført. I den i U 1918.315 afgjorte sag, hvor der sammen med vasketøjet var overgivet budet en fortegnelse over dette, men hvor fortegnelsen var bortkommet uden at være kommet vaskeriet i hænde, og hvor kunden ikke havde duplikat af fortegnelsen, blev der givet erstatning for manglende tøj ud fra kundens og hendes unge piges erindring om, hvad der havde været opført på fortegnelsen.

12. I D.M.-F. er der således sat et maksimum på 300 kr. for hvert enkelt stykke flyttegoods, kollo eller indholdet af en kasse ved flytning eller opbevaring. I »Almindelige Bestemmelser«, vedtagne af Nordisk Speditør Forbund, er grænsen sat til højst 1 kr. pr. bruttokilo — maksimum 1.000 kr. pr. sending.
13. At begrundelsen ikke har virket helt tilfredsstillende, fremgår af domsnoten, hvor det hedder: »Det kunne formentlig ikke forudsættes at stå medkontrahenten

klart, at selskabets erstatningsansvar overhovedet skulle være begrænset til et så ringe beløb som 100 kr. for hvert stykke.»

U 1923. 671 drejede sig om et lignende tilfælde, men her blev flytteforretningen dømt, allerede fordi det mod sagsøgerens benægtelse ikke kunne anses for godtgjort, at denne havde været bekendt med forbeholdet. En tilsvarende afgørelse er truffet af de norske domstole, jfr. *Nordisk Speditör Förbunds Tidskrift*, 1950. 2644.

14. Jfr. for dommens vedkommende *Troels G. Jørgensen* i T f R 1931. 100 og i almindelighed *Ussing* l. c. 184 og *R. Knoph* l. c. 243. I engelsk ret antages det samme, se f. eks. *Olley v. Marlborough Court, Ltd.* (1949) 1 All E. R. 127.
15. Dommen kan næppe tolkes derhen, at enhver maksimumsbestemmelse — selv den rimeligste — må forstås således, at virksomheden hæfter ubetinget selv for hændelige skader indenfor maksimum; en herfra afvigende opfattelse er fremsat af *Kaj Blicher* i J 1945.316. Selv hvor enkelte tingsgrupper er undtaget fra ansvaret ved hjælp af udtryk, som anvender ordet »garanti« el. lign., kan denne opfattelse næppe godkendes; hvis f. eks. en teatergarderobe ved opslag tilkender giver, at »for løse genstande og pelsværk garanteres ikke«, kan udtrykket formentlig ikke fortolkes (modsætningsvis) som en garanti også for hændelig skade på den øvrige garderobe, idet denne — specifikke juridiske —

forståelse af ordet »garanti« næppe stemmer med parternes opfattelse i disse tilfælde. Spørgsmålet må dog betegnes som tvivlsomt.

16. Tankegangen har en vis parallel i tendensen i praksis til at nedsætte ansvaret i tilfælde af, at genstanden har haft en usædvanlig stor værdi i forhold til de ting, som sædvanligt indgives til forvaring etc. — altså det modsatte af de ovennævnte tilfælde. Denne tilnærmelse til normaltabslæren, hvorefter ansvaret bør nedsættes til det nogenlunde sædvanlige tab, kan formentlig i mange tilfælde forklares ved hjælp af forudsætningslæren, sml. *Ussing* l. c. 167. Adækvanslæren kan også anføres. Der kan formentlig ligeledes henvises til, at forholdet ofte kan betegnes som egen skyld hos deponenten. Det må således sikkert kunne betegnes som medskyld, når en person overgiver en portier en kuffert indeholdende kostbare smykker, jfr. herved U 1930.774; jfr. også U 1946.1146 om et specielt tilfælde af egen skyld, der ligeledes førte til nedsættelse af erstatningen, tilsvarende U 1945.162; se endvidere 1945.491 H: 20.000 kr. i lukket kuvert (uden angivelse af summen) til hotelportier, kun 3.000 kr. i erstatning, 1947.700 H: Tyveri fra et hotelværelse, kun delvis erstatning og 1949.13 H: Persianerpels anbragt i et værelse i Missionshotel, delvis erstatning. Ligeledes når et almindeligt cykelbud betros rede pen-

ge til transport, uden at dette meddeles budcentralen iforvejen, sml. U 1918.435 og 1946.1293 og J D 1945.8; se hertil *Ussing* l. c. og *Kaj Blicker* i J 1945.314 f. Af disse grunde kan dog højest forudsætningssynspunktet anføres til fordel for det ovenf. i teksten rejste — »modsatte« — spørgsmål.

17. I D.M.-F. undtages således: »Kunstgenstande, derunder ægte tæpper, pelsværk, gobeliner, ægte kniplinger, dokumenter, rede penge, smykker og lignende kostbarheder eller ... genstande, som har en i forhold til deres vægt og omfang usædvanlig værdi, medmindre disse tings særlige værdi er opgivet til møbeltransportøren, og særlig skriftlig aftale er truffet«. Endvidere bestemmes det ofte, at virksomheden skal være berettiget til istedetfor at yde pengeerstatning at ombytte de ødelagte effekter med andre tilsvarende. En bestemmelse, som har givet anledning til kritik i dagspressen.
18. Det vil således virke noget hårdt, hvis kunden nok kan kræve erstatning — indtil maksimum — når det drejer sig om en almindelig vase, men ikke hvis vasen må betegnes som en »kunstgenstand«. En rimelig mellemløsning ville her være, såvidt muligt, at give erstatning for en »normaliseret« værdi, hvor der bortses fra »kunstværdien«, sml. normaltabslæren ovenf. i note 15. Der vil navnlig være praktisk trang til en slig »pro rata«-regel ved *del*-skader, idet til den ene

side virksomheden naturligt nok ved hjælp af klausulen ønsker at begrænse sit tilsvær for et unormalt stort værditab ved del-skader, hvilket ofte vil indtræffe, når det drejer sig om kunstgenstande, medens kunden på den anden side dog synes at have et naturligt krav på en vis mindre erstatning.

19. Se t. eks. U 1946.1203, se om yderligere domspraksis *H. H. Holm* i U 1943 B. 196 ff., sml. *Palle H. Dige* sm. st. 293 f., se hertil *Ussing* i *Forhandlinger* på det 18. nordiske juristmøde i København 1948, bilag 6. 36 f.
20. Se t. eks. U 1943.941 (ovenf. i note 9) og *R. Knoph* l. c.

# Arbejdsgiverens ansvar for arbejdernes culpa efter islandsk ret

Af Ólafur Lárusson

I det følgende benytter jeg ordet arbejdsgiver i saa udstrakt betydning, at det omfatter enhver, som lader en anden person udføre et eller andet arbejde eller hverv for sig, og ordet arbejder i en tilsvarende vid betydning. Her skal kun arbejdsgiverens udenkontraktslige erstatningsansvar behandles.

I islandsk ret findes der ingen lovbestemmelse, som i almindelighed fastsætter arbejdsgiverens ansvar for arbejderens culpa. I Jónsbók findes der ingen saadan bestemmelse, og Norske lov 3.-21.-2. (Danske lov 3.-19.-2.) er aldrig blevet indført i Island. Ganske vist findes der en landsoverretsdom af d. 22. februar 1832, som henviser til Norske lov 3.-21.-2, hvilken henvisning dog har været uden betydning for sagens udfald, da det af dommens præmisser tydeligt fremgaar, at der ogsaa forelaa culpa fra arbejdsgiverens side.

I den senere tid er der kommet nogle faa lovbestemmelser, som paalægger arbejdsgiveren erstatningsansvar for arbejdernes culpa paa enkelte snævrere omraader,<sup>1</sup> men i forekommende retstilfælde, som disse specielle regler ikke omfatter, og før disse lovfæstedes, har domstolene været henvist til at afgøre spørgsmaalet efter »sagens natur«. Ejendommeligt nok har man fra ældre tid intet eksempel paa, at dette spørgsmaal i sin renhed har foreligget for de højere instanser. Det er først i de sidste aar af det 19. aarhundrede, at dette spørgsmaal begynder at dukke op, og jeg skal her i korthed referere de domme, som har særlig betydning i denne forbindelse.

1. Under losning med baade paa aaben red faldt en kasse med sukker i søen og gik tabt. Ejeren gjorde erstatningskrav gældende over for ejeren af den baad, hvori varen skulde bringes i land. I præmisserne fastslaas det udtrykkeligt, at der ikke var tale om noget kontraktsforhold mellem parterne, saaledes at man maa antage, at rettens mening var, at sagen maatte afgøres efter de ansvarsregler, som gjaldt uden for kontraktsforhold. Og retten frifandt sagsøgte paa det grundlag, at skaden maatte betragtes som hændelig, idet det ikke var bevist, at den var forvoldt ved sagsøgte arbejderes culpa. (Landsoverrettsdom d. 20. nov. 1899).

Jeg synes, at man i denne motivering sporer en formodning om eksistensen af en ansvarsregel for arbejdsgiveren. Frifindelsesgrunden er arbejdernes manglende culpa. Hvis retten havde anset det for den almindelige regel, at arbejdsgiveren var uden ansvar for arbejdernes culpa, laa det nærmest at frifinde sagsøgte paa det grundlag.

2. Under arbejde med nedrivning af en gammel kirke paa en præstegaard kom en af præstens tjenestekarle til at beskadige et gravmonument i kirkegaarden. Man gjorde erstatningsansvar gældende over for præsten, men denne blev frifundet med den motive- ring, at arbejdet var udført i karlens fritid og ikke i præstens tjeneste, men i nogle entreprenørers, som havde paataget sig kir- kens nedrivning. (Landsoverrettsdom d. 18. juni 1900).

Ogsaa her kan spores en formodning om en regel om arbejds- giverens ansvar. Her manglede en anden betingelse end i det før omtalte tilfælde, nemlig at arbejdet var udført i præstens tjeneste.

3. Et skib i vinterhavn kom i drift i storm og stødte sammen med et andet skib med det resultat, at dette sank. Rederen blev fri- fundet for krav paa erstatning for det sunkne skib, da det blev anset for bevist, at hans skib var blevet forankret med al nødven- dig omhu. (Landsoverrettsdom d. 6. nov. 1906).

Denne dom, som blev afsagt før sølovens regler om rederan- svaret var blevet indført i Island, kan sidestilles med den foran- nævnte dom af 20. nov. 1899. Ogsaa her kan man skimte en for- modning om, at rederen eventuelt vilde være blevet gjort ansvar- lig, hvis hans folk havde udvist mindre tilstrækkelig omhu ved skibets forankring.

4. I to sager om erstatning for skade ved skibssammenstød,

som blev anlagt, den ene af det skadelidte skibs assurance, den anden af dets rederi, blev de indstævnedes, det skadevoldende skibs kaptajn og dets reder, dømt in solidum til at udrede erstatning, da hele skylden for sammenstødet skønnedes at ligge hos den indstævnedes kaptajn. (Landsoverrettsdomme d. 22. juni 1908 og d. 27. juli s. a.). I en tredje erstatningssag i anledning af et skibssammenstød blev ogsaa kaptajnen og rederiet dømt erstatningspligtige in solidum. (Landsoverrettsdom d. 6. juli 1908).

Ogsaa disse tre domme blev afsagt inden sølovens ansvarsregel blev indført. Dommen af d. 27. juli 1908 blev appelleret til Danmarks højesteret og stadfæstet. (Højesteretsdom d. 19. febr. 1912). I intet af disse tilfælde var der tale om nogen skyld hos rederne, og man kan derfor sige, at disse domme afgiver et præjudikat for en regel om arbejdsgiverens ansvar for arbejdernes culpa, men i denne forbindelse maa det dog bemærkes, at i ingen af disse sager synes der at være blevet gjort indsigelse mod rederens principielle ansvar, og i en fjerde sag, som ogsaa drejede sig om erstatning for skade forvoldt ved skibssammenstød, var parterne ligefrem enige om, at rederen var ansvarlig for eventuel skade trods manglende culpa fra hans side. (Landsoverrettsdom d. 9. sept. 1912).

5. Den 19. april 1932 rasede en stærk storm i Reykjavik med vindhastighed indtil 10. Trods dette blev der arbejdet med en kulkran ved havnen. Paa grund af stormen løb kranen af sporet og tørnede mod et skib, som laa ved kajen, hvorved bl. a. skibets master og skorstenen blev meget beskadigede. Kranens ejer, et aktieselskab, blev kendt erstatningspligtig. I dommens præmisser fremhæves det, at det under de foreliggende omstændigheder maatte staa klart for de folk, som arbejdede med kranen, at dette var forbundet med en betydelig fare, med andre ord, deres optræden var culpøs. (Højesteretsdom d. 18. juni 1934).

Denne dom giver et klart præjudikat, og siden har højesteret gentagne gange paalagt en arbejdsgiver erstatningsansvar for hans arbejders culpa. Jeg nævner som eksempel to højesteretsdomme, den ene af 22. juni 1942, den anden af 20. juni 1946. I begge tilfælde var en arbejder under losning af et skib kommet til skade ved at blive ramt af genstande, som faldt ned i lasten under op-

hejsning. I begge tilfælde skønnede man, at skaden var forårsaget ved uagtsomhed fra de andre arbejders side, og i begge tilfælde blev de entreprenørfirmaer, som havde overtaget løsningen, dømt til at yde erstatning. Disse to domme stemmer ikke overens med dansk praksis, for saa vidt som der her var tale om skade forvoldt ved en forseelse i tjenesten af andre arbejdere i samme virksomhed, og at det her drejede sig om arbejdere, til fordel for hvem arbejdsgiveren havde tegnet lovpligtig ulykkesforsikring.<sup>2</sup>

Ifølge luftfartslov nr. 32, 14. juni 1929 § 31 er ejeren eller den, som har ansvaret for et luftfartøjs drift, erstatningspligtig for skade paa person eller gods, som befinder sig uden for fartøjet, naar skaden forårsages ved fartøjets drift. Samtidig bestemmes det i § 33, at de i § 31 givne regler ikke i nogen maade skal indskrænke den enhver efter lov tilkommende ret til erstatning. Ansvar i henhold til § 31 omfatter altsaa ikke skade, der rammer en person, som befinder sig i luftfartøjet, f. eks. en passager. Højesteret har dog tildømt en passager, som kom til skade ved et luftfartøjs nedstyrtning, som skønnedes at være forårsaget ved førers culpa, erstatning fra fartøjets ejer. Dette resultat maa søge sin hjemmel i en mere omfattende regel om arbejdsgiverens ansvar end den, som findes i lovens § 31. (Højesteretsdom d. 9. juni 1944).

Flere af de domme, som gaar i samme retning, skal jeg ikke nævne, men paa grundlag af denne højesterets praksis i de sidste aar kan man nok fastslaa, at der i islandsk ret gælder den almindelige regel, at en arbejdsgiver, i al fald under visse omstændigheder, er erstatningspligtig for skade forvoldt ved hans arbejders culpa. Inden denne praksis havde fæstnet sig, var der delte meninger om gyldigheden af en saadan ansvarsregel. Nogle forfattere benægtede den og hævdede, at erstatningsansvar uden culpa kun kunde gøres gældende i tilfælde, hvor den havde hjemmel i en udtrykkelig lovbestemmelse.<sup>3</sup> Andre stillede sig tvivlende.<sup>4</sup> Nu, efter at højesteret saa ofte har bragt denne regel i anvendelse, vil dens gyldighed næppe blive bestridt.

Om de nærmere betingelser for ansvaret og dets omfang giver dommene adskillige oplysninger. Det fremhæves saaledes i alle dommene, at der har foreligget culpa hos arbejderen. I alle tilfælde er skaden blevet paaført i arbejdsgiverens tjeneste, d. v. s. un-



der udførelse af et hverv, som arbejdsgiveren har overdraget arbejderen, og der er ikke forekommet noget tilfælde, hvor arbejderens handling har været af en saa abnorm karakter, at den har ligget ganske udenfor, hvad en arbejdsgiver kunde paaregne.<sup>5</sup> I alle de hidtil forekommende tilfælde, muligvis med undtagelse af de foran omtalte skibssammenstødstilfælde, har det vistnok drejet sig om hverv, hvor arbejderen ikke har indtaget nogen særlig selvstændig stilling over for arbejdsgiveren. Ansvarer er blevet lagt paa arbejdsgiveren umiddelbart, ogsaa hvor han har været en juridisk person, et aktieselskab, og i intet af disse tilfælde har der været tale om culpa hos arbejdsgiveren. I et tilfælde forelaa der ogsaa culpa hos den skadelidende, og ansvaret blev følgelig delt. (Højesteretsdom d. 15. juni 1948).

Disse ansvarsbetingelser er hentede fra det nu foreliggende domsmateriale. Men paa dette omraade er retten under stærk udvikling, og ansvarsreglerne vil sikkert faa en mere fyldig udformning, efterhaanden som domsmaterialet bliver større.

Det foran anførte viser, at den samme tendens har gjort sig gældende i islandsk ret som i de andre nordiske landes ret, tendensen til at udvide omraadet for erstatningsansvar uden culpa. Danske lov 3.-19.-2. (Norske lov 3.-21.-2) gik jo som bekendt en tid i glemme i Danmark og Norge »formentlig under indflydelse af troen paa dogmet om culpareglens universalitet«.<sup>6</sup> Men ændrede sociale forhold fremkaldte trang til regler om ansvar uden culpa, bl. a. om arbejdsgiverens ansvar for arbejderens culpa, og de gamle bestemmelser i Christian den Femtes lovbøger blev atter taget i brug. I islandsk ret har den samme trang gjort sig gældende, og ogsaa der har den samme regel faaet gyldighed som judge made law.

#### NOTER

1. Jfr. sølov nr. 56, 30. nov. 1914 § 13, ligelydende med de nordiske søloves § 8 og først indført i Island ved lov nr. 63, 22. nov. 1913, motorlov nr. 23, 16. juni 1941, kap. VI, luftfartslov nr. 32, 14. juni 1929 § 31.
2. Jfr. Ussing: Erstatningsret s. 96.
3. Thórdur Eyjólfsson: Um lögveð s. 206.
4. Jón Kristjánsson: Íslenzkur sjóréttur s. 51.
5. Jfr. Ussing: Erstatningsret s. 95.
6. Ussing: Erstatningsret s. 92.

# Skadeståndsansvar för farlig verksamhet i nyare svensk rättspraxis

Av professor Fritjof Lejman

Henry Ussing har i Festskrift, tillägnad Birger Ekeberg, givit en intressant skildring av skadeståndsansvar utanför culparegeln på grund av s. k. farlig verksamhet i det amerikanska rättssystemet, vilket på senare tid av naturliga skäl kommit att tilldraga sig alltmer uppmärksamhet i de västeuropeiska länderna, dit även Norden i rättsgeografiskt hänseende må räknas. Skildringen avslutas med en jämförelse mellan amerikansk och nordisk rätt, varigenom konstateras, att den amerikanska rätten på ifrågavarande område icke företer så stora olikheter gentemot den nordiska rätten.

Vid den nämnda jämförelsen har Ussing i främsta rummet tagit fasta på de olika betingelser för ansvar på grund av farlig verksamhet, han själv uppställt i sina skrifter.<sup>1</sup> Dessa betingelser äro på grund av Ussings stora auktoritet väl kända och diskuterade i olika sammanhang i de nordiska länderna, och hans framställning i festskriften har därför blivit lättillgänglig och överskådlig. Ett lämpligt bidrag till hyllningen av Henry Ussing såsom rättsvetenskapsman har jag funnit vara att belysa svensk praxis på området och till sist med några ord beröra, huru denna under senare tid förhållit sig till de av honom uppställda ansvarsbetingelserna och därmed också till den ståndpunkt, som intages av den i växande betydelse stadda amerikanska rätten.

En av huvudpunkterna i Ussings framställning om skadestånd på grund av farlig verksamhet utgöres av kravet på att handlingen skall medföra en »säregen« fara eller — med den beteckning, som begagnas i »American Law Institute's Restatement of the Law

of Torts« — vara »ultrahazardous«. Då det gäller att undersöka, huruvida ifrågavarande förutsättning är uppfylld, torde det vara lämpligt att först indela och bestämma de ifrågakommande handlingarna efter deras olika art. Inom varje art torde man emellertid sedan finna, att farligheten kan vara helt olika icke blott med hänsyn till handlingens närmare beskaffenhet utan också med hänsyn till de olika förhållandena, under vilka handlingen utföres. Vad som är farligt att utföra på en trafikerad gata, behöver ej vara det på en enslig skogsväg, och vad som kan vara farligt att utföra nattetid behöver ej vara det under dagen etc.<sup>2</sup> De olika omständigheter, under vilka en handling kan utföras, förtjäna särskilt att observeras, om man med Ussing vill uppställa ett krav på att faran skall vara »kendelig«, ty då fordras givetvis kännedom hos den handlande eller den som bedriver en viss verksamhet, om dylika omständigheter. Dessa omständigheter kunna sägas konstituera vad man kan kalla för handlingens eller verksamhetens särskilda riskfullhet. Farlighetsgraden kan eljest bestämmas dels efter chansen för skadas inträffande och dels efter skadans omfång.

Beträffande olika fall, där strikt ansvar i enlighet med principen om ansvar för farlig verksamhet statuerats i svensk rättspraxis, märkas främst de, för övrigt av Ussing särskilt nämnda domarna rörande skada å grannfastighet genom grävning, sprängning etc.<sup>3</sup> I dem framhäves särskilt den skadeståndsgrundande verksamhetens art. Förebilden för dessa domar var dåvarande justitierådet Ekebergs minoritetsvotum i NJA 1927 s. 72, där han motiverade strikt ansvar med att »den, som å sin fastighet låter utföra arbeten av förevarande, osedvanligt ingripande art, måste bära de särskilda risker för angränsande fastighet, vilka äro förenade med företaget«. Det framhölls i detta votum, att det ifrågavarande arbetet — schaktningsarbete för grundläggning beträffande ett höghus vid Kungsgatan i Stockholm — medfört en betydande förändring av de naturliga markförhållandena, samt att skadorna varit en följd av att grundläggningsföretaget gått utöver »normal omfattning«. Denna Ekebergs ståndpunkt blev sedermera accepterad av en enhällig HD i NJA 1936 s. 557, som rörde sprängningsarbeten för spårvägstunnel å Södermalm i Stockholm. I detta mål hänvisades till »arbetenas art och den risk för skada å närliggande fastigheter

de inneburo», en formulering, som återkommer i flera följande domar i hithörande mål. Bland dessa kunna nämnas NJA 1942 s. 473 och 1943 s. 343, där i huvudsak samma motivering ges för utdömande av skadestånd med anledning av djupschaktningsarbeten.<sup>4</sup> Att observera är sedermera också NJA 1946 s. 666, där talan med anledning av ett schaktningsarbete ogillades, emedan arbetet icke haft sådan »art och omfattning eller varit förenat med sådan risk«, att skadeståndsskyldighet inträtt oberoende av vållande. Denna formulering synes ej behöva betyda, att talan ansetts kunna bifallas endast om riskfullhet varit förhanden, oberoende av arbetenas art. Arten synes även här ha varit av avgörande betydelse.

I detta sammanhang bör vidare nämnas NJA 1946 s. 709, där talan visserligen bifölls men på grund av culpa och icke på grund av arbetets i och för sig farliga karaktär. Det rörde sig här om ett grävningsarbete, som skadat byggnad å grannens tomt och sträckt sig så långt som något mera än 1 meter under grunden för denna byggnad.<sup>5</sup> Beträffande skada å sådan byggnad, som icke omedelbart gränsar till den byggnad, där arbetet bedrives, märkes NJA 1947 s. 31, där talan ogillades i fråga om skada, som i följd av schaktningsarbete drabbat en byggnad på andra sidan en gata. Anledningen till ogillandet synes främst ha varit, att arbetet varit av mindre ingripande natur och att till skadan medverkat de ogynnsamma markförhållandena, d. v. s. att de övre jordlagren i ifrågavarande stad (Uddevalla) bestodo av föga bärkraftiga lera. Emellertid må från samma år observeras NJA 1947 s. 385, där HD avslog dispens för överklagande av en hovrättsdom, där talan bifallits med den ovan nämnda sedvanliga motiveringen. Skadan hade i detta fall uppstått genom sprängningsarbeten för en flygplats å en byggnad, belägen på ett avstånd av 160 resp. 260 meter från sprängningsplatserna. Fallet torde utvisa, att skadan icke behöver träffa angränsande fastighet för att strikt ansvar skall utdömas, utan att det räcker med att den skadade fastigheten är närbelägen.

Slutsatsen av de nämnda domarna synes mig kunna formuleras så, att strikt ansvar enligt svensk rätt får anses inträda vid grundgrävningsarbeten och därmed jämförliga arbeten, exempelvis sprängningsarbeten, som gå utöver normal omfattning och som

— det torde man få understryka — just härigenom innebära en särskild risk för skador å närliggande fastigheter.<sup>6</sup> Det kräves följaktligen icke någon särskilt stor risk utan blott en risk, som övergår risken vid dylika arbeten av normal omfattning. En dylik risk synes kunna föreligga antingen genom att chansen för inträffande skada är större än i allmänhet vid dylika arbeten eller också genom att den särskilda skadans omfång kan väntas bli större. Det sålunda angivna resultatet beträffande grävnings-, sprängnings- och dylika arbeten synes ganska nära stämma med de allmänna resultat i fråga om huvudförutsättningarna för skadestånd på grund av farlig verksamhet, vartill Henry Ussing kommit för den danska och amerikanska rättens del.<sup>7</sup>

Vad därefter beträffar s. k. immissioner eller, såsom Ussing benämner dem, varaktiga olägenheter i grannelagsförhållanden, förefinnes enligt svensk praxis ett strikt ansvar, redan sammanhängande med själva varaktigheten. För sådana fall, då olägenheterna härröra från en nystartad industri eller ny tillverkningsmetod i en redan befintlig industri och verkningarna visa sig först efter längre tids drift, eller med andra ord då immissionerna ha s. k. smygande karaktär, har gjorts gällande, att ansvaret bör grundas på principen om ansvar för farlig verksamhet, åtminstone för tid, innan verkningarna upptäckts och klarlagts.<sup>8</sup> I de rättsfall, som beröra dylika situationer och där skadestånd utdömts, finnes i domsmotiveringarna dock icke någon antydning därom. Sålunda grundar Sjögren ansvaret i NJA 1911 s. 574 (rörande skada å växtligheten genom gaser från en kloratfabrik) blott och bart på ett över-skridande »av grannskapsrättens egna regler om gränserna för äganderättens utövande». I hithörande rättsfall torde för övrigt ofta vara svårt att fastställa, om utdömt skadestånd även skall avse tid före immissionsverkningarnas upptäckande.<sup>9</sup> I ett av Sandström särskilt omnämnt fall, NJA 1909 s. 248, utdömdes ersättning för skada genom vattenförorening, som härrörde från utrunnen kreosotolja från en järnvägs impregneringsanstalt för slipers. Fallet skulle enligt honom tyda på tillämpning av principen om skadestånd på grund av farlig verksamhet.<sup>10</sup> Det kan här ifrågasättas, huruvida den i målet ifrågakommande verksamheten var av immitterande art; vore så ej fallet, skulle det vara än mer sannolikt, att

denna princip tillämpats. Emellertid är domsmotiveringen alltför intetsägande för att någon slutsats i denna riktning skall kunna dragas.

Svensk rättspraxis synes beträffande ifrågavarande smygande immissionsverkningar icke giva något besked, men synes å andra sidan icke heller utesluta principens användning. Det bör dock observeras, att strikt ansvar här kan vara uteslutet, om man med Ussing vill uppställa krav på att faran skall vara »kendelig».<sup>11</sup>

Att svensk rättspraxis, såsom framgår av det föregående tillämpat principen om ansvar för farlig verksamhet, när det gäller skador å grannfastighet genom grundgrävnings- och sprängningsarbeten, sammanhänger säkerligen med att en viss hänsyn tagits till det i Lagberedningens förslag till Jordabalk 1909 föreslagna stadgandet om skärpta skyldigheter för den som vill å sin fastighet verkställa grävning eller annat dylikt arbete, en skyldighet, som stadgats »till förekommande av ras eller förskjutning i angränsande fastighets mark». Bestämmelsen avsåg emellertid i och för sig endast det på culpa grundade ansvaret. Under senare tid har genom Lagberedningens förslag till Jordabalk 1947 strikt ansvar direkt förordats genom det föreslagna stadgandet i 3 kap. 9 § beträffande »grävning eller annat sådant arbete av mer än vanligt ingripande beskaffenhet eller eljest av den natur att det medför särskild risk för omgivningen».

Övriga fall, där en tillämpning av principen om ansvar för farlig verksamhet kan diskuteras, kunna efter arten av den ifrågakommande faran sägas avse dels faran för allmän trafik, dels eldfara och dels faran av militär verksamhet.

Det är givet, att med kommunikationsmedlens storartade utveckling under sista århundradet, den från dem härrörande faran tilldragit sig särskild uppmärksamhet, och detta förhållande har ju som bekant också tagit sig uttryck i de särskilda lagarna om ansvar för skada i följd av järnvägs drift, automobiltrafik etc, som stadga strikt ansvar för järnvägs ägare, bilägare etc. Utöver dessa lagar har emellertid uppstått ett behov av ytterligare skydd. Det är ej blott ägaren, föraren o. s. v. av ett modernt trafikmedel, som är upphovet till den fara, som skapas genom dem; sådan fara kan också uppstå genom åtgärder från utomstående, såsom andra väg-

trafikanter och dem, som utföra arbeten å vägar, flygplatser etc. Och faran kan från dessa håll drabba såväl dem, som begagna trafikmedlen, som andra.

I detta sammanhang bör till en början nämnas NJA 1929 s. 520, där telegrafverket dömdes ansvarigt för skada, som drabbat bilägare genom att hans bil fått hjulen intrasslade i en rulle telefontråd och kört i diket. Telefontrådrullen hade kvarglömts å vägen av några arbetare i underordnad ställning hos telegrafverket, vilka utfört arbete där. Enligt Alexanderson,<sup>12</sup> som formulerat domskälen i detta mål, skulle meningen icke ha varit att tillämpa en generell regel om ansvar för farlig verksamhet. Verksamheten skulle enligt Alexanderson för övrigt icke utmärkas av specifika risker i riktning av den inträffade skadan. Domen vore närmast att förklara genom någon slags intresseavvägning, därvid trafikens intresse borde tillgodoses på bekostnad av den, som gör intrång däri för *främmande ändamål*. Med hänsyn till dessa Alexandersons upplysningar torde det icke vara möjligt tillmäta domen någon större betydelse utan förblir den en tämligen intetsägande dom in casu. Å andra sidan kan naturligen icke förnekas, att domen *delvis* grundar sig på faran för allmän trafik med moderna kommunikationsmedel och att det följaktligen kan synas, som om en sådan fara skall anses särskilt kvalificerad i fråga om skadeståndsansvar.<sup>13</sup> Måhända kan domen också sägas betona skadeståndssanktionens berättigande i fråga om verksamhet för *främmande ändamål*. Faran är — för att tala med Ussing — av säregen natur. De fall, som utmärkas av kombinationen av dessa två omständigheter, torde emellertid i praktiken icke återkomma ofta.

Ett härmed besläktat fall är NJA 1945 s. 438, där en byggmästare dömdes ansvarig för skada, som åsamkats en gatutrafikant genom kalkstänk i ögat från en låda, innehållande kalk, som hissades upp med en byggnadshiss utmed fasaden av ett vid gatan beläget bygge. Domen motiverades med faran för en gatutrafikant av hissens begagnande men dessutom också med hisskötarens culpa. Denne senare synes ha varit en underordnad arbetare. Verksamheten var även i detta fall farlig med hänsyn till den plats, å vilken den utfördes, men faran var icke betingad av sådan modern trafik, som föranlett de särskilda ansvarighetslagarna. Verksam-

hetens farlighetsgrad var i fallet ytterst minimal. Den teorien kan därför också framkastas, att utgången i fallet — även om verksamhetens farlighet uttryckligen understrykes i underrättens av HD ej ändrade dom — kan ha berott på att hisskötaren hade sitt arbete förlagt till en »utsatt post«, d. v. s. var att jämställa med arbetsledning.<sup>14</sup> Under sådana förhållanden får rättsfallet anses vara av mindre intresse för den här behandlade frågan. Det kan i detta hänseende anmärkas, att enligt svensk rättspraxis exempelvis en kranägare ansetts skola svara för en kranskötares vållande, åtminstone då därav föranledes olycksfall under arbete hos sådan arbetsgivare, åt vilken kranen är uthyrd. På detta område märkes senast NJA 1943 s. 73, för övrigt åberopat under rubriken till här ifrågavarande fall. Upplysning om huruvida ansvaret till någon del sträcker sig även till utomstående ger detta fall dock icke. Påpekas bör måhända också i detta sammanhang NJA 1947 s. 299, där en förening blev ansvarig för vållande av föreståndaren för en skjutbana, anordnad å föreningens festplats. Den skadelidande var i detta fall en pojke, som visserligen besökte festplatsen men icke var kund hos skjutbanan och därför måste betraktas såsom utomstående. För att återgå till det här särskilt behandlade fallet rörande hisskötaren, förtjänar det att observeras, att den i fallet föreliggande faran givetvis alltid återverkade i den meningen, att den medverkade till att den anställdes arbetssituation blev särskilt framträdande och »utsatt«. Ändamålet med verksamheten var främmande för trafikleden, även om farlighetsgraden icke var stor. Faran kunde emellertid även här med hänsyn till platsen betraktas såsom »säregen«.

Beträffande därefter eldfara märkes NJA 1943 s. 177, där en byggnadsentreprenör, som med tyst samtycke från Västerås stad fått framdraga en provisorisk vattenledning under en staden tillhörig bro, vid ett tillfälle låtit upptina ledningen med facklor utan att underrätta staden. Facklorna antände spillolja, som händelsevis befann sig på vattnet under bron, och elden spred sig från oljan till bron. Entreprenören, i vars intresse upptinandet vidtogs, ansågs närmare än staden att bära risken för eldskadan. Alexander, som deltagit i målets avgörande, har också kommenterat denna dom och finner resultatet bero av en skälighetsprövning.<sup>15</sup>



Det svaga kontraktsförhållandet, verksamhetens extraordinära art och underlåtenheten att underrätta staden skulle i förening ha åstadkommit, att entreprenören, i vars intresse åtgärden vidtogs, ansågs skadeståndsskyldig. Även här skulle alltså utgången ha berott på en intresseavvägning och en kombination av olika omständigheter. Av intresse att notera i detta sammanhang är emellertid uttalandet om verksamhetens extraordinära art, vilket måhända kan tagas såsom uttryck för att här förelåg en »säregen« fara. Däremot synes icke någon anledning föreligga att tillmäta den omständigheten, att det här rörde sig om eldfara, särskild betydelse.

I fråga om eldfara bör också observeras det av Sandström särskilt nämnda fallet NJA 1928 s. 316, där ett lysskott, som avlossats under en nattlig signalövning med trupp på ett arméns övningsfält, antänt en byggnad på omkring 125 m. avstånd.<sup>18</sup> HD förklarade, att med hänsyn till den fara för eldskada, som vore förenad med anordnandet av den militära övningen, kronan vore ansvarig för den skada, som i följd av övningen uppkommit. I motiveringen talades alltså uttryckligen om »fara för eldskada«, men om domen sammanställs med en del senare domar, som snart skola omnämnas, torde det visa sig, att den avgörande synpunkten varit den militära övningens art.

Arten av en dylik övning och faran av densamma med hänsyn till den moderna trafiken ha i NJA 1937 s. 196 medfört skadestånd för kronan i ett fall, då hästar under en nattlig truppövning slitit sig och skenat upp på en allmän väg, varvid de sammanstött med en bil. Domsmotiveringen betonar här »den fara, som vid dylika fälttjänstövningar föreligger för olyckor av ifrågavarande art«. Däremot har talan ogillats i NJA 1942 s. 607 och 1945 s. 445 rörande liknande olyckshändelser i militära förhållanden. I båda fallen hade hästar, förspända kärror, skenat. Anledningen till ogillandet synes ha varit, att skenandet icke ägt närmare samband med någon övning utan skett, i första fallet då några kärror skolat avhämtas från ett förråd, och i senare fallet då ett truppförband varit på hemmarsch från en övning.

I NJA 1946 s. 734 bifölls däremot talan för brandskada på ungefär samma motivering som i 1928 års mål. Det rörde sig här

om två militärövningar, nämligen dels skarpskjutning med artilleri och dels skjutning med granatkastare. Särskilt att uppmärksamma är vidare, att kronan i NJA 1946 s. 758 och 763 ådömts skadestånd med anledning av en så nära nog »inadekvat« fara som faran vid en militärövning, att rävhonor i rävfarmar, belägna i trakten för övningen, skulle på grund av buller bli skrämde att kasta eller bita ihjäl sina valpar. I båda fallen synes ifrågavarande fara före övningen ha påpekats för vederbörande militärledning.

Däremot har i NJA 1945 s. 322 med tre röster mot två talan ogillats beträffande brandskada, som orsakats av en vid övning i s. k. projektilröjning antänd brandhandgranat.<sup>17</sup> Övningens farlighetsgrad ansågs sannolikt av majoriten icke tillräckligt stor. Ävenledes har talan ogillats i NJA 1941 B 668 för skada i följd av sprängskott vid befästningsarbeten samt i NJA 1944 s. 301 för skada genom att en sprängpatron fallit ned på gatan ur en materiellvagn vid ett truppförbands förflyttning och därefter exploderat, då den upphittats av en nioårig gosse. I båda de senare fallen rörde det sig om verksamhet, som knappast är typisk för militär verksamhet såsom sådan.

Den militära verksamheten kan i farlighetshänseende sägas intaga en eminent särställning, därigenom att den har till syfte just att förgöra människor och egendom. Inom rättspraxis synes man emellertid vara främmande för den tanken, att i följd härav all skada genom militär verksamhet skall ersättas. Påfallande är för övrigt, att rättspraxis under tiden för det senaste världskriget, då förevarande olyckor på grund av de allt oftare anordnade övningarna ökade i antal, snarast tyckes ha intagit en mera restriktiv hållning till detta skadestånd. Utgifterna för täckande av det samma kunde ju också tänkas bli oproportionerligt stora.

Vad beträffar de närmare förutsättningarna för skadestånd i här ifrågavarande fall, har man till en början såsom framgått av praxis att fränskilja sådana fall, där olyckan varit av det slag, att den lika gärna kunnat inträffa i civil verksamhet. Över huvud taget synes man faktiskt ha begränsat ansvaret till olyckor, som ha samband med militära övningar, d. v. s. till krigsliknande förhållanden. Men därutöver torde man också ha krävt en viss högre

farlighetsgrad, såsom framgår av att skadeståndsanspråk för olyckan vid s. k. projektilröjning ogillats.

Det kan diskuteras, varför svensk rättspraxis, som på det hela taget ådagalagt den största återhållsamhet, då det gällt ansvar för farlig verksamhet, dock accepterat ett sådant ansvar vid militärövningar. Preventionssynpunkten spelar i förevarande fall säkerligen en tämligen underordnad roll. För övrigt kan kanske rent av hävdas, att åtgärder för begränsning av faran vid en militärövning i många fall kan göra övningen mindre effektiv. Å andra sidan bör man ju, såsom Lundstedt riktigt framhållit, icke förbise ansvarets prevenerande inverkan på det militärbefäl, som anordnar övningen.<sup>18</sup> Ofta kommer nämligen befälet genom detta kronans ansvar att drivas till att söka undanröja faran, även om underlåtenhet härvidlag icke skulle kunna tillräknas vederbörande såsom culpa. Sin största funktion fyller emellertid ansvaret såsom reparation åt den skadelidande. Den omständigheten, att det är staten, som här kommer att stå för ansvaret, har säkerligen också minskat betänkligheterna mot detta. Skador och förluster genom militär verksamhet bliva för övrigt mera beräkneliga, när de samlas på en hand. Måhända kan såsom ett motiv för ansvar också framdragas, att personer, som fullgöra militärtjänst, erhållit en viss rätt till ersättning för skada, ådragen under tjänstgöringen, genom särskild lagstiftning. På grund av nutida krigsföringsmetoder och övningar, enligt vilka skador i långt högre grad än tidigare komma att drabba utomstående, kunde det synas oriktigt om icke också dessa senare i mera flagranta fall skulle bekommen ersättning.

Summeras det sagda, blir resultatet, att svensk rättspraxis i ytterst ringa omfattning erkänner ansvar på grund av farlig verksamhet. Det är såsom nämnts egentligen endast i fråga om större grävnings-, sprängnings- och därmed jämställda arbeten samt i fråga om mera omfattande militärövningar, som ansvar klart fastslagits. Den farliga karaktären av viss verksamhet kan måhända därjämte sägas ha medverkat till vissa fällande domslut, där resultatet främst synes vara en följd av någon sorts skälighetsprövning.

Vad särskilt beträffar de av Ussing mot slutet av hans uppsats

i festskriften för Ekeberg sammanställda ansvarsbetingelserna må följande nämnas.<sup>19</sup> Att faran, där den föranlett ansvar, kan sägas ha varit av säregen art, har framgått av det föregående. Att verksamheten i dessa fall även varit av extraordinär natur, d. v. s. utövats blott av förhållandevis få rättssubjekt i samhället, faller också genast i ögonen. Den omständigheten, att endast sådan verksamhet belastas med ansvar, sammanhänger ju med att skadeersättningen i dylika fall får karaktären av ett slags driftskostnader, vilka rimligen böra bäras av den som bedriver verksamheten, exempelvis då det gäller ett större byggnadsföretag.<sup>20</sup> Beträffande kravet på att faran skall vara »kendelig« för den, som bedriver verksamheten, torde intet ha framkommit, som motsäger detta krav. Snarare torde de fällande domarna i målen angående skador beträffande rävfarmar, där utredningen i de speciella fallen särskilt åberopas, tyda på att detta krav uppställles.<sup>21</sup> Att skadan skall vara en följd av det, som gör verksamheten särskilt farlig, framgår av domarna rörande militär verksamhet. Answarets inträde även vid s. k. vis major eller utomstående tredje mans handling, bejakas väl ej direkt av praxis men kan å andra sidan icke anses förnekas. I detta hänseende kunna för övrigt målen rörande rävfarmarna också förtjäna uppmärksamhet. Dock torde det vara antagligt, att praxis i dylika fall uppehåller kravet på adekvat kausalitet. Att ansvar inträder, även om ändamålet med verksamheten icke är ekonomisk vinst, överensstämmer med utgången i målen angående militära övningar. Answarets uteblivande, då det gäller personer, som bedriva farlig verksamhet på grund av tjänsteplikt, har i praxis icke blivit aktuellt. Antagligt är emellertid, att exempelvis en enskild officer icke skulle dömas ansvarig för den militära verksamhet, han utövar, såvida han icke gjort sig skyldig till culpa. Vad till sist angår ansvarsfriheten gentemot personer, som medverkat i verksamheten, lämnar praxis icke någon upplysning.

Det genomgångna rättsfallsmaterialet kan blott föranleda den slutreflexionen, att svensk rättspraxis icke företer några större avvikelser från de linjer, som utstakats av Henry Ussing. Dock bör därvid den reservationen göras, att svensk praxis varit mycket återhållsam, då det gällt att bedöma en verksamhet såsom farlig.<sup>22</sup> Måhända är det detta, som lett till att man utanför området för

det egentliga farlighetsansvaret måst döma till skadestånd under åberopande av en kombination av olika omständigheter. Domar av denna art äro dock enligt förf:s mening icke att rekommendera. De ha föranlett icke blott en stor ovisshet bland teoretici om de bakomliggande synpunkterna utan säkerligen också en ökad lust bland den rättsökande allmänheten att väcka skadeståndstalan under förhoppning om bifall därtill på grund av skälighets-synpunkter eller genom en högst allmän intresseavvägning. Det är därför att hoppas, att det nuvarande tillståndet av rättsosäkerhet skall avlösas genom att fasta linjer skapas angående skyddet mot s. k. farlig verksamhet, under hänsyntagande till frågan om obligatorisk försäkring och eventuellt efter de rekommendationer, som nyligen framlagts i nordiskt samarbete.<sup>23</sup> Och det är därvid särskilt att önska, att en gemensam nordisk lösning av denna så betydelsefulla fråga skall kunna komma till stånd under medverkan av Henry Ussing såsom på området i eminent grad sakkunnig.

#### NOTER

1. Erstatningsret s. 127 ff, Skyld og Skade s. 122 ff.
2. Jfr Kristen Andersen i TfR 1948 s. 115.
3. Festskrift för Ekeberg s. 528.
4. Om förhållandet mellan dessa domar och minoritetens votum i NJA 1927 s. 72 se den närmare utläggningen hos Lundstedt, Strikt ansvar II:1 s. 338 ff.
5. Att grävningen gått djupare än grunden torde å andra sidan icke vara förutsättning för strikt ansvar. Jfr Lundstedt, Strikt ansvar II:1 s. 337.
6. Jfr Strahl, Förberedande utredning, s. 28, vars uttalanden kunna tolkas till en mera extensiv uppfattning. Se även Lundstedt, Strikt ansvar II:1 s. 339 not. 5.
7. Erstatningsret s. 127, Festskrift för Ekeberg s. 528.
8. Ussing, Skyld og Skade s. 97, Ljungman, Om skada och olägenhet från grannfastighet s. 127 ff.
9. Jfr NJA 1940 A 27.
10. NJMF 1934 s. 58.
11. Jfr Ljungman, a. a., s. 127 not 3. Faran beträffande smygande immissionsskador torde icke alltid vara »kendelige», i motsats mot vad där beträffande de viktigaste fallen hävdas.
12. Alexanderson i FJFT 1944 s. 109 ff.
13. Jfr härom Lundstedt, Strikt ansvar II:1 s. 436 ff.
14. Jfr uttalanden av Alexanderson i Nordiska Juriststämman 1926 s. 51 och TJFF 1944 s. 96, som emellertid här synes vilja begränsa ansvaret till olycksfall i arbete. Se även förf:s rätts-

- fallsöversikt i SvJT 1946 s. 413 ff.
15. Alexanderson i FJFT 1944 s. 111 ff.
  16. Sandström i NJMF 1934 s. 61.
  17. Jfr Lundstedt, Strikt ansvar II:1 s. 437.
  18. Lundstedt, Strikt ansvar II:1 s. 452.
  19. Festskrift för Ekeberg, s. 526 ff.
  20. Jfr Ussing, Erstatningsret s. 120.
  21. Jfr också NJA 1942 s. 229 och Alexanderson i FJFT 1944 s. 108.
  22. Jfr Ussing i UfR 1947 B 291.
  23. Strahl, Förberedande utredning s. 164 och Ussing, Nordisk Lovgivning om Erstatningsansvar s. 62.

# Erstatningsproblemet inden for ophavsretten

Af professor, dr. jur. Torben Lund

Spørgsmålet om at nå frem til rimelige og retfærdige retningslinier for beregningen af erstatning i tilfælde af krænkelse af ophavsretten har stedse voldt visse vanskeligheder, hvilket alene den stærkt svingende kurs inden for den skiftende lovgivning i Danmark på dette område turde afgive et bevis på.<sup>1</sup>

En drøftelse af dette spørgsmål kan måske derfor påregne nogen interesse, bl. a. med henblik på, at der i foråret 1951 afgives en dansk betænkning med udkast til ny lov om ophavsret, baseret på det igennem en årrække stedfundne arbejde i en fælles nordisk lovgivningskommission. Det tilsvarende norske lovudkast med bemærkninger er allerede publiceret i august 1950, og dets regler om erstatning vil blive omtalt nedenfor. Lovudkastet anvender udtrykket »ophavsret« som betegnelse for forfatter- og kunstnerretten, og det samme udtryk vil derfor blive benyttet her.

Ophavsretten er en eneret til at råde over et åndsværk, navnlig ved fremstilling af eksemplarer af værket og ved offentliggørelse af dette. Offentliggørelsen kan ske ved spredning af de fremstillede eksemplarer eller ved en fremførelse af værket i form af oplæsning, udførelse, opførelse og lignende. Ophavsretten opstår hos forfatteren eller kunstneren, der har frembragt værket, men den kan af denne overdrages helt eller delvis til andre.

Dersom nogen uden samtykke af den til ophavsretten berettigede og uden hjemmel i lovens undtagelsesbestemmelser (»låne-regler«) fremstiller eksemplarer af værket eller offentliggør dette, foreligger der hvad loven kalder for en *krænkelse*, se lov nr. 149

af 26. april 1933, overskriften til kap. III. Med dette udtryk tænkes på det objektive gerningsindhold, uden hensyn til, om der som betingelse for iværksættelsen af visse sanktioner stilles subjektive krav til *gerningsmanden*. Dette sidste udtryk vil blive brugt om den, der foretager krænkelsen eller er medansvarlig for denne, uden hensyn til om han har handlet culpøst eller i god tro, altså om enhver, der har foretaget hvad loven i § 18, 2. stk. kalder en »uretmæssig benyttelse af værket«. Endelig vil der om den, hvis ophavsret er krænket, blive anvendt lovens udtryk »den forurettede« (se §§ 16-18).

Ophavsretten er en ret — eller et kompleks af rettigheder — af blandet økonomisk og personligt præg. Hvad enten den befinder sig på ophavsmandens eller hans successors eller arvingers hænder, har den til formål at beskytte *økonomiske* interesser. Så længe og i det omfang, i hvilket den befinder sig på ophavsmandens eller hans arvingers hænder har den *tillige* en personlig karakter. Den tjener ikke blot til at beskytte de økonomiske men tillige i høj grad de personlige interesser hos ophavsmanden eller — måske dog i noget mindre grad — hos dennes arvinger og arvingers arvinger.<sup>2</sup>

Når ophavsretten er udformet som eneret er det for at sikre ophavsmanden kontrol med, i hvilket milieu og på hvilket tidspunkt hans værk skal stilles til rådighed for omverdenen. Såfremt det alene var økonomiske interesser, man ønskede at beskytte, behøvede man ikke at give ophavsretten den absolutte form, den nu har.

Når dette nu imidlertid er tilfældet, ville man på forhånd være tilbøjelig til at tro, at loven også gav hjemmel for erstatning for krænkelse af de personlige interesser. Ordene i hovedbestemmelserne i den nugældende lov, loven nr. 149 af 26. april 1933, siger ikke noget afgjort herom. § 17, der handler om ulovlig mangfoldiggørelse og spredning, giver den forurettede ret til erstatning for »al ved den ulovlige offentliggørelse forårsagede skade«, og § 18, der omhandler opførelse o.l., udtaler, at den skyldige skal give den forurettede fuldstændig erstatning for den skade, han derved skønnes at have lidt. Der er intet til hinder for at opfatte udtrykket »skade« som også omfattende en ideel, ikke-økonomisk skade.<sup>3</sup>



Det har hidtil været antaget, at loven ikke i sin nuværende skikkelse giver hjemmel for godtgørelse for ikke-økonomisk skade, se *J. Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten s. 306-07 og *Torben Lund*: Billedkunsten i retlig belysning s. 278. Herved er der dog formentlig ikke lagt tilstrækkelig vægt på, at loven ikke opererer med begrebet »tab«,<sup>4</sup> men med begrebet »skade«, ligesom forfatterlovens § 20 ikke<sup>5</sup> kan føres i marken til støtte hverken for det ene eller det andet standpunkt. § 20 handler om krænkelse af kildeangivelseskravet, en sådan krænkelse kan medføre skade både af økonomisk og af ideel art, og lovbestemmelsen udelukker begge arter af erstatningskrav.<sup>6</sup>

Man kunne snarere sige, at når loven i § 17, 3. stk. og § 18, 2. stk. giver særlige teknisk udformede regler for erstatningsberegningen, der — dette gælder i hvert fald med sikkerhed § 18, 2. stk. — inden for deres anvendelsesområde betyder, at erstatningen normalt ikke må fastsættes til mindre end gerningsmandens nettoudbytte, må dette betyde, at hvis den økonomiske skade, der er tilføjet den forurettede, er mindre, skal han dog have den fulde nettogevinst udbetalt som erstatning, og det overskydende beløb kan følgelig kun være erstatning for den ikke-økonomiske krænkelse. Hermed måtte loven selv på vigtige områder have anerkendt princippet om erstatning for ideel skade. En sådan intention hos lovgiveren har dog næppe været til stede. De ejendommelige erstatningsberegningsregler i §§ 17 og 18 er tildels af historisk, retssammenlignende oprindelse; man har erkendt, at det meget ofte vil have sin vanskelighed at beregne ophavsmandens tab på en nogenlunde sikker måde, navnlig da erstatningen selvfølgelig ikke er indskrænket til de direkte påviselige tab, der tilføjes ophavsmanden f. eks. gennem en ved den ulovlige offentliggørelse forårsaget forspildt mulighed for en af ophavsmanden selv foranstaltet udgivelse, opførelse e.l., men da der også må regnes med mere ubestemte tab såsom det tab af kundekreds, der kan forvoldes gennem forvrænget gengivelse af ophavsmandens værk, i det hele alt, hvad der falder inden for »forstyrrelse af stilling og forhold«.<sup>7</sup>

En sådan skade henregnes jo imidlertid almindeligst og med rette til skade af økonomisk art, omend en mere indirekte skade.

Under hensyn til vanskelighederne ved at fastsætte erstatningens størrelse fremkommer den skablonmæssige beregningsregel i §§ 17 og 18, som man imidlertid overalt enten har forladt eller tænker på at forlade.

Efter fornyede overvejelser siden min bog fra 1944 er jeg her-efter kommet til det resultat, at forfatterloven ikke i sin nuvæ-rende skikkelse forhindrer domstolene i at tilkende en godtgørelse for immateriel krænkelse af ophavsmanden eller i at supplere den på grundlag af økonomisk skade beregnede erstatning med en godtgørelse.

Det kunne også tænkes anført, at en sådan godtgørelse kunne tilkendes på grundlag af Ikrafttrædelseslovens § 15, 1. stk., jfr. ordene »krænkelse af en andens person iøvrigt«, der jo<sup>8</sup> er meget omfattende. Betingelsen ville så være, at det drejede sig om en strafbar krænkelse, hvilket efter forfatterloven vil sige det samme som, at den skal være begået forsætligt eller groft uagtsomt, men dette ville kun medføre en rimelig begrænsning af reglens anvendelsesområde. Muligheden for en anvendelse af ikrafttrædelseslovens § 15 er dog højst usikker her, hvor det drejer sig om en krænkelse af »kunstnerpersonligheden«.

Iøvrigt synes det temmelig klart, at hvis man i det hele taget vil anerkende godtgørelse for immateriel skade, er forfatter- og kunstnerretskrænkelser et af de områder, der snarest bør komme i betragtning.<sup>9</sup>

Hvad retspraksis angår ses domstolene ikke at have haft spørgsmålet om erstatning for ideel skade direkte til afgørelse, men det kan måske siges, at de beskedne erstatningsbeløb, som domstolene i almindelighed udmåler i sager vedrørende krænkelse af ophavsret, ikke tyder på, at domstolene tager den lidelse eller tort, som den forurettede er genstand for, i betragtning som erstatningsgrundlag.

En undtagelse herfra kunne måske sagen i U. f. R. 1947 s. 187 siges at udgøre. Forholdet var i denne sag det, at der i en film var benyttet en melodi af en komponist, som for benyttelsen havde fået sædvanligt honorar, men ved den offentlige fremførelse af filmen var komponistens navn ikke angivet, altså en overtrædelse af reglen i forfatterlovens § 9, 4. stk. Her tilkendtes der kompo-

nisten i anledning af de i den nævnte henseende ulovlige fremførelser, der havde fundet sted i ca. 1 måned, en erstatning på 500 kr. Det fremgår imidlertid ikke af sagen, om denne erstatning er helt eller delvis beregnet som en godtgørelse for den stedfundne ideelle krænkelse af komponisten, eller om den alene må tages som udtryk for et foreliggende (indirekte) økonomisk tab derved, at komponisten har mistet den reklame, der ligger i navnangivelsen.

Der var iøvrigt ikke i sagen procederet på frifindelse for erstatningskravet ud fra en efter min mening ret nærliggende analogi fra forfatterlovens § 20.

En ganske klækkelig erstatning blev også idømt i sagen i U.f.R. 1949 s. 1047, der drejede sig om et tilfælde, hvor en reproduktionsvirksomhed havde fremstillet og solgt et stort antal statuetter uden at sikre sig, at samtykket fra den til kunstnerretten berettigede var i orden. Fortjenesten uden fradrag af generalomkostninger men med fradrag af øvrige udgifter i det erstatningsberettigende tidsrum var ca. 25.000 kr., medens virksomheden anslog den egentlige nettofortjeneste til ca. 9.000 kr. Erstatningen fastsattes af Østre Landsret til 15.000 kr. Men heller ikke i denne sag findes der nogen antydning af, at man bevidst har givet et erstatningsbeløb for den personlige krænkelse (det var billedhuggerens enke, der indtalte erstatningen).

I sagen U.f.R. 1934 s. 161, der drejede sig om ulovlig gengivelse af voksmannequin'er, tog retten sagsøgernes erstatningspåstand, 2000 kr., til følge, »idet det må antages, at sagsøgerne har lidt et betydeligt økonomisk tab ved sagsøgtes ulovlige eftergørelse af deres arbejde«. —

Erstatningsproblemet inden for ophavsretten har imidlertid også andre sider end spørgsmålet om godtgørelse for den immaterielle skade. Til belysning af problemet i dets helhed vil det være nyttigt at undersøge udviklingen på lovgivningens område i Danmark.

Den første egentlige forfatterretslov, loven af 29. december 1857 bestemte i §§ 20 og 21, at gerningsmanden skulle erstatte den forurettede al forårsaget skade eller give fuldstændig erstatning for den skade, han med rimelighed skønnes at have lidt, i

tilfælde henholdsvis af ulovlig tryk og af ulovlig opførelse. De samme udtryk bruger lov af 31. marts 1864 om eftergørelse af kunstarbejder i sin § 7. Ansvar et ifaldes kun i tilfælde af culpa, *Torp: Læren om den ideelle produktions beskyttelse*, 1898 s. 85. *Torp* drøfter s. 86 spørgsmålet om, hvorvidt almindelige retsgrundsætninger vil kunne bringes til anvendelse som et supplement til loven og med det resultat, at den gerningsmand, der er i god tro, skal afgive den ved handlingen indvundne fordel til den forurettede, men han stiller sig tvivlende heroverfor.

Eftertryksloven af 1857 opstiller imidlertid — i modsætning til kunstnerretsloven — en særlig beregningsmåde for erstatningen, idet den om ulovligt tryk i § 20 udtaler, at erstatningen »navnligens skal beregnes til bogladeprisen for et så stort antal eksemplarer af den sidste retmæssige udgave, som der kan oplyses eller med rimelighed skønnes, at der er afhændet af den ulovlige udgave.«

Denne særlige beregningsmåde har det interesse at omtale noget nærmere under hensyn til, at den, bortset fra en enkelt realitetsændring, i virkeligheden er identisk med den i den nugældende lov i § 17, 3. stk. optagne regel. Ganske vist er ordlyden på forskellige punkter ændret, men det fremgår af forarbejderne til disse ændringer,<sup>10</sup> at det blot har været meningen at give bestemmelsen en tydeligere affattelse. Meningen med bestemmelsen er således den, at den særlige beregningsmåde så vidt muligt skal anvendes, med mindre den er direkte uanvendelig, og selv i så tilfælde skal der så vidt muligt anvendes tilsvarende regler.

En realitetsændring, der gennemførtes ved forfatterloven af 19. dec. 1902 § 17, var det dog, at det bestemtes, at erstatningen ikke længere skulle beregnes *til* bogladeprisen, men at den fremtidig skulle beregnes *efter* bogladeprisen. Meningen hermed er, at den forurettede som erstatning kun skal have nettoprisen, ikke bruttoprisen,<sup>11</sup> og som motivering for ændringen er givet, at den forurettede ellers ville få mere end fuldstændig erstatning.<sup>12</sup> Det må også erkendes, at reglen gennem den stedfundne ændring har mistet en væsentlig del af sin urimelighed, men den synes dog stadig væk at være alt for stiv. Rent bortset fra, at skiftende prisniveau kan gøre indtægten ved sidste retmæssige udgave til en i forhold til den nu forvoldte skade ganske inkommensurabel stør-

relse, er der også mange andre momenter, der må tages i betragtning, når beregningen af den skade, som er overgået den forurettede, skal udregnes. Bestemmelsen kan, hvis den anvendes strikte, i nogle tilfælde blive til den forurettedes fordel, i andre tilfælde kan den blive i hans disfavør. Den er dog af domstolene blevet praktiseret på en meget elastisk måde, se f. eks. U. f. R. 1937 s. 1124 og 1948 s. 936.

En anden ændring i den særlige beregningsmetode i § 17, 3. stk. er gennemført ved loven af 26. april 1933. Den består deri, at der til ordet »bogladeprisen« i parentes er føjet »butiksprisen«, hvorved det er fastslået, at reglen kan — og skal — anvendes også i tilfælde af salg af andre fikseringer af åndsværker end bøger, f. eks. grammofonplader. Tilføjelsen er vel egentlig overflødig under hensyn til eksistensen af de sidste ord i § 17, 3. stk. Allerede ved § 32 i loven af 1902 var § 17, 3. stk. også gjort anvendelig på kunstværker.

Også for tilfælde af opførelse, udførelse o.l. af værker haves en særlig beregningsmåde for erstatningen, nemlig i § 18, 2. stk. Her siges det, at erstatningen i intet tilfælde må fastsættes til mindre end den indvundne nettoindtægt eller (hvis det f. eks. drejer sig om et enkelt nummer i en hel koncert) til en forholdsmæssig del af nettoindtægten. Reglen er altså helt forskellig fra den i § 17, 3. stk. Den lader beregningen afhænge af forholdene vedrørende den ulovlige benyttelse, ikke vedrørende den sidste lovlige benyttelse, og den fastslår ubetinget, at den forurettede skal have hele nettoindtægten, selv om hans tab nok så klart er mindre, f. eks. fordi han ikke selv ville være i stand til at give sit værk en så fremragende udførelse som den, der har betinget krænkerens økonomiske succes. Reglen er måske nok ret praktisk men ganske ulogisk. Den blev indført i lovgivningen ved loven af 19. december 1902 og gælder stadig. Forud herfor havde man for tilfælde af opførelse, udførelse o.l. blot reglen i § 21 i Eftertryksloven af 29. dec. 1857, der alene sagde, at der ved erstatningens bestemmelse navnlig skulle tages hensyn til fordelene af den eller de ulovlige forestillinger, altså en regel af et væsentlig mindre absolut tilsnit end den nugældende. § 18, 2. stk. giver på den anden side kun et *minimum* for erstatningsberegningen. Selv om gernings-

manden overhovedet ikke har haft direkte økonomisk udbytte af værkets fremførelse, må han dog erstatte den forurettede hans tab, hvis et sådant skønnes at være lidt, jfr. U. f. R. 1935 s. 116.

Loven af 1902 gennemførte erstatningspligt med hensyntagen til de særlige beregningsmåder i tilfælde af culpa hos krænkeren. Var den ulovlige handling derimod foretaget i begrundet god tro, gjaldt en anden regel, nemlig at krænkeren til den forurettede skulle udrede, hvad han ved sin ulovlige handling skønnedes at have indvundet, § 19. Dette ændredes ved loven af 1. april 1912 derhen, at erstatningen skal fastsættes til gevinsten, medmindre der er handlet med forsæt eller grov uagtsomhed. Kun i sidste tilfælde anvendes erstatningsberegningssmåderne i §§ 17 og 18. Ganske vist var det med ændringen af § 19 i 1912 kun meningen at begrænse strafansvaret, men således som lovbestemmelsen kom til at se ud, sammenholdt med paragrafferne 18 og 19, læses den efter min mening naturligt således, at der ingen erstatning kunne kræves i tilfælde af hændelig udøvelse af andres ophavsrettigheder, medens erstatningen i tilfælde af simpel uagtsomhed skal udgøre den indvundne gevinst. Højesteret tillagde dog stadig den forurettede erstatning selv i tilfælde af god tro, jfr. U. f. R. 1915 s. 251.<sup>13</sup>

Denne usikre og noget ulogiske retstilstand gjorde loven af 1933 en ende på, idet den bestemte 1) at erstatning kun kunne kræves i tilfælde af culpa,<sup>14</sup> og 2) at erstatningen i alle tilfælde skulle beregnes efter de samme regler, nemlig de i §§ 17 og 18 givne.

Efter at det således er vist, at dansk ret næsten har gennemløbet alle stadier, er det næppe nødvendigt at redegøre i detaljer også for udenlandsk ret. Det kan siges, at tendensen går i retning af at komme bort fra specialberegningsregler af den type, vi her kender fra lovens §§ 17 og 18, at give hjemmel for et krav om berigelsen i tilfælde af ikke-culpøs krænkelser og at give godtgørelse for den krænkelser af personlig art, den forurettede har været genstand for, i tilfælde af mere graverende krænkelser.

Den efterfølgende undersøgelse skal herefter dreje sig om, hvorvidt der er tilstrækkelig grund til også her hjemme at gennemføre nye regler efter de anførte principper.

En fornuftig erstatningsregel skal gerne fyldestgøre to formål. Det ene er det *oprettende* hensyn. Den dispositionsret over et forfatterværk eller et kunstværk, som ophavsretten er udtryk for, kan der ikke øses af i det uendelige. Til en vis grad betyder en uhjemlet udgivelse eller opførelse af et værk, at ophavsmanden (eller hans successor) berøves en tilsvarende adgang til at disponere over værket, og den berettigede kan ved den uhjemlede handling på mange forskellige måder udsættes for et tab, som det kan være mere rimeligt at lade gerningsmanden end ham selv bære. Endvidere er erstatningsreglen baseret på *præventive* hensyn. Effektive erstatningsregler kan bidrage til at afholde tredie-mand fra at disponere over andres åndsværker. Særlig hvor det drejer sig om allerede offentliggjorte værker er den berettigede afskåret fra fysiske foranstaltninger til at sikre sin ret. Værket henligger åbent og tilgængeligt for enhver, og virksomme retssikringsmidler kan derfor være særlig på sin plads.

Når man udformer erstatningsreglen med henblik på opfyldelse af den *oprettende funktion*, må udgangspunktet være, at krænkeren må erstatte den forurettede al den ved handlingen forvoldte skade, dette ord taget i den videste betydning. Skaden er sket, og dette lader sig nu engang ikke oprette in natura. Værket er udgivet på et tidspunkt eller under former, som ophavsmanden måske ikke selv har ønsket, og den ophavsretlige eneret giver ham jo netop, som vi tidligere har set, adgang til selv at være herre over disse faktorer. Men man kan erstatte de tab i videste forstand, som han har lidt, ikke således at man i kroner og ører regner ud, hvormeget han selv kunne have fået ud af en tilsvarende råden over værket, men således at man tager al direkte og indirekte skade, som han har lidt, i betragtning. Det vil derfor næsten altid være nødvendigt at *skønne* herover fra rettens side, således at resultatet bliver et rundt beløb. »Man må her som ved andre eneretskrænkelser i vidt omfang lade sig nøje med *antageligheden* af, at skade — af en vis størrelse — er lidt«. <sup>15</sup> Dette gør domstolene da også så godt som undtagelsesfrit, <sup>16</sup> men noget andet er, at de som oftest er særdeles karrige med den sum, de mener at kunne tilkende den forurettede som erstatning for, at andre er trængt ind på hans retsområde.

Udover dækning af det økonomiske tab kan oprettelsessynspunktet særdeles vel føre til, at der tillægges den forurettede en godtgørelse for den personlige krænkelse, han har været genstand for, jfr. hvad der foran er anført herom.

Så længe vi bevæger os på oprettelseshensynets grundvold er der derimod ikke grund til særlig hensyntagen til skadevolderens forhold. Om han har handlet culpøst eller i god tro må, såfremt erstatningsreglen alene skal baseres på det nævnte hensyn, være ligegyldigt. Og ligegyldigt er det endvidere, hvor meget han for sit vedkommende har fået ud af den ulovlige offentliggørelse. Har han på grund af særligt talent eller dygtighed haft en særlig stor nettogevinst, skal han ikke ud fra oprettelseshensynet afgive hele denne til den forurettede, og har han omvendt på grund af udygtighed haft en urimelig lille gevinst eller endog tab, bør denne omstændighed alene gå ud over ham selv, og den bør ikke formindske den forurettedes ret til at få dækket al den ved den ulovlige handling forårsagede skade.

Går vi dernæst over til at behandle problemet ud fra *præventionshensynet*, er det omvendt gerningsmandens forhold, det kommer an på. Skal erstatningspligten have betydning i så henseende, må erstatningerne i de enkelte tilfælde udmåles med så store beløb, at pligten virkelig formår at afholde eventuelle retsbrydere fra at tilegne sig andres åndsværker eller tilskynder dem til at udvise den fornødne forsigtighed i tilfælde, der kan frembyde nogen tvivl. Ud fra præventionshensyn kan det derfor også kun forsvares at fastsætte erstatningspligt i tilfælde af forsætlige eller uagtsomme retsbrud, og erstatningens størrelse kan meget vel burde afhænge af forseelsens grovhed. Det er måske, hvad det sidste angår, ikke mindst specialpræventive hensyn, der kan spille ind. Afgørende kan det også være, om andre præventive midler står til rådighed. På ophavsretsområdet er truslen om erstatningsudredelse jo bl. a. suppleret med en straffetruusel, hvortil kommer det for ophavsretten særlig anordnede institut: inddragning og tilintetgørelse af de genstande, som er frembragt ved handlingen, og af de redskaber, hvormed handlingen er udført, jfr. lovens § 16. Dette sidste institut kan endog anvendes i tilfælde af ikke-culpøse krænkelse. Det er min mening, at man snarere bør værne



ophavsmændene mod tilegnelse af deres værker gennem sådanne regler end gennem fastsættelsen af erstatninger på et særlig højt niveau. Imidlertid fører præventionsbetragtningen til, at gerningsmanden, der har handlet culpøst, altid bør *afgive* den indvundne fortjeneste, idet det vil være urimeligt, om han, når han bevidst har krænket eksisterende ophavsrettigheder eller dog letsindigt har tilsidesat en rimelig agtpågivenhed, skulle kunne beholde, hvad han har opnået ved sit retsbrud. Dette bør dog ikke føre til, at han som erstatning skal afgive fortjenesten *til ophavsmanden* i videre omfang, end hvad der svarer til det tab, denne har lidt.<sup>17</sup> Som det ovenfor er anført, falder gerningsmandens fortjeneste og den ophavsmanden overgåede skade ingenlunde altid sammen. Det er ikke som ved udøvelse af materielle formuerettigheder, hvor forholdet regelmæssigt vil være det, at gevinst og tab vil være lige store. Her drejer det sig om benyttelse af åndsværker, og udøverens kunstneriske talent eller forretningsmæssige dygtighed vil spille en afgørende rolle. Fastsætter man imidlertid erstatningen til et større beløb end den skade, der er overgået den forurettede, kommer man ud i en erstatning, der virker som en bod.<sup>18</sup> Og jeg må indrømme, at jeg for mit vedkommende har meget ondt ved at kunne tilslutte mig de synspunkter, der ligger bag ved dette institut. Den krænkede person har et berettiget krav på fuld godtgørelse for den ham overgåede økonomiske og personlige krænkelse, men han bør ikke herud over kunne tjene på en andens retsbrud. Fører præventive hensyn til, at retsbryderen bør afgive mere, og giver straffereglerne og tilintetgørelsesreglerne ikke den effektive løsning i så henseende, bør den ulovlige fortjeneste, i det omfang den krænkede ikke har krav på den som erstatning, afgives til *det offentlige* i form af opfyldelsen af et *konfiskationskrav*.

Nu er forholdet jo imidlertid det, at erstatningsreglen på een gang skal virke oprettende og præventivt. Man må derfor søge at opstille erstatningsreglen under passende hensyntagen til de krydsende hensyn, der ligger bag ved de to forskellige formål, erstatningsreglen skal varetage. Herefter bør den rigtige erstatningsregel inden for ophavsretten efter min opfattelse have følgende indhold:

Har gerningsmanden handlet i god tro, bør han af den ved handlingen indvundne fortjeneste til den forurettede afgive, hvad der svarer til det økonomiske tab, denne har lidt.<sup>19</sup> Dette vil i alt væsentligt svare til de resultater man ville komme til ved anvendelse af den almindelige berigelsesgrundsætning.<sup>20</sup>

Har gerningsmanden handlet culpøst, bør han til den forurettede svare al den skade, som denne har lidt, såvel økonomisk som personligt, og dette uden hensyn til, om han selv har haft fortjeneste ved retsbrudet. Ved udmålingen af erstatningen for den personlige krænkelse bør hensyn tages til forseelsens grovhed, og måske bør en sådan godtgørelse overhovedet kun kunne tilkendes, når gerningsmanden har handlet med forsæt eller grov uagtsomhed. Det offentlige bør ved konfiskation kunne inddrage den del af fortjenesten, som retsbryderen ikke skal afgive til den forurettede, jfr. straffelovens § 77 stk. 1 nr. 3.

Det norske udkast til lov om ophavsret til litterære og kunstneriske værker, som er offentliggjort i august 1950, bygger til dels på de her nævnte synspunkter. Specialberegningsregler er ikke optagne i forslaget, der er adgang til at ikende en godtgørelse (»oprejsning«) for skade af ikke-økonomisk art, når handlingen er begået forsætlig eller groft uagtsomt og der kan tillægges den, hvis ret er krænkert, en erstatning efter berigelsessynspunktet, selv om gerningen er begået i god tro. Derimod strider det mod de foran angivne synspunkter (der vil blive lagt til grund for det tilsvarende danske lovudkast, som publiceres i foråret 1951), at den forurettede altid kan kræve gerningsmandens nettofortjeneste udbetalt til sig. Det siges i motiverne til det norske lovudkast § 53, at ingen nettofortjeneste bør blive tilbage hos den, som har indvundet fortjeneste gennem indgrebet i den andens ret. Jeg kan ikke helt tiltræde denne betragtning for så vidt angår de tilfælde, hvor handlingen er foretaget i fuldstændig god tro. Drejer det sig om en culpøs handling, er jeg enig i betragtningen, men denne behøver ikke at føre til, at den forurettede i alle tilfælde skal have hele nettofortjenesten udbetalt til sig, selv om hans tab er mindre. Der er også en anden udvej, nemlig konfiskation af det overskydende. Jeg er dog ganske klar over, at forskellen mellem det norske synspunkt og mit synspunkt mere er af teoretisk end af prak-

tisk art, i hvert fald for så vidt angår de alvorlige culpøse tilfælde, idet den erstatning og godtgørelse, som den forurettede vil have krav på, i de allerfleste tilfælde vil overstige den ved retsbrudet indvundne nettofortjeneste.

Sluttelig skal jeg, da grænsen mellem god og ond tro har sin betydning ikke blot efter den gældende retstilstand men også efter en kommende nyordning, baseret på de foran angivne principer, gøre nogle bemærkninger angående dette spørgsmål.

En benyttelse af et værk, hvortil en anden har eneretten, kan ikke siges at ske i god tro, hvis benytteren gør sig skyldig i fejl fortolkning af den kontrakt, hvorpå han har ment at kunne støtte sin ret, eller en fejlagtig fortolkning af de gældende retsregler (se f. eks. U. f. R. 1949 s. 1047). Giver man sig uden videre i kast med en offentliggørelse af et åndsværk uden tilstrækkelig kendskab til lovens beskyttelsesregler, vil det i almindelighed blive takseret som uagtsomhed (U. f. R. 1937 s. 1124), efter omstændighederne som grov uagtsomhed (U. f. R. 1935 s. 180, sagsøgte hævdede, at han ikke vidste, at det var forbudt at skrive af efter »Traps Danmark«, når dette værk ikke var forsynet med forbud mod eftertryk!).

Derimod bør der efter min mening statueres god tro, når geringsmanden efter omhyggelige undersøgelser har konstateret sådanne faktiske forhold, at han med føje måtte være berettiget til at gå ud fra, at han havde ret til offentliggørelsen, men dette senere viser sig ikke at være tilfældet, f. eks. hvis han efter sådanne undersøgelser har sluttet aftale med en person, om hvem han efter de foreliggende oplysninger måtte regne med, at han havde ret til at disponere over værket. Hvis man ikke anerkender dette, vil man alt for meget besværliggøre publikationen af åndsværker, navnlig efter ophavsmandens død, hvor det — i mangel af et register over ophavsrettigheder — ofte kan være vanskeligt at konstatere, hvem der er arving til retten eller om ikke ophavsmanden i levende live har kontraheret med andre om retten.

På den anden side må et forkert skøn med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt en gengivelse af et værk, der ikke slavisk følger originalen, betyder en krænkelse af det benyttede værk eller kan karakteriseres som en »fri gengivelse«, bedømmes som uagtsomt forhold, jfr. U. f. R. 1944 s. 1187.

## NOTER

1. Af nordisk litteratur, der mere udførligt beskæftiger sig med spørgsmålene vedrørende erstatning inden for ophavsretten kan nævnes følgende:  
*C. Torp*: Læren om den ideelle produktions beskyttelse, 2. udg. 1898, s. 85-91, *L. A. Grundtvig*: Forfatterretten, 2. udg. 1918, s. 170-75, *Torben Lund*: Loven om forfatterret og kunstnerret, 1933, s. 149-56 og 189-90, *J. Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten, 1941, s. 301-03, 305-08 og 345-46, *Torben Lund*: Billedkunsten i retlig belysning 1944, s. 276-78, *R. Knoph*: Andsretten, Oslo 1936, s. 163-64, *Ulf von Konow*: Författares och tonsättares rätt, Stockholm 1941, s. 141-45.
2. Se herom nærmere min artikel i Festskrift til Gösta Eberstein, 1950, s. 158 ff.
3. Jfr. *H. Ussing*: Erstatningsret, 1947, s. 134.
4. Således som *Hartvig Jacobsen* s. 302 synes at regne med.
5. Hvilket jeg fejlagtigt har gjort i »Billedkunsten i retlig belysning«, s. 278.
6. Cfr. *H. Ussing*, der i Erstatningsret s. 37 synes at opfatte retten til kildeangivelse som en rent personlig ret.
7. Sml. Æ. L. I. § 2 og og Ikrafttrædelseslovens § 15. I sagen i U. f. R. 1944 s. 1147 (H. D.), der drejede sig om en rigelig benyttelse af en bog til en avisartikel, hævdede sagsøgte, avisen, at der intet tab var lidt, da bladet ikke ville have haft sagsøgeren, bogens forfatter, til at skrive nogen artikel.  
Landsretten afviste med føje denne betragtning og tilkendte sagsøgeren en erstatning på 150 kr., hvilken erstatning Højesteret endog forhøjede til 250 kr.
8. Jfr. *H. Ussing*: Erstatningsretten s. 205.
9. Jfr. *J. Hartvig Jacobsen*: Ophavsretten s. 306-08, *R. Knoph*: Andsretten s. 163-64. Principet er gennemført i svensk ret, se bl. a. *Seve Ljungman*: »Om förfång, särskilt inom immaterialrätten« i Festskrift til Gösta Eberstein, 1950, s. 152, men ikke i norsk ret, *Knoph*, a. s.
10. Regeringsforslag af 1891 s. 23-24.
11. Jfr. *Grundtvig*: Forfatterretten, 2. udg. 1918 s. 171.
12. Jfr. *Glahn*: Lov om Forfatterret og Kunstnerret m. m., 1912, s. 27.
13. Se også *H. Ussing*: Erstatningsret s. 235.
14. Jfr. *H. Ussing*: Erstatningsret s. 42.
15. *L. A. Grundtvig*: Forfatterretten s. 171.
16. Se som eksempler herpå sagerne i U. f. R. 1934 s. 958, 1936 s. 836, 1938 s. 338, 1941 s. 216 og 454, 1943 s. 1029 og 1944 s. 407 og 1185.
17. En sådan regel går *H. Ussing* i Erstatningsret s. 175 ind for.
18. Jeg anvender herved udtrykket »bod« således som det er anvendt i det ikke gennemførte lovforslag fra 1938, se herom *H. Ussing* i U. f. R. 1939 s. 93 ff. Af

lovforslaget (2. stk. sml. med 3. stk.) fremgår det jo klart, at bod er en ydelse *udover* erstatning for det økonomiske tab og godtgørelse for skade af ikke-økonomisk art. I det af *J. Hartvig Jacobsen* i »Ophavsretten« offentliggjorte lovudkast er udtrykket »bod« (se § 30 s. 346) brugt som udtryk for den immaterielle ska-

de, men dette er ikke i overensstemmelse med den almindelige terminologi på dette område.

19. En regel af tilsvarende art har man siden 1931 haft i Sverige, se § 27 a i loven af 1919 med ændringer af 1931 og *Ulf von Konow*: Författares och tonsättares rätt, 1941 s. 141-45.
20. *H. Ussing*: Erstatningsret s. 235.

# Några anmärkningar om skadeståndsrättens systematisering och om kausalitetsfrågan i juridiken'

Av juris professor Vilh. Lundstedt

## I.

Den vanliga skadestandsregeln (culpa- eller skuldregeln) har plä-  
gat motiveras med, att svaranden orsakat skadan genom rättstridig  
handling under sådana subjektiva omständigheter, att han därmed  
ådragit sig skuld och följaktligen rättvisligen gjort sig förtjänt av  
rättstvånget att betala skadestånd. Redan för mer än 30 år sedan  
sökte jag på mina före'äsningar visa upp ovetenskapligheten i ett  
sådant resonemang. Det s. k. culpa-ansvaret är icke mindre ett  
strikt, d. v. s. culpa-fritt eller skuld-fritt, ansvar än vilket ansvar  
som helst, som man karakteriserat såsom ansvar utan culpa, utan  
skuld. Emellertid kunna de civila ansvarsreglerna naturligtvis icke  
i en läroframställning behandlas i klump utan måste skiljas åt.  
Vad som hittills kommit under culpa-ansvar, torde alltjämt böra  
inordnas under en allmän regel, skild från åtskilliga andra an-  
svarsregler. Men denna allmänna regel måste vara avsevärt mera  
omfattande än den hittillsvarande culpa-regeln. Eftersom ratio le-  
gis, om jag så får säga, för denna större regel är densamma som  
den, varmed den gamla culpa-regeln *verklighetstroget* kan moti-  
veras, finnes det kanske en viss anledning att för hela denna ut-  
vidgade allmänna ansvarsregel åtminstone tillsvidare behålla be-  
nämningen culpa-regel och, korresponderande härmed, tala om  
culpa-ansvar. Man finge då endast komma ihåg, att »culpa« blott  
och bart toges såsom ett ord, en ren etikett, och att vid ordets an-  
vändning varje idé om skuldvärdering måste avlägsnas. Culpa-  
regeln komme då att omfatta alla skadebringande handlingssätt,

som enligt viss tongivande social värdering befinnas icke önskvärda och fördenskuU motverkas genom ansvarsregeln ifråga.

När man ser culpa-regeln på detta sätt, kommer emellertid med nödvändighet dess område att, såsom redan nämnts, ganska betydligt vidgas. Den omfattar naturligtvis först och främst hela den gamla culpa-regelns område, alltså handlingssätt som innefatta bristande åt s. k. normal, d. v. s. vanligen iakttagen, aktsamhet; man kunde säga handlingssätt som ligga på en ur aktsamhetssynpunkt lägre nivå än den allmänna handlingsstandarden. Men vidare måste culpa-regeln i den utvidgade versionen också tillämpas å sådana skadegörelser, vid vilka svaranden väl tillfullo handlat inom den vanliga aktsamhetens ram men likväl icke nått upp till den handlingsstandard, som det i just sådana situationer som den föreliggande vore önskligt enligt tongivande sociala värderingar att uppnå. Culpa-regeln på detta sätt utvidgad fullgör naturligtvis exakt samma sociala funktion som regeln i sin traditionella, mera begränsade omfattning. Det är ju det icke-önskvärda ur social synpunkt hos en svarandes eget handlingssätt, som motiverar den ifrågavarande ansvarsregelns användning.

Stötes man av att använda prefixet »culpa« på grund av att det leder tankarne till det traditionella, odugliga culpa-begreppet, så kan man i stället för »culpa-regeln« säga »den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen».<sup>2</sup> Man skulle även med visst fog kunna kalla den för »den allmänna regeln om farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen». Ty självfallet är det över hela linjen här handlingssättets större eller mindre skadefarlighet,<sup>3</sup> som ligger i bakgrunden för dess sociala värdering såsom icke-önskvärt. I stället för »culpa-ansvar« skulle man alltså kunna lansera termerna »egetansvar« eller, på visst sätt ännu tydligare, »eget farlighetsansvar». Att handlingar, som karakteriseras såsom oaktsamma (slarviga, försumliga, oförsiktiga) och sålunda fallit under den traditionella culpa-regeln, ha inneburit fara för den skada, som faktiskt inträffat, är tydligt nog. Men även hithörande handlingar utanför den traditionella culpa-regeln, handlingar, som nått upp till den allmänna handlingsstandarden, utmärka sig genom en viss farlighetstendens, vare sig denna gör att man anser sig kunna bruka det tänjbara epitetet

»särskilt farliga« på dem eller icke. Och det är uppenbarligen denna farlighetstendens hos sist berörda handlingar, som för-  
anleder den sociala värderingen, att den rådande handlingsstan-  
darden bör höjas och följaktligen ansvar utdömas, fastän hand-  
lingssätten fallit inom nämnda standard. En sak för sig är, att  
domstolarne, när de icke finna handlingarnas farlighetsgrad på  
särskilt sätt utpräglad, kunna motivera ansvaret genom fiktion av  
traditionell culpa, därmed givande skenet av att handlingen icke  
nått upp till den rådande handlingsstandarden. Domen blir na-  
turligtvis även i sådana fall ett uttryck — och mera expressivt —  
för en regel, vars tillämpning i sin mån bidrar till den vanliga,  
den rådande handlingsstandarden höjande.

Parentetiskt må emellertid sägas, att termen » eget farlighets-  
ansvar« såsom täckande culpa-ansvaret i nu nämnda utvidgade  
version kanske icke är så lämplig, redan med hänsyn till att man  
hittills egentligen icke bedömt det traditionella culpa-ansvaret un-  
der denna synvinkel, låt vara att ett dylikt sätt att se saken då  
och då framträtt i domskälen. Såvitt som den prevenerande funk-  
tionen hos den gamla culpa-regeln beaktats, måste farlighetstan-  
ken visserligen vara (åtminstone så att säga *tacite*) implicerad.  
Men tanken ifråga har alltför mycket dolts, genom att man släpat  
med den rättsideologiska föreställningen om skadeståndstvånget  
såsom en i skuld-rättvisans namn förtjänt reaktion på en rätt-  
stridig handling. Allt uttryckligt farlighetsansvar har ju hittills  
också i vår praxis behandlats såsom en från culpa-ansvar skild  
kategori.

Om man för det ansvar på — om jag så får säga — den tradi-  
tionella culpa-regelns utvidgade bas, som jag nu berört, anser det  
vara alltför oegentligt att behålla termen culpa-regeln och tala om  
culpa-ansvar, tror jag alltså att man lämpligen kan tala om »den  
allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna hand-  
lingen«, i dagligt tal förkortad till »den allmänna (eller vanliga)  
ansvarsregeln« eller »den allmänna (eller vanliga) skadestånds-  
regeln« och beteckna ansvaret som »det allmänna (eller vanliga)  
ansvaret«. Detta är den terminologi, som jag här kommer att an-  
vända.

När nu både det traditionella culpa-ansvaret och det övriga



ansvaret enligt (allmänna)<sup>4</sup> regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen kan föras in under en gemensam regel, beror detta naturligtvis därpå, att — såsom redan nämnts — *regeln med sin motivering* täcker hela detta ansvarsområde: den går ju ut på skadeståndstvang såsom reaktion på socialt icke-önskvärd handling och utövar därför icke blott *ersättande* (eller *reparerande*) utan jämväl, och framför allt, *prevenerande* funktion.

Av vad jag sagt framgår, att den allmänna ansvarsregeln eller skadeståndsregeln utöver det traditionella culpa-ansvaret måste innefatta ansvar för skada genom *mer eller mindre utpräglat* farliga handlingar. Vad som karakteriserar hithörande situationer och motiverar ansvar, fastän svarandens handling faller inom vanlig aktsamhet, inom den vanliga handlingsstandarden, kan tydligen icke vara något annat, än att handlingen, ehuru utförd på vanligt sätt, d. v. s. med iakttagande av vanlig aktsamhet, enligt den avgörande sociala värderingen likväl anses innefatta större farlighet för skada å annan än handlingar i allmänhet som falla inom den vanliga handlingsstandarden. Det är sålunda icke blott fråga om skada genom »farlig verksamhet» i mera begränsad mening, såsom i sådana fall, då våra domstolar uttryckligen låta handlingens farlighet ingå i domskälen för ansvarsdomen. Utan det rör sig också om handlingar, vilka enligt nutida praxis kanske alls icke medföra ansvar eller ock föranleda ansvar på grund av domskäl, som antingen innefatta culpa-fiktion eller ock i allt fall icke direkt angiva vare sig culpa eller farlighet såsom grund för ansvaret. Emellertid måste jag säga, att jag aldrig påträffat några klara fall av sistnämnda kategori. NJA 1934 s. 227 kunde väl ifrågasättas höra hit. Där nämnes dock faran, ehuru näppeligen så, att handlingssättets farlighet egentligen ingår i domskälen. Man kan också tänka på justitierådet Alexandersons votum i NJA 1936 s. 38, jft med andan i vissa andra hans uttalanden. Se om båda fallen Bd II:1, s. 17-23. — NJA 1939 s. 360 kan vara att hänföra till kategorien ifråga. Detta påstående borde dock åtföljas av en kommentar, som jag av utrymmesbrist tyvärr måste avstå ifrån.

Må vi nu erinra oss, att den ifrågavarande ansvarsregeln — som efter hela linjen har avseende å såsom socialt icke-önskvärda betraktade handlingar — *genomgående* måste fullgöra icke blott

ersättande utan, och framför allt, även prevenerande funktion. Detta föranleder oss att beakta, att vissa *mera utpräglad farliga handlingar* — begångna av svaranden själv — som visserligen varit skadebringande men likväl anses tillhöra kategorien socialt önskvärd, i allt fall *icke* socialt oönskvärd, kunna medföra ansvar. Klart är att ett dylikt farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen icke kunde ha prevenerande funktion och följaktligen fölle helt utanför den allmänna skadestandsregelns område.

Inom detta *utanför* den allmänna ansvars- eller skadestandsregeln ligande ansvar faller exempelvis skada genom nödhandling och immissioner, låt vara att ansvaret här på goda grunder icke systematiserats som farlighetsansvar. Vi ha vidare att såsom möjlig beakta en särskild figur: »eget farlighetsansvar» *utanför* den allmänna ansvarsregeln. Skadegörelse å annans person eller egendom har skett genom handlingar av exempelvis följande slag: svaranden, som kanske är fackman, har själv utfört nödiga sprängningsarbeten å sin fastighet, verkställt maskinarbeten av ett eller annat slag, företagit svedjande eller annat arbete med hjälp av eld, gjort utexperimenteringar för vinnande av patent, för intensifiering av motor- eller annan maskindrift i ett företag o. s. v. Vi tänka oss i dessa fall, att skadegörelsen skett genom svarandens eller (vid juridisk person som svarande) hans organs *eget* handlingssätt och att detta varken varit kulp- post i traditionell mening eller överhuvud taget legat lägre än nivån för den socialt önskvärda handlingsstandarden. Om och i vilken utsträckning våra domstolar i dylika fall verkligen skulle döma svaranden ansvarig, därom vågar jag icke uttala mig. Något belägg i praxis för sådant ansvar har jag icke funnit. Något *hinder* för svenska domstolar att här vid mera utpräglad farlighet döma till ansvar utan culpa-fiktion torde dock säkerligen icke finnas. Om och när sådana ansvarsdomar skulle förekomma, falla de naturligtvis utanför tillämpningen av den allmänna ansvarsregeln. Vi ha ju antagit, att handlingssätt av nu berörda art *icke* betraktas såsom socialt icke-önskvärda. Följaktligen saknas anledning att prevenera mot dem, låt vara att även den ansvarsregel, som nu tillämpas, faktiskt kommer att ha en viss prevenerande betydelse, i det att medvetandet om ansvarsrisken ofta i lägre eller högre grad bidrager till att egga människorna till försiktighet i sina handlingar. Detta är då en psykologisk nödvändighet. — Man kunde utöver nu antydda kategorier möjligen också tänka på skilda slags handlingar från det allmännas sida, förutsatt att de konstruerades såsom *utförda av staten själv* genom något dess organ. Men det förefaller av vår praxis att döma, såsom om man icke funne det nödigt anlita en sådan konstruktion. Jfr nästa not. — Om det mindre distinkta i talet om ansvar för den *egna* handlingen eller *eget*-ansvar (till skillnad från ansvar i egenskap av företagare, som svarar för skada uppkommen

under driften och sålunda för skada genom t. ex. andras handlingar) se strax här nedan.

Utanför den allmänna skadeståndsregelns område faller emellertid också det farlighetsansvar, som utdömes, utan att *svaranden själv* har företagit den mera omedelbart skadebringande handlingen. Även nu måste svaranden dock ha haft någon slags förbindelse med den verksamhet, i vilken skadegörelsen har inträffat. Han betraktas vanligen såsom utövare av densamma, såsom *företagare*.<sup>5</sup> Det kan måhända vara vilseledande att utan vidare säga, att skadegörelsen här icke orsakats av svarandens egen handling. Med hänsyn till det nummer man i juridiken stundom försökt göra av kausalitetsbegreppet, skulle det *prime facie* kunna förefalla, som om man nödgades frångå det vanliga kausalitetsbegreppet för att kunna skilja mellan farlighetsansvar för den egna handlingen och för annan händelse. Också i senare fallet måste ju svaranden merendels anses ha satt en nödvändig betingelse för skadegörelsen, nämligen genom sin företagaverksamhet, och sålunda givit en — låt vara mera avlägset liggande — orsak i vanlig mening till skadan.<sup>6</sup> Följaktligen synes det, som om även en företagares ifrågavarande ansvar vore ett farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen. Ja, det icke blott synes så utan är så. Vad som emellertid ur en synpunkt, som intresserar *juridiken*, skiljer situationerna åt, det är, att svarandens handling i nu berörda fall är av den art, att den *icke* betraktas såsom *socialt icke-önskvärd* (utan i allmänhet tvärtom). Den tillämpliga ansvarsregeln kan följlaktligen såtillvida icke ha någon prevenerande funktion. *Däri ligger den distinktion*, som rättssystematiskt här har betydelse för oss. Uttrycket »farlighetsansvar för den egna handlingen«, såsom jag använder detta uttryck vid den allmänna skadeståndsregeln, är därför ofullständigt. Det saknar en viss nödig restriktion: ty vad som avses är ett ansvar för skada genom den egna handlingen *av sådan art*, att ansvarsregeln har sin *raison d'être* bl. a. i att utöva *prevenerande* funktion just mot *dylika* handlingar. En regel om farlighetsansvar utanför den egna handlingen i nu antydd mening kan väl ha prevenerande betydelse,<sup>7</sup> men icke mot just den verksamhet från svarandens sida, som enligt regeln ifråga utgör en förutsättning för hans ansvarighet.

Enligt mitt sätt att se ha sålunda nu tre olika ansvars kategorier framträtt: 1) det *allmänna* ansvaret, omfattande dels det traditionella culpa-ansvaret, dels ock allt annat ansvar, där den tillämpade regeln — som över hela linjen kan kallas den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen — har klart prevenerande funktion; 2) *farlighetsansvar* för den *egna* handlingen utanför det allmänna ansvaret; 3) *farlighetsansvar* som *företagare*, d. v. s. för bl. a. *andras* handlingar. Till dessa kategorier kunna så läggas *arbetsgivares ansvar* för på visst sätt orsakad skada å hos honom anställda personer och vad jag kallar *principalansvaret* (till förmån för tredjeman). Beaktas så ytterligare ansvar för skada genom *immissioner*, *nödhandling* (och specificatio i god tro), torde vi framför oss ha, åtminstone tillnärmelsevis, hela det oskrivna civila, utomkontraktliga ansvarssystemet i Sverige. Detta system måste så i sin tur kompletteras med en mängd än lagar, än enskilda lagställen angående civilt ansvar.

Såvitt ansvarsregeln icke har prevenerande funktion, kommer nog en viss oklarhet att vidlåda termen farlighetsansvar för den *egna* handlingen, därför att gränsen mellan ett handlingssätt såsom »mera direkt» kausal till skadan (den *egna* handlingen) och ett annat handlingssätt såsom »mera avlägset» kausal till densamma stundom kan vara svår att angiva. Att man här icke kan få någon hjälp genom något studium av »kausaliteten ur rättslig synpunkt» säger sig dock självt. Kanske vore det lämpligast, att man vid farlighetsansvar utanför den allmänna skadestandsregeln icke systematiskt skiljde mellan »företagareansvar» och »ansvar för den *egna* handlingen», vilken senare term då skulle reserveras för ansvar efter den allmänna skadestandsregeln. Å andra sidan är det nog så, att man i praxis genom en systematisering, vari distinktionen behölles jämväl utanför den allmänna ansvarsregeln, får en klarare blick för utvecklingsmöjligheterna.

## II.

Vad jag nyss framhållit om distinktionen i rättssystematiskt hänseende mellan farlighetsansvar för den *egna* handlingen och farlighetsansvar såsom *företagare* torde i viss mån utgöra en illustration till vad jag många gånger påpekat, nämligen att någon

fördjupning eller, i allt fall, särskild behandling av begreppet kausalitet för juridikens räkning är helt och hållet meningslös. Att varje händelse, alltså också t. ex. en brottslig effekt eller en skada har en rad betingelser vet varje jurist, liksom också att den ena betingelsen varken är mer eller mindre nödvändig än den andra. Han vet också, att det i juridiken väsentligen rör sig om betingelser i form av mänskliga handlingssätt. Naturligtvis kan situationen vara sådan, att det är svårt, kanske omöjligt, för domaren, åklagaren eller advokaten att uppdaga, huruvida händelsen skulle ha uteblivit eller icke, därest det till bedömande föreliggande handlingssättet hade uteblivit. Men här hjälpa då förvisso- inga kausalitetsteorier. Utan vad man här möjligen kan behöva är att, med hjälp av särskilda fackkunskaper, få sitt vetande vidgat angående följderna av ett visst handlingssätt eller angående vissa betingelser för en till bedömande föreliggande skadegörelse. Dessa fackkunskaper ligga dock helt utanför filosofien. Men till denna höra teorierna om kausalitetsbegreppet.

Jag har ofta försökt att föreställa mig en situation, i fråga om vilken jag såsom rättsvetenskapsman skulle kunna ha någon användning för särskilda insikter angående kausalitetsbegreppet. Men försöken ha alltid misslyckats. Man tycks emellertid tro, att det funnes ett *rättsvetenskapligt* behov av att taga ställning till olika kausalitetsläror. Det står fast eller borde åtminstone stå fast, säger Thyén i inledningen till det arbete, som framför andra hans verk gjorde honom internationellt känd som rättsvetenskapsman, att det juridiska kausalitetsbegreppet (eller, riktigare, den juridiska eller överhuvud praktiska användningen av detta begrepp) icke »schlechthin« sammanfölla med det filosofiska. Och han finner en utredning av kausalitetsbegreppet vara av synnerligen stor, ja, fundamental betydelse för den allmänna straffrätten.<sup>8</sup> En sådan inställning, vilken alldeles icke kan anses antikverad i våra dagar,<sup>9</sup> är i själva verket mycket egendomlig också ur *rättsideologisk synvinkel*. Det är ju framför allt inom straffrätten och därefter inom den av den traditionella culpa-regeln dominerade skadeståndsrätten, som man i rättsvetenskapen ägnat sitt intresse åt kausalitetsfrågor. I bakgrunden för detta egendomliga intresse torde ligga tron på skulden såsom förutsättning för straff eller skade-

ståndstvång. En handling kan ju mycket väl vara orsak i gängse mening till en skadlig effekt, utan att någon rättslig tvångsreaktion mot actor kommer ifråga. Denne har t. ex. icke kunnat förutse effekten (som sålunda icke varit s. k. adekvat) eller handlingen har i allt fall legat inom området för, såsom det heter, »livets regel» eller av annan anledning icke varit »rättstridig» och följaktligen icke ådragit actor någon skuld. Kausaliteten har med andra ord saknat »juridisk relevans». Å andra sidan kan ansvar tänkas utdömt på grund av »skuld», fastän något kausalsammanhang i detta ords vanliga mening icke utretts mellan svarandens handling och skadeeffekten. Man kan tänka exempelvis på »negativ handling», eller på vad Stang kallar »selvstændig virkende aarsaker» (se nedan i en not); eller på vad Andenæs kallar »overtallige samvirkende årsaker» (T. f. R. 1941 s. 265 ff.): ingens av fleras handlingar ensam är vare sig tillräcklig eller nödvändig för skadeeffekten, som emellertid förutsätter åtskilligas handlingar, men icke samtligas. Vi kunna också tänka på följande fall: två personer avskjuta oberoende av varandra men *ungefär* samtidigt, var sitt skott mot en tredje; vardera skottet träffar och skulle ensamt ha varit dödande, men man kan icke avgöra vilkens skott som först träffade, och följaktligen icke heller vilken av gärningsmännen som endast beskjutit ett lik (exemplet alltså icke fullt överensstämmande med det hos Skeie I s. 128).

Egentligen behövde som sagt rättsideologien av dessa anledningar ingalunda tala om någon särskild juridisk kausalitet eller juridisk användning av kausalitetsbegreppet. Men den gjorde det ock gör det likväl. Man kunde ju eljest blott ha sagt, att ansvaret i allmänhet förutsätter, *dels* att handlingen förorsakat (alltså utgjort en nödvändig betingelse för) effekten, och *dels* att handlingen ådragit actor skuld (med allt vad som hörde till denna föreställning). Man kunde så ha tillagt, att »skuld» stundom kunde föreligga och föranleda ansvar, fastän svarandens handling icke utretts ha varit kausal till effekten, ja, att ansvar (inom skadeståndsrätten) kunde tänkas ifrågakomma utan både skuld och kausalitet samt närmare utvecklat detta.

Att man icke så förfarit utan trott sig böra se *kausaliteten* ur *juridisk* synpunkt torde ha sammanhängt med en kvarleva från

gamla föreställningar om att själva orsakandet som sådant av en brottslig effekt eller en skada hade rättslig kvalitet, vilka föreställningar dock småningom under tidens lopp kommo att modifieras och kompletteras genom skuldföreställningen. Den rättsliga kvaliteten kom att bestå i *skuld-orsak*, ett begrepp framför allt utgallrande bland de orsakande faktorerna, men i någon mån även utvidgande det vanliga orsaksbegreppet.<sup>10</sup>

Såsom jag ser på rättsvetenskapen, blir frågeställningen, angående straff-ansvar och det allmänna civila ansvaret, närmast denna: är det enligt rådande sociala värderingar angeläget eller icke att låta handlingssätt av — med hänsyn till icke mindre det subjektiva än det objektiva rekvisitet — föreliggande art motverkas genom tillämpning av ett visst straffbud, resp. genom utdömmande av skadestånd? Låt oss därvid utgå från att det subjektiva rekvisitet till fullo täcker det objektiva. Har nu handlingen varit en nödvändig betingelse för brottseffekten eller annan skadeeffekt, så att denna med handlingens uteblivande själv skulle ha uteblivit, så är det jakande svaret givet, hur man än utformar kausalitetsteorierna. Men även om »handlingssättet« bestått i den rena underlåtelsen eller det eljest icke kan utredas, att det utgjort en nyss nämnd betingelse för effekten, kunna omständigheterna vara sådana, att det värderas såsom socialt önskvärt att genom straff, resp. skadestånd, motverka handlingssätt av förevarande art. Vid fall av underlåtelse betyder detta, att det framstår såsom en social angelägenhet, att en person i dylika situationer genom hot om nu berörd rättslig reaktion influeras till att icke förhålla sig passiv utan gripa in med handling till den skadliga effektens förebyggande. Varje ordande om eller analys av kausalitetsbegreppet är naturligtvis även här alldeles meningslöst. Och det samma måste sägas, jämväl när eljest ansvar visar sig vara ur social synpunkt motiverat, utan att svarandens handlingssätt kunnat utredas ha varit orsak i vanlig mening till skadeeffekten, d. v. s. en betingelse för denna, så att med handlingssättets uteblivande även effekten skulle ha uteblivit. Tag exempelvis det fall, att två personer oberoende av varandra samtidigt utfört var sin handling och att båda handlingarna utgjort »selvstændig virkende aarsaker« (varom strax) till en och samma brottsliga effekt.<sup>11</sup> Det är nu uppenbart,

å ena sidan, att straffbudets tillämpning å var och en av dessa handlingar innefattar ett ohämmat fullgörande av dess sociala funktion, däri framför allt inneslutet vad jag kallat dess moralbildande funktion, och å andra sidan att svarandenas straffrihet i en sådan situation skulle ingiva allmänheten en uppfattning om ren stupiditet i straffrätten och utmana dess rättskänsla samt följaktligen ha en socialt skadlig betydelse. Envar av handlingarna, sedd för sig ensam, var ju orsak i vanlig mening till brottet; han skulle svarandena då kunna frias från straff! (Se f. ö. nästnasta s. f.). Vad beträffar fallet med de två skotten, som träffade en tredje »ungefär samtidigt«, utan att det kunde utredas, vilketdera som träffade först, kan möjligen ett resonemang av liknande art tänkas. Men såvitt båda skyttarne anses kunna straffas för försök till mord, måste här ett ganska starkt tvivel kunna göra sig gällande med hänsyn till vikten av att satsen »nulla poena sine lege« varder upprätthållen. Kanske föreligger här helt enkelt en oöverkomlig lucka i lagen. Vid diskussion av hithörande frågor kan i allt fall under inga omständigheter någon som helst hjälp erhållas genom ventilerung av »kausaliteten ur juridisk synpunkt« eller dylikt.

Men nu finns det ju, invändes det kanske, just här i Norden, vid sidan av »betingelse teorien«, en s. k. »medverkningsteori«,<sup>12</sup> och vi ha redan sett figurerna »självständigt verkande« orsaker<sup>13</sup> och »overtallige samverkande årsaker«. Alla tre kategorierna kallas stundom »konkurrerande orsaker«.<sup>14</sup> Jag bestrider icke, att under dessa och andra liknande rubriker kunna dryftas rättsliga ansvarsfrågor av större eller mindre betydelse. Och jag har, själfvallet för övrigt (jfr dock Andenæs T. f. R. 1941 s. 248 n. 2), aldrig bestritt förnuftigheten i en sådan fråga, som om vanligt »årsaks-sammenhang« alltid vore nödvändigt för ansvar eller om icke kravet härpå blott vore en »altovervejende hovedregel«. Men hur skulle väl ett vetenskapligt diskuterande av dylika frågor kunna bero på ställningstagande till några kausalitetsläror eller överhuvud till begreppet orsak? — på annat sätt, än att man naturligtvis får särskilt bestämma sig för vad man menar med »orsak«, därest man nu skulle rata den vanliga bestämningen av detta begrepp. En sådan avvikande bestämning göres då *endast och allenast*, på



det att man må göra sig förstådd, så att man kommer i kontakt med den, man diskuterar med. Den göres *icke därför*, att man genom inläggande av en ny eller särskild betydelse i orsaksbegreppet skulle kunna komma *ett enda steg* närmare lösningen av det problem, som *skall* lösas, nämligen ansvarsproblemet!

Jag menar med andra ord, att man förfar rent ut sagt löjligt — när man i diskussionen om ansvar dryftar orsaksfrågan för att utfinna dennas »retslig relevante momenter« (Stang s. 70). Hur orsaksbegreppet än formuleras, måste det ju under alla omständigheter vara en fråga helt och hållet för sig — d. v. s. en fråga fullständigt oberoende av varje ställningstagande till detta *begrepp* — vilka rättsregler som lämpligen hävdas på straff- och skadeståndsrättens område. Förnuftigtvis kan detta aldrig vara något annat än en social värderingsfråga,<sup>15</sup> och icke, såsom man tycks tro, beroende av, hur »aarsakssammenhang« bestämmes i *juridiken*, om efter t. ex. »betingelse«-teorien eller »medvirknings«-teorien.<sup>16</sup>

Låt oss för övrigt taga det av Hoel lanserade exemplet på den senare torien. Av ett visst gift är 5 gr. dödsbringande. A har nu (fall nr 1) givit X 3 gr. därav, B har också (i ovetskap om A:s handling) givit honom 3 gr. X dör och B:s handling var liksom A:s en nödvändig betingelse för dödsfallet, alltså orsak i vanlig mening. Antag åter (fall nr 2), att A har givit X en dos på 6 gr. och B har givit honom 3 gr. Om detta fall skriver Hoel:

»Bygger man paa den hævdvundne aarsaksformulering, maa man imidlertid si at vistnok kan A.s handling ikke tænkes borte uten at resultatet var blit et andet. A er med andre ord aarsak til X.s død. Men B.s handling kan godt tænkes borte uten at nogen ændring forsaavidt var indtruffet. Ti X vilde allikevel været død alene av den dosis A har git ham. B har altsaa ikke foraarsaget X.s død — og skulde følgelig gaa fri overalt hvor der til aarsaksforholdet knyttes praktiske, f. eks. juridiske konsekvenser. — Der reiser sig aabenbart her straks spørmaal om hvorvidt det er naturlig og rimelig at gjennomføre et saadant synspunkt. Naar B.s fuldstændig ensartede handling under de umiddelbart forutgaaende omstændigheter gjorde ham til »aarsak«, med alle derav følgende praktiske konsekvenser, hvorfor skal man da behandle ham paa en helt anden maate her? Og svaret kan kun bli at nogen saadan reel grund overhodet ikke foreligger, men at der ene og alene er fremkommet et *skjævt synspunkt som følge av en ufuldkommen aarsaksbetragtning* (kurs. här). Hvis man i

det sidste tillfælde istedenfor avrundet at tale om »X.s død«, determinerer begivenheten i hele dens faktisk foreliggende konkrete bestemthet, blir ogsaa her B.s handling et fuldkomment nødvendigt led i den lovmæssige begivenhetsgang og kan — om det saa ønskes — følgelig meget vel kaldes »aarsak«. Derved blir B ogsaa her »medvirkende«, og ingen skranke for den praktiske gennemførelse av konsekvenserne findes.«

Detta synes mig inte ha något med rättsvetenskap att skaffa. En förnuftig antydan ligger visserligen i orden mellan tankestreck »om det saa ønskes«. Därmed sägs ju indirekt, att det icke kan hänga på något orsaks-begrepp. Men härav har Hoel icke gjort något bruk. Han låter tvärtom spørsmålet, om B även i fallet nr. 2 bör komma under strafflagen för mord (för »drab« enligt norsk lag) beröras av frågan, om hans handling kunde rubriceras under ett från det vanliga skilt orsaks-begrepp eller icke. B:s handling är och förblir oberoende därav identiskt densamma och måste följaktligen också oberoende därav rättsligen bedömas på ett och samma sätt — nämligen om man kan frigöra sig från rättsideologien, som här genom föreställningen om det skuld-belastande orsaksförhållandet är ägnad att beslöja realiteterna. Det säger sig ju eljest självt, att den sociala värderingen av B:s handling ur straffrättslig, liksom också ur skadeståndsrättslig, synpunkt måste utfalla på ett och samma sätt, vare sig begreppet orsak vidgas ut över det vanliga och följaktligen anses omfatta handlingen eller icke.

Emellertid heter det nu i svenska strafflagen (14:1), att någon »berövar någon livet«, och i den norska (§ 233), at någon »forvolder en annans død«, <sup>17</sup> samt i Danmarks strafflag (§ 237), att någon »dræber en anden«. Den frågan kan naturligtvis ställas, hur man har att tolka dessa lagord. Men man kan därvid icke erhålla någon som helst hjälp genom att studera kausalitetsläror och taga ställning till dessa »ur rättens synpunkt«. Vad lagarne — som i sina formuleringar tydligen blott förutsätta en gärningsman — här har givit uttryck åt är otvivelaktigt den meningen, att handlingssättet måste ha i vanlig mening förorsakat dödsfallet. Två eller flera var för sig handlande gärningsmän komma givetvis alla under straffbudet, om vars och ens handling varit orsak i vanlig mening till, alltså en nödvändig betingelse för, offrets död. Men därmed måste det ju vara otvivelaktigt — utan att man be-

höver anlita något »juridiskt bedömande av kausalsammanhang« — att de också alla komma under straffbudet, om vars och ens handling varit sådan, att den ensam skulle ha utgjort orsak i vanlig mening till dödseffekten. Denna deras ansvarighet kan självfallet icke hindras därav, att det vanliga orsaksbegreppet — såsom detta kort och generellt måste formuleras — nu icke kunde finna någon användning. *Maius includit minus*: ansvarigheten följer som en självfallen slutledning *e fortiori*. Nu berörda orsaksfrågor kunna naturligtvis stundom besvaras först efter inhämtande av medicinsk sakkunskap. *Men filosofisk sakkunskap är för deras besvarande städse fullkomligt värdelös.*

B:s handling i Hoels exempel nr 2 faller, synes det, under de ifrågavarande lagorden, därest det visas, att handlingen märkbart påskyndat X:s död. Var detta icke händelsen, faller B:s handling utanför det ifrågavarande brottsrekvisitet. Därmed uppstår för dansk rätt frågan, om icke B:s handling likväl faller under straffbudet via § 1 i Borgerlig Straffelov om handling, »som ganske maa ligestilles med« uttryckligen straffbelagd handling, och, beträffande svensk och norsk rätt, om icke B:s handling, trots avsaknad av motsvarighet till sistnämnda stadgande, likväl på analogiens väg borde falla under resp. straffbud. På dessa frågor kan jag givetvis icke nu här söka giva ett motiverat svar. Det faller ju också utanför min kompetens. Men jag kan säga, att man vinner intet för deras besvarande genom någon analys av orsaksbegreppet, och att man går helt och hållet *meningslösa omvägar*, därest man försöker »trække frem de retslig relevante momenter« i »aarsaksspørsmaalet« (jfr Stang s. 70). Allt annat resonemang är här sakligt verkningslöst, än det som bygger på största möjliga allsidiga insikt om ett straffbuds sociala funktion, därvid särskilt beaktande grunden för maximen »nullum crimen« eller »nulla poena sine lege«. Till ett sådant resonemang hör givetvis också, att man undersöker, om icke handlingen kan inpassas under direkt och otvivelaktigt tillämpligt straffbud (här straff för försök) och om icke dettas användning skulle kunna finnas tillfredsställande med hänsyn till den sociala värderingsinställningen till handlingssätt av förevarande art. Och jag kan parentetiskt tillägga, att § 1 i danska strafflagen enligt min mening är ett ganska olämpligt stadgande. I bakgrunden för detsamma ligger den

av mig kritiserade metod, som jag kallar rättvisemetoden. Det är även denna metod, som föranleder Hoel att plädera för B:s straffbarhet för »drab« i fallet nr 2 under återopande av att hans handling var »fuldständig ensarted« med den, som i fallet nr 1 skulle ha gjort honom till gärningsman. Med dylikt sätt att argumentera skulle B kunna dömas för mord, när A givit en dos på 6 gr. och B själv blott bidragit med  $\frac{1}{2}$  gr., ja, med några cgr. Ty även ett sådant B:s handlingssätt kan ha varit alldeles detsamma, som enligt lagorden skulle göra honom till gärningsman: A har givit en dos på  $4\frac{1}{2}$  gr eller därutöver, dock icke fullt 5 gr., och B har givit ved som därefter behövdes för att fylla dödsdosen på 5 gr.

Jag kan sammanfatta min syn på »kausaliteten« i juridiken sålunda. För ansvarighet förutsättes ett visst förhållande mellan svarandens handlingssätt och en (kriminell eller civil) skadegörelse. Detta förhållande består nästan alltid *antingen* däri, att handlingssättet utgjort orsak i vanlig mening, d. v. s. enligt betingelse teorien, till skadegörelsen, *eller ock* däri, att handlingssättet innefattat underlåtelse att i nämnd mening orsaka skadegörelsens förebyggande eller i allt fall en möjlighet till skadegörelsens förebyggande. Ansvar inträder *städse*, när svarandens handling utgjort orsak i vanlig mening till skadegörelsen. Därifrån *måste* den slutsatsen dragas, och det *e fortiori*, att ansvarighet vid fleras handlingar inträder för var och en, därest vars och ens handling *ensam* skulle ha i nämnd mening varit orsak till skadegörelsen. Ansvarighet på grund av nu angivna sammanhang eller förhållanden mellan handlingssätt och skadegörelser är motiverad i enlighet med tongivande sociala värderingar.<sup>18</sup> Huruvida dylika kunna motivera ansvarighet, även om något av nu angivna förhållanden icke föreligger mellan en svarandes handlingssätt och en viss skadegörelse är en särskild fråga. Jag bestrider, att man kan få någon som helst hjälp för dess besvarande genom att anlita ett särskilt orsaksbegrepp. Rättsvetenskapsmannen må i denna sin egenskap intaga vilken ställning han vill till diverse kausalitetsfrågor, och han må göra vilka avvikelser som helst från det vanliga orsaksbegreppet — han kan *därmed* aldrig giva ens det allra minsta bidrag till utredningen av rättsliga ansvarsfrågor. Idéen om en specifik »juridisk kausalitet« är ett högst onyttigt påfund.<sup>19</sup>

Utrymmet tillåter mig icke att beröra diskussionen, varför ansvar i allmänhet förutsätter nyss angivna »orsakssammanhang» mellan svarandens handlingssätt och en skadegörelse. Såväl Us-sing som Andenæs har här uttalat intressanta synpunkter, delvis kompletterande varandra.<sup>20</sup> Själv ser jag något annorlunda också på den frågan.

## NOTER

1. Bd I och Bd II:1 äro förkortningar för mina år 1944, resp. 1948, utgivna böcker under titeln »Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar.» — Angående termen »ansvar» se Bd I s. VII f.; jfr. Bd II:1, s. 8 ff. När jag berör kausaliteten, har jag dock jämväl kriminellt ansvar i sikte. — Till grund för nedanstående framställning ligger bl. a. vad jag sökt utveckla å s. 8 — 46 och s. 450 ff. i Bd II:1. Redan vid tryckningen av detta arbete märkte jag vissa oklarheter i hit-hörande punkter och har därför här önskat förtydliga mig. Därvid blev det nödvändigt att helt kort beröra orsaksbegreppet. Detta har jag i sin tur utnyttjat för att än en gång påvisa meningslösheten i att inom rättsvetenskapen taga ställning till kausalitetsläror. — Den läsare, som är obekant med min rättsmetod, finner det säkerligen föga vetenskapligt, när jag använder sådana begrepp som »socialt önskvärd» och »dylikt». Jag förutsätter emellertid, att en sådan läsare kan taga del av Bd I, s. 549-603 och där gjorda hänvisningar, ävensom av min kritik
- av vad jag kallar rättvisemetoden, Bd I s. 115-134 och s. 534-548. — Institutet ansvarighetsförsäkring är helt naturligt i detta sammanhang utan intresse. — Slutligen vill jag nämna, att jag, när jag talar om domstolspraxis, endast har den svenska i sikte.
2. Attributet »allmänna» är behöfligt, enär det finns vissa andra regler om ansvar för skada genom den egna handlingen. Se Bd II:1 s. 44.
3. Bättre churu alltför omständligt uttryckt: den större eller mindre angelägenheten ur den allmänna trygghetskänslans synpunkt, att handlingssätt av förevarande art motverkas (på grund av deras större eller mindre skadefarlighet).
4. Attributet »allmänna» avser endast att utesluta ansvar för skada genom nödhandling, immisioner m. m. samt visst farlighetsansvar för den egna handlingen, varom strax, och behöver därför icke medtagas, när det är tydligt att dylikt ansvar icke är ifråga. Men om man blott talar om ansvarsregel (sålunda uteslutande att det rör sig om ansvar för den egna handlingen), då måste man säga

- »allmänna ansvarsregeln«, såsom skild från alla andra ansvarsregler.
5. Exempelvis kommer här ifråga kronans ansvar för skada å enskild genom militärövningar såsom i NJA 1928 s. 316; 1937 s. 196; 1946 s. 734, s. 736, s. 758 och s. 763. Det torde icke i något av dessa fall finnas anledning antaga, att H.D. betraktat »kronan« såsom (i egenskap av juridisk person) genom sin egen, d.v.s. sitt organs, handling orsak till skadegörelsen. Kronan har snarare dömts ansvarig såsom »företagare«, för skada genom andras handlingar. (Jfr Bd II:1 s. 59) — Vidare kunna såsom exempel på nu åsyftade situationer nämnas fallen i NJA 1909 s. 476; 1929 s. 428; 1929 s. 520; 1936 s. 141 (möjligen); 1943 s. 177. (I fallen 1929 var det kronan, resp. telegrafstyrelsen och i 1936 års fall kronan, som dömdes ansvarig.) — Överhuvud är det fråga om situationer, i vilka skada tillfogats annan genom händelse, som inträffat i den verksamhet som svaranden — fysisk eller s. k. juridisk person — bedrivit såsom företagare; dock med det tillägg, dels att den mera omedelbart skadebringande handlingen icke utförts av svaranden (eller dess organ) själv, och dels att ansvaret icke motive-rats med att skadan berott på kulpos handling av anställd person i dennes tjänst. I senare fallet stode vi ju antingen inför vad jag plägar kalla principal-ansvaret (vis à vis tredje man) eller — vad som är därifrån att skilja — arbetsgivares ansvar för skada å hans anställda under arbetet.
  6. En handling är orsak i vanlig mening till en skadegörelse, om denna icke inträffat, därest handlingen uteblivit. Denna definition plägar, hänföras till den s. k. betingelseteorien, som då, åtminstone i norsk jurisprudence, anses ha sin grund i J. St. Mill's orsakslära. Själv tvivlar jag på lämpligheten att för denna generella orsakdefinition återopa Mill's lära.
  7. Se Bd II:1 s. 452 f. — Avgränsningen av företagaransvar mot farlighetsansvar för egna handlingen, som fallit inom nivån för den socialt önskvärda handlingsstandarden, kan icke göras anorlunda än så, att svarandens handlingssätt i senare kategorien varit mera omedelbart, i förra blott mera medelbart skadebringande.
  8. Thyrén, Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, 1894, s. 1.
  9. Se utom *Stang*, Erstatningsansvar, 1919, s. 64 ff. och 338 ff., exempelvis *Hoel*, Risiko og Ansvar, 1929, s. 84 ff. och 94 ff.; *Hagerup-Bull* i T. f. R. 1932 s. 1 ff. (märk noten å s. 3) och 1936 s. 332 ff.; *Øvergaard*, Norsk Erstatningsret, 1942, s. 22 ff. och 325 ff.; *Andenæs* i T. f. R. 1941 s. 241 ff. och Straffbar Unnlatese, 1942 s. 132 ff.; *Skeie*, Den norske strafferet I, 2. uppl. 1946 s. 127 ff.; *Hult*, Till frågon om

konkurrerande skadeorsaker i Festschrift tillägnad Thore Engströmer, 1943, s. 65 ff.; *Ek*, Utomobligatoriskt skadeståndsansvar, 1943, s. 199 ff. — *Andenæs* uttalar dock, T. f. R. 1941 s. 242, att man »iallfall fra et praktisk standpunkt» gjort »en kolossal overvurdering av problemets betydning». Detta hindrar icke, att han finner min inställning till frågan »åpenbart uriktig», och talar om mina »voldssomme uttalelser», s. 242, 248. Såsom torde framgå av vad här nedan sägs, har jag ingen anledning att ens modifiera den ståndpunkt, jag för många år sedan (1923 och 1935) helt kort angivit. — *Kristen Andersen* har emellertid rentav uttryckligen anslutit sig till min åsikt T. f. R. 1943 s. 315 f. Men i sin behandling av ämnet i T. f. R. 1941 s. 299 ff. har han icke ens nämnt min åskådning, vilket tyder på att han denförutan intagit kritisk ställning till den i hans land eljest vanliga attityden i ämnet. I T. f. R. 1948, s. 102, säger *Kristen Andersen* till prisande av en norsk domare, att denne »hade øyensynlig, i motsetning til Getz og enkelte andre teoretikere, ikke fått Stuart Mill i vrangstrupen ... Han sparte seg selv og oss andre for den ørkesløse årsaksfilosoferingen, som teorien har vært så lidenskapelig optatt av». — *Ussing* säger, Erstatningsret s. 143: »Det har formentlig ingen praktisk Betydning at tage Stilling til den filosofiske Aarsags-

*lære*» (kurs. av *Ussing* själv). Detta kan, såsom *Ussings* egen fortsatta framställning giver vid handen, icke betyda, att han godtagit min ståndpunkt i ämnet. Jag är rädd, att *Kristen Andersen* (T. f. R. 1941 s. 300) överskattat betydelsen för sin ståndpunkt av *Ussings* ifrågavarande uttalande.

10. *Kristen Andersen* synes icke godkänna dylika reflexioner; se T. f. R. 1943 s. 316 n. 1. Vad han där vill säga har jag dock aldrig riktigt förstått. Han tycks mena, att »den enwise dyrkelse av Stuart Mills årsakslære» föranlett norsk rättsvetenskap att taga ställning till »årsaksproblemet». Jag är övertygad om att, även om *Mill* aldrig sysslat med detta problem, skulle det ha kommit att spela samma stora roll inom rättsvetenskapen. Att varje skadegörelse eller brott hade en mängd orsaker i vanlig mening visste man ju i alla fall, liksom att en persons handling väl kunde vara sådan orsak utan att föranleda hans ansvarighet. Därmed fanns ju anledning att forska efter »de retslig relevante momenter» i »aarsaksspørsmålet».
11. *Hult* menar visserligen, att det icke är fråga om en och samma effekt utan om två skilda effekter (dock så »nära överensstämmande», att de kunna anses »praktiskt taget» identiska). Därigenom skulle det vanliga (»traditionella») orsaksbegreppet här bli användbart; se *Hult*, Festschrift s. 74 f., s. 91. Om A och

B avlossa var sitt dödande, samtidigt träffande skott mot X, så är effekten, att *X berövats livet*. Hade enderas revolver klickat, skulle icke desto mindre denna brottseffekt ha inträtt. Det är denna brottseffekt, som strafflagen intresserar sig för. Den är alltså en och densamma efter A:s handling ensam och efter B:s handling ensam. Naturligtvis har Hult rätt däri, att faktiskt två något varierande effekter föreligga. Men lagen (S. L. 14:1) anger brottsrekvisitet så generellt, att det i lagens ögon är fråga om full identitet mellan dem. Den »kausalitetsprövning», som Hult anvisar för vardera skadeorsaken, är följaktligen för lagtolkningen fullkomligt överflödig. Därmed är kritiken dock ingalunda uttömd. Ty denna kausalitetsprövning, som leder till skilda effekter, skall ha till syfte att möjliggöra, att var och en av flera »samverkande orsaker» till en skadegörelse faller under det vanliga orsaksbegreppet. Men då det med hänsyn till ansvaret rör sig om en och samma effekt, göres den reservationen, att »en mer eller mindre approximativ uppskattning» måste ske av vad som förlupit, a. st. s. 91, så att de skilda effekterna kunna behandlas såsom (praktiskt taget) identiska, a. st. s. 75. Hult säger också direkt, att vid vad som kan vara »enligt ett juridiskt betraktelsesätt samma effekt» man »faktiskt regelmässigt har att göra med skilda effekter» (a. st. s.

91). Därmed har i själva verket »det traditionella kausalitetsbegreppet» övergivits vid ansvarsfrågan, fastän det för Hult synes angeläget att kunna bruka det även här.

12. Ett belysande exempel hos *Hoel*, Risiko og Ansvar, s. 96 f., och efter honom hos *Ussing*, Erstatningsret s. 144, och *Øvergaard*, Norsk Erstatningsret s. 23. Se även *Andenæs*, T. f. R. 1941, s. 245 f. och s. 268; *Hult*, Festskrift s. 77 f. Utan att, synes det, vara influerad av Hoel hävdar också *Hagerup-Bull* teorien att »alle medvirkende faktorer, betingende eller icke betingende, bør medregnes som aarsaker». (T. f. R. 1936, s. 347; se även T. f. R. 1932 s. 44.) Om *Ussing* Erstatningsret s. 144 f., godtager Hoels medvirkningsteori kan vara tvivelaktigt med hänsyn till hans uttalande, s. 143, att »det har formentlig ingen praktisk Betydning at tage Stilling til den filosofiske Aarsagslære». Det sannolika torde dock vara, att han gör detta. Se *Øvergaard*, s. 23 n. 5., och jfr slutet av en not här ovan.
13. *Stang*, Erstatningsret s. 352 f., synes ha formulerat termen, under vilken torde komma ett sådant fall, som att A och B samtidigt avlossa dödande skott mot X. Varderas skott kan tänkas bort, men X dör likväl. Både A:s och B:s skott kunna emellertid icke tänkas bort, utan att brottseffekten uteblir. *Stang* anför själv ett exempel angående skadestånd på grund av kon-



traktsbrott (exemplet tydligen inspirerat av *Siber* i *Planck's Kommentar*, 4 uppl. II:1, s. 78) och säger bl. a.: »at aarsakerne fordobles, er ikke det samme som, at de ophæves«.

14. *Andenæs* i T. f. R. 1941, s. 245 f. — *Stang*, s. 338 ff., och *Øvergaard*, s. 325 f., inlägga något avvikande meningar i »konkurrerande orsaker«.
15. Varvid självfallet handlingssätets betydelse för skade-effektens inträffande bildar en utgångspunkt.
16. Se exempelvis *Øvergaard* s. 22 f. och *Hult*, som i sin avhandling ifråga företagit ett »juridiskt bedömande av kausalsamman-

hang«. — Om *Hoel* nedan i texten.

17. Eller »medvirker dertil«. Jag tager icke upp detta senare uttryck, då det sammanhänger med delaktighetslärans behandling i norska strafflagen.
18. Att situationen vid underlåten handling behöver sin särskilda kommentar är en sak för sig.
19. Det är av det sagda tydligt, att jag alltjämt står för de korta anmärkningar, jag framfört mot *Stangs* allmänna uttalanden i ämnet i min »Kritik etc.« i T. f. R. 1923 s. 150 ff. samt i min »Culpa-Regeln« 1935 s. 199 ff.
20. *Ussing*, Erstatningsret s. 143; *Andenæs* i T. f. R. 1941 s. 249 ff.

# Magtfordrejningsproblemer i civilretten

Af højesteretssagfører, dr. jur. N. P. Madsen-Mygdal

Sørettens groshavariregel og obligationsrettens regel om regres mellem solidariske skyldnere er i retspolitisk henseende nært beslægtede. De er nemlig begge udslag af en betragtning, som man med *Niels Larsen*, T. f. R. 1904 p. 296, kan formulere derhen, at en rettighedshaver ikke bør have det i sin magt efter forgodtbefindende at kunne spille bold med de forskellige interesser. Principet kan frembyde en vis lighed med de forvaltningsretlige grundsætninger om magtfordrejning (*détournement des pouvoirs*), og i det følgende vil betegnelsen magtfordrejningssynspunktet blive anvendt som en kort sammenfattende betegnelse for principet. At dette frembyder et almindeligt problem, er fremhævet af *Ussing* i Sv. Juristtidn. 1937 p. 121-22, hvor det, efter en påvisning af, at en regel i den norske forsikringsaftalelov kan medføre, at det kommer til at bero på tilfældigheder eller vilkårlighed og ondskabsfuldhed, hvem der skal bære tabet, siges: »Dette er utiltalende og i Strid med de Grundsætninger, som i Nutiden har vundet Anerkendelse paa andre Retsomraader«. *Ussing* sigter her ved særligt til anerkendelsen af regres imellem flere solidariske skyldnere, selvom de ikke står i et særligt retsforhold indbyrdes. Formålet med nærværende afhandling vil være at gå lidt nærmere ind på, i hvilket omfang magtfordrejningsgrundsætningen iøvrigt har vundet indpas i civilretten.

Det første og kendteste eksempel på, at principet anvendes udenfor solidariske skyldforhold, finder man indenfor panteretten. Når en *pantsætning* omfatter flere genstande tilhørende *forskellige*

*ejere*, bestemmer pantekreditor, hvilke genstande der skal realiseres, og forsåvidt de pantsatte værdier tilsammen overstiger det beløb, for hvilket der er stillet sikkerhed, har kreditor det derfor i sin magt at bestemme, at tabet skal overvæltet på nogle af pantsætterne, medens andre helt skal gå fri. Såvidt jeg kan se, har de europæiske retsordener indtil nyeste tid ikke kendt midler til at modvirke denne ulempe; men tanken om en forholdsmæssig regres vinder stigende anerkendelse og antages ihvertfald nu i dansk og norsk teori.<sup>1</sup>

Den eneste *lovgivning* om emnet, bortset fra groshavari og solidariske skyldforhold, omhandler dette panteretlige problem. M. h. t. *fast ejendom*, hvor problemet ofte opstod ved, at udstykkede lodder ikke relaxeredes af pantet, indførtes allerede i det 19. århundrede i nogle lande, f. eks. Sverige og Finland, positive ordninger, der dels satte visse grænser for kreditors rene vilkårlighed, dels etablerede en vis udjævning.<sup>2</sup> I Danmark haves ikke tilsvarende positive ordninger, og Frost (1935)<sup>3</sup> konkluderer i, at der ikke er grund til at indføre sådanne, men at det mest tilfredsstillende vil være at afgøre problemerne ved en passende udformning af auktionsvilkårene. Baggrunden for denne udformning må dog efter min opfattelse være en almindelig regel om forholdsmæssig regres. I *søretten* indførte de fællesnordiske sølove i 1890-erne en regresregel, idet det i sølovens § 281, 2. stk. siges, at hvis pantekreditor har søgt fyldestgørelse i et af flere panter »for et større Beløb, end der forholdsvis falder paa samme«, har den ejer, som derved lider tab, regres mod de andre panter, »for saa stort Beløb, som hans Ejendom eller hans Pant har maattet udrede for meget.« I motiverne, Norske Motiver (1890) p. 360, fremhæves udtrykkeligt, at denne positive forskrift har gjort anvendelse af det samme princip, som ligger til grund for groshavarireglen.

Nogen samlet *teoretisk* behandling af det civilretlige magtfordrejningsproblem foreligger mig bekendt ikke her i Norden, men i forbindelse med enkeltundersøgelser drøftes det af adskillige forfattere, således Bentzon (1917), Ussing (1928), Hurwitz (1937) og Arnholm (1942),<sup>4</sup> og Illum (1934) hævder en almindelig sætning om genstiftelse, der går ud på, at når en handling, der komplette-

rer den oprindelige retshandel, er overladt til en af parternes vilkårlighed, må handlingens foretagelse betegnes som en nystiftelse, med den konsekvens, at retsforholdet behandles, som om det var stiftet på det tidspunkt, hvor parten træffer sit valg — hvilket ofte betyder efter konkursens begyndelse —, idet handlinger, som frembyder et større mål af vilkårlighed, ikke skal have indflydelse på konkursfordelingen.<sup>5</sup> Denne betragtning, der særligt refererer sig til spørgsmålet om erhvervelse af modregningsret, harmonerer med det centrale i magtfordrejningssynspunktet, men rækker dog noget videre.<sup>6</sup> I udenlandsk litteratur har magtfordrejningsproblemet vistnok ikke været synderligt behandlet; men der foreligger dog en større afhandling, der må nævnes i denne forbindelse, nemlig *Ihering*: »Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen« (1871).<sup>7</sup> Begrebet refleksvirkninger, som Ihering selv tillægger stor systematisk betydning, definerer han som den virkning, en kendsgerning har for tredieperson udover sin egentlige virkningssfære, p. 248. Under sin behandling af emnet nævner Ihering nogle betragtninger, der indeholder spirer til en magtfordrejningslære.<sup>8</sup> Nogen generel konklusion lykkes det dog ikke Ihering at drage, og det kan heller ikke undre, da hans problemstilling fører ham ind på i hundredevis af problemer indenfor alle civilrettens områder.<sup>9</sup>

I denne forbindelse må det fremhæves, at ved behandlingen af magtfordrejningsproblemet er det formentlig hensigtsmæssigt at *afgrænse problemstillingen* til de tilfælde, hvor magtfordrejningssynspunktet er den eneste eller dog den dominerende retsgrund. Naturligvis opstår der magtspørgsmål i utallige relationer indenfor retslivet. For blot at nævne et par enkelte eksempler kan henvises til mandatarens diligenspligt og til løftemodtagers ret til at opgive en trediemandsretshandel. Sådanne problemer er imidlertid allerede løst ved de særligt herom gældende regler. Endvidere må det bemærkes, at i langt de hyppigste tilfælde indenfor korreale hæftelser ligger den indbyrdes regres på forhånd aldeles fast ifølge generelle retsgrundsætninger.<sup>10</sup> En kautionist har fuld regres mod hovedskyldneren, trediemand, der stiller pant, har regres mod debitor o. s. v. En særlig udjævningsregel er derfor ikke nødvendig for at modvirke magtmisbrug.

Betragter man dernæst *de retlige hensyn*, der kommer i betragtning ved en regel om magtfordrejning, rettes opmærksomheden først på det umiddelbart stødende i, at det skulle stå i en rettingshavers magt ganske vilkårligt at bestemme, hvorvidt den ene eller den anden af de to parter skal have et tab, eller at dette skulle bero på rene tilfældigheder. At dette instinktive moment indgår i overvejelserne, bør dog ikke forlede til at betragte f. eks. regresreglen som det, Hurwitz, U. f. R. 1937 B p. 25, betegner som »en paa Billighedsbetragtninger støttet Kompromisløsning«. Visse mere reale hensyn synes at gøre sig gældende. Det er ganske vist formodentlig nok således, at den blotte mulighed for ren tilfældighed ikke er helt tilstrækkelig anledning til at formulere særlige forskrifter; men det, der er det særligt farlige, og som motiverer sådanne regler, er, at situationen indbyder til komplot og korrupsion. Ofrene i farezonen vil være tilbøjelige til at søge at påvirke den berettigede ved overtalelse eller ved tilbud om begunstigelser for at formå ham til at lade tabet falde på en af de andre. Dette fremhæver Bentzon (1917) og Arnholm (1942) udtrykkeligt.<sup>11</sup> Et middel herimod kan ikke alene søges i de almindelige regler om chikane og retlig interesse. Oftest vil det jo dog være således, at når kreditor til syvende og sidst bestemmer sig for at gå løs på en bestemt af debitorerne eller en af de pantsatte genstande, træffer han sin afgørelse ud fra hensynet til at opnå den hurtigste og letteste fyldestgørelse, og i de øvrige tilfælde er det allerede derfor hyppigt retsteknisk ugørligt at trænge ind i kreditors motiver og påvise chikane. Hertil kommer — og det er vel det centrale i problemet — at selvom det påvises, at kreditor virkelig har modtaget dusør eller anden begunstigelse, kan han jo sige, at han er interesseret i, at hans rettighed i den givne situation indbringer så meget som muligt. Det specifikke problem er derfor, om retsordenen vil anerkende denne interesse hos rettighedshaveren i at få yderligere fordele på bekostning af de øvrige implicerede. Hensynet til kreditgivningen skønnes imidlertid ikke at gøre det nødvendigt at tilkende kreditor mere end hans fordring lyder på, og omvendt er det ikke i det lånsøgende publikums interesse at begrænse kreditorernes rettigheder så stærkt, at de risikerer at få mindre end deres fordringsbeløb. Konflikten er derfor lettest at

løse, når de modstridende hensyn kan få hver sit ved den harmoniske udjævning gennem forholdsmæssig regres. Man må dog ikke være blind for, at denne også har visse retstekniske betæneligheder. F. eks. kan det i mere komplicerede tilfælde være vanskeligt at fastslå, i hvilket forhold de forskellige værdier skal participere i fordelingen. Passende løsninger kan dog angives rent matematisk.

Et vigtigt og omtvisteligt spørgsmål er det, om selve det, at der består en *abstrakt risiko* for et komplot imellem to parter, er tilstrækkeligt, eller om man for at anvende magtfordrejningssynspunkterne må kræve, at risikoen konkret har manifesteret sig i form af positiv samvirken mellem »magthaveren« og en af de implicerede, eventuelt om man ligefrem som betingelse skal kræve, at der er ydet begunstigelser til gengæld. Det må formentlig antages, at selve risikoen for komplotdannelse må være tilstrækkelig; thi det er retsteknisk umuligt at skelne imellem de tilfælde, hvor der virkelig foreligger aktivitet, og de mange tilfælde, hvor det, der foregår, er mere eller mindre uhåndgribeligt, såsom hvor der er tale om en vis sympati eller en instinktiv favorisering af den ene af parterne.

Hvad angår *praksis' stilling* til disse problemer, ses det for dansk rets vedkommende, at Højesteret ikke blot ved den ndfr. anførte livsforsikringsdom allerede i 1904 har understreget sin aversion mod komplotdannelse, men at retten har fastslået fordelingsreglen i den principielle afgørelse i *Orion-sagen*, U. f. R. 1928 p. 690, T. f. R. 1929 p. 507. Omstændighederne var følgende:

Diskontobanken, der var ejer af et pantebrev udstedt af rederiet »Orion« med pant i flere skibe på (til rest) 900.000 kr., pantsatte dette pantebrev sammen med en mængde andre værdipapirer til en samlet værdi af 44,7 mill. kr. til Nationalbanken. Da Diskontobanken trådte i likvidation, udgjorde Nationalbankens tilgodehavende 35,6 mill. kr., medens rederiet »Orion« havde et tilgodehavende i Diskontobanken på ca. 250.000 kr., og ialt var der modregningskrav for ca. 4 mill. kr. vedrørende for ca. 12 mill. kr. værdipapirer. Situationen var nu ifølge dansk ret den, at hvis disse ikke blev realiseret af Nationalbanken, men vendte tilbage til likvidationsboet, kunne Orion og de andre modregningsberettigede fuldt ud modregne med dette tilgodehavende. Hvis pante-

brevet derimod var blevet realiseret af Nationalbanken, ville modregningsretten definitivt være tabt (jfr. nu gældsbrevslovens § 18), og rederiet ville da naturligvis kun få almindelig dividende af sit krav i likvidationsboet. Interessekonflikten mellem likvidationsboet og rederiet var således klar. Fra boets side hævdedes det nu, at man var berettiget til at lade Nationalbanken foretage denne realisation, medens rederiet påstod, at der måtte ske en forholdsmæssig fordeling på alle partciperende værdier.

Rederiets procedure understregede stærkt de principielle magtfordrejningsproblemer, sagen drejede sig om, og i begge instanser fik rederiet medhold. I Østre Landsrets præmisser, der tiltrådtes af Højesteret, udtales det bl. a., at »den Omstændighed, at Nationalbanken er beføjet til for at opnaa Dækning at realisere hvilke af de pantsatte Effekter, det maatte forekomme den hensigtsmæssigt, ikke kan beføje Likvidationsboet til efter For godt befindende at forrykke det ved Likvidationens Indtræden bestaaende Forhold mellem de forskellige i Boet interesserede«. Orions ret til modregning må derfor anses for fremdeles at bestå »alene med den af Nationalbankens og eventuelt andre i de pantsatte Værdier interesseredes Ret følgende Begrænsning — efter Omstændighederne, saafremt en Nedskrivning af Panteobligationen med det paa gældende Beløb ikke kan ske, saaledes at Modregningsretten omformes til en Ret til som Separatist at faa udbetalt en saadan Del af Orions Tilgodehavende i Boet, som svarer til Orions forholdsmæssige Anpart i Overskudsprovenuet af de pantsatte Værdier«.

Dette præjudikat rækker således langt og må tages i betragtning også ved en række andre problemer end de modregningsforhold, som sagen direkte omhandlede. Højesteret synes selv at understrege dette ved bemærkningen om »at de i de pantsatte Værdier Interesserede, hvis Rettigheder eventuelt maa begrænse Indstævntes Ret, ikke alene er de af Boets Kreditorer, som kan gøre en Modregningsret gældende«.

Når det nu skal forsøges at bidrage til en *casuistik*, finder denne udtalelse straks sin nærmestliggende anvendelse. Medens der efter det ovenanførte er nogenlunde enighed om regressen ved pantsætning af værdier tilhørende forskellige ejere, er der stadig tvist om

stillingen, når der er pantsat flere genstande tilhørende *samme* ejer, og nogle af de pantsatte genstande er særskilt behæftede med efterstående prioriteter. I det øjeblik kreditor fortrinsvis søger fyldestgørelse i den genstand, hvori der også er en sekundær prioritet, er den *sekundære panthaver* i en prekær situation.<sup>12</sup> Ud fra Orion-dommen må det nu anses for fastslået, at den sekundære panthaver har krav på en forholdsmæssig fordeling. Orions modregningskrav var netop en sekundær sikkerhedsret, ganske som hvis Orion havde haft en sekundær prioritet i pantebrevet.<sup>13</sup> Analogislutningen synes ganske klar. Den står i forbindelse med, at den danske Sølvs udtrykkelige regel herom i § 281, 3. stk. ophævedes i 1929 med den begrundelse, at »den synes af tvivlsom Rigtighed«. Under hensyn til Orion-dommen synes den således motiverede ophævelse i 1929 dog ikke at være til hinder for det anførte resultat.<sup>14</sup>

Hvis *livsforsikringspolicer* er pantsat sammen med andre effekter, må der ligeledes som hovedregel ske forholdsmæssig fordeling. Man kan ganske vist ikke uden videre ligestille den ifølge livsforsikringspoliceen begunstigede med en trediemand, der »ejer« et pant; men når fordelingsreglen i overensstemmelse med det lige anførte antages at kunne anvendes også til fordel for en sekundær panthaver, kan en begunstiget ihvertfald ikke stilles ringere. Hvis derimod problemet om sekundære panthaveres retsstilling betragtes som tvivlsomt, kan der også rejses tvivl m.h. t. policetilfældene, og der har da også været en del diskussion om disse i praksis ret vigtige tilfælde.<sup>15</sup> Diskussionen har taget sit udgangspunkt i en højesteretsdom, U. f. R. 1904 B p. 266, 1903 A p. 321, T. f. R. 1904 p. 295, der angår et tilfælde af aktuel magtfordrejning, idet der forelå en ligefrem aftale mellem pantekreditor og konkurs- og dødsboet om, at kreditor i første række skulle holde sig til policeen og ikke til de varer, hvori han også havde sikkerhed.

Efter at en del af de problemer, som denne sag rejste, i tidens løb er blevet afklaret, kan det siges, at dommens væsentlige interesse idag er at tjene til illustration af det vigtige forhold, at *særlige omstændigheder* kan medføre *undtagelser* fra hovedreglen om forholdsmæssig regres. Højesteret tillagde nemlig den begunstigede, enken, *fuld* regres mod boet, og dette var også i det kon-



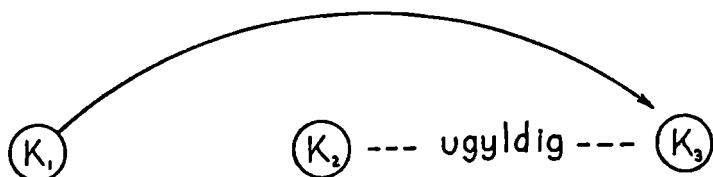
krete tilfælde rimeligt. Ikke blot havde boet aktivt bevæget kreditor til at søge fyldestgørelse i policen,<sup>16</sup> men kreditor havde i virkeligheden allerede inden bobehandlingens begyndelse valgt at holde sig til varelageret.<sup>17</sup>

Man må ikke tro, at det altid er kreditorer, som misbruger situationen. Der findes nogle tilfælde, hvor det interessant nok er *debitorer*, der søger at skaffe sig en bedre stilling. I disse tilfælde er der sjældent tale om forholdsmæssig fordeling; men retsvirkningen er i reglen et enten-eller, ofte med konkursens begyndelse som skæringspunkt. Et eksempel, der hører herhen, er kautionisters forsøg på at afsvække virkningen af *konkurslovens* § 18 om fuld anmeldelsesret. Hvis kautionen er begrænset, kan kautionisten nemlig søge fordel af at indfri og selv få dividende af regreskravet, og denne fordel har man i dansk praksis givet ham, for så vidt betaling sker inden konkursen; men dette resultat er ikke uden betænkelighed.<sup>18</sup> Tilsvarende problemer opstår m. h. t. en *panthavers udløsning* i henhold til D. L. 5-7-14.<sup>19</sup> *Illum* anfører m. h. t. *modregning* en række tilfælde, hvor lignende omstændigheder gør sig gældende.<sup>20</sup>

At der eksisterer eksempler på magtfordrejningssynspunkter indenfor andre dele af civilretten end de allerede berørte, må på forhånd anses for sandsynligt. Selv har jeg dog kun fundet et enkelt eksempel, nemlig den af *Ussing* opstillede regel indenfor negotiabilitetslæren — af studenterne engang populært kaldet »genvejsreglen« —, der siger, at en overdragelse for at kunne medføre *eksstinktion* skal være gyldig og uomstødelig.

Denne berømmelige regel, der er resultatet af en meget skarp-sindig analyse, er et betydningsfuldt systematisk fremskridt og har mig bekendt ikke noget sidestykke i udenlandsk litteratur om negotiabilitet, hvor den utvivlsomt også burde finde udbredelse.<sup>21</sup>

Da *Ussing* første gang (1935) publicerede reglen,<sup>22</sup> udformede han den i to sætninger. Jeg vil foreløbig alene betragte den første af disse, den som stadig, også efter gældsbrevsloven, har fuld aktualitet,<sup>23</sup> og som lyder således: »En ugyldig Overdragelse kan ikke medføre Eksstinktion«.



(D)

Situationen er den, at overdragelsen imellem kædens to sidste led, K<sub>2</sub> og K<sub>3</sub> er ugyldig, og endvidere den, at hvis K<sub>2</sub> tog gælds-brevet tilbage, ville K<sub>1</sub> kunne vindicere dette (eller debitor kunne fremsætte sådanne indsigelser, som han måtte have overfor K<sub>2</sub>). Reglen fastslår nu, at *selvom* K<sub>2</sub> undlader at vindicere gælds-brevet, bliver K<sub>3</sub>'s retsstilling ikke bedre end K<sub>2</sub>'s. K<sub>1</sub> kan vindicere fra K<sub>3</sub> (eller debitor kan fremsætte indsigelser overfor K<sub>3</sub>).

Ussing henviser til ordene i gælds-brevslovens § 15, men giver iøvrigt ikke nogen nærmere begrundelse for reglen, hvis reale hensigtsmæssighed han formentlig anser for ret selvfølgelig. En nærmere overvejelse synes imidlertid at vise, at det hensyn, der egentlig bærer reglen, er magtfordrejningssynspunktet. Det må ikke være således, at K<sub>2</sub>, ved at arrangere sig med K<sub>3</sub>, kan opnå, at denne beholder gælds-brevet og eksstingverer K<sub>1</sub>'s rettigheder (eller debtors indsigelser) imod, at der betales et eller andet beløb til K<sub>2</sub>.

Ud her fra føres man imidlertid ind på yderligere betragtninger. Man kunne spørge, om der ikke bør gives dette retsprincip en noget videre udformning. Ussing hævder, at reglen kun gælder, når overdragelsen er i egentlig forstand »ugyldig«, hvorved forstås, at dispositionen hverken har retsvirkning efter sit indhold eller medfører forpligtelse til at svare opfyldelsesinteressen.<sup>24</sup> At dette skal tages strengt, fremgår også af Ussings stilling til *afkræftelse*.<sup>25</sup> Det afgørende forekommer mig imidlertid at være, om der overhovedet består en mulighed for K<sub>2</sub> for at lade overdragel-

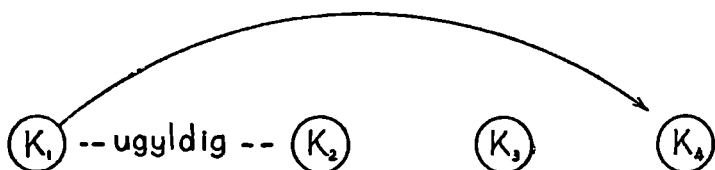
sen gå tilbage.  $K_3$ 's eksstinktion bør derfor udelukkes, ikke blot når  $K_2$  kan anfægte overdragelsen, fordi der foreligger f. eks. svig eller urigtige forudsætninger, men også når overdragelsen efter aftalens indhold kan gå tilbage p. gr. a. bristende *betingelser*. Det samme må også gælde *misligholdelse*, der berettiger  $K_2$  til at tage genstanden tilbage. Et særligt praktisk eksempel herpå er det naturligtvis, at gælds brevet er solgt under ejendomsforbehold, og at købesummen ikke erlægges. I alle tilfælde, hvor  $K_2$  kan kræve gælds brevet tilbage, mener jeg derfor, at  $K_3$ 's eksstinktion må være udelukket, selvom han får lov at beholde gælds brevet.

Medens jeg tidligere har været tilbøjelig til at betragte »genvejsreglen« som et af de øvrige magtfordrejningstilfælde uafhængigt eksempel, er jeg ved nærmere overvejelse kommet ind på, at den er ret intimt beslægtet med Orion-dommen; thi denne sags problem kan jo i virkeligheden formuleres derhen, at det drejede sig om en modregningsindsigelse, som kunne eksstingveres af Nationalbanken i kraft af pantsætningsaftalen med Diskontobanken. Derfor kunne »genvejsreglen« i den ovenfor angivne formulering komme til anvendelse. Tilfældet ville foreligge rent, såfremt pantsætningen kun havde omfattet det ene pantebrev, som Orion havde udstedt. Når det ikke er så umiddelbart iøjnefaldende, at det er denne situation, der foreligger, beror det på, at Orion-sagen drejede sig om så mange værdier, og at der derfor opstod et helt andet så at sige tværgående fordelingsproblem, nemlig mellem Orions modregningsret, Nationalbankens panteret og de andre sekundære interesser, der var knyttet til de pantsatte værdier. En udtalelse af *Arnholm* i panteretten (1942), p. 185, bestyrker mig også i, at der er en forbindelse mellem disse problemer. Som et eksempel på, at chikanebetragtningen kan medføre, at pantekreditors frie valgret beskæres, nævner *Arnholm* nemlig det eksempel, at flere værdipapirer er pantsat under eet, men at et af dem tilhører  $K_1$ , idet  $K_2$  har misbrugt sin legitimation. Hvis nu panthaveren,  $K_3$ , kræver at realisere netop dette papir, skønt han utvivlsomt og uden særlig ulempe kunne få fuld dækning af de andre værdipapirer, må man nægte ham dette. Jeg kan ikke se andet end, at dette i virkeligheden er anvendelse af »genvejsreglen«s princip. En anden sag er,

at man sikkert også i dette tilfælde må foretrække den forholdsmæssige fordeling. Hvis nemlig ikke blot eet af de mange værdipapirer, men f. eks. halvdelen, tilhører  $K_1$ , er det dog rimeligt, at skaden fordeles mellem ham og  $K_2$ 's bo.

Et andet og vigtigt spørgsmål, man kan rejse, er, om den Ussingske »genvejsregel« kan anvendes udenfor gældsbrevs læren. Jeg ser ikke rettere end, at de reale hensyn gør sig lige så stærkt gældende i andre eksstinktionstilfælde, og at spørgsmålet må besvares bekræftende. Reglen må derfor kunne anvendes både m. h. t. tinglyste rettigheder over fast ejendom og i læren om vindikation af løsøre. Den erhverver af en fast ejendom,  $K_3$ , hvis erhvervelse kan anfægtes af  $K_2$ , må derfor finde sig i, at de samme rettigheder gøres gældende imod ham, som kunne gøres gældende imod  $K_2$ , selvom han af  $K_2$  får lov at beholde ejendommen. Tilsvarende synspunkter gælder m. h. t. løsøre. Jeg kan derfor ikke være enig med *Borum*, når han i *Personretten* (1942) p. 73, antager, at den umyndiges medkontrahent ikke kan vindicere tingen fra den godtroende erhverver under påberåbelse af, at forudsætningerne for overdragelsen er bristede ved, at aftalen med den umyndige bliver ugyldig. Vel eksstingveres tilbageleveringskrav, støttet på bristende forudsætninger mellem parterne,  $K_1$  og  $K_2$ , normalt ved overdragelse til godtroende  $K_3$ ; men hvis  $K_2$  er umyndig, vil hans overdragelse til  $K_3$  jo være ugyldig.<sup>26</sup> Den umyndige og hans værge kan under disse omstændigheder være fristet til at lade  $K_3$  beholde tingen, eventuelt mod en passende dusør; men  $K_1$  må kunne vindicere tingen fra  $K_3$ , idet  $K_3$ 's ugyldige adkomst ikke kan medføre eksstinktion, selvom  $K_3$  er i god tro. Dette forekommer mig at være et ganske illustrerende eksempel på den Ussingske »genvejsregel«s anvendelse udenfor gældsbrevs læren.

Den anden sætning indenfor »genvejsreglen«, således som den blev formuleret i 1935, har efter gældsbrevsloven ikke større praktisk betydning i obligationsretten;<sup>27</sup> men interessant nok kan den stadig tænkes at have betydning m. h. t. fast ejendom og løsøre. Reglen siger, at når en trediemand kan vindicere gældsbrevet fra erhververen, må denne respektere de indsigelser og rettigheder, der kunne hævdes overfor den pågældende trediemand.



Overført på løsøreoverdragelse er situationen den, at  $K_1$  overdrager tingen ugyldigt til  $K_2$ , tingen frastjæles  $K_2$  af  $K_3$ , der videresælger den til den godtroende  $K_4$ . Her må  $K_1$  kunne vindicere fra  $K_4$ , selvom  $K_2$  lader ham beholde tingen. Et tilfælde, der lettere vil kunne forekomme i praksis, er følgende:  $K_1$  overdrager sit automobil med ejendomsforbehold til  $K_2$ , som han véd, er automobilforhandler. Forhandleren videresælger automobilet med ejendomsforbehold til  $K_3$ , der retsstridigt videresælger til  $K_4$ . Efter dansk opfattelse er forholdet nu det, at  $K_2$  kan vindicere automobilet fra  $K_4$ , medens omvendt  $K_1$ , der har solgt til en forhandler, normalt er afskåret fra at vindicere.<sup>28</sup> Hvis imidlertid overdragelsen fra  $K_1$  til  $K_2$  er ugyldig, vil  $K_1$  kunne vindicere også fra  $K_4$ , selvom  $K_2$  lader ham beholde vognen, og i overensstemmelse med det ovenfor anførte vil jeg også være tilbøjelig til at mene, at selvom overdragelsen mellem  $K_1$  og  $K_2$  ikke er ugyldig, men  $K_1$  dog p. gr. a. manglende betaling har krav på vognens tilbagelevering, vil han kunne rette sit vindikationskrav mod  $K_4$ . I begge tilfældene må der dog gælde den begrænsning, at  $K_4$  kan afværge  $K_1$ 's vindikation ved til  $K_1$  at betale det, der skyldtes til  $K_2$ .

#### NOTER

1. *Hagerup*, Den Norske Panteret (1917), p. 195, var aldeles afvisende overfor en regresordning. *Bentzon*, U.f.R. 1917 B p. 234, går derimod ind for regrestanken og anfører, at kun ved en sådan forhindres det, at kreditor forud for fyldestgørelsen lader sig betale af den ene eller den anden af parterne for at vælge det for denne gunstigste fyldestgørel-

sesobjekt. Også *Ussing*, Kaution (1928) p. 415, antager, at der må være en vis regres, hvis man skal undgå tilfældigheder eller vilkårligheder. *Vinding Kruse* fastslår, at der er indbyrdes regres, og betoner den nære analogi fra solidariske skyldforhold, *Ejendomsretten* (1933) p. 1628, (1946) p. 1490. *Arnholm* udtaler, *Panteretten* (1942) p. 184, at

- der må være regres, da en pantsætter ellers kan være fristet til at yde panthaveren en provision eller på anden måde forsøge at stemme ham venligt.
2. Jfr. nærmere *Hagerup* l. c. (1917) pp. 191 og 196; *Wrede*, Grunddragen av Sakrätten (1947) p. 468 f.; *Undén*, Svensk Sakrätt II, 2 (1948) p. 481 ff.; *Arnholm* l. c. p. 185 note 3.
  3. *Frost*, Alternative Auktionsopraab, U. f. R. 1935 B p. 176.
  4. Ovnfr. note 1 og ndfr. note 21.
  5. Modregning i Konkurs pp. 102, 106, 109, 110, 118-19, 121.
  6. Illums betragtning finder også anvendelse på konkursretlige situationer, hvor den magtudøvende selv er den ene af de to parter, hvem tabet kan ramme. *Ussing*, U. f. R. 1934 B p. 256, vil ikke akceptere Illums lære, men erkender vanskelighederne ved at opstille en tilfredsstillende løsning.
  7. *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, X. Bd. Jena 1871, pp. 245-354.
  8. F. eks. p. 315 f. og p. 329 om pant i flere genstande. Magthaverens mulighed for at skaffe sig ekstra fordele, jfr. ndfr. ved note 11, omtales dog ikke direkte.
  9. Af eksempler, hvor Ihering i virkeligheden må give op, kan anføres, at ejeren af en ejendom, der har en udsigtsservitut over en anden ejendom, giver tilladelse til høj bebyggelse, skønt udsigten fra en tredje ejendom herved forringes, pp. 250, 255, 256, 258 og 272. I en række andre tilfælde finder Ihering løsninger nok, f. eks. m. h. t. trediemandsretshandler, p. 252, eftergivelse overfor en af flere solidariske skyldnere, p. 258, ejerpantproblemet, p. 263, res judicata ved solidaritet og procesfællesskab, p. 262-63, og afkræftelse af dispositioner i strid med kreditorens eller arvingers ret, p. 320 f.
  10. *Hurwitz*, U. f. R. 1937 B p. 24.
  11. Se note 1.
  12. Det samme gælder også, hvis der er tale om efterstående brugere, servitutberettigede eller lignende. Problemet kan forøvrigt let opstå m. h. t. pantsætning af fast ejendoms tilbehør.
  13. Således også *Ussing*, Kaution, p. 415 note 56; *Troels G. Jørgensen*, T. f. R. 1929 p. 507.
  14. Se om spørgsmålet Norske Motiver (1890) p. 361; *Bentzon*, U. f. R. 1917 B p. 236; *Ussing*, Kaution (1928) p. 415; Rigsdagstidende, til. A 1928-29, sp. 3690; *Vinding Kruse*, Ejendomsretten (1933) p. 1630 og 2. udg. p. 1493.
  15. Se *Vinding Kruse*, Ejendomsrettens 2. udg. p. 1493, og *Hurwitz*, U. f. R. 1937 B, p. 17 ff. med literaturangivelser. Højesteret har i sin dom i sagen mod landsretssagfører Scheel-Jensens dødsbo, U. f. R. 1937 p. 91, T. f. R. 1937 p. 223, antaget, at der ikke på forsikringsaftalelovens bestemmelser kan støttes et regreskrav mod forsikringstagerens bo. Dommen havde ikke lejlighed til at komme ind på spørgsmålet om forholdsmæssig fordeling. Østre Landsrets dom, U. f. R.

- 1933 p. 342, går imod forholds-  
mæssig fordeling. *Hurwitz* l. c.  
p. 25, vil kun anvende forholds-  
mæssig fordeling i visse særlige  
undtagelsestilfælde, f. eks. når  
boet er solvent. Da alle pante-  
forpligtelser bortfalder ved ind-  
frielsen, kan der dog vist næppe  
rejses spørgsmål om en forholds-  
mæssig fordeling til fordel for  
solvente boer.
16. Dette fremhæver *Hurwitz* l. c.  
p. 26. I noten til *Scheel-Jensen-*  
*dommen*, U. f. R. 1937 p. 92, ud-  
tales det også, at særlige hensyn  
synes at have gjort sig gældende  
i 1904-sagen.
17. Sikkerheden i varelageret be-  
roede ikke på en sædvanlig pant-  
sætningsaftale, men bestod i det  
væsentlige i udlæg, foretaget i  
henhold til et forlig, ved hvilket  
der samtidig var givet pant i den  
pågældende police. Ved at fore-  
tage et udlæg i en så stor del af  
varelageret, at der var fuld dæk-  
ning for fordringen, havde kre-  
ditor altså allerede truffet sit  
valg, og han synes at måtte  
være således bundet af dette, at  
han ikke vilkårligt kunne ændre  
hele situationen og ensidigt ven-  
de sig mod forsikringspoliceen,
- der tydeligt i de pågældende do-  
kumenter var opfattet som et  
rent accessorium.
18. *Ussing*, Alm. Del (1942) p.  
522 f.; Udkast til Lov om Gælds-  
ordning § 98, smh. *Rasting*,  
U. f. R. 1949 B p. 227.
19. *Arnholm*, Panteret (1942) p.  
238 f.; *Hartsang*, Virkningen av  
Panthaveres Utløsning, T. f. R.  
1947 p. 206 ff. og 572.
20. Jfr. note 5.
21. I dansk litteratur har alene *Ju-  
lius Lassen* været inde på pro-  
blemet, idet han i *Almindelig*  
*Del* (1917) pp. 600 og 606, an-  
førte to enkelte udslag af det  
langt mere omfattende princip,  
som *Ussing* senere formulerede.
22. U. f. R. 1935 B p. 78, jfr. Alm.  
*Del* (1937) p. 181 f.
23. Alm. Del (1942) p. 283.
24. *Aftaler* (1945) p. 318.
25. Alm. Del (1942) p. 284.
26. Der bortses fra det ekstraordi-  
nære tilfælde, at  $K_2$ 's værge med-  
virker ved overdragelsen; thi  
dette får også indflydelse på  
 $K_1$ 's retsstilling.
27. Jfr. nærmere *Ussing* Alm. Del  
(1942) p. 283.
28. *Illum*, Ejendomsforbehold (1946)  
pp. 70-74.

# Till frågan om skadestånd utanför kontraktsförhållanden inom den internationella privaträtten

Av Åke Malmström

## I.

För den, som vill med några rader om ett ämne från den internationella privaträtten bidra till en festschrift för *Henry Ussing*, ligger det nära till hands att välja frågan om den internationellt privaträttsliga behandlingen av skadestånd utanför kontraktsförhållanden. Inom den internationellt privaträttsliga litteraturen brukar detta spörsmål betraktas såsom relativt enkelt, »one of the simpler topics in the Conflict of Laws».<sup>1</sup> På sätt och vis är detta också riktigt. Man rör sig ju inom doktrinen på det kollisionsrättsliga området över huvud taget med stora sammanhängande problemkomplex, beträffande vilka läget ofta är synnerligen oklart och flytande, och frågan om skadestånd utanför kontraktsförhållanden tillhör åtminstone icke de mest komplicerade och omstridda utan kan med fog anses vara enklare än exempelvis frågan om det s. k. skuldstatutet i kontraktsfallen. Icke desto mindre är naturligtvis spörsmålet om det utomkontraktuella skadeståndets kollisionsrättsliga behandling i och för sig både omfattande och invecklat. Såsom nära nog alltid inom internationell privaträtt försvåras diskussionen därav, att det är ytterst vanskligt att bedöma olika tänkbara reglers praktiska verkningar. I denna korta uppsats kan icke någon uttömmande behandling eftersträvas, utan framställningen får begränsas till en del allmänna iakttagelser och synpunkter.

I sin kända »Handbuch des internationalen Privatrechts» uttalar *Schnitzer*, att de anspråk, som grundas på »unerlaubte Handlung», historiskt genomgått en intressant förvandling. Skadestånds-



anspråken ansågos en gång i tiden underställda gärningsmannens eller den skadelidandes stamrätt. Senare ledde parallellen med straffrätten till användning av *lex fori*. Denna grundsats har dock skjutits åt sidan av den princip, som i stället blivit den dominerande, nämligen principen om tillämpning av *lex loci delicti commissi*.<sup>2</sup> Det refererade uttalandet ger dock knappast en fullt adekvat bild av utvecklingen. Att stamrättsprincipen på ett tidigt stadium var en allmänt härskande kollisionsprincip är välkänt, och att senare *lex fori* blev rådande var en generell företeelse. De begynnande kollisionsreglerna under medeltiden betyda en viss frigörelse från *lex fori*, men även i fortsättningen har domstolens egen lag naturligtvis alltid framstått som ett nära till hands ligande alternativ. S. hänvisar nu faktiskt som belägg för sina ord om *lex fori* blott till Wächter och Savigny och åsyftar därför kanske närmast dessas under 1800-talet gjorda uttalanden till förmån för denna lags användning. Man kan av S. samtidigt dock få det intrycket, att satsen om *lex loci delicti commissi* skulle vara en tämligen ny princip. Så är det likväl icke. Den kan spåras redan hos medeltidens kanonister och statutister,<sup>3</sup> om den än till en början torde ha helt verkat i kombination med den processuella principen om kompetens för *forum delicti commissi*, så att resultatet tillika blev en användning av *lex fori*. I fortsättningen har den självständiga tanken om materiell tillämpning av *lex loci delicti* så småningom arbetat sig fram, ehuru den säkerligen alltid fått kämpa med tendenserna att falla tillbaka på *lex fori* såsom sådan.

Huru nu utvecklingen än i enskildheter förlöpt, så står fast, att regeln om *lex loci delicti commissi* beträffande skadestånd utanför kontraktsförhållanden blivit den härskande i nutiden. Det har föga inverkat, att icke blott Wächter utan även Savigny i detta stycke försvarade principen om *lex fori*. »So nachhaltigen Einfluss Savignys Doktrin auf die kollisionsrechtliche Behandlung der Vertragsobligationen ausgeübt hat, so gering war ihre Wirkung auf dem Gebiete der Deliktsobligationen«, konstaterar för tysk rätt Lewald.<sup>4</sup> Detta betyder självfallet icke, att ett alldeles enhetligt system slagit igenom överallt. Varianter och undantag kunna lätt iakttagas. Dessutom står ju fortfarande *lex fori* kvar som en tänkbar lösning.

Det kan ha sitt intresse att försöka vinna en om än summarisk överblick över de viktigaste förekommande eller föreslagna sätten att lösa frågan om tillämplig lag beträffande skadestånd utanför kontraktsförhållanden. Jag skall i det följande söka ordna dessa lösningar i ett slags serie hellre än att fördela dem i två eller tre logiskt strängt åtskilda kategorier. Någon fullständighet åsyftas icke, och nordisk rätt lämnas tills vidare utanför. Vidare bör påpekas, att vad jag har i tankarna är frågan om en generell regel, användbar som huvudgrundsats på området; mera speciella typer av skadeståndssituationer kunna icke särskilt behandlas här.

(1) Det har redan nämnts, att Savigny förordade tillämpning av *lex fori*. Han intog denna ståndpunkt, trots att detta betydde, att han måste göra ett undantag från sin huvudregel, att giltigheten hos en obligation skulle bedömas efter den lokala rätt, vilken obligationen (enligt hans mening) överhuvud var underkastad, d. v. s. efter omständigheterna lagen på uppfyllelseorten eller lagen på platsen där obligationen uppkommit eller lagen på gäldenärens domicilort.<sup>5</sup> Savigny lärde nämligen, att de på delikt tillämpliga lagarna alltid vore att hänföra till vad han kallade de tvingande, strängt positiva lagarna och att domaren sålunda alltid måste följa sin egen interna rätt i detta stycke.<sup>6</sup> Han var likväl fullt medveten om att detta medförde, att »in solchen Fällen sehr häufig eine bedeutende Macht in die Hände des Klägers gelegt wird, indem dieser oft die Wahl zwischen mehreren Gerichten hat, also auch dadurch bestimmen kann, welches unter mehreren örtlichen Rechten zur Anwendung kommen soll».<sup>7</sup> Det vill synas, som om hans åsikt starkt influerats därav, att han bland deliktsoptionerna särskilt fäst sig vid ett fall, som nutilldags i mera avancerade rättsordningar icke alls föres in under den motsvarande moderna kategorien »skadestånd utanför kontraktsförhållanden», nämligen förpliktelserna på grund av utomäktenskapligt könsumgänge. Där stod Savigny inför starkt divergerande principer i de olika rättsordningarnas materiella regler. En av dessa principer var den dåtida franska: »la recherche de la paternité est interdite» (Code civil art. 340), vilken princip stod i stark motsats till vad som gällde i de flesta andra länder. Det låg ju nära till hands att i varje land uppfatta principerna på detta område som varande »von zwingender, streng positiver Natur».<sup>8</sup>

Ovan har antytts, att Savignys *lex-fori*-grundsats vunnit ringa framgång. Helt utan inflytande var Savignys lära dock naturligtvis icke. Grekisk rätt tog intryck därav bl. a. i en lag 1856, och den grekiska rätten synes ha följt Savigny ända fram till den nya civillagen på 1940-talet, vilken brutit med den äldre ståndpunkten.<sup>9</sup>

(2) Därefter kan man uppmärksamma den kombination av *lex fori* och *lex loci delicti commissi*, som präglar engelsk (men ej nordamerikansk) inter-

nationell privaträtt. Den ståndpunkt, som framträder i engelsk praxis, har beskrivits som »a common sense comprise between the unqualified *lex loci delicti* theory and the *lex fori* theory».<sup>10</sup> Den innebär, att två villkor uppställas: a) »the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England», och (b) »the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done».<sup>11</sup> Det är delvis oklart, vad detta betyder, särskilt hur rekvisitet »justifiable» eller kanske rättare »not justifiable» skall tolkas. Frågan gäller, huruvida »not justifiable» betyder detsamma som »actionable» eller icke.<sup>12</sup> Full klarhet synes icke ha nåtts, och det är därför svårt att fastslå, om engelsk rätt kan anses behandla *lex fori* och *lex loci delicti commissi* som två jämställda komponenter eller måhända snarare får sägas lägga främsta vikten vid *lex fori* och låta *lex loci* blott i viss mån modifiera denna. Att märka är, att skadeståndsberäkningen i England övervägande torde anses höra till processrätten och därför falla under *lex fori*.<sup>13</sup>

Den engelska ståndpunkten synes råda även i Kanada.<sup>14</sup>

(3) Ibland förekommer en kumulation av *lex loci delicti* och *lex fori*, vilken är så konstruerad, att den förra lagen framträder som den principiellt grundläggande, under det att *lex fori* mera har karaktären av blott modifierande. I huru hög grad ett dylikt system i praktiken skiljer sig från exempelvis det engelska systemet, är dock svårt att säga utan ingående undersökningar.

Såsom uttryck för en kumulation av denna typ kan man anföra följande regel, hämtad ur art. 25 av den kinesiska lagen den 5 aug. 1918 om tillämpning av främmande lagar i Kina: »Les obligations nées d'actes illicites sont régies par la loi du lieu où ces actes ont été commis, mais cette disposition ne s'applique pas si ces actes ne sont pas considérés comme illicites par la loi chinoise». Hänsynen till *lex fori* kommer ytterligare fram genom tillägget: »Les recours et demandes d'indemnités basés sur ces actes ne peuvent excéder ce qui est admis par la loi chinoise».<sup>15</sup> Samma principer hade redan tidigare upptagits i den japanska lagen den 15 juni 1898 innehållande allmänna regler om lagarnas tillämpning, art. 11, och ett stadgande snarlikt det japanska har sedermera införts i 1939 års rätt uppmärksammade siamesiska lag om internationellt privaträttsliga förhållanden, art. 15.<sup>16</sup>

En kumulationsregel av mera vag innebörd återfinnes i det mellan ett antal sydamerikanska stater slutna fördraget i Montevideo 1940.<sup>17</sup>

(4) Härfter må nämnas det slag av reglering, som låter tyngdpunkten ligga helt och hållet på *lex loci delicti* och nöjer sig med att modifiera denna lags tillämpning endast för speciella fall genom vissa undantags- och skyddsregler för de egna medborgarna i domstolslandet. Inom ramen för ett sådant system kan man dock finna flera varianter. Några må nämnas.

(a) Undantag från huvudregeln kan göras på så sätt, att skada som är

gjord av medborgare i det egna landet och som drabbat annan medborgare i samma land skall bedömas enligt *lex fori*, även om skadegörelsen inträffat utom landets gränser, med hänsyn därtill att sagda lag tillika är parternas gemensamma *lex patriae*. På sina håll ha tendenser i denna riktning förmärkts (om nordisk rätt se nedan).<sup>18</sup> Under senaste världskrig utfärdades i Tyskland en förordning med sådant innehåll.<sup>19</sup> Regeln verkar tydligen ibland till förmån för den skadelidande, ibland till förmån för skadevällaren.<sup>20</sup>

(b) Undantagsregeln kan ha till syfte uteslutande att skydda egna medborgare, som orsakat skada, mot för stränga utländska skadeståndsmaximer. Man låter då vid skadeståndsanspråk mot medborgare i domstolslandet — oavsett den skadeståndskravandes nationalitet — innehållet i *lex fori* bilda en övre gräns.

Så är fallet i det tyska stadgandet i Einführungsgesetz zum BGB, art 12: »Aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.«

Huvudregeln om gärningsortens lag är i detta stadgande uppenbarligen förutsatt men har lämnats oskriven, och endast modifikationerna uttalas. Då denna inträder oberoende av den skadelidandes nationalitet och innebär en utpräglad privilegiering av de egna landsmännen, kan den ju sägas gå ganska långt. Bestämmelsen har också icke blott vållat tolkningssvårigheter utan även i tysk doktrin ofta kritiserats.<sup>21</sup>

Bestämmelsen har dock efterbildats i ett på 1940-talet tillkommet ungerskt förslag till lag om internationellt privaträttsliga förhållanden, framlagt av professor *Stefan Szászy*.<sup>22</sup>

(5) Synnerligen vanligt är, att *lex loci delicti* uppställs som uteslutande princip för det utomkontraktuella skadeståndet. Man får dock icke förbise, att man därvid i allmänhet får räkna med det sedvanliga generella förbehållet för ordre public (public policy) såsom underförstått.<sup>23</sup> I flera länder följer detta förbehåll direkt ur en allmän lagregel om ordre public.<sup>24</sup> Detta kan leda till en viss, i regel dock tämligen begränsad kumulation med *lex fori*.<sup>25</sup>

En — med denna reservation — allmän tillämpning av *lex loci delicti* synes följa bl. a. ur art. 15 (25) av den nya italienska civillagens dispositioni sull' applicazione delle leggi in generale, där det i andra stycket heter: »Le obbligazioni non contrattuali sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano.«<sup>26</sup> I generell form är regeln uttalad även i Greklands nya civillag från 1940-talet, art. 26, som i fransk översättning lyder: »Les obligations délictuelles sont régies par la loi de l'Etat, dans lequel le délit a été commis.«<sup>27</sup> Även 1926 års bekanta polska lag om internationellt privaträttsliga förhållanden låter — efter att ha i artt. 7-10 reglerat kontraktsobligationerna — nyssnämnda grundsats råda utanför kontraktsområdet genom art. 11 mom. 1: »Les obligations

nées de délits ou autres faits juridiques, sont soumises à la loi de l'État, dans lequel s'est passé la fait engendrant l'obligation.»<sup>28</sup>

Över huvud taget är det så, att grundsatsen om *lex loci delicti commissi* kan anses accepterad på de flesta håll, antingen utan modifikationer eller, någon gång, med sådana undantag som berörts under 4. Grundsatsen är nämligen antagen också i en rad stater, där bestämmelser i skriven lag saknas.<sup>29</sup> Från *lex loci delicti* utgår också i princip *Código Bustamante* i art. 168,<sup>30</sup> och reglerna i *American Law Institute's Restatement of the Law of Conflict of Laws* vila i stort sett på samma tankegång (tillämpning av the law of the place of wrong).<sup>31</sup> Så synes även vara fallet med praxis i U. S. A.<sup>32, 33</sup>

Det bör anmärkas, att en allmän reservation för *ordre public* naturligtvis kan tillämpas så, att den leder till ungefär någon av lösningarna under 4.<sup>34</sup> Men i allmänhet torde *ordre public* betyda en väsentligt mera begränsad substitution eller modifikation av *lex loci delicti* med hjälp av *lex fori*.

(6) Slutligen kan man tänka sig en huvudprincip, som icke är någon verklig huvudregel alls utan helt enkelt hänvisar till en fri avvägning i varje särskilt fall för bestämmande av »the proper law«, sålunda samma individualiserande metod (»principlöshetens princip«) som numera vunnit rätt stor anslutning beträffande kontraktsförhållanden.<sup>35</sup> Denna lösning har dock icke hittills spelat någon nämnvärd roll för det utomkontraktuella området.

## II.

Den föregående översikten har huvudsakligen avsett att redovisa de viktigaste lösningarna. Den har icke åsyftat att fullständigt återgiva alla tänkbara möjligheter.<sup>36</sup> Vidare har någon diskussion av reglernas detaljer, t. ex. den närmare bestämningen av den plats, som skall anses vara »locus delicti«, icke kunnat ske; härom skulle mycket kunna sägas. Översikten gör icke heller anspråk på att uttömmande angiva de olika lösningarnas faktiska spridning. Så mycket har dock redan framgått, att principen om *lex loci delicti commissi* numera har en helt dominerande ställning. En kollisionsregel av typen 5 eller stundom typen 4 är alltså den härskande i de flesta länders lagstiftning och (eller) praxis, i den mån i de olika länderna något så när klara grundsatser över huvud taget utbildats, och doktrinen förordar i allmänhet *lex loci delicti commissi*.<sup>37</sup>

Hittills har nordisk rätt lämnats utanför framställningen. Vilken position har man då intagit i Norden? Även här hos oss dominerar regeln om *lex loci delicti commissi*.<sup>38</sup> Grundsatsen är visserligen icke lagfäst men kan anses ingå i den härskande uppfattningen åtminstone i Sverige och väl även i Danmark och Finland. Läget i Norge är mera oklart.

Nyare svensk praxis i högsta instans är, mig veterligen, i den behandlade frågan helt konsekvent och får sägas representera lösningen 5. I två

fall från 1930-talet har Sveriges högsta domstol haft att bedöma de skadeståndsrättsliga följderna av sammanstötningar i Norge mellan motorfordon, förda av svenskar. Trots parternas svenska nationalitet tillämpade domstolen båda gångerna norsk rätt. Fallen återfinnas i NJA 1933 s. 364 och 1935 s. 585.<sup>39</sup> Regeln framträder dessutom i NJA 1936 s. 291. Det gällde där en kollision mellan ett svenskt och ett danskt fartyg i engelskt farvatten (Themsen). Den danske redaren stämde in den svenske redaren till svensk domstol och yrkade skadestånd. Svaranden invände bl. a., att hans fartyg anlitat engelsk tvångslots och att han enligt svensk sjörätt icke vore ansvarig för fel begångna av tvångslots. Vid en rättegång mot svensk redare vid svensk domstol rörande skada på grund av fartygssammanstötning borde, menade han, *lex fori* vinna tillämpning. Käranden stödde sig åter på engelsk rätt såsom *lex loci delicti* (och enligt engelsk rätt, sådan den var fr. o. m. 1918, var redaren ansvarig). I samtliga instanser tillämpades (utan meningsskiljaktighet) engelsk rätt.<sup>40</sup>

Vad dansk praxis beträffar, känner jag icke något rättsfall, där problemet klart ställts på sin spets. I en dom av Østre Landsret, refererad i U. f. R. 1932 s. 652, gällde det en skada, som uppkommit under ett danskt sällskaps jaktutflykt i Sverige. A:s och B:s hundar hade råkat i slagsmål. Då ägarna skulle skilja dem åt, bet B:s hund A i ett finger. A:s skadeståndsanspråk mot B ogillades, i det att det varken efter svensk eller dansk rätt ansågs föreligga stöd för att pålägga B ansvar. Ett av Borum dessutom nämnt fall i U. f. R. 1931 s. 1081 säger icke heller mycket. Kanske man dock har rätt att hänvisa också till en av Borum icke återopad dom av Østre Landsret, refererad i U. f. R. 1937 s. 414. Målet gällde en skada, som uppkommit vid en bilolycka i Norge. Kärande var bilens passagerare, en engelsk affärsman bosatt i Prag, och svarande bilens förare och ägare, båda danskar. Här bestod visserligen ett kontraktsförhållande mellan bilföraren och passageraren (avtal om passagerarens befordran under affärsresa i Skandinavien), men när domstolen ansåg norsk rätt tillämplig, var detta väl dock en återverkan av principen *lex loci delicti*. För att sammanfatta det sagda, får man förmodligen, icke minst på grund av Borums ståndpunkt, antaga att principen om *lex loci delicti* skulle i stort sett tillämpas, om problemet aktualiserades.<sup>41</sup>

I fråga om norsk praxis knyter sig särskilt intresse till den kända s. k. Irma-Mignon-saken, refererad i NRt 1923 II s. 58.<sup>42</sup> Det gällde där en sammanstötning år 1916 mellan de två norska fartygen »Irma» och »Mignon» på floden Tyne i England. Det ena fartyget hade tvångslots, och kollisionen berodde på fel från tvångslotsens sida. Tvisten rörde endast frågan, huruvida redaren var ansvarig för tvångslotsens felaktiga förfarande. Frågan var att besvara jakande efter norsk rätt men nekande efter engelsk rätt, sådan denna var beskaffad vid kollisionstillfället. Förhållandet ansågs i rättsfallet ha sin största anknytning till Norge, varför norsk rätt tillämpades (enhällighet i Høiesterett, annan utgång i underinstansen). Ett annat

fall då däremot skadeplatsens lag kom till användning, framgår av NRt 1938 s. 691. En norsk bil hade i detta fall kolliderat på en tysk landsväg med en tysk motorcykel, vars förare blev skadad. Här ansågs tysk rätt tillämplig.<sup>43</sup> Läget är sålunda icke klart. Man skulle kunna frestas att uppfatta fallen som uttryck för en huvudregel om *lex loci delicti*, modifierad i huvudsaklig överensstämmelse med 4 a ovan. Men man skulle också, med betydligt större rätt, kunna se dessa fall som belägg för en individualiserande metod, låt vara förenad med en naturlig dragning åt *lex loci delicti*.<sup>44</sup> Riktigast är väl att icke bygga några alltför bestämda allmänna påståenden på ett så sparsamt material men nöja sig med att säga, att materialet i varje fall knappast kan leda längre än till konstaterandet av en stark tendens i individualiserande riktning.

### III.

En kritisk bedömning av den fråga, som är föremål för denna uppsats, har sina svårigheter, om den skall tränga till botten och skall utföras efter moderna metodiska riktlinjer. Redan från början stöter man på ett allmänt spørsmål: finnes det någon djupare anledning att inom det internationellt privaträttsliga systemet skilja mellan skadestånd i och utom kontraktsförhållanden? Säkerligen har ju den principiella motsättningen mellan dessa båda skadeståndsområden ofta överdrivits; ur viss synpunkt består ingen verkligt grundläggande olikhet.<sup>45</sup> Men det lär samtidigt icke kunna förnekas, att det finnes åtskilliga systematiska och praktiska skäl, vilka tala för att man alltjämt praktiskt måste bygga på en dylik gränsdragning.<sup>46</sup> Vad den internationella privaträtten beträffar får man icke glömma, att distinktionen är fast rotad dels i de flesta länders interna rätt (låt vara att gränsen i enskildheter varierar), dels i den internationella privaträttens egen historiska tradition och gängse utformning samt i den förekommande rättslitteraturen. Detta gör, att det i varje fall skulle vara alldeles orealistiskt att tänka sig, att det skulle vara möjligt att inom överskådlig tid praktiskt slopa den nämnda distinktionen, även om man ville det. Den måste bibehållas som en första praktisk orienteringslinje.

Emellertid måste det nyss sagda genast förtydligas därhän, att man tillika måste ha klart för sig, att distinktionen ingalunda får uppfattas som någon entydig och knivskarp gräns. Den är tvärtom i många avseenden oklar och kan lätt leda till tolkningsproblem (spørsmål om »kvalifikation«).<sup>47</sup> Den ger sålunda i och för

sig endast en första, mera grov sortering av skadeståndssituationerna. Denna sortering måste kompletteras med en närmare undersökning, som först och främst måste klarlägga, vilka fall som ur kollisionsrättslig synpunkt faktiskt — inom olika rättssystem — räknas till den ena och den andra kategorien. Vidare måste denna närmare fördelning, vilken i olika länder genomföres på något olika sätt, kritiskt granskas med tanke på dess verkningar och dess ändamålsenlighet ur internationellt privaträttslig synvinkel. En sådan undersökning är svår redan därför, att det är svårt att klart fastställa verkningarna av olika regelalternativ. Vidare äro ändamålssynpunkterna icke en gång för alla fastslagna utan bero på en i viss mån skönsmässig bedömning.

Det är emellertid ofrånkomligt, att gränsen till kontraktsfallen i åtskilliga hänseenden är flytande. Ytterligare måste beaktas, att vissa situationer, som ibland räknas (eller ha räknats) till de utomkontraktuella skadeståndsfällen, efter en annan uppfattning kanske kunna vara att hänföra under en annan icke förmögenhetsrättslig rubrik, låt oss säga en familjerättslig. Ett exempel är anspråk på grund av utomäktenskapligt konsumgänte (jämför vad ovan sagts om Savigny). All denna närmare precisering, tolkning, »kvalifikation« eller vad man vill kalla det är uppenbarligen av allra största vikt.<sup>48</sup> Här tillåter utrymmet dock icke någon egentlig behandling. Jag vill endast framhålla, att man praktiskt sett torde kunna taga fasta på ett visst allmänt accepterat »kärnområde« inom det utomkontraktuella skadeståndsfältet, för att sedan göra gränsdragningen i periferien till föremål för särskilda undersökningar. Såsom kärnområdet betraktar jag då framför allt vad *Henry Ussing* kallar »integritetskrænkelser«, d. v. s. »krænkelser af det menneskelige legemes og tingenes integritet«.<sup>49</sup>

I utländsk rätt och utländsk litteratur talar man vanligen om skadestånd på grund av »delikt«, om »deliktsobligationer«, förpliktelser förorsakade av »unerlaubte Handlungen« o. s. v.; ofta skiljer man därtill mellan »délits« och »quasi-délits« m. m. Den terminologi och därmed förknippade begreppsapparat, som sålunda förekommer, framstår ur nordisk synpunkt som onödigt stel och fastlåst och därmed olämplig.<sup>50</sup> Det är en viss risk för att de kollisionsrättsliga frågeställningarna därigenom i onödan kompli-



ceras. Icke alltid torde terminologien dock täcka en verkligt »deliktuell« uppfattning av sakspörsmålet, och man behöver naturligtvis icke av teoretiska skäl förkasta den gamla termen *lex loci delicti*, som ju vunnit hävd, i varje fall icke om man ej tror sig kunna finna en bättre, som kan antagas ha förmåga att slå igenom. Men man måste enligt min mening ur kollisionsrättslig synpunkt intaga en kritisk hållning till de internt civilrättsliga begreppen och undersöka, vilka av dem som kunna ha kollisionsrättslig relevans. Även i och för sig — för närvarande — ofrånkomliga civilrättsliga distinktioner, exempelvis mellan culpaansvar och strikt ansvar, behöva ju icke med nödvändighet återspeglas i kollisionsreglerna. Om med hänsyn till anknytningsmomenten och värderingen av dessa läget är likartat, är det en fördel att slippa belasta den internationella privaträtten med flera begrepp och regler än som verkligen erfordras. Särskilt gäller detta naturligtvis vid formulering av lagregler o. dyl. Det skall också erkännas, att det förekommer åtskilliga sådana formuleringar, som undvika att mera ingående återgiva särskilda civilrättsliga distinktioner. Vi ha ju redan sett, hur man t. ex. i den italienska civillagen helt enkelt talar om »obbligazioni non contrattuali«. <sup>51</sup>

Naturligtvis är därmed icke påstått, att det är alldeles säkert, att man når de bästa resultaten i praktiken med en enda enhetlig kollisionsregel för alla »obbligazioni non contrattuali«. Detta måste nog överbägas, och det måste erkännas, att en term som den citerade strängt taget språkligt sett är ytterst vidsträckt.<sup>52</sup> Jag har tills vidare endast hävdad, att man icke får känna sig bunden av gamla begrepp om »delikt«, »quasi-delikt«, »ansvar för rättsenlig handling« o. s. v.

Vad sedan angår den antydda frågan, om det kan vara lämpligt att söka reglera hela området för utomkontraktuellt skadestånd genom en enda kollisionsrättslig huvudregel (låt vara kanske modifierad i en eller annan detalj), så är denna fråga naturligtvis rätt svår att bedöma. En väg att angripa den har emellertid redan i det föregående rekommenderats, nämligen den att taga fasta på det utomkontraktuella skadeståndsfältets »kärnområde«, integritetskränkningarna, och att sedan göra gränsdragningen beträffande ytterområdena till föremål för särskilda undersökningar.

Det har förut visats, att man hittills i stort sett hävdade en bestämd huvudregel om *lex loci delicti* för ett vidsträckt, tämligen oklart avgränsat fält av »obligazioni non contrattuali«, »unerlaubte Handlungen«, »délits« och »quasi-délits«, »torts« etc. Omöjligt är det kanske icke att för kollisionsrättens vidkommande finna en väsentligen formell bestämning på komparativ grund av regelns räckvidd.<sup>53</sup> Men vid en fri bedömning *de lege ferenda* — då man måste fråga sig, om en fix huvudregel skall bibehållas, om tvärtom enheten bör sprängas till förmån för speciella kollisionsregler för olika typsituationer eller om den individualiserande metoden bör bli ledstjärnan även inom denna del av den internationella obligationsrätten — måste man rimligen åtminstone på ett ungefär söka avgöra, huru stort område man skulle vara benägen att lägga in under en eventuell huvudregel (eller ett sammanhängande regelkomplex) rörande utomkontraktuellt skadestånd. Det förefaller mig då riktigast att gå den nyss antydda vägen att börja med en undersökning av »kärnområdet«.

Gör man detta, torde man befinna sig på samma linje som den mer eller mindre intuitiva historiska utvecklingen inom internationell privaträtt. Man skall då också finna, att det verkligen beträffande detta kärnområde föreligger många starka skäl till förmån för en klar huvudregel om *lex loci delicti*. Så ter sig saken åtminstone för den, som har en viss allmän sympati för något så när bestämda kollisionsnormer, där sådana kunna uppställas, och helst vill undvika alla reglers upplösning antingen i undantag och undantag från undantag eller i en rent individuell prövning av varje uppdykande fall.

Till en början kan det påpekas, att man särskilt beträffande det omtalade kärnområdet knappast på samma sätt som inom kontraktsområdet har den mängd av betydelsefulla särskilda anknytningsfakta, vilka i ständigt växlande kombinationer ge varje fall dess särprägel. Man har ej heller att göra med partsviljan i alla dess schatteringar. Bland de mera lätt iakttagbara omständigheterna dominerar utanför kontraktsområdet platsen för skadegörelsen mera påtagligt, än vad inom detsamma exempelvis avtalsplatsen eller uppfyllelseorten gör. Kanske bör man också påminna om att inom intern rätt reglerna om skadestånd utanför kontrakts-

förhållanden bruka vara mera ensartade än hela raden av institut grundade på avtal. Det förefaller därför, som om utanför kontraktsfallen behovet av en individualisering icke vore lika starkt; samtidigt kvarstå ju nackdelarna av individualiseringen: risker för godtycke och rättsosäkerhet.

Det finnes ytterligare en lång rad argument, som tala för *lex loci delicti* och som strax skola beröras. Av hänsyn till nyss antydda risker och med en antecipation av nu åsyftade argument skulle jag redan nu vilja uttrycka den ståndpunkten, att det lämpligaste är att icke ge den individualiserande metoden fritt spelrum utan att snarare bibehålla *lex loci delicti* som en klar huvudregel åtminstone för integritetskränkningarna (och antagligen ett gott stycke därutöver).<sup>54</sup> Den kan dock kanske tåla en eller annan detaljmodifikation, och den kan särskilt utanför kärnområdet eventuellt kompletteras med vissa specialregler för en del typsituationer. Här kommer den redan tidigare berörda frågan tillbaka om den naturliga räckvidden för en allmän regel om utomkontraktuellt skadestånd. Denna bör naturligtvis icke omfatta sådana fall, där man endast med hjälp av fiktioner får fram någon *locus delicti* eller där läget av andra skäl är väsentligt annorlunda beskaffat än inom kärnområdet. Att det över huvud taget icke finnes anledning att låta *lex fori* bli huvudregel synes mig tydligt.<sup>55</sup> En modifikation av *lex loci delicti* genom generalklausulen om *ordre public* enligt domstolslandets internationella privaträtt förefaller däremot oundviklig. Om man bör göra sådana modifikationer, som ovan berörts under 4 a och b, är åter något som redan vid en omedelbar betraktelse ter sig högst tvivelaktigt. I detta hänseende torde en klarare bedömning vara möjlig, om man närmare går in på de nyss åsyftade särskilda argumenten just för *lex loci delicti*.

Det ligger då nära till hands att först erinra om den långa traditionen till förmån för denna regel och härtill foga det påpekandet, att bakom denna tradition måste antagas ligga en lång erfarenhet, som kommit traditionen att sprida sig och hålla sig vid makt. Argumentet är vagt och väl i och för sig icke avgörande men bör å andra sidan icke sakna betydelse.

En allmän fördel med regeln om *lex loci delicti* är dess relativa enkelhet. En viktig synpunkt är vidare, att denna regel leder till

en i princip enhetlig lösning, oberoende av den omständigheten, huruvida saken tages upp till domstolsprövning i det land, där skadan skett, eller i något annat land. Som en given utgångspunkt får man ju antaga, att saken alltid (eller nästan alltid) kan tagas upp i det förra landet, d. v. s. att dess domstolar anse sig behöriga (med iakttagande av landets interna forumfördelning). Vidare får man antaga att, om saken där tages upp, nämnda lands rätt också i materiellt avseende kommer att tillämpas. För enhetligheten är det då tydligen en klar vinning, att samma lands rätt tillämpas också i sådana fall, då saken bringas inför domstol i annan stat. Därmed blir det också omöjligt för den skadelidande att välja forum med hänsyn till var han kan få ut högsta skadestånd. Man brukar ju sträva efter att undvika dylika valmöjligheter för kär- andeparter, och kunna de icke undvikas, så brukar detta anses vara en i och för sig föga önskvärd konsekvens, något som redan Savigny gav uttryck åt (se ovan).

Från det nu sagda föres man över till att något överväga skadeståndsreglernas funktion. Man behöver icke försvärja sig till *Pillels* lära om de interna lagarnas »but social« som huvudsynpunkt för att tillmäta de utomkontraktuella skadeståndsreglernas allmänna funktion en väsentlig betydelse, helst som denna funktion är ganska likartad i olika länder (åtminstone inom den västerländska kulturkretsen). Det är välkänt och obestridligt, att skadeståndsreglerna fylla en ytterst viktig uppgift genom att skapa gränser för det fria handlandet och därmed bidra till att genomföra en viss allmän ordning, en viss aktsamhetsstandard, en viss trygghet, o. s. v.<sup>56</sup> Denna allmänna ordning måste uppenbarligen vara i huvudsak territoriell.<sup>57</sup> Inom ett visst land är det ett ofrånkomligt allmänt intresse, att landets egen ordning åtminstone inom skadeståndsrettens kärnområde undantagslöst tillämpas; landet självt har svårt att pruta därpå. Varje lagstiftare måste ju känna sig ansvarig för att »organiser sur son territoire - - la securité des personnes et des biens«.<sup>58</sup> Från landets och de där boendes synvinkel är det ett plus, om *lex loci delicti* vinner beaktande även vid främmande domstolar. Det är däremot ett väsentligt mindre intresse att i ett eller annat avseende söka få samma lags regler utsträckta till att gälla händelser, som inträffat utanför gränserna.

Ett sådant försök kan blott genomföras vid de nationella domstolarna och i enstaka, slumpvis utvalda fall. Försöket strider däremot mot det, som måste te sig önskvärt från det lands synpunkt, där skadegörelsen ägt rum. Indirekt, med hänsyn till reciprocitetstanken, strider det kanske också mot det förra landets intressen på lång sikt.<sup>59</sup> Det finnes med andra ord vägande skäl som tala för att samhällsintressena och de enskildas rättssäkerhetskrav genomsnittligt sett bäst befrämjas, om alla ha att räkna med att skador föranleda skadeståndsreaktioner efter de i landet gällande reglerna, oavsett om skadorna vållats av eller drabbat inlänningar eller utlänningar och oavsett var en process igångsättes. En ren tillämpning av *lex patriae* vore helt enkelt orimlig, men även *lex domicilii* vore uppenbart olämplig.

Det bör betonas, att rättssäkerhetssynpunkten är tillämplig, även om man ser saken ur utlänningens synvinkel. Vill en person, som vistas utomlands, taga reda på sina riskfria handlingsmöjligheter resp. sina skadeståndsrisker, kan han ju ej på förhand veta, vilka som kunna lida skada (inlänningar eller utlänningar). Men han får något relativt beräkneligt att hålla sig till, om han kan lita på att landets regler äro de relevanta. Vill han omvänt känna sina egna ersättningsmöjligheter vid skadefall, får han också något fast att utgå ifrån, om *lex loci* är normerande.<sup>60</sup>

Kort sagt: skadeståndsreglerna ha en ytterst betydelsefull praktisk anknytning till handlingsmönster för människors allmänna uppträdande, beteende i trafiken, handskande med farliga anordningar o. s. v., handlingsmönster som ovillkorligen måste ha oinskränkt lokal giltighet.<sup>61</sup> Det är då uppenbarligen ganska naturligt att låta både de särskilda handlingsmönstren (trafikreglerna etc.) och sanktionsreglerna härflyta ur *lex loci*, icke blott när (normaliter) prövningen sker i landet i fråga utan även när den (mera undantagsvis) äger rum i ett annat land.

Ur internationell synvinkel har regeln om *lex loci delicti* väsentliga fördelar, då den tydligtvis skapar en förnuftig balans länterna emellan. Vill man få en enhetlig internationell regel på området, är det helt enkelt svårt att finna någon annan lösning.

Vad här har anförts innebär naturligtvis ett rättspolitiskt resonemang, insprängt med skönsmässiga värderingar. Men det

torde icke vara svårt att skilja mellan dessa och de antaganden om sannolika faktiska verkningar, vilka tillika gjorts. Sammanfattningsvis kan man med Rabel säga, att enskilda argument kunna synas öppna för invändningar. »But the principle of the *lex delicti commissi* ought not to be deduced from a single, all-embracing rationale of absolute validity. In searching the relatively most convenient local contact for an alleged tort, it is reasonable and relatively simple to connect it with the territory where it was committed«. <sup>62</sup> Den kombinerade effekten av de olika argumenten är med andra ord av betydande styrka, även om man naturligtvis kan medge, att exempelvis samfärdselns och rättssäkerhetens intressen icke behövde alltför mycket skadas av vissa undantag från *lex loci delicti*.

Av de skäl, som här redovisats, förefaller det mig avgjort motiverat att, som ovan redan skett, avvisa lex-*fori*-lösningen och kumulationssystemet (lösningarna 1-3 ovan). Men det synes mig också, att den samlade bedömningen pekar i riktning mot att man icke bör göra andra allmänna inskränkningar i herraväldet för *lex loci delicti* än sådana som följa av *ordre public*. Visserligen kan man invända, att denna ståndpunkt vilar på en diskutabel rättspolitisk bedömning. För min del kan jag dock icke finna, att exempelvis en regel av typen 4 a skulle vara att föredraga. Man vinner rätt litet men förlorar i enkelhet och internationell enhetlighet. <sup>63</sup> En nationalistisk skyddsregel av typen 4 b är enligt min mening icke önskvärd. Det är över huvud taget rimligt att i den internationella enhetlighetens intresse ålägga sig stor moderation i fråga om hävdandet även av i och för sig försvarbara detaljregler.

Bland motiven för *lex loci delicti* bör man emellertid icke upptaga den gamla konstruktionen om att det på platsen för en skadegörelse omedelbart uppstår en obligation och att denna sedan har anspråk på respekt överallt. Denna teori, som beslöjar de mera reella övervägandena, har dock under namnet »the obligation theory« spelat (och spelar ännu) stor roll bl. a. i U. S. A. <sup>64</sup> Det torde vara onödigt att här belasta utrymmet med en polemik mot denna för modern nordisk uppfattning ohållbara tankegång, även om den har gamla rötter och hänger samman bl. a. med hela läran om »vested rights«.

#### IV.

De i det föregående framförda synpunkterna ha syftat till en fri bedömning av den allmänna frågan om en både nationellt och internationellt sett lämplig regel beträffande utomkontraktuellt skadestånd, med särskild tanke på vad ovan kallats kärnområdet inom skadeståndsfältet. Vad angår läget i svensk internationell privaträtt, blir det sagda närmast att betrakta som en bedömning *de lege ferenda*, detta uttryck då taget i vidsträckt bemärkelse och icke med nödvändighet innebärande en rekommendation av lagstiftning. Om det på ett eller annat sätt (mot förmodan) skulle bli aktuellt att lagfästa någon eller några kollisionsregler beträffande skadestånd utanför kontraktsförhållanden — t. ex. i samband med en nordisk skadeståndslagstiftning — uppkommer naturligtvis spørsmålet, om en bestämd huvudregel bör uppställas eller en hänvisning blott ske till en individualiserande prövning. Det ovan sagda synes mig motivera, att det förra alternativet i så fall väljes och att denna huvudregel får bli grundsatsen om *lex loci delicti commissi*. Jag har svårt att se några avgörande skäl för att gå ifrån det vedertagna systemet med en tämligen enkel och fast regel. Det är möjligt, att den individualiserande metoden kan passa för en del fall, som ligga på gränsen till kontraktsområdet. I övrigt torde denna metod dock icke vara lika behövlig som den kanske är i kontraktsfallen. Metodens olägenheter uppvägas icke av några mera påtagliga fördelar. Huvudregeln bör emellertid icke vara alldeles stel och oböjlig. Om och hur en undantagsregel skall konstrueras beror dock på hur själva huvudregeln formuleras, d. v. s. hur stort område den enligt sin ordalydelse får täcka. Någon anledning att vid fastställande av huvudregeln skilja på culpaansvar och strikt ansvar torde icke finnas.

Förutsätter man, att lagstiftning icke sker, är läget naturligtvis likväl i så måtto föränderligt, att en viss förskjutning i praxis icke a priori är utesluten. Av samma skäl som nyss anser jag dock, att man icke bör rekommendera en allmän övergång till en individualiserande metod. Ur svensk synpunkt återstår då valet mellan att bibehålla en strikt tillämpning av *lex loci delicti* — med reservation för *ordre public*<sup>65</sup> — eller att underkasta regeln vissa

modifikationer. Det är möjligt, att det kan visa sig lämpligt med speciella regler för en del mera särartade skadeståndssituationer. Skall man därutöver göra allmänna modifikationer i huvudregeln exempelvis enligt 4 a eller b ovan? Lösningen b, som icke kan anses nödvändig av ordre-public-skäl, förefaller — som förut nämnts — föga tilltalande och skulle väl behöva en lagregel till sitt stöd. Lösningen a skulle betyda, att man komme i närheten av den linje, som norsk praxis följde i Irma-Mignon-saken.

För svensk praxis är att märka, att Högsta domstolen ju ett par gånger bestämt tagit avstånd från en dylik linje. Det synes mig då icke motiverat att rekommendera någon avvikelse under annan förutsättning, än att relativt starka skäl kunna anses tala därför. Så är efter min mening icke fallet. Denna ståndpunkt är givetvis uttryck för en skönsmässig bedömning och får såsom sådan gälla för vad den kan. Som redan torde ha framgått av vad som sagts under III, är jag närmast böjd för att gå ett steg längre och betrakta den linje, som svensk praxis hittills följt, såsom ägande positiva företräden framför 4-a-lösningen. Den hittills tillämpade principen är enkel och klar.<sup>66</sup> Till förmån för densamma tala en rad redan förut antydda allmänna argument, som kunna åberopas till stöd för *lex loci delicti*. Genom nämnda princip (lösningen 5) förverkligas säkerligen bäst den »Entscheidungsharmonie«, som för det internationella rättslivet måste anses vara en betydande fördel.<sup>67</sup> Offras därmed några beaktansvärda nationella intressen? Knappast, såvitt jag kan se. Antag att en svensk utomlands lider skada. Han får normalt räkna med att skadan bedömes enligt *lex loci*. Så sker med säkerhet, om skadan förorsakas av en landets innebyggare eller en främling från ett tredje land. Kan det då möta betänkligheter att låta detsamma gälla, om skadegöraren var svensk medborgare?<sup>68</sup>

Fortfarande tänker jag mig emellertid *lex loci delicti* som en huvudregel, från vilken avvikelse bör kunna ske i mera särartade skadeståndssituationer, särskilt utanför »kärnområdet«. Det finnes all anledning att till särskilt övervägande upptaga sådana fall, där någon klar *locus delicti* på grund av förhållandenas natur icke föreligger eller där skadestandsreaktionen är ett led i ett särpräglat institut med sina särskilda målsättningar, exempelvis illojal



konkurrens. Här måste jag lämna dylika specialfall utanför framställningen.<sup>69</sup> Med tanke på Irma-Mignon-fallet skulle man naturligtvis också kunna särskilt diskutera, om icke möjligen en viss jämkning av *lex-loci-delicti*-regeln kunde vara motiverad, när det gäller ansvar för annans handlande (»vicarious liability«), låt vara att det vanliga är att låta *lex loci delicti* avgöra även detta och icke blott den omedelbart handlandes ansvar.<sup>70</sup>

Till sist skall än en gång understrykas, att jag i denna snabb-skiss av den internationella privaträttens ställning till skadestånd utanför kontraktsförhållanden lämnat åsido en rad i och för sig intressanta och stundom besvärliga detaljproblem, t. ex. angående den närmare bestämningen av *locus delicti* (avses platsen för handlingen eller platsen för skadan o. s. v.?).<sup>71</sup> Vad jag här sagt är alltså i många hänseenden ofullständigt.

#### NOTER

1. Lorenzen i *Columbia Law Review* 44 (1944), s. 454 (om »torts«).
2. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 3. Aufl., Basel 1950, Bd. II s. 596.
3. Jag hänvisar till *Neumeyer*, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, II, 1916, s. 31, 80 f., 138 ff., *Rabel*, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, II, 1947, s. 235, samt *Battifol*, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1949, s. 238, 555.
4. *Lewald*, *Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*, 1931, s. 260.
5. *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts* VIII, 1849, s. 269, 275, 278.
6. *Ib.* s. 278; jfr. s. 275 f.
7. *Ib.* s. 280. Det sagda var dock, menade han, »die unvermeidliche Folge der besonderen Natur dieser Klasse von Gesetzen«, och därtill minskades faran för motparten genom de principer för domstolskompetensen, som han uppställde.
8. *Ib.* s. 279.
9. Se *Maridakis* i *Zeitschr. für ausl. u. int. Privatrecht (ZAIP)* 11 (1937) s. 114, 127 f., ävensom *Rabel*, a. a. s. 237, 250 f., *Ficker* i *Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* 4 s. 388 (vars uppgift återkommer hos *Wolff*, *Internationales Privatrecht*, 1933, s. 101), *Arminjon*, *Précis de droit international privé* II, 2<sup>e</sup> éd. 1934, s. 341 not 1, *Kura-*

- towski, *Torts in Private International Law*, i *International Law Quarterly* 1 (1947), s. 174 not 14. Se vidare nedan vid not 27.
10. Schmitthoff, *A Textbook of the English Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> ed., 1948, s. 147.
  11. Citat från *Willes J.* i *Phillips v. Eyre*, (1870) L. R. 6 Q. B. 1, 28. *Cheshire*, *Private International Law*, 3<sup>rd</sup> ed., 1947, s. 371 f., ställer sig kritisk och klagar över att senare domare nöjt sig med att tillämpa »the ipsissima verba of Willes J. rather as if they were the mandatory provision of a statute«. Fallet återfinnes även hos *Graveson*, *Cases on the Conflict of Laws*, 1949, s. 540 ff.
  12. D. v. s. om det räcker, att handlingen enligt *lex loci delicti* är *injuria per se*, eller om den måste vara *injuria cum damno*, som Schmitthoff uttrycker saken (s. 148). Här må hänvisas till Schmitthoff, a. a. s. 147 ff., *Cheshire*, a. a. s. 371 ff., *Wolff*, *Private International Law*, 1945, s. 493 ff., *Rabel*, a. a. s. 238 ff., *Robertson*, *Choice of Law for Tort Liability in the Conflict of Laws*, *Modern Law Rev.* 4 (1940-41) s. 27 ff., *Kuratowski*, a. a. s. 177 f. med not 31, *Cowen* i *Dicey's Conflict of Laws*, 6th edition, 1949, s. 799 ff.; rättsfall hos *Graveson*, *Cases* s. 536 ff. Jfr. även *Schelling* i *ZAIP* 3 (1929) s. 856.
  13. Schmitthoff, a. a. s. 366 ff., *Cowen* hos *Dicey*, a. a. s. 800 f.
  14. *Kuratowski*, a. a. s. 177 not 28, *Rabel*, a. a. s. 242 f.
  15. Efter översättning hos *Meijers*, *Recueil de lois modernes concernant le droit international privé*, 1947, s. 74. Jfr. *Rabel*, a. a. s. 243 f.
  16. Beträffande Japan hänvisar jag till *Meijers*, a. a. s. 76 f., och beträffande Siam till samma arb. s. 84.
  17. I den engelska översättning, som återgives hos *Meijers*, a. a. s. 62, lyder fördragets art. 43: »Obligations which originate apart from any agreement are governed by the law of the place where the lawful or unlawful act that gave rise to such an obligation took place, and, if necessary, by the law which regulates the corresponding juridical suits«. Den sista reservationen (»and, if necessary, . . .») kan dock naturligtvis tolkas mycket inskränkt, om man så vill, och tillämpas endast på processuella frågor och rena ordre-public-fall. Förarbetena ha icke varit mig tillgängliga.  
Reservationen saknades i den äldre Montevideo-konventionen av 1889, se konventionens art. 38, i tysk översättning hos *Makarov*, *Das internationale Privatrecht der europäischen und aussereuropäischen Staaten I*, 1929 (= *Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, hrsg. von *Leske-Loewenfeld*, bd 8:1), s. 273.
  18. Eftersom nationalitetsprincipen vunnit starkt fotfäste i de romanska länderna, är det icke överraskande, att dessa tendenser framträtt just där, ehuru de icke synas ha nått allmänt herravälde. Om Frankrike se t. ex. *Arminjon*, a. a. II s. 340-343 (nr 120), *Batifol*, *Traité élém. de droit international privé*, 1949, s. 558 f. (nr

558-559), där fransk praxis förklaras utgå från *lex loci delicti* och endast en allmän ordre-public-reservation göres. Se även Niboyet, *Traité de droit international privé français* V, 1948, s. 146 ff.

Se vidare Rabel, a. a. s. 244 f. med hänvisn., Schnitzer, a. a. s. 597, Frankenstein, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)* II, 1929, s. 359.

19. Se Meijers, a. a. s. 3.
20. Man kan naturligtvis gå längre till förmån för nationalitetsprincipen genom att tänka sig, att *lex loci delicti* alltid skall få vika för parternas gemensamma *lex patriae*, även om denna icke sammanfaller med domstolens egen lag. Detta har ibland förordats men har i allmänhet avvisats. Jfr. Kuratowski, a. a. s. 186, Arminjon anf. st.
21. Jfr. Lewald, a. a. s. 260 f., Wolff, *Internationales Privatrecht*, 1933, s. 103, Raape, *Deutsches internationales Privatrecht. Anwendung fremden Rechts* II, 1939, s. 324, Rabel, a. a. s. 247 f. Om den historiska förklaringen jfr Schelling i ZAIP 3 (1929) s. 854 f., som i art. 12 ser en viss efterverkan av Savignys framhävande av *lex fori*.

Se även Kuratowski, a. a. s. 181.

22. Förslaget har varit mig tillgängligt endast i tysk språkdräkt och i form av en stencilerad kopia (»Ungarischer Gesetzentwurf über das internationale Privatrecht. Verfasst von Dr. Stefan Szászy, Professor des Zivilrechtes an der Universität Budapest

und angenommen von der Rechtsreformkommission«). §§ 66-68 i utkastet lyda:

»§ 66. Die Voraussetzungen und Rechtswirkungen der privatrechtlichen unerlaubten Handlungen werden nach dem Rechte desjenigen Staates beurteilt, auf dessen Gebiete die unerlaubten Handlungen begangen wurden.

Die Voraussetzungen und Rechtswirkungen einer auf einem Seeschiff oder Luftfahrzeug begangenen unerlaubten Handlung sind nach dem Rechte des Staates zu beurteilen, auf dessen Gebiete das Schiff oder das Luftfahrzeug zu Zeit der Verübung der Handlung registriert ist.

Nach diesem Rechte sind die Deliktsfähigkeit und die Haftung des Täters, die Ausschlussgründe der Widerrechtlichkeit der Tat, sowie das Vorhandensein der Kausalität zwischen der unerlaubten Handlung und dem verursachten Schaden zu beurteilen.

§ 67. Die Haftung für rechtswidrige oder nicht rechtswidrige Schadensstiftung ist nach dem Rechte des Staates zu beurteilen, auf dessen Gebiete die Schädigung stattgefunden hat.

§ 68. Auf Grund einer von einem ungarischen Staatsbürger im Auslande begangenen unerlaubten Handlung oder auf Grund eines rechtswidrig, oder nicht rechtswidrig einem Anderen verursachten Schadens kann vor dem ungarischen Richter niemand einen grösseren Schadensersatz verlangen, als was in glei-

- chem Falle nach ungarischen Rechte zu beanspruchen wäre.»
23. Se *Wolff*, *Private International Law* s. 492, *Kuratowski*, a. a. s. 178 f., *Rabel*, a. a. s. 248 ff. Jfr *Kuhn*, *Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws*, 1937, s. 304.
  24. Exempel: Tysklands Einföhrungsges. zum BGB, art. 30, den polska lagen om internationellt privaträttsliga förhållanden, art. 38, den nya italienska civillagen, disp. sull'applic. delle leggi in generale, art. 21, den nya grekiska civillagen, art. 33.
  25. De kända fallen äro, säger *Rabel*, a. a. s. 249, »very few».
  26. Avtryckt hos *Meijers*, a. a. s. 17, samt (med beteckningen art. 25) hos *Schnitzer*, a. a. s. 853. I den enda mig för tillfället tillgängliga italienska editionen (*Codice civile. Libro primo . . . Edizione stereotipa dal testo ufficiale. V ristampa. Roma 1941*) förekommer stadgandet såsom art. 15.
  27. *Meijers*, a. a. s. 13. Jfr *Maridakis* i *ZAIP* 11 (1937) s. 114, 127 f. Om den nya grekiska civillagen i allmänhet hänvisas till *Zepos*, *Greek Law. Three lectures delivered at Cambridge and Oxford in 1946*, Athens 1949.
  28. Efter *Meijers*, a. a. s. 38. Jfr *Kuratowski*, a. a. s. 175.
  29. Beträffande Schweiz se *Schnitzer*, a. a. s. 596, beträffande Schweiz och Österrike *Nussbaum*, *Deutsches internationales Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts*, 1932, s. 287.
  30. Tysk översättning hos *Makarov*, a. a. s. 410. Jfr. *Kuhn*, a. a. s. 312 f.
  31. *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, 1934, §§ 377 ff. Jfr *Kuhn*, a. a. s. 309 f.
  32. *Cook*, *Tort Liability and the Conflict of Laws*, *Col. Law Rev.* 35 (1935) s. 202 ff., *Kuhn*, a. a. s. 304 ff., *Kuratowski*, a. a. s. 177 med hänvisningar, *Schmitthoff*, a. a. s. 144, *Cowen* i *Dicey*, a. a. s. 799, *Rabel*, a. a. s. 237 f., *Batiffol*, a. a. s. 560.
  33. Till komplettering av vad i texten anförts hänvisas allmänt till *Wolff*, *Internationales Privatrecht* s. 101 ff., samma förf., *Private International Law* s. 492 f., *Nussbaum*, *Deutsches int. Privatrecht* s. 286 ff., samma förf., *Principles of Private International Law*, 1943, s. 159, *Gutzwiller* i *Stammeler*, *Das gesamte deutsche Recht I*, 1931, s. 1622 f., *Ficker* i *Rechtsvergl. Handwörterbuch* 4 (1932-33) s. 388 f., *Raape*, a. a. s. 323 ff., *Schelling*, *Unerlaubte Handlungen*, *ZAIP* 3 (1929) s. 854 ff., *Kuhn*, a. a. s. 304 ff., *Kuratowski*, a. a., *Batiffol*, a. a. s. 555 ff., *Schnitzer*, a. a. s. 595 ff., *de Vos*, *Le problème des conflits de lois. Cours de droit international privé belge*, 1946, s. 728 ff.
  34. Jfr *Wolff*, *Internationales Privatrecht* s. 103: art. 12 i tyska lagen »eine Spezialisierung der Vorbehaltsklausel des Art. 30». Ibland bestrides dock, att en dylik karakteristik av art. 12 är riktig. Se även t. ex. *Palandt*, *BGB mit Nebengesetzen*, 7., Aufl. 1949, *EG BGB* 12 Anm. 4 (s. 1930), *Mi-*

- chaeli*, Internationales Privat-recht, Stockholm 1948, s. 338.
35. Om kontraktsfallen se *Nial*, Internationell förmögenhetsrätt, 1944, s. 36 ff., *Karlgrén*, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, 1950, s. 89 ff., *Borum*, Lovkonflikter, 3 uppl. 1948, s. 145 ff., *Michaeli*, a. a. s. 284 ff.
  36. Endast i förbigående har ovan (not 20) anmärkts att man kan gå längre än enligt alternativet 4 a i medgivande åt nationalitetsprincipen, i det att man låter *lex loci delicti* generellt vika för parternas gemensamma *lex patriae*. Denna tanke har dock vunnit ringa anklång.  
Än mindre anslutning har *Frankensteins* tankegång vunnit (a. a. s. 358 ff.), att deliktsoptioner i princip (primärt) äro underkastade gärningsmannens *lex patriae* och endast sekundärt kunna tänkas av denna lag hän-skjutas till bedömning av *lex loci delicti*.
  37. Så sker intressant nog — jfr föregående not — nu även av *Frankenstein* i hans *Projet d'un code européen de droit international privé*. *Bibliotheca Visseriana dissertationum ius internationale illustrantium*, tom. XVI (n:o XXX III), 1950. Han uppställer där både för »délits» och »quasi-délits» såsom huvudprincip *lex loci delicti commissi* (art. 530 resp. art. 537).
  38. Ur litteraturen nämner jag *Scheel*, Privatrechts alm. Deel, 1865, s. 414 f. (*lex loci delicti*), *Federspiel*, Den internationale Privatrecht i Danmark, 1909, s. 167, *Møller*, Erstatningsansvaret ved Skibssammenstød II, 1915, s. 19 ff., *Borum*, a. a. s. 164, *Hertzberg-Vogt* i Nordisk Retsencyklopedi I, 1890, s. 227, *Montgomery*, Handbok i Finlands allmänna privaträtt I, 1889, s. 183 f., *Ekström*, Privaträttens allmänna läror, 1921, s. 136 f., *Beckman* i Tidskr. utg. av Jur. för. i Finland 1939 s. 292, 295, *Reuterskiöld*, Handbok i svensk privat internationell rätt, 1907 (2 uppl. 1912), s. 107 f., *Nial*, a. a. s. 71-73, *Karlgrén*, Kortfattad lärobok s. 108, *Michaeli*, a. a. s. 334-339.  
Se även *Synnestvedt*, Le droit international privé de la Scandinavie, 1904, s. 265.
  39. Det senare fallet var anmärkningsvärt såtillvida, att gärningen straffrättsligt torde ha fallit under svensk lag. I detta fall voro också meningarna i HD delade (3 mot 2). Om de båda fallen jfr *Malmar* i SvJT 1937 s. 377 f. M. antyder även (s. 378) ordre-public-reservationen. Se också TFR 1937 s. 339 samt Nordisk Tidsskr. for int. Ret. 1934 s. 247 f., 1937 s. 188-191, ZAIP 7 (1933) s. 931, 10 (1936) s. 624.
  40. Om fallet jfr *Malmar* i SvJT 1942 s. 404. Se för Sverige även Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender 1905 s. 253 (fallet mindre klart) samt NJA 1915 s. 1 och 1932 s. 267 (bilolycka i Sverige, svensk förare men utländsk ägare; den svenska domstolens kompetens bestreds, men invändningen ogillades och svensk rätt tillämpades).

I lagkommitténs civillagsförslag 1826, RB 8:10, hette det: »Främmande lag må ej till grund för dom åberopas, utan så är, att saken beror på avtal eller annat förhållande, som utomlands tillkommit, och part förty sin rätt med sådan lag styrka sökt.» Stadgandet är helt allmänt hållet men dock avfattat så, att en tillämpning av *lex loci delicti* skulle kunna väl förenas därmed. Det förefaller ju, som om stadgandets författare utgått från att en obligation uppkommer på det ställe, där det grundläggande avtalet eller någon annan avgörande omständighet kommit till. Motiven (s. 270) säga icke något av intresse för den nu behandlade frågan. Stadgandet fanns även i äldre lagberedningens förslag 1849, förra delen, 8:11.

41. *Borum*, a. a. s. 164 f. I *Lapradelle-Niboyet: Répertoire de droit international* 6, 1930, s. 224, uttala *Borum* och *Meyer* kategoriskt: »Pour les obligations résultant de délits, la *lex loci delicti* est décisive».
42. Även i *Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender* 1923 s. 289 samt i *TfR* 1928 s. 175 f. Jfr *Borum*, a. a. s. 147 f., 165.
43. Omtalat även i *ZAIP* 13 (1940-41), s. 851. I ett äldre fall, avdömt 1905 och ref. i *NRt* 1906 s. 165 (även i *TfR* 1909 s. 127 och i *Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender* 1905 s. 435), antogs att ett norskt rederis ansvar för kollision under tvångslotsning i Kielkanalen var att bedöma efter tysk rätt, men i 1923 års fall an-

sågs, av allt att döma med rätta, att det tidigare avgörandet hade grundats på särskilda omständigheter i det föreliggande tillfället, och därtill kom, att det skadade fartyget den gången ej var norskt. Även i 1905 års fall gällde saken rederiets ansvar för fel av tvångslots. En minoritet (tre domare) ville stödja sig på den allmänna regeln *lex loci delicti*, men majoriteten ville tydligen undvika att binda sig härför, och åberopade en rad omständigheter i casu.

44. Härvid tager jag hänsyn också till det ovan not 43 omtalade fallet från 1905 och diskussionen av dettas innebörd vid avgörandet 1923. Själva motiveringen i 1923 års fall — se förstvoterandes utförliga yttrande, i vilket de övriga i huvudsak instämde — framhäver starkt den individualiserande metoden: »For mit vedkommende synes jeg imidlertid det er naturlig at ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme. Det er selvfølgelig ikke mulig uten videre at løse alle international-privatretslige spørsmål ut fra denne almindelige betragtning, men det forekommer mig dog, at den er tilstrækkelig til at gi en løsning for det tilfælde, som her foreligger. Det, som der her spørres om, er jo, om en norsk skibseiers ansvar overfor en anden norsk skibseier for skade voldt ved, at den førstes skib har paa-

- seilet den andens skib. Og dette forhold synes jeg maa siges at ha sin stærkeste tilknytning til Norge, uanset at paaseilingen har fundet sted paa en anden stats sjøterritorium«. (S. 60 f.). — *Christiansen* hävdar i *Lapradelle-Niboyet*, Rép. de droit international 6 s. 579, principen om *lex loci delicti* för norsk internationell privaträtt.
45. Jfr bl. a. *Lundstedt*, Obligationsbegreppet I s. 50 ff., Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen: Culpa-regeln, s. 11 ff.
  46. *Ussing*, Erstatningsret. Nyt Optryk, 1947, s. 7.
  47. Jfr *Kuratowski*, a. a. s. 172-174.
  48. Jfr ytterligare *Rabel*, a. a. s. 232 ff.
  49. *Ussing*, a. a. s. 26. Jfr *Karlgren*, Skadeståndsläran, 1943, s. 23.
  50. Jfr *Ussing*, a. a. s. 7.
  51. Jfr *Michaeli*, a. a. s. 335, *Rabel*, a. a. s. 229 ff.
  52. Jfr. *Rabel*, a. a. s. 232.
  53. Jfr *Rabel*, a. a. s. 235.
  54. Jfr dock *Karlgren*, Kortfattad lärobok etc. s. 108 andra stycket, *Schnitzer*, a. a. s. 598.
  55. Än mindre skäl har man att reflektera på exempelvis skadegörarens *lex patriae* eller hans *lex domicilii* som den principiellt avgörande.
  56. Jfr *Ussing*, a. a. s. 8 ff.
  57. »The primary object of the law of torts is to regulate the social order and prevent its infringement; the secondary concern is to compensate the victims of violations of this order. The state cannot fulfill this duty without including foreigners in its commands«. (*Rabel*, a. a. s. 252).
  58. *de Vos*, a. a. s. 734, efter *Pillet*. Jfr *Batiffol*, a. a. s. 556: »Si par exemple la loi s'arrête à une certaine conception de la répartition des risques de la circulation entre les piétons et les automobilistes, cet équilibre n'a de sens que s'il est général, car il a pour but de créer une certaine mentalité de prudence chez les uns, de confiance chez les autres qui ne sera atteinte que si la loi s'applique à tout accident de la circulation survenu dans lex limites du territoire«.
  59. Man kunde kanske invända, att en dylik utsträckning i viss omfattning sker inom straffrätten. Läget är dock där delvis ett annat, vilket visas redan därav, att ett lands domstolar i princip aldrig tillämpa utländsk straffrätt, medan det är allmänt vedertaget att under vissa betingelser använda utländsk skadeståndsrätt. Jfr *Rabel*, a. a. s. 251.
  60. Jfr *Rabel*, a. a. s. 252: »At the moment of the act, the author and the victim of a wrong move in social surroundings in which they may appreciate their risks and potential liabilities under the local law. Tre reasonable expectations of the parties cannot be protected otherwise«.
  61. Jfr *Malmars* återopande, SvJT 1937 s. 377 f. och Nordisk Tidskr. för int. Ret. 1937 s. 190, av samfärdselskrav och den allmänna rättssäkerheten.
  62. *Rabel*, a. a. s. 253.
  63. Jfr *Rabel*, a. a. s. 245, som om en dylik regel säger: »It is certainly unreasonable in all those cases

where private liability is closely connected with the local administrative and insurance policies. These bind every one in the territory, as expressed for instance in the International Convention on Motor Traffic, providing that the driver is bound to observe the laws and regulations of the country where he travels.

64. Se *Cook*, a. a., *Schmitthoff*, a. a. s. 145 f. Tanken kan väl i mera diffus gestalt spåras också hos *Schnitzer*, a. a. s. 596: »Der Ort der Aburteilung hat aber keine so nahe Beziehung zur Tat wie der Ort ihrer Begehung. Die Tat ist das Ereignis, das den Rechtsanspruch auslöst. Deshalb hat sich die *lex loci delicti commissi* durchgesetzt.»
65. Begreppet då tolkat på det relativt snäva sätt, som är vanligt hos oss. Jfr *Karlgren*, *Kortfattad lärobok* etc. s. 45 ff.
66. Naturligtvis är detta en sanning med en viss modifikation. Det återstår sådana stundom komplicerade tillämpningsfrågor som angående den avgörande platsen (platsen för handlingen eller för effekten eller alternativt båda, o. s. v.) m. m. Dylika frågor diskuteras i en stor del av den ovan citerade litteraturen. Jfr för svensk rätt *Michaeli*, a. a. s. 335 ff.
67. Jfr *Michaeli*, a. a. s. 339.
68. Skulle man i så fall dock låta *lex loci delicti* gälla, om skadegöraren vore domicilierad i det land, där skadan skett?
69. Om »unfair competition» se *Rabel*, a. a. s. 295 ff., om »maritime and aeronautic torts» ib. s. 336 ff.
70. Jfr *Rabel*, a. a. s. 267 ff., *Møller*, a. a. s. 35 ff. Jfr även rättsfallet NJA 1932 s. 267 (ovan not 40).
71. Om »the place of wrong» se t. ex. *Rabel*, a. a. s. 301 ff.



# Om panterettens begreb

Af dr. jur. Poul Meyer

Indtil slutningen af det forrige aarhundrede stod den hjemlige teori, ligesom den tysk-romanistiske retsvidenskab, paa det standpunkt, at panteretten er en ret, der tjener til sikkerhed for en fordrings opfyldelse. *Niels Lassen* (Nordisk Tingsret 182) bestemmer begrebet som en tinglig ret til at søge fyldestgørelse for en fordring af et, en anden tilkommende, formuegode. *Henning Matzen* (Dansk Tingsret 472) betegner panteretten som en særlig retsbeskyttet adgang til for en fordring at søge fyldestgørelse i et vist formuegode.

I slutningen af forrige aarhundrede fremsattes imidlertid en panteretsteori, der ikke opfattede panteretten som et accessorium til en fordring, men som en selvstændig raadighedsret over tingen uafhængig af en eventuel underliggende fordring.

Allerede i 1881 havde *Andreas Aagesen* (Indledning til den danske Formueret 354) tilsluttet sig denne nye opfattelse, idet han betegner panteretten som en begrænset raadighedsret over tingen, der gaar ud paa, at panthaveren for det tilfælde, at en vis ydelse af pengeværdi ikke erlægges til ham, efter visse nærmere regler kan søge fyldestgørelse i tingen. Med særlig styrke fremførtes den nye opfattelse af *Francis Hagerup*, der i sin norske panteret fra 1889 betegner panteretten som en ret til at søge dækning af tingen for en vis formueværdi.

Efter Hagerups opfattelse indeholder panteretten ikke noget moment af fordringsret, idet der findes panteretsformer, hvor pantsætteren ikke er retligt forpligtet til at præstere ydelsen, og hvor

han ikke ved dom kan tvinges dertil. Det indirekte pres, som hviler paa pantsætteren, og som kan tilskynde ham til at fyldestgøre kreditor, ligger efter Hagerups opfattelse i et andet plan end den egentlige panteret.

Hagerups opfattelse faar tilslutning af *Carl Torp* først i en artikel i UfR 1891 og aaret efter i hans danske tingsret, hvor han (side 564) bestemmer panteretten som en ret over tingen, der giver panthaveren adgang til, naar en vis ydelse — hvad enten denne skyldes eller ikke — ikke erlægges, at tilegne sig en vis værdi af den pantsatte genstand.

Det er ikke min mening her at ville gøre rede for de følgende aartiers panteretlige diskussion, jeg vil derimod paa den givne baggrund forsøge at analysere et enkelt eksempel, som har spillet en betydelig rolle for de fleste nyere forfattere, nemlig det tilfælde, hvor en trediemand stiller pant til sikkerhed for en gæld, som en skyldner — om hvem pantsætteren ved, at han er umyndig — har paadraget sig. I saa fald kan kreditor ikke faa dom over skyldneren, men panteretten er paa den anden side fuldt ud gyldig, og han kan derfor holde sig til pantet, hvis han ikke paa anden maade opnaar de ydelser, som den umyndige har lovet ham.

I dette tilfælde siger den romanistiske teori, at skyldneren vel ikke kan tvinges til at betale ved dom og tvangsforfølgning, men at der maa paahvile ham en obligatio naturalis. Vedrørende kritiken af dette begrebs anvendelse maa henvises til *Ernst Møller*: Dækningsadgang eller Fordringsret, 1892, 19 ff. og *Torp* 2. udg. 565.

De tingsretlige teorier drager den fulde konsekvens af konstruktionens svagheder og erklærer, at der i det nævnte eksempel simpelthen ikke eksisterer nogen fordringsret, hverken med skyldneren eller pantsætteren som passiv subjekt. Dette tilfredsstiller imidlertid ikke *Ernst Møller*, der i sin forannævnte disputats har leveret den mest indgaaende behandling af hele problemet i nordisk litteratur.

*Møller* understreger, at det afgørende i panteretten ikke i første række er realisationsadgangen, idet den aktuelle realisation faktisk kun er at betragte som en katastrofesituation, medens det normale dog er, at kreditor fyldestgøres ad anden vej. Man kan

ganske vist ikke faa dom over den umyndige skyldner, og pantsætteren kan heller ikke ved dom tilpligtes at betale fordringsbeløbet, men det staar i kreditors magt at realisere pantet, og truslen herom lægger et betydeligt pres paa alle, der er interesseret i at undgaa denne realisation. Ved hjælp af denne trusel vil panthaveren i mange tilfælde kunne opnaa fyldestgørelse uden at realisere pantet.

Møller opfatter forholdet saaledes, at det er den umyndige, som er passiv subjekt (det er ham som er skyldneren). Lovgivningen forhindrer ganske vist, at en umyndig kan paatage sig en forpligtelse, der kan haandhæves i den umyndiges egen formue, men der er intet til hinder for, at han kan paatage sig en forpligtelse, der haandhæves ved indgreb i en andens formue. Møller, der iøvrigt tilslutter sig den romanistiske teori, vil altsaa for saa vidt angaar det eksempel, der behandles her, tale om en til fyldestgørelse gennem pantet begrænset fordringsret.

Herimod opponerer *Torp* som repræsentant for de tingsretlige teorier, idet han mener, at Møllers betragtning bygger paa et misbrug af betegnelserne »forpligtelse« og »retshaandhævelse«. En forpligtelse, der haandhæves, og som kun skal kunne haandhæves, ved indgreb i en andens retssfære, er netop ikke nogen forpligtelse for den, i hvis formue intet indgreb er hjemlet, altsaa in casu den, der har lovet ydelsen. At der kan gøres et indgreb i en andens formue beviser paa ingen maade, at løftegiveren er forpligtet, tværtimod, det forhold, at ingensomhelst retshaandhævelse er hjemlet imod ham, viser netop, at han ikke er forpligtet.

Saa vidt jeg kan se, er det *Fr. Vinding Kruse* (Ejendomsretten 2. udg. 1416 ff.), der har bragt diskussionen ud af det dødvande, hvori den har befundet sig gennem flere generationers juridiske diskussion. Vinding Kruse tilslutter sig for saa vidt Hagerups og Torps opfattelse af panteretten som en af fordringsretten principielt uafhængig ret, men han benægter tillige det, disse forfattere kalder panterettens subsidiære karakter.

Vinding Kruse paaviser, at man i den ældre diskussion har sammenblandet *retsgodet*, d. v. s. ydelsen, med *retsbeskyttelsen*, men ved enhver ret maa retsgodet være det principale og retsbeskyttelsen det subsidiære. Forskellen mellem panteret og fordrings-

ret ligger efter Vinding Kruses mening ikke deri, at disse rettigheder hjemler forskellige retsgoder, thi retsgodet er i begge tilfælde det samme, nemlig en ydelse af økonomisk værdi, men deri, at de to rettigheder har forskelligt eksekutionsgrundlag og forskellig beskyttelse overfor trediemand. Til disse betragtninger slutter *Östen Undén* sig ganske i sin *Svensk Sakrätt*, 2. udg. 1946, 251.

Fra dette udgangspunkt kan man imidlertid gaa to veje. Man kan enten fremhæve, at panteretten lige saa vel som fordringsretten gaar ud paa ydelse af et økonomisk gode og derfor opstille panteretten ganske ligestillet med fordringsretten uanset de forskellige retsbeskyttelsesmuligheder, eller man kan opfatte panteretten som et retsinstitut, der alene faar betydning for tvangsfyldestgørelsen og derfor ligger paa et helt andet plan end fordringsrettighederne. Vinding Kruse har som bekendt valgt den første vej, og han har i saa henseende faaet følgeskab af Carl Jacob Arnholm, omend denne sidstnævnte har en helt anden opfattelse af rettighedsbegrebet end Vinding Kruse. Efter min mening — for hvilken jeg nedenfor skal gøre rede — burde man være gaaet den modsatte vej.

Forinden jeg gaar nærmere ind herpaa, vil det være nødvendigt at gøre nogle bemærkninger om de af Vinding Kruse og Arnholm fremsatte synspunkter.

Vinding Kruse definerer panteretten som en ret til at kræve visse ydelser, og saafremt disse ikke erlægges, at søge sig fyldestgjort i en bestemt ejendom (underforstaaet: med fortrin frem for kreditorer, der ikke har en bedre prioriteret dækningsadgang), medens fordringsretten er en ret til at kræve visse ydelser, saaledes at den berettigede, hvis ydelsen ikke erlægges, kan søge sig fyldestgjort i hele den forpligtedes formue. (Nordisk lovbog 5-1-4).

Nu maa det for det første bemærkes, at det er ganske usædvanligt og efter min mening paa ingen maade hensigtsmæssigt at karakterisere en bestemt subjektiv ret ved de tvangsmidler, der af statsmagten stilles til raadighed for rettighedens indehaver i tilfælde af, at retten krænkes. De forskellige subjektive rettigheder defineres sædvanligvis ved hjælp af de goder, som de regelmæssigt hjemler indehaveren.

De midler, der stilles til rettighedsindehaverens disposition, an-

tydes blot i definitionerne ved anvendelsen af betegnelsen *ret* eller *retsbeskyttet*. Den sædvanlige definition af en fordringsret er saaledes en persons retsbeskyttede formuefordring mod en anden person (Henry Ussing: Dansk Obligationsret. Almindelig Del, 3. udg. 1). At knytte definitionen til en enkelt side af retsbeskyttelsen vil, ikke mindst for fordringsrettens vedkommende, være særdeles uhensigtsmæssigt. Det er jo paa ingen maade sikkert, at indehaveren af en fordringsret i alle tilfælde af misligholdelse kan opnaa dom og udlæg i skyldnerens formue, han vil for eks. i visse tilfælde være henvist til at afregne sin fordring i de krav, skyldneren kan have mod ham, nemlig ved tvungen modregning.

Hvis vi anvender Vinding Kruses definition af panteretten paa det tidligere nævnte eksempel, hvor en trediemand stiller pant for en umyndigs gæld, vil vi imidlertid se, at definitionen passer paa en prik. Da kreditor ikke har nogen fordringsret mod den umyndige, og da han til gengæld kan afkræve pantsætteren ydelsen og i tilfælde af manglende betaling realisere pantet til dækning, synes definitionen nøje at passe paa det valgte eksempel.

Forinden vi nærmere ser paa, hvorledes dette i virkeligheden forholder sig, vil det dog være rimeligt at gøre opmærksom paa, at det valgte eksempel til gengæld er det eneste, hvortil Vinding Kruses definition kan bruges. I alle andre tilfælde er det uanvendeligt. I det sædvanlige tilfælde, hvor en skyldner samtidig stifter en fordringsret og en dertil svarende panteret, kan man naturligvis nok sige, at fordringsretten er retten til en ydelse o. s. v. og at panteretten ogsaa er retten til en ydelse o. s. v., men man maa jo uvilkaarligt studse over, at der er tale om den samme ydelse i begge tilfælde. Det er altsaa helt overflødigt i anden omgang at konstatere, at panteretten er adgangen til at faa en ydelse, eftersom denne adgang allerede bestaar i kraft af fordringsretten.

Og hvis man tænker sig et gælds-brev, der senere af skyldneren sikres ved en paategning om, at der til sikkerhed for gælden stilles et bestemt gode i pant, medfører denne senere paategning i saa fald en ret til en ydelse? Denne ret har han jo allerede opnaaet ved gælds-brevet, og det vil være helt unaturligt at tale om et dobbelt retsgrundlag.

Vender vi derefter tilbage til vort eksempel med trediemanden, der stiller pant for den umyndiges gæld, da vil det kunne bemærkes, at Vinding Kruses definition ganske vist tilsyneladende passer, men den fører til gengæld til resultater, der strider med den opfattelse af de subjektive rettigheders karakter, som Vinding Kruse iøvrigt tilslutter sig. Det er jo nemlig givet, at kreditor ikke kan faa dom over pantsætteren til betaling af den umyndiges gæld, og samfundets myndigheder vil heller ikke med anden magt kunne tvinge pantsætteren til at betale dette beløb (jfr. Vinding Kruse: Retslære I 30 f.). Tænker vi os, at pantsætteren retstridigt sælger pantet paa en saadan maade, at panteretten fortabes, vil han formentlig højst kunne tilpligtes at betale kreditor en erstatning der svarer til pantets realisationsværdi, der jo i hvert fald ikke vil være mindre end det beløb, der er opnaaet ved det retstridige salg. Panthaveren vil heller ikke kunne søge sig fyldestgjort ved tvungen modregning overfor krav, som pantsætteren maatte have mod ham.

Det er denne svaghed i Vinding Kruses definition, der er udgangspunktet for *Carl Jacob Arnholms* undersøgelser. Arnholm forsøger i overensstemmelse med den af *Alf Ross* opstillede funktionelle rettighedslære at finde frem til realiteterne i rettighedsbegrebet, hvilket normalt er dette, at skyldneren risikerer tvangsfyldestgørelse, hvis han ikke betaler i rette tid. Naar man siger, at skyldneren er pligtig at betale, betyder dette jo i virkeligheden, at han ellers risikerer visse ulemper. Hvis en person har pant i en andens ting, kan han true med at realisere pantet, og han behøver ikke at bekymre sig om, hvorvidt tingens ejer efter den traditionelle opfattelse er pligtig at betale. I heldigste tilfælde kan han anvende denne trusel saa behændigt, at pantets ejer rykker ud med hele det beløb, for hvilket der er stillet pant, uanset pantets realisation maaske kun vilde indbringe det halve.

Heraf slutter Arnholm, at panteretten i sit indhold er nær beslægtet med de sædvanlige obligatoriske krav. Naar panteretten giver en særlig dækningsadgang, maa der jo være et indhold bag denne ret, *noget*, som skal dækkes. Dette *noget* kalder Arnholm for *pantekravet*, ikke alene for at give det et navn, men i høj grad for at markere ligheden med de obligatoriske krav. Ifølge Arnholm

forholder panteretten sig til pantekravet paa samme maade, som den almindelige adgang til tvangsfuldbyrdelse forholder sig til en sædvanlig obligatorisk fordring.

Arnholms opfattelse kan efter min mening mødes med en del af de samme indvendinger som Vinding Kruses definition. I de normale tilfælde, hvor der findes saavel en saakaldt personlig fordring som en panteret, vil det være ganske unaturligt at beskrive situationen paa den maade, at kreditor har et dobbelt retsgrundlag for sit krav paa fordringsbeløbet, nemlig dels gælds brevet, der giver ham en sædvanlig fordringsret, dels pantebrevet, der giver ham et pantekrav.

Hvis man vil følge en realistisk opfattelse af de subjektive rettigheders karakter, maa det naturligvis bero paa rene hensigtsmæssighedsbetragtninger, hvornaar man vil tale om eksistensen af en ret. Det er saaledes ikke nødvendigt at indskrænke dette begreb til de tilfælde, hvor man kan opnaa en dom over skyldneren. Ikke desto mindre maa jeg anse det for meget betænkeligt at opstille en særlig subjektiv rettighed, »pantekravet«, alene paa grundlag af den tvang, der ligger i realisationstruslen. Der er talrige tilfælde, hvor en person er stærkt interesseret i at yde en anden person et pengebeløb, for eks. for at redde sine tidligere investeringer i denne persons virksomhed, uden at man af denne grund bør kunne tale om, at den nævnte person har et retskrav (»rettighed«) paa at beløbet ydes.

Holder vi os til det tidligere omtalte eksempel, hvorefter en trediemand har stillet pant for en umyndigs gæld, er det imidlertid klart, at panthaveren har et krav imod pantsætteren. Han kan ganske vist ikke normalt faa dom for beløbet, hvis størrelse iøvrigt først fikseres ved selve realisationen, men han har i realisations-truslen et tvangsmiddel, der, for saa vidt angaar pantets realisationsværdi, er langt bedre beskyttet end en sædvanlig fordringsret. Der kan efter min mening ikke være noget til hinder for at betegne panthaverens krav som en fordringsret, men hvis man kan tiltræde, at det kun gaar ud paa at opnaa betaling af realisationsværdien, er det naturligvis et rent terminologisk spørgsmål, om man vil give det et særligt navn, for eks. pantekravet.

Et saadant »pantekrav« faar imidlertid kun betydning i nogle

ganske specielle tilfælde, som for eks. det ovenfor nævnte eksempel, og selv i disse tilfælde har det intet at gøre med panterettens retlige karakter og bør derfor ikke faa nogen betydning for fastsættelsen af panterettens begreb. I de normale panteretstilfælde er forholdet jo det, at debitor ved gælds brevet — og kun ved gælds brevet — forpligter sig til at levere en ydelse, medens han ved indrømmelsen af panteretten giver en særlig dækningsadgang — og intet andet — i tilfælde af misligholdelse.

Helt anderledes er forholdet, naar trediemand kommer skyldneren til hjælp. Han kan gøre det ved at kautionere for skyldneren, men hvis han ved, at der ikke bestaar nogen fordringsret, for eks. paa grund af skyldnerens umyndighed, sker der jo i virkeligheden det, at trediemanden indtræder i skyldnerens forhold til kreditor. Dette forhold ændres ikke væsentligt, fordi han i stedet for at indgaa en kautionsforpligtelse vælger at stille pant. Hans hensigt er den samme, der skal opnaas det samme formaal med transaktionen, men han vil begrænse sin forpligtelse i overensstemmelse med pantets realisationsværdi. Han indkapsler saa at sige sin kaution i panteretsformen, og kan følgelig se bort fra yderligere risiko.

Det vil være ganske unaturligt at opfatte dette forhold som indrømmelsen af en dækningsadgang, ovenikøbet for en fordring, som ikke eksisterer, og der er ikke i forholdet mellem parterne det fjerneste til støtte for antagelsen af et krav mod pantsætteren gaaende ud paa ydelsen af det beløb, som skyldneren har lovet at yde panthaveren. Tværtimod har pantsætteren netop villet sikre sig imod at komme ud i større risiko end pantets realisationsværdi. Forholdet er simpelthen det, at pantsætteren enten helt indtræder i debtors stilling som skyldner i fordringsretsforholdet eller i hvert fald indtræder ved siden af ham paa samme maade som ved kaution med en begrænset risiko. Denne indtræden er imidlertid noget fra selve panteretsforholdet helt forskelligt. Selv om det ikke direkte fremgaar af aftalen mellem parterne, staar det jo klart for dem alle, at pantsætteren selvstændigt har forpligtet sig overfor panthaveren, saaledes at pantet skal yde sikkerhed for afviklingen af denne forpligtelse. Dette moment foreligger imidlertid slet ikke i de sædvanlige panteretstilfælde,



hvor forpligtelsen direkte fremgaar af aftalen, og det kan derfor heller ikke faa nogen betydning for panteretsbegrebet.

I de sædvanlige tilfælde, hvor fordringsretten stiftes uafhængigt af panteretten, der kan være stiftet saavel før som efter dette tidspunkt, kan det jo hænde, at den saakaldte personlige fordring senere bortfalder paa grund af forældelse, opgivelse el. lign. Man har heri set bevis paa, at panteretten i sig selv hjemlede adgang til at opnaa en ydelse, idet fordringsrettens forældelse ikke forhindrer panthaveren i at søge fyldestgørelse gennem pantets realisation. I den viljeserklæring, hvorved pantet stiftes, finder man ganske vist intet, som støtter den antagelse, at panteretten som saadan skulde hjemle en adgang til at opnaa ydelsen, og i det altovervejende antal af tilfælde faar dette hypotetiske retsgrundlag for ydelsen heller ikke nogensomhelst betydning. Men hvis der for eks. indtræder forældelse, hvilket vil sige, at der ikke længere kan opnaas dom og udlæg, skulde dette uvirkelige retsgrundlag pludselig komme til eksistens og muliggøre, at ydelsen alligevel fremtvinges. Konstruktionen lyder ikke paa forhaand sandsynlig.

Det, der rent faktisk sker, er jo blot, at de muligheder, der normalt staar til en kreditors disposition i tilfælde af misligholdelse, falder bort, medens adgangen til at søge fyldestgørelse ved at realisere pantet fortsat bestaar. Hvis man finder det hensigtsmæssigt, kan man beskrive dette forhold saaledes, at fordringsrettens indhold begrænses i overensstemmelse med realisationsværdien, og man kan for den sags skyld ogsaa kalde den ret, som bliver tilbage efter at forældelsen er indtraadt, for et pantekrav, men det er ikke muligt at se bort fra den kendsgerning, at hjemlen til at indkræve den paagældende ydelse findes i den aftale, hvorved fordringsretten i sin tid blev stiftet og ikke andre steder.

Efter min opfattelse maa man altsaa begrænse panterettens begreb til tvangsfuldbyrdelsens plan. For tvangsfuldbyrdelsen udenfor konkurs gælder i almindelighed prioritetsprincippet. Den kreditor, der først opnaar udlæg, har fortrin frem for senere udlægsøgende kreditorer. For konkurssituationen gælder som hovedregel en forholdsmæssig fordeling af falentens formue mellem alle kreditorerne uafhængigt af tidspunkterne for kravenes stiftelse. Panteretten griber imidlertid ændrende ind i reglerne om tvangs-

fuldbyrdelse saavel ved singular- som ved universalforfølgning. Hvad enten panteretten er viljesbestemt eller lovbestemt, ændrer den de almindeligt gældende normer for forholdet mellem kreditorerne under tvangsfuldbyrdelsen. Den reserverer en individualiseret del af skyldnerens ejendom til fyldestgørelse for særligt udpegede kreditorer.

Set fra pantsætterens synspunkt bliver panteretten altsaa en adgang for ham til ved sine egne dispositioner at undtage bestemte formuegoder fra lovgivningens almindelige regler om tvangsfuldbyrdelse. Panteretten er i saa henseende en viljesbestemt norm for den tvungne opgørelse mellem kreditorerne.

Set fra panthaverens synspunkt er panteretten en ret, der hjemler ham en særlig adgang til tvangsfuldbyrdelse af en ham tilhørende fordring ved realisation af et bestemt formuegode (forudsat naturligvis at de almindelige betingelser for tvangsfuldbyrdelse er til stede) med udelukkelse af andre kreditorer, i det omfang disse ikke ifølge lovgivningen eller en bedre prioriteret panteret har en bedre eller ligestillet ret til at søge sig fyldestgjort i det paagældende formuegode.

Dersom denne definition antages, mister størstedelen af den hidtidige diskussion sin værdi. Der vil da ikke længere være nogen grund til at diskutere, om panteretten er en raadighedsret, eftersom rettigheder af denne art alene hører hjemme i retsgoderens plan, hvorimod panteretten hører hjemme i tvangsfuldbyrdelsens plan. Nogen sammenblanding er ikke mulig, og jeg har i saa henseende blot draget den logiske konsekvens af den af Vinding Kruse og senere af Arnholm fremhævede sontring mellem retsgodet og retsbeskyttelsen (i betydningen tvangsfyldestgørelse).

Panteretten er herefter nok subsidær i forhold til rettigheder, der hjemler adgang til en ydelse, men det gælder jo for alle normer for tvangsfuldbyrdelsen, at de ikke har noget formaal i sig selv. Om en accessorisk ret i den ældre teoris forstand kan man ikke tale, eftersom panteretten i vidt omfang har retlig selvstændighed i forhold til fordringen, og pantsætteren kan til en vis grad selv bestemme, hvilke fordringer der skal nyde godt af en allerede stiftet panteret, jfr. reglerne om ejerpant og de øvrige bestemmelser i tinglysningslovens § 40.

Paa den anden side er det klart, at panteretten medfører forpligtelser for pantsætteren allerede forinden tvangsfuldbyrdelsen. Hans raadighed over den pantsatte ejendom vil være indskrænket i det omfang, det er nødvendigt for at forhindre tilintetgørelsen af panthaverens dækningsadgang. Aftalen mellem parterne kan gaa ud paa, at pantsætteren slet ikke maa sælge den pantsatte ejendom, men selv hvor dette ikke er aftalt, vil det i hvert fald være forudsat, at pantsætteren ikke maa sælge ejendommen uden behæftelsen d. v. s. fortie den stiftede panteret og saaledes udsætte panthaveren for at miste sin ret ved ekstinktion. Disse begrænsninger i ejerens raadighed er, saa vidt jeg kan se, ikke noget særligt for panteretten, idet det naturligvis altid maa gælde, at en person, som indrømmer en anden en ret over sin ejendom, ikke maa foretage sig noget, der kan tilintetgøre denne ret. Efter at have stiftet panteretten, »ejer« pantsætteren jo overhovedet kun de handlemuligheder, som herefter er blevet tilbage, jfr. *Alf Ross Virkelighed og Gyldighed* 1934, 214.

Det falder udenfor denne afhandlings rammer at gennemføre en undersøgelse af den nærmere begrænsning af de retlige fænomener, som falder indenfor det foran foreslaaede panteretsbegreb. Saafremt man vil antage, at ejerpantet, allerede forinden der er stiftet nogen gæld, knytter væsentlige retsvirkninger til ejerens reservation af en del af sin formue til dækning af særlige af ham udpegede kreditorer, jfr. *Ejendomsretten* 1509 f. og *Torkil Sørensen* U. f. R. 1936 B, 232 ff., vil man kunne henregne ejerpantet til panteretsbegrebet. Hidtil har alle teorier været enige om, at der i tilfælde af ejerpant kun forelaa en forberedelse til en senere panteret eller et saakaldt prioritetsforhold. Om de privilegerede fordringer skal henregnes til panteretten afhænger af, hvor store krav man vil stille til pantets individualisering. Slægtskabet med det af mig foreslaaede panteretsbegreb er i hvert tilfælde iøjnefaldende.

*Carl Jacob Arnholm* (Panteretten 402) fremhæver, til dels i tilknytning til Vinding Kruses undersøgelser, at panteretten er det juridiske middel til at gennemføre transaktioner, hvis økonomiske grundlag er i høj grad forskelligt, og han mener endog, at spændingen mellem de forskellige tilfælde er saa stor, at det maa være

en overvejelse værd, om det er rigtigt at samle dem under een juridisk form. Der kan være grund til at afslutte nærværende bemærkninger med en henvisning til, at det af mig forsvarede pantebetsbegreb gør det lettere at forstaa de tilsyneladende modsætninger imellem yderpunkterne af panterettighedernes vældige og brogede omraade. Det eneste, der holder disse højst forskellige fænomener sammen, er efter min mening det forhold, at de alle er bygget op omkring pantsætterens adgang til at reservere en begrænset del af sin formue til begunstigelse af særlige kreditorer under den alles krig imod alle, som begynder, naar skyldnerens økonomiske grundlag er ved at vakle.

# „Egen skyld” og erstatning for varetægtsfængsel og strafafsoning

Af professor, dr. jur. Erwin Munch-Petersen

## *I. Historisk og retssammenlignende belyst.*

Den tanke som almindelig grundregel at anerkende en erstatningspligt for det offentlige i forhold til den, der uforskyldt har siddet i varetægtsfængsel eller har udstået straf, er som bekendt af nyere dato. Skønt spørgsmålet havde været drøftet på den tyske Juristentag 1872, fik det først en almindelig løsning<sup>1</sup> i de nordiske lande, jfr. svensk lov 12. marts 1886, norsk straffeprocesslov 1. juli 1887 og dansk lov nr. 52, 5. april 1888.

Når Norden blev førende med hensyn til erstatningsregler på dette område, skyldes det utvivlsomt de nordiske juristmøder og et initiativ fra dansk side. Spørgsmålet om erstatning for uforskyldt varetægtsfængsel blev nemlig anmeldt af *N. F. Schlegel* som emne allerede på det tredje nordiske juristmøde i 1878<sup>2</sup> uden dog at komme til behandling og blev senere forhandlingsemne på det 5. juristmøde i 1884.<sup>3</sup> I dette møde deltog *N. F. Schlegel* ganske vist ikke, men det blev dog ham, der i kraft af sin store interesse for spørgsmålet i 1885 i landstinget fremsatte det forslag, der resulterede i loven af 1888.

Spørgsmålet gav navnlig på det 5. nordiske juristmøde grundlag for en livlig diskussion, og det danske lovforslag blev til trods for principiel tilslutning genstand for behandling i tre rigsdagssamlinger.<sup>4</sup> Adskillige af de problemer, der blev drøftet dengang, er uden større interesse nu. Dette gælder navnlig spørgsmålet om, ud fra hvilket grundsynspunkt man — i de tilfælde, hvor der ikke simpelthen foreligger en ulovlig strafforfølgning, jfr. nu retspleje-

lovens § 1018 a — kan anerkende en erstatningspligt for staten. Man har i så henseende hævdet, at erstatningspligten måtte finde en begrundelse deri, at den uforskyldte fængsling eller strafudståelse i virkeligheden er objektivt retstridig, selv om den fremtræder som formelt lovlig. I nutiden vil det mest nærliggende være at se tilfældet som et eksempel på, at lovgivningen på dette område har anerkendt erstatningsansvar uden culpa på grund af de i og for sig retmæssige handlingers farlighed, jfr. *Henry Ussing Erstatningsret* (1947) pg. 132. Forholdet er her det, at retsmaskineriet i samfundets interesse må udstyres med sådanne magtmidler, at disse, uanset hvor fremragende retsplejen og dens udøvere end er, kan ramme uskyldige personer. At dette kan blive tilfældet, er særlig klart ved anvendelsen af varetægtsfængsel, da fængsling ikke kan betinges af, at den pågældende persons skyld er fastslået, men alene af, at der er *mistanke* om, at han er skyldig — en mistanke der senere kan vise sig ganske grundløs.

Selv om man ser reglerne ud fra det nævnte synspunkt, er og bliver det imidlertid et vanskeligt spørgsmål, hvor langt man skal gå i retning af at anerkende erstatning i disse tilfælde, idet det på forhånd er klart, at der må opstilles visse begrænsninger i adgangen hertil. Det er vel nok dette, der ligger bagved de principielle drøftelser i landstinget mellem *N. F. Schlegel* på den ene side og *Goos* og *Nellemann* på den anden side vedrørende spørgsmålet, om der burde anerkendes et egentligt *retskrav* på erstatning eller kun erstatning ud fra *billighedssynspunkter*.<sup>5</sup>

Medens loven af 1888 begrænsede erstatningsadgangen stærkt, er tendensen i dansk lovgivning hidtil gået i retning af en videre og videre adgang til oprejsning for strafferetlig forfølgning, først gennem ændringerne ved reglernes udformning i retsplejeloven af 1916<sup>6</sup> og senere ved de i 1932 foretagne mere indgribende ændringer.<sup>7</sup> Spørgsmålet er imidlertid, om den danske lovgivning ikke herved er kommet til at gå videre end rimeligt er. Herpå tyder den måde, på hvilken reglerne af domstolene er blevet anvendt i de mange genoptagelsessager og ekstraordinære ankesager, der har foreligget i Danmark i de senere år, idet der navnlig har været en udpræget tendens til at nægte erstatning for varetægtsfæng-

sel ud fra det synspunkt, at den pågældende ved sit eget forhold har foranlediget fængslingen.

Det spørgsmål, der her særlig skal behandles, er derfor, i hvilket omfang den pågældendes »egen skyld« kommer i betragtning ved afgørelsen af, om og i hvilket omfang, der skal ydes erstatning for varetægtsfængsel eller strafafsoning.

At der sædvanlig ikke kan tilkomme en sigtet nogen erstatning for skade forvoldt ved strafferetlig forfølgning, når det er sigtedes egen skyld, at skaden er indtruffet, har altid været anerkendt som en naturlig ting. Det er vel først og fremmest hertil, der sigtes, når den danske lov af 1888 betegner sig som lov om erstatning for *uforskyldt* varetægtsfængsel og straf, og når den svenske lovgivning taler om erstatning til »*oskyldigt* häktade eller dömd« og den tyske lov om »*Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft*«.

Spørgsmålet om, hvad der nærmere skal indlægges i, at den pågældende er blevet »uforskyldt« eller »uskyldigt« fængslet eller domfældt, er imidlertid i tidens løb løst meget varierende af de forskellige lovgivninger:

#### *A. Erstatning for varetægtsfængsel.*

a) For så vidt angår erstatning for varetægtsfængsel har det overalt stået fast, at der normalt ikke kan gives erstatning til en person, der 1) *ved sit eget urigtige processuelle forhold under selve sagen har givet anledning til fængslingen*, idet han f. eks. har aflagt falsk tilståelse, har udgivet sig for en anden eller har bestyret mistanken mod sig ved forsøg på flugt eller usandfærdige forklaringer eller ved at påvirke andre til at afgive sådanne. I modsætning hertil står, at den pågældende er blevet fængslet, fordi han tilfældigvis ligner gerningsmanden meget, eller fordi han er antruffet på gerningsstedet under mistænkelige omstændigheder.

At den norske straffeprocesslov § 470 kun udelukker erstatning i tilfælde som de førstnævnte, følger af hele formuleringen. Det samme gælder den oprindelige svenske lov af 12. marts 1886 § 1. Det er også kun sådanne forhold, man har haft for øje ved forslaget til den danske lov af 7. april 1888 § 2. Dette fremgår såvel af den af *N. F. Schlegel* til det 3. nordiske juristmøde 1878 udarbej-

dede afhandling (pg. 178) som af forhandlingerne på rigsdagen 1885-1888. Selv om tilføjelsen om de tilfælde, hvor »det udviste forhold må antages at være foranlediget af frygt, forvirring eller undskyldelig misforståelse«,<sup>8</sup> kan pege i samme retning, indicerer imidlertid hverken formuleringen af loven af 1888 eller retsplejeloven dette klart.

Når der — uden den eksemplifikation, som indeholdes i den norske og den tidligere svenske lov — alene tales om, at den pågældende »selv ved sit forhold har givet anledning til fængslingen«, er denne formulering efter min opfattelse også forenelig med en videregående forståelse, hvorefter man ikke indskrænker reglen til at gælde processuelt urigtige forhold under sagen, men lader den omfatte, at 2) *selve det til grund for sigtelsen liggende forhold har været af en så mistænkelig karakter*, at fængslingen har været foranlediget heraf.

I den tyske lov af 14. juli 1904 § 2 er dette fastslået i særlig outreret form, idet der som udelukkende erstatning for varetægtsfængsel ikke blot anføres, at den fængslede ved forsæt eller grov uagtsomhed har bevirket fængslingen, men også at »die zur Untersuchung gezogene Tat des Verhafteten eine grobe Unredlichkeit oder Unsittlichkeit in sich geschlossen hat . . .«. Og i den vistnok nyeste lov på området, nemlig den svenske lov 13. april 1945 § 1, er der efter undtagelserne om processuelle fejlhandlinger føjet en bestemmelse, der i hvert fald åbner mulighed for den under 2 nævnte forståelse, idet det hedder: »Ej heller må ersättning utgå, om i annat fall än nu sagts med hänsyn till omständigheterna ej är skäligt att ersättning gives«.

For dansk rets vedkommende har H. Munch-Petersen<sup>9</sup> meget kategorisk fastholdt, at retsplejelovens regel om erstatningens bortfald på grund af den pågældendes eget forhold kun tager sigte på urigtige processuelle forhold under selve sagen, medens Stephan Hurwitz<sup>10</sup> antager, at reglen også omfatter en forud for forfølgningen liggende handle måde, der i kraft af sin usædvanlige og forkastelige karakter er egnet til at fremkalde mistanke om et strafbart, fængslingsbegrundende forhold. Om stillingen i dansk retspraksis se pg. 407-413 og pg. 421.

Allerede dette viser, at spørgsmålet om, hvad »egen skyld«



på dette område omfatter, kan give anledning til meget forskellig opfattelse.

b) Her skal først gøres nogle bemærkninger om et andet forhold, der i en helt anden betydning end ellers kan betegnes som et spørgsmål om »egen skyld«. I straffeprocessen kommer der nemlig et særligt problem frem som følge af, at det ikke altid vil stille sig således, at det positivt kan siges, at den, der frifindes, ikke *alligevel* er *skyldig* i selve det forhold, som han har været sigtet eller tiltalt for. I mange tilfælde vil forholdet tværtimod være det, at frifindelsen i kraft af grundsætningen *in dubio pro reo* kun betyder det negative, at der ikke af anklagemyndigheden er ført tilstrækkelig bevis for tiltaltes skyld, men at der dog stadig er begrundet formodning om hans skyld. Lige fra første færd har der derfor været stor diskussion om, hvorledes man skulle stille sig til erstatningsspørgsmålet i disse tilfælde.

Så tidligt som på juristmødet i 1884 fremhævede således *Getz*, at man foruden på spørgsmålet om betydningen af såkaldte processuelle fejl fra tiltaltes side måtte have opmærksomheden henvendt på spørgsmålet om, hvorledes man skal behandle alle dem, som kun frikendes, fordi beviset mod dem ikke er fuldstændigt, men ikke fordi deres uskyldighed er bevist.

For at anerkende erstatningskrav også i de sidste tilfælde har man for det første mere i almindelighed anført, at det skulle være en nødvendig følge af moderne straffeprocessuelle grundsætninger, at enhver, mod hvem der ikke er tilstrækkeligt bevis til, at han kan domfældes for en forbrydelse, »i enhver Henseende maa betragtes som uskyldig i denne, saaledes at han maa holdes skadesløs for alle Onder, der er tilføjet ud fra den anden Forudsætning«, jfr. *H. Munch-Petersen: Retspleje og Kultur* (Københavns Universitets Festskrift (november 1913) pg. 42-43). Man har dernæst henvist til præventionshensynet, hvilket *in casu* vil sige en ubetinget erstatningsregels evne til at modvirke misbrug af varetægtsfængsel. Og navnlig har man henvist til, at man ved at undlade at give erstatning til frifundne personer, fordi de trods frifindelsen alligevel anses for skyldige, i virkeligheden atter skaber to kategorier af frifundne, svarende til den i øvrigt ophævede sondring mellem »frifindelse for videre tiltale« og »fuldstændig frifindelse«.

Overfor det første hensyn har man navnlig anført, at det er ubilligt, at staten ved generelt at yde erstatning til dem, der frifindes af mangel på bevis, ligefrem sætter en præmie på løgnagtig benægtelse. Overfor præventionshensynet som begrundende en ubetinget erstatningsregel har man rejst det spørgsmål, om ikke det skær af noget for retsplejen odiøst, der vil hvile over denne, når der kun gives erstatning for varetægtsfængsel

til virkelig uskyldige, vil forsvinde, hvis alle frifundne ubetinget får krav på erstatning, således at det bliver noget ganske dagligdags, at erstatning tilkendes. Endelig har man bestridt, at man skaber en ny gruppe af »frifundne for videre tiltale«, når man kun indenfor de frifundne som erstatningsberettigede udtager den gruppe, hvis uskyldighed er positivt bevist.

Disse sidste betragtninger blev de afgørende i de fleste lande, i hvert fald ved den oprindelige udformning af lovbestemmelserne på dette område.

Efter det af *N. F. Schlegel* i 1885 fremsatte lovforslag kan der således kun tillægges en person erstatning for varetægtsfængsel, når »det er godtgjort, at han ikke har begaaet den ham paasigtede Gjerning, eller naar den mod ham rejste Mistanke er ganske fjernet«. Dette blev dog i selve loven af 1888 § 1 modereret til, at »det efter de fremkomne Oplysninger maa antages, at han er uskyldig i den Forbrydelse, hvorfor han er fængslet«.

Efter den stadig gældende tyske lov af 14. juli 1904 om erstatning for uforskyldt varetægtsfængsel kræves det, at »das Verfahren ihre Unschuld ergeben oder dargetan hat, dass gegen sie ein begründeter Verdacht nicht vorliegt«. Om denne situation foreligger, afgør retten efter frit skøn, men det står fast, at der ikke kan gives erstatning, hvis den anklagede frifindes på grund af sætningen in dubio pro reo, jfr. *Gerland* pg. 269.

Efter den gældende norske straffeprocesslov § 469, 3. stk. kræves det for at opnå erstatning for varetægtsfængsel, at »de for hans forøvelse af handlingen fremførte beviser er gendrevet«. Medens motiverne til loven forudsatte, at dette betød, at sigtede positivt skulle bevise sin uskyldighed, har retspraksis i overensstemmelse med lovens ord kun krævet, at det efter de foreliggende oplysninger må anses for usandsynligt, at sigtede har forøvet handlingen, jfr. *Skeie* II. pg. 283-85 og *Salomonsen* II. pg. 354-55. Ved siden af den nævnte bestemmelse gælder imidlertid i kraft af § 469, 1. stk. den almindelige regel, at den, der har siddet i varetægtsfængsel kan få erstatning, hvis han ved fængslingen har lidt et »væsentligt formuetab«. Dette begreb forstås dog meget snævert. Den norske Højesteret har således ikke anset et tab på 500 kr. for et væsentligt formuetab for en mand, der var sat i skat efter en indtægt på 4080 kr., og som havde hustru og 5 børn at forsørge, jfr. *Emil Stang*: Rettergangsmåten i Straffesaker (1941) pg. 271.

Efter den oprindelige svenske lov af 12. marts 1886 er det en betingelse, at det konstateres, at forbrydelsen slet ikke er begået, eller er begået af en anden, eller at den ellers ikke kan være begået af den pågældende, men dette er ændret ved den nye lov af 13. april 1945, § 1. I denne er der efter undtagelsen om sigtedes processuelle fejl alene indføjet den allerede under a omtalte generalklausul, hvorefter domstolene heller ikke må yde erstatning »om i annat fall än nu sagts med hänsyn till omständigheterna ej är skäligt att ersättning gives«. Et hovedeksempel herpå er imidlertid som fremhævet af *Olivecrona*: Straffprocessen (Kompedium, 2. uppl. 1951) pg. 191, at »anledning till misstanke kvarstår, trots att domen

på grund av bristande bevisning blivit frikännande». At denne fortolkning er fuldt berettiget, fremgår af lovens forarbejder,<sup>11</sup> idet det tilfælde, at der stadig består mistanke mod den frifundne, oprindelig var nævnt udtrykkeligt i de forskellige forslag til loven, men alene udgik af tilsvarende grunde som de nedenfor mod den danske retsplejelov § 1018, stk. 1 in fine anførte, jfr. herved N. J. A. 1945. Afd. II pg. 745-746: »Det bör emellertid betonas att utskottet med detta ändringsförslag icke velat borttage möjligheterna för domstol att avslå en ersättningsansökan, när omständigheterna äro sådana att anledning till misstanke måtte anses kvarstå. Syftet har endast varit att förebygga, att domstolorna komma att såsom domskäl åberopa nämnda förhållande«.

I Danmark er udviklingen ligesom i Sverige gået i retning af at trænge denne undtagelsesgruppe tilbage, idet de ovenfor nævnte grunde, der taler for også at give erstatning i disse tilfælde, er kommet til at spille den afgørende rolle. Ved *retsplejeloven af 1916*, jfr. *retsplejeforslaget 1907/08*, gjorde man således erstatningsadgangen videre ved i stedet for som efter loven af 1888 positivt at betinge erstatningskravet af bevis for uskyld at vende bevisbyrden om, således at kravet kun udelukkes, hvis de fremkomne oplysninger *dog giver begrundet formodning for skyld*. Ved denne formulering er man imidlertid for så vidt kommet fra asken i ilden, som man derved i endnu højere grad bidrager til at skabe en situation svarende til den tidligere »frifindelse for videre tiltale«, jfr. H. Munch-Petersen: *Retspleje og Kultur* pg. 42, der mod retsplejelovens ordning udtaler: »Der er hos Folk i Almindelighed en kun altfor stor Tilbøjelighed til at anse den blot mistænkte for saa godt som skyldig ifølge den om Menneskenes elskelige Sind vidnende, men ofte helt usande Sætning, at der ikke gaar Røg af en Brand . . . Og der synes da ikke just at være særlig Trang til at give denne Teori, der ofte kan komme til at virke i saa høj Grad uretfærdigt, den juridiske Sanktions Støtte«.

Ved de senere reformbestræbelser har der, skønt man ikke har villet afskaffe undtagelsesregler for de formodet skyldige af gavn, ligesom i Sverige vist sig et ønske om at gøre dette af navn, idet man har tilstræbt ikke officielt at hæfte en mistanke på de personer, som man på grund af formodet skyld nægter erstatning. I den af *justitsministeriets udvalg af 1929* i 1930 afgivne betænkning (R. T. 1930-31 A sp. 4951-53) var det derfor foreslået formelt at

komme udenom skyldformodningen som udelukkende erstatning ved at give retten en almindelig beføjelse til at nægte eller nedsætte erstatningen, når der i sigtedes forhold foreligger særlige omstændigheder, der taler mod at tilkende erstatning eller dog fuld erstatning. Den ovenfor refererede nye svenske lov af 13. april 1945 § 1 hviler klart på samme synspunkter. I den endelige danske lov af 1932 blev resultatet imidlertid, at man vel i rpl. § 1018 b, stk. 1, opretholdt undtagelsesbestemmelsen om de tilfælde, hvor der er begrundet formodning om skyld, men samtidig ved rpl. § 1018 h, stk. 5, påbød, at der i sådanne tilfælde kun i domspræmisserne må anføres, »at Lovens Betingelser for Erstatning efter de i Sagen tilvejebragte Bevisligheder ikke skønnes at foreligge«.

B. Spørgsmålet om *erstatning for uforskyldt strafafsoning* får navnlig betydning i genoptagelsessager, men det kan også blive aktuelt under ekstraordinær anke, hvilket for dansk ret vil sige, at enten appelretten admitterer anke efter ankefristens udløb, eller at justitsministeriet giver særlig tilladelse til sagens indbringelse for Højesteret.

På dette sted skal kun gøres nogle bemærkninger om den principielle stilling, man har taget til dette erstatningsspørgsmål.

Den tyske lov af 20. maj 1898 om erstatning til de i genoptagelsesprocesser frifundne personer tager uden videre *samme standpunkt til spørgsmålet om egen skyld* som ved uforskyldt fængsling. Loven kræver nemlig også her, at det under genoptagelsessagen positivt er fastslået, at den tidligere domfældte er uskyldig, eller at der ikke mere foreligger nogen begrundet mistanke mod ham. Ved siden heraf udelukkes erstatning, hvis den domfældte selv forsætlig eller ved grov uagtsomhed har fremkaldt domfældelsen.

Efter den norske og svenske lov er standpunktet derimod det, at *erstatningskravet anerkendes i videre omfang ved strafafsoning* end ved varetægtsfængsel, idet »egen skyld« kun anerkendes i betydning af, at den pågældende ved sit eget processuelle forhold, f. eks. ved tilståelse eller andet forsætligt forhold har foranlediget, at han er blevet idømt straf. Dette fastslås således udtrykkeligt i

den norske straffeprocesslov § 470 og i den svenske lov af 13. april 1945 § 2.

Kun den *danske lov* synes efter de i 1932 skete ændringer, jfr. rpl. § 1018 b., stk. 3, ganske uden forbehold at anerkende erstatningspligt, hvor strafafsoning har fundet sted, men at dette i hvert fald ikke kan gælde fuldt ud fremgår af det under II. B. udviklede.

## *II. Dansk retspraksis.*

Da der i de senere år vedrørende spørgsmålet om erstatning for varetægtsfængsel og strafafsoning er afsagt en række domme, der for en stor del slet ikke eller kun ufuldstændigt er refereret i de trykte domssamlinger,<sup>12</sup> og da der nylig har været diskussion om den faktiske stilling efter retspraksis,<sup>13</sup> skal der her foretages en nærmere gennemgang af de vigtigste foreliggende domme om dette erstatningsspørgsmål.

### *A. Erstatning for varetægtsfængsel.*

#### *a) rpl. § 1018 b., stk. 2 (eget forhold).*

Ved gennemgangen af dommene vedrørende rpl. § 1018 b., stk. 2, vil det være naturligt at sondre mellem tre grupper af straffesager: 1) de egentlige landssvigersager, 2) de såkaldte værnemagersager og 3) almindelige straffesager.

1) Indenfor *landssvigersagerne* kan først nævnes en række tilfælde, hvor det under ekstraordinær anke af landsretterne blev statueret, at forhold som f. eks. arbejde under »*Organisation Todt*» (O. T.) eller »*Legion Speer*«, der af underretterne var anset for strafbare, i virkeligheden måtte ligestilles med lovligt civilt lønarbejde.

Da de fleste af de personer, der ramtes af retsopgøret efter besættelsen, forinden domfældelsen havde været interneret og fængslet i længere tid, blev der sædvanlig rejst spørgsmål om erstatning både for varetægtsfængsel og for strafafsoning. I en del tilfælde blev der uden videre givet erstatning også for varetægtsfængsel.

Som eksempler herpå kan nævnes utrykte ankedomme afsagte af Østre Landsret 1.2.46 (X 28/46) vedr. tjeneste i Speer: 600 kr. ialt for varetægtsfængsel i 3 måneder og strafafsoning i 3 måneder, 8.2.46 (X 27/46)

vedr. O. T. chauffør: 600 kr. for 2½ måned varetægtsfængsel + 3½ måned afsoning samt vedr. ubevæbnede O. T. folk i øvrigt Ø. L. D. D. 22. 2. 46 (X 43/46): 400 kr. for 3 måneder ialt, 27. 2. 46 (X 50/46): 1000 kr. for internering fra 5. 5. 1945, fængsling fra 16. 6. s. å. og afsoning fra 1. 9. 1945 til 27. 2. 1946 og 14. 3. 1946 (X 82/46): 300 kr. (I) for fængsling + afsoning i ialt 5½ måned.

Man møder imidlertid samtidig adskillige eksempler på, at man i ganske tilsvarende sager har nægtet erstatning med den begrundelse, at tiltalte selv ved sit forhold har givet anledning til fængslingen.

Fra Østre Landsret kan f. eks. nævnes utrykte ankedomme 19. 3. 46 (VIII 48/46) vedr. dykkerarbejde for O. T., hvor den pågældende havde været fængslet fra 27. 5. 45 til 24. 9. 45 og derefter havde afsonet straf fra 24. 9. til 22. 12. 45. Dommen frifinder den pågældende, men statuerer, at han ved sit forhold har givet anledning til fængslingen, hvorfor der kun tillægges ham 300 kr. for de 3 måneders afsoning. På tilsvarende måde stiller utr. Ø. L. D. 9. 5. 46 (VIII 1193/45) sig, idet en O. T. chauffør frifindes og tilkendes 500 kr. for strafafsoning i 2 måneder, men nægtes erstatning for internering og fængsling fra 7. 5. 45 til 12. 10. 45. På linie hermed ligger også flere utrykte Vestre Landsretsdomme, jfr. f. eks. ankedom 9. 4. 46 (1158/46), der nægter ubevæbnet O. T. mand erstatning for internering fra 6. 5. 45 til 12. 6. 45 og fængsling fra 12. 6. til 26. 11. 45 under henvisning til § 1018 b. stk. 2, men giver ham 200 kr. for strafafsoning fra 26. 11. til 22. 12. 45. Ganske tilsvarende er V. L. D. 23. 7. 46 (1780/46).

I disse tilfælde er der intetsomhelst anført i retning af processuelt urigtigt forhold, men det er klart, at »eget forhold« her alene går på *forholdets formodede kriminelle karakter som fængslingsbegrundende*.

For Højesteret blev spørgsmålet om erstatning for varetægtsfængsel i landssvigersager først aktuelt, efter at retten havde statueret, at deltagelse i 6 ugers *kursus på Schalburgskolen*, uden at den pågældende derefter indtrådte i Schalburgkorpsen, end ikke kunne karakteriseres som strafbart forsøg, jfr. U. f. R. 1946 pg. 1060 (H). I tre sager, hvor tiltalen indskrænkede sig til deltagelse i Schalburgkursus, og hvor de pågældende i henhold til de særlige regler om internering og fængsling i landssvigersager havde siddet interneret og fængslet i længere tid inden domfældelsen, gav Højesteret derefter uden videre de pågældende erstatning også for varetægtsfængsel, jfr. således H. R. D. vedr. Orla Saabye

af 22. oktober 1946: 1200 kr. (U. f. R. 1946 pg. 1249) og H. R. D. i U. f. R. 1947. 553 (1200 kr.) og 1947. 995 (1000 kr.). I overensstemmelse hermed blev der genoptaget ialt 46 sager og tilkendt erstatninger for både varetægtsfængsel og strafafsoning med omkring 1200 kr. i hver sag.

Skønt der fra offentlighedens side fremkom en ikke uforståelig kritik ud fra det synspunkt, at det var urimeligt, at der nu tilkendtes de fra besættelsestiden særlig forhadte Schalburgfolk erstatninger af statskassen, synes der efter de tre Højesteretsdomme ikke i disse sager at have været rejst spørgsmål om nægtelse af erstatning for varetægtsfængsel under henvisning til den pågældendes »egen skyld«.

Man kan imidlertid ikke heraf udlede, at Højesteret generelt har taget afstand fra landsretternes praksis i den fornævnte gruppe af domme vedrørende medlemmer af O. T. og Speer, hvor erstatning blev nægtet. Ikke engang i landssvigigersager, hvor de særlig langvarige interneringer og fængslinger kunne begrunde en mere almindelig anerkendelse af erstatning herfor, har Højesteret altid taget dette standpunkt.

Herimod kan ikke anføres sagen vedr. politimanden *Gregersen*, U. f. R. 1948 pg. 1080 (1085), der på grundlag af en sigtelse for angiveri havde været fængslet fra 5. december 1945 til 3. november 1947 — altså i næsten 2 år — og som derefter frifandtes af Østre Landsret. Landsretten nægtede her erstatning, da han ved sit forhold fandtes at have givet anledning til fængslingen, dog med dissens af 3 dommere, der under hensyn til fængslings langvarighed ville give 6000 kr. for varetægtsfængsel. I Højesteretsdommen udtaler 6 dommere, at det af Gregersen udviste forhold ikke er et sådant, at det i henhold til § 1018 b. stk. 2 kan udelukke ham fra erstatning og tillægger ham 3000 kr., medens 3 dommere ville stadfæste landsretsdommen og nægte erstatning. Der er dog efter alt foreliggende ingen tvivl om, at denne afgørelse må ses som *en rent konkret afgørelse*, hvor man efter samtlige omstændigheder har fundet det mindre rimeligt ikke at give en unægtelig beskeden erstatning for 2 års udstået varetægtsfængsel, men ikke som en underkendelse af den fornævnte fortolkning af retsplejeloven.<sup>14</sup> At Højesteret anerkender dette også i landssvigigersager fremgår i hvert fald klart af *Vilfred Petersen-sagen*, U. f. R. 1950 pg. 324 (328), hvor Højesteret i modsætning til Østre Landsret nægter samtlige fire frifundne erstatning for fængslinger i fra 2 til 4 år, og hvor der ikke kan være tvivl om, at det er *selve det forud for forfølgningen udviste forhold*, der udelukker fra erstatning.

Som et særligt tilfælde, hvor erstatning blev nægtet to for angiveri frifundne personer, må nævnes *Paarup-sagen*, U. f. R. 1947 pg. 503, der dog ikke forelagdes Højesteret vedrørende dette spørgsmål. At det her er selve det forud for forfølgningen udviste forhold, der udelukker erstatningen, siges udtrykkeligt i underretsdommen (l. c. pg. 508), der vist nærmest må forstås som henvisende til § 1018 b. *stk. 1* (formodning om skyld), medens landsretten bruger *stk. 2* (eget forhold), jfr. nærmere nedenfor om den flydende grænse mellem disse to undtagelser.

2) Medens praksis således først sent blev afklaret i landssvigersagerne, har stillingen fra første færd været utvivlsom i *værnemagersagerne*, der som bekendt blev forelagt Højesteret senere end landssvigersagerne. I værnemagersagerne har Højesteret nemlig konsekvent nægtet erstatning for varetægtsfængsel og i øvrigt samtidig været meget tilbageholdende med hensyn til erstatning for afsonet straf.

I sagen vedrørende vognmand *Kande* (U. f. R. 1950 pag. 485), der havde samarbejdet med den ved H. R. D. 3. juni 1949 frifundne entreprenør Carlsen (U. f. R. 1949 pg. 817), nægtes erstatning således med den begrundelse, at tiltalte ved sit forhold har givet anledning til fængslingen. Ganske tilsvarende standpunkt tager Højesteret i sagen vedrørende *Bock* (U. f. R. 1950 pg. 705) og *Charles Evald Nielsen* (U. f. R. 1950 pg. 723), skønt den i den første sag frifundne havde været interneret og fængslet fra 12. maj 1945 til 6. juni 1946, og den anden havde været fængslet fra 31. maj 1945 til 15. maj 1946, altså ca. 1 år hver. (Se i øvrigt om den sidste sag også nedenfor pg. 420).

Da der ikke i noget af disse tilfælde er fremdraget processuelle fejlhandlinger fra de pågældendes side, er der ingen tvivl om, at det er *selve forholdets formodede kriminelle karakter som fængslingsbegrundende*, der betragtes som udelukkende erstatning. I overensstemmelse hermed er forholdet da også i det hele blevet ved landsretterne i de værnemagersager, der på grund af ændret praksis er blevet forelagt disse i kraft af ekstraordinær anke eller kendelse om genoptagelse fra »Den særlige Klageret«.

3) I *almindelige straffesager* er tendensen allerede i adskillige år gået i retning af at nægte erstatning for varetægtsfængsel, uden at det dog altid sikkert kan fastslås, af hvilken grund nægtelsen af erstatning i de enkelte tilfælde er sket. *Dels* kan der i nogle til-



fælde rejses tvivl om der foreligger en processuel fejlhandling fra tiltaltes side, *dels* er det navnlig i nævningsager ofte uklart, om grunden til at den frifundne ikke findes berettiget til erstatning er hans eget forhold i videre forstand, jfr. rpl. § 1018 b. stk. 2, eller at der antages dog at foreligge begrundet formodning for hans skyld, jfr. § 1018 b. stk. 1. *in fine*.

At der kan opstå tvivl om, hvorvidt retten har lagt vægt på egentlige processuelle fejl fra tiltaltes side eller på, at selve hans forhold forud for forfølgningen har været af en så mistænkelig art, at det har været fængslingsbegrundende, skyldes ofte, at der i virkeligheden foreligger forhold, der kan henføres under begge grupper. Dette synes således at være tilfældet i den i U. f. R. 1930 pg. 84 refererede Højesteretsdom vedrørende en for brandstiftelse frifundet person og i den kendte sag vedrørende *Eugen Danner*, jfr. U. f. R. 1940 pg. 883.<sup>15</sup>

Mere overraskende kan det måske virke, at det, når man skal vurdere de i praksis trufne afgørelser, kan være tvivlsomt, om grunden til, at den pågældende ikke får erstatning, er, at hans forhold forud for forfølgningen har haft en så mistænkelig karakter, at det har været begrundet at fængsle ham, eller om man uanset frifindelsen mener, at der foreligger positiv formodning for hans skyld.

Forholdet er imidlertid det, at der, når man først anerkender den fortolkning, at det forhold, der udelukker den frifundne fra erstatning efter § 1018 b, stk. 2, kan være selve hans fængslingsbegrundende *materielle* forhold, ofte kun bliver en nuance mellem dette tilfælde og det, hvor man trods frifindelse mener, at der er en formodning for hans skyld og derfor nægter erstatning efter § 1018 b. stk. 1. jfr. herved ovenfor om *Paarup-sagen*. Se også *Helge Hoff*, U. f. R. 1949 B pg. 244, der i sit angreb på den videregående fortolkning af § 1018 b. stk. 2. om en landssvigigersag udtaler: »Sagen frembød i øvrigt ikke anden interesse, end at den indankede dom altså havde anvendt retsplejelovens § 1018 b. stk. 2, medens landsretten anvendte dens § 1018 b. stk. 1.«

Hvor flydende grænsen mellem de to undtagelsesregler bliver, når man anerkender den videregående fortolkning af § 1018 b 2. stk. belyses måske bedst af en dom i *V. L. T.* 1949 pg. 74, der nægtede en som sigtet for

brandstiftelse fængslet kvinde erstatning efter § 1018 b. stk. 2, efter at den mod hende rejste sag var sluttet uden tiltale. Det hedder i referatet som begrundelse herfor: »Da det ansås godtgjort, at fru A. inden branden havde syslet med tanken om at forårsage ildsvåde på nævnte ejendom og havde givet udtryk herfor, i hvert fald overfor en enkelt person, og at hun efter branden ved sine udtalelser overfor forskellige personer selv havde givet anledning til den mod hende rejste mistanke for brandstiftelse, fandtes fru A. ved sit eget forhold at have givet anledning til fængslingen.«

En særlig gruppe indenfor de almindelige straffesager udgør de store sager, der i henhold til Den særlige Klagerets kendelser er blevet genoptaget ved *nævningeting*. I disse sager har nævningerne, efter at de har frifundet den pågældende under genoptagelsessagen, i de senere år altid sagt Nej til spørgsmålet om erstatning for varetægtsfængsel, uanset om der har foreligget procesuelle fejlhandlinger fra hans side. Som følge af at nævningerne ifølge *rpl. § 1018 1* kun må spørges »om tiltalte er berettiget til erstatning«, er det imidlertid i nævningsager oftest umuligt at afgøre, om et benægtende svar skyldes en anvendelse af *rpl. § 1018 b. stk. 1* eller *§ 1018 b. stk. 2*. Selv om man, som det er sket i Vestre Landsret, jfr. V.L.T. 1944 pg. 337 (340), i spørgsmålsformuleringen udtrykkelig henleder nævningernes opmærksomhed på begge undtagelsesregler, giver nævningernes Nej på spørgsmålet intet svar herpå. I Østre Landsret er det det sædvanlige, at man blot spørger i overensstemmelse med den ovenfor citerede ordlyd af *§ 1018 1*, men under proceduren og retsbelæringen fremhæver de to muligheder for en benægtende besvarelse.

Dette er således sket i to af de mest kendte sager, der er genoptaget under medvirken af nævninger i henhold til Den særlige Klagerets kendelser (jfr. U. f. R. 1943 pg. 990 og U. f. R. 1948 pg. 12), nemlig i *Drogdengadesagen*, der afgjordes ved utrykt Ø.L.D. af 10. april 1943 og i *Kærnsagen*, der afgjordes ved ligeledes utr. Ø.L.D. 21. november 1947. Det eneste sikre er vel i begge disse sager, at nævningerne sagde Nej til spørgsmålet, om de tiltalte var berettiget til erstatning for varetægtsfængsel, men Ja til spørgsmålet om erstatning for strafafsoning, jfr. herom nedenfor under B. Men når man gransker de to sager nærmere, tror jeg dog, at man tør sige, at medens det i *Drogdengadesagen* er muligt, at

nævningerne kan have lagt nogen vægt på tiltaltes processuelle fejlhandling ved urigtig forklaring på et enkelt punkt, er det overvejende sandsynligt, at nævningerne i Kærnsagen har ment, at selve hans forud for fængslingen liggende forhold måtte udelukke ham fra erstatning, eller måske endda, at der uanset frifindelse var formodning for skyld.

I den tredje særlig kendte, i henhold til Klagerettens kendelse (jfr. U. f. R. 1945 pg. 687) genoptagne sag vedrørende *Agnes Kasparek*, der er afgjort ved utrykt Ø. L. D. af 26. maj 1944 uden medvirken af nævninger, er det derimod sikkert, at begrundelsen for nægtelsen af erstatning for varetægtsfængsel er, at der statueres formodning for skyld, jfr. straks nedenfor under b.

*b) Nægtelse af erstatning efter § 1018 b. stk. 1 (formodning om skyld).*

Medens der i de første år efter retsplejelovens ikrafttræden har været en del tilfælde, hvor retten i henhold til lovens oprindelige regler har nægtet erstatning på grund af formodning om skyld, jfr. *Kommenteret Retsplejelov*<sup>16</sup> II. pg. 1321, er der efter de ovenfor omtalte i 1932 skete ændringer i rpl., navnlig § 1018 h og § 1018 l kun få tilfælde, hvor man med sikkerhed kan sige, at der er nægtet erstatning af denne grund.

Nævnes kan dog Højesteretsdommen i »*Stollig-sagen*«, U. f. R. 1938. 337, der som begrundelse for frifindelse af Pørksen for hærværk siger, at det står som usikkert, om en udtalelse har haft karakteren af en strafbar opfordring hertil, og derefter fastslår, at »lovens betingelser for erstatning efter sagens bevisligheder ikke foreligger«. Efter rpl. § 1018 h er dette jo den måde, på hvilken man skal udtrykke, at betingelserne for nægtelse af erstatning efter § 1018 b. stk. 1 (formodning for skyld) foreligger. Endvidere Højesteretsdommen i *sagen vedr. fru Thorlacius*, U. f. R. 1943 pg. 109, hvor spørgsmålet dog kun direkte påkendes med henblik på erstatning mod forsvareren for under genoptagelsessagen (jfr. U. f. R. 1941 pg. 958 med note 1) at have undladt at rejse krav på erstatning for varetægtsfængsel.

Et klart eksempel frembyder dernæst *Agnes Kasparek-sagen*, hvor Østre Landsret, efter at sagen var genoptaget i henhold til Klagerettens kendelse (jfr. U. f. R. 1945 pg. 687), i sin ovennævnte

dom af 26. maj 1944 — hvorved tiltalte påny dømtes for berigelsesforbrydelser, men i øvrigt frifandtes — udtaler: »Med hensyn til den påståede erstatning for varetægtsfængsel bemærkes, at lovens betingelser efter de i sagen foreliggende bevisligheder ikke skønnes at foreligge« (§ 1018 h, jfr. § 1018 b. stk. 1).

Muligvis hører herhen også afgørelsen i V. L. T. 1944 pg. 377 (340) og andre af de tidligere omtalte under medvirken af nævninger behandlede genoptagelsessager, f. eks. Kærnsagen. Men det er som fremhævet pg. 412-413 umuligt at afgøre med sikkerhed som følge af den ved rpl. § 1018 l, jfr. § 1018 h, påbudte formulering af spørgsmålene til nævningerne.

Påfaldende er det imidlertid, at der også udenfor nævningsagerne kan påvises så få eksempler på anvendelse af § 1018 b. stk. 1. Efter at man som følge af § 1018 h ikke udadtil må fastslå formodningen om skyld som begrundelse, kunne man vel egentlig snarere have ventet, at domstolene ville have været mindre betænkelige ved at anvende denne undtagelsesregel.

Selv om det naturligvis er vanskeligt at sige noget helt bestemt om grunden til, at dette ikke er sket, tror jeg dog, at man tør sige, at den mest nærliggende forklaring på, at man i nyere tid i højere grad har kunnet undgå anvendelsen af den ildesete § 1018 b. stk. 1 først og fremmest er den udvidende fortolkning, vore domstole er kommet ind på at give bestemmelsen i § 1018 b. 2. stk. om erstatningens bortfald på grund af den pågældendes eget forhold. Som allerede fremhævet, er der, når denne fortolkning lægges til grund, ofte kun en nuance overfor den situation, at man trods frifindelsen finder formodning for skyld. Til udviskning af forskellen mellem de to undtagelsesgrupper har sikkert også ordningen i nævningsager bidraget.

#### *B. Erstatning for strafafsoning (rpl. § 1018 b. stk. 3).*

Medens der således i dansk retspraksis er en stærk tendens til ud fra synspunktet »egen skyld« at nægte erstatning for varetægtsfængsel, stiller forholdet sig principielt anderledes med hensyn til erstatning for strafafsoning. Dette antages i almindelighed uden videre at følge af, at den nuværende bestemmelse i rpl. § 1018 b. stk. 3 i modsætning til retsplejelov af 1916 § 988 efter sin ordlyd

*fremtræder som undtagelsesfri*, idet den hverken gør nogen undtagelse fra erstatningspligten, når den pågældende selv ved sit forhold har givet anledning til strafafsoningen, eller når der dog foreligger begrundet formodning for hans skyld.

Det er dog et spørgsmål, om dette resultat overhovedet har været tilsigtet ved lovændringerne i 1932. Det stemmer ganske vist med, hvad der måtte antages efter lov 1888 § 5 og med norsk og svensk lov. Derimod overførte rpl. af 1916 § 988 i lighed med tysk lovgivning de om erstatning for varetægtsfængsel givne regler på erstatning for strafafsoning. De nuværende bestemmelsers *tilblivelseshistorie* viser imidlertid, at det ikke har været hensigten at ændre dette forhold totalt.

Grundlaget for de ved loven af 1932 indførte bestemmelser var nemlig et forslag fra justitsministeriets udvalg af 7. 6. 1929, der tilsigtede at yde erstatning i videst muligt omfang og særlig at komme bestemmelsen om udelukkelse af erstatning på grund af formodet skyld til livs, jfr. herved ovfr. pg. 405-406. Ikke destomindre gjorde forslaget både bestemmelsen om nægtelse af erstatning på grund af den pågældendes forhold og den bestemmelse, der skulle afløse reglen om nægtelse af erstatning på grund af formodet skyld, anvendelig også på strafafsoning, jfr. RT. 1930-31 A. sp. 4947-4960 og 5070-5074. I overensstemmelse hermed var også regeringsforslaget, og Retsplejeudvalgets erklæring (RT. 1930-31 A. sp. 5185-5192), der i modsætning hertil udtalte sig for opretholdelsen af de gældende regler om erstatning for varetægtsfængsel, indeholder overhovedet intet om nye regler om erstatning for strafafsoning. Når resultatet dog blev, at de nugældende regler gennemførtes, skyldtes det, som det hedder i Folketingsudvalgets betænkning af 26. marts 1931 (RT. 1930-31 B. sp. 2574-75) mindretallets ønske om at »opretholde de nugældende i Lovens §§ 778, 792 og 988 fastsatte Erstatningsbetingelser med de Ændringer, der vedtoges af begge Ting i 1928-29«. Tilsvarende udtalelse findes ved selve ændringsforslaget (smst. sp. 2673-74) og i Folketingsudvalgets betænkning i næste rigsdagssamling (R. T. 1931-32. B. sp. 162). Der er imidlertid den ejendommelighed ved denne »begrundelse«, at de eneste ændringer i betingelserne, der var vedtaget i 1928-29, var nogle mindre væsentlige i § 792 om erstatning for varetægtsfængsel, medens § 988 om strafafsoning var ganske uændret. Først ved den af Folketingsudvalgets mindretal foreslåede formulering af § 1018 b har man ved at placere reglerne om erstatning for anholdelse og strafafsoning i paragraffens 3. stykke fået bestemmelsen om erstatning for strafafsoning til at fremtræde som obligatorisk og undtagelsesfri. Når man ved, at formålet med ændringsforslaget var at begrænse erstatningspligten i forhold til regeringsforslaget, tør man vist roligt fast-

slå, at man hverken har tilsigtet eller blot været opmærksom på dette forhold. Ikke destomindre blev bestemmelsen, da Landstingets flertal sluttede sig til Folketingets mindretal — uden at den ses at have givet anledning til drøftelse på dette punkt — ophøjet til lov i 1932.

Hvad man nu end vil mene om betydningen af det om bestemmelsens tilblivelseshistorie oplyste, er det utvivlsomt, at § 1018 b. stk. 3 ikke kan tages helt efter sin ordlyd, hverken ved anholdelse eller strafafsoning. Efter lovens formulering gøres der således den forskel mellem anholdelse og strafafsoning, at der kun ved anholdelse tages forbehold med hensyn til erstatning for det tilfælde, at den pågældende selv har forskyldt denne. Dette urimelige resultat kan i hvert fald ikke opretholdes fuldt ud. Ud fra reale grunde må det således uanset formuleringen antages, at erstatning må nægtes den, der ved tilståelse eller på anden forsætlig måde har fremkaldt strafafsoningen.<sup>17</sup> Dette er også anerkendt i praksis, jfr. H. R. D. U. f. R. 1940 pg. 48 (67) i Garde-Grinewsky-Plougmann-sagen, for så vidt angår nægtelse af erstatning for strafafsoning til Plougmann, og Ø. L. D. U. f. R. 1950 pg. 591.

Når man først anerkender, at man overhovedet trods lovens ord kan tillægge den pågældendes eget forhold betydning også ved erstatning for strafafsoning, synes det dog mindre naturligt i dette tilfælde ubetinget at begrænse undtagelsen til processuelle fejlhandlinger under forfølgningen, samtidig med at man ved varetægtsfængsel nægter erstatning under henvisning til den pågældendes eget forhold i langt videre betydning. Jfr. herved *Kommenteret Rpl.* II pg. 1323, hvor det udtales, at der måske også bortset fra tilfælde, hvor tiltalte forsætlig har fremkaldt strafafsoningen, kan lægges vægt på, om han selv kan siges at være skyld i strafafsoningen.

Man kan dernæst spørge, om der yderligere kan være tale om at nægte erstatning for strafafsoning på grund af, at der trods frifindelsen er *begrundet formodning for skyld*. Dette er der efter ordlyden af § 1018 b. stk. 3 hverken hjemmel for ved uforskyldt anholdelse eller strafafsoning. Alligevel hævdes det af *Hurwitz* (Straffeproces pg. 780), at reglerne herom dog kan overføres på erstatning for anholdelse, idet det udtales: »Der foreligger her sikkert en inkurie i lovgivningen, som praksis må være berettiget

*til at berigtige gennem en analogi fra fængslingsreglerne*«. Efter det om bestemmelsens tilblivelseshistorie oplyste er jeg helt enig i denne udtalelse, men jeg kan ikke se rettere end, at ganske det samme må gælde ved erstatning for *strafafsoning*.<sup>18</sup>

*Dansk retspraksis* har dog ikke i almindelighed turdet fortolke § 1018 b. stk. 3 således, at man underforstår de ved uforskyldt varetægtsfængsel gældende begrænsninger, men har som hovedregel givet erstatning for strafafsoning, også i tilfælde hvor erstatning for varetægtsfængsel nægtes. Selv i de pg. 408 refererede *landssvigtersager*, hvor landsretterne nægtede erstatning for varetægtsfængsel, er der således givet erstatning for selve strafafsoningen, dog sædvanlig med særdeles små beløb, nemlig 200, 300 og 500 kr. for 1-3 måneders fængselsstraf.

Også i de tidligere omtalte tilfælde, hvor almindelige straffesager er blevet genoptaget i henhold til Klagerettens bestemmelse, er der normalt uden videre givet erstatning for strafafsoning, samtidig med at erstatning for varetægtsfængsel er nægtet. *Agnes Kasperek*, der havde afsonet fængselsstraf fra 12. juli 1937 til 25. januar 1938, fik således for den udover den for berigelsesforbrydelserne forskyldte fængselsstraf i 80 dage tillagt 4000 kr. for uforskyldt straf. I *Drogdengadesagen* tillagdes der i henhold til nævningernes bekræftende besvarelse af spørgsmålet om erstatning for strafafsoning i tiden fra 26. marts 1940 til 25. februar 1943 den frifundne drager Nielsen 25.000 kr., og i *Kærnsagen* blev der — ligeledes i henhold til nævningernes bekræftende besvarelse af spørgsmålet herom — tillagt Kærn 15.000 kr. som erstatning for strafafsoning fra 16. januar 1943 til 21. september 1944. På tilsvarende måde tillægges der i den i *V. L. T. 1944* pg. 337 refererede genoptagne nævningesag 7.000 kr. for strafafsoning fra 5. august 1937 til 6. juni 1938.

Når resultaterne i disse sidste nævningesager har været så ensartede, hænger det antagelig sammen med, at det er sædvanlig praksis, at det under statsadvokatens procedure og retsformandens retsbelæring — samtidig med at mulighederne for at sige Nej til spørgsmålet om erstatning for varetægtsfængsel forklares — indskærpes nævningerne, at der efter lovens ordning ikke kan svares Nej på spørgsmålet om erstatning for afsonet straf.

I den eneste sag, hvor dette, efter hvad der er oplyst for mig, ikke er sket i Østre Landsret, blev resultatet et Nej til spørgsmålet om erstatning for strafafsoning.

Den sidstnævnte sag er den ved *utrykt Ø.L.D. af 8. oktober 1947* under medvirken af nævninger pådømte røverisag. Sagen var genoptaget ifølge Klagerettens kendelse af 23. september 1946 (jfr. U. f. R. 1948 pg. 9) under hensyn til nogle efter den første doms afsigelse tilvejebragte oplysninger om røvernes deltagelse i modstandskampen og aflevering af de røvede beløb til en nu afdød gruppeleder, der skulle have tilskyndet dem til røveriet. At man under denne sag ikke følte særlig anledning til at indskærpe nævningerne, at de ikke kunne sige Nej til kravet om erstatning for strafafsoningen — der i øvrigt var standset ved Klagerettens beslutning — kan ikke vække undren. Ej heller, at nævningerne uanset frifindelsen sagde Nej til spørgsmålet om erstatning for strafafsoning, skønt denne havde varet i ca. 1 år.

På den anden side frembyder sagen i al sin særprægethed et klart eksempel på, at en domstol har følt trang til at gøre undtagelse fra reglen om erstatning for strafafsoning og har fundet udvej for at efterkomme denne trang. Lige så lidt som ved spørgsmålet om erstatning for varetægtsfængsel giver spørgsmålet til nævningerne om erstatning for strafafsoning nogen vejledning om grunden til, at svaret blev Nej. Efter alt foreliggende kan det dog anses for overvejende sandsynligt, at det ikke kun har været ændringerne i de tiltaltes forklaringer, der har været afgørende for den benægtende besvarelse af erstatningsspørgsmålet.

Også bortset fra dette særlige tilfælde er det imidlertid således, at der i praksis til trods for det principielle standpunkt, man i almindelighed mener at måtte indtage efter lovens ord, *spores trang til at begrænse reglerne om erstatning for strafafsoning* udover, hvad der følger af den tidligere omtalte af praksis anerkendte undtagelsesgruppe, hvor strafafsoningen er fremkaldt ved tilståelse eller andet forsætligt forhold fra den nu frifundnes side.

Det er efter min opfattelse også dette, der ligger bag ved det standpunkt, praksis har taget til de tilfælde, hvor en *idømt frihedsstraf eller del deraf* er blevet anset som *udstået ved varetægtsfængsel*. I dette tilfælde antages det nemlig, at spørgsmålet om



erstatning ikke skal afgøres efter § 1018 b. 3. stk. om udståelse af straf, men efter de i § 1018 b. 1. og 2. stk. givne regler om erstatning for varetægtsfængsel, således at altså både den pågældendes eget forhold i videre forstand og formodning om skyld kan udelukke erstatning.

Dette fastslås måske allerede af Højesteret i Garde-Grinewsky-Plougmannsagen U. f. R. 1940 pg. 48 (67), men er i hvert fald klart udtalt i *Thorlacius-sagen* U. f. R. 1943 pg. 109. Sagen drejede sig om en kvinde, der under en genoptagelsessag (jfr. U. f. R. 1941 pg. 958) var blevet frifundet for et forhold, for hvilket hun ved den oprindelige dom var blevet idømt fængsel i 60 dage, »hvoraf 30 dage anses udstået ved varetægtsfængsel«, og som ikke var blevet hensat til yderligere afsoning. Da hun derefter gjorde gældende, at hun herved faktisk havde udstået fængselsstraf, fastslog Højesteret, at hendes erstatningskrav i den anledning ikke skulle afgøres efter reglerne om udstået straf i rpl. § 1018 b. stk. 3, men efter reglerne om erstatning for varetægtsfængsel. (At det yderligere fastsloges, at hendes krav ikke kunne gennemføres som følge af § 1018 b. stk. 1, jfr. § 1018 h er omtalt ovenfor pg. 413.

Denne forståelse af forholdet mellem erstatningsreglerne har fået stor betydning i *værnemagersager*, idet det i disse som følge af de langvarige interneringer og fængslinger og de relativt korte fængselsstraffe, der blev det endelige resultat, ofte blev bestemt, at straffen måtte anses for udstået ved varetægtsfængsel.

Der er derfor ikke i den kendte *Carlsen-sag*, U. f. R. 1949 pg. 817 (H) — hvor begge brødre havde været interneret og fængslet fra 5. maj 1945 til 16. april 1946, og hvor det om de ved underinstanserne idømte straffe var udtalt, at de ansås udstået ved (internering og) varetægtsfængsel — rejst krav om erstatning for strafafsoning, skønt den ene af brødrene ved Højesterets dom frifandtes helt og den anden kun idømtes en bøde på 30.000 kr. Således også U. f. R. 1949 pg. 792 (H) vedrørende bygmester *Peter Lorenzen*, der frifandtes af Højesteret efter ved landsretten at være idømt 5 måneders fængsel, der ansås udstået ved 162 dages varetægtsfængsel, og *Kande-sagen*, U. f. R. 1950 pg. 485 (H), hvor der kun var påstået erstatning for varetægtsfængsel, hvilket som omtalt ovenfor pr. 410 blev nægtet.

Af Højesteret synes der overhovedet kun at være givet erstatning for afsoning i en enkelt sag, nemlig den i U. f. R. 1950 pg. 723 refererede (*Charles Evald Nielsen*), hvor der tillægges den pågældende 1000 kr. for afsoning af fængselsstraf fra 15. maj 1946 til 30. september 1946. At der samtidig nægtedes erstatning for ca. 1 års varetægtsfængsel er omtalt ovenfor pg. 410.

Også i de på grund af den ændrede retspraksis i værnemagersager enten i henhold til Klagerettens genoptagelseskendelser eller i henhold til landsretternes anketilladelser behandlede ankesager er resultaterne herefter i almindelighed i tilfælde af frifindelse blevet følgende: 1°. Der nægtes normalt uden videre erstatning for internering og varetægtsfængsel. 2°. Hvis den under den første sag idømte straf er anset for udstået ved varetægtsfængsel, nægtes også erstatning herfor. 3°. Har der derimod fundet en *virkelig afsoning sted*, føler man sig efter ordlyden af § 1018 b. stk. 3 forpligtet til at give erstatning, selv for ganske kortvarig afsoning. Der er således adskillige eksempler på, at man har nægtet erstatning for 1 års internering og varetægtsfængsel, men givet nogle få hundrede kroner for een eller to måneders strafafsoning.

Dette sidste virker unægtelig i sig selv ret vilkårligt, og bedre bliver det ikke af, at det, navnlig i landssviger- og værnemagersager, ofte har beroet på en ren *tilfældighed*, om den pågældende, fordi han hører til de straks efter befrielsen internerede og fængslede eller til dem, mod hvem sag først er rejst siden, kom til at falde ind under den første, anden eller tredie af de nævnte grupper.

### *III. Konklusioner.*

Hvis man nu ganske uholdt af de forskellige iklædninger, man i praksis har givet de tilfælde, hvor man har nægtet erstatning, være sig for varetægtsfængsel eller for strafafsoning, vil konstatere den faktiske retstilstand idag, må man sige, at domstolene, hvor de i de konkrete tilfælde har fundet det helt urimeligt at anerkende krav på erstatning, har søgt at nå frem til det resultat at nægte erstatning. Typisk i så henseende er navnlig Højesteretsdommene i Garde-Grinewsky-Plougmann-sagen, U. f. R. 1940 pg. 48 (67) og i Vilfred Petersen-sagen, U. f. R. 1950 pg. 324 samt den af Østre Landsret den 8. oktober 1947 under medvirken af

nævninger afsagte dom i den genoptagne røverisag vedrørende modstandsfolkene (jfr. U. f. R. 1948 pg. 9).

A. Fremhæves må specielt den udtalte tendens til at nægte *erstatning for varetægtsfængsel*. Skønt der under II. A er gjort et forsøg på at opdele de tilfælde, hvor sådan erstatning er nægtet, eftersom det er sket efter § 1018 b. stk. 1 og stk. 2, må man efter min mening i virkeligheden sige, at domstolenes stilling efterhånden er blevet den, at man mere uafhængig af lovens formelle undtagelsesregler i det enkelte tilfælde søger at træffe *den konkret rigtige afgørelse* af erstatningsspørgsmålet, idet der navnlig er stærk tilbøjelighed til at nægte erstatning for varetægtsfængsel under henvisning til, at den pågældende selv ved sit forhold har givet anledning til fængslingen. Når man særlig ser på den almindelige nægtelse af erstatning for varetægtsfængsel i værnemagersager, er det ikke blot utvivlsomt, at domstolene forstår ordene »eget forhold« (rpl. § 1018 b. stk. 2) på en helt anden måde end H. Munch-Petersen, men man tager efter min mening begrebet i så vid betydning, at det også går ud over det af Hurwitz antagne.<sup>19</sup> Forholdet er simpelthen det, at man, overalt hvor man — uanset at man må frifinde den pågældende — finder, at hans forhold dog har været så nær ved den kriminelle streg, at det ville være urimeligt, at staten skulle udrede erstatning for fængslingen, nægter dette.

Når det alligevel har udviklet sig således, at man ved mere eller mindre tvivlsomme fortolkninger af loven søger at nå frem til det resultat at *nægte erstatning, når der i den pågældendes forhold foreligger særlige omstændigheder, der taler imod* tilkendelsen af erstatning, må man spørge, om der virkelig er grund til at gøre det hele så besværligt som efter vor nugældende retsplejelov.

Det ville efter min opfattelse være rimeligere at *ændre retsplejelovens regler således, at det nævnte kriterium direkte lægges til grund*. Dette var som omtalt under I foreslået af regeringen i 1930/31 i overensstemmelse med det justitsministerielle udvalgs udkast. For rigtigheden af nu 20 år efter at realisere dette taler i øvrigt ikke blot den faktiske retsudvikling i Danmark, men også at man nylig i Sverige ved den ligeledes under I omtalte lov af 13. april 1945 er gået over hertil.

Om man ved siden heraf vil have en speciel regel vedrørende sigtedes processuelle fejlhandlinger under sagen er mindre væsentligt. Dette er dog sket både i det danske forslag og i den svenske lov. For at gøre det samme ved en eventuel ændring af retsplejeloven taler, at man derved vil gøre det helt klart, at man ved den ovenfor foreslåede formulering tilsigter at imødekomme den trang, der i praksis har vist sig til også at kunne nægte erstatning, *hvor den pågældendes forhold taler herimod, uden at der foreligger processuelle fejlhandlinger*. Man tager dernæst konsekvensen af den flydende grænse overfor de tilfælde, hvor man i virkeligheden mener, at *der foreligger begrundet formodning for skyld* ved at lade dette tilfælde omfatte af samme undtagelsesbestemmelse. Ved den foreslåede formulering opnås endelig, at man i stedet for den kunstige ordning efter rpl. § 1018 a, stk. 1, jfr. § 1018 h, helt slipper af med den gruppe af frifundne, som der alligevel sættes en slags mistankestempel på, idet man overhovedet ikke vil kunne se, om nægtelse af erstatning er sket af den ene eller den anden af de to nævnte grunde, hvilket som påvist pg. 411-414 også ofte er meget svært at afgøre.

B. Under hensyn til det ovfr. under II. B. om tilblivelsen af rpl. 1018 b. stk. 3 påviste og det sammesteds om retspraksis udviklede er der for mig ingen tvivl om, at den foreslåede undtagelsesregel også bør omfatte erstatning for strafafsoning, således som tilfældet var *efter retsplejeloven oprindelig*.

Det er naturligvis ikke min mening, at det herefter fremtidig skulle blive den almindelige regel, at man nægter sådan erstatning. Hensigten er blot, at dette ikke skal være udelukket i de undtagelsestilfælde, hvor der kan være anledning hertil.

Efter min opfattelse er det en bekræftelse på, at der kan være trang hertil, når domstolene med Højesteret i spidsen er kommet ind på den — hvis man i øvrigt vil tage de gældende lovregler efter ordlyden — højst tvivlsomme fortolkning af § 1018 b, hvorefter der normalt ikke gives erstatning for strafafsoning, når denne er udstået ved varetægtsfængsel, jfr. herved ovenfor pg. 418 ff.

At det også mere i almindelighed kan være rimeligt at åbne mulighed for nægtelse af erstatning for strafafsoning, kan ikke afvises under henvisning til, at der i det under II. B. behandlede

materiale kun er fremdraget eet klart eksempel på, at erstatning for strafafsoning faktisk er nægtet, nemlig den ofte nævnte genoptagne røverisag. Enhver, der har kendskab til de sidste års mange ekstraordinære anke- og genoptagelsessager, vil vide, at det i flere tilfælde, ikke mindst af domsmænd og nævninger, har været følt som ubilligt, at man ikke mente at have nogen hjemmel for at nægte erstatning for strafafsoning.

Det er måske endda et spørgsmål, om et ubetinget krav på erstatning for strafafsoning ikke undertiden kan virke som et modstående hensyn, når der skal tages standpunkt til spørgsmålet om fornyet domfældelse eller frifindelse, efter at en sag er genoptaget. Særlig hvor sagen forelægges nævninger, kan det i hvert tilfælde ikke helt udelukkes, at tanken om, at der i tilfælde af frifindelse af en strafafsoner ubetinget skal tillægges denne en måske betydelig erstatning, kan virke ind på deres afgørelse af selve skyldspørgsmålet.

#### NOTER

1. Bestemmelser herom var dog allerede tidligere indført i den toscanske straffelov og i visse schweiziske kantoner.
2. Forhandlinger paa Tredie nordiske Juristmøde i Christiania 1878 (Christiania 1879) pg. 177-180 Bilag VI: *N. F. Schlegel*: Skal der i Tilfælde af Frikjendelse eller Løsladelse uden paafølgende Anklage gives Erstatning for Varetægtsfængsel? Når Schlegel lige så lidt her som i sit forslag i Landstinget medtager erstatning for strafafsoning, skyldes dette alene vanskelighederne ved efter den dagældende procesordning at få konstateret, at en person var dømt med urette. Cfr. lov 1888.
3. Förhandlingar vid Femte Nordiska Juristmötet i Stockholm 1884 (Uppsala 1884) pg. 134-166 og bilag IV: *Wilh. Uppström*: Om ersättning till oskyldigt häktade och dömda.
4. Jfr. *R. T.* 1885-86 A. 1503, Landst. Forh. sp. 83-89, 344-68, *R. T.* 1886-87 A. 1679, Landst. Forh. sp. 28-30, 356-57, 590-600, B. 93-96, 1739-52, *R. T.* 1887-88 A. 2405, Landst. Forh. sp. 29-30, 121-29, 239-44, 1405 ff., Folket. Forh. sp. 1097-1125, 4375-4400, B. 1169-76, C. 17-20, 441-46.
5. Jfr. *R. T.* 1885-86, Landst. Forh. sp. 354-360.
6. Jfr. retsplejelovsforslaget 1906-07 § 760.
7. Jfr. navnlig *R. T.* 1930-31 A. sp. 4947-60 og 5185-92.
8. Medens der efter § 2 i loven af 1888 i disse tilfælde alene kunne tilkendes nedsat erstatning, kan der efter retsplejeloven gives fuld erstatning. Bestemmelsen har

- imidlertid ikke fået videre praktisk betydning.
9. Den danske Retspleje V. 2. udg. (1926) pg. 155, U. f. R. 1913 B. pg. 161-162 og Retspleje og Kultur (1913) pg. 40.
  10. Den danske Strafferetspleje, 2. udg. (1949) pg. 784.
  11. Jfr. herved Proceslagberedningens Förslag till Lag om införande av nya Rättegångsbalk m. m. (1944) I. pg. 123-125, II. pg. 305-314 og *N. J. A.* 1945, Avd. II. pg. 736 ff.
  12. Selv i de mest kendte genoptagelsessager indskrænker Ugeskrift for Retsvæsen sig nemlig til at trykke Den særlige Klagerets kendelse om genoptagelse, men refererer kun i en note udfaldet af selve genoptagelsessagen, ofte endda uden oplysning om, hvorledes der i tilfælde af frifindelse er forholdt med erstatningsspørgsmålet.
  13. Jfr. *Helge Hoff* U. f. R. 1949 B. pg. 243-46 og *Thorkild Roepstorff* U. f. R. 1950 B. pg. 80-81.
  14. Jfr. *Hurwitz* Strafferetspleje pg. 785.
  15. Jfr. herved de i note 13 og 14 citerede forfattere.
  16. *Victor Hansen, Stephan Hurwitz og Erwin Munch-Petersen* Retsplejeloven med Kommentarer m. m. Bind I og II. 1939.
  17. Jfr. *Hurwitz* Strafferetspleje pg. 787 og *Kommenteret Rpl.* II pg. 1323.
  18. Cfr. dog *Hurwitz* l. c.
  19. Jfr. herved ovenfor ved note 9 og 10.

# En fråga rörande överlåtelse av panträtt i värdepapper

Av Håkan Nial

En kreditinstitution A, som lämnat kredit mot säkerhet i värdepapper (aktier, obligationer, intecknade skuldebrev), kan ju hos annan kreditgivare B rebelåna pantsäkerheten genom att till B överlämna värdepapperen såsom pantsäkerhet för ett lån av B till A. Tradition av värdepapper av ifrågavarande slag är enligt 22 § skuldebrevslagen, jämförd med 10 § samma lag, nödvändig för att B skall vinna en mot A:s borgenärer skyddad panträtt.<sup>1</sup> En utfästelse av A att hålla papperen såsom säkerhet för B är icke tillfyllest.

För vissa kreditinstitutioner har det visat sig föreligga ett praktiskt behov att kunna — istället för en dylik rebelåning — med bibehållande av en del av en fordring till en annan kreditgivare överföra återstoden av fordringen jämte däremot svarande del av säkerheten. Såvitt angår själva fordringen kan detta ske på enkelt sätt om, såsom i vissa fall är händelsen, gäldenären utfärdat två (eller flera) omslagsreverser med pant i en och samma säkerhet. Fordringen enligt en av omslagsreverserna överföres då genom överlämnande av denna revers. Fråga är emellertid om den senare kreditgivaren B kan erhålla tryggad panträtt genom att A utan överlämnande av de pantförskrivna värdepapperen förbinder sig att hålla en del därav såsom säkerhet åt B. Man har i det praktiska affärslivet frågat sig om icke bestämmelserna i 10 och 22 §§ skuldebrevslagen omöjliggjorde en dylik anordning.

Svaret på denna fråga måste vara, att den angivna transaktionen *under vissa förutsättningar* ger upphov till en mot A:s borgenärer tryggad panträtt för B. Enligt den samtidigt med

skuldebrevslagen tillkomna lagen den 27 mars 1936 om pantsättning av lös egendom, som innehaves av tredje man, skola reglerna om rätt för den som har lös pant i händer att därur njuta betalning gälla även där lös egendom, vari panträtt är utfäst, innehaves av tredje man och denne på visst sätt erhållit underrättelse om pantsättningen (denuntiation). I den nu diskuterade transaktionen kan den pantförskrivande kreditinstitutionen A i vissa fall betraktas såsom tredje man i denna lags mening.

Det är visserligen klart att lagen i allmänhet med tredje man menar någon annan än pantsättaren eller panttagaren. En förklaring av låntagaren (pantsättaren) att han hädanefter innehar panten för panttagarens räkning (constitutum possessorium) godtages icke såsom ersättning för tradition.<sup>2</sup> Men räckvidden av den i skuldebrevslagen 22 § uppställda traditionsprincipen måste vara beroende av syftet med och utformningen av denna princip.

Som av ordalagen i 22 § framgår åsyftar stadgandet att skydda överlåtarens (pantsättarens) borgenärer. Till grund för principen ligger den välkända tanken att borgenärsintressena äventyras om man godkänner panträtt upplåten i hemlighet utan den form av publicitet som traditionen kan medföra och utan den uppoffring för gäldenären som avståendet från besittningen av egendomen innebär. Till följd av detta lagens syfte och dess däremot svarande ordalag är en pantförskrivning av ett värdepapper oavsett tradition juridiskt giltig i *förhållandet mellan parterna*. Enligt svensk rättspraxis har den även verkan gentemot tredje man, som i ond tro förvärvat egendomen.<sup>3</sup> Och den måste över huvud anses gälla om och i den mån inga borgenärsintressen äro i fråga.

I enlighet härmed torde det till en början vara klart, att om kreditinstitutionen A överlåter hela sin fordran mot gäldenären till B men i sin vård bibehåller den därför ställda säkerheten med skyldighet att hålla denna för B:s räkning, så får B en tryggad panträtt.<sup>4</sup> A och hans borgenärer ha efter fordringens överlåtande icke längre något eget intresse i panten, och det vore meningslöst att för nämnda borgenärs räkning upprätthålla traditionskravet. Men detsamma måste gälla beträffande den inledningsvis angivna transaktionen, då A behåller en del av fordringen mot gäldenären, förutsatt att A jämväl bibehåller sin rätt att ur den ställda säker-



heten i fall av behov uttaga hela sin behållna fordran. B får då panträtt allenast i den del av säkerheten som A icke för sin (återstående) fordran har något behov av. Man kan uttrycka saken så att A, eftersom han och hans borgenärer icke ha intresse av säkerheten i den mån den överstiger vad som erfordras för täckande av A:s fordran, i denna del är att betrakta som tredje man, vilken innehar panten för B:s räkning.

Förmodligen bör panträttsöverlåtelse på ifrågavarande sätt kunna ske även om B därigenom erhåller en mot den till honom överlåtna fordringsandelen proportionell rätt i säkerheten; alltså om A t. ex. har fordran mot gäldenären enligt två omslagsreverser, den ena på 75.000 och den andra på 25.000 kronor, till säkerhet för vilka han har panträtt med lika rätt för båda reverserna i en inteckning lydande på 100.000 kronor, och till B överlåter reversen på 75.000 kronor med rätt till  $\frac{3}{4}$  av säkerheten.

Däremot måste traditionskravet upprätthållas så snart panträttsöverlåtelsen innebär att överlåtaren försämrar säkerheten för sin återstående fordran mot gäldenären. Så om den till B överlåtna fordringen förut hade panträtt först efter den återstående delen av fordringen men nu skall få samma rätt som denna, eller om den efter att förut ha haft lika rätt i säkerheten som den återstående fordringen nu skall få företrädesrätt framför denna. Ytterligare måste beaktas, att det vid pantsättning av värdepapper ofta föreskrives, att panten skall utgöra säkerhet även för övriga fordringar (eller fordringar av visst slag) som långivaren har eller kan få mot låntagaren. En panträtt som A på grund av en sådan klausul har vid tiden för panträttsöverlåtelsen till B (för då föreliggande fordringar mot gäldenären) måste också bibehållas oförkränkt, om tradition icke skall vara erforderlig.

\*

Den här utvecklade meningen, som deducerats ur traditionsprincipens syfte och legislativa utformning, synes icke ha någon direkt bekräftelse i rättspraxis eller doktrin men dock kunna indirekt stödjas på vissa prejudikat och litteraturuttalanden. Av ett par svenska rättsfall<sup>5</sup> framgår, att en person, som erhållit lån mot pantsäkerhet, kan till annan pantförskriva överhypoteket och

att härvid den förste panthavaren såvitt angår överhypoteket betraktas som tredje man, så att hans förbindelse att tillhandahålla den nye panthavaren överhypoteket grundar panträtt för den senare. I anslutning härtill har i litteraturen sagts, att upplåtelse av sekundär panträtt kan ske så att förste panthavaren berättigas och förbinder sig att efter indrivning av den pantsatta fordringen utbetala till den andre panthavaren det belopp, dennes fordran mot huvudgäldenären utgör.<sup>6</sup> Vad i prejudikaten och litteraturuttalandet avses är nu visserligen en sekundär pantförskrivning, som göres av *låntagaren*. Men att den förste panthavaren härvid betraktas såsom tredje man, så att panträtt uppkommer genom att han förbinder sig att hålla överhypoteket såsom säkerhet åt nye panttagaren (resp. enligt nu gällande rätt genom att han denuntieras om pantförskrivningen), måste bero på att den förste panthavaren icke har något eget intresse i överhypoteket. Alldeles samma skäl talar för att han skall anses som tredje man även i de här ovan angivna fall då han icke har eget intresse i den panträtt, som överlåtes till ny panttagare.

För dansk rätts del kanske liknande resonemang kan föras. Enligt Gældsbrevsloven § 22 gäller traditionsregeln vid pantsättning och säkerhetsöverlåtelse av omsättningsgældsbev. I den auktoritativa kommentaren till lagen<sup>7</sup> sägs att traditionsregeln emellertid icke hindrar sekundär pant. Den sekundäre panttagarens rätt får giltighet mot borgenärerna, när den förste panthavaren har brevet i sin besittning och mottager bindande underrättelse om efterpanthavarens rätt.<sup>8</sup> Vad angår *Finland*, vars skuldebrevslag i förevarande avseende överensstämmer med den svenska, har Taxell<sup>9</sup> visserligen förklarat, att en överlåtelse av panträtt i löpande skuldebrev kräver tradition. Men såväl av det sammanhang i vilket detta yttrande fälles — det gäller frågan vad som kräves för att panträtten skall bli giltig mot överlåtarens borgenärer — som av vissa andra uttalanden<sup>10</sup> kan måhända dragas den slutsatsen, att författaren, om han hade riktat sin uppmärksamhet på fall då pantöverlåtelsen icke skall inkräkta på den första panthavarens rätt och sålunda icke beröra hans borgenärs intressen, i själva verket skulle kommit till den slutsatsen, att i sådana fall pantsättning kunde ske utan tradition därigenom att den förste

panthavaren i förevarande hänseende blir tredje man, som innehar panten för den nye panthavarens räkning. Den *norska* lagen slutligen intar den särställningen, at det varken för pantsättning eller överlåtelse av omsättningspapper uppställes något traditionskrav, varför panträtt med verkan mot borgenärerna uppkommer redan genom avtalet.<sup>11</sup> Härav blir måhända följden att den nye panthavaren oavsett tradition kan få en mot den tidigare panthavarens borgenärer skyddad panträtt, även om denna skulle konkurrera med eller ha företräde framför den tidigare panthavarens rätt till säkerhet för hans kvarstående fordran.

## NOTER

1. Traditionsregeln gäller enligt den svenska lagen vid både överlåtelse och pantsättning. Om övrig nordisk rätt se slutet av denna uppsats.
2. Marks v. Württemberg och Sterzel: Lagen om skuldebrev, 2 uppl. s. 110.
3. NJA 1924 s. 329, 1925 s. 80.
4. Här förutsättes naturligtvis att den ursprunglige låntagerens borgenärer icke heller beröras av att panträtten överföres från A till B, d. v. s. att A:s panträtt uppkommit i vederbörlig ordning (genom tradition) och att han vid överlåtelsen till B icke överskrider sin panträts gränser.
5. NJA 1881 s. 322 och 1914 s. 330 (särskilt domsmotiveringen i det senare fallet).
6. Undén: Om panträtt i rättigheter, 2 uppl. s. 156.
7. Ussing og Dybdal: Gældsbrevslovene (1938) s. 63.
8. För vanlig överlåtelse gäller icke traditionsregeln, utan överlåtelsen har verkan mot överlåtarens borgenärer redan i och med avtalet, Ussing: Dansk Obligationsret, Alm. Del, 3 Udg. (1946) s. 247. Bland de problem som gränsdragningen mellan å ena sidan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse samt å andra sidan verklig överlåtelse ger upphov till kanske kan räknas det, huruvida en sådan överlåtelse av panträtt varom här ovan i texten är fråga skall lyda under reglerna om pantsättning eller under reglerna om verklig överlåtelse. Skulle det senare vara fallet, bleve väl resultatet det att överlåtelsen även utan tradition kunde ge den senare panthavaren en rätt i det pantsatta värdepapperet som går före den förutvarande panthavarens säkerhetsrätt. Jfr nedan i texten om norsk rätt.
9. Taxell: Panträtt i skuldebrev (1949) s. 97.
10. a.a. s. 89 och 265.
11. Arnholm: Panteretten (1942) s. 145.

# Klausulen „klingende Mynt”

*En Undersøgelse af dansk Rets Behandling af  
Metalværdi- og Pengesortklausuler i private Gældsforhold  
i ældre og nyere Tid*

Af docent Thøger Nielsen

Det kan siges, at gældende dansk Ret principielt anerkender Metaltmønt- og Metalværdiklausulers Gyldighed. Den Omstændighed, at danske Pengesedler er uindløselige, anses i hvert Fald ikke i sig selv for tilstrækkeligt Grundlag for at afvise en Kreditors Krav om Betaling i Guld eller efter Guldværdi.<sup>1</sup>

Ganske vist har Lovgivningen herhjemme ligesom i Udlandet vendt sig mod Guld-klausulen<sup>2</sup> men dette Forhold synes netop snarest at indeholde en Bekræftelse paa Hovedreglen.

Den dybeste Aarsag til den Tvivl og Usikkerhed, der hersker om Spørgsmaalet, ligger vistnok i det vanskelige Tvivlsspørgsmaal, om Hensynet til Opnaaelsen af Statens pengepolitiske Formaal skal have Prioritet fremfor Enkeltpersoners subjektive Interesse i ved den private Aftale at løsrive sig fra de økonomiske Konjunktursvingninger, som Samfundet iøvrigt er underkastet. Intet almindeligt Retsprincip vedrørende den private Retshandels Gyldighed og Retsvirkninger kan afgøre dette Problem. Det Omraade, som Samfundet indrømmer den private Kontrahering, er hyppigt bestemt af politiske Hensyn. Jeg tillader mig ogsaa at betvivle, at den i Jurisprudensen saa yndede Metode, der søger en Afvejelse af »reale Grunde«, kan føre til noget Resultat. Under alle Omstændigheder maa man præcisere, under hvilke givne samfundsmæssige Forudsætninger man tænker sig dette retlige Problem løst (i den ene eller den anden Retning), og da Samfundets økonomi-

ske Bestræbelser og Vilkaar er stærkt svingende, har en de lege ferenda-Undersøgelse stærkt begrænset Gyldighed.

En retshistorisk Undersøgelse har derimod her, som paa saa mange andre Omraader, stor Interesse for Nutidens Retsopfattelse, fordi man ved Hjælp af denne paa en virkelighedstro Baggrund kan opnaa at se Problemet fra mange Sider i Belysning af forskellige Samfundsvilkaar. Det er derfor netop Tanken her at forsøge at vise de forskellige Faser i dansk Rets Udvikling indenfor Værdiklausullæren.

Indledningsvis skal det dog bemærkes, at der, som det navnlig herhjemme er paavist af Ussing, knytter sig en Række retlige Problemer til Behandlingen af Metalklausuler, som er beslægtet med sædvanlige privatretlige Forestillinger. For det første frembyder saadanne Aftaler ofte Fortolkningstvív. Selv i Tilfælde, hvor Aftalen er klar, kan der blive Tale om at anvende almindelige Ugyldigheds- og Uvirksomhedsregler paa den. I sidste Henseende er det imidlertid navnlig problematisk, under hvilke Betingelser radikale Ændringer af Samfundsøkonomien kan virke som relevant svigtende Forudsætning for det afgivne Løfte, af den simple Grund, at Aftalen efter sit eget Indhold tager Sigte paa økonomiske Svingninger — hvilket i Virkeligheden vil sige, at Kontrahenterne selv har truffet en Risikoaftale og derved vanskeliggjort Anvendelsen af sædvanlige aftaleretlige Risikofordelingsprincipper. Disse Problemer er det ikke Tanken at gaa nærmere ind paa her, hverken historisk eller de lege lata. Her og i det følgende haves selve det principielle Hovedproblem for Øje, der som nævnt er affødt af Brydningen mellem privatretlige og samfundspolitiske Synspunkter.

En særlig Rolle indenfor dette Emne spiller Sønningen mellem Pengesortaftaler og den rene Værdiklausul. Den sidste Aftaletype kan defineres som en normal Pengeforpligtelse, forsaavidt angaar Opfyldelsesmidlets Art, men unormal forsaavidt dens Størrelse paa Forhaand er ubestemt, idet den retter sig efter en given Værdimaalers Pris paa Betalingstidspunktet. Pengesortaftalen er omvendt karakteristisk ved paa Forhaand at være *fikseret* som en normal Pengeforpligtelse, men den adskiller sig fra en saadan ved at udvælge en særlig Pengetype indenfor Pengesystemet som Opfyldelsesmiddel.

Hvis en Kontrahent kræver en Pengesortforpligtelse opfyldt med det faktiske økonomiske Resultat, at Debitor kommer til at betale en Opgæld til Kreditor, hvis Forpligtelsens Værdi udregnes i andre normale lovlige Betalingsmidler indenfor Pengesystemet, er der vistnok i Nutiden almindelig Enighed om i Reglen at lade de for rene Værdiklausuler eventuelt gældende Fortolknings- og Ugyldighedsregler komme til Anvendelse. Derimod er det ingenlunde givet, at en Pengesortaftale, der, saafremt den opretholdes, medfører Værn mod andre Sorters Depreciering, er gyldig i samme Omfang som en ren Værdiklausul. Navnlig Nussbaum har peget paa de ikke faa Eksempler, der er paa, at Guldmonetforpligtelsen behandles anderledes og strengere end Guldværdiforpligtelsen (jfr. navnlig »Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes« 1928 S. 32 f.). Lovgivning vedrørende Værdiklausuler har navnlig i ældre Tid rettet sig mod Monetklausulerne. Hertil kommer en for den følgende Undersøgelse vigtig psykologisk og politisk betonet Omstændighed, som har gjort sig gældende til forskellige Tider i mange Lande, hvor uindløselige Sedler er blevet indført som normalt Betalingsmiddel: at man i en saadan Situation særligt vender sig mod Kontrahering i den til Sedlerne svarende Metalenhed (Guldpond eller Guldkroner i Stedet for Pond og Kroner, Sølvcourantdaler i Stedet for Courantdaler etc.), fordi saadanne Aftaler i særlig udtalt Grad er Udtryk for Skepsis med Hensyn til Pengenes Værdifasthed, som Staten fremfor alt er interesseret i at bevare Tilliden til. Det er, som jeg senere skal vende tilbage til, Kvintessensen i det gamle Forbud i dansk Ret mod »at vrage Kongens Monet«.

Rent praktisk er Pengesortaftalen som Værdisikring saarbar, fordi Debitor ofte vil kunne fremsætte Umulighedsindsigelsen, naar den aftalte Pengetype er forsvundet fra Markedet — hvad der næsten altid vil være Tilfældet, naar Klausulen er særlig aktuel. Herhjemme har navnlig Ussing forsvaret det Synspunkt, at Monetklausuler subsidiært kan fortolkes som Værdiklausuler, saaledes at Debitor, hvor Klausulen iøvrigt er gyldig, er forpligtet til at betale i Sedler efter Metalværdi. I Udlandet er dette Spørgsmaal særlig stærkt omstridt (jfr. Nussbaum l. c. og om den saakaldte Tantalusfortolkning, Money in the law S. 351 f.).

Dansk Retsopfattelse i Nutiden paa dette Omraade indenfor Aftaleretten gaar direkte tilbage til Ørsteds Lære. Klarest fremgaar dette af Ussings Udtalelse U. f. R. 1933 S. 267: »Undersøger man Spørgsmaalet om Guldklusulers Virkning efter dansk Ret, maa det først fastslaas, at ældre dansk Rets Stilling klart fører i Retning af at anse Guldklusuler som gyldige. *Den Gang Sølv* var Grundlaget for vort Møntsystem, anerkendte dansk Ret utvivlsomt Gyldigheden af Betaling i rede Sølv, kun med de Begrænsninger, der fulgte af almindelige Ugyldighedsregler (udh. her). Det antoges i Praxis, at Aftaler om Betaling i rede Sølv var gyldige allerede før Fr. om Pengev. af 5. Jan. 1913, og samme Standpunkt forsvarede Ørsted«. Ogsaa Wolfhagen (»Offentlig Gælds Forvaltning« S. 159) støtter sig paa det historiske Udgangspunkt som et afgørende Indicium for, hvad der bør antages i Nutiden, og det synes derfor at kunne have særlig Interesse af prøve Rigtigheden af den herskende retshistoriske Opfattelse, herunder ogsaa specielt Forudsætningerne for Ørsteds Lære, der ligeledes hvilede næsten udelukkende paa historiske Betragtninger.<sup>3</sup>

Medens det iøvrigt skal forsøges at give en kronologisk Fremstilling, skal det foreløbig omtales, at der i herskende Teori navnlig henvises til det aabne Brev om Rigsbanken af 6. April 1818, hvorefter det udtrykkeligt var tilladt at kontrahere i rede Sølv. En Anvendelse af denne Bestemmelse i Relation til Nutiden er efter min Mening ganske udelukket paa Grund af en fundamental Forskel paa Rigsbankordningen og vort nuværende Pengesystem. Efter den førstnævnte var nemlig alle Pengeforpligtelser (paa Tid) »værdifaste«, d. v. s. de skulde opfyldes efter den svingende Kurs paa Rigsbanksedler i Forhold til Sølvrigsbankdaler (= ½ Specie eller 18½ Rigsdaler paa Marken fin). Vel var Rigsbanksedlerne indtil 1845 uindløselige, men ved at anerkende det nævnte Princip, der forudsatte en svingende legal Underkurs paa Sedler, havde man forladt Tvangskursprincippet. Det vilde svare til, at der officielt blev noteret Kroneseddelkurser i Forhold til Guld, og at man f. Eks. anerkendte, at en Forpligtelse indgaaet i 1938 skulde omskrives til et ændret Beløb i Kroner under Hensyn til disses Depreciering, naar den skulde indfries i 1950. Under saadanne Omstændigheder vilde vistnok ingen her i Landet tvivle om en Guld-

klausuls Gyldighed, de lege lata eller de lege ferenda. Der er den store Forskel paa Rigsbankordningen og vort nuværende Penge-system, at den førstnævnte, rationelt og bevidst, var lagt an paa i Løbet af overskuelig Tid at gennemføre Metalfod med indløselige Sedler (saasnart disse havde naaet pari, hvilket indtraf i 1838), medens man nutildags ganske har ladt Metalfoden ude af Sigte. Den jesuitiske Udtalelse paa vore Pengesedler om, at disse indløses med Guld efter gældende Lov er et Rudiment fra ældre Tider, som savner enhver Forbindelse, ikke blot med den aktuelle økonomiske Politik, men formentlig ogsaa med dennes Planer paa længere Sigt.

I det følgende vil det blive paavist, at en retshistorisk Parallel paa dette Omraade, saafremt den overhovedet skal drages, maa ske med Hensyn til Perioden fra 1757 til 1813, og at dansk Ret i denne Periode netop ikke — i Strid med, hvad Ørsted og herskende Teori har antaget — anerkendte Sølvklausulers Gyldighed. Ørsteds Lære beroede paa en delvis misvisende Gengivelse af de i ældre Ret anvendte Retsprincipper.

For at opnaa den fuldstændige Baggrund for Forstaaelsen af den historiske Udviklingsgang er det imidlertid nødvendigt at gaa langt tilbage. Efter Emnets Særegenheder vil følgende Perioder blive holdt ude fra hinanden:

I Det 16. og 17. Aarhundrede — herunder Danske Lov 5-3-39.

II ca. 1700-1757.

III 1757-1813.

IV Efter Ordningen af Pengevæsenet 1813.

## I

De mange kongelige Møntordninger, som afløste hinanden i det 16. og 17. Aarhundrede, var alle prægede i deres indbyrdes Forhold af Møntforringelsen og de stadige Forsøg paa, enten at gennemføre en haardhændet Tvangskurs paa Mønter, eller tilpasse og omdanne Møntsystemet med de mange forskellige Mønttyper til det herskende Metalværdiforhold. Der er ikke her Grund til at gaa nærmere ind paa mønthistoriske Detailler. Den retshistoriske Side af Sagen knytter sig navnlig til Fremkomsten af det



almindelige Forbud mod at vrage *Kongens Mønt*. Møntforringelsen tog særlig Fart i Forbindelse med 7-aarskrigen under Frederik II 1563. Netop dette Aar fremkom vistnok den første almindelige Formulering af dette Forbud, jfr. Missive af 14. Sept. 1563 om den »firestugede« Mønt: »alle skulde annamme den Mønt i Køb og Salg for det Værd, som den er sat og slaget for«. Den bør straffes »som vrager hin vor Mønt«, jfr. aabent Brev af 30. November s. A., der satte Livsstraf for dem, som ikke vilde »annamme vor Mønt for den Værd, vi har ladet den slaa til«. »Mange sætte deres Varer til dobbelt Værd« af den Grund, men det skulde der altsaa nu sættes en Stopper for, jfr. ogsaa aabent Brev af 28. April 1564 ifl. hvilket de, der »foragtede« Mønten, skulde ophænges i Galgen. Man har diskuteret Berettigelsen af Udtrykket »Tvangskurs«. For denne Periodes Vedkommende synes det egentlig træffende. Det burde under disse Omstændigheder være en Selvfølge, at en hvilken som helst Aftale om Værdiklausulering i Pengeforpligtelser uden om de legalt fastsatte Opgældsregler var ganske ugyldig. Noget andet er, at de stadigt hyppigere Forbud kun havde ringe Virkning, fordi selv Dødsstraf og Tortur er nytteløse Forholdsregler overfor de økonomiske »Naturlove«, jfr. fra fremmed Ret Nussbaum »Money in the law« S. 39 f.

Den egentlige Forstaaelse af Datidens Retsopfattelse faar man imidlertid bedst ved at sammenholde Forordningerne af 16. Nov. 1619, 20. Februar 1621, 16. August 1622, 8. Juni 1639 med Recesen 1643 2-15-10 og D L 5-3-39. I alle disse Møntforordninger findes det strenge Forbud om ikke at vrage Mynten nøje udformet Side om Side med en udtrykkelig Anerkendelse af Pengesortaf-talen. Det er denne retlige Ejendommelighed, som kom til at præge de senere Perioder, og som skulde blive Aarsagen til saa mange Misforstaaelser i senere Tiders juridiske Teori. Ved Forordningen af 1619 blev det fastsat i Lighed med ældre Forordninger, at den, der udgav eller modtog Mønten til anden Værdi end den fastsatte, skulde straffes og have forbrudt Pengene. Men »saafremt Købmanden forpligter sig betalningen udi nogen vis Slags pendinge in specie at lefvere, da bør han det at efterkomme«. I Frd. 1621 hedder det, at ingen skal »nødis til at betale i anden Mynt, end de self ville, medmindre de sig med bref oc Segel — — — dertil hafver

forbundet«, jfr. ligeledes udtrykkeligt Sammenkædningen af Forbud mod at antage Mønten til anden Værdi end den foreskrevne med den udtrykkelige Tilladelse til at kontrahere i særlige Penge-sorter i Frd. 1622 § 2 og 1639 § 1.

Endelig indførte Kristian IV i Store Reces af 1643 følgende generelt formede Regel isoleret: »Dersom nogen købmand forpligter sig udi køb oc sal at betale med serdelis oc special mynt, da bør dend det efter afsked, bref oc contract at holde oc efterkomme«. Denne vigtige og interessante Lovregel maa vistnok opfattes som en af Hovedkilderne til D L 5-1-1, i hvilken den blev opslugt, medens Danske Lov i 5-3-39 bibeholdt Forbudet mod at vrage Kongens Mynt.

Den ved første Øjekast, men slet ikke i Virkeligheden, ulogiske Dualisme i Datidens Retsopfattelse maa ses paa Baggrund af Tidens monetære System, der var yderst indviklet og differentieret. Rent bortset fra Forskellen paa Guld- og Sølvmonnt var der navnlig indenfor den sidste Kategori en rig Variation af Mønttyper af ældre og nyere Dato. Fra Kongemagtens Side havde man intet imod at Borgerne foretrak en Mønttype fremfor en anden. Ingen særskilt af de forekommende Mønter havde retlig Fortrinsstilling som Betalingsmiddel.<sup>4</sup>

Hvad Kongemagten derimod skarpt vendte sig mod var privates Forsøg paa at forrykke *Møntsorternes indbyrdes legale Kursforhold* f. Eks. ved Tilsidesættelse af gældende Opgældsregler. En Aftale om Betaling i Specier vilde retligt gyldigt udelukke Opfyldelse med Mark, medens derimod en Aftale om Betaling af et vist Antal Mark efter disses Værdi i Forhold til Sølvspecier vilde være strafbart og ugyldigt. Det er formentlig denne Retsopfattelse, som D L 5-1-1 og 2 sammenholdt med 5-3-39 hviler paa, og som ganske stemmer med Molinaeus Lære fra det 16. Aarhundrede, som blev af saa stor Betydning for senere fransk Ret. Denne gik ud paa at fastslaa, at Staten bindende bestemte Mønters Værdi, Finhed og Kursværdi.<sup>5</sup>

## II

Den første Halvdel af det 18. Aarhundrede medførte ikke i retlig Henseende Ændringer af afgørende Betydning indenfor Behandlingen af Betalingsklausuler.

I denne Periode fremkom imidlertid et nyt Fænomen i Penge-systemet, nemlig Papirpengene, der i Begyndelsen af Aarhundre-det blev udstedt i ikke ringe Omfang, men som for Alvor fik Be-tydning ved Oprettelsen af Courantbanken 1736, der fik alminde-lig Bemyndigelse til at udgive indløselige Banksedler. Hovedmønt-typerne var Courantdaler, der dog til at begynde med ikke ud-møntedes i Grovcourant, samt Speciedaler og Kroner. Imellem disse Hovedmønttyper fortsatte Lovgivningsmagten at fastsætte Kursforholdet, der dog stadig maatte ændres. Kun i faa Perioder blev Kursen i begrænset Omfang givet fri. I Forordn. af 23. Novbr. 1737, der fastsatte »en vis og bestandig« Agio paa Croner, hedder det »at alle Obligationer og andre Forskrivninger, som ere stiledes paa Croner, fremdeles skal forblive udi deres fulde Vigeur og med Croner betales«. Det ses heraf, at Pengesortaftalen stadigt var fuldt gyldigt i Modsætning til Aftaler med kursændrende Virkninger.

Trods Sedlernes Fremkomst kaldte man stadig alle Slags Pen-ge for Mønt (jfr. Frd. 10. Apr. 1720), men Papirpengenes Eksistens gav Anledning til Sprogbrugen »klingende Mynt« som Betegnelse for Metalpenge i Modsætning til Sedler. Ordet findes første Gang i Lovsproget i Frd. af 27. Nov. 1722 og er muligvis indført fra Udlandet.<sup>6</sup>

Som Følge af den høje Vekselkurs fra Hamborg paa Køben-havn blev Courantmønten ført ud af Landet, og Frd. 26. Nov. 1745 fastsatte derfor Udførselsforbud og suspenderede midlertidigt Ind-løsningspligten. Suspensionen ophørte i 1747, og Sedlerne var i de følgende Aar i pari. Til Trods herfor er det yderst sandsynligt, at selve den Omstændighed, at Statsmagten i Gerning havde vist, at den ikke veg tilbage for at »gaa fra Sølv«<sup>7</sup>, blev Hovedanlednin-gen til Indførelsen af Klausulen »Betalings i klingende Mynt« i mange private Kontraktsforhold navnlig Langtidskontrakter, som den senere Retspraksis viser det.

Paa Grund af det stadigt voksende Misforhold mellem Bankens Sølvsbeholdning og Seddelmassen som Følge af stigende Laan til Statskassen blev Indløsningspligten atter den 6. Okt. 1757 suspenderet «for en kort Tid». Dette Løfte blev aldrig holdt. Suspensionen vedvarede indtil hele Pengevæsenets og Statsfinansernes Sammenbrud i 1812-13. Paa denne økonomiske og pengepolitiske Baggrund kom Højesteret til i en lang Række Sager at tage Standpunkt til Betalingsklausulers Holdbarhed. Da Suspensionen blev indført, stod Sedlerne endnu i Pari, men længe varede det ikke, før der fremkom en stigende Underkurs.<sup>7</sup>

### III

I Kollegiets Forestilling til Frd. 1757<sup>8</sup> hedder det: »Som en Tid lang er udgaæn og dagligen udgaar store Pengesummer af den kgl. oktr. Banque ligesom og de rede Penge overalt bliver meget rare« — — — »saa vides intet bedre at foreslaa« end en Forordning som den i 1745 udstedte, »samt at Banken anbefales i samme korte Tid ej at udlevere flere rede Penge end en og anden til daglige Udgifter nødvendigen maatte behøve«. I selve Forordningen, der bedyrer sin egen Midlertidighed, hedder det, at ingen maatte vægre sig for i alle Tilfælde at modtage Bancosedler i Betaling. Med disse Ord var Forbudet mod at vrage Kongens Mønt blevet udstrakt til Sedlerne, der forsaavidt havde faaet Tvangskurs. Det egentlige retlige Problem, som nu frembød sig, bestod i at afgøre, om Klausuler om Betaling i Grovcourant klingende Mønt, Courant klingende Mønt eller blot klingende Mønt skulde kvalificeres som en Pengesortaftale, der efter stadigt gældende Ret var gyldig, eller som et Forsøg paa at vrage Courantsedlerne og saaledes behandles, som man hidtil havde behandlet Tilsidesættelser af legale Opgældsbestemmelser.

Allerede 1763 kom Højesteret i en norsk Sag, hvor Klausulen »Dansk Courant Mønt« var indsat i nogle Auktionsvilkaar, ind paa Spørgsmaalet H P (= Højesterets Voteringsprotokol) 1763 S. 336). Der stod ikke »klingende Mønt« i Vilkaarene, og allerede under Hensyn hertil fik Debitor Adgang til at betale med Sedler, men Voteringen viser, at Retten allerede da sandsynligvis vilde have tilsidesat Aftalen. Dette blev da ogsaa Resultatet i den føl-

gende Tid. I Sagen H P 1783 A S. 647 omstødte Højesteret en Møgeltønder Birketingsdom. Her var Tale om Auktionssalg af nogle Hollænderier. Denne og en lang Række Sager hidrørte fra Grevskabet Schackenburg. Klausulen lød paa »Grov Courant klin-gende Mynt«. Førstvoterende anførte principalt D L 5-1-2,<sup>9</sup> fordi han ansaa det for umuligt at skaffe Grovcourant. Dernæst anførte han Frd. 1757 og D L 5-3-39 og konkluderede i Omstødelse. Spor-on sluttede sig hertil alene under Henviisning til, at Debitor ikke havde paavist et Tab ved ikke at faa Mønt. Fridsch førte denne Tankegang videre ved ligefrem at opstille en »præsumptio juris et de jure« for at man ikke led noget Tab ved at modtage Sedler. Flere Dommere anførte dernæst Hensynet til Bankens Kredit som Argument mod Kreditor. Hertil replicerede Rested: »Om her var Stedet at bedømme en Sag politice vilde der være stor Tvivl, om Bankens Kredit vandt ved at man dømte Greven til at modtage Penge i bancosedler, men her skal questionen decideres juridice, og — — — her er en ren Kontrakt for Greven, som ingen fysisk eller moralsk umulighed indeholder, thi grov courantmynt eksiste-rer endnu og enhver kan betinge sig Betaling deri — — —«. Med 8 Stemmer mod 3 blev Resteds Standpunkt tilsidesat.

Denne Sag blev leading case. I Sagen H P 1790 S. 246 blev Klausulen tilsidesat i to Pantebreve. Her var Højesteret første In-stans. I en ny Sag fra Schackenburg H P 1791 S. 58 blev Klausulen tilsidesat i Forbindelse med Betaling af nogle Jordafgifter. Et Min-dretal mente dog, at Kongen i dette Tilfælde ved at konfirmere Kontrakten havde tilsidesat Frd. 1757. I Sagen H P 1791.885 kom Spørgsmaalet til Behandling uden dog at være afgørende for Be-dømmelsen af Paastanden. Voteringen er dog af Interesse, fordi man her ligesom i de tidligere Sager ser det Argument dukke op, at Kontrahering om Betaling i en bestemt Møntsort ikke kunde anses for ulovlig, jfr. f. Eks. den førnævnte Kroneforordning af 1737. Netop under Hensyn til at dette Synspunkt var fremme un-der Voteringen kan det fastslaas, at Højesteret bevidst forkastede det, hvor Talen drejede sig om Forholdet mellem Courantsedler og Courantmønt.

Det vigtige Spørgsmaal, som nu melder sig, bestaar i at afgøre, om Højesteretspraksis medførte, at Retsopfattelsen blev ændret

saaledes, at man underkendte Pengesortaftaler udenfor Courant-pengenes Omraade, f. Eks. Aftaler om Betaling i Specier eller i Kroner, Guldmønt eller lignende.

Speciesmønt havde længe været helt forsvundet, men i 1776 paabegyndtes en ny Udmøntning, og Specier fik samtidig legal Kurs, 1 Rd. 22 Sk. dansk Courant (jfr. Frd. 2. Januar 1776). Det er klart, at Kontrahering i Specier vilde medføre Uafhængighed overfor Kursen paa Courantsedler, uanset Fastlæggelsen af Kursforholdet mellem de to Møntsorter. Paa den ene Side kunde det forekomme mærkeligt at underkende Courantmøntaftaler og til-lade Specieaftaler. Paa den anden Side vilde en konsekvent Holdning have været ensbetydende med en økonomisk og retlig Omvæltning i Forhold til hidtidig Opfattelse. Samme problematiske Spørgsmaal frembød Kontrahering i Kroner under Hensyn til Frd. af 23. Nov. 1737, der stadig stod uændret.

Der er imidlertid ingensomhelst Tvivl om Udviklingen i gældende Ret. Pengesortaftaler blev anerkendt fuldtud udenfor Courantomraadet.

I 1780 fik Højesteret forelagt nogle Fæstebreve, der lød paa Betaling i Specier »eller med lagie« (H P 1780 A 423). Det interessant ved Sagen er den Omstændighed, at Tvisten alene drejede sig om at afgøre, hvilken Opgæld Bønderne skulde betale, da Kontrakterne laa forud for Frd. 1776. Højesteret anvendte dennes Bestemmelser, da Sølvindeholdet i Speciesmønt stadig var det samme. I 1788 blev Speciesopgældsbestemmelserne ophævet og Kursen givet fri, og i Placaten af 19. Marts 1788 hedder det, at Specier »kan i Handel og Vandel bruges efter Overenskomst«. Ved Oprettelsen af den nye Speciesbank (1791), hvis Hovedformaal skulde være efterhaanden at afløse Courantbanken, blev det overensstemmende hermed fastsat, at det skulde være enhver tilladt at forene sig ved Contracter, Obligationer og andre Forskrivninger om Betaling i Specier »da saadanne Forpligtelser i alle Henseender bør agtes lovlige og gyldige«. Til denne Regel svarer, hvad der er vigtigt at erindre, at Kursen mellem Specier og de nyindførte Speciessedler udtrykkeligt var gjort fri og uafhængig af enhver Opgældsbestemmelse. Endvidere var Speciessedlerne frit indløselige med rede Specier eller Courantsedler efter Kurs.

Uden Hensyn til den nye Udvikling indenfor Pengevæsenet fastholdt Højesteret konsekvent det en Gang tagne Standpunkt med Hensyn til Courantmøntaftaler, hvilket fremgaar af Sagen H P 1793 S. 368, der blot henholdt sig til Præjudikaterne. Det var derfor ganske urigtigt, naar Ørsted senere forfægtede det Standpunkt, at Frd. 1757 under alle Omstændigheder maatte anses for bortfaldet 1791.

Da Grevskabet Schackenborg i 1810 atter indbragte en Række Sager for Domstolene angaaende Betaling af Fæsteafgifter i Specier, kan det, under Hensyn til hvad der allerede er sagt, ikke undre, at Grevskabet vandt alle disse Sagen gennem 3 Instanser, Birketinget, Viborg Landoverret og Højesteret (jfr. H P 1812 B S. 263 og D Side 20 — ialt fem Sager).

Ørsted var førstvoterende i Højesteret, og Retten sluttede sig uden Kommentar til hans Votum. Det er yderst interessant, at Ørsted her omtaler den tidligere Højesteretspraksis men anser den uanvendelig med den ejendommelige Begrundelse, at Fæstebrevene dels var yngre end de andre Retssager, og at særligt Courantsagerne var uanvendelige, fordi de havde handlet om Tilfælde, hvor Afgifterne »vare primitivt betingede i dansk courant«.

Ørsteds Konklusion var ganske utvivlsomt rigtig, men hans Præmisser tyder paa, at han slet ikke har haft Øje for gældende Rets virkelige Struktur paa dette Omraade. Dette giver Nøglen til Forstaaelsen af hans senere litterære Behandling af Emnet, som vel blev af stor Betydning for Eftertiden, men som, naar Sandheden skal frem, hvilede paa en Mistydning af gældende Ret.

I Aaret 1812 havde Courantsedlernes Inflation ganske taget Overhaand. Dag for Dag sank Kursen i stigende Tempo. Netop i dette Aar kom en Række Betalingsklausuler til Paadømmelse.

Den 24. Februar 1812 godkendte Hof- og Stadsretten Klausulen »klingende Mynt« som lovmedholdelig med en højst diskutabel Begrundelse,<sup>10</sup> der imidlertid blev godkendt af Ørsted i en Note til Dommen: »Den Forpligtelse, ei at vrage Kongens Mynt, in specie Bancosedler, kan altsaa for Tiden kun finde Anvendelse, hvor der spørges om Betalinger, som ei ere betingede i nogen vis Penge-sort«. Formelt var denne Udtalelse jo rigtig, men den var i direkte Strid med den hidtidige Regel, hvorefter Klausulen »klingende

Mynt« netop ikke behandlede som en almindelig Pengesortaftale. Ørsted uddybede sin Opfattelse i en Artikel N. J. A. VI S. 142 f.

Dommen blev omstødt af Højesteret, men primært kun af fortolkningsmæssige Grunde.<sup>11</sup>

Ved Dom af 8. Juni 1812 omstødte Viborg Landsoverret en Dom, der havde godkendt en Aftale om Betaling i Kroner. Dette var i Strid med hidtidig Retsopfattelse og Højesteretsdommene i Speciessagerne. Imidlertid godkendte Højesteret, ved at omstøde Dommene under Henvisning til Forordn. af 23. Novbr. 1737, Kroneaftalen.<sup>12</sup> Det er karakteristisk for Ørsteds Opfattelse, at han ansaa denne Dom som en Støtte for sin Lære om Behandlingen af Klausulen »klingende Mynt«.<sup>13</sup>

Ved Dom af 24. August 1812 stadfæstede Retten i Viborg en Birketingsdom, der underkendte Klausulen »grov Courant klingende Mynt« og dette Standpunkt blev godkendt af Højesteret (jfr. Dom af 4. April 1814 H P 1814 A 146). Ørsteds Lære blev ved denne Dom udtrykkelig underkendt. Den blev under Voteringen fremført af et Mindretal (Lassen og Rosenkilde), men Majoriteten sluttede sig til Engelharts Votum, der er af stor retshistorisk Værdi, fordi det indgaaende behandler det juridiske Problem, der var knyttet til den hidtidige Sondring mellem rene Pengesortaftaler og Aftaler, der stred mod de af Regeringen fastsatte Tvangskurser.

Engelhart indledede med at henvise til den faste Højesteretspraksis vedrørende Aftaler om Courant klingende Mønt. »Der bliver altsaa i nærværende Tilfælde kun Spørgsmaal om, hvorvidt det Tillæg »grov«, som i Fæstebrevet er tilføjet Myntsorten, kan medføre nogen Forandring heri. I denne Henseende maa jeg tillige allerunderdanigst anmærke, at det i forbenævnte Sager tillige er antaget, at *kun naar* en Kreditor derfor havde betinget sig en *vis bestemt Myntsort*, Betaling da ikke skete lovligt i Banco-sedler efter disses paalydende Beløb, men maatte erlægges i den betingede Myntsort. Da nu in casu ikke er betinget nogen vis bestemt Myntsort, efterdi Grovcourant indbefatter flere Specier, saa som Speciesmynt, Kroner og Rigsorter med flere større Mynter, saa kunde nærværende Question synes allerede at være decideret. Herimod kunde dog indvendes, at uagtet Debitor in casu er over-



ladt Valget mellem de flere Specier af Grovcourant, er han dog ikke givet Valget mellem alle Specier af dansk Courant. Man bliver derfor nødt til at undersøge, paa hvilken Retsgrund den Sætning er bygget, at Bancosedler efter deres paalydende Værd ikke er et lovligt fyldestgørende Betalingsmiddel for en vis bestemt Myntsort. I denne Henseende synes det grundet i Sagens Natur, at naar en Kreditor har betinget sig Betaling i en vis *bestemt Myntsort*, dette da er sket, fordi han havde specielt Brug for denne, og at det følgelig var uretfærdigt at nægte ham Opfyldelsen af den ham indgaaede Contract. Denne Forudsætning finder derimod ikke i sin hele Omfang Sted, naar Kreditor har overladt Debitor Valget af alle Species af grov Courant, hvorimod *Kreditors Hensigt i Almindelighed da maa antages ene at have været at betinge sig Betaling i en Pengesort, der ikke var udsat for Coursens Indflydelse. Men denne Hensigts Opnaaelse er det just at Deres Mayestæts ovenanførte Lovgivninger har villet forhindre*.<sup>14, 15</sup>

Denne Votering viser paa een Gang det centrale Indhold i den da gældende Retsopfattelse men ogsaa tillige dens Svagheder. Saaledes som den her blev formuleret, maatte man antage, at enhver Pengesortklausul, der indeholdt en utvetydig Individualisering af den foretrukne Mynt, var tilstrækkelig til at afvise Formodningen om Forsøg paa at tage ulovlig Opgæld. Hvis f. Eks. Debitor havde forpligtet sig til at betale i Rigsorter eller, hvad der vilde være upraktisk, Skillinger, vilde dette være lovligt. Klausulerne »klingende Mynt«, »Courant klingende Mynt«, »grov Courant« eller »grov Courant klingende Mynt« var derimod ugyldige, idet disse ikke, selv rent formelt, kunde tillægges nogen selvstændig Funktion udover Værdisikringen — og Gennemførelsen af dette Formaal stred mod det stadigt gældende Forbud mod at vrage Kongens Mønt, der kun var virkningsløst, hvor Pengene udtrykkeligt havde fri Kurs. Den virkelige Forklaring paa det almindelige Princip om Pengesortaftalers Gyldighed var formentlig den, at det var opstaaet før Seddelpengenes Tid. Efter disses Fremkomst fastholdt man det, selv om det krydsede Tendensen til at underkende Metalværdiklausuler.

Inden Afsigelsen af Højesteretsdommen af 1814 havde Lands- over- samt Hof og Stadsretten i Konsekvens af sin Afgørelse af

24. Februar 1812 i en ny Sag den 31. Maj 1813 godkendt Klausulen »grov Courant klingende Mynt«. Denne Sag er sikkert ikke blevet paakendt af Højesteret. Domhaveren var Odense Communitet, der Aaret i Forvejen i Viborg havde tabt den Sag, som i 1814 blev afgjort af Højesteret, og som var af lige Beskaffenhed med den Sag, der blev afgjort i København i 1813. Communitetet har sikkert afventet Højesterets Afgørelse i Viborgsagen og formodentlig frivilligt modtaget Seddelpenge, omend det havde Hof og Stadsrettens Medhold i at nægte det.

Fra Regeringens Side var der paa dette Tidspunkt netop Ønske om at opnaa et principiel Afgørelse. I denne Forbindelse kan der være Grund til at nævne nogle for Finanscollegiet, Rente-kammeret og Danske Kancelli i Aarene 1812-13 verserende Sager. Den ene drejer sig om en kgl. Resolution af 22. Februar 1812.<sup>16</sup> I denne Resolution, der vedrører Konfirmation af en Tiende-kontrakt, hedder det: »Saafremt vedkommende ved udtrykkene i indbemeldte contract »courant klingende mynt« maatte forstaae andet end courant, da kunne vi ikke stadfæste den fremlagte confirmation, eftersom vi ikke kunne antage eller stadfæste nogen forskiel mellem courant og courant klingende mynt; ligesom vi ej heller ønske at meddele confirmation paa foreninger i vore riger om afgift i species som endog de vedkommende derom maatte forenes; desaarsag ville vi allernaadigst have vort cancellie paa-lagt at foranstalte, at vedkommende i nærværende Tilfælde forene sig om en afgift i korn, hvilken forening dernæst kunde frem-lægges til vor allerhøieste stadfæstelse.«

Resolutionen har stor Interesse fordi den viser, at Regeringen, foruden at opfatte Courantmøntaftalen som ugyldig afslog at konfirmere den i og for sig gyldige Pengesortaftale<sup>17</sup> om Betaling i Species, naturligvis fordi ogsaa en saadan Aftale havde til egentlig Formaal at skabe Uafhængighed overfor den inflatoriske Ud-vikling og følgelig var Udtryk for en Mistillid til Pengesystemet, som ikke var foreneligt med Forbudet mod at vrage Kongens Mønt, og som man derfor i al Fald ikke officielt kunde godkende i en Kontrakt, der forelaa til Konfirmation.

Endvidere kan henvises til en Sag omhandlende nogle Obliga-tioner tilhørende Ærø Kirker, indeholdende Klausul om Betaling

i Courantmønt. I denne Sag blev der indhentet Responsum fra den slesvig-holstenske Overret.<sup>18</sup> Dette synes efter Omtalen at have gaaet ud paa samme Opfattelse som den anden Sag, men vistnok med Bemærkning om, at der var Tale om et Domstols-spørgsmaal.

Den her forelagte Dokumentation af Retstilstanden indtil 1813 kan tjene til Belysning af den Polemik, der opstod mellem Ørsted og Kammerraad Schæffer i Anledning af førstnævntes Artikel N. J. A. VI 142 f. bygget paa Hof og Stadsrettens Praksis (jfr. ovenfor). Schæffer<sup>19</sup> lod udgive et Skrift om Spørgsmaalet i 1815.<sup>20</sup> Dette Skrift gennemgik klart og anskueligt den foreliggende Lovgivning og drog heraf Konklusioner, som de her givne Oplysninger om Retspraksis til fulde bekræfter Rigtigheden af. Ørsted replicerede N. J. A. XI S. 128 f. og fastholdt ganske sin Opfattelse. I en Slutbemærkning bemærker Ørsted, at han ikke »*bør fordølge, at en Højesteretsdom af 4. April 1814 skal have antaget, at der heller ingen Forskiel er mellem Forpligtelser i dansk Courant og i dansk grov Courant. Dette forudsat taber Spørgsmaalet sin praktiske Interesse*«. Ørsted nævner derimod intetsteds den tidligere Højesteretspraksis fra det 18. Aarh., med hvilken han, som det fremgaar af Højesterets Voteringsprotokol af 1812, var bekendt.

#### IV

Som det fremgaar af det ovenstaaende, faldt flere af de nævnte Retsafgørelser efter Frd. af 5. Jan. 1813 om Forandringer i Pengevæsenet. Dennes Regler om Omskrivning af Courantforpligtelser til Rigsbankdalersølvværdi under delvis Hensyntagen til Metalværdien paa Stiftelsestiden var der Enighed om at anse udelukket, hvor Betaling efter ældre Ret gyldigt lød paa Sølvmønt. Naar Aftalerne om Betaling i grov Courant blev omstødt, betød det imidlertid, at de almindelige for Courantforpligtelser gældende Regler om Overgang til Rigsbankpenge maatte finde Anvendelse.<sup>21</sup>

Efter Indførelsen af det nye Pengesystem var det tilladt at kontrahere i Rigsbankpenge Sølvværdi og ligeledes efter almindelig Antagelse i Rigsbankpenge Sølvmønt,<sup>22</sup> men som nævnt ovenfor i Forbindelse med Omtalen af det aabne Brev af 6. April 1818 maa Retstilstanden efter 1813 stadigt ses under den Synsvinkel, at

Rigsbanksedler legalt var underkastet en frit svingende Kursnotering i Forhold til Sølv.

Igennem hele det 19. Aarhundrede og op til første Verdenskrig var Spørgsmaalet om Gyldigheden af Mønt- og Metalværdiklausuler ikke særligt aktuelt. Naar Seddelpengene som Følge af Indløseligheden var i pari, og der ikke var nogen Tegn paa truende Ændringer i Pengevæsenet, var Betalingsklausulerne temmelig formaalsløse. Deres Værdi for Kreditor er saa at sige proportionalt voksende med Vanskelighederne. Naar de er mest aktuelle, er deres Holdbarhed mest diskutabel.

Saaledes som Retsudviklingen ovenfor er blevet belyst, synes det klart at fremgaa, at det ikke er muligt at benytte Henvisningen til ældre Ret som Argument for Anerkendelsen af Guld-klausuler, naar vort nuværende Pengesystems Indretning tages i Betragtning. Som nævnt vilde den nærmest liggende Parellel være Perioden 1757-1813. Højesterets strenge Kurs overfor Klausulen »klingende Mynt« indtraf her i en Periode, hvor man ligesom nu havde uindløselige Seddelpenge. Den var imidlertid en Konsekvens af de før Papirpengenes Tid opbyggede Retssætninger jfr. Danske Lov 5-3-39,<sup>23</sup> og dens praktiske Virkninger mindsledes i nogen Grad ved Anerkendelsen af Adgangen til at kontrahere i Kroner eller Specier. Men forsaavidt angaar Guldværdiklausuler maa det i Dag uafhængigt af Fortiden afgøres, om man uden Lovhjemmel kan sige, at Seddelpenge nutildags har »Tvangskurs«, der fører til deres Tilsidesættelse. Den retshistoriske Udvikling synes ikke at tyde paa, at det som generel Regel kan siges, at den Omstændighed, at Papirpengene er tvungent Betalingsmiddel, ikke kan paavirke Spørgsmaalet om Mønt- og Værdiklausulers Retskraftighed.<sup>24</sup> Den almindelige Retsgrundsætning om Løftets forbindende Virkning og Hensynet til at undgaa Skuffelser i Samhandelen brydes periodevis paa dette Livsomraade. Den dybeste Aarsag hertil er maaske det Forhold, at »Værdifasthed« i streng Forstand er uforenelig med de for al menneskelig Økonomi gældende Grundprincipper. I hvert Fald synes hverken Lovbud med drakoniske Straffe eller kontraktlig Retsbeskyttelse at være de rette Midler til Stabilisering af de økonomiske Forhold. Hvad særligt angaar Guld-møntklausuler vil det i hvert Fald være urigtigt at henvise til

ældre Tids Regler om ubetinget Anerkendelse af egentlige Penge-sortaftaler, da det under Nutidens Forhold vilde være ganske urimeligt at opretholde Guldmonetklausuler, hvis man vil tilsidesætte Guldværdiklausuler.

Spørgsmaalet er under Hensyn til moderne dansk Højesteretspraksis kun af teoretisk Betydning, men kan meget vel faa Interesse for Lovgivningen, der altsaa ikke for en streng Betragtning kan siges at bryde med nogen Tradition i dansk Ret af længere Varighed, hvis den gennemfører en almindelig Regel om Tilsidesættelse af Metalværdiklausuler.

Kun en samlet samfundsøkonomisk Vurdering af Trangen til en saadan Regel kan afgøre, om den bør indføres.<sup>25</sup> Sædvanlige juridiske Betragtninger kan derimod næppe være synderligt vejledende indenfor dette særlige Spørgsmaal.

Kun paa eet Punkt er der Grund til udfra et retligt Synspunkt at udtale sig mere almindeligt, nemlig naar Talen drejer sig om Fremgangsmaaden ved Behandlingen af disse Spørgsmaal. Som fremhævet af Ussing maa det være Lovgivningsmagtens Sag at tage Stilling til, om der foreligger Anledning til at skride ind overfor Betalingsklausuler — ikke Domstolenes. Heri ligger formodentlig det stærkeste Argument for Gennemførelsen af deres principielle Gyldighed. Medens Domstolene paa andre Omraader kan have stor Frihed til at bedømme Aftalers Holdbarhed, er det næppe heldigt at lade dem gennemføre samfundsøkonomiske Foranstaltninger paa egen Haand. Dertil kommer at Lovgivningsmagten kan give Regler, der rammer Retsforholdene i deres Vorden, hvorved højst uheldige Forstyrrelser i velerhvervede Rettigheder kan undgaas.

#### NOTER

1. Jfr. Henry Ussing, Dansk Obligationsret Alm. Del 2. Udg. § 5 V og VI, U. f. R. 1933 B 264 ff. med yderligere Henvisninger, herunder ogsaa til Nutidens Domspraksis — for dansk Rets Vedkommende især de vigtige Højesteretsdomme U. f. R. 1933 703 og 1028.

2. Jfr. Lov 254 af 27. November 1936.

3. Det er interessant at bemærke, at der her, som allerede ovenfor berørt, synes at foreligge et Emne, hvor sædvanlig juridisk Metode er yderst vanskelig at anvende, og hvor Teorien derfor ganske naturligt først og

- fremmest støtter sig til det retshistoriske Udgangspunkt. Hvor politiske Hensyn stærkt farver et retligt Problem, har Retsopfattelsen det tilfælles med Smaagen: den kan vanskeligt diskuteres — paa objektivt Grundlag. Det er i denne Forbindelse interessant at se det iøvrigt velbegrundede Argument fremført til Fordel for almindelige Regler om Tilsidesættelse af Guldkláusuler, at den lejlighedsvis Tilsidesættelse fører til, at den principielle Anerkendelse af deres Gyldighed synes mislig, jfr. Ussing Obl.ret alm. Del 1.c. Normalt vil man ikke nøjes med et saa formelt Grundlag for anbefaling af en Ugyldighedsregel
4. Hvad der her er sagt, maa ikke forveksles med den Kendsgerning, at man tidligt fastsatte særlige Regler for Betalingsmidlerne ved Betaling til offentlige Kasser, jfr. som Eksempel blandt mange Frd. 15. Maj 1613 om Toldafgifter.
  5. Jfr. Nussbaum »Money« 340, samt Pothiers Udtalelse i »Traité du prêt de consommation«: »Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement la valeur que le prince y a attachée«. Jfr. v. Savigny Obligationenrecht I 1851 S. 502.
  6. At Klausulen klingende Mønt har spillet Rolle i Østrig kan ses af Allg. bürg. Gesetzbuch § 985 f. At den gaar ret langt tilbage i dansk Ret ses af den i Note 16 refererede Sag.
  7. Om Kursudviklingen kan henvises til W. Scharling: »Penges synkende Værdi« 1869 S. 68 ff., V. Falbe-Hansen og W. Scharling: »Danmarks Statistik« 3. Bd. 1878 S. 268 ff.
  8. Commercekollegiets da. Forest. No. 1151, Rigsark.
  9. I Datidens Teori sidestillede man fysisk Umulighed med »legal« Umulighed, som man talte om, hvor Kontrakter stred mod Lov og Ærbarhed.
  10. Jfr. N. J. A. III S. 111-120.
  11. Jfr. H P 1813 D S 1 og paa samme Maade en anden Sag ved Hof- og Stadsretten, jfr. N. J. A. V S. 9.
  12. Jfr. H P 1813 B 439.
  13. Jfr. N. J. A. V 146, som næppe kan hentyde til andet end den her nævnte Dom.
  14. Det kan have historisk Interesse at erindre om, at en Retstilstand svarende til den danske i ældre Tid, øjensynligt har eksisteret i Østrig. I Henhold til A. B. G. B. 1811 § 987 var Møntsortaftaler gyldige, hvorimod § 986 henskyder det til de til enhver Tid gældende Forskrifter, om Klausulen »klingende Münze« skulde anerkendes, og i bekræftende Fald med hvilken Virkning. Ved Finanzpatent af 20. Febr. 1811, der fremkom i en Situation, der i mange Henseender minder om Baggrunden for Frd. 5. Jan. 1813, blev det bestemt at den nyindførte »Wiener Währung« (Papirpenge) skulde kunne bruges ogsaa, hvor der var klausuleret Betaling i klingende Mønt, hvorimod bestemte Møntsortaftaler var effektive.

15. Sidste Passus er udhævet af mig.
16. Det maa være denne Sag, der henvises til i Dommen af 31. Maj 1813, jfr. N. J. A. VI 138 og Ørsted N. J. A. VIII 137. Sagen har en særegen Interesse, fordi Engelhart i Højesteretsvoteringen i 1814-sagen — udover, hvad der ovenfor er anført af hans Votum — direkte støtter sig til Resolutionen som Begrundelse for sin Konklusion. Ørsted anfører at Resolutionen skulde være uden Betydning fordi den paagældende Sag ved en senere Resolution skulde være henskudt til Domstolenes Afgørelse. Resolutionen blev afgivet paa en Forestilling af 5. Februar 1812 fra Danske Kancelli. Danske Kancellis I Dept.'s Forestillinger 1812 Nr. 40. Forestillingen refererer en Ansøgning fra Ejeren af Boltinggaard, hvori der under Henvisning til Patent af 13. Aug. 1808 anholdes om en kgl. Konfirmation paa en under 5. Dec. 1729 oprettet Kontrakt mellem Boltinggaards daværende Ejer og Biskoppen over Fyns Stift, »ved hvilken Contract Ringe Sogns til Fyens Bispestol henlagte Kongekorn-tiende er perpetueret til bemeldte Boltinggaard imod en aarlig Afgift af 130 rd. i courant klingende mynt — —«. Kontrakten havde tidligere været kgl. konfirmeret 30. Dec. 1729 og 24. Febr. 1747 og Kancelliet, der intet fandt at indvende, indstillede den paa ny til Konfirmation.
17. Stipulering af Afgiften i Korn godkendtes derimod. Dels faldt saadanne Aftaler helt udenfor Forbudet mod at vrage Kongens Mønt, dels har Naturalafgiftssystemet ældgammel Rod i dansk Samfundsøkonomi.
18. Det synes ikke at ligge i Sagen i hvert Fald ikke under Danske Cancelli, og det er ikke lykkedes at finde det i Rentekammeret. Jfr. Danske Cancelli I Depart. Brevbog I 1813 No. 887 med Indlæg, der dog kun omfatter en Del af Sagen, der var begyndt i Rentekammeret som Følge af en Henvendelse fra Fyns Stiftsøvrighed, jfr. D. C. I Depart. Brevbog 1812 No. 1612 og Journal No. 463 samt Ekstraktprotokol 3 N 1812 No. 189.
19. S. var Inspektør ved »Comptoirret for de bestandige transportable Stats- og consignable Bank-Fonds«.
20. »Undersøgelse angaaende det Spørgsmaal: om man i Danmark, førend Forordningen af 5te Januarii 1813 udkom, gyldigen kunde contrahere i grov Courant?« København 1815.
21. For Hertugdømmernes Vedkommende laa Sagen anderledes — jfr. § 60 — fordi Fordringer paa Specier og Slesvig-holstensk Courant i sig selv havde været Sølvfordringer. Spørgsmaalet om Gyldigheden af Aftaler om Betaling i klingende Mønt havde derfor for denne Del af Riget slet ikke haft samme Betydning som i Kongedømmet.
22. Jfr. Ørsted Eunomia I 521 f., N. J. A. XXII 208 f., Ussing U. f. R. 1933, 267.

23. Denne Lovbestemmelse er vistnok aldrig blevet formelt ophævet, jfr. Stig Iuul: Danske Lov (Udg. 1949), hvor Bestemmelsen anses bortfaldet uden nærmere Begrundelse. Som en saadan kan formentlig direkte anføres Højesterets Guldklausulpraksis.
24. Om det i Møntlovgivningen udtrykkeligt er udtalt, at Pengesedlerne skal modtages til paa-lydende Værdi — jfr. Ussing U.f.R. 1933 S. 268 — bør formentlig anses for at være af ret underordnet Betydning.
25. Ved en saadan Vurdering maa Mønt- og Møntmetalklausuler naturligvis behandles i Sammenhæng med andre Former for Værdifasthedsklausuler (Vare- og Pristalsklausuler m. m.). Den ældre Særbehandling af Guld- og Sølvklausuler kan ikke gennemføres. Paa den anden Side rummer visse Klausuler *paa Grund af Beskaffenheden af de Kontraktsforhold, de anvendes i, vigtige Særproblemer, saaledes navnlig Pristalsklausulen.*



# Henry Ussings betydning for udformningen af culpa-reglen i moderne nordisk ret

Af professor, dr. juris Carl Rasting

Naar Henry Ussings indsats i erstatningsretten nævnes, tænker de fleste umiddelbart paa hans store og grundlæggende undersøgelser af problemet ansvar uden skyld. Erindringen om disputatsen fra 1914, »Skyld og Skade«, der kom til at sætte skel i den nordiske opfattelse af problemet, trænger sig uvilkaarligt paa. Men det vil ikke være ukendt for juridiske kredse i de nordiske lande, at Ussings erstatningsretlige undersøgelser ogsaa tager sigte paa selve culpa-reglen, den almindelige regel om ansvar paa grund af skyld. Det vil være ikke blot af almindelig teoretisk-pædagogisk interesse, men ogsaa af betydning for det praktiske retsliv at op-ridse nogle linjer i den stedsfundne udvikling fra klassisk til moderne doktrin og derved søge at belyse en væsentlig side af Ussings betydningsfulde forfatterskab paa erstatningsrettens omraade. Hovedværkerne, der markerer stadierne i denne udvikling, er den nævnte disputats fra 1914, »Skyld og Skade«, dernæst »Erstatningsret« fra 1937 og endelig afhandlingen »Retstridighed« i Københavns universitets festskrift 1949. Desuden maa nævnes Ussings afhandling: »Bør erstatning uden for kontraktsforhold kunne nedsættes?«, der fremkom som forhandlingsemne ved det nordiske juristmøde i 1948, og den af Ussing i 1950 afgivne betænkning angaaende eventuel nordisk lovgivning om erstatningsansvar. Endelig kommer talrige afhandlinger fra Ussings haand om erstatningsproblemer i nordiske tidsskrifter i betragtning.

Ussing hører ikke til de radikale, der vil aflive den traditionelle nordiske retsbrudslære, men han har et skarpt blik for dens svage

sider og samtidig en praktisk og realitetsbetonet følelse af, hvad der er den rigtige kerne i retsbrudslæren. Den kritik, som i snart en menneskealder har været rejst mod den ældre nordiske retsstridighedsdoktrin, har rettet sig mod en række forskellige punkter i teorien og er fremsat af flere forfattere i de nordiske lande. Men Ussing har forstaaet at vurdere indvendingerne mod retsstridighedslæren paa saa selvstændig og realistisk maade og at sammenfatte de i tidens løb vundne erfaringer saaledes til gavn for retspraksis, at man gennem hans kritiske forsvar for kernen i retsstridighedslæren har bevaret noget værdifuldt i nordisk ret. I det følgende vil jeg søge at fremdrage nogle af de vigtigste punkter, hvor Ussings behandling af den ældre nordiske retsbrudslære og den derpaa byggede erstatningsregel har ført til nye synspunkter, uddybet forstaaelse og øget klarhed. Som Ussing selv flere gange har givet udtryk for, staar den moderne erstatningsret end ikke i hovedsagen fast, men befinder sig i en udviklingsproces. Ussings andel i culpareglens moderne udformning er et saa interessant udsnit af hans forfatterskab, at det fortjener at fremdrages i dette festskrift.

Først skal nævnes, at Ussing i tilslutning til Goos og senere forfattere fremhæver, at den almindelige retsbrudslære er *subsidiær*, idet den kun finder anvendelse, hvor lovgivningen ikke indeholder afvigende bestemmelser og sædvanen ikke fører til afvigende resultater. Fremdeles maa betones, at Ussing i tilslutning til Goos og Bentzon, men i modsætning til Lassen, Torp og Stang skarpt understreger sondringen mellem de saakaldte *integritetskrænkelser* — ydre skade voldt ved ydre midler — og andre retsbrud. Kun for det første omraade anerkendes kernen i den klassiske lære som rigtig, hvorimod paa andre omraader begrebet culpa i hovedsagen bliver en formel henvisning til, at erstatning paalægges for skade voldt ved socialt uønskværdige handlinger. Endelig maa fremhæves som en ny og selvstændig indsats fra Ussings side hans undersøgelse af culpareglens forebyggende virkninger — *præventionshensynet* — i sammenspil med genoprettelses-hensynet. Hans bemærkninger herom baade i »Skyld og Skade« og senere i »Erstatningsret« kan sammenfattes i, at han i modsætning til Stang, der betoner genoprettelsen af skaden som culpareg-

lens hovedopgave, og i en vis modsætning til Lundstedt, der tillægger præventionshensynet overdreven stor betydning, søger at vise culpareglens forebyggende virkning som den socialt set vigtigste. Dels er det fra et samfundssynspunkt vigtigere at undgaa et tab end blot at flytte tabet fra skadelidende til skadevolderen. Dels fører præventionshensynet til at udelukke erstatningspligt i en række tilfælde, hvor den handlende ikke har kunnet se handlingens skadeevne. I sidstnævnte henseende gaar Ussing videre end den klassiske lære.

Men som et vigtigt punkt i den Ussingske udformning af den nordiske culpallære maa ogsaa nævnes fremhævelsen af det *objektivt-juridiske element* i uagtsomhedsbegrebet. Hovedfortjenesten ved den Goos-Getz'ske teori laa vel i, at den skadegørende handling objektive retsstridighed fik langt større betydning, end ældre forfattere dengang havde været i stand til at se, og at retsstridighedsbetingelsen i den Goos-Getz'ske teori navnlig indeholdt en væsentlig del af de nødvendige begrænsninger af ansvarsområdet, som tidligere forfattere havde indlagt i den subjektive ansvarsbetingelse uagtsomhed. Senere har Stang i sin bog »Erstatningsansvar« fremhævet, at begrebet uagtsomhed indeholder to ting, dels en psykisk tilstand, en tankens og viljens passivitet, dels en overskridelse af grænsen for den retlige handlefrihed. Ussing understreger denne grænseoverskridelse som værende hovedelementet i uagtsomheden og nævner, at det svarer til retsstridighedsbetingelsen, som den forstaas i nordisk teori, idet »retsstridig« paa integritetskrænkelsernes omraade udtrykker det samme som »uagtsom«, naar talen er om en normal skadevolder uden individuelle eller subjektive undskyldningsgrunde (underlegenhedstilstande). I forbindelse med til den ene side fremhævelsen af præventionshensynets betydning, til den anden side understregningen af uagtsomhedens hovedelement som værende noget objektivt-juridisk staar den almindelige *bonus-paterfamilias-maalestok* som Ussings principielle vurderingsgrundlag ved skønnet over, om der i et givet tilfælde foreligger culpa (retsstridighed, uagtsomhed). Han anvender ikke det vidererækkende *vir-optimus-skøn*, som vi finder hos Goos og Torp og i Lassens korte bemærkninger om spørgsmaalet retsstridighed, men bruger omvendt heller ikke den snævrere

maalestok hentet fra den handlendes individualitet, som lægges til grund ved strafferettens uagtsomhedsbegreb, og som synes at være benyttet af Vinding Kruse ved beskrivelsen af retsstridighedsbegrebet i hans bog »Retslæren«. Ussing er i sine resultater i erstatningslæren paa dette punkt i principiel overensstemmelse med andre forfattere som i Norge Platou, Stang og Knoph og herhjemme i sin tid C. Kraft, men fremhæver dog i sin afhandling »Retstridighed« (side 100 ff.) en række betragtninger til gunst for vir-optimus-maalestokken, hvorefter spørgsmaalet, om en handling er retsstridig, principielt afgøres paa grundlag af samtlige relevante kendsgerninger, der forelaa i handlingens øjeblik, selvom de ikke var synlige for en bonus-paterfamilias i den handlendes situation.

Medens Ussing saaledes ligesom Bentzon i almindelighed søger at bevare »culpa-skønnets enhed« ved anvendelse af bonus-paterfamilias-maalestokken, undersøger han baade i »Skyld og Skade« og i »Erstatningsret« det særlige problem, om der bør tages hensyn til *skadevolderens individualitet* i tilfælde, hvor denne frembyder subjektive undskyldningsgrunde eller underlegenhedstilstande. Ussing hævder, at der maa sondres mellem tilfælde af ung alder og manglende evne til at handle fornuftmæssigt, se Myndighedslovens §§ 63-64, paa den ene side og mindre afvigelser fra normalmaalet paa den anden side. Om de mindre afvigelser fra normalmaalet opstiller Ussing regler, der er forskellige, efter som det drejer sig om normale eller abnorme afvigelser. De normale afvigelser fra gennemsnittet er saadanne, der ikke kan betegnes som mangler eller fejl selv ud fra en objektiv betragtning, men som simpelthen er udslag af menneskers naturlige udvikling, saaledes ung alder — dog over 15 aar —, høj alder, køn og vistnok samfundsklasse (almindeligt kundskabstrin). Medens Lassen udfra sin svagere betoning af præventionsformaalet ikke ville lade de nævnte normale afvigelser virke diskulperende, opstiller Ussing den modsatte regel. Borum følger Ussing, for saa vidt angaar børnene — man kan ikke forlange mere, end at barnet har handlet paa samme maade som et normalt udviklet barn i samme alder ville have handlet —, hvorimod han stiller sig tvivlende overfor Ussings regel anvendt paa de gamle, kvinderne og

de mindre oplyste. Indenfor de abnorme afvigelser fra gennemsnittet sonder Ussing mellem bestemt paaviselige fysiske defekter som blindhed, døvhed, lamhed og anden ydre invaliditet paa den ene side og andre mangler eller fejl, væsentlig psykisk begrundede, som lettere aandssvagthed, manglende viljesstyrke, ringe beslutsomhed etc. paa den anden side. Om de sidstnævnte psykiske defekter er alle de nævnte forfattere — Lassen, Ussing og Borum — enige: der maa bortses fra saadanne individuelle underlegenhedstilstande, de kan ikke anses som diskulperende. Derimod antager Ussing i sin senere bog »Erstatningsret« i modsætning til tidligere i »Skyld og Skade«, at der maa tages hensyn til den ydre invaliditet som undskyldningsgrund. Dette staar i modsætning til Lassens synspunkt og anerkendes heller ikke af Borum. Fra sine hovedregler anerkender Ussing afvigelser i særlige grupper af tilfælde, enten skærpene — krav om sagkundskab etc. — eller mildnende — efter anbringelse af den paagældende paa anstalt, i selskabelig omgang etc. —.

Ussing har ikke blot indlagt sig fortjeneste ved de hidtil omtalte undersøgelser af culpareglens begrundelse og af uagtsomhedsbegrebet, men han har ogsaa nærmere analyseret ansvarsgrundlagets elementer, især ved integritetskrænkelser. Han nøjes ikke med den klassiske inddeling af handlingerne i farlige og ufarlige, men han *sonderer i tre grupper*, nemlig mellem hvad man kan kalde meget farlige handlinger, lidet farlige handlinger og ufarlige handlinger. Allerede Bentzon hævdede, at det normalt er utilladt at udsætte andres ydre retsgoder — person eller ting — for fare af en vis højere grad, og at det kun i særlige tilfælde — nødret og lgn. — er retmæssigt at fremkalde større fare. Denne regel om de meget farlige handlinger, der uanset deres almindelige nytte maa anses for retsstridige eller uforsvarlige, har Ussing pointeret stærkt og draget frem i den almindelige retsbevidsthed, omend han selv »dæmper udtrykkene lidt ned« i sin sidste fremstilling i »Retstridighed« (side 70). Den Goos-Getz'ske interesseafvejelselære, vurderingen af en handling's fare og nytte, begrænses herefter til den anden gruppe handlinger, de lidet farlige, og Ussing undersøger her *de to hovedelementer, faren og nytten*, idet han fremhæver, at disse to hensyn ikke er de eneste relevante,

men at det samlede skøn er mere alment. Om faren udtaler Ussing, at den maa bedømmes konkret, om nytten, at den maa bedømmes som hovedregel generelt, men i særlige tilfælde dog under hensyn til konkrete forhold. Denne del af Ussings undersøgelser bygger ganske vist, for saa vidt angaar spørgsmaalet om handlingens nytte, paa Knophs og Augdahls betragtninger, men disse er behandlet med varsom og sympatisk kritik, og resultatet er blevet større klarhed over culpareglens betydning paa disse punkter.

Endelig maa nævnes Ussings bidrag til spørgsmaalene *skaden* og *erstatningen*. Dels giver Ussing en selvstændig bestemmelse af begrebet økonomisk skade — skade der kan vurderes i penge efter en almen maalestok —, dels har han som tidligere berørt underkastet spørgsmaalet om *lempelse af erstatningen* efter friere skøn en indgaaende og alsidig prøvelse. Medens han ikke gaar ind for nogen almindelig adgang til at graduere erstatningen efter hensynet til skyldens størrelse, saaledes som reglen er i svejtsisk ret, peger han paa forskellige grupper af særlige tilfælde, hvor der kan være tale om at lempe erstatningen, naar talen er om ansvar ifølge culpareglen. De nærmere enkeltheder i disse undersøgelser kan ikke gengives indenfor denne korte artikels ramme, jeg maa henvise til Ussings egen afhandling fra det nordiske juristmøde i 1948. Men det kan dog fremhæves, at de grupper af tilfælde, der er tale om, foruden positive lovregler som sømandslovens § 50, sølovens § 59, forsikringsaftalelovens § 25, 2. punktum, og flere andre bestemmelser, dels er saadanne, hvor tredjemand har pligt til at erstatte tabet og et ansvar ville ramme den paagældende skadevolder haardt, dels saadanne, hvor fuldt ansvar for personskade ville ramme haardt og en livs- eller ulykkesforsikring udelukker eller formindsker tabet. Udenfor slige grupper af særlige tilfælde er der ifølge Ussings anskuelse større betænkelighed ved at aabne adgang til at lempe erstatningen efter billighed, men hvor den ansvarlige økonomisk er saaledes stillet, at han ville blive haardt ramt ved at ifalde fuld erstatningspligt, bør der dog være adgang til at lempe erstatningen, f. eks. hvis hans formuemidler ikke kan dække erstatningen, eller han gennem udredelse af fuld erstatning maatte slaa hjem eller erhvervsvirksomhed i stykker.

Som bekendt er erstatningsretten et af de emner, der efter den sidste verdenskrig blev taget paa programmet for fremtidigt fælles nordisk lovgivningsarbejde, idet det i 1946 paa et møde mellem Danmarks, Norges og Sveriges justitsministre vedtoges at sætte erstatning udenfor kontraktsforhold, herunder statens og kommunernes ansvar for deres tjenestemænds handlinger, som et af de emner, der først skulle tages op. Professor Henry Ussing blev for Danmarks vedkommende udpeget til at deltage i det forberedende arbejde, af hvilket hans tidligere omtalte betænkning fra 1950 er en frugt. Det maatte fra alle sider anses som selvfølgeligt, at det blev Henry Ussing, som udpegedes til denne opgave. Siden sin ungdom, da han skrev »Skyld og Skade«, gennem sin manddoms gerning paa Københavns universitet og ved sin rige videnskabelige indsats paa formuerettens omraade har han opnaaet en enestaaende position blandt Nordens jurister. Alle, der har været i berøring med professor Henry Ussing og kender hans sjældne menneskelige egenskaber, vil ønske det allerbedste for hans gerning ogsaa i fremtiden. Jeg selv er ham megen tak skyldig baade videnskabeligt og menneskeligt, og jeg vil gennem disse linjer gerne føje et blad til den hæderskrans, der med rette tilkommer ham.

# Om begreppet hävning av avtal

Av professor Knut Rodhe

I den nordiska doktrinen har det rätt delade meningar rörande den betydelse man lämpligen borde giva begreppet hävning av avtal. Sålunda använder Jul. Lassen denna term i en viss betydelse, medan Almén i anslutning till köplagen valt en annan betydelse. Ussing har följt Almén, medan Karlgren väl begagnat Alméns terminologi men uttalat sympatier för Lassens.

För den som accepterat Alméns och köplagens hävningsbegrepp har det vidare varit ett problem att utforma en exakt definition av detta ganska komplicerade begrepp. Sådana definitioner hava uppställts av Ussing och Karlgren, därvid särskilt den senare påpekat svårigheterna i problemet.<sup>1</sup>

Ändamålet med föreliggande uppsats är att analysera dessa svårigheter och söka nå fram till en invändningsfri definition.

För att klarlägga problemet vill förf. till en början ställa upp några typfall, där termen hävning användes, och ett angränsande typfall, där denna term icke användes.

*Typfall 1.* Om en säljare häver köpet i anledning av köparens avtalsbrott, innebär detta enligt köplagens terminologi till en början att han definitivt förklarar sig icke komma att prestera godset, resp. att han, om prestation skett, påfordrar att godset skall återställas. Om åter köparen häver innebär detta att han påfordrar att säljaren icke skall prestera godset, resp. att han, om prestation skett, förklarar sig komma att återställa godset. Dessa fall kunna sammanfattas så att den hävande påfordrar att naturaprestation icke skall äga rum. Begreppet naturaprestation användes därvid såsom motsats till penningprestation.

Om hävningsrätt föreligger har denna förklaring effekt enligt sitt innehåll. Säljaren kan icke åläggas att prestera in natura, och han har ej heller rätt att göra det.



Härefter kan emellertid situationen utveckla sig på två sätt.

a) Även köparen befrias från sin prestation. Köpeskillingen behöver sålunda ej betalas och om den betalats skall den återbäras. Möjligen kan den hävande — ev. avräkningsvis — erhålla skadestånd motsvarande de kostnader som avtalet förorsakat honom (negativa intresset).

b) Den hävande utkräver ett skadestånd, som skall åt honom bevara avtalets ekonomiska resultat (positiva intresset). Härvid sker en avräkning mellan parterna så, att den hävande tillgodoföres värdet av motpartens prestation och påföres värdet av sin egen. Man kan uttrycka detta så, att naturaprestationen utbytes mot en penningprestation, som sedan kvittas mot köpeskillingen, så långt endera räcker.

Alternativ b) förutsätter emellertid att den hävande har rätt till dylikt skadestånd, vilket ej alltid är fallet.

*Typfall 2.* Enligt sjölagen 135 § kan vardera parten i ett fraktavtal häva detta vid väsentlig fareökning. Den hävande påfordrar att ingen prestation skall äga rum på någondera sidan. Förklaringen medför att såväl naturaprestationerna som betalningen av frakt bortfalla. Något skadestånd utgår icke. Situationen motsvarar sålunda närmast alt. a) under 1 ovan.

*Typfall 3.* Det händer att en avtalspart har rätt att påfordra att naturaprestation icke skall äga rum, ehuru han därmed icke undgår att ersätta motparten positiva intresset. En dylik rätt tillkommer i åtskilliga fall ett konkursbo å gäldenärens vägnar, se svenska nyttjanderättslagen 2:33 och 3:30 samt dansk konkurslov 16 §. Jfr också sjölagen 131 §, som ger befraktaren rätt att innan lastningen börjat frånträda avtalet, med skyldighet likväl att betala ersättning för fraktförlust eller annan skada. I dessa fall använder man icke termen hävning.

Karlgren har påpekat, att den väsentliga svårigheten vid bestämningen av hävningsbegreppet ligger däri, att man i detta begrepp vill förena två tankegångar, dels tanken på frigörelse från ett avtals ekonomiska konsekvenser, dels tanken på frigörelse från naturaprestation.<sup>2</sup>

Lassen har velat använda termen hävning endast på sådana fall då den som påfordrar att »Naturalopfyldelse» icke skall äga rum samtidigt fritager sig själv och motparten från avtalets ekonomiska konsekvenser. I typfall 1 använder han sålunda termen hävning endast om alt. a), medan den förfördelade i alt. b) säges »fastholde Kontrakten uden Naturalopfyldelse». Om ena parten brutit avtalet, kan sålunda enligt Lassens terminologi andra parten i princip välja något av följande alternativ (ehuru icke alla dessa alltid stå till buds):

Fastholde Kontrakten med Naturalopfyldelse.  
Fastholde Kontrakten uden Naturalopfyldelse.  
Hæve Kontrakten.

Om hävning fattas i denna inskränkta betydelse bortfaller utan vidare typfall 3. Däremot bör väl Lassen icke hava haft något att erinra emot att tala om hävning i typfall 2.

Om man åter, med Almén och Ussing, väljer att i anslutning till köplagen definiera hävningsbegreppet så, att det jämväl omfattar det som Lassen kallar »fastholde Kontrakten uden Naturalopfyldelse«, stöter man på åtskilliga svårigheter.

Ussing använder uttrycket hävning om »det Forhold, at en Part uden derved at ifalde Erstatningsansvar tilkendegiver den anden Part, at Aftalen ikke skal opfyldes, eller med andre Ord, at *Udvekslingen af Ydelserne skal falde bort*«. <sup>3</sup>

Karlgren har, såsom redan nämnts, uttalat vissa sympatier för Lassens hävningsbegrepp. Han har emellertid samtidigt utformat en definition på hävning i anslutning till köplagens bruk av denna term. <sup>4</sup> Hävning innebär enligt denna definition att den hävande »motsätter sig avtalets fullgörande in natura, och detta under sådana förhållanden att han *antingen* icke alls har någon förpliktelse att tillgodoföra motparten värdet av sin egen prestation (resp. denna prestation själv, om den är en penningprestation) *eller* dock icke är förpliktad härtill på annat sätt, än att detta värde går i avräkning på ett fordrat skadeståndsbelopp, motsvarande värdet av motpartens prestation (resp. i avräkning på motprestationen själv, om den är en penningprestation)«.

Om man granskar dessa definitioner finner man till en början, att Lassen talar om att Naturalopfyldelse icke skall ske och Karlgren om att fullgörande in natura icke skall ske, medan Ussing säger att *Udvekslingen af Ydelserne skal falde bort*. Här torde dölja sig en terminologisk skiljaktighet. Även Ussing använder termen Naturalopfyldelse, såvitt man kan se såsom likabetydande med *Udveksling af Ydelserne*, och såväl han som Lassen synas sålunda med Naturalopfyldelse åsyfta både fullgörandet av en naturaprestation och fullgörandet av en penningprestation. <sup>5</sup> Däremot förefaller det som om Karlgren använder termen full-

görande *in natura* endast för att beteckna fullgörandet av en naturaprestation.

I hävningsdefinitionen synes Karlgrens terminologi vara mera ändamålsenlig. Hävning enligt typfall 1 alt. a) medför att såväl ena partens naturaprestation som andra partens penningprestation bortfalla. Hävning enligt typfall 1 alt. b) medför *dels* att ena partens naturaprestation utbytes mot en penningprestation, *dels* att denna penningprestation kvittas mot andra partens penningprestation. Det förstnämnda fallet kan tydligen med fördel karakteriseras så att utväxlingen av prestationerna bortfaller, men samma karakteristik passar icke lika osökt på det sistnämnda. Det gemensamma och påtagliga i båda fallen är att den hävande *påfordrar att någon naturaprestation icke skall äga rum*.

En ytterligare granskning av Ussings och Karlgrens definitioner ger anledning till den iakttagelsen att båda definiera rättsfaktum delvis med hjälp av dess rättsföljder. Detta är mindre lämpligt, eftersom definitionen då icke leder fram till en fixering av rättsfaktum utan att man även drar in den rättsregel, som förbinder rättsfaktum och rättsföljd.<sup>6</sup> Härmed sammanhänger den olägenheten, att en obefogad hävning, som ådrager den hävande skadeståndsskyldighet, icke faller under begreppet hävning.

Den nu framförda kritiken träffar i Ussings definition orden »uden derved at ifalde Erstatningsansvar».<sup>7</sup> Dessa ord ha till uppgift att utesluta typfall 3. Detta syfte skulle kunna nås på ett annat sätt om man i Ussings definition utesluter de citerade orden men i stället tillägger att hävning är en åtgärd som vidtages av en part *i anledning av att andra parten icke uppfyllt eller väntas icke uppfylla sina förpliktelser*. Härmed skulle man emellertid också utesluta typfall 2. Förf. kan icke finna annat än detta skulle vara en fördel. Fallen 2 och 3 hava nära beröring med varandra och det synes vara lämpligt att i båda fallen säga att avtalet frånträdes, hellre än att säga att det häves.

Är denna jämkning tillräcklig för att tillfredsställa Karlgren? Nej, Karlgren har i själva verket avsett icke blott att utesluta typfall 3 utan även att övervinna ännu en svårighet, som vidlåder Ussings definition och som har sitt upphov i följande typfall 4 och 5.

*Typfall 4.* En säljare, som icke avlämnat godset, äger enligt köplagen 34 § under vissa förutsättningar rätt att låta sälja detta för köparens räkning på offentlig auktion. Det nettobelopp som därvid inflyter skall komma köparen till godo. Säljaren får visserligen använda beloppet till avräkning på köpeskillingen, men ett ev. överskott skall redovisas till köparen.<sup>8</sup>

I detta fall avlämnar säljaren icke godset till köparen. Likväl betecknas hans åtgärder icke såsom en hävning av avtalet. Det är emellertid tänkbart att säljaren i denna situation även har hävningsrätt. Han kan då, om det sedan försäljning skett visar sig att ett överskott köparen till godo uppstått, häva avtalet och därmed befria sig från skyldigheten att tillgodoföra köparen auktionslikviden.<sup>9</sup>

*Typfall 5.* Om säljaren icke avlämnat godset och detta förstöres men ett motsvarande försäkringsbelopp utfaller, skall detta belopp tillföras köparen, i vissa fall så att köparen får ett krav direkt mot försäkringsgivaren, i andra fall så att beloppet uppbäres av säljaren och av denne redovisas till köparen, ev. i avräkning på köpeskillingen.

Om köparen har hävningsrätt och använder denna rätt, åstadkommer han därmed, att försäkringsbeloppet tillfaller säljaren, resp. behålles av denne, medan köpeskillingen behålles av köparen.<sup>10</sup>

I de båda sistnämnda typfallen uteblir naturaprestationen men den ersättes med en prestation av surrogat, och först om jämväl prestationen av surrogat inhiberas säger man att avtalet häves.<sup>11</sup>

Karlgrens definition täcker otvivelaktigt de distinktioner, som göras i typfallen 4 och 5, men den gör det endast med hjälp av det led i definitionen, som hänvisar till hävningens rättsföljder. Vill man undvika detta led, måste lösningen sökas i en annan riktning. I själva verket kan man göra rättvisa åt typfall 4 och 5 redan inom ramen för Ussings definition, vare sig man jämkar den på sätt förf. nyss föreslagit eller ej. Detta sker helt enkelt därigenom att man definierar (den avtalade) Ydelsen så, att den omfattar jämväl prestation av surrogat, resp. därigenom att man ger begreppet naturaprestation en motsvarande innebörd. Säkerligen är det dock ändamålsenligare att icke utvidga begreppet naturaprestation på detta sätt utan i stället uttryckligen nämna prestation av surrogat vid siden av naturaprestation. Till surrogat räknas t. ex. försäkringsbelopp, expropriationsersättning och belopp som influtit vid försäljning enligt 34 § köplagen. Anledning saknar att här närmare diskutera vilka fall som ytterligare kunna räknas hit.<sup>12</sup>

Även då återställelse av redan fullgjord naturaprestation ifrågakommer kan man ha anledning att föra in begreppet surrogat och sålunda vid sidan av återställelse av naturaprestation tala om återställelse av surrogat.

*Typfall 6.* En köpare, som mottagit godset, men vill häva köpet, äger enligt köplagen 55 § under vissa förutsättningar rätt att sälja godset för säljarens räkning på offentlig auktion. Det nettobelopp, som därvid inflyter, skall komma säljaren till godo. Köparen får visserligen använda beloppet till avräkning på köpeskillingen om denna är betald, men ett ev. överskott skall redovisas till säljaren.<sup>13</sup>

I detta fall återställer köparen icke godset till säljaren. Likväl anses avtalet hävt.

*Typfall 7.* Om en hävande köpare mottagit godset och detta förstöres men ett motsvarande försäkringsbelopp utfaller, skall detta belopp tillföras säljaren.<sup>14</sup>

*Typfall 8.* Om en hävande köpare mottagit godset och tillgodogjort sig detta utan att mista sin hävningsrätt, skall köparen tillgodoföra säljaren den vinst han gjort härpå.<sup>15</sup>

I typfall 6-8 återställes icke naturaprestationen men i stället ett surrogat.

Förf. vill för korthetens skull sammanfatta de fall, då prestation av surrogat inställes (typfall 4 och 5) och de fall, då surrogat återställes (typfall 6-8) så, att den hävande påfordrar att *ingen prestation av surrogat skall äga rum*.

*Typfall 9.* Om säljaren icke avlämnat godset och detta förstöres utan att surrogat erhålles, har förstörelsen under vissa omständigheter (köplagen 17 § 2 p.) samma effekt som om godset avlämnats.<sup>16</sup> Skulle köparen emellertid av någon anledning hava hävningsrätt, kan han genom att häva påfordra, att förstörelsen icke skall ha denna effekt.

*Typfall 10.* Om en hävande köpare mottagit godset och detta förstöres utan att surrogat erhålles, har förstörelsen enligt köplagen 58 § under vissa omständigheter samma effekt som om godset återställts. Hävning innebär alltså här att köparen påfordrar att förstörelsen skall ha samma effekt som återställelsen.<sup>17</sup>

Dessa typfall visa, att hävning kan innebära ett yrkande att omöjlighet att fullgöra naturaprestation icke skall ha samma effekt

✓ som naturaprestation, resp. att omöjlighet skall ha samma effekt som naturarestitution.

Förf. vill sammanfatta dessa situationer så att den hävande påfordrar att *omöjlighet att fullgöra naturaprestation icke skall ha samma effekt som om naturaprestation ägt rum*.

*Typfall 11.* Om säljaren icke avlämnat godset och detta förstöres utan att surrogat erhålles och om förstörelsen icke har samma effekt som om godset avlämnats, är hävning av avtalet från köparens sida det enda alternativ som kommer ifråga. Är köpeskillingen icke betald kommer emellertid hävningsförklaringen i praktiken att utebli, eftersom köparen i allmänhet icke har någon anledning att föra saken på tal.<sup>18</sup>

Det förefaller att vara en smaksak om man i detta och andra likartade fall skall säga att avtalet eo ipso häves. Enklast är kanske att icke draga in fallet i hävningsdefinitionen utan nöja sig med att konstatera, att rättsföljderna av förstörelsen bli desamma som om avtalet hävts. Man kan också uttrycka saken så att avtalet »förfaller» eller »upphör att gälla».<sup>19</sup>

*Typfall 12.* Om båda parterna i ett avtal skola fullgöra naturaprestation brukar man såsom hävning beteckna det fall att ena parten i anledning av andra partens avtalsbrott påfordrar att båda naturaprestationerna skola inhiberas. Det är emellertid tänkbart att den förfördelade parten skulle kunna äga rätt att — eller vara tvungen att — inhibera endast motpartens naturaprestation och kräva ersättning för denna i penningar, alltunder det att han själv presterar in natura.<sup>20</sup> Detta betecknas icke såsom hävning.<sup>21</sup>

Detta typfall bereder icke några svårigheter i någon av definitionerna. I den mån hävning säges innebära att naturaprestation icke skall äga rum bör man dock göra det förtydligandet att *ingen naturaprestation skall äga rum*.

Den gängse uppfattningen att inhiberande av den ena naturaprestationen vid bytesavtal icke skall betecknas såsom hävning medför emellertid den konsekvensen, att man såsom ett särskilt institut vid sidan av hävning av avtal måste ställa reglerna om rätt att vid brott mot bytesavtal inhibera den ena naturaprestationen. Sistnämnda regler kunna lämpligen samordnas med reglerna om rätt att vid icke-uppfyllelse av ensidig naturaprestation inhibera denna

och få den ersatt med en penningprestation (jfr t. ex. handelsbalken 9:3, formellt upphävd år 1936).

Ett speciellt problem rörande hävning av avtal om fortlöpande prestationer gör det nödvändigt att diskutera ännu ett typfall.

*Typfall 13.* Om ena parten i ett avtal om arrende eller hyra icke uppfyller sina förpliktelser, kan andra parten äga rätt att påfordra, att naturaprestation för framtiden icke skall äga rum. I svensk rätt talar man här ej om hävning utan om uppsägning. Detsamma är förhållandet i de nordiska försäkringsavtalslagarnas regler om påföljd för försummad premiebetalning.

Anledning till denna terminologi torde vara att man i begreppet hävning trott sig böra inlägga att hävningen skall omfatta alla naturaprestationer, även dem som redan fullgjorts.<sup>22</sup> En sådan distinktion är emellertid icke vedertagen överallt, t. ex. icke i dansk lov om leje § 67.<sup>23</sup>

Förf. anser det icke lämpligt att göra den angivna distinktionen mellan hävning och uppsägning utan vill tala om hävning av ett avtal om fortlöpande prestationer även då hävningen skall ha verkan blott för framtiden. Typfall 13 måste ju i varje fall behandlas i läran om hävning av avtal och väl skiljas från den uppsägning, som icke sker i anledning av motpartens avtalsbrott.<sup>24</sup>

Den nu genomförda diskussionen synes visa, att det är möjligt att lösa de svårigheter vartill köplagens terminologi givit upphov. Man behöver sålunda icke för att undgå svårigheterna taga sin tillflykt til Lassens definition, som icke slagit igenom i nordiskt språkbruk, utan man kan i god anslutning till den gängse användningen av hävningsbegreppet definiera detta på följande sätt:

Hävning av ett avtal innebär att ena parten, i anledning av att andra parten icke uppfyllt eller väntas icke uppfylla sina förpliktelser, påfordrar

att ingen naturaprestation skall äga rum,  
att ingen prestation av surrogat skall äga rum,  
eller att omöjlighet att fullgöra naturaprestation icke skall ha samma effekt som om naturaprestation ägt rum.

## NOTER

1. Se *Lassen*, Haandbog i Obligationsretten, Alm. Del<sup>3</sup>, § 41 V; *Almén*, Om köp och byte av lös egendom<sup>3</sup>, § 21 vid not 152 ff.; *Ussing*, Dansk Obligationsret, Alm. Del<sup>3</sup>, § 11 III A; *Karlgren* i TfR 1938 s. 467 ff. och i SvJT 1943 s. 374 ff. samt i Kollegium i allmän obligationsrätt, I<sup>2</sup>, Lund 1949, s. 36 ff.
2. SvJT 1943 s. 375.
3. Alm. Del<sup>3</sup> § 11 III A. Jfr en variant i Køb<sup>3</sup> § 8 II.
4. Antydd i SvJT 1943 s. 375, närmare utformad i Kollegium i allmän obligationsrätt, I<sup>2</sup>, s. 36.
5. Jfr *Ussing*, Køb<sup>3</sup>, § 8 II.
6. Jfr *Ekelöf* i Festskrift tillägnad *Ekeberg*, s. 165.
7. I Køb<sup>3</sup> § 8 II definieras hävningen helt med hjälp av sina rättsföljder.
8. Jfr *Almén*, Köp<sup>3</sup>, § 34 vid not 18 och 41.
9. Jfr a. a. § 34 vid not 43 b och 50.
10. Jfr a. a. § 17 vid not 162 ff.
11. Det har efter tillkomsten av försäkringsavtalslagen gjorts gällande, att surrogationsprincipen vore försatt ur spel i de fall då köparen på grund av lagens bestämmelse erhåller ett anspråk direkt mot försäkringsgivaren. Se t. ex. *Almén*, Köp<sup>3</sup>, § 17 vid not 185-187. Detta är otvivelaktigt riktigt om man definierar surrogationsprincipen så, att däri ligger att köparen har ett anspråk på att säljaren skall till honom överlåta rätten till försäkringssumman, se *Ussing*, Alm. Del<sup>3</sup>, § 44 III B, jfr *Almén*, Köp<sup>2</sup>, § 17 vid not 195. Förf. kan emellertid icke inse varför man icke allttjämt skulle kunna beteckna försäkringssumman såsom surrogat även i de fall då lagen gör en särskild överlåtelse från säljaren till köparen överflödig. Använder man ej denna terminologi bli hävningsreglerna ännu mer komplicerade, och man går miste om den ur systematisk synpunkt fruktbara samordningen med övriga surrogationsfall.
12. Jfr. nedan typfall 8 samt not 24.
13. Jfr *Almén*, Köp<sup>3</sup>, § 55 vid not 67-69.
14. Jfr a. a. § 58 vid not 24.
15. Jfr a. a. § 58 vid not 81-86 samt NJA 1934 s. 533 ävensom *Ussing*, Køb<sup>3</sup>, § 18 I B 1.
16. Jfr a. a. § 17 vid not 126-134.
17. Jfr a. a. § 58 vid not 23.
18. Jfr *Almén*, Köp<sup>3</sup>, § 17 vid not 144-146 och § 59 vid not 34-37 samt *Ussing*, Alm. Del<sup>3</sup>, § 11 III A in fine.
19. Se svenska nyttjanderättslagen 3:10 och sjölagen 128 §.
20. I vilken utsträckning detta kan vara tillåtet diskuteras av *Ussing*, se a. a. § 15 VII C med hänv.; jfr vidare NJA 1935 s. 680 och 1947 års förslag till jordabalk 4:28.
21. *Ussing* a. st., *Karlgren* i TfR 1938 s. 468.
22. Se förslagen till lagar om försäkringsavtal, det danska s. 41, det norska s. 54 och det svenska s. 83 f., ävensom *Grundt*, Försäkringsrett, s. 184, och *Hult*, Föreläsningar över försäkringsavtalslagen, s. 146.
23. Jfr *Ussing*, Alm. Del<sup>3</sup>, § 11 III E,



och Enkelte Kontrakter<sup>2</sup>, § 35 IV 2.

24. Genom detta val av terminologi har förf. icke tagit ställning till frågan om ett avtal av denna typ, där gjorda prestationer aldrig kunna återställas, t. ex. ett arrendeavtal, även skall kunna hävas med retroaktiv verkan. *Ussing*, Alm. Del<sup>3</sup>, § 11 III E, F 2 c

och G 2 b, anser detta i princip möjligt. Förf. är tveksam om något sådant fall finnes i svensk rätt. Om man räknar med denna möjlighet måste begreppet surrogat i definitionen på hävning inkludera även ett enligt vinstgrundsatsen beräknat belopp som träder i godsets ställe.

# Tû-Tû

Af Alf Ross

På Tetgidpo Øerne i det rænigamiske Hav lever Noît-kif-folket, der som bekendt regnes blandt de mest primitive folkeslag, der i dag lever på jorden. Dets kultur er for nylig blevet beskrevet af den illyriske antropolog mr. *Negni*,<sup>1</sup> fra hvis skildringer det følgende er taget.

Der hersker, fortæller mr. *Negni*, i dette folk den forestilling, at i tilfælde af visse tabu-overtrædelser — fx hvis en mand møder sin svigermoder, eller hvis et totemdyr er blevet dræbt, eller dersom nogen har spist af den føde, der var tilberedt for høvdingen — opstår der *tû-tû*. Man siger også, at den, der begik overtrædelser, er blevet *tû-tû*. Det er meget svært at forklare, hvad der menes hermed. Det nærmeste, man kan komme, er vel at sige, at *tû-tû* forestilles som en slags farlig kraft, der ligesom klæber ved den skyldige og truer det hele samfund med ulykke. Derfor skal den person, der har givet anledning til *tû-tû*, eller er blevet *tû-tû*, underkastes en særlig renselsesceremoni.

Denne interessante, men forøvrigt jo langt fra usædvanlige betretning, har givet mig anledning til følgende overvejelser.

Det er klart, at Noît-kif-folket lever i den mørkeste overtro. *Tû-tû* er naturligvis ingenting som helst, et ord blottet for enhver mening. I de nævnte situationer af tabu-krænkelse opstår der vel nok forskellige naturlige virkninger heraf, som fx. en følelse af angst og forskrækkelse, men det er givetvis ikke dette, ligeså lidt som noget andet påviseligt fænomen, der betegnes som *tû-tû*. At tale om *tû-tû* er det rene nonsens.

Alligevel, og det er det mærkelige, fremgår det af mr. Negni's skildringer, at dette folks tale om tû-tû ingenlunde kan siges at være uden mening, i hvert fald forstået på den måde, at deres tû-tû-udsagn ligeså godt som vore egne sproglige udsagn tjener til effektiv opfyldelse af to af sprogets vigtigste funktioner, nemlig at give udtryk for henholdsvis *påstande* og *påbud*.

Det bliver vist nødvendigt her at indskyde et par ord om, hvad der menes med de to sidstanvendte udtryk.

Når jeg på tre forskellige sprog siger: »Min fader er død«, »mein Vater ist gestorben« og »my father is dead«, foreligger tre forskellige sætninger, men een og kun een *påstand*.<sup>2</sup> Uanset den forskellige sproglige ikklædning refererer alle tre sætninger til samme sagforhold (»min faders væren-død«), og dette sagforhold hævdes at foreligge som virkeligt, ikke blot forestillet eller tænkt. Det sagforhold, en sætning refererer til, kaldes dens *semantiske referens* og kan mere præcist defineres som det sagforhold, der forholder sig således til den i sætningen udtrykte påstand, at dersom sagforholdet antages at foreligge, antages påstanden også at være sand. Hvad der er en sætnings semantiske referens beror på de i samfundet herskende sprogvaner. Der er øjensynligt et vist sagforhold, som efter gængs sprogbrug stimulerer til at sige: »Min fader er død«, og denne semantiske referens kan fastslås ganske uafhængigt af, hvilke forestillinger den talende eventuelt måtte knytte til det at dø, fx. at sjælen derved forlader legemet.<sup>3</sup>

Når jeg derimod siger til min søn: »Luk døren!« er denne sætning klart ikke udtryk for nogen påstand. Den har nok referens til et sagforhold, men på en helt anden måde. Dette sagforhold (»dørens væren-lukket«) angives ikke at foreligge, men sættes som rettesnor for min søns adfærd, idet udsagnet tilsigter umiddelbart at påvirke hans handlemåde i denne retning. Sådanne udsagn siges at være udtryk for et *påbud*.

Efter mr. Negni's skildringer må det som sagt antages, at tû-tû-udsagn, trods deres tilsyneladende meningsløshed, meget vel kan fungere som udtryk såvel for påstande som for påbud, hvilket altså ifølge det foregående vil sige, at de har semantisk referens, og at de kan anføres såvel med den intention at hævde virkeligheden af det refererede som med den intention at påvirke en

andens handlemåde til virkeliggørelse af det refererede. Dette forhold kan nærmere forklares således.

a) *Påbudsfunktionen.*

Indenfor Noit-kif-folkets samfund er efter mr. Negni's beretninger bl. a. følgende to udsagn gængse:

1. *Når en person har spist af høvdingens føde er han tû-tû.*
2. *Når en person er tû-tû, skal han underkastes en renselsesceremoni.*

Nu er det åbenbart, at ganske uanset hvad »tû-tû« står for, eller om det overhovedet står for noget, så vil de to udsagn tilsammen, når de forbindes i overensstemmelse med logikkens sædvanlige regler, være ensbetydende med dette udsagn:

3. *Når en person har spist af høvdingens føde, skal han underkastes en renselsesceremoni,*

der øjensynlig er et fuldtud meningsfuldt påbuds-udsagn uden fjerneste spor af mystik. Dette resultat kan ikke forbavse, for det beror jo blot på, at der her foreligger en udtryks teknik af samme art som denne: Når  $x = y$  og  $y = z$  er  $x = z$ , hvilket gælder, hvad så end »y« står for, eller om det overhovedet står for noget.

b) *Påstandsfunktionen.*

Skønt »tû-tû« i sig selv er uden enhver mening (uden semantisk referens), så fremføres tû-tû-påstandsudsagn dog ikke på slump, men som andre påstandsudsagn stimuleres de i overensstemmelse med herskende sprogvaner af ganske bestemte sagforhold. Dette forklarer, at de ikke er uden semantisk referens. Påstandsudsagnet: »N. N. er tû-tû« forekommer øjensynlig i fast semantisk forbindelse med en kompleks situation, i hvilken to dele kan udskilles, nemlig:

1. Det sagforhold, at N. N. enten har spist af høvdingens føde eller har skudt et totemdyr eller har mødt sin svigermoder o. s. v.
2. Det sagforhold, at den gældende norm, der kræver ceremoniel renselse, finder anvendelse på N. N., hvilket mere præ-

cist kan omskrives som det sagforhold, at dersom N. N. ikke underkaster sig denne ceremoni, vil han efter al sandsynlighed udsættes for en vis reaktion fra samfundets side, fx blive dræbt.

Når dette dobbelte sagforhold foreligger, opfattes udsagnet, at N. N. er tû-tû som sandt, og det er da dette, der ifølge den givne definition er udsagnets semantiske referens. Noget andet er, at medlemmerne af Noit-kif-folket ikke selv er klare over dette forhold, men i deres overtroiske forestillinger tilskriver udsagnet en anden referens, end det i virkeligheden har. Denne omstændighed forhindrer dog ikke, at man med mening kan argumentere om, hvorvidt en person under givne omstændigheder virkelig er tû-tû eller ej. Argumentationen går da på, om vedkommende person virkelig har foretaget et af de relevante tabu-brud, og om renselsesnormen følgelig finder anvendelse på ham eller ej.

En påstand om, at N. N. er tû-tû kan i overensstemmelse hermed verificeres såvel ved at påvise eksistensen af sagforhold 1 som sagforhold 2. Dette gør ingen forskel, fordi disse to sagforhold ifølge den i folket herskende ideologi altid forekommer forbundne. Men kan altså med samme ret sige: »N. N. er tû-tû, fordi han har spist af høvdingens føde (og derfor skal underkastes en renselsesceremoni)«; eller: »N. N. er tû-tû, fordi renselsesnormen finder anvendelse på ham (fordi han har spist af høvdingens føde)«. Det sidste udelukker ikke, at man samtidig også kan sige: »Renselsesnormen finder anvendelse på N. N., fordi han er tû-tû (fordi han har spist af høvdingens føde). Den logiske cirkel, der tilsyneladende fremkommer herved, er i virkeligheden ingen sådan, fordi ordet tû-tû ikke står for nogetsomhelst, og der følgelig ikke eksisterer nogen relation, hverken kausal eller logisk, mellem det formentlige tû-tû fænomen og renselsesnormens anvendelse. Alle tre udsagn bringer — som det er antydnet ved de tilføjede parenteser — i realiteten hver på sin måde ikke andet til udtryk, end at den, der har spist af høvdingens føde, skal underkastes en renselsesceremoni.

*Hvad der her er sagt, forrykker intet ved påstanden om, at tû-tû er et meningsløst ord.<sup>3a</sup> En sætning kan meget vel have seman-*

tisk referens, uanset at et enkelt af dens led er et meningsløst ord. Det er kun sætningen »N.N. er tû-tû«, der *taget i sin helhed* kan tilskrives semantisk referens. Men denne referens er *ikke* af en sådan art, at der heri kan udskilles en vis *realitet eller kvalitet, der kan tilskrives N.N. og korresponderer med ordet tû-tû*. Sætningsformen er inadækvat i forhold til det refererede, og denne inadækvans er naturligvis en følge af de overtroiske forestillinger, folket nærer.

Derfor må også et forsøg på at tilskrive ordet tû-tû en selvstændig semantisk referens i sætninger som disse strande:

1. *Når en person har spist af høvdingens føde, er han tû-tû.*
2. *Når en person er tû-tû, skal han underkastes en renselsesceremoni.*

Man kunne tænke sig at prøve med følgende muligheder:

- a. I sætning 1. for »tû-tû« at substituere sagforhold 2, og i sætning 2. sagforhold 1. De ville da hver for sig få mening.<sup>4</sup>

Men denne løsning er uacceptabel, fordi de to sætninger udgør over- og undersætning for den slutning, at en person, der har spist af høvdingens føde, skal underkastes en renselsesceremoni. Ordet tû-tû må derfor, om det overhovedet betyder noget, betyde det samme i dem begge.

- b. I begge sætninger for »tû-tû« at substituere sagforhold 1. Dette går ikke, for i så fald bliver sætning 1 analytisk-tom og altså uden enhver semantisk referens. Den kommer nemlig til at betyde:

— Når en person har spist af høvdingens mad, foreligger det forhold, at han enten har spist af høvdingens mad eller dræbt et totemdyr eller ...

(For »tû-tû« at substituere sagforhold 1 defineret som »et forhold, det gør personen tû-tû« fører naturligvis ingen vegne, da tû-tû-symbolet herved ikke skaffes af vejen).

- c. I begge sætninger for »tû-tû« at substituere sagforhold 2. Heller ikke dette går, idet i så fald sætning 2 bliver analytisk, hvilken påvises i nøjagtig analogi af ovenstående.

Negni fortæller, at en svensk missionær, der gennem en årække har virket blandt Noît-kif-folket, har lagt hele sin sjæl i sin forkyndelse for at få de indfødte til at forstå, at »tû-tû« slet ikke betegner noget som helst, og at det er en vederstyggelig hedensk overtro at hævde, at der opstår noget mystisk-ubestemmeligt, fordi en mand møder sin svigermøder. Heri har den gode mand naturligvis ganske ret. Derimod er det overdreven nidkærhed, når han yderligere lyser band over enhver brug af ordet tû-tû og fordømmer enhver, der ligefuldt benytter det, som en syndig hedning. Han overser herved, hvad der er påvist i det foregående, nemlig at ganske uanset at ordet i sig selv er uden enhver semantisk referens, og ganske uanset den snak om mystiske kræfter, der knytter sig til det, kan udsagn om »tû-tû« ligefuldt fungere effektivt som udtryk for påbud og påstande.

Der er derfor intet i vejen for, at Noît-kif-folket, selv efter at det er kommet til fuld klarhed over, at der ingensomhelst mystisk virkning opstår, fordi et totemdyr skydes, ligefuldt bliver ved at tale om »tû-tû«. Naturligvis ville der på den anden side intet være i vejen for ganske at udelade dette meningsløse ord og i stedet for omskrivningen:

1) *Den, der dræber et totemdyr, bliver tû-tû;*

2) *Den, der er tû-tû, skal undergå en renselsesceremoni;*

ligeud sige:

3) *Den, der har dræbt et totemdyr, skal undergå en renselsesceremoni.*

Og man kan derfor stille sig det spørgsmål, om det ikke ville være en udtryksteknisk fordel at følge denne vej. Som jeg senere nærmere skal påvise, er dette dog ikke tilfældet. Der kan tværtimod påvises gode, formuleringstekniske grunde til fortsat at benytte sig af »tû-tû«-konstruktionen.

Der er i disse refleksioner over Noît-kif-folkets sprog og institutioner slet ikke taget stilling til spørgsmålet om disse institutioners fornuftighed og deres afhængighed netop af de overtroiske forestillinger, der knytter sig til »tû-tû«. De eksempler, der har været anført her, afspejler et primitivt folks inadækvate opfattelse

af tilværelsen og dens sammenhæng. De farer, det tænker sig forbundne med drab af et totemdyr, er indbildte, og de tilsvarende renselseskrav savner ud fra en mere fremskreden virkelighedsopfattelse al rationalitet. Det er lige til. Men det afgørende er, at også moderne, fuldt rationelle normer kan udtrykkes i »tû-tû«-terminologien uden mindste skade eller afbræk. Man kan fx. tænke sig følgende formulering:

1. *Den, der låner en sum penge af en anden, bliver tû-tû;*
2. *Den, der er tû-tû, skal betale den lånte sum tilbage;*  
hvoraf følger den meningsfulde og rationelle norm:
3. *Den, der har lånt en sum penge af en anden, skal betale denne sum tilbage.*

Selvom »tû-tû«-formuleringen som sagt utvivlsomt har visse tekniske fordele, må det på den anden side indrømmes, at den i visse tilfælde kan føre til irrationelle resultater som følge af, at man trods al bedre viden alligevel har ladet sig influere af den forestilling, at »tû-tû« er en realitet. Skulle noget sådant være tilfældet, er det naturligvis den kritiske eftertankes opgave at påvise vildfarelsen og rense tankegangen for sådanne slagger af imaginære forestillinger. Men heller ikke i så fald vil der være grund til at opgive »tû-tû«-terminologien.

\*

Mon ikke tiden er inde til at lade alle slør falde og åbent vedgå, hvad læseren forlængst har indset, at fabelen angår os selv. Det er diskussionen om anvendelsen af udtryk som »rettighed« og »pligt«, der er taget op til drøftelse fra et nyt synspunkt. Vore retsregler er nemlig i vidt omfang — dog ikke fx. straffelovens regler — udtrykt i en »tû-tû«-terminologi. Det siges fx. i retssproget som det anvendes i love og retsanvendelsen:<sup>5</sup>

1. *Dersom et lån ydes, opstår en fordring;*
2. *Dersom en fordring foreligger, skal betaling ske på forfaldsdagen;*  
hvilket ikke er nogensomhelst andet end en omskrivning af
3. *Dersom et lån ydes, skal betaling ske på forfaldsdagen.*



Den »fordring«, der er tale om i 1 og 2, men ikke i 3, er øjensynlig ganske ligesom »tû-tû« ingen realitet, slet ingenting, blot et ord, et tomt ord uden nogen semantisk referens. På samme måde svarer vor påstand om, at låntageren bliver »forpligtet« ganske til fiktionsfolkets påstand om, at den, der dræber et totemdyr, bliver »tû-tû«.

Også vi udtrykker os altså som om der ind imellem den betingende kendsgerning (retsfaktum) og den betingede retsfølge opstår noget, en fordring, en rettighed, der ligesom et mellemkommende vehikel eller kausalt bindeled befordrer en virkning eller begrunder en retsfølge. Og vi kan vel heller ikke ganske sige os fri for, at der med denne udtryksmåde er associeret mere eller mindre ubestemte forestillinger om, at rettigheden er en kraft af usanselig natur, en slags indre, usynligt herredømme over rettighedens genstand, en kraft, der manifesterer sig i, men dog samtidig er forskellig fra de tvangsforanstaltninger (dom og eksekution), hvorigennem rettighedshaverens faktiske og synlige råden effektueres.

På denne måde har, må det indrømmes, vor udtryksmåde og vore forestillinger en betydelig strukturel lighed med primitiv magisk tankegang om besværgelse af oversanselige kræfter, der igen udløser sig i reale effekter. Og den mulighed tør vel heller ikke benægtes, at denne lighed virkelig har sin rod i en tradition, der bundet til sproget og dets magt over tanken går tilbage til en urgammel arv fra vor kulturs barndom. Men tilbage, efter at disse indrømmelser er gjort, bliver det vigtige spørgsmål, om der kan anføres gode, rationelle, fremstillingstekniske grunde for at bibeholde en »tû-tû«-formulering af retsreglerne, altså en omskrivning af dem, således at der mellem retsfaktum og retsfølge indskydes imaginære rettigheder. Hvis dette spørgsmål må besvares bekræftende, bortfalder interdiktet mod at tale om rettigheder, fordi der ikke eksisterer tilsvarende realiteter. Jeg mener nu, at dette spørgsmål må besvares bekræftende, og skal nærmere begrundes hvorfor, idet jeg tager mit udgangspunkt i begrebet ejendomsret.

Naturligvis er der intet som helst i vejen for at udtrykke samtlige herunder faldende retsforhold og juridiske argumentationer

uden anvendelse af begrebet ejendomsret. Man måtte i så fald formulere en stor mængde regler, der direkte knytter enkelte retsfølger til enkelte retsfakta. Fx.:<sup>6</sup>

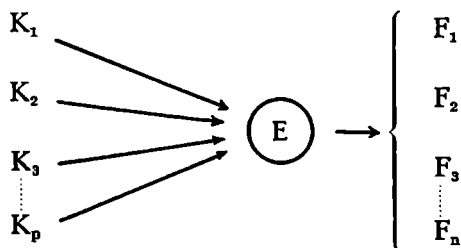
- har A lovligt erhvervet en ting ved køb, kan han vindicere den fra andre, der sidder inde med den,
- har A lovligt gjort udlæg i en ting, kan han kræve erstatning af andre, der culpøst beskadiger tingen,
- har A arvet en ting og overdraget den til B, kan B få dom til udlevering af tingen,
- har A vundet hævd på en ting og optaget et lån, kan långiveren ved kreditorforfølgning søge fyldestgørelse i tingen,
- har A på nærmere bestemt måde frembragt tingen og testeret over den til fordel for B, kan B kræve den udleveret i A's bo,
- har A under visse nærmere omstændigheder bemægtiget sig tingen, og tilegner derefter B sig tingen, vil B være at staffe for tyveri,
- har A erhvervet tingen ved køb, og tilegner B sig tingen, vil B være at straffe for tyveri, o. s. v., o. s. v.

Ved nu at overskue et meget stort antal af sådanne retsregler vil man opdage, at det er muligt blandt dem at udvælge et vist indbegreb, der kan ordnes i følgende skema:

|             |             |             |          |             |
|-------------|-------------|-------------|----------|-------------|
| $K_1 - F_1$ | $K_2 - F_1$ | $K_3 - F_1$ | .....    | $K_p - F_1$ |
| $K_1 - F_2$ | $K_2 - F_2$ | $K_3 - F_2$ | .....    | $K_p - F_2$ |
| $K_1 - F_3$ | $K_2 - F_3$ | $K_3 - F_3$ | .....    | $K_p - F_3$ |
| $\vdots$    | $\vdots$    | $\vdots$    | $\vdots$ | $\vdots$    |
| $K_1 - F_n$ | $K_2 - F_n$ | $K_3 - F_n$ | .....    | $K_p - F_n$ |

(Læs: den betingende kendsgerning  $K_1$  er forbundet med retsfølgen  $F_1$  o. s. v.), hvilket altså vil sige, at hver enkelt af et vist indbegreb af betingende kendsgerninger ( $K_1 - K_p$ ) er forbundet med hver enkelt af et vist indbegreb af retsfølger ( $F_1 - F_n$ ); eller at det om hver enkelt  $K$  gælder, at det er forbundet med samme indbegreb af retsfølger ( $F_1 + F_2 + \dots + F_n$ ), eller at en *kumulativ flerhed af retsfølger er knyttet til en disjunktiv flerhed af betingende kendsgerninger*.

Disse  $n \times p$  singulære retsregler kan nu simple og mere håndterligt for tanken fremstilles i figuren:



hvor »E« (ejendomsret) i realiteten ikke står for noget som helst andet end den systematiske sammenhæng, at såvel  $K_1$  som  $K_2$ ,  $K_3$ , . . . . .  $K_p$  medfører indbegrebet af retsfølger  $F_1$ ,  $F_2$ ,  $F_3$ , . . . . .  $F_n$ . Fremstillingsteknisk udtrykkes dette da på den måde, at man i eet sæt af regler angiver de kendsgerninger, der »stifter ejendomsret«, og i et andet sæt de retsfølger, som »ejendomsret afføder«.

Det, der her er skildret, er et simpelt eksempel på tankemæssig systematik. Det er vel i sidste instans retsvidenskabens opgave at foretage denne forenklingsproces, men denne opgave er dog i vidt omfang foregrebet af den førvidenskabelige tænkning i retslivet, således som dette har udformet sig gennem opstilling af retsregler og deres anvendelse i praksis. Allerede på et tidligt stadium i udviklingen har forestillingen om visse rettigheder fortættet sig. Det siger sig selv, at en systematisk forenkling kan foretages på mere end een måde, og dette forklarer, at rettighedskategorierne tildels er forskellige fra retssystem til retssystem, uden at dette forhold behøver at afspejle en tilsvarende forskel i den gældende ret.

Lad en af de systematiserede retsregler, fx.  $K_1 - F_2$ , være denne:

— *Når A lovligt har købt en ting, kan han vindicere den.*

Udtrykt i rettighedsbegrebets »tû-tû«-terminologi omskrives reglen således:

- 1) *Når A lovligt køber en ting, stiftes derved ejendomsret til tingen for ham.*
- 2) *Når A har ejendomsret til en ting, kan han (bl. a.) vindicere denne.*

Ved simpel slutning kan heraf den regel deduceres, at den, der har købt en ting, kan vindicere denne, og det er klart, at denne slutning holder stik, hvad så end »ejendomsret« står for, eller om det overhovedet står for noget. Man kunne lige så godt erstatte det med »tû-tû«.

Samme fremstillingsteknik kan forøvrigt ofte benyttes med held uden at være forbundet med forestillingen om en mellemkommende opstået rettighed. I folkeretten, fx., fremstilles i eet sæt regler, hvilket område, der henregnes til en bestemt stat som dens territorium. At dette område har karakter af »territorium« er i sig selv uden al mening. En sådan opstår først i forbindelse med et andet sæt af regler, hvori udtrykkes, hvilke retsfølger der knytter sig til et områdes karakter af territorium. Også i dette tilfælde ville det være muligt at fremstille retsforholdene uden anvendelse af det indskudte begreb (territorium), men fremstillingen ville unægtelig blive meget kompliceret og uoverskuelig.

Undertiden tænker man sig, at mellemløbet, der »stiftes«, ikke er en enkelt rettighed, men et kompleks retsforhold af rettigheder og pligter. Således når man i familieretten sonderer mellem betingelserne for ægteskabs stiftelse og ægteskabs retsvirkninger.

Men hvad enten man forestiller sig det ene, andet, eller tredie, er realiteten i alle tilfælde den samme: en teknik, der er af den allerstørste betydning for at skabe overskuelighed over et kompliceret sæt af retsregler.

\*

Ord som »ejendomsret«, »fordring« o. lign. har, anvendt i den praktiske, juridiske sprogbrug, samme funktion som ordet tû-tû hos det fingerede folk. Det er et ord uden mening, d. v. s. uden enhver semantisk referens, og tjener kun fremstillingstekniske formål. Alligevel kan der tales meningsfuldt om rettigheder, såvel i form af påbud som af påstande.

Med hensyn til påbud fremgår dette af det foregående. De to sætninger: den, der har købt en ting, har ejendomsret til den; den, der har ejendomsret til en ting, kan vindicere den; giver tilsammen den meningsfulde påbudsregel, at den, der har købt en ting, kan vindicere den.

Med hensyn til påstande gælder i nøje analogi med, hvad der ovenfor er udviklet om »tû-tû«-påstande, følgende:

Påstanden, at A har ejendomsret til en ting, har, taget i sin *helhed*, semantisk referens til den komplekse situation, at der foreligger en af de kendsgerninger, der siges at stifte ejendomsret, og at A kan vindicere, kræve erstatning o. s. v. Man kan altså med samme ret sige:

*A har ejendomsret til tingen, fordi han har købt den (og kan derfor vindicere, kræve erstatning o. s. v.)*

som:

*A har ejendomsret til tingen, fordi han kan vindicere, kræve erstatning o. s. v. (fordi han har købt den).*

Det sidste udelukker ikke, at man samtidig ogsaa kan sige:

*A kan vindicere tingen og kræve erstatning o. s. v., fordi han har ejendomsret til den (fordi han har købt den).*

Ganske som ved de tilsvarende tû-tû-formuleringer foreligger her ingen logisk cirkel, fordi »ejendomsret« ikke står for noget-somhelst, og der følgelig ikke eksisterer nogen relation, hverken kausal eller logisk, mellem det formentlige »ejendomsret«s fænomen og de omtalte retsfølger. Alle tre udsagn bringer — som det er antydnet ved de tilføjede parenteser — hver på sin måde ikke andet til udtryk, end at den, der har købt en ting, kan vindicere den, kræve erstatning o. s. v.

Derimod er det umuligt at tillægge ordet ejendomsret *selvstændig* semantisk referens i de praktiske slutninger, der opererer med ordet. Ethvert forsøg på at forstå det som en betegnelse for enten retsfaktum (betingende kendsgerninger) eller for retsfølgerne, for begge dele tilsammen eller for noget som helst andet, er på forhånd dømt til at mislykkes. Dette er den simple følge af, at ordet »ejendomsret« ikke korresponderer med noget virkeligt mellemkommende mellem betingende kendsgerning og følge, men kun har fremstillingsteknisk funktion. Lad os fx. betragte følgende praktiske slutning:

A.

- Dersom et køb foreligger, foreligger også ejendomsret for køberen.
- Her foreligger et køb.

---

– Altså foreligger også ejendomsret for køberen.

B.

- Dersom ejendomsret foreligger, kan ejeren vindicere.
- Her foreligger ejendomsret.

---

– Altså kan her vindikation finde sted.

Tilsammen er A + B udtryk for den meningsfulde regel, at den, der har købt, kan vindicere. Denne slutning holder stik, hvad end »ejendomsret« står for, eller om det slet ingenting står for. Man kan for »ejendomsret« substituere »gammel ost« eller »tû-tû«, slutningen bliver lige god for det.

På den anden side er det umuligt i denne slutning at tilskrive ordet ejendomsret en semantisk referens, således at hver af slutningerne A og B isoleret betragtet får mening eller juridisk funktion.

De tænkelige muligheder er ganske de samme som angivet ovenfor i analysen af tilsvarende »tû-tû«-sætninger, og resultatet er ganske tilsvarende.

- a. Dersom man erstatter »ejendomsret« i A med det kumulative indbegreb af retsfølger, og i B med det disjunktive indbegreb af betingelser, bliver A og B hver for sig meningsfulde, men kan ikke forenes i en syllogisme, da mellembegrebet ikke er det samme.
- b. Dersom man i begge tilfælde erstatter »ejendomsret« med det disjunktive indbegreb af betingende kendsgerninger, bliver oversætningen i A analytisk-tom og altså uden enhver semantisk referens.
- c. Dersom man i begge tilfælde erstatter »ejendomsret« med det kumulative indbegreb af retsfølger, bliver oversætningen i B analytisk-tom.

Jeg overlader det til læseren selv at demonstrere rigtigheden af disse påstande i nøje analogi med analysen af de tilsvarende »tû-tû«-udsagn.

Disse betragtninger er egnede til at kaste lys over en i sig selv højst interessant diskussion, der i de senere år har været ført mellem *Per Olof Ekelöf* og *Ivar Strahl* om den betydning, hvori rettighedsbegrebet tages, når det anvendes i praktiske, juridiske slutninger som de ovennævnte.<sup>7</sup> Ekelöf, der indledte diskussionen, satte sig nemlig den i og for sig metodisk velfunderede opgave at undersøge, hvilke sagforhold, der kan substitueres for et rettighedsudtryk i disse slutninger, hvilket vil sige det samme som at klarlægge ordets semantiske referens. Han overså bare, at opgaven er umulig, fordi rettighedsudtryk er uden al semantisk referens. Det er interessant at følge diskussionens udvikling, fordi den på morsom måde illustrerer rigtigheden af, hvad der her er hævdet. Der måtte nemlig, efterhånden som emnet blev uddybet, vise sig to ting. På den ene side, at løsningen måtte støde på uoverstigelige vanskeligheder, for så vidt man stilede mod en semantisk tydning af rettighedsbegrebet, der skulle gøre såvel A- som B-tilfældene *betragtet hver for sig* forståelige med bibeholdelse af deres »juridiske funktion«. På den anden side, at løsningen måtte blive tilsyneladende let, når A og B blev betragtet alene i deres *sammenhæng*, idet man her kan substituere, hvad det skal være for »ejendomsret«, »fordring« o. lign., uden at skade resultatet. Så langt nåede Ekelöf ganske vist ikke, men dog til at påvise, at rettighedsudtrykket her kan erstattes med tre forskellige sagforhold.

I store træk forløb diskussionen således, at Ekelöf begyndte med at antage, at fordringsbegrebet (det var dette, han opererede med i sine eksempler, der ellers var ganske analoge med A- og B-formuleringerne som anført ovenfor) ikke står for det samme i A- og B-tilfældene, men henholdsvis for retsfølge og retsfaktum (d.v.s. det disjunktive indbegreb af betingende kendsgerninger).<sup>8</sup> Dette svarer altså ganske til den forsøgsmulighed, der i den forudgående fremstilling er betegnet med »a«. Det var heroverfor et stærkt argument fra Strahls side, at denne tydning er uantagelig, fordi ordet nødvendigvis<sup>9</sup> må være brugt med en og samme tyd i A- og B-sætningerne, der jo indgår som led i en mere omfattende

slutning.<sup>10</sup> Ud fra dette synspunkt gjorde Strahl sig til talsmand for den opfattelse, at rettighedsbegrebet i begge tilfælde står for retsfaktum, altså det disjunktive indbegreb af betingende kendsgerninger, hvilket altså svarer til, hvad der ovenfor er benævnt mulighed »b«.<sup>11</sup> Heroverfor kunne så Ekelöf anføre, at i så fald bliver oversættelsen i A-tilfældet analytisk.<sup>12</sup> Senere optog Ekelöf Strahls forudsætning om, at ordet måtte stå for samme sagforhold i A- og B-slutningerne, for så vidt de forekommer forenede til en mere omfattende slutning, men hævdede, at det ikke dermed var givet, at denne fælles tyd måtte gå på retsfaktum.<sup>13</sup> Han fandt ud af, at når A- og B-tilfældene betragtes i deres sammenhæng, holder slutningen stik, hvad enten man for rettighedsbegrebet substituerer retsfaktum, retsfølge eller begge disse dele tilsammen.<sup>14</sup> Videre kom han som sagt ikke. Han indså ikke, at slutningen ville holde stik, også hvis man for rettighedsbegrebet substituerede »gammel ost« eller »tû-tû«.

I denne diskussion er Strahl den, der er kommet sandheden nærmest, når han hævder, at udtrykket rettighed i A-tilfældet anvendes for at betegne den omstændighed, som i B-tilfældet tjener som retsfaktum, og yderligere karakteriserer dette forhold som et fremstillingsteknisk greb.<sup>15</sup> Strahl har blot ikke indset, at der med rettighedsbegrebet ikke betegnes nogen »omstændighed« som helst, eller at rettigheden som »faktum« slet ikke er noget faktum, eller at det er håbløst at forsøge på at tillægge oversættelserne i henholdsvis A- og B-syllogismerne isoleret betragtet en mening. Det »fremstillingstekniske greb« betyder nemlig, at de to sætninger kun har mening som fragmenter af en større helhed, hvori de begge forekommer, og som bringer rettighedsbegrebet som det fælles mellemlid i en syllogisme til at udgå som totalt betydningsløst.

Med disse kritiske bemærkninger har det ingenlunde været min mening at forklejne værdien af Ekelöfs og Strahls undersøgelser. Jeg finder tværtimod, at Ekelöfs substitutionsmetode har været et lykkeligt greb, der har ført diskussionen ind i et frugtbart spor, og jeg må tilføje, at det er dette spor, der videre har ført mig til den formentlig rigtige indsigt, at rettighedsbegrebet er et formuleringsteknisk hjælpemiddel, der udelukkende tjener systema-



tiske formål, og at det i sig selv ikke betyder andet og mere end »tû-tû«.

Til sidst skal jeg blot minde om, at jeg andetsteds har påvist, hvorledes rettighedsbegrebet kan føre til vildfarelser og dogmatiske postulater, dersom det fejlagtigt tages ikke blot for den systematiske enhed i et sæt af retsregler, men for en heraf uafhængig »substans«.<sup>10</sup>

#### NOTER

1. *Negni, The Noitkifonian Way of Life. Studies in Taboo and Tû-tû. Erehwon 1950.*

2. Jfr. *Ingemar Hedenius. Om rätt och moral (1941) 15.*

3. Min fremstilling her er inspireret af Hedenius' analyse af meningsbegrebet i hans bog *Om rätt och moral (1941) 71 f.*, men afviger hefra på to punkter. For det første foretrækker jeg termen »semantisk referens« fremfor »mening«, fordi dette sidste udtryk i almindelig sprogbrug synes netop at gå på de forestillinger, der ledsager et vist ord eller forbindes med en sætning. Hvis man fx spørger, hvad der menes med »et spøgelse«, synes det naturligt at svare noget i retning af, at der hermed menes et åndeligt og ulegemligt, men dog synbart væsen. — For det andet har jeg fundet det påkrævet at subjektivere Hedenius' definition, der lyder således: »En sats' mening utgöres av det sakförhållande vars existens gör satsen sann«. Denne definition forudsætter, at en sætning (påstand) er sand eller falsk i sig selv, og at samme sætning ikke kan have forskellig mening for forskellige personer. Men beror sandhedskvaliteten

netop ikke på, hvilken mening, der tilskrives sætningen, og er det ikke meget vel muligt, at to personer kan tilskrive samme sætning forskellig mening? Men hovedsagen er, at Hedenius har peget på en sondring, der er af den største betydning for at opnå en klarhed i megen forvirret diskussion om, hvad der menes med et vist udtryk.

3a. Strengt taget skylder jeg her en redegørelse for, hvad jeg forstår ved et ords mening eller semantiske referens. Spørgsmålet er vanskeligt, og jeg tror ikke at en almindelig udredning af det er nødvendig for at forstå hvad der menes i den foreliggende sammenhæng.

4. Sætning 1 ville betyde: Når en person har spist af høvdingens føde, skal han underkastes en renselsesceremoni; og sætning 2: Når en person enten har spist af høvdingens føde eller . . . skal han underkastes en renselsesceremoni.

5. Hvad det retsvidenskabelige sprog angår, gælder noget analogt med den forskydning, at retsvidenskaben som udtryk for en erkendelse eller indsigt naturligvis ikke udtrykker sig i påbud,

- men i påstande. De nævnte sætninger 1, 2 og 3 må derfor indklammes med tilføjelse om, at påbud af anførte indhold er gældende dansk ret. Med denne generelle korrektur kan iøvrigt det i teksten sagte overføres også på retsvidenskabernes sprogbrug.
6. Det siger sig selv, at de efterfølgende formuleringer ikke gør krav på nøjagtighed, men kun er grove simplifikationer, tilstrækkelige i det her foreliggende øjemed.
  7. Se *Per Olof Ekelöf*, Juridisk slutledning och terminologi, *T. f. R.* (1945) 211 f, især 242 f., *Ivar Strahl*, Till frågan om rättighetsbegreppet, *T. f. R.* (1946) 204-10, *Per Olof Ekelöf* Till frågan om rättighetsbegreppet, *T. f. R.* (1946) 309-13; *Ivar Strahl* Till frågan om rättighetsbegreppet, *T. f. R.* (1947) 481-514; *Per Olof Ekelöf*, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken, *Svensk Juristtidnings Festskrift för Birger Ekeberg* (1950) 151-177.
  8. Se *T. f. R.* (1945) 245-47, 259; *Festskrift för Birger Ekeberg* (1950) 153-54.
  9. Om det overhovedet er anvendt med nogen tydl
  10. *T. f. R.* (1946) 208; (1947) 489.
  11. *T. f. R.* (1946) 206, 210, (1947) 482, 484 m. fl.
  12. *T. f. R.* (1946) 312; Ekelöfs udtalelser på dette punkt forekommer mig dog ikke ganske klare, og senere (*Festskriftet*, 155-56) synes han at antage, at A-slutningen bliver en meningsfuld teoretisk slutning, en syllogisme af modus ponens. Dette kan ikke tiltrædes.
  13. *Festskriftet*, 155. Derimod synes Ekelöf at holde fast ved, at retlighed ikke står for det samme i A- og B-tilfældene, når disse betragtes isoleret, hvilket fører til den mærkelige konsekvens, at en af oversættelserne i A- og B-slutningerne må have forskellig mening, alt eftersom den betragtes alene eller i sammenhæng med B-slutningen.
  14. *Festskriftet*, 155, 165, 168.
  15. *T. f. R.* (1947) 482, 484.
  16. Se *Alf Ross*, Virkelighed og Gyl-dighed i Retslæren (1934) 194 f.; *Ejendomsret og Ejendoms-overgang* (1935) kap. I.

# Fordring efter gensidig Aftale som Genstand for Overdragelse eller Kreditorforfølgning

Af Kristian Sindballe

Gensidighed af en Aftale medfører ofte, at en Parts Beføjelse til at overdrage sin Fordring efter Aftalen er begrænset ved *naturalia negotii*, naar Modydelsen eller en Del af den ikke er erlagt.

Som det er naturligt, allerede fordi Trediemand har samme Adgang som Aftalens Parter til Kundskab om *naturalia negotii*, har en efter disse gældende Begrænsning i en Parts Beføjelse til at overdrage sin Fordring en tilsvarende Indskrænkning i Fordringens Overdragelighed til Følge. Og Indskrænkning heri medfører, at ogsaa Fordringens Overførlighed ved Kreditorforfølgning er begrænset. Herom gælder desuden særlige Lovbestemmelser.

En af et *naturale negotii* følgende, men ikke ved nogen Retsregel af anden Art fastslaaet Indskrænkning i Overførligheden af en Parts Fordring, kan den anden Part frafalde ved Aftalen eller senere, da den skyldes Hensynet til ham. Hvorvidt ogsaa Indskrænkning i Overførligheden udover, hvad der gælder ifølge *naturalia negotii*, kan vedtages af Parterne, er — udenfor det Tilfælde, for hvilket Spørgsmaalet besvares bekræftende af Konkurslovens § 17 — noget tvivlsomt, idet Trediemand ikke har samme Adgang som Aftalens Parter til Kundskab om en Vedtagelse desangaaende, og denne kan skyldes et Ønske hos den Part, der har Fordringen, om at bringe Formue i Ly for Kreditorer. I det følgende ses bort fra særlige Bestemmelser i Aftalen angaaende Begrænsning i Overførligheden af en Parts Fordring.

Hvad der begrunder saadan Begrænsning ifølge *naturalia negotii* er, at Overførelse af en Parts Fordring kan forringe den an-

den Parts Udsigt til at faa Modydelsen erlagt frivilligt og hans Mulighed for at faa Aftalen ændret ved Forhandling. Disse Grunde har ligesom det Modhensyn, der kan ligge i Ønskelighed af Adgang for den Part, der har Fordringen, til Overdragelse af denne, langtfra samme Vægt ved alle gensidige Aftaler. Og man kan ikke gaa ud fra, at de fører til samme Begrænsning i Overførligheden i alle Tilfælde, hvor de faar Betydning. Tværtimod maa det paa Forhaand staa som Muligheder, at et naturale negotii angaar baade Salg og Pantsætning af Fordringen, at det angaar Salg, men ikke Pantsætning, eller omvendt Pantsætning, men ikke Salg, endvidere at det forbyder Overdragelse, eller at det vel tillader Overdragelse, men kun med Forbehold om Indskrænkning i Cessionarens Beskyttelse overfor Cessus.

Jul. Lassen antog, at naturalia negotii af den omtalte Art gælder kun for Tilfælde, hvor Modydelsen efter sin Beskaffenhed ikke kan erlægges af Cessionaren, og at de aldrig udelukker Overdragelse af Fordringen, men kun begrænser Cessionarens Beskyttelse af Cessus.

Efter Ussing, der fremhæver, at de nærmere Regler ikke bliver de samme for alle Arter af gensidige Aftaler, gælder — vistnok — som almindelig Grundsætning, at Cessus kan tilsidesætte en Transport af Fordringen i det Omfang, i hvilket det efter Kontraktsforholdets Natur er nødvendigt for at undgaa, at Transporten udsætter ham for væsentlig Ulempe eller Risiko. Han mener, at selv i Tilfælde, hvor Modydelsen er en saadan, som Cessionaren er i Stand til at erlægge, kan Trang til at anvende denne Grundsætning tænkes at forekomme, navnlig hvis det ved Transporten er aftalt, at Cedenten skal erlægge Modydelsen.

Indtil videre forudsættes det, at Modydelsen efter sin Beskaffenhed ikke kan erlægges af andre end den, der har Fordringen, saaledes som eksempelvis naar den, der har Fordringen, ved den gensidige Aftale har paataget sig personligt at udføre et Arbejde eller lede Udførelsen deraf eller har udlejet eller solgt en fast Ejendom eller Løsøregenstand, som forbliver hos ham.

I saadanne Tilfælde er formentlig saadant Salg af Fordringen, som sker med Fastsættelse af en bestemt Købesum og uden sær-

lige Indestaaelser af Cedenten, helt uden bindende Virkning for Cessus, altsaa i Virkeligheden udelukket. For en Cessionar er nemlig Værdien af Fordringen — som afhængig ikke blot af Cessus' Solvens, men ogsaa af Cedentens Evne og Vilje til at opfylde Aftalen, og udsat for at forringes eller tabes ifølge Reglerne om Cessus' Ret til at afbestille Modydelsen og til at bringe Krav paa Cedenten i Modregning overfor Cessionaren — saa ubestemmelig, at der i Reglen ikke vil være synderlig Mening i overhovedet at forsøge Salg. Og Salg vilde væsentlig forringe Cessus' Udsigt til frivillig Erlæggelse af Modydelsen, idet Cedenten vel ogsaa efter et Salg vil have økonomisk Grund til frivillig Erlæggelse i det Ansvar for Aftalens Opfyldelse fra hans Side, der uforandret vil paahvile ham, men ikke som før Salget tillige i en Interesse i Aftalens Opfyldelse fra Cessus' Side.

Det anførte maa gælde tilsvarende ved *datio in solutum* af Fordringen. Det maa endvidere medføre, at Pantsætning af den ikke giver Panthaveren Ret til at søge sig fyldestgjort gennem Tvangssalg. Derimod kan han, naar Fordringen forfalder, indkræve den. Hvad han, faar ind, maa han naturligvis godskrive Cedenten. Pantsætning af Fordringen har derfor ikke som Salg af den til Følge, at Cedenten mister sin Interesse i Aftalens Opfyldelse fra Cessus' Side.

Indkrævningsret med Pligt til at godskrive Cedenten, hvad han faar ind, maa en Cessionar formodes at skulle have, ikke blot naar Overdragelsen til ham fremtræder som Sikkerhedstransport eller Pantsætning, men ogsaa naar den mindre nøjagtigt er betegnet som Transport. Retten kan videreoverdrages ved Frempantsætning.

En Panthaver har ikke den Beskyttelse overfor Cessus, som Pant i en Fordring giver efter almindelige Regler:

Det vilde være en væsentlig Ulempe for en Arbejdsgiver, Bygherre, Lejer eller Køber, om Pantsætning af saadan Fordring mod ham, som her omtales, skulde afskære ham fra at træffe Overenskomst med Cedenten om Nedsættelse af dennes Modydelse og tilsvarende Begrænsning af Fordringen, om han altsaa i Tilfælde af, at han benytter en ham tilkommende Afbestillingsret, maatte forhandle om Virkningen heraf paa Fordringen mod ham ogsaa med

Cessionaren, for hvem Nedsættelse eller Bortfald af Cedentens Ydelsespligt ikke kan være Grund til at indgaa paa Lempelse af den pantsatte Fordring. Og under Hensyn til den Ubestemmelighed, Fordringens Værdi for Panthaveren som nævnt lider af, uanset om det antoges, at Cessus ikke kan træffe Overenskomst med Cedenten om Ændring af den gensidige Aftale, møder det ikke nogen synderlig Betænkelighed, om Fordringens Egnethed som Grundlag for Kredit svækkes yderligere ved, at det modsatte antages.

Uanset Pantsætningen af Fordringen maa Cessus endvidere have Ret til at erlægge sin Ydelse til Cedenten, for saa vidt det maa befrygtes, at Cedenten ikke vil være i Stand til at opfylde sin Forpligtelse efter Aftalen, om Cessus erlægger til Panthaveren. Ikke mindst i Entrepriseforhold kan der blive Anvendelse for denne Regel, navnlig naar Entreprenøren har givet Transport paa Entreprisestammen eller Dele af den til Sikkerhed for Gæld, der ikke har Forbindelse med Entreprisen, eller Omkostningerne ved denne overstiger Entreprisestammen.

Det giver næppe Cessus Ret til at tilsidesætte Overdragelsen til Panthaveren, om Cedenten tilkendegiver, at han ikke vil opfylde sin Forpligtelse efter Aftalen, medmindre Cessus erlægger til ham. Men en Tilkendegivelse herom kan medføre, at Cessus faar Ret til at hæve Aftalen og efter Ophævelse af den kan træffe ny Overenskomst om Forholdets Fortsættelse. Benytter Cessus sig heraf, begrænses Panthaverens Indkrævningsret til, hvad Cessus maatte skyldte ifølge den ophævede Aftale.

I nogle Forhold kan der være Spørgsmaal om Indskrænkning af Panthaverens Beskyttelse udover, hvad Hensynet til Cessus fører til. I private Tjenesteforhold vilde vistnok en Begrænsning i Adgangen til at tage Laan mod Lønforskrivning som den, Loven om Statens Tjenestemænd fastslaar for sit Omraade, være heldig. Og meget taler for, at naar Transporter fra en Entreprenør paa Dele af samme Entreprisestamme ikke kan dækkes fuldtud af hans Tilgodehavende hos Bygherren, bør de af dem, der er givet til Sikkerhed for Arbejdet vedkommende Gæld, have Prioritet foran andre og indbyrdes Ligerang. Men uden særlig Hjemmel kan Panthaverens Beskyttelse næppe begrænses udover, hvad der følger af *naturalia negotii* i Aftalen. Angaaende Tjenesteforhold er

det dog ved nogle Landsretsdomme antaget, at Arbejdsgiveren endog ved Arbejdsforholdets Ophør kan betale, hvad han skylder ifølge Aftalen, til Arbejderen uanset tidligere Transport fra denne paa Beløbet, at altsaa Pantsætning af Krav paa Løn for fremtidigt Arbejde ligesom Salg deraf er uden bindende Virkning for Arbejdsgiveren.

Naar et naturale negotii i Aftalen udelukker Salg af en Parts Fordring, kan Udlæg i den ikke gøres med sædvanlig Virkning. Var Eksekutionsfritagelsen begrundet alene i Hensynet til den anden Part, maatte han dog kunne give Afkald paa den. Og Hensynet til den anden Part kunde ikke hindre Udlæg, hvis Rekvirenten gav Afkald paa at sætte Fordringen til Tvangsauktion. Imidlertid bestemmer Retsplejelovens § 511, at Udlæg i Fordringen ikke kan gøres. Denne Regel skyldes ifølge Motiverne ogsaa Hensynet til Rekviritus, maa antages begrundet ved Ubestemmeligheden af Fordringens Værdi, er saaledes nært beslægtet med Reglen om, at Udlæg ikke kan gøres i fremtidige Erhvervelser som f. Eks. ventendes Arv. Under Hensyn til det Skøn over Fordringens Værdi, der maatte foretages ved Udlæg i den, gælder Eksekutionsfritagelsen utvivlsomt ogsaa, hvis Rekvirenten giver Afkald paa at sætte Fordringen til Tvangsauktion. Men som antaget af vore Processualister maa Udlæg kunne gøres, hvis Afkald paa Eksekutionsfritagelsen er givet af den Part, mod hvem Fordringen haves, ved Aftalen eller senere og af Rekviritus under Eksekutionsforretningen. Selv med et saadant Afkald maa det dog have Formodningen imod sig, at Udlægshaveren skal kunne sætte Fordringen til Tvangsauktion.<sup>1</sup>

Retsplejelovens § 511 angiver det som en Følge af den omtalte Regel, at Udlæg ikke kan gøres i uforfalden Medhjælper- eller Arbejdsløn. Dette er for saa vidt unøjagtigt, som det kan tænkes aftalt, at Lønnen eller en Del af den først skal betales nogen Tid efter Arbejdets Fuldførelse.

Angaaende Tvangsfuldbyrdelse for visse Underholdsbidrag og Skatter gennem Forbud mod Udbetaling af Løn til Arbejderen selv gælder som bekendt særlige Regler.

Efter Konkursloven medfører Eksekutionsfritagelsen, at heller ikke Fordringshaverens Konkursbo kan tilegne sig Fordringen.

Naar Modydelsen er Penge eller andre fungible Ting og derfor efter sin Beskaffenhed kan erlægges ogsaa af en Erhverver af Fordringen, er hverken Salg eller Pantsætning af denne udelukket ved Aftalens Gensidighed. Men naturligvis kan Fordringen være uoverdragelig ifølge et naturale negotii, der ikke skyldes Gensidigheden. I Reglen er saaledes en Arbejdsgivers Krav mod Arbejderen eller en Lejers Krav mod Udlejeren uoverdrageligt, hvad enten Modydelsen er erlagt eller ej.

At Gensidigheden i hvert Fald ikke udelukker Salg af Fordringen med Pligt for Cessionaren til at erlægge Modydelsen, er utvivlsomt. For en Cessionar ifølge saadant Salg er Fordringens Værdi ikke mere ubestemmelig end Værdien af en tilsvarende Fordring efter gensidig Aftale. Og vel medfører Salget ganske som i den forrige Gruppe af Tilfælde, at Cedenten ikke mere vil have økonomisk Grund til frivillig Erlæggelse af Modydelsen i en Interesse i Aftalens Opfyldelse fra Cessus' Side. Men Salget medfører ogsaa, at Cessionaren faar Interesse i, at Aftalen opfyldes, idet han hæfter derfor overfor Cedenten, og hans ved Salget erhvervede Fordring er afhængig deraf. Om nogen Ret for Cessus til helt at tilsidesætte Transporten, kan der herefter ikke være Spørgsmaal. Og Cessionaren maa overfor Cessus have samme Beskyttelse for sin Ret, som efter almindelige Regler tilkommer Køberen af en Fordring, idet Cessus, naar Cessionaren skal erlægge Modydelsen, kan forhandle med ham om Lempelse af Aftalen. Efter Reglerne om mora kan Cessus hæve Aftalen, hvis hverken Cedenten eller Cessionaren erlægger Modydelsen i rette Tid. Og i Tilfælde af manglende Betalingsevne hos Cedenten, maa Cessionaren stille Sikkerhed for Modydelsens Erlæggelse, hvis han vil undgaa, at Cessus faar de Beføjelser, som Købelovens § 39 eller denne Bestemmelses Analogi hjemler ham.

Det kunde synes, at Stillingen bliver væsentlig anderledes, hvis Fordringen er solgt uden Pligt for Cessionaren til at erlægge Modydelsen. Ogsaa i saa Fald maa imidlertid Cessionaren regne med, at han for at bevare sin ved Salget erhvervede Ret maa erlægge Modydelsen, hvis Cedenten kommer i mora, og stille Sikkerhed for den, om anteciperet mora foreligger hos Cedenten. At Cessionaren ikke har Pligt til at erlægge Modydelsen, forringer derfor



næppe væsentligt Udsigten for Cessus til frivillig Opfyldelse af Aftalen, men har nærmest kun den Betydning, at om Cessionaren alligevel erlægger Modydelsen, har han Regres til Cedenten. Og Cessus kan forhandle med Cessionaren om Lempelse af Aftalen, hvis det antages, at et Beløb, som Modydelsen maatte blive nedsat med, skal komme ikke Cedenten, men Cessionaren tilgode, altsaa betales til Cessionaren af Cedenten, hvilket formentlig maa være et naturale negotii i Salget under Hensyn til den Betydning, det har for Cessionaren at opnaa fuld Beskyttelse overfor Cessus af den ved Salget erhvervede Ret.

Hvis det ved Salg af Fordringen ikke er vedtaget og ej heller fremgaar af Salgssummens Størrelse eller Omstændighederne iøvrigt, at Cessionaren ikke skal have Pligt til at erlægge Modydelsen, maa det have Formodningen for sig, at han skal have Pligt dertil. Forhøjelsen af Salgssummen ifølge Aftale om, at Cessionaren ikke skal have nævnte Pligt, er nemlig økonomisk set en Kredit til Cedenten, som han skal indfri ved at erlægge Modydelsen til Cessus.

Pantsætning af Fordringen, der ligesom Salg af den kan ske med eller uden Pligt for Cessionaren til at erlægge Modydelsen, kan ikke helt afskære Cessus fra fremtidig Forhandling med Cedenten om Lempelse af Aftalen. Da Fordringens Egnethed som Grundlag for Kredit er langt bedre i de Tilfælde, der omtales her, end naar Modydelsen efter sin Beskaffenhed ikke kan erlægges af Cessionaren, gaar dog den Raadighed over Fordringen, som Pantsætteren har, næppe saa vidt, at Panteretten kan miste sin Værdi eller væsentlig forringes derved. Men Pantsætning af en Købers Krav paa det solgte kan sikkert ikke udelukke efterfølgende Ændring af de nærmere Leveringsbetingelser ifølge Forhandling med Sælgeren. Efter Tvangssalg af Fordringen maa som efter frivilligt Salg af den Forhandling om Ændring af Aftalen føres med Erhververen.

Ved Pantsætning af Fordringen som ved Salg af den maa det have Formodningen for sig, at Cessionaren skal have Pligt til at erlægge Modydelsen. Skal han det, maa vistnok Tvangssalg af Fordringen ske paa Vilkaar, at Erhververen skal have nævnte Pligt. Antages det, at Panthaveren gennem Tvangssalg paa modsat

Vilkaar kan skaffe sig Kredit hos Erhververen i Form af Forhøjelse af Salgssummen, maa han, da denne Forhøjelse normalt vil være mindre end Modydelsen, efter Omstændighederne kunne tilpligtes at godskrive Pantsætteren et større Beløb end Forskellen mellem den forhøjede Salgssum og Modydelsen.

Naar Fordringen er salgbar, kan Udlæg i den gøres. At Aftalens Gensidighed ikke udelukker Udlæg i Fordringen, følger ogsaa modsætningsvis af den omtalte Regel i Retsplejelovens § 511. Rekvisitus har formentlig efter Udlæg i Fordringen en lignende Raadighed over den, som efter Pantsætning af den tilkommer Pantsætteren.

Det maa tilkomme, ikke Parterne ved Eksekutionen, men Retsordenen at afgøre, om Udlægshaveren skal have Pligt til at erlægge Modydelsen. Formentlig maa Spørgsmaalet besvares bekræftende. Da nemlig Udlægshaveren, selvom det modsatte antoges, i mindst samme Grad som en Erverver ifølge Overdragelse vilde være udsat for at maatte erlægge Modydelsen til Værn for sin Ret, taler Hensynet til ham afgørende imod, at Fordringen under Udlægsforretningen sættes til en højere Værdi, end den kan skønnes at have under Forudsætning af, at han skal erlægge Modydelsen.

Da det ikke er ifølge Aftale med Rekvisitus, Udlægshaveren skal erlægge Modydelsen, maa Pligten til at gøre det paahvile ham overfor den, mod hvem Fordringen haves.

Som ved viljesbestemt Pant maa vistnok Tvangssalg af Fordringen ske paa Vilkaar, at Erhververen skal have Pligt til at erlægge Modydelsen.

Ogsaa Fordringshaverens Konkursbo kan tilegne sig Fordringen, naar den er salgbar. Men for at kunne gøre det, maa Boet efter Konkurslovens § 16 indtræde i Aftalen, altsaa paatage sig at udrede Modydelsen som Masseforpligtelse. For visse Tilfælde gælder dog ifølge Konkurslovens § 17, Medhjælperlovens § 21 og disse Bestemmelser Analogi, at Boet uden videre indtræder i Fordringen, uanset om denne er overdragelig eller ej.

Er Modydelsen knyttet til en bestemt fast Ejendom eller Løsørengenstand, kan sammen med Fordringen en saadan Raadighed over Genstanden tænkes overdraget til Cessionaren, at han bliver

i Stand til at erlægge Modydelsen. Saaledes kan Ret til fremtidig Leje overdrages sammen med den udlejede Genstand og Krav paa en Salgssum sammen med Ret til Besiddelse og Frugter af den solgte Genstand for Tiden, indtil denne skal leveres Køberen eller overtages af ham. Selv om Lejerens eller Køberens Ret er omsætningsbeskyttet, vil den gensidige Aftale almindeligvis ikke være til Hinder for en saadan samlet Overdragelse. Men da denne medfører, at fremtidig ikke Cedenten, men alene Cessionaren er i Stand til at erlægge Modydelsen, maa det formentlig være et naturale negotii i den gensidige Aftale, at Cessionaren ved et Trediemandsløfte maa paatage sig Pligt dertil.

Den gensidige Aftale udelukker hverken Salg eller Pantsætning af Fordringen som Led i en saadan samlet Overdragelse, som her omtales. En Køber maa have Beskyttelse overfor Cessus efter almindelige Regler. En Panthavers Beskyttelse er vistnok begrænset paa lignende Maade, som naar Modydelsen er Penge eller andre fungible Ting. Tvangssalg maa være betinget af, at Erhververen sættes i Stand til at erlægge Modydelsen.

Naar Fordringen er salgbar, kan Udlæg i den gøres paa Betingelse af, at Udlægshaveren sættes i Stand til at erlægge Modydelsen. At Aftalens Gensidighed ikke udelukker Udlæg i Fordringen, naar denne Betingelse opfyldes, følger ogsaa modsætningsvis af den omtalte Regel i Retsplejelovens § 511.

Til Opfyldelse af nævnte Betingelse vil det være nødvendigt, at Udlæget gælder ikke blot Fordringen, men ogsaa vedkommende Genstand, og at denne kommer i Udlægshaverens Raadighed. Heraf følger, at Betingelsen ikke altid kan opfyldes. Hvis Udlæg i Genstanden alene giver Udlægshaveren tilstrækkelig Sikkerhed, kan han nemlig ikke gøre Udlæg i baade Genstanden og Fordringen. Og Trediemands Ret kan være til Hinder for, at Udlægshaveren faar Genstanden i sin Raadighed. Derimod kan der næppe ligge nogen Hindring i, at — udenfor Tilfælde, hvor Rekvirenten som Panthaver i en fast Ejendom tager denne til Brugelighed, eller Udlæg gøres i en Rekviritus tilkommende Brugsret til fast Ejendom — beholder Rekviritus trods Udlæg i en fast Ejendom Besiddelsen af denne i Tiden indtil Tvangsauktionen, medmindre han findes at forringe eller ødelægge Ejendommen. Ifølge Retspleje-

lovens § 529 gælder denne Regel nemlig ikke ved Udlæg i Ejendommen og dens Indtægter. Noget andet er, at Leje for Tid efter Tvangsauktionen ikke kan gøres til Genstand for Udlæg sammen med en udlejet Ejendom, idet Raadigheden over Ejendommen ved Auktionen overgaar til Køberen. Tilmed ses det, at Udlæget i Praksis begrænses til Leje i Tiden, indtil Tvangsauktionen kan fremmes,<sup>2</sup> hvilket stemmer med, at Retsplejeloven har ophævet den tidligere bestaaende Adgang ogsaa for en Kreditor, der ikke er Panthaver, til at overtage Ejendommen til Brugelighed, men ikke fastsætter nogen Frist, inden hvilken Tvangsauktion over fast Ejendom skal finde Sted.

Udlægshaverens Beskyttelse overfor den, mod hvem Fordringen haves, er vistnok begrænset paa lignende Maade, som naar Modydelsen er Penge eller andre fungible Ting.

At Udlægshaveren har Pligt til at erlægge Modydelsen, følger i de her omtalte Tilfælde allerede af et naturale negotii i den gensidige Aftale.

Ved Udlæg som ved viljesbestemt Pant maa Tvangssalg af Fordringen være betinget af, at Erhververen sættes i Stand til at erlægge Modydelsen, at med andre Ord Genstanden eller den Ret dertil, som Udlæget gælder, sælges sammen med Fordringen.

Som naar Modydelsen er Penge eller andre fungible Ting, maa Fordringshaverens Konkursbo indtræde i Aftalen, hvis det vil til egne sig Fordringen.

#### NOTER

1. Jfr. herved, at efter § 511 kan et Krav paa falden Arv, hvori Udlæg er gjort, ikke uden Arvingens Samtykke sættes til Tvangsauktion, forinden Arven kan fordres udbetalt.
2. U. f. R. 1933. 764.

# Till frågan om skadeståndsskyldighet för barn

Av professor Ivar Strahl

I och för sig måste det anses önskvärt, att ersättning utgår vid all skada på person eller sak. Men för att skadeståndsskyldighet skall kunna stadgas bör utöver ersättningsbehovet föreligga någon omständighet som motiverar att den ekonomiska bördan av skadan flyttas från den skadelidande till annan. Den skadelidande och den vars skadeståndsskyldighet är ifrågasatt stå mot varandra med stridiga intressen. För att konflikten skall kunna avgöras till den skadelidandes förmån bör krävas, att det kan anföras någon omständighet som gör att den andres intresse att slippa skadeståndsskyldighet bör vika för den skadelidandes intresse att få ersättning.<sup>1</sup>

Enligt den allmänna skadestandsregel som brukar kallas culpa-regeln är den omständighet, som kommer jämförelsen att utfalla till den skadelidandes förmån, dolus eller culpa hos den andre. Man kan tänka sig flera svar på frågan vad det är som låter culpa få denna verkan.

Somliga äro benägna att se culpans motiverande kraft i att den culpöse gjort något som han bort icke göra. En sådan etisk motivering vilar emellertid på en osäker filosofi.

Mera hållbart förefaller ett resonemang de lege ferenda, vilket utgår från att människor åtminstone i viss utsträckning kunna inträtta sig efter de skadestandsregler de uppställa. I den mån så är fallet kan man finna, att den som ådrager sig skadeståndsskyldighet enligt culparegeln får skylla sig själv. Hans intresse synes därför böra vika i förhållande till den skadelidandes. Resonemangets

tillämplighet är emellertid begränsad av att det endast i viss utsträckning är möjligt att med fog hävda, att den som genom culpa ådrager sig skadeståndsskyldighet gott kan få taga denna på köpet eller i allt fall har försvagat sitt anspråk på att gå fri från skadebördan.

Till stöd för culparegeln kan vidare anföras, att det från preventionssynpunkt kan vara lämpligt att den som handlar vårdslöst blir skyldig att ersätta den därav orsakade skadan. Skadeståndsrättens preventiva effekt varierar emellertid efter omständigheterna, och det må dessutom erinras, att skadeståndets storlek bestämmes efter andra synpunkter än preventionssynpunkten.

Någon invändningsfri lösning av konflikten mellan skadelidande och skadeståndsskyldig innebär culparegeln icke. Den är likväl svårumbärlig, ty det är svårt att finna något annat allmänt tillämpligt kriterium än culpa som på ett någorlunda tillfredsställande sätt begränsar området för skadeståndsgrundande handlingar.

Skälen för culparegeln äro svagare, när fråga är om handlingar av barn. Den etiska synpunkten kan då lämnas ur räkningen. Att utgå från att barn kunna undvika att culpöst orsaka skada är också svårt. Och även preventionssynpunkten blir mindre vägande. Där risken för skadeståndsskyldighet måhända ej förmår mana barnet till försiktighet, kan den dock ha sådan verkan på föräldrarna, fastän skadeståndsskyldigheten formellt drabbar barnet.

I vad mån culparegeln bör kunna tillämpas på barn är därför en fråga. Denna besvaras mycket olika.

Den norska ståndpunkten, uttryckt i § 22 av ikrafttredelsesloven till strafflagen, är, att person under 14 år i princip icke blir skadeståndsskyldig enligt culparegeln, men det tillägges att rätten, om barnet har medel och rätten med hänsyn till omständigheterna finner det skäligt, äger ålägga barnet att av dessa medel ersätta skadan helt eller delvis.

Den danska ståndpunkten åter, vilken framgår av § 63 i umyndighedsloven, är, att person under 15 år blir skadeståndsskyldig efter samma regler som andra men att skadeståndet kan nedsättas eller bortfalla om så finnes skäligt med hänsyn till bristande utveckling hos barnet, handlingens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt, däribland särskilt förhållandet mellan barnets och

den skadelidandes förmåga att bära förlusten och utsikten att få skadan ersatt av andra.

Även i Finland äro barn i princip skadeståndsskyldiga som andra. Ansvaret är emellertid subsidiärt. Det stadgas nämligen i strafflagen 9:5, att om skada är gjord av person under 15 år och skadeståndet ej kan gäldas av den vilken för underlåten tillsyn om sådan person eller för annat sådant vållande förklarats skyldig att ersätta skadan, skadeståndet skall utgå av gärningsmannens gods.

Den svenska lagen intager en mellanståndpunkt. Dess regel, som finnes i strafflagen 6:6, är nämligen, att om skada är gjord av person under 15 års ålder, denne är pliktig att ersätta skadan om och i den mån det med hänsyn till hans sinnesart, gärningens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt må anses skäligt. Vad han sålunda utgivit äger han, enligt fortsättningen i lagrummet, söka åter av den som genom underlåten vård om hans person vållat<sup>2</sup> skadan.<sup>3</sup>

Danska och svenska lagarna förete likhet så till vida som båda inbjuda till jämkning av barns skadeståndsskyldighet. Efter danska lagen framstår dock full skadeståndsskyldighet som det normala, och i enlighet därmed synes dansk praxis vara mindre benägen att jämkas<sup>4</sup> än svensk.<sup>5</sup> Helt andra regler gälla i Finland och Norge. Går man utanför Norden, finner man ännu andra lösningar. Det förefaller att råda villrådighet om hur culparegeln bör apteras på barns handlingar.

Måhända har det sitt intresse att något dröja vid den medelväg den svenska lagen anvisar genom att uppdraga åt domstolen att bestämma barns skadeståndsskyldighet efter vad den i det särskilda fallet finner skäligt.

Utgångspunkten för den moderna svenska lagstiftningen i ämnet var 1734 års allmänna svenska lag, motsvarigheten till Danske Lov och Norske Lov. Enligt denna gjordes väl beträffande straff skillnad efter ålder, bland annat så till vida som gärning av barn under 7 år var straffri, men i fråga om skadeståndsskyldigheten gjordes icke någon sådan inskränkning.<sup>6</sup> Under 1800-talets arbete på att skapa en ny allmän lag togs frågan om en sådan inskränkning upp.

Lagkommittén fritog i sitt förslag till straffbalk 1832 barn under 10 år helt från skadeståndsskyldighet, något som kommittén fattade såsom en konsekvens av att straffmyndighetsåldern i förslaget höjdes till 10 år. För

åldern 10-15 år föreslogs, att skadestånd, liksom straff, icke skulle åläggas där den unge prövades ej hava ägt nog urskillning rör att inse gärningens brottslighet. Kommittén föreslog vidare, att skadestånd som ådömes den vilken ej uppnått 21 år, icke skulle få tagas av vad som är nödigt för hans uppfostran och underhåll till dess han själv kan försörja sig. Hade han icke fyllt 15 år, skulle därtill komma den restriktionen, att för skadeståndet skulle svara allenast den egendom han redan ägde. Hade han uppnått 15 års ålder, skulle även hans framtida egendom svara; dock finge han icke bysättas för skadeståndsgälden.

Denna ståndpunkt övergavs i lagberedningens förslag till straffbalk av år 1844. Beredningen fann, att de i fråga om skadestånd av person under 15 år förekommande omständigheterna kunde vara så betydligt olika att alltför strängt bestämda föreskrifter i tillämpningen stundom kunde leda till obillighet. Om den skadelidande icke kunde utfå skadestånd av någon som »genom verklig vårdslöshet är skuld därtill att barnet åstadkommit» skadan och om barnet hade »förmögenhet, så måste det vare mera billigt, att barnet, i mån av sin förmåga så väl att inse gärningens brottslighet, som att gälda skadan, lämnar åtminstone något bidrag till skadestånd, än att skadan skulle helt och hållet falla på den förfördelade, när denne ej själv i någon mån varit därtill vållande». Beredningen föreslog därför, att den som ej fyllt 15 år skulle vara skadeståndsansvarig, men blott subsidiärt, och att hans ansvar dessutom skulle jämkas efter ty som prövades skäligt med avseende såväl på hans större eller mindre förmåga att inse sin handlings skadlighet som på hans tillgångar till skadeståndets gäldande. Det tillades, att till skadestånd av barnet ej finge tagas vad som till dess uppfostran funnes nödigt. Med barn jämställdes i detta förslag, såsom därefter skulle komma att ske allt framgent, sinnessjuka och andra som ansågos otillräkneliga på grund av abnormitet.

Under riksdagsbehandlingen 1862-63 borttogs på hemställan av lagutskottet den av lagberedningen föreslagna möjligheten att jämka barns skadeståndsskyldighet. Riksdagen anförde, att barnet dock vore skyldigt till skadan men den skadelidande däremot oskyldig (skrivelse nr 185).

I 1864 års strafflag kom 6:6 därför att innehålla en bestämmelse, att om skada vore gjord av person under 15 års ålder och skadestånd ej kunde erhållas hos någon som för underlåten vård om barnet vore till ansvar för vållande förfallen, skadeståndet skulle gå ut av barnets egendom.

I förhållande till äldre lag innebar denna bestämmelse en lindring av barns skadeståndsansvar så till vida som detta gjordes subsidiärt. Formellt framträdde bestämmelsen emellertid som ett tillägg till huvudregeln för skadeståndsskyldighet. Såsom huvudregel stadgades nämligen i 6:1, att skada, som någon genom brott annan tillfogar, skall gäldas av den brottslige, och enligt strafflagen kan den som är under 15 år icke begå brott.<sup>7</sup>

Karaktären av tillägsbestämmelser var icke blott formell. Genom bestämmelsen i 6:1, vilken endast av tekniska skäl begränsades till det kri-



minella området, hade för första gången<sup>8</sup> i svensk lag uppställts en allmän skadeståndsregel, och denna var grundad på tanken att skadestånd förutsätter skuld hos den skadeståndsskyldige. Personer under 15 år voro emellertid enligt strafflagen fria från straff, emedan de ansågos otillräkneliga, d. v. s. sådana att deras gärningar icke kunde tillräknas dem. Läran om skulden såsom förutsättning för skadeståndsskyldighet och läran om otillräknelighet såsom uteslutande skuld medförde, att regeln om skadeståndsskyldighet för barn uppfattades såsom en komplettering av culparegeln, en regel om ansvar utan vållande. Så förstods bestämmelsen i varje fall sedan strafflagen varit i kraft någon tid. *Nordling*<sup>9</sup> och *Winroth*<sup>10</sup> fattade båda bestämmelsen på detta vis.<sup>11</sup> Den senare, som behandlade den under rubriken »Skada av egen vådagärning» fann den stå »i uppenbar strid med skadeståndslärens allmänna grundsatser» och förordade därför en tolkning som skulle begränsa dess räckvidd.

När lagberedningen under förarbetena till förmynderskapslagen av år 1924 kom in på dessa frågor, fann den, att »främmande lagar, som över huvud inlåtit sig på försök att föreskriva en viss skadeståndsskyldighet för kriminellt otillräkneliga personer», i allmänhet hade »låtit en dylik avvikelse från allmänna rättsgrundsatser komma till uttryck i en befogenhet för domstolen att bestämma skadeståndets belopp efter rena billighetsgrundsatser.»<sup>12</sup> Lagberedningen uttalade också, att skadeståndsskyldighet för de under den kriminella tillräknelighetsåldern stående minderåriga ofta i och för sig innebure en avvikelse från allmänna rättsgrundsatser och därför i tillämpningen krävde en varsamhet, som toge hänsyn till alla föreliggande omständigheter. Dessa överväganden föranledde beredningen, vilken på ett ställe uttryckligen betecknade skadestånd enligt 6:6 såsom ett skadestånd oberoende av vållande, att, i likhet med den lagberedning som avgav 1844 års förslag till straffbalk, föreslå en särskild regel om jämkad skadeståndsskyldighet för person under 15 år. Förslaget biträdades i huvudsak av föredragande departementschefen, som anförde att även om jämningsrätt ej föreligger då fråga är om skada av en för sina handlingar fullt ansvarig person, en sådan rätt dock borde erkännas då fråga är om skada av en person som på grund av minderårighet »ej är ansvarig för sina handlingar». Resultatet av dessa överväganden blev en ändring av 6:6, varigenom detta lagrum erhöll sin nuvarande avfattning.

Såsom framgår av denna korta historik, har regeln i 6:6 då den fick sin nuvarande avfattning förståtts som en regel om ansvar ålagt otillräkneliga och därför oberoende av vållande. Men lika fullt spelar vad man kan kalla skuldsynpunkten en mycket stor roll vid prövningen om och i vad mån skadestånd enligt 6:6 skall utgå.

Skuldsynpunkten framträder redan däri, att det icke kan komma i fråga att ett barn skulle vara skadeståndsskyldigt där

en vuxen icke vore det. Detta var uppenbart innan 6:6 år 1924 fick sin nuvarande avfattning men är tydligt också nu och uttalades under förarbetena till lagändringen.<sup>31</sup>

En fråga som inställer sig är emellertid, om culpabedömningen skall taga hänsyn till att gärningsmannen är ett barn. Det ligger nära till hands att anföra, att ett barn icke kan anses vållande om icke dess beteende avvikit från vad man kan begära av barn i den åldern. Enligt förarbetena kräves emellertid icke, att barnet varit vållande. Den av lagkommittén föreslagna bestämmelsen om hänsynstagande till om barnet haft tillräcklig urskillning borttogs och ersattes med bestämmelsen om jämkning, varvid man utgick från att barnet skulle få ansvara utan vållande. Att 6:6 icke förutsätter någon speciell culpabedömning för barn framgår ytterligare av att lagrummet avser icke blott barn utan även sinnessjuka och andra på grund av själslig abnormitet straffria och att culpabedömningen i fråga om dessa icke kan ske genom jämförelse med hur andra tillhörande samma kategori bete sig eller vad som kan begäras av dem.

Att låta culpabedömningen ske genom en jämförelse med andra barn i samma ålder är en metod att begränsa barns skadeståndsansvar, vilken skulle vara mera påkallad om någon regel angående jämkning icke funnes. Det är naturligt, om culpaparekvisitet uppfattas på det sättet i England, där det saknas särregler för barn, och förklarligt, att uppfattningen möter också i dansk rättspraxis som tycks vara mindre benägen än svensk att nedsätta skadestånd på grund av gärningsmannens ålder.<sup>14</sup> Metoden är emellertid förenad med den praktiska olägenheten, att det är svårt att hysa en grundad mening om hur barn i olika åldrar bruka bete sig eller vad som kan fordras av dem. Och det måste starkt ifrågasättas, om det icke, åtminstone när det gäller barn i lägre åldrar, är mindre stötande att ådöma skadeståndsskyldighet utan avseende på åldern än att döma barn att betala skadestånd för det barnet icke uppfört sig så försiktigt som ett barn i den åldern brukar eller borde.

Ingendera ståndpunkten förmår forma culpabegreppet så, att culpa hos barn i de lägre åldrarna, vilket orsakat skada, framstår såsom en vägande omständighet vid jämförelsen med den skadelidande. Praxis är nog mest böjd för att fästa avseende vid åldern

men är antagligen ej fullt bestämd;<sup>15</sup> det säges emellertid uttryckligen, att vållande är förutsättning för ansvar enligt 6:6.<sup>16</sup> Motsättningen mellan de båda ståndpunkterna mjukas upp, om man beträffande barn och deras beteende tillämpar den allmänna grundsatsen att aktsamhetskravet är olika i olika levnadsförhållanden. Ett beteende som, iakttaget hos en vuxen, utan tvekan skulle betecknas såsom vårdslöst kan med anläggande av denna synpunkt hos ett barn befinnas falla inom ett område där barnets naturliga leklust får göra sig gällande och därför anses icke vara culpöst.<sup>17</sup>

Den metod texten i 6:6 anvisar för en mildare bedömning av barn än vuxna är emellertid jämkning av barns skadeståndsskyldighet. Även därvid framträder skuldsynpunkten. Såsom omständigheter att beakta vid prövningen om och i vad mån skadestånd bör utgå framhållas nämligen i 6:6 särskilt barnets sinnesart och gärningens beskaffenhet. Om sinnesarten yttrade lagberedningen, att den kunde sträcka sig från en tämligen obetydlig oförsiktighet ända till skadelystet syfte, och om gärningens beskaffenhet sade beredningen, att gärningens större eller mindre farlighet särskilt borde beaktas.<sup>18</sup> Meningen är oförtydligt, att jämkningen framför allt skall ske efter en uppskattning av hur svårt barnet med hänsyn till subjektiva och objektiva omständigheter förbrutit sig.<sup>19</sup>

I överensstämmelse med föreställningen att personer under 15 år böra behandlas mildare än vuxna är i praxis jämkning, vanligen till viss kvotdel av skadan,<sup>20</sup> regel för dem som icke uppnått nämnda ålder.<sup>21</sup> Jämkningen blir större eller mindre huvudsakligen beroende på om domstolen tycker att barnet är skyldigt i lägre eller högre grad. De minsta barnen pläga gå fria från skadeståndsskyldighet, vilket kan förklaras med att man tycker sig ej kunna begära något av dem och att de därför uppfattas såsom helt fria från skuld.<sup>22</sup> Jämkning sker i allmänhet till lägre kvotdel för yngre barn än för äldre, vilket också är förklarligt från skuldsynpunkt; man tycker sig kunna ställa större anspråk på äldre barn än på yngre. Någon jämnt fallande skala från 15-årsåldern och nedåt torde dock icke kunna påvisas.<sup>23</sup> Det förekommer, att den som är nära 15 år får jämkning till hälften, om jämte åldern andra omständigheter tala till hans förmån. Andra kvotdelar än hälften och tredjedelar äro ovanliga.<sup>24</sup>

I själva verket innebar 1924 års lagändring en kulminationspunkt i den långa utveckling, varigenom skuldtanken trängt fram i den svenska skadeståndsrätten. Ty tanken att barn såsom otillräkneliga och därmed i princip fria från skuld enligt allmänna rättsgrundsatser icke borde hållas skadeståndsrättsligt ansvariga fick då diktera en avsevärd begränsning av den tidigare regeln om barns skadeståndsskyldighet, och själva begränsningen fick formen av en hänvisning åt domstolen att finna en skälig lösning genom övertvägande framför allt av vad barnet gjort sig skyldigt till.

Hur är det emellertid möjligt, att man kunnat uppfatta 6:6 såsom en bestämmelse om ansvar utan vållande och ändock hänvisa domstolarna att vid tillämpningen av bestämmelsen bedöma barnets handling från skuldsynpunkt?

Förklaringen ligger i den tillräknelighetslära som tidigare allmänt omfattades inom straffrätten. I stället för att nöja sig med den enkla reflektionen, att man icke bör använda samma metoder mot barn som mot vuxna, hade man där utbildat en lära om att barn såsom otillräkneliga icke borde göras ansvariga för sina gärningar. Den undre åldersgräns som satts för tillämpningen av de straffrättsliga reaktionerna, 15 år, har på detta sätt kommit att uppfattas som en tillräknelighetsgräns. Denna har man ansett böra gälla både för straffrätten och för skadeståndsrätten, varför skada orsakad av person under 15-årsåldern ansetts principiellt icke kunna tillräknas sin upphovsman. När skadeståndsskyldighet ändock ålagts denne, har det därför uppfattats såsom ett ansvar oberoende av vållande. Denna doktrinära ståndpunkt har emellertid icke hindrat, att man ansett sig kunna beträffande barn undersöka om de kriterier på skuld föreligga efter vilka man brukar bedöma skulden hos vuxna. Det är tydligt, att även ett barn kan uppfylla dolus- och culpaparekvisiten och att en bedömning av gärningens objektiva egenskaper kan ske utan att avseende fästes vid gärningsmannens ålder.

I modern straffrättslig åskådning är tillräknelighetsbegreppet avskaffat såsom saknande motsvarighet i verkligheten. Inom straffrätten finnes visserligen behov av en eller flera åldersgränser för de straffrättsliga reaktionernas tillämplighet. Men dessa gränser böra enligt modern åskådning ej bestämmas efter de metafysiska

begreppen tillräknelighet och otillräknelighet utan efter ett praktiskt övervägande vilka åtgärder som böra vidtagas mot lagöverträdarna. Det är klart, att en ålder, som anses böra vara förutsättning för straff, enligt detta åskådningssätt alls icke behöver vara förutsättning för skadestånd. Även där man i tanke och tal arbetar med tillräknelighetsålder, förekommer för övrigt, såsom i Tyskland, att åldern bestämmes olika inom straffrätten och inom skadeståndsrätten.

Inom den senare är det icke möjligt att såsom inom straffrätten bestämma en åldersgräns efter påföljdens, i detta fall skadeståndets, lämplighet. En rationell åldersgräns vore en gräns som förlades till en punkt vid vilken, räknat från de vuxna och nedåt, skälen för culparegeln försvagats så mycket att en tillämpning av regeln icke längre är motiverad. Konsten är blott att finna en sådan punkt.

Enligt modern åskådning är det däremot, såsom nyss antyddes, fåfängt att söka i verkligheten finna en gräns mellan tillräkneliga och otillräkneliga i betydelsen av kapabla och inkapabla till skuld. Man märker svårigheten i lagar som överlåta åt domstolarna att i det särskilda fallet finna en tillräknelighetsgräns med ledning av en beskrivning. I schweiziska civillagen står att läsa, i art. 16 och 18, att endast den som är urteilsfähiq kan ådraga sig skadeståndsskyldighet samt att urteilsfähiq är var och en som icke wegen seines Kindesalters eller vissa andra orsaker saknar förmåga att handla vernunftsgemäss. Mera klargörande är icke tyska BGB:s bestämmelse i § 828, att den som fyllt 7 men icke 18 år ej är ansvarig med mindre han hade den för uppfattning om ansvarigheten erforderliga insikten. Sådana beskrivningar förmå icke ens ange en konventionell gräns.

Det sagda utesluter icke, att man kan tycka att ungdom eller bristande utveckling bör medföra en mildare bedömning från skuldsynpunkt och i viss omfattning utesluta skuld, ehuru dolus eller culpa föreligger. Sådana skuldomdömen äro ju faktiskt vanliga. Det står var och en fritt exempelvis att tycka, att ett 2-års barn icke kan ha skuld och att det därför icke bör förpliktas att betala skadestånd. Såsom nyss berörts, hänvisar 6:6 i svenska strafflagen till sådana skuldomdömen. Det är emellertid att märka,

att skuldomdömen av detta slag icke innebära ett konstaterande av ett sakförhållande. Det är redan därför föga underligt att de variera. Till osäkerheten bidrager i fråga om barn kontinuiteten i åldersutvecklingen och utvecklingens komplicerade beskaffenhet. Det är givet, att det måste vara vanskligt att för skadeståndsskyldighet förutom *dolus* eller *culpa* fordra också att skuld föreligger.

I stället för att skarpt skilja mellan dem på vilka culparegeln är tillämplig och andra har den svenska lagstiftningen anvisat domstolarna att av barn utdöma ett efter skäligheten jämkat skadestånd.<sup>25</sup> Så till vida kan en sådan mellanståndpunkt förefalla tilltalande som valet mellan allt och intet erbjuder svårigheter. Men tanken att dela upp skadan mellan den skadelidande och barnet efter skäligheten innebär ändock icke någon tillfredsställande lösning. Det avgörande för frågan om och i vad mån culparegeln skall tillämpas på barn blir icke en prövning om och i vad mån culparegeln är motiverad i fråga om sådana utan en skälighetsavvägning, vilken därtill är behäftad med vissa svagheter. Att den avser fördelning av skadan mellan den skadelidande och barnet medför, att det belopp barnet förpliktas betala mycket väl kan bli orimligt stort i förhållande till vad barnet låtit komma sig till last. Och den vid skälighetsavvägningen dominerande synpunkten, skuldsynpunkten, passar särskilt illa i fråga om barn. Så mycket ligger nämligen i alla händelser i tanken på barns otillräknelighet, att även den som gärna bedömer vuxnas handlingssätt från skuldsynpunkt bör undra om icke ett motsvarande bedömningssätt i fråga om barn är malplacerat. Det måste ifrågasättas, om det är någon mening i att domstolen avpassar skadeståndets storlek efter om ett barn handlat med *dolus*<sup>26</sup> eller *culpa*, om uppsåtet varit kvalificerat, t. ex. såsom »skadelystet syfte«, om culpan varit grov<sup>27</sup> etc. Att culpabegreppet endast med svårighet låter sig tillämpa på barn har förut visats, och föga bättre står det till med uppsåtsbegreppet.<sup>28</sup>

En klar och erkännansvärd mening får däremot jämkning, om den sker för att undanröja eller minska det förfång en ung människa eljest skulle lida genom att förlora medel till sin uppfostran eller utbildning eller genom att nödgas träda ut i livet belastad med en tyngande skuldbörda.

Under 1800-talets lagstiftningsarbete uppmärksammades detta behov att skydda unga människor mot skadeståndsskyldighet. Lagkommitténs förslag år 1832 innehöll som nämnt, att i skadestånd av den som ej fyllt 21 år icke skulle få tagas vad som vore nödigt för hans uppfostran och underhåll till dess han själv kunde försörja sig och att av den som icke uppnått 15 år skulle få tagas endast egendom som han redan ägde. I lagberedningens förslag av år 1844 upptogs en bestämmelse om att från den som vore under 15 år ej skulle till skadestånd få tagas vad som funnes nödigt för hans uppfostran. Huvudregeln för skadestånd från minderårig var emellertid enligt beredningens förslag, att skadeståndet skulle jämkas efter skäligheten. Såsom omständighet att därvid beakta nämndes de tillgångar barnet hade till gäldande av skadeståndet. I 1864 års strafflag kom som nämnt icke att inflyta någon jämningsregel.

När tanken på en sådan återupptogs av lagberedningen och genomfördes genom ändring av 6:6 år 1924, var det en skälighetsavvägning man föreskrev. Tanken, att det kunde finnas behov att skydda barn mot skadeståndsskyldighet, trängdes undan. I lagrummet icke ens nämndes ekonomiska förhållanden. Men genom att upptaga omständigheterna i övrigt lämnar avfattningen enligt beredningen domstolen frihet att taga hänsyn även till »olikheten i förmögenhetsförhållanden». »Detta betyder», yttrade beredningen, »icke mer, än att där tillgången å ena och bristen å andra sidan är påtaglig, billigheten kräver, att ersättningen jämväl därefter jämkas.»

Avfattningen av 6:6 och lagrummets förarbeten ge vid handen, att ekonomiska förhållanden blott skola ingå såsom moment, och alls icke de viktigaste, i den skälighetsavvägning lagrummet anvisar. I god överensstämmelse därmed dömas medellösa barn att livslångt betala så och så mycket om året till den de till äventyrs skadat så illa att han blivit invalid.

Värdet av att skuldsynpunkten på detta sätt kompletteras med en ekonomisk synpunkt är mycket begränsat. Man har tappat bort det viktiga, nämligen att skydda barn mot menlig skadeståndsskyldighet. Bättre än en jämningsregel av den svenska typen vore regler som innebure att personer under viss, icke helt låg, ålder skulle gå fria från skadeståndsskyldighet i den mån skadeståndet icke kan utdömas utan allvarligt förfång för den unge. Sådana regler föreslogos som nämnt under 1800-talet, och en dylik standpunkt innebär också den norska rättens förut nämnda reglering av barns skadeståndsskyldighet. Möjligen borde regler av detta innehåll kompletteras med en anvisning för domstolen att,

om det erfordras från preventionssynpunkt, utdöma ett blygsamt belopp även om barnet skulle sakna tillgångar.

Förekomsten av försäkring kan ge upphov till särskilda frågor.<sup>29</sup> Utfallande försäkringsbelopp torde aldrig böra påverka den i 6:6 stadgade skälighetsavvägningen mindre än andra tillgångar, och jämkning på grund av bristande tillgång hos barnet torde icke böra komma i fråga om skadan är täckt av ansvarsförsäkring. Det kan ifrågasättas, om ansvarsförsäkring icke rent av bör utesluta jämkning så långt försäkringen når eller med andra ord om icke ansvarsförsäkring städse bör utfalla utan jämkning. Härfor talar ett praktiskt argument. Förutsatt att man icke såsom i England förbjuder att i målen efterhöres om ansvarsförsäkring finnes, torde det vara nära nog omöjligt att förmå domstolarna att döma som om barnet hade att självt bekosta skadeståndet även där detta i själva verket kommer att betalas av ett försäkringsbolag. Domstolarna äro helt naturligt mera benägna att tillgodose den skadelidande när de veta att pengarna komma att betalas av ett sådant bolag, än när de måste befara att domen skall innebära att ett barns utbildning och utveckling äventyras. Är det ens önskvärt att domstolarna döma med den känslolöshet som den motsatta ståndpunkten förutsätter?

Ett argument, vilket brukar anföras mot att ansvarsförsäkring får utfalla utan jämkning, är att en sådan praxis i längden är ägnad att fördyra premierna för ansvarsförsäkring som omfattar barn. Socialt är detta icke önskvärt. Från allmän synpunkt finnes anledning att söka lätta föräldrars försörjningsbörda i stället för att öka den. I Sverige lämnar det allmänna rent av kontanta bidrag till varje barns försörjning, de s. k. barnbidragen.

Ehuru den sistnämnda synpunkten är viktig, torde den icke förmå uppväga den förut nämnda praktiska synpunkten. Klokheten bjuder att acceptera vad man ändock icke kan hindra. De lege ferenda förefaller det därför vara att förorda, att skadestånd icke må nedsättas under det belopp varmed det må vara täckt av ansvarsförsäkring. Den ståndpunkten lär dansk praxis intaga. Något avgörande hinder mot att den får bestämma även svensk praxis torde icke föreligga.<sup>30</sup>



I en annan fråga torde man däremot böra fästa avgörande vikt vid argumentet att föräldrar icke böra ekonomiskt betungas, nämligen frågan om det, de lege ferenda, är motiverat att, såsom exempelvis franska code civil art. 1384, ålägga föräldrar ett utöver culperegeln gående ansvar för deras barns skadegörande handlingar. Då föräldrar, såsom kategori, redan nu ekonomiskt äro så hårt trängda att det allmänna måste lämna bidrag, skulle ett sådant garantiansvar för föräldrar i realiteten betyda att en del av det allmännas bidrag ginge till skadestånd för barns handlingar. Så skulle förhållandet i allt fall te sig, om föräldrarna försäkrade sig mot att bli skadeståndsskyldiga, något som de nog borde förpliktas att göra både för sin egen skull och för den skadeståndsberrättigades. Men om det förhåller sig så, vore det enklare att det allmänna betalade premierna, eller hellre att det allmänna svarade för skadestånden. I så fall kunde emellertid ansvaret icke gärna begränsas till skador som barn åstadkommit med dolus eller culpa. Folk skulle nämligen icke finna det rimligt, att den skadelidandes rätt till ersättning av det allmänna skulle vara begränsad av dessa rekvisit hos barnet, särskilt som rekvisitet culpa enligt vad i det föregående framhållits passar illa för barn. Utsträckes ansvaret till att avse skada över huvud som barn orsaka, blir emellertid dess gränser vaga och dess grund så till vida vacklande som man måste fråga sig om det verkligen finns tillräcklig anledning att just dessa skador skola ersättas av det allmänna. Har man kommit så långt i tankegången, torde man finna, att denna leder till en allmän social olycksfallsförsäkring. Måhända kan en sådan anordnas endast beträffande skador å person. Bland skador som föranleda fråga om ersättning från barn äro dock antagligen personskadorna på det hela taget de enda som äro verkligt betungande.

Med detta kan denna artikel sluta. Den har belyst svårigheterna att invändningsfritt avgöra om, från vilken ålder och i vad mån barn böra undantagas från culperegeln. Å ena sidan pockar den skadelidande på ersättning. Och culperegeln är dock, och måste nog vara, den allmänna regeln. Å andra sidan äro skälen för culperegeln jämförelsevis svaga när det är fråga om att tillämpa den på barn. I vad mån man ändock bör låta barn ansvara enligt

culparegeln eller, från motsatt sida sett, i vad mån man skall låta den skadelidande gå miste om det skadestånd vartill han enligt regeln är berättigad är nog en fråga som icke kan lösas invändningsfritt. En väg förbi dessa svårigheter erbjuder en obligatorisk social olycksfallsförsäkring. För många och viktiga fall skulle en sådan kunna träda i stället för skadestånd enligt culparegeln. Regress från olycksfallsförsäkringen kunde ordnas med all den skonsamhet mot barnen som är förenlig med preventionssynpunkten.<sup>31</sup>

I betänkanden, vilka avgivits för ungefär ett år sedan, ha professor *Ussing* och hans meddelegerade från Norge och Sverige yttrat sig om riktlinjer för arbetet på en reform av skadeståndsrätten.<sup>32</sup> I intet av betänkandena har dock frågan om skadeståndsskyldighet för barn närmare berörts. Denna artikel torde ha visat, att frågan icke hör till dem som äro mogna att lösas i första hand.

#### NOTER

1. Jfr till detta och det närmast följande framställningen på s. 68 ff i det förf. avgivna betänkandet Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område, Statens offentliga utredningar 1950:16.
2. Med ordet vållande syftas enligt svenskt språkbruk aldrig, såsom med motsvarande ord i danskan och norskan, på det blotta orsakandet utan alltid på orsakande jämte ett subjektivt rekvisit, antingen culpa eller såsom här det erforderliga subjektiva rekvisitet över huvud.
3. En framställning av den svenska rätten lämnar *Beckman* i TfR 1950 s. 273 ff. Framställningen har också utgivits separat under titeln Barns skadeståndsskyldighet, 1950, Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 7.
- Beckman har ytterligare refererat och kommenterat några färskare rättsfall i SvJT 1951 s. 189 ff.
4. Man kan ifrågasätta korrektheten av det vanliga språkbruk enligt vilket i 6:6 är fråga om jämkning. Lagen utgår ju icke från att skadeståndet i dessa fall prima facie skall täcka hela skadan.
5. Frånsett fall då försäkring föreligger. Dessa beröras i någon mån nedan s. 506.
6. Se 1841 års Tablå innefattande jemnförelse emellan lagcommitteens förslag till allmän criminallag och den nu gällande s. 69.
7. Före 1902 kunde strafflagen under viss förutsättning tillämpas även på den som fyllt 14 men ej 15 år.
8. En reservation bör måhända göras för 1861 års kungl. förord-

- ning ang. mord, dråp och annan misshandel § 61.
9. Svensk civilrätt, allmänna delen, 1891 s. 244 f.
  10. Om skadestånd (Strödda uppsatser IV), 2:a uppl., 1907, s. 22, 59 ff, 80 f, 102 och 151 f.
  11. Likaså *Sjögren*, Om rättsstridighetens former, 1894, s. 183 f och 213 ff.
  12. Nytt juridiskt arkiv II 1924 s. 617 ff.
  13. Av lagberedningen; se NJA II 1924 s. 617.
  14. Se *Salmond's Law of torts*, 10th ed., 1945, s. 60 f och *Borum* i SvJT 1945 s. 437 ff.
  15. I NJA 1949 s. 171 synes Högsta domstolen ha tagit hänsyn till barnets ålder men krävt större aktsamhet av barnet än den funnit vanlig bland dettas jämnåriga. Se *Beckman* a.a. s. 293 ff.
  16. Se NJA 1949 s. 171.
  17. Så kan kanske NJA 1940 s. 226 I förklaras. I NJA 1941 s. 661 I föredrog Högsta domstolen att med tillämpning av 6:6 jämka skadeståndsskyldigheten till 0. Jfr NJA 1949 s. 535 där lek också bedömdes med överseende.
  18. Se NJA II 1924 s. 617.
  19. Observera också riksdagens uttalande ovan s. 498.
  20. Se emellertid NJA 1949 s. 171. Därom *Hult* i SvJT 1951 s. 209 f.
  21. Regeln är dock icke undantagslös, se NJA 1949 not. C 608.
  22. *Beckman* förmodar, a.a. s. 298, att utvecklingen tenderar att sätta en undergräns för skadeståndsskyldighet vid eller strax under 5 år. Att fastställa en viss åldersgräns är dock ej rätt väl förenligt med att enligt 6:6 icke blott åldern utan omständigheterna över huvud skola påverka bedömningen.
  23. I viss mån avvikande *Beckman* a.a. s. 298, 300 och 303.
  24. I ett färskt rättsfall jämkade emellertid hovrätten till  $\frac{1}{6}$  och prövningstillstånd vägrades; se SvJT 1951 s. 189. Även om man väl kan förstå både att en kompromiss mellan 0 och  $\frac{1}{3}$  kan te sig lockande och att Högsta domstolen icke finner sig böra ändra (i förevarande fall höja) den av lägre instans bestämda kvotdelen, måste dock avrådas från försök till finmätning.
  25. En möjlighet att döma ett i princip icke ansvarigt barn att ersätta skadan helt eller delvis finnes enligt schweiziska obligationsrättslagen art. 54 och tyska BGB § 829.
  26. Jfr NJA 1932 s. 724.
  27. Jfr NJA 1948 s. 342 I.
  28. Se därom *Beckman* a.a. s. 288.
  29. Till upplysning för danska läsare må nämnas, att svensk lag icke känner den genom danska försäkringsavtalslagen § 25 öppnade möjligheten att nedsätta skadestånd eller låta det bortfalla.
  30. NJA 1949 s. 171 stämmer gott med ståndpunkten. Rättsfallet kritiserar av *Beckman* a.a. s. 305 f och *Hult* i SvJT 1951 s. 277 ff. I NJA 1949 s. 617, som åberopas av dessa författare, hade Högsta domstolen icke att taga ställning till spörsmålet.
  31. Detta och närmast föregående stycke böra jämföras med framställningen på s. 77-103 i det i

not 1 omtalade betänkandet. Också den framställningen utmynnar i att en allmän olycksfallsförsäkring skulle utgöra en tämligen god lösning av skadeståndsrättsliga problem.

32. *Henry Ussing*, Nordisk lovgivning om erstatningsansvar, Kbhvn 1950, och *Erling Wikborg*, Innstilling etc., Oslo 1950. Det svenska betänkandet har omtalats i not 1.